

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

E-mail: hc@kfst.dk med kopi til kle@kfst.dk

Hørings svar – udkast til forslag om ændring af konkurrenceloven

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har den 23. juni 2017 sendt udkast til forslag om ændring af konkurrenceloven i høring med høringsfrist den 10. august. Sideløbende har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sendt udkast til vejledning "Konsortiesamarbejde i forhold til konkurrenceloven" i høring med høringsfrist den 1. september.

Dansk Erhverv, DI, Danske Arkitektvirksomheder, Danske Rederier, Finans Danmark, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, Forsikring & Pension, Håndværksrådet, Landbrug & Fødevarer og Tekniq ("organisationerne") har særligt bemærkninger til forslaget til ændring af bagatelreglerne, ophævelsen af den resterende del af anmeldelsessystemet og ændringer i sagsbehandlingen af fusionsanmeldelser.

Organisationerne vil senest d. 1. september fremsende et særskilt høringssvar, der specifikt adresserer udkastet til konsortievejledning.

1. Ændring af bagatelreglerne (forslagets §1, nr. 2)

Overordnede bemærkninger

Som bekendt har organisationerne i de senere år ved flere lejligheder peget på behovet for en lempelse og tydeliggørelse af reglerne om konsortiers lovlighed efter konkurrencereglerne. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hidtidige tilgang har efter organisationernes opfattelse skabt retligt usikkerhed og bekymring blandt virksomhederne, da konsortier risikerer at blive sidestillet med karteller. Konsekvensen af dette er, at mange virksomheder afholder sig fra at indgå i konsortiesamarbejder, hvilket kan lede til mindre effektiv konkurrence og hæmme innovation i forhold til at løse de konkrete udbudte offentlige opgaver. Dette er hverken i virksomhedernes, ordregiverens eller samfundets interesse.

Organisationerne havde imødeset, at den kommende lovændring samt revisionen af konsortievejledningen ville gøre det lettere for virksomhederne at etablere konsortier i forhold til konkurrenceloven, og samtidig øge retssikkerheden for virksomhederne ved at tydeliggøre betingelser og vurderingskriterier i forhold til konkurrencereglerne.

Organisationerne må imidlertid konstatere, at lovudkastet ikke i tilstrækkelig grad gør det lettere for virksomheder at indgå konsortier, fordi bagatelgrænsen ikke finder anvendelse

på konsortier, da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen tilsyneladende fortsat anser en aftale mellem konsortiedeltagerne om at afgive en fælles tilbudspris som en formålsovertrædelse af konkurrenceloven.

Organisationerne hæfter sig især ved § 7, stk. 3 i lovudkastet, hvorefter undtagelserne i § 7, stk. 1 (bagatelgrænsen) ikke gælder, hvor aftalen mv. bedømt efter en objektiv målestok har til formål at begrænse konkurrencen, jf. nærmere nedenfor. Sammenholdt med styrelsens praksis og fortolkning indebærer det, at bagatelreglen ikke kommer til at gælde for konsortier. Lovudkastet og vejledningen efterlader endvidere på flere punkter betydelig tvivl med hensyn til, hvornår et konsortium af konkurrencemyndighederne vil blive anset for lovligt.

Organisationerne finder det derfor hensigtsmæssigt, at det af lovbemærkningerne tydeligt fremgår, hvorledes den foreslåede lovændring vil understøtte virksomhedernes muligheder for at indgå i konsortier. Det er i den forbindelse behov for regler, der sikrer, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ændrer sin nuværende norm for, hvornår en virksomhed selv har kapacitet til at udføre en opgave, da denne tilgang ikke tager højde for virksomhedernes forretningsmæssige vurdering af kapacitet, behov for risikospredning, krav til rentabilitet mv.

Specifikke bemærkninger

Konsortier er i mange tilfælde konkurrence- og effektivitetsfremmende

Organisationerne mener, at hverken lovudkastet eller vejledningen tager højde for af de forretningsmæssige fordele ved konsortier. Konsortier kan således medføre omkostningsbesparelser, højere ydelseskvalitet, risikospredning, innovation via fælles udviklede løsninger, fælles udnyttelse af know-how og produktionsudstyr osv. Konsortier vil derfor generelt fremme en effektiv konkurrence og innovativ opgaveløsning.

Konsortier har ikke nødvendigvis ”til formål” at begrænse konkurrencen (lovudkastets § 7, stk. 3)

Organisationerne mener, som tidligere tilkendegivet ved flere lejligheder, at konsortier – også mellem konkurrenter – som udgangspunkt skal vurderes efter, hvilken faktisk effekt de har på konkurrencen, og ikke mere eller mindre automatisk vurderes som havende til formål at begrænse konkurrencen.

I forslaget til lovudkast § 7, stk. 3 lægges der op til op til, at bagatelgrænserne ikke gælder i forhold til aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen. Dette betyder, at bagatelgrænsen ikke gælder, hvis der eksempelvis aftales priser i et konsortium. Konsekvensen af dette er, at bagatelgrænsen ikke er anvendelig i forhold til konsortiesamarbejder, da det er svært at forestille sig et konsortium indgået med henblik på at afgive et fælles tilbud på en offentlig udbudt opgave, uden at konsortiedeltagerne aftaler fælles tilbudspris.

I det lys skal organisationerne endnu engang pege på, at udgangspunktet for vurderingen af om et konsortium begrænser konkurrencen bør være en effektvurdering, dvs. en vurdering af om samarbejdet har en mærkbar effekt på konkurrencen, og ikke en formålsvurdering. Dette bør i hvert fald gælde for konsortier indgået af virksomheder, der har en begrænset markedsandel, da et samarbejde mellem disse virksomheder ikke vil kunne begrænse konkurrencen mærkbart. Dette er netop baggrunden for en bagatelregel.

Til støtte for at der kan anlægges en effektbaseret tilgang til konsortiesamarbejder kan organisationerne eksempelvis henvise til en nylig afgørelse fra den svenske Patent- og

Marknadsdomstolen af 28. april 2017, som fastslog, at der ikke var tale om en formåls-overtrædelse (uagtet at TEUF artikel 101 var anvendelig), og at aftalen skulle vurderes på baggrund af effekten for konkurrencen på det pågældende område. Retten vurderede, at den svenske konkurrencemyndighed i den konkrete situation ikke havde løftet bevisbyrden for, at aftalen havde haft negative følger for konkurrencen. I lyset af denne dom skal organisationerne anmode om, at retspraksis på området og mulighederne for en effektbaseret tilgang afdækkes og analyseres nærmere.

Da virksomhedernes udfordringer i forhold til reguleringen af konsortier ikke kun er et dansk problem, skal organisationerne samtidig foreslå, at styrelsen sammen med de andre nordiske lande retter henvendelse til EU-Kommissionen, og anmoder om, at der på EU-niveau skabes bedre og mere klare rammer for konsortiesamarbejder, som understøtter innovation i forbindelse med offentlige udbud.

Konsortier vurderes anderledes end fusioner

I forlængelse af de mere principielle synspunkter om de grundlæggende principper for vurdering af konsortiers lovlighed efter konkurrenceloven kan organisationerne ikke støtte, at konsortier behandles og strengere end fusioner mellem virksomheder med tilsvarende markedspositioner.

Når konkurrencemyndighederne vurderer, om en fusion hæmmer konkurrencen betydeligt, ses der bl.a. på, om fusionen skaber eller styrker en dominerende stilling. I den forbindelse ses der på markedsandelene, men der inddrages også andre faktorer, som kan have betydning for konkurrencen, f.eks. tilstedeværelsen af faktisk og potentiel konkurrence samt købermagt.

En fusion mellem to mindre konkurrenter med f.eks. hver en markedsandel på 5% og en omsætning på 150 mio. kr. ville ikke hæmme effektiv konkurrence og derfor være uproblematisk i forhold til konkurrencereglerne. Som organisationerne forstår lovudkastet vil samme virksomheders deltagelse i et konsortiesamarbejde som udgangspunkt blive anset for ulovligt, med mindre deltagerne kan bevise, at konsortiet ikke har haft til formål at begrænse konkurrencen.

Hvad skal der til, for at et konsortium ikke har til formål at begrænse konkurrencen?

Det fremgår af andet afsnit på s. 29 i lovudkastet, at ”Omvendt vil aftaler mv., der tidligere ikke ville være omfattet af undtagelsesbestemmelsen, fordi der var tale om en af de begrænsninger, der fremgår af den gældende § 27, stk. 2, fremover være undtaget, hvis de efter en konkret vurdering ikke anses for at have til formål at begrænse konkurrencen.”

Organisationerne finder det retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, at lovudkastet ikke indeholder yderligere vejledning om, hvad der skal til for at en konkret aftale mv. om dannelse af et konsortium ikke udgør en formåls-overtrædelse, herunder hvad der eksempelvis skal til, for at en prisaftale ikke omfattes. Organisationerne havde på dette afgørende punkt gerne set, at anvendelsesområdet for det foreslåede § 7, stk. 3, var nærmere præciseret, bl.a. med illustrative eksempler.

Organisationerne efterlyser derudover informationer i lovudkastet om, hvad konsortieparternes åbenhed om samarbejdet overfor markedet og ordregiver betyder for den konkurrenceretlige vurdering.

Hvordan skal konsortiedeltagerne bedømme markedsandelen?

Markedsvurderingen er et centralt element i en enhver konkurrenceretlig vurdering, herunder også i vurderingen af, om et konsortium omfattes af bagatelgrænsen i § 7.

Organisationerne finder det derfor beklageligt, at der ikke i det foreliggende materiale er nærmere vejledning om, hvordan konsortiedeltagerens markedandel skal vurderes i forhold til et konkret udbud, især hvis opgaven ikke tidligere har været i udbud.

Det efterlader virksomhederne med en række ubesvarede spørgsmål. Herunder hvordan virksomhederne skal vurdere deres markedandele i forhold til det konkrete udbud, da de ikke kender – og heller ikke må kende – hvilke andre virksomheder, der vil give tilbud.

Usikkerhed om vurdering af samhandelspåvirkning

Spørgsmålet om virksomhedernes vurdering af en eventuel samhandelspåvirkning giver anledning til usikkerhed for virksomhederne. Forslaget til lovudkast giver ikke svar på, om virksomhederne skal lægge den udbuds- eller konkurrenceretlige vurdering af samhandelspåvirkning til grund.

2. Afskaffelse af det resterende anmeldelsessystem (forslagets § 1, nr. 3)

Organisationerne kan ikke støtte forslaget om at afskaffe den resterende del af anmeldelsessystemet, som angår de rent nationale sager.

Set fra erhvervslivets side rummer anmeldelsessystemet væsentlige retssikkerhedsgarantier ved at fungere som en sidste mulighed for en virksomhed eller erhvervsorganisation for at få sikkerhed for, at en aftale eller et samarbejde er i overensstemmelse med konkurrencereglerne. Behovet for sikkerhed er ikke mindst på konkurrenceretten område vigtigt, idet konkurrencelovgivningen nok er det mest komplicerede regelkompleks for virksomheder og erhvervsorganisationer og samtidig er den erhvervsretlige regulering, hvor overtrædelser mødes med de hårdeste sanktioner. Eksempler på den høje regelkomplexitet med mange indbyggede skønsprægede vurderinger er konkurrencelovgivningens regulering af erhvervslivets adgang til et etablere konsortier og mulighederne for individuel fritagelse efter konkurrencelovens § 8.

Praksis i anmeldelsessager er derfor en meget vigtig retskilde i de mange sager, som erhvervslivet med eller uden advokatbistand selv bedømmer. Det er i øvrigt organisationernes erfaringer, at styrelsens tilbagevendende anbefaling om at søge advokatbistand i mange tilfælde ikke fører til den ønskede klarhed, fordi selv konkurrenceretseksperter blandt advokater ikke kan skabe den fornødne sikkerhed for hvordan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil vurdere lovligheden af de påtænkte aftaler og samarbejder. Det kan kun styrelsen selv, hvilket igen understreger nødvendigheden af de nugældende anmeldelsessystem.

Afslutningsvist henleder organisationerne opmærksomheden på det retssikkerhedsmæssige tab ved en afskaffelse af anmeldelsessystemet, der består i, at en anmeldelse, når den ikke drejer sig om evt. misbrug af dominerende stilling, medfører bødeimmunitet i den periode, hvor sagen behandles af styrelsen og Konkurrencerådet.

3. Ændringer i sagsbehandlingen af fusionsanmeldelser (forslagets § 12 d)

Organisationerne bakker op om de foreslåede ændringer, der har til formål at skabe yderligere klarhed om fusionsbehandlingen i relation til tidsfrister og afgivelse af tilsagn.

Ændring nr. 10, forslaget § 12 d, stk. 9, om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens indhentelse af oplysninger giver anledning til at bemærke, at virksomhedernes overholdelse af den af styrelsen fastsatte tidsfrist reelt må forudsætte, at de efterspurgte oplysninger/spørgsmål er utvetydigt formuleret og konkret skønnes nødvendige for sagsbehandlingen, jf. 17, stk. 1. Efter organisationernes opfattelse vil et generelt krav fra styrelsens side om at indsende en spejling af virksomhedens komplette IT-system til brug for fusions-sagsbehandling næppe være forenelig med § 17, stk. 1.

*

Organisationerne står naturligvis til rådighed, hvis dette høringssvar giver anledning til spørgsmål eller bemærkninger.

Med venlig hilsen

Sven Petersen
Dansk Erhverv

Kim Haggren
Dansk Industri

Preben Dahl
Danske Arkitektvirksomheder

Henriette Ingvarsdén
Danske Rederier

Kenneth Joensen
Finans Danmark

Foreningen af Rådgivende Ingeniører
Ulla Sassarsson

Claus Tønnesen
Forsikring & Pension

Peter Andersen
Håndværksrådet

Charlotte Bigum Lynæs
Landbrug & Fødevarer

Jan Eske Schmidt
Tekniq