



## KONKURRANSEKLUSS

Innlegg i Dagens Næringsliv, mandag 28. februar 2011

Av advokat Thomas Sando, Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA

---

### **Kan det være slik Konkurransetilsynet ser ut til å mene, at næringsdrivende skal kunne dele markeder mellom seg for å løse kommersielle tvister, spør advokat Thomas Sando.**

Er en avtale mellom de to største konkurrentene i et marked om at den ene skal avstå fra å konkurrere om flere titalls navngitte kunder, i bytte mot å få ansette en ettertraktet medarbeider fra den andre, tillatt etter konkurranseloven?

#### **Mest sannsynlig**

Konkurransetilsynet har i alle fall nylig besluttet «ikke å gå videre med» en slik sak. Kundene, som ikke lenger kan få leveranser fra sin foretrukne leverandør, og opplever økte priser, vil imidlertid være lite tilfredse med en slik utvikling.

I saken var samarbeidet formalisert i en utvetydig avtale med ett års varighet. Samarbeidet pågikk da Konkurransetilsynet ble kjent med saken, og avtalepartene var de to største konkurrentene i sitt regionale marked.

Sakens parter og det aktuelle markedet kan ikke navngis her, på grunn av taushetsplikten og av hensyn til dem det gjelder.

Avtalen ble håndhevet i praksis, ved at flere av kundene som var omfattet av konkurranseforbudet, måtte avvises av bedriften som etter avtalen ikke fikk lov til å konkurrere. Det var til og med lagt opp kontrollmekanismer for å verifisere at den ene bedriften ikke «jukset» og at konkurranseforbudet således ble respektert.

#### **Sakens faktum var klart, også for Konkurransetilsynet**

Spørsmålet til tilsynet var om bedriftene lovlig kunne avtale at de ikke lenger skulle konkurrere om et stort antall bestemte og navngitte kunder. Kundene, som gjennom avtalen intetanende var fratatt en viktig leverandør, vil kanskje mene at Konkurransetilsynet burde beskyttet deres interesser og at de ikke kunne gjøres til salderingspost for bedriftenes kommersielle tvister.

Konkurransetilsynets beslutning om ikke å gå videre med saken står i sterk kontrast til de siste dagers massive oppslag om etterforskning av kundefordeling i asfaltbransjen.

Avtalen hadde sitt utspring i en arbeidskonflikt mellom den ene bedriften og en tidligere ansatt, som var bundet av en konkurranseklausul etter arbeidsforholdets opphør. Den tidligere ansatte ønsket å begynne hos konkurrenten, og arbeidskonflikten ble løst gjennom å inngå en avtale mellom de to konkurrerende bedriftene: Den ene konkurrenten fikk en ny ettertraktet medarbeider, mens den andre konkurrenten fikk ha et stort antall navngitte kunder for seg selv i ett år.

Begge bedriftene sikret seg altså verdier gjennom avtalen. Taperne var utvilsomt kundene og konkurransen.

Konkurransetilsynet ble varslet om saken, men valgte å legge den bort. Det ble ikke gitt noen formell begrunnelse for henleggelsen. Det kan imidlertid se ut til at Konkurransetilsynet bare vil gripe inn mot kundefordelingsavtaler dersom begge parter i en avtale tildeles kunder. Der den ene bedriften får kunder og den andre får noe annet, for eksempel penger, underleveranseoppdrag eller, som her, tilgang til en ettertraktet medarbeider, vil Konkurransetilsynet ikke gripe inn.

Tilsynets beslutning fremstår som uheldig for kundene og for konkurransen i markedet. Effekten på konkurransen i markedet er den samme enten motytelsen for å unnlate å konkurrere er kunder, penger eller andre verdier. Da er det vanskelig å se at skaden på konkurransen, og for kunder som mister tilgang til leverandører, vil variere med ytelsene de samarbeidende bedriftene utveksler i bytte mot å avstå fra å konkurrere.

Tilsynets beslutning gir et signal om at denne formen for kundedelingsavtaler er lovlig, i hvert fall når motytelsen er andre goder. Dette til tross for at slikt samarbeid ofte vil føre til uønskede effekter på konkurransen. Etter mitt syn burde tilsynet derfor, av hensyn til fremtidig avtalepraksis, tilkjenne sine vurderinger i denne saken. Dersom ressurs hensyn eller en bevisst nedprioritering av mindre saker som involverer små og mellomstore bedrifter i regionene er den egentlige årsaken til at tilsynet lot denne saken passere, burde tilsynet skrive dette.

Avtalens bakgrunn er praktisk i forbindelse med tidligere arbeidstageres overgang til konkurrerende virksomhet eller andre typer kommersielle tvister. I lys av de faktiske forhold og dokumentasjonen som var kjent for tilsynet i denne saken, er det derfor betimelig å spørre om tilsvarende tvister lovlig kan løses gjennom forliksavtaler mellom konkurrerende bedrifter - og hvor betalingen for arbeidstageren typisk kan være å avstå fra konkurranse om en nærmere definert kundemasse.

Konkurransetilsynets oppfatning synes å være at dette er lovlig avtalepraksis.