



**Konkurransetilsynet**  
Norwegian Competition Authority

## Jubileumsskrift 2004



**Konkurransetilsynet**  
1994 - 2004



# Jubileumsskrift 2004





# Innhold

Forord.....	5
Konkurransen er avgjørende i moderniseringsarbeidet <i>Morten Andreas Meyer</i> .....	7
Fra Wilhelm Thagaard til Victor Norman – norsk konkurransepolitikk gjennom knapt 100 år <i>Harald Espeli</i> .....	13
Paradigmeskifter i norsk konkurransepolitikk <i>Egil Bakke</i> .....	21
Konkurransepolitikk og økonomisk sektorregulering – And never the twain shall meet? <i>Einar Hope</i> .....	27
Fra inngrep til forbud – konkurranseloven av 2004 <i>Hans Petter Graver</i> .....	33
Fra straff til overtredelsesgebyr – ny lov, tøffere tider? <i>Harald Evensen</i> .....	41
Konkurransetilsynets virksomhet under konkurranseloven av 2004 – sett fra partene og deres advokaters side <i>Siri Teigum</i> .....	55
Markedet og forbrukerens hverdag <i>Erik Lund-Isaksen</i> .....	65
Formålsbestemmelsen i konkurranseloven <i>Lasse Ekeberg, Jostein Skaar og Lars Sjørgard</i> .....	71
Konkurransepolitikk i det 21. århundre <i>Knut Eggum Johansen</i> .....	79
Tilbakeblikk 1994-2004 – medarbeidere og aktiviteter .....	85



# Forord

Konkurransetilsynet ble opprettet i januar 1994 og ønsker med dette Jubileumsskriftet å markere de ti årene som har gått.

En organisasjon utvikler seg når den lever i utfordrende omgivelser og med krevende "brukere". Vi har valgt å samle ulike blikk på Konkurransetilsynet med ti artikler, skrevet av både eksterne og interne bidragsyttere.

Artikkelforfatterne har bakgrunn fra forskjellige brukergrupper; historikere, politikere, advokater, akademikere, forbrukerinteresser og ansatte i Konkurransetilsynet selv. Selvfølgelig kommer også de tre konkurranse-direktørene i perioden til orde.

Jubileumsskriftet gir tilbakeblikk, men også fremtidsblikk. Det har vært naturlig å vie plass til den nye konkurranse-loven av 2004, og det er interessant å se den i en historisk ramme. For øvrig dekker artiklene et vidt spenn av konkurransefaglige emner og synspunkter.

Konkurransetilsynets medarbeidere har i perioden 1994-2004 produsert resultater på mange områder. Bakerst i skriftet presenterer vi korte, oversikt-sorienterte tilbakeblikk på tilsynets medarbeidere og på hovedaktiviteter.

I tilbakeblikket på sakene har vi fokusert på tilfeller der tilsynet aktivt har grepet inn; mot karteller, mot fusjoner og mot konkurranseskadelig atferd. Det er også slike typer emner som tas opp av artikkelforfatterne.

Stoffet i Jubileumsskriftet gir forhåpentligvis et godt innblikk i Konkurransetilsynets tidligere og fremtidige virksomhet. Med bidragsyttere fra ulike ståsteder kan det kanskje også være et egnet bakteppe for debatt.

Vi takker artikkelforfatterne og ønsker god lesning.

Konkurransetilsynet  
Oslo og Bergen, oktober 2004  
Liv K. Hammer og Jonn Ola Sørensen



*Liv K. Hammer er samfunns-økonom og rådgiver i informasjonsstaben.*



*Jonn Ola Sørensen er assisterende juridisk direktør, med nylig overflyttet base i Bergen.*



# Konkurransen er avgjørende i moderniseringsarbeidet

Av Morten Andreas Meyer

**I sin hilsen til 10-årsjubileet skriver statsråd Morten A. Meyer om oppgaver og utfordringer i det nyopprettede Moderniseringsdepartementet. IT-politikk og konkurransepolitikk er to sentrale virkemidler for å oppnå Regjeringens mål om brukerreting, effektivisering og forenkling. En nyskaping er at forvaltningen av regelverkene for offentlige innkjøp, statsstøtte og konkurranse nå er integrert i samme departement. Dette vil gi en mer helhetlig konkurransepolitikk med større tyngde og forsterke den allerede offensive konkurransepolitikken, mener Meyer. Meyer er opptatt av å utvide bruken av markedsbaserte løsninger og konkurranse innenfor alle politikkområder. Han ønsker at Konkurransetilsynet skal videreutvikle sin pådriverrolle i slike prosesser, blant annet i arbeidet med offentlige reguleringer i forhold til frie yrker og konkurranse mellom offentlig og privat virksomhet.**



*Morten Andreas Meyer er moderniseringsminister i Regjeringen Bondevik II.  
(Foto: Heiko Junge, Scanpix)*

## Gratulerer med jubileet!

Aller først vil jeg benytte anledningen til å gratulere Konkurransetilsynet med 10-årsjubileet! Når vi vet at pris- og konkurransemyndighetenes historie strekker seg tilbake til 1917, er det en moden og samtidig moderne etat vi har med å gjøre. Endringene har vært mange, og en offentlig etat som viser evne og vilje til endring og tilpasning er helt i en moderniseringsministers ånd!

En offentlig etat som viser evne og vilje til endring og tilpasning er helt i en moderniseringsministers ånd.

## Modernisering er endring

Modernisering innebærer med andre ord endring, og min oppgave er å endre offentlig sektor slik at alle borgere skal bli møtt av et bedre tilbud når de etterspør offentlige tjenester eller produkter. Brukerretting, effektivisering og forenkling er de sentrale målene i moderniseringsarbeidet. Etableringen av Moderniseringsdepartementet er et ledd i å samordne og styrke Regjeringens moderniserings- og forenklingsarbeid.

Arbeidet med modernisering har to sentrale virkemidler for å nå de ambisiøse målene; en helhetlig nasjonal IT-politikk og en konkurransepolitikk som bidrar til å skape konkurranse i privat sektor, i offentlig sektor og i samspillet mellom de to sektorene. Utviklingen av IT-politikken er avhengig av en god konkurransepolitikk for å etablere løsninger der konkurrerende aktører kan bidra til å utvikle tjenestene videre i årene som kommer. Gode IT-løsninger er av stor betydning når en skal skape

konkurranse på tjenestesiden, ikke minst som informasjonsbærer. Områdene er med andre ord gjensidig avhengige av hverandre. Langt på vei er virkemidlene også mål i seg selv. En vellykket offentlig IT-politikk og en effektiv konkurransepolitikk er helt sentrale forutsetninger for å nå målene om brukerrosettning, effektivisering og forenkling.

### Helhetlig nasjonal IT-politikk

Det er behov for mer kraft i koordineringsarbeidet for økt bruk av IT i offentlig sektor. Jeg ser IT som en nøkkelfaktor *både* i det statlige moderniseringsarbeidet og for å skape økt oppslutning og entusiasme om moderniserings- og forenklingsarbeidet blant ansatte i offentlig sektor og befolkningen som helhet. For å få til dette er vi nødt til å etablere *løsninger som brukerne etterspør*. For å bruke vanlig terminologi i denne sammenheng: Brukergrensesnittet mellom borgere og det offentlige kan bli mye enklere og mer effektivt enn det vi ser i dag. Det skal ikke være vanskeligere å ha kontakt med offentlige myndigheter via Internett enn det er å ha kontakt med banken eller strømleverandøren din. Min tanke er at alle borgere skal få sin egen nettside, og at all kontakt med myndighetene skjer gjennom denne siden. Skatt, helse, byggetillatelse, resepter - listen er lang. Samtidig skal det gjennom denne siden være enkelt å skaffe informasjon som gjør brukeren i stand til å velge mellom offentlige tjenester, for eksempel i forbindelse med fritt sykehusvalg.

Det skal ikke være vanskeligere å ha kontakt med offentlige myndigheter via Internett enn det er å ha kontakt med banken eller strømleverandøren.

Jeg har allerede møtt betydelig entusiasme for tanken om å etablere "Min Side" for alle borgere. Sammen med det helt nødvendige arbeidet med å utvikle en trygg elektronisk signatur er jeg sikker på at vi skal bidra til en enklere hverdag for både borgere og bedrifter når de er i kontakt med offentlig sektor. Utviklingen av den nasjonale IT-politikken er også en utfordring for konkurransemyndighetene. Jeg kommer nærmere tilbake til dette; det er tross alt forholdet mellom modernisering og konkurranse dette skal handle om.

### En mer helhetlig konkurransepolitikk

Forvaltningen av regelverket for offentlige anskaffelser og for EØS-avtalens regler er nå Moderniseringsdepartementets ansvarsområde. I tillegg har departementet som kjent ansvaret for konkurranselovreguleringen og etatsstyringsansvaret for Konkurransetilsynet. Regelverket for offentlige anskaffelser og statsstøtte vil nå bli bedre samordnet med den tradisjonelle konkurransepolitikken. Dette gir den helhetlige konkurransepolitikken større tyngde og vil styrke en allerede offensiv konkurransepolitikk. Jeg føler meg trygg på at dette er en god løsning som vil komme forbrukere og næringsliv til gode.

Forvaltningen av regelverket for offentlige anskaffelser og for EØS-avtalens regler er nå Moderniseringsdepartementets ansvarsområde.

Regelverkene for offentlige innkjøp og statsstøtte og konkurransereguleringen griper inn i hverandre og hører naturlig sammen. Regelverket for offentlige anskaffelser skal blant annet sikre velfungerende markeder gjennom reell konkurranse om leveranser til stat og kommuner. Statsstøtte må utformes på en slik måte at konkurransevidningene mellom bedrifter og områder minimeres eller elimineres. Konkurransereglene sikrer konkurranse i markedene for varer og tjenester som involverer privat eller offentlig ervervsvirksomhet. Etterlevelse av reglene er sentralt for at det offentlige skal kunne begrense effektivitetstapet av konkurransevidninger

mest mulig. Prinsippene for konkurranse er viktig å legge til grunn også i utviklingen av offentlige tjenester.

### **Den nye konkurranseloven**

Den nye konkurranseloven har nå fått virke et halvt års tid. Ettersom vi samler oss erfaring med den nye loven, er jeg trygg på at det er bred enighet om at den nye loven fungerer godt, og at både myndigheter og næringsliv er tjent med en lov som langt på vei følger tilsvarende regelverk i EU.

Både myndigheter og næringsliv er tjent med en lov som langt på vei følger tilsvarende regelverk i EU.

Den nye loven åpner i større grad for muligheten til privat håndheving. Privat håndheving kan bidra til å avdekke overtredelser av regelverket som ellers ikke ville bli oppdaget. Konkurransetilsynet vil orientere om muligheten til å trekke overtredelser av konkurranseloven direkte inn for domstolene på en hensiktsmessig måte.

### **Sammenhengen mellom helhetlig IT-politikk og konkurransepolitikk**

I arbeidet med en helhetlig IT-politikk møter vi mange konkurransepolitiske utfordringer. Eksempelvis i arbeidet med etablering av åpne plattformen, å slippe til mindre aktører og å skape konkurranse om utvikling av nye produkter og tjenester. I tillegg kan gode løsninger åpne for større grad av konkurranse i tilgrensende markeder. Et eksempel kan være utvikling av elektroniske resepter, utsending av produkter som går utover dagens forsendelsesmuligheter og derigjennom økt konkurranse for fysiske apotek. Et annet eksempel er økt informasjon om valgmuligheter innenfor helsesektoren; skal en etablere konkurranselignende situasjoner, må brukeren faktisk få mulighet til å velge. Når prisen ikke fungerer som informasjonsbærer, all den tid egenbetalingen for helsetjenester er svært lav, er det viktig at brukerne kan gjøre sitt valg basert på parametere som kvalitet, ventetid og lignende.

### **Offentlig tjenesteproduksjon, konkurranse i nye markeder som del av moderniseringen**

Fortsatt er det markeder der det offentlige med fordel kan gi fra seg ansvar. Vann og avløp blir i den nylig fremlagte stortingsmeldingen om konkurransepolitikk nevnt som et område der prinsippene for konkurranse bør brukes for å løse oppgavene på dette området. I mange kommuner har vedlikeholdet av vannledninger vært et trist kapittel, og resultatet er at like mye vann renner ut av rørene som det kommer frem til brukerne. Dette ønsker jeg å gjøre noe med, og synliggjøring av disse problemene gjennom en omorganisering av denne sektoren med utgangspunkt i prinsippene for konkurranse, er etter min mening veien å gå.

Vann og avløp blir i den nylig fremlagte stortingsmeldingen om konkurransepolitikk nevnt som et område der prinsippene for konkurranse bør brukes.

### **Konkurranse innenfor alle politikkområder**

Når Regjeringen gjennom moderniseringsprogrammet vil sette forbrukerne og brukerne i fokus, innebærer dette at konkurranse må anvendes som virkemiddel på mange politikkområder. Over lengre tid har det skjedd en utvikling mot liberalisering og markedsbaserte løsninger på mange områder. Denne utviklingen har bidratt til at vi har fått bedre og

Konkurransetilsynet har spilt en sentral rolle i utviklingen mot liberalisering og markedsbaserte løsninger, og målet må være at denne rollen utvikles videre.

Jeg ønsker nå at konkurransemyndighetene skal følge opp sitt tidligere arbeid med frie yrker.

Det er en viktig oppgave å fjerne de konkurranseevridningene som oppstår når en offentlig virksomhet opererer i konkurranse med private aktører.

billigere varer og tjenester på en rekke områder i samfunnet. Konkurransetilsynet har spilt en sentral rolle i alle disse prosessene, og målet må være at denne rollen utvikles videre når nye markeder, skal liberaliseres, eller det er behov for endringer og oppfølging av allerede liberaliserte markeder, som for eksempel elektrisk kraft, teletjenester og omsetning av reseptfrie legemidler utenfor apotek.

Flere områder kunne vært nevnt. Det har skjedd en utvikling på bred front fra offentlige monopoler og reguleringer til mer markedsbaserte løsninger og konkurranse. På flere sektorer er det som tidligere ble oppfattet som rene offentlige oppgaver, nå gjenstand for omsetning i ordinære markeder, på linje med andre varer og tjenester. Forbrukerne har fått bedre tilbud og lavere priser, og utgiftene over offentlige budsjetter på de berørte områdene er redusert. Alle disse eksemplene illustrerer at konkurranse står sentralt i moderniseringsarbeidet.

### **Fjerning av offentlige reguleringer knyttet til frie yrker**

Jeg ønsker nå at konkurransemyndighetene skal følge opp sitt tidligere arbeid med *frie yrker* – yrkesgrupper der utøveren har høy utdanning og opererer som tjenesteyter for forbrukere. Blant disse gruppene inngår advokater, arkitekter, leger, revisorer og ingeniører. I dette arbeidet vil vi trekke på erfaringene fra tilsvarende prosjekter i EU og EØS-landene som gjennomføres i regi av henholdsvis Europakommisjonen og ESA. Også utviklingen av EU-regelverket, og da særlig det kommende Tjenestedirektivet, vil kunne gi innspill til arbeidet.

En fellesnevner for frie yrker er at virksomheten i betydelig grad er regulert, både gjennom offentlige reguleringer og bransjestyrte føringer, gjerne motivert i et ønske om å ivareta kvalitet og tilgjengelighet i tjenestetilbudet. Behov for offentlige reguleringer og ordninger oppstår gjerne som følge av asymmetrisk informasjon – kunden har langt mindre informasjon om kvaliteten på tjenesten eller produktet enn tilbyderer. Konkurransetilsynets rolle vil være å påpeke hvilke reguleringer som virker konkurransebegrensende, og legge til rette for virkemidler som kan øke konkurransen i disse markedene.

### **Opprydding i det offentliges rolle som markedsaktør**

Som en del av moderniseringsarbeidet, vil jeg sikre at offentlig virksomhet blir organisert og drevet på en måte som fremmer konkurranse. Konkurransetilsynets pågående utredningsprosjekt "Konkurranse mellom offentlig og privat virksomhet" er en viktig del av dette arbeidet. Det er en viktig oppgave å fjerne de konkurranseevridningene som oppstår når en offentlig virksomhet opererer i konkurranse med private aktører. Problemet er spesielt stort når den offentlige aktøren i tillegg driver virksomhet som er skjermet fra konkurranse. Kryssubsidiering er et spørsmål som raskt blir aktuelt i en slik sammenheng. En annen utfordring er situasjoner der den offentlige virksomheten opptrer som både bestiller og utfører, og utførerdelen konkurrerer mot private aktører. I en slik situasjon vil den offentlige aktøren ha incentiver til å tildele egen virksomhet oppdrag på bekostning av private aktører. På bakgrunn av rapportens konklusjoner vil jeg vurdere tiltak som kan sørge for like konkurransevilkår for private og offentlige aktører.

## **Konkurranspolitikken de neste ti årene**

Den nye konkurranseloven er et godt utgangspunkt for å føre en offensiv konkurransepolitikk de neste ti årene. Dette betyr ikke at Konkurransetilsynet kan slå seg til ro med situasjonen; utfordringene kommer uansett til å stå i kø. Dette gjelder både i forhold til å få den nye organisasjonen på plass i Bergen, og i forhold til å etablere en effektiv og god håndhevingspraksis i forhold til den nye loven. Innenfor begge områdene føler jeg at tilsynet er godt i gang med arbeidet. En utfordring som alltid vil være der, er å fange opp konkurransepolitiske problemer så tidlig som mulig, slik at uheldige markedsforhold ikke får tid til å feste seg. Av erfaring vet vi at det er tungt å rydde opp i slike problemer etter at skaden allerede har skjedd. Et våkent og offensivt konkurransetilsyn er forbrukerne og næringslivets beste forsikring mot å bli utnyttet av aktører med markeds-  
makt.

Et våkent og offensivt konkurranse-  
tilsyn er forbrukerne og næringslivets  
beste forsikring mot å bli utnyttet av  
aktører med markeds-  
makt.



# Fra Wilhelm Thagaard til Victor Norman

– norsk konkurransepolitikk gjennom knapt 100 år<sup>1</sup>

Av Harald Espeli

**I dette nesten 100-årige tilbakeblikket tar forsker Harald Espeli opp det han ser som særtrekkene ved den norske pris- og konkurranselovgivningen i forhold til andre land. Norge var tidlig ute med en for sin tid moderne lovgivning, politikken var i lange perioder preget av pris-kontroll og -regulering, og den gikk motsatt vei av mange andre land, fra stor uavhengighet til sterkere politisk styring. Det siste henger nøye sammen med personen Wilhelm Thagaard, som ledet etaten gjennom 40 år. Espeli mener den generelt milde oppfølgingen av lovbrudd frem til midten av 1980-tallet er en av de store svakhetene historisk sett. Ifølge Espeli inneholder pris- og konkurransepolitikken flere paradokser og har vært et av de mest omstridte feltene av norsk politikk på 1900-tallet.**



*Harald Espeli er seniorforsker ved Institutt for innovasjon og økonomisk organisering på Handelshøyskolen BI.*

## Særnorske trekk

Pris- og konkurranselovgivningen i Norge går tilbake til de midlertidige prisreguleringene mellom 1914 og 1920 som forsøkte å begrense den galopperende prisstigningen under og etter første verdenskrig. Opprinnelsen til den egentlige konkurranselovgivningen er den midlertidige prisloven av 1920. Med basis i denne ble det innført meldeplikt for ”konkurranseinnskrenkende sammenslutninger, monopoler og storbedrifter”. Dette var forløperen til det såkalte kartellregisteret som eksisterte frem til det ble avviklet gjennom konkurranseloven av 1993. Denne omfattende meldeplikten for konkurransebegrensende ordninger var en regulatorisk innovasjon som bidro til å gi norsk konkurransepolitikk og konkurranseforvaltning et særpreg i flere tiår. Meldeplikten la et grunnlag for inngrepsprinsippet som innebar at konkurransemyndighetene kunne gripe inn og helt eller delvis forby bestemte avtaler eller praksis ut fra en konkret vurdering.

Da den nye konkurranseloven ble vedtatt i 1993, ble den omfattende meldeplikten, som ikke hadde vært prioritert siden 1970-tallet, henvist til historiens skraphaug som kostnadskreven, ineffektiv og uhensiktsmessig. Bare omkring ti år senere vedtok Stortinget den mest omfattende meldepliktordning av konkurranserettslig karakter noensinne i forhold til fusjo-

Med basis i den midlertidige prisloven av 1920 ble det innført meldeplikt for ”konkurranseinnskrenkende sammenslutninger, monopoler og storbedrifter”.

Da den nye konkurranseloven ble vedtatt i 1993, ble den omfattende meldeplikten, som ikke hadde vært prioritert siden 1970-tallet, henvist til historiens skraphaug.

<sup>1</sup> Artikkelen bygger i hovedsak på Harald Espeli: ”Perspectives on the distinctiveness of Norwegian price and competition policy in the XXth century”, *Journal of European Economic History*, 2002 (31) s. 621-660, hvor interesserte lesere finner fylldige litteraturhenvisninger.

ner og bedriftsoppkjøp, til tross for en omfattende motstand fra næringslivet. Beslutningstakerne synes ikke å ha vært klar over denne historiske helomvending. Med utgangspunkt i dette eksempelet på historiens mer dagsaktuelle relevans skal vi se nærmere er enkelte hovedlinjer i norsk konkurransepolitikk fra en historikers ståsted. Jeg vil legge vekt på det komparative perspektivet, hvor norske særtrekk kommer klarere frem.

I et europeisk perspektiv var Norge det første land som introduserte statlig konkurranseregulering – og kontroll. Norge fulgte frem til etableringen av EØS-avtalen en relativt selvstendig linje.

I et europeisk perspektiv var Norge det første land som introduserte statlig konkurranseregulering – og kontroll. Norge fulgte frem til etableringen av EØS-avtalen en relativt selvstendig linje i Europa i forhold til lovgivning, utformingen av konkurranseforvaltningen og praktisk politikk. Selv om man tidvis finner tiltak inspirert fra USA, eksempelvis i forbudet mot horisontale prisavtaler i 1960, er den amerikanske innflytelse på norsk konkurransepolitikk historisk sett beskjeden. Konkurranseloven av 2004 indikerer at Norge fortsatt ønsker å følge en selvstendig linje innenfor de rammer som EU-retten åpner for.

Særtrekk ved norsk konkurransepolitikk:

- tidlig og moderne
- sterk og langvarig prisregulering
- fra uavhengighet til mer politisk styring
- personen Wilhelm Thagaard

Vi skal konsentrere oss om tre til fire aspekter ved norsk konkurransepolitikk som utgjør kjernen i dens europeiske særstilling. Det første aspektet er allerede berørt. Norge var tidlig ute med permanent lovgivning, og den forble blant de mest moderne og avanserte i Europa frem til 1960-tallet. Det andre særtrekket komparativt sett er den sterke og langvarige politiske og administrative vektleggingen av pris- og avansekontroll og -regulering. For det tredje ble konkurransemyndighetenes administrative og rettslige autonomi, som var meget sterk frem til andre verdenskrig, og som på viktige punkter ble videreført gjennom Prisrådet frem til 1993, underlagt vesentlig sterkere politisk styring fra 1945. Hovedtendensen i andre vesteuropeiske land som etter hvert utviklet en konkurranselovgivning, var at konkurransemyndighetene fikk større politisk uavhengighet over tid, samtidig som forvaltningens avgjørelser i større grad kunne prøves og ble prøvd i det ordinære rettsapparatet. Denne tendensen har også preget EUs konkurransepolitikk historisk sett. Konkurransemyndighetenes opprinnelige og langvarige politiske autonomi henger nøye sammen med et mulig fjerde element, personen Wilhelm Thagaard.

Thagaard var den markante, innflytelsesrike og i lange perioder svært omstridte administrative lederen av pris- og konkurranseforvaltningen i 40 år, fra 1920 til 1960.

Thagaard var den markante, innflytelsesrike og i lange perioder svært omstridte administrative lederen av pris- og konkurranseforvaltningen i 40 år, fra 1920 til 1960. Hans langvarige og innflytelsesrike stilling har ingen europeisk parallell. Han var en radikal Venstre-mann som normalt sørget for å skaffe seg bred støtte i sin operative virksomhet som pris- eller trustkontrolldirektør. I sine forsøk på å påvirke utformingen av de lover og forskrifter hans etat skulle arbeide innenfor, er det vanskeligere å skille embedsmannen fra politikerens, men også på dette feltet hadde han betydelig evne til å tilpasse seg sin tid. Vi går nærmere inn på de enkelte punkter.

### Tidlig og moderne lovgivning frem til 1960-tallet

Den midlertidige prisloven av 1920 introduserte som nevnt meldeplikt for ”konkurranseinnskrenkende sammenslutninger, monopoler og storbedrifter”. Meldeplikten ble videreført i trustloven av 1926 og prisloven av 1953. Opplysningene gitt av næringslivet ble i varierende grad gjort offentlig kjent gjennom *Trustkontrollen* og *Pristidende*, noe som blant annet kunne lette næringsdrivendes klager til konkurransemyndighetene over urimelige forretningsvilkår fra karteller eller enkeltbedrifter. Den regulatoriske innovasjonen ble i mellomkrigstiden kopiert av blant annet

Danmark, Polen og Tsjekkoslovakia. Etter andre verdenskrig innførte blant annet Sverige, Vest-Tyskland, Storbritannia, Østerrike og Nederland ulike former for tvungen meldeplikt om konkurranseregulerende atferd med varierende grad av offentlighet.

I 1922 fikk Prisdirektoratet for første gang fullmakt til å gripe inn mot prispolitikken til karteller og storbedrifter. Inngrepsfullmakter mot det som til enhver tid er blitt oppfattet som urimelig eller uakseptabel markedsatferd fra karteller og storbedrifter, er blitt videreført frem til i dag. Her var Norge først ute i Europa. Tyskland innførte, som det andre europeiske land, en inngrepsfullmakt mot kartellers misbruk av markedsrett i 1923. Den norske og tyske konkurranselovgivningen baserte seg på *inngrepsprinsippet*. Den amerikanske konkurranselovgivningen, Sherman Act i 1890 og Clayton Act og Federal Trade Commission Act i 1914, har bygget på *forbudsprinsippet*, karteller og monopoler ble i utgangspunktet forbudt. Dette prinsippet kom først inn i norsk konkurranselovgivning gjennom det dispensable forbudet mot bindende leverandørreguleringer i 1957.

Frem til depresjonen i 1930/31 var Norge og Tyskland alene om en konkurranselovgivning i Europa. For å forklare at Norge var så tidlig ute, er det naturlig å dra inn den store striden om konsesjonslovgivningen fra 1906. Et viktig punkt i konsesjonslovdebatten var at staten skulle ha myndighet til å forhindre eller kontrollere utviklingen av trust, monopoler og dominerende storbedrifter lokalt og regionalt. Mellomkrigstidsdepresjonen førte bare til mindre endringer i trustloven. Endringen i 1932 åpnet for et påbud om minstepriser, som i praksis innebar tvangskartellisering. Påbudet ble brukt i syv tilfeller på 1930-tallet. Begrunnelsen for slike minstepriser var ønsket om å unngå destruktiv priskonkurranse eller at lønnsomheten i en hel bransje skulle ødelegges, med de sosiale og økonomiske konsekvenser det kunne medføre. Destruktiv eller skadelig priskonkurranse ville også kunne ødelegge muligheten for effektiv eller virksom konkurranse på lengre sikt gjennom utviklingen av monopolliggende markeder. Argumentasjonen var ikke grunnleggende ulik den som er aktuell i våre dager, hvis konkurransemyndighetene skulle finne grunnlag for å gripe inn mot SAS' prispolitikk vis-à-vis Norwegian.

Prisloven av 1953 var avansert for sin tid komparativt sett, ikke minst gjennom de dispensable forbudene mot vertikale og horisontale priskarteller. Forbudet mot bindende videreforhandlingspriser av 1957 kom for eksempel syv år tidligere enn i Storbritannia og Nederland og ble gjennomført langt mer konsekvent enn det samtidige forbudet i Sverige og Danmark. Prislovens virkeområde var også bredere enn den moderne tyske konkurranseloven fra 1957 som ble til etter betydelig amerikansk press. Noe slikt press kan ikke dokumenteres i Norge på dette punkt. Etter innføringen av det dispensable forbudet mot horisontale priskarteller i 1960, som raskt ble undergravd gjennom politisk press og regjeringens dispensasjonspraksis, ble den norske konkurranselovgivningen gradvis mindre moderne komparativt sett. Da fusjonskontrollen ble vedtatt i 1988, var det relativt sent i Europa. Det skyldtes blant annet manglende interesse fra fagmyndigheten selv, Prisdirektoratet. Sett på bakgrunn av den langvarige norske bekymringen for at storbedrifter skulle utnytte en sterk markedsposisjon til å utøve markedsrett og svekke konkurransen, er den sene lovendringen overraskende. Den andre hovedsvakheten ved prisloven var at den ikke forbød markedsdeling, noe som innebar at det var

I 1922 fikk Prisdirektoratet for første gang fullmakt til å gripe inn mot prispolitikken til karteller og storbedrifter.

Argumentasjonen på 1930-tallet var ikke grunnleggende ulik den som er aktuell i våre dager, hvis konkurransemyndighetene skulle finne grunnlag for å gripe inn mot SAS' prispolitikk vis-à-vis Norwegian.

Da fusjonskontrollen ble vedtatt i 1988, var det relativt sent i Europa.

svært vanskelig å gripe inn mot denne type karteller. Det ble endret i konkurranse-loven av 1993.

Allerede sommeren 1914 ble det vedtatt statlige prisreguleringsfullmakter.

### Vektleggingen av detaljprisregulering

Prisreguleringene under første verdenskrig var utgangspunktet for konkurransepolitikken og for Prisdirektoratets etablering i 1917. Allerede sommeren 1914 ble det vedtatt statlige prisreguleringsfullmakter. Provianteringskommisjonen, senere Provianteringsdepartementet, fastsatte maksimalpriser på en del viktige varer. Prisreguleringene fungerte lite effektivt i en periode da myndighetene var i ferd med å miste kontrollen over både finanspolitikken og pengepolitikken. Høsten 1916 forsøkte myndighetene å møte dyrtiden med kommunale og fylkeskommunale prisreguleringer. De ble også lite vellykket, fordi vareknappheten og den manglende rasjoneringen skapte en lokal konkurranse om varene.

Den mer systematiske statlige prisreguleringen ble innført sommeren 1917, relativt sent sammenlignet med andre europeiske land. Prisreguleringene var ikke spesielt omfattende, vurdert ut fra virkefelt, bare varepriser, ikke rene tjenester, var regulert gjennom maksimalavanser eller -priser. Til gjengjeld varte prisreguleringene lenger enn i andre land. Først i 1922 var mesteparten av prisreguleringene opphevet. Gjennom trustloven fikk Trustkontrollkontoret generell fullmakt til å fastsette maksimalpriser også for varer og i markeder som ikke var kontrollert av karteller eller dominert av storbedrifter. I Tyskland fantes det ingen lignende prisreguleringsfullmakt på 1920-tallet. Fullmakten ble brukt relativt flittig frem til krigsutbruddet høsten 1939.

Thagaard og regjeringen var svært opptatt av å gjøre det som var mulig for å unngå en gjentakelse av dyrtiden under første verdenskrig.

Allerede 1. september 1939 vedtok regjeringen en provisorisk anordning om forbud mot prisøkninger. Samtidig fikk Thagaard fullmakt til å utforme et regelverk for allmenn prisregulering og avansekontroll, som ble vedtatt i løpet av få uker. Thagaard og regjeringen var svært opptatt av å gjøre det som var mulig for å unngå en gjentakelse av dyrtiden under første verdenskrig. Det lyktes langt på vei. For å kunne håndtere den administrative utfordringen en gjennomgripende pris- og avanseregulering krevde, ble forvaltningen i hovedsak delegert til omkring 100 prisutvalg, hvor bransjeorganisasjonene på vedkommende område dominerte. Det førte til en vesentlig styrkelse av priskartellene i næringslivet også på lengre sikt. Både på 1960- og 1970-tallet var prisstopp-politikken avhengig av medvirkning fra bransjeorganisasjoner som pris- og konkurransemyndighetene hadde understøttet fremveksten av helt siden 1920-tallet. På enkelte områder sliter konkurransemyndighetene fortsatt med å avdekke og ødelegge priskarteller som de samme myndigheter stilltiende eller eksplisitt var med på å hjelpe frem. Dette er et av pris- og konkurransepolitikkenes historiske paradokser.

På enkelte områder sliter konkurransemyndighetene fortsatt med å avdekke og ødelegge priskarteller som de samme myndigheter stilltiende eller eksplisitt var med på å hjelpe frem. Dette er et av pris- og konkurransepolitikkenes historiske paradokser.

Den allmenne pris- og avansereguleringen varte til 1954, noe som var lenger enn ellers i Europa. De langvarige og stadig mer rigorøse prisreguleringene tvang frem en rekke dispensasjoner fra det generelle forbudet mot økning av kroneavansen. Næringslivet lærte også stadig nye teknikker for å omgå reguleringene, som sannsynligvis bidro til å bremse omstilling og innovasjon. Thagaards og Arbeiderpartiets manglende tiltro til effektiviteten i ressursallokeringen gjennom en desentralisert markeds-mekanisme preget av virksom konkurranse, fikk et av sine mest markante uttrykk i den opphetede debatten om forslaget til ny pris- og rasjonalise-

ringslov i 1952/53. Debatten førte til at de mest radikale reguleringsforslagene ble lagt til side.

Avviklingen av den allmenne prisreguleringen i 1954 ble avløst av en spesifikk regulering av viktige varer og tjenester for folk flest. Denne ble gradvis mindre omfattende frem til 1961 da regjeringen iverksatte en omfattende prisstopp. Prisstoppene innebar et avgjørende brudd med den moderne konkurransepolitikken Thagaard drev gjennom på andre halvdel av 1950-tallet, hvor de dispensable forbudene mot vertikale og horisontale prisavtaler var de sentrale tiltakene. Policy-endringen i 1961 var dramatisk. I 1962 bestod tre fjerdedeler av grunnlaget i konsumprisindeksen av prisregulerte varer og tjenester, mot en tredjedel i 1954. Fra slutten av 1960-tallet og frem til 1981 drev regjeringene inflasjonsbekjempelse med en omfattende pris- og avanseregulering, tallrike pristopper og en korporativ inntektspolitikk. Borten-regjeringen etablerte i 1967 et prispolitisk råd, men den institusjonelle nyskapningen fikk et kort liv. Næringslivsorganisasjonenes misnøye med at regjeringen ikke forsøkte å bygge ned prisreguleringene, var for stor.

Fra 1969 til 1981 var det 14 perioder med midlertidig pris- og avanseregulering som dekket til sammen to tredjedeler av perioden. Prisdirektoratets stadig mer dominerende hovedoppgave ble å håndheve disse reguleringene. Dette krevde et svært tett forhold til mange bransjer. I alle fall i deler av Prisdirektoratet førte dette til utviklingen av en forvaltningskultur som i reguleringslitteraturen betegnes som capture eller klientisme. Det vil si at regulator i betydelig grad identifiserer seg med bransjen man hadde som oppgave å regulere og kontrollere. Denne kulturen skapte betydelige problemer for prisdirektør Charles Philipson da pris- og konkurransepolitikken tyngdepunkt igjen ble lagt på konkurransefremmende tiltak i 1980-81. Selv om Philipson ønsket raske og effektive tiltak mot priskartellene, var viktige deler av direktoratet i første omgang uvillig til å følge de nye politiske signalene.

På slutten av 1970-tallet vokste det frem en enighet i regjeringen og sentralforvaltningen inspirert av nyliberalistisk tankegods fra OECD og økonomifaglig teori fra Chicago-skolen. Man erkjente at detaljprisreguleringene ikke fungerte effektivt i inflasjonsbekjempelsen, samtidig som de motvirket effektiv ressursbruk. "Virksom konkurranse" for effektiv ressursbruk fikk i løpet av kort tid en fullstendig dominerende stilling ideologisk og politisk. Med unntak av viktige deler av bolig- og eiendomsmarkedet ble mesteparten av prisreguleringene avviklet under liten eller ingen strid på begynnelsen av 1980-tallet.

### **Fra stor til begrenset autonomi**

Pris- og konkurransemyndighetene hadde allerede fra 1917 stor autonomi i sin fortolkning og praktisering av de vide fullmaktene som lå til grunn for deres arbeid. Autonomien var stor i forhold til både regjering og storting og det ordinære rettsapparatet. Trustloven endret i liten grad på dette, men det korporativt sammensatte Trustkontrollrådet, senere Priserådet, hadde beslutningsmyndigheten i viktige konkurranspolitiske spørsmål – ikke Thagaard og hans administrasjon. Thagaards innflytelse manifesterte seg ved at Trustkontrollrådets flertall bare ved én anledning avviste Trustkontrollkontorets innstilling i en sak. Trustkontrollrådet fungerte på mange måter som en forvaltningsdomstol hvis avgjørelser verken kunne

Prisstoppene i 1961 innebar et avgjørende brudd med den moderne konkurransepolitikken Thagaard drev gjennom på andre halvdel av 1950-tallet.

Håndhevingen av prisreguleringer på 1970-tallet krevde et svært tett forhold til mange bransjer, og førte til en forvaltningskultur som i reguleringslitteraturen betegnes som capture eller klientisme.

Autonomien fra 1917 var stor i forhold til både regjering og storting og det ordinære rettsapparatet.

Konkurransemyndighetenes politiske innflytelse da Mowinckel-regjeringen måtte gå av i 1931, har ingen europeisk parallell.

Særlig fra 1961 og frem til begynnelsen av 1980-tallet var regjeringens styring og instruksjon av Prisdirektoratet påfallende sterk.

Prisloven av 1953 forutsatte at Prisdirektoratet skulle konsultere departementet i prinsippsspørsmål hvis ikke departementet allerede hadde instruert direktoratet om saken.

klages inn for regjeringen eller bringes inn for de sivile domstolene. Det samme var i hovedsak tilfelle i de saker hvor Thagaard og Trustkontrollkontoret hadde beslutningsmyndigheten. Autonomiens politiske betydning manifesterte seg med stor tyngde i Trustkontrollrådets vedtak i Lilleborgsaken i 1931 som førte til at Mowinckel-regjeringen fra Venstre måtte gå av. Konkurransemyndighetenes politiske innflytelse ved denne anledning har ingen europeisk parallell.

I andre europeiske land som fikk konkurranselovgivning i mellomkrigstiden var den politiske kontrollen fra regjeringen langt større. Mens andre europeiske land la vekt på å øke konkurransemyndighetenes faglige autonomi etter 1945 og åpne for prøving av deres avgjørelser i rettsapparatet, gikk tendensen i Norge i retning av økt politisk innflytelse over prisforvaltningens daglige arbeid gjennom prisloven av 1953. Særlig fra 1961 og frem til begynnelsen av 1980-tallet var regjeringens styring og instruksjon av Prisdirektoratet påfallende sterk. Det er overraskende at Thagaards systematiske arbeid for etatens faglige og operative selvstendighet ikke resulterte i større motstand fra etaten mot den politiske underordningen etter Thagaards avgang i slutten av 1960. En hovedforklaring på dette var ansettelsen av den lojale arbeiderpartimannen Rolf Semmingsen som Thagaards etterfølger.

Høydepunktet for Thagaards og Prisdirektoratets autonomi og innflytelse var krigs- og okkupasjonstiden. Thagaard representerte i denne perioden nasjonale interesser med stor legitimitet. Det gjaldt også i dragkampen med de tyske okkupasjonsmyndigheter. Thagaard gikk seirende ut av denne striden. Prisreguleringen skulle bygge på norsk retts- og forvaltningstradisjon og reguleringspraksis. Thagaards innflytelse manifesterte seg også i London-regjeringen, som ønsket hans bistand i utformingen av reguleringsregimet i gjenreisningsperioden. Den såkalte Lex-Thagaard som London-regjeringen, under dissens, vedtok som provisorisk anordning på frigjøringsdagen 8. mai 1945, bygget i stor grad på forskriftene Thagaard hadde utformet under krigen. Til tross for den omfattende politiske striden knyttet til de vidtgående fullmaktbestemmelsene i Lex-Thagaard, ble lovverket ikke vesentlig endret før det ble erstattet av prisloven av 1953.

Prisloven innebar at Stortinget for første gang skulle konsulteres om retningslinjene for den løpende utformingen av pris- og konkurransepolitikken i form en årlig stortingsmelding. Debatten om disse meldingene fikk, med enkelte unntak, liten betydning. Regjeringen la gjennom disse meldingene føringer på Prisdirektoratets arbeid, ikke minst med hensyn til sterk vektlegging av prisregulering fra 1960-tallet. Viktigere var det at prisloven forutsatte at Prisdirektoratet skulle konsultere departementet i prinsippsspørsmål hvis ikke departementet allerede hadde instruert direktoratet om saken. Departementet stod også fritt til å overprøve alle Prisdirektoratets vedtak og også en rekke av Priserådets vedtak. Den sistnevnte fullmakten ser bare ut til å ha blitt brukt én gang. I tillegg var departementet klageinstans ved avslag på dispensasjon fra forbudene mot vertikale og horisontale priskarteller, noe som ble svært viktig i 1960-61. Inngrepsfullmakten mot fusjoner og bedriftserverv ble lagt til Priserådet i 1988. Det innebar en styrkelse av fagmyndighetens autonomi i forhold til regjeringen.

Da konkurranseloven ble vedtatt i 1993, falt forslaget om å etablere en etterfølger til Priserådet, Konkurranseskjennemnda, etter et parlamentarisk kompromiss. Nemnda skulle fungere som klageinstans overfor Konkurransetilsynets vedtak og begrense departementets og regjeringens rett til overprøve tilsynets vedtak. I stedet økte regjeringens og politikernes inngrepsfullmakt i den forstand at regjeringen ble øverste myndighet også i saker om fusjoner og bedriftserverv. Også i forarbeidene til 2004-loven ble det foreslått å etablere en konkurransenemnd med full overprøvningsrett av Konkurransetilsynets vedtak. En uavhengig konkurransenemnd ble ikke opprettet. Selv om også konkurranselovutvalget åpnet for at regjeringen kunne overprøve vedtak fra Konkurransetilsynet og konkurransenemnda, var åpningen klart snevrere enn det som ble resultatet. Det er neppe tvil om at politikerne gjennom regjeringen har større inngrepsfullmakter i den nye konkurranseloven enn det som er vanlig i mange europeiske land. Norge skiller seg også ut ved, siden 1994, å mangle et uavhengig organ som kan fungere som klageinstans og korrektiv overfor den løpende saksbehandlingen fra det operative tilsynsorganet.

Da konkurranseloven ble vedtatt i 1993, falt forslaget om å etablere en etterfølger til Priserådet, Konkurranseskjennemnda, etter et parlamentarisk kompromiss.

Det er neppe tvil om at politikerne gjennom regjeringen har større inngrepsfullmakter i den nye konkurranseloven enn det som er vanlig i mange europeiske land.

### Mild straffeforfølgning frem til 1980-tallet

En av de store svakhetene ved norsk konkurransepolitikk historisk sett var at straffeforfølgningen av næringsdrivende som brøt konkurranselovgivningen, var meget mild i den grad bøter eller fengsel overhodet ble forsøkt benyttet frem til midten av 1980-tallet. Frem til da gjorde konkurransemyndighetene og påtalemyndighetene få forsøk på å straffeforfølge selskaper og næringsdrivende som drev med prissamarbeid eller inndra gevinster av slikt samarbeid. I den såkalte trykkerisaken på slutten av 1950-tallet forsøkte Prisdirektoratet å få dømt næringsdrivende som hadde deltatt i et velfungerende priskartell i årevis og undergravd det statlige anbudssystemet som bygde på konkurranse. Saken vakte stor politisk og offentlig oppmerksomhet. Påtalemyndighetenes dårlige samarbeid med Prisdirektoratet og dyktige forsvarsadvokater førte til at de tiltalte ble frifunnet, til tross for at den grundige dokumentasjonen burde tilsagt en fellende dom.

Frem til midten av 1980-tallet gjorde konkurransemyndighetene og påtalemyndighetene få forsøk på å straffeforfølge selskaper og næringsdrivende som drev med prissamarbeid.

Den knapt merkbare straffeforfølgningen av bedrifter og næringsdrivende som skapte lønnsomhet gjennom å bryte konkurranselovgivningen, er paradoksal, sett i lys av et beslektet fenomen. Næringsdrivende som brøt maksimalprisbestemmelsene, risikerte relativt strenge straffer fra 1917 til 1922. Det samme var tilfelle i perioden 1939 til 1953. Da etablerte myndighetene et særskilt pris- og rasjonaliseringspoliti med relativt betydelige ressurser for å avdekke og etterforske slike saker. På den annen side viser dette hvor sentralt den offentlige prisreguleringen har stått i norsk pris- og konkurransepolitikk historisk sett.

Pris- og konkurransepolitikken med sine røtter i konsesjonslovdebatten var en av de mest omstridte felter av norsk politikk på 1900-tallet. Samtidig som politikkområdet var et tema for intens strid, særlig i periodene 1921 til 1926, 1936 til 1938 og 1945 til 1953, var de kompromisser som ble funnet, knyttet til statens rolle i å kontrollere og regulere priser og konkurranse, helt sentrale i utformingen av den norske blandingsøkonomien. Det gjelder også i den nyliberale utvikling de siste 20 år, hvor de ideologiske fronter har vært mindre distinkte enn tidligere.

Pris- og konkurransepolitikken med sine røtter i konsesjonslovdebatten var en av de mest omstridte felter av norsk politikk på 1900-tallet.

Historikere er ofte opptatt av nasjonale særtrekk. Francis Sejersted skriver om den norske "sonderweg". Pris- og konkurransepolitikken de siste 100 år er historien om en slik sonderweg, særlig før 1940, men også senere. Både politikere og byråkrater har ofte vært seg lite bevisst nasjonale særtrekk og stivhengige utviklingsmønstre på dette området.

# Paradigmeskifter i konkurransepolitikken

Av Egil Bakke

**Overgangen fra prisregulering til konkurransepolitikk markerer for tidligere konkurransedirektør Egil Bakke et stort paradigmeskifte. Skiftet ble lansert i 1981-82 og ble tidlig fulgt opp i praksis, før prisloven var blitt til konkurranselov. I amerikansk konkurransepolitikk skjedde det et paradigmeskifte inspirert av Chicago-skolen i 1970-årene. Fokus var på de såkalt harde karteller, og for øvrig bygde man på et syn om at bedriftene handler i konsumentenes interesse, ellers blir de luket ut av markedet. Egil Bakke skriver også om diskusjoner i lovutvalget forut for konkurranseloven av 1993. Han er fortsatt av den oppfatning at man bør ha få og begrensede kartellforbud, kombinert med fullmakter til å gripe inn overfor annen skadelig atferd. Det nye forbudet fra 2004 mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling er han ikke delvis begeistret for.**



*Egil Bakke er tilknyttet Senter for Medieøkonomi ved Handelshøyskolen BI. Han var prisdirektør fra mai 1983 og senere konkurransedirektør til april 1995.  
(Foto: Jon Eeg, Scanpix)*

## Det første paradigmeskiftet – fra prisregulering til konkurransepolitikk

Det første (og største?) paradigmeskiftet i norsk ”konkurransepolitikk” kan kanskje sies å være overgangen fra prisregulering til konkurransepolitikk. Deklaratorisk fant overgangen sted i 1981-1982. I praksis tok det noe lengre tid.

Prisregulering var en integrert del av norsk økonomisk politikk i tiden etter 1945. Begrunnelsen endret seg gjennom årene. Umiddelbart etter den annen verdenskrig var det vareknappheten som var prisreguleringens begrunnelse. Man ønsket ikke at knappe ressurser skulle fordeles etter pungen. Man valgte rasjonering og prisregulering. Senere ble prisreguleringen ansett som en viktig del av ”stabiliseringslinja”. Etter at denne var oppgitt, dels som et resultat av internasjonal prisoppgang på grunn av Korea-krigen, ble prisregulering praktisert mer selektivt, som et ledd i inntektspolitikken. Myndighetene lovet partene i arbeidslivet å holde igjen på prisstigningen, mot løfte om moderate inntektsoppgjør. Selv om det etter hvert ble mer vanlig at prisreguleringen i perioder ble avvirket, og faktisk forbudt etter de såkalte leverandørreguleringsforskriftene fra 1957 og prissamarbeidsforskriftene fra 1960, ble prisregulering praktisert ganske hyppig for å løse ad hoc-problemer på arbeidsmarkedet.

Den prinsipielle avvikling av prisreguleringspolitikken ble varslet i regjeringens langtidsprogram for 1982-85, som ble lagt frem av Gro Harlem Brundtlands første regjering i 1981. Under henvisning til de uønskede konsekvenser av prisregulering, som sløsing og styringsproblemer, ble det

Prisregulering var en integrert del av norsk økonomisk politikk i tiden etter 1945.

Den prinsipielle avvikling av prisreguleringspolitikken ble varslet i regjeringens langtidsprogram for 1982-85.

gitt uttrykk for at prisene burde dannes på markeder ved virksom konkurranse. Den politiske oppgaven måtte derfor bli å sørge for at det faktisk var virksom konkurranse på de forskjellige markedene.

For Prisdirektoratet var overgangen ikke uten problemer. Hele det ytre apparatet, hvis opprinnelige hovedoppgave (eneoppgave?) var å kontrollere priser, mistet den siste rest av sitt eksistensgrunnlag. Det var dessuten klart at regjeringens forutsetning for å avvikle prisreguleringen, at det var virksom konkurranse i markedet, i praksis ikke lot seg oppfylle. Så lenge vi prisregulerer, vil vi ikke ha noen virksom konkurranse. Vi måtte derfor avvikle prisreguleringen først og så håpe på at konkurransen etter hvert ville komme. Et spesielt problem knyttet seg til håndhevingen av prislovens § 18, som forbød urimelige priser. Men hva er urimelig pris, når prisene dannes i markedet som følge av frivillige transaksjoner mellom selgere og kjøpere?

### **Chicago-skolens gjennombrudd i konkurransepolitikken**

Etter den amerikanske Sherman-loven fra 1891 er ethvert forsøk på å monopolisere markedet ulovlig og straffbart. Det var kampen mot trustene som var lovens siktemål, og den ble derfor omtalt som antitrustlovgivning. Målet var å beskytte "the American way of life". Loven var basert på hva man senere har kalt en "characterization approach". Visse handlinger var forbudt. Spesielt stor oppmerksomhet knyttet seg til såkalt "predatory pricing", lave priser som hadde til formål å slå ut konkurrentene, for derved å sikre vinneren av priskampen en monopolstilling.

I Europa var den konkurransepolitiske interessen mer knyttet til eksistensen av karteller og andre former for prissamarbeid. I Norge fulgte vi en motsatt linje: Vi fikk ikke en antitrustlov, men en trustlov i 1923. Prisdirektør Thagaard foreslo flere ganger i 1930-årene at næringslivet burde tvangskartelliseres, noe som ville gjøre prisreguleringsjobben lettere.

Paradigmeskiftet i amerikansk og internasjonal konkurransepolitikk fant sted i 1970-årene. Det var Chicago-skolen som slo gjennom. På universitetet i Chicago hadde noen fremtredende økonomer, blant disse Milton Friedman og George Stigler, i lang tid diskutert seg imellom markedets funksjonsmåte. De utviklet hva enkelte har betegnet som en ny mikroøkonomi. Deres interne meningsutveksling ble oppfanget av juristene på Chicago-universitetet, som innså at hvis økonomene hadde rett, så hadde Sherman-loven, slik den hittil var blitt praktisert, hatt uheldige økonomiske virkninger.

Det var kanskje Robert Heron Borks bok fra 1975, *The Anti-trust Paradox*, som best summerte opp den nye tenkningen. Bedriftene ønsker å vinne konkurransen om forbrukernes gunst. Det klarer de best ved å være nyttige for forbrukerne. Under forutsetning av at det er fri adgang til markedene og virksom konkurranse eller potensiell konkurranse mellom produsentene/leverandørene, så vil det en bedrift finne på å gjøre, alltid ta sikte på å tjene forbrukernes interesser. Det er ikke alltid at bedriftene handler riktig. Men de som feiler, vil bli luket ut. Det er dette som er konkurranse.

I Norge fulgte vi en motsatt linje enn i Europa. Vi fikk ikke en antitrustlov, men en trustlov i 1923.

Det en bedrift finner på å gjøre, vil alltid ta sikte på å tjene forbrukernes interesser. Det er ikke alltid at bedriftene handler riktig. Men de som feiler, vil bli luket ut. Det er dette som er konkurranse.

Ut fra dette er det ikke nødvendig for konkurransemyndighetene å være opptatt av noe annet enn å bekjempe ”naked hard-core price cartels”, fusjoner som svekker konkurransen eller som øker mulighetene for å etablere prissamarbeid, og offentlig etablerte adgangsbegrensninger.

Det er under normale forhold ingen grunn til å bry seg om bedriftenes prissetting, heller ikke deres vertikale arrangementer.

Hvis en bedrift har markedsmakt, vil dens handlinger ha store konsekvenser for andre aktører i markedet. Den vil nødvendigvis bruke markedsmakten. Men selv dominerende bedrifter vil, i kampen mot potensielle konkurrenter, fortsatt være interessert i å holde på kundene. De vil imidlertid stadig være fristet til å bruke sin markedsmakt til å holde konkurrentene borte, til å svekke konkurransen, for derved å trygge sin dominerende stilling. Det vil derfor være behov for konkurransemyndighetene å kunne gripe inn mot deres atferd, når den resulterer i svekket konkurranse.

### **Det lille paradigmeskiftet i Norge – fra prislov til konkurranselov**

Det kan være berettiget å kalle dette et lite paradigmeskifte. Konkurranseloven av 1993 innebar ikke noe helt nytt. Den kan ses på som en kodifisering av den politikk som hadde vært fulgt siden 1981-82. Overgang fra prislov til konkurranselov resulterte imidlertid i at vi mer bevisst enn tidligere gikk inn i den internasjonale debatt som hadde pågått i OECD og i andre internasjonale fora om hvordan Chicago-skolen burde omsettes til europeisk og norsk konkurransepolitikk.

Konkurranseloven av 1993 innebar ikke noe helt nytt. Den kan ses på som en kodifisering av den politikk som hadde vært fulgt siden 1981-82.

Det var i første rekke to prinsipielle spørsmål som ble drøftet i det utvalget som la frem forslag om ny konkurranselov, Konkurranselovutvalget: Formålsparagrafen og lovteknikken. For Konkurransetilsynet meldte det seg straks et tredje spørsmål, ”hvor høyt skal listen legges?”.

Utvalget brukte mye tid på å begrunne hvorfor mål som prisstabilitet, rettferdig fordeling, styrking av norsk næringsliv, distriktsutbygging o.a. ikke burde være en oppgave for konkurransepolitikken. Da loven ble vedtatt, var det ingen uenighet om at formålet skulle være å sørge for ”effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for virksom konkurranse”, som lovutvalget hadde foreslått.

Skulle loven være basert på en karakteristikk av ulovlige handlinger og handlinger som kunne ha skadevirkninger, eller skulle paragrafene være basert på hvilken effekt de forskjellige handlinger ville ha på konkurransen? Her sto lovutvalget overfor et virkelig dilemma: Valgte det å foreslå at alle handlinger som skadet konkurransen skulle være forbudt, ville det kunne være økonomisk fornuftig, men ikke å leve med for jurister og næringslivet. Valgte det å karakterisere visse handlinger som skulle være forbudt, ville det være greit for jurister og næringslivet, men ville ikke nødvendigvis være riktig ut fra lovens formålsparagraf.

Utvalget tok en gylden middelvei. Det karakteriserte visse (få) handlinger som skulle være ulovlige per se. Det gjaldt i første rekke prissamarbeid, handlinger som direkte har som formål å motvirke konkurransen. Men det var ikke meningen at forbudet skulle ramme dannelsen av grupper, kjeder eller andre samarbeidsordninger, som har til formål å styrke deltakernes

Utvalget tok en gylden middelvei. Det karakteriserte visse (få) handlinger som skulle være ulovlige per se, og foreslo inngrepsadgang overfor andre skadelige handlinger.

konkurranssevne. Slike prissamarbeidsformer måtte få dispensasjon fra forbudet. Det man tok sikte på å ramme, var det amerikanerne kalte ”nakne, harde priskarteller”.

Ut fra samme resonnement ble det foreslått at konkurransemyndighetene burde ha inngrepsadgang overfor andre handlinger, som under visse omstendigheter kan ha skadelige virkninger på konkurransen. Handlinger som nødvendigvis vil være konkurransefremmende når de utføres av konkurranseutsatte bedrifter, kan ha til formål å svekke konkurransen når de utføres av en dominerende bedrift. Etter lovutvalgets forslag måtte derfor konkurransemyndighetene ha inngrepsadgang når markedsrett ble brukt på en måte som var egnet til å skade konkurransen.

Hvor mye skulle til for at lovens bestemmelser skulle mobiliseres, hvor høyt skulle listen legges for å reise straffesak eller for å gripe inn? Dette var et spørsmål som opptok Konkurransetilsynet etter at den nye loven var vedtatt. Vi var opptatt av ”østerrikernes” påpekning av at jakten på monopolrett var det økonomiske fremskrittets viktigste drivkraft. Vi forsøkte derfor bevisst ikke å være altfor raske på avtrekkeren. Vi måtte gi markedet anledning til selv å svare på den enkelte aktørs forsøk på vinne konkurransen. Vi måtte være opptatt av å beskytte konkurransen, ikke konkurrentene.

Vi måtte ikke være altfor raske på avtrekkeren, men gi markedet anledning til selv å svare på den enkelte aktørs forsøk på vinne konkurransen.

Vi måtte være opptatt av å beskytte konkurransen, ikke konkurrentene.

### Forholdet til EUs konkurranseregler

Konkurranselovutvalget drøftet spesielt hvorvidt det burde foreslå å innføre EUs konkurranseregler, men kom til at det ikke ville være fornuftig. For det første syntes det klart at de bestemmelser i Romtraktaten som regulerte konkurransen, opprinnelig artiklene 85 og 86, ikke i seg selv var spesielt godt utformet i henhold til den velferdsteori vi mente loven burde bygge på. De var mer å betrakte som integrasjonsstimulerende bestemmelser. For min egen del kom jeg til at jeg på ingen måte var imponert av den måten Europakommisjonen praktiserte sine konkurransebestemmelser på. EU hadde i mine øyne utviklet et formalistisk regelverk og lot ikke til å være påvirket av den moderne markedsteori som Konkurranselovutvalget mente burde ligge til grunn for vår konkurranselov.

Etter at min tid som aktiv deltaker i konkurransepolitikken var over, har det åpenbart skjedd visse endringer i EUs konkurransepolitikk. Økonomiske analyser spiller i dag en større rolle enn tidligere. Men jeg føler at den fortsatt lider av svakheter, kanskje som følge av at EUs konkurransepolitikk hittil har vært for ”eneveldig”. Det kan nok være tillokkende ut fra effektivitetshensyn å gi én og samme myndighet rett til å etterforske, vurdere og dømme, men særlig rettssikkert er det ikke. Det synes imidlertid som om EUs domstoler nå i større grad enn før, på samme måte som i USA, utøver en reell kontrollerende faktor i EUs konkurransepolitikk.

Allikevel er jeg fortsatt av den oppfatning at konkurranselovens forbudsbestemmelser bør begrenses til å omfatte harde, nakne priskarteller. Det bør fortsatt være inngrepsadgang overfor dominerende bedrifters handlinger, når disse tar sikte på å svekke konkurransen eller vil ha slik virkning. Jeg anser således ikke den nye § 11 i konkurranseloven, som forbyr ”utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling”, som noen forbedring av loven.

Jeg anser ikke den nye § 11 i konkurranseloven, som forbyr ”utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling”, som noen forbedring av loven.

### **Konkurransepolitikken i kamp mot andre politikkområder**

Det er vel erkjent at lover og andre offentlige reguleringer ofte er de viktigste hindringer for å få etablert virksom konkurranse. Konkurranseloven pålegger Konkurransetilsynet å være en aktør i en mulig dereguleringspolitikk. Det viser seg ofte at lover og offentlige reguleringer kan endres og utformes på måter som ikke svekker konkurransen, uten at lovgivningen eller reguleringens egentlige formål blir mindre godt ivare tatt. En slik konflikt er litt spesiell: Det er konflikten mellom konkurransepolitikk og handelspolitikk.

Særlig de store land, USA og EU, har gjentatte ganger iverksatt tiltak mot påstått dumping. Konkurransemyndighetene ville i de aller fleste av de tilfellene der antidumpingavgift er vedtatt, ikke ha reagert. De ville ut fra en tradisjonell velferdsøkonomisk analyse ha kommet til at den såkalte dumpingene ikke har hatt skadelige virkninger, men tvert imot må anses som en gunstig form for priskonkurranse. Det som skjer i realiteten er at handelspolitikkenes virkemidler, som kan anvendes etter en forholdsvis fri politisk prosedyre, blir anvendt i proteksjonistisk øyemed, for å beskytte landets produsenter. Taperne blir landets konsumenter. For konkurransepolitikken, for mulighetene til å sørge for virksom konkurranse for å oppnå effektiv ressursbruk, synes det spesielt viktig at frihandelen ikke svekkes som et resultat av en serie proteksjonistiske handelspolitiske tiltak.

Det er særlig de rike lands landbruk som beskyttes av proteksjonistisk handelspolitikk. Taperne finnes blant de fattigste land i verden.

USA og EU har gjentatte ganger iverksatt tiltak mot påstått dumping. Konkurransemyndighetene ville i de aller fleste av disse tilfellene ikke ha reagert.



# Konkurransopolitikk og økonomisk sektorregulering

– And never the twain shall meet?

Av Einar Hope

**Ofte har flere myndighetsorganer reguleringsansvar innenfor én og samme sektor. I telesektoren har for eksempel både Post- og teletilsynet og Konkurransetilsynet reguleringsfullmakter. Professor og tidligere konkurransedirektør Einar Hope tar opp hvordan reguleringsansvaret for en nettvirksomhet bør fordeles mellom konkurransemyndigheten og sektormyndigheten. Bør ansvaret for både konkurranse- og sektorregulering samles ett av stedene, bør begge myndigheter ha overlappende ansvar eller bør det deles opp i klart definerte ansvarsområder? Ifølge Hope gir det størst gevinst å samle den økonomiske sektorreguleringen og konkurransereguleringen i ett organ. Han synes det er mest nærliggende at konkurransemyndigheten har ansvaret for begge disse områdene, mens sektormyndigheten står for tekniske reguleringer.**



*Einar Hope er professor emiritus ved Norges Handelshøyskole i Bergen. Han var konkurransedirektør fra mai 1995 til mars 1999.  
(Foto: Berit Roald, Scanpix)*

## Innledning

En problemstilling som har opptatt meg nokså mye, både fra et faglig og praktisk politisk synspunkt, er hvordan forholdet mellom konkurransepolitisk regulering og sektor-spesifikk økonomisk regulering bør være. Dette gjelder spesielt i situasjoner der næringer som tidligere har vært strengt regulerte, blir liberaliserte, omregulerte og konkurranseutsatte, slik tilfellet blant annet har vært med kraftsektoren, telekommunikasjoner og transportvirksomhet. Hvordan bør ansvars- og oppgavefordelingen være mellom offentlige reguleringsinstanser på disse områdene og hvordan bør regulerings- og tilsynsfunksjonene organiseres for å oppnå en hensiktsmessig og mest mulig effektiv regulering på kort og lang sikt? Spesielt oppstår spørsmålet om forholdene på noen områder kan ligge til rette for at generell konkurranseregulering erstatter økonomisk sektorregulering fullt ut og at reguleringen av vedkommende område eller virksomhet således blir en oppgave for konkurransemyndighetene alene.

Nokså umiddelbart etter at jeg tiltrådte som konkurransedirektør i mai 1995, tok jeg fatt i disse problemstillingene, dels i tilknytning til arbeidet med en strategisk plan for Konkurransetilsynet som jeg tok initiativ til å få utarbeidet og implementert<sup>1</sup>, og dels gjennom å ta kontakt med relevante sektormyndigheter for å avklare kompetanseforhold og få fastlagt prinsipper og retningslinjer for oppgavefordeling og samarbeid. Den første avtalen om ”Praktisk samordning av arbeidet med saker som

1 Konkurransetilsynet: Strategisk plan 1996-1998, og 1999-2001.

berører konkurranseforholdene i kraftmarkedet” ble utarbeidet i 1996 sammen med Norges vassdrags- og energiverk, NVE. Deretter fulgte tilsvarende bilaterale avtaler blant annet med Kredittilsynet samme år og Post- og teletilsynet i 1998. Samarbeidet er senere blitt videreført og konsolidert, og samarbeidsavtaler med andre tilsynsorganer er blitt forhandlet frem. For kraftmarkedet har en arbeidsgruppe mellom Konkurransetilsynet, NVE og Kredittilsynet nylig foreslått å opprette et samarbeidsforum mellom de tre instansene som et supplement til det tidsige samarbeidet.<sup>2</sup>

Samarbeidsavtalene mellom Konkurransetilsynet og andre tilsyn har utvilsomt bidratt til bedre oppgavefordeling og til en mer ryddig og oversiktig sakshåndtering.

Samarbeidsavtalene har utvilsomt bidratt til bedre oppgavefordeling og til en mer ryddig og oversiktig sakshåndtering av konkurransesaker som berører flere myndighetsinstanser. Det grunnleggende problemet med overlappende kompetanse mellom reguleringsmyndigheter, og spesielt mellom konkurranse- og sektormyndigheter, er imidlertid ikke blitt gjort til gjenstand for omfattende analyse og vurdering, og fulgt opp av en gjennomgang av gjeldende lover og forskrifter for å sikre en klarere og mer konsekvent kompetansefordeling.<sup>3</sup>

I det følgende skal jeg kort trekke frem noen forhold som etter min vurdering bør iakttas i en analyse av kompetansefordeling mellom konkurranse- og sektormyndigheter og organisering av tilsynsfunksjoner for å sikre et effektivt tilsyn samlet sett. Drøftingen er spesielt innrettet mot regulering av områder med nettbasert virksomhet, fysisk eller virtuelt, som kraft- og gassomsetning, telekommunikasjoner, jernbanedrift, finansielle tjenester (betalingssystemer), internett og flere.<sup>4</sup>

### **Modeller for kompetansefordeling mellom konkurransemyndigheter og sektormyndigheter**

Ansvars- og oppgavefordelingen mellom sektormyndigheter og konkurransemyndigheter har en horisontal og en vertikal dimensjon. Horisontalt gjelder det fordelingen mellom myndighetsinstanser på samme organisasjons- eller forvaltningsnivå, for eksempel mellom Post- og teletilsynet og Konkurransetilsynet i reguleringen av elektronisk kommunikasjon. Vertikalt gjelder det fordelingen mellom forvaltningsnivåer, spesielt mellom departement og underliggende tilsynsorganer på det nasjonale plan, eller mellom overnasjonal myndighet (Europakommisjonen) og nasjonale tilsyns- og reguleringsorganer. Drøftingen begrenses her til den horisontale fordelingen mellom tilsyn på samme forvaltningsnivå.

2 Rapport fra arbeidsgruppe: ”Samarbeid om tilsyn med kraftmarkedet; anbefalinger om fremtidig samarbeid mellom Konkurransetilsynet, Kredittilsynet og NVE”, oktober 2003.

3 Et tilløp til slik analyse og vurdering hadde man i St.meld. nr. 17 (2002-03) Om statlige tilsyn, men dette ble dessverre helt overskygget av debatten om lokalisering og utflytting av tilsyn.

4 En mer utførlig behandling er gitt i Einar Hope: ”Nettintegrasjon - implikasjoner for konkurranse- og reguleringspolitikk”, i Helge Godø (red): *IKT etter dotcom-bølgen*, Gyldendal Akademisk, 2003, også gitt ut som SNF-særtrykk 15/03.

Ansvars- og oppgavefordelingen kan organiseres etter fire hovedtyper av modeller:

1. Konkurransemyndigheten har eksklusiv kompetanse til å håndheve konkurransepolitikken og reguleringspolitikken på alle sektorområder.
2. Sektormyndigheten har eksklusiv kompetanse til både konkurransepolitisk og reguleringspolitisk håndheving på vedkommende sektorområde.
3. Konkurransemyndigheten og sektormyndigheten har parallell kompetanse.
4. De to myndighetsorganene har begge kompetanse, men på klart definerte områder og da slik at konkurransemyndigheten har eksklusiv konkurransepolitisk håndhevingskompetanse og sektormyndigheten har eksklusiv reguleringspolitisk håndhevingskompetanse.

Fire måter å organisere ansvars- og oppgavefordelingen på.

Modellene finnes sjelden i rendyrket form i praksis, men kan inneholde elementer fra mer enn én modell. Det som kanskje likevel kjennetegner kompetansefordelingen i praksis, er at den er uklar – det er kompetansemessig overlapping eller ansvarsmessige ”gråsoner” mellom myndighetsorganer i ansvars- og oppgavefordelingen – snarere enn at den kan innordnes under en spesifikk modell. I så henseende er modell 3 den som kanskje gir størst foranledning til kompetansemessige uklarheter. Dette er samtidig den modellen som synes å ligge til grunn for organiseringen av konkurranse- og reguleringspolitikken innen nettbasert virksomhet i de fleste land, i hvert fall så langt.

Modellen der konkurranse- og sektormyndigheten har parallell og overlappende kompetanse, er den modellen som synes å ligge til grunn for organiseringen av konkurranse- og reguleringspolitikken innen nettbasert virksomhet i de fleste land.

Av forhold som vil være viktige å vurdere ved valg av modell for ansvars- og kompetansefordeling ved nettbasert virksomhet, er blant annet:

**Nettvirksomhetens art og form:** På mange nettbaserte områder foregår det en horisontal integrasjon mellom ulike former for nett, som for eksempel kraft-, gass- og telekommunikasjonsnett, og dessuten konvergens mellom (digitale) nett, som innen IKT. Leder nettintegrasjonen til en velarrondert nettstruktur eller sektoravgrensning for reguleringsformål, eller omspinner den nokså forskjelligartet nettvirksomhet? Vil én eller flere sektormyndigheter bli berørt, skal disse i tilfelle forsette å operere som sektorspesifikke myndigheter eller kan det dannes flersektorielle sektormyndigheter på tvers av sektorer?

Det er viktig å vurdere flere forhold når man skal velge hvilken modell som er best.

**Konkurranse og incitament:** Er konkurranse mellom reguleringsmyndigheter av betydning for reguleringsutfall og beslutningskvalitet, og gir slik konkurranse incitament til intern effektivitet i sakshåndtering m.m.? Et det i tilfelle problematisk i så henseende å gi konkurransemyndighetene ”monopol” på all økonomisk regulering?

**Tidsaspekt ved regulering:** Er det behov for mer eller mindre kontinuerlig regulering og overvåking av sektoren(e), eller er det tilstrekkelig å foreta handlinger mer sporadisk når behov oppstår? Er tidsmomentet med hensyn til raskhet i beslutninger mer fremtredende ved sektorregulering enn ved konkurranseregulering? Er forhold knyttet til forutsigbarhet og konsistens i beslutninger over tid mer fremtredende ved sektorregulering, for eksempel som følge av konsekvenser for investeringsvalg med lang-siktig horisont?

**Informasjons- og kommunikasjonsforhold:** Er informasjons- og databehovet for reguleringsformål forskjellig mellom sektorregulering og konkurranseregulering, og kan dette kommuniseres mer effektivt mellom myndigheter og aktører i det første tilfellet? Er problemet med asymmetrisk informasjon mellom reguleringsmyndigheter og aktører mer fremtredende ved konkurranseregulering enn ved sektorregulering?

**Kompetanse og sektorspesifikk kunnskap:** Trenger sektorregulering en annen form for kompetanse og ekspertise enn konkurranseregulering, spesielt med hensyn til sektorspesifikk kunnskap og erfaring?

**Særinteresser, samforstand og myndighetspåvirkning:** Er mulighetene større og incitamentene sterkere ved sektorregulering for opptreden i samforstand mellom myndigheter og aktører, for aktørpåvirkning av reguleringsmyndigheten og i det hele for "regulatory capture", enn ved konkurranseregulering?

**Reguleringsomfang og -intensitet:** Innebærer sektorregulering typisk en mer omfattende og detaljert regulering med høyere reguleringsintensitet enn strengt tatt nødvendig for å nå angitte mål, og har reguleringsregimet vanskeligere for å tilpasse seg tilstrekkelig raskt til endrede forhold i næringsvirksomhet under regulering og reguleringsomgivelser enn ved konkurranseregulering?

**Ressursbruk i reguleringsøyemed:** Er det kostnadsfordeler ved samordning av konkurranse- og reguleringsfunksjoner og av myndighetsorganiseringen av disse, og kan reguleringskostnadene reduseres ved å benytte andre og mer effektivt virkende reguleringstiltak?<sup>5</sup>

### **Økonomisk versus teknisk sektorregulering**

Drøftingen foran har tatt utgangspunkt i forholdet mellom konkurranseregulering og økonomisk sektorregulering. En betydelig del av sektorreguleringen omfattes i tillegg typisk av teknisk regulering. Lar det seg gjøre å trekke et klart og entydig skille mellom teknisk og økonomisk sektorregulering og organisere tilsynsfunksjonene på en slik måte at den tekniske regulering blir en primær oppgave for sektormyndigheter, mens den økonomiske regulering kan overføres, helt eller i all hovedsak, til konkurransemyndighetene?

Dette spørsmålet lar seg ikke besvare generelt, men må vurderes fra reguleringsområde til reguleringsområde. I det nye reguleringsregimet for elektronisk kommunikasjon er det for eksempel uttrykt som en intensjon fra Europakommisjonen å "roll back", som det heter, økonomisk sektorregulering til generell konkurranseregulering over tid, uten at tidshorisonten er nærmere angitt. For andre nettbaserte områder med klarere innslag av naturlig monopolregulering som fremdeles en primær oppgave for sektormyndigheter, kan forholdene stille seg annerledes.

I det nye reguleringsregimet for elektronisk kommunikasjon er det Europakommisjonens intensjon å trekke tilbake økonomisk sektorregulering og gå over til generell konkurranseregulering over tid.

5 Med reguleringskostnader menes her ikke bare kostnader som påløper ved implementering og håndheving av et reguleringsregime, men også kostnadene ved å forholde seg til regimet og oppfylle de krav som regimet stiller til aktører som blir regulert.

Det er imidlertid to forhold eller utviklingstrekk som gjør seg gjeldende nærmest uansett hvilket reguleringsområde det er tale om og som bør iakttas ved vurdering av oppgavefordelingen mellom myndighetsinstanser og ved skillet mellom teknisk og økonomisk regulering. Det ene gjelder den teknologiske utvikling mot flernettintegrasjon og konvergens, som bidrar til å gjøre det tradisjonelle sektorbegrepet som grunnlag for sektor-spesifikk regulering og tilsynsorganisering mindre sektor-spesifikt. Det andre gjelder utviklingen i den økonomiske sektorreguleringen i retning av å anvende i økende grad instrumenter og reguleringsopplegg som ”kopierer” virkemidler i konkurransereguleringen, som incentivregulering, regulering gjennom kontrakter og konkurranseutsetting av virksomhet. Derved vil det måtte foretas en avveining mellom på den ene side hensynet til en mest mulig klar og entydig arrondering av teknisk og økonomisk sektorregulering som grunnlag for tilsynsorganisering, mot hensynet til organiseringen og utformingen av en samlet sett effektiv konkurranse- og reguleringspolitikk, tilpasset den næringsmessige og teknologiske virkelighet som den skal regulere.

### Noen konkurransepolitiske implikasjoner

Det er i siste instans ikke et spørsmål om et enten-eller i forholdet mellom sektormyndigheter og konkurransemyndigheter ved regulering av nettbasert virksomhet. Det avgjørende er at ansvarsfordelingen er klar og entydig, at målene er sammenfallende og at man alt annet like legger til rette for en fordeling der synergiene mellom sektorregulering og konkurranseregulering er størst i relasjon til reguleringsutfall og ressursbruk. Alt i alt synes disse å være størst ved å samordne økonomisk sektorregulering og konkurranseregulering i én myndighetsinstans og legge teknisk sektorregulering til sektorspesifikke myndigheter. Behovet for informasjonsutveksling, konsultasjoner og annen form for samordning mellom konkurransemyndigheter og sektormyndigheter får så løses gjennom samarbeids-tiltak.

En slik form for ansvarsfordeling vil betinge at konkurransemyndighetene må ta inn over seg reguleringsoppgaver som umiddelbart kan oppleves som ”fremmede” i forhold til ordinær konkurranseregulering og at de gis fullmakter til å utføre slike oppgaver, for eksempel prisregulering av visse typer telekommunikasjonstjenester eller tilgangsregulering av nettvirksomhet. Dette innebærer at konkurransemyndighetene må være innstilt på å bli tillagt sektorspesifikk konkurranseregulering eller multisektorregulering ved nettintegrasjon. Utgangspunktet er imidlertid at slike reguleringsoppgaver må utføres uansett, eventuelt i en overgangsperiode til generell konkurranseregulering kan overta. Det synes som nevnt mer nærliggende at det er konkurransemyndighetene som utfører slike konkurransereguleringsoppgaver enn at de tillegges sektormyndigheter. Dette innebærer ikke en ”overbelastning” av konkurransepolitikken, men en mer hensiktsmessige arrondering av konkurransereguleringsoppgaver i forhold til sektorregulering. Det betinger imidlertid at konkurransemyndighetene tilføres ressurser fra sektormyndigheter for så vidt gjelder økonomisk regulering, at de ruster seg opp kompetansemessig for oppgavene og at de tar inn over seg de hensyn og krav som en effektiv, integrert konkurranse- og reguleringspolitikk innebærer.

Alt i alt synes gevinstene å være størst ved å samordne økonomisk sektorregulering og konkurranseregulering i én myndighetsinstans og legge teknisk sektorregulering til sektorspesifikke myndigheter.

Konkurransemyndighetene må være innstilt på å ta inn over seg reguleringsoppgaver som umiddelbart kan oppleves som ”fremmede”. De må også gis fullmakter til å utføre oppgaver som for eksempel prisregulering eller tilgangsregulering av nettvirksomhet.



# Fra inngrep til forbud

– konkurranseloven av 2004

Av Hans Petter Graver

**Med den nye konkurranseloven av 2004 er det gjort betydelige endringer av atferdsreglene og reglene for fusjonskontroll og sanksjonering. Den kanskje viktigste endringen er at atferdsreglene er harmonisert med EU/EØS-konkurranseretten. Professor Hans Petter Graver gir en oversikt over de nye atferdsreglene i lovens forbud mot konkurransebegrensende avtaler og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Spørsmålet om hvordan disse bestemmelsene må tolkes, ikke minst på bakgrunn av målsettingen om harmonisering, blir også drøftet. Graver tar også for seg Konkurransetilsynets adgang til å forfølge ulovlig atferd med pålegg om opphør, adgangen til å gi forskrift for å fremme konkurransen og muligheten for unntak fra atferdsreglene gjennom ministertillatelse. Han gjør avslutningsvis rede for hvor langt tilsynets veiledningsplikt strekker seg.**



*Hans Petter Graver er professor ved Institutt for privatrett på Universitetet i Oslo. Han ledet utvalget som 1. april 2003 leverte innstillingen NOU 2003: 12 Ny konkurranselov.*

## Innledning

I mai 2004 fikk vi ny konkurranselov. Loven ble vedtatt på bakgrunn av en utredning med mandat å vurdere om Norge burde legge om de materielle atferdsreglene til å følge EØS-avtalens regler, og i tilfelle foreslå hvordan dette burde gjennomføres. I tillegg skulle hele det konkurranse-rettslige regimet vurderes på bakgrunn av de erfaringer man hadde med loven av 1993.

Hovedpunktene i den nye loven er at reglene om markedsatferd er EØS-harmonisert. Dette innebærer en overgang fra atferdsregulering gjennom en kombinasjon av forbud og inngrepskompetanse for Konkurransetilsynet, til en ren forbudsregulering.

Loven inneholder i § 10 et generelt forbud mot konkurransebegrensende avtaler og i § 11 et forbud mot misbruk av dominerende stilling. Fusjonsreglene er brakt noe nærmere EØS-reglene, i tillegg til at prosessen er strammet inn med innføring av meldeplikt, gjennomføringsforbud og en tottrinnsvurdering etter mønster fra EØS-reglene.

En prinsipiell nydannelse er innføringen av overtredelsesgebyr som forvaltningssanksjon utenfor det straffeprosessuelle systemet. Endringene i atferdsreguleringen, kombinert med innføringen av forvaltningssanksjoner som det sentrale elementet i håndhevingen av loven, innebærer en omlegging i Konkurransetilsynets oppgaver og rolle.

Den nye loven innebærer en overgang fra atferdsregulering gjennom en kombinasjon av forbud og inngrepskompetanse, til en ren forbudsregulering.

Begrunnelsen for EØS-harmonisering av atferdsreglene er forenkling og effektivisering. Tilpasningen må også ses i sammenheng med moderniseringen av konkurransereglene i EU, som innebærer at nasjonale organer håndhever EF-traktaten artikkel 81 og 82 parallelt med sine nasjonale konkurranseregler.

Siden 1993 har stadig flere land i Europa innført atferdsregler basert på EU-reglene. For foretak som opererer over flere land, innebærer det en vesentlig forenkling at de konkurranseregler de må forholde seg til, er de samme i alle land. For myndighetene er det kompliserende å måtte håndheve to forskjellige sett av regler for samme forhold. Det må også antas at reglernes gjennomslagskraft vil øke når de samme regler håndheves av alle nasjonale myndigheter og av Europakommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan.

### **EØS-føringene på tolkningen**

Tolkningen av atferdsreglene i §§ 10 og 11 må skje på bakgrunn av at bestemmelsene tar sikte på harmonisering av norsk rett med EØS-avtalen.

Det eksisterer ingen EØS-rettslig forpliktelse til å innføre nasjonale konkurranseregler som samsvarer med reglene i EØS-avtalen. Fra en rettskildelinfallsvinkel innebærer dette at vi er utenfor rekkevidden av presumsjonsprinsippet. Vi står med andre ord ikke overfor spørsmålet om tolkning av norske regler i forhold til underliggende folkerettslige forpliktelser. Det betyr videre at homogenitetsmålsettingen og lojalitetsplikten i EØS-avtalen artikkel 3 ikke har betydning som retningslinjer for tolkningen.

På den annen side er det i forarbeidene til loven en tydelig uttalt lovgivervilje i forhold til at de materielle atferdsreglene i den norske loven skal være harmonisert med reglene i EØS-avtalen. En slik lovgivervilje må ha stor betydning for rettsanvendelsen, selv om det ikke vil være i strid med folkeretten å gi § 11 et annet innhold enn EØS-avtalen artikkel 54.

Rettskildesituasjonen må bedømmes i lys av formålet om EØS-harmonisering og det nærmere innholdet av dette formålet. Formålet med konkurranseloven §§ 10 og 11 er å realisere lovens generelle formål om å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Skulle dette avvike fra EØS-reglernes formål, kan det gi grunnlag for å gi reglene et avvikende innhold gjennom tolkning.

Formålet med EØS-avtalen artikkel 53 og 54 er ikke uttrykkelig artikulert i avtalen selv. Innenfor EU er konkurransepolitikken en sentral del av unionens virkemidler nedfelt i EF-traktaten artikkel 3 for å realisere de overordnede mål i traktatens artikkel 2. Like fullt er effektiv ressursutnyttelse en sentral del også av formålet til EUs konkurranseregler og dermed EØS-avtalens konkurranseregler.

EUs konkurranseregler har imidlertid i tillegg som formål å bidra til realisering og opprettholdelse av det indre marked. Her foreligger et avvik fra formålet til den norske loven. Formålet om det indre marked har særlig påvirket EU-organers holdning til vertikale avtaler, da de kan bidra til en markedsdeling som er uønsket fra et integrasjonsperspektiv. Utviklingen synes likevel å gå i retning av at EUs organer anlegger en mer økonomisk

Tolkningen av atferdsreglene i §§ 10 og 11 må skje på bakgrunn av at bestemmelsene tar sikte på harmonisering av norsk rett med EØS-avtalen.

Det vil ikke være i strid med folkeretten å gi § 11 et annet innhold enn EØS-avtalen artikkel 54.

basert tilnærming også til vertikal opptreden. Det er derfor neppe holdepunkter for å hevde at forskjeller i formål kan utgjøre noe viktig argument for å tolke reglene forskjellig.

En annen forskjell som har vært trukket frem mellom formålet bak EUs konkurranseregler og den forrige norske konkurranseloven, er hensynet til forbrukerne. Den forrige loven nevnte ikke dette som del av lovens formål. I den nye loven er dette hensynet tatt inn i formålsparagrafens andre ledd. Samtidig må hensynet til forbrukerne ved tolkningen av § 11 anses innbygget som følge av siktemålet med at bestemmelsene skal harmoniseres med artikkel 54.

Etter mitt syn er det således neppe grunnlag for å konstruere særlige forskjeller i rettskildesituasjonen mellom EØS-reglene og de norske reglene når det gjelder reglernes formål. Viktigere enn nyanser i hva som formuleres som reglernes formål, er hvilken økonomisk teori som blir lagt til grunn for bedømmelsen av hva som fremmer samfunnsmessig effektivitet, og hvordan man som rettsanvender skal velge mellom divergerende anbefalinger fra økonomisk teori.

Forskjellige strømninger innen økonomisk teori kan gi forskjellige svar på spørsmål som konkurransereglene reiser. Dette kan blant annet illustreres gjennom holdninger til foretak som har opparbeidet seg en dominerende stilling gjennom konkurranse. Noen er av den oppfatning at en slik monopolist alltid må forholde seg til at andre vil komme inn i markedet dersom fortjenesten er stor. Mens andre mener at et dominerende foretak må ha et særlig ansvar for at dets atferd ikke begrenser konkurransen. Det siste standpunktet er uttalt gjennom EF-domstolens praksis. Det er derfor et prinsipielt viktig spørsmål om regelharmonisering også innebærer at norske rettsanvendere er bundet til den økonomiske tilnærming som til enhver tid inntas av EUs rettsanvendere.

Harmoniseringsmålet tilsier at norske rettsanvendere er bundet av EU-rettens økonomiske tilnæringsmåte. Økonomisk teori om hva som begrenser konkurransen og hva som fremmer effektivitet hører imidlertid til spørsmål om konstruering av virkeligheten. Det kan derfor synes fremmed at norske domstoler skal legge til grunn et syn de mener er uriktig med den begrunnelse at synet er rådende ved håndheving av EUs og EØS-avtalens konkurranseregler. Det er imidlertid et generelt trekk ved vår rettsorden at "virkelighetskonstruksjonen" utgjør del av "gjeldende rett" slik den fastlegges av våre rettslige autoriteter<sup>1</sup>. Utgangspunktet må derfor etter min mening være at harmoniseringsmålet slår gjennom også i forhold til den økonomiske tilnærming som skal anlegges.

## Generelt om forbudene

De sentrale materielle reglene i loven er §§ 10 og 11 som innfører et generelt kartellforbud og en monopolmisbruksbestemmelse, i stedet for avgrensede forbud og inngrepshjemler som i den gamle loven. De nye bestemmelsene innebærer at alle avtaler mellom foretak må vurderes opp mot loven og at ensidig opptreden hos dominerende aktører kan være forbudt. Det ligger i sakens natur at når lovgivningen på et område legges

Det er neppe holdepunkter for å hevde at forskjeller i reglernes formål kan utgjøre noe viktig argument for å tolke reglene forskjellig.

Viktigere enn nyanser i hva som formuleres som reglernes formål, er hvilken økonomisk teori som blir lagt til grunn for bedømmelsen av hva som fremmer samfunnsmessig effektivitet, og hvordan man som rettsanvender skal velge mellom divergerende anbefalinger fra økonomisk teori.

1 Se Hans Petter Graver, *Den juristskapte virkelighet*, Oslo 1986.

om fra et system hvor tilsynet kan nedlegge individuelle forbud, til et system med generelle forbud i loven, vil dette føre til at foretakene på en helt annen måte må sette seg inn i sin rettslige situasjon og ta ansvaret for at de holder seg på den rette siden av loven.

### **Forbudet mot konkurransebegrensede samarbeid**

Etter § 10 er enhver avtale mellom foretak, beslutning truffet av sammenlutninger av foretak og form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, forbudt. Dette vil typisk dreie seg om avtaler om fastsettelse av priser, begrensning av produksjon, deling av markedet eller tildeling av kunder, men også "vertikale avtaler" om kjøp for videresalg og distribusjon og "horisontale" avtaler om FoU, produksjon, innkjøp og markedsføring. For å bli rammet av forbudet må avtalen påvirke konkurransen i den grad at man kan forvente negative virkninger på markedet med hensyn til priser, produksjon, nyskapning eller kvaliteten på varene eller tjenestene.

De gamle forbudene mot prissamarbeid, anbudssamarbeid og markedsdeling ligger i kjerneområdet til det nye forbudet mot konkurransebegrensende avtaler.

Med det generelle forbudet er selvsagt de gamle forbudene mot prissamarbeid, anbudssamarbeid og markedsdeling videreført. Atferd som faller inn under de gamle kartellforbudene ligger i kjerneområdet til det nye forbudet mot konkurransebegrensende avtaler.

Ved at også alle andre avtaler med konkurransebegrensende virkninger rammes, er det innført en ordning hvor alle avtaler, utenom avtaler med den endelige sluttbruker, må vurderes i forhold til konkurranseloven. I praksis har dette kanskje ikke så stor betydning for videresalgsforhold, hvor en avtalepartene i regelen må ha en markedsandel som overstiger 30 prosent for at det i det hele tatt skal bli snakk om at en avtale har konkurransebegrensende virkninger. For slike forhold vil det derfor være en stor grad av overlapp mellom forbudene i §§10 og 11. Avtaler mellom konkurrenter derimot, vil mye oftere kunne tenkes å begrense konkurransen. Men også i slike forhold kan samarbeid være effektivitetsfremmende, for eksempel om utvikling av nye produkter eller deling av ressurser.

### **Forbudet mot misbruk av dominerende stilling**

Bestemmelsen i § 11 slår fast at utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling er forbudt. Bestemmelsen slår i første ledd kort og godt fast at ett eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt. I bestemmelsens andre ledd listes det opp fire typeeksempler på hva slik utilbørlig utnyttelse særlig kan bestå i. Disse er påtvingelse av urimelige priser eller forretningsvilkår, produksjonsbegrensninger til skade for forbrukerne, diskriminering av handelspartnere og å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av tilleggssytelser som etter sin art eller vanlig forretningspraksis ikke har sammenheng med kontraktsgjenstanden. Listen er ikke uttømmende.

Bestemmelsen i § 11 slår fast at utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling er forbudt.

Å inneha en dominerende stilling i markedet innebærer at foretaket kan opptre uavhengig av konkurrenter og kunder. Kundene har ingen andre steder å gå om de er misnøyd med kvalitet, priser eller vilkår, og foretaket behøver ikke utforme sin opptreden ut fra en frykt for at hvis det tar for gode marginer, kommer andre inn og tar markedsandeler. Det er etter konkurransereglene ikke i seg selv noe galt i at et foretak har en dominerende stilling i markedet. Dette kan være en følge av dyktighet, for eksempel til å fremstille produkter som er bedre og mer ettertraktede enn alle andres, eller til å drive mer rasjonelt og effektivt enn konkurrentene.

At et foretak henter ut en monopolprofitt en periode, vil heller ikke i seg selv være uønsket. En slik fortjeneste kan være en belønning for tidligere innsats, og den muligheten kan dermed også virke som en spore til produktutvikling og effektivisering til gode for forbrukerne. Ofte vil markedet selv i lengden korrigere for slik opptreden ved at konkurrentene etter en tid kommer etter. En monopolstilling kan også være en følge av demokratiske vedtak om å begrense markedet og konkurransen innen et visst område. Heller ikke i slike tilfelle kan den sies å være uønsket i forhold til gjeldende regler.

Det § 11 skal motvirke, er at foretaket misbruker sin dominerende stilling. Misbruk er det om foretaket tar ut en urimelig monopolprofitt, bruker sin makt til å hindre konkurrenter i å etablere seg i markedet eller som en brekkstang til å ta markedsandeler i andre markeder, som hvor en bilprodusent tar markedsandeler i verkstedmarkedet ved å begrense levering av reservedeler.

Misbruk kan typisk ramme forbrukerne, leverandører og forhandlere og konkurrenter. Forbrukerne rammes ved at de må betale overpris. Det innebærer både et velferdstap for samfunnet, ved at mengden produkter blir lavere enn hva markedet er villig til å betale for, og et omfordelingstap for forbrukerne, ved at de betaler en høyere pris per enhet enn de ville gjøre om konkurransen hadde fungert. Leverandører og forhandlere rammes typisk gjennom klausuler som binder opp deres handlefrihet til bare å føre produkter fra vedkommende foretak, til også føre andre av foretakets produkter, til lojalitet over lang tid og til å tåle diskriminering og utestengning dersom de ikke underkaster seg foretakets vilkår. Konkurrenter kan rammes gjennom at foretaket senker prisene til under det regningsvarende i situasjoner hvor konkurrenter prøver å etablere seg, at det nekter konkurrenter tilgang til distribusjonsnett eller andre goder som er viktig for å opptre i markedet, eller at det hindrer kunder og leverandører i å etterspørre konkurrentens produkter.

Forbudet mot misbruk innebærer typisk at et dominerende foretak ikke kan bruke virkemidler i markedet som ellers er en regulær del av konkurransen, som for eksempel bonusordninger og kobling av produkter. Forbudet rammer imidlertid også opptreden som bare kan utføres av et dominerende foretak, som urimelige monopolpriser og utestengning fra markedet. Forbudet rammer således et bredt spekter av handlinger, fra regulære forretningsmetoder som bør motvirkes i visse sammenhenger, til handlinger som alltid er skadelige for markedet og illegitime, med mindre de skjer som følge av et rettslig mandat.

### Pålegg om opphør

I § 12 har tilsynet en vid kompetanse til å gi pålegg om ”ethvert tiltak som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør”. Bestemmelsen tilsvarende artikkel 7 i Rådsforordning 1/2003. Påleggskompetansen åpner for en mer fleksibel håndhevelse av lovens forbudsregler. Et pålegg om opphør er likevel ikke nødvendig for at atferden skal rammes av §§ 10 eller 11, og Konkurransetilsynet kan ilegge overtredelsesgebyr direkte etter § 29 uten å gå veien om pålegg om opphør.

Misbruk er det om foretaket tar ut en urimelig monopolprofitt, bruker sin makt til å hindre konkurrenter i å etablere seg i markedet eller som en brekkstang til å ta markedsandeler i andre markeder.

Forbudet mot misbruk innebærer at et dominerende foretak ikke kan bruke virkemidler i markedet som ellers er en regulær del av konkurransen, som for eksempel bonusordninger og kobling av produkter.

Pålegg om opphør etter §12 kan være en hensiktsmessig reaksjon for mindre alvorlige overtredelser.

Pålegg om opphør kan være en mer hensiktsmessig reaksjon for mindre alvorlige overtredelser. Fra Konkurransetilsynets side kan påleggsalternativet fremstå enklere prosessuelt og bevismessig enn vedtak om overtredelsesgebyr som må følge reglene for sanksjonssaker. Påbud er også mer lempelig overfor foretaket og kan derfor være en hensiktsmessig fremgangsmåte der det er tale om å avklare rettssituasjonen og gi veiledning om anvendelsen av forbudet uten at det knyttes sanksjoner til en første gangs overtredelse. Det kan spesielt være behov for dette når grensene for rekkevidden av forbudet mot utnyttelse av en dominerende stilling skal trekkes.

For det andre gir bestemmelsen Konkurransetilsynet et fleksibelt verktøy til å utforme mer tilpassede forpliktelser for foretaket for å sikre at konkurransen gjenopprettes. Slike individuelle vedtak kan for eksempel gå på å pålegge foretaket å levere til en distributør utenom forhandler-nettet, å gi tilgang til infrastruktur som er nødvendig for å komme inn i markedet, eller å opphøre med diskriminerende rabattordninger. Slik sett representerer bestemmelsen en funksjonell mulighet til å videreføre vilkårskompetansen i den gamle lovens § 3-10 tredje ledd. Bestemmelsen gir også muligheter til å pålegge strukturelle tiltak, det vil si oppløsning av foretak eller salg av ting eller rettigheter.

Kongen er i § 14 gitt en generell kompetanse til å gi forskrifter om inngrep mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål.

### Konkurranserefremmende forskrifter

I tillegg til påleggskompetansen i § 12 er Kongen i § 14 gitt en generell kompetanse til å gi forskrifter om inngrep mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål. Det er noe uklart hva som ligger i å ”ved forskrift gripe inn mot” konkurransebegrensninger. En forskrift virker etter sin natur fremover, og regulerer rettstilstanden for en ubestemt krets av personer. Slik sett kan det synes som det her er gitt konkurransemyndighetene en generell kompetanse til å regulere konkurranseforholdene i markedet *ex ante*.

Forskriftskompetansen kan nå brukes ”for å fremme konkurransen”, mens § 3-10 ikke uttrykkelig gav hjemmel for en slik aktiv, konkurranseskapende aktivitet.

Det kan diskuteres om Kongen med dette er gitt adgang til å gi regler for å skape konkurranse innen forskjellige markeder til supplerende, og til og med utenfor området for, spesiallovgivningen. Selv om bestemmelsen i forarbeidene er begrunnet med at dagens kompetanse må videreføres, er det forskjeller i ordlyden. Forskriftskompetansen kan nå brukes ”for å fremme konkurransen”, mens § 3-10 ikke uttrykkelig gav hjemmel for en slik aktiv, konkurranseskapende aktivitet. Ordlyden taler derfor for at bestemmelsen må kunne brukes mer generelt for å fjerne eller motvirke etableringshindre i et marked, enten disse kan tilbakeføres til atferd hos markedsaktørene eller ikke.

Etter ordlyden kan forskrifter omfatte også offentlige konkurransebegrensninger både innen statlig og kommunal sektor. Diskusjonen rundt § 9 bokstav e om konkurransebegrensende virkninger av offentlige tiltak tyder på at en slik kompetanse neppe har ligget innenfor lovgiverens hensikt. På den annen side har vi i Norge ingen særlig sterk tradisjon for å tolke forskriftshjemler innskrenkende. Og i motsetning til den gamle loven § 1-3 har konkurranseloven ingen bestemmelse som avgrenser dens virkeområde til ”erhvervsvirksomhet”. Det kan vel derfor neppe utelukkes at bestemmelsen i § 14 kan bli brukt for å skape konkurranse innenfor ulike deler av kommunal sektor dersom Regjeringen går inn for dette.

Det kan neppe utelukkes at bestemmelsen i § 14 kan bli brukt for å skape konkurranse innenfor ulike deler av kommunal sektor dersom Regjeringen går inn for dette.

## Ministertillatelse

I § 13 har Kongen en dispensasjonsadgang. Bestemmelsen sier at i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning kan Kongen i statsråd tillate atferd i strid med forbudene i §§ 10 eller 11 og gi pålegg etter § 12. Bestemmelsen bygger på de prinsipper for politisk styring av tilsyn som Regjeringen la opp til i tilsynsmeldingen, St.meld. nr. 17 (2002–2003) Om statlige tilsyn.

I saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning kan Kongen i statsråd tillate atferd i strid med forbudene i §§ 10 eller 11.

Bestemmelsen kan i praksis ikke ses isolert fra EØS-konkurranseloven § 7. Denne må tolkes slik at plikten til å anvende EØS-reglene ikke bare gjelder når norske myndigheter anvender de norske reglene, men også når de ikke anvender dem. Dispensasjonsadgangen gjelder ikke i forhold til EØS-bestemmelsene, se EØS-konkurranseloven § 6 første ledd. Dette innebærer i forhold til § 11 at dispensasjon bare får praktisk betydning der § 11 måtte tolkes mer restriktivt enn EØS-avtalen artikkel 54, og i saker uten samhandlingsdimensjon, fordi Kongen som konkurransemyndighet må anvende artikkel 54 samtidig som det dispenseres fra § 11. Samtidig må, som det fremgår av gjengivelsen av bestemmelsen ovenfor, saken være av ”prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning”. Det er ut fra dette vanskelig å se at Regjeringen har særlig spillerom for å dispensere fra lovens atferdsregler.

Det er vanskelig å se at Regjeringen har særlig spillerom for å dispensere fra lovens atferdsregler.

## Konkurransetilsynets veiledningsplikt

Konkurranseloven § 9 annet ledd inneholder en særlig veiledningsplikt for Konkurransetilsynet. Bestemmelsen kom inn gjennom Stortingets behandling av loven. Veiledningsplikten har bakgrunn i forslag fra blant annet NHO og må ses i forhold til foretakenes veiledningsbehov ved innføring av generelle forbud uten ordningen med notifikasjonsplikt og individuelle fritak fra forbudet i EF-traktaten artikkel 81. Siden denne ordningen er opphevet i EU og heller ikke innført i den norske loven, får lovens adressater ikke nytte godt av en ordning med immunitet for atferd som er meldt til tilsynet, som man hadde i EU inntil foretaket hadde fått melding om at atferden rammes av forbudet. Risikoen for at en atferd rammes av loven, og byrden med å avklare de rettslige og faktiske spørsmål i tilknytning til dette, ligger således i utgangspunktet fullt ut på foretakene.

Veiledningspliktens område må ut fra dette knytte seg til forhold som er rettslig tvilsomme, fordi de reiser nye eller uløste spørsmål i forbindelse med anvendelsen av forbudene. På slike områder vil det ikke være klart ut fra rettskildene hvilken atferd som kreves av foretakene. Dette vil også være områder hvor det kan være en fordel for tilsynet å kunne være med på å påvirke de løsninger som velges av foretakene i praksis.

Veiledningspliktens knytter seg til forhold som er rettslig tvilsomme, fordi de reiser nye eller uløste spørsmål i forbindelse med anvendelsen av forbudene.

Der rettssituasjonen er uklar, kan det også hevdes at rettssikkerhetshensyn taler med særlig tyngde for at foretakene får veiledning, siden overtredelse av forbudene kan resultere i harde sanksjoner. I denne forbindelse kan det likevel være verdt å peke på at i henhold til Kommisjonens praksis etter EUs regler blir det bare ilagt helt symbolske sanksjoner for overtredelser hvis det ikke på forhånd er fastslått gjennom generelle rettsforskrifter, rettspraksis eller beslutningspraksis at en viss atferd utgjør en overtredelse. Det er grunn til å anta at det samme vil være tilfelle etter den norske loven. Det er i forarbeidene fastslått at i saker hvor det er tvil om bestemmelsenes rekkevidde eller anvendelse, bør det være aktuelt å bruke pålegg om opphør etter § 12 i stedet for å sanksjonere overtredelsen

I EU blir det bare ilagt helt symbolske sanksjoner for overtredelser hvis det ikke på forhånd er fastslått at en viss atferd utgjør en overtredelse. Det er grunn til å anta at det samme vil være tilfelle etter den norske loven.

direkte. Når det gjelder utmåling av sanksjoner, er det dessuten forutsetningen at Kommisjonens praksis bør være veiledende for Konkurransetilsynet.

Individuelle rettssikkerhetshensyn utgjør på denne bakgrunn ingen veldig tungtveiende begrunnelse for at foretakene skal ha et krav på veiledning fra Konkurransetilsynet. Hvis rettsspørsmålene er tvilsomme, risikerer foretakene lite av offentligrettslige sanksjoner, annet enn en konstatering i etterhånd om at deres atferd har vært ulovlig. Hvor det er snakk om spørsmål som er klarlagt gjennom praksis fra EU, EFTA eller norske myndigheter, er det liten grunn til at kravet på veiledning skal gå lengre i forhold til konkurranseloven enn i forhold til enhver annen reguleringslovgivning.

Det er liten grunn til at kravet på veiledning skal gå lengre i forhold til konkurranseloven enn i forhold til enhver annen reguleringslovgivning.

Dette innebærer at den veiledningsplikt Konkurransetilsynet har utover forvaltningslovens alminnelige veiledningsplikt, først og fremst må begrunnes i at veiledningen er et virkemiddel for tilsynet til å bidra til en best mulig realisering av lovens målsetting. Dette tilsier at tilsynet bør stå fritt til å prioritere sine ressurser, ubundet av krav og henvendelser fra lovens adressater. Prioriteringene bør kunne skje ut fra en noe videre betraktning enn bare hensynet til adressatene, og særlig trekke inn behovet for avklaring av det aktuelle spørsmålet, hvor viktig spørsmålet er utover den enkelte saken og hvordan hensynet til forbrukerne berøres.

# Fra straff til overtredelsesgebyr

– ny lov, tøffere tider?

Av Harald Evensen

**I den nye konkurranseloven av 2004 er strafferettslige sanksjoner videreført, samtidig som Konkurransetilsynet har fått hjemmel til å utstede sivilrettslige overtredelsesgebyrer. Advokat Harald Evensen går gjennom regler for utmåling av bøter i Norge og EU og viser flere tabeller med tall for bøtene i utvalgte saker. Det er stor variasjon i selskapenes bøter som prosent av siste års omsetning, den såkalte bøteratioen. Men ifølge Evensen fester det inntrykk seg at Europakommisjonen ofte har gitt bøter som tilsvarer fire til fem ganger nivået i Norge, og han varsler tøffere tider for norske selskaper som bryter konkurranseloven.**



*Harald Evensen er partner i Advokatfirmaet Selmer DA. Han var juridisk direktør i Konkurransetilsynet 1994-1997.*

## Innledning

En viktig grunn til innføring av ny konkurranselov var, foruten å harmonisere de materielle reglene med EF/EØS-regelverket, å bedre etterlevelsen av konkurransereglene. Effektive sanksjoner ble ansett som en viktig forutsetning for å oppnå dette. I forhold til konkurranseloven av 1993 har konkurranseloven av 2004 skjerpede offentligrettslige sanksjonsmuligheter og gir bedre muligheter for privat håndheving.

I konkurranseloven av 2004 er straff videreført som sanksjon for blant annet overtredelse av forbudet i § 10 mot konkurransebegrensende samarbeid. Loven innfører i tillegg hjemmel for Konkurransetilsynet til å utstede sivilrettslig overtredelsesgebyr etter inspirasjon av EF/EØS-retten ved forsettlige og uaktsomme overtredelser av § 10 og av § 11 om misbruk av dominerende stilling.

Det heter i forarbeidene at utmålingen av overtredelsesgebyret så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS. Kriteriene som legges til grunn i retningslinjene utgitt av Europakommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan (ESA), bør også legges til grunn for norsk praksis, eventuelt med norske særtilpasninger.<sup>1</sup> Både lovutvalget og Konkurransetilsynet synes å mene at dette vil føre til høyere bøter. Det er rimelig å anta at Konkurransetilsynet i fremtiden som hovedregel vil sanksjonere brudd på § 10 med overtredelsesgebyr heller enn anmeldelse til påtalemyndigheten. Det er derfor av interesse å undersøke om utmålingsprinsipper og bøtenivå er vesentlig forskjellig mellom den norske bøtepraksisen for selskaper og Europakommisjonens praksis.

Loven innfører i tillegg hjemmel for Konkurransetilsynet til å utstede sivilrettslig overtredelsesgebyr etter inspirasjon av EF/EØS-retten.

1 Ot.prp. nr. 6 (2002-2004), s. 118, jf. s. 111, NOU 2003:12 s. 133, jf. s. 127.

## **Straffutmålingsregler for overtredelser av prisloven 1953 og konkurranseloven 1993**

Verken straffebestemmelsene i prisloven § 52 eller konkurranseloven 1993 § 6-6 inneholdt utmålingsveiledning for bøter. Begge bestemmelsene inneholdt i annet ledd ikke uttømmende lister over momenter som skulle tillegges vekt i spørsmålet om det forelå skjerpene omstendigheter, blant annet varighet, omfang, skyld og om handlingen er søkt skjult. Høyesterett har tillagt disse momentene vekt i utmålingen av bøter.<sup>2</sup>

I mangel av særskilt veiledning i spesiallovene ble straffelovens regler om bøteutmåling og foretaksstraff bestemmende for hvilke momenter som skulle tillegges vekt.

I mangel av særskilt veiledning i spesiallovene ble straffelovens regler om bøteutmåling og foretaksstraff bestemmende for hvilke momenter som skulle tillegges vekt. Etter straffeloven § 27 bør det, foruten til det straffbare forhold, tas særlig hensyn til domfeltes økonomiske situasjon. Straffeloven § 48 b inneholder spesielle utmålingsregler for foretaksstraff. Det skal særlig tas hensyn til straffens preventive virkning, overtredelsens grovhet, om foretaket kunne ha forebygget overtredelsen ved internkontroll, om overtredelsen er begått for å fremme foretakets interesser, om foretaket har fått noen fordel ved overtredelsen, dets økonomiske evne, og om foretaket eller noen som har handlet på vegne av det har fått andre reaksjoner, blant annet om noen enkeltperson er blitt straffet.

Bølgepapp-dommen er den sentrale straffutmålingsdom på området. Saken gjaldt et kalkulasjonssamarbeid mellom fire store bølgepappprodusenter<sup>3</sup>. Retten henviste ved bøteutmålingen til momentene i straffeloven § 47 og § 48 b, samt listen i prisloven § 52. Det ble videre lagt vekt på uttalelser i forarbeidene til konkurranseloven om at det er nødvendig å kunne utmåle bøter av en størrelse som virker tilstrekkelig avskrekkende.

Høyesterett la ellers til grunn at hensynet til effektiv konkurranse og det samfunnsmessige tap ved den ineffektive ressursbruk som skyldes samarbeidet, bør danne det konkrete utgangspunktet for straffutmålingen. Denne tanke fulgte Høyesterett opp i trafikkskole-saken<sup>4</sup>, hvor Høyesterett uttalte at det var naturlig å se boten i en viss sammenheng med størrelsen av omsetningen, som ga en indikasjon på omfanget av overtredelsen.

## **Utmålingsregler for foretaksbot i EU/EØS**

Europakommisjonen kan bøtelegge foretak for overtredelse av konkurransereglene i EF-traktaten med inntil 10 prosent av siste års omsetning. Ved utmåling av bøter skal det legges vekt på overtredelsens grovhet og varighet.

Etter Rådsforordning 17/62 artikkel 15(2) kunne Europakommisjonen bøtelegge foretak for overtredelse av konkurransereglene i EF-traktaten med inntil 10 prosent av siste års omsetning. Ved utmåling av bøter skulle det etter bestemmelsen legges vekt på overtredelsens grovhet og varighet. Bestemmelsen er videreført i Rådsforordning 1/2003, som erstattet forordning 17 med virkning fra 1. mai i år, jf. artikkel 23 (2) og (3). Tilsvarende gjelder for ESAs overvåkningsorgan.<sup>5</sup>

2 Rettstidende 1995 s. 1922, bølgepapp-dommen.

3 Samarbeidet var et brudd på prissamarbeidsforbudet i forskrifter om konkurranse-reguleringer om priser og avanser, fastsatt ved kongelig resolusjon av 1. juli 1960 med hjemmel i prisloven.

4 Rettstidende 1995 s. 1907.

5 Overvåknings- og domstolsavtalens protokoll 4 kapittel II artikkel 15(2), som tilsvarende forordning 17 artikkel 15 (2). Forordning 1/2003 er i skrivende stund ikke inntatt i protokoll 4.

Kommisjonen og ESA har utgitt retningslinjer for fastsettelse av bøter. Retningslinjene gir relativt detaljerte anvisninger på hvilke momenter som skal vektlegges ved utmåling av bøter for brudd på EF-traktaten artikkel 81 og 82 og EØS-avtalen artikkel 53 og 54.<sup>6</sup> Kommisjonen følger retningslinjene punkt for punkt i sine avgjørelser. Beregningsmetoden bygger på en fastsettelse av et grunnbeløp som fastsettes ut fra overtredelsens grovhet og varighet. Grunnbeløpet justeres så ettersom det foreligger skjerpene og formildende omstendigheter.

Boten som fastsettes etter disse utmålingsretningslinjene vil kunne falle helt bort eller nedsettes betydelig i henhold til kunngjøringen om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker, dersom foretaket bidrar til at kartellet avdekkes eller bidrar aktivt i etterforskningen, såkalt leniency.<sup>7</sup>

Boten vil kunne falle helt bort eller nedsettes betydelig dersom foretaket bidrar til at kartellet avdekkes eller bidrar aktivt i etterforskningen, såkalt leniency.

### Sammenligning av norske og europeiske utmålingsmomenter

De relevante utmålingsmomenter synes i hovedsak å være de samme etter reglene om straff etter prisloven og konkurranseloven 1994 og reglene for foretaksbot i EU/EØS.

Etter EU/EØS-reglene skal det tas hensyn til overtredelsens grovhet, nærmere bestemt virkningen på markedet i form av overtredelsens art, foretakenes økonomiske tyngde og størrelsen på det relevante marked. Tilsvarende samfunnsøkonomiske hensyn må gjelde etter de norske straffereglene, jf. Høyesteretts begrunnelse i bølgepapp-saken. Når det skal legges vekt på grovhet etter straffeloven § 48 b, vil dette måtte vurderes ut fra hvor sterkt handlingen strider med den handlingsnorm som loven oppstiller og det formål loven skal beskytte. Vurderingen vil derfor ligne på den som foretas i EU/EØS-retten.

Overtredelsens varighet er likeledes et sentralt utmålingsmoment både etter EU/EØS-retten og etter norsk rett, hvor varigheten vil være et element i grovhetsvurderingen etter straffeloven og fordi den nevnes i konkurranseloven § 6-6 annet ledd som skjerpene omstendighet.

Videre er prevensjon et sentralt element både etter EU/EØS-retten og norsk rett. Foretakets økonomiske evne og utvist skyld er også viktige elementer ved utmålingen av bøter i begge regimer. Samarbeid med myndighetene og avslutning av det ulovlige forhold straks myndighetene intervenerer, er også relevante momenter både i EU/EØS og etter norske regler, selv om fritak for eller nedsettelse av bøter på grunn av samarbeid med myndighetene har en viktigere plass i EU/EØS-praksis.<sup>8</sup>

Det er vanskelig å sammenligne den konkrete vektingen av de enkelte momentene, selv om Europakommisjonen ofte gir relativt detaljert rede for vurderingene. Ettersom norsk praksis stort sett består av vedtatte

<sup>6</sup> Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15(2) of Regulation no. 17 and Article 65 (5) of the ECSC Treaty, 1998 OJ C9. ESA har utgitt en tilsvarende kunngjøring for EØS-avtalens konkurranseregler, se norsk utgave av EØS-tillegget til EF-tidende nr. 3/6, 16.1.2003.

<sup>7</sup> Kunngjøring om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker, EFT C 45 av 19.02.2002, side 3 (Kommisjonen) og EØS-tillegget til EFT nr. 3 av 16.01.2003, side 1 (ESA).

<sup>8</sup> Forslag til forskrift om lempning av overtredelsesgebyr ved overtredelser av konkurranseloven § 10 er nå ute på høring.

Hovedprinsippene for bøteutmåling i EU/EØS avviker ikke vesentlig fra det som har vært vektlagt i norsk straffeprosedyre for overtredelse av prisloven og konkurranseloven.

forelegg, finnes det liten veiledning utover den ytterst sparsomme rettspraksis. Det må allikevel være forsvarlig å konkludere med at de sentrale hensyn som er nevnt, og som gjelder overtredelsens potensielle skade for konkurransen og effektiv ressursbruk, samt prevensjonshensynet, også er de momenter som vektlegges sterkest.

Det må følgelig kunne sies at hovedprinsippene for bøteutmåling i EU/EØS ikke avviker vesentlig fra det som har vært vektlagt i norsk straffeprosedyre for overtredelse av prisloven og konkurranseloven.

Det kan derfor være av interesse å se på hva de relativt like utmålingsprinsippene har ført til i konkrete saker.

### **Bøtenivå i praksis**

I det etterfølgende forsøkes en sammenligning av bøtenivået i konkurransesaker i Norge og EU, basert på bot i prosent av årlig omsetning ("bøteratio"). I praksis har foretakenes størrelse vært tillagt vekt, og omsetningen utgjør også en grense for botens størrelse, som i EU/EØS og i konkurranseloven 2004 er begrenset til 10 prosent av foretakets samlede omsetning. Ikke minst er opplysninger om omsetning mer tilgjengelige og presise enn for eksempel anslag over størrelsen på det relevante marked, som ville være en interessant faktor i en sammenligning.

Tilgang til relevante omsetningstall kan ofte være begrenset, både i norske saker og i EU-saker. I tillegg er Kommisjonens saker ofte kompliserte, blant annet med endring av selskapsidentitet underveis, noe som kan gjøre sammenligning av bøteratio upålitelig. Det understrekes at redegjørelsen i det følgende er basert på et begrenset antall saker og at det ikke er tale om fullstendig statistikk. Utvalget av saker, som dels er gjort ut fra tilgjengelige tall, kan ha betydning for resultatet.

En undersøkelse av nivå gir ytterst begrenset veiledning for utmålingen i enkeltsaker. De individuelle saksforhold, som er avgjørende, varierer med hensyn til overtredelsens grovhet og varighet, personlig skyld, foretakets samfunnsøkonomiske betydning, for eksempel representert ved omsetning og markedsandeler, og foretakets betalingsevne.

### **Praksis etter prisloven og konkurranseloven 1993**

Fra 1986 frem til august 2004 har Konkurransetilsynet anmeldt 41 saker til politiet eller Økokrim. Antall saker har variert fra én til fem per år. 30 av disse sakene gjelder horisontale konkurransereguleringer, mens antallet vertikale konkurransereguleringer er seks.<sup>9</sup> 15 anmeldelser gjelder perioden etter 1994 og overtredelse av konkurranseloven 1993.

Av de 41 anmeldte sakene er 31 avsluttet. 16 saker ble avsluttet ved at alle utferdige forelegg ble vedtatt. Ti saker ble helt eller delvis avgjort i retten, det vil si at noen av foreleggene ble vedtatt, mens andre ble brakt inn for domstolene. Av disse sakene endte fire med frifinnelse og seks med domfellelse.

Fra 1986 frem til august 2004 har Konkurransetilsynet anmeldt 41 saker til politiet eller Økokrim.

9 I tillegg kommer to anmeldelser for brudd på vedtak, og tre for brudd på opplysningsplikten mv.

Bøter ble ilagt i 23 av de 31 avsluttede sakene. Størrelsen på foretaksbøter varierer fra 5000 kroner til 13,5 millioner for ett foretak.<sup>10</sup>

Bølgepapp-saken<sup>11</sup> er den ledende saken i Norge når det gjelder samlede bøter og inndragning. De fire selskapene ble i Høyesterett idømt bøter fra 1,350 millioner kroner til 5,350 millioner, i tillegg til inndragning som varierte fra 700 000 kroner til 2,920 millioner. Bøtene utgjorde samlet ca. 15 millioner og inndragningen i tillegg ca. 8 millioner kroner. I prosent av siste års omsetning utgjorde bøter og inndragning til sammen fra 0,19 til 1,5 % for de enkelte selskapene.<sup>12</sup> Dette er oppsummert i tabell 1.<sup>13</sup>

Bølgepapp-saken er den ledende saken i Norge når det gjelder samlede bøter og inndragning. De fire selskapene ble i Høyesterett idømt bøter fra 1,350 millioner kroner til 5,350 millioner, i tillegg til inndragning.

Tabell 1: Bøtene til bølgepapp-kartellet (1994)

Selskap	Omsetning 1994 (mill. kr.)	Bøter (mill. kr.)	Bot og inndragning (mill. kr.)	Bot i prosent av omsetn.	Bot og inndr. i prosent av omsetn.
Rieber & Søn	4 209,0	5,35	8,19	0,13 %	0,19 %
Petersen Sarpsborg	553,5	5,50	8,43	0,99 %	1,52 %
Peterson Ranheim	416,9	1,35	2,05	0,32 %	0,49 %
Glomma Papp	315,6	2,70	4,21	0,86 %	1,33 %
<b>Totalt:</b>		<b>14,90</b>	<b>22,88</b>		
<b>Gjennomsnitt:</b>				<b>0,58 %</b>	<b>0,88 %</b>

Høyesterett uttaler om praksis inntil 1994: "Det foreligger ikke rettspraksis som kan gi veiledning av betydning. I en del tilfeller er det i foreleggspraksis utmålt bøter som tilsvarer 1 % av den del av siste års omsetning som har vært påvirket av konkurransebegrensningen. Det finnes også eksempler på at boten har blitt høyere enn dette når overtredelsen har funnet sted over mer enn ett år. Noen konsistent praksis er det ikke tale om."<sup>14</sup> Retten viste videre til at det var fremlagt opplysninger om administrativ utmålingspraksis i USA og EU. Særlig i EU syntes selskapenes omsetning å være tillagt stor betydning ved fastsettelse av økonomiske reaksjoner. Det fremkommer ikke hvilken vekt Høyesterett la på praksis fra USA og EU.

De fire andre største kartellsakene, Siemens/ABB, rørgrossistene, stålgrossistene og Norsk Jernverk, er blitt avgjort ved forelegg.

De fire andre største kartellsakene, Siemens/ABB, rørgrossistene, stålgrossistene og Norsk Jernverk, er blitt avgjort ved forelegg.

I saken Siemens/ABB fra 1999 vedtok Siemens AS en bot på 6,5 millioner kroner og ABB Kraft AS en bot på 13,5 millioner for samarbeid om leveranser til vannkraftverk for perioden 1990-1997. Bøtene utgjorde i prosent av siste års omsetning 0,15 % for Siemens AS (4,1 mrd.) og 0,67 % for ABB Kraft AS (2 mrd.).

10 Tallene er basert på opplysninger fra Konkurransetilsynet. En oversikt finnes på tilsynets hjemmeside, publisert 27. februar 2003.

11 Rt 1994 s. 1922.

12 I tilfellet med 0,19 % var foretaket senere blitt kjøpt opp, noe som ledet til høyere samlet omsetning.

13 Kilde: Konkurransetilsynets notat utarbeidet for lovutvalget 18.02.2003.

14 Rettstidende 1994 s. 1922 ff., på s. 1933. Stålgrossist-saken referert nedenfor og takpapp-saken fra 1989 er eksempler på at bøtene ble satt til 1 % av omsetningen av de aktuelle produktene.

I saken om rørgrossistkartellet fra 1995 vedtok elleve selskaper bøter på fra 400 000 til 4,6 millioner kroner for landsomfattende samarbeid om bruttopriser (og lokalt samarbeid om rabatter og prisnivå i Møre og Romsdal) over to og et halvt år. Vi har ikke omsetningstall for alle selskapene. Basert på de seks det finnes tall for, utgjorde bøkene i prosent av siste års omsetning fra 0,28 % til 0,97 %.

I stålgrossist-saken fra 1991 vedtok seks selskaper bøter på fra 470 000 til 5,14 millioner kroner for samarbeid om priser, rabatter og tillegg ved lagersalg av stålprodukter for perioden 1983 til 1986. Vi har kun omsetningstall for selskapene med de tre laveste bøkene. Her utgjør bøkene fra 0,02 % til 0,43 % av siste års omsetning.

Norsk Jernverk vedtok i 1992 forelegg for prissamarbeid med jernverk i Sverige og flere EU-land i perioden 1983 til 1989. Forelegget på 3,5 millioner kroner tilsvarer 1 % av selskapets omsetning av de produktene som var omfattet av det ulovlige prissamarbeidet i de aktuelle seks årene. I forhold til siste års omsetning utgjorde boken 0,26 %.

De fem største sakene i Norge synes å ville blitt karakterisert som svært grove og av middels og lang varighet i henhold til Europakommisjonens retningslinjer.

Disse fem største sakene i Norge synes å ville blitt karakterisert som svært grove og av middels og lang varighet i henhold til Europakommisjonens retningslinjer.

Sammenstiller vi de tilfellene hvor bøkene i prosent av omsetning (bøteratioen) var høyest i hver enkelt sak, får vi tabell 2. Tabell 3 gir den tilsvarende oversikten for selskapene med den laveste bøteratioen i hver sak.

Tabell 2: Selskap med høyest bøteratio i de fem største norske kartellsakene

Selskap	Omsetning (mill. kr.)	Bot og inndragning (mill. kr.)	Bøteratio, prosent av omsetning
Bølgepapp: Peterson Sarpsborg	553,5	8,43	1,52 %
Siemens/ABB: ABB Kraft AS	2 000,0	13,5	0,68 %
Rørgrossistene: Grevstad Eftf. AS	82,7	0,8	0,97 %
Stålgrossistene: Johan Vinje AS	107,5	0,47	0,44 %
Norsk Jernverk	1 338,0	3,5	0,26 %
Gjennomsnitt høyeste ratio:			0,77 %

Tabell 3: Selskap med lavest bøteratio i de fem største norske kartellsakene

Selskap	Omsetning (mill. kr.)	Bot og inndragning (mill. kr.)	Bøteratio, prosent av omsetning
Bølgepapp: Rieber & Søn	4 209,0	8,19	0,19 %
Siemens/ABB: Siemens AS	4 122,0	6,50	0,16 %
Rørgrossistene: AS Bergen Rørhandel	526,5	1,50	0,28 %
Stålgrossistene: Rieber & Søn AS	3 226,0	0,63	0,02 %
Norsk Jernverk	1 338,0	3,50	0,26 %
Gjennomsnitt laveste ratio:			0,18 %

Med forbehold om at tallmaterialet ikke er komplett, blant annet mangler vi omsetningstall for Norsk Stål AS og Schreiner Fleischer, som fikk bøter på henholdsvis 5,1 og 3,9 millioner kroner i stålgrossist-saken, kan det som en oppsummering slås fast at bøtenivået i de største norske sakene ligger under 1 % av siste års omsetning i selskapet. Konkurransetilsynet har i en gjennomgang av sakene ovenfor funnet at et uveiet gjennomsnitt for bøter og inndragning basert på 16 tilfeller av totalt 24 bøtelagte selskaper, gir et reaksjonsnivå på 0,48 % av siste års omsetning.<sup>15</sup>

Bøtenivået i de største norske sakene ligger under 1 % av siste års omsetning i selskapet. Gjennomsnitt for bøter og inndragning basert på 16 tilfeller av totalt 24 bøtelagte selskaper, gir et reaksjonsnivå på 0,48 % av siste års omsetning.

I mindre saker med lavere bøter kan bøkene være høyere i relasjon til omsetning. Den andre utmålingssaken som har vært fremmet for Høyesterett er Hagen og Sandaker Trafikkskole.<sup>16</sup> Saken gjaldt et pris-samarbeid over cirka ett og et halvt år mellom tre trafikkskoler. Høyesterett uttalte at det var naturlig å se boten i en viss sammenheng med størrelsen av omsetningen, som gir en indikasjon på omfanget av overtredelsen. Videre var det rimelig å se størrelsen av boten selskapet ble ilagt i sammenheng med bøkene som de to eierne, som hadde levebrødet knyttet til kjøreopplæringen, ble idømt. Resultatet ble at Hagen og Sandaker Trafikkskole AS fikk nedsatt boten fra 40 000 kroner til 25 000 kroner. Basert på en omsetning på 2 millioner kroner gir dette en bot på 1,25 % av omsetningen. Regnes eiernes bøter på til sammen 50 000 kroner med, blir bøkeprosenten 3,75 %. For de andre to trafikkskolene innebar herredsrettens dom bøter på henholdsvis 1,47 % og 1,28 % av omsetningen. Dersom de aktive eiernes bøter også regnes med, blir prosenten henholdsvis 2,2 % og 2,0 %.

### Bøtepraksis for vertikale forhold

Vertikale konkurransebegrensninger er normalt mindre konkurransebegrensende enn karteller. Dette synes imidlertid ikke å ha hatt avgjørende innflytelse på bøtenivået i relasjon til omsetningen.

Kärcher AS vedtok i 2002 forelegg på 400 000 kroner for langvarig ulovlig prispåvirkning overfor forhandlere. Kärcher AS hadde en omsetning i 2001 på 122 millioner kroner. Bøteratioen blir dermed 0,33 %.

Bot i prosent av omsetning i vertikale saker:

Kärcher	0,33 %
Aannø Elegante	0,58 %
Bohus	0,31 %
TrioVing	0,50 %
Dale	0,20 %

Møbelprodusenten Aannø Elegante og møbelkjeden Bohus AS vedtok i 2002 bøter på 750 000 kroner hver. Bohus oppfordret Aannø Elegante om å ta affære overfor andre forhandlere som solgte billigere. Aannø Elegante rettet flere sterke henstillinger til forhandlere om å følge vanlig prispolitikk. Boten på 750 000 kroner utgjorde for Aannø Elegante 0,58 % av siste års omsetning, som var på 130 millioner. For Bohus utgjorde boten 0,31 % av omsetningen på 241 millioner kroner. Boten tilsvarte omtrent Bohus' årsresultat.

TrioVing AS vedtok i 1996 et forelegg på 2 millioner kroner for leverandørregulering av videresalgspriser. Basert på en omsetning i 1995 på 403 millioner, gir dette en bot på 0,50 % av omsetningen. Det er da ikke tatt hensyn til at selskapet er heleid av det svenske konsernet Assa Abloy.

<sup>15</sup> Konkurransetilsynets notat av 18.02.2003.

<sup>16</sup> Rettstidende 1995 s.1907.

Dale of Norway AS vedtok i 1999 et forelegg på 500 000 kroner for ulovlig leverandørregulering av priser. Omsetningen i 1998 var 177,5 millioner kroner. Det vil si at boten utgjorde 0,28 % av siste års omsetning.

Et uveiet gjennomsnitt for perioden 1996 til 2003 gir et gjennomsnitt for bøter i vertikale saker på 0,40 % av siste års omsetning.

Et uveiet gjennomsnitt for disse sakene i perioden 1996 til 2003 gir et gjennomsnitt for bøter i vertikale saker på 0,40 % av siste års omsetning.

### Bøtepraksis i EU

Siden 1969, da Europakommisjonen avgjorde den første kartellsaken, har Kommisjonen bøtelagt foretak i over 70 saker og ilagt bøter for over 5 milliarder euro. Mer enn halvparten av avgjørelsene er tatt etter 1998, og over 200 selskaper har fått sine saker avgjort av Kommisjonen. Bare i årene 2001 til 2004 har Kommisjonen fattet beslutning i 24 kartellsaker samt et mindre antall saker om vertikale overtredelser og misbruk av dominerende stilling. ESA har hittil ikke utferdiget bøter for brudd på konkurransereglene.

En av de mest omfattende sakene og best dokumenterte avgjørelser er vitaminkartell-saken fra 2001.

En av de mest omfattende sakene (og best dokumenterte avgjørelser) er vitaminkartell-saken fra 2001.<sup>17</sup> Her ble en rekke større selskaper ilagt bøter på til sammen 855 millioner euro. Dette var etter at det var gitt fradrag for samarbeid med Kommisjonen ("leniency") på til sammen 50 prosent. Det dreide seg om et langvarig, verdensomspennende kartell som gjaldt det aller vesentligste av de forskjellige vitaminmarkedene, det vil si en svært grov overtredelse. Som initiativtaker til kartellet fikk Hoffmann-LaRoche en bot tilsvarende 5,22 % av sin globale omsetning før fradrag for samarbeid. Etter fradrag for samarbeid utgjorde boten 462 millioner euro, det vil si 2,61 % av selskapets totale omsetning og 40 % av selskapets omsetning av kartellproduktene.

Som det fremgår av tabell 4, varierte bøteratioen fra 2,61 % for Hoffmann-LaRoche ned til 0,02 % for Aventis. Tabellen viser bøter før og etter reduksjon for samarbeid, samt i forhold til omsetning av kartellproduktene.<sup>18</sup>

Tabell 4: Bøtene til vitaminkartellet (2001)

Selskap	Bot før leniency (mill. €)	Leniency (%)	Bot etter leniency (mill. €)	Global omsetn. 2000 (mill. €)	Bot i % av omsetn. før leniency	Bot i % av omsetn. etter leniency	Omsetn. kartellprod. (mill. €)	Bot i % av kartellomsetn.
HLR	924,00	50	462,00	17678	5,23 %	2,61 %	1153	40,07 %
BASF	592,31	50	296,16	35946	1,65 %	0,82 %	598	49,53 %
Aventis	113,90	100/10	5,04	22304	0,51 %	0,02 %	205	2,46 %
Solvay	14,00	35	9,10	370	3,78 %	2,46 %	21	43,33 %
Merck	10,88	15	9,24	6740	0,16 %	0,13 %	57	16,22 %
Daichii	36,00	35	23,40	3187	1,13 %	0,73 %	43	54,42 %
Eisai	18,90	30	13,23	3635	0,52 %	0,36 %	81	16,33 %
Takeda	57,00	35	37,05	9277	0,61 %	0,40 %	193	19,20 %
Totalt:	1766,99		855,22				2351	
Gj. snitt:					1,70 %	0,94 %		30,20 %

17 Sak 37.512, Europakommisjonens beslutning av 21.11.2001, rapportert i 2003 OJ L 6/1.

18 Kilde: Konkurransetilsynet.

I den nedre del av bøteskalaen ligger saken Food Flavour Enhancers<sup>19</sup> fra 2002. Her ble fire selskaper ilagt bøter på til sammen 20,56 millioner euro. Kartellet gjaldt markedsdeling og prissamarbeid i hele EØS og ble etter sin art og virkningen på markedet klassifisert som en svært grov overtredelse. Imidlertid tok Kommisjonen hensyn til den begrensede størrelsen på markedet. Bøtene varierte fra 0,10 % til 0,33 % av verdensomsetningen før reduksjon for samarbeid. Etter at ett selskap fikk full bøtefritakelse og de andre reduksjoner på 30, 40 og 50 prosent for å ha samarbeidet, utgjorde bøtene henholdsvis 0,14, 0,16 og 0,18 % av verdensomsetningen. Sett i forhold til markedets størrelse i EØS var imidlertid bøtene betydelige. Markedet ble vurdert til å være 12 millioner euro i 1997 og 7,5 millioner i 2000. Samlede bøter oversteg dermed verdien av det relevante marked med god margin.

I en undersøkelse fra februar 2003 konkluderte Konkurransetilsynet med at et uveiet gjennomsnitt for bøtene i de til da fem største kartellsakene i EU viste at bøtene utgjorde 2,73 % av omsetningen. Dette var basert på noteringer fra vitaminsaken (2001), saken om selvkopierende papir (2001), Trans Atlantic Conference Agreement (1998), grafittelektrodekartellet (2001) og sitronsyre-kartellet (2001).<sup>20</sup> Siden oversikten ble laget har det kommet nok en stor kartellsak, sorbatkartellet fra 1993<sup>21</sup>, hvor selskapet Hoechst fikk en bot på 99 millioner euro, og samlede bøter utgjorde 138,4 millioner euro.

I en undersøkelse fra februar 2003 konkluderte Konkurransetilsynet med at et uveiet gjennomsnitt for bøtene i de til da fem største kartellsakene i EU, viste at bøtene utgjorde 2,73 % av omsetningen.

### Spennet mellom høyeste og laveste bot

Som det fremgår varierer bøteratioen meget fra sak til sak og mellom de enkelte selskapene. For å få et bedre inntrykk av nivået, kan det være interessant å se på spennet mellom høyeste og laveste bot i hver sak. Med samme forbehold som ovenfor om at utvalget er basert på tilgjengelig tallmateriale, får vi følgende oversikt over saker som av Kommisjonen er karakterisert som svært grove og av lang varighet, det vil si mer enn fem år. Tabell 5 viser høyeste og laveste bot i kartellsaker som er avgjort av Kommisjonen i tiden 2001 til 2003.

19 Sak 37.671.

20 Sak 37.512 (vitaminer), sak 36.212 (selvkopierende papir), sak 35.134 Trans Atlantic Conference Agreement (TACA), sak 36.490 (grafittelektroder) og sak 36.604 (sitronsyre).

21 Sak 37.370 sorbatkartellet, vedtak 01.10.2003.

Tabell 5: Høyeste og laveste bot i saker som er karakterisert som svært grove og av lang varighet

Sak	Selskap med • høyeste bot • laveste bot	Bot før leniency (mill. €)	Bot etter leniency (mill. €)	Bot i % av omsetning før leniency	Bot i % av omsetning etter leniency
Industrial tubes	KME	56,89	39,81	2,78 %	1,94 %
	Outokumpo	38,98	18,13	0,70 %	0,33 %
Organics Peroxides	Atofina/chem	86,94	43,47	0,44 %	0,22 %
	Perox.org	0,59	0,50	10,00 %	8,47 %
Sorbates	Hoechst		99,00		1,08 %
	Nippon		10,00		2,30 %
Food flavour	Ajinomoto	22,20	15,54	0,26 %	0,18 %
	Daesang	4,56	2,28	0,33 %	0,16 %
Plasterboard	Lafarge		249,60		1,82 %
	Gyproc		4,32		
Graphite electrodes	SGL	80,20	80,20	6,35 %	6,35 %
	CG	10,30	10,30	4,58 %	4,58 %
Gjennomsnitt	høyeste bot			2,46 %	1,93 %
	laveste bot			3,90 %	3,17 %

Gjøres utvalget av selskaper i stedet for på basis av høyeste og laveste bot i prosent av omsetningen, det vil si på basis av bøteratio, får vi tabell 6.

Tabell 6: Høyeste og laveste bøteratio i saker som er karakterisert som svært grove og av lang varighet

Sak	Selskap med • høyeste ratio • laveste ratio	Bot før leniency (mill. €)	Bot etter leniency (mill. €)	Bot i % av omsetning før leniency	Bot i % av omsetning etter leniency
Industrial tubes	Wieland	25,99	20,79	2,73 %	2,19 %
	Outokumpo	38,98	18,13	0,70 %	0,33 %
Organics Peroxides	Perox.org	0,59	0,50	10,00 %	8,47 %
	Atofina/chem	86,94	43,47	0,44 %	0,22 %
Sorbates	Nippon		10,50		2,30 %
	Ueno		12,30		0,73 %
Food flavour	Ajinomoto	22,20	15,54	0,26 %	0,18 %
	Cheil	4,56	2,74	0,24 %	0,14 %
Graphite electrodes	SEC	12,20	12,20	7,78 %	7,78 %
	Showa	58	17,40	0,77 %	0,23 %
Gjennomsnitt	høyeste ratio			5,19 %	4,18 %
	laveste ratio			0,54 %	0,33 %

Ser vi på saker som er karakterisert som svært grove og av middels varighet, det vil si mellom ett og fem år, gir et utvalg av saker i tiden 2001 til 2003 tabellene 7 og 8.

Tabell 7: Høyeste og laveste bot i saker som er karakterisert som svært grove og av middels varighet

Sak	Selskap med • høyeste bot • laveste bot	Bot før leniency (mill. €)	Bot etter leniency (mill. €)	Bot i % av omsetning før leniency	Bot i % av omsetning etter leniency
Zinc phosphate	Heubach	4,20	3,78	5,91 %	5,32 %
	Waardals	0,70	0,35	9,87 %	4,94 %
Citric acids	Hoffmann	79,38	63,50	0,43 %	0,35 %
	Cerestar	1,70	0,17	9,71 %	0,97 %
SAS Maersk	SAS	43,40	39,40	0,89 %	0,80 %
	Maersk	17,50	13,10	0,38 %	0,29 %
Gjennomsnitt	høyeste bot			2,41 %	2,16 %
	laveste bot			6,65 %	2,07 %

Tabell 8: Høyeste og laveste bøteratio i saker som er karakterisert som svært grove og av middels varighet

Sak	Selskap med • høyeste ratio • laveste ratio	Bot før leniency (mill. €)	Bot etter leniency (mill. €)	Bot i % av omsetning før leniency	Bot i % av omsetning etter leniency
Zinc phosphate	SNCZ	1,70	1,53	9,95 %	8,95 %
	Trident	3,30	1,98	4,34 %	2,60 %
Citric acids	Haarmann	20,31	14,22	10,00 %	7,00 %
	Archer	79,38	39,69	0,57 %	0,29 %
SAS Maersk	SAS	43,75	39,40	0,89 %	0,80 %
	Maersk	17,50	13,10	0,38 %	0,29 %
Gjennomsnitt	høyeste ratio			6,95 %	5,58 %
	laveste ratio			1,76 %	1,06 %

Tabellene 5 og 7 viser at de høyeste bøkene i kartellsakene som regel er lavere i forhold til selskapets omsetning enn de mindre bøkene. Dette kan skyldes at selskapene som fikk de høyeste bøkene, ofte er konglomerater som har virksomhet på mange områder, mens de mindre aktørenes aktiviteter kan være konsentrert om de relevante markedene hvor overtredelsen har foregått.

Det er også betydelig forskjell i bøkutmåling når man ser på høyeste og laveste bot i prosent av omsetningen i hver sak i tabellene 6 og 8. De selskapene som har fått strengest reaksjon i forhold til omsetning, har en bøteratio på fra tre til ni ganger ratioen til de som fikk lavest reaksjon.

Videre viser tabellene at kunngjøringen om fritak eller nedsettelse av bøter ("leniency") har betydelig effekt på utmålingen. Jevnt over fører den til at bøkene reduseres med 20 prosent.

Tabellene viser at kunngjøringen om fritak eller nedsettelse av bøter ("leniency") har betydelig effekt på utmålingen. Jevnt over fører den til at bøkene reduseres med 20 prosent.

## Vertikale EU-saker

De siste årene har Europakommisjonen bøtelagt selskaper i to saker som gjelder vertikale konkurransebegrensninger. Dette er PO/Yamaha<sup>22</sup> i 2003 og Nintendo<sup>23</sup> i 2002. Yamahas overtredelse bestod i at man gjennom sin distribusjonspraksis hadde delt nasjonale markeder og drevet påvirkning av videreforhandleres priser. Dette ble klassifisert som en svært grov overtredelse. I sum ble overtredelsen klassifisert som "grov" blant annet fordi en god del av bestemmelsene ikke var implementert i praksis. Overtredelsen pågikk i tiden 1997 til 2002 og var derfor av lang varighet, noe som førte til en økning av grunnbeløpet på 60 prosent. Boten på 3,2 millioner euro ble redusert med 20 prosent til 2,56 millioner på bakgrunn av at Yamaha avsluttet praksisen straks Kommisjonen intervenerte.

I Nintendo-saken ga Kommisjonen bøter på til sammen 167 millioner euro til Nintendo og syv av selskapets distributører i EØS. Nintendo ble bøtelagt med 149 millioner euro. Overtredelsen ble karakterisert som svært grov, fordi praksisen gikk ut på å isolere nasjonale markeder og hindre parallell import innenfor EØS. Overtredelsen var også av lang varighet, seks år og elleve måneder for Nintendo. Nintendo fikk en rabatt på utgangspunktet for boten på 25 prosent for samarbeid med Kommisjonen (utenfor området for kunngjøringen om bøtenedsettelse), samt en reduksjon på 300 000 euro fordi selskapet hadde betalt erstatning tilsvarende dette beløpet til kunder.

Tabell 9: Bøter i vertikale saker som er karakterisert som svært grove og av lang varighet

Selskap	Omsetning (mrd. €)	Bot før leniency (mill. €)	Bot etter leniency (mill. €)	Bot i % før leniency	Bot i % etter leniency
Yamaha Corp.	4,74 (totalt)	3,60	2,56	0,08 %	0,05 %
	2,60 (produkter)			0,14 %	0,10 %
Nintendo Corp.	2,99		149,13		4,99 %

Spennet i bøteratio er like stort mellom de to sakene som variasjonen i de horisontale sakene referert over. Variasjonen i vertikale saker synes derfor å være tilnærmet like stor som for horisontale saker.

## Microsofts bot for misbruk av dominerende stilling

Den foreløpig største boten som noensinne er gitt av Europakommisjonen, ble ilagt Microsoft for misbruk av dominerende stilling våren 2004.<sup>24</sup> Kommisjonen fant at Microsoft forsettlig eller i hvert fall uaktsomt hadde overtrådt artikkel 82 EF og artikkel 54 EØS ved å nekte forretningsforbindelse og drive koblingssalg. Kommisjonen karakteriserte overtredelsen som svært grov, basert på at misbruk av dominerende stilling

Den foreløpig største boten som noensinne er gitt av Europakommisjonen, ble ilagt Microsoft for misbruk av dominerende stilling våren 2004.

22 Sak 37.975, avgjørelse 16.07.2003.

23 Sak 35.706, Omega Nintendo, avgjørelse 31.10.2002, 2003 OJ L 255/33.

24 Sak 37.792 Microsoft, Commission Decision 24.03.2004, c (2004) 900 final.

var særlig konkurransebegrensende etter sin art, og at det hadde vesentlig innvirkning på markeder av strategisk viktighet i IT-sektoren. Opptredenen påvirket hele EØS. Kommisjonen kom frem til et grunnbeløp på 165,7 millioner euro, som deretter ble doblet for at det skulle ha tilstrekkelig avskrekkende virkning. Med en varighet på fem år og fem måneder ble overtredelsen definert til å være av lang varighet. Boten ble derfor ytterligere økt med 50 prosent til 497,2 millioner euro. Basert på en omsetning på 30,7 milliarder euro, blir bøteratioen 1,62 %. Saken er påanket til førsteinstansretten i Luxembourg.

### Sammenligning av norsk og europeisk bøteratio

I de store norske kartellsakene varierer bøtenivået fra ca. 1,5 % ned til ca. 0,2 % av omsetningen. Som vist ovenfor utgjør bøkene normalt ikke mer enn 1 % av omsetningen selv i tilfellene med høyest bøteratio. I tilfellene med lavest ratio utgjør den som regel rundt 0,2 %. Som den store hovedregel utgjør bøkene mindre enn 1 % av siste års omsetning.

I mindre saker kan bøkene være høyere; vi har sett eksempler på opp til 3,75 %. Men her er summene så små at individuelle variasjoner gjør det vanskelig å trekke konklusjoner.

Tabellene over Europakommisjonens praksis de senere år viser at det ikke er vesentlige forskjeller på utmålingen i svært grove saker av henholdsvis lang og middels varighet, men det er store individuelle variasjoner. De største bøkene i alvorlige kartellsaker varierer fra ca. 8,5 % ned til ca. 0,2 % av omsetningen. I gjennomsnitt utgjør de største bøkene i de 9 sakene ca. 2,5 % før og ca. 2,0 % etter reduksjon for samarbeid med Kommisjonen. De laveste bøkebeløpene varierer fra ca. 4,9 % ned til ca. 0,2 % av omsetningen, med et gjennomsnitt på ca. 4,8 % før og 2,8 % etter bøkenedsettelse.

Rangert etter høyeste og laveste bøteratio, varierer Europakommisjonens bøter fra ca. 9,0 % ned til ca. 0,2 % av omsetningen for høyeste ratio, med et gjennomsnitt på ca. 5,8 % før og ca. 4,7 % etter bøkenedsettelse. Den laveste bøteratioen varierer fra ca. 2,6 % ned til ca. 0,1 %, med et gjennomsnitt på ca. 1,0 % før og ca. 0,6 % etter bøkenedsettelse.

I vertikale saker viser undersøkelsen av norsk praksis at bøkene vedtatt av fem selskaper varierer fra ca. 0,30 % til 0,50 % av omsetningen. Dette gir et snitt på 0,40 % av siste års omsetning for vertikale reguleringer.

I EU har det vært to store saker de siste årene om vertikale reguleringer. Bøkene varierer fra 0,05 % til 4,99 % av omsetningen.

Det har naturlig nok ikke vært gitt bøter for misbruk av dominerende stilling i Norge. I EU utgjør Microsoft-saken et landemerke. Rekordboten utgjør 1,62 % av omsetningen til Microsoft. Det er imidlertid vanskelig å trekke generelle slutninger fra dette nivået. Microsoft-saken er spesiell både i nivå og omfang. I tidligere kommisjonspraksis, som ikke er omtalt ovenfor, har bøteratioen vært vesentlig lavere.

Tabellene over Europakommisjonens praksis de senere år viser at det ikke er vesentlige forskjeller på utmålingen i svært grove saker av henholdsvis lang og middels varighet, men det er store individuelle variasjoner.

Det har naturlig nok ikke vært gitt bøter for misbruk av dominerende stilling i Norge. I EU utgjør Microsoft-saken et landemerke.

I grove kartellsaker gir Europa-kommisjonen ofte bøter som i prosent av omsetningen ligger flere ganger høyere enn det som har vært strafferettspraksis i Norge, gjerne på et nivå som tilsvarer fire til fem ganger nivået i Norge.

Det vil nok komme en betydelig skjerpelse av bøtenivået med det nye overtredelsesgebyret. I så fall blir det tøffere tider for norske selskaper som bryter konkurranseloven.

## Avslutning

Alle saker avgjøres individuelt, og det er spesielle forhold i hver enkelt sak. Det er derfor farlig å trekke generelle slutninger. Imidlertid fester det seg et inntrykk av at Kommisjonen i grove kartellsaker ofte gir bøter som i prosent av omsetningen ligger flere ganger høyere enn det som har vært strafferettspraksis i Norge, gjerne på et nivå som tilsvarer fire til fem ganger nivået i Norge.

Som nevnt forutsetter forarbeidene til konkurranseloven 2004 at utmåling av overtredelsesgebyr så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS. Det forutsettes en økning i bøtenivået, men det vil være opp til praksis å fastsette et nivå for norske saker og hvor dette nivået skal ligge i forhold til EU/EØS. Selv om Konkurransetilsynet og norske domstoler ikke skulle adoptere EU-nivået helt ut, kan det nok slås fast at en betydelig skjerpelse av bøtenivået vil komme med det nye overtredelsesgebyret. I så fall blir det tøffere tider for norske selskaper som bryter konkurranseloven.

Det er et spørsmål om et økt sivilrettslig bøtenivå i sin tur vil påvirke den strafferettslige bøteutmålingen. Konkurransetilsynet kan velge å anmelde en sak eller å forfølge saken med overtredelsesgebyr. Sivilrettslig forfølgelse er ment å være en mer effektiv, men allikevel mindre alvorlig reaksjonsform. Det er et spørsmål om en praksis med høye overtredelsesgebyrer over tid vil smitte over på straffeutmålingen, om Konkurransetilsynet velger å forfølge senere saker ved anmeldelse.

# Konkurransetilsynets virksomhet under konkurranseloven av 2004

– sett fra partene og deres advokaters side

Av Siri Teigum

**Advokat Siri Teigum har lang erfaring i å representere parter i saker for Konkurransetilsynet. I denne artikkelen tar hun for seg forhold som etter hennes syn fremstår som særlig aktuelle for parter i saker etter den nye konkurranseloven. Hun peker på at det er en fordel for foretakene at den nye loven innfører et klarere skille mellom politiske vurderinger og rettsanvendelse, og mellom departementet og Konkurransetilsynet når det gjelder fordelingen av disse oppgavene. Teigum oppfordrer tilsynet til å tilkjenne, gjennom for eksempel retningslinjer, hvilke saker tilsynet vil prioritere og hvordan tilsynet vil forholde seg til saker som behandles av Europakommisjonen eller andre konkurransemyndigheter. Hun kommer også med synspunkter på hvordan den nye loven bør påvirke tilsynets begrunnelser og bevisbedømmelse.**



*Siri Teigum er partner i Thommessen Krefting Greve Lund AS Advokatfirma. Hun var medlem av utvalget som forberedte ny konkurranselov.*

## Innledning

Gratulerer med 10-årsjubileet! Jubilanten har mottatt mange nye ”gaver” i jubileumsåret: Ny lov, nye kontorer på nytt sted, ny organisatorisk fordeling av myndighet og mange nye ansatte! Også forholdet mellom Konkurransetilsynet og partene vil på bakgrunn av dette endre seg. Dette er temaet for min hilsning i anledning jubileet.

Partene i saker for Konkurransetilsynet kan deles i tre grupper. Den første gruppen er parter i transaksjoner som er meldepliktige under fusjonskontrollreglene eller parter som har prosjekter eller deltar i samarbeid som de kan ha behov for å diskutere med Konkurransetilsynet. Den andre gruppen er parter som er mistenkt for å delta i ulovlig samarbeid, og i den forbindelse er gjenstand for etterforskning fra Konkurransetilsynets side. Den tredje gruppen er parter som vil klage på andre aktører i næringslivet, enten det er i forhold til en transaksjon, en forretningsnektelse eller en av de samarbeidsformer som ble nevnt ovenfor. Disse tre gruppene vil ha noen felles behov i forhold til tilsynet og noen som er særskilte for den enkelte gruppe. Jeg vil i hovedsak fokusere på de behov eller synspunkter som er aktuelle for alle de tre gruppene.

Uansett hva slags sak en klient er involvert i, vil dennes advokat i prinsippet ikke ha andre interesser i saken enn de interesser klienten har. Det er derfor partens interesser i sakene og Konkurransetilsynets saksbehandling jeg vil fokusere på.

Næringslivet, og deres advokater, møter Konkurransetilsynet i tre sammenhenger:

- når de er i dialog om fusjoner og tillatte samarbeid
- når de er mistenkt for ulovlig samarbeid
- når de klager på andre aktører i næringslivet

### Konkurransetilsynet som etterforsker og "dommer" i samme sak

Konkurranseloven av 2004 innebærer en vesentlig endring, sett fra næringslivets side. For det første innfører den omfattende nye forbudsbestemmelser i norsk rett. Den forbyr med andre ord atferd som hittil har vært tillatt. For det andre er det ikke mulig å søke tilsynet om dispensasjon fra disse forbudsbestemmelsene, og forarbeidene slår fast at det i utgangspunktet er næringslivets ansvar å avklare hvorvidt de rammes eller skjærer klar av forbudene. For det tredje kan det benyttes ulike former for sanksjoner mot foretakene. Det kan gis straff i form av fengsel og bøter, gebyr ilagt av Konkurransetilsynet, påbud om endring av atferd, påbud om strukturendringer, for eksempel opphevelse av eiermessige forbindelser eller etablering av selskapsmessig skille mellom ulike virksomheter innenfor et konsern, samt at private parter kan påberope seg ugyldighet av avtale og erstatning.

For det fjerde er prosessen omkring håndhevelsen av reglene endret. Konkurransetilsynet disponerer over alvorlige økonomiske sanksjoner og kan selv treffe vedtak i saker det har etterforsket. Alt avhengig av hva Konkurransetilsynets vedtak går ut på, vil det kunne være aktuelt å klage til departementet, gå til søksmål mot Konkurransetilsynet i sivilprosessens former eller at Økokrim, eventuelt etter å ha mottatt en anmeldelse fra Konkurransetilsynets side, tar ut tiltale mot foretakene. Ytterligere en endring av betydning er innføringen av et såkalt lempningsregime, hvoretter foretak som selv tar initiativet overfor Konkurransetilsynet med sikte på å avdekke og avslutte et ulovlig samarbeid, oppnår hel eller delvis immunitet i forhold til straff og overtredelsesgebyr.

Sett fra foretakenes side innebærer dette også at forholdet til Konkurransetilsynet er blitt endret. Konkurransetilsynet ble under loven av 1993 i praksis oppfattet som et "tilsynsorgan" som i hovedsak skulle gripe inn i ulike markeder ved behov, ved forskrift, enkeltvedtak eller forslag til endringer av offentlige tiltak, og behandle dispensasjonssøknader, selv om Konkurransetilsynet også hadde ansvar for å etterforske prissamarbeid, anbudssamarbeid og markedsdeling. Kompetansen til å kreve vinningsavståelse ble aldri brukt og aldri opplevd som en realitet.

Under konkurranseloven av 2004 vil Konkurransetilsynet derimot være et etterforskningsorgan med videre fullmakter enn Økokrim har under straffeprosessloven og samtidig kunne treffe realitetsavgjørelser og ilegge sanksjoner i samme sak. En av advokatenes mange utfordringer i denne sammenheng er å forklare hvordan det kan ha seg at norsk rettsorden tillater at Konkurransetilsynet etterforsker og ilegger alvorlige sanksjoner i samme sak – er ikke det i strid med norsk rettstradisjon?

Etableringen av denne ordningen er imidlertid ikke Konkurransetilsynets ansvar, men resultatet av et politisk valg. En annen sak er at Konkurransetilsynet må la denne endringen av dets rolle få konsekvenser i saksbehandlingen. Hva næringslivets forhold til Konkurransetilsynet angår, ser jeg i den forbindelse blant annet kravene til tilsynets bevisbedømmelse, begrunnelsesplikt, veiledningsplikt og tempo i saksbehandlingen som sentrale. I tillegg kommer kravene til tilsynets vurderingsmetode: Tilsynet skal drive *rettsanvendelse*, og korrekt rettskildebruk er i den sammenheng avgjørende - og vesentlig mer krevende enn under konkurranseloven av 1993. Før jeg går nærmere inn på dette, kan det imidlertid

Konkurransetilsynet ble under loven av 1993 i praksis oppfattet som et "tilsynsorgan" som i hovedsak skulle gripe inn i ulike markeder ved behov.

En av advokatenes mange utfordringer er å forklare hvordan det kan ha seg at norsk rettsorden tillater at Konkurransetilsynet etterforsker og ilegger alvorlige sanksjoner i samme sak.

være grunn til å kommentere hvordan forholdet mellom de ulike norske konkurransemyndighetene fremstår fra et næringslivsperspektiv.

### **Konkurransetilsynet håndhever, departementet utformer konkurransepolitikk og står for balansekunst i forhold til andre prioriterte hensyn**

Konkurranseloven av 2004 innfører et klarere skille mellom de politiske hensiktsmessighetsvurderinger og rettsanvendelsen. På bakgrunn av den mediedebatt som har pågått vedrørende tilsynet og departementets anvendelse – eller manglende anvendelse – av de muligheter som har ligget i regelverket på dette punktet, ser næringslivets representanter med interesse på de løsninger som er valgt under konkurranse-loven av 2004.

Konkurranseloven av 2004 innfører et klarere skille mellom de politiske hensiktsmessighetsvurderinger og rettsanvendelsen.

Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid og forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i henholdsvis § 10 og § 11 gjelder i kraft av seg selv, og Konkurransetilsynet kan ikke under noen omstendighet dispensere fra disse. Fusjonskontrollbestemmelsen i lovens § 16 gir Konkurransetilsynet plikt til å gripe inn mot en foretakssammenlutning dersom lovens vilkår for dette er oppfylt. Dette innebærer i prinsippet et vesentlig brudd med systemet under konkurranse-loven av 1993, hvor Konkurransetilsynet hadde skjønnet med hensyn til bruk av inngreps-hjemlene og kunne velge å gi dispensasjon fra lovens forbudsbestemmelser, blant annet der særlige hensyn tilsa det. Sett fra næringslivets perspektiv fremstår imidlertid ikke dette som en endring med store praktiske konsekvenser. Det er ikke kjent at tilsynet i noe tilfelle har valgt å avstå fra inngrep mot transaksjoner eller andre forhold ut fra rene hensiktsmessighetsvurderinger. I praksis har signalene fra tilsynet vært at inngrep vil finne sted om lovens vilkår anses oppfylt. Og det har næringslivet befunnet seg vel med.

Aktører som har søkt dispensasjon fra 1993-lovens forbudsbestemmelser med henvisning til at "særlige hensyn" gjør seg gjeldende for deres bransje, har nok heller ikke hatt stor tillit til at Konkurransetilsynet ville legge større vekt på andre hensyn enn konkurransepolitikken i sine avgjørelser. Erfaringen har vist at departementet har en større vilje og evne til slike avveininger. I et bredere perspektiv er det neppe mange som har innvendinger mot at fagorganet Konkurransetilsynet avsto fra å treffe avgjørelser hvor kulturhensyn ble prioritert høyere enn hensynet til samfunnsøkonomisk effektivitet, for eksempel i forbindelse med bransjeavtalen for bokomsetning. Spørsmålet måtte den gang løses i departementet. Også under dagens lov vil nok en slik avveining måtte gjøres på politisk nivå, i henhold til de særbestemmelser som legger til rette for dette.

Konkurransetilsynet må etter 2004-loven fokusere på korrekt rettsanvendelse og ikke på utvikling av en egen konkurransepolitikk. I denne sammenhengen er det også verdt å merke seg at lovens § 8 slår fast at Konkurransetilsynet ikke kan instrueres om avgjørelser i enkeltsaker. Departementet må med andre ord *selv* ta saker til behandling dersom det vil påvirke sakenes realitetsavgjørelse og avveiningen av konkurranse-hensyn mot andre hensyn.

Konkurransetilsynet må etter 2004-loven fokusere på korrekt rettsanvendelse og ikke på utvikling av en egen konkurransepolitikk.

Også departementet har i utgangspunktet nokså begrenset kompetanse til å fravike den konkurransepolitikk og den praksis som kommer til uttrykk gjennom EU- og EØS-retten ved anvendelse av den norske loven.

Prinsippene for rettsanvendelse er selvsagt de samme for departementet som for tilsynet. Moderniseringsdepartementet vil, som klageorgan i forhold til Konkurransetilsynets vedtak, være bundet av disse. Departementets alminnelige omgjøringsadgang uten forutgående klage etter forvaltingslovens § 35 er avskåret, bortsett fra ved ugyldige avgjørelser. Konkurranseloven av 2004 gir imidlertid Kongen i statsråd et visst rom for å avveie konkurransepolitikk opp mot andre hensyn også ved behandling og eventuell omgjøring av tilsynets vedtak av enkeltsaker, jf. konkurranseloven § 13 og § 21 om prøving i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning. Kongen i statsråd kan prioritere andre hensyn enn konkurranse høyest og sette ellers lovlige avgjørelser til side.

Bestemmelsen i § 14 om konkurransefremmende tiltak innebærer at departementet har forbeholdt seg hjemmel til å gjennomføre en strengere konkurransepolitikk enn den som praktiseres i EU/EØS for øvrig.

Kongen kan også innføre en strengere konkurransepolitikk enn den som følger av gjeldende rett, gjennom å utstede forskrifter med hjemmel i konkurranseloven § 14 om konkurransefremmende tiltak. Bestemmelsen innebærer at departementet har forbeholdt seg hjemmel til å gjennomføre en strengere konkurransepolitikk enn den som praktiseres i EU/EØS for øvrig. Hjemmelsbestemmelsen går videre enn de EU-harmoniserte forbudsbestemmelsene i konkurranseloven § 10 og § 11.

Konkurranseloven § 10 fjerde ledd gir dertil Kongen hjemmel til ved forskrift å fastsette regler for hvilke avtaler som skal anses omfattet av unntaksbestemmelsen i konkurranseloven § 10 tredje ledd (såkalte gruppefritak). I første omgang vil nok dette innebære en kopiering av de EU-rettslige gruppefritak med sikte på anvendelse på interne norske forhold. Dette er fullt ut i samsvar med lovens formål, å etablere tilsvarende konkurranseregler internt i Norge som allerede gjelder for norske foretak når de opptre i markeder underlagt EU/EØS-avtalens bestemmelser om konkurranse. Det er imidlertid verdt å merke seg at forskriftshjemmelen etter sin ordlyd ikke er begrenset til et slikt formål. Endelig kan Kongen ved forskrift unnta hele bransjer fra hele eller deler av loven, med hjemmel i § 3 om generelle unntak fra loven, og vi har allerede sett den første anvendelsen av denne muligheten innenfor deler av helsevesenet.

Lovens system er med andre ord at utformingen og vektleggingen av konkurransepolitikken i forhold til andre politiske prioriteringer tilligger Kongen eller Kongen i statsråd, mens håndhevingen av det gjeldende regimet i første instans tilligger Konkurransetilsynet.

Lovens system er med andre ord at utformingen og vektleggingen av konkurransepolitikken i forhold til andre politiske prioriteringer tilligger Kongen eller Kongen i statsråd, mens håndhevingen av det gjeldende regimet i første instans tilligger Konkurransetilsynet. Det er dermed gjennomført et klarere skille mellom politikktutforming og håndhevelse i konkurranseloven av 2004 enn vi fant i konkurranseloven av 1993.

Dette klare organisatoriske skillet mellom organer som skal konsentrere seg om rettsanvendelse i enkeltsaker, innenfor rammene av vedtatte konkurranseregler (Konkurransetilsynet), og organer som har ansvar for å utforme og utvikle konkurransepolitikken (Kongen/Kongen i statsråd) er hensiktsmessig for foretakene, og antakelig også for Konkurransetilsynet. For det første skulle det styrke forutberegneligheten med hensyn til Konkurransetilsynets avgjørelser. For det andre skulle det beskytte så vel Konkurransetilsynet som partene mot påstander om at Konkurransetilsynets avgjørelser er resultat av "lobbying". Dette har betydning både for avgjørelsens autoritet og legitimitet.

Det er å håpe at departementet vil begrense sin bruk av hjemlene til å gi forskrifter utover å kopiere konkurransereglene i EØS-avtalen, til et nødvendig minimum. Det samme gjelder bruken av hjemmelen til å treffe

enkeltvedtak i saker av prinsipiell og stor samfunnsmessig betydning. I mangel av en slik selvpålagt tilbakeholdenhet vil de politiske myndigheter stå i fare "for å kaste barnet ut med badevannet": Den etterstrebede tilpasning til de materielle konkurransereglene i EU/EØS-avtalen vil ikke oppnås.

### **Konkurransetilsynet bør tilkjennegi hvilke saker det vil prioritere**

Konkurransetilsynet vil, nærmest uansett hvilke ressurser tilsynet tilføres, ikke kunne følge opp et hvilket som helst brudd på konkurranse-lovens forbud mot konkurransebegrensende avtaler og misbruk av dominerende stilling i § 10 og § 11.

Dersom Konkurransetilsynet i enkeltsaker, etter å ha mottatt klage på et forhold, bestemmer seg for ikke å pålegge den innklagede å bringe en påstått overtredelse til opphør, har Konkurransetilsynet plikt til å begrunne dette. Avslaget kan påklages til departementet, jf. konkurranse-loven § 12 tredje ledd. Bestemmelsen er ny i konkurranse-loven av 2004, og den er god.

Det er imidlertid praktisk viktig for potensielle klager at Konkurransetilsynet bekjentgjør en *politikk* med hensyn til hvilke *typer* klager Konkurransetilsynet vil prioritere å følge opp, på samme måte som Europakommisjonen har gjort det under EU-reglene og tilsynet gjorde det under 1993-loven. Det som etterlyses her, er altså en redegjørelse for en *håndhevelsespolitikk* eller politikk for *prioritering av håndhevingsarbeidet fra tilsynets side*, innenfor rammene av gjeldende konkurranseregler.

Det er praktisk viktig for potensielle klager at Konkurransetilsynet bekjentgjør en politikk med hensyn til hvilke typer klager Konkurransetilsynet vil prioritere å følge opp.

Av de mange spørsmål som det kan være nyttig å få avklart (på ny), nevnes bare noen: Vil Konkurransetilsynet prioritere å følge opp saker hvor andre tilsynsorganer, som Post- og teletilsynet, Kredittilsynet, NVE eller Medieeierskapstilsynet har overlappende kompetanse?

Vil Konkurransetilsynet prioritere saker hvor den berørte omsetning er meget liten? I parentes bemerkes at terskelen for meldeplikt i fusjonssaker og en del av uttalelsene i forarbeidene kan oppfattes som om departementet vil pålegge Konkurransetilsynet å prioritere saker som angår markeder av begrenset størrelse. På den annen side tilsier hensynet til lovens formål, tilsynets og aktørenes ressursbruk og samfunnsøkonomisk effektivitet et fokus på de større sakene.

Videre: Vil Konkurransetilsynet prioritere saker hvor partenes markedsandel er liten, og eventuelt under den "merkbarhetsgrense" som EU-/EØS-retten innenfor sitt system opererer med, markedsandeler under henholdsvis 15 prosent for vertikalt samarbeid og 10 prosent for horisontalt samarbeid?

Vil Konkurransetilsynet prioritere saker som etterforskes av Europakommisjonen? Av EFTAs overvåkningsorgan? Av nasjonale europeiske konkurransemyndigheter? Hvilken vekt vil Konkurransetilsynet legge på om parter har søkt og eventuelt oppnådd lempning etter konkurransereglene i andre jurisdiksjoner?

Disse og liknende spørsmål bør avklares ved generelle retningslinjer fra Konkurransetilsynets side, slik at foretakene kan tilpasse seg dette. En potensiell klager trenger å forstå om han heller selv bør gå til søksmål eller treffe andre tiltak for å sikre etterlevelse av regelverket. Et foretak som vil påberope seg immunitetsreglene, bør vite hvordan tilsynet forholder seg til parallell saksbehandling i andre jurisdiksjoner.

### **Avklaring av hvilken betydning tilsynet tillegger lovens ulike formål**

For de aller fleste næringsdrivende er det en del av hverdagen å måtte konkurrere med andre aktører i markedet. Likedan er det en del av hverdagen å tilpasse seg eksisterende og skiftende regelverk. Det er få deler av en næringsdrivendes virksomhet som fullstendig unnslipper regulering på den ene eller andre måte. For å gjøre næringslivets tilpasning til regelverket mulig, er det imidlertid av vesentlig betydning at reglene er tilstrekkelig klare og at praktiseringen av disse gir den nødvendige forutberegnelighet. I den forbindelse er det også nødvendig at konkurransemyndighetene, og først og fremst Konkurransetilsynet, er åpne og fullstendige i redegjørelsen for sin rettskildebruk. Det er først ved en åpenhet omkring dette at man gir foretakene en reell mulighet til å forstå metoden og selv ta etter denne i sine egne vurderinger.

Det er nødvendig at konkurransemyndighetene, og først og fremst Konkurransetilsynet, er åpne og fullstendige i redegjørelsen for sin rettskildebruk.

Rettskildebildet i den norske konkurranseretten har mange fasetter. I tillegg til konkurranseloven av 2004 og de norske forarbeidene til denne, må Konkurransetilsynet også legge vekt på EU- og EØS-rettslig praksis på konkurranserettens område. Vedtakelsen av konkurranseloven av 2004 er gjort med sikte på å etablere større grad av rettsenhet på konkurranserettens område i Europa, og det kommer klart til uttrykk i forarbeidene at Konkurransetilsynet skal legge vekt på de relevante EU- og EØS-kildene ved anvendelsen av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10 og forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i konkurranseloven § 11.

Det er verdt å merke seg at formålet om EØS-harmonisering av atferdsreglene ikke er reflektert i formålsbestemmelsen i konkurranseloven § 1.

Det er verdt å merke seg at formålet om EØS-harmonisering av atferdsreglene, i motsetning til ønsket om å fremme samfunnsøkonomisk effektivitet og ivaretagelse av forbrukerens interesser, ikke er reflektert i formålsbestemmelsen i konkurranseloven § 1. Etter mitt skjønn betyr ikke dette at Konkurransetilsynet har adgang til å legge mindre vekt på hensynet til rettsenhet med EU/EØS enn hensynet til effektivitet og hensynet til forbrukerens interesser ved anvendelsen av § 10 og § 11 i konkurranseloven. Sett fra partenes ståsted er det imidlertid av vesentlig betydning at Konkurransetilsynet gjennom sin praksis viser hvordan disse formålene avveies mot hverandre. Med sikte på fusjonssaker er det dessuten særskilt viktig å avklare hvordan tilsynet vil avveie forholdet til samfunnsøkonomisk effektivitet og forholdet til forbrukernes interesser. Problemstillingene er av generell karakter, og det er vanskelig å se noen grunn til at tilsynet skal vente på en konkret sak med å bekjentgjøre sitt syn på dette.

Likedan er det viktig at Konkurransetilsynet i sine begrunnelser viser til de relevante rettskildefaktorene i EU-retten som Konkurransetilsynet bygger på, og er nokså spesifikk i sin redegjørelse for rettskildebruken. I den første avgjørelsen truffet etter § 12 i den nye loven (V2004-29) kom Konkurransetilsynet til at en tur-retur-rabatt og en kundekortrabatt på

Sørlandsekspressen var misbruk av dominerende stilling i strid med § 11 fordi ordningene hadde lojalitetsfremmende virkninger. Avgjørelsen nevner ikke EU-praksis med ett ord. Dette er oppsiktsvekkende nok i seg selv, men fremstår som desto mer forstemmende når man vet at denne typen "rabatt" innenfor passasjertransport er vanlig i hele verden, uten at vi kjenner til at dette er vurdert som misbruk i andre jurisdiksjoner. Samtidig er EU-rettens praksis i forhold til nettopp lojalitetsrabatter svært omdiskutert i både juridisk og økonomisk konkurranseteori etter dommene fra Førsteinstansdomstolen i Michelin-saken og British Airways-saken fra 2003. Jeg håper og tror at den mangelfulle rettskildebruken i vedtaket ikke vil være et eksempel til etterfølgelse, men skyldes overgangen til et nytt og ukjent system.

Anvendelse av og henvisninger til de relevante rettskildene er nødvendig både for å etablere tilliten til at rettsenhet oppnås og den nødvendige veiledning til foretakene med hensyn til rettskildebruken. Dette leder igjen til mer alminnelige synspunkter på behovet for fyldigere begrunnelser fra tilsynets side ved avgjørelsen av enkeltsaker.

### **Konkurransetilsynet bør gi mer utfyllende begrunnelser for sine avgjørelser**

Konkurransetilsynet vil i utgangspunktet være underlagt forvaltningslovens alminnelige regler om krav til begrunnelse av sine vedtak. Kravet til begrunnelse er en sentral del av det alminnelige forvaltningsrettslige forsvarlighetsprinsipp og skal bidra til å sikre en lovmessig og rettferdig forvaltning. Når et foretak skal ta stilling til om et vedtak skal godtas eller søkes opphevet eller endret ved klage eller søksmål, er det ikke nok å kjenne til vedtakets innhold. Selskapet må også ha kjennskap til de faktiske omstendigheter og lovbestemmelser myndighetene har lagt til grunn.

Kravet til begrunnelse er en sentral del av det alminnelige forvaltningsrettslige forsvarlighetsprinsipp.

I den alminnelige forvaltningsrett legges det gjerne til grunn av man ikke kan sammenligne de krav som stilles til forvaltningen med hensyn til begrunnelse med de krav som stilles til domstolene. Det er imidlertid en nær sammenheng mellom kravet til begrunnelse og domstolenes prøving av om vedtakene er lovlige, og det går frem av høyesterettspraksis at kravet til begrunnelse må avpasses etter hvor inngripende et vedtak er. Allerede dette tilsier skjerpede krav til Konkurransetilsynets begrunnelsesplikt i tilknytning til vedtak under konkurranse-loven av 2004 i forhold til de krav tilsynet var underlagt under loven av 1993.

Dertil kommer at vedtak som bygger på EØS-regler eller som griper inn i rettigheter som følger av disse reglene, må begrunnes ut fra de krav som *felleskapsretten* stiller til begrunnelse (jf. Graver: Alminnelig forvaltningsrett 2002 side 419.) Norske konkurransemyndigheter og domstoler har i henhold til EØS-konkurranse-loven § 7 plikt til å anvende EØS-avtalens konkurranse-regler i artikkel 53 og 54 ved siden av konkurranse-loven § 10 og § 11. Gitt dette, vil foretakene etter mitt skjønn under enhver omstendighet ha krav på begrunnelser som tilsvarer de grundigere begrunnelser Europakommisjonen og ESA gir i konkurranse-saker. Det vil ikke gi noen mening om kravet reduseres i de få saker under konkurranse-loven hvor EØS-konkurranse-loven ikke kan anvendes.

Foretakene vil etter mitt skjønn ha krav på begrunnelser som tilsvarer de grundigere begrunnelser Europakommisjonen og ESA gir i konkurranse-saker.

Slik jeg ser det, bør overgangen til utforming av mer utfyllende begrunnelser ses på som en fordel også fra myndighetenes side. Utover å begrense klageadgangen til noen i den enkelte sak, vil det også kunne bidra til informasjon til markedene om hvordan myndighetene resonnerer, og tilrettelegge for tilpasning til dette fra næringslivets side.

En annen sak er at departementets arbeid som klageinstans må antas å bli vesentlig mer byrdefullt under 2004-loven enn under 1993-loven dersom næringslivet velger å benytte sin klagerett etter loven. Om dette etter hvert skulle føre til forslag om at klagebehandlingen flyttes ut av departementet, for å sikre departementets mulighet til å konsentrere seg om utvikling av konkurransepolitikk fremfor saksbehandlingen i enkelte saker, vil det fra næringslivets side neppe være innvendinger mot dette.

### **Krav til bevisbedømmelsen hos konkurransemyndigheter og domstoler**

Innføringen av de brede forbudsbestemmelsene i konkurranseloven av 2004 stiller også nye og skjerpede krav til bevisbedømmelsen i Konkurransetilsynet. Departementet påpeker i Ot.prp. nr. 6 2003/2004 (side 117) at "overtredelsesgebyr er å anse som straff i forhold til den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 6".

Departementet er imidlertid ikke enig med lovutvalget i at det må kreves "sterk" sannsynlighetsovervekt for å fatte vedtak om overtredelsesgebyr. Departementet mener tvert imot at sivilprosessens "alminnelige" krav til sannsynlighetsovervekt må legges til grunn i slike saker.

Det betyr i tilfelle at Konkurransetilsynet i utgangspunktet skal legge til grunn det faktum som er "mest sannsynlig" når det treffer sine avgjørelser. Alminnelige "antakelser" fra Konkurransetilsynets side, for eksempel basert på erfaring eller økonomisk teori, vil ikke i seg selv tilfredsstille lovens beviskrav. En konkret vurdering av det hva som er mest sannsynlig må gjennomføres. Også i sivilprosessen stilles det i enkelte sammenhenger krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt for å fatte en fellende dom, for eksempel i forbindelse med avgjørelser som innebærer at det tas stilling til om det foreligger straffbart forhold eller annen sterkt belastende faktum. Jeg kan ikke se at departementet i forarbeidene har tatt utvetydig stilling til om det bør anses aktuelt i konkurransesaker.

Denne artikkelen gir ikke rom for å diskutere og trekke opp rammer for bevisbedømmelsen i forvaltningen i konkurransesaker. I denne sammenhengen skulle det være tilstrekkelig å påpeke at det fra næringslivets side er en forventning om at Konkurransetilsynet i sine begrunnelser gjør tilstrekkelig rede for hvilken standard de har lagt til grunn for bevisbedømmelsen, samt hvordan fakta i den enkelte saken er bedømt. I den grad Konkurransetilsynet setter standarden for lavt eller er for lite åpen i sine begrunnelser på dette punkt, må det antas å gi risiko for klager og/eller søksmål og dermed for en unødvendig belastning og kostnad for parter, myndigheter og domstoler.

For jurister er det vanskelig å forene uttalelsene i forarbeidene. Vi legger gjerne til grunn at norske domstoler ved vurdering av bruk av straff i EMKs forstand (overtredelsesgebyr) vil legge strengere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt til grunn.

Departementet er ikke enig med lovutvalget i at det må kreves "sterk" sannsynlighetsovervekt for å fatte vedtak om overtredelsesgebyr.

Fra næringslivets side er det en forventning om at Konkurransetilsynet i sine begrunnelser gjør tilstrekkelig rede for hvilken standard de har lagt til grunn for bevisbedømmelsen, samt hvordan fakta i den enkelte saken er bedømt.

## Tempo i saksbehandlingen

Det er av vesentlig betydning for næringslivet at Konkurransetilsynet er i stand til å opprettholde et visst tempo i saksbehandlingen. Det gjelder uansett om man er part i en transaksjon, utsatt for etterforskning fra tilsynets side eller selv har levert en klage på andre. Muligheten til å få enkelte typer tvister løst ved domstolene fjerner ikke dette behovet. En rekke saker vil, særlig de første årene til praksis har satt seg, bare kunne løses med den nødvendige grad av forutberegnelighet av konkurransemyndighetene.

Innføringen av en ny lov, en større grad av juridisk metode, et annerledes rettskildebilde, større krav til begrunnelse og bevisbedømmelse, kombinert med den påbegynte flyttingen av Konkurransetilsynet til Bergen og utskiftninger i arbeidsstokken i den forbindelse, er store utfordringer i forhold til behovet for tempo og forutberegnelighet.

Dette gjør det desto viktigere at tilsynet utformer og bekjentgjør en politikk med hensyn til hvilke saker tilsynet vil prioritere å behandle. Det kan ikke nytte "å løpe etter alle baller", og det gis lite rom for "å score på overtid". Konkurransetilsynets innstilling til brukerservice, slik den kommer til uttrykk på hjemmesiden som et løfte om minimum en formell bekreftelse av mottak av henvendelser innen fire uker, er et positivt skritt i riktig retning. Det er imidlertid grunn til å søke å gå lengre enn dette i enkeltsaker ved å kommunisere en fremdriftsplan med de berørte partene. Etablering av "best practice guidelines" i samarbeid med advokater og andre rådgivere, etter inspirasjon fra tilsvarende omforente retningslinjer om saksbehandling og fremdrift i andre jurisdiksjoner, vil også kunne bidra til å effektivisere arbeidet, i så vel myndighetenes som alle berørte parters interesse.

## Veiledningsplikten

Konkurransetilsynet har publisert en orientering om hvordan tilsynet vil oppfylle sin veiledningsplikt i henhold til konkurranse-loven § 9 annet ledd. Dette er i seg selv meget positivt.

Konkurranseloven § 9 annet ledd gir etter sin ordlyd tilsynet plikt til å veilede både om tolkningen av loven og anvendelsen av den i enkeltsaker. Det har vært en del diskusjon av rekkevidden til denne bestemmelsen. De spørsmålene skal jeg la ligge i denne omgang.

Jeg nøyer meg med å konstatere at det typisk vil være behov for veiledning om tolkningen i lovverkets første virkeperiode, mens mange av foretakene fortsatt i mindre grad er kjent med rettskildebildet. Det samme gjelder eventuelle nye rene tolkningsspørsmål som dukker opp etter hvert. Gitt at man har en praksis på over 40 år fra EU å trekke på, er det imidlertid ikke grunn til å vente *mange* nye tolkningsspørsmål, og veiledningsbehovet med hensyn til regelverkets innhold og rekkevidde vil nok raskt forta seg på dette punktet.

En annen sak er at anvendelsen av loven på fakta i enkeltsaker, *subsumpsjonen* under regelverket, vil kunne bero på skjønn. Under skjønnen hører blant annet hvilke temaer som vil bli vurdert i en konkret sak, som det ikke finnes presedenser for. Resultatet av tilsynets skjønnsutøvelse kan ingen foretak utrede seg til i forkant av at skjønnen faktisk benyttes. På

Det er av vesentlig betydning for næringslivet at Konkurransetilsynet er i stand til å opprettholde et visst tempo i saksbehandlingen.

Etablering av "best practice guidelines" om saksbehandling og fremdrift vil kunne bidra til å effektivisere arbeidet.

Det er meget positivt at Konkurransetilsynet har publisert en orientering om hvordan tilsynet vil oppfylle sin veiledningsplikt.

Resultatet av tilsynets skjønnsutøvelse kan ingen foretak utrede seg til i forkant av at skjønnen faktisk benyttes. På dette punktet er med andre ord veiledningsbehovet betydelig større.

dette punktet er med andre ord veiledningsbehovet betydelig større, og det vil fortsette å være det over tid.

Konkurransetilsynet har i sin orientering til markedet bekreftet at tilsynet vil gi veiledning med sikte på å identifisere de konkrete vurderingstemaer som er aktuelle ved anvendelse av reglene i enkeltsakene, og eventuelt publisere disse uttalelsene. Dette er positive signaler fra tilsynets side, og et godt bidrag til å gjøre det enklere for foretakene å tilpasse seg regelverket og forutberegne sine rettigheter og plikter under loven. Som et motstykke til denne plikten til å veilede om vurderingstemaer, må det korrespondere et ansvarsfritak for foretakene for de tilfeller hvor verken rettskildene eller tilsynet gjennom veiledende uttalelser gir noen avklaring i forhold til hvilke vurderingstemaer som bør legges til grunn.

# Markedet og forbrukerens hverdag

Av Erik Lund-Isaksen

**For at man i det hele tatt skal kunne snakke om et fungerende marked, er det sentralt for Forbrukerrådets direktør Erik Lund-Isaksen at etterspørerne opptrer effektivt på markedet. Forbrukerne må få tilpasset informasjon om ulike varer og tjenester, og de må ta denne i bruk, ellers har man et kvasimarked som i stor grad styres av tilbudssiden. Informasjonen må særlig ta hensyn til at forbrukerne ikke er bransjespesialister, men orienterer seg i mange sektorer samtidig. Lund-Isaksen ser frem til at den nye konkurranselovens formålsbestemmelse skal prøves ut i fremtidige fusjonssaker. Han mener at Konkurransetilsynet ikke lenger kan stille seg likegyldig til hvem som drar nytte av eventuelle fusjonsgevinster, om det er bedriften eller forbrukeren.**



*Erik Lund-Isaksen er direktør for forbrukernes interesseorganisasjon Forbrukerrådet.  
(Foto: Jarle Oppedal)*

Vi lever i en tid da markedet som reguleringsmekanisme for tilbud av varer og tjenester er det ledende instrument. Markeder som tradisjonelt har vært markedsstyrt og nye områder som tidligere var regulert av myndighetene, er i dag basert på prinsippet om tilbud og etterspørsel.

Det hersker liten tvil om at denne reguleringsformen har vært positiv for forbrukerne. Den har frembrakt mengder av varer og tjenester til priser som forbrukerne har vært villige til å betale, samtidig som vareutvalget og valgmulighetene har dekket behovene i de aller fleste segmenter. Det kan imidlertid være nyttig å se på hvilke forhold som må ligge til grunn dersom et marked skal fungere etter hensikten.

## Markedets dynamikk og etterspørernes rolle

I skjæringsfeltet mellom tilbudssiden og etterspørselssiden oppstår markedets dynamikk. Denne dynamikken forutsetter at tilbyderne vil prøve å kapre så mange kunder som mulig og at de for å oppnå dette, forsøker å tilfredsstille etterspørerne ved å tilpasse sine produkter eller tjenester mest mulig til etterspørselssidens ønsker og behov.

Tilbudssiden har en rekke virkemidler som de aktivt vil rette mot etterspørerne for å påvirke dem til å kjøpe akkurat deres produkter. Den har virkemidler som pris, kvalitet, tilgjengelighet, informasjon og rettigheter for kjøperne.

Etterspørerne må få kunnskap om, og benytte seg av, den informasjonen som tilbyderne bringer ut.

Her kommer vi til et særdeles viktig punkt. For at den aktiviteten som utøves fra tilbudssiden overhodet skal ha noen hensikt, må etterspørerne få kunnskap om, og benytte seg av, den informasjonen som tilbyderne bringer ut.

Da vil aktive og informerte etterspørere velge produkter ut fra sine preferanser, og på den måten presse de tilbyderne de ikke velger, til å forbedre sine produkter. Disse ønsker selvsagt ut fra egen lønnsomhet og inntjening å være den produsenten som har de beste produktene neste gang etterspørerne skal foreta et valg, og således få solgt sine produkter. Da vil vi få konkurranse i markeder og delmarkeder, og når denne konkurransen fungerer, da og først da, har vi et marked.

Fokus har i stor grad vært rettet mot tilbudssidens rammebetingelser, og i for liten grad mot hva som skal til for at etterspørselssiden skal kunne løse sin oppgave i et markedsbasert system.

Det jeg har prøvd å vise ved dette enkle eksemplet, er at en rekke forhold må tilfredsstilles før vi kan snakke om et marked, ikke minst må vi ha en fungerende etterspørselsside. Slik jeg ser det, har fokus i stor grad vært rettet mot tilbudssidens rammebetingelser, og i for liten grad mot hva som skal til for at etterspørselssiden skal kunne løse sin oppgave i et markedsbasert system.

Informasjon og håndtering av informasjon er kjernepunktet for en fungerende etterspørselsside, og således også for at markedet skal fungere.

### **Informasjonen må være håndterlig**

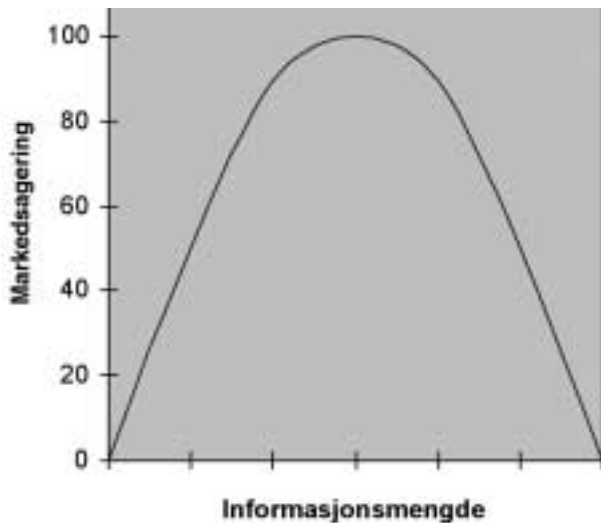
Etter hvert som stadig flere markeder dereguleres og konkurranseutsettes, og etter hvert som produktene i markedet blir stadig mer kompliserte, vil jeg også føye til at informasjonen må være *håndterbar* for mottakeren. Det vil si at både den totale informasjonsmengden og informasjonen om enkeltprodukter må være slik at forbrukerne kan og ønsker å benytte den til å bli effektive etterspørere.

Ser vi på en vanlig forbrukers hverdag og de mengder av markedsinformasjon vedkommende eksponeres for, oppdager vi fort at dette kan bli uhåndterbart.

Spørreundersøkelser Forbrukerrådet har fått gjennomført, viser at svært mange forbrukere er ukomfortable med å orientere seg i såkalte "nye markeder", som for eksempel det liberaliserte strømmarkedet.

Det er min påstand at forbrukernes mulighet til å nyttiggjøre seg markedsinformasjon følger en såkalt "Laffer-kurve".

Kurven illustrerer at null informasjon om et marked til forbrukerne ikke gir noen effektiv markedsagering fra forbrukerens side. Men det mest interessante er at en uendelig mengde med markedsinformasjon også gir tilnærmet null effektiv markedsagering. Dette skjer fordi informasjonsmengden blir så stor at den blir uhåndterlig.



*Forbrukernes evne til å nyttiggjøre seg informasjon følger en såkalt "Laffer-kurve", over et visst punkt vil mer informasjon gjøre at forbrukerne agerer mindre effektivt i markedet.*

Dette paradokset møter vi ofte i vårt arbeid med forbrukerspørsmål og er hva vi kan kalle et sektorproblem. Velmenende bransjeorganisasjoner påpeker ofte at deres egen bransje er oversiktlig og at det er lett å sammenligne priser og vilkår. Problemet er at aktørene er spesialister på sitt marked. For forbrukerne er virkeligheten en helt annen, de må forholde seg til alle sektorene på en gang. Mangel på tid, kunnskap og en følelse av maktesløshet kan da lett gripe mange, som rett og slett stenger informasjonen ute og blir, ut fra en markedstankegang, ineffektive etterspørreere.

Mangel på tid, kunnskap og en følelse av maktesløshet kan lett gripe mange, som rett og slett stenger informasjonen ute og blir, ut fra en markedstankegang, ineffektive etterspørreere.

### Hva kan bedre situasjonen?

Hvis de forhold som er skissert medfører riktighet, hva kan da gjøres for å bedre situasjonen?

- Etterspørselssiden må stimuleres, og forholdene må legges til rette for at forbrukerne kan spille sin rolle. Dette kan gjøres ved for eksempel å pålegge aktører å gi sammenlignbar informasjon, uten at dette skaper konformitet og ensretting av produkter.
- Man må se helhet og ikke sektor for sektor. Forbrukerne må forholde seg til alle sektorer.
- Informasjonsinnhenting må gjøres enklere, for eksempel ved at myndighetene lager oversikter hvor priser og vilkår sammenlignes. Konkurransetilsynets kraftprisbaser er et godt eksempel på en vellykket løsning – det samme er Post- og teletilsynets liste over telepriser.
- En mer restriktiv holdning til å tillate produktpakker og annen tilsløring av priser og vilkår.

Etterspørselssiden er den minst ressurssterke, den minst kunnskapsrike og den med minst tid tilgjengelig. Vi må hele tiden ha klart for oss at for en forbruker er tid en knapphetsfaktor. En av de viktigste forutsetningene for at etterspørselssiden skal bli i stand til å spille sin rolle som pådriver og

For at etterspørselssiden skal bli i stand til å spille sin rolle, er det viktig å effektivisere informasjonsinnhenting og informasjonsbehandling.

regulator i forhold til markedets produsenter, blir derfor å effektivisere informasjonsinnhenting og informasjonsbehandling.

Dersom forbrukerne ikke blir i stand til å spille denne helt nødvendige rollen, enten fordi informasjonsmengden blir for stor, for komplisert eller fordi håndteringen tar for lang tid, vil vi feilaktig tro at vi har et fungerende konkurransebasert marked, mens vi i virkeligheten har et kvasimarkedssystem som i stor grad styres av tilbudssiden.

### **Ny konkurranselov og formålsbestemmelsen**

Forbrukerrådet blir ofte spurt av mediene om vårt syn i fusjonssaker som er under Konkurransetilsynets behandling. Forventer vi at prisene går ned? Vil kvaliteten og tilgjengeligheten øke? Svaret er ofte at rasjonaliseringsgevinster kommer kundene til gode gjennom kostnadsbesparelser og større kamp om kundene gjennom forbedret kvalitet.

Bedrifter konkurrerer ikke fordi de kan, men fordi de må. Det hjelper ikke med all verdens kostnadsbesparende tiltak så lenge konkurransesituasjonen i et marked ikke i seg selv virker disiplinerende.

Men et fokus mediene ofte glemmer, er det følgende: Bedrifter konkurrerer ikke fordi de kan, men fordi de må. Det hjelper ikke med all verdens kostnadsbesparende tiltak så lenge konkurransesituasjonen i et marked ikke i seg selv virker disiplinerende. Er man som næringsdrivende deltaker i et marked uten å måtte kjempe kontinuerlig om kundens gunst, kan fristelsen lett bli for stor. Konkurransen blir noe man beskytter seg mot. Konkurransen blir i prinsippet positivt – bare det ikke rammer en selv.

Formålsbestemmelsen i den nye konkurranseloven må forstås ut fra de ovenstående tanker om forbrukerhensyn. Etter den nye konkurranselovens §16 skal Konkurransetilsynet ”gripe inn mot en foretakssammenslutning dersom tilsynet finner at den vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål”. Tilsvarende bestemmelse fantes i den nå opphevede konkurranseloven av 1993. Bestemmelsen ble tidligere tolket dit hen at dersom partene i en fusjon kunne dokumentere at effektivitetsgevinstene ved fusjonen (stordriftsfordeler og kostnadsbesparelser minus eventuelle fusjonskostnader) var større enn det samfunnsøkonomiske tapet (det vil si tapet ved at færre kunder kjøper en vare som følge av at den blir dyrere), hadde ikke Konkurransetilsynet anledning til å gripe inn. Om effektivitetsgevinstene faktisk kom forbrukerne til gode, var uten betydning for fusjonsvurderingen.

Om effektivitetsgevinstene faktisk kom forbrukerne til gode, var uten betydning for fusjonsvurderingen etter den gamle konkurranseloven.

Rettstilstanden i EU var og er annerledes. Etter fusjonsforordningen kan Europakommisjonen bare ta eventuelle effektivitetsgevinster i betraktning dersom fusjonspartene kan godtgjøre at disse kommer kundene, herunder forbrukerne, til gode. Europakommisjonen har ved flere anledninger avvist argumenter om at en effektivitetsgevinst oppveier et eventuelt samfunnsøkonomisk tap, da partene ikke har kunnet bevise at gevinsten gagnar kundene.

Formålsbestemmelsen til den nye konkurranseloven åpner for at Konkurransetilsynet i større grad enn tidligere kan ta hensyn til forbrukerne ved vurderingen av hvilke tiltak som skal iverksettes ved en konkurransebegrensende fusjon. Bestemmelsen slår uttrykkelig fast at det ved anvendelse av konkurranseloven skal tas særlig hensyn til forbrukernes interesser. Stortingskomiteen som behandlet saken presiserte i sine kommentarer til bestemmelsen at ”hensynet til effektiv bruk av samfun-

nets ressurser skal være i forbrukernes interesse.” Konkurransetilsynet kan derfor, etter Forbrukerrådets oppfatning, ikke lenger stille seg likegyldig til hvem som drar nytte av en bedriftsøkonomisk effektivitetsgevinst: Om det er produsenten eller konsumenten.

Konkurransetilsynet kan ikke lenger stille seg likegyldig til hvem som drar nytte av en bedriftsøkonomisk effektivitetsgevinst: Om det er produsenten eller konsumenten.

Også andre forhold kan tale for en mer restriktiv holdning til effektivitetsgevinster som argument for å tillate en fusjon. Ifølge tidsskriftet *The Economist* viser en rekke empiriske undersøkelser at et flertall av fusjoner ikke er særlig vellykkede. En rapport publisert av KPMG fra 2000 viste at halvparten av alle fusjoner forringer aksjonærenes verdier. For ytterligere en tredjedel av foretakssammenslutningene hadde fusjonen ingenting å si verken fra eller til. Den høye andelen av mislykkede fusjoner må i hvert fall delvis tilskrives en feilaktig oppfatning av fusjonens effektivitetsgevinst. En undersøkelse foretatt av Anthony Santomero, professor emeritus ved Wharton, University of Pennsylvania, er illustrerende. I 1998 foretok han en undersøkelse av amerikanske bankfusjoner. Som de fleste fusjoner er også de innen banknæringen hovedsakelig begrunnet med at de vil medføre kostnadsbesparelser. Santomeros undersøkelse viste imidlertid at de bankene som valgte å ikke fusjonere, gjennomgående kuttet kostnadene hurtigere enn de som fusjonerte.

Undersøkelsen viste at de bankene som valgte å ikke fusjonere, gjennomgående kuttet kostnadene hurtigere enn de som fusjonerte.

I lys av disse eksemplene ser jeg frem til å se fremtidige fusjonssaker prøvet under konkurranselovens formålsbestemmelse. Den legitimitet Konkurransetilsynet oppnår i samfunnet, vil i fremtiden være avhengig av klar kommunikasjon ut til den jevne forbruker om den svært viktige stillingen tilsynet har for å ivareta og optimalisere samfunnsøkonomiske interesser generelt og forbrukerinteresser spesielt.



# Formålsbestemmelsen i konkurranseloven

Av Lasse Ekeberg, Jostein Skaar og Lars Sjørgard

**I formålsbestemmelsen til den nye konkurranseloven heter det at lovens formål er å fremme konkurranse for å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser, og at det ved anvendelse av loven skal tas særlig hensyn til forbrukernes interesser. Det siste leddet ble føyd til under Stortingets behandling av lovforslaget, og de tre forfatterne drøfter ut fra økonomisk teori hva tilføyelsen betyr for konkurransepolitikken. Tillegget kan vanskelig tolkes på annen måte enn at det vil føre til en mer restriktiv konkurransepolitikk, mener forfatterne. De mener imidlertid at det ikke er grunnlag for å hevde at en konsumentvelferdsstandard etter mønster av EU/EØS-retten dermed er innført. I så fall måtte alle fusjoner som gir økte priser i ett eller flere relevante markeder, måtte forbys, selv om de er samfunnsøkonomisk gunstige.**



*Lasse Ekeberg (øverst) er avdelingsdirektør for Markedsavdeling 1, Jostein Skaar er avdelingsdirektør for Markedsavdeling 2 og Lars Sjørgard er sjeføkonom i Konkurransetilsynet.*

## Bakgrunnen for formålet i ny lov

Konkurranseloven av 1993 ble utredet av et konkurranselovutvalg som leverte innstillingen NOU 1991: 27 Konkurranse for effektiv ressursbruk. Utvalget var ledet av advokat Anders Chr. Stray Ryssdal, med deltakelse fra blant andre daværende prisdirektør Egil Bakke og senere konkurranse- direktør Einar Hope.

Utvalget gikk til frontalangrep på formålsbestemmelsen i prisloven. Det la vekt på at en ny lov, i motsetning til prisloven av 1953, måtte ha et entydig formål. Begrunnelsen for dette var blant annet å sikre konsistent lovtolkning og hindre at Konkurransetilsynet måtte foreta politisk betonte avveininger av til dels motstridende mål. Utvalget sa klart ifra om at avveiningen mellom effektiv ressursbruk og fordelingspolitiske mål er et politisk valg som ikke bør foretas av konkurransemyndighetene.

I konkurranseloven av 1993 ble lovens formål angitt som å ”sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for virksom konkurranse.” Dette innebar at det ble lagt til grunn en totalvelferdsstandard, hvor det avgjørende for vurderingen er det samlede samfunnsøkonomiske overskuddet.

Konkurranselovutvalget under ledelse av professor Hans Petter Graver utredet den nye konkurranseloven av 2004 i innstillingen NOU 2003: 12 Ny konkurranselov. Heller ikke dette utvalget ønsket at formålet skulle være noe annet enn effektiv bruk av samfunnets ressurser, og uttalte:

I konkurranseloven av 1993 ble det lagt til grunn en totalvelferdsstandard.

”Konkurransens virkninger på den samfunnsøkonomiske effektiviteten handler om gevinstene av en mer effektiv ressursbruk, uavhengig av hvor disse gevinstene oppstår og hvem de kommer til gode.” I overensstemmelse med dette foreslo Arbeids- og administrasjonsdepartementet å videreføre den tidligere konkurranselovens formål, med enkelte mindre språklige justeringer i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004).

I forbindelse med den åpne høringen av lovforslaget i Stortingets familie-, kultur- og administrasjonskomité uttalte Forbrukerrådet, med utgangspunkt i en konkret fusjonssak, at det er høyst usikkert om forbrukerne noen gang vil få en gevinst som oppveier det opprinnelige tapet ved lavere konkurranse. I et slikt tilfelle bør det ikke tillates at fusjonen gjennomføres. ”Vårt poeng er at hensynet til forbrukerne er et hovedformål ved konkurranse i et marked og at dette bør avspeiles i formålsbestemmelsen.” På denne bakgrunn foreslo Forbrukerrådet at formålsbestemmelsen ble gitt et nytt annet ledd: ”Ved anvendelse av denne loven skal det tas særskilt hensyn til forbrukernes interesser” (Innst. O. nr. 50 (2003-2004).

Forbrukerrådet foreslo for stortingskomiteen at formålsbestemmelsen ble gitt et nytt annet ledd: ”Ved anvendelse av denne loven skal det tas særskilt hensyn til forbrukernes interesser”.

Arbeids- og administrasjonsdepartementet kommenterte uttalelsen fra Forbrukerrådet i et brev til stortingskomiteen. Departementet fremholdt at det i stor grad vil være samsvar mellom hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser og forbrukerhensyn, som bedre utvalg, høyere kvalitet og lavere pris. Etter departementets vurdering ville det derfor ikke være behov for å inkludere forbrukerpolitiske mål i konkurranselovens formålsbestemmelse.

Stortingskomiteens flertall uttalte i innstillingen at det er viktig å presisere at hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser skal være i forbrukernes interesser. På denne bakgrunn fremmet flertallet forslag om en tilføyelse til formålsbestemmelsen, med samme ordlyd som foreslått av Forbrukerrådet. Følgende formålsbestemmelse ble vedtatt for den nye konkurranseloven som trådte i kraft 1. mai 2004:

### **§ 1 Lovens formål**

Lovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Ved anvendelse av denne lov skal det tas særlig hensyn til forbrukernes interesser.

Første ledd viderefører meningsinnholdet til formålet i den tidligere konkurranseloven av 1993. Bestemmelsens andre ledd om betydningen av forbrukernes interesser er nytt.

I Odelstinget uttalte statsråd Victor Norman: ”Tillegget vil i de fleste tilfeller neppe ha noen særlig praktisk konsekvens, rett og slett fordi hensynet til effektiv bruk av ressursene og hensynet til forbrukerne vil være sammenfallende.”

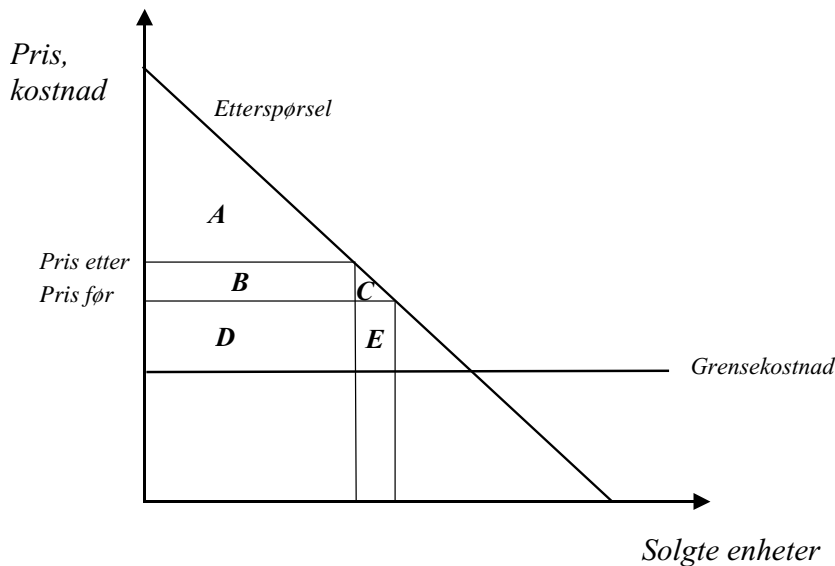
I debatten i Odelstinget uttalte statsråd Victor Norman: ”Tillegget vil i de fleste tilfeller neppe ha noen særlig praktisk konsekvens, rett og slett fordi hensynet til effektiv bruk av ressursene og hensynet til forbrukerne vil være sammenfallende. Men noen ganger – fusjoner kan være ett eksempel – vil begrensninger i konkurransen føre til at forbrukerne taper, mens de involverte bedriftene tjener. I slike situasjoner må tillegget til formålsbestemmelsen forstås dit hen at det skal påvirke skjønnsutøvelsen etter loven, slik at forbrukernes tap blir tillagt større vekt enn gevinsten for foretakene.” Det var ingen kommentarer i debatten til denne uttalelsen.

Vi vil i det følgende drøfte hva endringen i formålsbestemmelsen i den

nye konkurranseloven rent praktisk kan bety for konkurransepolitikken, og hvorvidt det kan gis argumenter ut fra økonomisk teori for denne endringen. Utgangspunktet for vurderingen vil være fusjonssaker.

### Totalvelferdsstandard versus konsumentvelferdsstandard

For å illustrere hva tilføyelsen i formålsbestemmelsen kan bety, la oss ta utgangspunkt i vurderingen av en fusjon. Vi skal benytte en figur til å illustrere det samlede samfunnsøkonomiske overskuddet før og etter fusjonen.



*Totalvelferdsstandard og konsumentvelferdsstandard i en fusjonssak:  
Etter en totalvelferdsstandard er samfunnets tap ved fusjonen arealet  $C + E$ , og dette skal holdes opp mot gevinster ved at den fusjonerte bedriften eventuelt kan produsere billigere. Etter en ren konsumentvelferdsstandard er samfunnets tap ved fusjonen arealet  $C + B$ .*

Forbrukerne har et overskudd, kalt konsumentoverskudd, som er det de maksimalt er villig til å betale, fratrukket hva de faktisk betaler. Konsumentoverskuddet før fusjonen er lik summen av arealene A, B og C i figur 1. Bedriften har et overskudd lik inntekt fratrukket kostnadene, i figuren vist med summen av arealene D og E. Det totale samfunnsøkonomiske overskuddet før fusjonen ut fra en totalvelferdsstandard er da lik  $A+B+C+D+E$ . Aktørenes overskudd summeres, og en krone er altså en krone uansett hvem den tilfaller, forbrukerne eller produsentene.

Fusjonen kan innebære at prisen i markedet går opp, slik at salget reduseres. Vi ser av figuren at det innebærer at forbrukerne samlet sett taper summen av arealene B og C, mens bedriftene vinner areal B og taper areal E. Nettoeffekten for samfunnet av økt markedsrett etter fusjonen er dermed lik arealet  $C + E$ , kalt dødvektstapet. Dette er tapet for samfunnet forbundet med fusjonen, vurdert ut fra en totalvelferdsstandard.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Strengt tatt skal en også vurdere om noe av den gevinsten som tilfaller bedriften som følge av økt markedsrett, blir sløst bort og dermed må betraktes som et tap for samfunnet. For å forenkle fremstillingen har vi sett helt bort fra slik sløsing.

Basert på en totalvelferdsstandard må dette tapet veies opp mot eventuelle kostnadsbesparelser på bedriftens hånd. I en slik avveining er en krone til produsentene verdsatt like mye som en krone til konsumentene.

I en rekke andre land og i EU er det et absolutt krav at forbrukerne ikke skal komme dårligere ut.

Hva dersom en benytter en ren konsumentvelferdsstandard, slik det praktiseres i en rekke andre land og i EU? En slik ren konsumentvelferdsstandard innebærer at det er et absolutt krav at forbrukerne ikke skal komme dårligere ut. Hvis fusjonen fører til tap for forbrukerne, skal den forbys. Det vil være tilfelle selv om det kan dokumenteres at det er ervervsspesifikke kostnadsbesparelser som mer enn oppveier for tapet for forbrukerne. I vår figur er endringen i det samfunnsøkonomiske overskuddet som følger av fusjonen lik arealet  $B + C$  dersom en anvender en ren konsumentvelferdsstandard.

La oss anta at nettoeffekten for samfunnet av en fusjon er en gevinst på 10 millioner kroner, der vi har summert tap for forbrukere og gevinst for bedriften. Da vil den tillates i henhold til en totalvelferdsstandard. Hva dersom det viser seg at forbrukerne taper 90 millioner kroner og bedriften tjener 100 millioner? Etter en ren konsumentvelferdsstandard vil en slik fusjon måtte forbys for å unngå at forbrukerne taper 90 millioner kroner.

Formålsbestemmelsen i den nye konkurranse-loven kan betraktes som en mellomting mellom en totalvelferdsstandard og en konsumentvelferdsstandard. Den fastslår at det skal "tas særlig hensyn til forbrukernes interesser", men det sies ikke noe om hvor stor vekt en skal legge på konsumentenes velferd. Å ta "særlig hensyn til forbrukernes interesser" indikerer at en krone til forbrukerne er mer verdt enn en krone til bedriften. Forbrukerne taper et areal tilsvarende  $B$  og  $C$  som følge av fusjonen, men areal  $B$  nulles ut ved bruk av en totalvelferdsstandard, fordi det er en overføring til bedriften. Det er i de fleste tilfeller slik at areal  $B$  er flerfoldige ganger større enn areal  $C$ .<sup>2</sup> Straks en skal begynne å vektlegge areal  $B$  – ta hensyn til at de som fortsatt kjøper etter at prisen går opp, får en større utgift – ser en dermed at det kan ha stor betydning for vurderingen av fusjonen.

### Hvorfor konsumentvelferdsstandard?

En totalvelferdsstandard vil innebære at en er opptatt av å gjøre "kaken" størst mulig ved å maksimere det samfunnsøkonomiske overskuddet. Sett i et slikt perspektiv vil en totalvelferdsstandard være det ideelle og best i overensstemmelse med økonomisk teori. Men vi lever ikke i en ideell verden. Dette innebærer at konkurransemyndighetene, fra et samfunnsøkonomisk perspektiv, kan tenkes å gjøre to ulike typer feil i forhold til et mål om å fremme høyest mulig total velferd. For det første kan det tenkes at konkurransemyndighetene griper inn mot en fusjon eller konkurranse-regulering som de ikke burde grepet inn mot (Type I-feil), eller ikke griper inn i en situasjon hvor de burde grepet inn (Type II-feil). Som det vil fremgå kan det tenkes at en ren konsumentvelferdsstandard kan redusere Type I- og Type II-feil i forhold til hva tilfellet er ved en totalvelferdsstandard.

En totalvelferdsstandard vil være best i overensstemmelse med økonomisk teori.

Type I-feil har vi når konkurransemyndighetene griper inn mot en fusjon som de ikke burde grepet inn mot.

Type II-feil har vi når konkurransemyndighetene ikke griper inn i en situasjon hvor de burde grepet inn.

2 Hvis for eksempel prisøkningen er 10 prosent og etterspørselens priselastisitet er lik  $-1$ , er areal  $B$  tyve ganger større enn areal  $C$ .

For det første vil en konsumentvelferdsstandard kunne bidra til å redusere problemer forbundet med informasjonsskjevheter mellom konkurransemyndigheter og de involverte bedriftene i en fusjonssak. Det er åpenbart at en bedrift kjenner inngående til egne kostnader og potensialer for kostnadsbesparelser. Når myndighetene skal ta stilling til en påstand fra en bedrift om at for eksempel en rabatt er begrunnet i kostnadsreduksjoner internt i bedriften, har myndighetene svært liten mulighet til reelt sett å overprøve de vurderinger som bedriften selv har foretatt. Den enkelte bedrift vil selvsagt fremstille sine kostnadsbesparelser på en best mulig måte, sett fra deres ståsted, og det gjør at myndighetene kanskje aksepterer kostnadsbesparelser som de ikke burde akseptert dersom de hadde hatt full informasjon om det faktiske potensialet for kostnadsbesparelser.<sup>3</sup> I så fall kan en totalvelferdsstandard føre til Type II-feil. Ved en ren konsumentvelferdsstandard hadde myndighetene ikke hatt anledning til å ta i betraktning kostnadsbesparelser som ikke kommer forbrukerne til gode, hvilket kunne redusert antallet Type II-feil. En konsumentvelferdsstandard vil imidlertid også bety at en utelukker muligheten for å godta en fusjon som leder til betydelige kostnadsbesparelser som ikke kommer forbrukeren til gode, hvilket betyr flere Type I-feil.

En konsumentvelferdsstandard kan bidra til å redusere problemer forbundet med informasjonsskjevheter mellom konkurransemyndigheter og de involverte bedriftene i en fusjonssak.

Visse typer kostnadsendringer på bedriftens hånd er det svært vanskelig å kunne dokumentere og etterprøve, nærmest uansett hvor omfattende arbeid konkurransemyndighetene gjør. Hvis en bedrift iverksetter et tiltak som innebærer at den får et potensial for større profitt, vil det føre til at det faktisk genereres et overskudd som er til nytte for samfunnet? Det er spørsmål om graden av sløsing, det vil si den andelen av det som kunne vært profitt på bedriftens hånd, som blir brukt til andre og uproduktive formål. Det kan være at bedriften velger å ha flere ansatte enn den strengt tatt hadde hatt behov for. Det er mulig å si noe om sløsing generelt i bedrifter og kanskje endog i en type næring, men hvordan skal en overføre dette til en konkret fusjon? Problemene med å bevise at sløsing vil finne sted, innebærer en tendens til at konkurransemyndighetene vil overvurdere gevinstene for foretakene av å regulere konkurransen eller slå sammen foretak.

For det andre kan en rendyrket konsumentvelferdsstandard bidra til å redusere mulighetene til å drive lobbyvirksomhet. Bedrifter med markeds-makt, som typisk er de som er i konkurransemyndighetenes søkelys, har ofte relativt store ressurser tilgjengelig. Et inngrep mot en fusjon eller andre typer inngrep kan ha store virkninger for bedriftene som er involvert. Det vil derfor være i selskapenes egeninteresse å benytte ressurser på å unngå inngrep fra myndighetene. En kan benytte ressurser til å påvirke opinionen eller de aktuelle beslutningstakerne. Ved en totalvelferdsstandard vil en ha stort spillerom for å kunne påvirke, fordi en kan argumentere med kostnadsbesparelser på egen hånd. Konsumentene, på den annen side, er mange og dårlig organisert og dermed sjelden en sterk motvekt mot enkeltbedrifter. Med en konsumentvelferdsstandard er det fortsatt mulighet for den type lobbyvirksomhet, men mindre spillerom for den type argumentasjon fra bedriftens side.<sup>4</sup> Myndighetene er forhindret fra å ta hensyn til kostnadsbesparelser på bedriftens hånd, med mindre disse kommer forbrukerne til gode. Det kan dels gi samfunnsøkonomiske forde-

En rendyrket konsumentvelferdsstandard kan bidra til å redusere mulighetene til å drive lobbyvirksomhet.

3 Dette er nærmere analysert i Besanko og Spulber (1993), som fokuserer særskilt på kostnadsbesparelser i forbindelse med fusjoner.

4 Dette argumentet er nærmere utdypet i Neven og Röller (2000).

ler i form av at færre ressurser benyttes til lobbyvirksomhet og dels medføre at bedriftene ikke så ofte som tidligere når frem med sine krav. Det siste kan innebære at det blir færre Type II-feil, men kan selvsagt også bety at det blir flere Type I-feil.

En overgang fra totalvelferdsstandard til konsumentvelferdsstandard kan påvirke hvilke fusjoner som blir foreslått.

For det tredje kan en overgang fra totalvelferdsstandard til konsumentvelferdsstandard påvirke hvilke fusjoner som blir foreslått av bedriftene og hvilke som ikke blir foreslått. Under en totalvelferdsstandard kan det tenkes at bedriftene foreslår en fusjon som har en betydelig konkurranse-dempende effekt, samtidig som en kan vise til kostnadsbesparelser forbundet med denne konkrete fusjonen. Ved overgang til konsumentvelferdsstandard vil en slik fusjon ikke bli foreslått, hvilket isolert sett er uheldig ut fra hensynet til det samlede samfunnsøkonomiske overskuddet. Fusjon versus ingen fusjon er imidlertid ikke det riktige sammenligningsgrunnlaget. Bedriftene har i utgangspunktet muligheter for å velge mellom ulike typer fusjoner og oppkjøp. Når en konkurransedempende fusjon er utelukket, kan bedriftene i stedet fokusere på å iverksette fusjoner som ikke er konkurransedempende. Da er det ikke lenger sikkert at overgangen til en konsumentvelferdsstandard er uheldig, da det fører til at det forekommer andre typer fusjoner enn hva tilfellet var ved en totalvelferdsstandard.<sup>5</sup> Det endrer ikke omfanget av Type I- og Type II-feil av myndighetene, men kan allikevel påvirke bedriftenes handlinger på en måte som er gunstig for samfunnet.

Selve saksbehandlingen kan bli mindre ressurskrevende ved en konsumentvelferdsstandard.

For det fjerde kan det fremføres et mer praktisk argument, nemlig at selve saksbehandlingen kan bli mindre ressurskrevende ved en konsumentvelferdsstandard. På den ene siden kan det å kartlegge vinnere og tapere i seg selv være ressurskrevende, slik som nevnt over. Men de fleste land har valgt en konsumentvelferdsstandard og har funnet pragmatiske og praktiske løsninger på en slik kartlegging av vinnere og tapere.<sup>6</sup> På den annen side kan som nevnt en totalvelferdsstandard innebære en nærmest umulig oppgave forbundet med å kartlegge graden av sløsing. Den type analyse er ikke lenger nødvendig, da en er opptatt av kostnadsbesparelser som kommer forbrukerne til gode. Da vil en typisk fokusere på kostnadsbesparelser i form av reduserte kostnader i produksjonen (reduisert grensekostnad), og debatten om sløsing eller ikke sløsing er for så vidt ikke relevant. Det kan i en rekke saker bli et spørsmål om hvorvidt fusjonen faktisk har en prisøkende effekt, eller om kostnadsbesparelsene er så store at de motvirker en prisøkning.<sup>7</sup> Det er en helt annen og enklere analyse enn å kartlegge hva bedriftene eventuelt vinner, og hvorvidt gevinst kan regnes som en samfunnsøkonomisk gevinst. En bør imidlertid være forsiktig med å trekke dette frem som et genuint argument for en konsumentvelferdsstandard, men snarere benytte det som et argument som underbygger og

5 Argumentet er nærmere utdypet i Lyons (2002). Han drøfter implikasjonene av å anvende en konsumentvelferdsstandard i en situasjon hvor vi er opptatt av å maksimere det totale samfunnsøkonomiske overskuddet.

6 For eksempel er det slik i EU at hensynet til konsumentene rent praktisk kartlegges ved å se på effektene på det leddet i distribusjonskjeden som følger etter det leddet hvor det aktuelle tiltaket iverksettes. Hvis for eksempel to detaljister fusjonerer, vil effekten på konsumentene måles ved å se på effektene for disse detaljistenes slutt-kunder.

7 Werden (1996) har vist hvordan en rent praktisk kan anslå hvor stor reduksjonen i grensekostnad må være i et spesifikt marked for at prisene ikke skal øke etter en fusjon.

forsterker andre argumenter for eventuelt å velge nettopp en slik velferdsstandard.<sup>8</sup>

Vi ser at ved å avvike fra totalvelferdsstandard, som i en ideell verden er den korrekte, kan det tenkes situasjoner der samfunnet faktisk kan tjene på det. Hvorvidt valget av en konsumentvelferdsstandard faktisk vil være en fordel, avhenger imidlertid av utgangspunktet. Er det slik at en har en mistanke om at konkurransepolitikken ved en totalvelferdsstandard er mindre restriktiv enn hva den burde vært, kan det tenkes at en overgang til en konsumentvelferdsstandard vil være gunstig. Valget av en konsumentvelferdsstandard kan imidlertid fort ende opp med en konkurransepolitikk som er for restriktiv i forhold til en effektiv utnyttelse av samfunnets samlede ressurser.

En konsumentvelferdsstandard kan fort ende opp med en konkurransepolitikk som er for restriktiv i forhold til en effektiv utnyttelse av samfunnets samlede ressurser.

### Den norske formålsbestemmelsen

Vi har så langt sammenlignet to ytterpunkter; totalvelferdsstandard og konsumentvelferdsstandard. Som det har fremgått, mener vi at formålsbestemmelsen i den nye konkurranse-loven kan betraktes som en mellomting mellom de to standardene. Ved en fusjon gir den grunnlag for å legge relativt større vekt på ulempene for forbrukerne enn på fordelene for produsentene. Er de mulige fordelene vi påpekte ved konsumentvelferdsstandard til stede også ved en slik tilnærming?

Formålsbestemmelsen i den nye konkurranse-loven kan betraktes som en mellomting mellom totalvelferdsstandard og konsumentvelferdsstandard.

Informasjonsskjevheten vil fortsatt være et problem for konkurransemyndighetene dersom det ikke er grunnlag for å se bort fra kostnadsbesparelser på bedriftens hånd som ikke kommer forbrukerne til gode. Dette impliserer også at en ikke kommer utenom en debatt om graden av sløsing i en bedrift, og dermed at en ikke kun kan fokusere på den eventuelle prisøkende effekten av en fusjon.

Lobbyvirksomhet kan fortsatt være like lønnsomt som ved en totalvelferdsstandard, da bedriftene fortsatt kan argumentere med kostnadsbesparelser på egen hånd. Det kan endog argumenteres for at problemet kan være større nå enn før. En totalvelferdsstandard har en klart definert vektning av konsument- og produsentoverskudd. Ved en mellomløsning er det uklart hvor stor vekt som faktisk skal tillegges forbrukerhensyn. Når det er rom for en mer skjønsmessig vurdering, kan det tenkes at det er enda større påvirkningsmulighet. Det vil ikke bare påvirke selve graden av lobbyvirksomhet under sakens behandling, men i tillegg kan det bety at sannsynligheten for at saken forfølges videre gjennom klage til overordnet myndighet, er stor. I så fall er resultatet en mer ressurs- og tidkrevende saksbehandling, ikke bare en fare for at lobbyvirksomhet påvirker utfallet i en uheldig retning.

En av ulempene med en ren konsumentvelferdsstandard er som nevnt at den kan bli for restriktiv, ikke minst hva angår å godta kostnadsbesparelser i bedriften. Fordelen med en mellomløsning som valgt i den nye konkurranse-loven, er at en dermed ikke stenger døren for å godta fusjoner som leder til betydelige kostnadsbesparelser uten at det kommer forbrukerne til gode.

Fordelen med en mellomløsning er at en dermed ikke stenger døren for å godta fusjoner som leder til betydelige kostnadsbesparelser uten at det kommer forbrukerne til gode.

<sup>8</sup> Lyons (2002) skriver følgende: '[The argument] is uncomfortably close to the justification for looking for lost keys under a lamppost because that is the only place where there is any light' (s. 4).

## Noen avsluttende kommentarer

Tillegget i den nye konkurranselovens formålsbestemmelse er ikke blitt begrunnet i særlig grad av Stortinget, annet enn at effektiv bruk av samfunnets ressurser skal være i forbrukernes interesser. Normalt vil dette også være tilfelle, men vi mener likevel at det ikke er grunnlag for å si at tillegget utelukkende skal anses som en presisering av første ledd om effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Formålsbestemmelsen er faktisk ment å være retningsgivende for håndhevingen av konkurranseloven. Konkurranselovutvalget uttalte i punkt 3.4.6.4: "Utvalgets utgangspunkt er at formålsbestemmelsens vesentligste betydning er å stake ut kursen for konkurransemyndighetenes arbeid, å bidra til tolkning av lovens bestemmelser i grensetilfeller og som veiledning for det skjøn som skal utøves ved praktiseringen av loven." Vi er enige i dette utgangspunktet og mener derfor at tillegget til formålsbestemmelsen vanskelig kan tolkes på annen måte enn at det vil medføre en mer restriktiv konkurransepolitikk.

Tillegget til formålsbestemmelsen kan vanskelig tolkes på annen måte enn at det vil medføre en mer restriktiv konkurransepolitikk.

Harmonisering med EU/EØS-konkurranseretten var generelt et viktig hensyn ved innføringen av den nye konkurranseloven. Vi mener imidlertid ikke at det er grunnlag for å hevde at tillegget til formålsbestemmelsen innebærer at Stortinget har innført en konsumentvelferdsstandard etter mønster av EU/EØS-retten. Dette ville ha medført at alle fusjoner som gir økte priser i ett eller flere relevante markeder, måtte forbyes, selv om de er samfunnsøkonomisk gunstige. I det nye tillegget heter det at det skal tas *særlig* hensyn til forbrukernes interesser, ikke at forbrukernes interesser kommer foran alle andre interesser. Innføring av en konsumentvelferdsstandard ville innebære så drastisk omlegging av konkurransepolitikken at det etter vår mening ville kreve en nærmere utredning og begrunnelse.

Det er ikke grunnlag for å hevde at tillegget innebærer at Stortinget har innført en konsumentvelferdsstandard etter mønster av EU/EØS-retten.

Ved anvendelsen av loven skal tilsynet ta særlig hensyn til forbrukernes interesser. I praksis vil dette kunne ta form av at det stilles strengere krav til hvilke kostnadsgevinster som det skal tas hensyn til. For eksempel vil det kunne bli vanskeligere å få gjennomslag for at reduksjoner i faste kostnader skal kunne begrunne fusjoner som fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen, da det typisk er slik at den type kostnadsreduksjoner ikke leder til lavere priser til forbrukerne. En annen konsekvens vil kunne være at tilsynet stiller strengere krav til avhjelpende tiltak for å godkjenne fusjonene.

Hvordan den nye lovbestemmelsen vil slå ut i praksis, vil måtte avgjøres fra sak til sak.

## Referanser

Besanko, D. & D. Spulber (1993): "Contested mergers and equilibrium antitrust policy", *Journal of Law, Economics and Organization*, 9(1), 1-29.

Neven, D. & L.-H. Röller (2000): "Consumer surplus versus welfare standard in a political economy model of merger control", WZB Working Paper FS IV 00-15.

Werden, G. (1996): "A robust test for consumer welfare enhancing mergers among sellers of differentiated products", *Journal of Industrial Economics*, 44(4), 409-13.

# Konkurransopolitikk i det 21. århundre

Av Knut Eggum Johansen

**Konkurransedirektør Knut Eggum Johansen skriver om konkurransopolitikkens stadig økende betydning i den økonomiske politikken. Den økonomiske politikken har utviklet seg fra 50- og 60-tallets makro-økonomiske styring, lanseringen av strukturpolitikk på 70-tallet, deregulering av flere markeder på 80-tallet og til 90-tallet og dagens struktur- og mikropolitikk med konkurransopolitikken som et viktig element. Eggum Johansen skriver også om de omstillinger Konkurransetilsynet har vært gjennom de siste ti årene. Omstillingene har omfattet selve innføringen av konkurranseloven av 1993, som innebar andre og nye krav til kompetanse, avviklingen av de syv regionkontorene utenfor Oslo, og beslutningen om å flytte Konkurransetilsynet til Bergen. Konkurransedirektøren ser mange utfordringer og muligheter fremover og synes det er et privilegium å få lede tilsynet inn i det 21. århundre.**



*Knut Eggum Johansen er konkurransedirektør. Han tiltrådte stillingen i april 1999.*

## Først litt historie

Norge fikk i 1994 en moderne konkurranselov, og Konkurransetilsynet ble opprettet ved en sammenslåing av Prisdirektoratet og Statens pristilsyn. Moderne konkurransopolitikk ble med dette etablert som et viktig element i den økonomiske politikken.

Som Egil Bakke viser til i sin artikkel i dette jubileumsskriftet, er det forskjell på bakgrunnen for konkurransopolitikken i Europa og USA. Mens målet for Shermanloven var å beskytte "the American way of life" mot dominerende bedrifter (truster og karteller), har etter mitt syn en viktig side ved oppgaven i de fleste europeiske land vært å redusere og eliminere korporative elementer og strukturer i økonomien.

Ideen om den korporative stat bygger på at industrien skal ha spesiell innflytelse over industripolitikken, landbruket over landbrukspolitikken og så videre. Tankegangen har røtter i laugssamfunnet, og begrunnelsen var opprinnelig at den politiske makt på ulike samfunnsområder burde ha sin basis i de grupper som hadde spesielle interesser og spesiell kompetanse på disse områdene. Dette var ideer som mange politiske partier i de fleste landene i Europa sluttet opp om, også etter annen verdenskrig. Under gjenoppbyggingen i Norge etter krigen var samarbeid en viktig pilar.

Konkurransopolitikken kom for fullt på dagsorden i Europa da strukturpolitikken ble lansert for å få fart på økonomien etter Opec I og Opec II på 1970-tallet. På OECDs ministerrådsmøte i 1978 ble det vedtatt

Moderne konkurransopolitikk ble med konkurranseloven av 1993 etablert som et viktig element i den økonomiske politikken.

Konkurransopolitikken kom for fullt på dagsorden i Europa da strukturpolitikken ble lansert for å få fart på økonomien etter Opec I og Opec II på 1970-tallet.

Strukturpolitikken ble videreutviklet på 1980-tallet og førte blant annet til deregulering av flere markeder.

retningslinjer for å stimulere til strukturomlegginger i medlemslandenes økonomi ("Positive Adjustment Policies"). Behovet for økt fleksibilitet i pris- og lønnsdannelsen og bedre fungerende markeder la grunnlaget for en moderne konkurransepolitikk. Strukturpolitikken ble videreutviklet på 1980-tallet og førte blant annet til deregulering av flere markeder (bolig, kreditt, tele, kraft og luftfart med flere). Dette skjedde i de fleste europeiske land, ikke bare i Norge. Vi lå heller litt i etterkant, siden inntektene fra Nordsjøen gjorde budsjettreformer og strukturendringer mindre presserende.

Konkurransetilsynet stod på 1990-tallet overfor store utfordringer faglig og politisk. Ubalanser i norsk økonomi fra slutten av 1980-tallet var i ferd med å rettes opp. Den økonomiske veksten tok seg opp og sysselsettingen økte. Samtidig hadde Norge tiltrådt EØS-avtalen, og forhandlinger om norsk EU-medlemskap pågikk.

### Et tilsyn i omstilling

Konkurranseloven av 1993 og opprettelsen av Konkurransetilsynet markerer definitivt en overgang fra gammelt til nytt. Tiden da man så på pris- og lønnsregulering som adekvate virkemidler i den økonomiske politikken, var definitivt over.

I 1994 hadde Konkurransetilsynet 157 medarbeidere, fordelt med 86 ansatte sentralt og 79 ansatte på regionkontorene. Det var åtte regionkontorer utenfor Oslo. For mange av de ansatte ved regionkontorene, tilsynets apparat for priskontroll, tror jeg nok den "nye tid" kunne oppleves som frustrerende og med stor usikkerhet. Det etablerte "håndverk", overvåking og i perioder kontroll av priser, var ikke lenger etterspurte tjenester i samme grad som tidligere.

Det etablerte "håndverk", overvåking og i perioder kontroll av priser, var ikke lenger etterspurte tjenester i samme grad som tidligere; den nye loven satte nye krav til kompetanse.

Samtidig var det klart at den nye konkurranseloven satte nye krav til kompetanse hos både jurister og økonomer i tilsynet. "Industrial Organisation" og moderne velferdsteori hadde utviklet seg betydelig fra den gang sosialøkonomene leste Frisch' produksjonsteori og Serck-Hanssens konsumentteori.

Gjennom EØS-avtalen slo EUs konkurranseregler og ditto "case law" tungt inn som etterspurt kunnskap hos etatens jurister og økonomer. Som i mange andre statlige etater med ansvar for politikktutforming, antar jeg også at det var en underliggende konkurranse mellom jurister og økonomer om hvem som skulle ha "siste ord" når vanskelige og viktige saker skulle håndteres. Ved i stadig større grad å satse på å integrere juridiske og økonomiske vurderinger på ethvert trinn i saksbehandlingen, har tilsynet maktet å kanalisere ressursene fra profesjonsstrid til en mer effektiv konkurransepolitikk.

I 1999, da jeg tiltrådte som konkurransedirektør, hadde tilsynet syv kontorer utenfor Oslo, og Forbruker- og administrasjonskomiteen på Stortinget hadde i komiteinnstillingen for budsjettåret 1999 lagt klare føringer for antall regionkontorer og ditto bemanning. Det var ro i organisasjonen, og fokus var på kompetanseoppbygging i forhold til stadig mer krevende saker og håndhevingen av konkurranseloven.

Det kom som lyn fra klar himmel da det høsten 2000, i statsbudsjettet for 2001, ble kjent at Regjeringen foreslo at tilsynets regionapparat skulle avvikles, slik at tilsynet ”får anledning til å samle og utvikle sin kompetanse innenfor et sterkt fagmiljø for å møte økt internasjonalisering og utvikling i retning av større og mer profesjonelle aktører i næringslivet”. Stortinget gikk i budsjettbehandlingen ikke imot Regjeringens forslag, og Konkurransetilsynets regionapparat ble avviklet i løpet av 2001. Samtidig ble hovedkontoret i Oslo styrket. Samlet bemanning ble dette året likevel redusert med nær en tredjedel samtidig som produksjonen på Konkurransetilsynets kjerneområder økte, mest markant ved at antall behandlede høringsuttalelser økte fra 179 i år 2000 til 245 i 2001. En del av reaksjonene på Regjeringen Bondeviks beslutning om å flytte Konkurransetilsynet fra Oslo til Bergen, som ble kjent 5. desember 2002, må forstås på bakgrunn av at organisasjonen nylig hadde vært gjennom en omfattende omstillingsprosess og effektivisering, og var godt tilpasset dagens og fremtidens utfordringer.

Det kom som lyn fra klar himmel da det høsten 2000 ble kjent at Regjeringen foreslo at tilsynets regionapparat skulle avvikles.

En del av reaksjonene på beslutningen om å flytte Konkurransetilsynet må forstås på bakgrunn av at organisasjonen nylig hadde vært gjennom en omfattende omstillingsprosess.

### **Konkurransopolitikkens økte betydning som element i den økonomiske politikken**

Når den økonomiske politikken i siste halvdel av forrige århundre beskrives, fremheves makropolitikken og den makroøkonomiske styringen som særs viktig. Og det med rette. Hvordan sosialøkonomene fra Universitetet i Oslo inntok Finansdepartementet, beskrives blant annet av Einar Lie over flere sider<sup>1</sup>. ”Jerntriangelet”, bestående av Sosialøkonomisk institutt, Statistisk sentralbyrå og Finansdepartementet, er en betegnelse som har festet seg når ”vitenskapeliggjøring” og den empiriske forankring (blant annet gjennom bruk av økonomiske modeller) av den økonomiske politikken på 1950- og 60-tallet blir beskrevet.

Gjennom utviklingen av EUs indre marked og globaliseringen i sin alminnelighet er handlefriheten for budsjett- og pengepolitikken redusert. Budsjett- og pengepolitikken er selvsagt fortsatt meget viktig, og det kan gå riktig galt hvis man trår feil. Så dette må nasjonen holde orden på!

Det som har preget de siste 10 til 15 årene, og som er den store utfordringen fremover, er struktur- og mikropolitikken. Dette dreier seg om hvordan skattesystem, pensjonssystem, arbeidsmarkedspolitik og velferdsordninger utformes for å gi riktige incentiver til samfunnsøkonomisk riktige valg mellom arbeid og fritid, fra dag til dag, år til år og over livsløpet. Det dreier seg om hvordan forskning og utdanning organiseres og finansieres. Og det dreier seg om hvordan konkurransopolitikken utformes for å sikre effektiv bruk av landets ressurser, og for blant annet å bidra til at norsk næringsliv har en effektivitet og konkurransekraft som gjør at det kan hevde seg i den globale konkurransen. Dette har økt konkurransopolitikkens betydning som et viktig element i den økonomiske politikken.

Det som har preget de siste 10 til 15 årene, og som er den store utfordringen fremover, er struktur- og mikropolitikken.

Om land og regioner gjør det bra eller mindre bra i årene fremover, vil ha sammenheng med hvor godt man greier å etablere riktige incentiver gjennom struktur- og mikropolitikken – herunder konkurransopolitikken.

1 Einar Lie (1995): “Ambisjon og tradisjon. Finansdepartementet 1945-1995”, Universitetsforlaget.

Det internasjonale samarbeidet om konkurransepolitikk og harmoniseringen av konkurranseregler over landegrensene er sterkt økende. Dette er en følge både av at flere og flere markeder er internasjonale, og av at de samme selskaper opptrer i flere land og på flere markeder. Men det er også en følge av den økte betydning som konkurransepolitikken har, og dermed ønsket om å lære av hverandre og samarbeide over landegrensene.

### **2004 er et merkeår!**

For konkurransepolitikken i Norge og ikke minst Europa er 2004 et merkeår. Det skjedde flere ting 1. mai.

I mai 2004 trådte den nye norske konkurranseloven i kraft.

I Norge trådte den nye konkurranseloven i kraft. Den nye loven har brakt norsk lovgivning tettere opp til EU/EØS-konkurranseregler. Blant annet er EF-traktatens artikkel 81 og 82, tilsvarende EØS-avtalens artikkel 53 og 54, kopiert direkte inn i den nye norske konkurranseloven. Dette betyr at det er identiske regler som forbyr kartellsamarbeid og misbruk av dominerende stilling i de norske reglene og i EU-reglene. Konkurransetilsynet er videre gitt hjemmel tilsvarende EFTAs overvåkningsorgan (ESA) og Europakommisjonen til å ilegge foretak overtredelsesgebyr (sivilrettslig bot). Samtidig har man bibeholdt de samme muligheter i forhold til bevis-sikring og strafferettslig oppfølging som var i den gamle loven.

Ti nye medlemsland og 75 millioner nye innbyggere kom med i Europa-unionen.

1. mai 2004 var historisk for Europa. Ti nye medlemsland og 75 millioner nye innbyggere kom med i Europa-unionen. EØS-området og det indre marked består dermed av 28 medlemsland og har mer enn 460 millioner innbyggere. Næringslivet i disse landene er omfattet av de samme konkurransebestemmelser som øvrig næringliv i EØS-området. Samtidig ble det fra 1. mai innført desentralisert håndheving av EUs konkurranseregler gjennom den såkalte moderniseringsreformen. Det innebærer blant annet at artikkel 81 og 82 nå skal håndheves av nasjonale konkurransemyndigheter. Og det er etablert et nettverk, European Competition Network (ECN), som skal sikre samarbeid og informasjonsflyt mellom nasjonale konkurransemyndigheter i dette viktige håndhevingsarbeidet. Det er foreløpig uavklart i hvilket omfang Norge får være direkte med i dette håndhevings-samarbeidet.

### **Konkurrensepolitikken i det 21. århundre har en viktigere rolle**

Som påpekt blir konkurransepolitikk en stadig viktigere del av helhetlig økonomisk politikk. Dette har også sammenheng med:

- Nedbygging av tradisjonelle handelshindre som gir grobunn for nye konkurransehindre (internasjonale karteller, ny balanse mellom handels- og konkurransepolitikk)
- Ny datateknologi som gir nye markedsformer
- Mer internasjonalt samarbeid, også i håndheving av konkurranseregler
- Større grad av EU-harmonisering i ny lov fra 1. mai 2004

Vi erfarer stadig mer profesjonelle aktører og spesialiserte advokater. Kravene til faglig tyngde i saksbehandlingen er økende. Som følge av den økte betydningen er også massemedienes interesse for og kompetanse i konkurransesaker økende. Samtidig brukes informasjonsstrategier mer

aktivt for å påvirke allmennhet og myndigheter i saker av stor betydning for enkeltbedrifter.

Håndheving av konkurranseloven er en viktig del av konkurransopolitikken. Det skjønnnet som skal utøves etter konkurranseloven, må bygge på økonomisk analyse og økonomiske prinsipper. Det kan være et spenningsforhold mellom ønsket om forutsigbarhet og klare regler (per se-regler) for næringslivet og behovet for økonomisk analyse og vurdering av konkurransemessig konsekvens.

Det skjønnnet som skal utøves etter konkurranseloven, må bygge på økonomisk analyse og økonomiske prinsipper.

EF-traktatens konkurranseregler ble i sin tid laget for å sikre samhandelen mellom landene i det indre marked. Traktatens bestemmelser ble i utgangspunktet håndhevet med vekt på legalistiske prinsipper. I Europakommisjonens direktorat for konkurransesaker ser vi nå en dreining mot at man i større grad trekker inn økonomisk konsekvensanalyse generelt og ved behandlingen av enkeltsaker. Europakommisjonen har nylig igangsatt et arbeid for å komme frem til klarere regler (retningslinjer) for hva som skal rammes av forbudsbestemmelsene mot misbruk av dominerende stilling. Det er et uttalt ønske at disse skal bygge på økonomisk teori og økonomiske prinsipper.

Konkurransopolitikkens økte betydning og det faktum at konkurransopolitikken er i en rivende utvikling faglig, gjør det viktig å ta kompetansen i hele landet i bruk. Jeg viser til St.meld. nr. 17 (2002-2003) Om statlige tilsyn: "Skal staten som helhet kunne skaffe seg god og nok kompetanse i konkurranse med andre, må staten trekke på fag- og kompetansemiljøene over hele landet." Etableringen i Bergen har allerede gjort det mulig å ta fatt i nye problemstillinger, blant annet knyttet til helsesektoren og samspillet mellom offentlig og privat tjenesteproduksjon.

Etableringen i Bergen har allerede gjort det mulig for Konkurransetilsynet å ta fatt i nye problemstillinger.

Tiden fremover gir mange utfordringer og muligheter. Det er et utrolig privilegium å få lede Konkurransetilsynet ved inngangen til det 21. århundre.



# Tilbakeblikk 1994 – 2004

– medarbeidere og aktiviteter



*Ansatte fra det tidligere Prisdirektoratet og Statens pristilsyns ni distriktskontorer samlet til seminar i det nye Konkurransetilsynet, Hafjell i Øyer, januar 1994.  
(Foto: Mesna Foto, Lillehammer)*

# Medarbeidere

I 1994 hadde Konkurransetilsynet 157 ansatte, fordelt med 86 ansatte sentralt og 79 ansatte på regionkontorene. Ved utgangen av 2001 hadde tilsynet 113 ansatte i Oslo, og ved utgangen av 2003 var det 121 ansatte. 27 medarbeidere har vært ansatt i tilsynet i hele tiårsperioden.

Konkurransetilsynets organisasjon har variert, og det har vært ulike inndelinger og navn på avdelinger og staber. Lederne er i tabellen nedenfor oppført etter hovedkategorier for ansvarsområde. Oversikten gir samtidig et bilde av organisasjonens hovedtrekk og endringer, med blant annet opprettelsen av Markedsavdeling 2 og Etterforskningsavdelingen sommeren 2001, avviklingen av regionapparatet høsten 2001 og opprettelsen av Markedsavdeling 3 i Bergen sommeren 2004.



Tabell 1: Konkurransetilsynets ledere og organisasjon

Ledere	1994	1995	1996	1997	1998
<b>Konkurransedirektør</b>	EGIL BAKKE	EINAR HOPE			
	01.05.83-30.04.95	01.05.95-30.03.99			
<b>Administrasjon</b>	Steinar Undrum	Ellen Gjerde		Tore Dæhlin	
	09.10.89-30.04.94	01.09.94-15.02.96		30.06.97-09.03.03	
<b>Marked 1</b>	Jan A. Halvorsen	Steinar Undrum		Morten Berg	
	17.10.83-31.03.94	01.05.94-11.08.97		03.11.97-30.11.00	
<b>Marked 2</b>					
<b>Marked 3</b>					
<b>Juridisk</b>	Åge Karlsen	Harald Evensen		Helge Stemshaug	
	01.10.89-09.05.94	05.09.94-01.06.97		01.09.97-31.07.99	
<b>Internasjonalt</b>	Gudbrand Guthus		Vera Holst Eckbo		
	01.01.93-14.10.95		05.02.96 -		
<b>Utredning</b>	Lasse Ekeberg				
	13.11.89-31.05.01				
<b>Informasjon</b>	Ellen Aas				Jonette Øyen
	15.02.85-17.02.98				01.09.98-31.03.00
<b>Etterforskning</b>					
<b>Regionapparat</b>	Kristian Lein	Gunnar Birkelund			
	01.01.94-31.09.94	01.10.94-01.01.00			



*Konkurransetilsynet på Leangkollen  
i Asker, august 2001.*

1999	2000	2001	2002	2003	2004	
KNUT EGGUM JOHANSEN						<b>Konkurransedirektør</b>
01.04.99-						
Bjørn Braathen						<b>Administrasjon</b>
13.10.03-						
Lasse Ekeberg						<b>Marked 1</b>
01.06.01-						
Lasse Fridstrøm						<b>Marked 2</b>
15.09.01-						
Jostein Skaar						<b>Marked 3</b>
03.05.04-						
Elisabeth Roscher		Mads Magnussen				<b>Juridisk</b>
14.02.00-01.12.02		01.01.03-				
Gunnar Birkelund						<b>Internasjonalt</b>
01.07.01-15.09.03						
Egil P. Johnsen						<b>Utredning</b>
15.09.03-03.10.04						
Lars Sørgard						<b>Informasjon</b>
01.09.04-						
Elin K. Kleven						<b>Etterforskning</b>
01.06.00-31.12.03						
Hans Halvorsen						<b>Regionapparat</b>
01.07.01-30.06.02						
Egil P. Johnsen						
01.07.02-14.09.03						
Cecilie W. Borge						
15.09.03-03.10.04						
Egil P. Johnsen						
04.10.04-						
Egil P. Johnsen						
01.02.00-30.06.01						

# Aktiviteter

Konkurransetilsynet har i perioden 1994-2004 hatt en stor produksjon, som har fordelt seg på mange områder. I det følgende er det fokusert på aktiviteter der tilsynet har grepet aktivt inn.

Først, i tabell 2, er det en samlet oversikt over aktiviteten på flere hovedområder. På side 89 er det informasjon om oppfølgingen av ulovlige karteller. Deretter følger, fra side 90, en liste over alle vedtak om inngrep mot fusjoner og oppkjøp i perioden, og fra side 94 en liste over vedtak om inngrep mot konkurranseskadelig atferd.

Variigheten av vedtak etter konkurranseloven 1993 skulle normalt ikke overstige fem år og aldri mer enn ti år, men vedtakene kunne fornyes.

## Oversikt over noen hovedområder

I tabell 2 gis det en oversikt over hvor mange saker hvert år som har ført til reaksjoner fra Konkurransetilsynets side på noen utvalgte områder.

Det oppgis antall inngrep mot bedriftsvern og mot konkurranseskadelig atferd. Det går frem hvor mange kartellsaker som er anmeldt, og videre antall samarbeidssaker som var i strid med loven og der søknad om fritak er blitt avslått. I tabellen inngår også antall saker der Konkurransetilsynet etter en vurdering har funnet at samarbeid kan tillates og har innvilget dispensasjon.

Til sist oppgis antall uttalelser der Konkurransetilsynet har påpekt og kommentert konkurranseskadelige virkninger av offentlige reguleringer.

Tallene for 2004 er foreløpige og gjelder bare for perioden frem til oktober 2004.

Tabell 2: Konkurransetilsynets reaksjoner (antall saker)

	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	Sum
Inngrep mot bedriftsvern § 3-11	1	1	1	3	2	2	2	2	3	4	3	24
Inngrep mot konkurranseskadelig atferd § 3-10 <sup>1</sup>	7	5	1	5	3	3	6	3	6	5	5	49
Lovbrudd anmeldt <sup>2</sup>	4	2	1	1	3	1	4	3	4	1	1	25
Dispensasjon avslått § 3-9	9	8	12	7	1	6	5	6	8	2	1	65
Dispensasjon gitt § 3-9	106	163	130	101	70	53	99	91	63	37	20	933
Påpekning av skadelig offentlig regulering § 2-2 d)	7	11	4	11	51	17	12	11	14	17		155
Høringsuttalelser med merknader av betydning	63	73	64	92	54	78	77	85	103	96		785

1 Tall for inngrep etter § 3-10 inkluderer ikke prisreguleringer av for eksempel drosjetakster. Tallene kan derfor avvike fra antall vedtak rapportert i tidligere årsberetninger.

2 Anmeldelser til politiet og Økokrim gjelder brudd på konkurranseloven av 1993 §§ 3-1, 3-2 og 3-3, leverandørreguleringsforskriftene av 1957 og prisreguleringsforskriftene av 1960.

## Oppfølging av ulovlige karteller

Konkurrans- og påtalemyndighetene har nedlagt betydelige ressurser i saker mot karteller som har samarbeidet ulovlig om pris, anbud eller markedsdeling og mot selskaper som har drevet med ulovlig påvirkning av priser.

Siden 1986 har Konkurransetilsynet anmeldt 41 kartellsaker og seks prispåvirkningssaker til Økokrim og til lokale politidistrikter. Syv av de anmeldte sakene er for tiden til behandling.

Samlet er om lag 92 millioner kroner tatt inn i strafferettslige bøter og inndragning av vinning. Sakene er blitt avgjort ved forelegg eller dom i byrett og opp til Høyesterett.

I konkurranseloven av 2004 innføres et to-sporet sanksjonssystem med mulighet for straffe- eller sivilrettslige reaksjoner på lovbrudd. Konkurransetilsynet vil dermed selv kunne avslutte saker ved å ilegge et administrativt overtredelsesgebyr.

Tabell 3: De ti største kartellsakene

Avsluttet	Type selskap	Samlet bot og inndragning
1995	Bølgepapp-produsenter	23,0 mill. kr.
1999	Elektromateriell	20,0 mill. kr.
1995	Rørgrossister	16,5 mill. kr.
1991	Stålgrossister	12,7 mill. kr.
1992	Stålprodusent	3,5 mill. kr.
1994	Batterileverandører	3,5 mill. kr.
1990	Wallboardprodusenter	2,8 mill. kr.
1995	Takpapp	2,7 mill. kr.
1996	Sikkerhetssystemer	2,2 mill. kr.
2002	Møbler	1,5 mill. kr.
<b>Sum</b>		<b>88,4 mill. kr.</b>

Tabell 4: Anmeldte saker som ikke er endelig avsluttet

Overtredelse innen årene	Type selskap	Type lovbrudd
2003	Bildekkimportører	Prispåvirkning
1994-2000	Bygg- og anleggsentreprenører	Samarbeid om pris, anbud og markedsdeling
2001-2002	Matmelprodusenter	Samarbeid om pris
1997-2001	Asfaltentreprenører	Samarbeid om pris, anbud og markedsdeling
1995-2000	Hoteller	Samarbeid om pris og informasjonsutveksling
1998-2000	Hotell	Forestått ulovlig informasjonsutveksling
1990-2000	Elektrogrossister	Samarbeid om pris

# Inngrep mot fusjoner og oppkjøp

## § 3-11 i konkurranseloven av 1993

Konkurransetilsynet har i perioden 1994-2004 grepet inn mot 24 fusjoner og erverv etter § 3-11 i konkurranseloven av 1993.

De fleste inngrepene gikk ut på at det ble satt vilkår for å godta ervervet, ofte vilkår om å selge bestemte deler av virksomheten.

I fire saker har Konkurransetilsynet fattet vedtak om å forby ervervet i sin helhet. Dette gjaldt sakene Nobø Electro (2004), Joh-Systems (2004), Felleskjøpet/Norgesmøllene (2003) og Statkrafts erverv i Agder Energi (2002). Bare i saken Joh-Systems (2004) ble forbudet stående.

Vedtak gjort av Konkurransetilsynet ble i flere tilfeller påklaget. Slike klager ble først tatt stilling til i tilsynet, før de eventuelt ble oversendt overordnet departement til behandling og endelig vedtak.

Konkurransetilsynets vedtak fra og med 1998 er tilgjengelig på tilsynets internettsider [www.konkurransetilsynet.no](http://www.konkurransetilsynet.no) under menypunktet Avsluttede saker. Departementets endelige vedtak i saker som er påklaget, er lagt ut på Moderniseringsdepartementets nettsted <http://odin.dep.no/mod> under menypunktet Konkurransopolitikk, for tidsrommet fra og med 1999.

### 2004

Joh-System AS' erverv av Engrospartner AS  
V2004-21 / 02.04.2004  
(ikke påklaget)

NorBetong AS' oppkjøp av NCC Roads AS  
V2004-14 / 31.03.2004  
(påklaget og under behandling i departementet)

Nobø Electro AS' oppkjøp av Siemens Electrical Heating AS  
V2004-16 / 22.03.2004  
(påklaget og tillatt i departementets vedtak 26.10.2004)

### 2003

Fusjon mellom DnB Holding ASA og Gjensidige NOR ASA  
V2003-61 / 07.11.2003  
(ikke påklaget)

Kolo Veidekke AS' erverv av Litra Grus AS  
V2003-53 / 29.08.2003  
(ikke påklaget)

Felleskjøpet Øst Vest BAs erverv av Norgesmøllene DA  
V2003-46 / 04.07.2003  
(påklaget og tillatt på vilkår i departementets vedtak 18.06.2004)

Fornyelse av vedtak (V1998-43) i forbindelse med SAS' erverv i Widerøe's Flyveselskap ASA  
V2003-40 / 12.06.2003  
(ikke påklaget)

## 2002

Tine Norske Meieriers erverv av ti Tine-meierier  
V2002-88 / 28.10.2002  
(ikke påklaget)

Statkraft Holding AS' erverv av Trondheim Energiverk  
V2002-62 / 05.07.2002  
(påklaget og endret frist i departementets vedtak 07.02.2003)

Statkraft Holding AS' erverv av aksjer i Agder Energi AS  
V2002-26 / 21.03.2002  
(påklaget og tillatt på vilkår i departementets vedtak 14.10.2002)

## 2001

Norsk KjøttSamvirke BAs erverv av aksjene i Gudmundsen Eiendom AS  
V2001-27 / 06.03.2001 og V2001-51 / 30.05.2001  
(påklaget og tatt til følge av Konkurransetilsynet)

Simo Invest AS' erverv av Brio Barnvagnar AB  
V2001-26 / 06.03.2001  
(ikke påklaget)

## 2000

Carlsberg AS' erverv av Pripps Ringnes AB  
V2000-141 / 12.12.2000 og V2000-143 / 13.12.2000  
(ikke påklaget)

Felleskjøpenes oppkjøp av Stormøllen AS og 50 prosent av Statkorn AS  
V2000-20 / 17.02.2000  
(påklaget og delvis tatt til følge i departementets vedtak 19.03.2001)

## 1999

Aschehoug og Gyldendals aksjeerverv i Universitetsforlaget  
V1999-89 / 20.12.1999  
(ikke påklaget)

Canal Digital Norge AS' erverv av Norgeskanalen AS  
V1999-15 / 04.03.1999  
(påklaget og tatt til følge i departementets vedtak 21.01.2000)

## 1998

SAS' erverv av aksjer i Widerøe's Flyveselskap ASA  
V1998-43 / 15.06.1998  
(ikke påklaget)

Posten Norge BAs erverv av Forbruker-Kontakt  
V1998-22 / 20.03.1998  
(ikke påklaget)

### **1997**

Gresvig ASAs erverv av Sport Holding AS

10.10.1997

(ikke påklaget)

TrioVing AS' erverv av NT Møller Undall gruppen

12.06.1997

(ikke påklaget)

Norsk Kjøttamvirkes erverv av Yggeseth AS

09.06.1997

(påklaget og tatt til følge i departementets vedtak 06.02.1998)

### **1996**

Norgesmøllene DAs erverv av Nordkronen AS

04.06.1996

(påklaget og tatt til følge i departementets vedtak 24.10.1996)

### **1995**

Felleskjøpet Østlandets erverv av Norgro AS

13.06.1995

(ikke påklaget)

### **1994**

Orkla AS' erverv av aksjer i Frionor AS

22.08.1994

(påklaget og klage tatt til følge i departementets vedtak 23.12.1994)

### **Midlertidig forbud**

I tre saker har Konkurransetilsynet benyttet adgangen i § 3-11 fjerde ledd, som ble innført 5. mai 2000, til å vedta midlertidig forbud mot et erverv. Virksomhetene fikk da ikke lov til å begynne å integrere før det forelå endelig avgjørelse om ervervet kunne godtas eller ikke. De tre sakene var AS Margarinfabrikken Norges erverv av Mills DA (V2003-26), ColorGroup ASA og BNR/Fjord Line (V2002-97) og Aker Maritime og Kværners olje- og gassdivisjoner (V2002-7). I den første og siste saken ble det ikke senere fattet vedtak om inngrep, og ColorGroup og Fjord Line skrinla sine planer.

### **Fusjonskontroll 1988 - 1994**

Fusjonskontroll ble for første gang introdusert i 1988 som § 42 a i prisloven av 1953. Det domstolsliknende organet Priserådet gjorde tre inngrep etter denne paragrafen. Dette var i fusjonen mellom Nora Industrier og Orkla-konsernet (1992), Nora Industriens erverv i Tou AS (1990) (etter fornyet behandling i rådet ble det likevel ikke grepet inn) og Procordia ABs erverv av AS Hansa Bryggeri (1989).

# Inngrep mot konkurranse- skadelig atferd

## § 3-10 i konkurranse- loven av 1993

Konkurransetilsynet har i perioden 1994-2004 grepet inn mot konkurranse-  
skadelig atferd i en rekke enkeltsaker etter § 3-10 i konkurranse-  
loven av 1993.

Inngrep kunne rettes mot vilkår, avtaler og handlinger som opprettholdt  
eller styrket en dominerende stilling ved hjelp av konkurransehennende  
metoder. De kunne også rettes mot forhold som begrenser kunders valg,  
fordyrer produksjon, distribusjon eller omsetning, stenger konkurrenter  
ute og ved nektelse av forretningsforbindelse eller medlemskap i sammen-  
lutninger.

Vedtak etter § 3-10 kunne gå ut på å nedlegge forbud, gi påbud, gi tillatelse  
på vilkår eller regulere ervervsdrivendes priser.

Flere av sakene har vært påklaget til overordnet departement. Listen inne-  
holder imidlertid ikke informasjon om klagebehandling og eventuelt  
utfall.

Konkurransetilsynets vedtak fra og med 1998 er tilgjengelig på tilsynets  
internettsider [www.konkurransetilsynet.no](http://www.konkurransetilsynet.no) under menypunktet  
Avsluttede saker. Departementets endelige vedtak i saker som er påklaget,  
er lagt ut på Moderniseringsdepartementets nettsted <http://odin.dep.no/mod>  
under menypunktet Konkurransopolitikk, for tidsrommet fra og med 1999.

### 2004

TrioVing AS – pålegg om å endre rabattordninger for låssystemer og  
vilkår i lisensavtaler  
V2004-28 / 28.04.2004

Norges Apotekerforening – inngrep mot medlemsapotekenes bruk av  
eksklusivitetsavtaler  
V2004-24 / 22.04.2004

Bodø Boligbyggelag – forbud mot å ta ekstragebyr fra boligselgere som  
bruker andre eiendomsmeglere enn boligbyggelaget  
V2004-6 / 28.02.2004

Tine BA – forbud mot å gi lojalitetsrabatter til industrikunder som kjøper  
hvitost  
V2004-10 / 27.02.2004

### 2003

SAS-gruppens bedriftskundeavtaler  
V2003-71 / 18.12.2003 og V2004-1 / 09.01.2004

Telenor og NBBL – forbud mot enkelte vilkår i rabattavtaler på fasttelefoni  
V2003-58 / 03.10.2003

Finansnæringens Hovedorganisasjon – pålegg om å la alle kvalifiserte takstmenn få tilgang til dataverktøy for bilskadetaksering

V2003-48 / 18.07.2003

De norske Bokklubbene AS – forbud mot å inngå karensavtaler som hindrer konkurrerende bokklubber i å gi ut ny skjønnlitteratur

V2003 - 32 / 16.05.2003

Finansnæringens Hovedorganisasjon, Sparebankforeningen og Bankenes Betalingssentral – forbud mot eksklusivitetsklausuler i avtale om inn-samling av elektroniske korttransaksjonsdata

V2003-15 / 28.03.2003

## **2002**

Telenor Mobil AS – forbud mot å avtale eneleverandørvilkår overfor distributører av mobilabonnement

V2002-85 / 15.10.2002

Telenor Mobil AS – inngrep mot tjenesten Mobilbonus

V2002-55 / 10.07.2002

TV2 AS – forbud mot å gi rabatter som avhenger av hvor stor andel av reklamebudsjettet annonsøren bruker i fjernsynskanalen

V2002-58 / 04.07.2002

SAS-gruppen (Scandinavian Airlines, Braathens og Widerøe) – inngrep mot bedriftskundeavtaler

V2003-16 / 28.03.2002

SAS-gruppen – forbud mot opptjening av bonuspoeng på innenriksreiser, gjennom SAS EuroBonus, Wings eller tilsvarende

V2002-22 / 18.03.2002 og V2002-28 / 10.04.2002

Aventis CropScience Nordic AS – pålegg om å levere samtlige plantevernmidler fra sitt sortiment til Agrovekst AS på like vilkår som til de to andre distributørene

V2002-4 / 07.01.2002

## **2001**

Bankenes Betalingssentral AS (BBS) – forbud mot å operere med eksklusivitetsavtaler i forbindelse med elektroniske fakturaer

V2001-108 / 21.11.2001

Fagrådet for våtrom – inngrep mot godkjenningsordning for våtromsprodukter

V2001-88 / 05.10.2001

Husfliden Tromsø AS – justering av priser fastsatt i vedtak V2000-127

V2001-65 / 05.07.2001

## **2000**

Husfliden Tromsø AS – pålegg om å levere stakke- og forklestoff til Elsa M. Systue på nærmere angitte betingelser

V2000-127 / 09.11.2000

Norsk Leca AS – inngrep mot eneleverandørklausuler i forhandleravtaler  
V2000-116 / 15.11.2000

Norsk FilmStudioAS og Norsk Film AS – inngrep mot forretningsvilkår i  
markedet for utleie av filmstudio  
V2000-81 / 05.07.2000

Det frivillige Skyttervesens avtale med Nammo Raufoss AS  
V2000-80 / 12.07.2000

Nord-Norges Salgslags kobling av markedet for ull og markedet for slakt  
V2000-28 / 02.03.2000

Elektroforeningens regelverk for produktnummersystemet  
Elnummerbanken  
V2000-14 / 17.02.2000

### **1999**

Prior Norges krav om besteforeldreimportert kylling  
V1999-53 / 17.08.1999

TONOs regelverk om eksklusiv forvaltning av rettighetshavernes verker  
og vilkår for å bli andelseier  
V1999-33 / 03.06.1999

Norske Eggsentralers differensierte priser for slakting av høns  
V1999-21 / 31.03.1999

### **1998**

TrioVing AS' avtaler med avtakere  
V1998-34 / 18.05.1998

Telenors rabattordning Familie og venner Mobil  
V1998-14 / 16.02.1998

Røros Tweed – pålegg om å levere stakke- og forklestoff til Elsa M.  
Systue  
V1998-11 / 03.02.1998

### **1997**

Oso Hotwater AS og Oslo Rørhandel  
15.12.1997

Braathens Safes storkundeavtaler  
03.12.1997

SAS Norge og Statens forvaltningstjeneste, SAS' øvrige storkundeavtaler  
03.12.1997

Bodø Boligbyggelag  
11.06.1997

Asker og Bærum Boligbyggelag  
02.06.1997

**1996**

Felleskjøpet Østlandet og Norgro AS  
05.02.1996

**1995**

Optura AS og Gull-Funn AS  
30.08.1995

Pfaff Norge AS  
17.03.1995

Husqvarna AS  
16.03.1995

Norsk register for naturmidler NONA og Helsekostbransjens  
Detaljistforbund  
08.03.1995

Bergens Reiselivslag, Bergen Guide Service og Bergen Guideforening  
14.02.1995

**1994**

Leverandører av sølvvarer og Tinghuset  
10.10.1994

Den norske Forleggerforening og Kristent Mediasenter  
20.09.1994

Televerket og Luftfartsverket  
19.09.1994

Miele og Elkjøpkjeden  
05.09.1994

Den norske Forleggerforening og AL Biliboteksentralen  
01.07.1994

Euroflorist Norge AS og Interflora AL  
10.06.1994

Bankenes fellessystemer innen betalingsformidlingen og Enebakk  
Sparebank  
16.03.1994

Konkurransetilsynet har i tillegg hvert år gjort forskriftsvedtak etter § 3-10 om maksimalpriser for kjøring med drosjebil og flere enkeltvedtak om drosjetakster. I starten av perioden ble priser på kunstgjødsel, sement og melk regulert. Disse § 3-10-vedtakene er ikke inkludert i listen.

## Tidligere utgitt:

- 2/2004 Kven lyt setje pris på boka? Ei vurdering av den norske bokmarknaden
- 1/2004 Konkurransemessig vurdering av ordninger for produktgjenvinning
- 1/2003 Konkurransesituasjonen i finansmarkedene
- 1/2002 Regulering av essensielle fasiliteter for konkurranse
- 5/2001 Prisspredning bensin og autodiesel
- 4/2001 Sammenlignende prisundersøkelse – enkelte dagligvarekjeder i Oslo
- 3/2001 Prismarkeringer og konkurransemessige virkninger av merverdiavgiftsreformen
- 2/2001 Rammebetingelser og konkurranseforhold i jordbrukssektoren
- 1/2001 Sanksjonering - er det verdt prisen?
- 1/2000 Konkurranseforhold i dagligvarehandelen
- 4/1998 Avgrensning av relevante markeder i kraftnæringen
- 3/1998 Avgrensning av relevante markeder i finansnæringen
- 2/1998 Konkurransesutsetting av renovasjonstjenesten
- 1/1998 Konkurranseforhold og inntjening i verdipapirforetak

