

NOTAT

Vedrørende konkurrenceloven

Særligt om § 6 stk. 1 – konkurrencebegrænsende aftaler

Den 1. marts 2008 trådte den nugældende landstingslov nr. 16 af 19. november 2007 om konkurrence i kraft grønland. Ved denne lovs ikrafttræden skete der et markant principskifte, idet kontrolprincippet, som havde været en fast bestanddel af den tidligere lovgivning på området, blev erstattet af et forbudsprincip, hvilket er på linje med konkurrencelovgivning i bl.a. de øvrige nordiske lande og EU.

Den nye grønlandske konkurrencelov er således baseret på den danske lovgivning på området, og størstedelen af såvel lovtæst som lovbemærkninger fremstår identisk med bestemmelser af den danske regulering fra enten 2002 eller 2007.

I forbudsprincippet ligger, at en overtrædelse af konkurrencereglerne i sig selv er ulovlig. Efter det tidligere gældende kontrolprincip var konkurrencebegrænsende adfærd eller aftaler ikke forbudt, før efter konkurrencemyndighederne havde foretaget indgreb imod konkurrencebegrænsningerne.

At der er blevet indført et forbudsprincip har bl.a. den virkning, at konkurrencemyndighederne nu kan udstede påbud med henblik på at bringe konkurrencebegrænsende adfærd til ophør, og i denne forbindelse idømme dagbøder til de virksomheder, der udviser denne adfærd, såfremt de ikke tager det udstedte påbud til efterretning.

Endvidere kan der gives bøder for grove eller forsætlige overtrædelser uden der forud er givet et påbud.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at der efter den grønlandske konkurrencelovs § 8 fortsat er mulighed for efter anmeldelse til Konkurrencetilsynet at få fritaget ellers konkurrencebegrænsende aftaler fra forbuddet i § 6, stk. 1. Dette er ikke muligt efter den danske konkurrencelov. Forbudsprincippet er således ikke lige så udtalt i Grønland som i fx Danmark og EU, hvor en sådan mulighed ikke længere foreligger.

Det overordnede formål med konkurrencereguleringen i Grønland er at fremme en samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence. Således er antagelsen bag loven, at forbrugernes velfærd maksimeres, når samfundets ressourcer udnyttes optimalt.

For at møde det overordnede formål med loven vil myndighederne fokusere på, hvorvidt en given adfærd vil komme den endelige forbruger af et givent produkt til gode eller ej. Hensynet bag konkurrencereglerne er således ikke at beskytte konkurrerende virksomheder, men at beskytte den effektive konkurrence, så forbrugerne i sidste ende kan få gavn heraf.

Typiske faktiske forhold, der kan være til skade for forbrugere, er højere priser, ringere kvalitet samt mindre variation i udbuddet af produkter, hvorfor det især er sådanne forholds iværksættelse, myndighederne søger at forhindre.

Konkurrencelovens opbygning

Konkurrenceloven er bygget op med et indledende kapitel om lovens formål og anvendelsesområde, hvorefter de næste fire kapitler angiver retningslinjerne på konkurrencerettens fire hovedområder:

- Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler (kap. 2, §§ 6-10)
- Forbuddet mod misbrug af dominerende stilling (kap. 3, § 11)
- Forbuddet mod konkurrenceforvridende støtte (kap. 4, §§ 12 og 13)
- Fusionskontrol (kap. 5, § 14)

Den øvrige del af konkurrenceloven lægger rammerne for håndhævelsen af loven. Således indeholder de afsluttende kapitler bestemmelser om:

- Offentlighed og aktindsigt i forbindelse med konkurrencesager (kap. 6, §§ 15 og 16)
- Konkurrencemyndighedens organisation og beføjelser (kap. 7, §§ 17-25)
- Klagemuligheder (kap. 8, §§ 26 og 27)
- Sanktion og lempelse (kap. 9, §§ 28-34)

Grundsætninger vedr. konkurrencelovens § 6, stk. 1, om konkurrencebegrænsende aftaler

Det er muligt på grundlag af en fortolkning af loven, under anvendelse af sædvanlige juridiske principper og kravet om sammenhæng og logik, at opstille følgende grundsætninger for konkurrenceretten vedrørende konkurrencebegrænsende aftaler.

Grundsætning 1

Enhver handling, der opstår mellem konkurrenter som et resultat af en aftale i bredest tænkelige forstand, der direkte eller indirekte kan påvirke konkurrence, er forbudt efter konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Grundsætning 2

Uanset konkurrencelovens § 6 må en virksomhed foretage en handling, der i øvrigt er lovlig, såfremt den er ensidig, d.v.s. ikke er accepteret eller aftalt udtrykkeligt eller stiltiende, i forhold til en konkurrent. Dette gælder uanset om denne handling påvirker konkurrencen generelt eller konkret.

Begrænsninger vedrørende ensidige handlinger følger alene efter reglerne om misbrug af en dominerende stilling.

Grundsætning 3

Konkurrenceloven indebærer ikke, at en virksomhed er pålagt tavshedspligt i forhold til deltagelse i en licitation.

I modsætning til eksempelvis en advokat eller læge, kan en virksomhed frit ytre sig om virksomhedens aktiviteter, medmindre sådanne ytringer er en del af en konkret eller generelt accepteret aftale, enten udtrykkelig eller stiltiende med en konkurrent om udveksling af informationer.

Ovennævnte generelle grundsætninger indebærer følgende besvarelser af en række konkrete, ofte forekommende spørgsmål i forbindelse med deltagelse i licitationer. Spørgsmålene er som følger:

1. Er man som entreprenør berettiget til at byde, uden man er interesseret i at vinde en licitation?

Svaret er ja. Såfremt beslutningen om deltagelse er ens egen, er det uden betydning, hvad der motiverer denne beslutning.

2. Er man berettiget til at undlade at deltage i en licitation, hvor de objektive omstændigheder taler for, at man gør det?

Svaret er ja, jf. ovenfor.

3. Er beslutningen om deltagelse eller ikke-deltagelse i en licitation omfattet af tavshedspligt?

Svaret er nej. Dette ville kræve særlig hjemmel.

VIGTIGT

4. Er man berettiget til at besvare en henvendelse fra en konkurrent om, hvorvidt man deltager eller ikke deltager i en licitation?

Svaret er nej, idet man derved foretager en ikke ensidig handling. Besvarelsen af en konkret henvendelse må siges at være en enten accepteret eller aftalt udtrykkeligt eller stiltiende udveksling af en information til en konkurrent, der indebærer en konkurrencemæssig fordel for den, der får denne viden.

Såfremt der allerede på tidspunktet for forespørgslen er en almen viden om deltagelse eller ikke deltagelse i en licitation, vil en besvarelse af en henvendelse ikke være en overtrædelse af konkurrencelovens § 6. Det er imidlertid indlysende, at det praktisk bevismæssigt kan være vanskeligt at godtgøre, at den givne information har været offentligt tilgængelig. Den praktiske løsning ved sådanne konkrete forespørgsler skal altid være, at de ikke besvares.

5. Er man berettiget til at rette henvendelse til en konkurrent og spørge hvorvidt denne deltager eller ikke deltager i en licitation?

Svaret er nej, jf. ovenfor.

6. Er man generelt berettiget til at til at oplyse indholdet af sit bud?

Svaret er nej. Dette svar kan umiddelbart fremstå som værende i modstrid med at man er berettiget til ensidige handlinger. Når svaret imidlertid er benægtende skyldes dette, at det må anses for så godt som udelukket, at en konkret oplysning af indholdet af ens eget bud har noget andet formål end at påvirke konkurrencen. Uanset teoretiske betragtninger omkring ensidige handlinger, vil en sådan handling i praksis nødvendigvis blive anskuet som et forsøg på eller en opfordring til samordnet praksis med hensyn til udveksling af viden.

7. Er man berettiget til at opfordre en konkurrent til at deltage i en licitation ved afgivelse af bud?

Svaret er ja. Opfordringer til konkurrenter om deltagelse i en licitation er ikke en overtrædelse af konkurrencelovens § 6.

VIGTIGT

8. Er man berettiget til at opfordre en konkurrent til at deltage i en licitation som man har viden om – eller meget stærke formodninger om – at konkurrenten ikke ønsker at vinde? (anmodning om støttebud)

Svaret er nej. I tilfælde af, at man opfordrer en konkurrent til at afgive et bud, der får ens eget bud til at fremstå som værende i en konkurrence med denne konkurrent, uden dette er tilfældet, er en sådan opfordring en overtrædelse af konkurrenceloven. Dette fordi den reelle konkurrencesituation sløres. Dette gælder i særdeleshed, hvis man hjælper med udformningen af konkurrentens tilbud. Begge parter overtræder konkurrencelovens § 6 i tilfælde af, at et sådant støttebud afgives.

9. Er man berettiget til at indhente en bindende pris (tilbud fra en underentreprenør) i forbindelse med deltagelse i en licitation, hvor man afgiver bud i storentreprise eller i hovedentreprise?

Svaret er ja.

10. Er man berettiget til i forbindelse med indhentelse af pris, jf. ovenfor, at få oplyst hvilket bud underentreprenøren i øvrigt har afgivet i samme licitation?

Svaret er nej. Såfremt dette konkret meddeles, vil det være udveksling af en pris og en overtrædelse af konkurrencelovens § 6.

Efter omstændighederne vil det være muligt på baggrund af det indhentede tilbud fra underentreprenøren at gøre sig en ret klar forestilling om, hvad denne har afgivet af bud i fagentreprisen, men dette ændrer ikke på, at en konkret forespørgsel vedrørende det eksakte bud og besvarelse heraf vil være en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

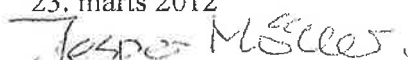
11. Er man berettiget til som underentreprenør at afgive tilbud til en entreprenør med henblik på dennes deltagelse i en storentreprise eller en hovedentreprise vedrørende en licitation, hvor man selv har eller vil afgive bud i fagentreprise?

Svaret er ja, men situationen bør undgås idet der (ved denne fremgangsmåde) nemt kan opstå tvivl om, hvorvidt det er aftalt, at der skal afgives bud i fagentreprisen og med hvilket beløb.

12. Er man berettiget til, efter at have afgivet tilbud til brug for anden entreprenør, der afgiver bud på storentreprise eller på hovedentreprise i den pågældende licitation, efterfølgende selv at afgive bud på den tilsvarende storentreprise eller hovedentreprise?

Svaret er nej, det vil være en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1. Denne fremgangsmåde ville indebære en risiko for, at entreprenøren ved afgivelse af bud til anden entreprenør fastsætter sin pris så høj, at han efterfølgende vedrørende det samme arbejde kan vinde licitation, uanset han helt bevidst ikke har givet det skarpeste bud.

23. marts 2012


Jesper Müller