



Agenda

- Introduksjon om bærekraft og konkurranserett
- Bærekraftsamarbeid utenfor konkurranseloven (scope)?
- Hvordan vurdere bærekraftsamarbeid under konkurranseloven (substance)?
 - Særlig om standardisering og prosjektsamarbeid
- Bærekraftsamarbeid som påvirker konkurransen, men likevel er lovlige (justification)?
- Oppsummering
- Veien videre

Sentrale bestemmelser

- Konkurranserettens tre pilarer

Forbud mot
konkurransbegrensende
samarbeid
(krrl § 10/EØS art 53)

Forbud mot utilbørlig misbruk
av dominerende stilling (krrl §
11/EØS
art 54)

Kontroll med
foretakssammenslutninger
(krrl § 16/EU/EØS-
fusjonsforordningen)

- Fokuset er på krrl § 10 – konkurransbegrensende samarbeid
- Brudd på forbudene kan føre til betydelige bøter og erstatningsansvar (og i prinsippet fengsel for enkeltindivider)

Konkurranseloven § 10 – ulovlig samarbeid

Lovteksten

1 Enhver **avtale** mellom foretak, enhver **beslutning** truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for **samordnet opptreden** som har til **formål eller virkning** å hindre, innskrenke eller vri **konkurransen**, er forbudt, særlig slike som består i

- a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgs**priser eller andre forretningsvilkår**,
- b) å begrense eller kontrollere **produksjon**, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,
- c) å **dele opp markeder** eller forsyningskilder(...)

3 Bestemmelsen i første ledd får ikke anvendelse [hvis det] bidrar til å **bedre produksjonen** eller **fordelingen av varene** eller til å fremme den **tekniske eller økonomiske utvikling**, samtidig som de sikrer **forbrukerne en rimelig andel** av de fordeler som er oppnådd, og uten

- a) å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller
- b) å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.

Sentrale spørsmål

- Hva faller utenfor krrl § 10 sitt anvendelsesområde?
- Når vil miljø- og bærekraftsamarbeid kunne utgjøre en formålsbegrensning?
- Miljø og bærekraft er (ennå) ikke nevnt i bestemmelsen - relevans og vekt?

EU-kommisjonens definisjon av bærekraft

- EU-kommisjonen definerer bærekraft i sitt utkast til nye horisontale retningslinjer, avsnitt 543:
 - «Overordnet sett refererer bærekraftig utvikling til samfunnets evne til å konsumere og bruke de tilgjengelige ressursene i dag uten at det går på bekostning av fremtidige generasjoners evne til å dekke sine egne behov. Bærekraftig utvikling omfatter blant annet aktiviteter som støtter økonomisk, miljømessig og sosial (inkludert arbeidskraft og menneskerettigheter) utvikling. *Bærekraftbegrepet omfatter, men er ikke begrenset til, håndtering av klimaendringer (for eksempel gjennom reduksjon av klimagassutslipp), eliminere forurensning, begrense bruken av naturressurser, respektere menneskerettigheter, fremme motstandsdyktig infrastruktur og innovasjon, redusere matsvinn, legge til rette for et skifte til sunn og næringsrik mat, sikre dyrevelferd osv.» (vår oversettelse)*
- Vi forstår bærekraftsamarbeid som samarbeid mellom foretak (konkurrenter, leverandører, kunder) som skal eller vil kunne bidra til bærekraftig utvikling av samfunnet

Hindrer konkurranseloven det grønne skiftet?



Felles frivillige investeringer eller utbetalinger for å oppveie negativ miljømessig eller sosial påvirkning



Erstatte ikke-bærekraftige produkter som medfører en kostnadsøkning ut mot forbrukerne



Innføring av obligatoriske bærekraftstandarder som er strengere enn kravene satt i lovgivningen



Bærekraft og konkurranseloven § 10

- Bærekraft er ikke nevnt i konkurransbestemmelsene
 - TEUV (traktaten om EUs virkeområde) art. 11 om bærekraft og miljø
 - *"Environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the Union's policies and activities, in particular with a view to promoting sustainable development."*
 - Domstolspraksis om bærekraftshensyn i konkurranseretten
 - Vi er ikke kjent med noen avgjørelser fra EU-domstolen som eksplisitt drøfter forholdet mellom bærekraft og konkurranserett
 - ◆ Likevel finnes det en statsstøttesak, C-594/18 P (Austria v Commission) om temaet:
 - ◆ *"It follows that, since Article 107(3)(c) TFEU applies to State aid in the nuclear energy sector covered by the Euratom Treaty, State aid for an economic activity falling within that sector that is shown upon examination to **contravene rules of EU law on the environment cannot be declared compatible with the internal market pursuant to that provision.**"*
 - EU-kommisjonens praksis og retningslinjer er klare på at det er adgang til å vektlegge bærekraft
 - Eget kapittel om bærekraft i EU-kommisjonens utkast til nye horisontale retningslinjer
 - EU-kommisjonen i Vaskemaskin-saken (CECED-saken)
 - Det norske konkurransetilsynet må etterstrebe samme fortolkning av konkurransereglene som EU-kommisjonen
- Vår vurdering er at bærekraft er relevant å vektlegge i forbindelse med anvendelsen av krrl § 10

Utenfor krrl § 10 sitt anvendelsesområde (utenfor scope)

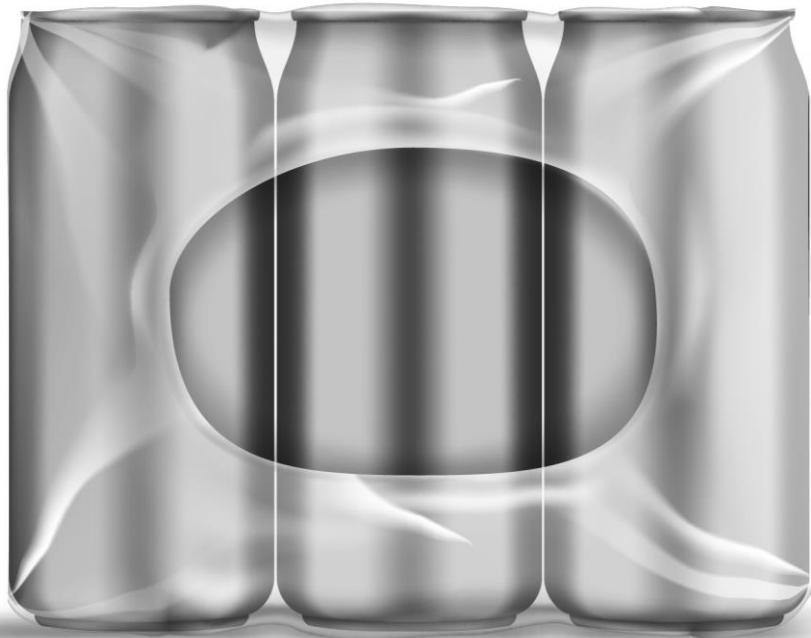
- Tradisjonelt sett utenfor konkurranseloven § 10
 - Avtaler mellom foretak og forbrukere
 - Avtaler mellom aktører som ikke kan anses som foretak
 - Konserninterne avtaler
 - Tariffavtaler og kollektive avtaler mellom ansatte og arbeidsgiver
 - EU-domstolen i Albany-saken (C-67/96) og Holship HR-2016-2554-P
 - Tilknyttede begrensninger
 - Avtalte konkurransebegrensninger som er direkte relatert og nødvendige for gjennomføringen av en hovedoperasjon som ikke er konkurransebegrensende jf. f.eks. EU-domstolen i C-382/12 (MasterCard)
 - o Nødvendighetsvurdering og proporsjonalitetsvurdering
 - o Vi mener at det ikke er noe i veien for å bruke aksessoriske begrensninger på bærekraftsamarbeid
 - o Eksempel: samarbeid mellom foretak og andre interessenter for å gjennomføre et hovedprosjekt om å stenge ned et sterkt forurensende anlegg?
 - «State action»-forsvaret
 - State-action-forsvaret er at foretak blir underlagt statlig pålegg om visse handlinger, som innebærer at foretaket ikke har et mulig handlingsrom for autonom atferd til å drive aktivitet som åpner for konkurranse
 - o F.eks. Åpenhetsloven og bærekraftskrav i leverandørkjeden
- Bærekraftsamarbeid utenfor konkurranseloven § 10
 - Samarbeide om å erstatte ikke-bærekraftige produkter eller innsatsvarer uten å påvirke pris eller utvalg ut mot forbrukerne
 - Felles tiltak om å oppnå bærekraftmål uten forpliktelser om å iverksette bestemte virkemidler
 - (i) Partene er bare løst forpliktet til å bidra til et sektordekkende bærekraftmål
 - og/eller (ii) bindende målsetninger er satt, men partene har betydelig skjønnsfrihet med hensyn til hvilke teknologiske og økonomiske virkemidler som brukes
 - Samarbeid som kun påvirker intern virksomhetsatferd – samarbeidet påvirker ikke konkurrentens økonomiske aktivitet
 - Samarbeid ved å lage en database med bærekraftrelatert informasjon samt informasjon om bærekraftige distributører og leverandører
 - Samarbeid om å lage opplysningskampanjer for hele markedet, herunder informasjon om kundenes miljøavtrykk som følge av forbruket
 - Forutsetning om at samarbeidet reelt sett ikke er «felles reklame»



Samarbeid om å utsette innføringen av ny miljøteknologi – Adblue

- Fem bilprodusenter utviklet ny teknologi for å rense nitrogenoksyduttslipp utover regulatoriske krav
 - Daimler, BMW, Volkswagen, Audi og Porsche
- Bilprodusentene signaliserte til hverandre at overoppyfyllelse av regulatoriske krav ikke var ønsket, og forhindret teknisk nyvinning for kjøretøy med dieselmotorer som ville gitt flere valgmuligheter for forbrukerne.
 - Samarbeidet begrenset derfor konkurransen om å levere mest mulig miljøvennlige biler. ❌
- EU-kommisjonen ga store bøter (sak AT.40178)
 - Daimler fikk immunitet for å avsløre kartellet
 - Volkswagen Group (inkl. Audi og Porsche) fikk € 502 362 000 i bot
 - Fikk 45% redusert bot pga. samarbeid med EU-kommisjonen
 - BMW fikk € 372 827 000 i bot
- Eksempel på at miljøteknologi som et konkurranseparameter

Case: Samarbeid om forpakning



- Drikkevareprodusentene Brus og Energi sammen med dagligvarekjeden Deli samarbeider om å fjerne plastikkhåndtak på emballasjen
 - Brusforpakningene blir mer resirkulerbare og bruken av plast reduseres
 - Endringer gjelder over 70% av de aktuelle brusforpakningene
 - Foretakene kan selv velge når og hvordan de avvikler plastikkhåndtakene
 - Markedsundersøkelser viser de aktuelle plasthåndtakene ikke er et konkurranseparameter

Hva er din vurdering av lovligheten av avtalen?

- Fremstår ikke konkurransebegrensende
- Vår vurdering er at samarbeidet faller utenfor krrl § 10 (1)

Avtaler om bærekraftstandardisering

- Avtaler om bærekraftstandardisering betyr at konkurrenter samarbeider om å implementere og overholde visse bærekraftstandarder
 - EU-kommisjonens utkast til horisontale retningslinjer kap 9.3 har eget kapittel om bærekraftstandardisering
- Hva kan bærekraftstandardisering innebære?
 - Kan uttrykke felles minstekrav eller spesifikasjoner
 - Kan sikre interoperabilitet og kompatibilitet
 - Kan fastsette et mål uten krav til spesifikk produksjonsmetode eller teknologi
 - Kan fokusere på alle ledd i verdikjeden
 - Kan være frivillig eller tvungen
- Bærekraftstandardisering har ofte positive effekter:.
 - Utvikling av nye produkter eller markeder
 - Forbrukerne foretar mer opplyste produktvalg
 - Bidra til ytterligere bærekraftig utvikling av produktkvalitet eller i distribusjonen
 - Sikrer konkurranse «on the merits» på «like vilkår»/kompatible løsninger
 - Stordrift- og skalafordeler
 - Likere rammebetingelser
- ...men kan også ha negative:
 - Utestenging av alternative standarder
 - Forskjellsbehandling av konkurrenter
 - Økte priser eller kostnader, eller priskoordinering



Standardisering – «soft safe harbour»

#1

Prosedyren for utviklingen av standarden er transparent og åpen for alle konkurrenter

#2

Ikke noe pålegg (direkte eller indirekte) om å overholde bærekraftstandarden

#3

Deltakerne står fritt til å etablere bedre bærekraftstandarder enn i bærekraftsavtalen

#4

Partene utveksler ikke kommersielt sensitiv informasjon med mindre det er nødvendig for modifisere, utvikle eller implementere bærekraftstandarden

#5

Ikke-diskriminerende og effektiv tilgang til bærekraftstandarden

#6

Bærekraftstandarden leder ikke til vesentlig prisøkning eller produktvalgsbegrensning

#7

Overvåkningssystem eller mekanisme for å sikre at bærekraftstandarden overholdes.



Prosjektsamarbeid

- Hva er prosjektsamarbeid?
 - Samarbeid om gjennomføringen av et enkelt prosjekt
 - Omfatter ofte felles produksjon
 - Kan ta en rekke ulike former
 - Joint Ventures, konsortium, underleverandøravtaler
 - Avgrense mot et mer varig og omfattende samarbeid
- Hva er konkurranseproblemet?
 - Eliminering av konkurranse mellom deltakerne,
 - Færre tilbyder antall tilbydere (2:1)
 - Konkurransbegrensninger i andre markeder
 - Utveksling av kommersielt sensitiv informasjon
 - Utestengning av tredjeparter (konkurrenter og kunder)

Nærmere om prosjektsamarbeid

- Hvordan har prosjektsamarbeid blitt vurdert?
 - Formålsrestriksjon
 - Ski follo taxi-saken (HR-2017-1229-A) avsnitt 43
 - «(...)begge taxiselskapene kunne ha inngitt tilbud alene i begge anbudskonkurransene. Den konklusjonen hvilte både på de nevnte kvalifikasjonskravene i utlysingen, og på en analyse av Ski Taxis – det minste taxiselskapets – tilgjengelige kapasitet, som hadde vært omtvistet. Lagmannsretten konkluderte derfor med at Ski Taxi og Follo Taxi var «potensielle konkurrenter»
 - Potensielle konkurrenter
 - Markedsavgrensning
 - Markedsandeler
 - Gruppeuntaket Spesialiseringsavtaler (forordning nr. 1218/2010)
 - Avtaler om felles produksjon eller spesialisering så fremt ikke markedsandelene overstige 20 %
- Prosjektsamarbeid med bærekraftsmål
 - Formålsbegrepet er snevrere?
 - «Ekte» bærekraftssamarbeid skal vurderes etter en virkningsanalyse, jf. EU-kommisjonens utkast nye horisontale retningslinjer avsnitt 560
 - Dersom det er mulig å dokumentere at bærekraftmålsetningene er reelle
 - Virkningsvurderingen for prosjektsamarbeid
 - Mer finmasket vurdering enn ved formålsrestriksjoner
 - Full vurdering av rettslig og faktisk kontekst
 - ◆ Virkningsanalysen må basere seg på en grundig analyse av økonomiske og rettslig konteksten av samarbeidet, jf. f.eks. EU-domstolen i C-345/14 Maxima Latvija avsnitt 29
 - Konkret og detaljert kontrafaktuell analyse av om konkurransen begrenses
 - Hensynet til kommersiell risiko
 - Kontraktens størrelse og sammenlignbare kontrakter
 - Gruppeuntaket for spesialiseringsavtaler
 - Effektivitetsgevinster

Unntaket etter krrl § 10 (3) – effektivitetsgevinstene oppveier for konkurransebegrensningene

- Bærekraftsamarbeid kan lede til effektivitetsgevinster som gjør samarbeidet lovlig på tross av konkurransebegrensningene
 - Prosjektsamarbeid hvor partene er konkurrenter
 - Spesialiseringsavtaler hvor markedsandelene er over 20%
 - Reduksjon av produktutvalg og økte priser for forbrukerne
- EU-kommisjonens utkast til horisontale retningslinjer kap. 9.4 lister opp **fire** kumulative vilkår der effektivitetsgevinster oppveier for konkurransebegrensninger

1. Effektivitetsgevinster

- Hvilke bærekraftsgevinster omfattes?
- Hvordan måle miljø- og bærekraftsvirkninger?
- Når må gevinstene realiseres? 2 år, 5 år eller 10 år? Lengre?
- Avveining av klimahensyn og naturforvaltning

2. Forbrukerne må få en rimelig andel av bærekraftsfordelene

- Hva med bærekraftsamarbeid hvor forbruker tar kostnaden?
- Hva med kollektive fordeler?
- Hva med forbrukere utenfor det relevante markedet?

3. Nødvendighetskriteriet

- Hva er alternativet?
- Kan de samme fordelene oppnås gjennom økonomisk gjennomførbare løsninger som ikke innebærer en like stor konkurransebegrensning som avtalen
- Avtalen er nødvendig for at et bærekraftsmål kan oppnås mer kostnadseffektivt.

4. En viss restkonkurranse må bestå

- Hvordan skal bærekraftsvirkningene veies mot konkurranserestriksjonene?
- Det må være noe konkurranseparameter igjen

Case: Prosjektsamarbeid

- To leverandører etablerer felles markedsføring og -tjenester ved felles infrastruktur for å levere karbonfangsttjenester
 - Tilsammen markedsandeler over 20% slik at gruppeunntaksforordningen for spesialiserte avtaler ikke gjelder
- Prosjektsamarbeidet vil medføre følgende konsekvenser
 - 1) Prosjektsamarbeidet vil påvirke konkurranseparametere pris, men vil ha bærekraftsgevinster ved bærekraftmålsetningen ved karbonfangst og lagring, kostnadsbesparelse og risikoreduisering for aktørene
 - 2) Prosjektsamarbeidet er nødvendig siden partene ikke alene kan ha «stort nok» karbonfangstlagring og risikoen blir for høy å investere alene
 - 3) Effektivitetsgevinstene kommer forbrukerne til gode ved at i) tjenestene blir tilgjengelig tidligere med samarbeidet enn uten, ii) kostnadene reduseres og iii) bærekraftige fordeler for alle forbrukere i det relevante markedet.
 - 4) Konkurransen elimineres ikke – karbonfangst og karbonlagring er et stort EØS-rettslig marked samt at tredjeparter vil få ikke-diskriminerende adgang til å bruke restkapasiteten
- Er prosjektsamarbeidet problematisk etter krrl § 10 (3)

Vår vurdering er at prosjektsamarbeid sannsynligvis er lovlig, men det er nødvendig å sikre vurdering og dokumentasjon på forhånd. Konkurranserettsjurister bør involveres så tidlig som mulig.



Vaskemaskinsaken (CECED-saken*)

- Vaskemaskinprodusenter samarbeidet om å slutte å importere eller produsere de minst energieffektive vaskemaskinene.
- EU-kommisjonen konkluderte med at samarbeidet var begrenset konkurransen etter sitt formål (sak IV.F.1/36.718)
- Samarbeidet var likevel lovlig pga. effektivitetsgevinster:
 - Forbrukeren mister et produktutvalg
 - Samarbeidet kunne føre til lavere strømforbruk «collective environmental benefits»
 - EU-kommisjonen vektla målbare miljøgevinster
 - EU-kommisjonen fant det sannsynlig at bærekraftsamarbeidet vil medføre «individual and collective benefits» for forbrukerne
- Ville det norske konkurransetilsynet konkludert på samme måte?

*Sak IV.F.1/36.718 (2000)

Case: Kollektiv energiavtale om offshore vindpark

- Bransjeforening for næringsdrivende energibrukere ønsker en kollektiv avtale for sine medlemmer med én fremtidig offshore vindpark.
 - Avtalen vil medføre fastpris på grønn energi over flere år, og at de involverte ville bidra til å promotere bærekraftig energi.
 - Langvarige leveringsavtaler ble fremhevet som gunstig for utviklerne av offshore vindpark.
 - Den kollektive avtalen vil bidra til å realisere klimamål
 - Hvilken vindpark ble avgjort etter anbud
- Er den kollektive avtalen problematisk?

Vår vurdering er at samarbeidet er lovlig. Avtalen kan være vanskeligere å vurdere det er tale om kollektiv avtale med flere vindparker. Jurister bør involveres før bransjeforeningen og medlemmene inngår slike kollektive avtaler.



DO's



DONT's



Lovlig

- Samarbeide om å erstatte ikke-bærekraftige produkter eller innsatsvarer som ikke påvirker pris eller utvalg
- Atferd som kun påvirker intern atferd
- Tariffavtaler og kollektive forhandlinger mellom ansatte og arbeidsgiver
- Samarbeid om opplysningskampanje om kundenes miljøavtrykk
- Aktørene er løst forpliktet om et sektordekkende bærekraftsmål
- Aktørene er bundet til bærekraftsmål, men med betydelig skjønnsfrihet mht. hvilke teknologiske og økonomiske virkemidler som brukes

Ulovlig

- Priskoordinering med konkurrenter (også på miljøkomponenter)
- Samarbeid om å utsette miljøteknologi
- Samarbeide om å begrense en konkurrents mulighet til å utvikle mer bærekraftige produkter eller tjenester
- Strategidiskusjoner med konkurrenter
- Avtale som hindrer aktørene å markedsføre for de ulike miljøvirkningene av produktene deres
- Utestenging av konkurrenter ved alternative standarder
- Forskjellsbehandling av konkurrenter i standardiseringen

Må vurderes nærmere

- Standardisering
- Prosjektsamarbeid og anbudssamarbeid
- Innføring av obligatoriske bærekraftstandarder som er strengere enn lovgivningen
- Aksessoriske begrensinger
- Statlig pålegg om visse handlinger
- Erstatte ikke-bærekraftige produkter som medfører en kostnadsøkning ut mot forbrukerne
- Felles frivillige utbetalinger for å oppveie negativ bærekraftig påvirkning



Veien videre

- Lovendringer?
- Veiledninger
- Mer detaljerte retningslinjer?
- «Comfort letters»?
- Inspirasjon fra andre (progressive) myndigheter, eks. greske og nederlandske konkurransemyndigheter?
- Mer forskning, inklusive vårt prosjekt om konkurranserett og bærekraft
- Har du innspill?

barekraftskonkurranse@adeb.no