



DET KONGELIGE ARBEIDS-
OG ADMINISTRASJONSDEPARTEMENT

Ot.prp. nr. 6

(2003–2004)

- A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretaks-sammenslutninger (konkurranseloven)
- B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Innhold

1	Proposisjonens hovedinnhold	9	4	Lovens formål og virkeområde	31
			4.1	Lovens formål	31
2	Bakgrunn	14	4.1.1	Gjeldende rett	31
2.1	Utvalgets oppnevning, sammensetning og mandat	14	4.1.2	Utvalgets forslag	31
2.1.1	Utvalgets oppnevning og sammensetning	14	4.1.3	Høringsinstansenes merknader	32
2.1.2	Utvalgets mandat	14	4.1.4	Departementets vurderinger	32
2.1.3	Utvalgets tilleggsmandat	17	4.2	Foretaksdefinisjonen	33
2.1.4	Samordning av tilsyn	18	4.2.1	Gjeldende rett	33
2.2	St.meld. nr. 17 (2002–2003) Om statlige tilsyn	18	4.2.2	Utvalgets forslag	33
2.3	Utvalgets arbeid	18	4.2.3	Høringsinstansene	34
2.4	Høringsinstansene	18	4.2.4	Departementets vurdering	34
			4.3	Unntak for lønns- og arbeidsvilkår ...	34
3	Konkurransopolitikkens betydning	21	4.3.1	Gjeldende rett	34
3.1	Innledning	21	4.3.2	Utvalgets forslag	34
3.2	Konkurrans og forbrukerne	21	4.3.3	Høringsinstansenes merknader	35
3.3	Konkurrans og fordeling	22	4.3.4	Departementets vurderinger	35
3.4	Konkurrans og effektivitet	22	4.4	Spørsmålet om unntak for markeder eller grupper av næringsdrivende	36
3.4.1	Innledning	22	4.4.1	Gjeldende rett	36
3.4.2	Innovasjon	22	4.4.2	Utvalgets forslag	36
3.4.3	Kostnadseffektivitet	23	4.4.3	Høringsinstansenes merknader	36
3.5	Forhold som begrenser konkurransen	23	4.4.4	Departementets vurderinger	38
3.5.1	Innledning	23	4.5	Forholdet til stortingsvedtak og andre lover	39
3.5.2	Markedsstruktur	23	4.5.1	Gjeldende rett	39
3.5.3	Konkurranseskadelig atferd	24	4.5.2	Utvalgets forslag	39
3.5.4	Offentlige reguleringer	24	4.5.3	Høringsinstansenes merknader	40
3.6	Analyse av konkurransbegrensninger	25	4.5.4	Departementets vurderinger	40
3.6.1	Innledning	25	4.6	Varigheten av vedtak etter konkurranseloven	40
3.6.2	Avgrensning av det relevante marked og markedskonsentrasjon ...	25	4.6.1	Gjeldende rett	40
3.6.3	Analyse av konkurransbegrensningens virkninger	26	4.6.2	Utvalgets forslag	40
3.6.4	Konkurransanalysen og nasjonale markeder	27	4.6.3	Høringsinstansenes merknader	40
3.7	Styrking av konkurransepolitikken ..	28	4.6.4	Departementets vurderinger	40
3.7.1	Innledning	28	4.7	Forholdet mellom konkurranseloven og konkurransereglene i EØS-avtalen ..	40
3.7.2	Styrking av konkurransemyndighetene	28	5	Konkurransemyndighetens oppgaver	42
3.7.3	Offentlige reguleringer	29	5.1	Håndheving av konkurransereglene	42
			5.1.1	Gjeldende rett	42
			5.1.2	Utvalgets forslag	42
			5.1.3	Høringsinstansenes merknader	43
			5.1.4	Departementets vurderinger	43

5.2	Tiltak for å øke markedenes gjennomsiktighet	43		5.2	Samordnet opptreden mellom foretak)	59
5.2.1	Gjeldende rett	43	6.3.2	EØS-avtalen artikkel 54 (forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling)	60	
5.2.2	Utvalgets forslag	44	6.3.3	Overvåkningsorganenes avgjørelser	60	
5.2.3	Høringsinstansenes merknader	46	6.4	Utvalgets forslag	60	
5.2.4	Departementets vurderinger	48	6.4.1	EØS-harmoniserte forbudsbestemmelser	60	
5.3	Offentlige tiltak og reguleringer	49	6.4.2	Utvalgets forslag til lovbaserte unntak og gruppefritak fra forbudet mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak	61	
5.3.1	Gjeldende rett	49	6.4.3	Påbud om opphør og vedtak knyttet til forbudene	62	
5.3.2	Utvalgets forslag	49	6.4.4	Særlig om adgang til å pålegge strukturelle tiltak	62	
5.3.3	Høringsinstansenes merknader	50	6.4.5	Midlertidig vedtak	63	
5.3.4	Departementets vurderinger	50	6.4.6	Klageadgang når Konkurransetilsynet ikke treffer vedtak	63	
5.4	Offentlige anskaffelser	51	6.4.7	Klageadgang når Konkurransetilsynet ilegger overtredelsesgebyr	63	
5.4.1	Ulovlig direkteanskaffelser	51	6.4.8	Særlig forskriftshjemmel for konkurranserefremmende tiltak	64	
5.5	Offentlig støtte	52	6.5	Høringsinstansenes merknader	64	
5.5.1	Bistand ved håndheving av regelverket for offentlig støtte	52	6.5.1	EØS-harmoniserte forbudsbestemmelser	64	
5.6	Patentloven – Tvangslisens	52	6.5.2	Lovbaserte unntak og gruppefritak fra forbudet mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak	65	
5.6.1	Tildeling av kompetanse for Konkurransetilsynet etter patentloven	52	6.5.3	Påbud om opphør og vedtak knyttet til forbudene	66	
5.7	Samarbeid med reguleringsmyndigheten for elektronisk kommunikasjon	52	6.5.4	Særlig om adgangen til å pålegge strukturelle forpliktelser	66	
5.7.1	Utveksling av taushetspliktig informasjon	52	6.5.5	Midlertidig vedtak	67	
5.7.2	Samarbeid mellom myndigheter	52	6.5.6	Klageadgang når Konkurransetilsynet ikke treffer vedtak	67	
5.8	Bistå andre myndigheter	53	6.5.7	Klageadgang når Konkurransetilsynet ilegger overtredelsesgebyr	68	
5.8.1	Gjeldende rett	53	6.5.8	Særskilt forskriftshjemmel for konkurranserefremmende tiltak	68	
5.8.2	Utvalgets forslag	53	6.6	Departementets vurderinger	68	
5.8.3	Høringsinstansenes merknader	53	6.6.1	EØS-harmoniserte forbudsbestemmelser	68	
5.8.4	Departementets vurderinger	53	6.6.2	Lovbaserte unntak og gruppefritak fra forbudet mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak	69	
5.9	Bistand til fremmede staters konkurransemyndigheter og internasjonale organisasjoner	53	6.6.3	Påbud om opphør og vedtak knyttet til forbudene	69	
5.9.1	Gjeldende rett	53				
5.9.2	Utvalgets forslag	54				
5.9.3	Høringsinstansenes merknader	55				
5.9.4	Departementets vurderinger	56				
6	Konkurransbegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling	57				
6.1	Innledning	57				
6.2	Gjeldende rett	57				
6.2.1	Forbudsbestemmelsene	57				
6.2.2	Unntak fra lovens forbudsbestemmelser	58				
6.2.3	Klageadgang når Konkurransetilsynet ikke treffer vedtak	58				
6.2.4	Den generelle inngrepsadgangen – konkurranseloven § 3–10	58				
6.3	EØS-avtalen artikkel 53 og 54	59				
6.3.1	EØS-avtalen artikkel 53 (forbud mot konkurransebegrensende avtaler og					

6.6.4	Særlig om adgangen til å pålegge strukturelle forpliktelser	70	8.2	Hovedtrekk i utvalgets forslag, Sanksjonsutvalgets innstilling m.m. .	107
6.6.5	Midlertidig vedtak	72	8.2.1	Mandatet	107
6.6.6	Klage når Konkurransetilsynet ikke har truffet vedtak	72	8.2.2	Hovedtrekk i utvalgets forslag	107
6.6.7	Klage når Konkurransetilsynet ilegger overtredelsesgebyr	72	8.2.3	Sanksjonsutvalgets innstilling	108
6.6.8	Særlig forskriftshjemmel for konkurransefremmende tiltak	73	8.3	Overtredelsesgebyr	108
7	Kontroll med foretakssammenslutninger mv. ...	74	8.3.1	Utvalgets forslag	108
7.1	Behovet for å videreføre nasjonal kontroll med markedsstrukturen mv.	74	8.3.2	Høringsinstansenes merknader	112
7.1.1	Gjeldende rett	74	8.3.3	Departementets vurderinger	116
7.1.2	Utvalgets forslag	74	8.4	Straff	118
7.1.3	Departementets vurdering	74	8.4.1	Utvalgets forslag	118
7.2	Saklig virkeområde	75	8.4.2	Høringsinstansenes merknader	119
7.2.1	Gjeldende rett	75	8.4.3	Departementets vurderinger	123
7.2.2	Utvalgets forslag	75	8.5	Lempning	125
7.2.3	Høringsinstansenes merknader	77	8.5.1	Utvalgets forslag	125
7.2.4	Departementets vurderinger	77	8.5.2	Høringsinstansenes merknader	127
7.3	Materielle inngrepsvilkår	79	8.5.3	Departementets vurderinger	128
7.3.1	Gjeldende rett	79	8.6	Vinningsavståelse	129
7.3.2	Utvalgets forslag	79	8.6.1	Utvalgets forslag	129
7.3.3	Høringsinstansenes merknader	80	8.6.2	Høringsinstansene	129
7.3.4	Departementets vurderinger	81	8.6.3	Departementets vurderinger	129
7.4	Innhold i inngrepsvedtaket	83	8.7	Tvangsmulkt	129
7.4.1	Gjeldende rett	83	8.7.1	Utvalgets forslag	129
7.4.2	Utvalgets forslag	84	8.7.2	Høringsinstansene	131
7.4.3	Høringsinstansenes merknader	84	8.7.3	Departementets vurderinger	131
7.4.4	Departementets vurderinger	85	9	Saksbehandlingsregler	133
7.5	Meldeplikt	86	9.1	Oversikt	133
7.5.1	Gjeldende rett	86	9.2	Opplysningsplikt og gransking	133
7.5.2	Utvalgets forslag	86	9.2.1	Gjeldende rett	133
7.5.3	Høringsinstansenes merknader	89	9.2.2	Utvalgets forslag	136
7.5.4	Departementets vurderinger	90	9.2.3	Høringsinstansene	139
7.6	Gjennomføringsforbud	91	9.2.4	Departementets vurdering	143
7.6.1	Gjeldende rett	91	9.3	Bevissikring	146
7.6.2	Utvalgets forslag	92	9.3.1	Gjeldende rett	146
7.6.3	Høringsinstansenes merknader	94	9.3.2	Utvalgets forslag	148
7.6.4	Departementets vurderinger	95	9.3.3	Høringsinstansenes merknader	155
7.7	Frister for saksbehandlingen	98	9.3.4	Departementets vurderinger	162
7.7.1	Gjeldende rett	98	9.4	Dokumentinnsyn	167
7.7.2	Utvalgets forslag	98	9.4.1	Gjeldende rett	167
7.7.3	Høringsinstansenes merknader	99	9.4.2	Utvalgets forslag	168
7.7.4	Departementets vurderinger	100	9.4.3	Høringsinstansene	172
7.8	Bruk av forvalter	102	9.4.4	Departementets vurderinger	174
7.8.1	Gjeldende rett	102	9.5	Unntak fra offentlighetslovens regler	176
7.8.2	Utvalgets forslag	102	9.5.1	Gjeldende rett	176
7.8.3	Høringsinstansenes merknader	104	9.5.2	Utvalgets forslag	177
7.8.4	Departementets vurderinger	104	9.5.3	Høringsinstansenes merknader	177
8	Sanksjoner	106	9.5.4	Departementets vurderinger	177
8.1	Gjeldende rett	106	10	Organisasjonsspørsmål	178
			10.1	Gjeldende rett	178
			10.1.1	Konkurransetilsynets vedtaksmyndighet	178
			10.1.2	Departementets instruksjonsmyndighet	178

10.1.3	Klageordningen	178	13.5.7	Saksbehandling	197
10.2	Utvalgets forslag	179	13.5.8	Sanksjoner	197
10.2.1	Forslag fra utvalgets flertall	179	13.5.9	Konklusjon	198
10.2.2	Særmerknader fra utvalgets mindretall	180			
10.2.3	Forslag til nemndas sammensetning	180	14	Endringer i EØS-	
10.2.4	Prøving i henhold til allmenne hensyn	180		konkurranseloven	199
10.3	St.meld. nr. 17 (2002–2003) Om statlige tilsyn	181	14.1	Innledning	199
10.4	Departementets forslag i høringsbrevet om konkurransemyndighetenes organisasjon og beslutningsprosess	181	14.1.1	Det nye håndhevingsregelverket i EU – Rådforordning (EF) 1/2003	199
10.5	Stortingets behandling av tilsynsmeldingen	182	14.1.2	Inkorporering i EØS-avtalen	199
10.6	Høringsinstansenes merknader	182	14.1.3	Norske myndigheters kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54	199
10.7	Departementets vurderinger	184	14.1.4	Etablering av et system for desentralisert håndheving på EFTA- nivå	200
11	Privat håndheving	187	14.1.5	Oppsummering – lovendringer – traktatsendringer	200
11.1	Behovet for særregulering	187	14.1.6	Plassering av bestemmelsene i ny EØS-konkurranselov	200
11.1.1	Innledning	187	14.2	Domstolenes prøvelsesrett av Kommisjonens eller EFTAs overvåkningsorgans beslutninger om bevissikring	200
11.1.2	Gjeldende rett	187	14.2.1	Innledning	200
11.1.3	Utvalgets forslag	188	14.2.2	Gjeldende rett	201
11.1.4	Høringsinstansenes merknader	188	14.2.3	Utvalgets forslag	202
11.1.5	Departementets vurderinger	188	14.2.4	Høringsinstansenes merknader	202
11.2	Konkurransetilsynets rolle ved private søksmål	189	14.2.5	Departementets vurderinger	202
12	Vernetting	190	14.3	EFTAs overvåkningsorgans innleggsrett for norske domstoler ...	203
12.1	Gjeldende rett	190	14.3.1	Innledning	203
12.2	Utvalgets forslag	190	14.3.2	Gjeldende rett	203
12.3	Høringsinstansenes merknader	191	14.3.3	Utvalgets forslag	203
12.4	Departementets vurderinger	191	14.3.4	Høringsinstansenes merknader	203
13	Norske konkurransemyndigheters håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54	193	14.3.5	Departementets vurderinger	204
13.1	Innledning	193	14.4	Domstolenes anvendelse av EØS- avtalen artikkel 53 og 54	204
13.2	Gjeldende rett	193	14.4.1	Innledning	204
13.3	Utvalgets forslag	193	14.4.2	Gjeldende rett	205
13.4	Høringsinstansenes merknader	193	14.4.3	Utvalgets forslag	205
13.5	Departementets vurderinger	195	14.4.4	Høringsinstansenes merknader	205
13.5.1	Innledning	195	14.4.5	Departementets vurderinger	205
13.5.2	Effektiv håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54	195	14.5	Etableringen av et system som reflekterer at norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS- avtalen artikkel 53 og 54	206
13.5.3	Avklaring av forholdet til EØS- avtalen artikkel 53 og 54 og konkurranseloven hos samme organ	196	14.5.1	Innledning	206
13.5.4	Ensartet system for håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54	196	14.5.2	Plikt til å anvende EØS-avtalen artikkel 53 og 54 der bestemmelsene er anvendelige	206
13.5.5	Informasjonsutveksling	196	14.5.3	Konkurransemyndighetenes innleggsrett for domstolene	207
13.5.6	Samarbeid mellom nasjonale konkurransemyndigheter	197			

14.5.4	Konkurransemyndighetenes anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54	207	15.1.2	Utvalgets forslag	213
14.5.5	Saksbehandling og sanksjoner	208	15.1.3	Høringsinstansenes merknader	213
14.6	Forholdet mellom konkurranseloven og konkurransereglene i EØS-avtalen. .	208	15.1.4	Departementets vurderinger	213
14.6.1	Innledning	208	15.2	Forskriftene under EØS- konkurranseloven	214
14.6.2	Gjeldende rett	209	15.2.1	Utvalgets forslag	214
14.6.3	Utvalgets forslag	209	15.2.2	Høringsinstansenes merknader	214
14.6.4	Høringsinstansenes merknader	209	15.2.3	Departementets vurderinger	214
14.6.5	Departementets vurderinger	209	16	Lovforslagets administrative og økonomiske konsekvenser	216
14.6.6	Forholdet til konkurranse-lovens regler om kontroll med foretakssammenslutninger og forholdet til annen lovgivning	210	16.1	Utvalgets forslag	216
14.7	Konkurransetilsynets kompetanse etter EØS-konkurranseloven §§ 2 og 3	210	16.1.1	Generelt	216
14.7.1	Gjeldende rett	210	16.1.2	Konsekvenser for næringslivet	216
14.7.2	Utvalgets forslag	210	16.1.3	Konsekvenser for forvaltningen	217
14.7.3	Høringsinstansenes merknader	211	16.2	Høringsinstansenes merknader	217
14.7.4	Departementets vurderinger	211	16.3	Departementets vurderinger	218
14.8	EØS-konkurranseloven § 5 – Adgangen til å bøtelegge fysiske personer	211	16.3.1	Generelt	218
14.8.1	Gjeldende rett	211	16.3.2	Konsekvenser for næringslivet	218
14.8.2	Utvalgets forslag	211	16.3.3	Konsekvenser for forvaltningen	219
14.8.3	Høringsinstansenes merknader	211	17	Merknader til de enkelte bestemmelser i konkurranseloven	221
14.8.4	Departementets vurderinger	212	18	Merknader til de enkelte bestemmelser i EØS- konkurranseloven mv.	245
15	Ordningen for gjennomføring av konkurransereglene i EØS- avtalen	213	A) Forslag til lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)	250	
15.1	Konkurranseloven og EØS- konkurranseloven	213	B) Forslag til lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS- konkurranseloven)	257	
15.1.1	Gjeldende rett	213			



DET KONGELIGE ARBEIDS-
OG ADMINISTRASJONSDEPARTEMENT

Ot.prp. nr. 6

(2003–2004)

- A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)
- B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Tilråding fra Arbeids- og administrasjonsdepartementet 10. oktober 2003, godkjent i statsråd samme dag. (Regjeringen Bondevik II)

1 Proposisjonens hovedinnhold

Arbeids- og administrasjonsdepartementet legger med dette frem forslag til ny lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger, med korttittel konkurranseloven, og ny lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv., med korttittel EØS-konkurranseloven.

Lovene erstatter henholdsvis lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet og lov 27. november 1992 nr. 110 om konkurranseregler i EØS-avtalen mv.

Proposisjonen bygger på utredningen fra Konkurranselovutvalget i NOU 2003: 12 Ny konkurranselov og tilhørende høringsuttalelser, samt St.meld. nr. 17 (2002–2003) Om statlige tilsyn og Stortingets behandling av denne.

Forslaget til ny EØS-konkurranselov i Odelsingsproposisjonen bygger på at Stortinget samtykker i de endringer i EØS-avtalen og Avtale om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol

som blant annet følger av at rådsforordning (EF) nr. 1/2003 blir innlemmet i EØS-avtalen. Se nærmere omtale i punkt 14.1.5.

Nedenfor følger en gjennomgang av hovedtrekkene i de enkelte kapitlene i lovproposisjonen.

Kapittel 2 redegjør for bakgrunnen for proposisjonen, herunder en gjennomgang av Konkurranselovutvalgets mandat og St.meld. nr. 17 (2002–2003) Om statlige tilsyn.

Kapittel 3 inneholder en beskrivelse av konkurransepolitikken innhold, oppgaver og målsettinger.

Utgangspunktet for konkurransepolitikken er at konkurranse er det beste virkemiddelet for å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser, et konkurransedyktig næringsliv og en styrking av forbrukernes stilling. Det er imidlertid en rekke forhold som begrenser konkurransen i de ulike markeder. Dette kan skyldes egenskaper ved markedet selv, bedriftenes egen atferd eller offentlige regule-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

ringer som skal tjene andre samfunnsmessige målsettinger.

Konkurransespolitikkenes viktigste utfordring er således å fremme tiltak som bidrar til økt konkurranse. I første rekke krever dette et regelverk som sikrer at konkurranseskadelig atferd er forbudt. Samtidig er det behov for hensiktsmessige kontroll- og sanksjonsmidler som sikrer at konkurransereglene faktisk etterlevs. I utvidet forstand omfatter konkurransepolitikken alle forhold som påvirker konkurransen. Dette innebærer at konkurransehensynet må tillegges vekt innenfor alle politikk-områder, og at konkurranse skal være et selvstendig mål på lik linje med andre samfunnshensyn.

Kapittel 4 omhandler formålet med konkurranse-loven og dens virkeområde.

Departementet foreslår at realitetsinnholdet i konkurranse-lovens formålsbestemmelse videreføres ved at loven fortsatt skal bidra til å fremme effektiv ressursbruk. Departementet ønsker videre å tydeliggjøre at konkurranse er virkemiddelet for å oppnå målsettingen om effektiv ressursbruk. På denne bakgrunn foreslås følgende formålsbestemmelse i § 1:

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

Lovutkastets § 3 viderefører unntaket fra gjeldende konkurranselov for lønns- og arbeidsvilkår. I overensstemmelse med terminologien benyttet under EØS-konkurransereglene, velger departementet å endre ordlyden til «arbeids- og ansettelsesvilkår».

Unntak fra forbudene i konkurranse-loven for markeder eller grupper av næringsdrivende vil bli utformet gjennom forskrifter. Kongen skal fastsette forskrifter om de unntak fra forbudene som er nødvendig for å gjennomføre landbruks- og fiskeripolitikken.

I *kapittel 5* gis en gjennomgang av konkurransemyndighetenes oppgaver etter konkurranse-loven, samt hvilke oppgaver som skal videreføres i ny lov.

Det forutsettes at konkurransemyndighetenes hovedoppgaver fortsatt skal være knyttet til håndheving av konkurranse-loven, herunder kontroll med foretakssammenslutninger.

Når det gjelder tiltak for å øke markedets gjennomsiktighet, foreslår departementet at reglene om prisopplysning overføres til markedsføringsloven. Departementet mener imidlertid at konkurransemyndighetene fortsatt bør ha en hjemmel til å pålegge prisopplysninger mv. når det har en konkurransefremmende virkning å øke markedenes gjennomsiktighet.

Departementet ønsker å videreføre Konkurransetilsynets oppgave med å påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak og forsterke den gjennom å innføre hjemmel for tilsynet til å fastsette svarfrister for henvendelser fra Konkurransetilsynet om offentlige reguleringer.

Kapittel 6 behandler lovutkastets forbudsbestemmelser, herunder forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.

Departementet foreslår at den norske konkurranselov-givningen harmoniseres med EØS-avtalens konkurranseregler for foretak. Med utgangspunkt i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 foreslås § 10 om forbud mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak og § 11 om forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling som bestemmelser i den nye konkurranse-loven. Forslagene innebærer en overgang fra en lov som bygger på en kombinasjon av forbud mot bestemte former for konkurransebegrensende samarbeid og en adgang for konkurransemyndighetene til å gripe inn mot konkurransebegrensende atferd, til en lov som inneholder forholdsvis omfattende forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.

Departementet foreslår i § 10 tredje ledd et system med lovbaserte unntak ved at forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid på visse vilkår ikke får anvendelse. I § 10 fjerde ledd gis Kongen myndighet til å gi nærmere forskrifter om generelle regler (gruppefritak) for hva som skal omfattes av § 10 tredje ledd. Dette gir hjemmel både til å gi fritak i norsk rett tilsvarende det som er gitt etter EØS-reglene, og til å gi egne fritak i forhold til de norske forbudene.

Departementet foreslår i lovutkastets § 12 at Konkurransetilsynet skal kunne pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer forbudene i §§ 10 og 11 å bringe overtredelsen til opphør. I den forbindelse kan tilsynet pålegge enhver forpliktelse som er nødvendig for at overtredelsen skal opphøre, herunder både atferdsregulerende og strukturelle tiltak.

I § 13 foreslår departementet en adgang for Kongen i statsråd til å tillate atferd som er i strid med forbudene i utkastets §§ 10 og 11 og omgjøre Konkurransetilsynets vedtak om påbud om opphør etter forslaget § 12, i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning. Forslaget er nærmere behandlet i *kapittel 10* om organisasjonsspørsmål.

Proposisjonens *kapittel 7* redegjør for reglene om kontroll med foretakssammenslutninger.

Lovutkastet bygger i hovedsak på en videreføring av gjeldende materielle regler for inngrep mot

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

foretakssammenslutninger. Departementet foreslår imidlertid å endre regelen slik at konkurransemyndighetene «skal» gripe inn dersom vilkårene for inngrep er til stede, jf. lovutkastets § 16. I saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning foreslås i lovutkastets § 21 at Kongen i statsråd kan tillate en foretakssammenslutning som konkurransemyndighetene har grepet inn mot. Forslaget er nærmere behandlet i kapittel 10 om organisasjons spørsmål.

De prosessuelle reglene om kontroll med foretakssammenslutninger tar utgangspunkt i tilsvarende bestemmelser i EØS-avtalen, men det foreslås enkelte nasjonale tilpasninger. Departementet legger opp til at reglene skal kunne anvendes på ethvert erverv dersom inngrepsvilkårene er oppfylt, herunder erverv av minoritetsandeler som ikke medfører kontroll.

Departementet foreslår i § 18 at det innføres en alminnelig meldeplikt som i utgangspunktet gjelder alle foretakssammenslutninger. Melding skal sendes til Konkurransetilsynet senest når endelig avtale er inngått. Konkurransetilsynet kan be om ytterligere opplysninger ved å pålegge partene fullstendig melding innen en frist på 15 virkedager. Pålegges ikke partene å sende slik fullstendig melding innen ovennevnte frist, så løper Konkurransetilsynets inngrepskompetanse ut. Dersom partene velger å melde foretakssammenslutningen frivillig, må meldingen tilfredsstillende kravene til fullstendig melding.

I de tilfeller der Konkurransetilsynet pålegger fullstendig melding eller partene melder frivillig, utløses et automatisk gjennomføringsforbud i saksbehandlings første fase. Konkurransetilsynet gis adgang til å fatte vedtak om gjennomføringsforbud i saksbehandlings andre fase dersom det anses nødvendig.

Fra det tidspunkt fullstendig melding er mottatt, gis Konkurransetilsynet en frist på 25 virkedager til å varsle om at inngrep kan være aktuelt. Dersom et slikt varsel er gitt, har tilsynet en frist på 100 virkedager fra fullstendig melding er mottatt til inngrepsvedtak kan bli fattet. Dersom partene fremmer forslag om avhjelpende tiltak, kan fristen utsettes med 25 virkedager.

Kapittel 8 omhandler sanksjoner for overtredelser av konkurranseloven.

Departementet foreslår å supplere eksisterende system med strafferettslige sanksjoner overfor foretak med et sivilt sanksjonsmiddel. På denne bakgrunn gis Konkurransetilsynet i § 29 adgang til å ilegge foretak overtredelsesgebyr ved brudd på konkurranseloven. For fysiske personer gis det kun adgang til å ilegge straff. Overtredelser som kvalifiserer til straff er regulert i lovutkastets § 30.

Med utgangspunkt i EUs erfaringer med sanksjonslempling og det faktum at stadig flere europeiske land innfører lempningsprogrammer for kartellsaker, foreslås tilsvarende regler i § 31 i utkast til ny konkurranselov. Reglene om sanksjonslempling kommer til anvendelse ved utmåling av overtredelsesgebyr etter § 29 og straff etter § 30.

Departementet foreslår å videreføre regelen om tvangsmulkt for å sikre etterlevelse av enkeltvedtak i den nye konkurranseloven.

Kapittel 9 redegjør for saksbehandlingsregler knyttet til håndheving av ny konkurranselov.

Lovutkastets § 24 inneholder en videreføring av dagens ordning hvor enhver plikter å gi opplysninger som er nødvendige for at konkurransemyndighetene skal kunne utføre sine oppgaver etter loven.

I lovutkastets § 25 viderefører departementet kravet om «rimelig grunn» til å anta at konkurranseloven eller vedtak i medhold av konkurranseloven er overtrådt, for å iverksette bevissikring.

Ettersom bevissikring i bolig normalt vil oppleves som et større inngrep enn bevissikring hos et foretak, foreslår departementet en lovfesting av at det i tillegg til å foreligge rimelig grunn til å anta at loven eller vedtak i medhold av den er overtrådt, må være særlig grunn til å anta at bevis oppbevares i boligen for at det skal kunne gjennomføres bevissikring der.

I forbindelse med gjennomføring av bevissikring, foreslår departementet å videreføre gjeldende ordning med at Konkurransetilsynet gis adgang til å ta med originaldokumenter.

På grunn av et stadig økende behov for internasjonalt samarbeid, innføres en hjemmel for Konkurransetilsynet til å gjennomføre bevissikring på vegne av fremmede stater eller internasjonale organisasjoner der det foreligger en folkerettslig avtale som regulerer bistanden.

Departementet foreslår endringer i reglene om innsyn for personer eller foretak som er under etterforskning av Konkurransetilsynet. På begjæring skal det gis innsyn så fremt dette kan skje uten skade eller fare for saksbehandlings øyemed eller tredjemann. Andre med rettslig interesse gis en utvidet innsynsrett, men først etter at saken er avsluttet.

Kapittel 10 behandler spørsmål knyttet til organisering av konkurransemyndighetene.

I forbindelse med Stortingets behandling av St.meld. nr. 17 (2002–2003) Om stilige tilsyn, jf. Innst.S. nr. 222 (2002–2003), har Stortinget besluttet at det ikke skal foretas endringer i klagebehandlingen i inneværende stortingsperiode. Dette innebærer at gjeldende klageregler fortsatt må ligge til grunn for departementets forslag til organisering av og beslutningsprosess for konkurransemyndig-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

hetene i den nye loven. Av departementets utkast til § 8 første ledd fremkommer derfor i likhet med gjeldende konkurranselov § 2–1, at konkurransemyndighetene er Kongen, departementet og Konkurransetilsynet.

I tråd med gjeldende praksis, foreslår departementet å innføre en lovfestet begrensning i hovedregelen om departementets styrings- og kontrollmyndighet overfor Konkurransetilsynet. Utkast til § 8 annet ledd innebærer at departementet ikke kan instruere tilsynet med hensyn til resultatet av deres saksbehandling. Departementets omgjøringsadgang er begrenset i forhold til forvaltningsloven § 35, i det kun ugyldige vedtak kan omgjøres.

Departementet foreslår at det innføres en hjemmel i henholdsvis §§ 13 og 21 for Kongen i statsråd til å omgjøre Konkurransetilsynets eller departementets vedtak i saker av prinsipiell eller stor samsunnsmessig betydning. Det foreslås at Kongen i statsråd både skal kunne omgjøre Konkurransetilsynets vedtak ut fra andre hensyn enn konkurransehensyn, og overprøve det konkurransemessige skjønn som tilsynet har utøvd i den konkrete saken. Kongen i statsråd kan også på samme betingelser treffe tilsvarende vedtak som Konkurransetilsynet.

Kapittel 11 redegjør for forskjellige sider ved privat håndheving ved overtredelser av konkurranse-loven.

Departementet foreslår ingen særskilte regler knyttet til erstatning og midlertidig sikring i konkurranse-loven. I § 10 annet ledd er det foreslått at avtaler som er forbudt etter § 10, ikke skal ha noen rettsvirkninger.

Departementet har vurdert Konkurransetilsynets rolle ved private søksmål, herunder private parters rett til innsyn i Konkurransetilsynets dokumenter. Lovutkastet inneholder bestemmelser som gir enhver med rettslig interesse en utvidet rett til innsyn i dokumentene i en overtredelsessak når den er avsluttet.

Kapittel 12 omhandler regler om verneting i saker etter konkurranse-loven.

Departementet finner det ikke nødvendig å innføre særlige regler om verneting i konkurranse-loven. Departementet antar også at reglene i tvistemålsloven er tilstrekkelige til å ivareta behovet for forening av saker om overtredelsesgebyr som springer ut av samme forhold.

Kapittel 13 redegjør for norske konkurransemyndigheters håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Departementet foreslår i § 6 i EØS-konkurranse-loven at norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Departementet legger i denne forbindelse blant annet vekt på at dette vil kunne bidra til en

mer effektiv håndheving av nevnte bestemmelser, samt forenkle samarbeidet med EFTAs overvåkningsorgan (ESA). Videre vil håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 etter departementets oppfatning føre til at reglene i større grad blir anvendt, samt bidra til en mer enhetlig anvendelse av regelverket.

Kapittel 14 omhandler endringer i EØS-konkurranse-loven, herunder ulike bestemmelser i rådsforordning (EF) 1/2003 og bestemmelser som regulerer konkurransemyndighetenes håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Rådsforordning 1/2003 artikkel 20 og 21 regulerer domstolenes prøvelsesrett av Kommisjonens beslutninger om bevissikring, og vil bli inkorporert i EØS-avtalen og deretter ODA. Departementet foreslår derfor at ovennevnte bestemmelser i tilpasset form i sin helhet tas inn i EØS-konkurranse-loven § 3 tredje og fjerde ledd.

Rådsforordning 1/2003 artikkel 15 regulerer samarbeidet mellom Kommisjonen og nasjonale konkurransemyndigheter på den ene side, og nasjonale domstoler på den annen, når sistnevnte behandler spørsmål under EF-traktaten artikkel 81 og 82. Artikkel 15 nr. 3 vil i sin EØS-tilpassede form gi ESA innleggsrett overfor norske domstoler i saker som gjelder anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Videre kan ESA kreve innsyn i saksdokumenter som er nødvendige for å utarbeide innlegg. Departementet legger til grunn at regulering av disse rettigheter krever lovendring, og bestemmelsen foreslås tatt inn i EØS-konkurranse-loven § 9.

Rådsforordning 1/2003 artikkel 16 nr. 1 regulerer rettsanvendelsen til nasjonale domstoler. Siden ovennevnte gjennomfører en forpliktelse etter EØS-avtalen og regulerer norske domstolers anvendelse av EØS-retten, foreslår departementet at bestemmelsen tas inn i EØS-konkurranse-loven § 8.

Departementet legger til grunn at norske myndigheters håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 bør reguleres på tilsvarende måte som forordning 1/2003 regulerer nasjonale konkurransemyndigheter i EU.

På denne bakgrunn foreslår departementet at forordningens bestemmelser om når og hvordan nasjonale konkurransemyndigheter skal anvende EF-traktaten artikkel 81 og 82 (tilsvarende EØS-avtalen artikkel 53 og 54) og bestemmelser om nasjonale konkurransemyndigheters innleggsrett for nasjonale domstoler, skal inntas i EØS-konkurranse-loven. Vedrørende regler om saksbehandling og sanksjoner, legger departementet opp til at bestemmelsene i konkurranse-loven gjelder tilsvarende i EØS-konkurranse-loven.

Etter departementets syn er det hensiktsmessig at man velger tilsvarende avgrensningskriterier for

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

anvendelsen av norsk konkurranselovgivning og EØS-avtalen artikkel 53 og 54, som EU har for forholdet mellom nasjonal konkurranselovgivning i EU og EF-traktaten artikkel 81 og 82. Departementet foreslår derfor bestemmelser i EØS-konkurranseloven som ivaretar dette, jf. lovutkastets § 7 annet og tredje ledd.

Kapittel 15 omhandler ordningen for gjennomføring av konkurransereglene i EØS-avtalen.

Gjeldende konkurranseregelverk i Norge består av henholdsvis konkurranseeloven og EØS-avtalens konkurranseregler for foretak. Mens konkurranseeloven inneholder et fullstendig norsk konkurranserettlig regelverk med både materielle og prosessuelle regler, gjennomfører EØS-konkurranseloven våre forpliktelser etter EØS-avtalen. På denne bakgrunn mener departementet at reglene fortsatt bør organiseres i to separate lover.

Som det fremgår av kapittel 13 og 14, foreslår departementet en rekke endringer i EØS-konkurranseloven. Etter departementets oppfatning tilsier endringene at det er mest hensiktsmessig å vedta en ny lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler (EØS-konkurranseloven). Den gjeldende lov om konkurranseregler i EØS-avtalen mv. foreslås dermed opphevet.

I *kapittel 16* vurderes lovforslagets administrative og økonomiske konsekvenser for henholdsvis næringslivet og forvaltningen.

Departementet legger til grunn at utkastet til ny konkurranselov og EØS-konkurranselov vil ha positive administrative og økonomiske konsekvenser for næringslivet. Det henvises i den forbindelse til harmonisering av regelverket med konkurransereglene i EØS, samt at norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Innføring av alminnelig meldeplicht vil kunne medføre visse merkostnader for næringslivet, men ikke av et slikt omfang at ordningen oppfattes som unødig tyngende.

Departementet antar at overgangen til forbudsbasert lovgivning vil føre til en økning i antall klagesaker, og dermed økt ressursbehov for departementet som klageinstans.

Innføring av bestemmelser om sanksjonslempling antas å øke arbeidsmengden i Konkurransetilsynet tilsvarende 8–10 årsverk. Videre vil Konkurransetilsynets arbeid med å påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige reguleringer kreve økt ressursbruk.

Som følge av at vanlige regler for domstolskontroll også gjelder i saker etter konkurranseeloven, antar departementet at ressursbehovet i domstolene vil øke med cirka ett årsverk.

Kapittel 17 inneholder merknader til de enkelte paragrafene i den nye konkurranseeloven.

Kapittel 18 inneholder tilsvarende merknader til bestemmelsene i EØS-konkurranseloven.

2 Bakgrunn

2.1 Utvalgets oppnevning, sammensetning og mandat

2.1.1 Utvalgets oppnevning og sammensetning

Konkurranselovutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 24. november 2000.

Professor Hans Petter Graver, Universitetet i Oslo, ble oppnevnt som leder av utvalget.

Utvalget har for øvrig bestått av følgende medlemmer:

Ekspedisjonssjef Jan Bjørland, Finansdepartementet,

Kontorsjef Magne Eek, Forbrukerombudet,

Førstestatsadvokat Morten Eriksen, Økokrim,

Advokat Arnhild Dordi Gjønnnes, Næringslivets Hovedorganisasjon,

Ekspedisjonssjef Eva Hildrum, Samferdselsdepartementet,

Avdelingsleder Stein Reegård, Landsorganisasjonen i Norge,

Juridisk direktør Elisabeth Roscher, Konkurransetilsynet,

Rådgiver Margrethe Slinde, Olje- og energidepartementet,

Advokat Helge Stemshaug, advokatfirma Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen,

Advokat Siri Teigum, Thommessen Krefting Greve Lund AS Advokatfirmaet,

Avdelingsdirektør Steinar Undrum, Arbeids- og administrasjonsdepartementet og

Avdelingsdirektør Randi Wilhelmsen, Nærings- og handelsdepartementet.

Konkurransetilsynet har vært sekretariat for utvalget.

Sekretariatet har bestått av følgende personer:

Thea S. Skaug (sekretariatsleder), rådgiver, Konkurransetilsynet,

Berit Ottesen, seniorrådgiver, Konkurransetilsynet og

Sigrid Steine-Eriksen, seniorrådgiver, Konkurransetilsynet.

Arbeids- og administrasjonsdepartementet, ved rådgiver Lars Tore Fredriksen og rådgiver Christina Erichsen har bistått sekretariatet.

2.1.2 Utvalgets mandat

I utvalgets mandat heter det:

«Regjeringen har besluttet å oppnevne et offentlig utvalg som skal foreta en gjennomgang av norsk konkurranselovgivning og fremme forslag om nytt regelverk på området. Behovet for en bred gjennomgang av norsk konkurranselovgivning er bl.a. begrunnet i erfaringene med den norske konkurranseloven og EØS' konkurranseregler, utviklingen i EUs og EØS' konkurransepolitikk de senere år, samt signaler fra Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan, ESA, om at nasjonale konkurransemyndigheter i større grad bør håndheve EUs og EØS' konkurranseregler (desentralisert håndheving).

I. Desentralisert håndheving

De siste årene har det vært økt fokus på desentralisert håndheving av EUs og EØS' konkurranseregler som virkemiddel for en mer effektiv kontroll med skadelige konkurransereguleringer. Kommisjonen har i flere år oppfordret medlemsstatene i EU til å vedta lovgivning som gir de nasjonale konkurransemyndighetene hjemmel til å håndheve forbudene mot hhv. konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av markedsrett i EF-traktaten (EF) artikkel 81 og 82. ESA utstedte 22. mai 2000 en kunngjøring der det oppfordrer EØS-EFTA-statene, herunder Norge, til å vedta internrettslig hjemmel for nasjonale konkurransemyndigheter til å håndheve og sanksjonere overtredelser av EØS-avtalens forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av markedsrett, jf. avtalens artikkel 53 og 54.

Kommisjonen fremmet 27. september 2000 forslag til ny rådsforordning om gjennomføring av forbudene mot hhv. konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av markedsrett i EF artikkel 81 og 82. Forslaget innebærer omfattende endringer i forhold til dagens håndhevsregime og har til formål å effektivisere og modernisere reglene for håndheving av forbudene i EF artikkel 81 og 82. Et sentralt element i moderniseringsforslaget er at også nasjonale konkurransemyndigheter skal håndheve EF artikkel 81 og 82, dvs. at håndhevingen i større grad skal desentraliseres. Regelverket som foreslås revidert er implementert i EØS-avtalen

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

og får dermed betydning både for EØS-avtalen og norsk rett.

I henhold til lov 27. november 1992 nr. 110 om konkurranseregler i EØS-avtalen (EØS-konkurranseloven) har Konkurransetilsynet kompetanse til å innhente informasjon og gjennomføre kontroller i forbindelse med håndhevingen av EØS-avtalens konkurranseregler. Norske myndigheter har imidlertid ikke hjemmel til å sanksjonere overtredelser av EØS-avtalens forbud mot hhv. konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av markedsmakt. Kompetansen til å innhente informasjon og gjennomføre kontroller i forbindelse med håndhevingen av EØS-avtalens konkurranseregler nyttes derfor i praksis når Konkurransetilsynet bistår ESA i arbeidet med å håndheve EØS' konkurranseregler.

På bakgrunn av ovennevnte bes utvalget om å:

- vurdere om det er behov for å gi norske myndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalens artikkel 53 og 54 fullt ut og
- utarbeide forslag til lovbestemmelser som vil gi norske myndigheter hjemmel til å forestå en effektiv desentralisert håndheving av EØS' konkurranseregler.

Utvalget skal legge fram sine vurderinger og forslag i en delinnstilling innen 1. november 2001.

1. Ny norsk konkurranselov

a) Bør en ny norsk konkurranselov i større grad harmoniseres med EØS' konkurranseregler?

Siden 1994 har vi hatt to sett konkurranseregler som gjelder som norsk lov; lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven) og EØS-avtalens konkurranseregler slik disse er gjennomført i norsk lov (lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven) og EØS-konkurranseloven med forskrifter). Begge regelsett retter seg direkte mot ervervsdrivende og har til formål å sørge for at ervervsdrivende gjennom sin atferd ikke hindrer eller skader en virksom konkurranse. Videre er det stor grad av overlapp mellom de to regelsettene fordi EØS' konkurranseregler vil komme til anvendelse på en rekke konkurransereguleringer iverksatt av og mellom norske næringsdrivende. Mange ervervsdrivende, også de som primært driver virksomhet i Norge, må derfor forholde seg til to sett konkurranseregler. De to regelsettene er imidlertid svært forskjellig utformet. Det gjelder både med hensyn til valg av reguleringsprinsipp, utforming av de materielle og prosessuelle bestemmelsene,

sanksjonsreglene og organiseringen av konkurransemyndighetene.

Et hovedspørsmål ved utarbeidelse av ny norsk konkurranselov er om det er hensiktsmessig å opprettholde en norsk konkurranselov som er vesentlig forskjellig fra EØS' konkurranseregler eller om en ny norsk konkurranselov i større grad bør harmoniseres med EØS-reglene. Problemstillingen aksentueres dersom norske konkurransemyndigheter får kompetanse til å håndheve overtredelser av EØS' konkurranseregler fordi samme myndighet da vil kunne kontrollere og sanksjonere samme forhold etter ulikt utformede materielle og prosessuelle bestemmelser i hhv. konkurranseloven og EØS-avtalens konkurranseregler. Det bør vurderes om det er en ønskelig rettssituasjon.

Siden gjeldende konkurranselov trådte i kraft har det dessuten skjedd store endringer i konkurranseregelverket til våre viktigste handelspartnere. Både Sverige og Danmark har nå, som de fleste øvrige stater i EU, nasjonal konkurranselovgivning som i stor utstrekning er utformet etter mønster av EF-traktatens konkurranseregler.

På bakgrunn av ovenstående bes utvalget om å:

- vurdere om og eventuelt i hvilken utstrekning en ny norsk konkurranselov bør utformes etter mønster av EØS-avtalens konkurranseregler eller en annen lovmodell og gi en tilråding om dette.

Utvalget skal legge fram sine vurderinger og tilrådingen i en delinnstilling innen 1. november 2001.

b) Utforming av ny konkurranselov

Etter behandling av delinnstillingen om harmoniseringsspørsmålet, jf. punkt II a, vil utvalget bli bedt om å fremme forslag til ny norsk lov som enten er utformet etter mønster av EØS-avtalens konkurranseregler for foretak eller en alternativ lovmodell.

Uansett valg av lovmodell må en ny norsk konkurranselov utformes under hensyn til våre forpliktelser etter EØS-avtalen. Det er derfor viktig at utvalget, i sitt arbeid med utarbeidelse av ny konkurranselov, følger den pågående moderniseringsprosessen i EU/EØS og tar hensyn til den utviklingen som her finner sted.

Dersom utvalget blir bedt om å utforme en ny lov etter mønster av EØS' konkurranseregler, skal utvalget vurdere behovet for særbestemmelser og tilpasninger begrunnet i norske behov, og eventuelt fremme forslag om slike bestemmelser.

Ved utforming av en ny lov vil erfaringene med gjeldende konkurranselov og EØS' konkurranseregler være relevante. I det følgende

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

pekes det på enkelte problemstillinger knyttet til gjeldende konkurranselov. Relevansen av de ulike problemstillingene vil avhenge av hvilken lovmodell som velges og graden av harmonisering. Det forutsettes at utvalget i nødvendig utstrekning innhenter erfaringer med gjennomføringen av konkurransepolitikken og konkurranselovgivningen fram til i dag.

Erfaringer med konkurranseloven har avdekket behov for vesentlige endringer. For det første er rekkevidden av flere av lovens bestemmelser uklar. Dette skaper også uklarheter med hensyn til avgrensningen mellom flere av lovens bestemmelser. Det gjelder særlig forholdet mellom konkurranseloven § 3–11 om inngrep mot bedriftsøkonomi og de øvrige materielle bestemmelsene. Det er derfor behov for lovendringer for å klargjøre rettsstillingen og bedre forutberegneligheten for lovens adressater på flere områder.

Enkelte av lovens sanksjonsmidler har aldri blitt benyttet og andre er kun benyttet i et fåtall saker. Det bør derfor vurderes om loven inneholder hensiktsmessige virkemidler for å føre en effektiv kontroll med skadelige konkurransereguleringer. Konkurranselovgivningens effektivitet og gjennomslagskraft henger nøye sammen med om bestemmelsene kan håndheves effektivt. Reglens virkninger beror bl.a. på innholdet i de materielle reglene som skal håndheves, kontroll- og bevissikringsmuligheter, effektive håndhevingsorganer samt tilgang til effektive sanksjonsmidler. Effektive sanksjonsmidler er viktig dersom loven skal virke forebyggende mot overtredelser. Reaksjonen bør oppleves følebar for de som bryter loven. Dette er særlig viktig ved brudd på konkurranselovgivningen, bl.a. fordi oppdagelsesrisikoen ofte er liten, samtidig som fordelen ved overtredelsen kan være meget stor. Sanksjonsmidlene må derfor fremstå som effektive og reelle. Utvalget skal gjennomgå sanksjonsmidlene og redegjøre for hvilke hensyn som skal tillegges vekt ved reaksjonsfastsettelsen.

Det klare flertall av Konkurransetilsynets vedtak er dispensasjoner fra lovens forbudsbestemmelser. Få forhold anmeldes årlig, og det treffes relativt få inngrepsvedtak per år. Det gjelder både etter konkurranseloven § 3–10 som gir hjemmel til å gripe inn mot konkurransebegrensende atferd og etter konkurranseloven § 3–11 om inngrep mot bedriftsøkonomi. Utvalget bør vurdere hva som bør være konkurransemyndighetenes primære oppgaver og om loven bør endres slik at konkurransemyndighetene bedre kan prioritere tilsynet med de mest skadelige konkurransereguleringene. Erfaringene med inngrepshjemlene vil også være av betydning ved utforming av eventuelle nye inngrepshjemler.

Videre har deler av gjeldende konkurranselov vært gjenstand for kritikk. Det gjelder i første rekke klageordningen etter konkurranseloven. Stortinget har bedt regjeringen vurdere denne.

Konkurransereglene i hoveddelen av EØS-avtalen er gjort til norsk rett gjennom EØS-loven. Øvrige materielle og prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen er implementert i norsk rett gjennom EØS-konkurranseloven og forskrifter gitt i medhold av denne lov. Samtidig har vi en egen norsk konkurranselov. Det bør vurderes om gjeldende ordning for implementering av EØS' konkurranseregler er hensiktsmessig og om norsk konkurranseregelverk bør samles i et mer enhetlig regelverk.

Ved utformingen av ny lov må utvalget dessuten ta i betraktning en del generelle utviklingstrekk nasjonalt og internasjonalt. For det første bør regelverket, så langt mulig, tilpasses den økte globaliseringen av næringslivet for å sikre en effektiv kontroll med og håndheving av grensoverskridende konkurransereguleringer. Nordiske konkurransemyndigheter har utarbeidet en rapport der det anbefales at statene gjennomfører lovendringer som vil muliggjøre et nærmere samarbeid mellom de nordiske konkurransemyndighetene. En endring i konkurranseloven som ble vedtatt 5. mai 2000 åpner for at norske konkurransemyndigheter i større grad vil kunne samarbeide med andre staters konkurransemyndigheter.

Videre er det i Norge en rekke lover og regler der formålet helt eller delvis sammenfaller med formålet bak konkurranselovgivningen. Det gjelder både generelle lover som påvirker og regulerer konkurranseforholdene i flere sektorer, som f.eks. lov 23. desember 1994 nr. 79 om erverv av næringsvirksomhet, lov 27. november 1992 nr. 116 om offentlige anskaffelser m.v. og lov 27. november 1992 nr. 117 om offentlig støtte, og lover som påvirker og regulerer konkurranseforholdene innenfor enkeltsektorer som f.eks. telesektoren, finansnæringen og kraftmarkedene. Lovene som påvirker og regulerer konkurranseforholdene innenfor enkeltsektorer er i stor utstrekning et resultat av ulike reguleringsreformer som er gjennomført i løpet av 1980- og 90-tallet. Sektorer hvor det er gjennomført reguleringsreformer vil ofte være dominert av én, eventuelt noen få bedrifter. Konkurransemyndighetene spiller derfor en viktig rolle på slike områder, spesielt i perioden rett etter at markedet blir åpnet for konkurranse. I tillegg er reguleringsmyndighetene innenfor disse sektorene tillagt oppgaver med å føre tilsyn med konkurransen innenfor sine sektorer. Det reiser spørsmål om ansvars- og oppgavefordeling mellom konkurransemyndighetene og myndigheter med reguleringsansvar innen-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

for bestemte næringer. Konkurransetilsynet har inngått uforpliktende samarbeidsavtaler med en rekke sektormyndigheter for å få en best mulig håndtering av konkurransepolitiske problemstillinger. Disse avtalene regulerer imidlertid ikke den overlappende kompetansen mellom konkurransemyndighetene og de enkelte reguleringsmyndighetene.

På bakgrunn av ovennevnte bør utvalget vurdere forholdet mellom konkurranseloven og tilgrensende lovverk, herunder forholdet mellom konkurransemyndighetene og andre tilsynsmyndigheter med likeartet virksomhet.

Etterspørerne i nylig deregulerte markeder kan være uvant med å orientere seg om de ulike tilbudene. I slike markeder vil det derfor kunne være behov for å iverksette informasjonstiltak overfor etterspørselsiden for å få konkurransen til å fungere. Konkurransetilsynet har flere virkemidler for å effektivisere etterspørselsiden med sikte på å fremme virksom konkurranse. Prisundersøkelser og påbud om prisopplysning er eksempler på slike virkemidler. Forbrukermyndighetene har liknende oppgaver i forhold til etterspørselsiden, men med særlig vekt på forbrukervern. Det er aktuelt å vurdere om tiltak rettet mot etterspørselsiden fortsatt bør være en del av konkurransemyndighetenes oppgaver eller om disse for eksempel kan overføres til forbrukermyndighetene.

Ved utformingen av en ny norsk konkurranselov vil følgende problemstillinger være særlig sentrale:

- organiseringen av konkurransemyndighetene, herunder beslutningsprosessen og ulike modeller for overprøving og kontroll av myndighetenes vedtak,
- oppgave- og ansvarsfordeling mellom konkurransemyndighetene og ulike sektormyndigheter og
- utforming av hensiktsmessige kontroll- og sanksjonsmidler for å sikre en effektiv håndheving og etterlevelse av reglene.

På bakgrunn av ovennevnte og under hensyn til våre forpliktelser etter EØS-avtalen, bes utvalget om å:

- fremme forslag til ny norsk konkurranselov som inneholder hensiktsmessige virkemidler for å føre en effektiv kontroll med skadelige konkurransereguleringer og som samtidig ivaretar hensynet til forutberegnelighet og alminnelige rettssikkerhetsgarantier.

III. Lovstruktur

Utvalget bes vurdere hvorvidt det norske konkurranseregulverket bør samles i én lov.

IV. Økonomiske og administrative konsekvenser

Utvalget må utrede de økonomiske og administrative konsekvenser av sine forslag.

Utvalget står fritt til å utrede de spørsmål det selv finner hensiktsmessig og nødvendig å ta opp under arbeidets gang.

Utvalget skal legge fram sine vurderinger og tilrådingene innen 1. november 2002.»

I brev av 22. oktober 2002 ble utvalget innvilget fristutsettelse frem til 1. april 2003.

2.1.3 Utvalgets tilleggsmandat

I brev av 25. januar 2002 ble Konkurranselovutvalget gitt et tilleggsmandat der det heter:

«Ved kgl. res. av 24. november 2000 ble det oppnevnt et utvalg som skal foreta en gjennomgang av norsk konkurranselovgivning og fremme forslag om nytt lovverk på området. Utvalget leverte 6. juli 2001 en delinnstilling der utvalget blant annet anbefaler at en ny norsk konkurranselov inneholder forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling etter mønster av EØS-artikkel 53 og 54. Delinnstillingen ble sendt på høring med frist 31. desember 2001.

På bakgrunn av ovennevnte og departementets vurderinger, presiseres med dette mandatet som følger:

Utvalget bes utarbeide en lovmodell i samsvar med utvalgets anbefalinger i delinnstillingen, dvs basert på EØS-avtalens artikkel 53 og 54. Utvalget bes i denne sammenheng også vurdere om, og tilfelle i hvilken utstrekning, det er hensiktsmessig å harmonisere det prosessuelle regelverket. Utvalget bør i denne sammenheng være oppmerksom på den pågående prosess i EF med endringer av det prosessuelle regelverk under EF artikkel 81 og 82.

Utvalget bes videre vurdere spørsmålet om EØS-tilpasning av reglene om bedriftsserverv, både med hensyn til materiell og prosessuell harmonisering.

Følgende tre forhold bes utredet på selvstendig grunnlag, og uavhengig av om utvalget har andre anbefalinger på disse områder:

- I forhold til klageordningen bes utvalget utrede et alternativ som innebærer at klageordningen endres slik at departementet som hovedregel ikke skal være klageinstans for Konkurransetilsynets vedtak.
- Når det gjelder oppgave- og ansvarsfordeling mellom konkurransemyndighetene og ulike sektormyndigheter, bes lovutvalget utrede et alternativ som medfører at tilsynet med konkurransemessige forhold i alle markeder samles i Konkurransetilsynet.
- Utvalget bes utrede en ordning der ansvarli-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

ge myndigheter, innen gitte tidsfrister, må vurdere og redegjøre for forhold som tilsynet tar opp i medhold av tilsynets adgang etter konkurranseloven § 2–2 d til å påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak.»

2.1.4 Samordning av tilsyn

I tilleggsmandatet bes utvalget som nevnt foran blant annet om å utrede et alternativ for ansvars- og oppgavefordelingen mellom konkurransemyndigheter og ulike sektormyndigheter som medfører at tilsynet med de konkurransemessige forhold i alle markeder samles i Konkurransetilsynet.

Utvalget ved formann Hans Petter Graver har i møte med departementet gitt uttrykk for at denne oppgaven kunne innebære en vesentlig økt arbeidsbelastning for utvalget. I brev av 13. mars 2002 presiserte derfor departementet tilleggsmandatet slik:

«På denne bakgrunn vil departementet etter 1. juni i år ta opp med utvalget hvordan denne oppgaven skal løses. På dette tidspunktet vil Statskonsult ha levert en mer generell utredning av organisering av statlige tilsyn. Departementet antar at denne utredningen vil gi et bedre grunnlag for å vurdere innhold og omfang av det oppdrag som det omtalte kulepunkt i tilleggsmandatet vil medføre.

For øvrig forutsetter departementet at utvalget vil foreta de vurderinger av samordning mellom konkurransetilsyn og sektortilsyn som angitt i det opprinnelige mandat.»

I brev av 25. juli 2002 fra Arbeids- og administrasjonsdepartementet heter det:

«Statskonsults rapport er nå fremlagt. Departementet kan ikke se at rapporten vil lette konkurranselovutvalgets arbeid vesentlig. Videre skal Regjeringen fremme en melding til Stortinget om gjennomgang av statlige tilsyn og organiseringen av disse – herunder arbeids- og oppgavefordelingen tilsynene imellom – i løpet av 2002.

Etter dette har departementet besluttet at gjennomgangen og vurderingen av arbeids- og oppgavefordelingen mellom Konkurransetilsynet og andre sektortilsyn – herunder spørsmålet om samordning av tilsynet med konkurransemessige forhold – i sin helhet tas ut av Konkurranselovutvalgets mandat.

På bakgrunn av den pågående prosess i forvaltningen vedrørende organisering av statlige tilsyn, forutsettes imidlertid at forslaget til ny konkurranselov utformes slik at loven ikke vil være til hinder for et regime der tilsynet med konkurransemessige forhold i alle markeder samles i Konkurransetilsynet, eventuelt at utval-

get også legger frem et alternativ som ivaretar dette hensyn.»

2.2 St.meld. nr. 17 (2002–2003) Om statlige tilsyn

I slutfasen av utvalgets arbeid la Regjeringen frem St.meld. nr. 17 (2002–2003) Om statlige tilsyn. Her trekker Regjeringen opp visse hovedprinsipper for organiseringen av statlige tilsyn. Disse hovedprinsippene er blant annet uavhengighet, bruk av klagenemnder og mulighet for regjeringen til å gripe inn i visse saker. Utvalget har ikke hatt anledning til å gå grundig gjennom meldingen og sammenholde den med utvalgets egne forslag. Utvalget har likevel konstatert at det er samsvar mellom de hovedprinsipper som er trukket opp i meldingen og de hovedprinsipper som ligger til grunn for utvalgets forslaget til ny konkurranselov.

2.3 Utvalgets arbeid

Utvalget startet sitt arbeid 26. januar 2001 og leverte NOU 2001: 28 Delinnstilling om endringer i konkurranselovgivningen 6. juli 2001. Utvalget startet arbeidet med ny norsk konkurranselov i august 2001, og fikk endelig avklaring fra departementet med hensyn til hvilke prinsipper som skulle ligge til grunn for loven i januar 2002. Utvalget har således brukt ett år og syv måneder på arbeidet med sin avsluttende innstilling. I forbindelse med hovedinnstillingen har utvalget avholdt 19 møter. Seks av møtene gikk over to dager, mens ett møte gikk over tre dager.

På møtet den 20. september 2001 inviterte utvalget en rekke representanter fra det offentlige og private til å holde relevante innlegg. Utvalget har innhentet en utredning fra førsteamanuensis dr. juris Olav Kolstad: Harmonisering av konkurransepolitikken gjennom rettsenhet – en utredning om konkurransepolitikken utvikling i utvalgte land. I tillegg har utvalget innhentet en utredning fra universitetsstipendiat Erling Hjelmeng, Senter for europarett, om sivilrettslige aspekter ved konkurranselovgivningen. Denne er inntatt som vedlegg 1 til innstillingen.

2.4 Høringsinstansene

Konkurranselovutvalgets innstilling i NOU 2003: 12 Ny konkurranselov ble, sammen med departementets høringsbrev, lagt ut på Odin i elektronisk versjon og samtidig sendt med vanlig post på høring

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

10. april 2003. I tillegg til utvalgets innstilling tok høringsbrevet også opp forholdet mellom ny konkurranselov og St.meld. nr. 17 (2002–2003) Om statlige tilsyn. Det gjaldt særlig spørsmålet om gjennomføringen i ny konkurranselov av prinsippene for klagebehandling og regjeringens inngrepsadgang ved beslutninger fattet av Konkurransetilsynet og den foreslåtte Konkurransenemnda som var omtalt i meldingen.

Videre tok høringsbrevet opp behovet for endringer i EØS konkurranselov som følge av rådsforordning (EF) nr. 1/2003. Ministerrådet i EU vedtok 16. desember 2002 forordningen, som er et nytt regelverk for håndheving av EF-traktaten artikkel 81 og 82. Forordningen, som erstatter gjeldende prosedyreregulering, innebærer vesentlige endringer i forhold til dette. Den skal gjelde fra 1. mai 2004. Regelverket er EØS-relevant og skal derfor med de nødvendige tilpasninger inntas i EØS-avtalen/ODA. Dette vil medføre en folkerettslig forpliktelse for Norge til å gjennomføre det nye regelverket i norsk rett. Reglene vil i utgangspunktet og etter gjeldende praksis, bli tatt inn i forskrift om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen. Deler av regelverket er imidlertid av en slik karakter at det bør gjennomføres ved endringer i EØS-konkurranseloven.

Brevet omtalte også EØS-rettslige spørsmål som ikke var behandlet av Konkurranselovutvalget eller der forutsetningene for utvalgets vurderinger var endret som følge av rådsforordning 1/2003. Det gjaldt spørsmålet om norske konkurransemyndigheter skal håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og spørsmålet om en eventuell bestemmelse i ny konkurranselov, som regulerer forholdet mellom konkurranselov og konkurransereglene i EØS-avtalen.

Følgende instanser fikk ovennevnte på høring:

Akademikerne
 Aksjesparerforeningen
 ANFO Annonsørforeningen
 Apokjeden AS
 Alle departementene
 Bryggeri- og mineralvannfabrikkenes Forening
 Brønnøysundregistrene
 Coop Norge
 DagligvareLeverandørenes Forening
 Datatilsynet
 Den Norske Advokatforening
 Den Norske Fagpresses Forening
 Den norske Forfatterforening
 Den norske Forleggerforening
 Den norske Revisorforening
 Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen
 Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo

Det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø
 Domstoladministrasjonen
 Entreprenørforeningens Bygg og Anlegg
 Euroinfo
 Finansnæringens Hovedorganisasjon
 FHL industri og eksport
 Folketrygdfondet
 FONO, Foreningen norske plateselskaper
 Forbrukerombudet
 Forbrukerrådet
 Gramo
 Hakon Gruppen AS
 Handels- og Servicenæringenes Hovedorganisasjon
 Handelshøyskolen BI
 IKT – Norge
 Kjøttbransjens Landsforening
 Kommunenes Sentralforbund
 Konkurransetilsynet
 Kopinor, interesseorganisasjon for rettighetshavere til åndsverk
 Kredittilsynet
 Landsorganisasjonen i Norge
 Legemiddelindustriforeningen
 Legemiddelparallelimportørforeningen, c/o Paranova AS
 Maskinentreprenørenes Forbund
 Mediebedriftenes Landsforening
 Arbeidsgiverforeningen NAVO
 Norges Apotekerforening
 Norges Bank
 Norges Bedriftsforbund
 Norges Bilbransjeforbund
 Norges Bondelag
 Norges Byggmester Forbund
 Norges Colonialgrossisters Forbund
 Norges Eiendomsmeglerforbund
 Norges Eksportråd
 Norges Elektroentreprenørforbund NELFO
 Norges Fiskarlag
 Norges Fondsmeglerforbund
 Norges Forsikringsforbund
 Norges Gullmedforbund
 Norges Handelshøyskole
 Norges Kooperative Landsforening
 Norges Rederiforbund
 Norges Skogeierforbund
 Norges Taxiforbund
 Norsk Bonde- og Småbrukarlag
 Norsk Hotell- og Restaurantforbund
 Norsk Industrieforening for Generiske Legemidler
 Norske Fiskeoppdretteres Forening
 Norsk Kjøbmannsinstitutt AS
 Norsk Petroleumsinstitutt
 Norsk Skogbruk

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Norske Avisers Landsforening
Norwaco
Næringslivets Hovedorganisasjon
Oljeindustriens Landsforening
Oslo Børs
Oslo Statsadvokatembeter
Regjeringsadvokatembetet
Reiselivsbedriftenes Landsforening
Rederienes Landsforening
Riksadvokatembetet
Riksrevisjonen
Rådgivende Ingeniørers Forening
Sivilombudsmannen (Stortingets ombudsman for forvaltningen)
Skatterevisorenes Forening
Sparebankforeningen i Norge
Tono
Transportsbrukernes Fellesorganisasjon
Teknologibedriftenes Landsforening
Verdipapirsentralen
Vitusapotek
Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund
Økokrim

Høringsfristen var satt til 10. juli 2003. Departementet har mottatt 73 uttalelser, også fra interesserte som ikke er oppført på departementets høringsliste. Merknadene vil bli behandlet under de respektive avsnitt i proposisjonen. Fra de høringsinstanser som har gitt generelle uttalelser er forslaget til ny konkurranselov i det alt vesentlige blitt positivt mottatt. Det anses som en forenkling for næringslivet med en norsk lov som i stor grad er tilpasset EF/EØS-konkurransereglene når foretak likevel må forholde seg til disse reglene i den grad samhandelen er påvirket.

I likhet med merknadene til ny konkurranselov er kommentarene til de foreslåtte endringene i EØS-konkurranseloven behandlet under de respektive kapitler i proposisjonen. Opprinnelig hadde departementet ikke planlagt en ny EØS-konkurranselov. Imidlertid anser departementet det hensiktsmessig at det lages en ny lov når det først gjennomføres så omfattende revisjoner som i dette tilfellet. Spørsmålet om en eventuell ny lov er imidlertid ikke forelagt høringsinstansene.

3 Konkurranspolitikkenes betydning

3.1 Innledning

Det er et mål å utnytte landets ressurser på en måte som skaper størst mulige verdier for innbyggerne. Både kunnskap og erfaring tilsier at konkurranse er det beste virkemiddelet for å oppnå effektiv ressursbruk. I velfungerende markeder vil prisene gi signaler om hva forbrukerne etterspør og hvordan de verdsetter ulike varer og tjenester. Samtidig reflekterer prisene kostnadene ved å fremskaffe disse produktene. Gjennom konkurransen og prismekanismen styres ressursene til sektorer og produkter i overensstemmelse med etterspørselen. Til sammen fører dette til effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser.

I praksis vil imidlertid markeder sjelden eller aldri fungere perfekt. Det vil av ulike grunner alltid være former for markedssvikt og ufullkommenheter som fører til at konkurransen blir begrenset. Dette skyldes blant annet at potensielle konkurrenter står overfor ulike etableringshindringer, og at bedriftene selv kan føre en markedsstrategi som gjør det vanskelig for nykommere å etablere seg. I slike tilfeller vil en bedrift kunne oppnå en dominerende stilling eller monopol og dermed kunne utøve markedsrett overfor kunder, leverandører og konkurrenter. Bedriften kan i en slik situasjon øke prisene uten å tape inntekter. Dette fører til at forbruket av den aktuelle varen eller tjenesten blir lavere enn ønskelig. Samtidig vil bedriftenes markedsrett svekke deres insentiver til å effektivisere virksomheten eller forbedre kvaliteten på produktene. I markeder med dominerende foretak eller monopol oppstår det et samfunnsøkonomisk tap som følge av at ressursene ikke benyttes effektivt. Størst tap oppstår dersom markedet er monopolisert.

Formålet med konkurransepolitikken er å bidra til økt konkurranse og til at bedrifter som har markedsrett ikke har noe å tjene på å utnytte den. Dette innebærer at konkurransepolitikken må søke å fremme konkurransen der det er markedsdominans, samtidig som virkemidlene må innrettes mot å holde konkurransetrykket tilstrekkelig oppe og motstå framveksten av markedsdominans på andre områder.

Det er viktig å kanalisere konkurransemyndig-

hetenes ressurser til områder der den potensielle gevinsten er størst. Som en hovedregel vil det være i de markeder hvor det er dominerende foretak eller monopolliknende tilstander. Tiltak som fører til at markedsdominansen brytes vil styrke forbrukernes stilling og gi betydelige samfunnsøkonomiske gevinster, selv i de tilfellene der det bare etableres én eller noen få konkurrenter. Konkurranspolitikkenes hovedfokus kan således ikke være å sørge for at alle markeder fungerer perfekt, men bidra til at det ikke er noe å tjene på å misbruke en dominerende stilling eller et monopol.

Konkurranspolitikkenes viktigste virkemiddel er konkurranselovgivningen. Et regelverk som forbyr de mest skadelige konkurransebegrensninger og inneholder effektive sanksjonsmidler er en nødvendig forutsetning for å hindre markedsdominans og utøvelse av markedsrett. Effektiv håndheving av konkurransereglene er imidlertid utilstrekkelig dersom offentlige myndigheter ikke samtidig skaper rammebetingelser som legger til rette for konkurranse. Det eksisterer en rekke offentlige reguleringer som hindrer konkurransen, herunder regler som begrenser adgangen til ulike markeder. I enkelte tilfeller er slike reguleringer nødvendige for å oppnå andre samfunnsmessige målsettinger, men ofte utarbeides reglene uten at konkurransehensynet er vurdert tilstrekkelig. Konkurranspolitikken må derfor favne bredere en håndhevingen av konkurransereglene overfor næringslivet. En sentral målsetting for konkurransepolitikken er derfor også å bidra til at offentlige reguleringer ikke skaper unødige konkurransebegrensninger. Målet for konkurransepolitikken i vid forstand er å sikre at konkurransehensyn vektlegges på lik linje med andre samfunnshensyn, både i håndhevingen av konkurranselovgivningen, ved det offentliges atferd og ved utformingen av offentlige reguleringer.

3.2 Konkurranse og forbrukerne

I markeder med virksom konkurranse har forbrukerne valgfrihet og mulighet til å påvirke tilbudet av varer og tjenester. Forbrukernes etterspørsel gir signaler om hvordan de verdsetter ulike produkter,

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

og konkurransen sørger for at ressursene blir kanalisert til produksjon som samsvarer med forbrukernes ønsker. Samtidig bidrar dette til effektiv ressursbruk ved at prisene reflekterer kostnadene ved å fremskaffe disse produktene.

Velfungerende markeder forutsetter imidlertid at forbrukerne har tilstrekkelig informasjon til å foreta rasjonelle valg blant alternative varer og tjenester. Forhold som pris, kvalitet, service, vareutvalg og tilgjengelighet vil påvirke hvilke produkter som forbrukerne ønsker. Tilsvarende vil dette være konkurranseparametre for de bedrifter som tilbyr produktene. Dersom forbrukerne har mangelfull informasjon om slike forhold, vil det heller ikke oppstå tilfredsstillende konkurranse mellom bedriftene. Tiltak som gir forbrukerne tilstrekkelig informasjon, vil derfor være en sentral del av både forbruker- og konkurransepolitikken.

Ovennevnte viser også betydningen av forbrukernes rolle i markedene. Effektiv konkurranse forutsetter at forbrukerne benytter muligheten til å velge blant alternative varer og tjenester, og ikke minst velge bort produkter og leverandører som ikke tilfredsstillende egner seg. Krevende kunder bidrar gjennom dette til økt konkurranse og enda større valgfrihet for forbrukerne.

3.3 Konkurranse og fordeling

Konkurranse kommer forbrukerne til gode gjennom lavere priser, bedre kvalitet og større produktutvalg. Dette innebærer ikke at markedssystemet uten videre sikrer en rettferdig inntektsfordeling. Eksempelvis vil økt konkurranse bidra til at prisene i større grad avspeiler bedriftenes produksjonskostnader. Dersom kostnadene ved å betjene ulike kundegrupper varierer, vil dette kunne føre til at forbrukere står overfor ulike priser. Ut fra fordelingsmessige hensyn kan en slik utvikling oppfattes som urettferdig og begrunne et ønske om like priser. Tiltak som tar sikte på like priser, vil imidlertid begrense konkurransen og dermed føre til ineffektiv ressursbruk. For å oppnå både effektiv ressursbruk og en rettferdig fordeling, er det derfor nødvendig med ulike virkemidler. Hensynet til inntektsfordelingen bør og kan best ivaretas ved andre tiltak, først og fremst gjennom skatte- og trygdepolitikken. Det er imidlertid viktig at fordelingsmessige hensyn holdes atskilt fra konkurransepolitikken, for i minst mulig grad å skape konkurransemessige virkninger som kan føre til ineffektiv ressursbruk.

3.4 Konkurranse og effektivitet

3.4.1 Innledning

Konkurranspolitikken bør utøves på en måte som bidrar til at bedrifter og andre aktører oppmuntres til å velge kostnadseffektive produksjonsløsninger, utvikle gode produkter og produsere de varer og tjenester som forbrukerne ønsker. Dette forutsetter at bedriftene gis stor handlefrihet og at det tilates å høste gevinster av innovasjon og kreativitet. På den annen side innebærer en slik frihet at bedriftene gis mulighet til å styrke sin markedsposisjon, og dermed legge til rette for atferd som begrenser konkurransen. Konkurransemyndighetene må derfor være i stand til å skille mellom bedriftsøkonomisk atferd som skyldes effektivitet og oppfinnsomhet, og atferd som avspeiler utøvelse av markedsrett.

3.4.2 Innovasjon

Det finnes ulike oppfatninger om hvilke markedsformer som best legger til rette for bedriftenes muligheter til innovasjon og evne til å utvikle nye produkter og prosesser. Enkelte fremhever at den forskningsinnsats som er nødvendig for å frembringe ny teknologi, ofte kan være svært kostbar, samtidig som risikoen for å mislykkes er stor. Det er derfor nødvendig med en beskyttet markedsstilling som gir nødvendig trygghet for å finansiere slik virksomhet. Tilsvarende er det nødvendig at aktørene kan oppnå tilstrekkelig avkastning på innovasjonsvirksomheten. Uten eiendomsrett til nyskaping vil disse lett kunne kopieres av andre aktører, og på denne måten fjerne de økonomiske insentivene til å satse på innovasjon. Dette taler for at man for enkelte varer og markeder må akseptere at for eksempel patent- og varemerkebeskyttelse mv. kan legge grunnlag for markedsdominans, i hvert fall for en periode, for å kunne skape nødvendige insentiver og finansielt grunnlag for innovasjonsvirksomheten. Andre legger vekt på at markeder med konkurranse tvert imot er en forutsetning for at nye produkter og produksjonsprosesser blir utviklet. For å kunne hevde seg i konkurranse med andre, er bedriftene avhengige av stadige forbedringer. I et slikt perspektiv er konkurransen selve insentivet som sikrer tilstrekkelig innovasjon.

De ulike oppfatningene illustrerer behovet for å se konkurransepolitikken i sammenheng med andre politikkområder. For å stimulere til innovasjonsvirksomhet er det avgjørende at bedriftene kan høste gevinster av nyvinninger. Samtidig er det nødvendig at konkurransemyndighetene bidrar til

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

å fremme konkurransen for å sikre effektiv ressursbruk. Det er imidlertid ikke nødvendigvis noe motsetningsforhold mellom disse målsettingene. Dersom en bedrift med markedsrett utvikler teknologi som gir lavere kostnader, vil en del av denne gevinsten kunne tilfalle kjøperne. Tilsvarende vil salg av nye og bedre produkter skje på bekostning av bedriftens eksisterende salg. Derfor vil bedriften selv bare høste deler av gevinsten som følger av innovasjon, og dermed innovere mindre enn det som er samfunnsøkonomisk gunstig. Motsatt vil bedrifter uten markedsrett tjene på innovasjon. Fordi bedriften i utgangspunktet ikke kan påvirke markedsprisen, vil en mer effektiv produksjon og eventuelt forbedrede produkter gi bedriften større gevinster. Dessuten vil innovasjon kunne være en viktig kilde til større markedsandeler og utsikter til enda bedre inntjening. Følgelig vil en konkurransepolitikk som begrenser markedsrett, også kunne bidra til innovasjonsvirksomhet. Dette forutsetter imidlertid at konkurransepolitikk gir bedriftene mulighet til å oppnå en sterk markedsposisjon som følge av vellykket innovasjonsvirksomhet. Konkurransepolitikken oppgave er i denne sammenheng å sørge for at en slik posisjon ikke misbrukes.

3.4.3 Kostnadseffektivitet

I et marked med effektiv konkurranse må bedriftene opptre kostnadseffektivt for å overleve. De kan ikke pådra seg unødvendige kostnader fordi konkurransen hindrer dem i å velte disse over på kundene. Ineffektiv drift må således gå ut over lønnsomheten og dermed foretakets mulighet til å overleve.

Dette forutsetter at bedriftene handler rasjonelt og alltid vil gjøre sitt ytterste for å maksimere det bedriftsøkonomiske overskuddet. I markeder med lite konkurranse vil dette ikke alltid være tilfelle. Eksempelvis vil en monopolbedrift – eller generelt en bedrift med betydelig markedsrett – kunne prioritere en fredelig tilværelse fremfor høyere overskudd, og således unnlate å iverksette tiltak som gir lavere kostnader. Tilsvarende kan bedriftsledelsen være mer opptatt av størrelse enn lønnsomhet, og dermed tilpasse seg på en måte som reduserer overskuddet. Det reelle problemet er således at bedrifter med markedsrett kan velge å ikke opptre effektivt. I et marked med konkurranse vil bedriften tvinges til å opptre så effektivt som mulig; alternativet er at bedriften ikke overlever.

Dette viser at manglende konkurranse er skadelig både fordi det gir bedrifter anledning til å utøve markedsrett og fordi det skaper ineffektive bedrifter. Det vil oppstå betydelige effektivitetstap

dersom bedrifter utøver markedsrett, men disse kan likevel være små i forhold til det samfunnsøkonomiske tapet som oppstår om bedriftene ikke drives tilstrekkelig kostnadseffektivt. En viktig oppgave for konkurransepolitikken er derfor å bidra til at konkurransestrykket øker i markeder der konkurransen er begrenset.

3.5 Forhold som begrenser konkurransen

3.5.1 Innledning

Det er en rekke forhold som begrenser konkurransen dersom ikke myndighetene bidrar med konkurransefremmende rammebetingelser og tiltak. For det første kan det være forhold ved selve markedet som gjør det vanskelig å etablere konkurranse. Typiske eksempler på dette er i virksomheter hvor det er effektivt å produsere i store kvanta, såkalte stordriftsfordeler, eller der det reelt sett er andre forhold som hindrer nyetableringer. For det andre vil det være i enhver bedrifts interesse å skjerme seg mot konkurranse fra andre. Eksempelvis vil etablerte bedrifter ha incentiver til å hindre nyetableringer for å redusere konkurransen og øke overskuddet. For det tredje kan offentlige reguleringer svekke konkurransen i ulike markeder. Dette skyldes ofte at konkurranse kommer i konflikt med andre mål som det offentlige ønsker å realisere. I andre tilfeller er offentlige reguleringer utformet uten at konkurransehensynet er tillagt tilstrekkelig vekt.

3.5.2 Markedsstruktur

I næringer hvor det er betydelige etableringskostnader, kan bedriftenes lønnsomhet bli høy uten at nye aktører finner det forsvarlig å etablere seg. Dette gjelder særlig i markeder hvor det foreligger stordriftsfordeler, det vil si at enhetskostnadene ved å fremstille produktet avtar med økende produksjonsmengde. Det kan også eksistere samproduksjonsfordeler, hvilket innebærer at kostnadene ved å fremstille en kombinasjon av flere produkter blir lavere enn kostnadene ved å produsere produktene hver for seg. I noen tilfeller kan stordriftsfordelene være så omfattende at gjennomsnittskostnadene er fallende over hele det aktuelle produksjonsintervallet. I så fall vil det være samfunnsøkonomisk kostnadseffektivt at én produsent forsyner hele markedet. Slike såkalte naturlige monopoler vil man eksempelvis kunne finne i tilknytning til nettdelen av virksomheter innen telekommunikasjon, elektrisitetsforsyning og jernbanedrift.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Stordriftsfordeler kan ofte oppnås over et mer begrenset område, uten at det nødvendigvis leder til naturlig monopol. I produksjonsanlegg vil enhetskostnadene normalt avta med størrelsen på anlegget, slik at enhetskostnadene blir lavere i store produksjonsanlegg enn i små. Utvikling av ny teknologi og nye produkter kan innebære betydelige engangskostnader som medfører at enhetskostnadene ved produksjon blir lavere jo flere enheter utviklingskostnadene utlignes på. Tilsvarende karakteriseres mange distribusjonsnettverk av store investeringskostnader og små driftskostnader, samtidig som investeringskostnadene kun i liten grad avhenger av kapasiteten som installeres.

Slike kostnadsfordeler tilsier at virksomheten bør være av en viss størrelse, noe som kan føre til markedskonsentrasjon og begrenset konkurranse. På den annen side er eventuelle skalafordeler knyttet til bestemte funksjoner, og ikke til bedriften eller bransjen som sådan. Dette innebærer at det sjelden eksisterer skalafordeler innenfor alle funksjonene som ivaretas i en bedrift eller bransje, eller innenfor alle deler av de markedene som bedriften eller bransjen opererer i. Følgelig er det heller ikke alltid avgjørende at alle bedrifter er store for å konkurrere i det aktuelle markedet.

For øvrig vil størrelsen på markedet og antall aktører være av stor betydning for konkurransemulighetene i et marked med stordriftsfordeler. I et lite marked med få aktører kan bedriftene være tjent med å ikke utfordre hverandre, fordi det i neste omgang kan utløse priskrig. I et større marked med flere aktører vil slike hensyn være av mindre betydning, fordi det er vanskeligere å kontrollere hverandres atferd. Følgelig kan konkurransen i markeder med skalafordeler til en viss grad stimuleres gjennom tiltak som forenkler markedsadgangen til potensielle aktører.

3.5.3 Konkurranseskadelig atferd

Enhver bedrift vil ønske å skjerme seg mot konkurranse dersom dette øker det bedriftsøkonomiske overskuddet. Avhengig av markedets størrelse og antall konkurrenter, kan bedriftene søke å begrense konkurransen på tre ulike måter. For det første kan bedriftene gjennom samarbeid søke å redusere den eksisterende konkurransen i markedet. Typiske eksempler på slik atferd er prissamarbeid og markedsdeling. Slike konkurransereguleringer medfører at aktørene øker sitt overskudd på bekostning av andre aktører. Resultatet er en markedsløsning som innebærer høyere priser og lavere kvantum, og dermed ineffektiv ressursbruk.

For det andre kan etablerte aktører forsøke å

hindre at nye aktører etablerer seg. Det kan oppnås ved å iverksette tiltak som reduserer lønnsomheten for mulige nye aktører. For at slike etableringshindrende tiltak skal virke, må de være kjent for en mulig nykommer før denne avgjør om den skal etablere seg eller ikke. Videre må de være troverdige, det vil si tiltak som den etablerte ikke vil reversere selv om konkurrenten likevel velger å etablere seg. Eksempelvis kan etablerte bedrifter investere i så stor produksjonskapasitet at det må oppstå overskuddskapasitet i markedet, dersom nye bedrifter skulle komme inn. Tilsvarende kan bedriftene satse så mye på forskning og utvikling at de til enhver tid har et stort antall nye produkter, som det vil være lønnsomt å introdusere om konkurransen skulle øke. Etablerte bedrifter kan også gjennom eksklusivt avtaler og andre ordninger hindre nykommer i å få tilgang til et distribusjonsapparat som kan være nødvendig for at etablering skal lønne seg.

For det tredje kan etablerte bedrifter iverksette tiltak mot aktører som nylig har etablert seg i markedet. Et typisk eksempel på dette er å sette ned prisene midlertidig for å presse ut nykommere av markedet (rovprising). En slik strategi vil normalt innebære et bedriftsøkonomisk tap for samtlige aktører på kort sikt. Den etablerte bedriften vil imidlertid ha sterkere insentiver til å sette ned prisene enn eventuelle nykommere. Dette skyldes at det potensielle tapet som følger av vedvarende økt konkurranse, vil være større for bedriften som i utgangspunktet har markedsrett. Hvorvidt et slikt tiltak er lønnsomt på lengre sikt, avhenger av i hvilken grad bedriften kan øke prisene etter perioden med sterk priskonkurranse.

3.5.4 Offentlige reguleringer

Selv om bedriftenes egen atferd kan være av stor konkurransemessig betydning, vil mange konkurransebegrensninger skyldes offentlige tiltak og reguleringer. Årsakene til at offentlige reguleringer ofte virker konkurransehemmende, kan være mange.

Lover og regler svekker konkurransen først og fremst ved å begrense markedsdeltagelsen. Lovfestede monopolrettigheter, konsesjoner, lisenser og autorisasjonsordninger gir rett til å utøve næringsvirksomhet. Slike etableringshindringer vil nødvendigvis begrense konkurransen, og således bidra til markedsrett for de aktører som har fått tilgang til markedet. I noen tilfeller kommer konkurransehensynet i konflikt med andre samfunnshensyn, og virkningene er et resultat av bevisst prioritering mellom ulike hensyn. I andre tilfeller iverksettes re-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

guleringer uten at de konkurransemessige virkningene er vurdert godt nok eller tillagt tilstrekkelig vekt.

I en liten økonomi som den norske, vil konkurranse utenfra være et viktig og nødvendig bidrag for å sikre effektiv ressursbruk. Tiltak som hindrer internasjonal konkurranse i norske markeder, vil derfor representere alvorlige konkurransehindringer. Den generelle handelsliberaliseringen og EØS-avtalen innebærer at mange av de tradisjonelle hindringene er i ferd med å forsvinne.

Offentlig innkjøpspolitikk kan også representere en alvorlig konkurransebegrensning. Gjennom utnyttelse av kjøpermakt kan det offentlige inngå store og langsiktige kontrakter som gir reduserte innkjøpskostnader. I markeder med begrenset konkurranse kan dette være hensiktsmessig dersom de fungerer som en motvekt til markedsrett på tilbudssiden. I markeder med konkurranse vil imidlertid slike innkjøpsavtaler gi enkeltbedrifter betydelige konkurransefordeler og på sikt gi opphav til markedsdominans. Derfor er det en viktig konkurransepolitisk oppgave å bidra til at offentlig innkjøpspolitikk ikke begrenser konkurransen, men tvert om bidrar til økt konkurranse.

En betydelig del av offentlig tjenesteproduksjon er ikke utsatt for reell konkurranse. Etter hvert som det gjennomføres tiltak for å skape konkurranse på slike områder, er det nødvendig å identifisere mulige konkurransevriddinger mellom offentlig og privat virksomhet. Eksempelvis gir merverdiavgiftssystemet offentlige virksomheter insitamenter til å produsere tjenester selv i stedet for å kjøpe tjenestene fra private. Slike reguleringer reduserer konkurransen og bidrar til ineffektiv ressursbruk.

3.6 Analyse av konkurransebegrensninger

3.6.1 Innledning

En velfungerende markedsøkonomi innebærer ikke at fellesskapets ansvar for markedenes virkemåte faller bort. Myndighetene må både sikre rammebetingelser som er nødvendige for å etablere velfungerende markeder, og føre et løpende tilsyn med markedene for å sikre at konkurransen vedlikeholdes.

Sistnevnte forutsetter at konkurransereglene utformes på en slik måte at skadelige konkurransebegrensninger opphører. Dette kan gjøres gjennom generelle forbud mot de mest alvorlige tilfellene, samt at myndighetene gis fullmakt til å gripe inn mot handlinger som etter myndighetenes vur-

dering er egnet til å begrense konkurransen. Etter gjeldende konkurranselov er konkurransebegrensende atferd regulert slik som skissert ovenfor. I tillegg inneholder loven en særskilt inngrepshjemmel overfor bedriftsserverv som strider med lovens formål om effektiv ressursbruk. I denne proposisjonen foreslås et nytt regelverk der konkurranseskadelig atferd utelukkende er regulert gjennom forbudsbestemmelser. Forslaget omfatter forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. I tillegg gis konkurransemyndighetene fullmakt til å gripe inn mot foretakssammenslutninger på samme måte som i dag.

Uavhengig av hvordan konkurranseskadelig atferd og bedriftsserverv er regulert i loven, er det nødvendig at konkurransemyndighetene foretar en faglig analyse av konkurransebegrensningens virkninger. Hensikten med analysen er å vurdere hvorvidt den aktuelle konkurransebegrensningen gir bedrifter mulighet til å utnytte markedsrett på bekostning av kunder, leverandører og konkurrenter. For å kunne vurdere de konkurransemessige virkningene, er det helt nødvendig å vite hvilke produkter og geografiske områder som påvirkes. Denne definisjonen eller avgrensningen av det relevante marked er derfor en sentral del av konkurranseanalysen som det ofte oppstår en diskusjon om. Dette gjør seg særlig gjeldende i saker om bedriftsserverv, ettersom partene regelmessig argumenterer for at markedet er mer omfattende enn det myndighetene finner faglig forsvarlig.

3.6.2 Avgrensning av det relevante marked og markedskonsentrasjon

Formålet med avgrensning av det relevante marked er som nevnt å avgjøre hvilke markeder som påvirkes av den aktuelle konkurransebegrensningen. Markedsavgrensningen er således en forutsetning for å vurdere om en gitt handling begrenser konkurransen i strid med målsettingen om effektiv ressursbruk.

Avgrensningen av det relevante marked tar utgangspunkt i et bestemt produkt og geografisk område. Dersom en merkbar prisøkning på produktet i dette området ikke er lønnsom for bedriftene, innebærer dette at etterspørerne velger å kjøpe andre produkter eller samme produkt i andre kjøpsområder. Etterspørerne har således substitusjonsmuligheter som tilsier at markedet er avgrenset for snevert. Markedet må derfor utvides med disse andre produktvariantene eller nye geografiske områder. Det relevante marked er endelig avgrenset når bedriftene, dersom de hadde samarbeidet, ville

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

finne det lønnsomt å øke prisen fordi kundene ikke i tilstrekkelig omfang kan velge alternative produkter eller kjøpsområder.

Som det fremgår av ovennevnte, har det relevante marked både en produktmessig og en geografisk dimensjon. Ofte er situasjonen den at bedrifter tilbyr en rekke produkter som dekker ulike behov hos etterspørerne. I slike tilfeller er det nødvendig å vurdere produktene hver for seg, og foreta avgrensninger av de ulike relevante markeder. Dette innebærer at den aktuelle bedrift kan utøve markedsrett i ett marked, og samtidig oppleve sterk konkurranse i et annet. Det er således ikke bedriftens samlede vare- og tjenestevalg som definerer det relevante marked, men de ulike varer og tjenester som bedriften tilbyr. Følgelig er det kundenes muligheter til å substituere mellom ulike varer og tjenester som avgjør hvilke produkter som naturlig tilhører samme relevante marked. Dette er bakgrunnen for at konkurransemyndighetene i gitte tilfeller bare vil gripe inn mot deler av et bedrifts-erhverv.

Det relevante geografiske markedet kan være lokalt, regionalt, nasjonalt eller internasjonalt. Hvorvidt kundene velger å kjøpe produkter andre steder enn der de er lokalisert, avhenger av en rekke forhold. I noen tilfeller vil offentlige reguleringer kunne påvirke kjøpsalternativene. Eksempelvis vil importrestriksjoner kunne føre til at produktet må kjøpes i hjemmemarkedet. Ofte vil transport- og tidskostnader sette grenser for hvor langt kundene er villige til å bevege seg geografisk for å søke alternative tilbydere. For en rekke varer og tjenester er nærhet til kundene en viktig forutsetning. Eksempelvis vil holdbarhet på enkelte matvarer gjøre det vanskelig for husholdninger å kjøpe slike varer langt unna sitt eget bosted, selv om prisene skulle være merkbart lavere. I denne sammenhengen er det viktig å bemerke at utenlandske selskapers tilstedeværelse i norske markeder, ikke uten videre har betydning for avgrensningen av det relevante marked. Som tidligere nevnt er det etterspørernes preferanser og ikke bedriftenes virksomhet som danner grunnlaget for markedsavgrensningen. Dersom utenlandske dagligvarekjeder etablerer seg i norske markeder, er dette nettopp en indikasjon på at det relevante geografiske markedet ikke er internasjonalt. Alternativt ville norske husholdninger kjøpt tilsvarende varer i utlandet, og det ville ikke vært nødvendig for utenlandske aktører å etablere distribusjonskanaler i Norge.

Ovennevnte viser at konkurransemyndighetenes avgrensning av det relevante geografiske marked ikke nødvendigvis samsvarer med oppfatningen av hva som er et marked i andre sammenhen-

ger. Den konkurransefaglige markedsavgrensningen bygger på en vurdering av det geografiske området hvor et bestemt produkt faktisk etterspørres eller vil kunne bli etterspurt. Dette utelukker ikke at bedriftene også kan være representert med andre produkter i andre områder. I et konkurransemessig perspektiv er det imidlertid nødvendig å betrakte markedene hver for seg, ettersom konkurranseintensiteten vil kunne variere betydelig mellom markedene.

3.6.3 Analyse av konkurransebegrensningens virkninger

Avgrensningen av det relevante markedet danner grunnlag for å vurdere bedriftenes markedposisjon på det aktuelle tidspunkt. Hvordan omsetningen i et marked er fordelt mellom bedriftene er en indikator på konkurransesituasjonen. Når omsetningen er fordelt på mange, det vil si at hver bedrift har liten markedsandel, vil konkurransen normalt være bedre enn når omsetningen er konsentrert på få. Normalt vil det derfor være slik at dersom for eksempel et bedrifts-erhverv fører til høye markedsandeler, så øker sannsynligheten for at ervervet har konkurransebegrensede virkninger.

Det er imidlertid viktig å påpeke at markeds-konsentrasjonen kun er en indikator på hvordan konkurransen vil utvikle seg. Analysen så langt gir kun et statisk bilde av konkurranseforholdene, og tar ikke hensyn til hvordan andre faktorer påvirker konkurransen. Følgelig er det nødvendig å supplere analysen med vurderinger om hvordan det fremtidige markedet vil utvikle seg dersom markeds-konsentrasjonen øker eksempelvis som følge av et bedrifts-erhverv.

Dersom for eksempel et bedrifts-erhverv fører til utøvelse av markedsrett, vil bedriftene øke egen inntjening på bekostning av forbrukerne og samfunnet for øvrig. En slik situasjon vil føre til at nye aktører ser muligheter for å tjene penger i dette markedet. Potensielle tilbydere kan være bedrifter som allerede er etablert i andre geografiske markeder, eller bedrifter som har forutsetninger for å tilby konkurrerende produkter i samme geografiske område etter tilpasninger av produksjonsutstyr mv. Dersom markedsforholdene tilsier at nye aktører kan etablere seg, vil normalt den potensielle konkurransen hindre at etablerte bedrifter utøver markedsrett. I så tilfelle er det ikke grunnlag for inngrep mot bedrifts-erhvervet. Som nevnt tidligere er det imidlertid en rekke forhold som kan hindre nyetableringer. Dersom det eksisterer betydelige stordrifts- eller samproduksjonsfordeler, vil nye aktører kunne finne det ulønnsomt å tilby konkurre-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

rende produkter. Tilsvarende vil også skje der potensielle tilbydere mangler tilgang til viktige innsatsfaktorer som for eksempel distribusjonskanaler eller menneskelig kapital. I slike tilfeller vil ikke dynamikken i markedet korrigere for atferden til de etablerte bedriftene.

Det fremgår av ovennevnte at fremtidige konkurranseforhold er en viktig del av konkurranseanalysen som gjennomføres ved bedriftsintervju. Med utgangspunkt i hvordan markedet utvikler seg i tiden etter bedriftsintervjuet, vurderer konkurransemyndighetene i hvilken grad det oppstår konkurransebegrensende virkninger som ikke oppveies av reell eller potensiell konkurranse innen rimelig tid. I mange jurisdiksjoner med tradisjoner for fusjonskontroll, er det vanlig å legge til grunn et toårs-perspektiv i en slik vurdering. Tidshorizonten vil imidlertid avhenge av karakteristika ved det aktuelle markedet, og omfanget av endringer som kan forventes i fremtiden. Samtidig ligger det i markedets funksjon at konkurransebildet vil endres over tid, både som følge av etterspørernes preferanser, teknologiske endringer og bedriftenes utvikling. Det vil derfor ikke være mulig for verken konkurransemyndighetene eller andre å forutsi den mer langsiktige utviklingen i enkeltmarkeder med stor grad av sikkerhet. Dette taler for at en begrenset tidshorizont legges til grunn for vurderingen av de konkurransemessige konsekvensene. Dersom det innenfor en gitt tidsperiode ikke er forhold som tilsier at konkurranseintensiteten øker, vil konkurransemyndighetene legge til grunn at bedriftsintervjuet har konkurransebegrensende virkninger. Hvorvidt ervervet strider mot lovens formål om effektiv ressursbruk, vil til slutt avhenge av hvilke samfunnsøkonomiske gevinster som ervervet eventuelt medfører.

I henhold til lovens formål er det konkurransemyndighetenes oppgave å vurdere de samfunnsøkonomiske konsekvensene som følger av økt markedskonsentrasjon, for eksempel gjennom et bedriftsintervju. Metoden ovenfor danner grunnlaget for en slik vurdering, og tilsvarende fremgangsmåte benyttes i de fleste land med en velutviklet konkurranselovgivning. Det ligger imidlertid i sakens natur at analysen i stor grad må bygge på skjønnsmessige betraktninger. Sistnevnte taler for at nettopp konkurransemyndighetene innenfor rammene av lovgivningen, bør foreta slike vurderinger.

3.6.4 Konkurransanalysen og nasjonale markeder

I forlengelsen av diskusjonen om myndighetenes konkurransemessige vurdering av særlig bedrifts-

erverv, har det oppstått en debatt om konkurranse-lovens virkning på norske bedrifter som konkurrerer i utenlandske markeder. Debatten har for eksempel oppstått i tilfeller der konkurransemyndighetene forbyr sammenslåing av norske bedrifter som følge av at de samlet oppnår en dominerende stilling i markeder hvor norsk konkurranselov gjelder, enten i nasjonale eller mer avgrensede markeder. Det er blitt hevdet at norske konkurransemyndigheter legger en for snever markedsavgrensning til grunn, og at dette svekker norske bedrifter i konkurranse med utenlandske aktører.

Innledningsvis er det grunn til å påpeke at konkurransemyndighetene benytter samme kriterier i markedsavgrensningen uavhengig av om bedriften er norsk eller utenlandsk. Dette innebærer at det er kundenes substitusjonsmuligheter som avgjør om markedet er lokalt, regionalt, nasjonalt eller internasjonalt. Dersom bedriftens kunder i tilstrekkelig grad kan velge å kjøpe tilsvarende produkter i utlandet, vil markedet være større enn nasjonalt. Tilsvarende fremgangsmåte benyttes når andre lands konkurransemyndigheter vurderer bedriftsintervju i sine nasjonale markeder. Det har således ingen betydning at det norske markedet er mindre enn tilsvarende nasjonale markeder i utlandet, så lenge samme avgrensningskriterier legges til grunn. Det vil uansett være etterspørernes alternativer som avgjør størrelsen på det relevante marked, uavhengig av nasjonale grenser.

Oppfatningen av at norske konkurranseregler om inngrep mot bedriftsintervju eller mot annen atferd som øker markedskonsentrasjonen, svekker norske bedrifters konkurransevne, må på denne bakgrunn vurderes uavhengig av diskusjonen om kriterier for markedsavgrensning. Utgangspunktet for inngrepsbestemmelsen er at bedriftsintervju kan begrense konkurransen på en måte som strider med formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Det er samfunnets og forbrukernes interesser som skal ivaretas gjennom konkurranselovgivningen, og ikke interessene til den enkelte bedrift. En konsekvens av dette er at forbud mot et bedriftsintervju vil kunne svekke bedriftens markedsposisjon, sammenlignet med en situasjon der ervervet godkjennes. I den grad dette er tilfelle, vil det imidlertid være i overensstemmelse med lovens formål om effektiv ressursbruk. Tilsvarende vil en effektiv håndheving av konkurranse-loven sikre at utenlandske bedrifter ikke oppnår markeds-makt i norske markeder. En praksis som godkjenner bedriftsintervju i strid med lovens formål, vil medføre et samfunnsøkonomisk tap og som en hovedregel være til skade for forbrukerne og andre kunder. Dette inntrer uavhengig av om bedriftene er norske eller

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

utenlandske, og uavhengig av hvordan godkjenning eventuelt påvirker norske bedrifters konkurranseevne.

Dersom hensikten er å gi norske bedrifter særlige fordeler i konkurranse med utenlandske aktører, er det likevel lite som taler for at konkurranselovgivningen er et effektivt virkemiddel. Årsaken til dette er at bedrifter med markedsrett ikke har insentiver til å velge effektive løsninger. Som følge av at bedriften ikke opplever konkurranse fra andre leverandører, vil monopolmakt føre til lavere kostnadseffektivitet og hindre utviklingen av nye produkter og produksjonsmetoder. En lempelig praktisering av konkurranselovgivningen virker dermed mot sin hensikt ved at konkurranseevnen svekkes. Foretak med internasjonale ambisjoner bør i stedet fokusere på at krevende kunder og konkurranse fra andre leverandører bidrar til større effektivitet og dermed økt konkurransekraft.

Det følger av ovennevnte at det er nødvendig å skille mellom bedriftenes markedsrett og deres konkurranseevne. Bedriftenes konkurranseevne avhenger av i hvilken grad de er i stand til å produsere varer og tjenester mer effektivt enn sine konkurrenter. Bedriftenes markedsposisjon sier noe om i hvilken grad de kan opptre uavhengig av leverandører, kunder og konkurrenter. All erfaring tilsier at bedrifter med markedsrett vil tilpasse seg på en måte som strider med samfunnets interesser, noe som går ut over forbrukerne og som innebærer et samfunnsøkonomisk tap. Samtidig vil bedrifter med markedsrett mangle insentiver til å produsere varer og tjenester på en mest mulig effektiv måte. Følgelig vil tiltak som bidrar til økt markedsrett svekke bedriftenes konkurranseevne overfor andre aktører. I dette perspektivet fremstår skjerming av norske bedrifter mot utenlandsk konkurranse som et lite hensiktsmessig virkemiddel. For det første vil det påføre samfunnet et tap som følge av bedriftenes atferd i nasjonale markeder. For det andre vil det svekke bedriftenes evne til å konkurrere i utenlandske markeder.

3.7 Styrking av konkurransepolitikken

3.7.1 Innledning

Konkurransepolitikken i vid forstand bør rettes inn mot å sikre at konkurransehensynet vektlegges på lik linje med andre viktige samfunns hensyn. Konkurransepolitikken må derfor favne bredere enn til å håndheve konkurranseregler overfor næringslivet. I denne sammenhengen representerer offentli-

ge reguleringer et sentralt område for konkurransepolitikken. Som nevnt eksisterer det en rekke lover og regler som begrenser adgangen til ulike markeder. En sentral oppgave for konkurransemyndighetene er derfor å bidra til at denne type reguleringer utformes på en måte som ikke hindrer konkurransen. Dette krever betydelig innsats fra konkurransemyndighetene sin side, men samtidig aksept for at konkurranse er viktig og nødvendig for å oppnå ønskede målsettinger som verdiskapning og økt velferd.

I denne sammenheng har Regjeringen igangsatt en handlingsplan for styrking av konkurransepolitikken. Handlingsplanen inneholder fem konkrete tiltak som skal styrke konkurransepolitikken på bred basis:

1. Styrke konkurransemyndighetene.
2. Gjennomgå offentlige reguleringer og ordninger som kan ha konkurransebegrensende effekt.
3. Sikre at offentlige innkjøp bidrar til konkurranse og etableringsmuligheter.
4. Påse at salg av statlige selskap ikke bidrar til konkurransebegrensninger og monopoldannelser.
5. Sørge for at offentlig virksomhet blir organisert og drevet på en måte som fremmer konkurranse.

Ovennevnte tiltak påvirker konkurransemyndighetenes arbeid på ulike måter. Styrking av konkurransemyndighetene er i første rekke knyttet til konkurransemyndighetenes egne virkemidler, herunder håndheving av konkurransereglene. I den forbindelse er de forslag til nye konkurranseregler som fremmes i denne proposisjonen et viktig bidrag, sammen med departementets vektlegging av konkurransehensynet i behandling av klagesaker. De øvrige tiltak er i hovedsak knyttet til å sikre at konkurransehensynet vektlegges på andre politikkområder. Dette krever politisk vilje og initiativ.

3.7.2 Styrking av konkurransemyndighetene

Større vektlegging av konkurransehensyn i klagebehandling

En utvidelse av konkurransepolitikken virkeområde krever aksept for at konkurranse er et viktig og nødvendig virkemiddel i utviklingen av et velfungerende samfunn. En forutsetning for at konkurranse skal øve innflytelse på andre politikkområder er at departementet gjennom klagebehandling tillegger konkurransehensynet nødvendig vekt.

Etter gjeldende konkurranselov er formålet å

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for virksom konkurranse. Det fremgår imidlertid av lovens forarbeider at det i enkelte tilfeller vil måtte foretas avveininger mellom denne målsettingen og andre politiske målsettinger. Dette gjelder særlig i saker hvor Konkurransetilsynet kan gripe inn mot konkurranseskadelig atferd og bedriftsøkonomi som vesentlig begrenser konkurransen, og i tilknytning til dispensasjoner fra konkurranselovens forbudsbestemmelser.

Gjennom eksisterende klageordning er Arbeids- og administrasjonsdepartementet klageinstans for vedtak fattet av Konkurransetilsynet etter konkurranseloven. Praksis har vist at departementet i flere tilfeller har konkludert annerledes enn tilsynet og tatt klagen til følge.

Departementet har hatt en annen vurdering og vektlegging enn Konkurransetilsynet når det gjelder avveining mellom konkurransehensyn og særlige hensyn. En sentral målsetting i Regjeringens konkurransepolitiske handlingsplan er at det ved behandling av klager på Konkurransetilsynets vedtak vil bli lagt større vekt på konkurransehensyn i avveiningen mot andre hensyn. Dette innebærer at slike andre og særlige hensyn i nødvendig grad må dokumenteres grundig av den myndighet/part som påberoper seg slike hensyn, herunder at disse hensynene ikke kan ivaretas tilstrekkelig effektivt på annen måte enn ved endring/omgjøring av Konkurransetilsynets vedtak.

Forslag til ny konkurranselov

Konkurranselovutvalget anbefalte i delinnstilling til ny konkurranselov at den nye loven bør inneholde forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling tilsvarende EØS-avtalen artikkel 53 og 54. I tråd med dette ble utvalget i tilleggsmandat av 25. januar 2002 bedt om å utarbeide en lovmodell i samsvar med utvalgets anbefalinger i delinnstillingen, det vil si tilsvarende EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Bakgrunnen for ovennevnte harmonisering er blant annet utviklingen i internasjonal økonomi. En stadig sterkere økonomisk integrasjon på tvers av landegrensene medfører et behov for samarbeid mellom ulike nasjonale konkurransemyndigheter. Norske konkurranseregler som tilsvarer reglene i EØS-avtalen legger til rette for et slikt samarbeid. Samtidig innebærer et harmonisert regelverk en betydelig forenkling for næringslivet ved at samme atferd reguleres etter like regler i forskjellige jurisdiksjoner. Dette bidrar videre til at norske bedrifter står overfor de samme rammebetingelser som europeiske handelspartnere og konkurrenter.

En ny nasjonal konkurranselov basert på konkurransereglene i EØS medfører at en rekke konkurranserettslige problemstillinger allerede er avklart gjennom rettspraksis. Alternativt vil innføring av en ny og annen type konkurranselov innebære at rettspraksis må utvikles over tid gjennom avgjørelser fra nasjonale domstoler. Et harmonisert regelverk bidrar i så måte til større forutsigbarhet, bedre kvalitet og en mer konsekvent håndheving av konkurranselovgivningen.

Rolleklarhet mellom tilsyn og departement

I St.meld. nr. 17 (2002–2003) Om statlige tilsyn legger Regjeringen opp til større rolleklarhet mellom Konkurransetilsynet og departementet for å øke Konkurransetilsynets legitimitet og posisjon som utøvende myndighet ved å gi det større faglig uavhengighet.

Stortingets behandling av tilsynsmeldingen, jf. Innst.S. nr. 222 (2002–2003), innebærer at departementet fortsatt skal være klageorgan over vedtak fattet av Konkurransetilsynet i inneværende stortingsperiode. Stortinget åpner imidlertid opp for å innføre en lovmessig avskjæring av statsrådets instruksjonsmyndighet overfor tilsynet i enkeltsaker. En forutsetning for en slik avskjæring er at det innføres en generell hjemmel for Kongen i statsråd til å omgjøre tilsynets eller klageinstansens vedtak i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning. Det er uansett en forutsetning for å avskjære instruksjonsmyndigheten at statsråden skal kunne pålegge tilsynet å ta opp en sak til behandling.

Departementet har tatt Stortingets behandling av tilsynsmeldingen til etterretning, og foreslår derfor å opprettholde departementet som klageorgan. I forslaget til ny konkurranselov som fremmes i denne proposisjonen, foreslås det innført begrensninger i statsrådets adgang til å instruere Konkurransetilsynet i enkeltsaker slik det følger av Stortingssinnstillingen.

3.7.3 Offentlige reguleringer

En sentral målsetting i Regjeringens arbeid med modernisering av offentlig sektor, er å sørge for at offentlige reguleringer ikke bidrar til konkurransevridninger mellom offentlig og privat virksomhet som driver i konkurranse med hverandre. Regjeringen har på denne bakgrunn startet en systematisk gjennomgang av alle offentlige reguleringer og ordninger som kan ha konkurransebegrensende virkninger, herunder ulike typer autorisasjonskrav og konsesjons- og etableringsordninger.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Gjennomgangen er delt inn i tre faser:

1. En kartleggingsfase der en går igjennom aktuelle reguleringer og ordninger som kan gi unødige konkurransebegrensninger.
2. En analysefase der en går nærmere inn på utvalgte reguleringer og ordninger.
3. En beslutningsfase der forslag til oppfølging i Regjeringens moderniserings- og forenklingsutvalg gis en politisk behandling om endringer i gjeldende reguleringer.

Samtlige departementer har gjennomgått sine og underliggende etaters ansvarsområder og rapportert inn offentlige reguleringer/ordninger som kan ha konkurransebegrensende virkninger. Konkurransetilsynet har i tillegg innhentet synspunkter fra eksterne aktører, herunder private og statlige bedrifter, bransjeorganisasjoner, høyskoler, utrednings- og forskningsinstitutter, og hovedsammenslutninger i fagbevegelsen på virkninger av offentlige reguleringer. I løpet av våren 2003 utvidet Konkurransetilsynet høringsgrunnlaget til også å omfatte kommunene.

Rapporteringen er systematisert i en database som danner grunnlag for den videre oppfølging av handlingsplanens punkt 2. Målsettingen med gjennomgangen er å fremme forslag til endringer som

kan bidra til økt konkurranse og å sikre like rammevilkår for private og offentlige aktører. En foreløpig gjennomgang av høringsmaterialet antyder at det er offentlig reguleringer knyttet til etableringsbegrensninger, skatter og avgifter og offentlig tjensteproduksjon som oppleves særskilt konkurransebegrensende.

I forbindelse med forslag til ny konkurranselov ble Konkurranselovutvalget i tilleggsmandat av 25. januar 2002 bedt om å utrede en ordning der ansvarlige myndigheter, innen gitte tidsfrister, må vurdere og redegjøre for forhold som Konkurransetilsynet tar opp i medhold av tilsynets adgang etter konkurranseloven til å påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak.

Departementet foreslår i denne proposisjonen å videreføre Konkurransetilsynets oppgave med å påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak. Tilsynets rolle i denne sammenheng foreslås styrket gjennom å innføre hjemmel for tilsynet til å fastsette svarfrister for henvendelser fra Konkurransetilsynet om offentlige reguleringer. En slik adgang vil gjøre at konkurransemyndighetene kan spille en viktig rolle i arbeidet med å fremme konkurransehensynet på andre politikkområder, og på denne måten bidra til stabile og effektive rammevilkår både for privat og offentlig sektor.

4 Lovens formål og virkeområde

4.1 Lovens formål

4.1.1 Gjeldende rett

Konkurranseloven § 1–1 lyder:

«Lovens formål er å sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for virksom konkurranse.»

Lovens formål er som det uttrykkelig fremgår, å sørge for samfunnsøkonomisk effektiv bruk av samfunnets ressurser. Virkemiddelet for å nå målet er å legge til rette for virksom konkurranse. Samfunnsøkonomisk effektivitet innebærer at det ikke er mulig, ved å bruke ressursene på en annen måte, å oppnå mer på ett område uten at det samtidig oppnås mindre på et annet område. Ressursene er samfunnsøkonomisk effektivt utnyttet i følge NOU 1991: 27 Konkurranse for effektiv ressursbruk side 79 dersom følgende tre kriterier er oppfylt:

- Det må ikke være mulig, ved å omfordele ressursene mellom produksjonssektorer, å øke produksjonen av en vare uten at dette resulterer i redusert tilgang på andre varer.
- Det må ikke være mulig, ved å endre sammenstillingen av produksjonen, å oppnå høyere behovstilfredsstillelse hos forbrukerne.
- Det må ikke være mulig, ved å omfordele gode mellom forbrukerne, å øke behovstilfredsstillelsen for en person uten samtidig å redusere den for andre.

I NOU 1991: 27 gis effektivitetsbegrepet en statisk og en dynamisk dimensjon. Statisk effektivitet innebærer effektiv utnyttelse av de tilgjengelige ressurser på et gitt tidspunkt eller i en gitt periode. Dynamisk effektivitet innebærer at det frembringes samfunnsøkonomisk ønskelige endringer eller innovasjoner i form av nye produksjonsprosesser og produkter og at ressursene utnyttes effektivt i denne prosessen.

Til tross for lovens formålsbestemmelse, kan andre hensyn ha betydning ved anvendelsen av loven. Forholdet til andre hensyn og politikkområder har blant annet kommet til uttrykk i enkeltbestemmelser i loven. Konkurranselovens unntak fra forbudsbestemmelsene i §§ 3–1, 3–3 og 3–4 for førstehåndsomsetning av norske jordbruks-, skogbruks-

og fiskeriprodukter er eksempel på et område hvor det uttrykkelig er foretatt en avveining mot mål på andre politikkområder.

Ved avveiningen mot andre samfunnsmessige hensyn ved anvendelsen av konkurranseloven, vil hensynet til konkurransen normalt veie tyngst, med mindre den enkelte bestemmelse gir uttrykk for noe annet. Når det gjelder inngrep, kan andre samfunnshensyn bidra til at konkurransemyndighetene avstår fra inngrep, men slike hensyn kan ikke alene gi grunnlag for å foreta inngrep.

4.1.2 Utvalgets forslag

Utvalget er av den oppfatning at lovens formålsbestemmelse kan kritiseres fra forskjellige innfallsvinkler. Ifølge utvalget, er formålsbestemmelsens hovedfunksjon å stake ut kursen for konkurransemyndighetenes arbeid, og å bidra til tolkning av loven i grensetilfeller og som veiledning for det skjønnsom som skal utøves ved praktiseringen av loven.

Utvalget er videre av den oppfatning at endringer i lovens formål i utgangspunktet bør gjøres som ledd i en beslutning om å endre den kurs eller praksis myndighetene har lagt opp. Dette var tilfelle ved overgangen fra den gamle prisloven til gjeldende konkurranselov. Utvalget bedømmer dagens situasjon slik at det ikke er et ønske om en kursendring som begrunner en ny lov, men i stedet en omlegging av de rettslige og administrative virkemidler som skal brukes for å realisere konkurransepolitikken. Utvalget mener at konkurransepolitikken formål i all hovedsak er uendret.

Utvalget foreslår at realitetsinnholdet i lovens formålsbestemmelse bør videreføres. Formålet skal fortsatt være effektiv bruk av samfunnets ressurser. Konkurransemyndighetenes virkemiddel for å nå dette målet skal være virksom konkurranse. Utvalget mener likevel at formålsbestemmelsens ordlyd bør endres, men utelukkende av pedagogiske hensyn. Etter utvalgets syn er det behov for å fokusere noe sterkere på at konkurransen er virkemiddelet for å oppnå effektiv ressursbruk. Utvalget vurderer det også som hensiktsmessig å bringe større grad av samsvar mellom bestemmelsens ordlyd og det som i realiteten kan oppnås

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

gjennom konkurransepolitikken. Utvalget foreslår derfor følgende formulering av konkurranseloven § 1–1:

«Lovens formål er å fremme virksom konkurranse for å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser.»

4.1.3 Høringsinstansenes merknader

Et flertall av høringsinstansene som har uttalt seg om lovens formål, støtter utvalget i at formålet med konkurranseloven bør være å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Noen av høringsinstansene har imidlertid innvendinger. Innvendingene går blant annet ut på at det bør være flere målsettinger med konkurranseloven og at formålet ikke er ambisiøst nok.

Forbrukerombudet mener det er utilfredsstillende at det legges liten vekt på å gi en entydig forklaring på hva som menes med effektiv ressursutnyttelse. Ombudet anfører videre at lovteksten eller i det minste forarbeidene bør uttrykke klarere at vern om forbrukernes interesser i velfungerende markeder skal være et mål for Konkurransetilsynets håndheving av den nye loven.

Forbrukerrådet finner det uakseptabelt at det ikke er et direkte formål med konkurranseloven å ivareta hensynet til forbrukerne. Formålet med konkurransen er etter rådets syn å lede frem til at forbrukerne får best mulig varer og tjenester til lavest mulig pris. Dette bør komme klart til uttrykk i lovens formålsbestemmelse og i lovens forarbeider. Forbrukerrådet foreslår derfor følgende formålsbestemmelse: «Lovens formål er å fremme virksom konkurranse for å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser, slik at forbrukerne (sluttbrukerne) gis best mulig produkter og størst mulig valgmuligheter til en lavest mulig pris.»

Skriventorganisasjonenes samarbeidsutvalg mener det er nødvendig med en klargjøring i lovtekst og forarbeider med hensyn til at kulturpolitiske hensyn kan gis forrang fremfor konkurransemessige hensyn.

Norges Colonialgrossisters Forbund støtter ikke utvalgets forslag om å gjøre formålsbestemmelsen mindre ambisiøs, og har utarbeidet et eget forslag til formålsbestemmelse: «Lovens formål er å fremme virksom konkurranse som er grunnlaget for effektiv bruk av samfunnets ressurser.»

Telenor mener det kan være på sin plass med klarere uttrykt oppfatning av forholdet mellom EØS-avtalens formålsbestemmelser og effektivitetshensynet.

Konkurransetilsynet slutter seg til utvalgets konklusjon om potensielle konflikter mellom konkur-

ranselovens formål og formålet med EF/EØS-konkurranseretten. Konkurransetilsynet mener imidlertid at utredningen i for liten grad fokuserer på de forskjellige formål forskjellige land kan ha med sin konkurransepolitikk, og at en nasjonal konkurranselov kan ha andre formål enn et overnasjonalt samarbeid som skal fremme handel og økonomisk integrasjon.

4.1.4 Departementets vurderinger

Departementet deler utvalgets oppfatning om å opprettholde realitetsinnholdet i lovens formålsbestemmelse. Formålet med konkurranseloven bør være å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Virkemiddelet er konkurranse. Departementet mener det er riktig å fokusere sterkere i den nye loven på at konkurranse er virkemiddelet for å oppnå samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk. Den endring i formålsbestemmelsen som utvalget foreslår, vil føre til at ordlyden er mer i takt med det som i realiteten kan oppnås gjennom konkurransepolitikken. Departementet mener imidlertid at innholdet i begrepet *virksom* er uklart og ikke tilfører noe reelt innhold i bestemmelsens ordlyd. Departementet mener derfor at begrepet bør tas ut av formålsbestemmelsen.

Videre er det hensiktsmessig at forholdet mellom mål og virkemiddel i bestemmelsen gjøres tydeligere. Departementet foreslår derfor en tilføyelse i formålsbestemmelsens ordlyd, som ytterligere vil presisere at lovens formål om å fremme konkurranse, er et virkemiddel til å bidra til det overordnede målet om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Departementet foreslår derfor følgende formulering av lovens formålsbestemmelse:

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

Departementet presiserer imidlertid at det ikke alltid er manglende konkurranse som er årsaken til at det sløses med samfunnets ressurser. I en situasjon med markedssvikt, for eksempel som følge av eksterne virkninger, er det å fremme konkurransen ikke tilstrekkelig for å få til en bedre utnyttelse av samfunnets ressurser. Skal konkurranse lede til samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk i slike tilfeller, kreves det også andre tiltak fra myndighetenes side for å bøte på markedssvikten. Dette ligger imidlertid utenfor konkurranselovens virkeområde.

På bakgrunn av høringsinstansenes merknader har departementet vurdert om forbrukerhensyn bør tas inn i formålsbestemmelsen, og særlig Forbrukerrådets forslag til formålsbestemmelse.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

I markeder med virksom konkurranse har forbrukerne valgfrihet og mulighet til å påvirke tilbudet av varer og tjenester. Trusselen om å miste kunder til en konkurrent på grunn av høye priser, dårlig kvalitet eller mangelfullt utvalg, disiplinerer tilbyderne. Å fremme konkurranse bidrar dermed til å fremme forbrukerpolitiske mål. Det er således en nær sammenheng mellom konkurransepolitikk og grunnleggende forbrukerpolitikk. Videre vil departementet peke på at en effektiv bruk av samfunnets ressurser er et gode som alle deler av samfunnet nyter godt av. Erfaring tilsier at ovennevnte grunnleggende forbrukerhensyn blir best ivaretatt i markeder med konkurranse. Departementet mener videre at konkurranse er til den enkeltes beste, selv i de tilfeller der konkurranse ikke fører til lavere priser når man opptrer som forbruker. I slike tilfeller avspeiler de økte prisene produktenes virkelige verdi og lavere priser har ført til et overforbruk. Som en del av samfunnet er den enkelte i disse tilfellene tjent med at samfunnets ressurser brukes effektivt, selv om gevinsten ikke nødvendigvis kommer i forbindelse med rollen som forbruker. Departementet kan således ikke se noe behov for eksplisitt å inkludere forbrukerpolitiske mål i konkurranselovens formål.

Departementet har også vurdert om andre hensyn bør tas inn i lovens formålsbestemmelse. Konkurransopolitiske hensyn kommer i noen tilfeller i konflikt med hensyn på andre politikkområder. Det kan for eksempel være konflikt mellom konkurransehensyn og henholdsvis fordelingshensyn, kulturhensyn, sysselsettingshensyn og distriktshensyn. Avveiningene som må foretas når slike målkonflikter oppstår, er av politisk karakter.

Det er Konkurransetilsynet som skal håndheve loven. Ved motstrid mellom politikkområder vil det ikke være naturlig at Konkurransetilsynet foretar de ovennevnte politiske avveiningene. Dette bør foregå på et overordnet politisk nivå. Departementet mener på denne bakgrunn at slike hensyn ikke bør tas inn i lovens formålsbestemmelse.

4.2 Foretaksdefinisjonen

4.2.1 Gjeldende rett

Det saklige virkeområdet for konkurranseloven er etter loven § 1–3 første ledd privat og offentlig ervervsvirksomhet. Med ervervsvirksomhet menes ifølge definisjonen i konkurranseloven § 1–2 bokstav a all slags økonomisk virksomhet, varig eller leilighetsvis. Med ervervsdrivende menes enkeltperson eller foretak som driver ervervsvirksomhet.

For at noe skal karakteriseres som ervervsvirksomhet, er det ifølge praksis ikke nødvendig at det kreves vederlag.

I offentlig virksomhet faller myndighetsutøvelse utenfor lovens virkeområde. Med offentlig myndighetsutøvelse menes for eksempel tildeling av kompetanse og rettigheter, og offentlige reguleringer. Dersom tildeling av eksklusive rettigheter skjer på grunnlag av eierrådighet, kan det være aktuelt å gripe inn med hjemmel i konkurranseloven § 3–10, selv om tildelingen foretas av et offentlig organ.

Generell støtte eller subsidier fra offentlige myndigheter til ulike virksomheter vil ofte påvirke konkurransen. Offentlige bevilgninger er imidlertid en del av den tradisjonelle myndighetsutøvelse og faller således utenfor lovens begrep om ervervsvirksomhet.

For øvrig omfattes offentlige innkjøp av varer og tjenester av begrepet ervervsvirksomhet. Selv om de innkjøpte varer eller tjenester senere skal konsumeres i tilknytning til myndighetsutøvelse, må selve innkjøpene betraktes som ordinær økonomisk virksomhet.

Det offentlige driver også egen tjenesteproduksjon i stor utstrekning. Om slik tjenesteproduksjon er å anse som ervervsvirksomhet etter konkurranseloven, avhenger av om virksomheten er av forretningsmessig karakter. Dette vil bero på en sammensatt vurdering, hvor det blant annet legges vekt på måten virksomheten finansieres på, om det ytes vederlag for tjenesten og om det også er etablert private aktører i det aktuelle tjenestemarkedet.

4.2.2 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at tittelen på den nye konkurranseloven skal være «lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger».

Utvalget viser til at EØS-avtalens forbudsbestemmelser bare kommer til anvendelse på avtaler mellom foretak og beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak. Når det foreslås at de norske konkurransereglene skal bygge på EØS-avtalen artikkel 53 og 54, innebærer dette således at forbudsbestemmelsenenes anvendelsesområde også vil avgrenses av begrepet «foretak».

Likeledes gjelder inngrepsadgangen mot markedskonsentrasjon disposisjoner som fører til kontroll over «foretak» eller erverv av deler av «foretak».

Utvalget foreslår derfor at begrepet «foretak» defineres i forslag til § 1–2, selv om EØS-avtalen artikkel 53 og 54 ikke har en slik definisjon. Av utval-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

gets forslag til § 1–2 fremgår at enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet er et «foretak». Forslaget vil ifølge utvalget være i samsvar med foretaksbegrepet i EU/EØS-retten, og utvalget presiserer at det må anvendes EU/EØS-relevante rettskilder som ved tolkningen av EØS-basert regelverk forøvrig. Utvalget antar imidlertid at det ikke vil være store forskjeller mellom anvendelsesområdet for konkurransereglene i EU/EØS-retten og anvendelsesområdet for dagens konkurranselov, som avgrenses med begrepet «ervervsvirksomhet».

4.2.3 Høringsinstansenes merknader

Konkurransetilsynet støtter utvalgets forslag om en egen bestemmelse om foretaksdefinisjon i § 1–2. Dette er etter tilsynets oppfatning hensiktsmessig ettersom definisjonen er avgjørende for anvendelsen av atferdsreglene generelt. Tilsynet uttaler dessuten:

«Ettersom foretaksdefinisjonen i EU/EØS-retten følger av en tolkning av henholdsvis EF-traktaten artikkel 81 og 82 og av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, og utvalgets mandat er at den nye konkurranse-loven skal harmoniseres med atferdsreglene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54, bør § 1–2 tolkes i tråd med det som følger av tolkningen av de foreslåtte atferdsreglene i §§ 3–1 og 3–2. I likhet med utvalget antar Konkurransetilsynet at det ikke vil være særlig forskjell mellom avgrensningen av virkeområdet etter den nye § 1–2 og det som følger av gjeldende lov.»

4.2.4 Departementets vurdering

Departementet slutter seg til utvalgets forslag til bestemmelse med definisjon av begrepet «foretak».

I likhet med utvalget legger departementet til grunn at det i realiteten ikke er store forskjeller mellom foretaksbegrepet og begrepet «ervervsdrivende», slik som definert i konkurranse-loven § 1–2 bokstav a, jf. at enhetene som omfattes av utkast til § 2 må drive ervervsvirksomhet.

Begrepet er i samsvar med foretaksbegrepet i EU/EØS-retten og vil være underlagt rettsutviklingen der.

4.3 Unntak for lønns- og arbeidsvilkår

4.3.1 Gjeldende rett

Etter konkurranse-loven § 1–3 annet ledd er «lønns- og arbeidsvilkår i tjeneste hos andre» unntatt fra hele lovens virkeområde. Ifølge Ot.prp. nr. 41 (1992–93) punkt 6.1.2.1.2 og merknadene til bestemmelsen i § 1–3 var unntaket en videreføring av unntaket fra prisloven. Forarbeidene begrunner unntaket med at det er utviklet et omfattende lovverk for fastsettelsen av prisen på arbeidskraft, og at tilpasninger og effektiviseringer først og fremst bør skje gjennom dette.

Det karakteristiske for tjeneste hos andre er at en person (arbeidstakeren) står i et underordningsforhold til en annen (arbeidsgiveren), der førstnevnte er underlagt sistnevntes instruksjonsmyndighet. Verksleie og andre oppdragsforhold er ikke omfattet av unntaket i § 1–3 annet ledd. Uttrykket «arbeidsvilkår» omfatter for eksempel bestemmelser om arbeidstid, firmabilordninger, pensjonsordninger og ferievilkår.

Unntaket er ikke tolket slik at konkurranse-loven overhodet ikke kan anvendes på tariffavtaler. De sider ved en arbeidsavtale som direkte regulerer konkurranseforholdene ut over lønns- og arbeidsvilkår har vært ansett å falle innenfor lovens anvendelsesområde. Etter Konkurransetilsynets praksis er ikke tilsynet totalt avskåret fra å behandle bestemmelser som er nedfelt i en tariffavtale. I avgjørelse A2000–01 presiserte Konkurransetilsynet at det må trekkes en grense mellom når avtalen dreier seg om «lønns- og arbeidsvilkår hos andre» og når den direkte regulerer konkurranseforholdene i bransjen, ut over lønns- og arbeidsforhold. I denne konkrete saken fant Konkurransetilsynet at bestemmelsen om vilkårene for flytting av pensjonsforsikringsavtaler i Hovedtariffavtalen ikke falt inn under unntaket for lønns- og arbeidsvilkår.

4.3.2 Utvalgets forslag

Ved utvalgets forslag til § 1–3 første ledd viderefører utvalget nåværende unntak for lønns- og arbeidsvilkår. Utvalget uttaler at dette strengt ikke er nødvendig jf. innstillingen punkt 4.4.2.1. Men dersom det fortsatt er ønskelig å unnta avtaler om lønns- og arbeidsvilkår fra lovens regler, anser utvalget det mest ryddig at dette fortsatt gjøres ved et generelt unntak fra loven, i overensstemmelse med utvalgets forslag. Det kan etter utvalgets oppfatning være behov for egne avgrensninger av de norske reglene for å skape større grad av klarhet og

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

for å sikre mulighetene for politisk styring og kontroll.

Avgrensningen i forhold til lønns- og arbeidsvilkår vil i utgangspunktet fremgå av praksis fra EUs og EFTAs konkurransemyndigheter og domstoler. Utvalget viser til EFTA-domstolens uttalelse i «KLP-saken» E-8/00, av 22. mars 2002, der domstolen avgrenset EØS-avtalen artikkel 53 og 54 mot avtaler mellom partene i arbeidslivet om lønns- og arbeidsvilkår.

4.3.3 Høringsinstansenes merknader

Det er bare *Konkurransetilsynet* som har hatt merknader vedrørende avgrensning av virkeområdet til ny konkurranselov, for så vidt gjelder lønns- og arbeidsvilkår. Tilsynet uttaler følgende:

«Konkurransetilsynet støtter utvalgets forslag om å videreføre unntaket fra konkurranseeloven for lønns- og arbeidsvilkår, men anser at det i praksis vil være unødvendig med en egen lovbestemmelse om dette. Konkurransemessige virkninger av lønns- og arbeidsvilkår vil først og fremst kunne oppstå i forbindelse med inngåelsen og praktiseringen av kollektive arbeidsavtaler mellom arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner. Det følger av praksis fra EF-domstolen og EFTA-domstolen at slike kollektive arbeidsavtaler som hovedregel faller utenfor anvendelsesområdet for EU/EØS-konkurransereglene, jf. EFTA-domstolens avgjørelse i KLP-saken (sak E-8/00 EFTA Court Report side 114 avsnitt 59) og EF-domstolens avgjørelse i Albany-saken (sak C-67/96 Saml. 1999 side I-5751 avsnitt 59 og 60).»

«Forslaget til ny konkurranselov §§ 3–1 og 3–2 må tolkes i overensstemmelse med denne praksisen og vil derfor uansett som hovedregel ikke komme til anvendelse på kollektive arbeidsavtaler. Konkurransetilsynet har imidlertid ingen betenkeligheter ved å la unntaket komme klart til uttrykk i loven dersom dette er ønskelig av retts tekniske og pedagogiske grunner. For å unngå motstrid med EØS-konkurranseretten bør unntaket i så fall formuleres i overensstemmelse med ovennevnte praksis fra EFTA-domstolen og EF-domstolen.»

Dersom unntaket skal videreføres i en egen lovbestemmelse, mener Konkurransetilsynet at det kan være hensiktsmessig å benytte begrepet «arbeids- og ansettelsesvilkår» i stedet for «lønns- og arbeidsvilkår». Dette blant annet fordi førstnevnte begrep er mer i overensstemmelse med hvordan unntaket i gjeldende konkurranselov har blitt praktisert og dessuten i overensstemmelse med terminologien benyttet under EØS-konkurransereglene, jf. EFTA-domstolens avgjørelse i KLP-saken (sak E-8/00 EFTA Court Report side 114 avsnitt 53).

4.3.4 Departementets vurderinger

Unntaket i konkurranseeloven § 1–3 for lønns- og arbeidsvilkår er knyttet til avtaler som regulerer «prisen» på arbeid og derved har betydning for konkurransen om arbeidskraft. Unntaket er begrunnet med at det er utviklet et omfattende avtaleverk for fastsettelsen av prisen på arbeidskraft og at tilpasninger og effektiviseringer først og fremst bør skje gjennom dette.

Unntaket for lønns- og arbeidsvilkår er tolket og praktisert slik at det ikke omfatter de sider av en arbeidsavtale, som ikke direkte regulerer lønns- og arbeidsvilkår.

Unntaket er ikke til hinder for en vurdering av de enkelte bestemmelser i lønns- og arbeidsavtaler, med henblikk på å fastslå om de ellers direkte regulerer konkurranseforhold i et relevant marked.

Dette er i overensstemmelse med praksis i EU og EØS, jf. EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-8/00, som gjaldt en prejudisiell uttalelse til Arbeidsretten om forholdet mellom tariffavtaler og EØS-konkurransereglene. I saken for Arbeidsretten var det påstått ugyldighet for visse avtalebestemmelser som etter omstendighetene kunne anses å være i strid med EØS-avtalen artikkel 53 eller 54. I denne sammenheng uttalte EFTA-domstolen at artikkel 53 og 54 kunne anvendes på tariffavtaler for så vidt de hadde et annet formål enn å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår. Avtaler måtte i denne sammenheng tolkes som avtalebestemmelser, slik at hver enkelt bestemmelse måtte underlegges en konkret vurdering med henblikk på å konstatere om den var av en slik karakter eller ikke. Denne vurderingen var det opp til Arbeidsretten å foreta. For øvrig ble det uttalt at den nasjonale domstolen også måtte ta i betraktning den samlede virkningen av bestemmelsene.

Departementet støtter utvalgets forslag om å videreføre unntaket fra konkurranseeloven for lønns- og arbeidsvilkår. Selv om utkastet til ny konkurranselov §§ 10 og 11 må tolkes i overensstemmelse med foranstående og med lignende avgjørelser ved EFTA- og EF-domstolen, og det derfor strengt tatt er unødvendig med en egen lovbestemmelse, anser departementet at unntaket av pedagogiske grunner bør videreføres i loven. Ordlyden er imidlertid endret, slik Konkurransetilsynet foreslår. Lovteksten blir etter departementets forslag som følger:

«Loven gjelder ikke for arbeids- og ansettelsesvilkår.»

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

4.4 Spørsmålet om unntak for markeder eller grupper av næringsdrivende

4.4.1 Gjeldende rett

Gjeldende konkurranselov inneholder ingen generelle unntak fra loven eller hjemler til å gjøre slike unntak ut over den innskrenkning i lovens virkeområde som følger av § 1–3 annet ledd. Denne bestemmelsen om at loven ikke gjelder for lønns- og arbeidsvilkår i tjeneste hos andre, er omtalt i punkt 4.3.

For øvrig inneholder loven unntak fra forbudene i §§ 3–1 til 3–4 for prosjektsamarbeid (§ 3–5), eier- og konsernsamarbeid (§ 3–6) og patent- og mønsterlisensavtaler (§ 3–7). Disse unntakene er omtalt i punkt 6.2.2.

Etter konkurranseloven § 3–8 gjelder ikke forbudene i §§ 3–1, 3–3 og 3–4 for samarbeid om førstehåndsomsetning av jordbruks-, skogbruks- og fiskeriprodukter fra produsenter eller produsentorganisasjoner innen jordbruk, skogbruk og fiske.

4.4.2. Utvalgets forslag

Konkurranselovutvalget har ikke vurdert hvilke avgrensninger som bør gjøres av konkurranselovens virkeområde for lønns- og arbeidsvilkår, primærnæringene, kulturlivet etc. Utvalget har likevel i forslaget til § 1–3 første ledd foreslått et unntak for lønns- og arbeidsvilkår i tjeneste hos andre. Forslaget er omtalt i punkt 4.3.2.

Utvalget viser til at unntakene i dagens lov, bortsett fra unntaket for lønns- og arbeidsvilkår, bare gjør unntak fra enkelte av lovens bestemmelser og at unntakene i andre tilfelle følger av forskrifter eller praksis.

Utvalget foreslår derfor i § 1–3 annet ledd en hjemmel for Kongen til å gjøre unntak gjennom forskrifter fra hele eller deler av loven for bestemte markeder eller næringer. Selv om hjemmelen er åpen, slik at den gir adgang til å gjøre unntak fra hele loven, anbefaler flertallet at hjemmelen benyttes til å gjøre unntak som ikke gjelder for hele loven.

Flertallet har ikke foreslått noen lovbestemmelse som gjør unntak for primærnæringene, men mener at dette best reguleres gjennom forskrift etter ovennevnte hjemmel. Utvalget viser til at dette er et utpreget politisk spørsmål som det ikke er naturlig at utvalget går inn på.

Et mindretall i utvalget foreslår at unntaket for primærnæringene videreføres i ny lov gjennom forskrift. Dersom et unntak for førstehåndsomsetning for norske primærnæringsprodukter blir innført, er det viktig at det også innføres et unntak for både

innkjøps- og salgsreguleringer. Et eventuelt unntak bør derfor reelt sett innebære at forbudene i forslaget §§ 3–1 og 3–2 ikke skal gjelde for noen form for samarbeid eller reguleringer i førstehåndsomsetningen av norske jordbruks-, skogbruks- eller fiskeriprodukter. Mindretallet mener imidlertid at Konkurransetilsynet likevel bør kunne påby opphør av slikt samarbeid eller utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling slik at forslaget § 3–3 gjelder tilsvarende.

I forslaget til § 3–1 fjerde ledd har utvalget foreslått at Kongen i forskrift skal kunne fastsette regler for hva som går inn under bestemmelsens tredje ledd (gruppefritak). Dette forslaget er omtalt i innstillingen punkt 6.4.2.

4.4.3 Høringsinstansenes merknader

Høringsinstansenes syn på spørsmålet om unntak for lønns og arbeidsvilkår i tjeneste hos andre er omtalt under punkt 4.3.3. Tilsvarende er spørsmålet om hjemmel for Kongen til å fastsette gruppefritak omtalt i punkt 6.5.2. Her omtales spørsmålet om unntak for førstehåndsomsetning av jordbruks-, skogbruks- og fiskeriprodukter.

Justisdepartementet (JD) har en viss forståelse for utvalgets standpunkt om at unntak for bestemte markeder og næringer bør fastsettes i forskrift. Er det imidlertid tale om å gjøre vidtgående unntak fra lovens forbud, bør unntakene etter JDs oppfatning fremgå av selve loven. For det første vil det gi den som leser loven et klart signal om at det er gjort vesentlige unntak. For det andre vil spørsmålet om å gjøre vesentlige unntak gjerne være av utpreget politisk karakter, noe som kan tilsi stortingsbehandling. Det kan i så fall reises spørsmål om det tross alt vil være mest hensiktsmessig at unntakene fremgår samlet av loven.

Uavhengig av hvilken teknikk som brukes, mener JD at det kan være god grunn til å videreføre hovedtrekkene i gjeldende rett med hensyn til konkurranselovens anvendelse på samvirkeforetak. Det bør således gjøres unntak fra lovforslaget § 3–1, og kanskje også § 3–2, for samarbeid om omsetning av jordbruks-, skogbruks- og fiskeriprodukter. Konkurransetilsynet bør imidlertid kunne gripe inn etter forslaget § 3–3 dersom et foretak opptrer på en måte som er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet i loven § 1–1. Videre bør man trolig videreføre de dispensasjonene som er gitt til samvirkeforetak eller typer av samvirkeforetak etter konkurranseloven § 3–9 første ledd første punktum.

Landbruksdepartementet (LD) fremhever at for å kunne videreføre den landbrukspolitikken som Stortinget og regjeringen har fastsatt, må landbruks-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

samvirket fortsatt kunne gjennomføre markedsregulering av viktige jordbruksprodukter og iverksette målprisbestemmelser. For å utføre disse oppgavene er landbrukssamvirket avhengig av en videreføring av de nåværende unntak i konkurranseloven § 3–8. LD understreker at i den grad man skulle vurdere å fjerne unntaket for landbrukssamvirket, vil dette endre grunnlaget for norsk landbrukspolitik. En slik endring må derfor eventuelt bli vurdert ved en gjennomgang av landbrukspolitikken og ikke ved en revidering av konkurranseloven.

LD legger til grunn at nåværende unntak i § 3–8 videreføres for produsentorganisasjoner i jordbruket. Unntaket skal bare omfatte førstehåndsomsetning av jordbruksprodukter.

Når det gjelder skogbruk, viser LD til at tømmer er omfattet av EØS-avtalen og at det derfor ikke er samme grunnlag for å gi skogbruk unntak fra den norske konkurranseloven som for jordbrukssektoren.

Når det gjelder annet samarbeid mellom enkeltprodusenter enn gjennom landbrukssamvirket, legger LD til grunn at slikt samarbeid fortsatt vil være tillatt innenfor visse grenser ettersom omfanget av slikt samarbeid ikke vil påvirke konkurransen merkbar. LD vektlegger derfor i mindre grad en videreføring av et unntak for samarbeid mellom enkeltprodusenter i den nye konkurranseloven.

Endelig mener LD at nåværende unntak for landbrukssamvirket bør videreføres i den nye konkurranseloven i stedet for i forskrift med hjemmel i loven. Det følger av den betydningen dette unntaket har for at samvirket skal kunne gjennomføre de oppgaver som det er pålagt gjennom landbrukspolitikken som Stortinget og regjeringen har fastsatt. LD mener at en eventuell fjerning av unntaket for landbrukssamvirke derfor må behandles og vedtas av Stortinget.

Fiskeridepartementet ønsker også en videreføring av unntaket for førstehåndsomsetning i primærnæringene og at dette fremkommer direkte i loven gjennom et eget ledd i forslag til ny § 1–3.

Norges Bondelag (Bondelaget) fremhever at siden 1930-tallet har den viktigste organisasjonsform for omsetning av landbruksvarer vært gjennom samvirke. Slike fellesløsninger i landbruket finnes i flere former som salgssamvirke, innkjøpssamvirke, finanssamvirke og avlssamvirke. Det vises til at produksjon av landbruksvarer foregår på en slik måte at det er helt nødvendig at produsentene samordner sin opptreden i markedet. Produsentene er mange og små og produserer hovedsakelig varer med lav priselastisitet. Hver for seg har produsentene begrensede muligheter for informasjon om markedet. Det er også tale om biologisk produksjon

med lang produksjons- og planleggingshorisont, der sesongmessige svingninger kan være store. For den enkelte produsent vil det derfor være svært vanskelig å tilpasse produksjonen til kortsiktige markedssvingninger.

Det vises til at da konkurranseloven ble behandlet av Stortinget i 1992, gikk flertallet inn for at et primærnæringsunntak måtte hjemles i lov. Begrunnelsen var at et slikt unntak var «så viktig at det vil gi klarere uttrykk for rettssituasjonen på området at disse unntakene tas direkte i loven». Bondelaget finner det merkelig at Konkurranselovutvalget foreslår å ta primærnæringene ut av loven, uten noen form for begrunnelse. Selv om utvalget foreslår en forskriftshjemmel for unntak, mener Bondelaget at dette vil innebære en juridisk svekkelse i forhold til i dag. Bondelaget mener også det er beklagelig at utvalget ikke gir noen klar føring på om det fortsatt skal gis et unntak.

Bondelaget viser også til St.meld. nr. 19 (1999–2000), jf. Innst. S. nr. 167 (1999–2000), og fremhever at konkurranseloven må utformes i tråd med gjeldende norsk landbrukspolitik. Det kan ikke se noen landbrukspolitisk begrunnelse for at primærnæringsunntaket bør fjernes fra konkurranseloven og mener at en lovfesting av primærnæringsunntaket er et viktig bidrag for å sikre stabilitet. Videre kan Bondelaget vanskelig forstå hvorfor Konkurranselovutvalget foreslår en disharmonisering med EØS på dette området, når en på andre områder følger opp formålet med lovgjennomgangen ved forslag som innebærer en harmonisering med EØS. I denne forbindelse vises til at det innefor EU er et slikt unntak gjennom Romatraktaten artikkel 36.

Endelig fremhever Bondelaget at dagens forbudsbestemmelser ikke omfatter innkjøpsamarbeid. Unntaket i konkurranseloven § 3–8 gjelder således kun ved salg. Forbudet i utvalgets forslag til § 3–1 omfatter imidlertid også innkjøpssamarbeid. Innkjøpssamarbeid i landbruket, gjennom for eksempel Felleskjøpene eller andre viktige innkjøpslag, er en viktig organisasjonsform som sikrer den enkelte produsent gode innkjøpsavtaler på viktige driftsmidler i jordbruket. Dette er ikke minst viktig for å begrense kostnadene i jordbruket. Bondelaget ber også om at innkjøpssamvirke omfattes av et primærnæringsunntak i fremtidig konkurranseregverk.

Norsk Landbrukssamvirke, som er en interesseorganisasjon for samvirkeorganisasjonene i landbruket, fremhever viktigheten av å videreføre primærnæringsunntaket som et unntak i selve loven. Begrunnelsen er i alt vesentlig sammenfallende med Norges Bondelags synspunkter.

Norges Skogeierforbund går sterkt i mot at unn-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

taket for prissamarbeid mellom leverandørene i primærnæringene i førstehåndsomsetningen fjernes og ber om at dette unntaket videreføres direkte i den nye loven. Det forutsettes at en slik bestemmelse ikke gjør unntak fra forslaget til ny § 3–2.

Norsk Bonde- og småbrukarlag fremhever at markedsordninger og andre tiltak som har sin basis i den norske landbrukspolitikken, og forpliktelsene som i praksis blir utøvd av samvirkeforetak i landbruket, fortsatt må gis unntak fra den norske konkurranselovgivningingen.

GENO, som er eid av norske melke- og storfe-kjøttprodusenter og er deres avls- og seminorganasjon, fremhever at for å drive avl på lavt arvbare egenskaper er det behov for en betydelig dominerende markedsandel innen avl/sæd. Således er det behov for et fortsatt primærnæringsunntak fortrinnsvis i lovs form. Unntaket må også gjelde for salg, levering og innkjøp av norske jordbruksprodukter.

Kjøttindustriens Fellesforening fremhever betydningen av å opprettholde unntaket for primærnæringene i den nye konkurranseloven. En opphevelse av gjeldende § 3–8 vil svekke norsk landbruk betydelig og føre til en nedbygging av landbruksnæringen i stedet for utvikling av en mer virksom konkurranse innenfor denne. Ved å opprettholde en unntaksbestemmelse i den nye loven beholdes også muligheten for virksom konkurranse mellom norsk produksjon og utenlandsk import. Forpliktelsene i omsetningsloven og forpliktelsene som den enkelte samvirkeorganisasjon påtar seg i forbindelse med det årlige jordbruksoppgjøret, bidrar også til at det er grunnlag for å opprettholde unntaket. Videre presiseres betydningen av at den nye konkurranseloven gjør unntak for både innkjøpssamarbeid og salgssamarbeid.

Næringslivets Hovedorganisasjon støtter mindretallets forslag om å videreføre et unntak for primærnæringene i ny lov gjennom forskrift. Dersom det gjøres unntak for primærnæringene, er det avgjørende at dette gjøres likt, slik at så vel salgsreguleringer som innkjøpsreguleringer unntas fra lovens forbudsbestemmelser.

Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH) er enig med flertallet i utvalget om at det ikke skal innføres unntak for primærnæringene i loven. Dersom dette likevel skal reguleres i forskrift i medhold av forslag til ny § 1–3 annet ledd, mener HSH at loven bør inneholde en avgrensning for forskriftsadgangen, slik at denne kun kan benyttes ut fra vitale nasjonale interesser eller liknende, samt at dette ikke hindrer konkurransen i særlig grad.

Orkla ASA (Orkla) støtter forslaget om å regu-

lere unntaket for primærnæringene gjennom forskrift og ikke gjennom et unntak i selve loven. Videre mener Orkla at omfanget av primærnæringenes unntak bør begrenses til konkurransebegrensende avtaler i forslaget § 3–1. Derimot ser Orkla ingen grunn til å unnta primærnæringene fra forslaget til ny § 3–2 som forbyr utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Primærnæringene bør her være underlagt forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling på lik linje med andre aktører i markedet.

Hydro mener det er viktig at et unntak for primærnæringene, dersom det videreføres i den nye loven, ikke utvides til å gjelde innkjøp av råvarer for disse næringene.

Coop NKL BA (Coop) viser til at forbudet i forslag til § 3–1 også vil ramme innkjøpssamarbeid som er basis for hele forbrukerkooperasjonens virksomhet slik den har vært drevet siden 1800-tallet, med mindre unntaket i bestemmelsens tredje ledd får anvendelse. Coop legger til grunn at det ikke kan være tvil om at unntaket får anvendelse, men fremhever det uheldige ved at dette ikke er utvetydig fastslått i høringsdokumentet. Dette skaper redusert forutsigbarhet på punkter av vital interesse for forbrukerkooperasjonen i Norge. Det forutsettes derfor at dette spørsmålet blir klargjort av departementet.

Samvirkeutvalget ønsker at gjeldende § 3–8 i konkurranseloven videreføres i den nye loven. For øvrig etterlyses et eget kapittel i lovproposisjonen som klargjør berettigelsen av samvirkeforetak i et konkurranserettslig perspektiv.

4.4.4 Departementets vurderinger

Førstehåndsomsetningen av jordbruks-, skogbruks- og fiskeriprodukter er unntatt fra forbudene mot prissamarbeid, anbudssamarbeid og markedsdeling i den nåværende konkurranselov. I departementets utkast til ny konkurranselov utvides forbudene betydelig, blant annet forbyr innkjøpssamarbeid i § 10, og det innføres et nytt forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i § 11. Som høringsinstansene påpeker, kan dette føre til at nye deler av samvirkenes virksomhet innenfor disse næringer omfattes av forbudene i konkurranseloven. Særlig innenfor jordbruket skjer det betydelige strukturendringer i produksjons- og omsetningsleddene. Innholdet i og gjennomføringen av jordbrukspolitikken er også under utvikling. Skogbruket omfattes allerede av forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Store deler av omsetningen av skogbruksprodukter nyter derfor ingen fordel av unntaket fra konkurranselovens forbud. Utviklin-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

gen innenfor havbruksnæringen skaper utfordringer også på konkurransepolitikens område.

Etter departementets oppfatning viser dette at det er nødvendig å vurdere nærmere omfanget og innholdet av de unntakene som primærnæringene skal ha fra konkurranselovgivningen. Innholdet i landbruks- og fiskeripolitikken skal imidlertid ikke endres gjennom endringer i konkurranselovgivningen. Formålet med en gjennomgang av unntakene er således ikke å endre rammebetingelsene for disse næringene, men å finne frem til unntak som er tilpasset den utvikling som er skjedd siden nåværende konkurranselov ble vedtatt og som er fleksible nok til kunne tilpasses den politikk som vil bli fastlagt i fremtiden.

Departementet mener at det best kan gjøres ved at det tas inn en bestemmelse i konkurranseloven om at Kongen skal fastsette de unntak fra §§ 10 og 11 som er nødvendige for å gjennomføre landbruks- og fiskeripolitikken. På denne måten blir det gjort klart at det «skal» gis slike forskrifter. Samtidig oppnås den fleksibilitet som er nødvendig for å tilpasse unntaket til den til enhver tid gjeldende landbruks- og fiskeripolitikken.

Departementet har merket seg at flere høringsinstanser har gitt uttrykk for at deres virksomhet eventuelt kan fanges opp av de utvidede forbudene, for eksempel forbudet mot innkjøpssamarbeid. Den nye loven legger ikke opp til at det skal gis individuelle dispensasjoner, men hvert enkelt foretak må selv vurdere sin stilling ut fra en forståelse av utkastet til § 10 i sin helhet, dvs. også unntaksbestemmelsen i § 10 tredje ledd. Departementet kan ikke ta konkret stilling til slike spørsmål i forbindelse med odelstingsproposisjonen. Dersom enkelte aktører er usikre på om de rammes av forbudene eller ikke, må de ta kontakt med Konkurransetilsynet som har veiledningsplikt etter forvaltningsloven § 11.

4.5 Forholdet til stortingsvedtak og andre lover

4.5.1 Gjeldende rett

Konkurranseloven § 1–4 første ledd fastsetter at bestemmelser som gis i medhold av loven, ikke må stride mot stortingsvedtak. Bestemmelsen er en videreføring av prisloven av 1953 § 2 tredje ledd, og tar særlig sikte på tilfeller der Stortinget fastsetter takst, sats eller annen pris. Begrunnelsen for bestemmelsen er å skjerme Stortingets instruksjonsmyndighet fra inngrepssensur i medhold av konkurranseloven.

Konkurranseloven § 1–4 annet ledd gir Kongen hjemmel til å foreta avgrensning mellom bestemmelsene i konkurranseloven og annen reguleringslovgivning og til å foreta fordeling av oppgaver og myndighet mellom forskjellige reguleringsmyndigheter. Bestemmelsen er ment å forebygge konflikter som kan oppstå, og gir Kongen en rett til å avklare det innbyrdes forhold mellom sektormyndigheter før det oppstår motstrid. En slik avgjørelse fra Kongen kan gå ut på at en av myndighetene får innskrenket kompetanse i forhold til den opprinnelige fullmakten.

4.5.2 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår å ikke videreføre § 1–4 første ledd i gjeldende konkurranselov om at bestemmelser som gis i medhold av loven ikke må stride mot stortingsvedtak. Bestemmelsen har etter utvalgets oppfatning hatt svært liten betydning under gjeldende konkurranselov. I forslaget til ny konkurranselov fremgår forbudene mot konkurransebegrensende atferd direkte av loven, i motsetning til i dag, hvor det i tillegg til relativt snevre forbudsbestemmelser, også er en inngrepsbestemmelse mot konkurranseskadelig atferd. Stortingets mulighet til å fatte motstridende vedtak vil som en følge av dette innskrenkes. En bestemmelse om at vedtak som treffes i medhold av loven ikke må stride mot stortingsvedtak, vil således ikke ha noen praktisk betydning.

Reglene om kontroll med foretakssammenslutninger er i utvalgets lovforslag utformet som en inngrepsbestemmelse slik som i dag. På dette området kan bestemmelsen i gjeldende konkurranselov § 1–4 første ledd tenkes å ha betydning. Når utvalget likevel ikke anbefaler å videreføre bestemmelsen, må dette ses i sammenheng med forslaget § 4–6 som gir Kongen adgang til å tillate en foretakssammenslutning dersom allmenne hensyn tilsier det. Dersom Stortinget bestemmer at det ikke skal gripes inn mot en foretakssammenslutning, kan det vanskelig tenkes at Kongen ikke benytter sin kompetanse etter forslaget § 4–6.

Utvalget foreslår å videreføre § 1–4 annet ledd om at Kongen kan foreta avgrensninger mellom bestemmelsene i konkurranseloven og bestemmelser i annen reguleringslovgivning samt fordele oppgaver og myndighet mellom forskjellige reguleringsmyndigheter. Kongen kan i medhold av denne bestemmelsen for eksempel regulere forholdet til Forbrukerombudets kompetanse etter markedsføringsloven § 13.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

4.5.3 Høringsinstansenes merknader

Ingen av høringsinstansene har uttalt seg om utvalgets forslag til bestemmelse om forholdet til andre lover.

4.5.4 Departementets vurderinger

Departementet slutter seg til utvalgets forslag om ikke å videreføre gjeldende § 1–4 første ledd. Bestemmelsen har til nå hatt svært liten praktisk betydning og vil heller ikke få det, slik den nye konkurranseloven er utformet.

Departementet er enig med lovutvalget i at det kan være behov for en bestemmelse i konkurranseloven som gir Kongen anledning til å gi nærmere regler om den innbyrdes avgrensningen av de forskjellige myndigheters virkeområde. Det er nå en rekke sektorspesifikke reguleringsmyndigheter som kan eller skal ta konkurransehensyn ved praktiseringen av sin lovgivning. Den foreslåtte bestemmelsen kan forebygge konflikter som kan oppstå og gir Kongen en rett til å avklare forholdet mellom sektormyndigheter før det oppstår motstrid. En slik avgjørelse fra Kongen kan gå ut på at en av myndighetene får innskrenket kompetanse i forhold til den opprinnelige fullmakten.

4.6 Varigheten av vedtak etter konkurranseloven

4.6.1 Gjeldende rett

Etter konkurranseloven § 1–6 skal vedtak etter loven i alminnelighet treffes for et bestemt tidsrom. Virkningstiden for det enkelte vedtak skal normalt ikke overstige fem år og aldri være lenger enn ti år. Vedtakene skal kunne fornyes. Bestemmelsen er begrunnet med at en aktiv konkurransehåndheving forutsetter at vedtak i medhold av loven vurderes fortløpende. For enkelte vedtak, for eksempel dispensasjoner til å foreta tidsavgrensede handlinger, vil det framgå av vedtaket når det mister sin kraft. I andre tilfeller er det behov for å vurdere vedtakene når de løper ut, eventuelt senest etter 10 år. Bestemmelsen gjelder både enkeltvedtak og forskrifter.

4.6.2 Utvalgets forslag

Konkurranselovutvalget har foreslått delvis å videreføre gjeldende § 1–6. Endringen er at bestemmelsen bare skal gjelde for enkeltvedtak etter loven, ikke for forskrifter. Utvalget har ikke begrunnet sitt forslag nærmere.

4.6.3 Høringsinstansenes merknader

Det er bare *Konkurransetilsynet* som har uttalt seg om lovutvalgets forslag. Tilsynets merknader er imidlertid særlig knyttet til en del tolkningsspørsmål som etter tilsynets oppfatning bør avklares i lovens forarbeider.

4.6.4 Departementets vurderinger

Etter departementets oppfatning er det fortsatt behov for å foreta en fortløpende vurdering av om enkeltvedtak etter konkurranseloven bør opprettholdes. Departementet viderefører derfor i samsvar med lovutvalgets forslag bestemmelsen om at enkeltvedtak i alminnelighet skal gjelde for et bestemt tidsrom, at virkningstiden normalt ikke skal overstige fem år og aldri være lenger enn ti år.

Departementet er mer i tvil om ikke dette også bør gjelde for forskrifter fastsatt i medhold av loven. Også for forskrifter bør det vurderes om det fortsatt er behov for dem og de bør ikke stå lenger enn nødvendig. Når departementet likevel er kommet til at bestemmelsen om varighet ikke bør gjelde for forskrifter, skyldes det at det vil være uheldig om disse skulle miste sin kraft dersom departementet eller Konkurransetilsynet skulle «glemme» å fornye en forskrift etter 10 år. Forskrifter etter konkurranseloven kan regulere både rettigheter og plikter for lovens adressater. Det kan derfor ha uoverskuelige konsekvenser, også av privatrettslig art, dersom en forskrift løper ut ved en tilfældighet.

Når det gjelder de tolkningsspørsmål som Konkurransetilsynet har tatt opp i sin høringsuttalelse, så er de behandlet i merknadene til bestemmelsen i kapittel 17.

4.7 Forholdet mellom konkurranseloven og konkurransereglene i EØS-avtalen

Dersom samhandelen påvirkes merkbart av en konkurranseregulering som nevnt i EØS-avtalen artikkel 53 eller 54, og reguleringen samtidig er egnet til å ha virkning i Norge, vil konkurransereguleringen omfattes både av EØS-avtalen artikkel 53 eller 54 og av konkurranseloven. De to regelsettene vil med andre ord ha overlappende anvendelsesområder. En parallell regel anvendelse kan føre til forskjellig utfall, avhengig av hvilket regelverk som legges til grunn. EØS-retten oppstiller imidlertid visse skranker for anvendelsen av nasjonal konkurranselov i tilfeller der EØS-avtalen artikkel 53 og 54 kommer til anvendelse.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Spørsmålet om hvilke skranker EØS-avtalen oppstiller for anvendelsen av konkurranseeloven oppstår imidlertid bare der samhandelen mellom avtalepartene kan påvirkes merkbart. Der samhandelskriteriet ikke er oppfylt, kommer EØS-avtalen artikkel 53 og 54 ikke til anvendelse, og konkurranseeloven kan anvendes uinnskrenket.

Forholdet mellom EØS-avtalens konkurranseregler og avtalepartenes nasjonale konkurranseregler er ikke direkte løst i EØS-avtalen. Av EØS-loven § 2 følger at «i tilfelle konflikt» skal EØS-avtalens regler som, gjennomført i norsk rett «gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold». Det er en forutsetning for parallell anvendelse av konkurranseeloven at dette ikke hindrer ensartet anvendelse og uinnskrenket virkning av EØS-avtalens konkurranseregler.

EU har gjennom rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 3 direkte regulert forholdet mellom EF-traktaten artikkel 81 og 82 og medlemsstatenes nasjonale konkurranseelovgivning. Etter forordnin-

gen artikkel 3 nr. 2 må ikke anvendelsen av nasjonal konkurranseelovgivning føre til forbud mot avtaler og ordninger mv. mellom foretak som påvirker samhandelen, men som ikke begrenser konkurransen etter artikkel 81 nr. 1, oppfyller vilkårene etter artikkel 81 nr. 3 eller er omfattet av et gruppefritak. Bestemmelsen er ikke til hinder for å anvende en mer restriktiv nasjonal lovgivning mot ensidig atferd.

Artikkel 3 nr. 1 i forordningen pålegger nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler å anvende EF-traktaten artikkel 81 og 82 når de anvender nasjonal konkurranseelovgivning på atferd som kan påvirke samhandelen.

Departementet foreslår at en tilsvarende bestemmelse som artikkel 3 i forordning 1/2003 tas inn i EØS-konkurranseloven. Dette vil bidra til å klargjøre forholdet mellom EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og utkastet til §§ 10 til 14 i konkurranseeloven. Dette er nærmere omtalt i punkt 14.6.

5 Konkurransemyndighetens oppgaver

5.1 Håndheving av konkurransereglene

5.1.1 Gjeldende rett

Under dette punkt følger en kort beskrivelse av Konkurransetilsynets oppgaver etter konkurranse- loven. De fleste av oppgavene er også omtalt mer utførlig andre steder i proposisjonen.

Konkurransetilsynet skal ifølge § 2–2 bokstav a utøve kontroll med at lovens forbud og påbud overholdes, og dessuten treffe vedtak om dispensasjon når lovens formål tilsier det. Lovens forbudsbestemmelser finnes i §§ 3–1 til 3–4 og dispensasjons- hjemmelen finnes i § 3–9. Dersom Konkurransetil- synet mener noen har overtrådt ett eller flere av lo- vens forbud, anmeldes saken til politiet. Dersom overtredelsen er mindre alvorlig, har tilsynet nor- malt nøydt seg med en uformell innskjerping, even- tuelt kombinert med en oppfordring om å søke dis- pensasjon hvis tilsynet mener vilkårene for det er tilstede.

Konkurransetilsynet mottar et betydelig antall dispensasjonssøknader. Der forholdene ikke er i strid med forbudsbestemmelsene, blir det infor- mert om dette, og saken avsluttes. Hvis samarbei- det rammes av forbudene, kan Konkurransetilsynet avslå søknaden eller innvilge hel eller delvis dis- pensasjon. Dispensasjon gis i form av enkeltvedtak eller forskrift.

Det følger av konkurranse- loven § 2–2 bokstav b at konkurransemyndighetene skal foreta nødventi- ge inngrep mot konkurranseskadelig atferd og be- driftserverv. Konkurransereguleringer som ikke rammes av §§ 3–1 til 3–4 er lovlige, men de kan et- ter en konkret vurdering forbyes med hjemmel i §§ 3–10 og 3–11.

Etter § 3–10 kan Konkurransetilsynet ved en- keltvedtak eller forskrift, gripe inn mot vilkår, avta- ler og handlinger dersom tilsynet finner at disse har til formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet i lovens § 1–1. I forbindelse med inngrepsvurderingen foretar Kon- kurransetilsynet en konkret virkningsanalyse av om atferden er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet. Det sentrale er om det forelig- ger konkurranseskadelig utøvelse av markeds- makt.

Konkurranseloven § 3–11 har regler om kon- troll med bedriftserverv. Konkurransetilsynet kan gripe inn mot erverv som fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Dersom partene selv melder be- driftservervet til Konkurransetilsynet, må tilsynet innen tre måneder etter at endelig avtale er meldt til tilsynet, varsle hvorvidt inngrep kan bli aktuelt. Konkurransetilsynet må som hovedregel gripe inn mot ervervet innen seks måneder etter at endelig avtale foreligger. Fristen kan forlenges til ett år der- som særlige hensyn foreligger.

5.1.2 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår å innføre to forbud; ett mot kon- kurransbegrensende avtaler og ett mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Det er ikke an- befalt å videreføre muligheten til å gripe inn mot konkurranseskadelig atferd i enkelttilfeller utover adgangen for Kongen i statsråd dersom det forelig- ger allmenne hensyn. Et mindretall har imidlertid foreslått at departementet bør ha mulighet til, ved forskrift, å gripe inn mot konkurranseskadelig at- ferd i strid med lovens formål. Forslaget fra flertal- let innebærer en overgang fra en kombinasjon av forbuds- og inngrepsbestemmelser til et tilnærmet rent forbudsregime.

Utvalget har videre foreslått at Konkurransetil- synet eller Konkurransenemnda skal kunne påleg- ge foretak som overtrer disse bestemmelsene å opphøre med den ulovlige atferden. Det vises til re- degjørelsen for de enkelte bestemmelsene i propo- sisjonens kapittel 6.

Utvalget har også foreslått endringer i reglene om kontroll med bedriftserverv. Etter forslaget skal bare de ervervene som fører til kontroll omfattes av regelverket. Videre er det anbefalt å innføre melde- plikt for visse erverv kombinert med et automatisk gjennomføringsforbud. Et mindretall i utvalget har foreslått at Konkurransetilsynet også skal ha hjem- mel til å gripe inn mot erverv av andeler som ikke fører til kontroll. Reglene om kontroll med foretaks- sammenslutninger er nærmere behandlet i propo- sjonens kapittel 7.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

5.1.3 Høringsinstansenes merknader

Mange av høringsinstansene har synspunkter på den nærmere utformingen av reglene i konkurranse-loven. De fleste er positive til omleggingen til et forbudsbasert system, hovedsakelig under henvisning til at de ønsker en harmonisering med regelverket i EU/EØS. Noen få av høringsinstansene har imidlertid uttrykt ønske om at Konkurransetilsynet må kunne fatte vedtak om at en handling eller en avtale ikke rammes av lovens forbud. Dette kommenteres nærmere i kapittel 6 om atferdsregler.

Høringsinstansene er mer delt i synet på endringene i reglene om foretakssammenslutninger. De fleste er positive til å begrense reglene til å bare omfatte foretakssammenslutning som fører til kontroll, samt til innstramningen av fristene for tilsynets saksbehandling. Ordningen med meldeplikt og automatisk gjennomføringsforbud er imidlertid høringsinstansene mer skeptiske til. Se kapittel 7 om foretakssammenslutninger for en nærmere redegjørelse for dette.

5.1.4 Departementets vurderinger

Kontroll med at lovens forbud og påbud overholdes og med foretakssammenslutninger skal være Konkurransetilsynets hovedoppgaver. Departementet slutter seg således til utvalgets forslag på dette punkt. De foreslåtte endringer i atferdsreglene vil gjøre at Konkurransetilsynet kan fokusere mer av sin virksomhet mot de alvorlige overtredelsene. Videre vil overgangen til et rent forbudsprinsipp føre til at privat håndheving blir et mer reelt alternativ til at tilsynet forfølger overtredelsene. Når det gjelder kontroll med foretakssammenslutninger, vil reglene om meldeplikt, gjennomføringsforbud, fullstendig melding og de nye fristene for tilsynets saksbehandling, etter departementet syn også medføre at tilsynets ressursbruk blir mer effektiv.

Departementet avviker imidlertid fra utvalgets flertall, i det departementet mener Kongen bør ha mulighet til ved forskrift å gripe inn mot konkurranseskadelig atferd i strid med lovens formål. Se nærmere om dette i proposisjonens punkt 6.6.8. Departementet anbefaler også at tilsynet skal kunne gripe inn mot erverv av andeler i bedrifter som ikke fører til kontroll, men som likevel fører til en vesentlig begrensning av konkurransen. I tillegg har departementet innarbeidet en tilpasset versjon av gjeldende konkurranselov § 3–12, som Stortinget tilføyde 17. juni 2003, etter at utvalget hadde levert sin innstilling. Se nærmere om minoritetserverv og «nye § 3–12» i proposisjonens punkt 7.3.

5.2 Tiltak for å øke markedenes gjennomsiktighet

5.2.1 Gjeldende rett

Konkurransemyndighetene skal etter gjeldende rett iverksette tiltak for å øke markedenes gjennomsiktighet, jf. konkurranse-loven § 2–2 bokstav c. Hjemler for dette finnes i konkurranse-loven § 4–1 (prismerking mv.) og § 4–2 (offentlighet om konkurransereguleringer). Konkurranseloven § 4–1 første ledd inneholder et påbud om prismerking, som, ifølge annet ledd, skal håndheves av Konkurransetilsynet. I tillegg kommer den informasjonsplikt som følger av forvaltningsloven og offentlighetsloven, samt generelt informasjonsarbeid som Konkurransetilsynet gjennomfører blant annet gjennom regelmessige prisundersøkelser.

Formålet med tiltakene er å stimulere etterspørselssiden til å foreta rasjonelle valg mellom konkurrerende produkter ved å legge forholdene til rette for at forbrukerne skal kunne bedømme pris og kvalitet.

Bestemmelsen i § 4–1 gjelder kun ved salg til forbruker. Det er gitt forskrifter om prisopplysning og prismerking for ulike varer og tjenester. Konkurransetilsynets kontroller har i hovedsak vært konsentrert om håndheving av bestemmelsene i forskrift om enhetsmerking av varer, som er en oppfølging av Europaparlaments- og rådsdirektiv 98/6/EF av 16. februar 1998 om forbrukervern ved opplysning om priser på forbruksvarer.

Konkurransetilsynet gjennomfører prisundersøkelser ved å innhente priser på sammenlignbare varer og ytelser. Resultatene blir offentliggjort slik at publikum skal være klar over prisforskjeller i markedene.

Etter at Konkurransetilsynets regionapparat ble nedlagt, har tilsynet og Forbrukerrådet inngått en samarbeidsavtale om at Forbrukerrådet inviteres til deltakelse i prisundersøkelser med utgangspunkt i et faglig opplegg fra Konkurransetilsynet.

Etter konkurranse-loven § 4–2 kan konkurransemyndighetene, uten hinder av taushetsplikt for forretningshemmeligheter som følger av forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, offentliggjøre opplysninger om vilkår og samarbeid som har til formål eller virkning å begrense konkurransen. Konkurranseloven § 4–2 gjør bare unntak fra forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, ikke fra § 13 første ledd nr. 1 som gjelder opplysninger om noens personlige forhold.

Formålet med § 4–2 er å fremme offentlighet om konkurransebegrensninger gjennom å lempe på konkurransemyndighetenes taushetsplikt. I for-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

arbeidene er det lagt vekt på at offentlighet vil kunne fylle en viktig funksjon i konkurransepolitikken, jf. Ot.prp. nr. 41 (1992–93) side 69. Konkurranseloven § 4–2 er derfor et selvstendig virkemiddel for å fremme virksom konkurranse ved å øke gjennom-siktigheten i markedene.

Offentliggjøring etter § 4–2 er begrenset til å gjelde opplysninger om vilkår og samarbeid. Det er antatt at dette også omfatter opplysninger om virkningen av det aktuelle samarbeid. Det er videre et vilkår at konkurransemyndighetene anser offentlig-gjøringen nødvendig for å ivareta sine oppgaver etter konkurranseloven. Særlig relevant i forhold til § 4–2 er konkurranseloven § 2–2 bokstav c som omhandler tiltak for å øke markedenes gjennom-siktighet.

Ved vurderingen av om det skal gjøres unntak fra taushetsplikten, skal det tas hensyn til den er-vervsdrivendes berettigede interesse i å bevare sine forretningshemmeligheter. Det må foretas en konkret vurdering av om opplysningene bør offentlig-gjøres. Avveiningen av hensyn for og i mot offentlig-gjøring må ikke bare foretas i forhold til spørsmålet om hvorvidt opplysningene skal gis ut, men også når det vurderes hva som eventuelt skal gis ut og hvordan dette skal skje.

En avgjørelse om offentliggjøring etter § 4–2 er ikke et enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Forvaltningslovens regler om enkeltvedtak vil følgelig ikke komme til anvendelse på slike avgjørelser.

5.2.2 Utvalgets forslag

Utvalget påpeker innledningsvis at etter at region-apparatet ble lagt ned i april 2001, har Konkurransetilsynet betydelig mindre ressurser til rådighet for tiltak rettet mot etterspørselssiden. Utvalget har derfor vurdert om tiltak rettet mot etterspørselssiden fortsatt bør høre inn under konkurransemyndighetenes oppgaver og eventuelt hva slags typer tiltak som anses hensiktsmessig.

Videre uttaler utvalget at slik konkurranselovens formål er utformet både i gjeldende lov og i utvalgets forslag, vil hensynet til forbrukerne ha underordnet betydning. På den annen side er virksom konkurranse viktig i et forbrukerperspektiv. Et sentralt formål i forbrukerpolitikken og -lovgivningen er å sikre forbrukernes rettigheter som etterspørre i forhold til tilbydersiden i markedet. Både Forbrukerrådet som interesseorganisasjon og Forbrukerombudet som forvaltningsorgan for markedsføringsloven vil derfor, innenfor dagens organisering av de konkurranse- og forbrukerpolitiske områdene, kunne være aktuelle for å overta enkelte av Konkurransetilsynets oppgaver. Utvalget mener

dette i tillegg til å ivareta konkurransemessige hensyn, også vil kunne ses som en styrking av forbrukersiden i markedet.

Utvalget påpeker at fra en forbrukerpolitisk synsvinkel er gjennomsiktighet viktig, fordi det reduserer kostnadene ved å tilegne seg prisinformasjon og fordi konkurranse i de fleste tilfeller leder til lavere priser. Oppfatningen om at økt prisgjennomsiktighet alltid bidrar til å styrke konkurransen, er i de senere årene blitt nyansert. Stor grad av gjennomsiktighet kan bidra til at konkurrentene får innsyn i hverandres priser, noe som igjen kan danne grunnlag for at selgerne koordinerer sin opptreden i markedet.

I markeder med et større antall tilbydere vil imidlertid økt prisgjennomsiktighet normalt bidra til å styrke konkurransen.

Prismerking

Utvalget mener at hensynet bak regelen om prismerking og ressursituasjonen i tilsynet etter at regionapparatet ble nedlagt, taler for at oppfølging av prismerkingsbestemmelsene bør være forbrukermyndighetenes oppgave. Utvalgets flertall anbefaler derfor at konkurranseloven § 4–1 om prisinformasjon overføres til forbrukerlovgivningen. Bestemmelsen kan tas inn i markedsføringsloven som ny § 3 a. De forvaltningsmessige oppgavene vil etter flertallets oppfatning kunne legges til Forbrukerombudet som allerede fører et omfattende tilsyn for å forhindre blant annet villedende prisinformasjon. Flertallet påpeker at en slik overføring av oppgaver selvsagt også forutsetter overføring/tilføring av nødvendige ressurser.

Utvalgets mindretall mener imidlertid at konkurransemyndighetene fortsatt bør ha en hjemmel til å pålegge prisopplysning mv. når det har en konkurransefremmende virkning å øke markedenes gjennomsiktighet. Mindretallet fremhever at dersom markedene skal fungere, er det nødvendig at etterspørerne har tilstrekkelig kunnskap om priser mv. til at de kan treffe rasjonelle valg. I sitt arbeid med å fremme konkurransen må derfor Konkurransetilsynet vurdere om denne forutsetningen er til stede. Dersom dette ikke er tilfellet, mener mindretallet at tilsynet bør kunne påby både at det skal gis prisopplysning og hvordan opplysningene skal gis. I tillegg bør Kongen kunne gi slike pålegg i form av forskrift.

Mindretallet mener derfor at det bør vurderes å innføre slike hjemler i konkurranseloven. Mindretallet foreslår følgende formulering:

«Dersom Konkurransetilsynet finner at det er nødvendig for å øke gjennomsiktigheten i et

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

marked, kan tilsynet pålegge ervervsdrivende ved salg av varer eller tjenester å foreta merking, ha oppslag eller å gi annen underretning om pris, forretningsvilkår og kvalitet. Kongen kan ved forskrift gi tilsvarende bestemmelser.»

Dersom det tas inn en slik hjemmel for konkurransemyndighetene i konkurranseloven, vil både konkurranseloven og markedsføringsloven ha likeartede hjemler til prisopplysning. Mindretallet viser til at bestemmelsene imidlertid har forskjellig formål. Konkurransemyndighetene vil nytte sin hjemmel når økt gjennomsiktighet i et marked er nødvendig for å fremme konkurransen. Det vil bare være tilfelle når påbudet om prismerking i markedsføringsloven ikke er tilstrekkelig og når forbrukermyndighetene ut fra sine formål ikke har funnet det nødvendig å pålegge ytterligere prismerking. Mest typisk vil det være tilfelle ved salg til andre enn forbrukere.

Prisundersøkelser

Prisundersøkelser innebærer å samle inn opplysninger om tilbydernes priser på sammenlignbare produkter, bearbeide disse og offentliggjøre resultatene. Normalt kan dette gjøres uten hjemmel i lov, men i enkelte tilfeller kan det være påkrevd med lovhjemmel, for eksempel hvis det er aktuelt å pålegge næringsdrivende å gi myndighetene informasjon.

Utvalget mener at behovet for at offentlige myndigheter utfører prisundersøkelser er redusert i de senere år. Den teknologiske utviklingen har gjort det enklere for forbrukerne å sammenligne priser. Det har oppstått en rekke nettsted med sammenligninger av priser på produkter som forsikringspremier, lånerenter mv. Samtidig har mediernes fokus på prissammenligninger og forbrukerveiledning økt. Etter nedleggelsen av regionapparatet inngikk Konkurransetilsynet avtale med Forbrukerrådet om at Forbrukerrådet bistår ved gjennomføringen av ulike prisundersøkelser. Forbrukermyndighetene har i dag lignende oppgaver i forhold til etterspørselssiden, men med særlig vekt på forbrukervern.

Utvalget har ikke tatt stilling til om oppgavene burde vært fordelt annerledes mellom konkurransemyndighetene og forbrukermyndighetene/-organisasjonene på dette området. Ved innhenting av informasjon om priser vil det i noen tilfeller være behov for å benytte hjemmelen til å innhente opplysninger, jf. forslaget § 5–1. For å benytte hjemmelen til dette formålet er det en forutsetning at prisundersøkelser hører inn under Konkurransetilsynets oppgaver.

Utvalget foreslår derfor å videreføre konkurranseloven § 2–2 bokstav c om at iverksettelse av tiltak for å øke markedenes gjennomsiktighet er en oppgave for Konkurransetilsynet. Utvalget anbefaler en nærmere vurdering av om prisundersøkelser er en oppgave som bedre kan ivaretas av Forbrukerombudet eller Forbrukerrådet, fordi denne oppgaven hører mer naturlig inn under deres kjerneområder.

Offentlighet om konkurransebegrensninger

Utvalget viser til at det opprinnelige formålet med § 4–2 var å sikre offentlighet om ulike handlinger og forhold i markedet. Offentlighet rundt konkurransebegrensninger vil sette næringsliv og forbrukere i stand til å tilpasse seg reguleringene, slik at de unngår virkningene av dem.

Utvalget har gått inn for at bestemmelsen i § 4–2 ikke videreføres. Utvalget har ved sin vurdering lagt vekt på at hjemmelen til offentliggjøring i konkurranseloven § 4–2 hittil aldri har vært benyttet til det tiltenkte formål.

Utvalget foreslår i stedet en ny bestemmelse som sier at Konkurransetilsynet og Konkurransnemnda skal offentliggjøre sine vedtak. I tillegg har utvalget foreslått en bestemmelse i forslaget § 6–3 som gir enhver med rettslig interesse rett til innsyn i sakens dokumenter under nærmere fastsatte vilkår. Utvalget mener at de foreslåtte bestemmelsene delvis ivaretar formålet med dagens bestemmelse i konkurranseloven § 4–2.

Utvalget viser til at både Kommisjonen og det danske Konkurrenterådet plikter å offentliggjøre sine vedtak. Videre vil offentliggjøring av vedtak innebære at myndighetenes vurdering av ulike handlinger, lovtolkning og subsumsjon samt forhold i markedet blir kjent. Når konkurransebegrensninger offentliggjøres, blir næringsliv og forbrukere i stand til å tilpasse seg reguleringene mellom ervervsdrivende, slik at de unngår virkningene av dem. Videre vil offentliggjøring av vedtak skape større gjennomsiktighet og bevisstgjøre etterspørerne, særlig med hensyn til offentlighet omkring priser og andre forretningsvilkår.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn en hjemmel for Konkurransetilsynet til å offentliggjøre opplysninger underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13, i den grad det er nødvendig for å opplyse om vedtakets hovedinnhold. Konkurransetilsynet og Konkurransnemnda skal i størst mulig grad unngå å offentliggjøre taushetsbelagte opplysninger. Hva som i den enkelte sak er nødvendig å opplyse om for at vedtakets hovedinnhold kan offentliggjøres, mener utvalget må avgjøres av Konkur-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

ransetilsynet eller Konkurransenemnda. Som hovedregel bør Konkurransetilsynet og Konkurransenemnda lage en offentlig versjon der de taushetsbelagte opplysningene er fjernet. Det skal således forholdsvis mye til før det kan anses nødvendig å offentliggjøre opplysninger som omfattes av taushetsplikten i forvaltningsloven § 13.

Ved offentliggjøringen skal partenes navn og vedtakets hovedinnhold oppgis. Utvalget påpeker at Konkurransetilsynets vedtak i dag offentliggjøres på tilsynets hjemmeside på en måte som tilfredsstillende kravene i forslaget § 5–2.

Pristiltaksloven

Utvalget viser til at formålet med pristiltaksloven er å sikre en forsvarlig prisutvikling. Det er ikke konkurransehensyn som ligger til grunn for denne bestemmelsen, snarere er den ment som et redskap når ekstraordinære tilstander oppstår. Utvalget mener derfor at slike oppgaver ikke hører inn under et moderne konkurransetilsyn.

Utvalget viser videre til at forbudet mot å ta eler kreve urimelig pris i pristiltaksloven § 2 i praksis innebærer at Konkurransetilsynet må besvare en rekke henvendelser fra enkeltforbrukere. Henvendelsene er i all hovedsak av liten konkurransemessig betydning. Slike henvendelser bringer Konkurransetilsynets fokus over på enkelttransaksjoner, i stedet for på generelle tiltak i markeder som preges av manglende konkurranse. Ettersom regionapparatet er lagt ned, er det utvalgets mening at håndheving av pristiltaksloven § 2 er en oppgave som best ivaretas av forbrukermyndighetene.

Utvalget mener at privatrettslig kan slike oppgaver til dels forankres i avtaleloven §§ 36 og 37 og bli vurdert ved Forbrukerrådets, Forbrukertvistutvalgets og andre nemnders klagesaksbehandling. Offentligrettslig bør Forbrukerombudet få utvidet sitt mandat til å gripe inn overfor urimelige standardavtaler tilsvarende det som privatrettslig er tema for avtaleloven § 37. Dette kan etter utvalgets mening enten skje ved at ombudet får kompetanse til å forvalte pristiltaksloven § 2, eller også ved at begrensningen i markedsføringsloven § 20 blir fjernet, slik at avtalesensur etter loven § 9 bokstav a også omfatter priser.

5.2.3 Høringsinstansenes merknader

Et fåtall av høringsinstansene har innvendinger mot utvalgets forslag, eller utdypende kommentarer. De øvrige høringsinstansene har enten ikke kommentert utvalgets forslag på dette punkt eller sluttet seg til dette.

Barne- og familiedepartementet (BFD) slutter seg i prinsippet til forslaget om å overføre prismerkingensbestemmelsene til forbrukersektoren, med tilsynet lagt til Forbrukerombudet. Utvalgets øvrige forslag krever etter BFDs syn en nærmere utredning.

BFD vil i denne forbindelse understreke betydningen av at overføring av forvaltningsansvar forutsetter overføring av ressurser. BFD mener videre at det i beregning av nødvendige ressurser ikke uten videre kan tas utgangspunkt i Konkurransetilsynets arbeidsmengde på dette området, fordi Konkurransetilsynet etter BFDs oppfatning har foretatt en bevisst nedprioritering på dette området.

BFD er for øvrig ikke enig med utvalget i at behandlingen av henvendelser og enkeltsaker bør tones ned under henvisning til at disse har liten konkurransemessig betydning. BFD mener konkurransemyndighetene bør være tilgjengelige for folk flest, fordi dette gir myndighetene en verdifull nærhet til markedet.

BFD mener også det må stilles større krav til åpenhet slik at forbrukere får vite mer om prisfastsetting, prisstrukturer mv. Åpenhet om informasjon må kombineres med en mulighet for forbrukere og næringsdrivende til å få prøvd saken sin dersom de mener noen har misbrukt sin markedsrett.

Forbrukerombudet (FO) fremhever viktigheten av at etterspørselssiden fungerer som en forutsetning for virksom konkurranse, og beklager at Konkurransetilsynet dels ikke har hatt ressurser, og dels ikke har prioritert dette området de seneste årene. FO er imidlertid enig i at tiltak rettet mot etterspørselssiden ikke nødvendigvis trenger å være forankret i konkurranse-loven, men at dette bør gis en forbrukerpolitisk forankring og innarbeides i lovgivning som har hensynet til forbrukerne som formål. FO viser også til at en slik overføring av myndighet vil fremstå som et naturlig supplement til det arbeidet FO allerede utfører for å kontrollere at næringsdrivendes frivillige prisinformasjon i annonser m.m. ikke er villedende. FO anbefaler at det gjennomføres en nærmere analyse av hvilke ressurser det er nødvendig å tilføre ombudet for å nå målene om effektiv konkurranse og beskyttelse av forbrukerne.

FO slutter seg til forslaget om at Konkurransetilsynet fremdeles bør ha hjemmel til å pålegge prismerking der dette har betydning for konkurranse-situasjonen i markedet. FO mener imidlertid at situasjoner hvor tilsynet ønsker å pålegge prisinformasjon, vil være sammenfallende med misbruk av markedsrett, og at man da uansett vil ha hjemmel til et pålegg om prisinformasjon.

FO anbefaler at Konkurransetilsynet viderefø-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

rer sitt arbeid med prisundersøkelser, da dette har stor betydning for forbrukerne. For det første bidrar prisundersøkelser til en bevisstgjøring av forbrukerne, og for det andre kan det være forbundet med store omkostninger for den enkelte forbruker å selv skulle skaffe seg oversikt over prisene i markedet.

FO er enig med utvalget i at spørsmål om urimelig pris like gjerne kan anses som et forbruker-anliggende som et konkurranseanliggende, men i fravær av et konkret lovforslag antar FO at Konkurransetilsynet fremdeles vil ha som oppgave å føre tilsyn med pristiltaksloven. FO anbefaler en videre utredning av behovet for et forbud mot urimelige priser, hvilke kriterier som skal vektlegges for å vurdere om en pris er urimelig, og hvilken tilsynsmyndighet som skal håndheve en slik bestemmelse.

Rent prinsipielt mener *Forbrukerrådet* at det er et offentlig ansvar å sørge for at sammenlignbar og håndterbar prisinformasjon er tilgjengelig for forbrukerne slik at de kan spille sin rolle som markedsaktører. I praksis mener Forbrukerrådet dette bør bety en fordeling av oppgavene mellom de ulike tilsynene og Konkurransetilsynet, slik vi har sett i forbindelse med strømdatabasen og telefondatabasen. Eventuelt kan også Forbrukerombudet få myndighet til å foreta prisundersøkelser. Forbrukerrådet kan på sin side, for eksempel via Forbrukerportalen, formidle resultatene av prisundersøkelsene via internettenker til norske forbrukere. Konkurransetilsynets nedprioritering av enkeltsaker, særlig klager på urimelig pris etter pristiltaksloven § 2, har i praksis ført til et økt antall henvendelser til Forbrukerrådet, uten at dette er kompensert for økonomisk. Forbrukerrådet vil advare mot at oppgaver knyttet til prisundersøkelser, eller andre oppgaver knyttet til å sørge for (grunnlag for) virksom konkurranse, overføres til Forbrukerrådet uten nærmere utredning og uten at nødvendige midler stilles til disposisjon.

Landsorganisasjonen i Norge støtter mindretallets forslag om at konkurransemyndighetene fremdeles bør ha hjemmel til å pålegge prisopplysning når det har en konkurransefremmende virkning å øke markedenes gjennomsiktighet.

Konkurransetilsynet er enig i at bestemmelsen om prismerking bør overføres til markedsføringsloven. Dagens konkurranselov § 4–1 gir først og fremst virkemidler for å fremme forbrukernes interesser, blant annet ved å redusere deres søkekostnader og gjøre det enklere å sammenlikne priser. Konkurransetilsynet antar at dette er tiltak som like naturlig hører inn under forbrukermyndighetenes oppgaver.

Konkurransetilsynet slutter seg imidlertid til mindretallets forslag om at også konkurransemyndighetene bør ha en hjemmel til å pålegge prisopplysning, når dette har en konkurransefremmende virkning. En tilstrekkelig informert og effektiv etterspørselsside er en forutsetning for virksom konkurranse mellom tilbyderne og effektiv allokering i markedet. Som en illustrasjon på dette vises det til kraftprisbasen på Konkurransetilsynets hjemmeside på Internett, hvor tilsynet offentliggjør oppdaterte prislister. Konkurransetilsynet skriver at basen har vist seg å bli en viktig informasjonskilde for kundene i dette markedet. Kundene har etter Konkurransetilsynets oppfatning i den senere tid blitt langt mer aktive og prisbevisste, og dette har bidratt til skjerpet konkurranse mellom leverandørene, i tråd med konkurranselovens formål. Konkurransetilsynet ser, i likhet med utvalgets mindretall, ikke at det skulle være et problem at konkurranse-loven og markedsføringsloven får likeartede hjemler til prisopplysning, da de to lovene har ulike formål.

Konkurransetilsynet støtter også utvalgets forslag om at konkurransemyndighetene bør ha en hjemmel til å foreta prisundersøkelser. Tilsynet stiller seg positivt til at spørsmålet om hvorvidt prisundersøkelser heller bør utføres av forbrukermyndighetene, utredes nærmere. Konkurransetilsynet vil imidlertid presisere at det er ønskelig at begge myndigheter kan iverksette prisundersøkelser når dette anses nødvendig ut fra deres respektive formål. Som utvalget påpeker, er det nødvendig at prisundersøkelser er en del av Konkurransetilsynets oppgaver for at loven skal kunne gi hjemmel til å innhente slike opplysninger etter forslaget § 5–1.

Konkurransetilsynet er videre enig i at pristiltaksloven ikke lenger bør høre inn under konkurransemyndighetenes oppgaver, og støtter derfor forslaget om at den overføres til forbrukermyndighetene.

Konkurransetilsynet mener at de hensyn som begrunner gjeldende konkurranselov § 4–2 bør videreføres i ny konkurranselov. Konkurransetilsynet legger til grunn at forslaget § 5–2 langt på vei ivaretar de samme hensynene som gjeldende konkurranselov § 4–2. Utvalgets forslag til ny bestemmelse innebærer etter Konkurransetilsynets mening at omfanget av hvilke taushetsbelagte opplysninger som kan offentliggjøres utvides, ettersom offentliggjøring etter gjeldende konkurranselov § 4–2 bare omfatter taushetsbelagte opplysninger etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, det vil si opplysninger som gjelder tekniske innretninger og fremgangsmåter. Ifølge forslaget kan Konkurransetilsynet etter den nye loven for eksempel offentliggjøre

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

opplysninger om noens personlige forhold som nevnt i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1 dersom dette er nødvendig for å opplyse om sakens hovedinnhold. Slike opplysninger kan blant annet gjelde navn på enkeltpersoner eller foretak som kan knyttes til straffbare handlinger og som ikke er alminnelig kjent.

Konkurransetilsynet legger til grunn at det kan være behov for en bestemmelse som gir adgang til å utlevere slike opplysninger, for eksempel i forbindelse med et sivilt søksmål. Etter Konkurransetilsynets oppfatning ligger imidlertid en offentliggjøring av noens personlige forhold utenfor det formål som utvalget mener forslaget § 5–2 skal ivareta, og det er vanskelig å finne eksempler hvor dette er nødvendig for å opplyse om vedtakets hovedinnhold. Konkurransemyndighetene er avhengig av tillit fra allmennheten i sin virksomhet. En unødvendig vid adgang til å offentliggjøre opplysninger som normalt er underlagt lovbestemt taushetsplikt, kan på sikt svekke denne tilliten, og dermed vanskeliggjøre Konkurransetilsynets saksbehandling. Konkurransetilsynet kan ikke se at det er nødvendig å utvide adgangen til å offentliggjøre opplysninger. Konkurransetilsynet vil derfor foreslå at bestemmelsen i forslaget § 5–2 bringes i samsvar med adgangen til å offentliggjøre opplysninger etter gjeldende rett.

Konkurransetilsynet har ingen innvendinger mot utvalgets forslag om at bestemmelsen om offentliggjøring skal være en «skal-regel», det vil si at Konkurransetilsynet og Konkurransenemnda plikter å offentliggjøre sine vedtak. Som utvalget er inne på, offentliggjør Konkurransetilsynet i dag sine vedtak på en måte som tilfredsstiller kravene i § 5–2, og forslaget vil derfor ikke innebære noen endring for Konkurransetilsynets praksis.

5.2.4 Departementets vurderinger

Prismerking

Departementet slutter seg til utvalgets forslag om å overføre bestemmelsen i konkurranseloven § 4–1 om prisinformasjon til forbrukerlovgivningen, nærmere bestemt markedsføringsloven. Departementet har lagt vekt på de samme forholdene som utvalget. Ved å legge forvaltningen av denne bestemmelsen til Forbrukerombudet, sikrer man også at samme organ både fører kontroll med prismerking og kontroll med villedende priser. Dette vil etter departementet syn være ressurs sparende.

Et mindretall i utvalget har foreslått at selv om bestemmelsen om prismerking overføres til markedsføringsloven, så bør konkurransemyndighete-

ne fremdeles ha en hjemmel til å pålegge prisopplysning mv. når det har en konkurransefremmende virkning å øke markedenes gjennomsiktighet. Departementet er enig med mindretallet i at det kan være behov for Konkurransetilsynet å kunne komme med nærmere påbud om prisopplysning m.m. for at etterspørerne i et marked skal få tilstrekkelig kunnskap til å treffe rasjonelle valg. Som utvalgets mindretall viser til, vil dette kunne være nødvendig i markeder hvor etterspørerne ikke er forbrukere. Tilbyderne i disse markedene er ikke omfattet av bestemmelsen om prismerking i § 4–1, og vil heller ikke være i forbrukermyndighetenes fokus.

Departementet slutter seg til mindretallets forslag til lovtekst, og også at Kongen bør kunne gi slike pålegg i form av forskrift. Departementet ser det ikke som noe problem at både konkurranseloven og markedsføringsloven vil ha likeartede hjemler til prisopplysning. Bestemmelsene har forskjellige formål, og det vil også være forskjeller i håndhevingen da bestemmelsen som er foreslått overført til markedsføringsloven er utformet som et påbud, mens bestemmelsen foreslått inntatt i konkurranseloven er en inngrepshjemmel.

Prisundersøkelser

Departementet er enig med utvalget i at behovet for at offentlige myndigheter utfører prisundersøkelser er redusert i de senere år. I likhet med utvalget mener departementet likevel at å iverksette tiltak for å øke markedenes gjennomsiktighet fremdeles bør tilhøre konkurransemyndighetenes oppgaver. Departementet slutter seg derfor til å videreføre § 2–2 bokstav c i konkurranseloven. I hvilken grad, og med hvilken hyppighet, Konkurransetilsynet bør utføre prisundersøkelser, og om de skal gjøre det selv eller la seg bistå av andre, går departementet ikke inn på her. Generelt må det være opp til Konkurransetilsynet selv å vurdere nødvendigheten av prisundersøkelser i et marked.

Offentlighet om konkurransebegrensninger

Utvalget har gått inn for at bestemmelsen om offentlighet om konkurransebegrensninger i § 4–2 ikke videreføres, og henviser spesielt til at bestemmelsen aldri har vært benyttet til det tiltenkte formål. Departementet følger utvalgets forslag.

Departementet støtter også forslaget om at konkurransemyndighetene skal offentliggjøre sine vedtak. Etter at Stortinget gikk imot opprettelsen av en konkurranse nemnd, vil det være Konkurransetilsynet og departementet som blir pliktsubjekter etter

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

bestemmelsen. Siden både tilsynet og departementet allerede i dag offentliggjør sine vedtak, vil ikke en slik bestemmelse medføre noen endring.

Departementet er enig med utvalget i at det kun unntaksvis kan bli tale om å offentliggjøre opplysninger underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13, men utelukker ikke at det kan være nødvendig i enkelte saker. Konkurransetilsynet har reist innvendinger mot at området for hva som kan offentliggjøres er utvidet i forhold til gjeldende lov, i det også forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1 er omfattet. Departementet er enig med Konkurransetilsynet i at det vanskelig kan tenkes tilfeller hvor det å opplyse om noens personlige forhold er nødvendig for å opplyse om vedtakets innhold. I tillegg kan det svekke Konkurransetilsynets tillit hos næringslivet. Departementet slutter seg derfor til forslaget om å frita Konkurransetilsynet fra taushetsplikten, men bare etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Endringen er innarbeidet i utkastets § 22.

Pristiltaksloven

Departementet er enig i utvalgets vurderinger av forbudet mot urimelig pris i pristiltaksloven § 2. Bestemmelsen har lite med moderne konkurransepolitikk å gjøre. Selv om bestemmelsen er generelt utformet, vil den under normale forhold primært fungere som beskyttelse av den enkelte forbruker. Den nevnte omorganiseringen av tilsynet – med nedleggelse av regionapparatet – gjør også at tilsynet er mindre egnet enn før til å håndtere henvendelser om urimelig pris. Inntil behovet for bestemmelsen er nærmere vurdert, vil imidlertid departementet foreslå at Konkurransetilsynet fortsatt skal håndheve pristiltakslovens § 2.

Utvalget har drøftet hvordan tilfeller av påstått urimelig pris kan håndteres privatrettslig, og hvorvidt det offentlige bør få andre hjemler enn pristiltaksloven § 2. Departementet tar ikke i denne sammenheng stilling til disse spørsmålene.

5.3 Offentlige tiltak og reguleringer

5.3.1 Gjeldende rett

Dagens konkurranselov fastsetter i § 2–2 bokstav d som et særskilt gjøremål for konkurransemyndighetene å påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak, eventuelt ved å fremme forslag med sikte på å forsterke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter.

5.3.2 Utvalgets forslag

Utvalget fikk ved tilleggsmandat i oppdrag å utrede en ordning der ansvarlige myndigheter, innen gitte tidsfrister, må vurdere og redegjøre for forhold som Konkurransetilsynet tar opp i medhold av sin adgang etter konkurranseloven § 2–2 bokstav d til å påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak.

Utvalget har sett på en tilsvarende ordning som gjelder i Danmark. Der setter loven en frist på fire måneder, og det forutsettes forutgående kontakt med vedkommende myndighet.

Konkurranselovutvalget er av den oppfatning at de forhold det her er tale om i hovedsak ligger innenfor regjeringens myndighet til å organisere forvaltningen og fordele oppgaver og ansvar myndighetsorganer i mellom. Etter utvalgets oppfatning er det ikke hensiktsmessig at disse forhold lovreguleres.

En svarplikt som går ut over det som gjelder i dag, vil etter utvalgets vurdering gripe inn i den arbeidsordning og de prioriteringer som en regjering må kunne fastsette for departementene og underordnede organer. En slik bestemmelse må derfor eventuelt utformes slik at den kan tilpasses den til enhver tid sittende regjeringens prioriteringer. I forhold til kommunale og fylkeskommunale organer vil en slik bestemmelse gripe inn overfor det kommunale selvstyret. Forholdet til det kommunale selvstyret bør drøftes i en videre politisk sammenheng enn det utvalget har hatt anledning til å gå inn i.

Konkurransetilsynet må ut fra en ressursvurdering selv kunne prioritere mellom saker. Utvalget påpeker at erfaringene med arbeidet er blandede, og at det kan være vanskelig å oppnå resultater dersom konkurransemyndighetene kommer sent inn i en sak, slik som vil være tilfellet ved vanlig høringsbehandling av nytt regelverk.

Det er et spørsmål hvem svarplikten bør rettes mot. Utvalget finner at dersom en slik bestemmelse innføres, bør plikten rettes mot vedkommende minister eller ordfører.

Siden sakenes karakter vil variere mener utvalget at det heller ikke er hensiktsmessig å sette en fast frist for å svare på tilsynets henvendelse. Utvalget foreslår at en tidsfrist burde settes av Konkurransetilsynet etter en vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Utvalget minner om at det ikke finner det hensiktsmessig å innføre en regel som drøftet, men gir som svar på mandatet et alternativ der nåværende bestemmelse gis tilføyelsen:

«Dersom Konkurransetilsynet krever det, skal vedkommende minister eller ordfører svare på

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

en påpekning fra konkurransemyndighetene innen en nærmere angitt frist. I svaret skal det blant annet redegjøres for hvordan de konkurransemessige hensyn vil bli ivaretatt.»

5.3.3 Høringsinstansenes merknader

Et fåtall av høringsinstansene har eksplisitt berørt spørsmålet.

Landsorganisasjonen i Norge drøfter forholdet mellom politikk og forvaltning og viser til at utvalgets flertall ikke anbefaler å følge opp dagens lov som gir Konkurransetilsynet i oppgave å «overprøve» offentlige reguleringer. Det er etter Landsorganisasjonens oppfattelse ulogisk at et forvaltningsorgan skal ha en slik rolle overfor overordnede organ.

Norges Colonialgrossisters Forbund mener bestemmelsen bør videreføres, gjerne supplert slik utvalget har laget et alternativ for. Forbundet viser til saker det selv har tatt opp overfor Konkurransetilsynet innenfor sin bransje.

Advokatfirmaet Hjort DA støtter ikke utvalgets vurdering om ikke å videreføre bestemmelsen. Offentlige tiltak med konkurranseskadelige virkninger vil kunne være av vesentlig betydning for private aktørers konkurransesituasjon. Dersom Konkurransetilsynet påpeker konkurranseskadelige virkninger av offentlige reguleringer, vil dette kunne lette privat håndheving av konkurransereguleringene.

Norges Taxiforbund ønsker å videreføre nåværende bestemmelse, og mener bestemmelsen sett i sammenheng med dispensasjonsadgangen i gjeldende lov gjør det lettere å unngå konflikt i forhold til særlovgivning som yrkestransportloven.

Konkurransetilsynet ønsker å videreføre nåværende § 2-2 bokstav d. Tilsynet legger til grunn at det er bred enighet om at det samfunnsøkonomiske tapet som følge av konkurransebegrensende offentlige reguleringer kan være høyt. Det kan derfor være store effektivitetsgevinster å hente dersom slike reguleringer innrettes slik at konkurransehensyn ivaretas. Mange konkurransebegrensende effekter av offentlige reguleringer er trolig utilsiktet og skyldes at deres effekt på konkurransen ikke er eksplisitt vurdert. Alternativet til å akseptere slike konkurransebegrensninger er ikke nødvendigvis å avskaffe reguleringene, men å utforme dem på en annen måte. Det vises videre til at OECD i sin gjennomgang av Norge anbefaler at de konkurransepolitiske reformene fortsetter. Konkurransetilsynet framholder at et formelt grunnlag for dets arbeid med offentlige reguleringer er viktig, og at et frafall av dette vil redusere muligheten til å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. De siste årene har tilsynet tatt opp 10 til 15 saker av denne ka-

rakter hvert år. Det vil ikke være hensiktsmessig å kreve svar i alle slike saker. Tilsynet mener at en lovbasert påpekingsadgang med svarplikt vil være et hensiktsmessig virkemiddel. En plikt til å gi begrunnet svar vil øke sannsynligheten for at påpekninger tas til følge. Tilsynet anbefaler videre at det fremgår eksplisitt at både påpekningen og svaret skal offentliggjøres, slik at det skapes mulighet for en offentlig debatt om avveiningene.

5.3.4 Departementets vurderinger

Departementet har merket seg høringsinstansenes syn.

I forhold til Landsorganisasjonens kommentar vil departementet påpeke at bestemmelsen utvalget har utredet ikke har til hensikt å gi Konkurransetilsynet hjemmel til å «overprøve» vedkommende myndighets fullmaktskompetanse. Formålet er å henlede oppmerksomhet mot egenskaper ved vedkommende regulering som begrenser konkurransen, og derved kan svekke muligheten for å utnytte samfunnets ressurser på en effektiv måte.

Departementet vil videreføre Konkurransetilsynets oppgave med å påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak, og forsterke den gjennom å innføre hjemmel for tilsynet til å fastsette svarfrister for henvendelser fra Konkurransetilsynet om offentlige reguleringer.

Departementet viser til at konkurransemyndighetenes arbeid med å påvirke offentlig regelverk slik at det ikke unødig svekker konkurransen, er vel innarbeidet i Norge og mange andre land. Oppgaven er nødvendig for å sikre at de konkurranse-regulerende virkninger av offentlig regelverk blir vurdert, og at dette ikke i unødig grad begrenser konkurransen. Tilsynets henvendelser bidrar til å bevisstgjøre sektormyndighetene med hensyn til de konkurranseregulerende virkninger av deres regelverk. Offentlige reguleringer skal ofte ivareta sektorspesifikke mål. Reduksjon eller bortfall av konkurranse er svært sjelden et mål i seg selv, men en utilsiktet bivirkning av regelverket. Ofte vil de sektorspesifikke målene kunne ivaretas på en mindre konkurransebegrensende måte. Konkurransemessig vurdering av sektorregelverk vil bidra til sterkere målretting av de sektorpolitiske virkemidlene og en nødvendig avveining mot alminnelige effektivitetskrav i samfunnet. Slike vurderinger er viktige for å få til større økonomisk bærekraft og omstillingsevne i samfunnet. Arbeidsoppgaven er viktig for å sikre næringslivet rammebetingelser som ikke hemmer, men fremmer konkurransen i markedene.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Departementet er enig i utvalgets vurdering av at prioritering av slikt arbeid er et politisk spørsmål. Dette blir ivaretatt gjennom de årlige prioriteringer i forbindelse med statsbudsjettet. De politiske prioriteringene formaliseres gjennom Stortingets forutsetninger for bevilgningene og departementets tildelingsbrev med instruksjoner om anvendelse av bevilgningene.

Arbeidet i forhold til offentlige reguleringer har vært prioritert over lang tid og av vekslende regjeringer. Bestemmelsen har ikke til hensikt å binde opp politiske valg knyttet til avveininger mellom effektivitetshensyn og andre hensyn, men å sørge for at de ulike alternativene er godt utredet og tilpasset på forhånd.

I praksis foregår arbeidet etter denne bestemmelsen ved at konkurransemyndighetene engasjerer seg aktivt som høringsinstans i forbindelse med ordinær forberedelse av ulike former for regelverk, og at de tar opp eksisterende regelverk der det avdekkes et behov for nærmere gjennomgang. Dette vil vedvare og ventelig forsterkes i tiden framover. Selv om aktiviteten øker vil ikke den enkelte offentlige myndighet få hyppige henvendelser fra Konkurransetilsynet.

Departementet er enig med utvalget i at det ikke er lovteknisk nødvendig å ta inn en bestemmelse om at Konkurransetilsynet skal ha en slik oppgave i den nye loven, men finner dette mer hensiktsmessig enn å fastsette tilsvarende bestemmelser i ulike instruksjoner. Før gjeldende konkurranselov ble denne oppgaven pålagt gjennom de årlige retningslinjer for prismyndighetenes virksomhet, gitt ved kongelig resolusjon. En videreføring av lovbestemmelsen i en ny konkurranselov fjerner også mulig tvil om grunnlaget for slike henvendelser.

Bestemmelsen anses ikke problematisk i forhold til det kommunale selvstyre. Den binder ikke opp de lokale myndigheters skjønnsutøvelse når det gjelder avgjørelsens innhold, men sikrer at hensynet til konkurransen blir vurdert. I praksis har det meste av arbeidet etter konkurranselov § 2-2 bokstav d vært rettet mot regelverk gitt av sentrale statlige organer. Kommunene vil få større frihet i tiden fremover. De vil da kunne få større innflytelse på næringspolitiske forhold. Dette gjør det naturlig at de også i større grad arbeider med tilsvarende rammebetingelser og ansvar som sentrale myndigheter på dette området.

Departementet foreslår at Konkurransetilsynet gis anledning til, etter nærmere vurdering, å pålegge adressaten for en henvendelse om en offentlig regulering å svare innen en fastsatt frist. Dette vil bidra til å sette fokus på problemstillingene og vedkommende myndighets vurdering av konkurranse-

og effektivitetshensyn i sektorlovgivningen. Bestemmelsen innebærer ingen binding av vedkommende myndighets skjønnsutøvelse ved avveiningen mellom ulike hensyn. Det er ikke lagt opp til at overtredelser av fristbestemmelsene skal sanksjoneres. Dette har sammenheng med disse sakenes politiske karakter, hvor bestemmelsen ivaretar hensynet til gjennomsiktighet og forsvarlig saksforberedelse og regelforvaltning.

På denne bakgrunn foreslår departementet at ny § 9 bokstav e utformes slik:

«(Konkurransetilsynet skal) påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak, eventuelt ved å fremme forslag med sikte på å styrke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter. Dersom Konkurransetilsynet krever det, skal vedkommende organ som forstår tiltaket, svare Konkurransetilsynet innen en nærmere angitt frist. I svaret skal det blant annet redegjøres for hvordan de konkurransemessige hensyn vil bli ivaretatt.»

5.4 Offentlige anskaffelser

5.4.1 Ulovlige direkteanskaffelser

Et utvalg nedsatt av Nærings- og handelsdepartementet har i en rapport datert 31. mars 2003 foreslått å gi Konkurransetilsynet som oppgave å føre tilsyn med ulovlige direkteanskaffelser, herunder:

- Hjemmel til å ilegge sivil bot overfor oppdragsgivere som visste eller burde vite at de foretok en ulovlig direkteanskaffelse.
- Myndighet til i visse, avgrensede tilfeller, å erklære en kontrakt for ugyldig. Den nærmere avgrensningen må utredes nærmere.
- Tilsvarende kompetanse til å gi pålegg for å hindre ulovlige direkteanskaffelser, som Nærings- og handelsdepartementet har i henhold til anskaffelsesforskriften § 3-11.

Hovedregelen i henhold til anskaffelsesforskriften er at alle anskaffelser skal skje på grunnlag av forutgående kunngjøring og konkurranse mellom et tilstrekkelig antall leverandører. Det foreligger imidlertid noen snevre unntakshjemler, som i visse tilfeller gir oppdragsgiver rett til å foreta en direkteanskaffelse. Tilfeller som ikke faller inn under disse unntaksbestemmelsene må følge de ordinære anbudsreglene. Dersom ikke dette gjøres, og oppdragsgiver inngår kontrakt direkte med en leverandør, er anskaffelsen en ulovlig direkteanskaffelse.

Arbeidsgruppens rapport er til behandling i Nærings- og handelsdepartementet. Forslaget om

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

en tilsynsrolle som nevnt for Konkurransetilsynet vil bli vurdert i den sammenheng.

5.5 Offentlig støtte

5.5.1 Bistand ved håndheving av regelverket for offentlig støtte

Etter § 3 i lov om offentlig støtte 27. november 1992 nr. 117 skal norske myndigheter, etter å ha hatt anledning til å fremme sine merknader, tillate EFTAs overvåkningsorgan å foreta kontroller på stedet, det vil si i de berørte foretak. I loven § 4 er Konkurransetilsynet gitt i oppgave å fremme begjæring for tingretten om adgang til bevissikring etter loven § 3. Konkurransetilsynet kan videre kreve at politiet bistår EFTAs overvåkningsorgan med å iverksette beslutning om bevissikring.

Etter forskrift 21. februar 2003 nr. 198 gjelder forordning (EF) nr. 659/1999 om fastsettelse av nærmere regler for anvendelsen av EF-traktaten artikkel 93 som forskrift. Forordningen artikkel 22 har nærmere bestemmelser vedrørende kontroller på stedet, herunder medlemsstatenes tilretteleggingsplikt for kontroll.

Disse håndhevingsbestemmelsene er innført ved lovendring i inneværende år, slik at en ikke har særlig erfaring med oppgavens omfang.

5.6 Patentloven – tvangslisens

5.6.1 Tildeling av kompetanse for Konkurransetilsynet etter patentloven

Ot.prp. nr. 86 (2002–2003) fra Justisdepartementet, om lov om endringer i patentloven og planteforedlerloven (gjennomføring av EUs patentdirektiv i norsk rett mv.) ble oversendt til behandling i Stortinget 9. august 2003. I proposisjonen er det foreslått å effektivisere systemet med tvangslisenser.¹

En tvangslisens er en tillatelse til en enkeltaktør til å utnytte en patentert oppfinnelse uten samtykke fra patenthaveren. For å hindre misbruk av den eneretten et patent gir, foreslås det at slike lisenser skal kunne gis både ved forvaltningsvedtak og ved domstolene. Hjemmel for Konkurransetilsynet til å vedta tvangslisens er foreslått ved nytt første ledd i § 50.

Det er også forslag om en ny bestemmelse i patentloven § 47 nr. 2, som klargjør at det kan gis tvangslisens når patenthaveren utnytter patentret-

tighetene på en måte som kan begrense konkurransen vesentlig. Bestemmelsen skal bare kunne brukes når patentrettigheter misbrukes. Det må dessuten være tale om et misbruk som rammer allmenne interesser. Ikke bare denne bestemmelsen, men alle tvangslisensgrunnlag (jf. §§ 45 - 49) bør imidlertid ifølge forslaget kunne påberopes både for domstolene og for Konkurransetilsynet. Det er vist til at den som ønsker tvangslisens, dermed alltid vil kunne velge mellom domstolsbehandling eller administrativ behandling og at dette gir et oversiktlig og brukervennlig system. Forslag til ny § 50 bokstav a gjelder saksbehandling og kompetanse for Konkurransetilsynet.

Dagens ordning med adgang til å begjære tvangslisens ved domstolene skal være lite brukt. Det kan være at domstolsbehandling oppfattes som komplisert. I og med at endringene som foreslås i loven er ment å effektivisere tvangslisensinstituttet, kan tildelingen av kompetanse for Konkurransetilsynet føre til noen flere saker. Justisdepartementet antar imidlertid at det uansett vil dreie seg om en liten saksmengde.

5.7 Samarbeid med reguleringsmyndigheten for elektronisk kommunikasjon

5.7.1 Utveksling av taushetspliktig informasjon

Etter lov om elektronisk kommunikasjon § 9–6 skal konkurransemyndighetene og myndighetene for elektronisk kommunikasjon uten hinder av lovbestemt taushetsplikt gjensidig, og etter forespørsel, utveksle den informasjon som er nødvendig etter artikkel 3 nr. 5 i direktiv 2002/21/EF om et felles rammeverk for elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester.

Organet som mottar informasjon etter § 9–6 første ledd, skal ikke uten skriftlig samtykke fra avsenderorganet gi innsyn i informasjon som avsenderorganet på tidspunktet for utveksling var unnatt offentlig etter offentlighetsloven §§ 5 og 6. Myndigheten for elektronisk kommunikasjon skal ikke, uten samtykke fra konkurransemyndighetene, gi innsyn i informasjon som nevnt i konkurranse-loven § 6–3.

5.7.2 Samarbeid mellom myndigheter

Samarbeidet mellom konkurransemyndighetene og myndighetene for elektronisk kommunikasjon skjer på flere områder. Særlig er det nyttig å kunne

¹ Se kapittel 8 og kapittel 18, under merknadene til §§ 45–50 a

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

utveksle erfaringer i forhold til avgjørelser av om en virksomhet har en sterk markedsposisjon på et bestemt marked innen denne sektoren. Ved avgjørelser om dette innen virkeområdet for loven om elektronisk kommunikasjon skal de nasjonale tilsynsmyndigheter handle i overensstemmelse med fellesskapsretten og ta størst mulig hensyn til Kommisjonens retningslinjer.

5.8 Bistå andre myndigheter

5.8.1 Gjeldende rett

Etter konkurranseloven § 2–2 bokstav e har konkurransemyndighetene etter pålegg en plikt til å bistå andre myndigheter med å kontrollere etterlevelsen av andre regler der overtredelser kan ha uheldige virkninger for markeds- og konkurranseforhold. Begrunnelsen for bestemmelsen er at manglende etterlevelse av samfunnets spilleregler kan virke konkurransevridende og dermed negativt på markeds- og konkurranseforhold. Inntil regionapparatet ble nedlagt ytet Konkurransetilsynet bistand til skattemyndighetene og forbrukermyndighetene.

5.8.2 Utvalgets forslag

Utvalget har vurdert om bestemmelsen i konkurranseloven § 2–2 bokstav e bør videreføres i den nye konkurranseloven. Utvalget viser til at bestemmelsen kom inn under departementets behandling av konkurranseloven og ikke gir uttrykk for mer enn det som følger av regjeringens alminnelige instruksjonsmyndighet. Regjeringen kan alltid organisere og pålegge forvaltningen de oppgaver den finner hensiktsmessig. Bestemmelsen gir heller ikke Konkurransetilsynet kompetanse til å håndheve bestemmelser utenfor konkurranseloven. Dette må i tilfelle følge av særskilt hjemmel. Etter at regionapparatet er nedlagt, vil Konkurransetilsynet i mindre grad ha kapasitet til å yte slik bistand til andre myndigheter som forutsatt i forarbeidene. På bakgrunn av dette finner utvalget at det ikke er behov for en særskilt bestemmelse om bistand til andre myndigheter.

5.8.3 Høringsinstansenes merknader

Norges Colonialgrossisters Forbund uttaler at bestemmelsen om bistand til andre myndigheter bør videreføres. For øvrig har ingen av høringsinstansene kommentert dette forslaget.

5.8.4 Departementets vurderinger

Departementet slutter seg til utvalgets konklusjon og begrunnelse. Departementet vil tilføye at det generelt må kunne vises til pedagogiske fordeler, dersom man i konkurranseloven skal ta inn forhold, som allerede følger av andre regler. Departementet kan ikke se noen pedagogiske hensyn som taler for å beholde konkurranseloven § 2–2 bokstav e om å bistå andre myndigheter. I likhet med utvalget legger også departementet til grunn at det etter at regionapparatet ble nedlagt, vil være mindre aktuelt å la Konkurransetilsynet bistå andre myndigheter.

5.9 Bistand til fremmede staters konkurransemyndigheter og internasjonale organisasjoner

5.9.1 Gjeldende rett

Etter gjeldende konkurranselov § 1–8 første ledd kan Konkurransetilsynet for å oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor fremmed stat eller internasjonal organisasjon uten hinder av lovbestemt taushetsplikt, gi konkurransemyndigheter i fremmede stater eller internasjonale organisasjoner, opplysninger som er nødvendige for å fremme norske eller vedkommende stats eller organisasjons konkurranseregler. Det er således en betingelse for overlevering av taushetsbelagte opplysninger til andre lands konkurransemyndigheter eller internasjonale organisasjoner at det foreligger en folkerettslig avtale som regulerer slik overlevering.

Etter § 1–8 annet ledd plikter Konkurransetilsynet ved utlevering av opplysninger etter første ledd å stille som vilkår at opplysningene bare kan formidles videre med samtykke fra Konkurransetilsynet og bare for det formål som samtykket omfatter.

Når det gjelder forholdet til EØS-organene, fastsetter EØS-konkurranseloven § 4 at norske myndigheter uten hinder av lovbestemt taushetsplikt kan gi EFTAs overvåkningsorgan eller Kommisjonen alle opplysninger som er nødvendige for å håndheve konkurransereglene i EØS-avtalen.

Norge inngikk i 2001 en avtale med Danmark og Island som blant annet regulerer utveksling av taushetspliktig informasjon mellom konkurransemyndighetene i landene. Sverige tiltrådte denne avtalen i 2003.

Etter reglene om opplysningsplikt i konkurranseloven § 6–1 plikter enhver å gi konkurransemyndighetene de opplysninger de trenger for å kunne oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor fremmed stat eller internasjonal organisasjon.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Konkurransetilsynet har i dag ikke hjemmel til å bistå eller utføre bevissikring i Norge på vegne av andre stater. Etter EØS-konkurranseloven § 3 kan imidlertid Konkurransetilsynet etter anmodning foreta kontroll på vegne av EFTAs overvåkingsorgan etter konkurranseloven § 6–2.

5.9.2 Utvalgets forslag

Utvalgets enstemmige forslag

Utvalget foreslår at konkurranseloven § 1–8 videreføres som § 1–7 i den nye loven. Videre foreslår utvalget at konkurransemyndighetenes rett etter konkurranseloven § 6–1 til å kreve opplysninger for å kunne oppfylle Norges internasjonale forpliktelser videreføres i § 5–1 i den nye loven.

Som nevnt har Konkurransetilsynet i dag ikke hjemmel i konkurranseloven til å kunne gjennomføre bevissikring på vegne av fremmed stat eller internasjonal organisasjon. Utvalget foreslår at Konkurransetilsynet skal kunne gjennomføre bevissikring for å oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor fremmed stat eller internasjonal organisasjon, jf. forslaget § 6–1 første ledd. Dette innebærer en endring i forhold til gjeldende rett.

Bevissikringen gjennomføres av Konkurransetilsynet. Begjæring om adgang til bevissikring skal på vanlig måte fremsettes for tingretten. Grunnlaget for tingrettens vurdering vil være den avtaleforpliktelse Norge har overfor den fremmede stat eller internasjonale organisasjon. Retten må foreta en selvstendig vurdering av om bevissikringen er nødvendig for å oppfylle avtaleforpliktelsen. Det vil fremgå av avtalen hvilke betingelser som må foreligge for at norske myndigheter skal være forpliktet til å medvirke til en bevissikring. Blant annet må det fremgå av avtalen hvilke krav det skal være til mistanke og den rettslige prøvingen av dette.

Utvalgets begrunnelse for å foreslå en adgang for Konkurransetilsynet til å kunne gjennomføre bevissikring etter konkurranseloven på vegne av fremmede stater og internasjonale organisasjoner, er hovedsakelig at internasjonalt samarbeid er nødvendig for å bekjempe karteller som i økende grad opererer internasjonalt som følge av den stadige liberaliseringen av verdenshandelen.

Dissens

De bestemmelser som utvalget er enige om over, regulerer Konkurransetilsynets bistand til fremmede stater eller internasjonale organisasjoner der det foreligger en folkerettslig avtale som regulerer bistanden, og der bistanden ytes som en forpliktelse etter denne avtale.

Utvalgets mindretall foreslår en utvidet adgang til å yte bistand til fremmede stater og internasjonale organisasjoner.

Utvalgets mindretall mener at det også bør være adgang for Konkurransetilsynet til å bistå utenlandske konkurransemyndigheter eller internasjonale organisasjoner uten at det foreligger en folkerettslig avtale mellom Norge og vedkommende stat eller internasjonale organisasjon om dette. I disse tilfellene vil anmodningen om bistand behandles på vanlig måte av Utenriksdepartementet og andre norske myndigheter.

Mindretallet foreslår derfor at bestemmelsene om utveksling av taushetsbelagte opplysninger, innhenting av opplysninger og dokumenter og bevissikring i den nye konkurranseloven også bør gi hjemmel til å yte slik bistand til konkurransemyndigheter i fremmede stater når dette er nødvendig for å fremme norske eller vedkommende stats eller organisasjons konkurranseregler, selv når det ikke foreligger en avtaleforpliktelse overfor den eller de aktuelle stater eller organisasjoner til slikt samarbeid. Dette vil gjøre det mulig for Norge å bidra til internasjonalt samarbeid om konkurransesaker på en helt annen måte enn i dag. Beslutning om informasjonsutveksling som treffes fra sak til sak, må skje på grunnlag av en konkret vurdering av anmodningens innhold og hvilken stat man skal inngå samarbeid med. Det er et sentralt folkerettslig prinsipp at man bare gir informasjon til andre stater i den grad man kan få tilsvarende informasjon tilbake (resiprositetsprinsippet).

Mindretallet anfører at det er lite effektivt at hjemlene i konkurranseloven til å bistå konkurransemyndigheter i fremmede stater skal være avhengig av at det inngås forpliktende traktater om dette med en lang rekke stater. Det kan være svært tidkrevende å få på plass gjensidig forpliktende traktater med andre land om samarbeid i konkurransesaker. Dessuten vil det være uforholdsmessig arbeidskrevende å forsøke å få til slike avtaler med land som Norge i liten grad har handelsmessige forbindelser med, når slik bistand kun kan tenkes å bli aktuelt i enkelttilfeller.

Utvalgets flertall støtter ikke mindretallets forslag. Det er i den forbindelse et viktig hensyn for flertallet at foretakets rettssikkerhet best kan sikres gjennom at vilkårene for bevissikring, herunder spørsmålet om domstolskontroll, reguleres i en overordnet avtale mellom Norge og de organisasjoner og land man inngår samarbeid med. Utvalgets flertall vil ikke gå inn for en hjemmel for Konkurransetilsynet til å utlevere taushetsbelagt informasjon utover det som er fastsatt i avtale mellom Norge og en fremmed stat eller organisasjon. Taushets-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

plikten hviler på lov og er gitt for å beskytte viktige private interesser. Etter alminnelige prinsipper krever unntak fra taushetsplikten hjemmel i lov. I dag er unntakene utformet slik at de langt på vei er lovbestemte, det vil si at de ikke tillater at forvaltningen gjør unntak ut fra brede skjønnsmessige vurderinger i den enkelte sak. Den unntaksbestemmelse utvalgets flertall foreslår, som følger opp dagens regel, faller inn i dette mønster ved at unntaket må fastsettes som ledd i en folkerettslig avtale.

Flertallet antar dessuten at de hensyn mindretallet vektlegger i forhold til en effektiv bekjempelse av internasjonale karteller, vil kunne ivaretas innenfor rammene av dagens lovgivning. Flertallet viser i den forbindelse til regelen i forvaltningsloven § 13 b første ledd nr. 2 om at taushetsplikten ikke er til hinder for at opplysningene brukes for å oppnå det formål de er gitt eller innhentet for, blant annet kan brukes i forbindelse med saksforberedelse, gjennomføring av avgjørelsen, oppfølging og kontroll. Denne bestemmelsen gir hjemmel til å gi opplysninger i forbindelse med avdekking og oppfølging av saker som etter forslaget § 1–5 faller inn under lovens virkeområde. Dette gjelder selvsagt også selv om bare en del av kartellets virksomhet faller inn under norske myndigheters kompetanse, og dersom norske og utenlandske konkurransemyndigheter er enige om at kontroll og oppfølging også av den del av virksomheten som faller inne under den norske loven, skal tas med i den utenlandske myndighetens oppfølging av saken.

5.9.3 Høringsinstansenes merknader

Økokrim støtter forslaget om hjemmel til bevissikring på vegne av fremmed stat samt videreføring av hjemmel til utveksling av informasjon. *Økokrim* mener imidlertid, i likhet med utvalgets mindretall, at tilsynet bør ha en adgang til å forestå bevissikring på vegne av annen stats konkurransemyndighet og utveksle taushetsbelagt informasjon med slik myndighet, uten at det på forhånd foreligger en folkerettslig avtale mellom Norge og vedkommende stat/internasjonale organisasjon. Slik *Økokrim* ser det, vil slike hjemler være avgjørende for norske konkurransemyndigheters mulighet til å kunne samarbeide effektivt med andre stater, blant annet for å bekjempe internasjonal kartellvirksomhet. Som følge av økt globalisering av all næringsvirksomhet, er det i praksis ikke mulig å etterforske grenseoverskridende kriminalitet uten effektive regler om samarbeid over landegrensene. Det er nå klart at Norge ikke får delta i EUs nettverk for innhentning og utveksling av informasjon mellom EU-landene i forbindelse med desentralisert håndhe-

ving av EF-traktaten artikkel 81 og 82. Uten slik tilgang, vil Norge måtte inngå bi- eller multilaterale avtaler med de land det ønskes samarbeid med. Dette er erfaringsmessig meget tidkrevende prosesser. Norge har så langt kun inngått avtaler med Danmark, Island og Sverige. Flertallets forslag vil således medføre at det i praksis bare kan innledes et samarbeid med andre stater i meget begrenset utstrekning. En slik løsning vil *Økokrim* fraråde. *Økokrim* viser videre til strafferettens område der man har god erfaring med å samarbeide med andre lands myndigheter fra sak til sak, også når det ikke foreligger bindende avtaler. Det anføres at mindretallets forslag ikke vil innebære noen vesentlig svekkelse av rettssikkerheten. Derimot vil flertallets løsning være meget uheldig for dem som er offer for brudd på konkurranselovgivningen.

Konkurransetilsynet mener, i likhet med mindretallet i utvalget, at tilsynet bør ha adgang til å foreta bevissikring på vegne av andre konkurransemyndigheter, også uten at det på forhånd foreligger en folkerettslig avtale mellom Norge og vedkommende stat eller internasjonal organisasjon om dette. *Konkurransetilsynet* slutter seg også til mindretallets forslag om at *Konkurransetilsynet* skal kunne overlevere taushetsbelagte opplysninger til fremmed stat eller organisasjon uten at det foreligger en bindende folkerettslig avtale om dette.

Konkurransetilsynet anser at slike hjemler vil være avgjørende for at norske konkurransemyndigheter skal kunne samarbeide effektivt med andre stater. Det vises blant annet til at inngåelsen av samarbeidsavtaler med andre stater er svært tidkrevende. *Konkurransetilsynet* kan ikke se at en direkte hjemmel til å foreta kontroll på vegne av annen stats konkurransemyndigheter vil reise slike betenkeligheter som hevdet av flertallet. Det vises i den forbindelse til forslaget § 1–7 annet ledd om at tilsynet ved utlevering av taushetsbelagt informasjon skal stille som vilkår at opplysningene bare kan formidles videre med samtykke fra *Konkurransetilsynet* og bare for de formål som samtykket omfatter.

En hjemmel til å foreta kontroll på vegne av annen stats konkurransemyndighet vil kunne utformes slik at norske domstoler, på begjæring fra annen stats konkurransemyndigheter, skal gi *Konkurransetilsynet* adgang til å gjennomføre bevissikring for å bistå denne stats konkurransemyndigheter dersom det er rimelig grunn til å anta at det foreligger en overtredelse av norske konkurranse-regler og/eller vedkommende stats konkurranse-regler.

Konkurransetilsynet anbefaler videre at lovutkastets § 5–1 endres slik at opplysningsplikten også

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

omfatter innhenting av opplysninger på vegne av fremmed stat eller internasjonal organisasjon uten at det foreligger en bindende folkerettslig avtale.

Etter *Justisdepartementets* syn bør det vurderes å gi en lovhjemmel om informasjonsutveksling med utenlandske myndigheter selv om det ikke foreligger en avtale med vedkommende land. Det anføres at internasjonalt samarbeid blir stadig mer viktig i en tid hvor antallet internasjonale foretak og handelen over landegrensene øker.

5.9.4 Departementets vurderinger

Departementet støtter utvalgets forslag om at konkurranse-loven § 1–8 videreføres som § 7 i den nye konkurranse-loven. Videre støtter departementet utvalgets forslag om at konkurransemyndighetenes adgang til å kreve opplysninger for å kunne oppfylle Norges internasjonale forpliktelser etter konkurranse-loven § 6–1, videreføres i § 24 i den nye loven. Departementet støtter også utvalgets forslag om at Konkurransetilsynet skal kunne gjennomføre bevis-sikring for å kunne oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor fremmed stat eller internasjonal organisasjon, jf. utkastets § 25 første ledd.

Etter departementets oppfatning er utveksling av taushetsbelagt informasjon inngripende for den informasjonen gjelder. Det er derfor viktig at det etableres mekanismer som bidrar til å ivareta retts-sikkerhetshensyn. Departementet mener at disse hensyn ivaretas best ved at bistanden til fremmede stater og internasjonale organisasjoner skjer innenfor et etablert avtaleverk. I likhet med utvalgets flertall mener departementet derfor at bistand etter forslaget §§ 7, 24 og 25 kun bør gis i de tilfeller der Norge er folkerettslig forpliktet til det, på grunnlag av avtale med vedkommende stat eller organisasjon. Det nevnes også at internasjonalt samarbeid konkurransemyndigheter imellom generelt kjenne-tegnes av strenge mekanismer for informasjonsutveksling. For eksempel er Kommisjonen meget restriktiv med informasjonsutveksling. For øvrig viser departementet til flertallets begrunnelse.

Det presiseres at departementets syn ikke er til hinder for at informasjon som ikke er taushetsbe-lagt, blir overlevert utenlandske myndigheter eller internasjonale organisasjoner. Slik utveksling av ikke-taushetsbelagt informasjon kan etter departe-mentets oppfatning også bidra til et effektivt inter-nasjonalt samarbeid.

6 Konkurranseregulerende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling

6.1 Innledning

I dette kapitlet behandles forslag til forbud i konkurranse- og handelsloven mot konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.

Konkurranseloven av 1993 bygger på en kombinasjon av forbuds- og inngrepsbestemmelser. Samarbeid om og påvirkning av priser, avanser og rabatter, samt anbuds- og markedsdelingssamarbeid for salg av varer eller tjenester er forbudt, jf. konkurranse- og handelsloven §§ 3–1 til 3–4. Det kan gis dispensasjon fra lovens forbud etter § 3–9. Andre former for konkurranse- og handelslovsstridig atferd er tillatt inntil Konkurransetilsynet eventuelt griper inn med hjemmel i § 3–10. Det er gjort enkelte unntak fra konkurranse- og handelsloven i sin helhet. Videre finnes det unntak som bare gjelder forbudsbestemmelsene. Gjeldende rett er omtalt i punkt 6.2.

I punkt 6.3 foretas en gjennomgang av EØS-avtalen artikkel 53 om forbud mot konkurransebegrensende avtaler og samordnet opptreden mellom foretak, samt EØS-avtalen artikkel 54 om forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.

Utvalgets forslag til forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling er omtalt i punkt 6.4 og punkt 6.5 inneholder et sammendrag av høringsuttalelserne til utvalgets forslag.

Departementets vurderinger og forslag er tatt inn i punkt 6.6. Der foreslås, i samsvar med utvalgets forslag, EØS-harmoniserte forbudsbestemmelser i den nye konkurranse- og handelsloven. Forslaget innebærer at det innføres likelydende forbudsbestemmelser i den norske konkurranse- og handelsloven som etter EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og at det innføres lovbaserte unntak og hjemmel til gruppefritak fra forbudet mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak. Departementet foreslår at Konkurransetilsynet skal kunne pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer forbudsbestemmelsene å opphøre med den lovstridige atferden, blant annet skal tilsynet i den forbindelse kunne pålegge strukturelle forpliktelser. Videre foreslår departementet, som en ny ordning, en adgang for tredjemenn til å påklage til departementet et avslag fra

Konkurransetilsynet om ikke å gi noe pålegg om opphør. Departementet foreslår videre en særlig hjemmel til å kunne fastsette forskrifter om konkurransefremmende tiltak.

Endelig foreslår departementet i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning at Kongen i statsråd skal kunne tillate atferd som er forbudt etter §§ 10 og 11 eller omgjøre Konkurransetilsynets vedtak etter § 12. Kongen i statsråd skal også kunne gi tilsvarende pålegg om opphør av ulovlig atferd som Konkurransetilsynet. Disse forslagene er nærmere omtalt i kapittel 10.

6.2 Gjeldende rett

6.2.1 Forbudsbestemmelsene

Konkurranseloven § 3–1 inneholder to forbud. Første ledd forbyr prissamarbeid mellom to eller flere ervervsdrivende ved salg av varer eller tjenester. Forbudet omfatter både prissamarbeid mellom aktører i samme omsetningsledd (horisontalt prissamarbeid) og mellom aktører som befinner seg på forskjellige nivå i omsetningskjeden (vertikalt prissamarbeid). Annet ledd forbyr leverandører av varer eller tjenester, ensidig eller kollektivt, å fastsette eller søke å påvirke avtakernes priser. Det er i fjerde ledd gjort unntak fra forbudet i annet ledd slik at enkeltleverandører kan oppgi veiledende priser for sine avtakere.

Konkurranseloven § 3–2 forbyr samarbeid om inngivelse av anbud. Forbudet omfatter alle vilkår ved anbudet og alle former for samarbeid eller koordinering ved anbudsinngivelsen. Bestemmelsen omfatter også fordeling av eller avståelse fra å inngi anbud. Forbudet mot anbudssamarbeid overlappes både av prissamarbeidsforbudet i § 3–1 og markedsdelingsforbudet i § 3–3.

Konkurranseloven § 3–3 forbyr ervervsdrivende å dele ett eller flere markeder mellom seg, slik at de avstår fra å selge konkurrerende varer eller tjenester til de samme kundene. Ifølge bestemmelsen kan markedsdelingen bestå i områdedeling, kundedeling, kvotefordeling, spesialisering eller kvantumsbegrensninger. Forbudet omfatter ikke

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

markedsdelingssamarbeid i det vertikale forholdet mellom leverandør og avtaker, jf. § 3–3 tredje ledd.

Forbudet i konkurranse-loven § 3–4 retter seg mot sammenslutninger av ervervsdrivende. Bestemmelsen slår fast at disse ikke må fastsette eller oppfordre til reguleringer som er i strid med konkurranse-loven §§ 3–1 til 3–3, eller til reguleringer i strid med Konkurransetilsynets vedtak etter §§ 3–9 til 3–11. Bestemmelsen gjelder tilsvarende for styremedlemmer, tillitsvalgte og ansatte i sammenslutninger.

6.2.2 Unntak fra lovens forbudsbestemmelser

Lovbaserte unntak mv.

Det er gjort enkelte unntak fra forbudsbestemmelsene. Konkurranseloven § 1–7 fastslår at forbudene i §§ 3–1 til 3–4 ikke kommer til anvendelse på samarbeid unntatt etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. Dette omfatter både individuelle fritak og gruppefritak. Unntak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 forutsetter at det aktuelle samarbeidet er i strid med artikkel 53 nr. 1, hvilket blant annet krever at samhandelen påvirkes merkbart. Der samhandelskriteriet ikke er oppfylt, kommer konkurranse-lovens forbudsbestemmelser til anvendelse på vanlig måte.

Konkurranseloven § 3–5 gjør unntak fra forbudene mot pris- og anbudssamarbeid i §§ 3–1, 3–2 og 3–4 for samarbeid mellom ervervsdrivende som sammen skal levere en felles ytelse i anledning et enkelt prosjekt. Forutsetningen er at det i tilbudet opplyses om hva samarbeidet går ut på og hvem som samarbeider. Unntaket gjelder ikke forbudet mot markedsdeling i § 3–3, hvilket blant annet innebærer at samarbeid om fordeling av suksessive tilbud er forbudt.

Konkurranseloven § 3–6 gjør unntak fra forbudene i §§ 3–1, 3–3 og 3–4 for samarbeid eller reguleringer mellom eier og selskap hvor eieren har mer enn 50 prosent av stemmeberettigede aksjer, andeler eller tilsvarende eierparter. Unntaket gjelder også samarbeid og reguleringer mellom selskap innenfor samme konsern. Unntaket gjelder ikke forbudet mot anbudssamarbeid i § 3–2.

Konkurranseloven § 3–7 gjør unntak fra forbudene i §§ 3–1, 3–3 og 3–4 for konkurransebegrensninger som er fastsatt mellom lisensgiver og lisens-taker ved avtale om lisens-takers rett til utnyttelse av registrert patent eller mønster.

Etter konkurranse-loven § 3–8 gjelder ikke forbudene mot prissamarbeid eller markedsdeling i §§ 3–1, 3–3 og 3–4 for omsetning av norske jord-

bruks-, skogbruks- eller fiskeriprodukter fra primærprodusenter eller deres organisasjoner. Det er ikke gjort unntak fra forbudet mot anbudssamarbeid i § 3–2. Unntaket gjelder heller ikke i forhold til inngrepsbestemmelsen i § 3–10. Konkurranseloven § 3–8 er nærmere omtalt i punkt 4.4.

Dispensasjon fra lovens forbud – konkurranse-loven § 3–9

Konkurransetilsynet kan etter konkurranse-loven § 3–9 ved enkeltvedtak eller forskrift dispensere fra forbudene i §§ 3–1 til 3–4 dersom ett av de fire vilkårene som er nærmere omtalt nedenfor, er oppfylt. Det kan stilles vilkår for dispensasjonen. En dispensasjon kan trekkes tilbake dersom vilkårene for dispensasjonen ikke er oppfylt eller forutsetningen for dispensasjonen ikke lenger er til stede. Dispensasjoner gjelder normalt for fem år, jf. konkurranse-loven § 1–6.

Det kan gis dispensasjon med hjemmel i konkurranse-loven § 3–9 første ledd bokstav a, dersom konkurranse-reguleringen innebærer at konkurransen i vedkommende marked forsterkes. Etter konkurranse-loven § 3–9 første ledd bokstav b kan det gis dispensasjon for konkurransebegrensninger som forventes å gi effektivitetsgevinster som mer enn oppveier tapet ved konkurransebegrensningen. Konkurranseloven § 3–9 første ledd bokstav c gir hjemmel for dispensasjon dersom konkurranse-reguleringen har liten konkurransemessig betydning, og i første ledd bokstav d er det fastsatt at det kan gis dispensasjon dersom det foreligger særlige hensyn.

6.2.3 Klageadgang når Konkurransetilsynet ikke treffer vedtak

Etter gjeldende rett er Konkurransetilsynets beslutning om ikke å treffe vedtak i en sak ikke å anse som et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand, noe som blant annet innebærer at det ikke er klageadgang til overordnet organ i disse tilfellene. Derimot er Konkurransetilsynets avvisningsvedtak i slike saker et enkeltvedtak som kan påklages på ordinær måte til departementet.

6.2.4 Den generelle inngrepsadgangen – konkurranse-loven § 3–10

Konkurranseloven § 3–10 gir Konkurransetilsynet hjemmel til å gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som har til formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet i lovens § 1–1. Som eksempler på forhold som kan gi

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

grunnlag for inngrep nevner bestemmelsen tiltak som kan opprettholde eller styrke en dominerende stilling i et marked ved hjelp av konkurransehemmende metoder, begrense kunders valg, fordyre produksjon, distribusjon eller omsetning, samt å stenge konkurrenter ute eller nekte forretningsforbindelse eller medlemskap i sammenslutninger. Oppregningen er ikke uttømmende.

Konkurranseloven § 3–10 gir også hjemmel til å gripe inn overfor kollektiv markedsrett, det vil si når flere foretak til sammen har markedsrett, og disse handler på en slik måte at konkurransen begrenses i strid med lovens formål. Utøvelse av kollektiv markedsrett kan for det første skje ved avtale eller annen form for samarbeid mellom aktører. Dersom avtalen eller samarbeidet omfatter priser eller markedsdeling, kan også lovens forbudsbestemmelser komme til anvendelse. Også andre former for samarbeid eller samordnet praksis vil kunne være egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål dersom de samarbeidende parter til sammen kan sies å ha markedsrett.

Etter § 3–10 fjerde ledd kan vedtak gå ut på å nedlegge forbud eller å gi påbud, samt å gi tillatelse på vilkår. Vedtaket kan dessuten gå ut på å regulere ervervsdrivendes priser. Det gjelder også når det foreligger markedssvikt som følge av naturlig monopol, offentlige reguleringer eller andre forhold.

6.3 EØS-avtalen artikkel 53 og 54

EØS-avtalen artikkel 53 forbyr konkurransebegrensende avtaler mellom foretak eller beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak. EØS-avtalen artikkel 54 setter et forbud mot at et eller flere foretak utilbørlig utnytter sin dominerende stilling. Det er en forutsetning for at forbudene skal komme til anvendelse, at det foreligger påvirkning av samhandelen. I tillegg må konkurransebegrensningen og samhandelspåvirkningen være «merkbar». I EU fremgår de tilsvarende forbudsbestemmelsene av EF-traktaten artikkel 81 og 82.

6.3.1 EØS-avtalen artikkel 53 (forbud mot konkurransebegrensende avtaler og samordnet opptreden mellom foretak)

EØS-avtalen artikkel 53 forbyr avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom avtalepartene, og som har til formål eller virkning å

hindre, innskrenke eller vri konkurransen innenfor EØS-området.

Bestemmelsen omfatter både samarbeid mellom foretak som opererer innenfor samme omsetningsledd (horisontalt samarbeid), og mellom foretak som opererer på forskjellige trinn i omsetningskjeden (vertikalt samarbeid). Ensidige tilpasninger er ikke forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1.

For at EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 skal komme til anvendelse, må det for det første foreligge en form for samarbeid mellom uavhengige foretak. For det andre må samarbeidet ha konkurransebegrensende formål eller virkning, og for det tredje må samarbeidet kunne påvirke samhandelen mellom EØS-statene. I tillegg følger det av EF-domstolens praksis etter den tilsvarende bestemmelsen i EF-traktaten artikkel 81 nr. 1 at det må innfortolkes som et fjerde vilkår, at samarbeidet må ha en merkbar påvirkning på samhandelen mellom EØS-stater og på konkurransen innenfor EØS-området.

EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 åpner for at avtaler, beslutninger eller samordnet opptreden i strid med forbudsbestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, kan fritas fra dette forbudet dersom fire kumulative vilkår er oppfylt (to positive og to negative). Det første positive vilkåret er at avtalen må bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller fremme den tekniske eller økonomiske utviklingen. Det er ikke tilstrekkelig at samarbeidet kommer et enkeltstående foretak til gode. Fordelene som samarbeidet gir, må komme EØS-området til gode. Det andre positive vilkåret er at avtalen må sikre forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd ved samarbeidet. Det første negative vilkåret er at avtalen ikke må pålegge partene restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige. Det andre negative vilkåret er at partene ikke må gis mulighet til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av de varer samarbeidet gjelder.

Der samtlige vilkår i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 er oppfylt kan det gis fritak enten gjennom individuelle fritak eller i form av såkalte gruppefritak. Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan har i dag eksklusiv kompetanse til å innvilge individuelle fritak. Gruppefritak fastsettes av Kommisjonen i form av forordninger. Det er gitt gruppefritak for vertikale avtaler, spesialiseringsavtaler, forsknings- og utviklingsavtaler, teknologioverføringsavtaler, motorvogner, forsikring, linjefart og luftfart. Disse er gjennomført i EØS-avtalen og tatt inn i norsk rett gjennom forskrift 4. desember 1992 nr. 964 om materielle konkurranseregler i EØS-avtalen. EFTAs overvåkningsorgan har også publisert flere kunngjøringer om anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og gruppefritakene under nr. 3.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

6.3.2 EØS-avtalen artikkel 54 (forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling)

EØS-avtalen artikkel 54 forbyr foretak på utilbørlig måte å utnytte sin dominerende stilling innen det territoriet som er omfattet av EØS-avtalen. EF-domstolen har i sine avgjørelser uttalt at et foretak vil kunne ha en dominerende stilling dersom foretaket i «merkbar grad» kan opptre uavhengig av sine konkurrenter. For å avgjøre hvorvidt et foretak innehar en dominerende stilling, er det nødvendig å avgrense det relevante markedet som foretaket opererer i. Når det relevante markedet er avgrenset, må det ut fra en helhetsvurdering avgjøres om det aktuelle foretaket har en dominerende stilling i dette markedet. Etter praksis fra EF-domstolen vil foretakets markedsandel normalt være den viktigste indikatoren. Hvorvidt det foreligger en dominerende stilling, må i alle tilfeller bero på en totalvurdering, og ikke på markedsandeler alene. Andre sentrale momenter er øvrige konkurrenters markedsandeler, hvilke etableringshindringer som eksisterer i markedet, og eksistens av eventuell kjøpermakt på kundesiden.

Også kollektivt dominerende stilling kan omfattes av bestemmelsen. Vilklårene for å anvende bestemmelsen på tilfeller av kollektiv dominans er foreløpig ikke fullstendig klarlagt gjennom praksis.

I tillegg til vilkåret om at et foretak har en dominerende stilling på det relevante markedet, er det et vilkår at det dominerende foretaket opptre utilbørlig. Artikkel 54 gir noen eksempler på atferd som kan være utilbørlig for foretak med dominerende stilling. Listen er ikke uttømmende. De eksempler som nevnes i artikkelen er: å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår, å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne, å anvende ulike vilkår for likeverdige ytelser overfor handelspartnere og derved stille enkelte av dem ugunstigere i konkurransen, samt å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggssytelser som etter sin art eller vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.

EF-domstolen har uttalt at vilkåret om utilbørlig utnyttelse er objektivt. Det innebærer at utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i seg selv er forbudt, uavhengig av foretakets intensjoner.

EØS-avtalen artikkel 54 kommer kun til anvendelse dersom samarbeidet påvirker samhandelen mellom to eller flere EØS-stater. Det skal imidlertid lite til før samhandelen anses påvirket. Det er tilstrekkelig at samhandelen påvirkes direkte eller indirekte, faktisk eller potensielt.

6.3.3 Overvåkningsorganenes avgjørelser

Kommisjonen eller EFTAs overvåkingsorgan kan som nevnt ovenfor innvilge individuelle fritak og gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. Disse overvåkningsorganene kan også ved såkalt negativattest (et formelt vedtak etter anmodning fra vedkommende foretak eller sammenslutning av foretak) fastslå at et forhold ikke faller inn under bestemmelsene i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 eller artikkel 54, jf. rådsforordning (EØF) nr. 17/62 artikkel 2. Mange saker blir avsluttet ved administrative skriv (comfourt letters). Administrative skriv er ikke formelle vedtak og de har vært benyttet av Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan blant annet for å redusere saksbehandlingstiden. Skrivene kan gi uttrykk for at samhandelen ikke er påvirket, at faktum ikke tilsier at forbudet er overtrådt eller at vilklårene for unntak er oppfylt. Dersom overvåkningsorganene fastslår at EØS-avtalen artikkel 53 eller 54 er overtrådt, kan de ved vedtak pålegge at overtredelsen skal opphøre, jf. rådsforordning 17/62 artikkel 3. EF-domstolen har slått fast at Kommisjonen på bestemte vilkår også kan treffe midlertidig vedtak som pålegger et foretak å opphøre med en antatt forbudt atferd.

Rådsforordning 1/2003, innebærer omfattende endringer i forhold til dagens håndhevingsregime. Rådsforordningen er nærmere behandlet av departementet i kapittel 13.

6.4 Utvalgets forslag

6.4.1 EØS-harmoniserte forbudsbestemmelser

Forslag til likelydende forbudsbestemmelser i den norske konkurranse-loven som EØS-avtalen artikkel 53 og 54

Utvalget anbefalte i delinnstillingen (NOU 2001: 28) at den norske konkurranse-lovgivningen harmoniseres med EØS-avtalens konkurranseregler for foretak. I samsvar med dette besluttet departementet at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 skal legges til grunn som modell for konkurranse-lovutvalgets forslag til ny lov. Dette ble meddelt utvalget i tilleggsmandat av 25. januar 2002. Utvalget foreslår på denne bakgrunn i § 3–1 et forbud mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak og i § 3–2 et forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Disse bestemmelsene tilsvarer forbudsbestemmelsene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 (EF-traktaten artikkel 81 og 82). Etter forslaget vil atferdsnormene i norsk rett og i EØS-retten knytte

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

seg til skrevne regler med tilnærmet identisk ordlyd. Utvalget presiserer at forslaget vil innebære en overgang fra et kombinert forbuds- og inngrepsregime til et rent forbudsregime i den norske konkurranse-loven.

Utvalget understreker at en slik harmonisering av lovbestemmelsene om konkurransebegrensede atferd ikke uten videre innebærer at øvrige regler som knytter seg til den offentlige regulering av konkurransen, som for eksempel saksbehandling og beslutningsprosedyrer mv., blir harmonisert. Slike regler må basere seg på norsk tradisjon og forvaltningsrett, med mindre noe annet er særskilt bestemt. Utvalget peker også på at en harmonisering av de skrevne bestemmelsene heller ikke uten videre innebærer at norske myndigheters praksis i alt og ett vil måtte bli identisk med praksis i EU og EØS. Her vil blant annet ulikheter i reglenes formål, virkeområde og rettskildesituasjon kunne spille inn.

Videre viser utvalget til at en innføring av forbud basert på EØS-avtalens konkurranseregler vil medføre at foretakene selv i større grad må vurdere hvorvidt deres atferd rammes av forbudene eller ikke. Det understrekes at slike vurderinger vil kunne være kompliserte og stille høye krav til juridisk og økonomisk kompetanse. Imidlertid forutsetter utvalget at store deler av næringslivet allerede i dag må være kjent med og må forholde seg til EØS-avtalens konkurranseregler, da virkeområdene for den nasjonale konkurranselov-givningen og EØS-avtalens konkurranseregler i betydelig grad overlapper hverandre. Utvalget mener derfor at dette vil redusere byrden ved å gå over til et parallelt system i norsk rett. Videre legger utvalget til grunn at det vil medføre en forenkling for foretakene at regelset-tene harmoniseres.

Nærmere om formålet i EØS-retten og forslaget til de nye norske forbudsbestemmelsene

Utvalget viser til at det er ulike formål bak konkurransereglene i EØS-avtalen og den norske konkurranse-loven. De vesentligste forskjellene er at det i fellesskapsretten skal tas hensyn til markedsintegrasjon og forbrukerinteresser. Markedsintegrasjonsprinsippet er grunnleggende i fellesskapsretten og det er også av betydning for tolkningen av konkurransereglene. EØS-avtalens homogenitetsmålsetting innebærer at hensynet til markedsintegrasjon også blir viktig ved tolkningen av EØS-avtalens konkurranseregler. Ettersom integrasjon ikke er et formål etter norske konkurranseregler, mener utvalget at norske konkurransemyndigheter ikke skal ta hensyn til integrasjon ved anvendelse

av den norske konkurranse-loven. Hensynet til forbrukerne er derimot eksplisitt nevnt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, og utvalget foreslår derfor i § 3–1 tredje ledd i den nye konkurranse-loven at det må tas hensyn til forbrukerne. Hensynet til forbrukerne er ikke eksplisitt nevnt i utvalgets forslag til § 3–2. Imidlertid mener utvalget at det følger av praksis fra myndighetene i EU og EØS, at hensynet til forbrukerne også kan vektlegges her. Det legger derfor til grunn at dette vil være retningsgivende for norske myndigheters praktisering av forslaget til § 3–2, ettersom denne bygger på EØS-avtalen artikkel 54.

6.4.2 Utvalgets forslag til lovbaserte unntak og gruppefritak fra forbudet mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak

Utvalget viser til at EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 åpner for at forbudet i artikkel 53 nr. 1, på bestemte vilkår, ikke skal anvendes. Avtaler må i dag meldes til det aktuelle overvåkningsorganet for å oppnå individuelt fritak. Det kan også gis generelle fritak i form av såkalte gruppefritak. Men etter reglene i rådsforordning 1/2003 artikkel 1 faller ordningen med individuelle fritak bort, og unntaksvilkårene skal gjøres direkte anvendelige.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn i forslaget § 3–1 tredje ledd et lovbasert unntak tilsvarende EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. Utvalget viser til at praksis i EU og EØS knyttet til denne bestemmelsen vil gi god anvisning på unntakets rekkevidde. I forslaget § 3–1 fjerde ledd har utvalget foreslått at Kongen i forskrift kan fastsette generelle regler (gruppefritak) for hva som skal omfattes av § 3–1 tredje ledd. Dette gir hjemmel både til å gi tilsvarende fritak i norsk rett som det som er gitt etter EØS-reglene og til å gi egne fritak i forhold til de norske forbudene.

Utvalget legger til grunn at uansett om adgangen til å gi gruppefritak med hjemmel i den norske konkurranse-loven vil bli benyttet eller ikke, vil gruppefritakene som følger av EØS-avtalen artikkel 53 og EF-traktaten artikkel 81 utelukke anvendelse av forbudene i den norske konkurranse-loven når samhandelskriteriet er oppfylt. Utvalget antar derfor at en bestemmelse tilsvarende rådsforordning 1/2003 artikkel 3 vil bli inntatt i den norske gjennomføringslovgivningen og foreslår derfor ingen egen bestemmelse om forholdet til EØS-avtalens regler i den norske konkurranse-loven.

Endelig viser utvalget til rådsforordning 1/2003 artikkel 29 nr. 2 hvor nasjonale konkurransemyndigheter er gitt en generell kompetanse i enkelttil-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

feller og på visse vilkår til å trekke tilbake fordelene av et gruppefritak innenfor vedkommende stats territorium. Gruppefritaket for vertikale avtaler har en tilsvarende bestemmelse i artikkel 7. Utvalget foreslår på denne bakgrunn at Konkurransetilsynet etter forslagets § 3–1 fjerde ledd annet punktum i enkeltilfeller skal kunne trekke tilbake fordelene av et gruppefritak som er gitt i medhold av forslagets § 3–1 fjerde ledd første punktum. Tilbaketreknin-gen foreslås ikke gitt tilbakevirkende kraft.

6.4.3 Pålegg om opphør og vedtak knyttet til forbudene

Utvalget foreslår at Konkurransetilsynet og Konkurransenemnda skal kunne pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer bestemmelsene i forslagets §§ 3–1 og 3–2 å bringe overtredelsen til opphør, jf. forslagets § 3–3 første ledd. Etter forslaget skal et slikt påbud om opphør kunne kombineres med sivilrettslige bøter eller med straff, men det kan også utstedes alene. For å sikre at foretakene etterlever påbudet, kan Konkurransetilsynet også ilegge tvangsmulkt. Overtredelse av et påbud kan sanksjoneres med sivilrettslige bøter eller straff. Utvalget legger til grunn at for mindre alvorlige overtredelser, kan påbud om opphør være en mer hensiktsmessig reaksjon enn straff og sivilrettslige bøter. I tillegg er det bevismessig enklere å håndheve et påbud om opphør enn en overtredelse av forbudsbestemmelsene i seg selv.

Et påbud om opphør kan også bidra til å avklare rettssituasjonen og gi veiledning for tolkningen av forbudsbestemmelsene, uten at det knyttes sanksjoner til førstegangsovertredelser. Utvalget mener dette vil være særlig viktig i en overgangsperiode etter at den nye loven er trådt i kraft. Spesielt kan det at det ved anvendelsen av det lovbaserte unntaket i forslaget til §§ 3–1 tredje ledd og 3–2 om forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling være uklart hvor grensene mellom det lovlige og det forbudte skal trekkes. I tillegg har utvalget lagt vekt på at blant annet overvåkningsorganene har en tilsvarende adgang til å pålegge vedkommende foretak eller sammenslutning av foretak å bringe overtredelsen til opphør.

Utvalget vil ikke foreslå regler som pålegger Konkurransetilsynet en plikt til å treffe vedtak om at en atferd ikke er i strid med forbudene i forslagets §§ 3–1 og 3–2. Utvalget legger i denne sammenheng vekt på at Kommisjonen ikke har videreført ordningen om at foretak kan kreve at overvåkningsorganene treffer vedtak om at det ikke foreligger en overtredelse (negativttest) i rådsforordning 1/2003. Utvalget viser imidlertid til Konkurransetilsynets alminnelige veiledningsplikt etter forvalt-

ningsloven § 11 og til at konkurransemyndighetene vil kunne gå enda lenger enn dette ved å gi forhåndstilsagn eller forhåndsvedtak innenfor de skranker som den alminnelige forvaltningsrett setter.

Utvalget foreslår at Konkurransetilsynet og Konkurransenemnda ved overtredelser av forslagets §§ 3–1 og 3–2 skal kunne pålegge foretakene enhver forpliktelse som er nødvendig for å bringe en overtredelse til opphør. Det foreslås at det kan settes en frist for gjennomføringen av pålegget. Dersom ikke annet er bestemt, gjelder pålegget umiddelbart. Med hensyn til tidsbegrensninger for vedtak ellers, viser utvalget til sin omtale i spesialmotivene til forslagets § 1–6.

Utvalget peker videre på at etter rådsforordning 1/2003 artikkel 7 kan Kommisjonen fastslå at det har funnet sted en overtredelse, selv om overtredelsen har opphørt. Forutsetning for dette, er at Kommisjonen har berettiget interesse i å fastslå slik overtredelse. Det kan være tilfellet der det er risiko for at adressaten gjentar overtredelser eller hvor saken reiser nye tolkningsspørsmål, som det er av offentlig interesse å få avklart. Utvalget forutsetter at en tilsvarende ordning skal ligge til grunn for saker etter den norske konkurranse-loven, og at Konkurransetilsynet og Konkurransenemnda således får adgang til å konstatere at det har foreligget en overtredelse selv om denne har opphørt. Utvalget finner imidlertid ikke grunnlag for å lovfeste dette særskilt i den nye konkurranse-loven.

Utvalget har ikke funnet grunn til å lovregulere hvordan et påbud om opphør i forslaget til § 3–3 første ledd skal utformes, ettersom dette vil måtte bero på en konkret vurdering av overtredelsens art og virkninger. Hvilken form for påbud som er mest hensiktsmessig, vil variere fra sak til sak. Utvalget peker på at alminnelige former for påbud vil kunne være helt eller delvis opphør av avtaler, vedtak eller forretningsvilkår, regulering av priser eller avanser, leveringsplikt eller å gi tilgang til en innsatsfaktor som er nødvendig for å kunne tilby en vare eller tjeneste.

6.4.4 Særlig om adgang til å pålegge strukturelle tiltak

Utvalgets flertall foreslår i § 3–3 første ledd at Konkurransetilsynets kompetanse til å pålegge foretakene enhver forpliktelse for å bringe en overtredelse til opphør, både skal omfatte atferdsregulerende og strukturelle tiltak. Det viser til at Kommisjonen har en slik kompetanse etter rådsforordning 1/2003 artikkel 7. Strukturelle forpliktelser vil være mest relevant i tilknytning til overtredelser av forslagets § 3–2, men kan også tenkes benyttet ved

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

overtredelser av § 3–1. Som følge av at forpliktelser av strukturell karakter kan oppfattes som byrdefulle for foretaket, foreslår utvalget at det presiseres i § 3–3 første ledd siste punktum at strukturelle forpliktelser bare kan pålegges dersom det ikke finnes like effektive atferdsregulerende forpliktelser, eller dersom en atferdsregulerende forpliktelse vil være mer byrdefull for foretaket. En tilsvarende begrensning finnes i rådsforordning 1/2003 artikkel 7. Etter utvalgets oppfatning vil strukturelle tiltak kunne være nødvendig der det er betydelig risiko for en vedvarende overtredelse eller gjentakelse av overtredelsen som følge av virksomhetens struktur.

Utvalgets mindretall mener at Konkurransetilsynets kompetanse etter forslaget § 3–3 første ledd ikke skal omfatte pålegg om strukturelle forpliktelser. Etter deres oppfatning vil en adgang til å pålegge forpliktelser av strukturell karakter gå vesentlig lenger enn Konkurransetilsynets kompetanse etter dagens § 3–10, da den blant annet vil omfatte pålegg om å selge ut en del av virksomheten (fisjonspålegg). Mindretallet kan ikke se at det er godtgjort at Konkurransetilsynet har et slikt behov. Heller ikke er det tydeliggjort hva som anses som en strukturell forpliktelse. Dette fremgår heller ikke av rådsforordning 1/2003. I lys av at forpliktelser av strukturell karakter som klar hovedregel oppfattes som særdeles byrdefullt for de berørte foretak, samtidig som erfaringen med andre staters bruk av slike virkemidler ikke synes udelt positive, anbefaler mindretallet at dette utredes bedre før det eventuelt foreslås inntatt i den nye konkurranseloven.

6.4.5 Midlertidig vedtak

Utvalget foreslår i § 3–3 fjerde ledd første punktum at Konkurransetilsynet skal kunne treffe midlertidig vedtak dersom det finner at det er fare for alvorlig og uopprettelig skade for konkurransen. Avgjørelsen av om det foreligger en sikringsgrunn kan ikke påklages. Det er et vilkår at det er rimelig grunn til å anta at det foreligger en overtredelse av forslaget §§ 3–1 og 3–2. Denne vurderingen foretas på bakgrunn av de opplysninger som foreligger for Konkurransetilsynet og kan overprøves av Konkurransenemnda. Utvalget mener at adgangen til å treffe midlertidig vedtak vil kunne sikre at markedet fungerer tilfredsstillende i tilfeller hvor det kan ta lang tid før endelig vedtak foreligger i saken. Utvalget viser også til en tilsvarende adgang i rådsforordning 1/2003 artikkel 8 for Kommisjonen til å treffe midlertidig vedtak i hastesaker på grunnlag av en foreløpig konstatering av en overtredelse, der det er risiko for alvorlig og ubotelig skade på konkurransen.

Utvalget foreslår i § 3–3 fjerde ledd annet punk-

tum at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering, og at det derfor ikke kan treffes midlertidig vedtak dersom den vedtaket retter seg mot påføres skade eller ulempe som står i åpenbart misforhold til de hensyn som vedtaket skal ivareta. Hvis det midlertidige vedtaket påklages, foreslår utvalget at denne vurderingen skal kunne overprøves av Konkurransenemnda.

Utvalget foreslår videre i siste punktum i § 3–3 fjerde ledd at det midlertidige vedtaket må treffes for et avgrenset tidsrom med mulighet til forlengelse dersom faren for konkurransen består.

6.4.6 Klageadgang når Konkurransetilsynet ikke treffer vedtak

Utvalgets flertall foreslår en ny bestemmelse i § 3–3 tredje ledd om tredjemenns adgang til å påklage Konkurransetilsynets unnlattelse av å treffe et vedtak om påbud om opphør. Det gjelder både når tilsynet etter en konkret henvendelse fra en berørt tredjepart bestemmer seg for ikke å ta opp en sak til behandling, og når tilsynet etter å ha behandlet en sak bestemmer seg for å legge den bort. Utvalgets flertall foreslår at det i begge disse situasjonene skal være adgang til å bringe avgjørelser om ikke å treffe vedtak inn for Konkurransenemnda.

Flertallet begrunner sitt forslag med at selv om Konkurransetilsynets kompetanse til å påby opphør av ulovlig atferd er begrunnet i samfunnsmessige hensyn, så påvirkes også tredjeparter direkte av tilsynets avgjørelser. De bør derfor gis konkrete rettigheter i saksbehandlingen. En slik rettighet griper direkte inn i tilsynets adgang til selv å prioritere sine ressurser. Utvalget peker imidlertid på at tilsynet vil ha adgang til å avslå henvendelsen ut fra sine prioriteringer. På den måten kan hensynet til at tredjeparters henvendelser blir vurdert seriøst, la og forene med at Konkurransetilsynet beholder sin vurderingsfrihet der dette er viktig.

For å gjøre klageadgangen reell foreslår utvalgets flertall at en avgjørelse om ikke å treffe vedtak skal begrunnes.

Etter utvalgets oppfatning må de vanlige regler om rettslig klageinteresse få anvendelse med hensyn til hvem som har rett til å klage over en avgjørelse om ikke å treffe vedtak.

6.4.7 Klageadgang når Konkurransetilsynet illegger overtredelsesgebyr

Utvalget foreslår at en sak om overtredelse av forbudsbestemmelsene i forslaget §§ 3–1 og 3–2 på samme tidspunkt kan behandles både med sikte på å påby opphør av den ulovlige atferden med hjemmel i § 3–3, og med sikte på å illegge forelegg etter utvalgets forslag til § 7–2 om sivilrettslige bøter. I

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

første punktum i § 3–3 annet ledd foreslås i tråd med dette at et pålegg etter § 3–3 kan gis, selv om Konkurransetilsynet utferdiger forelegg mot foretaket etter § 7–2. Utvalget foreslår videre at dersom forelegget vedtas, så kan spørsmålet om §§ 3–1 eller 3–2 er overtrådt ikke påklages. Videre foreslår utvalget at dersom forelegget bringes inn for retten, skal den rettslige behandlingen av spørsmålet om foretaksbøter også være avgjørende for spørsmålet om hvorvidt betingelsene for å påby opphør er til stede. I påvente av rettens avgjørelse foreslår utvalget at Konkurransetilsynet skal kunne avgjøre om søksmålet skal medføre at pålegget gis oppsettende virkning. Utvalget foreslår at denne avgjørelse skal kunne overprøves av Konkurransenemnda.

6.4.8 Særlig forskriftshjemmel for konkurransefremmende tiltak

Et mindretall i utvalget viser til at selv om det saklige virkeområdet for en forbudsbestemmelse tilsvarende EØS-avtalen artikkel 54 i hovedsak vil tilsvare virkeområdet for gjeldende § 3–10 i konkurranseloven, så vil dagens § 3–10 i enkelte relasjoner gå lenger og være mer fleksibel enn et forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. En forbudsbestemmelse tilsvarende artikkel 54 kommer kun til anvendelse overfor aktører som har en dominerende stilling i markedet. Bestemmelsen forbyr ikke skadelig atferd når det ikke kan påvises ensidig eller kollektiv markedsdominans. Ei heller gir den konkurransemyndighetene hjemmel til å regulere rammevilkårene generelt for alle aktører. Dette kan for eksempel være aktuelt når samfunnsøkonomiske hensyn tilsier at insentivene til alle aktørene i bestemte markeder eller bransjer bør reguleres.

Etter dette mindretallets oppfatning er den viktigste grunnen til at det er behov for en hjemmel til å regulere markedene gjennom generelle bestemmelser gitt i forskrift, at det kan være behov for å iverksette konkurransefremmende tiltak i et marked, selv om det ikke foreligger dominans eller kan bevises utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Dette vil for eksempel kunne være tilfelle dersom det i hele eller store deler av en bransje har utviklet seg en salgs- eller innkjøpspolitikk som stenger konkurransevillige aktører ute, eller som låser kunder inne på en slik måte at konkurransen begrenses uten at det kan påvises at noen aktør har en dominerende posisjon eller at de har samarbeidet innbyrdes. I slike tilfeller vil det kunne være aktuelt å gripe inn og forby en innarbeidet konkurransebegrensende praksis i bransjen for å legge til rette for å stimulere til effektiv konkurranse. En gene-

rell regulering kan også være mest hensiktsmessig fordi den sikrer like rammebetingelser for alle aktører i vedkommende bransje.

6.5 Høringsinstansenes merknader

6.5.1 EØS-harmoniserte forbudsbestemmelser

Et stort flertall av høringsinstansene støtter forslaget om innføring av et generelt forbud mot konkurransebegrensende avtaler mv. og forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. *Næringslivets Hovedorganisasjon* (NHO) viser til at virksom konkurranse er det viktigste virkemidlet for å sikre en effektiv bruk av samfunnets ressurser. Den beste effekten oppnås når konkurransen mellom markedsaktørene skjer på like vilkår. NHO ser det derfor som en fordel, og som et bidrag til forenkling, at de norske materielle konkurransereglene harmoniseres med EU/EØS-rettens konkurranseregler. *Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon* og *Finansnæringens Hovedorganisasjon* samt *Statkraft* støtter forslaget om en harmonisering av de norske konkurransereglene med EU/EØS. Statkraft fremhever også at dagens situasjon med ulike prosessuelle og materielle regler påfører bedriftene ekstra kostnader ved å måtte forholde seg til flere regelsett. *Samferdselsdepartementet* og *Post- og teletilsynet* fremhever at ved å basere nasjonal konkurranselovgivning på de samme materielle reglene som i EU/EØS oppnår en samtidig å klargjøre forholdet mellom den norske konkurranseloven og de sektorspesifikke gjennomføringsreglene. De antar således at forslaget til de nye forbudsbestemmelsene vil fremme forutberegnligheten både for bedrifter, enkeltpersoner og nasjonale myndigheter som har ansvaret for å utforme og håndheve konkurranselovgivningen.

Konkurransetilsynet fremhever at ved en harmonisering av den nye konkurranseloven med EU/EØS-konkurransereglene, vil det være norsk lov og norsk rettskildelære, som i utgangspunktet er avgjørende for tolkningen. Men det understrekes at bakgrunnen for innføringen av forbudsbestemmelsene tilsier en noe annen vektning av rettskildefaktorene enn det som er vanlig ved tolkningen av nye norske lover. Forslaget til §§ 3–1 og 3–2 i konkurranseloven er en tilnærmet direkte oversettelse av forbudsbestemmelsene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54, tilsvarende EF-traktaten artikkel 81 og 82. Siden EF-traktaten artikkel 81 og 82 ble vedtatt har det imidlertid funnet sted en betydelig rettsutvikling gjennom EF-domstolens praksis. Dette har

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

medført at bestemmelsenes ordlyd ofte ikke er mer enn et formelt utgangspunkt ved løsningen av konkrete konkurranserettslige problemstillinger. Konkurransereglens faktiske innhold avviker til dels sterkt fra det som ville følge av en naturlig forståelse av bestemmelsenes ordlyd. Etter Konkurransetilsynets mening må dette innebære at ordlyden i forslaget til nye forbudsbestemmelser i §§ 3–1 og 3–2, i langt mindre grad enn for andre nye lover gir uttrykk for den rettsstilling som søkes oppnådd ved loven. Således vil praksis fra EF-domstolen og EFTA-domstolen være viktig når man skal fastslå forbudenes nærmere innhold. Dette må i utgangspunktet også gjelde praksis fra tiden etter at loven blir vedtatt, i den grad denne fører til en utvikling av innholdet i EØS-avtalens konkurranseregler. Når det gjelder tolkningen av de nye bestemmelsene, er Konkurransetilsynet av den oppfatning at det ikke bør oppstilles en generell retningslinje for tolkningen av atferdsreglene slik utvalget gjør i innstillingens punkt 3.4.5. Det bør i stedet anerkjennes at lovens formål og hensynet til harmonisering med EU/EØS-konkurransereglene kan trekke i ulik retning, og at det ved avgjørelsen av hvilke av disse hensyn som skal tillegges avgjørende vekt, må foretas en avveining i det enkelte tilfellet, hvor det blant annet tas hensyn til begrunnelsen for og innholdet i de relevante rettskildene i EU/EØS-retten. Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil dette unntaksvis kunne innebære at det velges løsninger tilpasset de nasjonale forhold som ikke nødvendigvis er sammenfallende med det som måtte følge av en isolert tolkning av EU/EØS-rettens kilder.

Wikborg Rein & Co. støtter utvalgets uttalelse under punkt 3.4.5 om at det ikke er adgang for norske konkurransemyndigheter til å legge avgjørende vekt på lovens formål som rettskilde der det finnes regler eller rettspraksis i EØS-retten som tilsier et annet tolkningsresultat. De foreslår at denne konklusjonen videreføres i forarbeidene til den nye loven som en klar instruks til rettsadvokaten om at hensynet til ensartet tolkning og praktisering skal gis fortrinn fremfor tolkningsresultat basert på alminnelig norsk rettskildelære.

6.5.2 Lovbaserte unntak og gruppefritak fra forbudet mot konkurranse begrensende avtaler mellom foretak

Enkelte av høringsinstansene, herunder *Nærings- og handelsdepartementet*, savner en grundigere vurdering av hvilke konsekvenser forslaget til § 3–1 om lovbaserte unntak og gruppefritak vil kunne få for næringslivet. Det fremheves også at det nye sy-

stemet kan bidra til usikkerhet om hvorvidt et forhold rammes av forbudet og kan dermed medføre dårlig rettssikkerhet og forutberegnlighet. På den annen side kan forslaget ha sine fordeler for næringslivet, ved for eksempel at aktørene slipper å søke om tillatelse individuelt som etter dagens system.

Finansnæringens Hovedorganisasjon og Sparebankforeningen uttrykker i sin fellesuttalelse at markedsaktørenes behov for forutberegnlighet ikke er tilfredsstillende ivaretatt gjennom utvalgets lovforslag. Kombinasjonen av skjønnsmessige regler og strenge sanksjoner vil kunne skape usikkerhet i bedriftene. De ser imidlertid at bedret forutberegnlighet et stykke på vei kan oppnås gjennom forslaget om gruppefritak.

Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon mener at det er viktig at de materielle endringene suppleres med økt opplysnings- og veiledningsplikt for Konkurransetilsynet. Herunder understrekes særlig behovet for at det blir fastsatt regler for hva som skal gå inn under gruppefritaket i forslag til § 3–1 tredje ledd, samt retningslinjer på bakgrunn av kunngjøringer fra EU.

Enkelte av høringsinstansene, blant annet *Statkraft*, mener at det er behov for en autoritativ forhåndsavklaring av foretakenes rettsstilling og ønsker derfor at det legges opp til reelle muligheter for forhåndsavklaringer fra konkurransemyndighetenes side. Det avgjørende i denne sammenheng vil etter Statkrafts syn ikke være om uttalelsen har karakter av å være formelt bindende vedtak, men om aktørene i praksis føler at dette gir tilstrekkelig sikkerhet til å kunne treffe en investeringsbeslutning. Enkelte, blant annet *Finansnæringens Hovedorganisasjon og Sparebankforeningen*, går lenger. De mener at det bør vurderes tatt inn en egen bestemmelse i den nye konkurranseloven som pålegger konkurransemyndighetene en plikt til på nærmere angitte vilkår å gi bindende forhåndsuttalelse/vedtak, når en markedsaktør anmoder om dette. Som mønster for en slik bestemmelse nevnes ligningsloven kapittel 3 A.

Konkurransetilsynet fremhever i forbindelse med forslaget til § 3–1 tredje ledd at unntakenes rekkevidde i stor grad vil være klargjort gjennom praksis, retningslinjer og gruppefritak knyttet til de tilsvarende bestemmelsene i EØS-avtalen og EF-traktaten. Når det gjelder individuell veiledning, vil Konkurransetilsynet fortsatt måtte sette inn ressurser der det forventes størst effekt ut fra lovens formål. På den annen side understreker tilsynet at aktørene selv vil ha et ansvar for å sette seg inn i lovverket og bør ha gode muligheter til å kunne gjøre seg kjent med unntakenes rekkevidde gjennom

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

praksis, forskriftene og retningslinjene fra Konkurransetilsynet.

Flere av høringsuttalelsene, herunder *Kopinor*, *Gramo*, *Norwaco*, *Skribentorganisasjonenes Samarbeidsutvalg* og *Den Norske Forleggerforening* – som alle i dag har unntak fra konkurranselovens bestemmelser om prissamarbeid mv på ulikt grunnlag – samt Kulturdepartementet, forutsetter at det gis en tilsvarende dispensasjonsadgang eller unntak for deres samarbeid også i den nye konkurranseloven. Tilsvarende ber *Samvirkeutvalget* om at den nye loven må inneholde en dispensasjonsadgang eller unntaksordning som etter gjeldende konkurranselov. På samme måte ber *Norges Taxi-forbund* om at taxisentralenes unntak fra pris- og anbudssamarbeidsforbudene må videreføres i den nye konkurranseloven av hensyn til publikum og samfunnsmessige interesser. Tilsvarende mener *Legemiddelindustriforeningen* at de mange spesielle reguleringer på deres marked fører til at legemiddelfirmaene kan ha behov for individuelle unntak som det ikke er mulig å fange opp i gruppeunntak.

6.5.3 Pålegg om opphør og vedtak knyttet til forbudene

Konkurransetilsynet er enig i utvalgets forslag om at det ikke skal pålegges plikt til å treffe vedtak om at forbudsbestemmelsene i enkelttilfeller ikke er overtrådt. Det fremheves at det vil være av stor betydning for en fornuftig bruk av Konkurransetilsynets ressurser, at tilsynet har anledning til å tilpasse den veiledning som gis, til det reelle behovet i det enkelte tilfelle. En plikt til å fatte enkeltvedtak om at lovens forbud ikke er overtrådt, ville bundet opp Konkurransetilsynets ressurser på en uheldig måte. Konkurransetilsynet mener at næringslivets behov for avklaring vil være ivaretatt gjennom tilsynets veiledning, blant annet gjennom generelle retningslinjer for praktiseringen av forbudsbestemmelsene og forskrifter gitt i medhold av loven. Også den alminnelige adgangen til å gi forhåndsvedtak og forhåndstilsagn vil kunne gi aktørene den nødvendige avklaring.

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) mener at forslaget til § 3–3 første ledd går uforholdsmessig langt i å gi Konkurransetilsynet myndighet til å pålegge forpliktelser for å bringe en overtredelse til opphør. I EU-retten er det et grunnleggende prinsipp at det ikke tilkommer Kommisjonen å påtvinge partene sitt valg, blant de forskjellige former for atferd, der alle er forenlige med traktaten. I dette ligger at der det finnes alternative måter å etterleve forbudsbestemmelsene på, må det være opp til fo-

retakene selv å velge hvordan de vil tilpasse seg. Slik lovforslaget nå er formulert fremgår dette ikke. Etter NHOs mening bør det i det minste presiseres i forarbeidene at § 3–3 må forstås med denne begrensningen.

6.5.4 Særlig om adgangen til å pålegge strukturelle tiltak

Tretten høringsinstanser har uttalt seg om utvalgets forslag til § 3–3 første ledd om at konkurransemyndighetene skal kunne pålegge strukturelle forpliktelser for å bringe en overtredelse av forslaget til §§ 3–1 og 3–2 til opphør. Av disse støtter tolv mindretallet som går i mot dette. Kritikken mot flertallets forslag er at forslaget er mangelfullt utredet, sett på bakgrunn av strukturelle forpliktelser inngrepene karakter. Kun Konkurransetilsynet støtter flertallets forslag om å innføre en hjemmel for å kunne pålegge strukturelle forpliktelser.

Den norske advokatforening (Advokatforeningen) uttaler at en hjemmel for Konkurransetilsynet, eller Konkurransenemnda, til å pålegge strukturelle forpliktelser i forbudssaker reiser viktige problemstillinger som ikke er berørt i utredningen, herunder forholdet til Grunnloven § 105 og EMK protokoll 1 artikkel 1. Etter Advokatforeningens oppfatning er den mangelfulle utredningen alene grunn god nok for departementet til ikke å videreføre forslaget. Advokatforeningen uttaler at det i utredningen ikke er godtgjort at Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda har behov for å kunne pålegge strukturelle forpliktelser i forbudssaker. Det vises i denne forbindelse til adgangen til å ilegge sivilrettslige bøter og straffesanksjoner etter forslagens §§ 7–2 og 7–3. Det påpekes videre at det er blandede erfaringer fra de jurisdiksjoner hvor konkurransemyndighetene har, eller har hatt, kompetanse til å pålegge strukturelle forpliktelser i forbudssaker. Advokatforeningen uttaler videre at vilkårene for Konkurransetilsynets eller Konkurransenemndas hjemmel til å pålegge strukturelle forpliktelser i forbudssaker, er upresise og for vage til å ivareta de berørte foretaks rettssikkerhet. Det anbeføres at en presisering av proporsjonalitetsvilkåret med fordel kunne vært inntatt i bestemmelsen og vises til premiss 12 i fortalen til rådsforordning 1/2003, hvor det heter at:

«Endringer av en virksomhets struktur, slik denne eksisterte før overtredelsen ble begått, vil kun stå i et rimelig forhold til overtredelsen dersom det er betydelig risiko for vedvarende eller gjentatte overtredelser som springer ut av selve virksomhetens struktur.»

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Advokatforeningen uttaler videre at hjemmelens rekkevidde er uklar, og at det ikke sies noe i den foreslåtte lovtekst, og svært lite i utredningen, om hva som anses som en strukturell forpliktelse. Dessuten vil den aktuelle del av forslaget til § 3–3, selv med en snever forståelse av dens rekkevidde, innebære en vesentlig utvidelse av Konkurransetilsynets kompetanse sammenlignet med § 3–10 i dagens konkurranselov. Subsidiært anføres det at forslaget uansett må utredes grundigere. Dersom en slik utredning resulterer i at konkurransemyndighetene bør ha hjemmel til å ilegge strukturelle forpliktelser, bør den nye lovteksten klargjøre bestemmelsens vilkår og rekkevidde. Det anføres også at man under enhver omstendighet bør la den nye loven – med sine nye virkemidler – virke i en viss tid, før man vurderer om det er nødvendig å innføre en hjemmel om strukturelle forpliktelser i forbudssaker for å nå lovens formål.

De andre høringsinstansene som støtter mindretallets forslag, anfører i hovedsak de samme argumenter som Advokatforeningen.

Den norske Bank ASA (DnB) anfører at forslaget innebærer en nyskaping i norsk rett, som DnB ikke kan se at lovutvalget på tilfredsstillende måte har vurdert behovet for, og at adgangen til å pålegge strukturelle forpliktelser er av stor betydning i et rettssikkerhetsperspektiv. *Finansnæringsens Hovedorganisasjon* og *Sparebankforeningen* anfører at et pålegg om endring av en bedrifts organisering, som utelukkende er basert på en snever konkurransemessig vurdering, vil kunne få vidtrekkende og utilsiktede konsekvenser for bedriften og dets eiere, men også for ansatte og tredjemenn. *Telenor* påpeker at det er uklart hvorvidt bestemmelsen også skal omfatte salg av (deler av) virksomhet. *Telenor* er av den oppfatning at bestemmelsen i forslaget ikke kan gå lenger enn bestemmelsen vedrørende utskillelse i egen virksomhet i utkastet til elektronisk kommunikasjonslov. *Næringslivets Hovedorganisasjon* (NHO) hevder at hjemmelen til å pålegge strukturelle tiltak i realiteten er en særskilt hjemmel til å regulere krysseierskap, og at lovutvalget avviste å innføre en slik hjemmel. *Landbruksdepartementet* mener at landbrukssamvirket ikke skal kunne pålegges strukturelle forpliktelser. *Kjøttindustriens Fellesforening* anfører at hjemmelen til å kunne pålegge strukturelle forpliktelser vil kunne svekke forutberegnligheten og redusere investeringsviljen i næringslivet, som følge av risikoen for strukturelle inngrep. For øvrig går *Orkla*, *Hydro*, *Handels- og Servicenæringsens Hovedorganisasjon* og *Landbrukssamvirket* imot flertallets forslag.

Konkurransetilsynet er enig med utvalgets flertall i at det bør være adgang til å ilegge forpliktelser

av strukturell karakter, for å sikre etterlevelse av forbudsbestemmelsene. Strukturelle tiltak vil i visse situasjoner kunne være det eneste virkemidlet som effektivt kan bringe det ulovlige forholdet til opphør. Som flertallet påpeker, vil det for eksempel kunne være behov for å pålegge salg av aksjer når et foretak utilbørlig utnytter sin dominerende stilling gjennom erverv av en minoritetspost i et konkurrerende foretak. Konkurransetilsynet anser det som hensiktsmessig at strukturelle tiltak bare skal kunne benyttes i tilfelle hvor atferdsregulerende forpliktelser ikke vil være egnede, eller hvor de atferdsregulerende forpliktelser vil være mer byrdefulle for foretaket.

6.5.5 Midlertidig vedtak

NHO, *Advokatforeningen* og *Hydro* mener at forslaget til § 3–3 siste ledd, om hjemmel for Konkurransetilsynet til å fatte vedtak om midlertidig forføyning, ikke bør innføres. De fremhever at det vil bryte med norsk forvaltningstradisjon å la forvaltningen gi midlertidige forføyninger, samtidig som hovedsaken behandles. Det pekes også på at adgangen vil kunne avstedkomme misbruk, ved at konkurrenter begjærer midlertidige forføyninger, i den hensikt å skade andre konkurrenter. Forslaget fremstår også som en avskrift av Kommisjonens hjemmel i rådsforordning 1/2003 uten at utvalget har foretatt noen selvstendig vurdering av nødvendigheten av en slik hjemmel under norske forhold.

6.5.6 Klageadgang når Konkurransetilsynet ikke treffer vedtak

Konkurransetilsynet er uenig i utvalgets forslag til § 3–3 tredje ledd, som innebærer at det innføres en særlig klagerett når Konkurransetilsynet ikke vedtar pålegg om opphør etter bestemmelsens første ledd. Konkurransetilsynet mener at det ikke foreligger tilstrekkelige grunner til å gi klagerett på avgjørelser om ikke å gi påbud om opphør, og til å gjøre unntak fra de alminnelige forvaltningsrettslige regler på dette området. Forslaget innebærer en betydelig utvidelse av klageretten, da det gis rett til å klage på avgjørelser som ikke har noen direkte innflytelse på om en bestemt atferd er å anse som lovlig eller forbudt. Etter Konkurransetilsynets oppfatning bør saksbehandlingen i saker etter konkurranseloven følge reglene i den alminnelige forvaltningsretten, med mindre særlige grunner tilsier noe annet. Tilsynet kan ikke se at det foreligger slike særlige grunner som taler for at det bør gis adgang til å påklage avgjørelser om ikke å vedta påbud om opphør. Tvert imot taler det forhold at tred-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

jeparter eventuelt på egen hånd vil kunne beskytte sine interesser ved søksmål for domstolene, for at det ikke bør gis klageadgang når Konkurransetilsynet ikke finner grunn til å gi påbud om opphør.

Med utgangspunkt i utvalgets forslag, er *Konkurransetilsynet* enig i at spørsmålet om hvem som har klagerett ved avgjørelser om ikke å gi påbud om opphør etter forslag § 3–3 tredje ledd avgjøres på bakgrunn av de alminnelige reglene om rettslig klageinteresse.

Konkurransetilsynet er kritisk til at det skal måtte grunngi sine avgjørelser om ikke å treffe påbud om opphør, når noen har anmodet om en slik avgjørelse, jf. utvalgets forslag til § 3–3 tredje ledd. Tilsynet peker på at den nye konkurranseloven vil inneholde omfattende forbudsbestemmelser. Konkurransetilsynet vil ha behov for å kunne legge bort saker av liten samfunnsmessig betydning. En plikt for Konkurransetilsynet til å begrunne enhver avgjørelse om ikke å gå videre med en sak etter en anmodning om påbud om opphør, vil kunne føre til en stor arbeidsbelastning og ikke innebære en fornøftig prioritering av Konkurransetilsynets ressurser.

6.5.7 Klageadgang når Konkurransetilsynet illegger overtredelsesgebyr

Ingen av høringsinstansene har uttalt seg om dette spørsmålet.

6.5.8 Særskilt forskriftshjemmel for konkurransefremmende tiltak

Konkurransetilsynet mener i likhet med *mindretallet* i utvalget at forbudene i forslaget til §§ 3–1 og 3–2 vil omfatte de fleste tilfeller som det har vært aktuelt å gripe inn overfor etter konkurranseloven § 3–10. Det kan likevel ikke utelukkes at det kan forekomme atferd som faller utenfor forslaget til §§ 3–1 og 3–2, men som det av hensyn til konkurransen i markedet likevel vil være ønskelig å forby. Konkurransetilsynet mener derfor at det kan være behov for en forskriftshjemmel som åpner for regulering av de generelle rammebetingelsene for aktørene i et marked med mangelfull konkurranse, hvis dette skulle vise seg nødvendig ut fra lovens formål. Konkurransetilsynet mener imidlertid at det ikke er grunnlag for å innføre en inngrepshjemmel som er så omfattende som gjeldende § 3–10. Tilsvarende støtter *Landsorganisasjonen i Norge* og *Forbrukerrådet* mindretallets forslag, og mener at det av samfunnsøkonomiske hensyn kan være behov for en forskriftshjemmel til å iverksette konkurransefremmende tiltak i et marked med mangelfull konkurranse.

6.6 Departementets vurderinger

6.6.1 EØS-harmoniserte forbudsbestemmelser

I samsvar med utvalgets anbefaling og departementets beslutning i forbindelse med delinnstillingen (NOU 2001: 28), foreslår departementet i likhet med utvalget at den norske konkurranselovgivningen harmoniseres med EØS-avtalens konkurranseregler for foretak. I likhet med utvalget legger departementet til grunn at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 skal fungere som modell for konkurranseloven. Departementet slutter seg til utvalgets vurderinger og forslag til § 3–1 om forbud mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak og § 3–2 om forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i den nye konkurranseloven. Forslagene vil innebære en overgang fra et kombinert forbuds- og inngrepssystem til et mer rendyrket forbudsprinsipp i den norske konkurranseloven.

Et flertall av høringsinstansene støtter departementets forslag. Imidlertid er det i enkelte av høringsuttalelsene fremhevet at konsekvensene for næringslivet av det nye forbudsprinsippet burde ha vært utredet bedre før loven trer i kraft. Departementet vil i denne forbindelse blant annet vise til at tilsvarende forbud allerede er en del av norsk rett gjennom EØS-avtalen. De av norske foretak som har virksomhet som oppfyller samhandelskriteriet i EØS-avtalen artikkel 53 og 54, vil således allerede måtte forholde seg til slike forbud.

Departementet fremhever at praksis fra EF-domstolen, EFTA-domstolen, Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan, vil være relevante tolkningsmomenter for fastsettelse av rekkevidden til forbudsbestemmelsene i den nye norske konkurranseloven. En del av formålet med å innføre forbud som med nasjonale tilpasninger svarer til EØS-avtalen artikkel 53 og 54, er å harmonisere de norske reglene på området med disse. I forslaget til § 15 er det også uttrykkelig sagt at de nye norske forbudsbestemmelsene skal anvendes med de begrensninger som følger av forslaget til § 7 i EØS-konkurranseloven. Det må føre til at rettspraksis fra EU- og EØS-retten må veie tungt som rettskilde ved anvendelse av de norske forbudsbestemmelsene. Imidlertid presiserer departementet, som utvalget, at en harmonisering i den nye loven ikke uten videre innebærer at norske myndigheters praksis i alt og ett vil bli identisk med praksis fra EU og EØS. Her vil blant annet ulikheter i reglens formål, virkeområde, samt rettskildesituasjonen, kunne spille inn og føre til et noe annerledes resultat.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

6.6.2 Lovbaserte unntak og gruppefritak fra forbudet mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak

I samsvar med utvalgets forslag, foreslår departementet i utkastets § 10 tredje ledd et lovbasert unntak som med nasjonale tilpasninger svarer til EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. Praksis i EU og EØS knyttet til denne bestemmelsen vil gi god anvisning på unntakets rekkevidde. Videre foreslår departementet, som utvalget, i utkastets § 10 fjerde ledd at Kongen gis myndighet til å gi nærmere forskrifter om generelle regler (gruppefritak) for hva som skal omfattes av § 10 tredje ledd. Dette gir hjemmel både til å gi tilsvarende fritak i norsk rett som det som er gitt etter EØS-reglene, og til å gi egne fritak i forhold til de norske forbudene.

Departementet slutter seg til utvalgets presisering av at gruppefritakene, som følger av EØS-avtalen artikkel 53, vil utelukke anvendelsen av den norske konkurranseloven, der samhandelskriteriet er oppfylt. For nærmere om spørsmålet om regulering av forholdet mellom konkurranseloven og konkurransereglene i EØS-avtalen, viser departementet til punkt 4.7 i proposisjonen.

Departementet foreslår, i likhet med utvalget, i utkast til § 10 fjerde ledd annet punktum at Konkurransetilsynet i enkelttilfeller skal kunne trekke tilbake fordelene av et gruppefritak som er gitt i medhold av utkastets § 10 fjerde ledd første punktum. Tilbaketrekingen foreslås ikke gitt tilbakevirkende kraft. Forslaget vil være i samsvar med rådsforordning 1/2003 artikkel 29 nr. 2, hvoretter nasjonale konkurransemyndigheter er gitt en generell kompetanse i enkelttilfeller, og på visse vilkår, til å trekke tilbake fordelene av et gruppefritak innenfor vedkommende stats territorium.

Departementet har merket seg at flere høringsinstanser ber om en videreføring av dispensasjoner som er gitt med hjemmel i konkurranseloven 1993. I denne forbindelse understrekes at loven ikke legger opp til en videreføring av et system med individuelle unntak, og departementet finner det heller ikke hensiktsmessig å ta konkret stilling til slike i forbindelse med odelstingsproposisjonen. I utgangspunktet legger forslaget til den nye loven opp til et system hvor det påligger hver enkelt å vurdere om egen atferd er forbudt eller ikke, ut fra vilkårene i utkastets §§ 10 og 11. Dersom den enkelte aktør er usikker i denne vurderingen, vil de måtte ta kontakt med Konkurransetilsynet som har veiledningsplikt med hjemmel i forvaltningsloven § 11 i disse tilfellene. I motsetning til enkelte av høringsinstansene, mener departementet at det vil være å gå for langt om Konkurransetilsynet i disse tilfellene skal ha noen plikt til å gi bindende forhåndsut-

talelser eller vedtak. Et poeng ved å innføre en forbudsbasert konkurranselov er nettopp å unngå ressursbruk til behandling av slike individuelle dispensasjoner. Departementet fremhever videre at unntakenes rekkevidde i stor grad vil være klargjort gjennom praksis, retningslinjer og gruppefritak knyttet til de tilsvarende bestemmelsene i EØS-avtalen og EF-traktaten. Videre understreker departementet at aktørene selv vil ha ansvaret for å sette seg inn i lovverket, og bør ha gode muligheter til å kunne gjøre seg kjent med unntakenes rekkevidde gjennom praksis, forskriftene og retningslinjene fra Konkurransetilsynet.

Departementet slutter seg til utvalgets vurdering av at det i motsetning til i EU/EØS-retten, ikke skal tas hensyn til integrasjon ved anvendelse av den norske konkurranseloven. Etter departementets oppfatning vil imidlertid forhold som hindrer integrasjon, i de fleste tilfeller også begrense konkurransen. Den praktiske betydning av at integrasjon ikke er et formål etter den norske konkurranseloven vil også være liten. Departementets forslag til § 7 i EØS-konkurranseloven innebærer at når konkurransemyndighetene eller domstolene anvender forbudene i den norske loven på forhold som påvirker samhandelen etter EØS-avtalen artikkel 53 og 54, så skal de også anvende disse bestemmelsene. Når artikkel 53 og 54 anvendes, skal Konkurransetilsynet og domstolene ta integrasjonshensyn i samsvar med EØS-retten. Det fører i praksis til at i alle saker der samhandelskriteriet er oppfylt, så vil det bli lagt vekt på hensynet til integrasjon.

Hensynet til forbrukerne er derimot eksplisitt nevnt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. I likhet med utvalget foreslår derfor departementet i utkastets § 10 tredje ledd at hensynet til forbrukerne lovfestes. På samme måte som utvalget, legger departementet til grunn at hensynet til forbrukerne, i likhet med i EU/EØS-rettssystemet, vil være retningsgivende også for norske myndigheters praktisering av forslaget til § 11, selv om dette ikke er eksplisitt nevnt ordlyden.

6.6.3 Pålegg om opphør og vedtak knyttet til forbudene

Departementet foreslår, som utvalget, i utkastets § 12 første ledd at Konkurransetilsynet skal kunne pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer bestemmelsene i utkast til §§ 10 og 11, å bringe overtredelsen til opphør. For å sikre at foretakene etterlever påbudet, kan Konkurransetilsynet også ilegge tvangsmulkt. Overtredelse av et pålegg kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr eller straff. I likhet med utvalget legger departe-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

mentet til grunn at for mindre alvorlige overtredelser kan påbud om opphør være en mer hensiktsmessig reaksjon enn straff og overtredelsesgebyr. I tillegg er det bevismessig enklere å håndheve et pålegg om opphør enn overtredelse av forbudsbestemmelsene i seg selv. Et pålegg om opphør kan også bidra til å avklare rettssituasjonen og gi veiledning for tolkningen av forbudsbestemmelsene, uten at det knyttes sanksjoner til førstegangsovertredelser.

Videre slutter departementet seg til utvalgets anbefaling om ikke å foreslå regler som pålegger Konkurransetilsynet en plikt til å treffe vedtak om at en atferd ikke er i strid med forbudene i utkast til §§ 10 og 11. Dette vil også være i samsvar med at en tilsvarende plikt i EU ikke er videreført i rådsforordning 1/2003. For øvrig vises det til *Konkurransetilsynets* merknader i forbindelse med høringen, jf. punkt 6.5.3.

Departementet foreslår, som utvalget, i utkastets § 12 første ledd at Konkurransetilsynet ved overtredelser av utkast til §§ 10 og 11 skal kunne pålegge foretakene et hvert tiltak som er nødvendig for å bringe en overtredelse til opphør. Departementet er enig med *NHO* i at dersom det er alternative måter å etterleve bestemmelsene på, må foretakene ha stor frihet til å velge hvordan de vil tilpasse seg. Men i konkrete tilfeller kan det være nødvendig for tilsynet å gi pålegg om spesiell adferd for å sikre at bestemmelsene etterleves. De alminnelige reglene om forholdsmessighet vil legge begrensninger på hvilke tiltak som tilsynet kan pålegge foretaket.

Departementet vil, i likhet med utvalget, forslå at det skal kunne settes en frist for gjennomføring av pålegg etter utkastets § 12. Dersom intet annet er bestemt, gjelder pålegget umiddelbart. Med hensyn til tidsbegrensninger for vedtak viser departementet til *Konkurransetilsynets* merknad i forbindelse med høringen som omtalt i kapittel 4. Tilsynets uttalelse er i det alt vesentlige innarbeidet i merknadene til § 6 i kapittel 17.

Videre presiserer departementet i likhet med utvalget at Konkurransetilsynet kan fastslå at det har funnet sted en overtredelse, selv om overtredelsen har opphørt. Som utvalget, finner departementet ikke grunn til å lovfeste dette særskilt.

6.6.4 Særlig om adgangen til å pålegge strukturelle tiltak

Departementet støtter utvalgets flertall om at konkurransemyndighetene skal ha kompetanse til å pålegge strukturelle tiltak for å bringe en overtredelse av utkastets §§ 10 og 11 til opphør.

Departementet vil først peke på at når rådsforordning 1/2003 tas inn i EØS-avtalen og deretter gjennomføres som en forpliktelse i norsk rett, vil EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen ha kompetanse til å pålegge strukturelle forpliktelser overfor norske foretak ved overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Spørsmålet er således ikke om det skal innføres en adgang til å pålegge norske foretak strukturelle forpliktelser etter norsk rett. Spørsmålet er om Konkurransetilsynet skal ha en tilsvarende adgang etter konkurranseloven til å pålegge strukturelle forpliktelser som EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen vil få, når rådsforordning 1/2003 gjennomføres i norsk rett.

Flere av høringsinstansen har etterlyst en nærmere vurdering av det konkurransepolitiske behovet for å innføre en regel som gir Konkurransetilsynet adgang til å pålegge strukturelle tiltak. Departementet har derfor vurdert dette spørsmålet nærmere.

Departementet antar at et pålegg om opphør i de fleste tilfeller vil være tilstrekkelig til at en ulovlig konkurranseregulering opphører, eventuelt kombinert med atferdsregulerende tiltak. Men visse typer ulovlige konkurransereguleringer kan være direkte foranlediget av foretakets strukturelle organisering. For eksempel kan krysseierskap mellom to uavhengige foretak skape sterke insitamenter til atferd i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Økonomisk teori tilsier at enhver bedrift ønsker å maksimere sitt samlede overskudd. Dersom bedrifter med eierinteresser i hverandre konkurrerer i samme marked, vil bedriftene kunne øke det samlede overskuddet ved å samordne sine aktiviteter. Faren for konkurransebegrensende samarbeid forsterkes ved at krysseierskap normalt medfører informasjonsutveksling mellom selskapene, eksempelvis gjennom styreprésentasjon i det konkurrerende selskap. Dersom foretakene i utgangspunktet har insentiver til å koordinere sin atferd i markedet, vil tilgang til informasjon om hverandres aktiviteter øke sannsynligheten for konkurransebegrensende atferd.

I slike tilfeller kan strukturelle tiltak være mer effektive enn atferdsregulerende tiltak. Dette skyldes at foretakets organisering i seg selv gir økonomiske motiver til å opptre i strid med lovens forbudsbestemmelser. Eventuelle atferdsregulerende tiltak vil kun innrettes mot å bestemme og kontrollere en bestemt type atferd, uten at foretakets underliggende insitamenter forandres. Dette innebærer at det er stor fare for at de ulovlige handlinger gjentas. Videre kan selskapets struktur føre til at det er vanskelig å kontrollere at forbudene overholdes, uten å iverksette omfattende kontrolltiltak. Det

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

kan i slike tilfeller være aktuelt å iverksette strukturelle tiltak også av hensyn til foretakets interesser.

Tilsvarende kan utnyttelse av en dominerende stilling skyldes at et foretak har eksklusiv tilgang til en innsatsfaktor som er avgjørende for markedsposisjonen til andre aktører. En slik situasjon kan oppstå som følge av at foretaket egenhendig har utviklet en innsatsfaktor, som er overlegen konkurrentenes tilsvarende ressurser. I andre tilfeller kan det skyldes tidligere markedsreguleringer. Eksempelvis har reguleringer innen jernbane og telekommunikasjon medført at tidligere statsmonopoler har tilgang til ressurser som andre aktører er avhengige av for å konkurrere i markedet.

I prinsippet kan atferdsregulerende tiltak utformes på en måte som gir andre aktører tilgang til viktige innsatsfaktorer. Slike reguleringer er imidlertid problematiske av flere grunner. Først og fremst kan det være vanskelig å utforme atferdsregulerende tiltak som faktisk fører til at den konkurransebegrensende atferden opphører. Dette skyldes primært at konkurransemyndighetene mangler tilstrekkelig informasjon til å utforme effektive tiltak. Dersom det likevel utformes tiltak som antas å bringe ulovlig atferd til opphør, vil reguleringens omfang og kompleksitet innebære at konkurransemyndighetene vanskelig kan håndheve påbudet. Tilsvarende kan reguleringens utforming være et problem for det involverte foretak, utover den svekkelse av markedsposisjon som naturlig følger av tiltakets formål. Reguleringens kompleksitet kan gjøre det vanskelig for foretaket å vite om atferden faktisk er i overensstemmelse med de krav som stilles. Videre kan omfanget av reguleringen innebære at foretaket må oppgi informasjon som svekker konkurranseevnen på generelt grunnlag. I slike tilfeller vil det ikke være mulig å regulere seg frem til konkurranse. I stedet er det behov for tiltak som endrer den underliggende strukturen i markedet.

Atferdsregulerende tiltak har til hensikt å bestemme og kontrollere bedriftens atferd, og dermed sikre at bedriften opptrer i samsvar med lovens bestemmelser. Strukturelle tiltak søker å endre bedriftens strukturelle organisering og på denne måten sikre ønsket atferd gjennom at bedriften forfølger sine egne økonomiske interesser. Denne forskjellen har stor betydning for konkurransemyndighetenes håndheving av eventuelle pålegg. Mens atferdsregulerende tiltak krever kontinuerlig oppfølging, vil strukturelle tiltak normalt fungere uten at konkurransemyndighetene behøver detaljert kjennskap til bedriftens aktiviteter. Derfor fremstår strukturelle tiltak som mer effektive enn tilsvarende atferdsregulerende tiltak.

På bakgrunn av ovennevnte legger departementet til grunn at det er et konkurransepolitisk behov for at konkurransemyndighetene skal kunne ilegge strukturelle tiltak i forbindelse med et pålegg om opphør, og at en bestemmelse som hjemler dette derfor bør tas inn i konkurranseloven.

Hva angår utformingen av en slik bestemmelse, er det etter departementets oppfatning naturlig å se hen til hvordan rådsforordning 1/2003 har regulert spørsmålet. Forordningen etablerer et nytt system for håndheving av EF-traktaten artikkel 81 og 82. Kommisjonen kan etter forordningens artikkel 7 pålegge strukturelle forpliktelser i forbindelse med et pålegg om å bringe en overtredelse av EF-traktaten artikkel 81 og 82 til opphør. Bestemmelsen skal inkorporeres i EØS-avtalen, og deretter gjennomføres i norsk rett som følge av våre forpliktelser etter EØS-avtalen. Bestemmelsen vil i sin EØS-tilpassede form gi Kommisjonen og ESA den samme kompetanse til å ilegge strukturelle forpliktelser ved overtredelser av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, som Kommisjonen har ved overtredelser av EF-traktaten artikkel 81 og 82.

Uavhengig av hvordan man utformer den norske konkurranseloven, vil det således bli etablert et system på EØS-nivå som gir overvåkningsorganene kompetanse til pålegge strukturelle tiltak ved overtredelser av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. På denne bakgrunn, og siden konkurransemyndighetene etter departementets oppfatning bør ha en hjemmel til å pålegge strukturelle tiltak etter konkurranseloven, bør konkurranselovens bestemmelser om strukturelle tiltak utformes etter den tilsvarende bestemmelsen i EØS-retten. En slik tilpasning av den norske konkurranseloven til EØS-retten vil gjøre det lettere for næringslivet å forholde seg til regelverket.

Departementet støtter på denne bakgrunn utvalgets forslag til § 3–3 første ledd.

Når det gjelder anvendelse og fortolkning av bestemmelsen, kan det være noe uklart hva bestemmelsens rekkevidde er. Departementet er i denne forbindelse enig med lovutvalgets mindretall og flere høringsinstanser i at bestemmelsens innhold kunne vært klarere.

Bestemmelsen i utkastets § 12 første ledd er utformet etter mønster fra EØS-retten. Den bør derfor etter departementets oppfatning fortolkes og anvendes i samsvar EØS-retten og den praksis som utvikler seg gjennom håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54/EF-traktaten artikkel 81 og 82. Siden bestemmelsen er ny i EØS-sammenheng, tilsi-er dette at konkurransemyndighetene bruker bestemmelsen med forsiktighet inntil det har utviklet seg en praksis som kan gi veiledning ved anvendelse og tolkning.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

For øvrig er departementet enig med de høringsinstansene som anfører at fortalen til rådsforordning 1/2003 kan gi nyttig tolkningsveiledning. Departementet vil videre presisere at strukturelle tiltak ofte vil være mer inngripende enn atferdsregulerende tiltak. Konkurransemyndighetene bør bestrebe å iverksette tiltak som ikke er unødig tyngende for de involverte foretak. Strukturelle tiltak bør derfor bare benyttes ved overtredelser der det er en vesentlig fare for vedvarende eller gjentatte overtredelser, som følge av strukturen til det eller de aktuelle foretak.

Telenor anfører at konkurransemyndighetenes kompetanse etter § 12 til å pålegge strukturelle tiltak, ikke kan komme til anvendelse i sektorer hvor det foreligger *ex ante* reguleringer, da forutsetningen for inngrep ikke vil være oppfylt i slike sektorer. Det vises i denne sammenheng til den elektroniske kommunikasjonssektoren, der det er et regelverk som søker å ivareta konkurransehensyn ved ileggelse av *ex ante* forpliktelser. *Telenor* etterlyser en avklaring i forhold til slike sektorreguleringer. Som departementet anfører ovenfor, må grensene for adgangen til å pålegge strukturelle tiltak måtte utvikles gjennom praksis. Departementet vil imidlertid bemerke at pålegg om strukturelle tiltak synes mindre aktuelt dersom sektorreguleringene ivaretar konkurransehensyn på en effektiv måte.

6.6.5 Midlertidig vedtak

Departementet foreslår, som utvalget, i utkastets § 12 fjerde ledd at Konkurransetilsynet skal kunne treffe midlertidig vedtak om å bringe en ulovlig atferd til opphør, dersom det er fare for alvorlig og uopprettelig skade for konkurransen. Det er et vilkår etter bokstav a at det er rimelig grunn til å anta at det foreligger en overtredelse av utkastets §§ 10 og 11. Denne vurderingen vil måtte foretas på bakgrunn av de opplysninger som foreligger for Konkurransetilsynet. Vilkåret om rimelig grunn medfører ikke noe krav til sannsynlighetsovervekt for at forbudene er overtrådt. Departementet mener at adgangen til å treffe midlertidig vedtak vil kunne sikre at markedet fungerer tilfredsstillende i tilfeller hvor det kan ta tid før endelig vedtak foreligger i saken, og det er nødvendig å treffe vedtak for å hindre en alvorlig og uopprettelig skade for konkurransen. Departementet legger også vekt på at Kommisjonen har en tilsvarende kompetanse i rådsforordning 1/2003 artikkel 8. Videre vil departementet, som utvalget, foreslå i utkastets § 12 fjerde ledd bokstav b at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering, og at det derfor ikke kan treffes midlertidig vedtak, dersom den vedtaket retter seg mot på-

føres skade eller ulempe som står i åpenbart misforhold til de hensyn som vedtaket skal ivareta. Hvis det midlertidige vedtaket påklages, foreslås det at vedtaket skal kunne overprøves av departementet. I denne forbindelse legges det til grunn at det på bakgrunn av sakens natur skal mye til før en anmodning om oppsettende virkning tas til følge. Endelig vil departementet, i likhet med utvalget, foreslå i utkast til § 12 fjerde ledd siste punktum at det midlertidige vedtaket må treffes for et avgrenset tidsrom, med mulighet til forlengelse dersom faren for konkurransen består.

6.6.6 Klageadgang når Konkurransetilsynet ikke har truffet vedtak

Departementet foreslår, som utvalget, i utkastets § 12 tredje ledd en ny bestemmelse om tredjemens adgang til å påklage Konkurransetilsynets unnlattelse av å pålegge opphør. Departementet er enig i utvalgets begrunnelse, og legger vekt på at departementets avgjørelser vil virke retningsgivende på tilsynets prioriteringer.

Det er de alminnelige reglene om rettslig klageinteresse som får anvendelse med hensyn til hvem som har rett til å klage når Konkurransetilsynet velger å ikke ilegge noen et pålegg om opphør. Som påpekt av *Konkurransetilsynet* i forbindelse med høringen, understreker departementet at det i tråd med disse reglene, ikke er avgjørende for tredjeparts klagerett at vedkommende har anmodet Konkurransetilsynet om å ta en sak opp til behandling.

Endelig mener departementet, som utvalget, at for å gjøre klageadgangen reell, må Konkurransetilsynet etter utkastets § 12 grunnleggende når det velger å ikke gi noen et pålegg om opphør, selv om dette vil kunne få en viss betydning for tilsynets arbeidsbyrde og resursbruk. Forslaget er nærmere omtalt i merknadene til utkastets § 12 tredje ledd i kapittel 17.

6.6.7 Klageadgang når Konkurransetilsynet ilegger overtredelsesgebyr

Etter departementets utkast til § 12 annet ledd første punktum kan Konkurransetilsynet vedta påbud om opphør etter utkastets § 12 første ledd, selv om tilsynet ilegger overtredelsesgebyr etter utkastets § 29. Etter utkast til § 29 fjerde ledd kan vedtak om overtredelsesgebyr ikke påklages, men må bringes inn for retten dersom foretaket vil prøve vedtaket. Et påbud om opphør etter utkastets § 12 første ledd kan imidlertid i utgangspunktet påklages til departementet. Dersom partene ønsker det kan imidler-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

tid en eventuell klage på vedtak om pålegg om opphør etter § 12, bringes inn for retten sammen med saken om gebyr etter § 29, se motsetningsvis tvistemålsloven § 437 første ledd.

6.6.8 Særlig forskriftshjemmel for konkurransefremmende tiltak

Departementet slutter seg til de vurderinger som et *mindretall i utvalget* legger til grunn for forholdet mellom EØS-avtalen artikkel 54 og § 3–10 i 1993 konkurranse-loven

Departementet mener at forbudene i utkastet til §§ 10 og 11 vil omfatte de fleste tilfeller som det har vært aktuelt å gripe inn overfor etter konkurranse-loven 1993 § 3–10, men at det likevel ikke kan utelukkes at det kan forekomme atferd som faller utenfor forslaget til §§ 10 og 11, men som det av hensyn til konkurransen i markedet likevel vil være ønskelig å forby. Det kan være tilfelle i markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende uten at forbudene i utkast til §§ 10 og 11 kommer til anvendelse, eller det er vanskelig å bevise at forbudene brytes. Det kan gjelde salgsvilkår

som hindrer nye aktører å komme inn på markedet, eller lojalitetsordninger som hindrer kundene å bytte mellom ulike leverandører. Bestemmelsen kan også anvendes i markeder der et foretak, for eksempel et dominerende foretak, bryter utkastets § 11 og flere andre foretak nytter samme konkurransebegrensende forretningsmetoder uten å rammes av forbudene, fordi de ikke har en dominerende posisjon i markedet.

Departementet mener på denne bakgrunn at det kan være behov for en forskriftshjemmel som åpner for regulering av de generelle rammebetingelsene for aktørene i et marked med mangelfull konkurranse, hvis dette skulle vise seg nødvendig ut fra lovens formål. Departementet mener også, i likhet med mindretallet, at en generell regulering gjennom forskrift vil være mest hensiktsmessig i slike tilfeller, fordi den sikrer like rammebetingelser for alle aktører i vedkommende bransje.

Departementet foreslår en slik bestemmelse i utkastets § 14. Det vises for øvrig til merknadene til denne bestemmelsen i kapittel 17.

7 Kontroll med foretakssammenslutninger mv.

7.1 Behovet for å videreføre nasjonal kontroll med markedsstrukturen

7.1.1 Gjeldende rett

Konkurranseloven § 3–11 første ledd fastsetter at Konkurransetilsynet kan gripe inn mot bedriftserverv, dersom tilsynet finner at vedkommende erverv vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med formålet i loven § 1–1.

Vedtak om inngrep kan gå ut på å nedlegge forbud eller å gi påbud, samt å gi tillatelse på vilkår, jf. § 3–11 tredje ledd.

En foretakssammenslutning med kjennetegn og omsetning som gjør at den omfattes av anvendelsesområdet til EØS-avtalen artikkel 57 er meldepiktig og skal godkjennes før den kan gjennomføres, enten av EFTAs overvåkingsorgan eller Kommissjonen, avhengig av om terskelverdiene overstiges i EFTA eller EU. Overvåkingsorganene i EU og EFTA har altså ikke parallell kompetanse. Det er bare foretakssammenslutninger uten fellesskapsdimensjon som kan lovreguleres og behandles av nasjonale myndigheter.

7.1.2 Utvalgets forslag

Utvalget mener at det eksisterer et behov for kontroll med foretakssammenslutninger uten fellesskapsdimensjon som et supplement til forbudsbestemmelsene og viser til at markedskonsentrasjon vil kunne legge til rette for utøvelse av markeds-makt. Utvalget vurderer det derfor som viktig å ha regler som gjør det mulig å unngå at markeder danner en varig struktur som kan føre til at konkurransen kan svekkes eller hindres. Utvalget uttaler at hensynet til harmonisering med EØS-reglene ikke gjør seg like sterkt gjeldende ved kontroll med foretakssammenslutninger som ved utformingen av atferdsreglene, hvor man har overlapping mellom regelsettenes anvendelsesområde. Utvalget har imidlertid valgt en tilnærming til EU/EØS-reglene på de områder utvalget anser at det er behov for en reform. Som begrunnelse for dette viser utvalget til at reglene om kontroll med foretakssammenslutninger i EU/EØS har vært modell for utformingen

av tilsvarende regelverk i flere av EUs medlemsstater. Dersom også de norske reglene om kontroll med foretakssammenslutninger bygger på EU/EØS-retten, vil det kunne bidra til økt forutberegnelighet for foretakene, særlig for flernasjonale virksomheter. En annen fordel ved harmonisering med et eksisterende regelsett, er at det foreligger praksis og omfattende retningslinjer som vil være relevant ved anvendelsen av reglene. Dette øker forutberegneligheten for markedsaktørene i prosesser hvor forutberegnelighet og hurtige avklaringer anses viktig.

Det er spesielt reglenes anvendelsesområde og de prosessuelle reglene utvalget foreslår å endre.

Det foreslås at konkurranseloven § 3–11 om inngrep mot bedriftserverv erstattes med seks nye EØS-inspirerte bestemmelser om kontroll med foretakssammenslutninger: §§ 4–1 til 4–6. Paragraf 4–1 gir anvendelsesområdet for reglene samt de materielle vilkårene for inngrep og hva et inngrep kan gå ut på. I § 4–2 defineres begrepet foretakssammenslutning og således det saklige virkeområdet for bestemmelsene. Paragraf 4–3 gir hjemmel for pålegg om melding og fastsettelse av krav til innhold i meldingen som er beslutningsgrunnlag for inngrep, samt angivelse av pliktsubjekt. Det statueres i § 4–4 et gjennomføringsforbud for meldepiktige samt for frivillig meldte sammenslutninger. Frister for saksbehandlingen fremgår av § 4–5 og bestemmelsen i § 4–6 gir en sikkerhetsventil for Kongen til å prøve saken i henhold til allmenne hensyn.

7.1.3 Departementets vurdering

Departementet slutter seg til utvalgets konklusjon om at det fortsatt er behov for bestemmelser om kontroll med og mulig inngrep mot foretakssammenslutninger. Videre støtter departementet utvalgets tilnærming til EU/EØS-reglene gjennom forslaget til nye bestemmelser.

Konkurranseloven § 3–11 gir konkurransemyndighetene mulighet til å opptre preventivt i forhold til en potensielt skadelig fremtidig atferd. Begrunnelsen for å ha en slik bestemmelse har vært at konkurransemyndighetene ellers først vil kunne foreta seg noe etter at konkurranseskadelig atferd

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

som følge av strukturendringer har manifestert seg og blir oppdaget. Denne begrunnelsen vil fremdeles gjelde for nye bestemmelser om kontroll med foretakssammenslutninger.

Med utvalgets forslag om å erstatte gjeldende bestemmelse med EU/EØS-tilpassede regler, vil flernasjonale virksomheter få større forutberegnelighet og det blir større rettslikhet med de andre nordiske land. Imidlertid har departementet lagt størst vekt på at de reglene som adopteres, samtidig skal være bedre enn de eksisterende. Under denne forutsetning er det foretatt visse endringer i utvalgets forslag. Det er derfor ikke fullstendig samsvar med EU/EØS-reglene på alle punkter.

7.2 Saklig virkeområde

7.2.1 Gjeldende rett

Konkurranseloven § 3–11 kommer til anvendelse på «bedriftserverv». Begrepet bedriftserverv er ikke definert i loven. Det fremgår av annet ledd i bestemmelsen at bedriftserverv omfatter både fusjon, erverv av aksjer eller andre andeler og delvis erverv av bedrift. Oppregningen er ikke uttømmende. Etter gjeldende rett er ethvert erverv av eierandeler i et foretak omfattet av § 3–11. Utvalget refererer i denne sammenheng konklusjonen i Arbeids- og administrasjonsdepartementets vedtak av 19. mars 2001 i Stormøllen/Statkorn-saken (sak nr. 1999/2735) vedrørende minoritetserverv, der departementet uttalte at ethvert erverv av eierandeler er omfattet av konkurranseloven § 3–11 se NOU 2003: 12 punkt 5.2.2.

Selv om ethvert erverv i utgangspunktet omfattes, må det foreligge årsakssammenheng mellom ervervet og en vesentlig konkurransebegrensning for å kunne gjøre inngrep. Etter Konkurransetilsynets praksis foreligger en slik årsakssammenheng dersom ervervet kan føre til at partene får insentiver til å endre sin markedstilpasning på en måte som gjør at konkurransen mellom partene reduseres vesentlig eller opphører. Hvorvidt partene får slike insentiver, beror blant annet på hvilken grad av innflytelse eller kontroll ervervet får i selskapet det kjøpes eierandeler i.

Opprettelse av et fellesforetak kan være å anse som et bedriftserverv etter konkurranseloven § 3–11, dersom fellesforetaket av sine eiere får overført tilstrekkelige ressurser til å fungere som en selvstendig og uavhengig markedsaktør på en måte som gjør at man kan snakke om et «erverv» av eksisterende virksomhet. Begrunnelsen for å be-

handle enkelte fellesforetak i henhold til § 3–11 er at det dreier seg om en *varig* strukturendring i markedet. Dette er samme løsning som etter EØS-reglene, der opprettelse av et selvstendig fungerende fellesforetak er å anse som en foretakssammenslutning. Det er ikke et krav at selskapene kan utøve felles kontroll for at et fellesforetak kan behandles etter reglene i § 3–11.

7.2.2 Utvalgets forslag

Utvalget behandler avgrensning av det saklige virkeområdet i innstillingen punkt 5.4.3.

Et flertall foreslår at de nye bestemmelsene om kontroll med foretakssammenslutninger bare skal komme til anvendelse på mer kvalifiserte erverv. Det er kommet til uttrykk i definisjonen av «foretakssammenslutning» i utvalgets forslag til § 4–2, der det innføres et krav om erverv av kontroll i målselskapet. Dette er i overensstemmelse med det sentrale vilkåret for at et tiltak skal medføre en foretakssammenslutning etter rådsforordning (EØF) nr. 4064/89 – fusjonsforordningen, artikkel 3 nr. 1 til 4. Etter bestemmelsen foreligger en foretakssammenslutning når to eller flere tidligere uavhengige foretak fusjonerer eller det på en eller annen måte oppnås kontroll med hele eller deler av et eller flere foretak. I forslaget til ny endret forordning¹ er dette gjort enda klarere ved at innledningen i artikkel 3 nr. 1 er endret slik den følgende kursiverte danske teksten viser: «Der anses at foreligge en fusjon, når en *ændring af kontrolforholdene på et varig grundlag beror på...*»

Begrepet «kontroll» er nærmere definert i forordningens artikkel 3 nr 3. Kontroll kan etter denne bestemmelsen oppnås gjennom «*rettigheter, avtaler eller andre midler som enkeltvis eller sammen, de faktiske eller de juridiske forhold tatt i betraktning, gir mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet*». Se forøvrig punkt 5.3.1.2.1 og 5.4.4.1 i utvalgets innstilling.

Flertallet viser til at det ved en slik harmonisering med EU/EØS-retten blir tilstrekkelig for foretakene i avtaler om grenseoverskridende foretakssammenslutninger å vurdere hvorvidt en foretakssammenslutning oppfyller terskelverdiene etter EU/EØS-retten. Etter gjeldende rett kan et bedriftserverv som oppfyller terskelverdiene i EU/EØS-reglene, men som likevel ikke omfattes av fusjonsforordningen fordi kontrollkriteriet ikke er oppfylt, i prinsippet falle inn under konkurranseloven § 3–11.

¹ Forslag til Rådets forordning (EF) om kontrol med fusjoner og virksomhedsovertagelser EFT C 20/19 av 28.01.2003.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Det pekes på at løsningen etter gjeldende norsk rett riktignok gir lite rom for tolkningstvil om bestemmelsens anvendelsesområde, og derfor gir stor grad av forutberegnelighet for partene ved at alle typer erverv er omfattet. Flertallet mener likevel at hensynet til å unngå tolkningstvil har begrenset betydning i forhold til de ressurser som uansett må legges ned i vurderingen av om ervervet vil føre til eller forsterke en vesentlig konkurransebegrensning. Dette er en vurdering som i praksis etter utvalgets oppfatning ikke skiller seg nevneverdig fra vurderingen av om det erverves kontroll eller bestemmende innflytelse over et foretak som fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen.

Etter gjeldende rett er dessuten tilsyn med driftsenerverv basert på inngrep, uten at det foreligger meldeplikt. Flertallets forslag om at Kongen kan pålegge meldeplikt for foretakssammenslutninger, taler også for en løsning der bare kontrollenerverv bør karakteriseres som en foretakssammenslutning. En meldepliktsordning som også omfatter erverv som ikke oppnår kontroll, innebærer at Konkurransetilsynet vil motta meldinger om erverv som i dag ikke vurderes nærmere.

En overgang til et system hvor kun de erverv som medfører at det oppnås kontroll over målselskapet omfattes av reglene om foretakssammenslutninger, innebærer at de erverv som ikke oppfyller kontrollkriteriet faller utenfor reglene. Disse må derfor, dersom de gir opphav til konkurransemessige problemer, i utgangspunktet vurderes etter lovens atferdsbestemmelser.

Regler om kontroll med foretakssammenslutninger tar som hovedregel sikte på å føre en forhåndskontroll med varige og irreversible endringer i markedsstrukturen.

Flertallet mener at erverv av mindre eierandeler normalt ikke skaper strukturer som er irreversible, og deres mulige innvirkning på konkurransen er indirekte og langt mer usikre enn strukturelle endringer. Det bør derfor ikke være adgang til inngrep mot erverv som er for små til å gi foretaket juridisk eller faktisk kontroll i et konkurrerende foretak, ut fra mulige virkninger dette kan ha på markedsaktørenes atferd. Utvalget kaller dette minoritetserverv (se side 86 i innstillingen). En særbestemmelse for minoritetserverv kan føre til større usikkerhet for ervervsdrivende, også i forhold til når et erverv må meldes til konkurransemyndighetene. Dersom en aktør endrer atferd som følge av erverv av en eierandel i et annet foretak kan dette, ifølge flertallet, skyldes en lang rekke forhold i markedet. Konkurransereguleringer som begrenser atferd, herunder erverv av minoritetsandeler kombinert med annen slik atferd, kan

rammes av forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.

Et mindretall mener at atferdsreglene ikke fanger opp alle relevante konkurransemessige problemstillinger knyttet til minoritetserverv og at det i en ny konkurranselov er behov for å videreføre inngrepsadgangen mot minoritetserverv som fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen. Mindretallet viser til at dersom et minoritetserverv blir gjennomført ved trinnvise oppkjøp, vil det være vanskelig å avgjøre hvilket erverv som utløser inngrepsadgangen. Det vil derfor være nødvendig å kunne vurdere flere erverv i sammenheng. For å sikre en effektiv inngrepsadgang bør det være hjemmel til å gripe inn overfor de transaksjoner som har funnet sted innenfor en to års periode regnet fra tidspunktet for det siste ervervet.

Det vises til at flertallet har pekt på at en minoritetsandel i et konkurrerende foretak gir minoritets-eieren et insentiv til å tilpasse sin atferd slik at det maksimerer summen av egen fortjeneste og den fortjenesten det oppnår fra andelen i det konkurrerende selskapet. En slik endret atferd kan gå ut på å redusere konkurransen mellom selskapene. Ved krysseierskap mellom selskapene forsterkes insentivene til konkurransebegrensende atferd. Konkurransemyndighetenes praksis etter konkurranse-loven § 3–11 viser at myndighetene i flere saker har ment at minoritetsandeler i konkurrerende bedrifter kan føre til konkurransebegrensninger som må vurderes etter denne inngrepsbestemmelsen. Både teori og praksis viser at det fremdeles vil være behov for en slik inngrepsadgang i ny konkurranselov. Utvalgets flertall har etter mindretallets oppfatning ikke påvist at konkurransemyndighetenes nåværende muligheter til å gripe inn overfor minoritetserverv, har skapt slike problemer for næringslivet at bestemmelsen av den grunn ikke bør videreføres.

Mindretallet kan heller ikke se at det forhold at det foreslås en hjemmel for å pålegge meldeplikt for erverv, og et gjennomføringsforbud knyttet til meldte erverv, har slike problematiske konsekvenser. Det er for eksempel ikke nødvendig å innføre meldeplikt for minoritetserverv. Videre kan minoritetserverv avgrenses fra andre meldepliktige erverv nettopp ved at de ikke innebærer endring av kontroll. På denne måten vil det ikke skje noen endring i rettstilstanden for minoritetserverv.

Et annet mindretall slutter seg til ovennevnte og bemerker i tillegg blant annet at de effektivitetsargumenter som begrunner en høy inngrepsterskel ved kontroll med foretakssammenslutninger, ikke på samme måte gjør seg gjeldende for minoritetser-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

verv. Dette fordi det ikke vil oppstå samme stor- drifts- og samproduksjonsfordeler som ved en integrering av virksomhetene til to eller flere selskaper. Inngrepsterskelen mot minoritetserverv bør derfor ikke være så høy som etter gjeldende rett (vesentlig begrensning av konkurransen). Det bør således innføres en egen bestemmelse som gir konkurransemyndighetene mulighet til å gripe inn mot konkurransebegrensende minoritetserverv.

7.2.3 Høringsinstansenes merknader

Fjorten høringsinstanser uttalte seg om lovens virkeområde.

Alle høringsinstansene som uttalte seg, er av den oppfatning at inngrepsbestemmelsene mot foretakssammenslutninger bør gjelde kontrollerverv. Elleve støtter flertallet i utvalget om at adgang til inngrep mot foretakssammenslutninger bør være begrenset til kontrollerverv, og at det dermed ikke er nødvendig med en inngrepsbestemmelse for erverv av minoritetsandeler.

Et lite mindretall av høringsinstansene, bestående av *Den norske Advokatforening* (Advokatforeningen), *Konkurransetilsynet* og *LO*, er imidlertid av den oppfatning at det bør være inngrepsbestemmelser for minoritetserverv.

Advokatforeningen slutter seg til flertallets forslag om bestemmelse om inngrep mot kontrollerverv. Foreningen mener videre at erverv av minoritetsandeler derimot enten bør være gjenstand for en egen inngrepsbestemmelse eller være underlagt de alminnelige forbudsbestemmelser.

Konkurransetilsynet mener at minoritetserverv som ikke innebærer kontroll i utgangspunktet bør håndteres etter atferdsreglene. Tilsynet mener likevel at det kan være behov for en snever tilleggsbestemmelse i konkurranseloven, en form for sikkerhetsventil, som gjør det mulig å gripe inn mot minoritetserverv i de tilfellene hvor atferdsreglene viser seg ikke å være tilstrekkelige til å hindre konkurransebegrensninger som følge av minoritetserverv. Denne bestemmelsen skal kun omfatte minoritetserverv som ikke medfører kontroll og som ikke dekkes av atferdsreglene, og ikke alle minoritetserverv som utvalgets mindretall går inn for. Konkurransetilsynets begrunnelse for dette er at det kan forekomme minoritetserverv som faller utenfor forslaget til §§ 3–1 og 3–2, men som likevel vil innebære en konkurransebegrensning i strid med lovens formål, og som det vil være ønskelig å forby.

LO deler mindretallets oppfatning om at det også i ny konkurranselov bør være adgang til å gripe inn mot minoritetserverv.

Finansnæringens Hovedorganisasjon, *Konkurransetilsynet* og *Norsk Hydro* er enig med utvalgets flertall i at definisjonen av hva som er en foretakssammenslutning baseres på EU/EØS-konkurranseretten. Konkurransetilsynet mener at definisjonen av foretakssammenslutning i forslaget § 4–2 bør innsnevres til å gjelde varige kontrollendringer, samt at det kan være hensiktsmessig å presisere at foretakssammenslutningsbegrepet også omfatter sammenslåinger av deler av foretak. Dette er endringer som er i overenstemmelse med forslaget til revidert fusjonsforordning i EU. Konkurransetilsynet mener videre at det bør presiseres at det er krav om felles kontroll for at det skal foreligge et fellesforetak i lovens forstand. Et slikt forslag er i overenstemmelse med EU/EØS-retten. Siden utvalget ikke nevner kravet om felles kontroll, foreslår Konkurransetilsynet videre at kravet om felles kontroll bør gå klart frem av forarbeidene.

Noen høringsinstanser anfører at det er positivt med større grad av harmonisering i retning av EU/EØS-reglene på området for foretakssammenslutninger, blant annet ut fra hensynet til forutberegnlighet.

7.2.4 Departementets vurderinger

Forslaget fra *et flertall* i utvalget innebærer en overgang til et system hvor kun de erverv som medfører at det oppnås kontroll over målselskapet, omfattes av reglene om foretakssammenslutninger. Det vil si at de erverv som ikke oppfyller kontrollkriteriet, faller utenfor reglene. Disse må derfor, dersom de gir opphav til konkurransemessige problemer, i utgangspunktet vurderes etter lovens atferdsbestemmelser.

Forslaget fra utvalgets flertall innebærer både en utvidelse og en innsnevring av anvendelsesområdet for regler om regulering av markedsstrukturen i forhold til gjeldende rett.

Det er en utvidelse fordi begrepet «foretakssammenslutning» ikke som bedriftsserverv bare omfatter erverv og sammenslåing, men også rettigheter eller faktisk mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet. Innsnevringen følger av at bare foretakssammenslutninger som fører til kontroll kan vurderes. Det innebærer at minoritetserverv ikke omfattes.

Hele utvalget synes å mene at atferden ved minoritetserverv kan medføre konkurransemessige problemer. Departementet oppfatter det slik at hele utvalget også mener at konkurranseloven bør ivareta både konkurransebegrensende følger av endret styring av et selskap og tilsvarende følger ved endret atferd mellom kjøper og målselskap som resul-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

tat av eierskap uten kontroll. Uenigheten gjelder hvordan man skal håndtere slike saker, det vil si om de skal behandles etter fusjonsreglene, atferdsreglene eller etter en særbestemmelse.

Sentralt i flertallets begrunnelse er den varige strukturendringen som oppstår ved et kontrollerverv. Dette i motsetning til et minoritetserverv, hvor det ifølge utvalget er aktørenes atferd som medfører de konkurransemessige problemene.

Som det fremgår under punkt 7.1, er regler om strukturelle inngrep begrunnet med behovet for å gripe inn for å forhindre en potensiell konkurranseskadelig atferd på grunn av endrede strukturelle forhold. I denne sammenheng er det etter departementets mening ikke avgjørende om strukturen endres som følge av at det oppstår en ny enhet eller om endringen ligger i de økonomiske insentivene et erverv av mindre eierandeler gir. I begge tilfeller muliggjør strukturendringer atferd som ikke er ønskelig. Et inngrep skal hindre en slik hypotetisk skadelig atferd. Atferden man ønsker å ramme både ved endringer i kontrollen av et målselskap og ved ikke kontrollerende erverv, er en sannsynlig konkurransebegrensende innretting ut fra økonomisk rasjonell opptreden.

Økonomisk teori gir grunnlag for å anta at minoritetserverv kan være konkurranseskadelig. Enhver rasjonell bedrift vil søke å maksimere sin samlede profitt, som også vil kunne inkludere eierandeler i andre bedrifter, også da mindre eierposter. Selskapet vet at hvis det fører en aggressiv konkurranse, og med dette stjeler markedsandeler fra konkurrenten, vil det samtidig bety lavere inntekter fra deres eierandel i selskapet. Dette indikerer at eierskap av mindre andeler i konkurrenter trekker i retning av mindre konkurranse. Selv uten styrerepresentasjon og samarbeid som kan håndteres av atferdsreglene, foreligger det etter departementets oppfatning insitamenter som kan medføre redusert konkurranse.

Departementet mener at en passiv innrettelse neppe vil kunne subsumeres under gjerningsbeskrivelsene i de foreslåtte forbudene. Disse tar sikte på en annen type atferd. Teori og praksis etter konkurranseloven § 3–11 viser at det fremdeles vil være behov for en inngrepsadgang mot minoritetserverv i ny konkurranselov. Departementet deler derfor i hovedsak mindretallets oppfatning.

Dersom en først velger tilpasning til EU/EØS-reglene, hvor kontroll er det sentrale vilkåret for at noe skal betegnes som en foretakssammenslutning, så er imidlertid departementet enig med flertallet i at minoritetserverv uten kontroll bør holdes utenom definisjonen for foretakssammenslutninger. Departementet følger dette opp i utkastet til § 17.

Departementet er også enig med flertallet i at det sannsynligvis vil være aktuelt med inngrep mot minoritetserverv bare i et begrenset antall tilfeller. Det risikeres imidlertid ved flertallets løsning at det blir et rettslig tomrom ved at kun kontrollerverv kan reguleres.

Departementet anser heller ikke uten videre argumentet om forutsigbarhet for markedsaktørene ved tilnærmet samme anvendelsesområde for reglene som i EU/EØS og de nordiske EU-land som en tilstrekkelig god begrunnelse for den løsningen som utvalgets flertall har valgt.

Departementet er riktignok enig i at reglene, så langt det er mulig ut fra formålet med dem, bør ivareta de private partenes behov for rettssikkerhet, herunder forutsigbarhet. De norske reglene for inngrep mot foretakssammenslutninger skal imidlertid ivareta muligheten for inngrep ut fra en økonomisk begrunnelse om hva som er samfunnsøkonomisk fordelaktig i Norge. Fusjonsforordningens anvendelsesområde skal avgrense Kommisjonens kompetanse i forhold til medlemslandene. Det har vært politisk tautrekking innad i EU om dette, og man har ikke villet gi Kommisjonen større kompetanse enn absolutt nødvendig. Kommisjonens fusjonskontroll vil derfor dreie seg om de mest opplagte kandidatene for inngrep fra Kommisjonen, det vil si store sammenslutninger regnet etter omsetning, som innebærer endring av kontroll og som er grenseoverskridende. Ikke alle medlemslandene har harmonisert sine lover i overensstemmelse med fusjonsforordningen slik Danmark og Sverige har gjort. England og Tyskland kan for eksempel behandle minoritetserverv etter sine fusjonsregler.

Gitt at det skal finnes mulighet for inngrep mot strukturendringer som skal forhindre konkurranseskadelig atferd, er det etter departementets oppfatning uklart hvorfor det kun skal kunne skje ved kontrollerverv. Departementet mener derfor at regler om inngrep mot strukturendringer på grunn av potensielle konkurransemessige virkninger av rasjonell økonomisk opptreden, bør omfatte erverv av minoritetsandeler som ikke medfører kontroll.

Det foreslås følgende hjemmel for inngrep mot minoritetserverv i utkastet § 16 annet ledd, som endrer navn til «Inngrep mot foretakssammenslutninger mv.»:

«Konkurransetilsynet skal på samme vilkår som etter første ledd gripe inn mot erverv av andeler i et foretak selv om ervervet ikke fører til kontroll. Er ervervet gjennomført ved trinnvis oppkjøp, kan det gripes inn overfor de transaksjoner som har funnet sted innenfor en periode på to år regnet fra tidspunktet for det siste ervervet.»

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Det foreslås ikke å utforme egne prosessuelle regler for denne særskilte inngrepshjemmelen, men departementet har i utkastet til § 16 tredje ledd foretatt nødvendige tilpasninger i utvalgets forslag til § 4–1 annet ledd om hva et inngrep kan gå ut på.

7.3 Materielle inngrepsvilkår

7.3.1 Gjeldende rett

Etter konkurranseloven § 3–11 kan Konkurransetilsynet gripe inn mot et bedriftserserv som vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med formålet i loven § 1–1. Vilkåret om at konkurransebegrensningen må være i strid med lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser innebærer at inngrep bare kan skje dersom effektivitetstapet ved konkurransebegrensningen overstiger eventuelle samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster.

Det er dessuten en forutsetning for inngrep at ervervet vil skade allmenne interesser. Dette kommer ikke direkte til uttrykk i bestemmelsens ordlyd, men kan utledes av Konkurransetilsynets «kan» fullmakt for inngrep. Fullmakten har vært ansett nødvendig for å sikre at andre hensyn kan komme inn i vurderingen og gi konkurransemyndighetene mulighet til å avstå fra inngrep dersom andre hensyn veier tyngre enn hensynet til konkurransen.

Om begrensningen av konkurransen som følge av et erverv er vesentlig eller vil føre til forsterking av en eksisterende vesentlig begrensning, må bedømmes på grunnlag av en hypotetisk utvikling av konkurransesituasjonen på de markeder som berøres. Det kreves årsakssammenheng mellom bedriftserservet og den vesentlige konkurransebegrensningen.

Ny § 3–12 i konkurranseloven

Stortinget vedtok 17. juni 2003 ny § 3–12 i konkurranseloven med følgende ordlyd:

«Dersom en eller flere aktører på det norske marked er så dominerende at konkurranse hindres, skal Konkurransetilsynet likevel ikke etter § 3–11 gripe inn dersom det i bransjen foreligger et velfungerende nordisk eller europeisk marked, forutsatt at dominansen ikke virker negativt for de norske kunder.»

Utvalget har ikke behandlet bestemmelsen, da forslaget ble fremmet etter at utvalget leverte sin innstilling.

7.3.2 Utvalgets forslag

Utvalget behandler de materielle vilkår for inngrep i innstillingens punkt 5.4.5. Utvalget viser til at nåværende inngrepsvilkår har vist seg anvendelig på de saker som konkurransemyndighetene har ønsket å ta opp til vurdering, og at vilkåret er på linje med den såkalte SLC-testen (substantial lessening of competition) i land som USA, Canada, Australia og Storbritannia, men forskjellig fra reglene i EU/EØS. Selv om ordlyden er forskjellig i de materielle vilkårene for inngrep mot bedriftserserv etter norsk rett og vilkårene for inngrep mot foretakssammenslutninger etter fusjonsforordningen artikkel 2 nr. 3, er det rent materielt mange likhetspunkter og stor grad av konvergens i vurderingen.

Utvalget går derfor inn for å beholde inngrepskriteriet i den eksisterende norske konkurranseloven.

Vesentlig begrensning av konkurransen

Når utvalget går inn for å beholde konkurranseloven materielle vilkår for inngrep betyr det at vesentlighetskriteriet i de materielle inngrepsvilkårene beholdes, jf. forslaget § 4–1 første ledd. Utvalget viser i denne forbindelse til at inngrep mot foretakssammenslutninger er svært inngripende, og at store økonomiske verdier kan stå på spill. Da inngrepsfullmakten ble innført i 1988 ble det forutsatt at markedets størrelse og betydning skulle tillegges vekt ved avgjørelsen av om en begrensning av konkurransen er vesentlig.² For nærmere detaljer se innstillingen punkt 5.4.5. Endelig konkluderes det med at inngrepsterskelen er godt forenlig med det som er etablert i sammenlignbare jurisdiksjoner.

Fallittbedriftsforsvaret

Etter utvalgets oppfatning bør fallittbedriftsforsvaret også videreføres, selv om det kan føre til at en bedrift som går dårlig, vil kunne miste insentivene til å gjøre endringer som ellers ville kunne begrense eller eliminere bedriftens tap. For å gi troverdighet til et fallittbedriftsforvar må eierne sørge for at bedriften fremstår som fallittbedrift. Slik sett kan eksistensen av fallittbedriftsforsvaret lede til at bedriften faktisk går konkurs og konkurransen blir begrenset, selv om dette kanskje ikke ville blitt utfallet dersom foretaket ikke hadde kunnet påberope seg slike argumenter for å unngå inngrep.

Utvalget viser til at en beslutningsatferd som beskrevet kanskje er lite sannsynlig, fordi eierne

² Ot.prp. nr. 78 (1986–87).

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

tar en stor risiko ved å styre mot konkurs. På den annen side mener utvalget at dette er noe som vil gjelde for alle handlingsalternativer i tilfeller hvor bedriften går dårlig.

Kravene for å sannsynliggjøre at målselskapet uten oppkjøp vil gå konkurs bør imidlertid etter utvalgets syn være strenge, og bevisbyrden for at vilkårene for fallittbedriftforsvaret er oppfylt bør ligge på partene. Det anses hensiktsmessig at vilkårene fortsatt fremgår av retningslinjer utarbeidet av konkurransemyndighetene.

Forløpet til en situasjon hvor en dominerende aktør vil ønske å kjøpe opp sin konkurrent som går dårlig, vil også kunne være at den dominerende aktøren gjennom sin atferd har styrt sin mindre konkurrent mot konkurs. Utvalget peker på at harmonisering med forbudsbestemmelsene i EØS-regulverket vil innebære at predasjonsatferd blir forbudt etter den nye konkurranseloven. Utvalget mener at forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i forslaget § 3–2 vil være mer effektivt enn de virkemidlene konkurransemyndighetene i dag er utstyrt med for å hindre denne typen atferd.

Fra «kan» til «skal» fullmakt

Utvalget foreslår som en konsekvens av den uavhengighet for Konkurransetilsynet og Konkurransenemnda som ligger i forslaget § 2–1 annet ledd at inngrepsfullmakten endres fra en «kan» til en «skal» fullmakt. Se nærmere omtale om organisering av konkurransemyndighetene i innstillingen punkt 7.5. Det vil si at dersom Konkurransetilsynet finner at de materielle vilkårene for inngrep mot en foretakssammenslutning er oppfylt, så må tilsynet gripe inn. Utvalget forutsetter at det dermed bare skal skje en ren konkurransefaglig vurdering og ikke foretas en avveining mot andre kryssende politiske hensyn og mål.

Dette innebærer at Konkurransetilsynet ikke kan unnlate å gripe inn mot foretakssammenslutninger ut fra en oppfatning om at andre allmenne hensyn veier tyngre enn konkurransefaglige hensyn. Slike avgjørelser vil, etter dette systemet, måtte fattes på politisk nivå. En «kan» bestemmelse er derfor ikke lenger nødvendig for å håndtere foretakssammenslutninger i strid med allmenne interesser.

En avgjørelse basert på hensynet til andre allmenne hensyn enn konkurransehensyn må i tilfelle fattes gjennom bestemmelsen som utvalget foreslår i § 4–6 om ministertillatelse. Med hjemmel i denne bestemmelsen kan Kongen tillate en foretakssammenslutning som Konkurransetilsynet og/eller Konkurransenemnda har grepet inn mot. Så lenge

forbud mot foretakssammenslutninger som samlet sett ikke er i strid med allmenne interesser, kan håndteres etter dette systemet, anser utvalget at det ikke lenger er nødvendig med en «kan» fullmakt for tilsynet og nemnda.

Utvalget er imidlertid inneforstått med at en «skal» bestemmelse kan virke lite fleksibel hvor det er åpenbart at andre samfunnshensyn veier tungt, slik at det er en sannsynlighet for et politisk vedtak etter at tilsynet og nemnda har ferdigbehandlet saken. Så lenge den konkurransefaglige analysen likevel må gjennomføres, er utvalget kommet til at dette ikke er et avgjørende argument mot ordningen.

Det konkluderes med at en «kan» bestemmelse heller ikke er nødvendig ut fra prioriteringshensyn, i og med at lovens vesentlighetskrav innebærer at inngrepskriteriet ikke vil være oppfylt i saker av liten konkurransemessig betydning.

Utvalget vil ikke gi klagerett til tredjemenn over avgjørelser om ikke å gripe inn mot en foretakssammenslutning. Hensynet til tredje parter mener utvalget er ivaretatt gjennom adgang til å fremme synspunkter i forbindelse med tilsynets saksbehandling.

7.3.3 Høringsinstansenes merknader

Spørsmål tilknyttet materielle inngrepsvilkår er kommentert av syv av høringsinstansene. Merknadene går inn på ulike sider ved vilkårene.

Finansnæringens Hovedorganisasjon mener at konkurransemyndighetene ikke må utvikle en praksis som hindrer at det dannes enheter i Norge på størrelse med det man ellers finner i de nordiske landene. Konkurransemyndighetene bør således ved markedsavgrensningen ta høyde for at Norge kan være del av et større nordisk marked. For å kunne møte konkurransen fra store utenlandske aktører, kan det derfor være hensiktsmessig å tillate etablering av større enheter i Norge.

Flyselskapenes Landsforening (FL) anmoder om at retningslinjene som skal utarbeides for et fallittbedriftforsvar, legger seg på en praksis som ikke avviker fra EU/EØS-retten. FL advarer mot at Norge legger seg på en strengere praksis enn det som er vanlig innen EU.

I spørsmålet om endringen fra en «kan» til «skal» bestemmelse har fem av høringsinstansene uttalt seg. Et flertall av disse, bestående av henholdsvis *Advokatfirmaet Bull & Co*, *Konkurransetilsynet* og *Nærings- og handelsdepartementet*, er positive til endringen fra en «kan» til «skal» regel. *Legemiddelindustrien* (LMI) og *Telenor* derimot mener at det bør være en «kan» bestemmelse. LMI mener

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

at det fremdeles bør være rom for skjønnsutøvelse fra Konkurransetilsynets side. Telenors begrunnelse er at en «kan» bestemmelse vil tydeliggjøre i loven at Konkurransetilsynet kan konsentrere sin virksomhet om saker av konkurransemessig betydning.

Forbrukerrådet mener at rådet uansett klageordningen for øvrig bør ha en selvstendig klageadgang på vegne av norske forbrukere, dersom en foretakssammenslutning etter Forbrukerrådets vurdering vil få negative konsekvenser for norske forbrukere.

De av høringsinstansene som har uttalt seg om videreføring av den nylig vedtatte § 3–12 i gjeldende konkurranselov er gjennomgående negative.

Advokatfirmaet Hjort DA (Hjort) mener bestemmelsen ikke bør videreføres i den nye loven. Hjort stiller spørsmål ved om bestemmelsen er i overensstemmelse med EØS-avtalens etableringsbestemmelser, diskrimineringsforbudet og artikkel 59 om offentlige foretak og foretak tillagt særlige eller eksklusive rettigheter. Videre mener Hjort bestemmelsen antakelig vil være overflødig ved siden av utvalgets forslag til bestemmelse om inngrep mot foretak, og den vil dessuten være uklar og vanskelig å praktisere.

Den norske Advokatforening (Advokatforeningen) viser til at bestemmelsen ble vedtatt etter et privat lovforslag og uavhengig av arbeidet med en ny konkurranselov. Dersom departementet vurderer å ta inn en bestemmelse med samme eller tilsvarende innhold som § 3–12 i forslaget til ny konkurranselov, antar Advokatforeningen at dette spørsmålet vil bli gjenstand for særskilt høring, slik at forslaget materielle og organisatoriske regler kan vurderes i sammenheng med en slik ny bestemmelse.

Konkurransetilsynet mener at bestemmelsen i § 3–12 ikke bør videreføres i den nye konkurranse-loven. Etter Konkurransetilsynets oppfatning må § 3–12 tolkes slik at den gjelder de tilfeller hvor det norske markedet er en del av et velfungerende nordisk eller europeisk marked. Bestemmelsen vil derfor ikke bringe nye elementer inn i den konkurranseanalysen som må foretas etter hovedregelen i forslaget § 4–1. Bestemmelsen vil i praksis ikke føre til et annet resultat enn det vurderingen etter forslaget § 4–1 vil føre til. Bestemmelsen er dessuten uklar og vanskelig å praktisere.

7.3.4 Departementets vurderinger

Departementet er enig med utvalget i at det materielle inngrepsvilkåret for bedriftserving har vist seg formålstjenlig siden vi fikk fusjonsbestemmelser i norsk lovgivning, først i 1988 gjennom prisloven

§ 42 a og senere i 1993 ved konkurranse-loven § 3–11. Departementet er også enig i at vesentlig-hetskravet bør videreføres. Når det dreier seg om et ekspropriasjonsliknende inngrep, bør nødvendigheten av dette veies opp mot den samfunns-messige mulige gevinsten ved et inngrep. Det er derfor naturlig at kravet for å gripe inn må være en vesentlig begrensning av konkurransen.

At gjeldende rett videreføres innebærer at det fremdeles etter utkastet til § 16 første ledd må stilles krav om årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og den vesentlige konkurransebegrensningen. Etter Konkurransetilsynets praksis foreligger en slik årsakssammenheng dersom ervervet kan føre til at partene får insentiver til å endre sin markedsstilpasning på en måte som gjør at konkurransen mellom partene reduseres vesentlig eller opphører. Dette innebærer at kravet om årsakssammenheng ikke alltid vil være oppfylt ved oppkjøp av et målselskap som av andre grunner står i ferd med å gå ut av markedet, og at foretakssammenslutningen derfor etter omstendighetene bør kunne tillates.

Departementet støtter utvalgets oppfatning om at kravene for å sannsynliggjøre at målselskapet uten oppkjøp vil gå ut av markedet bør være strenge, og bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt bør ligge på partene.

Departementet vil imidlertid presisere at fare for konkurs ikke i seg selv er tilstrekkelig for å akseptere en foretakssammenslutning som ellers ville være konkurransebegrensende. Konsekvensen av en konkurs er at råderetten over virksomheten og tilhørende realkapital overføres fra gamle eiere til bostyret. En konkurs medfører imidlertid ikke at realkapitalen forsvinner eller påvirker lønnsomheten ved driften. Det sentrale vurderingstemaet er derfor ikke om en oppkjøpskandidat står i fare for å gå konkurs.

Det relevante vurderingstema for konkurransemyndighetene i denne sammenheng er om det, etter eventuell konkurs eller gjeldssanering, er lønnsomt å drive virksomheten eller deler av den videre i det samme markedet. Hvis det ikke er grunnlag for lønnsom drift etter en eventuell konkurs, eksisterer ikke en årsakssammenheng mellom konkurransebegrensningen og foretakssammenslutningen. Er det derimot grunnlag for lønnsom drift, kan det være grunn til å gripe inn.

Det er også relevant å vurdere om et opphør av virksomheten av andre grunner kan føre til en bedre konkurransemessig situasjon enn om ervervet gjennomføres. Det kan for eksempel skje dersom kundemassen til det opphørte foretaket fordeler seg på en konkurransemessig gunstigere måte

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

mellom de gjenværende aktører enn om oppkjøper overtar hele eller store deler av kundemassen ved ervervet.

Konkurransemyndighetene må i denne forbindelse vurdere om eventuelle lønnsomhetsproblemer har sammenheng med oppkjøpers atferd i markedet. Lønnsomhetsproblemer som skyldes egen ineffektivitet er uproblematisk. Hvis manglende lønnsomhet i stedet skyldes rovprising eller annen type atferd som har til formål å redusere konkurransen, kan det være grunnlag for å gripe inn mot ervervet. Rovprising innebærer at et foretak selger en vare til en pris som er lavere enn kostnaden ved å fremstille varen. Incentivene for å gjøre dette er å presse konkurrenter ut av et marked for å oppnå markedsmakt, eller for å hindre at nye aktører etablerer seg i dette markedet. Rovprising er en type konkurranseregulerende atferd som det kan være vanskelig å oppdage i tide, det vil si før skaden er skjedd. Således kan rovprising eller annen atferd som har til formål å redusere konkurransen, være en måte å muliggjøre oppkjøp av konkurrenter.

Rovprising rammes av forbudet i utkastet § 11 om utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Det kan derfor reageres direkte overfor slik atferd med et betydelig overtredelsesgebyr. Departementet mener videre det er uheldig om foretakene gjennom ulovlig atferd skal kunne skape en situasjon i markedet som gjør det mulig å overta en konkurrent. Departementet mener derfor at det må inngå i vurderingen av en foretakssammenslutning om bakgrunnen for at ervervet er aktuelt, er ulovlig atferd fra erververs side.

Dette innebærer at konkurransemyndighetene kun bør akseptere erverv som vil innebære en vesentlig konkurransebegrensning dersom ervervene:

1. Har sannsynliggjort at det ikke vil være lønnsomt å videreføre virksomheten, eller betydelige deler av den, som en uavhengig enhet i det samme markedet.
2. Har sannsynliggjort at det ikke finnes konkurransemessig gunstigere alternative kjøpere.
3. Har godtgjort at det ikke er erververs atferd i markedet som gjør det ulønnsomt for andre aktører i markedet å føre virksomheten videre.
4. Har godtgjort at den tilleggs kapasitet erverver får gjennom ervervet, ikke medfører en så stor trussel for andre aktører at den utgjør et reelt etableringshinder i markedet.
5. Har sannsynliggjort at erververs overtagelse av kundemassen er konkurransemessig gunstige enn om kundemassen fordeles mellom gjenværende aktører.

Etter konkurranseloven § 3–11 «kan» Konkurransetilsynet gripe inn mot et bedriftserverv dersom tilsynet finner at ervervet vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. «Kan» fullmakten innebærer at konkurransemyndighetene kan unnlate å gripe inn dersom andre allmenne hensyn veier opp de skadevirkninger som begrensningen av konkurransen fører til.

Departementet har merket seg at utvalgets forslag om å endre inngrepsfullmakten til en «skal» bestemmelse er begrunnet med at Konkurransetilsynet og Konkurransenemnda skal være mer uavhengige enn tilfellet er i dag, jf. innstillingen kapittel 7. Samtidig foreslås det en adgang til politisk avveining av allmenne hensyn mot konkurransehensyn dersom tilsynet eller nemnda har forbudt en foretakssammenslutning, jf. utvalgets forslag til § 4–6.

Departementet følger ikke opp forslaget om å opprette en konkurransenemnd, og foretar også andre endringer i klageordningen. For nærmere omtale se kapittel 10 om organisasjonsspørsmål. Det innebærer at departementet fremdeles skal være klageinstans for Konkurransetilsynets vedtak. Det foreslås likevel visse innskrenkninger i departementets kontroll- og styringsmyndighet. Meningen, også etter departementets forslag, er at Konkurransetilsynet skal få større uavhengighet og anledning til å rendyrke konkurransefaglige standpunkter. Departementet har derfor endret inngrepsfullmakten i forhold til gjeldende rett i overensstemmelse med utvalgets forslag, slik at Konkurransetilsynet heretter «skal» gripe inn hvis de materielle vilkårene er oppfylt. Ved en «skal» bestemmelse blir vurderingstemaet rent konkurransefaglig, både i Konkurransetilsynet og i departementet. Departementets utkast til § 21 om prøving i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning innebærer at avgjørelser om å gripe inn eller unnlate å gripe inn mot foretakssammenslutninger etter denne bestemmelsen, må fattes på regjeringens nivå ved Kongen i statsråd.

Selv om bestemmelsen i utkast til § 21 avviker noe fra den som Konkurranselovutvalget foreslo, er utvalgets prinsipp om å skille faglige vurderinger og politisk korrigerende beholdt. Ordlyden i bestemmelsen er også noe endret i forhold til departementets høringsforslag, men uten at dette er ment å innebære noen realitetsendringer. Se for øvrig kapittel 10 for nærmere beskrivelse av klageordningen og kompetansefordelingen mellom de enkelte organene. Departementet viser også til omtalen i kapittel 6 om tilsvarende klageordning for atferdsreguleringer og til omtalen av utkast til §§ 13 og 21 i kapittel 17 om merknader til de enkelte bestemmelsene.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

En virkning av overgangen til en «skal» bestemmelse er at spørsmålet om vilkårene for inngrep mot en foretakssammenslutning eller erverv av minoritetsandeler er til stede, kan prøves for domstolene.

Departementet følger også opp utvalgets forslag om at det ikke skal gis klagerett til tredjemenn over beslutninger om ikke å gripe inn mot en foretakssammenslutning, jf. for øvrig merknader til utkastet § 21 i kapittel 17.

Departementet er enig med utvalget i at hensynet til tredjemenn bør ivaretas gjennom adgang til å fremme synspunkter i forbindelse med tilsynets saksbehandling, jf. merknader til utkastet § 18 femte ledd om offentliggjøring av melding. Det er imidlertid viktig at det kommer inn synspunkter ikke bare andre markedsaktører, men også fra representanter for etterspørselssiden, typisk forbrukermynighetene.

Endelig legges til grunn at det ikke skal gjøres endringer i behandlingen av saker av konkurransemessig betydning som berører flere tilsyn som følge av at departementet fortsatt skal være klageinstans for Konkurransetilsynets vedtak. Dette medfører med andre ord at departementets forslag i høringsbrevet om en ny spesialbestemmelse i konkurranse-loven § 4–7 for saker om foretakssammenslutninger av finansinstitusjoner bortfaller.

Departementets forslag til hvordan den nye § 3–12 i konkurranse-loven skal innpasses i ny konkurranse-lov

Stortinget vedtok 17. juni 2003 ny § 3–12 i konkurranse-loven med følgende ordlyd:

«Dersom en eller flere aktører på det norske marked er så dominerende at konkurranse hindres, skal Konkurransetilsynet likevel ikke etter § 3–11 gripe inn dersom det i bransjen foreligger et velfungerende nordisk eller europeisk marked, forutsatt at dominansen ikke virker negativt for de norske kunder.»

Utvalget har ikke behandlet bestemmelsen fordi forslaget ble fremmet etter at utvalget la frem sin innstilling. For å følge opp Stortingets vedtak, anbefaler departementet å videreføre en tilpasset utgave av konkurranse-loven § 3–12 i bestemmelsen om inngrep mot foretakssammenslutninger. Ettersom både utvalget og departementet har gått inn for å videreføre «vesentlig begrensning av konkurransen» som vilkår for å gripe inn, bør dette også være vilkåret i «§ 3–12»-bestemmelsen.

Departementet foreslår at følgende tas inn som fjerde ledd i § 16 om inngrep mot foretakssammenslutninger:

«Selv om vilkårene etter første ledd er oppfylt, skal Konkurransetilsynet likevel ikke gripe inn mot foretakssammenslutningen, eller et erverv etter annet ledd, dersom det foreligger et velfungerende nordisk eller europeisk marked, og forutsatt at foretakssammenslutningen ikke virker negativt for norske kunder.»

7.4 Innhold i inngrepsvedtaket

7.4.1 Gjeldende rett

Et inngrepsvedtak kan etter gjeldende rett gå ut på å nedlegge forbud eller gi påbud, samt å gi tillatelse på vilkår. Konkurranseloven § 3–11 tredje ledd gir eksempler på hva vilkårene kan gå ut på.

For det første kan et vedtak gå ut på å forby bedriftservedet og fastsette slike bestemmelser som er nødvendige for at formålet med forbudet blir oppnådd. For det andre kan Konkurransetilsynet påby avhendelse av aksjer eller andeler som er ervervet som ledd i bedriftservedet. For det tredje kan Konkurransetilsynet sette slike vilkår som er nødvendige for å motvirke at ervervet begrenser konkurransen i strid med formålet.

Den alminnelige vilkårs-læren i forvaltningsretten setter grenser for hva slags betingelser tilsynet kan stille for å godkjenne et erverv.

Etter gjeldende lov kan det både stilles strukturelle og atferdsmessige vilkår. Et strukturelt vilkår vil typisk gå ut på at partene pålegges å selge ut nærmere spesifiserte deler av virksomheten. Atferdsmessige vilkår kan være at konkurrenter eller andre aktører skal gis adgang til ytelser fra partene på ellers like vilkår eller at partene forbyes å anvende eksklusivitets- og koblingsavtaler.

Det er ikke uvanlig at den/de som selger seg ut av eller overfører kontrollen i et foretak påtar seg avtalemessige forpliktelser om ikke å konkurrere mot sin tidligere virksomhet for en viss tid eller i visse markeder. Dette er et eksempel på en begrensning i handlefriheten som partene har avtalt i forbindelse med et bedriftservedet. Slike avtaler omtales gjerne som tilknyttede begrensninger. Konkurranseloven har ikke regler for hvordan avtalemessige forpliktelser inngått i forbindelse med et bedriftservedet skal vurderes, om de skal inngå som en del av vedtaket etter § 3–11, eller om det skal foretas en separat behandling etter konkurranse-lovens forbudsbestemmelser eller etter inngrepsbestemmelsen i § 3–10. I praksis er konkurransebegrensende avtaler tatt med i bedømmelsen av et bedriftservedet. Anses slike avtaler for objektivt nødvendige for gjennomføringen, vil det ikke gripes

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

inn mot disse, uansett om de ellers ville kunne rammes av forbudene i §§ 3–1 til 3–3 eller gripes inn mot med hjemmel i § 3–10.

7.4.2 Utvalgets forslag

Utvalget har anbefalt at innholdet i et inngrepsvedtak bør kunne utformes på samme måte i den nye loven som i dagens lov.

Utvalget viser imidlertid til erfaringer fra Kommisjonen om at strukturvilkår i de fleste tilfeller er best egnet for å motvirke konkurransemessige begrensninger ved foretakssammenslutninger, etter som atferdsvilkår nødvendiggjør en stadig overvåking og håndheving fra Konkurransetilsynets side frem i tid. Utvalget påpeker også en annen ulempe ved atferdsvilkårene, nemlig at de er tidsbegrenset. Når virkningstiden er utløpt, kan vilkårene neppe fornyes med hjemmel i foretakssammenslutningsbestemmelsen, ettersom tidsfristen for inngrep er utløpt. Utvalget konkluderer med at spørsmålet om hvilke typer vilkår som skal foretrekkes bør overlates til konkurransemyndighetene og ikke reguleres i loven.

Utvalget viser også til at det etter den nye loven vil være adgang for partene til å tilby avhjelpende tiltak på ethvert stadium i saken. Utvalget presiserer at det er partene som må ta stilling til om eventuelle frivillige tiltak skal vurderes i saken. Fordelen med dette er at det ofte er foretakene som er nærmest til å vurdere hvilke vilkår de kan akseptere for å avverge konkurransebegrensende virkninger.

Utvalget anser at de beste grunner taler for at avtalemessige begrensninger som inngås i forbindelse med en foretakssammenslutning og som er direkte tilknyttet og nødvendige for gjennomføringen av denne, som etter gjeldende rett, vurderes sammen med foretakssammenslutningen. Det vises til at man på denne måten unngår at en foretakssammenslutning hvor vilkårene for inngrep ikke er til stede, blir blokkert fordi avtaleklausuler mellom partene blir rammet av andre bestemmelser i loven. Dette ville ifølge utvalget i realiteten medføre en utvidet kontroll med foretakssammenslutninger, idet forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i motsetning til reglene om foretakssammenslutninger, ikke inneholder noe vesentlighetskrav. Utvalget mener at det også er retts teknisk enklere å behandle slike avtaler etter reglene om foretakssammenslutninger.

Utvalget anser at prinsipper for behandlingen av tilknyttede konkurransebegrensninger som fremgår av rettspraksis fra EF-domstolen samt Kommisjonens praksis og retningslinjer også vil gi

veiledning ved behandlingen av slike begrensninger etter de norske reglene for kontroll med foretakssammenslutninger. Utvalget viser til at dette også er lagt til grunn i Konkurransetilsynets praksis under dagens lov.

På denne bakgrunn foreslår utvalget i sitt forslag til § 4–1 fjerde ledd at avtaler som er direkte tilknyttet en foretakssammenslutning ikke er i strid med forslaget § 3–1, så langt de er nødvendige for gjennomføringen av foretakssammenslutningen og foretakssammenslutningen sammen med de tilknyttede avtaler ikke fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål.

7.4.3 Høringsinstansenes merknader

Bare *Konkurransetilsynet* har kommentert denne delen av utvalgets forslag. Tilsynet er enig med utvalget i at vilkårene for når konkurransebegrensende forpliktelser skal anses tilknyttet en foretakssammenslutning bør fremgå direkte av lovens ordlyd. Det heter at:

«Konkurransetilsynet har imidlertid enkelte bemerkninger til selve utformingen av bestemmelsen i forslaget § 4–1 fjerde ledd. Etter lovforslaget er det kun « [a]vtaler som er direkte tilknyttet» som kan bli vurdert sammen med foretakssammenslutningen. Etter Konkurransetilsynets vurdering er det begrensningens art, og ikke begrensningens form, som er det sentrale i vurderingen av hvorvidt det foreligger en begrensning som må vurderes som tilknyttet foretakssammenslutningen. Det er derfor uten betydning om begrensningen er etablert i form av en avtale eller på annen måte. Konkurransetilsynet vil derfor foreslå at «avtaler» i § 4–1 erstattes med «begrensninger». Dette er i overensstemmelse med Konkurransetilsynets praksis under den gjeldende konkurranse-loven og fusjonsforordningen artikkel 8 nr. 2, som bruker uttrykket «begrensninger som er direkte knyttet til og nødvendige for sammenslutningens gjennomføring».

Det fremgår av lovforslaget at tilknyttede begrensninger ikke skal omfattes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i forslaget § 3–1. Det er ikke gjort unntak for tilknyttede begrensninger fra forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i forslaget § 3–2. I EU/EØS-konkurranseretten er det imidlertid lagt til grunn at tilknyttede begrensninger heller ikke er i strid med forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Det vises i denne forbindelse til Kommisjonens kunngjøring om begrensninger knyttet til foretakssammenslutninger, avsnitt 6. Dette bør gjel-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

de tilsvarende etter § 4–1 fjerde ledd i den nye konkurranseeloven. Konkurransetilsynet foreslår derfor at det også inntas i bestemmelsen en henvisning til forslaget § 3–2.

Konkurransetilsynet viser videre til at tilknyttede begrensninger etter utvalgets forslag ikke vil være i strid med forbudene «så langt» begrensningene er nødvendige for gjennomføringen av foretakssammenslutningen og at denne vurderingen også må gjelde varigheten for begrensningen. Hvis f. eks. en begrensning med varighet i fem år ikke kan anses som nødvendig, må den i sin helhet vurderes etter forbudet i § 3–1, selv om en tilsvarende avtalt begrensning på tre år ville kunne anses som nødvendig og dermed gå klar av dette forbudet. Det betyr at begrensningen ikke automatisk er godkjent dersom foretakssammenslutningen godkjennes. Konkurransetilsynet foreslår på denne bakgrunn at uttrykket «så langt» i § 4–1 fjerde ledd erstattes med «dersom».

7.4.4 Departementets vurderinger

Departementet slutter seg til utvalgets anbefaling om at innholdet i et inngrepsvedtak bør kunne utformes på samme måte etter den nye loven som etter konkurranseeloven 1993. Departementet er også enig i at strukturelle vilkår normalt er å foretrekke, men at det må være opp til Konkurransetilsynet å vurdere hva som passer best i den enkelte sak.

I likhet med utvalget vil også departementet understreke partenes ansvar for å selv fremlegge avhjelpende tiltak så snart de konkurransemessige problemer er identifisert. Partene kjenner markedene bedre enn tilsynet, og er følgelig nærmest til å vite hvilke tiltak som effektivt kan avhjelpe konkurransemessige problemer. Det er også partene selv som er best egnet til å vurdere de forretningsmessige konsekvensene av alternative avhjelpende tiltak. Konkurransetilsynet bør på sin side gå inn i en konstruktiv dialog med partene, med sikte på å finne fram til de tiltak som etter en helhetsvurdering best avhjelper de konkurransemessige problemer, lar seg kontrollere av tilsynet og samtidig er minst mulig byrdefulle for partene.

Departementets utkast til § 16 tredje ledd avviker noe fra ordlyden i utvalgets forslag til § 4–1 annet ledd for å reflektere at det også kan gripes inn mot såkalte minoritetserverv.

Departementets utkast til § 16 sjette ledd innebærer et unntak fra forbudene mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak i utkastet § 10 og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i § 11. Bestemmelsen fastsetter at begrensninger som er direkte tilknyttet en foretakssammenslutning eller et minoritetserverv ikke er i strid med ut-

kastet §§ 10 og 11, dersom de er nødvendige for gjennomføringen av foretakssammenslutningen eller ervervet og foretakssammenslutningen eller ervervet sammen med de tilknyttede begrensningene ikke fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Ordlyden i utkastet til sjette ledd avviker noe fra ordlyden i utvalgets forslag til bestemmelse på grunn av at Konkurransetilsynets forslag til endringer er innarbeidet, og endringer som følge av bestemmelsen om erverv som ikke leder til kontroll i utkastet § 16 annet ledd. I tråd med systemet etter forbudsbestemmelsene som departementet foreslår, vil det være partene selv som må vurdere om konkurransebegrensende forpliktelser i forbindelse med en foretakssammenslutning i utgangspunktet er i strid med utkastet §§ 10 eller 11 og om de er nødvendige for gjennomføring av sammenslutningen.

Anvendelse av unntaket fra forbudene i utkastet §§ 10 og 11 forutsetter ikke noe særskilt vedtak fra konkurransemyndighetenes side og forutsetter heller ikke at sammenslutninger er meldt. Det er også i overensstemmelse med Kommisjonens forslag til revidert fusjonsforordning, og har sammenheng med rådsforordning (EF) nr. 1/2003 om håndheving av EF-traktaten artikkel 81 og 82.

Ønsker partene å gjennomføre tiltak som ellers ville være forbudt, har partene risikoen med hensyn til om begrensningene er nødvendige. Det følger av sammenhengen mellom bestemmelsene at forbudene kan håndheves etter at en foretakssammenslutning er godkjent, dersom partene skulle ha bedømt nødvendigheten av begrensningene feil. Tilsvarende kan håndheving skje etter at fristen for en nærmere vurdering av sammenslutningen er gått ut, jf. utkast til § 18 tredje ledd. At det ikke gripes inn mot en foretakssammenslutning selv om den er vurdert og fristene etter utkastet § 20 er løpt ut, utelukker heller ikke at Konkurransetilsynet med hjemmel i utkastet § 12 griper inn mot begrensningene.

Departementet forutsetter, på samme måte som utvalget, at fusjonsforordningens artikkel 6 nr. 1 annet ledd og artikkel 8 nr. 2 annet ledd, Kommisjonens kunngjøring om begrensninger som er direkte knyttet til og nødvendige for gjennomføringen av foretakssammenslutninger (EFT C 188/5 av 4. juli 2001) og Kommisjonens samt EF-domstolens praksis skal ligge til grunn for vurderingen av når tilknyttede begrensninger er unntatt fra forbudene.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

7.5 Meldeplikt

7.5.1 Gjeldende rett

Konkurranseloven har ikke regler om meldeplikt for bedriftserev. Det er imidlertid anledning for partene til å melde den endelige avtalen om ervervet frivillig. Konkurransetilsynet må da innen tre måneder etter at meldingen er mottatt varsle at inngrep kan bli aktuelt. I motsatt fall kan det ikke avsluttes inngrep etter konkurranseloven § 3–11. Konkurransetilsynet har også pålagt enkelte foretak meldeplikt med hjemmel i konkurranseloven § 6–1 om opplysningsplikt.

Spørsmålet om innføring av meldeplikt ble vurdert i forarbeidene til prisloven § 42 a³ og konkurranseloven § 3–11.⁴ Under forberedelsen av prisloven § 42 a fant lovgiver at en meldepliktsordning ville være u håndterlig. I vurderingen ble det blant annet fremhevet at det for det enkelte bedriftserev vil være vanskelig å avgjøre når planene er blitt konkrete nok til at en meldeplikt bør utløses. Det ble videre understreket at inngrep kun vil være aktuelt i noen få saker, og at konkurransemyndighetene kunne skaffe seg tilstrekkelig kunnskap om aktuelle saker ved å følge med i pressen, holde seg orientert om markedsutviklingen, rette forespørsler o.l. I land hvor meldeplikt er innført, er dette kombinert med krav om fullstendig melding, som utløser korte frister for konkurransemyndighetene til å vurdere om det skal foretas nærmere undersøkelser. Dette gjelder også EU/EØS-reglene. Det er imidlertid ingen forutsetning for eventuell innføring av meldeplikt at saksbehandlingsfristene harmoniseres med EU/EØS-reglene.

7.5.2 Utvalgets forslag

Innledning

Utvalget behandler i innstillingen punkt 5.4.6 spørsmålet om å innføre et system med meldinger. Det foreslås å innføre alminnelig meldeplikt kombinert med gjennomføringsforbud for større foretakssammenslutninger. Forslaget om gjennomføringsforbud er nærmere behandlet i punkt 7.6. I forslag til § 4–3 gis hjemmel for Kongen til å fastsette nærmere vilkår for og innholdet i meldeplikten. Videre foreslås at der Konkurransetilsynet ønsker å vurdere foretakssammenslutninger som faller utenfor denne meldeplikten, kan tilsynet pålegge melding. Dessuten kan erverv meldes frivillig. Utvalget har

ikke ønsket å innføre et rigid meldepliktssystem som omfatter alle potensielt konkurranseskadelige foretakssammenslutninger. Utvalget ønsker heller ikke å innskrenke Konkurransetilsynets inngrepsfullmakt til bare å gjelde en gruppe foretak som i utgangspunktet er underlagt meldeplikt. Se nærmere i innstillingen punkt 5.4.6.1.

Utvalget foreslår at frister i behandlingen av foretakssammenslutninger skal ta utgangspunkt i tidspunktet for når det foreligger «fullstendig melding» istedenfor som nå, ved endelig avtale. Fullstendig melding er fristutløsende og det foreslås derfor at det fastsettes nærmere regler om tilbakemelding fra Konkurransetilsynet innen en viss frist dersom meldingen anses som ufullstendig.

Kravene til fullstendig melding forutsettes fastsatt i forskrift, jf. punkt 5.4.6.3.4 i innstillingen. Fristene for saksbehandlingen i Konkurransetilsynet er nærmere behandlet i innstillingen punkt 5.4.7. og i punkt 7.7.

Nedenfor redegjøres for de hovedhensyn utvalget har lagt vekt på for å fastslå behovet for meldeplikt og avgrensning av meldeplikten.

Hensyn ved vurderingen av et meldepliktssystem

Regler om meldeplikt skal sikre konkurransemyndighetene kontroll med erverv som kan være av konkurransemessig betydning, samtidig som de ivaretar ervervsdrivendes interesse i en rask avklaring fra konkurransemyndighetene.

I vurderingen av om det bør pålegges meldeplikt, har utvalget lagt vekt på at næringslivet ikke bør få nye byrder uten at det foreligger et godt dokumentert behov. At det er innført meldeplikt i mange andre land, kan etter utvalgets oppfatning indikere at det også i Norge vil være hensiktsmessig å innføre meldeplikt for enkelte foretakssammenslutninger. Meldeplikt er også innført i sammenlignbare land som Sverige, Danmark og Finland samt i EU/EØS.

Et system med meldeplikt er tidkrevende og kostbart for de involverte foretakene som pålegges å legge frem opplysninger for konkurransemyndighetene. Men en rekke bedriftserev meldes allerede i dag gjennom reglene om frivillig melding i konkurranseloven. Flernasjonale foretakssammenslutninger vil dessuten også i mange tilfeller måtte meldes til andre lands konkurransemyndigheter. Utvalget anser det derfor som usikkert om byrden for næringslivet ved innføring av meldeplikt blir vesentlig større enn i dag. Byrden kan også reduseres betydelig ved at det i tråd med Kommisjonens praksis åpnes for forenklet melding i saker som er konkurransemessig uproblematisk.

³ Ot.prp. nr. 78 (1986–87) side 5 flg.

⁴ NOU 1991: 27 side 154 flg.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Reglene om meldeplikt vil dessuten være til fordel for næringslivet hvis plikten avgrenses slik at den ikke går lenger enn til de foretakssammenslutningene som uansett ville blitt gjenstand for vurdering. Regelen vil da kunne medføre større grad av standardisering av den innledende saksbehandlingen i Konkurransetilsynet, og dermed sikre forutberegnelighet for partene, samtidig som den kan bidra til en raskere avklaring for næringslivet.

I EU/EØS og i andre land hvor det er meldeplikt, korresponderer meldeplikten med korte frister for konkurransemyndighetene til å vurdere om det skal foretas nærmere undersøkelser av foretakssammenslutningen. Dette vil også næringslivet i Norge være interessert i.

Ettersom reglene i Norge og EU/EØS ikke kommer til anvendelse på samme forhold, er det likevel ikke et mål i seg selv verken med meldeplikt eller at tidsfristene for norske konkurransemyndigheter er identiske med Kommisjonens frister. Hensynet til forutberegnelighet for næringslivet kan likevel tale for meldeplikt og mest mulig like tidsfrister i de enkelte lands nasjonale konkurranselover. Meldeplikt er imidlertid ingen nødvendig forutsetning for harmonisering av saksbehandlingsfrister. Kortere frister kan også oppnås ved endringer i reglene om frivillige meldinger.

Konkurransemyndighetenes behov for meldeplikt er knyttet til oppdagelsesmuligheter før integrasjonsprosessen er kommet så langt at den er irreversibel og inngrep i realiteten er urealistisk. Konkurransetilsynets erfaring med reglene tilsier at de fleste relevante bedriftsserverv i dag blir kjent for myndighetene på et tidlig tidspunkt. Konkurransetilsynet har imidlertid erfart en økende tendens til at foretakene starter integreringen på et tidlig tidspunkt. Meldeplikt kombinert med et automatisk gjennomføringsforbud, kan forhindre at Konkurransetilsynet kommer i en situasjon der inngrep ikke kan gjøres.

Selv om utvalget ser at det er hensyn som taler for innføring av meldeplikt, har det gitt uttrykk for tvil om fordelene er store nok til å oppveie ulempe-ene ved en slik ordning. Utvalget er særlig bekymret for at ordningen vil skape et byråkrati som påfører næringslivet og myndighetene uforholdsmessig store kostnader. Utvalget har likevel kommet til at meldeplikt bør innføres for større foretakssammenslutninger, for å sikre at disse oppdages tidlig nok og rammes av et automatisk gjennomføringsforbud. Automatisk gjennomføringsforbud kan innføres i saksbehandlingsens første fase, og man unngår da å komme i en situasjon der partene i en sammenslutning har foretatt irreversible disposisjoner før myndighetene har kommet i gang med sin be-

handling. En slik plikt vil dessuten innebære at Konkurransetilsynet får tilstrekkelig informasjon til å vurdere foretakssammenslutningen i en tidlig fase. Dette er til fordel både for de berørte foretakene og myndighetene. Utvalget har samtidig pekt på at meldepliktens omfang bør kunne reduseres til et minimum i saker som i utgangspunktet ikke reiser konkurransemessige problemer. En forutsetning for utvalgets konklusjon er derfor at det skal være en adgang til å gi forenklet melding og at Konkurransetilsynet legger til rette for uformell forhåndskontakt med partene, jf. for øvrig punkt 5.4.6.3.5 i innstillingen.

Regulering av alminnelig meldeplikt og innholdet i meldeplikten

En plikt til å melde et erverv til offentlige myndigheter innebærer et inngrep i borgernes rettsfære. Dette kan etter utvalgets oppfatning tale for at plikten bør fremgå av selve lovteksten. Utvalget peker imidlertid på at vurderingen av hvilke foretakssammenslutninger som er presumptivt skadelige for konkurransen kan variere over tid. Det er lite fleksibelt dersom en endring av avgrensningskriteriene krever lovendring. Utvalget anser det derfor som mest hensiktsmessig at de nærmere regler om hvilke foretakssammenslutninger som er meldepliktige og hvordan meldingene skal utformes, fastsettes i forskrift. Forskriftskompetansen for å fastsette regler om meldeplikt er lagt til Kongen og er inntatt i utvalgets forslag til § 4–3 første ledd. Det vises til at kompetansen på vanlig måte kan delegeres.

Så lenge forskriftshjemmelen fremgår av loven, mener utvalget at legalitetsprinsippet ikke krever at de nærmere detaljer for ordningen fremgår av lovteksten.

Selv om utvalget har foreslått at avgrensning og nærmere regler om meldeplikt fastsettes i forskrift, har det likevel pekt på mulige kriterier for avgrensning av plikten, som omsetning, markedsandeler/ eventuelt begrenset til bestemte utvalgte markeder, verdien av foretakenes aktiva og transaksjonsverdien. Det antydes at det kan være et behov for meldeplikt i markeder som har liten interesse for offentligheten, for eksempel der det ikke produseres forbruksgoder, men innsatsvarer. Det tas imidlertid ikke endelig stilling til hvilke kriterier som skal avgrense meldeplikten, selv om det antydes at terskelverdier knyttet til partenes omsetning av retts tekniske grunner vil være å foretrekke fremfor markedsandeler, som vil være avhengige av korrekt avgrensning av relevant marked. Det pekes på at det er viktig ikke å sette tersklene så lavt at ar-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

beidsbyrden både i næringslivet og hos tilsynet blir urimelig høy. Samtidig vises det til at terskelverdiene kan være relativt høye fordi inngrepskompetansen til Konkurransetilsynet ikke foreslås begrenset til meldepliktige foretakssammenslutninger.

Nærmere om meldingens innhold

Utvalget foreslår i § 4–3 fjerde ledd en hjemmel for Kongen til å fastsette blant annet krav til meldingens innhold.

Det uttales at meldingen må inneholde tilstrekkelige opplysninger til at Konkurransetilsynet blir i stand til å avgjøre om foretakssammenslutningen skal godkjennes, eller om det skal innledes nærmere undersøkelser. For å avgjøre hvilken informasjon det kan være relevant å pålegge aktørene å melde inn, vil reglene i EU/EØS, Danmark og Sverige etter utvalgets oppfatning være retningsgivende.

I EU/EØS er det utformet et omfattende standard skjema som skal fylles ut ved meldinger (CO-formularet). I Danmark og Sverige er det utarbeidet forskrifter om hvilke opplysninger som må meldes inn, herunder standard skjemaer.

Samtidig er det en adgang for overvåkingsorganene og nasjonale konkurransemyndigheter til å lempe på kravene forut for den enkelte meldingen.

For å begrense informasjonen som må legges frem for myndighetene, mener utvalget at det også etter norsk rett bør være adgang til å forhåndsklarere med Konkurransetilsynet hvilken informasjon som er nødvendig for konkurransemyndighetenes vurdering av saken. En adgang til forhåndskonsultasjoner og kontakt mellom Konkurransetilsynet og partene, vil forhindre at meldeplikten blir unødig formalistisk. Utvalget mener det vil være tilstrekkelig at mulighetene til forhåndskonsultasjon følger av Konkurransetilsynets praksis.

Utvalget foreslår at det i forskriften åpnes for at meldepliktige foretakssammenslutninger kan levere forenklet melding dersom sammenslutningen presumptivt ikke reiser konkurransemessige problemer. Hensikten er å unngå unødig bruk av ressurser både hos foretakene og Konkurransetilsynet. Ved utarbeidelsen av reglene for forenklet melding vil utvalget anbefale å legge Kommisjonens kunngjøring til grunn.

Kunngjøringen sier at visse foretakssammenslutninger som vanligvis ikke skaper konkurransemessige problemer, kan behandles ved forenklet prosedyre. For sammenslutninger mellom foretak i samme relevante marked, er vilkåret for å benytte forenklet melding at partenes markedsandel ikke overstiger 15 prosent ved horisontale sammenslut-

ninger og 25 prosent ved vertikale sammenslutninger.

Pliktsubjekter for melding

Det foreslås at nærmere regler om hvem som har plikt til å melde en foretakssammenslutning også bør fastsettes i forskrift etter hjemmelen i forslaget § 4–3 første ledd. Utvalget bemerker likevel at erververen i utgangspunktet bør ha denne oppgaven. Erverver er da den personen eller det foretaket som overtar kontrollen etter forslaget § 4–2 første ledd bokstav b. For foretakssammenslutninger som skjer ved at to eller flere tidligere uavhengige foretak fusjonerer, jf. definisjonen i forslaget § 4–2 første ledd bokstav a, eller ved etableringen av et fellesforetak etter forslaget § 4–2 annet ledd, bør meldeplikten etter utvalgets oppfatning kunne pålegges partene i fellesskap.

Utgangspunkt for frister for levering av melding

Etter gjeldende rett begynner fristen på tre måneder å løpe når «endelig avtale» om bedriftserverv er mottatt av Konkurransetilsynet, jf. konkurranse-loven § 3–11 syvende ledd, men partene har mulighet til å melde ervervet før det foreligger endelig avtale.

Utvalget foreslår at frister i behandlingen av foretakssammenslutninger skal ta utgangspunkt i tidspunktet for når det foreligger «fullstendig melding» istedenfor som nå, ved endelig avtale. Utvalget viser til at det ved å bruke dette systemet blir mulig å utforme saksbehandlingsregler og frister likt for alle typer foretakssammenslutninger som vurderes etter forslaget regler.

Fristen foreslås å løpe fra fullstendig melding mottas uavhengig av om meldingen er kommet inn etter reglene om meldeplikt, etter pålegg fra Konkurransetilsynet eller ved frivillig melding, jf. forslaget § 4–5 annet ledd.

Utvalget har vurdert om det bør settes henholdsvis en tidligste og seneste frist for når melding kan sendes. Det legger til grunn at parter med meldeplikt har interesse av å melde så tidlig som mulig for å få en avklaring, så lenge det er knyttet integrasjonsforbud til plikten. Det er likevel vist til at begrunnelsen for nåværende utgangspunkter med endelig avtale for tilsynets saksbehandlingsfrister, er at det bør være en viss grad av aktualitet før tilsynet vurderer et erverv. I tillegg må det for å muliggjøre høring og annen saksbehandling være offentlighet rundt avtalen.

Behovet for at partenes planer må være offentlige slik at Konkurransetilsynet skal kunne foreta

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

en forsvarlig vurdering, kan ifølge utvalget ivaretas gjennom krav til innholdet i meldingen. Utvalget har derfor ikke funnet grunn til å fastsette en tidligste frist for partene til å levere fullstendig melding etter at melding er pålagt partene. Partene vil selv ha incentiver til å melde snarest mulig, fordi det er først når fullstendig melding foreligger at inngrepsfristene begynner å løpe.

Videre har utvalget foreslått at det innføres et automatisk gjennomføringsforbud for meldepliktige foretakssammenslutninger. For foretakssammenslutninger som Konkurransetilsynet pålegger melding gjelder det automatiske gjennomføringsforbudet fra den dagen partene har mottatt pålegget. Gjennomføringsforbudet innebærer at partene i den meldepliktige sammenslutningen ikke kan ta noen skritt i retning av å integrere foretakene, før sammenslutningen er meldt og Konkurransetilsynet har avsluttet sin behandling i første fase, jf. forslaget § 4–4 første ledd.

Utvalget kan ikke se at partene vil ha interesse i å trenere melding så lenge sammenslutningen er underlagt et gjennomføringsforbud og det automatiske gjennomføringsforbudet håndheves strengt.

Frister for tilsynets adgang til å pålegge melding

Utvalget mener at næringslivets behov for forutberegnelighet gjør det nødvendig med en absolutt frist for Konkurransetilsynet til å pålegge melding.

Utvalgets forslag til fristregler er vesentlig forskjellig fra gjeldende rett. Utvalget foreslår to ulike fristberegninger. En frist gjelder adgangen til å pålegge melding, som drøftes i dette avsnittet. Den andre fristen gjelder adgangen til å vedta inngrep, som drøftes i innstillingen punkt 5.4.7 og under punkt 7.7.

Det følger av forslaget § 4–3 tredje ledd annet punktum, at Konkurransetilsynet kan pålegge partene å gi melding innen tre måneder fra det er inngått endelig avtale om foretakssammenslutningen. Etter utløpet av denne fristen, kan Konkurransetilsynet ikke gripe inn mot foretakssammenslutningen med mindre melding er inngitt frivillig eller i kraft av alminnelig meldeplikt.

Utvalget har i sin vurdering foretatt en avveining av partenes og tilsynets behov. Et inngrepsvedtak på et sent stadium kan være økonomisk byrdefullt og innebære sløsing med ressurser. På den annen side kan partenes behov for avklaring, og til å kunne foreta integrering uten å risikere et pålegg om reversering, ivaretas gjennom reglene om frivillig melding jf. innstillingens punkt 5.4.6.5.

For foretakssammenslutninger som ikke er meldepliktige og heller ikke er meldt frivillig av

partene, må Konkurransetilsynet få kjennskap til ervervet på andre måter. Utvalget legger til grunn at det er større mulighet for å «oppdage» en foretakssammenslutning når det ikke bare er inngått en avtalerettslig bindende avtale mellom partene, men hvor også alle nødvendige vedtak i relevante selskapsorganer er truffet. Det kan etter omstendighetene være større notoritet knyttet til de selskapsrettslige godkjennelsene enn til de avtalerettslige bindingene. Utvalget foreslår på denne bakgrunn at fristen for å pålegge melding begynner å løpe ved endelig avtale.

7.5.3 Høringsinstansenes merknader

Spørsmål knyttet til meldeplikt er vurdert av tolv av høringsinstansene. Åtte er positive til en eller annen form for meldeplikt, fire er av en annen oppfatning. Flertallet er ikke enstemmig i synet på omfanget av meldingen. De som er for meldeplikt slutter seg til at den må baseres på terskelverdier for omsetning. Blant disse er det også enighet om at terskelverdiene ikke må settes for lavt slik at for mange sammenslutninger omfattes av meldeplikten.

Konkurransetilsynet er positiv til innføring av et meldepliktsystem der partene er ansvarlige for å sørge for at tilstrekkelig informasjon foreligger på tidspunktet for melding. Konkurransetilsynet slutter seg til utvalgets begrunnelse for å innføre meldeplikt for foretakssammenslutninger.

Et flertall av de som ser positivt på meldeplikten mener at informasjonskravene i denne ikke må bli for omfattende, da dette kan medføre store byrder for henholdsvis næringsliv og konkurransemyndighetene.

Forslaget om forenklet melding får stor oppslutning. *Den norske Advokatforening* mener imidlertid at utgangspunktet med fordel kan være motsatt av hva utvalget foreslår, det vil si at den generelle meldeplikten for transaksjoner av en viss størrelse basert på omsetningsterskler kun omfatter en forenklet melding. En plikt til å inngi fullstendig melding bør kun inntre i de tilfeller hvor det blir individuelt pålagt av Konkurransetilsynet.

Et mindretall, bestående av *Den norske Bank (DnB)*, *Finansnæringens Hovedorganisasjon (FNH)*, *Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)* og *Norsk Hydro*, kan ikke se behov for å innføre regler om meldeplikt i konkurranseloven, og slutter seg med det ikke til utvalgets flertall.

DnB mener utvalget foreslår et unødig sammensatt og inngripende regime for meldeplikt ved foretakssammenslutninger, som ikke står i forhold til den begrunnelse som gis for forslaget. *DnB* ser ikke at utvalget peker på eksempler som viser at

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

dagens ordning uten meldeplikt har fratatt Konkurransetilsynet muligheten til å gripe inn i saker hvor det har vært aktuelt. DnB mener derfor prinsipielt at dagens ordning med frivillig melding bør videreføres, med mulighet for Konkurransetilsynet til å kreve ytterligere opplysninger fra partene. Subsidiært er DnB av den oppfatning at eventuell meldeplikt kun må omfatte plikt til å inngi forenklet melding med grunnleggende informasjon om partene og innholdet i sammenslutningen, da dette vil være tilstrekkelig til å ivareta behovet for å gjøre Konkurransetilsynet kjent med bedriftservivet.

FNH begrunner sitt standpunkt med at de er vanskelig å se behovet for å innføre slike bestemmelser i den norske konkurranse-loven, da det vil påføre markedsaktørene unødvendige byrder og belaste konkurransemyndighetene i unødige grad. Subsidiært mener *FNH* at det må være en forutsetning at detaljerte krav til hva som utgjør en fullstendig melding utarbeides i forskrift, og at det bør knyttes presise terskelverdier til meldeplikten, slik at ikke enhver foretakssammenslutning må meldes til Konkurransetilsynet.

NHO er skeptisk til et system med meldeplikt, da det anses som overflødig og til dels uegnet i forhold til såkalte full-funksjons joint ventures. *NHO* er videre bekymret for at meldeplikten vil kunne favne for vidt. Så lenge det er adgang til frivillig melding og Konkurransetilsynet av eget tiltak kan pålegge melding, deler ikke *NHO* utvalgets oppfatning om at det bør innføres noen meldeplikt.

Norsk Hydro mener aktører som gjennomfører foretakssammenslutninger normalt vil melde denne frivillig inn for raskest mulig å oppnå en avklaring med konkurransemyndighetene. *Norsk Hydro* mener dette systemet har fungert bra under gjeldende lov. Dessuten mener selskapet at en meldeplikt ikke vil tilføre Konkurransetilsynet mer relevant informasjon, samtidig som transaksjoner av marginal betydning på det norske markedet må meldes.

7.5.4 Departementets vurderinger

Etter departementets oppfatning er det konkurransemyndighetenes behov for å oppdage foretakssammenslutninger som begrunner en alminnelig meldeplikt. De foretakssammenslutninger som det i denne sammenheng er behov for melding om, vil først og fremst være de som skjer i smale markeder, markeder for innsatsvarer/tjenester og i lokale markeder. I utgangspunktet gjelder derfor meldeplikten alle foretakssammenslutninger. Det pålegges ikke en alminnelig meldeplikt for minoritetsserviv.

Departementets utkast til § 18 første ledd er i overensstemmelse med dette. Selv om departementets utkast til bestemmelse i § 16 første ledd innfører en alminnelig meldeplikt, som i utgangspunktet gjelder alle foretakssammenslutninger, vil departementet, for at meldeplikten ikke skal bli for omfattende, bruke hjemmelen i bestemmelsens siste ledd for å begrense omfanget av den alminnelige meldeplikten. Det vil bli utarbeidet forskrifter som skal tre i kraft samtidig med loven. Det er aktuelt å begrense gruppen av pliktsubjekter, slik at det settes en nedre grense for størrelsen på meldepliktige foretakssammenslutninger, samt å identifisere produktmarkeder og geografiske markeder som har en slik struktur at det ikke er nødvendig med en meldeplikt ut fra oppdagelsesbehovet.

Av annet ledd i bestemmelsen fremgår at meldingen skal inneholde navn og adresse til partene i en foretakssammenslutning, beskrivelse av de involverte foretakene og foretak i samme konsern, beskrivelse av produkt og/eller tjenester som tilbys og anslag på samlede markedsandeler når disse er over 20 %, geografiske markeder, navn på partenes fem viktigste konkurrenter, kunder og leverandører og eventuell årsberetning for de involverte foretakene. Dette er opplysninger som foretakene normalt har eller lett kan fremskaffe.

Departementet foreslår i første ledd at plikten til å sende alminnelig melding inntreder ved «endelig avtale» eller «ved erverv av kontroll». Begrepet endelig avtale får det samme innholdet som i praksis etter konkurranse-loven § 3–11 om inngrep mot bedriftserviv, der endelig avtale er utgangspunktet for bestemmelsens saksbehandlingsfrister. Når kontroll anses ervervet fremgår av departementets utkast til § 17 tredje og fjerde ledd samt merknader til bestemmelsen, jf. kapittel 17. Dersom en foretakssammenslutning ikke blir meldt senest ved endelig avtale, vil det kunne reageres med overtredelsesgebyr. Videre vil Konkurransetilsynet, når tilsynet oppdager foretakssammenslutningen, kunne pålegge fullstendig melding og eventuelt gripe inn.

De opplysninger som kommer inn gjennom den alminnelige meldeplikten er utgangspunktet for Konkurransetilsynets avgjørelse av om det er behov for å vurdere den innmeldte foretakssammenslutningen nærmere. I så fall skal Konkurransetilsynet, etter departementets utkast til § 18 tredje ledd, innen en frist på 15 virkedager, pålegge fullstendig melding. Dersom Konkurransetilsynet ikke har pålagt slik fullstendig melding innen fristen, vil tilsynet ikke kunne gripe inn mot foretakssammenslutningen.

Fullstendig melding stiller større krav til informasjon enn innholdet i alminnelig melding. Det nærmere innholdet vil bli fastsatt i forskrift.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Mottak av fullstendig melding utløser tilsynets saksbehandlingsfrister. Foretakenes behov for en hurtig avklaring tilfredsstilles ved fristen på 15 dager for å pålegge fullstendig melding og ved at partene har mulighet til frivillig å sende inn fullstendig melding etter utkastet til § 18 fjerde ledd. Det gjelder også for minoritetsserverv der partene har behov for å få avklart om ervervet kan føre til en vesentlig begrensning av konkurransen.

Pålegg om fullstendig melding eller frivillig melding utløser et gjennomføringsforbud. Dette er nærmere omtalt i punkt 7.6.

Etter departementets oppfatning vil forslaget til meldepliktsystem ivareta et reelt behov for å oppdage foretakssammenslutninger som kan være konkurransemessig problematiske. Samtidig vil det sikre et effektivt inngrep ved et gjennomføringsforbud der det pålegges fullstendig melding ut fra en individuell vurdering. I og med at konkurransemyndighetenes oppdagelsesbehov tilfredsstilles av en enkel melding i første omgang, blir departementets forslag om meldeplikt et ukomplisert og lite arbeidskrevende system.

Når tilsynet mottar fullstendig melding er dette, som nevnt over, utgangspunktet for saksbehandlingsfristene. Krav om melding/fullstendig melding er en måte å standardisere og effektivisere tilsynets informasjonsinnhenting. Det legges dermed til rette for at Konkurransetilsynet kan starte saksbehandlingen på et tidlig tidspunkt og for å korte ned inngrepsfristene i forhold til dagens lovgivning, slik utvalget har foreslått i § 4–5, og som departementet i det vesentlige slutter seg til. Se nærmere om dette nedenfor under punkt 7.7.

Kortere frister vil imøtekomme næringslivets behov for en hurtig avklaring, og standardiserte krav til informasjon plasserer ansvaret for raskt å skaffe beslutningsgrunnlag for avgjørelsen på aktørene. Fullstendig melding vil på denne måten være både en byrde og en fordel. Departementet oppfatter på denne bakgrunn kravet om fullstendig melding etter utkastet § 18 tredje og fjerde ledd som lite problematisk.

At det stilles krav om fullstendig melding, avskjærer imidlertid ikke Konkurransetilsynets adgang til å innhente ytterligere informasjon etter departementets utkast til § 24 om opplysningsplikt.

Legalitetsprinsippet krever etter departementets oppfatning at både innhold og pliktsubjekter for den alminnelige meldeplikten i hovedsak fremgår direkte i loven. Departementet følger imidlertid opp utvalgets forslag om en forskriftshjemmel for nærmere detaljer om innholdet i meldeplikten. Departementet forutsetter i utkastet til § 18 siste ledd at Kongen kan innskrenke virkeområdet for den al-

minnelige meldeplikten. På den måten kan meldeplikten avgrenses slik at foretakssammenslutninger som åpenbart ikke vil føre til en vesentlig begrensning av konkurransen, ikke må meldes. Videre kan det fastsettes nærmere krav til alminnelig og fullstendig melding, samt offentliggjøring av melding. Se innledningsvis om avgrensning av alminnelig meldeplikt.

Forskrifter egner seg bedre for detaljer, og er i denne sammenheng nødvendig for å hindre at lovbestemmelsen blir altfor omfattende. Flexibilitet og hensynet til forholdsmessighet tilsier også en forskriftshjemmel for mulig innskrenking av den alminnelige meldeplikten.

For å avgjøre hvilken informasjon som kan være relevant i såkalt fullstendig melding, er departementet enig med utvalget i at reglene og skjemaer i bruk i EU/EØS samt Danmark og Sverige kan være retningsgivende. Det bør, slik utvalget har foreslått, være adgang til å lempe noe på kravene forut for fullstendig melding, og forhåndskontakt mellom partene og Konkurransetilsynet vil forhindre at meldeplikten blir unødig formalistisk.

Aktørene vil gjennom alminnelig høring få anledning til å uttale seg om innholdet i forskrifter etter utkastet § 18 siste ledd.

7.6 Gjennomføringsforbud

7.6.1 Gjeldende rett

Konkurransetilsynet har etter konkurranseloven § 3–11 fjerde ledd hjemmel til å nedlegge midlertidig forbud mot gjennomføring av et bedriftsserverv eller vedta andre tiltak. For å nedlegge forbud mot gjennomføring må det for det første foreligge en rimelig grunn til å anta at ervervet vil kunne lede til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. For det andre må Konkurransetilsynet anse et gjennomføringsforbud som nødvendig for senere å kunne gjennomføre et eventuelt inngrep mot bedriftsservervet.

Bestemmelsen i § 3–11 fjerde ledd ble innført ved lov 5. mai 2000 nr. 35. Det har vært truffet vedtak om gjennomføringsforbud i tre tilfeller.

Formålet med et integrasjonsforbud er å sikre at partene ikke skal kunne hindre en effektiv konkurranserettlig kontroll med foretakssammenslutninger, ved helt eller delvis å gjennomføre ervervet mens tilsynet vurderer hvorvidt det er grunnlag for inngrep, jf. Ot.prp. nr. 97 (1998–99) side 17 og side 34. Uten et slikt virkemiddel kan partene gjennom sine disposisjoner gjøre forhåndskontrollen illusorisk.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

7.6.2 Utvalgets forslag

Gjennomføringsforbud for meldepliktige foretakssammenslutninger

Utvalget har vurdert om det bør innføres et automatisk gjennomføringsforbud ved melding av foretakssammenslutninger, eller om man skal videreføre dagens ordning.

Gjeldende konkurranselov har ikke regler om meldeplikt for foretakssammenslutninger, og det er heller ingen regler om automatisk gjennomføringsforbud. De norske bestemmelsene er således forskjellige fra bestemmelsene om kontroll med foretakssammenslutninger blant annet i EU/EØS, Danmark og Sverige, hvor automatisk gjennomføringsforbud er knyttet til meldeplikt for foretakssammenslutninger.

Utvalget har vurdert om det skal innføres automatisk gjennomføringsforbud i forhold til foretakssammenslutninger som er meldepliktige, i forhold til frivillig meldte foretakssammenslutninger og i forhold til sammenslutninger som er pålagt melding av Konkurransetilsynet (jf. foran om meldeplikt). Videre har utvalget vurdert unntak fra gjennomføringsforbudet, og om det skal være adgang til å pålegge gjennomføringsforbud i andre tilfeller.

Utvalget viser til at det i EU/EØS og i mange andre lands konkurranselovgivning er et automatisk gjennomføringsforbud for meldepliktige foretakssammenslutninger. Forbudets lengde varierer i de ulike jurisdiksjoner.

Et automatisk gjennomføringsforbud innebærer at Konkurransetilsynet ikke behøver å vurdere i hver enkelt sak om det skal nedlegges et gjennomføringsforbud. Ved vurderingen av om vilkårene for et midlertidig forbud er oppfylt, må tilsynet i de fleste tilfellene innhente informasjon fra partene eller fra andre, fordi den mottatte informasjon ikke er tilstrekkelig. Innhenting av informasjon kan være ressurskrevende. Dette kan på den annen side avhjelpe ved utvalgets forslag om at det må foreligge en fullstendig melding for at fristene skal begynne å løpe. Konkurransetilsynet vil da på et tidlig tidspunkt ha informasjon som er relevant for vurderingen av om det skal nedlegges forbud.

Utvalget viser til at nødvendigheten av et midlertidig forbud vil avhenge av typen av erverv. Ved aksjeervert vil normalt forhold knyttet til utøvelsen av aksjonærrettigheter stå i fokus, mens det ved tradisjonelle fusjoner som regel vil være mer aktuelt med fysiske integrasjonstiltak. De nærmere omstendighetene rundt ervervet, herunder de konkrete underliggende avtaler, og markedet, vil også variere. Disse vurderingene er ressurskrevende. Samtidig er det i disse sakene regelmessig behov

for raske avgjørelser. En tidkrevende prosess, herunder møter mellom partene og tilsynet og vanskelige vurderinger, kan lett undergrave hele det midlertidige forbudet som virkemiddel.

Hensynet til at Konkurransetilsynet skal kunne foreta en rask vurdering av en meldt foretakssammenslutning blir særlig viktig når utvalget foreslår å redusere myndighetenes frist for å varsle inngrep til 25 virkedager etter mottatt melding. Dersom Konkurransetilsynet i tillegg må bruke noe av denne tiden til å vurdere om de kan og skal nedlegge et midlertidig forbud, kan det gå utover grundigheten i vurderingen av om et inngrep kan bli aktuelt. Dette kan resultere i at Konkurransetilsynet oftere varslers et inngrep innen fristens utløp, fordi det ikke er tid til å foreta en tilstrekkelig grundig vurdering i fase I, og således at flere erverv går over i saksbehandlingens fase II. Dette vil etter utvalgets mening være lite gunstig for partene og vil føre til en lite effektiv saksbehandling i tilsynet. Et automatisk forbud kan bidra til en grundigere behandling allerede fra sakens begynnelse.

Utvalget vurderer videre om et automatisk gjennomføringsforbud i praksis er nødvendig for å sikre en effektiv inngrepsvurdering. Siden hjemmelen til å nedlegge et midlertidig gjennomføringsforbud ble innført 5. mai 2000, er hjemmelen kun benyttet to ganger (per 9. april 2003). At Konkurransetilsynet ikke har funnet det nødvendig å nedlegge et midlertidig forbud i flere saker, kan tilsa at et slikt forbud i de fleste tilfeller ikke er nødvendig for å sikre en effektiv inngrepsvurdering. På den annen side kan den manglende anvendelsen av bestemmelsen også skyldes at den er relativt ny. Utvalget mener derfor at det vil være å trekke en forhastet konklusjon å si at den hittil begrensede bruk av hjemmelen viser at det ikke er behov for et slikt forbud. Konkurransetilsynet har videre observert en økende tendens til at foretakene ønsker å gjennomføre sammenslutningen på et tidlig tidspunkt. En slik utvikling taler for et automatisk gjennomføringsforbud i saker som reiser konkurranseproblemer.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn bestemmelser om automatisk gjennomføringsforbud for meldepliktige foretakssammenslutninger.

Gjennomføringsforbud når tilsynet pålegger melding

Utvalget har videre vurdert om det bør gjelde et automatisk gjennomføringsforbud i de tilfeller tilsynet pålegger melding av foretakssammenslutninger (se foran).

Årsaken til at Konkurransetilsynet av eget ini-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

tiativ tar en foretakssammenslutning opp til vurdering, er at sammenslutningen etter tilsynets vurdering kan ha negative konkurransevirkninger. Utvalget mener derfor at betenkelighetene ved et automatisk gjennomføringsforbud for disse sammenslutningene er begrenset.

På den annen side, anfører utvalget, kan Konkurransetilsynet når det pålegger melding, samtidig nedlegge et forbud mot gjennomføring dersom det anses nødvendig for å gjennomføre et eventuelt senere inngrep. Av den grunn kan det hevdes at det ikke er noen vesensforskjell om det er et automatisk gjennomføringsforbud etter at tilsynet har pålagt melding, eller om adgangen til å pålegge gjennomføringsforbud videreføres. Utvalget mener det likevel vil kunne være komplisert å vurdere hvilke gjennomføringstiltak som skal forbys. Det kan derfor i enkelte tilfeller være vanskelig å fastsette et individuelt gjennomføringsforbud.

Av hensyn til ovennevnte og til sammenhengen i regelverket, går derfor utvalget inn for at et automatisk gjennomføringsforbud skal gjelde når Konkurransetilsynet pålegger melding.

Gjennomføringsforbud ved frivillig meldte foretakssammenslutninger

Utvalget mener mange av de samme hensynene som taler for innføring av automatisk gjennomføringsforbud ved meldepliktige foretakssammenslutninger også gjør seg gjeldende for frivillig meldte sammenslutninger. Fristen i fase I er den samme som for meldepliktige sammenslutninger, og tilsynet har også her behov for en viss tid for å kunne vurdere om det er grunn til å gripe inn mot foretakssammenslutningen. Ettersom det automatiske gjennomføringsforbudet bare vil gjelde i fase I, anser utvalget at et gjennomføringsforbud er en relativt liten belastning for foretakene. Utvalget antar derfor at foretakene vil være interessert i den avklaringen som en melding til Konkurransetilsynet kan gi til tross for at meldingen utløser et gjennomføringsforbud.

Utvalget anbefaler derfor at det innføres et automatisk gjennomføringsforbud også ved frivillig melding. Gjennomføringsforbudet bør etter utvalgets mening gjelde fra det tidspunktet foretakssammenslutningen meldes, men adgangen til frivillig melding avskjæres ikke selv om det på forhånd er truffet tiltak for å gjennomføre foretakssammenslutningen.

Innholdet i det automatiske gjennomføringsforbudet

Utvalget fremholder at anbefalingen om å innføre et automatisk gjennomføringsforbud forutsetter at

forbudet gis et innhold som er forutberegnelig for partene i næringslivet. Utvalget mener samtidig det er vanskelig å trekke paralleller til gjeldende rett, da Konkurransetilsynet i sakene etter § 3–11 fjerde ledd må vurdere hvilke tiltak som skal forbys i hvert enkelt tilfelle.

Utvalget viser til at i EU/EØS og i flere land gjelder gjennomføringsforbudet generelt. Ved å velge samme løsning vil praksis derfra kunne være relevant. Det vil også være enklest for markedsaktørene at reglene nasjonalt og internasjonalt er like.

Det automatiske gjennomføringsforbudet er foreslått å gjelde generelt for alle foretakssammenslutninger som meldes. Utvalget mener derfor det er vanskelig, og det kan også være uheldig, å angi nøyaktig hvilke tiltak som rammes av et gjennomføringsforbud.

Utvalget foreslår at gjennomføringsforbudet, uavhengig av om det inntreer automatisk eller etter vedtak, bør omfatte gjennomføring av foretakssammenslutningen generelt, og ikke begrenses til enkelte eierbeføyelser. Utvalget mener at gode grunner taler for at EU/EØS-retten legges til grunn når innholdet i det automatiske gjennomføringsforbudet i den norske loven fastlegges. Utvalget anbefaler derfor at innholdet tilsvare reglene i fusjonsforordningen artikkel 7 og må tolkes i lys av den rettspraksis som finnes i EU/EØS. Hensynet til individuelle tilpasninger kan ivaretas gjennom dispensasjonsadgang fra forbudet (se under). Utvalget har foretatt en kort gjennomgang av gjennomføringsforbudet i EU-/EØS-retten, se NOU 2003: 12 punkt 5.4.8.3.

Varigheten av det automatiske gjennomføringsforbudet

Utvalget har vurdert om systemet i EU/EØS – hvor det automatiske gjennomføringsforbudet gjelder helt frem til endelig avgjørelse foreligger – passer for norske forhold.

Utvalget peker for det første på at det meldes langt flere store foretakssammenslutninger til overvåkningsorganene i EU/EØS enn det som er tilfellet for nasjonale myndigheter. For det andre har nasjonale konkurransemyndigheter større geografisk nærhet til partene, og kan dermed enklere følge med på partene og deres atferd. Det kan således være mindre fare for at partene i den perioden saksbehandlingen pågår, begynner å gjennomføre ervervet uten at nasjonale konkurransemyndigheter registrerer det. Dette kan tale for at det nasjonalt ikke er nødvendig med et så vidtgående forbud for å ivareta hensynet til en effektiv kontroll med foretakssammenslutninger.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Utvalget viser også til at vurderingen av gjennomføringsforbudets lengde må ses i sammenheng med adgangen til å dispensere fra forbudet. Det er særlig i fase I at effektivitetshensyn gjør et automatisk gjennomføringsforbud hensiktsmessig. I fase II har tilsynet bedre tid til å vurdere foretakssammenslutningen, herunder foreta en konkret vurdering av om det bør være et forbud mot gjennomføring. Enkelte saker er imidlertid såpass omfattende og kompliserte at fristen i fase II også er knapp. I slike saker kunne det være ønskelig med et automatisk gjennomføringsforbud frem til tilsynet har truffet endelig avgjørelse i saken. Et gjennomføringsforbud i fase II vil imidlertid være svært belastende for partene. Dette taler etter utvalgets mening for at et slikt inngripende forbud heller bør være gjenstand for en konkret vurdering.

Utvalget finner på denne bakgrunn at det automatiske gjennomføringsforbudet bør avgrenses til å gjelde i fase I, det vil si inntil 25 virkedager etter at tilsynet har mottatt fullstendig melding.

Unntak fra det automatiske gjennomføringsforbudet

Utvalget har vurdert om Konkurransetilsynet skal gis adgang til å gjøre unntak fra det automatiske gjennomføringsforbudet.

Utvalget viser til at det i Sverige er adgang til å gjøre unntak selv om gjennomføringsforbudet kun gjelder i fase I, det vil si maksimalt i 25 dager. Dette indikerer etter utvalgets mening at også et gjennomføringsforbud av meget begrenset varighet kan være skadelig for partene, og at det av den grunn kan være behov for en unntaksregel. På den annen side, skriver utvalget, vil ulempen ved en slik unntakshjemmel være at det i en rekke saker med stor sannsynlighet vil bli søkt om unntak. Dette vil påføre Konkurransetilsynet merarbeid innenfor den knappe fristen på 25 dager. Dersom Konkurransetilsynet må vurdere slike søknader, kan dette undergrave noe av effektivitetsgevinstene ved et automatisk forbud. Det vises i denne forbindelse til at adgangen til å gjøre unntak i Sverige benyttes svært sjelden, og det skal også mye til før det gis unntak i EU/EØS, selv om forbudet her også gjelder i fase II.

Utvalget foreslår likevel at Konkurransetilsynet ved forskrift eller enkeltvedtak kan gjøre unntak fra gjennomføringsforbudet. Ved avgjørelsen av om det skal gjøres unntak fra gjennomføringsforbudet, mener utvalget det blant annet skal tas hensyn til de virkninger en utsettelse kan ha for et eller flere av foretakene berørt av sammenslutningen eller for tredjemann og den trussel foretakssammenslutning

gen kan utgjøre for konkurransen. Videre bør det kunne knyttes vilkår og forpliktelser til unntaket for å sikre virksom konkurranse. Det bør kunne søkes om unntak til enhver tid, også før meldingen og etter transaksjonen.

Utvalget legger til grunn at et automatisk gjennomføringsforbud for alle meldte foretakssammenslutninger innføres under den forutsetning at det finnes en reell adgang til å gjøre unntak fra forbudet. Utvalget finner i denne sammenheng ikke grunn til å anvende Kommisjonens praksis i henhold til fusjonsforordningen, da adgangen til å gjøre unntak her har vært praktisert så strengt at den neppe kan sies å være reell. Utvalget mener likevel at terskelen for å gjøre unntak fra det midlertidige gjennomføringsforbudet i fase I bør være høy. Utvalget nevner også at det kan tenkes tilfeller hvor en utsettelse av gjennomføringen vil få betydelige negative konsekvenser ikke bare for partene i sammenslutningen, men også for konkurransen og målsettingen om effektiv ressursbruk. I slike tilfeller mener utvalget det vil være åpenbart at et midlertidig forbud ikke tjener sin hensikt, og det bør derfor være mulig å gjøre unntak.

Pålegg om gjennomføringsforbud

Utvalget har foreslått at automatisk gjennomføringsforbud innføres for alle meldte foretakssammenslutninger i saksbehandlings fase I. Dermed er det ikke behov for en egen hjemmel til å pålegge gjennomføringsforbud i første fase av saksbehandlingen.

I de tilfeller hvor Konkurransetilsynet mener at inngrep kan være aktuelt, kan det være behov for å videreføre et midlertidig forbud i saksbehandlings andre fase. Utvalgets oppfatning er derfor at Konkurransetilsynet bør ha hjemmel til å pålegge midlertidig gjennomføringsforbud i saksbehandlings fase II, når det anses nødvendig for å kunne gjennomføre et eventuelt senere vedtak om inngrep. Etter forslaget § 4–4 tredje ledd er det to kumulative vilkår som må være oppfylt for å kunne pålegge et gjennomføringsforbud i sakens andre fase. For det første må det være rimelig grunn til å anta at ervervet vil kunne lede til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. For det andre må Konkurransetilsynet anse tiltaket nødvendig for å kunne gjennomføre et eventuelt senere vedtak om inngrep i medhold av forslaget § 4–1. Bestemmelsen bygger på konkurranseloven av 1993.

7.6.3 Høringsinstansenes merknader

Under følger en gjennomgang av de høringsinstansene som hadde innvendinger mot utvalgets for-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

slag til regler om gjennomføringsforbud. Øvrige høringsinstanser sluttet seg enten til utvalgets forslag, eller de kommenterte ikke dette punktet. Av de som sluttet seg til forslaget hadde flere en reservasjon for at muligheten til å få dispensasjon fra gjennomføringsforbudet skulle være reell.

Den norske Advokatforening (Advokatforeningen) er enig i at det er hensiktsmessig og naturlig at det gjelder et gjennomføringsforbud for pliktige meldinger, enten disse følger av generelle regler eller er pålagt individuelt av Konkurransetilsynet.

Advokatforeningen er imidlertid ikke enig i at det bør være et automatisk gjennomføringsforbud i tilfeller hvor parter frivillig sender melding til Konkurransetilsynet. Det er etter Advokatforeningens oppfatning ikke heldig eller logisk at partene automatisk påføres ekstra byrder i de tilfeller hvor de på eget initiativ velger å gi konkurransemyndighetene informasjon om en transaksjon. Et gjennomføringsforbud ved frivillig melding vil kunne medføre at færre meldinger inngis, hvilket vil kunne bidra til å redusere betydningen av en slik ordning. Advokatforeningen kan heller ikke se, slik utvalget synes å mene, at hensynet til et enhetlig system tilsier at det også inntreer automatisk gjennomføringsforbud ved frivillig melding. Det ville ikke være spesielt kompliserende for regelverket om bestemmelsen i forslaget til § 4–4 første ledd kun viser til at det inntreer automatisk gjennomføringsforbud ved foretakssammenslutninger som omfattes av forslaget til § 4–3 første og tredje ledd om generell og individuell meldeplikt. Advokatforeningen mener bestemmelsen kan suppleres med en regel om at Konkurransetilsynet kan fastsette at gjennomføringsforbud skal gjelde tilsvarende i enkeltsaker som omfattes av forslaget § 4–3 annet ledd om frivillige meldinger, slik som i konkurranseloven § 3–11 fjerde ledd. Terskelen for et slikt pålegg og kravet til utredning og begrunnelse kan i denne sammenheng vurderes nærmere.

Finansnæringens Hovedorganisasjon og Sparebankforeningen kan ikke se at det er behov for å innføre et automatisk gjennomføringsforbud i Norge. De mener dagens hjemmel til å pålegge et gjennomføringsforbud er tilstrekkelig. De mener for øvrig at å påvise at det er «rimelig grunn» til å anta at det vil bli truffet vedtak, må være et minimum for å stoppe en pågående fusjons- eller oppkjøpsprosess. Det fremheves også at et automatisk gjennomføringsforbud for alle meldepliktige foretakssammenslutninger også vil omfatte sammenslutninger hvor det er åpenbart at inngrep ikke vil finne sted. Dette vil påføre bedriftene unødvendige kostnader og tidstap.

Den norske Bank (DnB) kan ikke se at lovutval-

get gir en begrunnelse for forslaget til regler om gjennomføringsforbud som kan rettferdiggjøre et økt inngrep i bedriftenes rettsstilling på en slik måte. DnB kan heller ikke se at utvalget viser til at erfaringene med dagens lov tilsier at det er behov for en endring. DnB går derfor imot forslaget om automatisk gjennomføringsforbud og anbefaler at dagens ordning videreføres.

Orkla ASA understreker betydningen av at gjennomføringsforbudet utformes på en måte som gir aktørene forutberegnelighet, og at det må være en reell mulighet til å oppnå dispensasjon fra gjennomføringsforbudet. Dersom disse forutsetningene ikke oppfylles, vil reglene bli meget byrdefulle for næringslivet. Orkla mener at ulempene for næringslivet i dette tilfelle ikke oppveies av fordelene for myndighetene.

Statkraft slutter seg til utvalgets forslag under forutsetning av at det er en klar hjemmel til å gjøre unntak fra forbudet.

Konkurransetilsynet er enig i hovedtrekkene i forslaget om å innføre et automatisk gjennomføringsforbud som kun gjelder i fase I. Ettersom dette forbudet ikke gjelder i fase II, vil tilsynet påpeke at det er viktig å beholde adgangen til å nedlegge et midlertidig gjennomføringsforbud eller andre tiltak i saksbehandlings fase II, slik utvalget har foreslått. Det bør også presiseres i forarbeidene at det ikke er nødvendig at det må foretas noen omfattende økonomisk og juridisk vurdering for å kunne fatte et vedtak om midlertidig forbud. Konkurransetilsynet fremhever at hensikten med bestemmelsen er å kunne handle raskt og hindre at partene foretar irreversible handlinger som er til hinder for et eventuelt senere vedtak om inngrep. Ettersom det automatiske gjennomføringsforbudet vil omfatte alle foretakssammenslutninger som behandles av Konkurransetilsynet i fase I, er Konkurransetilsynet enig i at det er behov for en dispensasjonsadgang. Konkurransetilsynet mener at dette bør være en snever unntaksbestemmelse og ser ingen grunn til at Kommisjonens praksis knyttet til tilsvarende dispensasjonsregel i EU bør fravikes slik som utvalget foreslår.

7.6.4 Departementets vurderinger

Etter departementets oppfatning er et gjennomføringsforbud en nødvendig del av kontrollen med foretakssammenslutninger. Det vises til begrunnelsen i Ot.prp. nr. 97 (1998–99) for å innføre en slik ordning i den gjeldende konkurranseloven.

Departementet slutter seg i hovedsak til utvalgets konklusjoner om at det er nødvendig å innføre

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

et automatisk gjennomføringsforbud. Hensynet til å kunne gi Konkurransetilsynet arbeidsro i første fase av saksbehandlingen har vært viktig for departementet. I mange saker vil et automatisk gjennomføringsforbud være en forutsetning for at tilsynet skal kunne avklare om inngrep kan være aktuelt innen 25 virkedager. Departementet anser det som hensiktsmessig å bruke eksisterende bestemmelser i EU/EØS som modell for de norske reglene om gjennomføringsforbud. Som følge av at departementet har foreslått et annet system for meldeplikt enn utvalget, er det imidlertid nødvendig med enkelte justeringer av utvalgets forslag til regler om gjennomføringsforbud.

For at Konkurransetilsynet skal kunne behandle saker på en rask, men forsvarlig måte, er det viktig at minst mulig tid går med til andre ting enn å vurdere sakens realitet. Dagens hjemmel for å nedlegge gjennomføringsforbud har vist seg å være tidkrevende. Et gjennomføringsforbud er et enkeltvedtak og Konkurransetilsynet må derfor følge prosedyren i forvaltningsloven kapittel IV og V. Selv om det ikke legges opp til en full realitetsvurdering, må tilsynet i varselet til partene redegjøre for at vilkårene for å nedlegge et gjennomføringsforbud er oppfylt. I saker av en viss størrelse vil det ta noe tid å få oversikt over saken, og før det vil tilsynet ikke kunne ta stilling til om det er rimelig grunn til å anta at ervervet vil kunne lede til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. Det vil også kunne ta noe tid å redegjøre for hvorfor man anser det nødvendig i et konkret tilfelle med et gjennomføringsforbud. Diskusjoner med partene om forskjellige former for erklæringer som et alternativ til et formelt gjennomføringsforbud er ikke uvanlig. Slike diskusjoner tar tid, slik at behandling av sakens realitet må vente. Det kan også være arbeidskrevende å utforme det nærmere innholdet av gjennomføringsforbudet.

Flere av høringsinstansene har anført at et automatisk gjennomføringsforbud vil være svært byrdefullt for næringslivet. Departementet er ikke enig i denne anførselen. For det første er det nå lagt opp til at en foretakssammenslutning kan meldes før endelig avtale er inngått. Konkurransetilsynet har tidligere praktisert kravet til «endelig avtale» strengt. Når det nå åpnes for å melde avtalen før, betyr det også at tilsynets frist på 25 virkedager begynner å løpe tidligere. Så lenge avtalen ikke er endelig, har det også formodningen mot seg at de involverte foretakene vil foreta viktige grep i integrasjonsprosessen. For det andre har departementet – i likhet med utvalget – ikke anbefalt at gjennomføringsforbudet skal gjelde helt til saken er endelig avgjort av konkurransemyndighetene, men kun de

første 25 virkedagene etter at tilsynet har mottatt fullstendig melding.

Departementet viser til utvalgets begrunnelse for øvrig, og slutter seg til denne hva angår spørsmålet om et automatisk gjennomføringsforbud er hensiktsmessig. I det følgende redegjør departementet for den nærmere utformingen av et automatisk gjennomføringsforbud, herunder hvilke foretakssammenslutninger det skal gjelde for og om det skal innføres en dispensasjonsmulighet.

Foretakssammenslutninger som omfattes av et automatisk gjennomføringsforbud

Etter departementets mening vil det være unødig inngripende, og heller ikke nødvendig, med et automatisk gjennomføringsforbud for alle foretakssammenslutninger som er meldepliktige etter utkastet § 18 første ledd. I de sakene hvor Konkurransetilsynet pålegger fullstendig melding etter utkastet § 18 tredje ledd, bør det på den annen side være et gjennomføringsforbud. Når Konkurransetilsynet pålegger fullstendig melding, vil det være fordi foretakssammenslutningen etter tilsynets vurdering kan ha negative konkurransevirkninger. Departementet mener derfor at betenkelighetene ved et automatisk gjennomføringsforbud for disse sammenslutningene er begrenset.

De samme argumentene for å innføre et automatisk gjennomføringsforbud kan anføres også for de foretakssammenslutningene som meldes frivillig etter utkastet § 18 fjerde ledd. Også ved de frivillig meldte sammenslutningene er det en presumsjon for at i hvert fall partene mener ervervet kan ha negative konkurransevirkninger. På den annen side kan et automatisk gjennomføringsforbud ved frivillig melding føre til at færre velger å melde. Departementet antar imidlertid at dersom Konkurransetilsynet kan ha innvendinger, vil ikke et gjennomføringsforbud på 25 virkedager holde partene fra å sende inn en fullstendig melding. Dersom Konkurransetilsynet mener det kan være konkurransemessige problemer, vil partene uansett bli pålagt fullstendig melding med tilhørende gjennomføringsforbud. Faren for at gjennomføringsforbudet skal holde aktører fra å frivillig inngi fullstendig melding om en potensielt konkurranseskadelig foretakssammenslutning, antas derfor å være beskjeden. Dessuten må partene under alle omstendigheter melde en foretakssammenslutning etter utkastet § 18 første ledd. Problemet er således i hovedsak knyttet til de såkalte minoritetserverv, ettersom det ikke er meldeplikt for disse.

Departementet slutter seg på denne bakgrunn til utvalgets anbefaling om å innføre et automatisk

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

gjennomføringsforbud også ved frivillige meldinger, og da slik at gjennomføringsforbudet gjelder fra det tidspunktet foretakssammenslutningen meldes. Departementet er enig med utvalget i at adgangen til frivillig melding ikke bør avskjæres selv om det på forhånd er truffet tiltak for å gjennomføre foretakssammenslutningen.

Innholdet i det automatiske gjennomføringsforbudet

Utvalget har fremhevet at det er viktig å gi gjennomføringsforbudet et innhold som gjør det forutberegnelig for næringslivet. Frem til i dag har Konkurransetilsynet fastsatt det nærmere innholdet av gjennomføringsforbudet i hver enkelt sak etter en konkret vurdering. En tilsvarende løsning i den nye loven ville fjerne mye av hensikten med det automatiske gjennomføringsforbudet. Tilsynet måtte i så fall bruke tid på å finne tilpassede løsninger og vilkår for hver enkelt foretakssammenslutning. En annen løsning er å innta i loven – eller eventuelt i forskrift – en opplisting av hvilke disposisjoner som er omfattet av gjennomføringsforbudet. Etter departementets oppfatning vil en slik løsning være lite fleksibel, vanskelig å utforme og vanskelig å håndheve. På denne bakgrunn slutter departementet seg til utvalgets anbefaling om at forbudet skal gjelde generelt. Dette er i samsvar med fusjonsforordningen i EU/EØS. Som utvalget påpeker vil praksis fra EU/EØS gi næringslivet god veiledning om hva som er tillatt og hva som er forbudt når gjennomføringsforbudet gjelder. Enhver overføring av aktiva, immaterialrettigheter og knowhow vil normalt rammes av gjennomføringsforbudet. I hvilken grad erverver kan utøve sine eierbeføyelser for øvrig, må vurderes konkret.

Et viktig moment i vurderingen vil være at bedriftene skal kunne opptre som selvstendige enheter under saksbehandlingen og etter et eventuelt inngrep. Alle tiltak som kan lette gjennomføringen av sammenslutningen, men som ikke fører til at noen av foretakene mister sin evne til å opptre som en selvstendig enhet, vil derfor normalt være akseptable. Samordning av strategiske planer og lignende vil derimot være ulovlig dersom dette medfører at foretakene ikke lenger kan opptre som selvstendige enheter.

Vurderingen må videre ta utgangspunkt i formålet med gjennomføringsforbudet – nemlig å sikre at Konkurransetilsynet kan gjennomføre et eventuelt senere vedtak på en effektiv måte. Partene må avholde seg fra ethvert tiltak som kan forhindre dette, herunder tiltak som kan forringe foretakenes markedsposisjon og/eller markedsverdi.

Varigheten av et automatisk gjennomføringsforbud

Departementet har som nevnt kommet til at det automatiske gjennomføringsforbudet bare skal gjelde i fase I, hovedsakelig fordi de effektivitetsgevinsterne som begrunner et automatisk forbud i en kort periode ikke rettferdiggjør å påføre næringslivet belastningen med et slikt gjennomføringsforbud også i fase II. På dette stadiet i saksbehandlingen bør det gjøres en individuell vurdering før det eventuelt gis et pålegg om fortsatt gjennomføringsforbud. Når saken har kommet så langt vil tilsynet kjenne saken godt, slik at vurderingen av om vilkårene for et gjennomføringsforbud er oppfylt bør gå relativt raskt. Tilsynet har på dette tidspunkt i saksbehandlingen også noe bedre tid.

Departementet slutter seg derfor til utvalgets anbefaling om å avgrense det automatiske gjennomføringsforbudet til å gjelde i saksbehandlingsens første fase, det vil si inntil 25 virkedager fra fullstendig melding mottas.

Unntak fra det automatiske gjennomføringsforbudet

Departementet har kommet til en annen konklusjon enn utvalget når det gjelder spørsmålet om partene skal kunne søke om dispensasjon fra det automatiske gjennomføringsforbudet. Slik utvalgets forslag er utformet, er det lagt opp til en ordinær dispensasjonsordning. Som utvalget selv påpeker, må man påregne en rekke søknader om unntak. Departementet utelukker ikke at slike søknader vil bli tatt med, nærmest rutinemessig, når foretakssammenslutninger meldes. Dersom tilsynet må behandle slike dispensasjoner – og kanskje også klager på avslag på dispensasjon – vil effektiviseringsen som er vunnet ved et automatisk gjennomføringsforbud, kunne gå tapt. I en avveining mellom partenes interesser av på den ene side en dispensasjonsadgang og på den annen side et raskt varsel om eventuelt inngrep fra tilsynet, mener departementet at hensynet til en rask avgjørelse veier tyngst. På denne bakgrunn vil departementet ikke gå inn for en løsning med dispensasjon fra det automatiske gjennomføringsforbudet.

Departementet utelukker imidlertid ikke at det kan tenkes situasjoner hvor et gjennomføringsforbud på 25 dager kan få uheldige konsekvenser for partene eller for samfunnet. På denne bakgrunn foreslår departementet at tilsynet gis en mulighet til i særlige tilfeller å oppheve gjennomføringsforbudet. Dersom tilsynet mottar en oppfordring om å oppheve gjennomføringsforbudet, kan tilsynet avslå dette uten noen nærmere begrunnelse og uten at parten(e) kan klage over beslutningen.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Departementet mener at Kommissjonens praksis kan tjene som retningslinje for når tilsynet kan oppheve gjennomføringsforbudet. Departementet vil føye til at dette er ment å være et instrument Konkurransetilsynet har for å håndtere særlige tilfeller. Et gjennomføringsforbud vil formodentlig fremstå som brysomt for de fleste aktører, men dette er naturligvis ikke nok for tilsynet til å oppheve gjennomføringsforbudet. Kun når det kan påvises alvorlige konsekvenser for partene eller for samfunnet for øvrig som er en direkte følge av gjennomføringsforbudet, vil det være aktuelt å oppheve forbudet.

Departementet er imidlertid enig med utvalget i at Konkurransetilsynet skal gis hjemmel til ved forskrift å gjøre unntak fra gjennomføringsforbudet for grupper av foretakssammenslutninger. Etter departementets syn vil dette særlig være aktuelt dersom det ved forskrift etableres en ordning for forenklet melding og/eller forenklet prosedyre for behandling av foretakssammenslutninger, som ikke antas å medføre konkurransemessige problemer.

Pålegg om gjennomføringsforbud

Departementet er enig med utvalget i at Konkurransetilsynet skal ha adgang til å pålegge fortsatt gjennomføringsforbud etter utløpet av det automatiske gjennomføringsforbudet, på samme vilkår som i konkurranseeloven § 3–11 fjerde ledd.

7.7 Frister for saksbehandlingen

7.7.1 Gjeldende rett

Konkurransetilsynet kan gripe inn mot et bedrifts-ervert innen seks måneder etter at det er inngått endelig avtale om ervervet. Fristen kan i særlige tilfelle forlenges til ett år. Konkurransetilsynets vedtak kan påklages til departementet. Det er ingen fristregler for en eventuell klagebehandling i departementet. Dersom foretakene ønsker en raskere avklaring, har de anledning til å melde den endelige avtalen om ervervet til Konkurransetilsynet. I så fall må tilsynet innen tre måneder etter at meldingen er mottatt varsle at inngrep kan bli aktuelt. Hvis tilsynet ikke varsler at inngrep kan bli aktuelt innen fristen, kan det ikke gripes inn mot ervervet.

Inngrepsfristen på seks måneder gjelder uavhengig av om bedrifts-ervert meldes frivillig, eller om tilsynet selv tar opp saken.

Fristen på seks måneder begynner å løpe når avtalen er «endelig». Endelig avtale forutsetter at det foreligger en avtalerettslig bindende avtale og

at alle nødvendige vedtak i relevante selskapsorganer er truffet. Tidspunktet for endelig avtale vil derfor normalt være en tid etter at avtalen er inngått.

7.7.2 Utvalgets forslag

Utvalget har sett på mulighetene for å innføre endringer i loven som kan korte ned saksbehandlingstiden, men som likevel imøtekommer hensynet til en forsvarlig vurdering av saken. Utvalget har bestrebet seg på å ha felles fristregler for foretakssammenslutninger uavhengig av grunnlaget for meldingen.

Utvalget har foreslått et system hvor det settes frister til de enkelte ledd i saksbehandlingen. Utvalget viser til at EU/EØS og de fleste andre land med meldepliktsordninger har en frist på omlag en måned i den første fasen av saksbehandlingen. Utvalget mener like frister for saksbehandlingen i første fase kan bidra til større forutberegnelighet for næringslivet. At denne tidsfristen synes å ha fungert tilfredsstillende i andre land, kan etter utvalgets mening tale for at dette bør være en tilstrekkelig lang tidsfrist også for norske konkurransemyndigheter. Dette forutsetter imidlertid at kravene til informasjonen som meldes inn er tilsvarende høye.

Utvalget foreslår at fristene begynner å løpe når Konkurransetilsynet har mottatt fullstendig melding. Utvalget foreslår at Kongen ved forskrift kan regulere hvilke krav som skal stilles for at meldingen skal være fullstendig.

På bakgrunn av fristene i andre land, de foreslåtte endringer i reglene om melding og innføring av et gjennomføringsforbud, mener utvalget at Konkurransetilsynets frist til å vurdere om det kan være aktuelt med inngrep bør være 25 virkedager.

Utvalget har vurdert om det er behov for regler om fristutsettelse i fase I der partene fremsetter forslag om frivillige tiltak. I Norge er det etter gjeldende rett ingen adgang til fristutsettelse med mindre det foreligger særlige hensyn. Utvalget mener innføring av regler om fristutsettelse der partene fremsetter forslag om tiltak, vil åpne for at flere saker kan avklares i fase I. På den annen side kan regler om fristutsettelse i fase I virke kompliserende og formalistisk. Utvalget kan på denne bakgrunn verken se at det er behov for, eller naturlig med, regler om forlenget saksbehandlingstid når partene fremsetter forslag om tiltak i fase I.

Når det gjelder fristen for endelig vedtak i saken, mener utvalget dette må ses i sammenheng med reglene om melding. Ved meldesystemet legges det i utvalgets forslag opp til at Konkurransetilsynet sikres relevant informasjon på et tidlig stadium i saksbehandlingen. Dette kan i seg selv tale

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

for at gjeldende frister for Konkurransetilsynets saksbehandling kortes ned.

Ved fastsettelsen av fristens lengde har utvalget sett hen til fristreglene i EU/EØS, hvor overvåkningsorganene fatter vedtak i første instans. Overvåkningsorganenes totale saksbehandlingstid er fem måneder og en uke fra fullstendig melding er mottatt. Utvalget har ikke funnet det like relevant å sammenligne med Sverige og Danmark, siden konkurransemyndighetene i disse jurisdiksjonene ikke fatter vedtak om inngrep i første instans.

Det er utvalgets oppfatning at inngrepsfristen på seks måneder i gjeldende konkurranselov er for lang. Sett i sammenheng med innføringen av et meldesystem, foreslår utvalget kortere inngrepsfrister for Konkurransetilsynet. Utvalget legger til grunn at Konkurransetilsynet, med utgangspunkt i at det foreligger en fullstendig melding, vil få bedre forutsetninger enn de har i dag for å komme raskt i gang med sin vurdering.

Utvalget foreslår en samlet saksbehandlingstid i Konkurransetilsynet på 100 virkedager fra fullstendig melding er mottatt. Utvalgets forslag innebærer at Konkurransetilsynet må legge frem et begrunnet forslag til inngrepsvedtak (varsel) innen 70 virkedager fra fullstendig melding er mottatt. Partene bør gis en frist på 15 virkedager til å uttale seg om varselet. Konkurransetilsynet må fatte sitt inngrepsvedtak innen 30 virkedager etter at varsel ble sendt partene.

På samme måte som ved fristreglene under fase I, har utvalget vurdert om det bør være adgang til fristutsettelse der partene i fase II fremsetter forslag om avhjelpende tiltak som de ønsker at tilsynet vurderer nærmere.

I dag kan partene på hvert trinn i prosessen fremsette forslag om endringer som reduserer de konkurransebegrensende virkninger av ervervet. Det er normalt partene som fremmer forslag til vilkår. Ved vurderingen kan det være naturlig å se hen til andre lands regler på området. Systemet med kontroll med foretakssammenslutninger i EU og Danmark bygger på at partene under prosessene fremsetter frivillige tiltak for å løse eventuelle konkurranseproblemer. Godkjennelse av foretakssammenslutninger på vilkår avspeiler normalt partenes forslag til tiltak.

I Norge er det etter konkurranseloven ingen adgang til fristutsettelse. Fordelen med fristutsettelse i fase II, er at det sikrer mer tid til drøftelser og vurderinger av forslag som fremsettes. Utvalget har foreslått en frist på 15 virkedager til uttalelse for partene og ytterligere 15 dager for Konkurransetilsynet til å fatte inngrepsvedtak. Dersom partene i forbindelse med sin uttalelse til tilsynet legger frem

forslag til endringer, kan Konkurransetilsynets frist bli for knapp. Utvalget foreslår derfor at fristen etter begjæring fra partene kan forlenges med 25 virkedager.

Utvalget har som nevnt foreslått at klager på vedtak om inngrep mot foretakssammenslutninger skal avgjøres av Konkurransenemnda, med frist for saksbehandling i Konkurransenemnda på 60 virkedager.

Konkurranseloven har i § 3–11 sjettede ledd en bestemmelse om at Konkurransetilsynets frister kan forlenges inntil ett år ved særlige hensyn. Etersom fristen i det foreslåtte systemet utløses ved fullstendig melding, mener utvalget at det ikke er behov for en tilsvarende bestemmelse i den nye loven.

Utvalget har vurdert om fristene skal fastsettes til måneder eller tilsvarende virkedager. Dersom meldingen kommer i forbindelse med en periode med mange helligdager, kan fristen i enkelte tilfeller være for kort til at Konkurransetilsynet og Konkurransenemnda får foretatt en forsvarlig vurdering av om inngrep mot foretakssammenslutningen kan bli aktuelt. Dersom det, i likhet med forslaget til ny fusjonsforordning i EU/EØS, innføres virkedager ved fristberegningen, unngås tidsnød på grunn av helligdager. Den svenske konkurranseloven benytter 25 «arbeidsdager» for Konkurransverket til å beslutte om det skal settes i gang nærmere undersøkelser, mens fristen for å nedlegge forbud mot foretakssammenslutninger er seks måneder. Utvalget foreslår i likhet med EU/EØS at fristene i fase I og fase II regnes i virkedager.

7.7.3 Høringsinstansenes merknader

Følgende høringsinstanser har innvendinger mot utvalgets forslag:

Nærings- og handelsdepartementet (NHD) stiller spørsmålsteget ved det de omtaler som relativt lange frister for tilsynets saksbehandling. NHD viser til at i saker hvor inngrep kan bli aktuelt, vil samlet saksbehandlingstid være nesten et halvt år. På toppen av dette kommer eventuell prøving i henhold til allmenne hensyn.

Telenor ASA (Telenor) etterlyser et krav til begrunnelse fra Konkurransetilsynet når det varsles at inngrep kan bli aktuelt. Telenor viser til at utvalgets forslag innebærer at partene ikke får noe nærmere innsyn i tilsynets innvendinger mot foretakssammenslutningen før etter 70 virkedager. Tidligere innsyn i tilsynets innvendinger mot transaksjonen vil etter Telenors oppfatning kunne bidra til sakens opplysning ved at det blir bedre tid til å tilveiebringe relevant informasjon, og bedre tid til dialog

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

mellom partene og tilsynet om de konkurransemessige problemstillingene.

Statkraft er i utgangspunktet positive til de foreslåtte fristreglene, men det er under forutsetning av at Konkurransetilsynet ved varsel om inngrep gir en utførlig begrunnelse som viser hvilke forhold som gir myndighetene grunnlag for å anta at det aktuelle bedriftservedet vil føre til en vesentlig begrensning av konkurransen. Statkraft mener en slik begrunnelse er en forutsetning for en forsvarlig saksbehandling i fase II. Uten en slik begrunnelse mener Statkraft at fristen på 15 virkedager for partene til å gi uttalelse og eventuelt fremsette avhjelpende tiltak i fase II er for kort. Statkraft foreslår også at det gis rett til fristutsettelse på partenes begjæring i begge faser dersom det fremsettes forslag til avhjelpende tiltak.

Orkla ASA (Orkla) kan ikke se at utvalget har gitt noen tilfredsstillende begrunnelse for hvorfor saksbehandlingstiden i Norge bør være lenger enn for eksempel i Danmark eller i EU. På denne bakgrunn mener Orkla at Konkurransetilsynets saksbehandlingstid bør være kortere.

Flyselskapenes Landsforening (FL) ser positivt på at det innføres tidsfrister for ulike nivå i saksbehandlingsprosessen, da dette vil skape større grad av forutsigbarhet for de berørte virksomhetene. FL understreker imidlertid betydningen av at disse fristene ikke forlenges med begrunnelse i manglende saksbehandlingskapasitet og lignende. Siden forslaget gir Konkurransetilsynet vide fullmakter, og mulighet til å lamme virksomheters produksjon, er forutsigbarheten knyttet til faste tidsfrister viktig for næringslivet.

Konkurransetilsynet er enig i hovedtrekkene i forslaget, herunder innføringen av fristberegning basert på virkedager i stedet for uker og måneder. Tilsynet vil imidlertid foreslå et krav om at partene samtidig med at de foreslår avhjelpende tiltak, fremlegger en utgave av forslaget som ikke inneholder forretningshemmeligheter. Dette vil gjøre det mulig for tilsynet å raskt foreta undersøkelser av hva forslaget innebærer. Tilsvarende regler finnes i EU/EØS.

7.7.4 Departementets vurderinger

Departementet er i likhet med utvalget av den oppfatning at dagens frister for å behandle foretakssammenslutninger bør kortes ned. Innføringen av et krav til fullstendig melding og et automatisk gjennomføringsforbud, bør muliggjøre en raskere saksbehandling. Departementets forslag til regler om meldeplikt, gjør det påkrevd med visse tilpasninger i fristreglene i forhold til utvalgets opplegg.

Departementet slutter seg imidlertid til utvalgets forslag og begrunnelse om å bruke virkedager isteden for måneder for å fastsette fristene i loven.

Departementet har foreslått en alminnelig meldeplikt for alle foretakssammenslutninger. Denne meldingen skal være forholdsvis enkel, og må senest leveres Konkurransetilsynet når det er inngått endelig avtale eller det er ervervet kontroll. Det er ingenting i veien for at partene melder foretakssammenslutningen tidligere. Dersom Konkurransetilsynet mener det kan være nødvendig å undersøke foretakssammenslutningen nærmere, kan tilsynet pålegge partene å levere fullstendig melding. Konkurransetilsynet må senest 15 virkedager fra tilsynet har mottatt forenklet melding pålegge partene å levere fullstendig melding. Departementet mener det ikke er nødvendig med noen frist for partene til å levere fullstendig melding etter at de har fått pålegg fra Konkurransetilsynet. På dette stadiet vil gjennomføringsforbudet gjelde, og fristen på 25 virkedager for Konkurransetilsynet til å varsle at inngrep kan bli aktuelt begynner ikke å løpe før fullstendig melding er levert. Partene vil således selv ha interesse i å levere fullstendig melding uten unødige forsinkelser.

Departementet mener at utvalget ved valg av frister for den øvrige saksbehandlingen har funnet en fin balanse mellom hensynet til rask avklaring for næringslivet og hensynet til en forsvarlig behandling av saken. Departementet mener imidlertid at bruken av begrepene «fase I» og «fase II» er egnet til å tilsløre realitetene. Måten utvalget bruker begrepene på leder tanken hen til Kommisjonens to faser når den behandler foretakssammenslutninger. Innholdet i de to fasene er imidlertid ikke det samme i utvalgets forslag som i EU/EØS. Sistnevnte regler er slik at en overgang til fase II utløser en rekke prosessuelle mekanismer som gjør det lite sannsynlig med en avgjørelse før mot slutten av fase II. Det vil si at man må regne med ytterligere fire måneder før saken blir avgjort. Det er følgelig viktig for både partene og Kommisjonen at saken klareres i fase I.

I utvalgets forslag skjer to ting ved utløpet av fase I. For det første mister Konkurransetilsynet sin inngrepskompetanse med mindre det varsles at inngrep kan bli aktuelt. For det andre opphører det automatiske gjennomføringsforbudet. Såfremt Konkurransetilsynet har overholdt sin plikt til å varsle at inngrep kan bli aktuelt, er det ingen ting i veien for at foretakssammenslutningen klareres forholdsvis tidlig i fase II. Overgangen fra fase I til fase II har etter utvalgets forslag altså ikke de samme konsekvensene som en tilsvarende overgang etter EU/EØS-reglene. På denne bakgrunn anbefaler de-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

partementet å tone ned distinksjonen mellom de to fasene.

Det presiseres at de foreslåtte fristene er maksimumsfrister. Det er følgelig ikke noe i veien for at partene allerede i fase I fremmer forslag til avhjelpende tiltak, eller at tilsynet godtar sammenslutningen på vilkår før det er gått 25 dager. De siste årene har til sammenlikning saker for Kommisjonen som har blitt godtatt på vilkår, fordelt seg ganske jevnt mellom fase I og fase II. En klarering på vilkår i fase I i EU vil si en saksbehandlingstid på opp til seks uker fra notifisering.

Departementet vil også bemerke at kravet til å legge frem et begrunnet forslag til inngrepsvedtak innen 70 dager fra fullstendig melding er mottatt, må forstås slik at forslaget til inngrepsvedtak minst oppfyller forvaltningslovens krav til forhåndsvarsel, jf. forvaltningsloven § 16.

Noen av høringsinstansene har stilt spørsmål om hvorfor tilsynet skal ha lengre saksbehandlingstid enn Kommisjonen. Etter departementets mening må dette bero på en misforståelse. Tilsynets frist for inngrep er 100 virkedager fra fullstendig melding er mottatt. Dersom partene begjærer fristutsettelse for å få vurdert avhjelpende tiltak er fristen 125 virkedager. De tilsvarende fristene i EU er fem måneder, og seks uker pluss fire måneder hvis partene fremsetter avhjelpende tiltak i fase I. Litt avhengig av hvor mange fri-/helligdager det er i det aktuelle tidsrommet vil det ikke være vesentlige forskjeller i saksbehandlingstiden.

EUs fusjonsforordning er under revisjon, og ny forordning skal etter planen tre i kraft 1. mai 2004. I det reviderte forslaget er reglene om tidsfrister endret. For det første går man over til å bruke virkedager istedenfor en kombinasjon av uker og måneder. For det andre er fristene gjort mer fleksible, med mulighet for forlengelse i begge faser. Etter de nye reglene må Kommisjonen treffe vedtak innen 115 virkedager fra fullstendig melding er mottatt. Dersom partene eller Kommisjonen har begjært forlengelse, blir fristen 130 eller 135 virkedager – avhengig av hjemmel for fristforlengelsen. Etter departementets forslag til regler om meldeplikt, kan total saksbehandlingstid bli noe lenger enn 100/125 virkedager. Det skyldes at forut for de 100 virkedagene må det nå legges til 15 virkedager for Konkurransetilsynet til å vurdere om fullstendig melding skal pålegges, pluss den tiden det tar partene å utarbeide en fullstendig melding. Dette vil imidlertid bare være tilfellet dersom partene først leverer forenklet melding, og kan følgelig unngås ved frivillig å levere fullstendig melding. Konkurransetilsynet bør være behjelpelig med å gi partene en pekepinn om når en fullstendig melding kan være på sin plass.

Endelig har departementet vurdert om det er hensiktsmessig å knytte fristen for endelig vedtak opp til utsendelse til partene av forslag til inngrepsvedtak, slik utvalget har foreslått. I tråd med ambisjonene om raskere saksbehandling, mener departementet at fristen kan settes til 15 dager fra partene gir sin endelige uttalelse til varselet om inngrepsvedtak. Det vil si at dersom partene gir sin endelige uttalelse fem dager etter at de har mottatt varselet, må Konkurransetilsynet treffe sitt vedtak 20 virkedager etter at forslag til inngrepsvedtak er sendt partene (og ikke 30 virkedager som i forslaget). Det er liten grunn til at Konkurransetilsynet skal få lenger tid på å behandle en uttalelse som følge av at partene har vært raske med å avgi den. På denne bakgrunn vil departementet foreslå at Konkurransetilsynet må treffe sitt vedtak innen 15 virkedager fra tilsynet har mottatt partenes uttalelse, jf. utkastet § 20 tredje ledd.

Konkurransetilsynet har anbefalt at partene samtidig med at de foreslår avhjelpende tiltak, også må fremlegge en utgave av forslaget som ikke inneholder forretningshemmeligheter. Etter departementets vurdering vil ikke dette være særlig byrdefullt for foretakene, samtidig som det muliggjør at tilsynet raskt kan iverksette en markedstesting av de avhjelpende tiltakene. Departementet finner derfor å kunne slutte seg til Konkurransetilsynets forslag.

Utvalgets forslag om frister i klageomgangen baserer seg på en forutsetning om at klager på tilsynets vedtak skulle behandles av en egen konkurransenemnd. Denne forutsetningen har nå falt bort. Departementet slutter seg likevel til utvalgets forslag til frist på 60 virkedager for klageorganets behandling av saken.

Med forbehold for presiseringene over, slutter departementet seg til utvalgets forslag til fristregler.

Departementet ser, i likhet med utvalget, ingen grunn til en generell regel om at fristen for inngrep kan forlenges dersom det foreligger særlige hensyn. Departementet savner imidlertid en vurdering av om det kan være hensiktsmessig med en regel som suspenderer fristene når partene ikke tilveiebringer nødvendig informasjon. Til sammenlikning er det en slik bestemmelse i EUs fusjonsforordning artikkel 10 nr. 4. Når tidsfristene for tilsynets saksbehandling strammes inn, er det en forutsetning at partene er samarbeidsvillige med hensyn til å skaffe informasjon. Dersom partene ikke er samarbeidsvillige, bør heller ikke tiden jobbe for dem. Departementet anbefaler derfor at når partene har fått en klar advarsel i form av et skriftlig pålegg etter utkastet § 24 om å gi tilsynet spesifiserte opplys-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

ninger, så suspenderes Konkurransetilsynets frister dersom opplysningene ikke er mottatt i tide. Det må fremgå av kravet at fristene suspenderes dersom opplysningene ikke er mottatt i Konkurransetilsynet eller departementet i tide. Fristene begynner å løpe igjen når tilsynet mottar opplysningene. En forutsetning for at fristene skal suspenderes, er at det er faktisk og praktisk mulig å frembringe opplysningene i tide. Fristene kan suspenderes på ethvert stadium i saken.

På denne bakgrunn anbefaler departementet som femte ledd i utkast til § 20:

«Frister i annet, tredje og fjerde ledd for Konkurransetilsynets eller departementets saksbehandling slutter å løpe dersom noen av de involverte foretak etter å ha mottatt skriftlig krav om å gi opplysninger innen en bestemt frist, ikke oppfyller kravet. Partene skal informeres om at fristen har sluttet å løpe. Fristen begynner å løpe igjen når Konkurransetilsynet eller departementet mottar de etterspurte opplysninger.»

7.8 Bruk av forvalter

7.8.1 Gjeldende rett

Gjeldende konkurranselov har ingen bestemmelser om bruk av forvalter for å gjennomføre de vilkår tilsynet stiller for at en foretakssammenslutning skal kunne gjennomføres. På den annen side kan det argumenteres for at tilsynet med hjemmel i konkurranse-loven § 3–11 kan stille som vilkår for å godta en foretakssammenslutning at det blir oppnevnt en uavhengig forvalter. Denne muligheten er imidlertid aldri brukt, og hjemmelen er heller ikke helt klar.

Både i EU/EØS, Sverige og Danmark finnes det derimot regler om bruk av forvalter (eller «trustee» som det kalles i EU/EØS og Danmark). Reglene i tvangsfullbyrdelsesloven om bruk av medhjelpere har også visse likhetstrekk med bruk av forvalter i de nevnte jurisdiksjoner.

7.8.2 Utvalgets forslag

Behovet for forvalter

Utvalget har foreslått at Konkurransetilsynet og Konkurransenemnda skal kunne stille ulike typer vilkår som betingelse for å godkjenne en foretakssammenslutning. Vilråene kan være av både strukturell og atferdsmessig art. Samtidig peker utvalget på at manglende oppfyllelse av vilråene kan innebære at selve sammenslutningen er ulovlig, men at det likevel kan være vanskelig for konkur-

ransemyndighetene å finne hensiktsmessige reaksjoner overfor betingelser som ikke oppfylles.

Utvalget påpeker at oppfølging av at partene innretter seg etter vilkår som er fastsatt, er like viktig som selve fastsettelsen av vilråene. Den negative virkningen en foretakssammenslutning vil kunne ha på konkurransen, vil bare bli eliminert dersom avhjelpende tiltak fullt og helt gjennomføres. Dette krever en tett oppfølging av de forskjellige fasene av gjennomføringen, inkludert godkjenning av kjøper av et utskilt foretak. Utvalget har derfor vurdert om det er behov for å innføre en ordning som muliggjør ekstern bistand ved gjennomføring av vilråene som settes ved inngrep mot foretakssammenslutninger etter den nye loven.

Utvalget peker på at det kan være behov for ekstern bistand ved gjennomføringen av salg og nedleggelse av enheter innenfor foretaket. Det kan også være behov for tilsyn med at et foretak som skal utskilles bevarer sin uavhengighet, økonomiske levedyktighet, salgbarhet og konkurranseevne inntil utskillelsen har funnet sted. Utvalget mener et særskilt spørsmål er om det også kan være behov for ekstern bistand med tilsyn for å sikre at atferdsvilkår blir etterlevd, for eksempel tilgang til essensielle fasiliteter eller ikke-diskrimineringsvilkår.

Når det gjelder atferdsregulering, peker utvalget på at tilsynet ofte er nærmest til å overvåke egne vilkår. Tilsynet har spesialkompetanse på de konkurransemessige spørsmål som oppstår og vilråene inneholder ofte skjønnspregede kriterier. Det kan derfor være lite hensiktsmessig å overlate ansvaret for å følge opp løpende tilsyn av atferdsvilkår til en forvalter. Ut fra hensynet til forutberegnelighet og håndheving kreves en stor grad av klarhet fra tilsynet i utformingen av vilråene som blir satt. En forvalterordning forsterker dette behovet ytterligere, og vil kunne føre til at tilsynet «tvinges» til å utrede og klargjøre sine egne vilkår i enda større grad enn det som blir gjort i dag.

Utvalget mener at det er sterkest behov for en strukturforvalter ved salg av virksomheter. Det kan også være behov for forvalter i tilfeller hvor partene motarbeider tilsynets vedtak, og for eksempel hevder at det ikke finnes kjøpere i markedet eller at det ikke finnes kjøpere som er villige til å gi et akseptabelt bud. I noen tilfelle kan partene i en foretakssammenslutning være ute av stand til å gjennomføre salg av foretak innen den frist som var satt, uten at dette kan bebreides partene og at de av den grunn ble gitt forlenget frist for gjennomføringen. I en slik periode mener utvalget det er viktig at noen har ansvaret for å føre tilsyn med at den del av virksomheten som skal skilles ut, forblir en selvstendig og konkurransedyktig enhet.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

En fordel med å ha en uavhengig tredjepart som besørger oppfølging, er etter utvalgets syn at dette vil kunne disiplinere partene. Det foreligger da ingen tvil om at vedtaket vil bli tett fulgt opp.

Utvalget mener på bakgrunn av dette at det bør være en adgang til å oppnevne forvalter i den nye loven.

Oppnevning, oppgaver og fullmakter

Utvalget har vurdert om en forvalter skal oppnevnes av Konkurransetilsynet, eller om tilsynet skal kunne sette som vilkår at partene selv oppnevner en forvalter. Utvalget viser i denne forbindelse til at i EU og i de to sakene hvor det er oppnevnt forvalter i Danmark og Sverige, har det vært partenes ansvar å oppnevne en forvalter og å betale for tjenesten. Konkurransemyndighetene kan imidlertid kreve å godkjenne forvalteren. Utvalget mener at dette har sammenheng med systemet for øvrig i disse jurisdiksjonene, hvor det er partenes ansvar å legge frem forslag til tiltak som gjør foretakssammenslutningen forenlig med regelverket.

Dagens norske konkurranselov og utvalgets forslag til ny lov bygger ikke på det samme systemet. På bakgrunn av lovens system bør det etter utvalgets oppfatning være opp til Konkurransetilsynet å bestemme om en forvalter skal oppnevnes og hvem det skal være. I utgangspunktet bør Konkurransetilsynet oppnevne forvalter samtidig med at inngrepsvedtaket treffes. Dersom det viser seg at partene ikke gjennomfører vilkårene som følger av inngrepsvedtaket, anbefaler utvalget at Konkurransetilsynet også kan oppnevne forvalter på et senere tidspunkt. Utvalget viser til at reglene i forvaltningsloven gir partene rett til å komme med forslag og uttale seg om Konkurransetilsynets forslag til forvalter.

Utvalget fremhever at det er avgjørende at forvalteren er en person eller institusjon som alle parter kan ha tillit til. Ved oppnevning og godkjenning av forvalteren er det derfor viktig at det ikke oppstår tvil rundt vedkommendes nøytralitet. I et lite land som Norge, hvor flere av eierne kan være involvert i ulike deler av næringslivet, mener utvalget at dette kan være et problem. Det vil derfor kunne tenkes tilfeller hvor det er behov for å engasjere en forvalter med tilhørighet utenfor Norge. For å opprettholde tilliten til bruken av en forvalter, er det etter utvalgets oppfatning sentralt at alle nødvendige betingelser for nøytralitet blir tatt inn ved utformingen av forvaltermandatet. Dersom det oppstår spørsmål om habilitet, mener utvalget det kan være naturlig å se hen til habilitetsreglene i forvaltningsloven så langt de passer.

Utvalget mener omkostninger til forvalteren må påhvile den part som er pålagt å ha forvalter, og viser til at dette er i samsvar med praksis i EU/EØS, Sverige og Danmark.

Utvalget har også vurdert hvilke oppgaver forvalteren kan utføre. Utvalget mener det bør følge av inngrepsvedtaket hvilke av vilkårene forvalteren skal overvåke eller gjennomføre, og i tillegg bør det utarbeides et mandat for forvalteren.

Utvalget drøfter også om forvalteren skal ha adgang til å inngå bindende avtaler på vegne av partene, eller om det innhentede tilbudet må forelegges partene og/eller Konkurransetilsynet til godkjenning. I mange tilfeller vil det være hensiktsmessig at forvalteren har adgang til å inngå bindende avtaler. Det kan virke dempende på interessen blant potensielle kjøpere dersom et salg avhenger av Konkurransetilsynets og partenes samtykke. Utgangspunktet for en effektiv håndheving av vilkårene i vedtaket, bør være at forvalteren normalt gis en ugjenkallelig fullmakt fra partene til å selge til høyest oppnåelige pris. En slik fullmakt ble benyttet både i den svenske og den danske saken hvor det ble oppnevnt forvalter. Utvalget går derfor inn for at forvalteren gis fullmakt til å inngå bindende avtaler på vegne av partene.

Om behovet for særskilt lovbestemmelse om forvalter

Utvalget har vurdert om adgangen til å oppnevne forvalter og regler om forvalterens kompetanse og fullmakt bør lovfestes. Det finnes i dag ingen bestemmelse som gir konkurransemyndighetene utrykkelig kompetanse til å oppnevne en uavhengig forvalter i kontrollen med bedriftsverv.

Konkurransemyndighetene har kompetanse til å gripe inn mot en foretakssammenslutning ved å nedlegge forbud eller gi påbud, samt gi tillatelse på vilkår. Denne bestemmelsen er foreslått videreført i lovforslaget § 4–1. Utvalget drøfter om adgangen til å sette vilkår gir tilstrekkelig hjemmel til å oppnevne en forvalter. Utvalget skriver at hjemmelen er generell, men at det ligger en begrensning i at vilkårene må være «nødvendige for å motvirke at bedriftsvervet begrenser konkurransen i strid med formålet om effektiv ressursbruk, jf. § 1–1». Loven sier uttrykkelig noe om hvilket materielt innhold vilkårene må ha, men ingenting om hvordan disse vilkårene skal gjennomføres, med andre ord om det kan gis pålegg om bruk av en forvalter. I rettspraksis og i forvaltningsrettslig teori er det antatt at vilkårene som stilles må ha saklig sammenheng med den begunstiggelse som gis. Det vil etter utvalgets mening være saklig sammenheng hvis pliktene bidrar til å fremme formålet med reguleringstiltaket,

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

avverge skadevirkninger som en gitt tillatelse kan få eller lette kontrollen med ordningen. Tilstrekkelig saklig sammenheng er likevel ikke alltid nok, og etter et proporsjonalitetsprinsipp kan et vilkår underkjennes dersom det er uforholdsmessig tyngende i forhold til det som søkes oppnådd ved det.

Utvalget argumenterer med at formålet med å ha en forvalter nettopp er å lette kontrollen med de vilkårene som er satt ved at forvalteren har spesialkompetanse på området. Det kan stilles spørsmål ved om det vil bli uforholdsmessig tyngende at partene selv må betale kostnadene ved å ha en forvalter. Bakgrunnen for en slik betraktning er at kostnadene ved en forvalter er tilleggskostnader som tilsynet pålegger bedriften. På den annen side vil det uansett oppstå kostnader for bedriften når en del av den skal skilles ut, slik at kostnader i forbindelse med en forvalter kan ses på som en del av disse. Dette trekker etter utvalgets mening i retning av at det ikke vil være uforholdsmessig tyngende å oppnevne forvalter, og er et argument for at det foreligger hjemmel til å oppnevne en forvalter i vilkårbestemmelsen.

Utvalget viser videre til at det ikke finnes en særskilt lovbestemmelse om forvalter verken i EU/EØS, Sverige eller Danmark. I EU/EØS er det imidlertid nedfelt i kunngjøringen fra Kommisjonen om løsninger som er akseptable, at partene kan utpeke en trustee med ugjenkallelig mandat for salg av et virksomhetsområde.

Som nevnt ovenfor skiller systemet i Norge seg fra reglene i EU/EØS, Sverige og Danmark ved at partene ikke kommer med forpliktende tilsagn under saksforberedelsen. Det kan derfor ikke automatisk slutes at det ikke er behov for en lovbestemmelse i den norske konkurranseloven. Etter som norske konkurransemyndigheter ikke har noen praksis med forvalterordning, og det er uklart om det finnes tilstrekkelig hjemmel i loven i dag, er det etter utvalgets oppfatning hensiktsmessig å særskilt lovfeste at det er adgang til å oppnevne forvalter. Av samme grunn bør det etter utvalgets mening også følge direkte av loven at forvalteren kan inngå avtale på vegne av de eller den som er adressat for vedtaket.

Den nærmere utforming av detaljene i ordningen, herunder krav til forvalteren, om det skal stilles sikkerhet o.l., bør etter utvalgets mening avklares i forskrifter. Det bør vurderes å benytte tilsvarende mandatmodell som nå er foreslått i EU. Dette innebærer at tilsynet med hjemmel i forskrift bør utarbeide standarder for forvalterens mandat. Utvalget foreslår på denne bakgrunn en bestemmelse om at Konkurransetilsynet kan oppnevne forvalter og at Kongen kan gi nærmere regler for forvalter.

7.8.3 Høringsinstansenes merknader

Telenor ASA (Telenor) mener at det bør være partene som oppnevner forvalter, slik som ordningen er i EU. Telenor viser til at partene kjenner sin virksomhet og fagmiljøet godt, og derfor er bedre egnet til velge en kompetent forvalter. Det faktum at det er partene som skal bære kostnaden til forvalter, underbygger etter Telenors mening at det bør være partene som velger forvalter. Under enhver omstendighet må partene få komme med forslag og uttale seg før Konkurransetilsynet treffer sitt valg av forvalter.

Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH) støtter ikke forslaget om en egen lovbestemmelse om forvalter all den tid det ikke finnes noen slik lovbestemmelse verken i EU, Sverige eller Danmark. HSH er heller ikke enig med utvalget i at det er Konkurransetilsynet som skal bestemme om forvalter skal oppnevnes og hvem forvalteren skal være. Dersom det innføres regler om forvalter, mener HSH disse må tilpasses praksis fra EU der partene har ansvaret for å oppnevne forvalter og å betale for tjenesten, samt at det kan gis fullmakt til å inngå bindende avtaler på vegne av partene.

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) er ikke uenig i at den foreslåtte regel kan være nyttig, men vil likevel påpeke det forhold at så lenge Konkurransetilsynet er oppdragsgiver, mens kostnadene skal bæres av den som vedtaket retter seg til, så kan dette gi enkelte uheldige, og utilsiktede insentiver for forvalteren til å «rovfakturere». Dette kan etter NHOs oppfatning effektivt begrenses ved å gjøre ett tillegg til lovteksten om at bare «rimelige og nødvendige kostnader til forvalteren dekkes».

Konkurransetilsynet stiller seg positiv til at det lovfestes en adgang til å oppnevne forvalter til å føre kontroll med overholdelse av vilkår og bistå ved gjennomføringen av strukturelle vilkår. Konkurransetilsynet slutter seg til utvalgets forslag og begrunnelse. Det er forutsatt at de nærmere regler om forvalter fastsettes i forskrift. I denne forbindelse vil det være naturlig å se hen til de nylig vedtatte retningslinjene i EU. Selv om systemet i EU er noe annerledes enn etter forslaget til ny norsk konkurranselov, vil mange av de samme hensynene etter Konkurransetilsynets oppfatning gjøre seg gjeldende.

7.8.4 Departementets vurderinger

Behovet for forvalter

Departementet er enig med utvalget i at det kan være behov for en ekstern forvalter til å påse at Konkurransetilsynets vilkår følges opp på en måte som er mest mulig i tråd med lovens formål. Depar-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

tementet legger liten vekt på at tilsynet hittil aldri har oppnevnt forvalter, og antar at det uklare hjemmelsgrunnlaget er hovedårsaken. Departementet er enig med utvalget i at «forvalter» er den mest passende betegnelsen på den eksterne hjelperen.

Departementet er enig med utvalget i at selv om tilsynet normalt selv er nærmest til å overvåke egne atferdsvilkår, så kan det i enkelte tilfelle være hensiktsmessig med en ekstern person med spesialkompetanse. Departementet er også enig i at det å anvende en forvalter i seg selv vil nødvendiggjøre klarere vilkår. Departementet mener derfor at det bør være adgang til å oppnevne en forvalter til å overvåke både strukturelle vilkår og atferdsvilkår.

Oppnevning, oppgaver og fullmakter

Departementet slutter seg til utvalgets forslag om at det skal være opp til Konkurransetilsynet å bestemme om en forvalter skal oppnevnes og hvem det skal være. Departementet viser til utvalgets argumentasjon på dette punkt. Departementet er også enig i at en forvalter i utgangspunktet kan oppnevnes på et hvert tidspunkt inntil vilkårene i vedtaket er oppfylt eller de ikke lenger gjelder, men at det normale vil være at forvalteren oppnevnes samtidig med at inngrepsvedtaket treffes.

Etter departementets oppfatning kan enhver som tilsynet finner kvalifisert oppnevnes til forvalter, også om vedkommende har tilhørighet utenfor Norge. En forutsetning er selvsagt at forvalteren er nøytral i saken og ikke selv har noen personlige eller økonomiske interesser i hvordan vilkårene oppfylles. Departementet er enig med utvalget i at det kan være naturlig å se hen til habilitetsreglene i forvaltningsloven så langt de passer.

Departementet viser til at reglene i forvaltningsloven gir partene rett til å komme med forslag og uttale seg når Konkurransetilsynet skal oppnevne forvalter. Departementet har ikke funnet grunn til å gi nærmere regler om dette i loven.

Departementet følger også utvalget i at omkostninger til forvalteren må påhvile den part som er pålagt å ha forvalter. Partene står fritt til å la være å gjennomføre transaksjonen dersom de mener utgiftene ikke veier opp fordelene. Det er etter departementets syn uansett ikke rimelig at det offentlige skal bære disse utgiftene. På den annen side er det viktig at det gjennom retningslinjer fra Konkurransetilsynet, eller gjennom forskrift sørges for en viss kontroll med utgiftene, slik at disse ikke blir større enn det som er nødvendig for å gjennomføre vilkårene i vedtaket i tråd med lovens formål.

Departementet er enig med utvalget i at det bør følge av inngrepsvedtaket hvilke av vilkårene forvalteren skal overvåke eller gjennomføre, og at det bør utarbeides et mandat for forvalteren. Den nærmere utformingen av mandatet bør også fremgå av retningslinjer eller forskrift.

Utvalget har konkludert med at forvalteren gis fullmakt til å inngå bindende avtaler på vegne av partene. Departementet følger utvalget på dette punkt. For departementet har det særlig vært viktig å ikke legge hindringer i veien for en effektiv håndheving av vilkårene i tilsynets vedtak. Som utvalget skriver, vil et salg som er betinget av både Konkurransetilsynets og partenes samtykke kunne virke dempende på interessen blant potensielle kjøpere.

Behovet for særskilt lovbestemmelse om forvalter

Utvalget har konkludert med at det bør tas inn en særskilt lovbestemmelse om forvalter under henvisning til at norske konkurransemyndigheter ikke har noen praksis med en forvalterordning, og at det er uklart om det finnes tilstrekkelig hjemmel i loven i dag. Av samme grunn bør det etter utvalgets mening også følge direkte av loven at forvalteren kan inngå avtaler på vegne av dem eller den som er adressat for vedtaket. Departementet slutter seg til utvalget på dette punkt, og slutter seg også til utvalgets forslag til lovtekst, se utkastet § 16 femte ledd.

8 Sanksjoner

8.1 Gjeldende rett

Overtredelser av konkurranse-loven er straffsank-sjonert. I tillegg finnes hjemmel for to typer sivil-rettslige reaksjonsmidler – vinningsavståelse og tvangsmulkt. I det følgende gis en kortfattet over-sikt over reaksjonene konkurransemyndighetene kan benytte ved brudd på konkurranse-loven og vedtak truffet i medhold av loven. For en grundige-re gjennomgang, se NOU 2003: 12 punkt 6.1.

Innskjerpinger

For overtredelser som er av så beskjedne art at Konkurransetilsynet ikke finner grunnlag for an-meldelser, gir tilsynet en advarsel. Slike advarsler kaller Konkurransetilsynet for «innskjerpinger». Innskjerpinger gis både skriftlig og muntlig. Det er ingen bestemmelse i konkurranse-loven som regu-lerer innskjerpinger.

Straff

Uaktsomme og forsettlige overtredelser kan etter konkurranse-loven § 6–6 straffes med bøter eller fengsel. Bestemmelsen fastsetter at overtredelser av lovens forbudsbestemmelser og vedtak truffet etter § 3–10 (inngrep mot konkurranseskadelig at-ferd), § 3–11 (inngrep mot bedriftserving) og § 4–1 annet eller tredje ledd (prismerking mv.), unnlatel-se av å etterkomme pålegg om å gi opplysninger, utlevere dokumenter eller gi adgang til EDB-basert utstyr, ikke å etterkomme de plikter som ligger i en beslutning av retten om bevissikring etter § 6–2 og å gi uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene, er straffbare. Medvirk-ning rammes også. Gjeldende konkurranselov har ingen spesialbestemmelse om foretaksstraff, men den generelle hjemmelen for å ilegge foretaksstraff i straffeloven §§ 48 a, jf. 48 b kommer til anvendelse ved overtredelser av konkurranse-loven.

Den vanlige strafferammen er bøter eller feng-sel inntil tre år. Under skjerpene omstendigheter kan fengsel inntil seks år anvendes. Ved avgjørel-sen av om det foreligger skjerpene omstendighe-ter inneholder konkurranse-loven i § 6–6 annet ledd en oppstilling av momenter. Det skal blant annet

legges vekt på faren for stor skade eller ulempe, den tilsiktede vinning ved overtredelsen, overtre-delsens omfang og varighet, utvist skyld, om over-tredelsen er søkt skjult ved falske regnskaper eller lignende oppgaver og om den skyldige tidligere er straffet for overtredelse av økonomisk regulerings-lovgivning.

Saker etter konkurranse-loven er undergitt of-fentlig påtale, jf. straffeloven § 77. I praksis iverkset-tes alle saker etter anmeldelse fra Konkurransetil-synet. Dersom påtalemyndigheten finner at straffe-betingelsene er til stede, kan det utferdiges fore-legg på bøter eller tas ut tiltale med påstand om bø-ter og/eller fengselsstraff. I tillegg kan utbytte av en straffbar handling inndras etter straffeloven § 34. I praksis utferdiges i første omgang forelegg. Dersom de ervervsdrivende nekter å godta foreleg-get, blir saken sendt domstolene til pådømmelse.

Vinningsavståelse

Konkurranse-loven § 6–5 fastsetter at den som har oppnådd vinning ved overtredelse av konkurranse-loven eller vedtak i medhold av konkurranse-loven, kan pålegges helt eller delvis å avstå vinningen. Vinningsavståelse er et sivilt virkemiddel som alter-nativ til politianmeldelse med begjæring om straff og eventuelt inndragning av vinning etter straffelo-ven § 34.

Vinningsavståelsen etter § 6–5 kan avgjøres med forelegg eller ved dom i sivil sak etter tviste-målslovens regler. Foreleggets adressat kan være enhver som vinningen har tilfalt, uavhengig av om denne er en annen enn lovovertreder. Vilkåret er at det objektivt sett foreligger en overtredelse av kon-kurranseloven eller vedtak i medhold av konkur-ranseloven.

Etter § 6–5 tredje ledd utferdiger Konkurransetil-synet forelegg på vinningsavståelse. Beslutnin-gen om å utferdige forelegg er ikke enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Det innebærer blant annet at det ikke er adgang til å påklage utferdigelsen av forelegget. Det skal settes en frist på inntil to måne-der for vedtakelse av forelegget. Vedtatt forelegg er tvangsgrunnlag for utlegg. Dersom forelegget ikke vedtas, kan Konkurransetilsynet innen tre måneder etter utløpet av vedtaksfristen reise sak mot den er-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

vervsdrivende i den rettskrets den ervervsdrivende kan saksøkes. Det følger av konkurranseloven § 6–7 at dersom det er vedtatt forelegg eller avsagt dom som er rettskraftig etter § 6–5, kan det ikke reises straffesak for samme forhold.

Inndragingsbeløpet skal fastsettes til den vinning som er oppnådd ved overtredelsen. Verken straffeloven eller konkurranseloven inneholder noen definisjon av begrepet vinning som kan gi veiledning i beregningen av vinningens størrelse.

Sivilrettslige bøter

Etter gjeldende konkurranselov er det ikke hjemmel til å ilegge sivilrettslige bøter.

Tvangsmulkt

For å sikre at enkeltvedtak i medhold av konkurranseloven overholdes, kan Konkurransetilsynet med hjemmel i konkurranseloven § 6–4 bestemme at den vedtaket retter seg mot skal betale en løpende mulkt til staten til forholdet er rettet. Bestemmelsen omfatter ethvert enkeltvedtak som fastsettes i medhold av konkurranseloven. Tvangsmulkt kan ikke benyttes ved manglende etterlevelse av et pålegg om å gi opplysninger etter konkurranseloven § 6–1, fordi et slikt pålegg ikke er enkeltvedtak. I praksis er tvangsmulkt kun benyttet for å sikre etterlevelse av inngrepsvedtak fastsatt i medhold av konkurranselovens § 3–10.

Tvangsmulkt kan ilegges uavhengig av subjektiv skyld. Det er tilstrekkelig at det objektivt sett foreligger en overtredelse av et enkeltvedtak.

Tvangsmulkten begynner ikke å løpe før fristen for å påklage tvangsmulkten er utløpt. Dersom vedtaket om tvangsmulkt påklages, løper det ingen mulkt før det er truffet vedtak i klagesaken. Konkurransetilsynet kan frafalle påløpt tvangsmulkt.

I tredje ledd er det fastsatt at vedtak om tvangsmulkt er tvangsgrunnlag for utlegg. Det er dermed ikke nødvendig med dom for å inndrive mulkten gjennom namsmannen, jf. lov 26. juni 1912 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring § 7–2 bokstav e.

Lempning

Dagens konkurranselov har ingen særlige bestemmelser om nedsettelse av straff ved samarbeid med konkurransemyndighetene. Etter den generelle bestemmelsen om straffnedsettelse i straffeloven § 59, kan imidlertid retten gi reduksjon av straffen etter en konkret vurdering. Straffeloven § 59 kommer også til anvendelse i saker etter konkurranseloven.

8.2 Hovedtrekk i utvalgets forslag, Sanksjonsutvalgets innstilling m.m.

8.2.1 Mandatet

I mandatet til Konkurranselovutvalget ble det blant annet påpekt at enkelte av lovens sanksjonsmidler aldri har blitt benyttet og at andre kun er benyttet i et fåtall saker. Mandatet ba derfor om at utvalget skulle vurdere om loven inneholder hensiktsmessige virkemidler for å føre en effektiv kontroll med skadelige konkurransereguleringer. Videre het det at:

«konkurranselovgivningens effektivitet og gjennomslagskraft henger nøye sammen med om bestemmelsene kan håndheves effektivt [...] Effektive sanksjonsmidler er viktig dersom loven skal virke forebyggende mot overtredelser. Reaksjonen bør oppleves følbart for de som bryter loven. Dette er særlig viktig ved brudd på konkurranselovgivningen, bl.a. fordi oppdagelsesrisikoen ofte er liten, samtidig som fordelen ved overtredelsen kan være meget stor. Sanksjonsmidlene må derfor fremstå som effektive og reelle. Utvalget skal gjennomgå sanksjonsmidlene og redegjøre for hvilke hensyn som skal tillegges vekt ved reaksjonsfastsettelsen.»

En mulig harmonisering med EØS-rettens forbudsbaserte konkurranserettsregime, samt den pågående diskusjonen i EU/EØS om desentralisert håndheving, tilsa også en ny gjennomgang av sanksjonsreglene.

8.2.2 Hovedtrekk i utvalgets forslag

På denne bakgrunn har utvalget foreslått et nytt sivilrettslig sanksjonsmiddel, forelegg på sivilrettslige bøter overfor foretak. Forslaget er inspirert av EU/EØS-konkurransereglene, som gir hjemmel til å ilegge foretak betydelige bøter sivilrettslig. Det innebærer at Konkurransetilsynet selv kan utstede forelegg på bøter. Konkurransetilsynet har søksmålsbyrden dersom forelegget ikke vedtas. Utvalget foreslår at utmålingen av sivilrettslige bøter så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene for bøtefastsettelse i EU. Det kan føre til vesentlig høyere bøter enn det som i dag ilegges strafferettslig.

Utvalget anbefaler at de nåværende regler om bøter og fengsel som strafferettslig sanksjon i hovesak videreføres, men man har ikke ønsket å kriminalisere atferd som ikke er straffbart etter dagens lov. Utvalgets flertall har foreslått et system der overtredelser av forslaget § 3–1 ved samarbeid

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

om priser, anbud eller markedsdeling straffes med bøter. Ved særlig skjerpene forhold utvides strafferammen til bøter eller fengsel inntil seks år. Overtridelser av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling foreslås ikke straffsanksjonert. Unnlatelse av å etterkomme et påbud om opphør etter forslaget § 3–3 av overtridelser av forslaget §§ 3–1 og 3–2, straffes med bøter eller fengsel inntil tre år. Tilsvarende strafferamme er foreslått for overtridelse av vedtak om inngrep mot foretakssammenslutninger etter § 4–1, overtridelse av gjennomføringsforbud for foretakssammenslutninger etter § 4–4, unnlatelse av å etterkomme pålegg etter §§ 5–1 og 6–1 og å gi uriktige eller ufullstendige opplysninger eller medvirke til de nevnte overtridelser.

Videre foreslår utvalget at det innføres et system med lempning. Dette vil innebærer at det, både under sivilrettslig forfølgning og ved straffeforfølgning, skal tas hensyn til at en person eller et foretak har samarbeidet med konkurransemyndighetene om å avdekke den ulovlige virksomheten.

Utvalget foreslår en videreføring av adgangen til å ilegge tvangsmulkt. I tillegg foreslås at det skal være adgang til å ilegge tvangsmulkt for å sikre at opplysnings- og utleveringspålegg overholdes.

Dagens bestemmelse om vinningsavståelse er ikke anbefalt videreført.

8.2.3 Sanksjonsutvalgets innstilling

Sanksjonsutvalget avga sin innstilling NOU 2003: 15 Fra bot til bedring 16. mai 2003. Formålet med Sanksjonsutvalgets utredning har vært å utarbeide forslag til reaksjoner mot mindre alvorlige overtridelser av særlovgivningen som vil gi et mer effektivt og nyansert sanksjonssystem med mindre bruk av straff.

Sanksjonsutvalget har blant annet vurdert hvilke typer overtridelser som egner seg for administrativ forfølgning i stedet for å forfølge overtridelsen med straff. Administrative sanksjoner bør etter Sanksjonsutvalgets anbefaling benyttes ved overtridelser der det er nødvendig med en sanksjon, men hvor overtridelsen ikke oppfyller kvalifikasjonskravet for straff. Kvalifikasjonskravet er nærmere definert i Sanksjonsutvalgets innstilling.

Videre har Sanksjonsutvalget utarbeidet et forslag til saksbehandlingsregler for administrativ forfølgning. Sanksjonsutvalget har anbefalt at administrativ forfølgning i hovedsak skal skje etter reglene i forvaltningsloven. Sanksjonsutvalget anbefaler videre at det må legges opp til sanksjonering i ett spor: Enten må forfølgningen skje forvaltningsrettslig med sikte på at det skal ilegges en administrativ

sanksjon, eller så må saken anmeldes til politiet med henblikk på straffesak.

Det ser ut til at Sanksjonsutvalgets vurderinger i stor grad er i samsvar med vurderingene til Konkurranselovutvalget. Når det gjelder hvilke overtridelser som egner seg for administrativ forfølgning og prosedyren for slik forfølgning, er det imidlertid visse forskjeller. Departementet kommer tilbake til dette under behandlingen av de enkelte sanksjoner.

8.3 Overtredelsesgebyr

8.3.1 Utvalgets forslag

Innledning

Utvalget har vurdert om konkurranseloven inneholder hensiktsmessige virkemidler for å føre effektiv kontroll med skadelige konkurransereguleringer. Bortsett fra vinningsavståelse og tvangsmulkt, er sanksjonene ved overtridelser av gjeldende konkurranselov av strafferettslig karakter. Utvalget har derfor vurdert om det er behov for innføring av et sivilrettslig sanksjonsmiddel som erstatning for eller supplement til strafferettslige sanksjoner.

Utvalgets forslag om å endre de materielle konkurransereglene fra en kombinasjon av forbuds- og inngrepshjemler til en ren forbudslov, innebærer at flere typer atferd blir forbudt. I dag er bare de mest alvorlige former for kartellsamarbeid ulovlige. I fremtiden vil også mindre alvorlige former for samarbeid mellom foretak og utilbørlig utnyttelse av dominerende markedsposisjon rammes av lovens forbud. Det vil derfor etter utvalgets oppfatning bli behov for et mer finmasket reaksjonssystem som er egnet til å fange opp alle typer overtridelser, ikke bare de mest alvorlige, slik praksis har vært frem til i dag. Men selv om flere forhold i fremtiden vil bli rammet av lovens forbudsbestemmelser, er det ikke dermed sagt at det er hensiktsmessig eller ønskelig å kriminalisere atferd som i dag er lovlig. Etter utvalgets mening er det derfor avgjørende å finne frem til et system som kan gjøre konkurransen og markedene mer effektive.

I flere europeiske land og i EU/EØS har konkurransemyndighetene i vid utstrekning kompetanse til å ilegge sivilrettslige bøter av til dels meget betydelig størrelse, ofte etter et nokså standardisert takstsystem. Utvalget mener at et slikt sanksjonsmiddel bør innføres også hos oss. Etter utvalgets oppfatning taler hensynet til harmonisering med reglene i EU/EØS og mange andre lands sanksjoner ved brudd på konkurransereglene for

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

en styrking av foretaksstraffen, herunder en strengere utmålingspraksis. Sammenlignet med andre land er foretaksstraffene i Norge lave. Etter utvalgets mening vil riktig utmålte bøter kunne ha stor preventiv effekt. Videre vil bruk av sivilrettslige bøter ikke ha samme stigmatiserende effekt som tradisjonell straff, og heller ikke kriminalisere enkeltpersoner.

Utvalget mener at argumentene som i sin tid ble gjort gjeldende ved innføringen av et generelt straffansvar for foretak i straffeloven, jf. Ot.prp. nr. 27 (1990–91) side 6, også slår til i konkurransesaker. Det er foretaket som sådan som i utgangspunktet har økonomiske insentiver til å overtre loven. Ved utmåling av personbøter tas det normalt hensyn til den straffedømtes personlige økonomi, jf. straffeloven § 27. I tillegg kan det også være slik at foretaket betaler den personlige boten på vegne av den ansvarlige. Dersom det bare er adgang til å straffe fysiske personer som har handlet på vegne av foretaket, kan reaksjonen bli svært beskjeden i forhold til handlingens skadevirkninger.

Utvalget mener at en innføring av sivilrettslige bøter i den norske konkurranseloven vil kunne bidra til å fange opp lovovertrедelser som ikke er så graverende at det er nødvendig med en straffereaksjon. Utvalget trekker en parallell til skatterettens område og fremhever at dersom en ordinær straffesak skulle være eneste reaksjonsmulighet i bekjempelsen av skattesvik, ville de effektivitetskrav som gjør seg gjeldende på dette området, med et stort antall lovovertrедelser, bli tilsidesatt. Etter utvalgets mening tilsier dette hensynet med styrke at det også må kunne opereres med sivilrettslige sanksjonsmidler.

Videre mener utvalget at hensynet til forholdsmessighet mellom overtredelse og sanksjon er viktig. Det er derfor nødvendig med et sett av reaksjoner som gjør det mulig å velge en reaksjon som er tilpasset den aktuelle overtredelse. Ved overgangen til et rent forbudsprinsipp der flere typer handlinger blir forbudt, vil det i enda større grad enn i dag være behov for et mindre ekstremt reaksjonsmiddel enn straff. Etter utvalgets oppfatning er det betenkelig om en konsekvens av å innføre vide forbudsbestemmelser innebærer en kriminalisering av handlinger som hittil har vært ansett som lovlige former for konkurranse inntil konkurransemyndighetene har grepet inn med et individuelt vedtak om forbud. På den annen side er det nødvendig med en form for reaksjon for overtredelser av forbudsbestemmelsene. I denne forbindelse er det også viktig å huske at de handlinger det er tale om, allerede i dag er ulovlige etter EØS-reglene og belagt med bøter.

Utvalget mener at adgangen til å straffe individer bør viderføres i tillegg til forslaget om å innføre sivilrettslige bøter overfor foretak. Trusselen om straff motiverer normalt rasjonelle personer til å avstå fra lovbrudd. I tillegg kan det tenkes at foretaksbøtene som fastsettes ikke er store nok til å hindre at foretaket har insentiver til å bryte loven. Sanksjoner også mot de individer som er ansvarlige for overtredelsen vil derfor kunne bidra til å styrke allmennprevensjonen. Videre er det ikke i alle situasjoner at foretaksstraff vil virke som en effektiv sanksjon. Ved overdragelser og omdannelser av foretak er det etter loven ikke alltid mulig å anvende foretaksstraff fordi det er for stor avstand mellom foretakets innhold før og etter omdannelsen. Videre har foretaksstraff liten verdi når foretakets økonomi er svak, eller foretaket er under gjeldsforhandling eller har gått konkurs. Andre ganger kan det virke urimelig at foretaket, og dermed de som etter overdragelsen eller omdannelsen er ansvarlig for foretaket, blir rammet av en sanksjon. Et individuelt straffansvar vil i slike tilfeller sikre at ansvaret gjøres gjeldende overfor de som i realiteten har begått lovbruddet. I motsatt fall vil de som begår lovbruddene, men eksempelvis har sluttet i foretaket, i praksis være uten ansvar for det de har gjort. Ansvaret overføres i stedet til eiere og ansatte som kommer etter, og som kanskje ikke har hatt mulighet til å påvirke forholdene.

Utvalgets flertall mener at erfaringene med dagens reaksjonssystem både når det gjelder antallet saker og den straff som er blitt benyttet, tilsier at det tradisjonelle straffesystemet ikke virker effektivt nok i forhold til overtredelser av konkurranseloven. For å få til en effektiv sanksjonering av foretak bør dette skje innenfor rammene av et nytt institutt for sivilrettslige bøter, hvor man kan koble seg på utviklingen og sanksjonsnivået innenfor EU/EØS og andre europeiske land som går i samme retning. I tråd med denne rettsutviklingen bør derfor sivilrettslige bøter brukes i større omfang enn det som er tilfellet i dag. En følge av dette vil være en nedtoning av det individuelle straffansvaret og at det tradisjonelle straffansvaret bør være sekundært i forhold til foretaksstraffen. Utvalgets flertall legger til grunn at straff mot individer ikke blir benyttet i vesentlig større omfang enn det som skjer i dag, og at atferd som i dag er lovlig ikke bør gi grunnlag for bruk av individuell straff. Selv om utvalgets flertall finner gode grunner for å nedtone det individuelle straffansvaret, ønsker flertallet likevel ikke å avskjære adgangen til å ilegge personstraff ved grove og alvorlige overtredelser. Ikke å videreføre et individuelt straffansvar vil kunne gi et galt i signal i forhold til prevensjon og vil dessuten fremstå som in-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

konsekvent i forhold til muligheten for bruk av straff ved overtredelse av annen forvaltningslovgivning.

Utvalgets mindretall er uenig i at personstraff bør være sekundært i forhold til foretaksstraffen. I hvilken grad personstraff skal komme til anvendelse må under enhver omstendighet avgjøres av påtalemyndigheten etter vanlige prinsipper for lovovertrædelser som er undergitt offentlig påtale. Etter mindretallets oppfatning strider det mot grunnleggende prinsipper om rettferdighet og likebehandling, samt de kriminalpolitiske hensyn som ligger til grunn for straffansvaret, dersom sanksjonen mot alvorlige brudd på konkurranselovgivningen bare skal avgjøres med en sivilrettslig sanksjon mot foretaket, mens de som har begått lovbruddene går fri. Et slikt system bryter mot vårt øvrige straffesystem, og kan etter mindretallets oppfatning ikke innføres uten en systematisk gjennomgang av hele sanksjonssystemet, også innenfor andre sektorer i samfunnet. Mindretallet understreker at praktiske hensyn kan tillegges vekt ved valg av reaksjon, men ikke som begrunnelse for å redusere det personlige ansvar på prinsipielt grunnlag. Det understreker at spørsmålet om forholdet mellom personansvar og foretaksansvar ble grundig drøftet i forbindelse med innføringen i 1991 av nytt kapittel 3 a i straffeloven om straffansvar for foretak. I denne forbindelse ble det klart uttalt at foretaksansvar skulle være sekundært i forhold til personansvaret, jf. Ot.prp. nr. 27 (1990–91) side 6.

Nærmere om utvalgets forslag

Utvalget foreslår en ny bestemmelse om sivilrettslige bøter i sitt forslag til § 7–2, som innebærer at det innføres et nytt sivilrettslig sanksjonsmiddel i konkurranseloven i form av bøter i tillegg til dagens system med bøter og fengsel som strafferettslig sanksjon overfor brudd på loven. Forslaget om sivilrettslige bøter vil kun være en sanksjon mot foretak. Fysiske personer kan bare ilegges bøter etter de straffeprosessuelle reglene. Som følge av forslaget om innføring av sivilrettslige bøter foreslår utvalget at dagens ordning i konkurranseloven § 6–5 om vinningsavståelse oppheves. Bestemmelsen om tvangsmulkt i konkurranseloven § 6–4 foreslås videreført i den nye loven. Forslagene er nærmere omtalt i punkt 8.6 om tvangsmulkt og i punkt 8.7 om vinningsavståelse.

Utvalget legger til grunn at sivilrettslige bøter vil bli ansett som straff i forhold til Den Europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6. Utvalget foreslår derfor at betegnelsen «bøter» benyttes i ordlyden til den nye bestemmelsen om sivilrettslige bøter.

Utvalget foreslår at *alle* overtredelser av den nye konkurranseloven i utgangspunktet skal kunne sanksjoneres med sivilrettslige bøter, jf. utvalgets forslag til § 7–2 første ledd. Dette innebærer at det kan ilegges bøter for alle overtredelser av forbudsbestemmelsene og vedtak om påbud om å bringe en overtredelse av disse bestemmelsene til opphør. Videre kan det ilegges bøter i forbindelse med foretakssammenslutningskontroll, herunder overtredelse av vedtak om inngrep mot foretakssammenslutninger, samt overtredelse av automatisk gjennomføringsforbud og vedtak om gjennomføringsforbud. Sivilrettslige bøter vil også være den primære sanksjonen overfor foretak som bryter de prosessuelle bestemmelser om opplysnings- og utleveringsplikt, pålegg om bevissikring og ved uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene. Ved eventuell innføring av desentralisert håndheving vil sivilrettslige bøter også kunne ilegges ved overtredelser av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Det samme gjelder medvirkning til de nevnte overtredelser. Etter utvalgets vurdering vil det være lite praktisk å ilegge bøter for overtredelse av meldeplikten etter forslaget § 4–3 første og tredje ledd, idet det ikke innføres noen frist for meldeplikten. Det automatiske gjennomføringsforbudet i utvalgets forslag til § 4–4 første ledd gjelder for foretakssammenslutninger som omfattes av meldeplikten. Ettersom det vil kunne ilegges bøter ved overtredelse av gjennomføringsforbudet, foreslår utvalget derfor i § 7–2 annet ledd at det ikke skal innføres en adgang til å ilegge bøter for overtredelse av selve meldeplikten.

Utvalget foreslår i § 7–2 første ledd at det må påvises en forsettlig eller uaktsom overtredelse fra foretaket eller av en som handler på vegne av foretaket, for at det skal kunne utstedes forelegg om sivilrettslige bøter. Det viser til at etter gjeldende konkurranselov må overtredelsen som hovedregel være forsettlig eller uaktsom for å ilegges straff. Også etter EU/EØS-reglene om sivilrettslige bøter overfor foretak må overtredelsen være forsettlig eller uaktsom for at det skal kunne ilegges bøter.

Utvalget har vurdert hvilke beviskrav som skal gjelde ved sivilrettslige bøter. Utgangspunktet er at domstolskontroll av administrative vedtak behandles etter tvistemålslovens regler. Etter utvalgets vurdering er spørsmålet om beviskravene ved foretaksbøter etter konkurranseloven bør følge de sivilrettslige eller strafferettslige beviskrav, eventuelt med modifikasjoner. Tradisjonelt er kravene til bevisets styrke vesensforskjellig i sivil- og straffeprosessen. I sivile saker er utgangspunktet sannsynlighetsovervekt, det vil si at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn. Det foreligger avvik fra hovedregelen på enkelte rettsområder, hvor særli-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

ge hensyn taler for at man krever mer enn bare vanlig sannsynlighetsovervekt. Dette gjelder for det første i sakstyper der uriktig dom i en retning er verre enn uriktig dom i motsatt retning. Det samme gjelder der kjensgjerninger vil stille en part i et uheldig lys, for eksempel ved at han har opptrådt uredelig eller uaktsomt. I straffeprosessen er den klare hovedregel at enhver rimelig og fornuftig tvil skal lede til frifinnelse. Utvalget fremhever at begrunnelsen for å innføre sivilrettslige bøter i konkurransesaker blant annet er effektivitetshensyn. Strengt krav til bevisets styrke kan vanskeliggjøre håndhevelse av loven. På den annen side må behovet for effektiv håndheving holdes opp mot hensynet til rettssikkerhet. Sivilrettslige bøter kan gjelde store beløp og har således store likhetspunkter med strafferettslig bot. Etter utvalget mening kan dette tale for at bevisskravet legges høyere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. På den annen side er det neppe grunn til å la straffeprosesslovens bevisskrav gjelde for sivilrettslige bøter, som forøvrig behandles etter sivilprosessens regler. På denne bakgrunn foreslår utvalget at bevisskravet bør være klar sannsynlighetsovervekt.

Etter utvalget forslag skal sivilrettslige bøter ilegges etter et foreleggssystem der Konkurransetilsynet har søksmålsbyrden dersom forelegget ikke vedtas. Utvalget mener at verken EMK artikkel 6 eller Grunnloven § 96 er til hinder for et slikt system. Forslaget bygger på systemet for gjeldende prosessuelle regler ved vinningsavståelse i konkurranseloven § 6–5. Etter forslaget vil det være opp til Konkurransetilsynets skjønn å avgjøre om det skal utstedes et forelegg eller om saken skal bringes direkte inn for domstolene. Konkurransetilsynets beslutning om å utferdige forelegg anses ikke som enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Forelegget skal ha en frist for vedtakelse på to måneder, jf. utvalgets forslag til § 7–2 tredje ledd. Et vedtatt forelegg er tvangsgrunnlag for utlegg. Dersom forelegget ikke vedtas, kan Konkurransetilsynet innen tre måneder etter utløpet av vedtaksfristen reise sak mot foretaket for Oslo tingrett, jf. forslaget § 7–2 fjerde ledd. Saken følger tvistemålslovens regler. Megling i forlikrådet er ikke nødvendig. Retten kan prøve alle sider av saken.

Utvalget vil i samsvar med departementets tidligere vurderinger vedrørende bestemmelsen om vinningsavståelse i gjeldende konkurranselov (Ot.prp. nr. 41 (1992–93) side 77) foreslå at «forelegg» brukes som betegnelse på Konkurransetilsynets pålegg i deres forslag til § 7–2 tredje og fjerde ledd.

Utvalget foreslår i § 7–2 sjettede ledd at Kongen i forskrifter gis adgang til å fastsette nærmere regler om beregning av bøtene. Utvalget har vurdert hvil-

ke utmålingskriterier som skal legges til grunn ved fastsettelse av sivilrettslige bøter. Som et utgangspunkt mener utvalget at utmålingen av sivilrettslige bøter så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS. Dette vil blant annet innebære en styrking av foretaksstraffen og en strengere utmålingspraksis enn det som har vært tilfellet i Norge frem til i dag. Retningslinjene i EU/EØS vil således være veiledende ved utarbeidelsen av forskriften etter den norske konkurranseloven. Disse retningslinjene er nærmere omtalt i utvalgets innstilling punkt 6.2.1.1. Utvalget vil ikke foreslå at det fastsettes minimums- og maksimumsgrenser for botens størrelse i selve lovteksten. Av pedagogiske grunner foreslår imidlertid utvalget at prinsippene for utmåling av bøter fremgår av lovteksten. I utvalgets forslag til § 7–2 annet ledd foreslås derfor at det ved fastsettelse av botens størrelse særlig skal legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet, samt lempning etter § 7–4.

Utvalget har vurdert hvilke foreldelsesfrister som skal gjelde for å ilegge bøter som en sivilrettslig sanksjon. Utvalget mener at foreldelsesfristene så langt som mulig bør være de samme uavhengig av om overtredelsen forfølges etter sivile- eller strafferettslige regler. Etter utvalgets forslag til straffebestemmelse i § 7–3 første ledd første punktum, vil foreldelsesfristen etter straffeloven § 67 være to år ved overtredelse av § 3–1, men øke til ti år hvor det i tillegg foreligger forsett og særlig skjerpene forhold, jf. forslaget § 7–3 første ledd annet punktum. Overtredelser som er straffbare etter forslaget § 7–3 annet ledd foreldes etter fem år. Utvalget foreslår på denne bakgrunn at foreldelsesfristen for overtredelser av materielle regler og vedtak foreldes etter ti år, jf. forslaget § 7–2 femte ledd. På denne måten sikres samme adgang til å forfølge alvorlige overtredelser både etter det sivilrettslige og strafferettslige sporet. Det foreslås ingen differensiering av foreldelsesfristen etter det sivilrettslige sporet ut fra overtredelsens grovhet. Utvalget antar at sivilrettslige sanksjoner mot foretaket vil være den regulære sanksjonsform for mindre alvorlige overtredelser. Den korte foreldelsesfristen for straff følger av den alminnelige strafferettslige foreldelsesregel der straffealternativet bare er bøter. En så kort frist passer dårlig i konkurransesaker, og vil i praksis gjøre det umulig å reagere også administrativt dersom den skulle gjøres gjeldende ved bruk av sivilrettslige sanksjoner. Utvalget foreslår derfor at overtredelser av prosessuelle bestemmelser og vedtak skal foreldes etter fem år. Medvirkningsansvaret foreldes på samme tid som hovedovertredelsen.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Utvalget foreslår videre at straffelovens fristbe-
regningsregler for foretak anvendes analogisk så
langt de passer. Dette innebærer blant annet at fris-
ten for foreldelse regnes fra den dag overtredelsen
er opphørt. Hvis overtredelsene blir ansett som en
fortsatt overtredelse, starter ikke foreldelsesfristen
å løpe før det siste lovbruddet i rekken er avsluttet.
Fristen avbrytes ved at en mistenkt får status som
siktet. Foreldelsesfristen etter det sivilrettslige spo-
ret bør likeledes avbrytes når Konkurransetilsynet
har iverksatt bevissikring og beslag, eller på det
tidspunkt tilsynet gir foretaket eller sammenslut-
ningen av foretak meddelelse om at det foreligger
en konkret mistanke mot foretaket eller sammen-
slutningen.

Utvalget viser til at deres forslag om innføring
av sivilrettslige bøter vil innebære at konkurranse-
myndighetene og påtalemyndigheten får overlap-
pende kompetanse overfor foretak. Etter hovedre-
gelen i norsk rett har en straffedom ikke rettsvirk-
ninger i en sivil sak, og omvent. I dag har konkur-
ranseloven en spesialbestemmelse for vinningsav-
ståelse i § 6–7, jf. § 6–6, som gjenspeiler dette prin-
sippet. Det fremkommer at formålet med denne be-
stemmelsen er å avskjære dobbeltforfølgning. Ut-
valget har vurdert om det er behov for en tilsvarende
bestemmelse i loven for bøter. Som det
fremgår ovenfor legger utvalget til grunn at sivil-
rettslige bøter er å anse som straff i EMKs forstand.
Ileggelse av bøter både etter det sivilrettslige og
det strafferettslige sporet for samme forhold vil der-
for være i strid med EMKs tilleggsprotokoll 7 artikkel
4 nr. 1. Etter Høyesteretts plenumsdom i Rt.
2002 side 557 spiller det ingen rolle om den sivil-
rettslige eller strafferettslige sanksjonen ilegges
først. Utvalget mener at ettersom forbudet mot dob-
beltstraff er et fast og grunnleggende prinsipp i
norsk rett, er det ikke nødvendig med særskilt lov-
festing i konkurranseloven. Utvalget fremhever at
det kan være vanskelig på et tidlig tidspunkt i saken
å vite hvorvidt saken vil kunne ut i et forvaltnings-
vedtak, en sivilrettslig bot eller en anmeldelse til på-
talemyndigheten. Dersom det er aktuelt med straf-
ferettslige sanksjoner, vil påtalemyndigheten nor-
malt først begynne å etterforske saken etter anmel-
delse fra Konkurransetilsynet. Det er imidlertid in-
genting i veien for at en og samme sak forfølges bå-
de hos påtalemyndigheten og Konkurransetilsynet
på samme tid. Påtalemyndigheten kan i prinsippet
innlede strafferettslig forfølgning selv om saken be-
handles hos konkurransemyndighetene. Det er
heller ingen rettslige hinder for at konkurranse-
myndighetene fortsetter å behandle en sak etter at
den er sendt påtalemyndigheten. Skjæringspunktet
for vernet mot dobbeltstraff inntreffer ved vedtatt fore-

legg eller, dersom forelegget ikke blir vedtatt, når
det foreligger dom i saken. Dersom Konkurransetilsynet
har anmeldt en overtredelse som påtale-
myndigheten velger å henlegge, har Konkurransetilsynet
fremdeles adgang til forfølge saken etter
det sivile sporet og utstede forelegg og eventuelt ta
ut stevning. Som nevnt utelukker vedtatt forelegg
ny sak om samme forhold på samme måte som en
dom. Forelegg på sivilrettslig eller strafferettslig
bot som ikke vedtas, utelukker imidlertid ikke for-
følgning i det motsatte sporet. Dersom påtalemy-
ndigheten og Konkurransetilsynet behandler en sak
parallelt, følger det av Rt. 1976 side 1447 at når på-
talemyndigheten har reist siktelse for overtredelse
av konkurranseloven, må Konkurransetilsynets vi-
dere undersøkelser foretas i samsvar med straffe-
prosessloven.

For nærmere om utvalgets vurderinger og for-
slag viser departementet til punkt 6.7 i kapittel 6 om
sanksjoner i NOU 2003: 12 Ny konkurranselov.

8.3.2 Høringsinstansenes merknader

Et flertall av høringsinstansene slutter seg til utval-
gets forslag om innføring av et nytt sivilrettssanksjons-
middel «sivilrettslige bøter». Imidlertid er hørings-
uttalelsene noe delt når det gjelder behovet for å vi-
dereføre foretaksstraff og personstraff ved siden av
å innføre det nye sivilrettslige sanksjonsmidlet. Hø-
ringsinstansene er også delt i synet på hvorvidt
straff mot person bør være sekundært i forhold til
straff og sivilrettslige sanksjoner mot foretak.

Justisdepartementet (JD) ser at det kan være
ønskelig å iverksette tiltak for å effektivisere hånd-
hevelsen av konkurranselovgivningen samt for å
oppnå en større grad av harmoni mellom det nor-
ske reaksjonssystemet og konkurranselovgivnin-
gen i andre land, særlig innenfor EU og EØS.

JD støtter utvalgets forslag om å videreføre det
gjeldende systemet med personlig straffansvar ved
siden av foretaksstraffen med den begrunnelse at
det ikke alltid er praktisk mulig å reagere med
sanksjoner overfor foretak, samt at slike sanksjoner
ikke alltid vil fungere effektivt. JD legger også stor
vekt på at det ikke bør innføres særordninger på
bestemte områder uten at sterke grunner taler for
det. Ulike ordninger innenfor ulike kontrollområ-
der vil kunne føre til urimelig forskjellsbehandling
og til håndhevingsproblemer. Ulovlig prissamar-
beid er en alvorlig form for økonomisk kriminalitet
og det vil gi et svært uheldig signal hvis en på dette
området ikke kunne risikere personlig straffean-
svar. JD viser for øvrig til Økokrims høringsuttalel-
se til denne delen av forslaget, som JD i det vesent-
lige slutter seg til. JD antar imidlertid at innførin-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

gen av et nytt sivilrettslig sanksjonsspor vil kunne effektivisere håndhevelsen av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven. Det fremstår da som naturlig at reglene om foretaksstraff og individuelt straffansvar gis en noe mer tilbaketrukket rolle der dette er rimelig og hensiktsmessig.

Videre mener JD at det uansett, enten i selve loven, i forskrifter til loven eller i en anmeldelsesinstruks, bør gis klare retningslinjer for hvilke saker som skal anmeldes og overføres til politi og påtalemyndighet. Uavhengig av hvilken rolle det individuelle straffansvaret er tiltenkt i et fremtidig sanksjonssystem, er det viktig at man ikke ender opp med en tilfeldig praksis med hensyn til om det i den enkelte sak gjøres gjeldende et personlig straffansvar eller ikke. Hensynet til likebehandling i sanksjonssystemet trekker i denne retning. Det samme gjelder hensynet til klarhet i forholdet mellom konkurransemyndighetene på den ene siden og politi og påtalemyndighet på den andre. Til dette kommer at en slik klargjøring fremstår som nødvendig av hensyn til de foreslåtte lempningsreglene. Parter som vurderer å samarbeide med konkurransemyndighetene, må gis en viss forutberegnelighet med hensyn til om det er grunn til å tro at saken vil bli forfulgt strafferettslig eller ikke, for at disse reglene skal virke etter sin hensikt.

JD ser at det kan være hensiktsmessig å bruke ordet «forelegg» i lovteksten, men foreslår at navnet på den nye sivilrettslige sanksjonen endres fra «sivilrettslige bøter» til «overtredelsesgebyr», eller noe annet som i mindre grad gir assosiasjoner til den alminnelige strafferettspleien. Etter JDs syn er det uheldig om den nye sanksjonen, som skal kunne ilegges av forvaltningen og ikke skal være å anse som straff etter norsk rett, gis et navn som har en klar strafferettslig konnotasjon. Sanksjonene som av Konkurranselovutvalget er kalt «sivilrettslige bøter», vil etter Sanksjonsutvalgets terminologi være å anse som overtredelsesgebyrer, se NOU 2003: 15 Fra bot til bedring side 169–171. Ved å anvende samme begrepsbruk i konkurranseloven, oppnås at de bestemmelsene som av Sanksjonsutvalget foreslås inntatt i et nytt kapittel IX i forvaltningsloven, ved behov vil kunne utfylle reglene i konkurranseloven. Til dette kommer at «overtredelsesgebyr» allerede er et innarbeidet begrep i norsk lovgivning. Betegnelsen brukes også om gebyrer som kan komme opp i beløp på flere millioner kroner, se for eksempel børsloven 17. november 2000 nr. 80 § 5–12. At Konkurranselovutvalget legger opp til en ordning hvor bøkene/gebyrene skal kunne ilegges ved forelegg, samt at søksmålsbyrden skal påhvile det offentlige, behøver etter JDs oppfatning heller ikke være til hinder for å gi

den nye reaksjonen et navn som inneholder ordet «gebyr». JD foreslår etter dette at overskriften i lovutkastet § 7–2 omgjøres til «overtredelsesgebyr» eller liknende. Under enhver omstendighet anbefaler JD sterkt at man unngår betegnelsen «sivilrettslige bøter».

Etter JDs syn er forslaget i § 7–2 om at konkurransemyndighetene kan bringe saken direkte inn for domstolene, i stedet for å gå om forelegg, eller overtredelsesgebyr som JD foreslår å kalle det, ikke en god løsning. Tvistemålsloven regulerer domstolløsning av rettsvister mellom parter. Før det er truffet et forvaltningsvedtak om forelegg eller overtredelsesgebyr, vil det strengt tatt ikke foreligge en rettslig tvist mellom konkurransemyndighetene og den private parten. Tvisten vil da starte med stevningen. En ordning hvoretter domstolen ilegger bot eller lignende etter stevning fra myndighetene, har paralleller til straffeprosessen, men vil være en ny ordning i forhold til tvistemålsloven. Tvistemålslovens regler er ikke utformet for å ivareta slike sakstyper, for eksempel er reglene om saksomkostninger basert på at det foreligger en rettslig tvist som partene bringer inn for domstolene. JD kan umiddelbart heller ikke se fordelene med eller behovet for en slik adgang. Sanksjonsutvalget legger i kapittel 12 i sin utredning opp til en ordning hvor myndighetene treffer et vedtak, som i etterkant kan overprøves av domstolene. Så vidt JD kan se diskuterer ikke Sanksjonsutvalget en valgfrihet for myndighetene mellom å treffe vedtak eller å bringe saken direkte inn for domstolene ved stevning.

Justisdepartementet støtter utvalgets konklusjoner med hensyn til skyld- og beviskrav.

Videre viser JD til at etter Konkurranselovutvalgets forslag skal Konkurransetilsynet ha søksmålsbyrden dersom et forelegg ikke vedtas. Dette innebærer et avvik fra hovedregelen som Sanksjonsutvalget legger opp til ved domstolsprøvelse av administrative sanksjoner. Etter Sanksjonsutvalgets utkast til ny § 57 i forvaltningsloven skal det normalt være opp til den som blir ilagt et gebyr, å bringe det inn for retten. Men også Sanksjonsutvalget er oppmerksom på at det gjør seg gjeldende særlige hensyn på visse områder, som kan tilsi at det offentlige bør ha søksmålsbyrden, se NOU 2003: 15 Fra bot til bedring side 195. JD ser ikke bort fra at konkurranseretten er et område hvor slike særlige hensyn gjør seg gjeldende, i alle fall i den grad det er aktuelt å reagere med bøter/gebyrer i den størrelsesorden Konkurranselovutvalget legger opp til. JD er derfor ikke fremmed for utvalgets forslag om at søksmålsbyrden bør påhvile det offentlige, men tar forbehold om å kunne komme tilbake til spørsmålet.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Videre er JD enig med utvalget i at en adgang til å utferdige forelegg som foreslått i utredningen, går klar av Grunnloven § 96.

JD støtter forslaget fra utvalget i § 7–2 annet ledd om å fastsette hvilke momenter det særlig skal legges vekt på ved utmåling av sivilrettslige bøter og i forslaget om at det i sjettede ledd kan gis nærmere regler om beregningen av bøter i forskrifter gitt av Kongen. JD viser til at når domstolene utmåler bøter i en straffesak, kan det være naturlig at de tar i betraktning de samme momenter som for «sivilrettslige bøter». Imidlertid er det ikke naturlig at de aktuelle forskrifter blir gitt direkte anvendelse for straffebøtene.

Endelig mener JD at det synes unødvendig at tvungent verneting fremgår både av utkastet § 7–2 og § 8–1.

Riksadvokaten slutter seg til forslagene om å innføre en ny administrativ sanksjon for foretak, «sivilrettslig bot», og om å legge økt vekt på sanksjonering av foretak, men understreker behovet for at oppfølging av Konkurranselovutvalgets utredning og Sanksjonsutvalgets utredning blir koordinert der disse har berøringspunkter.

Derimot kan Riksadvokaten ikke se at det foreligger slike særlige forhold på konkurranseområdet at prinsippene for sanksjonsvalg skal være andre her enn ellers ved overtredelser av særlovgivningen. Således bør de alvorligste overtredelser ikke sanksjoneres administrativt, men behandles av strafferettsapparatet. Riksadvokaten viser til mindretallets uttalelse i utredningen side 128. Konkurranselovbrudd vil ofte være alvorlig økonomisk kriminalitet, og det er svært uheldig om det etableres et slags strafferettslig amnesti for foretak ved slike overtredelser. Riksadvokaten kan heller ikke se at det er grunn til at det personlige straffansvar skal være sekundært i forhold til foretaksstraffen, slik utvalgets flertall tilrår. Det kan, på konkurranseområdet som på andre forvaltningsområder, være spesielle omstendigheter i den enkelte sak som gjør det naturlig å reagere med foretaksstraff alene, selv om også straffbarhetsbetingelsene er oppfylt for en eller flere enkeltpersoner. Det er imidlertid et langt stykke herfra og til å oppstille som alminnelig regel at det bare skal reageres overfor foretaket. Ved alvorlige overtredelser må utgangspunktet være at reaksjon skal ilegges både overfor foretaket og overfor de ansvarlige enkeltpersoner.

Riksadvokaten kan ikke gi sin tilslutning til at den administrative sanksjonen kalles bot. Bot er en innarbeidet reaksjonsform i strafferetten, jf. straffeloven § 15 og §§ 27–28, og betegnelsen bør fortsatt være forbeholdt bot som formell straff. Riksadvokaten viser i denne forbindelse til Sanksjonsutvalgets

forslag om bruk av betegnelsen «*overtredelsesgebyr*» (som beskrevet ovenfor) og gir sin tilslutning til dette.

Etter Riksadvokatens syn kan gode grunner tale for at man også på konkurranseområdet trekker konsekvensen av at overtredelsesgebyr ikke er formell straff og utformer reglene slik at overtredelsesgebyr kan ilegges av Konkurransetilsynet ved enkeltvedtak. Riksadvokaten mener derfor at ved bruk av forelegg som foreslått av utvalget i ny § 7–2 tredje og fjerde ledd bør søksmålsbyrden ligge på den som vil bestride et vedtak om overtredelsesgebyr. Hensynet til effektiv håndheving tilsier at dette bør gjelde ved administrative sanksjoner på samme måte som ved forvaltningsvedtak ellers, samtidig som hensynet til rettssikkerhet er godt ivaretatt gjennom saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven, den administrative klagerett og adgangen til domstolsprøving. Størrelsen på overtredelsesgebyret gir neppe tilstrekkelig grunn til å legge søksmålsbyrden på det offentlige. Til sammenligning nevnes at både tilleggsskatt etter ligningsloven og overlastgebyr etter vegtrafikkloven kan utgjøre meget store beløp, uten at man av den grunn har innført en foreleggsordning. Det må også kunne tillegges vekt at partene i konkurransesaker normalt er ressurssterke, både økonomisk og juridisk.

Økokrim mener det er lite realistisk at et sivilrettslig sanksjonsspor med et høyere bøtenivå skal gjøre håndhevingen mer effektiv, også når det foreligger kompliserte og alvorlige brudd på konkurranselovgivningen. Økokrim mener at lovforslaget på alle punkter i realiteten kompliserer oppdagelsen (med unntak av forslaget om lempning), samtidig som det konstateres at avdekkingsproblemene allerede i dag er så store at det er vanskelig å reagere overfor lovbrudd. Heves bøtenivået betydelig, vil motkreftene som håndhevingen stilles overfor øke og det må forventes at innsatsen for å tilsøre lovbruddene også vil øke betydelig. Økokrim vil derfor advare mot å innføre urealistiske sanksjonsmuligheter på dette særlig sårbare området.

Videre støtter ikke Økokrim uttalelsene fra flertallet i utvalget om at personansvaret skal være sekundært på konkurranserettens område. Det advares mot de meget betenkelige prinsipielle kriminalpolitiske signaler som dette gir og som er stikk i strid med utfallet av den prinsipielle gjennomgang av forholdet mellom foretaksstraff og personstraff som Stortinget foretok i begynnelsen av 1990-tallet. Tungtveiende kriminalpolitiske hensyn (rettferdighet, likebehandling, harmoni i systemet osv.) tilsier at det ikke innføres systemer på et område som avviker sterkt fra det som gjelder på andre områder. Økokrim mener videre at det vanskelig lar seg for-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

ene med vårt øvrige sanksjonssystem at de groveste forholdene bare skal medføre sivil bot og ikke straff. Det vil virke som en urimelig forskjellsbehandling dersom ressurssterke lovbrutere på dette området skal slippe straffansvar og la foretaket betale boten. Et slikt sanksjonsprinsipp bør ikke innføres uten å se endringen i sammenheng med sanksjonsbruken på andre områder. Økokrim fremhever at grove brudd på konkurranselovgevingen (anbudssamarbeid, priskarteller mv.) har samme modus og straffverdighet som grove bedragerier.

Økokrim bemerker også at personstraff hittil i liten grad har vært anvendt. Imidlertid vil en løsning med bruk av rent foretaksansvar i prinsippet ikke være forenlig med lovens forutsetning, hvoretter personansvaret skal være primæransvaret. Rent foretaksansvar kan bare brukes der hvor det av ulike grunner er vanskelig å finne de personer som er ansvarlige, eller skylden er fordelt på en måte som gjør at ansvaret pulveriseres. Det pekes på de prinsipielle betenkeligheter som ligger i et system hvor ressurssterke personer kan «forhandle bort» ansvaret for grove lovbrudd fordi politi og påtalemyndighet mangler ressurser. Tvert imot må grove brudd på konkurranselovgevingen behandles på lik linje med annen form for grov økonomisk kriminalitet også med hensyn til personstraff.

Videre mener Økokrim at forslaget fra et flertall i utvalget om å heve sanksjonsnivået betydelig, vil medføre at det blir vanskeligere å få avgjort saker utenfor domstolssystemet, noe som igjen vil føre til betydelig økning i ressursforbruket. Økokrim fremhever at det vanligvis har vært ansett enklere å føre saker gjennom det sivile sanksjonssporet. Når sivilrettslige bøter nå skal klassifiseres som «straff» etter EMK, vil fordelene med bruk av sivile sanksjoner bli betydelig mindre. Det må da antas at den preventive effekten i forhold til anvendte ressurser vil bli betydelig høyere ved bruk av straffesporet. Endelig vil Økokrim peke på at det strafferettslige sporet åpner for større grad av sanksjonsfleksibilitet. Når det foreligger brudd på konkurranselovgevingen vil ofte andre lovregler også være overtråd. En samlet vurdering av aktuelle lovbrudd, fleksibel anvendelse av ulike bestemmelser avhengig av bevisituasjonen og fleksibelt valg av sanksjoner mellom foretak og personer kan bare skje innenfor straffesporet.

Endelig viser Økokrim til at i praksis vil valg av sanksjonsspor avgjøres i samråd mellom Økokrim og Konkurransetilsynet etter en nærmere vurdering fra sak til sak. Det foreslås derfor at det utarbeides en anmeldelsesinstruks for Konkurransetilsynet slik man har gjort innenfor andre forvaltningsområder.

Konkurransetilsynet er enig med utvalget i de hensyn som anføres for å innføre regler om sivilrettslige bøter. Praksis har vist at det er vanskelig å få tilstrekkelig høye bøtestraffer mot foretak i konkurransesaker. Et annet forhold som med styrke taler for at Konkurransetilsynet gis kompetanse til å gi sivilrettslige bøter, er at saksbehandlingstiden må forventes å gå drastisk ned. I dag er det normalt at Konkurransetilsynet etter å ha etterforsket en sak i ett til to år, anmelder saken til Økokrim. Selv om sakene er ferdig etterforsket fra tilsynets side, vil Økokrim likevel regelmessig måtte foreta nye etterforskningsskritt, dels fordi det gjelder prosessuelle begrensninger for bruk av bevis Konkurransetilsynet har innhentet, og dels fordi Økokrim vil kunne vurdere deler av saken annerledes enn Konkurransetilsynet. Saksbehandlingen i Økokrim tar ofte minst like lang tid som i Konkurransetilsynet. Hvis Konkurransetilsynet selv kunne utferdige forelegg på sivilrettslige bøter, og eventuelt bringe sakene inn for retten, vil det kunne føre til raskere saksavgjørelser og bedre saksopplysning, fordi bevisene ville være ferskere og fordi man unngår dobbeltbehandling. Dette er viktig både for de involverte og av hensyn til allmennprevensjon. Videre vil forslaget om å gi Konkurransetilsynet adgang til å ilegge sivilrettslige bøter og bringe sakene inn for retten bidra til å gjøre sanksjonssystemet mer fleksibelt. Med gjeldende konkurranselov er det et problem at det ikke eksisterer noen god, praktisk mulighet for Konkurransetilsynet til selv å sanksjonere overtredelser av konkurranselovgevingen. Det er imidlertid viktig at også adgangen til å anmelde overtredelser til påtalemyndigheten beholdes. Anmeldelse med påfølgende strafferettslig sanksjonering vil i flere tilfeller kunne vise seg å være den mest effektive sanksjonsmåte, for eksempel der det er viktig med sanksjonering både mot foretak og personer, eller der konkurransekriminalitet er vevd sammen med andre straffbare forhold som Konkurransetilsynet ikke har kompetanse til å forfølge.

Videre mener Konkurransetilsynet at muligheten for sanksjoner mot foretak bør styrkes, men ønsker prinsipielt ingen svekkelse av muligheten til sanksjonering mot personer. Tilsynet er enige med mindretallet i utvalget om at det ikke på generelt grunnlag kan avgjøres om strafferettslige bøter eller sivilrettslige bøter vil innebære den mest effektive sanksjonering mot foretak som overtrer konkurransereglene. Det er viktig at den foreslåtte fleksibiliteten i valget mellom sivilrettslige og strafferettslige sanksjoner bevares.

Konkurransetilsynet mener det vil være meget uheldig om det gis bindende føringer for hvilke saker som eventuelt skal anmeldes og hvilke som skal avsluttes med sivilrettslig bot. Konkurransetil-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

synet bør kunne vurdere dette fra sak til sak. Dette er også i tråd med Sanksjonsutvalgets anbefalinger i NOU 2003: 15 punkt 10.7 om at forvaltningen må overlates atskillig skjønn ved vurderingen av når anmeldelse er nødvendig for å ivareta de hensyn de aktuelle bestemmelser skal beskytte.

Videre er Konkurransetilsynet usikker på om utvalgets konklusjon om at en anmeldelse til påtalemyndigheten som henlegges ikke vil stenge for at Konkurransetilsynet kan forfølge saken og eventuelt ilegge sivilrettslige bøter, er riktig i forhold til alle henleggelsesgrunner. Det vises i denne forbindelse til NOU 2003: 15 Fra bot til bedring punkt 10.7.4.4 hvor spørsmålet om tilbakeføring til forvaltningen hvis påtalemyndigheten ikke reiser straffesak drøftes. Sanksjonsutvalget hevder at det i «enkeltilfeller kan være uklart om en henleggelse kan regnes som frifinnelse i forhold til forbudet mot gjentatt forfølgning i EMKs tilleggsprotokoll nr. 7 artikkel 4 og dermed sperre for en etterfølgende sanksjon». Sanksjonsutvalget foreslår på denne bakgrunn en ny avgjørelsesgrunn for påtalemyndigheten i tilbakeføringstilfellene og en ny bestemmelse i straffeprosessloven § 71b.

Konkurransetilsynet mener at det i konkurranse saker foreligger gode grunner for å gjøre unntak fra den alminnelig hovedregelen om offentlig påtale. I praksis har alle straffesaker som gjelder overtredelser av konkurranseloven blitt initiert av en anmeldelse fra Konkurransetilsynet. Å gjøre påtale betinget av anmeldelse fra Konkurransetilsynet vil derfor bringe den formelle påtaleregelen i samsvar med den reelle. I tillegg vil dette legge til rette for at Konkurransetilsynet kan gi garanti om lempning. En regel om at påtale skal være betinget av anmeldelse fra Konkurransetilsynet, er også i samsvar Sanksjonsutvalgets forslag om en generell regel i straffeloven om at en overtredelse som kan medføre administrativ sanksjon bare er undergitt offentlig påtale når forholdet er anmeldt av forvaltningen eller det foreligger allmenne hensyn.

Den Norske Advokatforening (Advokatforeningen) mener at forslaget som utvalget legger opp til med flere parallelle «sanksjonsspor» innebærer uheldige konsekvenser, både for markedsaktørene og konkurransemyndighetene. Advokatforeningen mener det er svært viktig at en ny lov med så stor viktighet som konkurranseloven ikke vedtas uten at den blir gjenstand for vurdering av sanksjonsspørsmålet som det legges opp til i innstillingen fra Sanksjonsutvalget i NOU 2003: 15 Fra bot til bedring.

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) mener at det preventive aspektet ved sanksjonssystemet ivaretas i tilstrekkelig grad gjennom den nye sank-

sjonen sivilrettslige bøter. NHO mener derfor at det ikke er behov for å videreføre reglene om foretaksstraff ved brudd på konkurranseloven. Videre mener NHO at personsstraff ikke bør videreføres ved brudd på den nye konkurranseloven, i tillegg til innføringen av det nye sivilrettslige sanksjonsmidlet. Det legges uansett til grunn at når personansvaret er ment å være sekundært, er det usikkert hvilket selvstendig bidrag dette vil gi til håndhevelsen.

8.3.3 Departementets vurderinger

Departementet viser innledningsvis til høringsuttalelsen fra Justisdepartementet og Riksadvokaten, hvor det foreslås at betegnelsen «sivilrettslige bøter» ikke skal brukes i den nye konkurranseloven. I samsvar med dette vil departementet foreslå at termen «sivilrettslige bøter» erstattes med «overtredelsesgebyr» i den nye konkurranseloven. Dette er i samsvar med departementets oppfatning av at overtredelsesgebyret ikke er straff etter Grunnloven § 96.

I dag står konkurransemyndighetene i praksis overfor valget mellom enten å anmelde med sikte på en strafferettslig reaksjon eller å gi en advarsel (innskjerping) for overtredelser av konkurranseloven. Det gjeldende sivilrettslige virkemidlet, vinningsavståelse, er som nevnt hittil ikke benyttet. Departementet mener derfor at det er behov for et nytt og mer fleksibelt sanksjonssystem for brudd på konkurranseloven. Forslaget om nye materielle konkurranseregler som fører til at flere forhold vil bli forbudt, taler også for en innføring av et mer finmasket reaksjonssystem enn det som følger av dagens konkurranselov. Videre legger departementet vekt på at i andre land i EØS-området har konkurransemyndighetene i stor utstrekning kompetanse til å ilegge sivilrettslige bøter av meget betydelig størrelse, ofte etter et nokså standardisert takstsystem. Også hensynet til en harmonisering med reglene i EØS og mange andre lands sanksjoner ved brudd på konkurransereglene taler for en styrking av reaksjonsmulighetene overfor foretak, herunder strengere reaksjoner.

Som nevnt i punkt 8.2 har Sanksjonsutvalget i NOU 2003: 15 vurdert hvilke typer overtredelser som egner seg for administrativ forfølgning i stedet for å bli forfulgt med straff. Deres anbefaling er at administrative sanksjoner i form av blant annet bøter bør benyttes der det er nødvendig med en sanksjon, men hvor overtredelsen ikke er så alvorlig at det bør reageres med straff. Utvalget peker på en del momenter for hvorledes alvorlighetskriteriet (kvalifikasjonskravet for straffbarhet) bør gjennomføres. Spørsmålet er med andre ord hva som skal til

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

for at en overtredelse bør anses for å være så alvorlig at straff bør anvendes. Utvalget tar utgangspunkt i at kvalifikasjonskravet er relativt og at det vil variere fra handlingsnorm til handlingsnorm hvor mye som skal til. Ved bedømmelsen av om overtredelsen er vesentlig ser utvalget særlig hen til overtredelsens omfang og virkning samt om overtredelsen er egnet til å skade de interesser handlingsnormen skal beskytte, og endelig graden av utvist skyld. Ved gjentakelse mener utvalget at det kan være grunn til å anvende straff selv om den nye overtredelsen ikke i seg selv er vesentlig. For nærmere omtale vises til kapittel 10 i NOU 2003: 15.

Departementet mener i samsvar med Konkurranselovutvalgets forslag at det er behov for en vidtgående administrativ sanksjon i form av et overtredelsesgebyr overfor foretak på konkurranserettens område. Dette vil etter departementets mening føre til en mer effektiv håndheving av den nye konkurranseloven. Departementet mener også at den faglige kompleksitet som ofte foreligger i saker om brudd på konkurranseloven tilsier at Konkurransetilsynet som fagmyndighet bør ta hånd om disse. Departementet legger også vekt på at rekkevidden av forslaget fra Konkurranselovutvalget om innføring av overtredelsesgebyr overfor foretak vil være i tråd med rettstilstanden i EU/EØS og i andre europeiske land. Det vil videre være fordelaktig med harmoniserte sanksjonsregler siden den norske konkurranselovgivning harmoniseres med EØS-avtalens konkurranseregler for foretak.

På denne bakgrunn slutter departementet seg til utvalgets vurderinger og forslaget om innføring av overtredelsesgebyr overfor foretak i den nye konkurranseloven. Forslaget har også bred støtte blant høringsinstansene. Forslaget om innføring av et overtredelsesgebyr overfor foretak vil etter departementets oppfatning være et hensiktsmessig virkemiddel for å søke å føre en mer effektiv kontroll med skadelige konkurransebegrensninger.

Departementet slutter seg til utvalgets vurdering av at overtredelsesgebyr er å anse som straff i forhold til EMK artikkel 6.

Som utvalget foreslår departementet at alle overtredelser av den nye konkurranseloven i utgangspunktet skal kunne sanksjoneres med et overtredelsesgebyr, jf. utkastet § 29 første ledd. På bakgrunn av departementets forslag til meldepliktsregler, anbefales at det også skal kunne ilegges overtredelsesgebyr ved brudd på den generelle meldeplikten i § 18 første ledd.

Departementet slutter seg videre til utvalgets vurderinger og forslår at det må påvises en forsettlig eller uaktsom overtredelse fra foretaket eller av

en som handler på vegne av foretaket, for at det skal kunne ilegges overtredelsesgebyr etter § 29. Departementet er imidlertid ikke enig med utvalget i at det må kreves sterk sannsynlighetsovervekt for å fatte vedtak om overtredelsesgebyr. Det foreligger ikke særlige hensyn i slike saker som tilsier at det skal oppstilles spesielle krav til bevisets styrke, ut over det som følger av alminnelige bevisregler i sivile saker. I saker om overtredelse av konkurranseloven vil samfunnets og forbrukernes interesse i riktig pris, stå mot foretakenes interesse i ikke å bli bøtelagt for noe de ikke har gjort. Etter departementet vurdering bør ikke denne avveiningen vektet skjævt, med mindre vekt på hensyn til samfunnet og forbrukerne. Overtredelse av konkurranseloven innebærer at en eller flere næringsdrivende beriker seg på samfunnets og forbrukernes bekostning. Behovet for å fravike alminnelige sivilprosesserettslige bevisregler avhenger av om en, slik som i straffeprosessretten, vurderer en feilaktig dom i den påståtte overtredersens disfavør som verre enn en feilaktig dom i forbrukernes og samfunnets disfavør. I forhold til en slik fleksibel sanksjon som overtredelsesgebyr er ment å være, ser departementet ingen grunn til at loven skal ta som utgangspunkt at uriktige avgjørelser i forbrukernes disfavør er å foretrekke fremfor uriktige avgjørelser til skade for et uskyldig foretak.

Det har vært reist spørsmål ved om administrativt ilagte sanksjoner av denne typen står seg i forhold til forbudet i Grunnloven § 96 mot straff uten dom. Etter departementets vurdering går det foreslåtte overtredelsesgebyret klar av forbudet, og departementet viser forøvrig til Sanksjonsutvalgets drøftelse av forholdet mellom sivile sanksjoner og Grunnloven § 96, se NOU 2003: 15 side 57 og 58.

Det fremkommer i departementets utkast til § 29 at et foretak som er ilagt et overtredelsesgebyr ikke kan påklage vedtaket til departementet. Den som vil prøve et slikt vedtak må gå til søksmål mot staten. I saker om overtredelsesgebyr kan retten prøve alle sider ved saken og treffe realitetsavgjørelse, slik som ved en forvaltningsmessig klagebehandling. Slik departementet ser det, er en domstol bedre egnet enn departementet til å behandle disse sakene. Når partene kan bringe saken direkte inn for domstolene vil de også få en endelig avgjørelse på et tidligere tidspunkt, enn hvis de hadde vært nødt til å gå veien om departementet. Det er også trolig at partene i saker om overtredelsesgebyr har større tillitt til prosessen ved en domstol, enn ved klagebehandling i departementet.

Departementet foreslår at Konkurransetilsynets vedtak skal være tvangsgrunnlag for utlegg. Videre anbefales at foretakene skal gis en frist på to måne-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

der til å betale overtredelsesgebyret. Det innebærer at vedtaket har tvangskraft etter to måneder og kan inndrives etter reglene i tvangsfullbyrdelsesloven. Etter departementets syn bør imidlertid tvangskraften suspenderes dersom foretaket går til søksmål mot Konkurransetilsynet for å prøve vedtaket.

Enkelte av høringsinstansene har vært kritiske til bruken av begrepet «forelegg». Med den løsningen departementet nå foreslår er det ikke lenger aktuelt å bruke dette begrepet.

Som Konkurranselovutvalget foreslår departementet i utkastet § 29 sjette ledd at Kongen gis adgang til å fastsette nærmere regler om beregning av overtredelsesgebyret i forskrift. Departementet støtter utvalget i at utmålingen av overtredelsesgebyret så langt som mulig bør harmoniseres med prinsippene i EU/EØS. For øvrig slutter departementet seg til de utmålingskriterier som utvalget viser til for fastsettelse av overtredelsesgebyr. Som utvalget foreslår departementet også at prinsippene for utmåling av overtredelsesgebyret skal fremgå av lovteksten, se utkastet til § 29 tredje ledd annet punktum.

Etter departementets forslag til straffebestemmelse i utkastet § 30 vil en overtredelse av § 10 foreldes etter 10 år. Øvrige overtredelser foreldes etter 5 år. Departementet anbefaler at de samme frister skal gjelde for å ilegge overtredelsesgebyr, jf. forslaget i § 29 femte ledd. Overtredelser av § 11 er ikke straffbart etter forslaget til straffebestemmelse, jf. § 30, og følgelig gjør ikke hensynet til like foreldelsesregler seg gjeldende. Departementet anbefaler at disse overtredelsene, i likhet med overtredelser av § 10, foreldes etter 10 år. Overtredelser av § 11 kan være vanskelig for tilsynet å få kunnskap om, samtidig som de kan ha pågått over lang tid. Departementet anbefaler også at fristreglene i straffeloven kapittel 6 bør anvendes analogisk så langt de passer.

8.4 Straff

8.4.1 Utvalgets forslag

Utvalget har vurdert hvilke type overtredelser som bør være straffbelagt etter den nye loven. Utvalget har som utgangspunkt at atferd som i dag er lovlig, ikke bør gi grunnlag for straffansvar i tradisjonell forstand. På den annen side ønsker utvalget heller ikke å avskjære adgangen til å ilegge straff for de grove og alvorlige overtredelsene som i dag kan straffes med bøter og/eller fengsel.

Atferd som i dag er forbudt etter konkurranseloven §§ 3–1 til 3–4 vil rammes av bestemmelsen om forbud mot konkurransebegrensende samar-

beid i forslaget § 3–1. Pris-, anbuds-, eller markedsdelingskarteller kan i mange tilfeller likestilles med grov økonomisk kriminalitet. Utvalget mener kartellenes konspiratoriske karakter i seg selv kan begrunne en kriminalisering. Hensynet til konsekvens i lovgivningen tilsier etter utvalgets mening at slike overtredelser bør kunne rammes med straff.

Utvalget er derfor kommet til at straffansvaret bør knyttes til de typer av overtredelser av forslaget § 3–1 som tilsvarer de forbudsbestemmelser loven inneholder i dag. Andre overtredelser av § 3–1 vil etter dette først bli gjenstand for straff dersom aktørene ikke overholder et påbud om opphør (se under).

Utvalget viser til at forhold som faller inn under forslaget § 3–2 ikke er forbudt etter gjeldende konkurranselov. Konkurransemyndighetene kan imidlertid gripe inn mot slik atferd etter konkurranseloven § 3–10. Overtredelse av et slikt inngrepsvedtak er straffsanksjonert. Utvalget peker videre på at forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i forslaget § 3–2 er meget vidt. Å konstatere markedsrett fordrer ofte en komplisert økonomisk analyse. Det kan derfor være vanskelig for det enkelte foretak å forutse om en handling er i strid med forbudet. Dette kan påvirke straffverdigheten av overtredelser. Utvalget peker også på at bestemmelsen kan reise kompliserte strafferettslige problemer angående grensene mellom rettslig og faktisk villfarelse.

Utvalget mener på denne bakgrunn at overtredelser av forslaget § 3–2 ikke skal sanksjoneres med straff i strafferettslig forstand. Dersom konkurransemyndighetene har truffet et vedtak etter forslaget § 3–3 første ledd med pålegg om opphør av konkurranseskadelig atferd etter §§ 3–1 og 3–2, bør det imidlertid ved overtredelser av påbudet være adgang til å straffe både personer og foretak etter de alminnelige regler.

I saker om foretakssammenslutninger foreslår utvalget at brudd på det automatiske gjennomføringsforbudet etter forslaget § 4–4 første ledd er straffbart. Det samme gjelder overtredelser av vedtak om inngrep etter § 4–1 og gjennomføringsforbud etter § 4–4 tredje ledd.

Utvalget mener det vil være lite praktisk å straffe overtredelse av meldeplikten etter forslaget § 4–3 første og tredje ledd, idet det ikke innføres noen frist for meldeplikten. Det automatiske gjennomføringsforbudet i forslaget § 4–4 første ledd gjelder for foretakssammenslutninger som omfattes av meldeplikten. Etersom overtredelse av gjennomføringsforbudet vil være straffbart, ser ikke utvalget grunn til å innføre straff for overtredelse av selve meldeplikten.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Utvalget mener at dagens straffesystem ved overtredelser av prosessuelle bestemmelser bør videreføres under den nye konkurranseloven. Dette innebærer at den som forsettlig eller uaktsomt unnlater å etterkomme pålegg om opplysnings- eller utleveringsplikt etter forslaget § 5–1, pålegg om bevissikring etter forslaget § 6–1 eller gir uriktige eller ufullstendige opplysninger kan straffes.

Utvalget foreslår også at medvirkning til straffbare overtredelser skal være straffbart.

Utvalget har delt seg i spørsmålet om straffesammenheng. Ved samarbeid om priser, anbud eller ved markedsdeling, foreslår *utvalgets flertall* at det kun skal være anledning til å ilegge bøter. Dersom det foreligger særlig skjerpene forhold bør straffen – som i dag – være bøter eller fengsel i inntil 6 år. Ved vurderingen av om særlig skjerpene forhold foreligger skal det særlig legges vekt på om overtredelsen er søkt holdt skjult, om den har voldt betydelig økonomisk skade, om lovovertræderen har foregitt eller misbrukt stilling eller oppdrag, om han har forledet allmennheten eller en større krets av personer, den vinning som lovovertræderen har hatt og omfanget av overtredelsen forøvrig.

Utvalgets mindretall mener flertallets forslag – uten nærmere begrunnelse – bryter med den lovtekniske oppbygging som benyttes ved straff for tilsvarende former for økonomiske kriminalitet. Mindretallet finner ingen grunn til å fravike normalsatsene på henholdsvis tre og seks år for overtredelse av straffbelagte bestemmelser i konkurranse-loven.

Mindretallet er heller ikke enig i at det skal være en særlig skjerpene omstendighet at overtredelsene er søkt holdt skjult. Etter mindretallets oppfatning vil alvorlige brudd på konkurranselovgivningingen – det vil si brudd på forbudet mot markedsdeling samt mot pris- og anbudssamarbeid – så godt som alltid skje på en fordekt måte. I praksis medfører dette at vilkåret om særlig skjerpene omstendigheter normalt vil være oppfylt ved slike lovbrudd. Mindretallet slutter seg derimot til at de øvrige tilfeller som omtales av flertallet kan utgjøre særlig skjerpene omstendigheter.

8.4.2 Høringsinstansenes merknader

Femten høringsinstanser har gitt uttrykk for et annet syn på reglene om straff enn utvalget har i sin innstilling. De øvrige høringsinstansene har enten sluttet seg til utvalgets forslag eller ikke kommentert reglene om straff.

Den norske Forleggerforening (DnF) mener sanksjoner bør rettes inn mot foretakene og ikke mot individer siden lovbruddene skjer i foretakenes

interesser. DnF viser videre til at bestemmelser i den alminnelige straffelovgivningingen vil være anvendelige mot de groveste overtredelsene, og til Sanksjonsutvalgets anbefaling om å avkriminalisere overtredelser hvor administrative sanksjoner er tilstrekkelig for å sikre etterlevelse.

Justisdepartementet (JD) har merket seg at det ikke kan reageres med straff ved overtredelse av den svenske konkurranseloven. De peker også på at det personlige straffansvaret etter gjeldende rett i liten grad har vært anvendt. Når JD likevel støtter utvalgets forslag om å videreføre det gjeldende systemet med personlig straffansvar ved siden av foretaksstraffen, skyldes dette i hovedsak at det ikke alltid er praktisk mulig å reagere med sanksjoner overfor foretak, samt at slike sanksjoner ikke alltid vil fungere effektivt. JD legger også stor vekt på at det ikke bør innføres særordninger på bestemte områder uten at sterke grunner taler for det. Ulike ordninger innenfor ulike kontrollområder vil kunne føre til urimelig forskjellsbehandling og til håndhevingsproblemer. Ulovlig prissamarbeid er en alvorlig form for økonomisk kriminalitet og JD mener det vil gi et svært uheldig signal hvis en på dette området ikke kunne risikere personlig straffansvar.

Justisdepartementet oppfatter det ikke som helt klart hva uenigheten i diskusjonen til utvalget om hvorvidt personstraffen skal være sekundær består i. JD har imidlertid merket seg mindretallets uttalelse om at et nytt sivilt sanksjonsspør bør benyttes for å sanksjonere lovbrudd som tidligere ikke var omfattet av lovens forbudsbestemmelser, og for å sikre effektive sanksjoner i saker som av forskjellige grunner ikke anmeldes til politiet. Alvorlige brudd på forbudsbestemmelsene bør etter mindretallets syn prinsipielt medføre en straffereaksjon, både i form av et individuelt straffansvar og i form av foretaksstraff mot de foretak som har oppnådd en ulovlig fortjeneste som følge av overtredelsene. Mindretallet synes med andre ord å mene at det enten i loven, i forskrift til loven, eller i en anmeldelsesinstruks bør gis regler om at alvorlige overtredelser skal overføres til politi og påtalemyndighet, mens flertallet synes å ønske en ordning hvor dette bare skal skje rent unntaksvis.

Justisdepartementet finner det noe vanskelig å forholde seg til utvalgets drøftelse av disse spørsmålene, idet problemstillingen(e) etter JDs mening er upresist formulert og verken flertallet eller mindretallet har utformet en klar konklusjon. I grove trekk synes både flertallet og mindretallet å mene at det skal være rom for et individuelt straffansvar i saker som gjelder brudd på konkurranseloven. Uenigheten går på hvor stor plass et slikt individuelt straffansvar skal ha i det nye sanksjonssystemet.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Justisdepartementet deler langt på vei mindretallets syn. Hensynet til ikke å innføre særordninger uten at sterke grunner tilsier det, jf. foran, taler i denne retningen. JD viser for øvrig til Økokrims høringsuttalelse til denne delen av forslaget, som departementet i det vesentlige slutter seg til.

Når dette er sagt, antar JD at innføringen av et nytt sivilrettslig sanksjonsspor vil kunne effektivisere håndhevelsen av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven. Det fremstår da som naturlig at reglene om foretaksstraff og individuelt straffansvar gis en noe mer tilbaketrukket rolle der dette er rimelig og hensiktsmessig.

Etter Justisdepartementets syn bør det uansett, enten i selve loven, i forskrifter til loven eller i en anmeldelsesinstruks, gis klare retningslinjer for hvilke saker som skal anmeldes og overføres til politi og påtalemyndighet. JD mener en anmeldelsesinstruks trolig er å foretrekke. Uavhengig av hvilken rolle det individuelle straffansvaret er tiltenkt i et fremtidig sanksjonssystem, er det viktig at man ikke ender opp med en tilfeldig praksis med hensyn til om det i den enkelte sak gjøres gjeldende et personlig straffansvar eller ikke. Hensynet til likebehandling i sanksjonssystemet trekker i denne retning. Det samme gjelder hensynet til klarhet i forholdet mellom konkurransemyndighetene på den ene siden og politi og påtalemyndighet på den andre. Til dette kommer at en slik klargjøring fremstår som nødvendig av hensyn til de foreslåtte lempningsreglene. Parter som vurderer å samarbeide med konkurransemyndighetene, må gis en viss forutberegnelighet med hensyn til om det er grunn til å tro at saken vil bli forfulgt strafferettslig eller ikke, for at disse reglene skal virke etter sin hensikt.

Justisdepartementet mener videre at en strafferamme med opp til 6 års fengsel for grove overtredelser er hensiktsmessig og i overensstemmelse med alvoret denne typen forbrytelser oppleves å ha i dagens samfunn. JD viser til at en slik strafferamme samsvarer med strafferammen for andre grove økonomiske forbrytelser som bedrageri, utroskap og dokumentforfalskning.

Etter JDs mening synes imidlertid spranget i strafferamme, fra bare bøter for simple overtredelser til fengsel inntil 6 år for grove, som uforholdsmessig stort. I tråd med JDs syn på det individuelle straffansvar, jf. foran, mener Justisdepartementet at straffen for de alminnelige forgåelser bør være bøter eller fengsel inntil tre år.

Riksadvokaten understreker behovet for at Arbeids- og administrasjonsdepartementets oppfølging av Konkurranselovutvalgets utredning og Justisdepartementets oppfølging av Sanksjonsutval-

gets utredning blir koordinert der disse har berøringspunkter. Særlig vil Riksadvokaten fremholde at straffebudene bør gis en utforming som begrenser bruk av straff til alvorlige eller gjentatte lovbrudd, og at et administrativt sanksjonssystem må gjøres så enkelt og oversiktlig som mulig, på tvers av de ulike forvaltningsområder. Således bør man ikke ha flere særordninger på det enkelte forvaltningsområdet enn det som er påkrevd ut fra virksomhetens egenart.

Etter Riksadvokatens oppfatning må utgangspunktet være at straff bare brukes der dette er nødvendig for å sikre tilstrekkelig grad av etterlevelse. Dette innebærer for det første at spørsmålet om kriminalisering må vurderes konkret for den enkelte handlingsnorm. For det andre bør strafflegging bare skje dersom denne vurderingen både konkluderer med at det er påkrevd med en sanksjon for å sikre etterlevelse og at denne sanksjonen må være straff. Dersom tilstrekkelig grad av etterlevelse kan oppnås ved administrative sanksjoner, er det således normalt ikke grunn til kriminalisering. Videre vil Riksadvokaten fremholde at det bør være en naturlig opptrapping av sanksjonssystemet, slik at de mindre alvorlige overtredelser sanksjoneres administrativt og de mer alvorlige medfører straff. Ved overtredelser som er alvorlige, vurdert ut fra de interesser som handlingsnormen skal beskytte, kan derfor kriminalisering være på sin plass selv om etterlevelse i og for seg også kan sikres ved administrative sanksjoner.

Utkastet til straffebud oppfyller etter Riksadvokatens syn kravet om konkret vurdering av hvilke handlingsnormer som bør kunne medføre straff.

Derimot kan Riksadvokaten ikke se at det foreligger slike særlige forhold på konkurransrettens område at prinsippene for sanksjonsvalg skal være andre her enn ellers ved overtredelser av særlovgivningen. Således bør de alvorligste overtredelser ikke sanksjoneres administrativt, men behandles av strafferettsapparatet. Riksadvokaten viser til mindretallets uttalelse i innstillingen, side 128. Konkurranselovbrudd vil ofte være alvorlig økonomisk kriminalitet, og det er etter Riksadvokatens mening svært uheldig om det etableres et slags strafferettslig amnesti for foretak ved slike overtredelser.

Riksadvokaten kan heller ikke se at det er grunn til at det personlige straffansvar skal være sekundært i forhold til foretaksstraffen, slik utvalgets flertall tilrår. Det kan, på konkurranserettens område som på andre rettsområder, være spesielle omstendigheter i den enkelte sak som gjør det naturlig å reagere med foretaksstraff alene selv om også straffbarhetsbetingelsene er oppfylt for en eller flere enkeltpersoner. Slik Riksadvokaten ser det, er

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

det imidlertid et langt stykke herfra og til å oppstille som alminnelig regel at det bare skal reageres overfor foretaket. Ved alvorlige overtredelser må utgangspunktet etter Riksadvokatens syn være at reaksjon skal ilegges både overfor foretaket og overfor de ansvarlige enkeltpersoner.

Riksadvokaten kan ikke gi sin tilslutning til flertallets utforming av straffebudet. På samme måte som ved de fleste andre former for økonomisk kriminalitet bør straffebudet bygges opp med et grundelikt (simpel overtredelse) med strafferamme bøter eller fengsel inntil tre år og en forhøyet strafferamme ved grov overtredelse på fengsel inntil 6 år. Riksadvokaten viser til Økokrims høringsuttalelse punkt 2.2. Videre vises til Straffelovkommisjonens delutredning VII (NOU 2002: 4 Ny straffelov) punkt 5.4 og 5.5.

Riksadvokaten gjør spesielt oppmerksom på at en strafferamme på bøter alene i grundeliktet, endog ved forsettlig overtredelse, bryter så sterkt med de strafferammer man ellers har ved sammenlignbare overtredelser, at det må betegnes som uakseptabelt.

Økokrim har en del betraktninger om forholdet mellom det sivilrettslige sanksjonssporet og straffesporet. Se nærmere om dette under punkt 8.2.3 om sivilrettslige bøter.

Økokrim er uenig i flertallets forslag til utforming av straffebestemmelsen, og synes den er uheldig og at den avviker fra tradisjonell utforming av straffebestemmelser. Etter Økokrims oppfatning bør den tradisjonelle oppbygging med strafferammer på tre og 6 år brukes også her, som vanlig er ved bedragerier (straffeloven §§ 270 og 271), utroskap (straffeloven §§ 275 og 276), skattesvik (ligningsloven §§ 12–1 og 12–2) mv. Det er ikke anført argumenter som tilsier spesielløsninger på konkurranserettsens område.

Advokatfirmaet Hjort (Hjort) er enig med utvalgets flertall i at sivilrettslige bøter bør være den primære sanksjonsform. Det vises til at sivilrettslige bøter har lavere beviskrav og vil kunne gi høyere bøter, og således vil ha større preventiv effekt. Hjort antar også at man vil få en raskere saksbehandling i det sivile sporet enn det man kan oppnå i det strafferettslige sporet. Hjort mener videre at man av pedagogiske hensyn bør lovfeste beviskravet. Endelig nevnes at det i EU ikke er hjemmel for å benytte individuell straff ved overtredelse av konkurranselovgivningen, og at bruken av individuell straff etter gjeldende konkurranselov har vært svært beskjeden. På denne bakgrunn støtter Hjort utvalgets flertall i å nedtone det individuelle straffansvaret.

Hjort stiller seg også tvilende til utvalgets be-

grunnelse for å ikke sanksjonere overtredelser av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, med straff. Hjort mener utvalgets innsigelser mot dette kan avhjelpest ved å pålegge Konkurransetilsynet en utvidet veiledningsplikt og/eller å fastsette en overgangsperiode tilsvarende det som ble gjort ved innføringen av § 3–3 i 1993 konkurranseloven.

Flyselskapenes Landsforening (FL) mener mulighetene i utvalgets forslag til å velge sanksjonsformer skaper koordineringsproblemer. FL anbefaler derfor at straffesanksjonene tas ut. Slik forslaget er utformet, mener FL at det vil være svært vanskelig og konfliktfylt for privatpersoner å uttale seg på vegne av bedriften. Dersom det likevel skal være bestemmelser om straff for individer, bør disse være sekundære i forhold til foretaksstraffen. Etter FLs syn bør foretaket stå i fokus, og ikke det enkelte individ.

Den norske Advokatforening (Advokatforeningen) mener at spørsmålet om illeggelse av straffetrettslige sanksjoner bør være gjenstand for en ny og grundig prinsipiell vurdering av hensyn til det øvrige lovarbeid som foregår innen strafferettens område.

Advokatforeningen viser til Straffelovkommisjonens innstilling om ny straffelov, NOU 2002: 4 Ny straffelov, hvor det understrekes flere steder at lovgiver bør rasjonalisere og være tilbakeholden med bruk av straff. Særlig gjelder dette innenfor særlovgivningen hvor det etter Straffelovkommisjonens syn i stor utstrekning bør kunne benyttes administrative reaksjoner i stedet for straff, se særlig innstilling kapittel 4 punkt 4.2.4.

I forbindelse med forslaget til ny konkurranselov mener Advokatforeningen spørsmålene Sanksjonsutvalget reiser har blitt viet for liten oppmerksomhet. I innstillingen kapittel 6 diskuteres hvilke sanksjoner som bør velges, men fokus er noe ensidig lagt på bruk av bøter, enten sivilrettslige eller strafferettslige. I den forbindelse diskuteres også spørsmålet om behovet for sanksjoner overhodet, spørsmålet om ansvaret skal være personlig eller bare på foretaket, samt om sanksjonene skal være sivile eller strafferettslige. I en viss utstrekning blandes disse spørsmål også sammen. Utvalget ender opp med å foreslå et dobbeltsporet system overfor foretak, hvoretter det skal kunne ilegges både sivilrettslige bøter og strafferettslige sanksjoner. Et slikt dobbeltsporet system strider etter Advokatforeningens oppfatning direkte mot sanksjonsutvalgets forslag.

Uten at det har vært anledning til å gå dypere inn i disse spørsmål i forbindelse med høringsuttalelsen, herunder hvorvidt administrative sanksjo-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

ner på dette området kan erstatte straff fullt ut, er det Advokatforeningens oppfatning at sanksjonssystemet i konkurranse-loven må vurderes på nytt i lys av Sanksjonsutvalgets innstilling. Det må være svært viktig at en ny lov med så stor viktighet som konkurranse-loven nå ikke vedtas uten at den blir gjenstand for en slik vurdering av sanksjonsspørsmålet som det legges opp til i innstillingen fra Sanksjonsutvalget.

Næringsmiddelbedriftenes Landsforening (NBL) ønsker størst mulig grad av harmonisering med EU, og at man derfor i Norge også bør begrense sanksjonene til et sivil- og forvaltningsrettslige regime. I lovforslaget foreslås det å beholde både straffansvar for foretak og straffansvar for personl som en sekundær sanksjon.

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) mener at straff som sanksjon reiser prinsipielle problemstillinger og bidrar til å skape unødig uklarhet i konkurranseprosessen. Det vises til at under konkurranse-loven 1993 har personstraff vært benyttet i svært liten utstrekning. Fengselsstraff har ikke vært brukt. Lovutvalget legger opp til at straff skal være et sekundært sanksjonsmiddel. Bakgrunnen for forslaget om sivilrettslige bøter er nettopp ønsket om å effektivisere håndheving av konkurranse-reglene, idet det pekes på at denne til dags dato ikke har vært tilstrekkelig effektiv.

Det preventive aspektet ved sanksjonssystemet ivaretas etter NHOs oppfatning i tilstrekkelig grad gjennom den nye sanksjonen sivilrettslige bøter. Noe selvstendig behov for å videreføre reglene om foretaksstraff ved brudd på konkurransereglene kan det på denne bakgrunn ikke være.

NHO reiser også spørsmål ved berettigelsen av regler om personstraff. Det vises til at utvalget selv anfører at den preventive virkningen av dette ansvaret er usikker, og at det er praktisk vanskelig å håndtere. Det er på det rene at eksistensen av et strafferettslig sanksjonsspor belaster det konkurranserettslige håndhevelsessystemet. Etter NHOs oppfatning vil dette bli mest effektivt der det rendyrkes innenfor et sivil- og forvaltningsrettslig regime, slik tilfellet er i EU.

Særlig uheldig mener NHO det er at de uklare grensene som har oppstått under nåværende konkurranse-lovs forbudsbestemmelser, videreføres. Høyesterett har riktignok gitt retningslinjer for tolkningen av forbudene, særlig eksisterende lovs § 3–3. Etter eksisterende lov er det imidlertid adgang til å oppnå avklaring med hensyn til et tiltaks lovliggjennom dispensasjonsadgangen i § 3–9. Når denne bortfaller, vil straffetrusse-len etter NHOs oppfatning virke uforholdsmessig, tatt i betraktning at det foreligger lite praksis som klargjør

hva som dekkes av «prissamarbeid, markedsdeling og anbudssamarbeid».

For NHOs del er det ønskelig om ekspertisen på konkurranserettsovertredelser samles innenfor ett organ. I dagens system vil det måtte skje parallell kompetanseoppbygging både i Konkurransetilsynet og Økokrim. Samarbeidet mellom Konkurransetilsynet og Økokrim reiser også, etter NHOs oppfatning, prinsipielle spørsmål om rekkevidden av Konkurransetilsynets informasjonsinnhentings-hjemler.

Så lenge straffansvaret er ment å være sekundært, det er usikkert hvilket selvstendig bidrag det gir til håndheving av konkurransereglene og det skaper komplikasjoner for det prosessuelle systemet, er det NHOs oppfatning at det ikke i tilstrekkelig grad kan forsvares å beholde straff som sanksjon. I denne forbindelse vises det særlig til NOU 2003: 15 Fra bot til bedring.

Etter NHOs oppfatning vil ikke straff nødvendigvis kunne forsvares i lys av Sanksjonsutvalgets anbefaling. Brudd på konkurransereglene i form av fordekte karteller må riktignok anses som alvorlige og samfunnsskadelige overtredelser. Straffetrusse-len kan imidlertid vanskelig ansees som nødvendig for å oppnå etterlevelse av loven. Siden sanksjonsutvalget også legger eksplisitt vekt på at straffetrusse-len må håndheves, gir det også et feil signal å beholde straff som en sekundær sanksjon der det samtidig iverksettes slagkraftige forvaltningsmessige virkemidler. Slik Konkurranselovutvalget påpeker, er det heller ikke noe strafferettslig system ved brudd på konkurransereglene i Sverige eller Danmark.

Finansnæringens Hovedorganisasjon (FNH) og *Sparebankforeningen i Norge* (Sparebankforeningen) mener tiden er inne for å fjerne straff som sanksjonsmiddel ved brudd på konkurranse-lovgivningen. De mener sivilrettslige bøter vil virke mer preventivt enn foretaksstraff, og kan vanskelig se hvorfor Konkurransetilsynet skulle ønske å gå veien om foretaksstraff isteden for å bruke sin kompetanse til å gi en sivilrettslig bot. FNH og Sparebankforeningen mener dette vil kunne føre til det paradokset at grove brudd på konkurranse-lovgivningen blir vanskeligere å sanksjonere på grunn av bevisreglene i straffesaker.

Hva angår det personlige straffansvar, mener FNH og Sparebankforeningen at straffeloven §§ 270 og 271a gir tilstrekkelig hjemmel til å ramme de mest alvorlige overtredelsene av loven. Det vises også til Sanksjonsutvalgets innstilling. FNH og Sparebankforeningen mener det vil være mest i tråd med denne å gå bort fra straff på konkurranse-rettens område.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

DnB Holding ASA (DnB) viser til at erfaringene med dagens lov tilsier at behovet for å anvende straff er lite. I EU/EØS kan det bare ilegges sivilrettslige bøter overfor foretakene. All erfaring tilsier at dette fungerer tilstrekkelig effektivt og at de allmennpreventive hensyn ivaretas på en god måte. Utviklingen i andre lands rett har gått bort fra bruk av straff og i retning av økt fokus på økonomiske sanksjoner mot foretakene.

DnB viser også til innstillingen fra Sanksjonsutvalget. Konkurranselovutvalgets forslag til sanksjonssystem bryter etter DnBs oppfatning på prinsipielle punkter med de anbefalinger dette lovutvalget presenterer. Årsaken synes å være at Konkurranselovutvalget ikke har vært tilstrekkelig oppmerksom på Straffelovkomisjonens og Sanksjonsutvalgets arbeid.

DnB går på bakgrunn av ovennevnte forhold inn for at straff som sanksjon ved overtredelse av konkurranseloven fjernes.

For det tilfelle at Arbeids- og administrasjonsdepartementet ikke ønsker å ta bort straff som sanksjonsmiddel, mener DnB at departementet nøye bør vurdere behovet for en ny utredning av sanksjonssystemet i lys av Sanksjonsutvalgets innstilling. Det må være svært viktig at en ny lov med så stor viktighet som konkurranseloven ikke vedtas uten at den blir gjenstand for en slik vurdering av sanksjonsspørsmålet som det legges opp til i innstillingen fra Sanksjonsutvalget.

Norsk Hydro (Hydro) mener i utgangspunktet at utvalgets opprydning i sanksjonssystemet er positiv. Hydro savner imidlertid en bedre begrunnelse for å opprettholde strafferettslige sanksjoner. Hydro nevner i denne forbindelse at de preventive hensyn ivaretas i tilstrekkelig grad gjennom de sivilrettslige bøkene. Ettersom utvalget legger opp til at straff skal være et sekundært sanksjonsmiddel, kan ikke Hydro se noe selvstendig behov for å videreføre regler om foretaksstraff ved brudd på konkurranselovgivningen.

Etter Hydros oppfatning er det mest hensiktsmessig å rendyrke sanksjonssystemet innenfor det sivilrettslige sporet. Hydro mener dette også vil løse de problemer lovforslaget skaper i forhold til fysiske personers prosessuelle rettigheter i etterforskningsfasen.

Konkurransetilsynet er enig i at ulovlig samarbeid om priser, anbud og markedsdeling er grov økonomisk kriminalitet som bør kunne gi grunnlag for strafferettslige sanksjoner. Konkurransetilsynet er således i utgangspunktet enig med utvalget i at straffansvar i tradisjonell forstand knyttes til overtredelser av forslaget § 3–1 første ledd som grovt sett tilsvarer forbudsbestemmelsene etter gjeldende konkurranselov.

Konkurransetilsynet viser til at utvalget har foreslått at straffebestemmelsen ikke skal omfatte overtredelser av forslaget § 3–2. Dersom Konkurransetilsynet har fattet vedtak om opphør av den konkurranseskadelige atferden, skal det være adgang til å straffe både personer og foretak for brudd på slikt vedtak. Selv om utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i enkelte tilfeller kan være like straffverdig som horisontale karteller, slutter Konkurransetilsynet seg til utvalgets forslag og begrunnelse.

Når det gjelder overtredelser av vedtak om inngrep mot foretakssammenslutninger etter forslaget § 4–1 og overtredelser av gjennomføringsforbud etter forslaget § 4–4, er Konkurransetilsynet enig i at bestemmelsene skal være straffsanksjonert. Konkurransetilsynet er videre enig i at utvalgets forslag om at overtredelser av meldeplikten etter § 4–3 første og tredje ledd ikke straffsanksjoneres, og slutter seg til utvalgets begrunnelse.

Konkurransetilsynet slutter seg videre til utvalgets forslag om at straffesystemet ved overtredelser av prosessuelle bestemmelser bør videreføres i den nye konkurranseloven, og at medvirkning skal være straffbart.

Hva gjelder strafferammen, er Konkurransetilsynet enig med utvalgets mindretall. Det er etter tilsynets mening ingen god begrunnelse for flertallets forslag om å fravike straffelovens normalordning og dagens ordning etter konkurranseloven med en strafferamme på henholdsvis tre og seks års fengsel. Konkurransetilsynet mener det er viktig, blant annet av preventive grunner, å beholde en trussel om fengselsstraff og mener det vil gi uheldige signaler dersom det innføres en ordning hvor det kun er de særlig alvorlige sakene som kan gi fengselsstraff for personer.

Ved vurderingen av om særlig skjerpende forhold foreligger, foreslår utvalgets flertall at det blant annet skal legges vekt på om overtredelsen er søkt holdt skjult. Konkurransetilsynet er her enig med mindretallet som fremhever at ulovlig samarbeid om priser, anbud og markedsdeling så godt som alltid vil bli forsøkt holdt skjult, og at dette vilkåret i praksis dermed alltid vil være oppfylt ved slike overtredelser.

Når det gjelder bøteutmåling, er Konkurransetilsynet enig med utvalgets flertall i at det er naturlig å se hen til utmålingsprinsippene for sivilrettslige bøter, slik at man kan oppnå en harmonisering med prinsippene og nivået i EU/EØS.

8.4.3 Departementets vurderinger

Som det fremgår av utvalgets forslag og høringsinstansenes merknader til både punkt 8.4 og 8.3, er

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

det delte meninger om bruk av straff for overtredelser av konkurranse-loven. Noen av høringsinstansene mener at det ikke bør være straff i det hele tatt, mens andre mener det bare bør være straff for personer. Utvalget har anbefalt å videreføre straff for både foretak og personer, men med en nedtoning av det individuelle straffansvaret.

Departementet mener at forslaget om overtredelsesgebyr overfor foretak bør innføres som et supplement til, og ikke til fortregning for, gjeldende strafferettslige sanksjoner ved overtredelser av konkurranse-loven. Videre mener departementet at forslaget om innføring av overtredelsesgebyr overfor foretak ikke skal føre til endringer i forholdet mellom personstraff og foretaksstraff. Departementet er derfor ikke enig i *utvalgets flertallsfor-slag* om at det tradisjonelle straffansvaret bør være sekundært i forhold til foretaksstraffen. I likhet med *utvalgets mindretall* og høringsuttalelsene fra *Justisdepartementet, Økokrim samt Riksadvokaten*, mener departementet at det vil stride mot de kriminalpolitiske hensyn som ligger til grunn for straffansvaret, dersom sanksjonen mot alvorlige brudd på konkurranse-lovgivningen bare skal avgjøres med en sivilrettslig sanksjon mot foretaket, mens de som har begått lovbruddene går fri. Departementet er enig med flertallet i at praktiske hensyn kan tillegges vekt ved valg av reaksjon, men ikke som begrunnelse for å redusere det personlige ansvar på prinsipielt grunnlag. Når dette er sagt, antar imidlertid departementet, i likhet med *Justisdepartementet*, at innføringen av et nytt sivilrettslig sanksjonsspor vil kunne effektivisere håndhevelsen av forbudsbestemmelsene i konkurranse-loven og at dette kan innebære at foretaksstraff og individuelt straffansvar gis en noe mer tilbaketrasket rolle der dette er rimelig og hensiktsmessig.

Departementet ser at det kan være hensiktsmessig å vurdere innført klarere retningslinjer for hvilke saker som skal anmeldes og overføres til politi og påtalemyndighet, for eksempel i form av en anmeldelsesinstruks. Men som påpekt av *Konkurransetilsynet* i deres uttalelse i forbindelse med høringen, må tilsynet overlates et betydelig skjønn ved vurderingen av når anmeldelse er nødvendig for å ivareta hensyn som de aktuelle bestemmelser skal beskytte. Departementet vil vurdere dette forslaget nærmere.

Hva gjelder spørsmålet om hvilke overtredelser som skal være belagt med straff, har departementet ingen innvendinger mot utvalgets utgangspunkt, om at atferd som i dag er lovlig, ikke bør gi grunnlag for straffansvar i tradisjonell forstand, og at man ikke bør avskjære adgangen til å ilegge straff for de grove og alvorlige overtredelsene som i dag kan

straffes med bøter og/eller fengsel. På den annen side finner departementet det lite heldig å bygge en sonndring mellom det straffbare og det ikke-straffbare på forbudene i konkurranse-loven 1993. I den første tiden etter at den nye loven trer i kraft, vil det ikke skape vanskeligheter å se hen til praksis under 1993-loven for å finne grensene for det straffbare. Men etter en tid vil dette ikke være særlig praktisk. Når man først har bestemt seg for å innføre et nytt regelsystem med nye forbudsregler, virker det lite helhetlig å knytte sanksjonene opp til det gamle systemet. Praksis etter 1993-loven viser også at det ikke er uproblematisk å fastlegge rekkevidden av forbudene. Systemet utvalget foreslår vil derfor heller ikke gi noen klare svar med hensyn til hva som er straffbart.

Etter departementets oppfatning vil de uheldige virkningene av å innføre straff som sanksjon for enhver overtredelse av utkastet § 10 være begrensede. Mange overtredelser av utkastet § 10 første ledd som ikke har negative samfunnsøkonomiske konsekvenser, eller der hvor de negative samfunnsøkonomiske konsekvensene er små, vil være unnatt etter utkastet § 10 tredje ledd. Departementet finner det lite hensiktsmessig å begi seg inn på en gradering av straffverdigheten for de enkelte type-ne overtredelser.

Departementet slutter seg i det vesentlige til utvalgets begrunnelse for å ikke sanksjonere overtredelser av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling med straff, jf. utkastet § 11. Overtredelser som faller inn under bestemmelsen er ikke forbudt etter gjeldende konkurranse-lov, og favner, som utvalget peker på, et vidt spekter av handlinger. Departementet er derfor enig med utvalget i at det for overtredelser av dette forbudet er tilstrekkelig med muligheten til å ilegge foretaket et overtredelsesgebyr.

Departementet er også enig med utvalget i at dersom konkurransemyndighetene har truffet et vedtak etter utkastet § 12 første ledd med pålegg om opphør av konkurranseskadelig atferd etter §§ 10 eller 11, bør det ved overtredelser av pålegget være adgang til å ilegge straff

Departementet slutter seg til utvalgets begrunnelse for forslaget om at brudd på det automatiske gjennomføringsforbudet etter utkastet § 19 første ledd skal være straffbart. Det samme gjelder overtredelser av vedtak om inngrep etter § 16 og gjennomføringsforbud etter § 19 tredje ledd.

På bakgrunn av departementets forslag til regler om meldeplikt, bør også brudd på den generelle meldeplikten, jf. § 18 første ledd, kunne sanksjoneres med straff. Departementet kan, i likhet med utvalget, imidlertid ikke se behovet for å straffe over-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

treddelse av meldeplikten etter forslaget § 18 tredje og fjerde ledd, all den tid det ikke innføres noen frist for denne meldeplikten, og overtredelse av gjennomføringsforbudet er straffbart.

Departementet er enig med utvalget i at straff ved overtredelser av prosessuelle bestemmelser bør videreføres under den nye konkurranseloven. Dette gjelder også for brudd på Konkurransetilsynets forseglinger i forbindelse med en bevissikring. Videre har departementet også anbefalt at overtredelser av forskrift gitt med hjemmel i § 14 skal være straffbare. Departementet har også anbefalt å si uttrykkelig at medvirkning til straffbare overtredelser skal være straffbart.

Departementet er imidlertid ikke enig med utvalget i at uaktsomme overtredelser skal kunne sanksjoneres med straff. I disse tilfellene vil overtredelsesgebyr være et mer passende sanksjonsmiddel. Skyldkravet er derfor foreslått kun å omfatte de grovt uaktsomme og de forsettelige overtredelser.

Departementet har ikke funnet grunn til å avvike fra de alminnelige reglene for foreldelse i straffeloven kapittel 6.

Strafferammen

Utvalgets flertall har foreslått at det ved overtredelser som hovedregel kun skal være anledning til å ilegge bøter, men hvis det foreligger særlig skjerpene omstendigheter kan man anvende bøter eller fengsel i inntil 6 år. Departementet har, i likhet med mindretallet, problemer med å se begrunnelsen for at det skal være en slik særordning på konkurranserettens område. Departementet mener videre at en strafferamme på opp til 6 år ikke er nødvendig for flertallet av overtredelsene. Departementet anbefaler derfor at straffen skal være bøter eller fengsel i tre år – uten mulighet til å øke straffen til seks år hvis det foreligger særlig skjerpene omstendigheter. For overtredelse av § 10 har departementet imidlertid gjort et unntak og videreført strafferammen, slik at straffen her er bøter eller fengsel i inntil seks år hvis det foreligger særlig skjerpene omstendigheter.

I vurderingen av om det foreligger særlig skjerpene forhold, har departementet gjort enkelte tilpasninger i forhold til utvalgets forslag i hvilke momenter som skal vektlegges. Ettersom departementet har utvidet området for det straffbare etter § 10, vil det for eksempel være relevant om overtredelsen har vært søkt holdt skjult.

8.5 Lempning

8.5.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår innført en lempningsregel i § 7–4 for alle saker som gjelder overtredelse av forslaget om forbud mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak. Utvalget mener at regler om sanksjonslempning vil effektivisere kontrollen med forbudet mot konkurransebegrensende avtaler. Det foreslås gitt adgang til hel eller delvis nedsettelse av sivilrettslige bøter etter utvalgets forslag til § 7–2 og straff etter forslaget § 7–3.

Utvalget peker på at dagens bestemmelse om straffnedsettelse i straffeloven § 59 ikke innebærer at en kartelldeltaker som gir Konkurransetilsynet eller påtalemyndigheten informasjon om et kartell noen garanti for at retten faktisk reduserer straffen, ettersom det er opp til domstolen i det enkelte tilfellet å avgjøre dette i forbindelse med straffutmålingen. Etter utvalgets mening gir derfor ikke gjeldende rett tilstrekkelig insentiver for aktørene til å bistå myndighetene med å avdekke karteller.

Utvalget viser til en allmenn oppfatning om at samarbeid mellom foretak om felles pris, anbud eller markedsdeling er de mest skadelige konkurransebegrensningene for forbrukere og samfunnsøkonomien. De mener derfor at det er en viktig oppgave for konkurransemyndighetene å avsløre slike samarbeid og bringe dem til opphør. Ettersom det ligger i kartellets natur at det holdes skjult, er det imidlertid en vanskelig oppgave for konkurransemyndighetene å avsløre kartellsamarbeid. Kartellsamarbeid er en form for organisert kriminalitet som kjennetegnes ved at flere gjerningsmenn går sammen om en forbrytelse. En tilståelse fra en av kartelldeltakerne kan medføre at andres overtredelser blir oppdaget. Utvalget mener derfor at regler om sanksjonslempning vil være effektivt i kartellsaker. Lempning er også et effektivt virkemiddel fordi kartellvirksomhet normalt dreier seg om vedvarende ulovlig prissamarbeid, ikke om enkeltstående episoder. En tilståelse vil altså ikke bare bety at forbrytere får sin straff, med de mulige avskrekkende virkninger dette kan ha, men vil også stoppe et pågående forbrytersk samarbeid.

Utvalget viser til at etter økonomisk teori er karteller ansett som grunnleggende ustabile. Det vil som regel være fordelaktig for forbundet med å bryte ut av et kartell, fordi det foretaket som gjør det vil kunne øke sine markedsandeler på bekostning av de øvrige deltakere ved å bryte kartellavtalen. Situasjonen kan også være den at et foretak som deltar i et kartell får ny ledelse, og at den nye ledelsen ikke ønsker å være med på det lovbrudd som den forri-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

ge ledelsen la opp til. Siden kartellavtalen ikke er rettslig forpliktende, vil det være andre forhold enn avtalerettslige forpliktelser som avholder kartell-deltakerne fra å bryte ut. Slike forhold kan være frykt for ikke-rettslige sanksjoner fra de øvrige kartell-deltakerne, men også frykten for rettslige sanksjoner fra konkurransemyndighetene for brudd på konkurransereglene. Slik sett mener utvalget at straffetrusselen faktisk vil virke som et hinder mot at kartell-deltakere bryter ut, og dermed stabiliserende på karteller som allerede er etablert.

Videre viser utvalget til at det i Konkurransetilsynets rapport 01/2001 «Sanksjonering – er det verdt prisen?» anbefales innført en ordning med sanksjonslempning i den norske konkurranseloven.

Utvalget peker også på Kommisjonens positive erfaringer med bøtefritak eller bøtenedsettelse i de senere årene.

Endelig viser utvalget til at mange land allerede har innført programmer for hel eller delvis lempning av sanksjoner for deltagere som avslører kartellsamarbeid overfor konkurransemyndighetene.

På denne bakgrunn mener utvalget at lempningsregler også kan være et nyttig virkemiddel i Norge. I tillegg taler etter utvalgets mening hensynet til en harmonisering med EU/EØS-reglene i seg selv for å innføre regler om sanksjonslempning.

Utvalget peker på at en ulempe ved et lempningssystem er at dette innebærer en fravikelse av prinsippet om likebehandling ved ileggelse av reaksjoner for lovbrudd. Systemet innebærer også en risiko for falske anklager eller feilaktige opplysninger. Imidlertid mener utvalget at deres forslag til krav om at kartell-deltakeren som gir opplysninger skal medvirke lojalt under hele etterforskningen, vil medføre at denne har en stor interesse av å gi korrekte opplysninger. Ved domstolsprøvelse vil det i tillegg være opp til domstolene å bedømme bevisverdien av de opplysninger som påberopes.

I tråd med sitt forslag om innføring av sivilrettslige bøter i den nye konkurranseloven foreslår utvalget at bestemmelsen om sanksjonslempning innføres både i det strafferettslige og i det sivilrettslige sporet. Ved sivilrettslige bøter er det opp til Konkurransetilsynet å bestemme om de skal utferdige forelegg, og det kan fritt fastsette, herunder lempe, botens størrelse. I dette sporet ligger det etter utvalgets mening godt til rette for å innføre regler om sanksjonslempning slik som i EU/EØS og i Sverige. Utvalget presiserer at hvis ikke lempningsprogrammet også skal gjelde i straffespor, vil imidlertid trusselen om straffsanksjonering kunne redusere aktørenes insentiver til å samarbeide med

myndighetene. For selv om Konkurransetilsynet innrømmer foretaket sanksjonslempning, er det fremdeles en risiko for at personer som er involvert i overtredelsen blir straffet. Utvalget legger derfor til grunn at om et lempningsprogram skal ha ønsket effekt, må det fremstå forutsigbart for de som skal bidra til myndighetenes avsløring av karteller. Dette forutsetter at de som ønsker å oppnå lempning i det sivile sporet, bør ha rimelig grad av sikkerhet for at det strafferettslige sporet ikke kommer til anvendelse. En slik beslutning må treffes av påtalemyndigheten. Noen slik garanti kan ikke gis med mindre lempningsadgangen innføres i begge sanksjonsspor, og både tilsynsmyndighetene og påtalemyndigheten kobles inn.

Etter utvalgets forslag er det opp til konkurransemyndighetene og påtalemyndigheten i hver enkelt sak å bestemme hvor stor sanksjonslempningen skal være. Skal sanksjonslempning virke slik at det fjerner risikoen for straff ved å bryte ut av et kartell, må den potensielle utbryteren ha mulighet til å få løfte om lempning i forkant av prosessen. Konkurransetilsynet vil være det naturlige stedet for en potensiell utbryter å henvende seg. Ved overtredelser hvor det kan være aktuelt med straff etter § 7–3, enten på grunn av overtredelsens art eller fordi det er aktuelt med personstraff, forutsettes det at Konkurransetilsynet kobler inn påtalemyndigheten. Konkurransetilsynet og påtalemyndigheten må ha adgang til å gi bindende forhåndstilsagn til en som ønsker å legge kortene på bordet om sanksjonslempning. Dette vil dels kunne bli oppnådd ved tilpasning av opportunitetsprinsippet, det vil si at sak om sivilrettslige bøter eller straff ikke kommer i gang uten aktive skritt fra henholdsvis Konkurransetilsynet eller påtalemyndigheten. Siden det i dag er et straffeprosessuelt prinsipp at påtalemyndigheten har plikt til å påtale ethvert alvorlig lovbrudd, må det sies klart i loven at påtalemyndigheten i nærmere bestemte tilfeller som ledd i en sanksjonslempning kan unnlate å påtale et lovbrudd.

I de tilfelle hvor det ikke er aktuelt med helt bortfall av sanksjoner, må det legges til rette for at det kan gis løfte om en maksimal sanksjon som vil bli anvendt overfor den som medvirker til oppklaring. I forhold til sivilrettslige bøter fastsetter § 7–2 fjerde ledd fjerde punktum at retten ved en sak om sivilrettslig bot ikke kan fastsette en bot som er høyere enn forelegget. Det samme ville fulgt av tvistemålsloven § 82, som fastsetter at domstolene i sivile saker som hovedregel ikke kan gå utenfor partenes påstander. Begrunnelsen for at dette også presiseres i konkurranseloven, er hensynet til sanksjonslempning. I straffesaker er regelen at retten står

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

fritt i forhold til aktors påstand, slik at det også kan utmåles en høyere straff enn påstått. Skal sanksjonslempning bli virkningsfull må det derfor presiseres at retten ikke kan utmåle en høyere straff enn det påtalemyndigheten har påstått, jf. utvalgets forslag til § 7–4 annet ledd.

Utvalget foreslår i § 7–4 tredje ledd at hovedregelen om lempning lovfestes, men at den nærmere utformingen av bestemmelsen skjer gjennom forskrift. Forskriftshjemmelen foreslås lagt til Kongen. Utvalget peker også på en del momenter som erfaringsmessig preger lempningsprogrammer der de er i bruk, og som de mener bør ligge til grunn for den norske forskriften om lempning. For det første er det en forutsetning at reglene om lempning er forutberegnelige og oppleves som troverdige. Den som vurderer å avsløre kartellet må i stor grad kunne forutse sin rettsstilling og vite hva han kan forvente av reaksjon fra myndighetenes side. Både i USA og i EU/EØS er det regler som gjør det mulig for en kartelldeltaker å beskrive forholdet hypotetisk, og derigjennom få en foreløpig vurdering av om vilkårene vil være oppfylt.

Videre er det et felles trekk ved programmene for sanksjonslempning i andre land, at det bare er den som kommer først som kan få fullt fritak for sanksjoner. Bakgrunnen for dette er at regelen skal skape mistro blant kartellets medlemmer og dermed gjøre kartellet ustabil. Hver kartelldeltaker må regne med at en annen deltaker når som helst går til konkurransemyndighetene. En deltaker kan da finne det bedre å gå til myndighetene før andre medlemmer gjør det. Utvalget antar at den som oppnår full sanksjonslempning må være den første kartelldeltakeren som gir slike opplysninger til myndighetene. I utgangspunktet skal kartelldeltakeren gi opplysninger til konkurransemyndighetene før myndighetene har startet etterforskningen av et kartell. Det kan imidlertid tenkes tilfeller der myndighetene har startet en etterforskning av et kartell, men der de ikke har tilstrekkelig med bevismateriale. Det kan være nyttig å anvende en regel om sanksjonslempning også i slike tilfeller, fordi det kan føre til at myndighetene får det bevismaterialet som er nødvendig for å felle kartellet.

Utvalget viser videre til at det i EU/EØS og i andre land er gjort unntak fra reglene om sanksjonslempning der kartelldeltakeren har vært initiativtakeren, eller har hatt den ledende stillingen i kartellet. En regel om at det ikke gis lempning til initiativtakerene, vil forhindre støtende resultater av regelen i tillegg til at en risikerer at det bare blir gitt små sanksjoner til de mindre deltakerne i kartellet. Utvalget mener at uten et slikt unntak vil regelen om sanksjonslempning bli mindre effektiv og

ha mindre preventiv effekt. Det må imidlertid klargjøres hvem som skal betraktes som initiativtaker og hva som ligger i begrepet ledende stillinger.

Videre mener utvalget at det bør være et vilkår for sanksjonslempning at kartelldeltakeren som gir opplysninger, medvirker lojalt og samarbeider fullt ut med konkurransemyndighetene. Dette er en forutsetning for at myndighetene skal få tilstrekkelig informasjon slik at kartellet kan opphøre. I den forbindelse må det tas stilling til hvilke krav som stilles til medvirkning. Kravet må være så tydelig at hensynet til forutberegnelighet blir ivaretatt. I tillegg må kravet utformes på en slik måte at det ikke kommer i strid med rettssikkerhetskravet som innebærer at en mistenkt ikke skal være nødt til å inkriminere seg selv.

Utvalget mener også at det må være et vilkår at foretaket som gir opplysninger avslutter sin ulovlige virksomhet umiddelbart etter at opplysningene er gitt.

For nærmere om utvalgets vurderinger og forslag viser departementet til punkt 6.7 i kapittel 6 om sanksjoner og omtalen av § 7–4 om lempning i kapittel 13 om merknader til de enkelte paragrafer.

8.5.2 Høringsinstansenes merknader

Et flertall av høringsinstansene støtter forslaget om å innføre en lempningsregel i den nye konkurranseeloven.

Justisdepartementet (JD) går sterkt i mot utvalgets forslag om å innføre en lempningsregel i den nye konkurranseeloven. Det vises til at forslaget om at domstolen i en straffesak ikke skal kunne fastsette en bot som er høyere enn aktors påstand, jf. utkastet § 7–4 annet ledd sett i sammenheng med den foreslåtte bestemmelsen om lempning i første ledd, åpner for såkalt «plea bargaining» i straffesaker i en form som til nå har vært nokså fremmed for norsk rett. Etter JDs syn hefter det klare betenkeligheter ved å åpne for en slik ordning innenfor et begrenset rettsområde av strafferetten, uten at forslaget sees i en større sammenheng. Etter gjeldende norsk rett er påtalemyndigheten ikke gitt adgang til å «forhandle» med løfter om et gunstig utfall for en av de tiltalte med bindende virkning for domstolen. JD peker på at det selvsagt kan forekomme at påtalemyndigheten i enkelte saker innlater seg på noe som kan minne om «forhandlinger» om størrelsen av et forelegg. Dersom forelegget ikke vedtas, og forelegget bringes inn for retten, vil imidlertid domstolen stå fritt til å idømme en bot som overstiger påstandsbeløpet. Videre mener JD at utvalgets forslag om en tilsvarende ordning for «sivilrettslige bøter», harmonerer dårlig med anbe-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

falingene fra Sanksjonsutvalget, som legger opp til at retten i saker om administrative sanksjoner skal være ubundet av partenes anførsler og påstander, se drøftelsen på side 197 i NOU 2003: 15 Fra bot til bedring og forslag til ny bestemmelse i forvaltningsloven § 57 annet ledd. Under enhver omstendighet mener JD at en regel om at domstolen er ubundet av påtalemyndighetens påstand/«botens» størrelse i et sivilrettslig forelegg, uansett ikke kan representere noen stor trussel mot lempningsregelen. Et foretak som har samarbeidet med Konkurransemyndighetene vil, ved å vedta forelegget det blir tilbudt, være sikret reaksjon som forespeilet. Etter JD syn gir dette en tilstrekkelig grad av forutberegnelighet.

Økokrim mener at sanksjonslempning vil være et viktig håndslag til dem som vil bringe en ulovlig virksomhet til opphør, men det kan imidlertid være usikkert hvor effektiv sanksjonslempning vil være i et lite og tett samfunn som det norske. Videre foreslår Økokrim at det i den nærmere utformingen av lempningsregelen bør gis regler om hvem i Konkurransetilsynet og påtalemyndigheten som skal ha myndighet til å treffe bindende avgjørelser om lempning, hvor stor den konkrete lempningen skal være, og overfor hvem.

Konkurransetilsynet støtter forslaget om å innføre lempningsregler for overtredelser av forslaget § 3–1. Tilsynet er av den oppfatning at det i konkurransesaker ofte vil foreligge særlige forhold som kan gjøre lempningsregler effektive. Det legges til grunn at hovedreglene om lempning bør tas inn i loven, mens nærmere regler fastsettes i forskrift, som følge av at disse forventes å bli relativt tekniske og detaljerte. Konkurransetilsynet er i det alt vesentlige enig i de føringer som utvalget gir for innholdet i en forskrift om lempning.

Den norske Advokatforening (Advokatforeningen) støtter utvalgets forslag om innføring av en lempningsregel i konkurranseloven. Men de mener at utvalget overdriver omtalen av forslaget om lempning i konkurranseloven § 7–4 som en «nyskaping» i norsk rett. Ordlyden i straffeloven § 59 annet ledd er etter Advokatforeningens mening svært lik den som foreslås i konkurranseloven i § 7–4, og synes å ta som utgangspunkt at det skal skje en straffereduksjon. Etter forarbeidene til § 59 annet ledd, jf. Ot.prp. nr. 81 (1999–2000) og Innst. S. nr. 45 (2001–2002), er dette imidlertid noe mer uklart. Det fremgår av disse forarbeidene at det før lovendringen bare i liten utstrekning ble gitt straffereduksjon ved tilståelser og at formålet var å foreta en markert endring av denne rettsstillingen. Dette var særlig begrunnet i prosessøkonomiske hensyn og hensynet til fornærmede. Det ble under-

streket både i proposisjonen og innstillingen at det ikke var gitt en absolutt regel om at straffereduksjon skal skje, men bare en absolutt regel om at spørsmålet skal bli vurdert. Advokatforeningen legger til grunn at det i rettspraksis etter vedtagelsen av den nye § 59 annet ledd er gitt straffereduksjon i betydelig utstrekning, og langt på vei er bestemmelsen praktisert som en absolutt regel. Det vises i denne forbindelse til Rt. 2002 side 473, Rt. 2002 side 993 og Rt. 2002 side 1591. Advokatforeningen mener således at lovendringen og senere rettspraksis innebærer at forslaget til § 7–4 i utkastet til ny konkurranselov ikke i særlig grad vil bryte med det som allerede er generell strafferett. Videre er Advokatforeningen også kjent med at det i rettspraksis allerede i betydelig grad er ansett bindende for domstolene dersom påtalemyndighet og tiltalte på forhånd er blitt enige om et straffeforslag («plea bargaining»). Advokatforeningen viser her til Borgarting lagmannsretts dom av 26.09.01 (ankeprøvingssak nr. 01–02430 M/04), hvor lagmannsretten mente at straffen burde settes ned til den påstand som var nedlagt. Advokatforeningen legger på denne bakgrunn til grunn at det allerede er utviklet en praksis i norsk straffeprosessrett hvor domstolene anser seg bundet av den påstand påtalemyndigheten nedlegger i slike situasjoner.

Advokatforeningen er imidlertid i tvil om det vil være behov for så detaljerte straffutmålingsregler som utvalget legger opp til. Det vises her til at de fleste av de forhold som omhandles av utvalget enten vil følge av sedvanlige straffutmålingsbetraktninger eller vil kunne føre for langt. Dessuten er det generelt uheldig å binde opp domstolene med for detaljerte regler om reaksjonsfastsettelsen. Det vises her til at dette også har vært synspunktet i Straffelovkommisjonens innstillinger om nye alminnelige bestemmelser, se både NOU 1992: 23 og NOU 2002: 4.

8.5.3 Departementets vurderinger

I likhet med utvalget legger departementet til grunn at EUs gode erfaringer med sanksjonslempning, og det faktum at stadig flere europeiske land innfører lempningsprogrammer for kartellsaker, kan tilsi at en slik regel også bør innføres hos oss. Hensynet til harmonisering med EU/EØS-reglene taler også for en innføring av regler om sanksjonslempning i den norske konkurranseloven.

Departementet anbefaler på denne bakgrunn å innføre en ny bestemmelse om lempning ved overtredelse av § 10. Med dette menes at ved utmålingen av overtredelsesgebyr etter § 29 eller bøter etter § 30 for overtredelse av § 10, skal det tas i be-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

traktning om foretaket har bistått Konkurransemyndighetene med oppklaring av egen eller andres overtredelse. For at overtrederen skal gis tilstrekkelig grad av forutsigbarhet for at bistanden blir vektlagt ved utmålingen av overtredelsesgebyr, foreslår departementet at det i forskrift gis klare regler om hvor mye det skal lempes. Tilsynets forståelse av forskriften vil selvsagt også kunne prøves av retten dersom en sak om overtredelsesgebyr bringes inn for domstolene.

Departementet vil foreslå at de momentene som utvalget har lagt vekt på og som erfaringsmessig preger lempningsprogrammer der de er i bruk, også bør vurderes lagt til grunn ved utarbeidelsen av forskrift om lempning etter den norske konkurranseloven. Departementet vil videre legge vekt på at forskriften er utformet på en måte som gir aktørene en rimelig grad av forutberegnelighet med hensyn til hvor stor lemping de kan forvente. Med en slik forskrift er det ikke, som påpekt av blant annet Økokrim i deres høringsuttalelse, behov for regler om hvem i Konkurransetilsynet som skal ha myndighet til å treffe bindende avgjørelser om lempningen. Lempingen vil fremgå av forskriften, og ikke være betinget av noen tilsagn eller avgjørelser fra tilsynet.

8.6 Vinningsavståelse

8.6.1 Utvalgets forslag

Utvalget har vurdert om det er hensiktsmessig å beholde hjemmelen til å utferdige forelegg på vinningsavståelse i en konkurranselov som inneholder en hjemmel til å gi sivilrettslige bøter.

Konkurransetilsynets kompetanse til å utferdige forelegg på vinningsavståelse er i forarbeidene til konkurranseloven, NOU 1991: 27 side 208, begrunnet med behovet for en effektiv inndragning av ulovlig berikelse, og behovet for en sivilrettslig reaksjonsform som tar vare på hensynet til effektiv håndheving, rettssikkerhet og domstolskontroll. Utvalget mente at vinning burde kunne inndras uten at det foreligger et straffbart forhold, og ønsket derfor å utstyre konkurranseloven med et sivilt alternativ til straff. Departementet sluttet seg til disse uttalelsene i Ot.prp. nr. 41 (1992–93) side 77.

Konkurranseloven § 6–5 gir Konkurransetilsynet anledning til å inndra vinning, men denne muligheten har aldri blitt benyttet. Hovedårsaken til at vinningsavståelse aldri er blitt prøvd som sivilt sanksjonsmiddel, er at vinningen har vært vanskelig å beregne. I større saker har forelegg på vinningsavståelse heller ikke fremstått som et tilstrekkelig sanksjonsmiddel.

Utvalget er av den oppfatning at sivilrettslige bøter vil være et tilstrekkelig sivilrettslig sanksjonsmiddel, og at vinningsavståelse ikke kan avkrevses i tillegg til en sivilrettslig bot.

8.6.2 Høringsinstansene

Ingen av høringsinstansene har kommentert bestemmelsen om vinningsavståelse.

8.6.3 Departementets vurderinger

Departementet er i hovedsak enig med utvalgets begrunnelse for å ikke videreføre bestemmelsen om vinningsavståelse i den nye loven. Den nye bestemmelsen om overtredelsesgebyr vil formodentlig tilfredsstillende de hensyn som i sin tid begrunnet å innføre en regel om vinningsavståelse. Det er imidlertid en forskjell, som departementet ikke kan se at utvalget har drøftet. Hvis det skal ilegges overtredelsesgebyr, må det konstateres subjektiv skyld (forsettlig eller uaktsom) hos overtrederen. Noe slikt krav er ikke nødvendig for å utstede forelegg på vinningsavståelse.

Departementet har vurdert om det er behov for å videreføre en slik sanksjon som er uavhengig av subjektiv skyld. Etter departementets oppfatning er det lite praktisk at det skal forekomme overtredelser som gir nevneverdig vinning uten at det engang kan konstateres uaktsomhet. Dersom sanksjonen retter seg mot foretaket, kan man jo også se hen til anonyme og kumulative feil. I forarbeidene sitert over legges det vekt på betydningen av å kunne inndra vinning uten at det foreligger et straffbart forhold. Departementet legger til grunn at det ikke var fravær av subjektiv skyld man her hadde i tankene. Departementet mener derfor at lite tapes ved å ikke videreføre bestemmelsen om vinningsavståelse, og slutter seg således til utvalgets forslag.

8.7 Tvangsmulkt

8.7.1 Utvalgets forslag

Til tross for at konkurranseloven § 6–4 om tvangsmulkt kun er benyttet i tre saker, mener utvalget at tvangsmulkt er et viktig virkemiddel for effektiv håndhevelse av enkeltvedtak som treffes i medhold av konkurranseloven. Utvalget foreslår derfor at regelen om tvangsmulkt for å sikre etterlevelse av enkeltvedtak videreføres i den nye konkurranseloven.

Utvalget viser til at etter gjeldende rett kan tvangsmulkt kun benyttes ved overtredelser av enkeltvedtak. Utvalget har vurdert om det også bør

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

være adgang til å ilegge tvangsmulkt for å sikre at opplysnings- og utleveringspålegg overholdes. Erfaring fra andre jurisdiksjoner viser at adgangen til å ilegge tvangsmulkt knyttet til opplysnings- og utleveringspålegg kan være et effektivt virkemiddel.

Utvalget påpeker at også under den nye loven kan Konkurransetilsynet med tingrettens beslutning, selv søke etter bevis der opplysnings- eller utleveringspålegg ikke etterkommes. Dette kan, som fremhevet av departementet i Ot.prp. nr 41 (1992–93) side 75, redusere behovet for å ha hjemmel til å ilegge tvangsmulkt i slike tilfeller.

Der kontrollen foretas hos en virksomhet i Norge, men de aktuelle opplysningene eller dokumentene befinner seg utenfor norsk jurisdiksjon, kan Konkurransetilsynet imidlertid ikke få tilgang til denne informasjonen ved bevissikring. Der opplysninger befinner seg utenfor norsk jurisdiksjon, mener utvalget det derfor kan være behov for å ha en regel om tvangsmulkt for å sikre håndhevelsen av opplysnings- og utleveringsplikten. Utvalget mener tvangsmulkt også i andre situasjoner kan være et bedre alternativ enn bevissikring, som er et inngripende virkemiddel. Utvalget har på denne bakgrunn kommet til at tvangsmulkt kan være et hensiktsmessig virkemiddel for å gjennomtvunge opplysnings- og utleveringspålegg etter forslaget § 5–1.

Utvalget har videre vurdert om selvinkrimineringsvernet setter skranker for en bestemmelse om tvangsmulkt i saker om opplysnings- og utleveringsplikt. EMD uttalte i dommen Funke mot Frankrike av 25. februar 1993 (serie A nr. 256-A) at det var i strid med kravet om rettfærdig rettergang i EMK artikkel 6 nr. 1 at franske myndigheter under trussel om løpende mulkt hadde pålagt en tysk statsborger å gi opplysninger som kunne føre til at han ble funnet skyldig i straffbart brudd på franske valutabestemmelser. Selvinkrimineringsvernet innebærer i denne sammenheng at personer som er under etterforskning for overtredelser av konkurranseloven, ikke kan tvinges til å etterkomme et pålegg om å gi opplysninger eller utlevere ting under trussel om tvangsmulkt.

Ettersom vernet for foretak har en annen begrunnelse og også en annen rekkevidde enn det som fysiske personer har mot selvinkriminering, antar utvalget at det ikke vil være i strid med EMK eller EF-retten å innføre tvangsmulkt for å effektivisere slike pålegg overfor foretak.

Utvalget finner ingen grunn til å innføre et system hvor opplysningspålegg må treffes ved enkeltvedtak eller forskrift – slik som i for eksempel forurensningsloven. Et slikt system er etter utvalgets mening tungvint og heller ikke nødvendig. Opplysnings- og utleveringspålegg bør derfor følge de al-

minnelige saksbehandlingsregler for slike pålegg som fastsatt i forvaltningsloven §§ 14 og 15, slik som situasjonen er i dag. For at tvangsmulktbestemmelsen skal kunne anvendes ved slike pålegg, er det nødvendig med en særskilt henvisning i lovteksten. Utvalget foreslår derfor at gjeldende bestemmelse om tvangsmulkt endres til «For å sikre at enkeltvedtak i medhold av denne lov og pålegg etter § 5–1 overholdes», jf. forslaget § 7–1.

Utvalget har ikke funnet det nødvendig å fastsette nærmere regler om mulktens størrelse, men mener Kongen bør gis adgang til å fastsette nærmere regler om utmålingen gjennom forskrift.

Utvalget foreslår at det fortsatt skal være anledning for konkurransemyndighetene til å ilegge mulkt både samtidig som det treffes et vedtak og senere dersom det viser seg at vedtaket ikke blir respektert. På denne måten blir bestemmelsen om tvangsmulkt effektiv også i de tilfeller der det er klart at et vedtak ikke vil bli respektert, heter det i innstillingen.

Utvalget har videre vurdert hvorvidt en klage på et tvangsmulktvedtak skal ha oppsettende virkning. Det viser til at en regel om oppsettende virkning kan gjøre håndhevelsen mindre effektiv og brukes til trenering av saken. Utvalget kan ikke se at tvangsmulkt vil virke hardere i konkurransesaker enn i saker flest, hvor klage ikke utsetter tidspunktet for når mulkt begynner å løpe. Utvalget foreslår derfor at konkurransemyndighetene i vedtaket fastsetter tidspunktet for når mulkten skal begynne å løpe, og at klage ikke gis oppsettende virkning. Utvalget viser til at dette vil gi konkurransemyndighetene muligheten til å foreta en konkret vurdering av om mulkten skal løpe under behandlingen av klagesaken eller ikke.

Etter dagens konkurranselov kan Konkurransetilsynet frafalle påløpt tvangsmulkt. Utvalget foreslår at ordlyden endres slik at Konkurransetilsynet helt eller delvis kan frafalle kravet om påløpt mulkt. Dette vil, etter utvalgets mening, være en viss motvekt til forslaget om at klagen ikke skal ha oppsettende virkning.

Dersom et foretak blir ilagt bot, er utvalget av den oppfatning at det ikke er en formildende omstendighet at foretaket også har blitt ilagt tvangsmulkt. Det bør altså ikke tas hensyn til en tvangsmulkt ved fastsettelsen av botens størrelse. Konkurransemyndighetene har på den annen side mulighet til å frafalle tvangsmulkten.

Mulkten forfaller til betaling fra det tidspunkt Konkurransetilsynet fastsetter. Etter tvangsfullbyrdesloven § 4–1 tredje ledd, jf. 7–2 bokstav d er en beslutning om tvangsmulkt truffet av offentlig myndighet med hjemmel i lov et særlig tvangsgrunnlag

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

for utlegg. Dagens bestemmelse i konkurranseloven § 6–4 tredje ledd første punktum som fastsetter at mulkten er tvangsgrunnlag for utlegg, er således overflødig. Utvalget finner det derfor ikke nødvendig å videreføre bestemmelsen om tvangsgrunnlag i den nye konkurranseloven.

8.7.2 Høringsinstansene

Justisdepartementet (JD) mener bestemmelsene om straffsanksjonert opplysningsplikt i forslaget til ny konkurranselov reiser enkelte problemer i forbindelse med vernet mot selvinkriminering som Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har innfortolket i den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6.

JD skriver at regelen om frihet fra selvinkriminering også beskytter individet på kontrollstadiet, i forbindelse med ileggelse av bøter for overtredelse av en opplysningsplikt, jf. J. B. mot Sveits 3. mai 2001 (sak 31827/96). I saken ble J. B. en rekke ganger pålagt å utlevere dokumenter til skattemyndighetene. Klageren ble ilagt fire bøter på grunn av overtredelse av påleggene. EMD kom til at det forelå en straffsiktelse, og at J. B.'s rett til frihet fra selvinkriminering var krenket. Man kan neppe trekke den slutning fra dommen at det gjelder et generelt forbud mot straffsanksjonert opplysningsplikt. Retten synes å legge vekt på at myndighetene tok sikte på en mulig sanksjonssak da de påla J. B. å utlevere dokumenter, og at informasjonen som ble krevd utlevert, ville være relevant for denne saken.

Den straffsanksjonerte opplysningsplikten i forslaget til konkurranselov er etter JDs oppfatning ubetinget og reflekterer ikke de skrankene EMD har fastsatt i sin praksis. I henhold til forslaget § 7–3 annet ledd straffes overtredelse av pålegg om å gi opplysninger, jf. § 5–1, med bøter eller fengsel inntil tre år. Straff etter denne bestemmelsen vil etter JDs oppfatning lett kunne stride mot selvinkrimineringsvernet, avhengig av hvilke opplysninger det dreier seg om og hva myndighetene tar sikte på å bruke dem til. Det er grunn til å være tilbakeholden med å pålegge en straffsanksjonert opplysningsplikt som i mange tilfeller vil kunne stride mot EMK. Riktignok kan bestemmelsen bli tolket innskrenkende i henhold til forrangsregelen i menneskerettsloven § 3. Men en slik fremgangsmåte er uheldig, blant annet av hensyn til tilgjengelighet.

JD anbefaler å vurdere en løsning tilsvarende den som Sanksjonsutvalget har foreslått i NOU 2003: 15, der utvalget går inn for å lovfeste vernet mot selvinkriminering i forvaltningsloven.

Hvorvidt Sanksjonsutvalgets forslag vil bli fulgt opp, vil Justisdepartementet ta stilling til etter hø-

ringen. Det synes å gi god sikkerhet for en praksis som oppfyller EMKs krav, men kan reise spørsmål ut fra en etisk norm om at enhver bør kunne vedstå seg sine handlinger. Dersom det ut fra brede lovgivningspolitiske overveielser kommer på tale å foreslå løsninger som kan stå i et usikkert forhold til EMK etter EMDs praksis, er det viktig at dette gjøres klart i proposisjonen så Stortinget får reell mulighet til å foreta den endelige vurderingen.

Justisdepartementet er for øvrig enig med mindretallet i at selvinkrimineringsvernet ikke skal utformes etter mønster av EF-domstolens praksis dersom det ikke blir aktuelt med nasjonal håndheving av EØS-avtalens regler. Men ettersom det ikke er avklart om man uten videre kan legge til grunn at vernet etter EMK ikke gjelder for foretak, kan det også være noe uklart hvor stor forskjellen mellom flertallets og mindretallets syn i praksis er.

Advokatfirmaet Wikborg, Rein & Co (WR) er enige med utvalget i at tvangsmulkt er et viktig virkemiddel for å sikre etterlevelse av konkurranseloven, og kan ikke se noen betenkeligheter med å utvide virkeområdet for tvangsmulkt til også å gjelde brudd på opplysningsplikten eller utleveringspåbud. Det vil etter WR syn være unødvendig tungvint å måtte kreve bevissikring for å skaffe informasjon der foretakene ikke etterkommer pålegg om å utlevere informasjon.

8.7.3 Departementets vurderinger

Departementet slutter seg til utvalgets forslag om å videreføre regelen om tvangsmulkt for å sikre etterlevelse av enkeltvedtak i den nye konkurranseloven. I likhet med utvalget, legger departementet også vekt på at tvangsmulkt er et viktig virkemiddel for å sikre effektiv håndhevelse av enkeltvedtak etter konkurranseloven. Mulkten bør kunne ilegges både samtidig som det treffes et vedtak og senere dersom det viser seg at vedtaket ikke blir etterlevet.

Departementet er enig med utvalget i at det også bør være adgang til å ilegge tvangsmulkt for å sikre at opplysnings- og utleveringspålegg overholdes. Departementet viser til utvalgets mer utførlige begrunnelse, og slutter seg til denne. Departementet slutter seg også til at opplysnings- og utleveringspålegg bør følge de alminnelige saksbehandlingsregler for slike pålegg som fastsatt i forvaltningsloven §§ 14 og 15.

Utvalget har redegjort for hvilke grenser selvinkrimineringsvernet setter for bruken av tvangsmulkt, både overfor foretak og enkeltpersoner. Departementet er i hovedsak enig med utvalgets konklusjoner, og viser også til det som er skrevet om

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

selvinkrimineringsvernet i forbindelse med behandlingen av saksbehandlingsreglene i proposisjonen. Departementet anbefaler derfor å innta utvalgets forslag til bestemmelse i den nye konkurranseloven. Bestemmelsen selv sier ingenting om selvinkrimineringsvernet. Konkurransetilsynet må derfor selv vurdere når tvangsmulkt kan brukes for å fremtvinge opplysninger. Dersom noen mener Konkurransetilsynet har vurdert dette spørsmålet feil, blir det opp til domstolene å trekke den eksakte grensen. Selvinkrimineringsvernet er i utvikling, og departementet ser det ikke som hensiktsmessig å ta inn nærmere bestemmelser om dette i konkurranseloven.

Departementet er enig med utvalget i at det ikke er behov for å ta inn nærmere regler om tvangsmulktens størrelse i loven, men at Kongen bør gis adgang til å fastsette nærmere regler om utmålingen gjennom forskrift.

Etter departementets oppfatning har ikke regelen om tvangsmulkt fungert tilfredsstillende slik den er utformet i dag. Hovedgrunnen til dette er at

klage på tvangsmulktvedtaket har oppsettende virkning. Dersom Konkurransetilsynet har behov for informasjon raskt, for eksempel i forbindelse med behandlingen av en foretakssammenslutning, hjelper det lite med et vedtak om tvangsmulkt når denne ikke begynner å løpe før tre–fire uker senere. Departementet slutter seg følgelig til utvalgets forslag hvoretter konkurransemyndighetene i vedtaket fastsetter tidspunktet for når mulkten skal begynne å løpe, og at klage ikke gis oppsettende virkning. Departementet slutter seg også til å endre ordlyden slik at Konkurransetilsynet kan frafalle påløpt tvangsmulkt helt eller delvis.

Departementet er enig med utvalget i at det at et foretak, eller en person, har blitt ilagt tvangsmulkt, ikke skal være noen formildende omstendighet ved eventuell senere ileggelse av gebyr eller bot.

Departementet ser, som utvalget, ingen grunn til å videreføre bestemmelsen om at påløpt tvangsmulkt er tvangsgrunnlag for utlegg i den nye konkurranseloven.

9 Saksbehandlingsregler

9.1 Oversikt

Lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet har enkelte særregler om opplysningsplikt (§ 6–1), bevissikring (§ 6–2) og dokumentinnsyn (§ 6–3). Tilsvarende bestemmelser i utkastet til ny konkurranselov drøftes i dette kapitlet. Hjemmel til å utlevere taushetsbelagt informasjon til andre myndigheter behandles under punkt 5.9. De særskilte saksbehandlingsreglene for foretakssammenslutninger, herunder egne krav til informasjon og frister, er behandlet i kapittel 7.

I tillegg til ovennevnte særregler, er saksbehandlingen hos konkurransemyndighetene underlagt forvaltningslovens regler om saksopplysning, varsel, underretning, innsyn og begrunnelse. Utvalget har beskrevet og drøftet saksbehandlingsreglene i NOU 2003: 12 kapittel 8. Videre behandles opplysningsplikten i forhold til Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene (EMK) og domspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) og Høyesterett i punkt 8.5 og 8.6 i innstillingen.

Av relevans for fremstillingen nedenfor er også Sanksjonsutvalgets innstilling NOU 2003: 15 Fra bot til bedring, særlig kapitlene 5 og 12 i forbindelse med forvaltningens saksbehandling i saker som kan lede til sanksjoner.

9.2 Opplysningsplikt og gransking

9.2.1 Gjeldende rett

Saker som behandles etter konkurranseloven er dels ordinære forvaltningsoppgaver, slik som alminnelig overvåking av konkurransen i et marked og forberedelse av eventuelle forvaltningsmessige vedtak om forbud og påbud. En viktig del av Konkurransetilsynets arbeidsoppgaver består imidlertid av kontroll med etterlevelsen av lovens forbudsbestemmelser med sikte på anmeldelse til påtalemyndigheten. For å utføre sine oppgaver etter loven er konkurransemyndighetene avhengig av å få tilgang til tilstrekkelig og korrekt informasjon. Hovedregelen i norsk rett er at det ikke foreligger

plikt til å gi opplysninger til offentlige myndigheter med mindre noe annet er særskilt fastsatt.

Konkurranseloven § 6–1 gir i dag hjemmel for å kreve opplysninger av enhver som har informasjon konkurransemyndighetene trenger for å kunne utføre sine gjøremål etter loven. Opplysningsplikten innebærer både plikt til å gi forklaring/informasjon og å utlevere opplysninger som allerede eksisterer i en eller annen form, uavhengig av lagringsmedium, jf. § 6–1 annet ledd. Opplysningsplikten gjelder i forhold til alle typer saker og på ethvert tidspunkt i saksbehandlingen. Den er med andre ord ikke bare knyttet til kontroll med at lovens forbud og påbud etterleves, men også til de andre oppgavene konkurransemyndighetene har, for eksempel vurdering av inngrep mot bedriftsverv etter konkurranseloven § 3–11 og bistand ved håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Det er konkurransemyndighetene selv som avgjør hvilke opplysninger de anser nødvendige for å kunne utføre sine gjøremål etter loven, blant annet for å undersøke mulig overtredelse av loven eller vedtak i medhold av loven, eller for å undersøke pris- og markedsforholdene ellers. Konkurransemyndighetene kan også kreve de opplysningene de anser som nødvendig for å kunne oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor fremmed stat eller internasjonal organisasjon. Bestemmelsen om dette siste kom inn etter en lovendring 5. mai 2000 og må ses i sammenheng med konkurranseloven § 1–8 om overlevering av taushetsbelagt informasjon til andre staters konkurransemyndigheter.

Opplysningsplikten påligger etter første ledd «enhver», ogplikten gjelder både fysiske og juridiske personer.

Opplysningsplikten begrenses imidlertid av den alminnelige forvaltningsrettslige læren om myndighetsmisbruk.¹

Opplysningsplikten kan fastsettes ved både individuelle eller generelle pålegg. Det kan også pålegges en løpende plikt til å opplyse om nye forhold eller endringer. Konkurranseloven § 6–1 er blant annet benyttet til å innføre ulike meldepliktordninger.

¹ Ot. prp. nr. 41 (1992–93) side 112

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Det kan settes en frist for å fremkomme med opplysningene. Ved kontroller i foretak ligger det i formålet at opplysningene, der det er praktisk mulig, kan kreves gitt omgående.

Dersom noen blir pålagt å gi opplysninger skal det etter forskrift 31. mai 1995 nr. 511, opplyses om klageadgangen etter forvaltningsloven § 14. Konkurransetilsynets vurdering av om det er behov for opplysningene er ikke gjenstand for klagebehandling etter forvaltningsloven § 14 med mindre det anføres at det foreligger myndighetsmisbruk.

Gransking innebærer at Konkurransetilsynet, enten etter å ha fått tilsendt informasjon, eller på kontrollstedet eller senere, gjennomgår materialet med sikte på å få en oppfatning om tilblivelse, innhold og bruk. Hva gransking består i og regler for fremgangsmåte er gitt i ovennevnte forskrift.

I forskriften er det også fastsatt at det skal opplyses om adgangen til å ha et vitne til stede ved kontrollen, slik som fastsatt i forvaltningsloven § 15. Selv om forvaltningsloven § 12 om rett til å la seg bistå av advokat eller annen fullmektig gjelder ved pålegg etter konkurranseloven § 6–1, gir forvaltningsloven § 15 ikke parten rett til å kreve granskingen utsatt til en advokat kan komme til stedet.

Etter gjeldende rett må plikten til å gi opplysninger stå tilbake for såkalt kvalifisert lovbestemt taushetsplikt som påhviler den kravet er rettet til, det vil si der det er lovbestemt at taushetsplikten går foran vitneplikten (Se utvalgets innstilling punkt 8.6.3.).

Advokater har etter straffeloven § 144 taushetsplikt om det som er betrodd dem i stillings medfør. Dette gjelder advokatens kjernevirksomhet som prosessfullmektig eller rådgiver. I følge straffeprosessloven § 119 og tvistemålsloven § 205 går taushetsplikten for prester og advokater med flere angående forhold som er «betrodd dem i deres stilling», jf. straffeprosessloven § 204 første ledd og tvistemålsloven § 250 første ledd, foran vitneplikten.

Derimot må taushetsplikt som har sitt grunnlag i avtale eller privat instruks stå tilbake for plikten til å gi opplysninger. Andre lover kan fastsette plikt til å bevare taushet, men denne taushetsplikten må vike for vitneplikten. Dette er såkalt ukvalifisert taushetsplikt. Dette gjelder for eksempel revisorer, eiendomsmeglere og banker. En slik ukvalifisert taushetsplikt fritar etter lang praksis ikke for opplysningsplikten overfor konkurransemyndighetene.

I utgangspunktet kreves medvirkning fra den som får et pålegg om utlevering etter konkurranseloven § 6–1 rettet mot seg. Likeledes forutsettes at tilsynet i forhold til krav om utlevering i noen grad spesifiserer det som ønskes utlevert.

Opplysningsplikt, herunder plikt til utlevering av alle typer nedtegnelser som nevnt i annet ledd, er hjemlet i § 6–1 og gjelder selv om det er besluttet bevissikring etter konkurranseloven § 6–2. Dette fremgår av konkurranseloven § 6–1 fjerde ledd.

Den som unnlater å etterkomme et pålegg etter konkurranseloven § 6–1 eller gir uriktige opplysninger til konkurransemyndighetene kan straffes etter konkurranseloven § 6–6.

Reglene om bevissikring må ses i sammenheng med reglene om opplysningsplikt og utleveringspålegg. Det følger av forarbeidene til konkurranseloven at utleveringsplikten og bevissikringsadgangen ikke skal omfatte andre opplysninger enn de som er omfattet av opplysningsplikten i konkurranseloven § 6–1.

Opplysningspliktens grenser (selvinkrimineringsvernet)

En person kan ikke nekte å gi opplysninger til Konkurransetilsynet med den begrunnelse at opplysningene vil kunne utsette foretaket, ham selv eller hans nærmeste for straff eller tap av borgerlig aktelse. I forarbeidene til konkurranseloven er det tatt uttrykkelig avstand fra et slikt prinsipp på forvaltningsstadiet i konkurransesaker, jf. Ot.prp. nr. 41 (1992–93) side 113. Det heter at:

«Den som blir avkrevd opplysninger, vil ikke kunne nekte å besvare konkurransemyndighetene under henvisning til bestemmelsene om fritak fra vitneplikten overfor domstolene, med den begrunnelse at svaret vil kunne utsette ham for straffansvar eller tap av den borgerlig aktelsen (jf. straffeprosessloven § 123 og tvistemålsloven § 208) eller at det åpenbares drifts- eller forretningshemmeligheter (jf. straffeprosessloven § 124 og tvistemålsloven § 209).»

Bestemmelsene i konkurranseloven er en videreføring av tidligere prislovgivning. På grunnlag av lovbestemmelsene og deres forhistorie kan det reises tvil om de kan tas på ordet, eller om de må tolkes innskrenkende. Når det gjelder den ubetingede opplysningsplikten, uttalte Hauge og Lorentzen i Prisregulering og prishåndhevelse (1941) side 205 om den dagjeldende bestemmelsen at:

«Ingen kan vegre seg for å gi opplysninger med den begrunnelse at han vil utsette seg eller sine for straff eller tap av borgerlig aktelse ved å svare. Men dersom kontrollen legger for dagen at det er begått en overtredelse, bør retten til å kreve opplysninger av den formentlig skyldige utøves med forsiktighet. (...) Når kontrollen tydelig er gått over til strafforfølgning mot en sik-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

tet, bør det i alminnelighet ikke bli tale om å avkreve siktede selv opplysninger under trussel om straff».

Konkurransetilsynet har i sin praksis lagt til grunn at selvinkrimineringsvernet ikke gjelder på kontrollstadiet. Spørsmålet om tilsynets adgang til å oppta forklaringer som etter kontrollobjektens oppfatning inkriminerer den avhørte, har vært reist i to saker den senere tid. Konkurransetilsynet anmeldte 24. oktober 2000 en person for uriktig og ufullstendige opplysninger (Sak 199–124). Den andre saken (Sak 2002–85), som gjelder påberopelse av retten til å nekte å forklare seg, ligger til vurdering i tilsynet. Rekkevidden av vernet mot selvinkriminering på kontrollstadiet er ikke avgjort i rettspraksis på konkurranselovens område.

Spørsmålet om bruk av opplysninger som var innhentet av Prisdirektoratet på kontrollstadiet etter fullmaktene til den opphevede prisloven og oppholdingslova ble behandlet av Høyesterett i den såkalte Bølgepappsaken.² Fullmaktene etter lovene er i stor grad de samme i konkurranseloven, og kjennelsen har interesse også for gjeldende lovgivning. Høyesterett kom til at det verken var i strid med intern rett eller konvensjonsbestemmelser at forklaringene i begrenset grad ble brukt som bevis under straffesaken. Forklaringene kunne ikke fremlegges som ordinære dokumentbevis, men bare til konfrontasjon etter straffeprosessloven §§ 290 og 297. Spørsmålet om bruk av forklaringer til konfrontasjon ble senere klaget inn for Menneskerettighetskommissjonen i Strasbourg.³ Klagen ble imidlertid ikke tatt til følge. Det ble ved avgjørelsen vist til at de domfelte ikke ble konfrontert med sine forklaringer under straffesaken for norske domstoler. At flere vitner ble konfrontert, medførte etter avgjørelsen ikke brudd på Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 6 (se nedenfor).

Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol

Selvinkrimineringsvernet er en av de grunnleggende rettighetene for de som er i søkelyset for lovbrudd. Vernet har Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) innfortolket i EMK artikkel 6 om rett til rettfærdig rettergang ved avgjørelsen av en straffesiktelse.

Plikt til å gi opplysninger må avgrenses mot rettighetene til den som kan anses som straffesiktlet.

Konkurranselovutvalget redegjør under punkt 8.6.2.5 i innstillingen for EMDs domspraksis og ret-

tigheter for individer og foretak som utvalget antar følger av dette. Emnet er for øvrig behandlet i større bredde i Sanksjonsutvalgets innstilling (NOU 2003:15, særlig punkt 5.7).

Kjernen i vernet er at ingen må tvinges til å bidra til egen domfellelse gjennom vitnemål eller erkjennelse av skyld.

Tvungen opplysningsplikt

Å pålegge en uinnskrenket opplysningsplikt overfor forvaltningen, også for opplysninger som kan skade den som er pliktig til å gi dem, er ikke nødvendigvis i strid med EMK. Det fremgår klart av praksis fra EMD, senest ved dom i I.J.L., G.M.R. and A.K.P. v. Storbritannia av 19. september 2000 (RJD 2000-IX) hvor domstolen generelt uttaler i avsnitt 100:

«the applicants are not correct in their assertion that a legal requirement for an individual to give information demanded by an administrative body necessarily infringes Article 6 of the Convention».

Dersom opplysningsplikten er straffsanksjonert, beskyttes imidlertid den som anses å ha et selvinkrimineringsvern mot illeggelse av bøter for overtredelse av plikten.⁴

Straffesiktelse

Vernet gjelder ved «criminal charges». En straffesiktelse etter norsk rett foreligger i ordets egentlige betydning bare etter beslutning fra påtalemyndigheten etter straffeprosessloven, men etter praksis må spørsmålet om selvinkrimineringsvern avgjøres ut fra et materielt og ikke et formelt straffebegrep. Det avgjørende er altså ikke om opplysningsplikten gjelder i forhold til påtalemyndigheten eller forvaltningen, men om innhenting av opplysninger er ledd i en behandling som reelt sett dreier seg om utredning og avgjørelse av en «straffesiktelse» i den betydningen praksis etter EMK artikkel 6 tillegger begrepet. Dette følger av EMDs^{5,6} og Høyesteretts praksis.⁷

⁴ J.B. mot Sveits 3. mai 2001 (sak 3187/96).

⁵ EMD i dom av 23. juli 2002 Västberga Taxi Aktiebolag og Vuclic v. Sverige (REF00003768).

⁶ Saunders mot Storbritannia 1996 (sak 19187/91) avsnitt 61 og 62.

⁷ Høyesteretts kjæremålsutvalg i Reksten-kjennelsen, Rt. 1976 side 1447, hvor Norges Banks tilgang til opplysninger ble innskrenket av straffeprosesslovens regler for de forhold som var gjenstand for strafferettslig forfølgning etter at politiet hadde tatt ut siktelse. Se Høyesteretts plenumsdom i Rt. 2002 side 509 når det gjelder vilkårene for å klassifisere en sanksjon som straff i forhold til EMK artikkel 6.

² Rt. 1994 side 610.

³ Application No 25944/94.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Retten til domstolsprøvelse utelukker ikke at forvaltningen avgjør en straffesiktelse, så lenge det er adgang til full domstolsprøvelse. Dette må innebære at selvinkrimineringsvernet også gjelder i saker der forvaltningen treffer avgjørelse om straff, og der overprøving skjer etter de vanlige sivilrettslige regler om overprøving av forvaltningsvedtak.⁸

Bruk

Det går frem av domspraksis at opplysninger som er innhentet under forklaringsplikt overfor forvaltningen, ikke kan brukes som hovedgrunnlag for fellelse i avgjørelse av en straffesiktelse mot den som har gitt opplysningene.

Benytter noen selvinkrimineringsvernet til å nekte å uttale seg eller medvirke til sakens opplysning, kan det imidlertid tillegges bevisverdi mot vedkommende.⁹

I dom I.J.L., G.M.R. og A.K.P. v. Storbritannia av 19. september 2000 (RJD 2000-IX) uttalte domstolen:

«The Court considers that whether or not information obtained under compulsory powers by such a body violates the right to a fair hearing must be seen from the standpoint of the use made of that information at the trial».

Siktedes vilje

I avgrensningen av hvor langt selvinkrimineringsvernet rekker, er det viktig å ta utgangspunkt i dets begrunnelse, nemlig at borgerne skal være beskyttet mot å bli tvunget til å medvirke til egen fellelse i en straffesak. I dom av 21. desember 2000 Heaney og McGuinness v. Irland (RJD 2000-XII) uttalte EMD i avsnitt 40:

«The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. The Court would note, in this context, that the present case does not concern a request, through the use of compulsory powers, of material which had an existence independent of the will of the applicants, such as documents or blood samples (also the above-cited Saunders judgment, § 69)».

Rettighetssubjekter etter EMK. Omfattes juridiske personer?

Sanksjonsutvalget uttaler i NOU 2003: 15 punkt 5.7.3 følgende:

«EMK artikkel 1 fastsetter at konvensjonspartene skal sikre enhver («everyone») innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter som er fastlagt i del I i konvensjonen. Det er sikker rett at uttrykket «enhver» omfatter «enhver» fysisk person. Spørsmålet er i hvilken grad også juridiske personer kan omfattes. ... I hvilken grad juridiske personer omfattes av konvensjonsvernet kan stille seg forskjellig for de ulike artiklene og må løses for hver enkelt av dem. .. Artikkel 6 kommer til anvendelse for enhver («everyone»), men har tillegget «his rights and obligations/criminal charges against him». Dette kunne trekke i retning av at bare fysiske personer er vernet. Likevel må det legges til grunn at artikkel 6 også kan verne juridiske personer. Man finner en rekke dommer fra EMD der artikkel 6 får anvendelse i saker der en juridisk person er klager, uten at spørsmålet om hvilke subjekter som vernes av bestemmelsen er problematisert¹⁰. Utvalget legger etter dette til grunn for sitt arbeid at juridiske personer kan inneha de rettighetene etter artikkel 6 som etter sin art er aktuelle for slike subjekter.»

9.2.2 Utvalgets forslag

Utvalget redegjør i innstillingen punkt 8.6 og 8.7 for utkastet til regler om opplysningplikt. Det konkluderes med at det fortsatt er behov for en særskilt straffsanksjonert bestemmelse om opplysningsplikt.

Utvalget viser til at Konkurransetilsynet ikke har tilgang til bakgrunnsinformasjon i form av lov-pålagt plikt om føring av journaler, regnskaper eller lignende. Tilsynet er derfor avhengig av hjemler som gir tilgang til korrekte og fullstendige opplysninger før det treffes en avgjørelse. Utvalget foreslår i sitt forslag til § 5–1 i hovedsak en videreføring av konkurranseloven § 6–1 om opplysningsplikt og gransking.

For øvrig peker utvalget blant annet på at forklaringsplikten ved kartellvirksomhet, som rammes av konkurranselovens forbud er særlig viktig fordi ulovlig kartellvirksomhet i utgangspunktet ikke etterlater synlige spor utad. Heller ikke innenfor kartellet er det behov for å etterlate skriftlig dokumen-

⁸ Høyesteretts plenumsdom i Rt. 2002 side 509 (Sundt).

⁹ EMD i dom av 8. oktober 2002 Beckles v. Storbritannia (REF 0003818).

¹⁰ Utvalget viser til Comingersoll S.A. mot Portugal 2000 (sak 35382/97) og Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic v. Sverige 2002 (sak 36985/97).

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

tasjon om hva som har foregått. Det ulovlige formål kan oppnås ved stilltiende enighet mellom deltagerne. De fleste viktige opplysningene som kan avdekke hva som har skjedd befinner seg blant tillitsmenn og ansatte i kartelldeltagende virksomheter, samt eventuelt i dokumenter som oppbevares i virksomhetene eller i private boliger.

For de som ønsker å forklare seg, kan det etter utvalgets oppfatning være en fordel å kunne vise til at de etter loven har plikt til å avgi forklaring. I saker hvor det er mistanke om en overtredelse, kan vitner være lite interessert i å avdekke sannheten. Muligheten for trusler om økonomiske, sosiale eller andre former for represalier mot de som er villige til å forklare seg, kan blant annet føre til at det i praksis er umulig å bygge forklaringsplikten på frivillighet.

Det poengteres at på samme tid som den rettslige utvikling er gått i retning av en mer formalisert saksbehandling, står myndighetene overfor nye utfordringer. Ifølge utvalget rapporteres det fra tilsynet og påtalemyndighetens side at sakene er blitt stadig vanskeligere å etterforske. Utviklingen av elektronisk saksbehandling og kommunikasjon nødvendiggjør nye etterforskningsmetoder og tilgang til elektronisk informasjon.

Pliktsubjekter

For å kunne avdekke ulovligheter er konkurransemyndighetene avhengig av å kunne se på dokumenter og lignende også hos andre enn den mistanken gjelder. Utleveringspålegget etter forslaget § 5–1 annet ledd må også kunne rettes mot leverandører, konkurrenter, kunder og forbrukere. Det følger av henvisningen til forslaget § 5–1 første ledd at utleveringsplikten fortsatt kan rettes mot enhver person, herunder fysiske og juridiske personer.

Vilkår

Utvalget foreslår at vilkåret for opplysningsplikten fortsatt skal være at konkurransemyndighetene trenger opplysningene for å utføre sine gjøremål etter loven. Det er etter utvalgets oppfatning viktig at konkurransemyndighetene har hjemmel i konkurranseloven til å foreta undersøkelser innen enkelte bransjer der markedsutviklingen tyder på at konkurransen begrenses uten at mistanke om overtredelse av forbudsbestemmelsene er rettet mot noen bestemt. Generelle markedsundersøkelser kan brukes som utgangspunkt for inngrep og å foreslå endringer for å legge bedre til rette for konkurranse samt å avsløre overtredelser av forbudsbestemmelsene.

Det vil si at Konkurransetilsynet etter utvalgets forslag fortsatt får hjemmel til å innhente den informasjon som anses nødvendig i forhold til alle typer saker og på ethvert tidspunkt i saken.

Unntaket for taushetsbelagt informasjon

Utvalgets forslag begrenser taushetsplikten etter den nye konkurranseloven på samme måte som etter dagens regler. Det vil si at plikten til å gi opplysninger står tilbake for såkalt kvalifisert lovbestemt taushetsplikt. Det samme gjelder den taushetsplikt som ifølge straffeprosessloven § 119 og tvistemålsloven § 205 påhviler prester og advokater med flere angående forhold som er «betrodd dem i deres stilling», selv om plikten bare er uttrykkelig lovfestet for så vidt angår de nevnte personers vitneplikt i rettsaker, jf. straffeprosessloven § 204 første ledd og tvistemålsloven § 250 første ledd. Utvalget har vurdert om dette bør sies uttrykkelig i loven, men har ikke funnet grunn til å gjøre det. Forholdet til taushetsplikten har i følge utvalget ikke skapt problemer.

Det foreslås en redaksjonell endring i forhold til gjeldende lovbestemmelse, slik at det er utvilsomt at toll- og avgiftsmyndigheter skal kunne gi opplysninger til konkurransemyndighetene uten hinder av offentlig taushetsplikt, på samme måte som øvrige som er nevnt i nåværende bestemmelse.

Form

Opplysninger vil etter forslaget fremdeles kunne kreves gitt skriftlig eller muntlig.

Utvalget har i sitt utkast til ny bestemmelse fjernet henvisningen i gjeldende lov til at informasjon kan kreves fra «enkelte og fra grupper av ervervsdrivende». Av merknadene fremgår at utvalget mener bestemmelsen fremdeles skal gi hjemmel til å kreve opplysninger både i enkelttilfeller og ved forskrift.

Nytt i forhold til gjeldende bestemmelse er også utvalgets forslag om adgang til lydopptak av forklaringer.

Utvalget viser i denne sammenheng til at ved kontroll av foretakssammenslutninger og ved generelle markedsundersøkelser vil informasjon vanligvis bli innhentet per brev, eventuelt i møter mellom Konkurransetilsynet og bedriftene. Ettersom etterforskning av saker om overtredelse av lovens forbud etter den nye konkurranseloven vil få en mer sentral rolle enn etter gjeldende rett, antar imidlertid utvalget at opplysningene i større grad vil bli innhentet ved Konkurransetilsynets kontrollbesøk i bedriften.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Konkurransetilsynet har ved flere anledninger blitt utsatt for kritikk ved at det er blitt hevdet at tilsynets representanter har benyttet seg av en uakseptabel fremgangsmåte ved innhenting av de muntlige opplysningene. Konkurransetilsynet har hittil ikke benyttet lydopptak ved muntlige forklaringer. Det vises til at politiet med hjemmel i straffeprosessloven og påtaleinstruksen kan gjennomføre lydopptak når dette finnes hensiktsmessig, jf. straffeprosessloven § 230 fjerde ledd og påtaleinstruksen av 28. juni 1985 nr. 1679 § 8–13. I NOU 1984: 27 Ny påtaleinstruks side 24 uttales det at lydopptak kan gi mulighet for rekonstruksjon av det som skjedde under et politiavhør og dermed øke troverdigheten av avhøret. Ved bruk av lydopptak under innhenting av opplysningene vil alle nyanser av både hvordan spørsmålene er stilt og hvordan svarene er gitt, kunne bli dokumentert. En slik notoritet vil gjøre det enklere å etterprøve om tilsynets representanter har innhentet opplysninger på en korrekt måte. Utvalget anser også at forklaringer dermed vil kunne ha større bevisverdi.

Det foreslås på denne bakgrunn i forslaget til § 5–1 første ledd annet punktum en bestemmelse om at opplysningene som gis til Konkurransetilsynet og Konkurransenemnda kan nedtegnes «eller på annen måte lagres». Meningen er at dette skal være hjemmel til å kunne anvende lydopptak ved muntlige forklaringer.

Forslaget § 5–1 femte ledd gir Kongen hjemmel til å fastsette nærmere regler om gjennomføringen, herunder slike lydopptak.

Utleveringsplikten

Sammenlignet med straffeprosesslovens regler, mener utvalget at konkurransemyndighetene i dag har en vid adgang til å kreve utlevert dokumenter, men er likevel kommet til at dagens bestemmelse om utleveringsplikt bør videreføres. Utvalget viser til at det fremdeles vil være en oppgave for myndighetene å føre kontroll med foretakssammenslutninger og å foreta generell markedsobservasjon. For å kunne foreta en mest mulig effektiv og korrekt saksbehandling i slike saker, mener utvalget det er viktig at tilsynet har tilgang til alle opplysningene som anses nødvendige, herunder også dokumenter. Uten en bestemmelse som gir anledning til å innhente dokumenter i slike saker, blir konkurransemyndighetenes kontroll vanskeliggjort. Et tilleggssargument finner utvalget i at det i EU/EØS-retten og i Danmark og Sverige ikke stilles strengere krav for å kreve utlevert dokumenter og lignende enn for opplysningsplikten generelt. Sammenligningen med disse reglene taler etter utvalgets syn

for at dagens bestemmelse om utleveringsplikt etter konkurranseloven videreføres.

Utvalget foreslår i utgangspunktet en videreføring av ordlyden i dagens bestemmelse om at utleveringsplikten gjelder alle type forretningspapirer, møtereferater og andre nedtegnelser, samt informasjon som er lagret ved hjelp av datamaskin eller annet teknisk hjelpemiddel, jf. forslaget § 5–1 annet ledd. Utleveringsplikten gjelder uansett om de opplysninger disse ber om finnes som tradisjonelle papirdokumenter eller er lagret elektronisk.

Utvalget mener at utleveringsplikt i overtredelsaker vil kunne komme til anvendelse der det av praktiske grunner ikke er mulig for Konkurransetilsynet selv å sikre bevis uten den kontrollertes medvirkning etter forslaget § 6–1. Et viktig eksempel på dette er i følge utvalget dataservere hvor tilgang bare er mulig ved bruk av den berettigedes passord eller ved samtykke på annen måte fra den som er berettiget. I slike tilfelle vil norske myndigheter være avhengig av utleveringspålegg overfor den berettigede for å få tilgang til den lagrede informasjonen, jf. innstillingen punkt 8.7 og punkt 6.9.1.

Originaldokumenter – gransking

Forslaget avviker her noe fra gjeldende rett når det gjelder plikten til å kreve originaler.

I følge utvalget er bestemmelsen om utleveringsplikt i forslaget § 5–1, i motsetning til forslaget § 6–1 om bevissikring, ikke ment å være hjemmel for å innhente bevis. Utvalget foreslår at det ikke skal være plikt til å utlevere originaldokumenter etter forslaget § 5–1. Det er etter utvalgets oppfatning tilstrekkelig at det gis kopi av dokumentene til Konkurransetilsynet. For å markere at Konkurransetilsynet ved vanlige kontrollundersøkelser ikke kan kreve å få med originaldokumenter, foreslås i denne forbindelse å fjerne uttrykket «gransking» i lovteksten.

Begrensninger i opplysningsplikten

Utvalget har drøftet det prinsipielle spørsmål om rekkevidden av opplysningsplikten i forhold til vernet mot selvinkriminering i sanksjonssaker.

Utvalget viser til at hensynet til en effektiv etterforskning må veies opp mot mistenktes rettssikkerhet ved utformingen av regelverket, på samme måte som for tiltak mot annen økonomisk kriminalitet. Når det gjelder forvaltningsoppgavene, står etter utvalgets oppfatning ikke de forskjellige interesser like skarpt opp mot hverandre. Utvalget er kommet til at den generelle plikten til å gi Konkurransetilsynet de opplysninger det trenger for å utføre sine oppgaver, bør videreføres.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Individer

Utvalget konkluderer i punkt 8.6.2.5 i innstillingen med at når det legger opp til et system hvor Konkurransetilsynet ikke bare skal forberede forvaltningsvedtak, men også ta stilling til overtredelser og utferdige forelegg, vil den generelle opplysningspliktsregelen kunne komme i konflikt med selvinkrimineringsvernet i disse sakene. I foreleggssaker vil Konkurransetilsynet ut fra et materielt straffebegrep kunne avgjøre en straffesiktelse. Siden utvalget foreslår at tilsynet bare skal kunne utstede forelegg mot foretak, vil tilsynets utredning likevel ikke endre karakter hva angår individers mulige straffansvar. De vil derfor etter utvalgets oppfatning ikke kunne påberope seg innskrenkninger i opplysningsplikten overfor tilsynet med grunnlag i selvinkrimineringsvernet. Deres vern består i at de opplysninger de pålegges å gi, ikke kan danne grunnlag for fellelse av dem i en eventuelt senere straffesak som blir reist mot dem av påtalemyndigheten. Bli fysiske personer siktet av påtalemyndigheten mens Konkurransetilsynet ennå behandler saken, vil deres straffeprosessuelle rettigheter slå inn også overfor tilsynets behandling i tråd med avgjørelsen i Reksten-kjennelsen i Rt. 1976 side 1447.

Foretak

Etter utvalgets oppfatning er det usikkert om og hvor langt vernet mot selvinkriminering etter EMK gjelder for foretak. Utvalget viser i denne forbindelse til en rekke dommer fra EMD som kan tyde på at selvinkrimineringsvernet er forbeholdt fysiske personer som kan ha en vilje.¹¹

På den annen side anser utvalget det som sikkert at foretak har en beskyttelse gjennom EF-domstolens praksis i forhold til den opplysningsplikt foretak har overfor Kommisjonen i konkurransesaker. Denne beskyttelsen er ikke begrunnet i EMK artikkel 6, men i kontradiksjonsprinsippet, som er en grunnleggende fellesskapsrettslig rettighet.¹²

Et samlet utvalg viser til at dersom norske myndigheter får kompetanse til å håndheve EØS-avtalens regler, må selvinkrimineringsvernet etter EF-retten respekteres ved håndhevingen. Uavhengig av hvilket vern foretak måtte ha etter EMK og norsk rett, vil således et visst vern måtte innrømmes i kraft av EU/EØS-reglene. Utvalget mener at

det i praksis i en slik situasjon vil bli vanskelig å ha andre regler for opplysningsplikten ved etterforskning av overtredelser etter de norske bestemmelsene. Utvalget legger derfor til grunn at Konkurransetilsynets utredning av en sak med sikte på å ta stilling til om det skal utferdiges forelegg på sivilrettslige bøter, i så fall vil måtte skje med de begrensninger som følger av foretakenes kontradiktoriske rettigheter slik de følger av fellesskapsretten.

EF-domstolens praksis bygger ikke direkte på EMK, men på grunnleggende fellesskapsrettslige rettigheter. Denne praksis gir derfor ifølge utvalget ingen direkte veiledning i forhold til EMK. På den annen side kan det etter utvalgets oppfatning ikke ses bort fra EF-domstolens tilnærming, som bygger på en avveining av tilsvarende verdier som dem man finner reflektert i EMK. EF-domstolen har omfattende konkurranserettslig praksis og vil kunne ha en viss innflytelse i forhold til hvordan EMD vil nærme seg problemet.

På denne bakgrunn foreslår *flertallet* at foretakenes selvinkrimineringsvern i forhold til håndheving av den norske loven, utformes etter mønster fra EF-domstolens praksis, enten det blir aktuelt med nasjonal håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 eller ikke.

Det reflekteres i merknader til utvalgets forslag til § 5–1.

Et mindretall mener at vernet mot selvinkriminering ikke bør knyttes til EF-domstolens praksis dersom det ikke blir aktuelt med nasjonal håndheving, se innstillingen punkt 8.6.2.

Tidspunktet for når vernet inntreer, vil da avhenge av en konkret vurdering i den enkelte sak og må som i dag finne sin løsning gjennom praksis.

9.2.3 Høringsinstansenes merknader

Femten høringsinstanser har uttalt seg om opplysningsplikten.

Begrensninger i opplysningsplikten – vernet mot selvinkriminering

Flere har kommentarer til utvalgets diskusjon og konklusjon med hensyn til eventuell rett for foretak og individer til straffritt å tie og nekte å utlevere informasjon til konkurransemyndighetene, det vil si rekkevidden av vernet mot selvinkriminering ved Konkurransetilsynets innhenting av opplysninger.

Økokrim viser til at det etter flertallets forslag vil gjelde fire regelsett som omhandler selvinkriminering og at dette kompliserer håndhevingen og er helt unødvendig i forhold til de hensyn som skal tas. Det vises til at vernet ikke er enkelt å praktise-

¹¹ Se i denne sammenheng *Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic v. Sverige* (REF0003768) av 23.07.2002

¹² Se blant annet sak 374/87 *Orkem mot Kommisjonen Saml.* 1989 side 3283 avsnitt 34–35.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

re, og det uttrykkes skepsis mot å innføre EU-rettens foretaksvern.

Selv om de materielle konkurransereglene harmoniseres med konkurransereglene i EU, er det etter Økokrims oppfatning ikke avgjørende grunner som tilsier at saksbehandlingsreglene i EU/EØS-området bør innføres i Norge, dersom vi ikke er forpliktet til det.

Økokrim advarer mot å bruke EU-reglene som modell. Det vises til at utgangspunktet i henhold til EØS-avtalen ved nasjonal håndheving av EØS-avtalens regler, er at slik håndheving skal følge nasjonale prosessregler.

Det uttales for øvrig at

«... Ved bruk av sanksjoner ved brudd på konkurranselovgivningen vil EMK være den avgjørende og dominerende overnorm som fastlegger rekkevidden av selvinkrimineringsvernet. Etter Økokrims syn bør det på frivillig grunnlag ikke innføres ytterligere regler som vi ikke er folkerettslig forpliktet til å følge.»

Det vises til at regler som svekker forklaringsplikten vil kunne bidra til at myndighetene må ta i bruk andre og mer inngripende tvangsmidler dersom man i det hele tatt skal ha håp om å avdekke og reagere overfor denne typen lovbrudd.

Dersom adgangen til sivile bøter svekker håndhevingsmulighetene i det sivilrettslige sporet, er det etter Økokrims oppfatning mer realistisk på konkurranserettens område, at man i større grad tar i bruk det strafferettslige sporet. Økokrim advarer mot en utvikling av saksbehandlingsreglene hvor kontrollkostnadene blir så store og håndhevingsmulighetene så begrensede at det i praksis bare er de «uheldige» lovbrøytene som blir tatt for de enkle og synbare overtredelsene.

Advokatfirmaet Bull & Co. (Bull) gir sin tilslutning til videreføringen av reglene om en straffesanksjonert plikt for enhver til å gi konkurransemyndighetene opplysninger. Bull og *Handels- og servicenæringens Hovedorganisasjon* (HSH) anser det som positivt at foretak gis samme selvinkrimineringsvern som etter EF/EØS-retten.

Flyselkapenes Landsforening (FL) viser til at opplysningsplikten for enhver i konkurranse-loven går svært langt i forslaget til ny konkurranselov.

I likhet med Økokrim uttrykker FL og *Forleggerforeningen* skepsis til at forslaget legger opp til en blanding av forskjellige prosessformer og at det kan velges mellom et forvaltningsrettslig spor og et straffeprosessuelt. Valget mellom forskjellige spor skaper en usikkerhet både for Konkurransetilsynet og markedsaktørene. Det anses derfor å være behov for større forutsigbarhet samt forenkling og av-

klaring i forbindelse med ny lov. FL støtter flertallets forslag om at foretakenes selvinkrimineringsvern utformes etter mønster fra EF-domstolens praksis, enten det blir aktuelt med nasjonal håndheving av EØS-avtalens regler eller ikke.

Også *Advokatfirmaet Hjort DA* (Hjort) tar i sin uttalelse opp problemer i forhold til EMK. Det vises til at den nye sivilrettslige sanksjonen som foreslås, vil føre til at rettighetskatalogen i EMK artikkel 6 blir utløst fra det tidspunkt vedkommende foretak eller privatperson er å anse som siktet. Hjort antar at det er mindre usikkert enn utvalget har gitt uttrykk for at foretak har et vern etter EMK. Hjort reiser også spørsmål ved at utvalget synes å legge til grunn at EMK artikkel 6 ikke kan påberopes av privatpersoner under Konkurransetilsynets arbeid med en sak om konkurranseskadelig atferd. Det vises til Sanksjonsutvalgets innstilling og NOU 2003: 7 Om tilleggsskatt, som synes å trekke andre konklusjoner for sammenlignbare forvaltningssaker.

Hjort foreslår at det gis en regel om at både foretak og enkeltpersoner som Konkurransetilsynet mener er skyldig i konkurranseskadelig atferd i strid med loven skal varsles om dette. I varselet skal det opplyses om at man har rett til å nekte å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander der dette vil kunne utsette vedkommende for sivilrettslige bøter eller lede til anmeldelse og strafforfølgning. Det understrekes at tidspunktet for et slikt varsel må bestemmes ut fra en avveining mellom ulike hensyn, men at hensynet til formålet bak bestemmelsen i EMK artikkel 6 tilsier at man ikke venter med å gi varsel inntil det er klarlagt at det er grunnlag for Konkurransetilsynets mistanke.

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) ser det som positivt at selvinkrimineringsvernet styrkes gjennom utvalgets forslag, men viser til at forbedringen bare gjelder foretak. Slik NHO oppfatter forslaget, avhenger privatpersoners opplysningsplikt av om de uttaler seg på vegne av et foretak eller ikke. Etter NHOs oppfatning er denne avgrensningen for vag til at vernet blir reelt på de områder der det finnes. Poenget er at fysiske personer innenfor grensene for selvinkrimineringsvernet ikke skal kunne straffes for brudd på § 5-1 der de uttaler seg på vegne av foretak (fordi foretaket har selvinkrimineringsvern), mens de i øvrige situasjoner (foretakets ansatte generelt) vil kunne straffes for brudd på § 5-1, likevel slik at opplysninger av inkriminerende karakter som kreves, ikke vil benyttes i en straffesak mot personen.

Også *Den norske Advokatforening* (Advokatforeningen) har merknader av lignende art og mener

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

at der tilsynet i realiteten driver etterforskning bør privatpersoner gis de samme rettssikkerhetsgarantier som det som følger av verdipapirhandelloven § 12–2 sjette ledd, siste setning. Det foreslås å ta inn et nytt fjerde ledd i forslaget § 5–1:

«Opplysningsplikten etter første og annet ledd gjelder ikke når svaret vil kunne utsette vedkommende selv eller noen vedkommende står i forhold til som nevnt i straffeprosessloven § 122 første og annet ledd, for straff eller tap av borgerlig aktelse.»

Justisdepartementet (JD) viser til at selvinkrimineringsvernet gjør seg gjeldende både i forbindelse med en straffesiktelse i rettsapparatet og på kontrollstadiet. Departementet peker på Sanksjonsutvalgetets utredning og antar at vernet både kan komme til anvendelse for individer og foretak. JD er spesielt opptatt av innholdet i selvinkrimineringsvernet hva angår det faktum at opplysningsplikten etter utvalgets forslag fortsatt skal være straffsanksjonert.

JD er videre skeptisk til at den foreslåtte straffsanksjonerte opplysningsplikten ikke reflekterer skrankene som er fastsatt i EMDs praksis. Straff for overtredelse av opplysningsplikten vil etter JDs oppfatning lett kunne stride mot selvinkrimineringsvernet, avhengig av opplysningenes art og hva de skal brukes til. JD uttaler at det kan vurderes en løsning tilsvarende den Sanksjonsutvalget har foreslått i sitt forslag til ny § 53 i forvaltningsloven. Hvorvidt Sanksjonsutvalgets innstilling vil bli fulgt opp, vil JD ta stilling til etter at innstillingen har vært på høring.

Konkurransetilsynet understreker at en generell opplysningsplikt for enhver i utgangspunktet ikke berører selvinkrimineringsvernet i artikkel 6 i EMK.

Så lenge utvalget legger opp til at Konkurransetilsynet ikke skal kunne ilegge fysiske personer sanksjoner, mener Konkurransetilsynet at individenes selvinkrimineringsvern vil bestå i at de inkriminerende opplysninger individene er pålagt å gi, ikke kan brukes i en eventuell straffesak mot dem.

Konkurransetilsynet legger til grunn at individer generelt ikke kan påberope seg selvinkrimineringsvernet i EMK under forvaltningens behandling av en overtredelsessak når forvaltningen ikke har hjemmel for å ilegge individer sanksjoner. Det følger av dette at individer plikter å delta aktivt når det gjelder å finne fram til dokumenter og opplysninger i forbindelse med en bevissikring eller informasjonsinnhenting, selv om disse inneholder inkriminerende opplysninger.

Konkurransetilsynet slutter seg til utvalgets mindretall, som ikke ønsker å innføre et særskilt vern for foretak i overensstemmelse med EF-domstolens praksis ved anvendelse av de norske konkurransereglene og uttaler følgende:

«Det foreligger ikke noen EØS-rettslig forpliktelse til å innføre et slikt selvinkrimineringsvern for foretak i Norge. Hensynet til harmonisering slår heller ikke til så lenge det ikke er aktuelt med desentralisert håndheving av EØS-reglene i Norge. Straffeprosesslovgivningen inneholder ingen regler om slikt vern, og det er tvilsomt om et slikt vern vil være i samsvar med vanlig rettsoppfatning i Norge. Et vern for foretak etter EMK vil da gjelde, i den grad konvensjonen hjemler selvinkrimineringsvern for foretak. Det må også her være opp til domstolene å trekke opp de nærmere grensene. Konkurransetilsynet vil presisere at et eventuelt vern etter EMK ikke vil berøre Konkurransetilsynets adgang til å ta beslag i inkriminerende dokumenter ved bevissikring.»

Konkurransetilsynet viser til at Sanksjonsutvalget foreslår at bestemmelser om selvinkrimineringsvern i forvaltningsloven også skal gjelde foretak. Dersom det etter en grundig vurdering av de ulike hensyn, innføres et generelt selvinkrimineringsvern for foretak i saker hvor forvaltningen kan ilegge sanksjoner, ser ikke Konkurransetilsynet behov for å gjøre unntak for konkurransesaker.

Behovet for en straffesanksjonert hjemmel for opplysningsplikt

Norsk Hydro anser at så lenge forslaget til ny konkurranselov viderefører de vide informasjonsinnhentingshjemlene i nåværende lov, er det positivt at rettssikkerhetsgarantiene styrkes i lys av nyere praksis fra EF-domstolen og EMD.

Når det imidlertid gjelder vernet for fysiske personer anser selskapet at

«... den foreslåtte ordningen skaper problemer. Etter forslaget vil en privatperson kunne straffes for brudd på forslaget § 5–1. Derimot skal slike opplysninger ikke kunne benyttes i en straffesak mot en privatperson. Lovutvalget forutsetter likevel at privatpersoner skal ha det samme vernet som foretak der personen uttaler seg «på vegne av» et foretak. Etter vår oppfatning er denne avgrensningen for vag til at vernet blir reelt på de områder der det finnes. Disse problemene vil finne sin løsning hvis forslaget om å videreføre straffesanksjoner, ikke innføres.»

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Krav om originaldokumenter etter forslaget § 5–1

Flere av høringsinstansene har synspunkter på utvalgets forslag om at Konkurransetilsynet med hjemmel i forslaget § 5–1 om opplysningsplikt, i motsetning til bestemmelsen om beslag i forslaget § 6–1, ikke skal kunne kreve utlevert originaldokumenter.

Økokrim går imot utvalgets forslag til § 5–1 om opplysningsplikt ikke skal gi hjemmel til å innhente originaldokumenter. *Økokrim* mener at Konkurransetilsynet må ha rett til å få utlevert originaler uavhengig av om hjemmelen for informasjonsinnhenting er forslaget § 5–1 eller § 6–1. Det vises til at det for eksempel kan være behov for å få utlevert dokumenter etter forslaget § 5–1 i etterkant av en bevissikring.

Konkurransetilsynet støtter heller ikke utvalgets forslag på dette punkt. Dagens bestemmelse om at dokumenter kan kreves utlevert i original for gransking bør etter tilsynets oppfatning videreføres.

Det vises til at utvalget begrunner sitt forslag med at bestemmelsen om utleveringsplikt, i motsetning til forslaget § 6–1 om bevissikring, ikke er ment å være en hjemmel for å innhente bevis. Samtidig peker utvalget på at et pålegg om utlevering er eneste muligheten for bevisinnhenting fra dataservere som befinner seg andre steder enn hos det kontrollerte selskap. Konkurransetilsynet bemerker at utvalgets eksempel viser at forslaget § 5–1 også kan bli benyttet til å innhente bevis, ettersom serverens innhold vil inngå i det totale beslaget og bli vurdert på lik linje med øvrig dokumentasjon.

Advokatfirmaet Wikborg, Rein & Co. (WR) støtter utvalgets uttalelser om at forslaget § 5–1 annet ledd om utleveringsplikt ikke er ment å være hjemmel for å innhente bevis. Utvalgets forslag oppfattes slik at bestemmelsen om utleveringsplikt er endret i forhold til konkurranseloven § 6–1, ved at det ikke lenger er en plikt til å utlevere dokumenter for gransking, og at Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda ikke kan kreve fremlagt originaldokumenter med hjemmel i forslaget § 5–1 annet ledd. WR mener det er uheldig at denne forutsetningen ikke fremgår av ordlyden i forslaget § 5–1 og foreslår inntatt at det er tilstrekkelig med kopi av dokumenter til konkurransemyndighetene.

Utlevering av informasjon

I sammenheng med diskusjonen om adgangen til å kreve utlevert informasjon reiser noen høringsinstanser spørsmål ved utvalgets beskrivelse av gjeldende rett, hvor det er uttalt at det er anledning til å ta med forskjellige medier for lagring av opplysninger.

Den norske Bank ASA (DnB) viser til utvalgets uttalelser på side 169–170 i utredningen om at konkurransemyndighetene etter konkurranseloven § 6–1 kan kreve utlevert dokumentvesker, mapper, almanakker, mobiltelefoner og elektroniske avtalebøker. I og med at forslag til § 5–1 er forutsatt å videreføre gjeldende rett, er det etter DnBs oppfatning grunn til å stille spørsmål ved denne beskrivelsen. Det pekes på at gjeldende konkurranselov § 6–1 ikke viser til nevnte gjenstander, men gir en opplysningsplikt, og at det derfor må være de opplysninger som nevnte gjenstander inneholder som opplysningsplikten omfatter. Det vises til at utleveringsplikt krever tilstrekkelig spesifisering med hensyn til dokumenter eller informasjon som ønskes. Videre vises til at ransaking av veske etter straffeprosessloven er å anse som ransaking av person.

Også *Advokatforeningen* og *WR* har lignende merknader vedrørende undersøkelser av dokumentmapper etc. som DnB, og reserverer seg mot utvalgets lovforståelse. Det antas at det er hjemmel for å kreve utlevert innholdet, men ikke gjenstander hvor informasjon er lagret. Uansett lovforståelse forutsetter Advokatforeningen at det blir rettsstilstanden under en ny lovbestemmelse.

Advokatkorrespondanse

I forbindelse med at gjeldende rett med hensyn til utlevering av advokatkorrespondanse også foreslås videreført, er både *NHO*, *Advokatforeningen* og *DnB* kritisk til det som oppfattes å være utvalgets utlegning av rettsstilstanden. Det uttrykkes bekymring for at korrespondanse som er unntatt beslag etter den foreslåtte bevissikringsbestemmelsen i § 6–1, gjennom henvisning til straffeprosessloven § 119, uavhengig av om den befinner seg hos advokaten som har taushetsplikt eller hos andre, i stedet kan kreves utlevert etter forslaget § 5–1, som ikke har noen slik henvisning. Det vises til at beskyttelsen av korrespondanse mellom klient og advokat under bevissikring vil ha liten verdi dersom Konkurransetilsynet i stedet kan kreve fremlagt den samme korrespondansen i medhold av opplysningspliktbestemmelsen, og at dette er et resultat man vanskelig kan forestille seg er i samsvar med lovgivers intensjon.

Hjemmel for lydopptak

Advokatforeningen er for øvrig positiv til utvalgets forslag til § 5–1 første ledd annet punktum, om innføring av hjemmel til å bruke lydopptak i forbindelse med forklaringsopptak. Forutsetningen må da, ifølge Advokatforeningen, være at den som gir for-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

klaring blir gjort oppmerksom på opptaket i forkant av dette.

Når det gjelder forslaget om adgang til lydopptak, mener *Datatilsynet* at dette kunne vært sagt eksplisitt i bestemmelsen. Den foreslåtte ordlyden omfatter, slik *Datatilsynet* ser det, mer enn lydopptak. *Datatilsynet* mener dessuten at opplysningsplikten i forslaget § 5–1 er for vidtgående når vilkåret for at plikten inntre er overlatt til Konkurransetilsynets skjønn med hensyn til om opplysningen er nødvendig i tilsynets arbeid.

Konkurransetilsynet anser adgang til lydopptak for å være et svært nyttig og viktig hjelpemiddel for å få frem nyanser ved de spørsmål som stilles og ved de svarene som avgis under forklaringsopptak. Lydopptak vil etter tilsynets vurdering ha den fordel at det medgår mindre tid under selve forklaringsopptaket.

9.2.4 Departementets vurdering

Behov for opplysningsplikt i konkurranseeloven

Departementet foreslår i utkast til § 24 at det skal være opplysningsplikt til konkurransemyndighetene. Ordlyd og innhold sammenfaller i hovedsak med konkurranseeloven § 6–1. Departementet foreslår at manglende etterlevelse av opplysningsplikten fortsatt skal være sanksjonert. Videre følger departementet opp utvalgets forslag til ny bestemmelse om tvangsmulkt for å fremtvinge etterlevelse av enkeltvedtak etter loven, og pålegg om opplysninger etter utkastet § 24. Se nærmere om dette i punkt 8.7.

Opplysningspliktsbestemmelsen er etter departementets oppfatning en forutsetning for konkurransemyndighetenes utførelse av sine oppgaver etter konkurranseeloven. Departementet slutter seg i hovedsak til utvalgets vurdering når det gjelder behovet for en slik lovbestemmelse, og finner grunn til å gjenta noen hovedpunkter. Se for øvrig innstillingen punkt 8.5, 8.6.2.2 og 8.6.3. Konkurransemyndighetenes informasjonsinnhenting skiller seg fra andre tilsynsmyndigheters ved at tilsynet ikke får tilgang til den informasjonen som trengs gjennom ulike former for rapporterings- og oppgaveplikt. Det er derfor behov for en bestemmelse om opplysningsplikt som gir det nødvendige informasjonsgrunnlag. Erfaring fra overtredelsessaker tilsier at relevant informasjon ofte ikke fremgår av bedriftens ordinære forretningsdokumenter og derfor heller ikke befinner seg i bedriftens ordinære arkiver. Det dreier seg i stor grad om notater og optegnelser som oppbevares sammen med personlige dokumenter, for eksempel i private mapper, skuffer

eller notisbøker. Lagringsmediet kan også være annet enn papir.

Ved kartellvirksomhet, som rammes av konkurranseelovens forbud, er opplysningsplikten særlig viktig. I praksis er det umulig å bygge opplysningsplikten på frivillighet. Også for de som ønsker å gi opplysninger, kan det være en fordel å kunne vise til at dette er en plikt etter loven.

Departementet er enig med utvalget i at på samme tid som den rettslige utvikling er gått i retning av en mer formalisert saksbehandling, står myndighetene overfor nye utfordringer. Sakene synes stadig vanskeligere å etterforske. Utviklingen av elektronisk saksbehandling og kommunikasjon nødvendiggjør nye etterforskningsmetoder og tilgang til informasjon uansett lagringsmedium. Slik tilgang er omfattet av opplysningsplikten etter gjeldende konkurranseelov og foreslås videreført i den nye loven.

Det vises for øvrig til utviklingen i EU hvor det i rådsforordning (EF) nr. 1/2003, som erstatter rådsforordning (EØF) nr. 17/62, er foretatt en rekke endringer med sikte på å effektivisere håndhevingen av EF-konkurransereglene, blant annet ved å legge håndhevingen av reglene til nasjonale myndigheter. Kommisjonen synes for tiden å oppklare de fleste saker om overtredelse av EF-traktaten artikkel 81 ved tips fra kartelldeltakere, som derved oppnår straffeempning. Det er i praksis svært vanskelig for konkurransemyndighetene å fremskaffe nødvendig informasjon på egen hånd.

Hvilke behov konkurransemyndighetene har, og hvor vidtrekkende virkemidler konkurransemyndighetene skal ha for effektiv kontroll og tilsyn, er omstridt. Mot hensynet til samfunnets interesse i en effektiv håndheving av konkurranseeloven står interessene og rettighetene til de kontrollerte. Som blant annet utvalgets innstilling viser, er vern mot selvinkriminering på kontrollstadiet og adgang til bevissikring i private hjem eksempler på slike omstridte spørsmål. Departementet omtaler spørsmålet om opplysningsplikts grenser avslutningsvis under dette punktet.

Pliktsubjekter

Departementet følger opp utvalgets forslag om å videreføre opplysningsplikten for enhver. Plikten vil, som nå, gjelde både fysiske og juridiske personer.

For å kunne avdekke ulovligheter er konkurransemyndighetene avhengig av å kunne kreve opplysninger fra enhver som har relevant informasjon. Dette gjelder også andre enn de som er direkte involvert i en antatt overtredelse. Etter departementets oppfatning må derfor opplysningsplikten

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

fremdeles omfatte enhver som er i besittelse av relevant informasjon. Pålegg om å gi informasjon skriftlig eller muntlig og å utlevere dokumenter for gransking må fremdeles kunne rettes mot leverandører, konkurrenter, kunder og forbrukere.

Vilkår

Departementet er enig med utvalget i at det fremdeles må være opp til Konkurransetilsynets skjønn å avgjøre hvilken informasjon som er nødvendig for å kunne utføre oppgavene tilsynet er pålagt. I denne sammenheng vil det for eksempel være adgang til å foreta undersøkelser innen enkelte bransjer der markedsutviklingen tyder på at konkurransen begrenses uten at det foreligger noen konkret mistanke om overtredelse av forbudsbestemmelsene. Generelle markedsundersøkelser kan brukes som utgangspunkt for inngrep eller forslag om andre tiltak for å legge bedre til rette for konkurranse, samt å avsløre overtredelser av forbudsbestemmelsene.

Konkurransemyndighetenes adgang til å kreve opplysninger vil på samme måte som i dag avgrenses gjennom forvaltningsrettens alminnelige prinsipper om forholdsmessighet og myndighetsmisbruk.

Tilfeller hvor opplysningsplikt må vike for taushetsplikt – spesielt om advokatkorrespondanse

Etter gjeldende rett må plikten til å gi opplysninger stå tilbake for såkalt kvalifisert lovbestemt taushetsplikt som påhviler den som kravet om opplysninger er rettet mot. Det vil si at vitneplikten viker for taushetsplikten. Utvalget går inn for å videreføre gjeldende rett på dette området.

I konkurransesaker har gjeldende rett særlig vært diskutert i forhold til utleveringsplikt for såkalt advokatkorrespondanse hos de kontrollerte. Flere høringsinstanser tar i denne sammenheng opp forholdet mellom utvalgets forslag til §§ 5–1 og 6–1. Det er ikke tvil om at det gjelder et vern for opplysninger advokaten er blitt betrodd som ledd i sin virksomhet som juridisk rådgiver eller prosessfullmektig når det er besluttet bevissikring, også når opplysningene befinner seg hos den taushetsplikten skal tilgodese. Det fremgår av konkurranse-loven § 6–2, der det henvises til straffeprosessloven §§ 117–119. jf. § 204, som videreføres i departementets utkast til § 25 om bevissikring. Selv om dette bare er uttrykkelig lovfestet i bevissikringssituasjoner, mener departementet at dette også må legges til grunn ved informasjonsinnhenting etter utkastet til § 24. Det vil derfor ikke være adgang til å kreve utlevert advokatkorrespondanse etter utkastet til § 24 fra den som taushetsplikten skal tilgodese.

Form

Opplysninger vil etter departementets forslag fremdeles kunne kreves gitt skriftlig eller muntlig, enten på Konkurransetilsynets kontorsted eller ved kontrollbesøk. Det tilsvarende gjeldende rett og utvalgets forslag.

Utvalget har i sitt utkast til ny bestemmelse fjernet henvisningen i konkurranse-loven til at informasjon kan kreves fra «enkelte og fra grupper av ervervsdrivende». Av merknadene fremgår at utvalget mener bestemmelsen fremdeles skal gi hjemmel til å kreve opplysninger både i enkelttilfeller og ved forskrift. Departementet oppfatter derfor endringen som redaksjonell, men har ikke fulgt opp dette i utkastet, da departementet anser det som en fordel, at det fremgår klart av bestemmelsen at den også gir hjemmel til å gi forskrifter.

Nytt i forhold til gjeldende bestemmelse er også utvalgets forslag om adgang til lydopptak av forklaringer. Departementet er enig i utvalgets forslag, men foreslår å endre ordlyden slik at lovteksten direkte reflekterer adgangen til slike lydopptak, jf. utkast til § 24 første ledd. For øvrig forutsettes, som etter påtaleinstruksen § 8–13, at den som avgir forklaring skal underrettes på forhånd dersom lydopptak skal benyttes og at det skal skrives rapport på vanlig måte, eventuelt i etterhånd. Departementet antar at bruk av lydopptak kan medføre en fordel ved at det medgår mindre tid under selve forklaringsopptaket.

Utleveringsplikt

Det er etter konkurranse-loven § 6–1 forutsatt at konkurransemyndighetene kan ha behov for både muntlige opplysninger og allerede eksisterende lagrede opplysninger. Vilkåret for plikt til utlevering av slik eksisterende informasjon er at konkurransemyndighetene trenger informasjonen for å kunne utføre sine gjøremål etter loven. Det kreves at Konkurransetilsynet til en viss grad spesifiserer hva slags informasjon som ønskes utlevert.

I praksis har det oppstått spørsmål om konkurransemyndighetene med hjemmel i konkurranse-loven § 6–1 annet ledd kan be om lagringsmediet for informasjonen når informasjonen ikke er nedtegnet på papir. Departementet viderefører derfor i utkastet § 24 annet ledd utleveringsplikten etter konkurranse-loven § 6–1 annet ledd med en endring i ordlyden, som er ikke er ment som en realitetsendring, men som gjør det helt klart at tilsynet kan kreve utlevert mediet som er bærer av den etterspurte informasjon. Utkastet til § 24 annet ledd lyder:

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

«På samme betingelser som nevnt i første ledd kan konkurransemyndighetene for gransking kreve utlevert alle typer informasjon og bærere av slik informasjon.»

Originaler

Utvalgets forslag avviker her noe fra gjeldende rett når det gjelder adgangen til å kreve originaler utlevert for gransking.

Utvalget har i forslaget til § 5–1 annet ledd videreført ordlyden i konkurranseloven § 6–1 annet ledd med visse endringer slik at det ikke lenger skal være plikt til å utlevere dokumenter for «gransking». Dette innebærer i følge utvalget at Konkurransetilsynet ikke kan kreve fremlagt originaldokumenter med hjemmel i den foreslåtte bestemmelsen.

Utvalget viser i sin begrunnelse for forslaget til at bestemmelsen i annet ledd om utleveringsplikt ikke er ment å være en hjemmel for å innhente bevis. Det heter videre:

«Utvalget mener imidlertid at hjemmelen om utleveringsplikt vil kunne komme til anvendelse i overtredelsessaker i tilfeller hvor det av praktiske grunner ikke er mulig å gjennomføre bevissikring etter forslaget § 6–1. Utvalget viser som eksempel til dataservere som befinner seg andre steder enn hos det kontrollerte selskap og at et pålegg om utlevering er eneste muligheten for å fremskaffe opplysningene.»

Departementet mener at endringen utvalget har foreslått i loven ved å fjerne begrepet gransking er uklar og kan ha virkninger ut over det utvalget drøfter.

Departementet er ikke enig med utvalget i at det kun er under en bevissikring at det er behov for originaldokumenter. Utvalgets uttalelser om behov for utlevering av innholdet på en server viser for øvrig at forslaget § 5–1 (utkastet § 24) også kan bli benyttet til å innhente bevis, ettersom serverens innhold vil inngå i det totale beslaget og bli vurdert på lik linje med øvrig dokumentasjon. Det samme gjelder dokumenter som bedriften selv fremskaffer etter anmodning fra tilsynet under en bevissikring.

Departementet ønsker å opprettholde gjeldende rettstilstand, som innebærer adgang til å kreve utlevert originaldokumenter for gransking, og foreslår i utkast til § 24 annet ledd om utlevering, å beholde begrepet gransking i ordlyden. Departementet følger dermed ikke utvalgets forslag på dette punkt.

Opplysningspliktens grenser

Straffsanksjonert opplysningsplikt overfor forvaltningen kan komme i konflikt med vernet mot selvkriminering slik det er innfortolket i EMK artikkel 6 nr. 1. I straffesaker er vernet mot å bli tvunget til å inkriminere seg selv ved å bli tvunget til å vitne mot seg selv eller erkjenne seg skyldig, godt innarbeidet. På forvaltningsstadiet er imidlertid spørsmålet om rekkevidden av selvkrimineringsvernet langt mer komplisert, som det fremgår av punkt 9.2.1 og 9.2.2 ovenfor.

Som omtalt foran under punkt 9.2.1 gir konkurranseloven ingen begrensninger i plikten til å forklare seg overfor Konkurransetilsynet. Selv om spørsmålet har vært omdiskutert både i pris- og reguleringsaker og andre saker, er det nesten unntaksfritt lagt til grunn at straffeprosesslovens regler om fritakelse for vitner ikke kan anvendes overfor dem som i medhold av en kontrolllov blir pålagt å gi opplysninger. Som nevnt foran under gjeldende rett, er spørsmålet om hvilke skranker selvkrimineringsvernet setter for Konkurransetilsynets opplysningsinnhenting ved mistanke om overtredelser av konkurranselovens forbudsbestemmelser ikke avgjort i norsk rettspraksis.

Utvalget mener at individenes vern ligger i det forhold at de opplysninger de pålegges å gi, ikke kan danne grunnlag for fellelse av dem i en eventuelt senere straffesak som blir reist mot dem av påtalemyndigheten. Blir fysiske personer siktet av påtalemyndigheten mens Konkurransetilsynet ennå behandler saken, vil deres straffeprosessuelle rettigheter slå inn også overfor tilsynets behandling i tråd med avgjørelsen i Reksten-kjennelsen i Rt. 1976 side 1447.

Departementet er enig med utvalget i at overgangen til forbud etter mønster av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 vil føre til at konkurransemyndighetenes arbeid i større grad enn i dag blir rettet mot avdekking av overtredelser av forbudsbestemmelsene og eventuell sanksjonering av disse. Dette vil kunne føre til at spørsmålet om hvilke skranker selvkrimineringsvernet setter for Konkurransetilsynets informasjonsinnhenting får større aktualitet enn tidligere. Det samme gjelder spørsmål om bruk av innhentet informasjon. Departementet deler utvalgets oppfatning om at det er bruken av informasjon som er innhentet i en overtredelsessak, som utgjør kjernen i vernet mot selvkriminering. Dersom Konkurransetilsynet ved innhenting av informasjon ikke skulle ha trukket grensene riktig med hensyn til når selvkrimineringsvernet inntreffer, så oppstår det spørsmål om i hvilken grad det i en senere sanksjons- eller straffesak er adgang til å benytte de opplysninger eller dokumenter som er

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

innhentet. Det vises til utvalgets omtale av dette i innstillingen.

Departementet er også enig i at den nye konkurranse-loven ikke vil endre individenes vern, da det allerede i dag eksisterer et vern mot selvinkriminering etter EMK uavhengig av reglene i konkurranse-loven. Som i dag må grensene trekkes i det enkelte tilfelle. Det samme vil etter departementets oppfatning gjelde foretakenes vern etter EMK.

Departementet er i utgangspunktet enig med utvalgets mindretall, som ikke ønsker å innføre særskilt vern for foretak i overensstemmelse med EF-domstolens praksis. I og med at departementet foreslår å gi Konkurransetilsynet hjemmel til håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, jf. lovutkastet § 9 bokstav d, vil imidlertid etterforskning av overtredelser av disse bestemmelsene måtte skje med de begrensninger som følger av foretakenes kontradiktoriske rettigheter, slik de er utviklet i fellesskapsretten. Det kan hevdes at man av hensyn til harmonisering bør ha samme prosessuelle regler for de norske konkurransereglene som for EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Det er imidlertid ikke et krav etter EF-retten, så lenge de grunnleggende rettigheter etter denne er oppfylt. Departementet foreslår derfor at vernet ved håndheving av de norske reglene skal være knyttet til EMK og EMDs praksis. Omfanget av selvinkrimineringsvernet for foretak etter EMK er riktignok usikkert, men det er etter departementets oppfatning sannsynlig at det eksisterer et visst vern.¹³

Spørsmålet om EMK og foretaksvernet er gitt en omfattende drøfting i Sanksjonsutvalgets innstilling og utvalget konkluderer med at også foretak antakelig har et selvinkrimineringsvern under EMK. Sanksjonsutvalget foreslår følgende bestemmelse om vern mot selvinkriminering inntatt i forvaltningsloven, som også skal gjelde foretak:

«I sak om administrativ sanksjon eller mulig politianmeldelse har enhver rett til å nekte å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen vil kunne utsette vedkommende for administrativ sanksjon eller straff. Forvaltningsorganet skal gjøre vedkommende kjent med denne retten.»

Bestemmelsen skal gjelde generelt i saker om administrative sanksjoner. Bestemmelsen vil, dersom den blir vedtatt, gjelde også for Konkurransetilsynets saksbehandling i sanksjonssaker. Departementet finner ikke grunn til å foregripe behand-

lingen og oppfølgingen av Sanksjonsutvalgets innstilling, ved å foreslå en egen bestemmelse om selvinkriminering, men vil vurdere konsekvensene for konkurranse-lovens saksbehandlingsregler når det eventuelt er vedtatt nye bestemmelser.

Konkurranseloven bør etter departementets oppfatning ikke ha spesielle regler om selvinkriminering. Vernet vil uansett komme til anvendelse med det innhold og i den utstrekning som fastlegges gjennom EMDs praksis, som er under stadig utvikling. Tidspunktet for inntreden av vernet vil da avhenge av en konkret vurdering i den enkelte sak, og må som i dag finne sin løsning gjennom praksis.

Departementet vil vurdere utvalgets forslag om utforming av særskilte regler i overtredelsessaker i sammenheng med Justisdepartementets forslag om en anmeldelsesinstruks.

9.3 Bevissikring

9.3.1 Gjeldende rett

Etter konkurranse-loven § 6–2 kan Konkurransetilsynet, når det er rimelig grunn til å anta at loven eller vedtak i medhold av loven er overtrådt, kreve adgang til fast eiendom, inventar og annet løsøre for selv å søke etter bevis og ta bevisene med for nærmere gransking. Det er gitt nærmere regler i forskrift 31. mai 1995 nr. 511 om opplysningsplikt, gransking, bevissikring og behandling av over-skuddsinformasjon.

Konkurranseloven § 6–2 annet ledd siste punktum gir straffeprosessloven §§ 200, 201 første ledd, §§ 117 til 120, jf. §§ 204, 207, 208, 209, 213 og kapittel 26 tilsvarende anvendelse.

Bevissikring kan kreves når det er «rimelig grunn til å anta» at konkurranse-loven eller vedtak i medhold av konkurranse-loven er overtrådt. Det er ikke nødvendig med mistanke om at det foreligger en straffbar handling. Det er tilstrekkelig at det er rimelig grunn til å anta at loven objektivt sett er overtrådt. Ifølge Ot.prp. nr. 41 (1992 – 93) side 113 innebærer dette heller ikke et krav om sannsynlighetsovervekt. Det må for eksempel være tilstrekkelig for bevissikring at konkurranse-myndighetene har indikasjoner på ulovligheter ved at markedet preges av prislikhet, for eksempel ved at kjøpere klager til konkurranse-myndighetene over at det er vanskelig å oppnå avvikende rabatter eller tilbud.

Konkurransetilsynet kan kreve adgang til «fast eiendom, inventar og annet løsøre for selv å søke etter bevis.» Vanligvis utføres kontrollen på foretaks forretningsseiendom. «Fast eiendom» er imid-

¹³ Se Sanksjonsutvalgets innstilling i NOU 2003: 15 kapittel 5 og 12 og spesialmerknader til § 53 i kapittel 26.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

lertid ikke begrenset til forretningseiendommer. Bevissikring kan også foretas i private hjem dersom forholdene tilsier at det kan finnes bevis der. Adgangen til å foreta bevissikring i private hjem har i praksis vært benyttet ved mistanke om grove overtredelser av konkurranselovens forbudsbestemmelser.

Begjæring om adgang til bevissikring fremsettes av Konkurransetilsynet for retten. Den som avgjørelsen rammer har ikke adgang til å uttale seg før retten treffer sin beslutning og blir heller ikke informert om beslutningen før beslutningen iverksettes. Rettens beslutning skal leses opp eller forevises på stedet før bevissikringen iverksettes, jf. straffeprosessloven § 200. Kjæremål over beslutningen har ikke oppsettende virkning, jf. konkurranseloven § 6–2 annet ledd. Det skal opplyses om retten til å ha et vitne til stede under kontrollen, jf. forvaltningsloven § 15 annet ledd.

Dersom det ikke er tid til å avvente rettens beslutning, kan Konkurransetilsynet kreve at politiet avstenger de områder der bevisene kan være inntil rettens beslutning foreligger, jf. konkurranseloven § 6–2 fjerde ledd. Ifølge forarbeidene vil denne bestemmelsen for eksempel være aktuell i de tilfeller hvor en bedrift har fått kjennskap til at den er i konkurransemyndighetenes søkelys, og det er fare for bevisforspillelse. Dette vil kunne være tilfelle hvor Konkurransetilsynet ved bedriftsbesøk i annet ærend, blir kjent med at det kan foreligge ulovligheter og besøket derfor omgående må utvides til en kontroll og gransking av dokumenter, jf. Ot.prp. nr. 41 (1992 – 93) side 115.

Konkurransetilsynet kan kreve bistand av politiet til å iverksette beslutningen om bevissikring, jf. konkurranseloven § 6–2 tredje ledd.

Dokumenter som Konkurransetilsynet har tatt med seg skal returneres når det ikke lenger er behov for bevissikringen. Dette gjelder senest når saken er endelig avgjort, jf. straffeprosessloven § 213. Har den kontrollerte på et tidligere tidspunkt behov for dokumenter, skal Konkurransetilsynet levere dokumentene tilbake med mindre det vil kunne være til skade for den videre behandling av saken. Alternativt kan den kontrollerte med de samme begrensninger gis en kopi, jf. forskrift 31. mai 1995 nr. 511 § 8 om opplysningsplikt, gransking, bevissikring og behandling av overskuddsinformasjon.

Det kan ikke foretas bevissikring av andre opplysninger enn de som omfattes av konkurranseloven § 6–1 om opplysningsplikt. Hovedregelen er at opplysningsplikten etter § 6–1 kun er begrenset av lovbestemt taushetsplikt. For så vidt gjelder bevissikring er en begrensning gjort ved at straffeprosessloven § 204 gis tilsvarende anvendelse, når det

gjelder straffeprosessloven §§ 117 til 120. Henvisningen innebærer at det ikke kan tas beslag i dokumenter eller annet, hvis innhold et vitne kan nekte å forklare seg om etter §§ 117 til 120, og som besittes av den som kan nekte å forklare seg eller den som har en rettslig interesse i hemmelighold. Dette omfatter opplysninger som skal holdes hemmelige av hensyn til rikets sikkerhet (§ 117), lovbestemt taushetsplikt (§ 118), opplysninger som er betrodd advokater i deres stilling (§ 119) og taushetsplikt pålagt av domstol (§ 120). Forbudet mot beslag gjelder ikke for dokumenter eller annet som inneholder betroelser mellom personer som er mistenkt for å være medskyldige i det straffbare forholdet, jf. § 204 annet ledd. Det henvises ikke til straffeprosesslovens beslagsforbud mot dokumenter som inneholder betroelser under sjelesorg og sosialt arbeid (§ 121), forretnings- og driftshemmeligheter (§ 124) og redaktørens vitneplikt (§ 125), jf. Ot.prp. nr. 41 (1992 – 93) side 114.

Utgangspunktet etter § 6–2 er at Konkurransetilsynet kan søke etter bevis som er egnet til å bevise en overtredelse av konkurranseloven eller vedtak i medhold av konkurranseloven. Dokumenter som inneholder overskuddsinformasjon, skal returneres til den kontrollerte straks innholdet er brakt på det rene. Eventuelle kopier tatt av Konkurransetilsynet skal makuleres. Dette gjelder likevel ikke dersom dokumentet inneholder både overskuddsinformasjon og opplysninger Konkurransetilsynet har bruk for ved utøvelsen av sine gjøremål etter konkurranseloven, og opplysningene ikke kan skilles fra hverandre uten at dokumentets innhold blir endret eller kan misforstås. Overskuddsinformasjon som inneholder opplysninger om mulige lovovertridelser, kan bare gjøres kjent for påtalemyndigheten eller vedkommende kontrollmyndighet når det foreligger skjellig grunn til mistanke om særlig grove lovovertridelser, og det antas å være et særlig behov for en offentlig reaksjon.

Spørsmålet om en bevissikring skal opprettholdes kan på ethvert tidspunkt prøves for forhørsretten av enhver som avgjørelsen rammer. Konkurransetilsynet skal sørge for at den som omfattes av bevissikringen blir gjort kjent med adgangen til slik rettslig prøving, jf. straffeprosessloven § 208.

Konkurranseloven § 1–8 har regler om informasjonsutveksling av taushetsbelagt informasjon til fremmede konkurransemyndigheter, se nærmere omtale i punkt 5.9.

Konkurransetilsynet har i dag ikke hjemmel til å bistå eller utføre bevissikring i Norge på vegne av et annet land, men etter ODA protokoll 4 del I kapittel II, implementert i norsk rett ved forskrift 4. desember 1992 nr. 966 om prosessuelle konkurranse-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

regler i EØS-avtalen m.v. artikkel 13 nr. 1, skal Konkurransetilsynet på anmodning foreta kontroll på vegne av EFTAs overvåkningsorgan.

9.3.2 Utvalgets forslag

Vilkårene for bevissikring

Utvalget anbefaler å videreføre kravet om «rimelig grunn» til å anta at konkurranseloven eller vedtak i medhold av konkurranseloven er overtrådt, for å iverksette bevissikring etter den nye loven. Utvalget viser til at hensynene som begrunnet en slik regel i dagens lov fremdeles har gyldighet. Erfaringsmessig finnes ikke bevis i offisielle regnskaper og dokumenter som oppbevares i bedriftenes ordinære arkiver, men derimot ofte i notater og opptegetninger som holdes atskilt fra disse. Bevisenes karakter gjør at de meget lett kan ødelegges dersom de involverte får den minste mistanke om at de vil bli gjenstand for en kontroll. For en nærmere begrunnelse, se punkt 8.8.1 i utvalget innstilling.

Utvalget har også anbefalt å videreføre gjeldende retts krav til beslutning fra retten før Konkurransetilsynet kan iverksette en bevissikring. Utvalget mener likheten med ransaking og beslag, og de rettssikkerhetsbetraktninger som begrunner domstolskontroll i disse tilfellene, tilsier at en slik kontroll også bør finne sted ved bevissikring etter konkurranseloven.

På bakgrunn av at funksjonsbetegnelser på førstinstansdomstolene har bortfalt, foreslår utvalget å endre konkurranseloven i tråd med dette. Utvalget foreslår derfor i forslaget § 6–1 annet ledd at begjæring om adgang til bevissikring framsettes av Konkurransetilsynet for tingretten på det sted hvor det mest praktisk kan skje.

Utvalget foreslår ingen endringer i de prosessuelle reglene for øvrig: Tingrettens beslutning om bevissikring bør som i dag treffes uten at den som avgjørelsen rammer gis adgang til å uttale seg, og uten at beslutningen blir meddelt ham før bevissikringen settes i verk. Kjæremål over beslutningen bør etter utvalgets oppfatning heller ikke ha oppsettende virkning.

Utvalget anbefaler også å videreføre at reglene om bevissikring også gjelder ved mistanke om overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Hvor bevissikring kan gjennomføres

Generelt

Konkurransetilsynet kan i dag kreve adgang til «fast eiendom, inventar og annet løsøre» der bevis kan finnes, jf. konkurranseloven § 6–2 første ledd.

Utvalget har vurdert å endre ordlyden slik at den harmoniserer med bevissikringsbestemmelsen i EU/EØS-retten. Etter rådsforordning 17/62 artikkel 14 nr. 1 bokstav d omfatter bevissikringsadgangen «lokaler, eiendommer og transportmidler». Bestemmelsen er videreført i rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 20 nr. 2 bokstav a.

Utvalget har også vurdert om regelen om bevissikring etter konkurranseloven bør harmoniseres med straffeprosesslovens bestemmelser. Ransaking etter straffeprosessloven § 192 omfatter mistenkte «bolig, rom eller oppbevaringssteder». Ransaking kan også foretas hos andre når det er grunn til å anta at det finnes bevis der. Begrepet «oppbevaringssteder» omfatter for eksempel siktedes bil, lystbåt eller koffert i en oppbevaringsboks. Det omfatter også steder for oppbevaring av elektronisk informasjon, for eksempel en server hvor bedriftens data er lagret, uansett hvor denne befinner seg.

Utvalget anbefaler en regel som dels bygger på EU/EØS-reglene og dels på straffeprosessloven § 192. Det foreslås at Konkurransetilsynet skal kunne kreve adgang til «alle lokaler, eiendommer, transportmidler og andre oppbevaringssteder hvor det kan finnes bevis for overtredelse, herunder private hjem».

Bevissikringsadgangen omfatter etter utvalgets forslag alle nevnte lokaliteter uavhengig av om disse tilhører det mistenkte foretaket. Det avgjørende for Konkurransetilsynets kontrolladgang er om det er rimelig grunn til å anta at loven eller vedtak i loven er overtrådt, og at det kan finnes bevis på det aktuelle stedet. Det kan således foretas kontroller hos for eksempel kunder og konkurrenter til det mistenkte foretak.

Særlig om bevissikring i private hjem

Gjeldende konkurranselov skiller ikke mellom bevissikring i et foretaks lokaler og bevissikring i private hjem, men siden det eksisterer et slikt skille både i EU/EØS, Sverige og Danmark har utvalget vurdert dette på nytt.

Ved vurderingen av om det fortsatt skal være adgang til å foreta bevissikring i private hjem, har utvalget foretatt en avveining mellom hensynet til effektiv håndheving av overtredelser av konkurranselovgivningen og hensynet til borgernes behov for beskyttelse av og respekt for sitt hjem og sitt privatliv.

Etter å ha drøftet de forskjellige hensynene, konkluderer utvalget med at det bør være en adgang til å foreta bevissikring i private hjem også i den nye loven. Utvalgets drøftelse finnes i NOU 2003: 12 punkt 8.8.2.2.

Utvalget har videre vurdert om det er behov for

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

særlige regler for adgangen til å foreta kontroller i private hjem. Utvalget har både sett på muligheten for å snevre inn adgangen til å foreta bevissikring, og muligheten for å ha strengere regler for gjennomføringen av bevissikringen.

Utvalget har vurdert å lovfeste en interesseavveining etter mønster av den svenske konkurranse-loven. Her heter det at fordelene ved en kontroll må oppveie den ulempen en bevissikring utgjør for den kontrollerte. Videre må det foreligge særlig grunn til å anta at bevis oppbevares på kontrollstedet. Utvalget konkluderer imidlertid med at det ikke er nødvendig da kravet til en interesseavveining allerede er ivarettatt ved det alminnelige ulovfestede prinsipp om forholdsmessighet i forvaltningsretten.

Utvalget fremhever videre at selv om hensynet til den private rettsfære tilsier at adgangen til bevissikring i private hjem bør være begrenset, må det legges vekt på at flere store kontroll saker i den senere tid har avdekket at bevis for lovovertridelser nettopp oppbevares i hjemmene til sentrale aktører. Erfaringer fra tidligere saker vil kunne gi Konkurransetilsynet et visst grunnlag for å utpeke de personer i et foretak som mest sannsynlig deltar i et ulovlig samarbeid, uten at det er konkrete kjensgjerninger som retter mistanke mot enkeltpersoner i den aktuelle saken. Retten foretar som nevnt en forholdsmessighetsvurdering før det gis adgang til å foreta bevissikring. Dette gjør det vanskelig for Konkurransetilsynet å foreta rene «fiskeekspedisjoner». Det er dessuten først og fremst i saker av en viss størrelse og alvorlighetsgrad, det vil si i saker hvor det er mistanke om skjulte karteller og lignende, at det vil være aktuelt å benytte adgangen til å foreta bevissikring i bolig. Både hensynet til kontrollobjektet samt Konkurransetilsynets ressurser tilsier at bevissikring i private hjem begrenses til de tilfeller hvor det anses nødvendig for sakens opplysning. Utvalget går på denne bakgrunn inn for ikke å lovfeste strengere krav for adgangen til å foreta bevissikring i bolig.

Utvalget har videre vurdert om adgangen til å søke etter bevis i private hjem bør begrenses ut fra hensynet til eventuelle andre medlemmer av husstanden som ikke er involvert i den antatte overtredelsen, typisk ektefelle, samboer eller barn. En slik regel vil etter utvalgets mening være svært vanskelig å utforme hensiktsmessig og den vil derfor kunne føre til rettsusikkerhet og bevisforspillelse. I de tilfeller hvor den person kontrollen retter seg mot har et hjemmekontor, vil dette være et naturlig utgangspunkt for en bevissikring. Ofte vil det imidlertid ikke være et eget hjemmekontor, eller hjemmekontoret er ikke fysisk atskilt fra øvrige deler av hjemmet. I en rekke tilfeller har dessuten bevis for

lovovertridelser blitt funnet atskilt fra øvrige arbeidsdokumenter. Utvalget påpeker at dersom adgangen til å søke etter informasjon begrenses fysisk, vil relevant informasjon kunne unntas bevissikring ved å oppbevares utenfor det tillate søkeområde. Utvalget foreslår derfor ingen nye begrensninger av hvor i et privat hjem det skal være anledning til å søke etter bevis.

Bevissikringens gjenstand

I EU/EØS gjelder bevissikringsadgangen etter rådsforordning 17/62 artikkel 14 nr. 1 bokstav a bøker og andre forretningsdokumenter. I rådsforordning 1/2003 er dette endret til bøker og andre forretningspapirer, uansett informasjonsmedium, jf. artikkel 20 nr. 2 bokstav b.

Utvalget påpeker innledningsvis at det kan være hensiktsmessig å endre ordlyden i konkurranse-loven slik at den harmoniserer med EU/EØS-retten på dette området ettersom bevissikring etter dagens konkurranselov og rådsforordning 1/2003 i realiteten omfatter de samme gjenstandene. På den annen side, skriver utvalget, vil enhver positiv opplysning (slik som i rådsforordning 1/2003) ha den svakhet at den kan gi opphav til tolknings- og avgrensingsproblemer. De avgrensninger en oppregning i loven skal løse er avveiningen mellom på den ene side myndighetenes behov for en effektiv etterforskning, og på den annen side partens interesse i at inngrepet ikke blir mer byrdefullt enn nødvendig, hensynet til personvernet og hensynet til å beskytte privilegert informasjon som advokatkorrespondanse. I forhold til disse avveininger mener utvalget en tolkning med utgangspunkt i uttrykk som «forretningsdokumenter» eller «bøker» kan virke noe tilfeldig. Utvalget viser til at poenget er at myndighetene skal ha tilgang til alt som kan ha betydning som bevis, med unntak for informasjon som nyter særlig beskyttelse av hensyn til retten til å kunne utøve et effektivt forsvar mot beskyldninger om å ha begått ulovlige forhold. For at dette skal komme bedre frem, mener utvalget man alternativt kan avgrense beslagsretten til alt som kan ha betydning som bevis med enkelte spesifiserte unntak.

Utvalget har vurdert om det kan hentes inspirasjon fra reglene om beslag i straffeprosessloven. Straffeprosessloven § 203 fastsetter at «ting» som antas å ha betydning som bevis kan beslaglegges. Med uttrykket «ting» forstås i praksis konkrete gjenstander som fast gods og løsøre, herunder dokumenter. En fordel ved å benytte begrepet «ting» også ved kontroller etter konkurranse-loven, er at dette begrepet har et kjent innhold i straffeproses-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

sen slik at en langt på vei unngår tolkningstvil.

På denne bakgrunn foreslår utvalget at Konkurransetilsynets kontrollgjenstand skal være ting som kan ha betydning som bevis.

Utvalget presiserer at siden uttrykket «ting» også omfatter programvare og datalagret informasjon, er det ikke nødvendig at det eksplisitt fremgår av lovteksten at dette også er gjenstand for Konkurransetilsynets kontroll.

Unntak for taushetsbelagte dokumenter

Utvalget viser til at reglene om bevissikring må ses i sammenheng med reglene om opplysningsplikt og utleveringspålegg. Det følger av forarbeidene til dagens lov at utleveringsplikten og bevissikringsadgangen ikke skal omfatte andre opplysninger enn de som er omfattet av opplysningsplikten, jf. Ot.prp. nr. 41 (1992–93) side 114. Hovedregelen er at opplysnings- og utleveringsplikten er begrenset av lovbestemt taushetsplikt, med de unntak som følger av konkurranseloven § 6–1 tredje ledd. Utvalget mener at dette også må gjelde i forhold til tilsvarende bestemmelse i den nye loven.

Konkurranseloven § 6–2 annet ledd henviser i tillegg til straffeprosessloven §§ 117 til 120, jf. § 204. Henvisningen innebærer at det ikke kan foretas bevissikring i dokumenter eller annet, hvis innhold et vitne kan nekte å forklare seg om etter §§ 117 til 120, og som besittes av den som kan nekte å forklare seg eller den som har en rettslig interesse i hemmelighold. Utvalget går inn for å videreføre henvisningen til straffeprosessloven §§ 117 til 120, jf. § 204 i forslaget § 6–1 annet ledd. Begrensningen i forhold til lovbestemt taushetsplikt er særlig aktuell i forhold til advokatkorrespondanse. Utvalget presiserer at det avgjørende er hvilken funksjon advokaten hadde da han mottok informasjonen, ikke om advokaten er ekstern eller ansatt i virksomheten. Dette i motsetning til i Sverige, Danmark og EU der det kun er korrespondanse med eksterne advokater som er unntatt fra bevissikringen.

Deretter drøfter utvalget om konkurransemyndighetene har adgang til å gjennomgå dokumenter for å avgjøre om de inneholder opplysninger som gjør at de er unntatt fra bevissikring etter straffeprosessloven, herunder om straffeprosessloven § 205 tredje ledd bør få analogisk anvendelse for bevissikring etter konkurranseloven. Straffeprosessloven § 205 tredje ledd bestemmer at dokumenter eller annet som besitteren ikke plikter å forklare seg om uten etter særskilt pålegg fra retten, heller ikke kan beslaglegges uten rettens kjennelse.

Etter en grundig gjennomgang av rettspraksis

og teori (se punkt 8.8.4 i innstillingen), kommer utvalget til at de skranker som straffeprosessloven § 205 tredje ledd stiller for myndighetenes adgang til å gjennomgå dokumenter for å avgjøre om de inneholder opplysninger som gjør dem beslagsfrie, også får anvendelse i saker hvor bevis er sikret etter konkurranseloven § 6–2 og etter den nye bevissikringsbestemmelsen i forslaget § 6–1.

Gjennomføringen av bevissikringen

Innledning

Konkurranseloven § 6–2 annet ledd siste punktum angir hvilke regler i straffeprosessloven som skal gjelde tilsvarende ved bevissikring. Dette gjelder §§ 200, 201 første ledd, §§ 117 til 120 jf. §§ 204, 207, 208, 209, 213 og kapittel 26. Dette foreslår utvalget å videreføre i den nye konkurranseloven.

Utvalget anbefaler også å videreføre reglene om bistand fra politiet til å iverksette beslutningen om bevissikring, jf. konkurranseloven § 6–2 tredje ledd. Det samme gjelder bistand fra politiet til å avstenge de områder der bevisene kan være inntil retts beslutning foreligger, jf. konkurranseloven § 6–2 fjerde ledd første punktum.

Utvalget viser til den nye bestemmelsen i rådsforordning 1/2003 artikkel 20 nr. 2 bokstav d der Kommisjonen gis adgang til å forsegle alle forretningslokaler samt bøker eller forretningspapirer så lenge undersøkelsen varer og dette anses nødvendig. Begrunnelsen for bestemmelsen er at ved å forsegle skap og kontorer, forhindrer man at dokumenter forsvinner under kontrollundersøkelsen. Dette vil gjøre kontrollundersøkelsen mer effektiv, særlig hvor undersøkelsen varer i mer enn en dag, og hvor de som kontrollerer er nødt til å forlate virksomhetens lokaler uten å ha avsluttet undersøkelsen. Dersom forseglingen brytes vil det i EU være hjemmel for å pålegge bøter.

Utvalget mener at den samme begrunnelse taler for at det innføres en tilsvarende hjemmel i den norske konkurranseloven slik at konkurransemyndighetene kan kreve å forsegle «alle forretningslokaler, samt bøker eller forretningspapirer så lenge undersøkelsen varer og dette anses nødvendig», og anbefaler at en slik bestemmelse tas inn i den nye loven.

Beslag og kopiering

Utvalget er delt i spørsmålet om Konkurransetilsynets rett til å ta med originaldokumenter uten at foretakene får beholde en kopi bør videreføres i den nye loven. Flertallet går inn for at dagens ordning videreføres mens et mindretall anbefaler en løsning

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

der Konkurransetilsynet kan ta med originaldokumenter, men må etterlate en kopi av alle dokumenter som tas med. Mindretallet presiserer at dette bare gjelder for parter i saken – hva angår kontrollen hos tredjemenn, slutter de seg til flertallet.

Flertallet har lagt vekt på at det ved en kontroll er viktig at konkurransemyndighetene får best mulig bevis. Dersom et dokument enten er håndskrevet eller påført håndskrevne notater, kan man i enkelte tilfeller få ytterligere informasjon ved å beslaglegge et originaldokument i stedet for å ta en kopi. Det vil for eksempel, skriver utvalget, ikke fremgå av en kopi hva slags penn notatene er skrevet med. En detalj som at det er skrevet med både blyant og kulepenn kan i seg selv være vesentlig, idet det for eksempel kan indikere at tidspunktene for påtegning er forskjellige. Dersom blyantskrift er visket bort, vil det i noen tilfeller være mulig å lese hva som opprinnelig stod skrevet. Håndskrift som er vanskelig å lese, kan bli enda vanskeligere å tyde på en kopi. Videre kan ord som er strøket over bli vanskeligere å se på kopien i forhold til på originalen. Visse markeringspennar i blant annet røde eller mørke farger, blir svarte felt på kopiene og skjuler dermed teksten. Videre skriver utvalget at erfaringer viser at det ofte ikke er klare og tydelige dokumenter som utgjør de avgjørende bevisene, men gjerne notater som kan være vanskeligere å lese og som lett mister sin bevisverdi ved kopiering.

Utvalget viser også til at originalbeslag normalt også har den fordelen at tilsynet kan gjennomføre bevisinnhenting på kortere tid, normalt en dag. Dersom tilsynet må ta kopier av all informasjon, vil undersøkelsen kunne ta flere dager, fordi tilsynet må gå nøye gjennom alle dokumentene på kontrollstedet. Under etterforskningen kan nye vinklinger og funn føre til at fokus endres. Originalmapper og annet originalmateriale tilsynet sitter med som del av beslaget kan få ny betydning når hele beslaget blir sett i sin helhet.

Spørsmålet om Konkurransetilsynet skal ha anledning til å ta med originaldokumenter, er også et spørsmål om foretaket skal få innsyn i hvilke dokumenter Konkurransetilsynet tar med seg, ved at enten foretaket eller myndighetene tar kopi av originaldokumentene. Konkurransetilsynets adgang til å ta med originaldokumenter for gransking uten at foretaket får kopi av dokumentene, gjør det vanskeligere for de kontrollerte å få oversikt over hva Konkurransetilsynet har i sin besittelse og hva saken gjelder. Dette kan få betydning for foretakets mulighet til å utøve kontradiksjon under sakens fortsatte behandling, og foretaket får dermed dårligere forutsetninger for å forsvare seg.

Flertallet fremhever i denne forbindelse at be-

grunnelsen bak konkurranseloven § 6–3 om utsatt innsyn i dokumentbevis innhentet etter konkurranseloven §§ 6–1 og 6–2, er at partsinnsyn på et tidlig stadium i saken kan skade etterforskningen. Dersom foretaket får kunnskap om hva som er beslaglagt, vil bestemmelsen om utsatt innsyn bli uthult. På samme måte vil foretaket få kunnskap om hva Konkurransetilsynet leter etter dersom tilsynet tar et ark ut av en perm for kopiering, i stedet for å ta med hele permen. Dette kan ha som konsekvens at foretaket distribuerer denne informasjonen til andre kartelldeltakere.

Flertallet nevner også at Konkurransetilsynet i praksis strekker seg langt i å tilbakelevere dokumenter så lenge det ikke er betenkelig av etterforskningmessige grunner. I tillegg nevner flertallet at spørsmålet om et beslag skal opprettholdes kan prøves av retten.

Utvalgets flertall har på bakgrunn av de krysseende hensyn som gjør seg gjeldende kommet til at tungtveiende argumenter taler for å videreføre dagens adgang til å ta med originaldokumenter uten at foretaket får beholde en kopi. Flertallet foreslår imidlertid at det presiseres i loven at bevis som tas med skal tilbakeleveres så snart behovet for bevisene faller bort.

Utvalgets mindretall mener retten til kopi av dokumenter som beslaglegges hos parten selv, og derigjennom til dokumentinnsyn, er vesentlig for at vedkommende part på et så tidlig tidspunkt som mulig skal kunne utnytte sin rett til kontradiksjon. Mindretallet mener dette er avgjørende for å legge til rette for snarlig avklaring av kontroller som ellers regelmessig vil være meget langvarige og ressurskrevende så vel for myndighetene som for det kontrollerte foretaket, og som dessuten kan være meget belastende for foretakets organisasjon og omdømme i markedet. Mindretallet mener det er et vesentlig poeng i denne sammenheng at terskelen for å gjennomføre kontroller etter forslaget § 6–1 er meget lav. Praksis viser at langt fra alle gjennomførte kontroller munner ut i en reaksjon fra konkurransemyndighetenes side og langt mindre i domfellelse i tilfelle av anmeldelser. Dette indikerer i seg selv at Konkurransetilsynet beslaglegger eller kan beslaglegge dokumenter i et betydelig antall saker og at kontrollene enten etter konkurransemyndighetenes eller domstolenes meget omfattende vurderinger munner ut i rene henleggelses eller frifinnelser. Mindretallet skriver videre at erfaringen viser at kartellsaker de seneste tiårene sjelden pådømmes på grunnlag av skriftlige enkelt dokumenter som reflekterer entydige kartellavtaler, men heller bygges opp omkring og pådømmes på grunnlag av en rekke beviser. Vurdering av

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

slike informasjonsbrokker er tidkrevende, og innebærer risiko for klare tolkningsfeil som etter mindretallets oppfatning lar seg oppklare så snart kontradiksjonsretten tillates tatt i bruk.

Mindretallet stiller spørsmål ved at flertallet legger så stor vekt på hensynet til effektivitet i etterforskningen. Mindretallet viser til at i en rekke andre jurisdiksjoner, herunder EU/EØS, Sverige og Danmark, alle har plikt til å la parter beholde beslaglagte dokumenter (i original, og ikke bare i kopi, slik dette mindretall foreslår). Mindretallet har vanskelig for å se at det er særtrekk ved det norske markedet, norske myndigheter eller norske forhold for øvrig som tilsier at partsrettighetene bør være dårligere i Norge enn i andre jurisdiksjoner for å sikre en effektiv kontrollvirksomhet fra myndighetenes side. Det er også vanskelig å se hvorfor norske foretak skal ha dårligere partsrettigheter når norske konkurransemyndigheter gjennomfører kontrollundersøkelser etter den norske konkurranse-loven, enn når EFTAs overvåkningsorgan gjennomfører kontroller i samme foretak i henhold til materielt sett tilsvarende regler, men med hjemmel i EØS-avtalen og de norske gjennomføringsreglene til denne.

Flertallets konklusjoner tar etter mindretallets oppfatning for lite hensyn til andre sider av effektivitetsbetraktningene. For det første må det regnes med at konkurransemyndighetenes kontroller i stadig større grad vil bestå i kontroll av elektronisk lagret materiale. I slike sammenhenger vil det ikke gi mening å begrense det kontrollerte foretakets rett til å beholde kopi av og dermed ha innsyn i beslaglagte dokumenter. Det gir tilsvarende dårlig mening å behandle beslaglagt materiale ulikt avhengig av om det kommer til uttrykk på papir eller i elektronisk form.

For det andre legger flertallet i sine avveininger etter mindretallets syn for liten vekt på det kontrollerte foretakets interesse for, plikt og evne til selv å bidra til å avvikle og oppklare eventuell lovstridig atferd. Mindretallet mener også det er vesentlig at de involverte foretakenes ledelse så tidlig som mulig blir gjort kjent med omfanget og grunnlaget for myndighetens mistanke, samt myndighetens beslag, hvis det foreslåtte straffelemningsprogram skal spille noen effektiv rolle i norsk konkurransepolitikk. Videre viser mindretallet til at et aksjeselskaps styre kan ha mer vidtgående plikt med hensyn til oppklaring og avvikling når selskapet har inngående kunnskap om hva det mistenkes for. Det å etterlate foretaket med tilstrekkelig informasjon om sakens gjenstand og beslaglagte dokumenter vil derfor kunne skjerpe styrets og selskapets øvrige ledelses ansvar og plikter med hensyn til opp-

følging av kontrollen. Etter mindretallets syn vil mangel på orientering og dokumentinnsyn reduserer ikke bare ledelsens forpliktelser, men også dens evne til effektiv oppfølging av disse spørsmålene.

På denne bakgrunn har *utvalgets mindretall* foreslått at konkurransemyndighetene pålegges å etterlate kopi av alle dokumenter det beslaglegger hos vedkommende part i forbindelse med det enkelte kontrollbesøk. Elektroniske kopier bør i denne sammenheng regnes som et akseptabelt alternativ til papirkopier, i den forstand at det ikke kan være nødvendig å ta utskrift av alle dokumenter som ligger på en server myndighetene speilkopierer, så lenge serveren blir stående.

Nærmere om databeslag

Utvalget viser til at den teknologiske utviklingen har endret den virkelighet man står overfor ved kontroll av virksomheter ved mistanke om brudd på konkurranse-loven. En praktisk og effektiv kontroll fordrer ofte at tilsynet speilkopierer foretakenes elektroniske lagringsfiler (se nærmere om dette i NOU 2003:12 Ny konkurranselov punkt 8.8.5.3). Gjennom speilkopiering vil Konkurransetilsynet ikke unngå å få med seg data som er underlagt taushetsbestemmelsene i straffeprosessloven § 119 og tvistemålsloven § 205, og derved er underlagt beslagsforbudet.

I praksis har det oppstått spørsmål rundt Konkurransetilsynets adgang til å foreta beslag i kopier av bedriftens elektronisk lagrede informasjon i form av bånd med sikkerhetskopier, uten å foreta en forutgående vurdering av informasjonens bevisrelevans. Innsigelsene mot et slikt uspesifisert generalbeslag har vært at tilsynet også vil få med en stor mengde informasjon som ikke vil være å anse som «bevis» i saken.

Utvalget gjennomgår praksis etter konkurranse-loven § 6–2 og praksis etter straffeprosesslovens regler om beslag, se nærmere i innstillingens punkt 8.8.5.3. To kjennelser fra Høyesteretts kjæremålsutvalg om forståelsen av straffeprosessloven § 203, legger til grunn at så langt undersøkelser som praktisk kan gjøres på stedet avklarer at ett eller flere dokumenter ikke er av betydning som bevis, kan dokumentene ikke beslaglegges for nærmere undersøkelse. Straffeprosessloven § 203 bestemmer at ting som antas å ha betydning som bevis, kan beslaglegges.

Selv om straffeprosessloven § 203 ikke er gitt tilsvarende anvendelse i konkurransesaker etter konkurranse-loven § 6–2 annet ledd, legger utvalget til grunn at § 6–2 første ledd annet punktum har

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

samme rekkevidde. Verken ordlyd, forarbeider eller bestemmelsens formål tilsier etter utvalgets mening at § 6–2 skal tolkes snevrere enn straffeprosessloven § 203.

Videre skriver utvalget at adgangen til å beslaglegge for eksempel et bånd med sikkerhetskopi må være den samme som der dokumentene er nedskrevet og oppbevart på papir. I tilfellene med informasjon lagret på en bedrifts servere og på personlige datamaskiner, vil det være tilnærmet praktisk umulig for Konkurransetilsynet å foreta en gjennomgang av materialet på kontrollstedet, fordi mengden er alt for stor. Hensynet til å bevare denne informasjonens bevisverdi taler etter utvalgets mening også for at det er adgang til å beslaglegge elektronisk lagret informasjon i form av bånd med sikkerhetskopi eller speilkopier.

Utvalget drøfter så de tilfellene hvor servere befinner seg på et helt annet sted i forhold til kontrollstedet, for eksempel der foretaket kjøper servertjenester (datalagring og teknisk system) hos et datafirma. Utvalget konkluderer med at både gjeldende lovs begrep «fast eiendom» og det foreslåtte «alle lokaler, eiendommer, transportmidler og andre oppbevaringssteder hvor det kan finnes bevis for en overtredelse» gir adgang til å gjennomføre bevissikring uansett hvor serveren befinner seg. Dersom data er lagret hos et eksternt firma utenfor norsk jurisdiksjon, må man eventuelt fremme utleveringspålegg etter forslaget § 5–1 annet ledd overfor foretaket i Norge.

Adgang til å ha advokat til stede

Utvalget drøfter om tilsynet skal kunne begynne bevissikringen før kontrollobjektets advokat har ankommet. Retten til å la seg bistå av advokat følger i dag av forvaltningsloven § 12. Denne retten gjelder også der det utføres granskning som reguleres av forvaltningsloven § 15. Den gir imidlertid ikke parten rett til å kreve granskningen utsatt til en advokat kan komme til stedet. Forutsetningen for at parten skal kunne utnytte sin rett til å la seg bistå av advokat under granskningen, er således at advokaten allerede er til stede eller kan komme til stedet uten at det volder unødig tidsspille eller annen ulempe for kontrollmyndighetene.

Utvalget gjennomgår praksis i Konkurransetilsynet, fra EF-domstolen og i Sverige og Danmark. Ingen av jurisdiksjonene gir virksomhetene noen absolutt rett til å kreve kontrollen utsatt til virksomhetens advokat er ankommet, se nærmere punkt 8.8.5.4 i utvalgets innstilling.

Utvalget har delt seg i et mindretall og et flertall. *Utvalgets flertall* anser det som en fordel at re-

gelen presiseres i lovteksten. På den måten vil det ikke lenger være tvil verken om retten til å la seg bistå av advokat under bevissikring, eller om Konkurransetilsynets adgang til å starte sikring av bevis der hvor dette er nødvendig for å sikre formålet med forretningen.

Flertallet presiserer at hovedreglen bør være at bevissikringen normalt ikke kan begynne før advokaten er kommet til stedet. Bevissikringen kan likevel begynne dersom det av hensyn til bevissikringen er nødvendig å begynne uten opphold, eller dersom bevissikringen blir unødig forsinket. Dette unntaket er etter flertallets syn ikke uttømmende, og Konkurransetilsynet kan etter en konkret interesseavveining også i andre tilfeller begynne bevissikringen før advokaten er kommet til stedet. Det skal legges avgjørende vekt på om det er nødvendig for Konkurransetilsynet å starte sikringen av bevis av hensyn til formålet med bevissikringen. En regel om at den som det gjennomføres bevissikring hos skal ha rett til å tilkalle en advokat, og at bevissikringen normalt ikke kan begynne før advokaten har kommet til stedet, er etter flertallets oppfatning i tråd med Konkurransetilsynets gjeldende retningslinjer.

Flertallet skriver videre at retten til å la seg bistå av advokat selvsagt ikke innebærer at advokaten får en annen rolle i slike saker enn en fullmektig for øvrig. Den som er gjenstand for bevissikring og som blir avkrevd opplysninger, kan verken kreve at forretningen skal godkjennes av advokaten, eller henvise tilsynet til advokaten i stedet for selv å svare på spørsmål.

Utvalgets flertall har etter dette foreslått at det tilføyes et nytt ledd til bestemmelsen om bevissikring hvor det fremgår at den som det gjennomføres bevissikring hos, har rett til å tilkalle en advokat. Bevissikringen kan normalt ikke begynne før advokaten er kommet til stedet. Dette gjelder likevel ikke dersom det av hensyn til bevissikringen er nødvendig å begynne uten opphold, eller dersom bevissikringen blir unødig forsinket.

Utvalgets mindretall fremhever betydningen av at bevissikringen kan innledes omgående. Advokater må selvsagt gjerne være til stede under bevissikringen, men mindretallet kan vanskelig se behov for å utsette gjennomføringen til advokat er kommet til stedet. En slik ordning er fremmed for norsk straffeprossordning, og det er ikke fremkommet opplysninger som skulle tilsi at nåværende ordning er utilfredsstillende. Det er en selvsagt forutsetning at så vel politiet som tilsynsorgan opptrer i samsvar med lovens vilkår for bevissikring. Hvorvidt dette skjer, er enkelt og raskt kontrollerbart i ettertid.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Mindretallet påpeker også at advokater verken etter gjeldende konkurranselov eller i lovforslaget er tillagt noen særlige oppgaver i forbindelse med bevissikringen. Under enhver omstendighet mener mindretallet at det ikke er noen grunner som tilsier at advokater bør tildeles en form for «overordnet tilsynsfunksjon» for bevissikringens gjennomføring. Overordnet tilsyn og kontroll er tillagt domstolene. Det er domstolene som både avgjør hvorvidt bevissikring skal tillates og som tar stilling til eventuell uenighet i etterkant om gjennomføringen.

Mindretallet viser videre til at det er av vesentlig betydning at bevissikringen starter omgående. Å kontrollere flere lokaler «passivt» over lengre tid er ressurskrevende og binder så vel tilsynspersoner som virksomhetens egne ansatte i «venteperioden».

Mindretallet peker også på at i den grad advokatene vil bistå klientene er det ingen forhold og spørsmål som ikke kan behandles forsvarlig på et senere tidspunkt når advokaten er kommet til stedet. Rettens beslutning om bevissikring foreligger alltid før kontrollen gjennomføres, og forevises ansvarlige ved virksomheten før kontrollen påbegynnes. Om ønskelig kan beslutningen sendes advokaten per telefaks omgående.

Bevissikringens omfang besluttes av retten. Hva som kan tjene som bevis i saken avgjøres imidlertid av Konkurransetilsynet uten noen form for godkjenning fra advokatens side. Under enhver omstendighet vil advokaten ha mulighet til å komme til stedet før det blir aktuelt å påbegynne bortfraktning av innsamlede bevis.

Mindretallet hevder videre at dersom det oppstår uenighet om rekkevidden av «legal privilege», vil eventuelle diskusjoner om dette kunne avvenne til advokaten er kommet på stedet. Dersom det ikke oppnås enighet, må spørsmålet på vanlig måte forelegges domstolene til avgjørelse.

Etter mindretallets oppfatning reiser flertallets forslag også flere tolkningsproblemer. Begrepene «nødvendig å begynne uten opphold», og «unødig forsinket» gir etter mindretallets oppfatning utgangspunkt for en rekke unødige diskusjoner og konflikter ved bevissikringens innledning. Begrepene er vage og reiser blant annet spørsmål som det er vanskelig eller umulig å svare på før man får oversikt over hvor omfattende arbeidet med bevissikringen vil bli, herunder hvor mange lokaliteter som må undersøkes og hvor omfattende aktuelle beslag vil være. Dette vet man ofte ikke når bevissikringen innledes. Langvarige bevissikringer blir ytterligere forsinket om gjennomføringen eksempelvis utsettes en til to timer.

På denne bakgrunn foreslår utvalgets mindretall at flertallets forslag strykes.

Kontroll på vegne av annen stats konkurransemyndighet

Utvalget har vurdert om Konkurransetilsynet bør få hjemmel til å utføre bevissikring i Norge også på vegne av andre land. Utvalget viser til at OECD i en rekommandasjon anbefaler alle medlemsstatene å inngå avtaler som muliggjør slik informasjonsinnhenting. Det vises videre til at nye handelsmønstre har utviklet seg i takt med liberaliseringen av verdenshandelen og den tekniske utviklingen, slik at konkurransemyndighetene har fått et økt behov for samarbeid på tvers av landegrensene. Utvalget trekker også frem at det i rådsforordning 1/2003 artikkel 22 nr. 1 er fastslått at en medlemsstats nasjonale konkurransemyndigheter skal kunne gjennomføre undersøkelser på vegne av konkurransemyndighetene i en annen medlemsstat. En slik bestemmelse er en forutsetning for et effektivt samarbeid mellom medlemsstatenes konkurransemyndigheter. Kommisjonen har gitt uttrykk for at uten et slikt samarbeid vil det foreligge betydelige hindringer for en innføring av desentralisert håndheving av EF-traktaten artikkel 81 og 82. Endelig viser utvalget til at Kredittilsynet, skattemyndighetene og politiet har inngått avtaler med andre lands myndigheter slik at disse med bistand av norske myndigheter kan gjennomføre inspeksjoner, utveksle kontrollopplysninger og delta i etterforskningen. Det synes ikke som om Konkurransetilsynet har noe mindre behov for å kunne foreta bevissikring på vegne av en avtalestat enn Kredittilsynet, skattemyndighetene og politiet.

På denne bakgrunn anbefaler utvalget at Konkurransetilsynet skal kunne gjennomføre bevissikring for å kunne oppfylle Norges avtaleforpliktelse overfor fremmed stat eller internasjonal organisasjon, jf. forslaget § 6–1 første ledd. Forutsetningen er at det er inngått en avtale om dette forut for bevissikringstidspunktet. Bevissikringen gjennomføres av Konkurransetilsynet. Begjæring om adgang til bevissikring skal på vanlig måte fremsettes for tingretten. Grunnlaget for tingrettens vurdering vil være den avtaleforpliktelse Norge har overfor den fremmede stat eller internasjonale organisasjon. Retten må foreta en selvstendig vurdering av om bevissikringen er nødvendig for å oppfylle avtaleforpliktelsen. Utvalget viser til at det vil fremgå av avtalen hvilke betingelser som må foreligge for at norske myndigheter skal være forpliktet til å medvirke til en bevissikring. Blant annet må det fremgå av avtalen hvilke krav det skal være til mistanke og den rettslige prøvingen av dette.

Utvalget presiserer at det er en forutsetning at norske myndigheter i denne forbindelse oppfyller de krav til saksbehandling som vedkommende stat

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

eller organisasjon måtte stille. I forhold til bistand til EFTAs overvåkningsorgan, innebærer dette blant annet at Konkurransetilsynet ikke kan ta med seg originaldokumenter i en bevissikringssituasjon.

Et *mindretall* i utvalget mener at det også bør være adgang for Konkurransetilsynet til å bistå utenlandske konkurransemyndigheter uten at det foreligger en folkerettslig avtale mellom Norge og vedkommende stat om dette. I disse tilfellene vil anmodningen om bistand behandles på vanlig måte av Utenriksdepartementet og andre norske myndigheter.

Utvalgets flertall støtter ikke mindretallets forslag. Det er i den forbindelse et viktig aspekt for flertallet at foretakets rettssikkerhet best kan sikres gjennom at vilkårene for bevissikring, herunder spørsmålet om domstolskontroll, reguleres i en overordnet avtale mellom Norge og de organisasjoner og land man inngår samarbeid med.

Spørsmålet om Konkurransetilsynets bistand til fremmede staters konkurransemyndigheter og internasjonale organisasjoner er også omtalt i punkt 5.9.

9.3.3 Høringsinstansenes merknader

Økokrim støtter flertallets forslag om å videreføre gjeldende rett slik at Konkurransetilsynet ved bevissikring gis adgang til å ta med originaldokumenter uten at foretaket får beholde kopi av beslaget. Økokrims strafferettslige forfølging av anmeldte kartellsaker de siste tiårene viser at det ikke er riktig som mindretallet hevder at «praksis viser at langt fra alle gjennomførte kontroller munner ut i en reaksjon fra konkurransemyndighetenes side og langt mindre i domfellelse i tilfelle av anmeldelser». Langt de fleste anmeldte saker ender med en strafferettslig reaksjon i form av dom eller forelegg. En plikt for Konkurransetilsynet til å etterlate kopi av beslaglagt materiale er også i strid med straffeprosesslovens system. Mindretallets forslag vil øke faren for bevisforspillelse betydelig. Det er nettopp usikkerheten med hensyn til hva politiet har beslaglagt som gjør det vanskeligere å tilpasse forklaringer, eller på annen måte tilpasse bevisbildet på illojale måter. Bevissikringshensynet, som bygger på mer enn hundre års erfaring med politiarbeid, er helt grunnleggende for å sikre effektiv etterforskning.

Økokrim uttaler videre at når Kommisjonen kun har rett til å ta med kopi av dokumenter, skyldes dette nasjonalstatenes generelle uvilje mot å utstyre overnasjonale organer med for vidtrekkende hjemler. Kommisjonens suksess med hensyn til

kartellbekjempelse de senere årene skyldes i det alt vesentligste det såkalte «leniency» programmet, som gir sanksjonsbortfall (amnesti) eller bøtereduksjon til den/de aktørene som legger kortene på bordet og frembringer bevis av substansiell betydning for avsløring og oppklaring.

Mindretallet viser også til at effektive konkurransemyndigheter som de danske og svenske konkurransemyndigheter, har plikt til å la partene få beholde kopi. Realiteten er, etter Økokrims erfaring, at både svenske og danske konkurransemyndigheter, i mindre utstrekning enn norske myndigheter, har lyktes i å avdekke og forfølge ulovlig kartellvirksomhet.

Mindretallet påpeker også at det kontrollerte foretak kan ha interesse av og også plikt til å bidra til å oppklare lovstridig atferd og at foretakene i denne forbindelse trenger tilgang til de beslaglagte dokumentene. Etter Økokrims erfaring vil imidlertid foretakene regelmessig ha den tilstrekkelige kunnskap om hvilke straffbare forhold de mistenkes for til å avvikle og bidra til å oppklare lovstridig atferd dersom dette er foretakets ønske. Innsyn i eller utlån av dokumenter, bør skje i samsvar med dagens praksis som ivaretar foretakenes behov.

Økokrim viser til at utvalgets flertallet mener ransakingen som hovedregel ikke kan påbegynnes før advokatene er til stede. Økokrim vil bemerke at flertallet vil innføre et system som er fremmed for norsk straffeprosess, og som heller aldri har vært noen etterspurt eller faglig begrunnet rettssikkerhetsgaranti. Økokrim kan ikke se behovet for at advokater skal tildeles noen form for «overoppsynsfunksjon» under husundersøkelsen. De er ikke tildeelt noen spesielle særrettigheter eller oppgaver under gjennomføringen, verken etter straffeprosessloven, nåværende konkurranselov eller etter utvalgets forslag.

Økokrim har ingen innvendinger mot at advokater eller andre er til stede under ransakingen. Normalt er det både ønskelig og nødvendig at noen fra foretakene er til stede under gjennomføringen av undersøkelsene, slik at bevissikringen kan gjennomføres på en effektiv og skånsom måte. Advokater eller andre har ingen formell rolle eller særlige rettigheter under bevissikringen, utover det å være vitne.

Økokrim ser betydelige betenkeligheter ved innføring av en ordning som foreslått. Større aksjoner involverer ofte 30 – 40 personer over en eller flere dager og på flere bevissikringssteder. Aksjonen må koordineres, og funn ett sted kan raskt utløse behov for ytterligere aksjoner andre steder. Dette vet man som regel ikke om på forhånd, og et tidstap på noen minutter kan etter omstendighete-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

ne medføre at man for sent får sikret bevis, fordi noen i mellomtiden har bortskaffet disse. Det må her minnes om at bevissikringen er særdeles sårbar i denne type saker.

For etterforskningen kan det derfor være av stor betydning at bevissikringen påbegynnes flere steder samtidig. Flertallets forslag vil medføre at man må innlede aksjonene til ulike tider, avhengig av når advokatene kan være til stede. En utsettelse på en, to eller tre timer vil etter Økokrims mening kunne skade gjennomføringen og koordineringsbehovet. Ofte er situasjonen at de som deltar, må gjøre seg ferdig ett sted, for å hjelpe til et annet. Enkelte bevissikringer er svært tidkrevende. En utsettelse på noen timer kan medføre at man ikke blir ferdig innen rimelig tid, eller må fortsette undersøkelsen påfølgende dag hvis man ikke blir ferdig. Dette kan kreve ytterligere ressurser i form av vakthold mv.

Kostnadene og ulempene med en slik løsning som flertallet her foreslår står ikke på noen måte i forhold til de fordeler som oppnås – om den i det hele tatt dekker noen beskyttelsesverdige formål. Økokrim vil bemerke at bevissikringer i kartellsaker som regel foregår hos svært ressurssterke undersøkelsesobjekter, som fullt ut er i stand til å ivareta sine interesser. I den grad advokatene måtte ha synspunkter av betydning kan disse tas hensyn til når advokatene kommer til stedet. Dersom man mener det tas med dokumenter eller lignende som etter loven er unntatt beslagsforbud, kan spørsmålet omgående bringes inn for retten.

Økokrim vil videre bemerke at ren «passiv» kontroll medfører flere ulemper både for bedriften og for kontrollmyndighetene. Det binder ressurser, og hensynet til kunder og løpende drift kan også skades dersom stedene som er gjenstand for undersøkelse må «fryses» i lengre tid. Operative datasystemer bør ikke sperres over flere timer, i påvente av at advokatene kommer. De må kunne sikres straks.

Også retts teknisk er flertallets unntaksregler uheldige, og gir grunnlag for vedvarende diskusjoner og konflikter. Det er høyst uklart om og når unntaksbestemmelsen skal komme til anvendelse, jf. mindretallets merknader på side 202 i innstillingen.

Økokrim vil derfor sterkt fraråde at det innføres kostbare, unødige og konfliktskapende regler som ikke ivaretar tungtveiende rettssikkerhetsbehov.

Justisdepartementet (JD) viser til at et vilkår for å iverksette bevissikring med hjemmel i forslaget § 6–1 er at det foreligger «rimelig grunn» til å anta at loven eller vedtak i medhold av loven er overtrådt. JD er oppmerksom på at det eksisterer en re-

gel med et langt på vei sammenfallende innhold i konkurranseloven § 6–2. JD stiller likevel spørsmål ved om det bør stilles lavere krav til mistanke om at det er begått en straffbar handling for at Konkurransetilsynet kan sikre bevis enn for at politiet kan bruke tvangsmidler. Dette gjelder særlig bevissikring i et privat hjem. Her bør kravet til mistanke skjerpes og JD foreslår at «skjellig grunn til mistanke» kan brukes.

Reglene om bevissikring reiser også spørsmål i forhold til EMK artikkel 8. Artikkelen omhandler individets rett til respekt for sitt hjem m.m. JD skriver at det er tvilsomt i hvor stor grad forretningslokaler faller inn under anvendelsesområdet til artikkel 8. Men det er klart at forretningslokaler i en viss utstrekning er beskyttet, jf. *Société Colas* m.fl. mot Frankrike 16. april 2002. I vurderingen av om ransaking (eller bevissikring) vil være lovlig vil EMD blant annet legge vekt på om ransaking har skjedd etter avgjørelse fra retten og om det foreligger skjellig grunn til mistanke. Hvorvidt en slik ransaking har skjedd som ledd i en straffesak eller som ledd i en forvaltningssak, kan være uten betydning så lenge ransakingen eller bevissikringen kan gjennomføres ved tvang. Det vises her til saken *Tamosius* mot UK 19. september 2002 som gjaldt ransaking i forbindelse med en skattesak. Denne saken ble avvist av EMD, blant annet med den begrunnelse at ransakingsordren var utstedt av en dommer, og at det var et krav etter nasjonal rett at det måtte foreligge skjellig grunn til mistanke. Det vises til avvisningsavgjørelsen side 9, hvor det uttales:

«In the present case, The Court notes that the search was carried out under a warrant issued by a judge, who was required by law to be satisfied that there was reasonable ground for suspecting that the commission of a tax fraud had occurred and that evidence might be found at the premises to be searched.»

I spørsmålet om kopier ved beslag, støtter JD flertallet i at Konkurransetilsynet ved bevissikring gis adgang til å ta med originaldokumenter uten at foretaket får beholde kopi av beslaget. En tilsvarende regel bør gjelde ved utlevering av dokumenter etter forslaget § 5–1.

JD støtter ikke flertallets forslag om at bevissikring som utgangspunkt ikke skal kunne gjennomføres før en tilkalt advokat er til stede. Effektive husransaker må være overraskende, og det kan derfor være uheldig om man må avvente slik bevissikring til advokat er til stede, særlig i de tilfeller hvor flere lokaliteter skal undersøkes. I tillegg kommer at forslaget antagelig vil føre til at undersøkelsene trekker ut i tid, noe som medfører at res-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

surser i større grad bindes opp både for kontrollmyndigheter og bedrifter.

JD viser for øvrig til Økokrims høringsuttalelse, som JD i det vesentlige slutter seg til.

Datatilsynet mener at det i tilknytning til reglene om bevissikring også bør inntas bevissikringsregler som gjelder for håndheving av EØS-avtalens konkurranseregler.

Datatilsynet mener videre at anledningen til husransakelse bør knyttes til etterforskning av alvorlige lovbrudd. Datatilsynet mener at selv om enkelte overtredelser av konkurranseloven er alvorlige, så kan de ikke sammenliknes med forbrytelser mot liv og helse. Datatilsynet er generelt skeptisk til at man i stadig større grad åpner for at forvaltningsorganer kan kreve adgang til private hjem for å håndheve sine forvaltningsoppgaver. Datatilsynet mener at når utvalget har foreslått å gi Konkurransetilsynet så vide fullmakter, ikke har tatt tilbørlig hensyn til at ransaking av bolig er et svært alvorlig inngrep i den enkeltes personvern.

Datatilsynet viser videre til utvalgets uttalelse om at Konkurransetilsynet i praksis kun har foretatt ransaking av private hjem ved mistanke om grove overtredelser av konkurranselovens forbudsbestemmelser. Datatilsynet mener denne praksisen bør lovfestes.

Datatilsynet peker også på at den forholdsmessighetsvurderingen utvalget anviser vil avhenge av hvordan lovbestemmelsen utformes. Dersom adgangen etter loven er vid, skal det etter Datatilsynets oppfatning mer til før husransakingen anses som urettmessig.

Datatilsynet mener heller ikke at utvalget har godtgjort at det på konkurranserettens område ikke skal være mulig med forskjellige regler for ransaking av en bedrifts lokaler og private hjem. Det vises til at det for den berørte vil oppleves vesensforskjellig om Konkurransetilsynet ransaker dennes kontor eller dennes soverom. Datatilsynet mener hensynet til personvern og kontrollobjektets familie tilsier strengere regler for ransaking av private hjem. Datatilsynet kan videre ikke se at behovet for bevissikring innen konkurransespørsmål er større enn innen strafferetten for øvrig. Adgangen for husransaking bør derfor være begrenset på linje med politiets adgang etter straffeprosessloven.

Datatilsynet finner det bemerkelsesverdig at utvalget uten nærmere drøftelse har forkastet løsningene i Sverige og Danmark, hvor adgangen til bevissikring i private hjem er begrenset. Datatilsynet ønsker også at det skal lovfestes at Konkurransetilsynet ikke har adgang til å foreta bevissikring i kundens og klienters private hjem.

Datatilsynet tolker utvalget slik at det er Konkurransetilsynets ressurser som er den begrens-

de faktor i forhold til når det skal foretas bevissikring i private hjem. Dette reagerer Datatilsynet kraftig på. De skriver videre at opplysninger som ikke er nødvendige for sakens opplysning, ikke må søkes innhentet uavhengig av Konkurransetilsynets ressurser. Motsatt løsning betegner Datatilsynet som maktmisbruk.

Advokatfirmaet Wikborg, Rein & Co. (WR) kan ikke se at det er behov for at konkurransemyndighetene skal ha rett til å beslaglegge originaldokumenter, og viser til at Kommisjonen og EFTAs overvåkingsorgan må nøye seg med å ta kopi av dokumenter de finner relevante. Den nye konkurranseloven bør så vidt mulig harmoniseres prosessuelt med EØS-retten, ikke minst ut fra hensynet til at de foreslåtte bestemmelsene om opplysningsplikt, utleveringsplikt og bevissikring kan benyttes også for håndhevelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Det vises til innstillingen side 236.

WR er videre av den oppfatning at konkurransemyndighetene bør ha plikt til å ta utskrift av alle elektroniske dokumenter som kopieres. En rett for foretaket til utskrift fra elektroniske dokumenter som myndighetene kopierer vil styrke retten til kontradiksjon ved at foretaket slipper å gjette seg til hvilke elektroniske dokumenter som er i myndighetenes søkelys.

I tillegg mener WR at Konkurransetilsynet skal ha plikt til å føre liste over alle dokumenter de tar med seg med angivelse av hvilke dokumenter som er originale og hvilke som er kopier. Konkurransetilsynet skal lage liste over samtlige servere og datamaskiner som de har kopiert fra. Kopi av disse beslagslistene mener WR skal gis den kontrollerte uten at det er anmodet om det.

Beslag av informasjon lagret på en bedrifts servere eller på personlige datamaskiner reiser vanskelige spørsmål i forhold til regelen om at Konkurransetilsynet bare kan beslaglegge dokumenter som relaterer seg til temaet for bevissikringen. WR antar at betydningen av praktiseringen av reglene for elektroniske beslag vil øke ettersom bruken av datamaskiner og elektronisk post øker. WR savner en redegjørelse for de spørsmål som reises i denne forbindelse, som for eksempel hvorvidt Konkurransetilsynet kan ta kopi av all informasjon som er lagret, om det foreligger en plikt for Konkurransetilsynet til å samarbeide med ansatte i foretaket før kopier tas slik at det er mulig å peke ut hvor det er lagret elektroniske dokumenter som relaterer seg til temaet for undersøkelsen og videre hvordan informasjon underlagt taushetsplikt skal behandles. WR vil derfor anmode om at disse viktige og svært praktiske spørsmålene utredes nærmere, og at de reguleres i forskrift.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Avhengig av hvordan Konkurransetilsynets begjæring om adgang til bevissikring utformes, mener WR det kan oppstå praktiske problemer ved bevissikring av servere som befinner seg i Norge. Etter konkurranseloven § 6–2 har retten etter normalt bare angitt virksomhetens adresse og/eller en privat adresse der bevissikringen kan gjennomføres. Dersom elektroniske dokumenter er lagret på en server utenfor bedriftens/boligens adresse som nevnt i beslutningen/vedtaket om bevissikring, har derfor Konkurransetilsynet i prinsippet ikke hjemmel til foreta bevissikring av serveren. WR anbefaler at enten så må lovens ordlyd endres eller så må Konkurransetilsynet være ekstra påpasselig med hvordan begjæringen om adgang til bevissikring skal utformes for å hindre unødvendige tvister i fremtiden.

WR understreker betydningen av retten til å være bistått av advokat, som er en sentral del av rettsikkerhetsgarantien. WR forutsetter at retten praktiseres slik at den blir en realitet ved at Konkurransetilsynet utsetter iverksettelsen av undersøkelsen i rimelig tid slik at advokaten rekker å komme til stedet, slik som i EU/EØS-retten.

Advokatfirmaet Hjort DA (Hjort) slutter seg til utvalgets mindretall i spørsmålet om foretakene som er gjenstand for kontroll skal ha rett til kopi av alle dokumentene Konkurransetilsynet beslaglegger hos dem. Hjort begrunner sitt standpunkt med foretakenes rett til kontradiksjon, samt muligheten til fortsatt drift.

Også *Flyselkåpenes Landsforening* (FL) slutter seg til mindretallets forslag på dette punkt. FL viser til at dette er spesielt viktig fordi terskelen for å beslaglegge bevis er svært lav. FL hadde helst sett at man fulgte praksisen i EU slik at Konkurransetilsynet bare har rett til å ta med kopier. FL trekker videre frem problemene som kan oppstå dersom en bedrifts datasystem blir låst over lang tid på grunn av at Konkurransetilsynet har beslaglagt elektronisk lagret informasjon. FL fremhever også at dersom foretakene ikke får kopier av beslaglagte dokumenter, vil dette svekke muligheten til å forberede et relevant og godt forsvar.

FL støtter forslaget om å vente til foretakets advokat har ankommet før bevissikringen iverksettes, blant annet under henvisning til viktigheten av at Norge har like regler som land det er naturlig å sammenlikne oss med.

Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH) mener foretak skal ha rett til kopi av dokumenter Konkurransetilsynet beslaglegger, og støtter dermed utvalgets mindretall. Også HSH trekker frem hensynet til kontradiksjon og hensynet til partenes bidrag til sakens oppklaring.

HSH går i mot innføring av regler om bevissikring i private hjem. HSH mener påtalemyndighetens mulighet til ransaking og beslag må være tilstrekkelig. HSH mener også at beslag hjemme hos andre enn dem som er mistenkt for lovbrudd, vil virke svært inngripende.

Den norske Advokatforening (Advokatforeningen) har notert seg at utvalget foreslår å videreføre gjeldende lovs vilkår for bevissikring, «rimelig grunn til å anta» at konkurranseloven eller vedtak i medhold av loven er overtrådt. Advokatforeningen bemerker at dette innebærer et lavere krav til sannsynlighetsovervekt enn det som kreves for ransaking etter straffeprosessloven § 192. Advokatforeningen viser til at lovforslaget innebærer at en rekke handlinger som i dag er lovlige, blir forbudt. Forslaget innfører videre en gradering av sanksjonene ved at bare visse typer av overtredelser vil kunne medføre straff, jf. forslaget § 7–3 og merkningene til bestemmelsen på side 245 – 246 i innstillingen. De handlinger som etter forslaget blir straffsanksjonert, samsvarer i stor grad med de handlinger som allerede er forbudt etter gjeldende lov, og hvor lovgiver har funnet grunn til å tillate bevissikring i de tilfeller hvor det er «rimelig grunn til å anta» at loven er overtrådt. Advokatforeningen savner en nærmere begrunnelse for hvorfor dette lave beviskrav skal legges til grunn også i forhold til de mange handlinger som i dag er lovlige, men som vil bli forbudt som følge av utkastets utvidelse av forbudsbestemmelsene.

Advokatforeningen er enig med utvalget i at spørsmålet om hvorvidt det fortsatt skal være adgang til å foreta bevissikring i private hjem, innebærer en avveining mellom hensynet til effektiv håndheving av overtredelser av konkurranselovgivningen og hensynet til borgernes behov for beskyttelse av og respekt for sitt hjem og sitt privatliv. Advokatforeningen kan videre slutte seg til utvalgets vurdering av at en bevissikring i private hjem av de fleste vil oppleves som meget inngripende, og dessuten kan ramme familiemedlemmer til den bevissikringen retter seg mot.

På denne bakgrunn stiller Advokatforeningen seg kritisk til at utvalget ikke foreslår strengere regler for adgangen til å foreta bevissikring i private hjem. Etter Advokatforeningens erfaring er det alminnelige, ulovfestede forholdsmessighetsprinsipp ikke alltid tilstrekkelig til å ivareta de nødvendige rettsikkerhetshensyn i slike situasjoner, blant annet fordi rettens prøvingsintensitet i bevissikringssaker erfaringsmessig er lav. Etter Advokatforeningens vurdering tilsier både hensynet til rettssikkerhet og pedagogiske hensyn at det fremgår av loven at adgangen til bevissikring i private

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

hjem er snevrere enn adgangen til bevissikring i forretningslokaler.

Advokatforeningen viser i den forbindelse til at artikkel 21 i rådsforordning nr. 1/2003 begrenser adgangen til bevissikring i private hjem til situasjoner hvor det foreligger en mistanke om «a serious violation of article 81 or article 82 of the Treaty» og dessuten at «reasonable suspicion exists that books or other records» oppbevares nettopp der. Advokatforeningen viser videre til at utvalget i innstillingen opplyser at det i Sverige må foreligge meget sterke mistanker om at bevis oppbevares hjemme hos noen, for å få tillatelse til å foreta kontroll i et privat hjem, og at den danske konkurranse-loven ikke åpner for adgang til å foreta kontroller i private hjem overhodet.

Hva angår norsk rett, finner Advokatforeningen grunn til å påpeke at straffeprosessloven § 192 åpner for ransaking bare når det er skjellig grunn til mistanke om en handling som etter loven kan medføre frihetsstraff, og den tillater ransaking hos andre enn den antatte gjerningsmann bare dersom det er særlig grunn til å anta at det kan finnes bevis der. I lys av de vide forbudsbestemmelser i forslaget til ny konkurranselov, og det forhold at Konkurransetilsynet etter forslaget blir en mer rendyrket etterforsknings- og anklagemyndighet, bør det i konkurranse-loven inntas en egen bestemmelse om bevissikring i private hjem som inneholder skranker tilsvarende dem som er nedfelt i straffeprosessloven § 192.

På denne bakgrunn foreslår Advokatforeningen at det i forslaget til § 6–1 gjøres følgende endringer:

I første ledd bokstav a strykes ordene «herunder private hjem.»

I samme bestemmelse settes inn følgende nytt annet ledd: «Bevissikring i lokaler, eiendommer, transportmidler og andre oppbevaringssteder som tilhører privatpersoner kan bare foretas når det er skjellig grunn til å mistenke vedkommende for handling som kan medføre straff etter § 7–3, eller det er skjellig grunn til å mistenke andre for slik handling og det er særlig grunn til å anta at det på de nevnte steder kan finnes ting som kan ha betydning som bevis.»

Advokatforeningen slutter seg til utvalgets mindretall i spørsmålet om rett til kopier av beslaglagte dokumenter. Advokatforeningen finner grunn til å bemerke at adgangen til beslag av originaldokumenter synes å være et særstilt rettssystemer det er naturlig å sammenligne oss med. Dersom man godtar beslag av originaler, kan det vanskelig sees argumenter mot en rett for foretaket til å få kopi av de dokumenter som beslaglegges. Derimot representerer fraværet av en slik rett et betydelig rettssikkerhetsproblem, som dessuten kan føre til

at foretaket ikke har noen praktisk mulighet til å oppklare og avvike eventuell lovstridig atferd. Advokatforeningen tiltrer også på dette punkt vurderingene fra utvalgets mindretall.

Advokatforeningen er av den oppfatning at prinsippet i straffeprosessloven § 205 tredje ledd får anvendelse også ved beslag etter konkurranse-loven § 6–2. Dette er også lagt til grunn av Borgarting lagmannsrett i kjennelse av 24. februar 2000 (LB-2000–00172). Etter Advokatforeningens vurdering bør dette fremgå av konkurranse-loven, ved at det i forslaget § 6–1 annet ledd tas inn en henvisning til straffeprosessloven § 205 tredje ledd.

Advokatforeningen finner det i denne forbindelse nødvendig å knytte noen kommentarer til utvalgets omtale av kjennelsen i Borgarting lagmannsrett.

Lagmannsrettens kjennelse gir etter Advokatforeningens oppfatning overhodet ikke grunnlag for å hevde at Konkurransetilsynet selv kan undersøke beslag som kan inneholde beslagsfrie opplysninger. Kjennelsen viser tvert imot at selv ikke domstolene bør få innsyn i slike opplysninger når beslag av denne art forelegges dem i medhold av straffeprosessloven § 205 tredje ledd. Det faller da på sin egen urimelighet å hevde at Konkurransetilsynet skal kunne gjennomgå slike beslag.

Advokatforeningen støtter forslaget om å ta inn en bestemmelse som presiserer at den som det gjennomføres bevissikring hos, har rett til å tilkalle advokat, og at bevissikringen normalt ikke kan begynne før advokaten er kommet til stedet. Etter Advokatforeningens oppfatning følger dette allerede av forvaltningsloven §§ 12 og 15, men en lovfesting innebærer etter Advokatforeningens vurdering en nyttig klargjøring.

Konkurranselovutvalget er splittet i synet hva angår den kontrollertes rett til kopier av beslaglagte dokumenter. *Næringslivets Hovedorganisasjon* (NHO) gir under dette punkt sin fulle støtte til mindretallets begrunnelse.

NHO skriver at retten til kopi av dokumenter som beslaglegges hos partene selv, og derigjennom til dokumentinnsyn, er vesentlig for at vedkommende part på et så tidlig tidspunkt som mulig skal kunne utnytte sin rett til kontradiksjon. Dette er viktig for at foretaket selv skal kunne iverksette granskning og relevante tiltak for å gjenopprette selskapets renommé og tillit i markedet. I tillegg vil selskapet også ha behov for å kunne starte forberedelser av sitt forsvar.

I denne forbindelse vil NHO påpeke at overvåknings- og håndhevingsorganene har en slags «objektiv sannhetsplikt», det vil si at den primære oppgave er å belyse og komme til det objektivt sett riktige resultat, og ikke opptre som en ensidig, mu-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

ligens også forutinntatt, etterforsker. Både Økokrim og Konkurransetilsynet bør i aller høyeste grad være interessert i, og også forpliktet til, å mota berørte selskapers forklaringer til beslaglagte dokumenter.

NHO vil i denne sammenheng understreke at andre anerkjente effektive konkurransemyndigheter, som Kommisjonen, EFTAs overvåkningsorgan, danske og svenske konkurransemyndigheter, har plikt til å la parter beholde beslaglagte dokumenter, faktisk i original og ikke bare i kopi, slik mindretallet foreslår. Det er for NHO vanskelig å se at det er særtrekk ved det norske markedet, norske myndigheter, eller norske forhold for øvrig, som tilsier at partsrettighetene bør være dårligere i Norge enn i andre jurisdiksjoner for å sikre en effektiv kontrollvirksomhet fra myndighetenes side.

NHO vil også understreke, som mindretallet gjør, at det er vanskelig å se hvorfor norske foretak skal ha dårligere partsrettigheter når norske konkurransemyndigheter gjennomfører kontrollundersøkelser etter den norske konkurranseloven, enn når EFTAs overvåkningsorgan gjennomfører kontroll i samme foretak i henhold til materielt sett tilsvarende regler, men med hjemmel i EØS-avtalen og de norske gjennomføringsreglene til denne.

NHO er bekymret for den relativt sett lite inngående drøftelsen spørsmålet om databeslag har fått i lovutvalgets innstilling. Gitt den lave terskel som etableres for bevissikring, jf. forslaget § 6–1 om «rimelig grunn» og at et beslag i selskapers dataservert nødvendigvis vil medføre at Konkurransetilsynet i stor grad vil få med seg overskuddsinformasjon, ser NHO med en viss bekymring på hvilken adgang Konkurransetilsynet skal ha til å foreta slikt databeslag samt gjennomgå det beslaglagte datamaterialet selv. NHO vil påpeke at denne typen beslag reiser særlig vanskelige problemstillinger, og at det derfor må vurderes hvorvidt dette bør reguleres direkte i loven.

Konkurranselovutvalget er splittet i synet på advokaters nærvær i en kontrollsituasjon. NHO går klart inn for flertallets forslag som legger til grunn at bevissikringen normalt ikke kan begynne før advokat er kommet til stede.

NHO fremholder at det for en bedrift som er utsatt for en bevissikring, vil være viktig å kunne støtte seg til en advokat med oversikt over de rettigheter og plikter som bedriften er underlagt. I en stresset situasjon, hvor kontrollen kommer overraskende, vil en advokat til stede sikre den rettssikkerhet for bedriften som konkurranseloven gir.

Norske Colonialgrossisters Forbund mener at myndighetene ikke bør kunne ta med seg originaldokumenter uten at foretakene får beholde en kopi.

Videre bør det ikke kunne foretas husransakelse ut fra en lavere terskel enn det politiet har.

Norsk Hydro skriver at utvalgets forslag viderefører den uheldige situasjonen at foretak risikerer at nødvendige forretningsdokumenter for lengre perioder holdes tilbake hos Konkurransetilsynet. Hydro viser til at dette i flere saker har medført at viktig kommersielt arbeid har blitt liggende nede eller vesentlig forsinket. Videre mener Hydro at Konkurransetilsynets behov for i visse tilfeller å ta med originaldokumenter for nærmere gransking, er fullt ut ivaretatt med mindretallets forslag. Endelig viser Hydro til at det heller ikke fra EU-hold har vært anført at den adgangen myndighetene der har er utilstrekkelig. Hydro nevner i denne forbindelse at problemstillingen ikke har vært tema i den nylig avsluttede reformprosessen som ledet frem til rådsforordning 1/2003.

Den norske Foreleggerforening kan ikke se noen grunner til at retten til å beholde kopi og retten til bistand fra advokat på et tidlig stadium skal være dårligere i Norge enn i EU.

Konkurransetilsynet har omfattende synspunkter på forslaget til regler om bevissikring. Tilsynets innspill følger i de følgende tre punkter.

Om bevissikring i private hjem

Konkurransetilsynet slutter seg til utvalgets forslag og begrunnelse til regler for bevissikring i private hjem. Det er av stor betydning at tilsynet også etter de nye reglene får adgang til å gjennomføre bevissikringer i private hjem. Det viser seg i praksis at pris- og anbudssamarbeid og andre alvorlige brudd på konkurranseloven ofte er svært vanskelig å oppdage. Det eksisterer normalt lite skriftlige bevis, og i den grad det eksisterer skriftlige bevis er disse ofte vanskelige å finne. Inkriminerende opplysninger i for eksempel notater, opptegninger og elektronisk post oppbevares i stadig større utstrekning utenfor bedriftenes forretningslokaler. Bevisenes art gjør at de lett kan skjules eller ødelegges dersom de berørte får mistanke om at eventuelle lovbrudd er oppdaget. Konkurransetilsynets erfaring fra de siste års større kartellsaker viser at det regelmessig gjøres funn av viktig bevismateriale i private hjem, og at adgangen til bevissikring i private hjem er et nødvendig og effektivt virkemiddel for å avdekke alvorlig økonomisk kriminalitet.

Konkurransetilsynet etterforsker alvorlig økonomisk kriminalitet og vil ofte ha behov for mer vidtgående kontrollfullmakter enn andre forvaltningsorganer. Dette har også sammenheng med muligheten for å finne bevis for lovbrudd. I Ot.prp. nr. 41 (1992–93) pekes det på at andre myndigheter

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

som oftest søker etter bevis i dokumenter som bedriftene plikter å oppbevare. Det vil i slike tilfeller kunne være straffbart i seg selv å ikke ha disse dokumentene. Slik vil det normalt ikke være i saker om prissamarbeid, anbudssamarbeid eller andre alvorlige brudd på konkurranseloven.

Adgangen til å foreta bevissikring i private hjem etter gjeldende konkurranselov har fungert godt. Konkurransetilsynet er derfor enig med utvalget i at reglene videreføres i forslaget § 6–1. Rettssikkerhetshensyn er ivaretatt ved at Konkurransetilsynet må innhente tingrettens tillatelse til å iverksette bevissikring, og ved at den det gjennomføres bevissikring hos har rett til å tilkalle advokat. I overensstemmelse med det generelle forvaltningsrettslige prinsippet om forholdsmessighet, må både tingretten og Konkurransetilsynet dessuten påse at en bevissikring ikke vil være et uforholdsmessig inngrep i den konkrete saken. Dette innebærer at det normalt bare er i saker om mer alvorlige lovovertridelser at bevissikring i private hjem vil være aktuelt.

Konkurransetilsynet finner grunn til å nevne at EU nylig har vedtatt en tilsvarende regel om adgang til bevissikring i private hjem i konkurransesaker. Erfaringene i EU er at bevis i alvorlige konkurransesaker i langt større grad enn tidligere oppbevares utenfor bedriftenes forretningslokaler. Bedriftenes bevissthet på de alvorlige konsekvensene av å bryte konkurransereglene fører dessuten til at det er langt vanskeligere enn tidligere å finne bevis i slike saker. Etter rådsforordning 1/2003 artikkel 21 kan derfor Kommisjonen nå beslutte bevissikring i private hjem dersom det foreligger rimelig mistanke om at det finnes bevis for alvorlige brudd på konkurransereglene der.

Beslaglegging og kopi

Konkurransetilsynets erfaring med de siste års større kartellsaker tilsier at det er et grunnleggende behov for å ta beslag i originaldokumenter. Bevisene i kartellsaker består ofte av håndskrevne notater, utdrag fra dagbøker med mer. Slike dokumenter er betydelig mindre lesbare i kopiert form. Dessuten kan viktige opplysninger forsvinne under kopieringen, for eksempel blyantskrift som har blitt visket bort og opplysninger om hvorvidt det er benyttet ulike skriveredskaper. Det er av avgjørende betydning for etterforskningen at tilsynet får tilgang til best mulige bevis, også rent teknisk sett. I en senere straffesak vil det også være av vesentlig betydning at bevis ikke kan trekkes i tvil. Originaldokumenter har åpenbart større beviskraft enn kopier.

I innstillingens merknader til forslaget § 6–1 heter det at

«I det konkrete tilfellet skal Konkurransetilsynet vurdere om det av etterforskningsmessige grunner er behov for å ta med originaldokumentet eller om det er tilstrekkelig med en kopi. I denne sammenheng må det også vurderes om sakens art eller forholdene ellers tilsier at det vil være et uforholdsmessig inngrep å ta med originaldokumenter.»

Konkurransetilsynet antar at krav om en individuell vurdering på dokumentnivå i forhold til hvorvidt det er nødvendig å ta beslag i originalen eller ikke, vil innebære en vesentlig ulempe med hensyn til tidsbruk under bevissikringen. Dessuten vil det føre til diskusjoner med den kontrollerte bedriften om hva som kan beslaglegges i original.

Konkurransetilsynet viser til at utvalgets mindretall går inn for at det kontrollerte foretaket skal få beholde en kopi av alle dokumenter som tilsynet beslaglegger hos vedkommende foretak. Konkurransetilsynet antar at mindretallets forslag er basert på et ønske om å gi foretaket innsyn i det materialet Konkurransetilsynet beslaglegger. Innsynsretten bør etter Konkurransetilsynets oppfatning uttømmende reguleres av forslaget § 6–3 første ledd om partsinnsyn. Det vil være til betydelig skade for etterforskningen hvis den kontrollerte bedriften allerede på bevissikringstidspunktet får adgang til et fullstendig kopisett av det beslaglagte materialet. Dokumentasjonen er med et slikt system ikke underlagt noen som helst vurdering fra Konkurransetilsynets side med hensyn til hvilke deler av beslaget som det eventuelt kan gis innsyn i. En slik vurdering er det nødvendig å foreta på et langt senere tidspunkt, etter at Konkurransetilsynet har fått oversikt over bevismaterialet, og ofte etter at eventuelle forklaringer er tatt opp av aktuelle personer, jf. drøftelsen som utvalget har foretatt i henhold til spørsmålet om begjæring om partsinnsyn i innstillingen punkt 8.9.

Konkurransetilsynet mener i tillegg at dersom det kontrollerte foretaket gis kopi av de beslaglagte dokumentene, vil man være i stand til å samordne sine forklaringer på de aktuelle forhold med øvrige bedrifter i kartellet. På denne måten svekkes tilsynets muligheter til å oppta umiddelbare forklaringer fra de enkelte deltakerne i kartellet.

Utvalgets forslag til § 6–1 gir Konkurransetilsynet adgang til å forsegle alle forretningslokaler, samt bøker eller forretningspapirer, så lenge undersøkelsen varer og dette anses nødvendig. Konkurransetilsynet støtter dette forslaget, men er i tillegg av den oppfatning at bestemmelsen bør være underlagt en eller annen form for sanksjon dersom forseglingen brytes av andre enn tilsynets folk. Hvis bedriften tar seg til rette og fjerner forseglin-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

gen, bør dette være straffbart. Forslaget § 7–3 gir anledning til å straffe den som «...unnlater å etterkomme pålegg etter §§ 5–1 og 6–1,...». En forsegling fra tilsynets side kan muligens anses å være et pålegg. Hensynet til klarhet tilsier at det bør presiseres tydeligere i § 7–3 at brudd på forsegling medfører straffansvar.

Adgang til å ha advokat til stede

Konkurransetilsynet støtter mindretallet, og er av den oppfatning at det vil innebære en betydelig ulempe for bevissikringen dersom hovedregelen er at tilsynet skal vente på advokat før kontrollen igangsettes. Generelt er det slik i kartellsaker at bevissikringer foretas hos flere foretak på samme tid. De aktuelle kontrollobjektene oppsøkes på eksakt samme tidspunkt fordi det er avgjørende i forhold til faren for bevisforspillelse at bevissikringen starter samtidig. Dersom man må avvente kontrollstart inntil advokat har ankommet stedet, så vil dette innebære at de ulike kontrollgruppene ikke lenger har den samme mulighet til å iverksette samtidige søk etter bevis. Da vil oppstart av bevissikringen variere fra bedrift til bedrift avhengig av når advokat innfinner seg på de forskjellige kontrollstedene, noe som vil medvirke til å redusere effekten av en koordinert aksjon fra tilsynets side.

I den perioden man venter på advokat vil det videre være en overhengende fare for at bevis går tapt. Foretaket vet at Konkurransetilsynet er på stedet, og har anledning til å vanskeliggjøre den påfølgende bevissikringen ved å fjerne bevis og ved å samtale med aktuelle personer i andre foretak. Tilsynet vil ikke få den nødvendige kontroll over stedet før bevissikringen igangsettes rent fysisk ved søk etter dokumenter og sikring av datautstyr. All erfaring viser dessuten at de innledende fasene under en bevissikring kan ha avgjørende betydning for hvorvidt man lykkes i å fremskaffe de aktuelle bevisene eller ikke. I den forbindelse er det vesentlig raskt å få kontroll over de områder der bevis antas å befinne seg. Diskusjoner med bedriftens ledelse om man kan starte opp umiddelbart, eller eventuelt hvor lenge man kan vente, vil da virke negativt på fremdriften i bevissikringen og kan medvirke til at bevismateriale går tapt.

En advokats tilstedeværelse ved bevissikringens start vil etter Konkurransetilsynets mening ikke kunne påvirke Konkurransetilsynets fremgangsmåte og heller ikke være av særlig betydning for foretaket. Foretakets interesser bør derfor være tilstrekkelig ivaretatt ved at advokat kan tilkalles når Konkurransetilsynet ankommer bedriften og setter i gang bevissikringen. Foretaket har full anledning

til å rådføre seg med advokaten per telefon, og det er i slike tilfeller dessuten vanlig at det kontrollerte foretaket oversender rettens beslutning på telefaks til advokaten slik at denne umiddelbart kan forvise seg om grunnlaget for bevissikringen og gi råd om hvorledes foretaket bør forholde seg.

I flertallets forslag til § 6–1 heter det at Konkurransetilsynet likevel kan starte bevissikringen uten å vente på advokat dersom det av hensyn til bevissikringen er nødvendig å begynne uten opphold. Konkurransetilsynet vil understreke at dette unntaksvilkåret normalt vil være oppfylt i saker som gjelder overtredelser av konkurranseloven, fordi et slikt opphold øker faren for bevisforspillelse.

9.3.4 Departementets vurderinger

Vilkårene for bevissikring

Departementet slutter seg til utvalgets innstilling om å videreføre kravet om at det må foreligge «rimelig grunn» til å anta at konkurranseloven eller vedtak i medhold av konkurranseloven er overtrådt, for å iverksette bevissikring. Departementet slutter seg til utvalgets begrunnelse. Departementet vil presisere at kravet til rimelig grunn innebærer at det ikke er noe krav om at det må foreligge sannsynlighetsovervekt. Etter departementets mening bør det også i den nye loven være et krav om beslutning fra retten før Konkurransetilsynet kan iverksette en bevissikring. Det vises til utvalgets begrunnelse.

Departementet slutter seg til utvalgets vurdering når det ikke foreslås endringer i de prosessuelle reglene for øvrig. Tingrettens beslutning om bevissikring bør som i dag treffes uten at den som avgjørelsen rammer gis adgang til å uttale seg, og uten at beslutningen blir meddelt vedkommende, før bevissikringen settes i verk. Kjæremål over beslutningen bør etter departementets oppfatning heller ikke ha oppsettende virkning.

Hvor bevissikring kan gjennomføres

Departementet slutter seg til utvalgets forslag til ny ordlyd for å beskrive hvor Konkurransetilsynet kan søke etter bevis. Departementet er enig i at dette ikke medfører noen realitetsendringer, men det kan bidra til å klargjøre bestemmelsen. Det er således klart at den gir Konkurransetilsynet mulighet til å søke etter bevis på alle de nevnte steder, uavhengig av om disse tilhører det mistenkte foretaket. Det avgjørende for Konkurransetilsynets kontrolladgang vil være om det er rimelig grunn til å anta at loven eller vedtak i loven er overtrådt, og at

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

det kan finnes bevis på det aktuelle stedet. Det kan således foretas kontroller hos for eksempel kunder og konkurrenter til det mistenkte foretaket.

Særlig om bevissikring i private hjem

Utvalget har vurdert om det fortsatt skal være adgang til å foreta bevissikring i private hjem og i så fall på hvilke vilkår. Utvalget har etter en avveining mellom hensynet til effektiv håndheving av konkurranselovgivningen og hensynet til borgernes behov for beskyttelse av og respekt for sitt privatliv, konkludert med at adgangen til å foreta bevissikring beholdes med de samme vilkår som etter gjeldende rett.

Departementet slutter seg til utvalgets vurdering av spørsmålet om fortsatt adgang til å foreta bevissikring i private hjem. Departementet legger også vekt på Konkurransetilsynets erfaringer fra flere store kontrollsaker i den senere tid som viser at bevis for lovovertridelser ofte oppbevares i hjemmene til sentrale aktører.

Departementet er enig med utvalget i at hensynet til at det skal foretas en interesseavveining, allerede er ivaretatt ved det alminnelige ulovfestede prinsipp om forholdsmessighet i forvaltningen. Dette medfører at dess mer inngripende og belastende et tiltak er, jo mer tungtveiende må de hensyn som begrunner tiltaket være. En bevissikring i et privat hjem må anses å være et større inngrep i privates rettssfære enn bevissikring hos et foretak. Forholdsmessighetsvurderingen kan derfor medføre at det gis tillatelse til bevissikring hos et foretak, men ikke i et privat hjem, selv om grunnlaget for kontroll er det samme for begge steder.

På bakgrunn av at bevissikring i bolig normalt vil oppleves som et større inngrep enn bevissikring hos et foretak, ser imidlertid departementet det som en fordel at dette kommer til uttrykk i lovens ordlyd og ikke bare ved anvendelsen av ulovfestede prinsipper. Departementet foreslår derfor lovfesting av at det må være særlig grunn til å anta at bevis oppbevares i boligen for at det skal kunne gjennomføres bevissikring der. Dette kommer i tillegg til kravet om at det må foreligge rimelig grunn til å anta at loven eller vedtak i medhold av den er overtrådt. Etter departementets oppfatning vil dette i all vesentlighet være i samsvar med praktiseringen av konkurranseloven § 6–2. Tillegget vil imidlertid bidra til å tydeliggjøre skillet mellom bevissikring i foretak og i private boliger og å markere at bevissikring i boliger ikke skal gjennomføres rutinemessig.

Advokatforeningen har i sin høringsuttalelse fremsatt et konkret forslag til bestemmelse om be-

vissikring i private hjem: «Bevissikring i lokaler, eiendommer, transportmidler og andre oppbevaringssteder som tilhører privatpersoner kan bare foretas når det er skjellig grunn til å mistenke vedkommende for handling som kan medføre straff etter § 7–3, eller det er skjellig grunn til å mistenke andre for slik handling og det er særlig grunn til å anta at det på de nevnte steder kan finnes ting som kan ha betydning som bevis.»

Når departementet ikke går inn for å knytte adgangen til bevissikring til en konkret mistanke mot en person, skyldes det at dette ikke passer i denne type saker. I motsetning til det som er hovedregelen ved politiets etterforskning av lovovertridelser, er Konkurransetilsynets kontroller i utgangspunktet ikke rettet mot individer, men mot foretak. Formålet for Konkurransetilsynets kontrollvirksomhet er, som for tilsynets øvrige virksomhet, å føre tilsyn med konkurransen i ulike markeder. Når Konkurransetilsynet foretar bevissikring i private hjem, vil hovedformålet fremdeles være å sikre eventuelle bevis mot foretakene. På det tidspunktet hvor Konkurransetilsynet foretar bevissikringer vil det dessuten ofte ikke foreligge konkrete mistanker mot personer. Dersom det på bakgrunn av bevis innhentet ved kontrollene fremkommer at enkeltpersoner har vært sterkt involvert i overtridelsene, vil det være aktuelt for Konkurransetilsynet å anmelde vedkommende til politiet.

Datatilsynet ber om at det presiseres i lovteksten at det ikke er adgang til å foreta bevissikring i hjemmene til kunder og klienter. For å få adgang til å foreta bevissikring i private hjem må Konkurransetilsynet dokumentere at det foreligger særlig grunn til mistanke om at det finnes bevis der. Departementet anser at det er tilstrekkelig til å beskytte tredjemenn mot grunnløse kontroller. Departementet antar at det svært sjelden vil oppstå behov for å foreta bevissikring hos andre enn dem som antas å være involvert i en overtridelse. Det gjelder både i foretak og i private hjem. Dersom kunder og klienter har relevant informasjon i en overtridelsessak, vil opplysningsplikten i utkastet § 24 som regel være tilstrekkelig for at Konkurransetilsynet skal få tilgang til denne. Hensynet til bevisenes skjøre karakter og faren for bevisforspillelse som begrunner bevissikringsadgangen, vil som regel ikke gjøre seg gjeldende overfor tredjemenn. Det vil derfor i de fleste tilfeller ikke være grunnlag for å foreta bevissikring hos tredjemenn.

Å lovfeste at det ikke er adgang til å foreta bevissikring hos tredjemenn, vil videre kunne skape vanskelige avgrensings- og tolkningsproblemer. Departementet mener at dersom det i en konkret sak skulle være særlig grunn til å anta at bevis opp-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

bevares i boligen til en tredjemann, og hensynet til å sikre bevisene tilsier at pålegg om utlevering etter lovutkastet § 24 ikke er tilstrekkelig, så bør det være adgang til å foreta bevissikring også i vedkommendes bolig. Departementet foreslår derfor ingen innskrenkninger i gjeldende rett i forhold til hvem det kan foretas bevissikring hos.

Departementet vil peke på at innføring av et vilkår om særlig grunn til mistanke om oppbevaring av bevis i boligen for å foreta bevissikring der, vil gjøre Konkurransetilsynets adgang til bevissikring i bolig snevrere enn adgangen for EFTAs overvåkingsorgan til å foreta tilsvarende bevissikring i Norge. Vilkåret etter rådsforordning 1/2003 artikkel 21 nr. 3 er at det må foreligge «en rimelig sannsynlighet (reasonable likelihood)» for at de dokumenter bevissikringen gjelder oppbevares på det aktuelle stedet. Artikkel 21 nr. 3 er nærmere behandlet i punkt 14.2 nedenfor. Resultatet vil således kunne være at ved mistanke om overtredelse av konkurransereglene i EØS-avtalen vil EFTAs overvåkingsorgan kunne foreta bevissikring i private hjem i tilfeller hvor Konkurransetilsynet kun kan foreta bevissikring hos foretakene.

Departementet har også vurdert om adgangen til å søke etter bevis i private hjem bør begrenses ut fra hensynet til eventuelle andre medlemmer av husstanden som ikke er involvert i den antatte overtredelsen, typisk ektefelle, samboer og barn. Departementet er imidlertid enig med utvalget i at en slik regel vil være svært vanskelig å utforme hensiktsmessig og vil derfor kunne føre til rettsusikkerhet og fare for bevisforspillelse. I de tilfeller hvor den person kontrollen retter seg mot har et hjemmekontor, vil dette være et naturlig utgangspunkt for en bevissikring. Ofte vil det imidlertid ikke være et eget hjemmekontor, eller hjemmekontoret er ikke fysisk atskilt fra øvrige deler av hjemmet. I en rekke tilfeller har dessuten avgjørende bevis blitt funnet atskilt fra øvrige arbeidsdokumenter. Utvalget påpeker at dersom adgangen til å søke etter informasjon begrenses fysisk, vil relevant informasjon kunne unntas bevissikring ved å oppbevares utenfor det tillatte søkeområdet. Departementet slutter seg til utvalgets vurdering på dette punktet og foreslår derfor ingen nye begrensninger av hvor i boligen det skal være anledning til å søke etter bevis.

Departementet foreslår at § 25 første ledd skal lyde:

«For å søke etter bevis kan konkurransetilsynet, når det er rimelig grunn til å anta at loven eller vedtak i medhold av den er overtrådt, eller når det er nødvendig for å kunne oppfylle Nor-

ges avtaleforpliktelser overfor fremmed stat eller en internasjonal organisasjon, kreve:

- a) å få adgang til alle lokaler, eiendommer, transportmidler og andre oppbevaringssteder hvor det kan finnes bevis for overtredelse.
- b) å få adgang til bolig dersom det er særlig grunn til å anta at bevis oppbevares der.
- c) å ta med ting som kan ha betydning som bevis for nærmere gransking.
- d) å forsegle alle forretningslokaler, samt bøker eller forretningspapirer så lenge undersøkelsen varer og dette anses nødvendig.»

Departementet foreslår å bruke ordet bolig slik som i straffeprosessloven § 200 i stedet for privat hjem.

Bevissikringens gjenstand

Konkurransetilsynet kan etter § 6–2 i konkurranse-loven kreve adgang til fast eiendom, inventar og annet løsøre for å søke etter bevis og ta med slike bevis for nærmere gransking. Loven oppstiller ingen nærmere begrensning av hvilke dokumenter og eiendeler som kan gjennomgås. Utvalget har vurdert å endre ordlyden slik at den harmoniserer med EU/EØS-retten på dette området ettersom bevissikring etter dagens konkurranselov og rådsforordning 1/2003 i realiteten omfatter de samme gjenstandene. I likhet med utvalget mener departementet at det er en svakhet ved utformingen av disse bestemmelsene at de inneholder en positiv opplysning av hva som kan være gjenstand for beslag. Departementet er også enig med utvalget i at opplysninger som «forretningsdokumenter, bøker osv.» kan virke tilfeldig i forhold til formålet med bevissikringen.

På denne bakgrunn har utvalget foreslått at Konkurransetilsynets kontrollgjenstand skal være «ting som kan ha betydning som bevis». Departementet ser det som en klar fordel å benytte et begrep som har et kjent innhold i straffeprosessen, og slutter seg til utvalgets forslag også på dette området.

Unntak for taushetsbelagte dokumenter

Departementet slutter seg til utvalget med hensyn til at bevissikringsadgangen ikke skal omfatte andre opplysninger enn dem som er omfattet av opplysningsplikten. Det vil si at adgangen til bevissikring er begrenset av lovbestemt taushetsplikt, med de unntak som følger av konkurranse-loven § 6–1 tredje ledd (bestemmelsen opphever taushetsplikten som påhviler ligningsmyndighetene m.m.).

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Departementet slutter seg også til å videreføre henvisningen til straffeprosessloven §§ 117 til 120, jf. § 204 i forslaget til ny lov. Hva gjelder unntaket for advokatkorrespondanse, er departementet enig med utvalget i at det avgjørende er hvilken funksjon advokaten hadde da han mottok informasjonen, ikke om advokaten er ekstern eller ansatt i virksomheten. Kun korrespondanse til og fra advokaten som gjelder kontrollobjektets forsvar er unntatt. At korrespondansen er med en advokat (og ikke med for eksempel en rettshjelper eller revisor) er altså en nødvendig, men ikke tilstrekkelig betingelse. Hvis advokaten har flere roller i foretaket, foruten å gi juridiske råd sitter han for eksempel også i selskapets styre, må det tas stilling til i kraft av hvilken rolle korrespondansen har blitt til. Korrespondanse til og fra advokaten i kraft av hans stilling som medlem av styret, omfattes naturligvis ikke av beslagsfriheten.

I praksis har det oppstått spørsmål om konkurransemyndighetene har adgang til å gjennomgå dokumenter for å avgjøre om de inneholder opplysninger som gjør at de er unntatt fra bevissikring etter straffeprosessloven. Utvalget har antatt at straffeprosessloven § 205 tredje ledd også får anvendelse når bevis sikres etter konkurranseloven. Straffeprosessloven § 205 tredje ledd bestemmer at dokumenter eller annet som besitteren ikke plikter å forklare seg om uten etter særskilt pålegg fra retten, heller ikke kan beslaglegges uten rettens kjennelse. Dersom politiet vil ta med dokumenter til retten for avgjørelse av om beslag kan tas, skal dokumentene forsegles i lukket konvolutt i nærvær av en representant for besitteren.

Departementet er enig med utvalget i at prinsippene i § 205 tredje ledd også bør komme til anvendelse når Konkurransetilsynet foretar bevissikringer. Departementet foreslår bestemmelsen slik at Konkurransetilsynet må kunne kontrollere om de aktuelle dokumentene (eller eventuelt andre ting) faktisk er unntatt beslag, såfremt dette kan gjøres uten at det nærmere innhold av korrespondansen blir kjent.

Gjennomføringen av bevissikringen

Departementet slutter seg til utvalgets anbefaling om å videreføre henvisningene til straffeprosessloven i den nye bestemmelsen om bevissikring. Departementet er også enig i utvalgets anbefaling om å videreføre reglene om bistand fra politiet til å iverksette beslutningen om bevissikring, og bistand fra politiet til å avstenge de områder der bevisene kan være inntil rettens beslutning foreligger.

Utvalget har gått inn for at Konkurransetilsynet skal kunne forsegle alle forretningslokaler, samt bøker eller forretningspapirer så lenge undersøkelsen varer og dette anses nødvendig. Forslaget er inspirert av en bestemmelse i rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 20 nr. 2 bokstav d. Begrunnelsen for å innføre bestemmelsen i EU er at ved å forsegle skap og kontorer, forhindrer man at dokumenter forsvinner under kontrollundersøkelsen. Dette vil gjøre kontrollundersøkelsen mer effektiv, særlig hvor undersøkelsen varer i mer enn en dag, og hvor de som kontrollerer er nødt til å forlate virksomhetens lokaler uten å ha avsluttet undersøkelsen. Departementet mener at de samme grunner kan anføres for en slik regel i den norske konkurranseloven. Departementet kan ikke se avgjørende innvendinger mot at Konkurransetilsynet kan forsegle forretningslokaler mv. Under Konkurransetilsynets kontroll vil den daglige drift under enhver omstendighet bli noe hemmet, og det er lite trolig at en forsegling vil gjøre noen stor forskjell. Normalt vil tilsynet gjøre seg ferdig i løpet av en dag slik at det kun unntaksvis vil være behov for å forsegle for å kunne komme tilbake neste dag. Departementet slutter seg etter dette til utvalgets forslag.

Dersom forseglingen brytes, vil det i EU være hjemmel til å pålegge bøter. Utvalget har ikke drøftet nærmere hvordan et brudd på forsegling skal sanksjoneres. Departementet antar at det å forsegle et lokale, en bok eller forretningspapirer vil være å anse som en beslutning, slik at et brudd på forseglingen vil kunne sanksjoneres etter utkastet §§ 29 og 30 annet ledd. Departementet anser imidlertid at det bør fremgå klart av loven at brudd på forsegling er straffbart. Dette fremgår nå av §§ 29 første ledd bokstav c og 30 annet ledd i utkastet.

Beslaglegging og kopiering

Utvalget har delt seg i spørsmålet om Konkurransetilsynet skal ha plikt til å gi den bevissikringen retter seg mot kopi i de tilfeller hvor tilsynet tar med seg originaldokumenter. Flertallet ønsker å videreføre tilsynets rett til å ta med originaldokumenter uten at foretakene får beholde en kopi, mens et mindretall anbefaler en løsning der Konkurransetilsynet kan ta med originaldokumenter, men må etterlate en kopi av alle dokumenter som tas med.

Departementet slutter seg til flertallets forslag. I likhet med flertallet mener departementet at det sentrale hensynet ved en bevissikring er at konkurransemyndighetene får best mulig bevis. Departementet viser til flertallets uttalelser om de bevismessige fordelene ved originaldokumenter kontra

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

kopier. For departementet har det også vært et tungtveiende moment at et krav om å etterlate kopier av alt man tar med seg vil gjøre kontrollen svært tidkrevende. Det er heller ikke sikkert at det er praktisk gjennomførbart å kopiere alle beslag. Det er riktig, som mindretallet sier, at det ville vært lettere for foretakene å utnytte sin rett til kontradiksjon dersom de på et tidlig tidspunkt (samtidig med bevissikringen) fikk kopier av beslaglagte dokumenter. Etter departementets syn veier dette imidlertid ikke tungt nok til å pålegge Konkurransetilsynet å etterlate kopier av alle beslag. Dette medfører ikke at foretakene fratras retten til kontradiksjon – bare en utsettelse slik at tilsynet får rimelig anledning til å studere beslaget. Departementet slutter seg i denne forbindelse til utvalgets henvisning til begrunnelsen for regelen om utsatt innsyn i konkurranse-loven § 6–3 om at partsinnsyn på et tidlig stadium i saken kan skade etterforskningen. Dersom foretaket får kunnskap om hva som er beslaglagt, vil bestemmelsen om utsatt innsyn bli uthult. På samme måte vil foretaket få kunnskap om hva Konkurransetilsynet leter etter dersom tilsynet tar et ark ut av en perm for kopiering, i stedet for å ta med hele permen. Dette kan ha som konsekvens at foretaket distribuerer denne informasjonen til andre kartelldeltakere.

På den annen siden vil departementet understreke at i de tilfellene hvor det er klart at etterforskningen ikke vil kunne skades ved at partene får kjennskap til hva tilsynet har beslaglagt, og det heller ikke er slik at originaldokumentet har noen større bevisverdi enn en kopi, bør tilsynet nøye seg med å ta med kopier. Dette forutsetter imidlertid at det er praktisk mulig å få kopiert opp de aktuelle dokumentene på beslagsstedet.

Departementet er ikke enig med mindretallet i at det er en fare for at tilsynet skal gjennomføre en rekke kontroller som siden viser seg å være grunnløse, og at det derfor er viktig at foretakene får kopi av beslagene. Mindretallet viser til at allerede under dagens lov har det forekommet kontroller som ikke har munnet ut i en anmeldelse eller en fellede dom. Departementet vil i den forbindelse minne om at det kan være mange grunner til at tilsynet ikke anmelder en sak. Det betyr ikke nødvendigvis at kontrollen i utgangspunktet var grunnløs.

Departementet legger, i likhet med flertallet, vekt på at Konkurransetilsynet i praksis strekker seg langt i å tilbakelevere dokumenter så lenge det ikke er betenkelig av etterforskningsmessige grunner. Departementet er enig med flertallet i at det bør presiseres i lovteksten at bevis som tas med skal tilbakeleveres så snart behovet for bevisene faller bort.

Nærmere om databeslag

De såkalte uspesifiserte generalbeslag, typisk en speilkopi av et foretaks elektroniske lagringsfiler, reiser to sentrale spørsmål. Det første spørsmålet er om det overhodet er adgang til å gjøre slike beslag. Departementet slutter seg her til utvalgets konklusjon om at konkurranse-loven § 6–2 ikke kan tolkes snevrere enn den tilsvarende bestemmelsen i straffeprosessloven § 203. Det innebærer etter departementets syn at dersom tilsynet etter undersøkelser som praktisk kan gjøres på stedet avklarer at ett eller flere dokumenter ikke er av betydning som bevis, kan dokumentene ikke beslaglegges for nærmere undersøkelse. Motsatt må tilsynet kunne ta med seg materiale hvor det kan finnes overskuddsinformasjon, men hvor dette ikke på en praktisk måte lar seg identifisere. Det siste vil normalt være tilfelle der hvor tilsynet speilkopierer et foretaks elektroniske lagringsfiler.

Det andre spørsmålet er hvordan tilsynet skal forholde seg til bevis som er unntatt fra beslag – typisk korrespondanse med advokat. Når tilsynet tar beslag i en sikkerhets kopi eller selv kopierer et foretaks elektroniske lagringsfiler, er det ikke til å unngå at beslaget også kan inneholde for eksempel korrespondanse med advokat. Utvalget har vist til en kjennelse fra Borgarting lagmannsrett av 24. februar 2000 (publisert LB-2000-02-24 (Gresvig), som slår fast at Konkurransetilsynet selv kan undersøke et beslaglagt bånd, når eventuell korrespondanse til og fra advokat kan identifiseres uten at det nærmere innhold behøver å bli kjent. Departementet slutter seg her til utvalgets oppfatning.

Departementet er også enig med utvalget i at både gjeldende lovs begrep «fast eiendom» og det foreslåtte «alle lokaler, eiendommer, transportmidler og andre oppbevaringssteder hvor det kan finnes bevis for en overtredelse» gir adgang til å gjennomføre bevissikring uansett hvor en server befinner seg. Det innebærer, som utvalget skriver, at det for eksempel kan foretas beslag hos et eksternt firma som drifter serveren til et kontrollobjekt.

Adgang til å ha advokat til stede

I spørsmålet om tilsynet skal kunne begynne bevissikringen før kontrollobjektets advokat har ankommet, slutter departementet seg til utvalgets mindretall. I likhet med mindretallet ser departementet ikke at mye er vunnet ved flertallets forslag om at det tilføyes et nytt ledd til bestemmelsen om bevissikring, hvor det fremgår at den som det gjennomføres bevissikring hos har rett til å tilkalle en advokat. Selv om flertallet gjør unntak for de situasjonene

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

hvor det av hensyn til bevissikringen er nødvendig å begynne uten opphold, eller dersom bevissikringen blir unødig forsinket, mener departementet at en slik regel vil kunne gi grobunn til en rekke unødige diskusjoner og konflikter ved bevissikringens innledning.

Av mindretallets argumentasjon har departementet særlig lagt vekt på betydningen av at bevissikringen kan innledes omgående, og at det er vanskelig å se at det er behov for å utsette gjennomføringen til advokat er kommet til stedet. For departementet har det også vært et poeng at i den grad advokatene vil bistå klientene er det ingen forhold og spørsmål som ikke kan behandles forsvarlig på et senere tidspunkt når advokaten er kommet til stedet. Departementet vil også presisere at selv om tilsynet ikke behøver å vente til advokaten ankommer, så har parten selvfølgelig rett til på ethvert tidspunkt av kontrollen å kontakte og la seg bistå av advokat.

Kontroll på vegne av annen stats konkurransemyndighet

Departementet slutter seg i sin helhet til utvalgets anbefaling om og begrunnelse for, at Konkurransetilsynet skal kunne gjennomføre bevissikring for å kunne oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor fremmed stat eller internasjonal organisasjon. Departementet ser få betenkeligheter med en slik ordning all den tid det må antas at de avtalene som inngås ivaretar grunnleggende rettssikkerhetshensyn.

Et *mindretall* i utvalget mener at det også bør være adgang for Konkurransetilsynet til å bistå utenlandske konkurransemyndigheter uten at det foreligger en folkerettslig avtale mellom Norge og vedkommende stat om dette. I disse tilfellene vil anmodningen om bistand behandles på vanlig måte av Utenriksdepartementet og andre norske myndigheter. Her slutter departementet seg til utvalgets flertall som viser til at et foretaks rettssikkerhet best kan sikres gjennom at vilkårene for bevissikring, herunder spørsmålet om domstolskontroll, reguleres i en overordnet avtale mellom Norge og de organisasjoner og land man inngår samarbeid med. Spørsmålet er nærmere behandlet i punkt 5.9.4.

9.4 Dokumentinnsyn

9.4.1 Gjeldende rett

Forvaltningslovens og offentlighetslovens regler om henholdsvis partsinnsyn og offentlighet gjelder som hovedregel for Konkurransetilsynets virksomhet.

Ved håndhevingen av konkurranseloven trer rettighetene etter forvaltningsloven og offentlighetsloven inn på ulike stadium i saksgangen, avhengig av hvilken form for håndheving, og eventuelt sanksjonstype, som er aktuell. Når tilsynet vurderer å gjøre inngrep eller å innvilge dispensasjon, kommer forvaltningslovens regler om saksforberedelse ved enkeltvedtak til anvendelse, herunder reglene om partenes rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter.

Der tilsynet forbereder en sak som senere vil kunne lede til straff eller inndragning, er partenes rettigheter derimot begrenset. Forvaltningslovens regler om partsinnsyn kommer ikke til anvendelse fordi forberedelse av en straffesak under konkurranseloven og anmeldelse ikke anses som et enkeltvedtak. Rett til innsyn etter offentlighetsloven er også begrenset fordi opplysninger om en anmeldelse knyttet til en straffbar handling foretatt av bestemte personer, normalt vil være taushetsbelagte opplysninger i medhold av forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1.

Konkurranseloven § 6–3 avskjærer enhver rett til innsyn i opplysninger som Konkurransetilsynet har innhentet i medhold av konkurranseloven §§ 6–1 og 6–2. Verken forvaltningslovens eller offentlighetslovens regler om innsyn kommer til anvendelse i overtredelsessaker. Det følger av Ot.prp. nr. 41 (1992–93) side 74 at bestemmelsen er gitt for å unngå tvilsomme tolkningsspørsmål ved offentlighetslovens regler, og at dette vil innebære en mer oversiktlig rettslig situasjon også for de ervervsdrivende.

Regelen er blitt begrunnet med at bevisene i disse sakene er meget skjøre. De er ofte basert på forklaringer som er innhentet ved en uanmeldt kontroll, i tillegg til dokumentbevis i form av notater og referater fra møter der for eksempel prissamarbeid har vært drøftet. Innsyn i forklaringer og andre bevis som blir distribuert blant en samarbeidsgruppes medlemmer, vil kunne gi koordinerte forklaringer på et senere trinn i saksbehandlingen, for eksempel overfor påtalemyndigheten.

Det følger av konkurranseloven § 6–3 annet punktum at når Konkurransetilsynet utferdiger forelegg om vinningsavståelse etter konkurranseloven § 6–5, gjelder forvaltningslovens regler om partsoffentlighet. Regelen er begrunnet i de ervervsdrivendes behov for innsyn og gjennomgang av det materialet som Konkurransetilsynet har i saken som grunnlag for forelegget.

Når en sak er oversendt påtalemyndigheten, kommer de alminnelige regler om siktedes partsrettigheter til anvendelse på det tidspunkt da betingelsen for dette er til stede, jf. straffeprosessloven

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

§ 82. I saker om håndheving av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven blir således partsrettighetene ivaretatt på et senere stadium i saken i medhold av alminnelige straffeprosessuelle regler.

Konkurranseloven legger med andre ord opp til to forskjellige spor avhengig av sakstype, et forvaltningsspor for vedtakssakene og et straffeprosessuelt spor for overtredelser av forbudene.

Tredjeparter som er berørt av en overtredelse av konkurranseloven kan etter gjeldende rett kreve innsyn i Konkurransetilsynets dokumenter i medhold av offentlighetsloven § 2. Opplysninger undergitt taushetsplikt i medhold av lov er imidlertid unntatt offentlighet, jf. offentlighetsloven § 5 a. Dette gjelder blant annet drifts- og forretningshemmeligheter som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den opplysningen angår, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Det følger av det som står over at § 6–3 hindrer innsyn i dokumenter innhentet med hjemmel i §§ 6–1 og 6–2.

Etter forvaltningsloven § 13 b første ledd nr. 2 er taushetsplikten ikke til hinder for at opplysningene brukes for å oppnå det formål de er gitt eller innhentet for. Bestemmelsen gir ingen begrensninger med hensyn til hvem opplysningene kan gis til. Opplysningene kan således også utleveres til private. Opplysninger innhentet i forbindelse med mistanke om brudd på konkurranseloven er innhentet som ledd i tilsynets arbeid med å håndheve loven for å bidra til realiseringen av lovens formål. Dersom tilsynet antar at privatrettslige søksmål kan bidra til å oppnå det mål konkurranseloven setter, kan tilsynet muligens gi innsyn i taushetsbelagte opplysninger i medhold av denne bestemmelsen.

En annen bestemmelse som Konkurransetilsynet har brukt som grunnlag for å utlevere taushetsbelagt informasjon er konkurranseloven § 4–2. Etter denne bestemmelsen kan konkurransemyndighetene, uten hinder av taushetsplikt som følger av forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, offentliggjøre opplysninger om vilkår og samarbeid som har til formål eller virkning å begrense konkurransen. Formålet bak bestemmelsen er primært å sørge for transparens i markedet. Konkurransetilsynets praksis for at adgangen til å offentliggjøre taushetsbelagt informasjon skal benyttes, er at det må stilles krav om at de taushetsbelagte opplysningene er relevante for, og har den nødvendige nærhet til den saken/søksmålet opplysningene søkes brukt i.

I en erstatningssak har skadelidte tilgang til bevis etter tvistemålsloven §§ 250 og 251. Reglene i § 250 bestemmer at når et skriftlig bevis er i en parts besittelse, kan det kreves fremlagt når det ikke inneholder noe som parten etter reglene om vit-

nesbyrd ville være utelukket fra eller fritatt for å gi sin forklaring om.

Tvistemålsloven § 251 regulerer tredjemenns fremleggelsesplikt. Konkurransetilsynet kan etter denne bestemmelsen bli pålagt å fremlegge dokumenter som har betydning som bevis og som ikke inneholder opplysninger som tilsynet ville vært utelukket eller fritatt fra å gi forklaring om. Reglene i tvistemålsloven hjelper imidlertid ikke skadelidte i vurderingen av om han skal bringe saken inn for retten.

Dersom skadelidte ønsker innsyn i en sak som behandles av påtalemyndigheten, gir straffeprosessloven § 242 fornærmede rett til innsyn i sakens dokumenter, så fremt dette kan skje uten skade eller fare for etterforskningens øyemed eller tredjemann. Det må antas at reglene om fornærmedes rett til innsyn også får anvendelse ved overtredelser av konkurranseloven, jf. straffeprosessloven § 3 fjerde ledd som bestemmer at med «fornærmede» forstås også andre skadelidte som etter § 3 kan fremme borgerlige rettskrav i saken.

Når tiltale er tatt ut, har fornærmede rett til innsyn i sakens dokumenter så fremt det kan skje uten skade for sakens behandling ved retten eller for en tredjeperson, jf. straffeprosessloven § 264a. Begrensningen kommer ikke til anvendelse dersom fornærmede selv fremmer erstatningskrav eller annet borgerlig rettskrav i saken, jf. § 3, jf. § 428, for så vidt gjelder dokumenter som er av betydning for avgjørelsen av fornærmedes krav.

Straffeprosessloven § 28 første ledd og påtaleinstruksen kapittel 4 gir fornærmede og andre som har rettslig interesse rett til utskrift av rettsbøker og andre dokumenter i en avsluttet straffesak. Rett til innsyn i saker avgjort ved forelegg eller henleggelse reguleres av påtaleinstruksen § 4–1.

9.4.2 Utvalgets forslag

Innsyn for parter/personer og foretak under etterforskning

Utvalget har først en gjennomgang av retten til kontradiksjon i forvaltningssaker, se nærmere utvalgets innstilling punkt 8.9.1. Utvalget setter spørsmålsteget ved om praksis etter konkurranseloven, med relativt kraftige innskrenkninger i partenes kontradiktoriske rettigheter kombinert med en ubetinget forklaringsplikt, vil stå seg overfor en nærmere gransking i forhold til våre internasjonale forpliktelser og i forhold til ulovfestede norske prinsipper utviklet gjennom rettspraksis.

Begrensningen av en parts rett til innsyn i saksdokumentene, innebærer et unntak fra kontradik-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

sjonsprinsippet, som er en vesentlig partsrettighet og en sentral rettssikkerhetsgaranti for parten. Slikt unntak er gjort bare i begrenset utstrekning ved politiets og påtalemyndighetens etterforskning av lovbrudd. Det finnes mange typer saker som etterforskes etter straffeprosesslovens regler, som har kartellsakens særtrekk, ved at det dreier seg om fordekt og organisert samarbeid og lovovertrødelser uten direkte ofre eller fysiske spor. Utvalget mener derfor det er vanskelig å argumentere for at konkurransesaker krever mer omfattende unntak fra kontradiksjonsprinsippet enn lignende saker som etterforskes av politi- og påtalemyndighet.

Utvalget viser til at unntakene fra kontradiksjonsprinsippet tradisjonelt har vært forsvart med at forvaltningens behandling skjer forut for, og formelt sett uavhengig av en eventuell senere straffesak som skal munne ut i en avgjørelse av om en part er skyldig i en overtredelse eller ikke. Når en sak anmeldes og oversendes til politiet, inntreer de straffeprosessuelle rettigheter for de som er siktet fullt ut.

Utvalget stiller spørsmål ved om denne begrunnelsen holder. For det første er det klart at kontradiksjonsprinsippet får anvendelse utover straffeprosessen og de lovbestemte tilfelle i forvaltningsloven. Det forhold at en saksbehandling faller utenfor straffeprosessloven og forvaltningsloven er derfor i seg selv ikke tilstrekkelig for at vesentlige innskrenkninger i kontradiksjonsprinsippet skal være rettslig holdbare.

For det andre er det klart at selv om Konkurransetilsynets utredning ikke formelt sett er etterforskning av en straffesak, tar undersøkelsene reelt sett sikte på å avdekke overtredelser og å fremskaffe bevis mot eventuelt skyldige personer og foretak. Begrunnelsen for tilsynets utvidede fullmakter ligger i det forhold at det er vanskelig å fremskaffe bevis i slike saker.

Disse forhold tilsier etter utvalgets mening at de regler som regulerer saksbehandlingen og partsrettigheter i overtredelsessaker må utformes på bakgrunn av de oppgaver og fullmakter konkurransemyndighetene har i det nye systemet og på bakgrunn av den utvikling som er skjedd i synet på de krav som ut fra rettssikkerhetsmessige hensyn må stilles til en forsvarlig saksbehandling.

På den annen side, skriver utvalget, må prosessen mot en part vurderes som en helhet. Begrensninger i innsynsretten i sakens tidligere faser kan oppveies av at det gis fullt innsyn i en senere fase. Dersom det heller ikke på dette stadiet kan gis fullt innsyn, kan balansen oppnås ved at opplysningene gjøres kjent for den uavhengige domstol som skal fatte en endelig avgjørelse i saken. I alle fall i for-

hold til EMK er det klart at det avgjørende er saken som helhet, ikke om det er gjort innskrenkninger i innsynsadgangen under forvaltningens og påtalemyndighetens etterforskning. Dette er nylig slått fast av EMD.

Utvalget påpeker at ved overgang til et forbudsprinsipp når det gjelder atferdsreglene, blir rekkevidden av «saker om overtredelse av denne lov» etter konkurranseloven § 6–3, vesentlig videre enn tilfellet er etter dagens ordning. Samtidig innebærer den organisatoriske endring utvalget foreslår, at Konkurransetilsynet i overtredelsessaker vil få en mer rendyrket rolle som anklagemyndighet. Selv om prosessen skjer i tvistemålslovens former, vil en sivil foretaksbot etter utvalgets oppfatning reelt sett være straff i forhold til EMK og Grunnloven § 96, og således en prosess om ileggelse av straff. Å betrakte saken som en kriminalsak er også nødvendig for at det skal være adgang til ransaking i private hjem i forhold til Grunnloven § 102. Disse momenter tilsier etter utvalgets vurdering at partsrettighetene utformes ut fra det mønster vi kjenner fra straffesaker, og ikke i henhold til de unntak fra kontradiktoriske rettigheter som vi kjenner fra saker om forvaltningsmessig regulering og kontroll.

Hensynet til en mest mulig effektiv etterforskning tilsier på den annen side at retten til partsyn på et tidlig tidspunkt i saken ikke kan være ubegrenset. Ved å utsette tidspunktet for dokumentinnsyn hindres siktede i å vanskeliggjøre den videre etterforskningen. Nektelse av dokumentinnsyn må imidlertid ikke gå lenger enn det som er nødvendig ut fra hensynet til etterforskningen. Spørsmålet er derfor om hensynet til etterforskningen er så sterkt i konkurransesaker at dokumentinnsyn i slike saker i praksis alltid skal gis på et senere tidspunkt enn i ordinære straffesaker.

Utvalget uttaler at i kartellsaker vil ofte forklaringer som gis uten forutgående innsyn ha større troverdighet enn forklaringer som kommer etter at det er gitt innsyn. Dersom det gis innsyn på et tidlig tidspunkt, øker faren for samordning av forklaringene, for forsøk på vitnepåvirkning og for at bevis ødelegges. På den annen side øker mistenktes mulighet til å bidra konstruktivt til å klarlegge saken dersom han vet hva saken og den konkrete mistanke nærmere dreier seg om. Får mistenkte tidlig innsyn, kan han dessuten se om det mangler bevis som taler til hans fordel. Det er et grunnleggende rettssikkerhetskrav at den som er mistenkt for en overtredelse som kan lede til straff, får informasjon om hva mistanken dreier seg om og mulighet til å forsvare seg. Ofte vil de ansvarlige i et foretak som er mistenkt for overtredelse, være interessert i at forholdet oppklares og at det ryddes opp internt.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Sett i sammenheng med utvalgets forslag om at det innføres et system med sanksjonslempning i den nye konkurranse-loven, får disse hensynene enda større vekt. Konkurransemyndighetene kan av hensyn til etterforskningen, være tjent med å gi en som er mistenkt for en lovovertrødelse et visst innsyn for i det hele tatt å få til et fornuftig avhør. Det kan for eksempel være nødvendig for mistenkte å studere alle dokumentene i fred og ro for å huske hva som har skjedd.

På den annen side, mener utvalget at etterforskning og kontroll med at forbudsbestemmelsene ikke overtres er en sårbar prosess. Den er lett å påvirke, og det er få regler som hindrer at de som ønsker det, direkte eller indirekte, kan gjøre det vanskelig å finne ut hva som faktisk har skjedd. Uttalelsene i forarbeidene til konkurranse-loven om at bevisene i konkurransesaker er meget skjøre, er etter utvalgets oppfatning fortsatt aktuelle, jf. Ot.prp. nr. 41 (1992–93) side 74. Innsyn i forklaringer og andre bevis som blir distribuert blant en samarbeidsgruppes medlemmer, vil kunne gi koordinerte forklaringer på et senere trinn i saksbehandlingen, for eksempel overfor påtalemyndigheten.

Utvalget påpeker at det ligger i kartellsakers natur at foretak som overtrer konkurranse-loven har kontakt med hverandre. Ved å gi innsyn til en part på et tidlig tidspunkt, er det derfor stor sannsynlighet for at opplysningene det er gitt innsyn i vil bli kjent for øvrige involverte i saken. Innsyn på et tidlig tidspunkt vil medføre at forklaringer som tas etter bevisgjennomgang i større grad kan samkjøres, enn om innsynet gis på et senere tidspunkt. Videre kan den informasjon konkurranse-myndighetene avdekker ved en bevissikring, gi opplysninger som gjør det aktuelt å foreta kontroller andre steder. Hvis en mistenkt har fått innsyn på dette tidspunktet, kan denne etterforskningen bli forhindret. Bevis-situasjonen er i tillegg ofte slik at det er de mistenkte som i utgangspunktet besitter og kontrollerer avgjørende bevis.

Under en etterforskning kan det være en fordel for Konkurransetilsynet å få tid til å gjennomgå materialet i fred og ro. På et tidlig stadium kan det være umulig å vite hvilke dokumenter som har bevisverdi, og hvilke som ikke har det. Dokumenter som synes ubetydelige i første omgang, kan senere vise seg å være en viktig brikke i en større sammenheng. I tillegg er brudd på konkurranse-loven ofte svært vanskelig å bevise. I utgangspunktet finnes det ingen «naturlige spor» som indikerer hva som har skjedd. Lovbrudd skjer innenfor en lukket krets, der alle har interesse av å skjule underliggende realiteter hvis det blir kontroll. Videre legges mange føringer muntlig.

Etter en avveining av disse sprikende hensyn har utvalget kommet til at reglene for partsinnsyn i overtredelsessaker bør mykes opp noe. Utvalget er imidlertid delt i synet på hvor langt man skal gå i å gi partene innsyn.

Den nærmere utformingen av regler om partsinnsyn

Tidspunktet for innsyn

Utvalget har delt seg i spørsmålet om når innsynsretten kan inntre i forhold til konkurranse-myndighetenes etterforskning.

Utvalgets flertall har ikke funnet grunn til å gi et utsatt partsinnsyn. Etter forslaget fra flertallet skal partene på begjæring gis innsyn i sakens dokumenter. Som omtalt nedenfor foreslår imidlertid utvalget visse unntak fra innsynsretten.

Utvalgets mindretall understreker betydningen av at spørsmålet om dokumentinnsyn må kunne forelegges og avgjøres av påtalemyndigheten dersom en sak forventes å bli oversendt politiet. Dersom Konkurransetilsynet har gitt innsyn før saken anmeldes, blir påtalemyndighetens selvstendige mulighet til å vurdere spørsmålet i praksis verdiløs. I saker som Konkurransetilsynet vil oversende til påtalemyndigheten, må det derfor ikke gjelde noen innsynsrett før saken er oversendt. Etter oversendelsen, som normalt skjer i form av anmeldelse, avgjøres innsynsspørsmålet etter straffeprosesslovens regler.

Utvalgets mindretall foreslår at det i loven gjøres følgende tilføyelse: «Dersom Konkurransetilsynet vurderer å anmelde saken gjelder ikke partsinnsynet før saken er oversendt politiet.»

Unntak fra innsynsretten

Utvalget mener at hensynet til etterforskningen gjør det nødvendig med en begrensning av innsynsretten i visse tilfeller. Etter straffeprosessloven § 242 har mistenkte, hans forsvarer og fornærmede rett til innsyn på etterforskningsstadiet såfremt det kan skje «uten skade eller fare for etterforskningens øyemed eller for tredjemann». Ettersom konkurranse-loven § 6–3 ikke gir noen rett til innsyn, finnes ingen tilsvarende bestemmelse om unntak fra innsynsretten i gjeldende lov.

Utvalget gjennomgår teori og praksis etter straffeprosessloven § 242, se utvalgets innstilling punkt 8.9.3.2. Utvalget legger til grunn at de samme hensyn gjør seg gjeldende ved Konkurransetilsynets etterforskning av overtredelsessaker etter konkurranse-loven. Ulike tekniske funn vil konkurranse-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

myndighetene ha interesse av å holde for seg selv en stund, i alle fall inntil parten har forklart seg. Videre kan det på grunn av faren for bevisforspillelse være behov for ikke å gi innsyn i opplysninger om det grunnlaget mistanken bygger på. Hvis det er behov for bevissikring for å finne bevis, kan det være behov for å nekte en part innsyn i hva han er mistenkt for. I motsatt fall kan man risikere at parten rydder bort eller helt ødelegger det bevismaterialet man er på jakt etter.

Når det gjelder hensynet til tredjemann, vil bestemmelsen kunne få anvendelse både hvor det er behov for å holde navnet på et vitne hemmelig, og hvor det er forklaringen som helt eller delvis må holdes hemmelig. Det må imidlertid være et vilkår at det foreligger en begrunnet frykt for at vitnet vil kunne bli forulempet dersom parten eller dennes advokat blir kjent med navnet på vitnet og dets forklaring. Som i straffeprosessen mener utvalget det bør være en forholdsvis vid adgang for konkurransemyndighetene til å holde navnet på et vitne skjult, dersom dette anses nødvendig for å beskytte vitnet.

Utvalget viser til at begrensninger i innsynsadgangen er underlagt forvaltningsrettens krav til forholdsmessighet, og må ikke skje i større utstrekning enn det som er nødvendig av hensyn til sakens utredning. Utvalget foreslår at partene gis dokumentinnsyn såfremt det kan skje uten skade eller fare for saksbehandlings øyemed eller tredjemann. Denne bestemmelsen er basert på straffeprosesslovens regler. Endringen vil medføre større adgang til innsyn enn etter dagens bestemmelser i konkurranse-loven § 6–3. Der forslaget bruker de samme formuleringene som straffeprosessloven, vil det etter utvalgets oppfatning være naturlig å legge praksis etter straffeprosessloven til grunn. Dette innebærer blant annet at det skal legges til grunn en forholdsmessighetsvurdering på samme måte som etter straffeprosessloven § 170 a.

Utvalget skriver videre at forvaltningsloven § 19 gjør unntak fra partens innsynsrett blant annet for opplysninger som har betydning for forholdet til fremmede stater, for forretningshemmeligheter og for opplysninger som det av hensyn til partens helse ikke er tilrådelig at gis innsyn i. Straffeprosessloven § 61 a har tilsvarende regler om taushetsplikt om opplysninger om noens personlige forhold, eller opplysninger om tekniske innretninger og framgangsmåter, samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår.

Når det gjelder forhold som er omfattet av taushetsplikt etter forvaltningslovens regler om part-

sinnssyn og etter straffeprosessloven, er det etter utvalgets oppfatning naturlig å la de samme begrensningene gjelde for innsynsretten etter konkurranse-loven. Utvalget har derfor foreslått at det henvises til forvaltningsloven § 19 i lovteksten.

Når innsyn nektes av hensyn til saksbehandlingen, må innsyn gis straks betenkelighetene er bortfalt. En måte å sikre dette på, er at vedtak om å nekte innsyn gjøres tidsbegrenset. Loven kan inneholde en grense for hvor lenge innsyn kan nektes av gangen, for eksempel fire uker. Dersom det fortsatt er nødvendig å nekte innsyn etter denne fristen, må det treffes et nytt, tidsbegrenset vedtak. En slik regel vil på den annen side kunne bli meget arbeidskrevende og medføre at saker tar enda lengre tid å ferdigbehandle. Utvalget har derfor ikke foreslått inntatt en slik tidsbegrensning i loven.

Etter dette har utvalget foreslått at det skal gjøres unntak fra innsynsretten dersom innsyn vil skade eller sette etterforskningens øyemed eller tredjemann i fare. Forvaltningsloven § 19 får tilsvarende anvendelse.

Nektelse av innsyn kan legges frem for retten

Utvalget skriver at dersom partsinnssyn nektes etter gjeldende konkurranselov § 6–3, foreligger det et enkeltvedtak som kan påklages. Dersom mistenkte eller hans forsvarer blir nektet innsyn under etterforskningen av en straffesak, kan spørsmålet avgjøres ved kjennelse av retten, jf. straffeprosessloven § 242 tredje ledd.

Utvalget mener at et avslag på innsyn med hjemmel i konkurranse-loven bør være gjenstand for rettslig overprøving, og ikke alminnelig forvaltningsrettslig overprøving slik som i dag. Begrunnelsen for dette er at utvalgets forslag til regel om dokumentinnsyn bygger på regelen i straffeprosessloven, noe som tilsier at avgjørelsen skal kunne kreves avgjort ved kjennelse av retten. I samsvar med dette har utvalget foreslått at dersom en part blir nektet adgang til dokumentene, kan spørsmålet kreves avgjort ved kjennelse av retten.

Innsyn for andre med rettslig interesse

Utvalget foreslår at det gis rett til innsyn i saksdokumenter hos tilsynet i overtredelsessaker knyttet til en betingelse om aktuell rettslig interesse, samt en adgang for tilsynet til å avslå kravet ut fra hensynet til etterforskningens øyemed eller sakens opplysning og der innsyn vil virke urimelig overfor den opplysningene angår eller tredjemann, jf. forslaget § 6–3 annet ledd.

Ved vurderingen av om det foreligger en rettslig interesse, legges tvistemålslovens forståelse til grunn. Sivilombudsmannens uttalelser og de mo-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

menter som Konkurransetilsynet har lagt til grunn i sak 2002/475, jf. punkt 9.5.2.1, vil også være relevante. Det vil særlig være aktuelt å gi dokumentinnsyn der opplysningene skal brukes eller vurderes brukt i et privat søksmål. For at innsynsretten skal kunne omfatte opplysninger som er undergitt lovbestemt taushetsplikt, kreves det at innsyn ikke vil virke urimelig overfor den som opplysningene angår. Det må her foretas en interesseavveining mellom hensynet til innsyn for tredjemenn og hensynet til taushetsplikten. Ved denne avveiningen må det legges vekt på hvor relevante opplysningene er for søksmålet, og om de har den nødvendige nærhet til søksmålet. Dokumenter vil ofte være tilstrekkelig relevante og ha den nødvendige tilknytningen til søksmålet, hvor Konkurransetilsynet har vurdert et bestemt saksforhold i forhold til konkurranseloven og samme saksforhold senere er, eller vurderes benyttet som grunnlag for et sivil søksmål. Konkurransetilsynet bør være varsom med å gi innsyn til tredjemann i opplysninger underlagt taushetsplikt i saker der problemstillingen er en annen enn den som er grunnlag for et eventuelt sivil søksmål. I vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig grunn til å gi innsyn i taushetsbelagte opplysninger, vil tilsynet også kunne legge vekt på om det å gi opplysningene vil bidra til realisering av de formål som opplysningene er innhentet for. Etter utvalgets mening vil det derfor være en noe videre adgang til å gi innsyn i taushetsbelagte opplysninger der private søksmål fremstår som ønskelige ut fra offentlige interesser, enn der slike søksmål er mer nøytrale i forhold til disse.

Blir det begjært innsyn i taushetsbelagte opplysninger, anbefaler utvalget at den opplysningene gjelder skal varsles og gis en frist til å uttale seg om spørsmålet. Dette skal likevel ikke gjelde dersom hensynet til vesentlige offentlige eller private interesser taler mot utsettelse. Formuleringen i bestemmelsen bygger på forvaltningsloven § 20 om gjenomsyn og utlån av dokumenter. At den de taushetsbelagte opplysninger gjelder også skal gis en rett til å uttale seg, er i samsvar med Sivilombudsmannens uttalelse i sak 2000/1601. Ombudsmanen uttalte her at det i formuleringen i konkurranseloven § 4–2 om at det skal tas hensyn til den ervervsdrivendes interesse, ligger at det bør vurderes om vedkommende skal varsles om opplysningene som gis ut.

Unntaket fra innsynsretten gjelder så lenge saken ikke er avsluttet. En sak vil ikke være avsluttet så lenge konkurransemyndighetene eller påtalemyndigheten behandler saken. Det vil si at unntaket også gjelder når en sak er sendt påtalemyndigheten til behandling. Unntaket fra innsynsretten

gjelder i tillegg under rettens behandling av en straffesak eller der retten behandler en sak om sivilrettslige bøter. Saken vil være avsluttet når det foreligger en dom, men det er ikke et krav at dommen skal være rettskraftig.

Utvalget legger videre til grunn at opplysninger og dokumenter som utgis etter denne bestemmelse, samtidig sendes i kopi til de foretakene opplysningene gjelder.

For en nærmere beskrivelse av utvalgets forslag vises til innstillingens punkt 9.5.3.

9.4.3 Høringsinstansene

De følgende høringsinstansene har kommentarer til utvalgets forslag til regler om dokumentinnsyn. Øvrige høringsinstanser har enten sluttet seg til utvalgets forslag, eller de har ikke kommentert reglene om innsyn.

Advokatfirmaet Bull (Bull) fremhever viktigheten av at partene på et tidlig stadium i etterforskningen kan gjøre seg kjent med sakens dokumenter. Bull ser derfor positivt på forslaget om å myke opp innsynsreglene. Bull er imidlertid bekymret for at Konkurransetilsynet ikke skal ha ressurser til å vurdere innsyn tidlig nok. Bull foreslår derfor at bestemmelsen utformes slik at partene straks gis rett til kopi av dokumenter som fjernes, med mindre dette åpenbart vil skade etterforskningen.

Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon slutter seg til flertallet i spørsmålet om utsatt partsinnsyn. De ser i likhet med flertallet ikke at det foreligger tilstrekkelige grunner til å utsette innsynstidspunktet.

Den norske Foreleggerforening (DnF) viser til at når både forbudene er foreslått utvidet og sanksjonene skjerpet, så er det vesentlig at rettssikkerheten styrkes. DnF kan derfor ikke se noen grunn til at retten til dokumentinnsyn skal være dårligere enn i EU.

Datatilsynet oppfatter regelen slik at den ikke begrenser enkeltindividets rett til innsyn i opplysninger om seg selv, slik denne er nedfelt i personopplysningsloven §§ 18, jf. 23.

Advokatfirmaet Hjort DA (Hjort) stiller spørsmål ved om de begrensninger utvalget foreslår i reglene om partsinnsyn er konvensjonsmessige. Det vises spesielt til utvalgets behandling av EMDs dom av 16. februar 2000 i saken *Jasper vs. United Kingdom*. Hjort presiserer at denne avgjørelsen på ingen måte gir uttrykk for noen generell anerkjennelse av at det kan gjøres begrensninger i retten til innsyn i dokumenter og øvrige bevis som danner grunnlag for straffsiktelse mot et foretak eller en person. Hjort viser videre til at dommen understre-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

ker at det er en grunnleggende rettighet å ha kunnskap om, og mulighet til å imøtegå, innlegg og bevis som fremlegges av den annen part. Hjort kan vanskelig se at en løpende vurdering av behovet for innsyn foretatt av en uavhengig dommer oppfyller kravet til tilgjengelighet når Konkurransetilsynet behandler straffanklagen. Dette momentet ble tilagt vekt i den nevnte saken fra EMD. Hjort mener dette må oppveies av særlige garantier i lovteksten. Slik lovteksten er utformet av utvalget, mener Hjort den samsvarer dårlig både med EMK og også med de strenge vilkårene for anonym vitneførsel som følger av straffeprosessloven § 130a.

Hjort foreslår på denne bakgrunn at det gis regler som sikrer et foretak eller en person som er siktet i konvensjonens forstand innsyn i saksdokumenter og andre bevis i forbindelse med Konkurransetilsynets behandling av straffesiktelsen. Eventuelle begrensninger må utformes på en måte som tilfredsstiller de strenge krav som EMDs praksis stiller for å kunne gjøre unntak fra innsynsretten og for å kunne føre anonyme vitner.

Flyelskaperens Landsforbund (FL) mener mangelen på innsyn er betenkelig fra et rettsvernstand. Beslag som det ikke gis innsyn i, kan etter FLs oppfatning også komme i konflikt med styret i et aksjeselskaps plikt til å «oppklare og avvikle virksomheten».

Den norske advokatforeningen (Advokatforeningen) slutter seg til forslaget § 6–3 første ledd, som innebærer at hovedregelen etter den nye loven vil være at partene på begjæring gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, og at det er eventuelle unntak fra denne hovedregel i den konkrete sak som krever særskilt begrunnelse. Advokatforeningen slutter seg til de betraktninger som fremgår på side 204–206 i innstillingen, og mener at disse med styrke taler for den regel som foreslås i § 6–3 første ledd.

Legemiddelindustriforeningen (LMI) reagerer sterkt på at det foreslås at også tredjemenn på visse vilkår skal kunne kreve innsyn i dokumentene i en overtredelsessak. LMI mener det kun bør være fornærmede som skal ha rett til innsyn i saksdokumentene.

Norsk Redaktørforening (NR) og *Norsk Presseforbund* (NP) mener i utgangspunktet at det ikke er behov for særlige regler om innsyn og offentlighet for saksforberedelse og vedtak i Konkurransetilsynet og Konkurransenemnda. Det vises i denne forbindelse til at utvalget selv skriver at forslaget til begrensninger i partsinnsynet neppe går lenger enn det som følger av forvaltningsloven og offentlighetsloven. NR og NP fremhever også at en rekke instanser de siste årene har påpekt behovet for ikke

å komplisere reglene om offentlighet og innsyn mer enn høyst nødvendig. NR og NP mener det foreliggende lovforslaget på en rekke punkter legger opp til uklare prosedyreregler som beveger seg i en gråsoner mellom det sivilrettslige, det strafferettslige og det forvaltningsrettslige. Generelt mener NR og NP dette ikke er noen heldig løsning, og påpeker at på innsynsrettens område er det også unødvendig. NR og NP påpeker videre at Statens Forurensningstilsyn ikke er omfattet av noen særlige regler på dette området, og at den svenske konkurranse-loven heller ikke har spesielle unntak fra innsynsretten.

NR og NP mener forslaget til utvalget vil gjøre allmennhetens adgang til innsyn og kontroll med praktiseringen av konkurransereglene unødige komplisert og vanskelig å tolke. Dette er neppe heldig i en tid hvor habilitet, integritet og etterrettelighet i skjæringspunktet mellom offentlig og privat sektor er mer fokusert enn noen gang.

NR og NP mener på denne bakgrunn at det mest logiske, mest praktikable og mest kommuniserbare ikke vil være å vedta egne innsynsregler for Konkurransetilsynet og Konkurransenemnda, men derimot at offentlighetslovens og forvaltningslovens regler blir gjeldende fullt ut.

Konkurransetilsynet støtter mindretallets forslag og begrunnelse om en tilføyelse i loven om at dersom Konkurransetilsynet vurderer å anmelde saken gjelder ikke partsinnsynet før saken er oversendt politiet. Det er viktig at retten til partsinnsyn kan utsettes i saker som forventes å bli anmeldt. Innsyn kan skade politiets videre etterforskning. Dersom partene gis innsyn før en sak anmeldes, vil påtalemyndighetens adgang til å vurdere spørsmålet om innsynsrett i praksis være verdiløs. Konkurransetilsynet anser derfor at det i slike saker er hensiktsmessig at spørsmålet om innsyn avgjøres av påtalemyndigheten etter gjeldende straffeprosessuelle regler. «Forventes å bli anmeldt» betyr ikke nødvendigvis at spørsmålet om anmeldelse er avgjort.

Konkurransetilsynet vil understreke at overtredelsessaker ofte er svært komplekse og at bevisene i slike saker normalt er sammensatte og uoversiktlige. Det vil derfor ofte være vanskelig å foreta en forsvarlig vurdering av innsynsbegjæring på et tidlig stadium i saken. Faren for å gjøre feil og gi innsyn i opplysninger som vil skade etterforskningen, er spesielt stor på et tidlig stadium i saken. Arbeid med å vurdere innsynsbegjæring vil bli krevende og forlenge saksbehandlingstiden på etterforskningsstadiet.

Konkurransetilsynet mener derfor at forslaget § 6–3 første ledd ikke bør komme til anvendelse før

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

det er gått en viss tid fra en bevissikring er foretatt. En slik frist må lovfestes og bør ikke settes kortere enn tre måneder. Dette vil gi tilsynet mulighet til å få en viss oversikt over innholdet og betydningen av sakens dokumenter, før spørsmålet om innsyn må vurderes. Overskuddsinformasjon vil også regelmessig kunne skilles ut i løpet av en slik periode. På et tidlig tidspunkt av en sak vil det være krevende å vurdere begjæringer om innsyn. Slike begjæringer vil måtte behandles av de etterforskerne som kjenner saken best, og dermed gå ut over etterforskningsarbeidet og fremdriften i saken. Det vil også være negativt for de berørte virksomhetene at saksbehandlingen trekker ut. Dersom helt eller delvis avslag på begjæringer om innsyn bringes inn for retten, vil dette også legge beslag på store ressurser i en innledende fase, både i tilsynet, domstolene og hos de berørte virksomhetene. Et utsatt partsinnsyn i minimum tre måneder, vil gi tilsynet et bedre grunnlag for å vurdere om innsyn kan skade etterforskningen. Utsatt partsinnsyn vil også gi bedre mulighet for å ta stilling til om saken er av en slik karakter at oversendelse til påtalemyndigheten kan forventes, jf. mindretallets forslag om utsatt partsinnsyn inntil saken er oversendt politiet.

Konkurransetilsynet mener at i praksis vil lovens unntak normalt være oppfylt i alle fall i de første tre månedene etter en bevissikring. Lovens unntak vil derfor i praksis bli en hovedregel, noe som tilsier at bestemmelsen bør tilpasses dette. Selv om partsinnsyn utsettes i en innledende fase av etterforskningen, er det ikke en presumsjon for at partsinnsyn deretter ikke kan være til skade for etterforskningen. Skaden må vurderes konkret i forhold til den enkelte begjæringen om partsinnsyn.

Konkurransetilsynet uttaler videre at forslaget § 6–3 første ledd bestemmer at forvaltningsloven § 19 om innskrenket adgang til visse opplysninger, blant annet for forretningshemmeligheter, gjelder tilsvarende for partenes innsynsrett i overtredelsessaker. Forslaget § 6–3 annet ledd om innsynsrett for personer med rettslig interesse inneholder ikke noen slik henvisning, men forutsetter at det bare kan gis innsyn i opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt hvor dette ikke vil virke urimelig overfor den opplysningene angår. Konkurransetilsynet mener derfor at det etter ordlyden kan se ut som om innsynsretten for personer med rettslig interesse er videre enn innsynsretten for partene.

Konkurransetilsynet reiser på denne bakgrunn spørsmål om bestemmelsen i forslaget § 6–3 første ledd er unødvendig i tillegg til bestemmelsen i annet ledd. Etter ordlyden i annet ledd kan «enhver med rettslig interesse» kreve innsyn etter bestem-

melsen, noe som også omfatter sakens parter. Betydningen av første ledd er etter tilsynets oppfatning kun at en part som nektes innsyn etter denne bestemmelsen kan bringe spørsmålet inn for retten, mens avslag på begjæring om innsyn etter annet ledd eventuelt må påklages til departementet.

Konkurransetilsynet uttaler videre at innsynsretten etter annet ledd også omfatter opplysninger som er undergitt lovbestemt taushetsplikt, dersom innsyn ikke vil virke urimelig overfor den opplysningene angår. Tilsynet mener det bør presiseres nærmere i forarbeidene hvilken type taushetsbelagte opplysninger det kan gis innsyn i på grunnlag av forslaget § 6–3 annet ledd.

Konkurransetilsynet støtter forslaget om at den opplysningene gjelder skal varsles og gis en frist til å uttale seg når det blir begjært innsyn i taushetsbelagte opplysninger, dersom ikke hensynet til vesentlige offentlige eller private interesser taler mot en utsettelse. Etter tilsynets oppfatning er en slik regel viktig for å bevare det nødvendige tillitsforhold mellom aktører som gir opplysninger og Konkurransetilsynet.

Til slutt viser Konkurransetilsynet til sitt forslag om utsatt partsinnsyn, jf. innstillingens punkt 9.5.3, og foreslår at den samme regelen må gjelde også for innsyn fra tredjeparter med rettslig interesse etter forslaget § 6–3 annet ledd.

9.4.4 Departementets vurderinger

Innsyn for parter/personer og foretak under etterforskning

Departementet er enig med utvalget i at selv om det er gode grunner for ikke å gi innsyn i saken på etterforskningsstadiet, så er det ikke nødvendig å avskjære innsyn i alle tilfeller. Bestemmelsen i gjeldende lov er for så vidt ikke i veien for at det gis innsyn, men departementet mener i likhet med utvalget at det kan være grunn til å styrke rettighetene til foretak under etterforskning noe på dette området. Departementet slutter seg således til utvalgets drøftelser på dette punktet.

Samtidig er det klart at partsinnsynet ikke kan gjelde ubetinget mens overtredelsen etterforskes. Departementet viser i denne forbindelse til utvalgets gjennomgang av de hensyn som taler mot partsinnsyn mens saken er til behandling hos tilsynet.

Tidspunktet for innsyn

Utvalget har delt seg i spørsmålet om når innsynsretten kan inntre i forhold til konkurransemyndighetenes etterforskning.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Departementet slutter seg til utvalgets flertall som ikke har funnet grunn til å gi nærmere regler om tidspunktet for innsyn. Departementet ser det slik at utvalgets forslag til unntaksbestemmelse for innsynsretten også vil fange opp tidsaspektet i den forstand at innsyn kan gjøre større skade tidlig i etterforskningen enn innsyn på et senere stadium, for eksempel etter at alle forklaringsopptak er avsluttet.

Departementet kan ikke slutte seg til mindretallets forslag om å utsette innsynsretten inntil saken er oversendt politiet, dersom tilsynet vurderer å anmelde saken. Etter departementets oppfatning vil det organ som har saken til behandling best kunne vurdere om innsyn vil skade etterforskningen og/eller tredjemann. Departementet finner det også uheldig å gjøre innsynsretten avhengig av et så uklart kriterium som når tilsynet vurderer å anmelde saken.

Unntak fra innsynsretten

Utvalget har anbefalt at innsynsretten begrenses etter mønster fra straffeprosesslovens regler om innsyn på etterforskningsstadiet. Disse reglene i straffeprosessloven har for øvrig blitt noe endret etter at utvalget avga sin innstilling. Endringene ser ikke ut til å ha betydning i forhold til utvalgets vurderinger.

Departementet er enig med utvalget i at det kan være hensiktsmessig å utforme et unntak fra innsynsretten etter mønster fra straffeprosessen. Tilsvarende begrensninger finnes i forvaltningslovens regler om partsinnsyn. Straffeprosessloven § 242 hjemler imidlertid også begrensninger av hensyn til tredjemenn. Det er tvilsomt om formuleringen i forvaltningsloven § 20 første ledd kan strekkes så langt. Departementet slutter seg til utvalgets forslag om partsinnsyn etter mønster fra straffeprosessloven. Det innebærer at det skal gis dokumentinnsyn såfremt det kan skje uten skade eller fare for saksbehandlingen eller tredjemann.

Utvalget har også anbefalt en henvisning til forvaltningsloven § 19 som unntar opplysninger som er av betydning for rikets sikkerhet, forretningshemmeligheter m.m. fra hva en part har krav på å se. Straffeprosessloven har også andre begrensninger i mistenktes innsynsrett, se straffeprosessloven § 242 første ledd siste punktum og § 242 a (tilføyd ved lov 9. mai 2003 nr. 30). Disse unntakene avviker på flere punkter fra unntakene i forvaltningsloven § 19. Det gis også anvisning på en bestemt prosedyre dersom påtalemyndigheten ønsker å påberope seg disse unntakene i § 242a, jf. straffeprosessloven § 272a. Departementet mener unntakene i forvaltningsloven § 19 passer bedre for konkurran-

sesaker enn unntakene i straffeprosessloven §§ 242 og 242a. Departementet slutter seg følgelig til utvalgets forslag om å innta en henvisning til forvaltningsloven § 19. Foretak som ilegges overtredelsesgebyr er parter i forvaltningslovens forstand, og henvisningen til forvaltningsloven § 19 er i disse tilfellene ikke nødvendig siden den uansett kommer til anvendelse. Siden enkelte etterforskningssaker ikke vil kunne ut i et enkeltvedtak, mener departementet likevel at henvisningen er nyttig.

Departementet er enig med utvalget i at å tidsbegrense vedtak om å nekte innsyn for å sikre at tilsynet frigir dokumentene, når betenkelighetene er bortfalt, blir unødig arbeidskrevende. Departementet legger til grunn at tilsynet klarer å sørge for at dokumenter åpnes for innsyn etter hvert som behovet for hemmelighold bortfaller, uten et slikt pressmiddel.

Nektelse av innsyn kan legges frem for retten

Utvalget foreslår at nektelse av innsyn ikke skal være gjenstand for klagebehandling etter forvaltningsloven, men i stedet skal kunne prøves av retten. Utvalgets begrunnelse er at forslaget til regler om dokumentinnsyn bygger på regelen i straffeprosessloven, og da bør avgjørelsen om å nekte innsyn kunne kreves avgjort ved kjennelse av retten. Departementet legger vekt på at domstolene har langt mer erfaring enn departementet i å avgjøre slike spørsmål, gjennom praktiseringen av den tilsvarende bestemmelsen i straffeprosessloven. Departementet slutter seg derfor til utvalgets forslag om at nektelse av innsyn kan legges frem for domstolene. Slik departementet ser det må vedkommende, som er nektet innsyn, selv fremsette en begjæring for tingretten om innsyn i nærmere spesifiserte dokumenter.

Utvalget har brukt begrepet «part» i bestemmelsen («Partene skal på begjæring gis adgang ...»). Personer og foretak som etterforskes av Konkurransetilsynet med tanke på anmeldelse til påtalemyndigheten, vil imidlertid ikke være parter i forvaltningslovens forstand. På den annen side er det vanskelig å finne en god nok erstatning for «part» uten å låne begreper fra straffeprosessen. Det siste kan gi utilsiktede virkninger og bør derfor unngås. På denne bakgrunn foreslår departementet å erstatte «part» med «foretak eller personer som Konkurransetilsynet etterforsker for overtredelse av konkurranse-loven.»

Tredjemenns innsynsrett

Når det gjelder tredjemenns innsynsrett, se utkastet § 27 annet ledd, avviker departementet noe fra

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

utvalgets vurdering. Bestemmelsen tar sikte på å gi den som mener å ha et privatrettslig krav mot et foretak som følge av en overtredelse av forbudsbestemmelsene, tilgang til de opplysninger konkurransemyndighetene har om overtredelsen. Bestemmelsen er ny i forhold til gjeldende rett. Konkurransetilsynet har i én konkret sak benyttet seg av konkurranse-loven § 4–2 til å utlevere taushetsbelagt informasjon til kunder av foretak involvert i et ulovlig kartell. Det har imidlertid vært reist tvil om denne bestemmelsen, som i utgangspunktet er ment å sørge for transparens i markedet, gir hjemmel for utlevering av taushetsbelagt informasjon i saker som gjelder overtredelse av forbudsbestemmelsene. Anvendelsen av konkurranse-loven § 4–2 ble imidlertid godtatt av Sivilombudsmannen etter klage fra foretakene.

Departementet ser det som en fordel at tredjemenns rett til innsyn blir uttrykkelig lovfestet, og at det blir adgang til å klage over Konkurransetilsynets avslag på krav om innsyn. Det følger av Konkurransetilsynets praksis, som departementet har sluttet seg til, at det ikke er klageadgang etter gjeldende rett¹⁴.

I motsetning til utvalget, mener departementet at det ikke er noen sterke grunner som taler for å gi tredjemenn innsynsrett mens Konkurransetilsynet etterforsker saken. Kunder og konkurrenter som vurderer søksmål vil formodentlig uansett se an utfallet av tilsynets behandling, før de vurderer et eventuelt søksmål. For en med et potensielt erstatningssøksmål, vil informasjonen også være mer verdifull etter at Konkurransetilsynet har behandlet den og gjennomført sine analyser. Departementet går derfor inn for at tredjemenn skal gis rett til innsyn når konkurransemyndighetene har truffet vedtak om overtredelsesgebyr, eller på annen måte avsluttet saken. Saken regnes ikke som avsluttet dersom den anmeldes til påtalemyndigheten. På bakgrunn av departementets forslag skulle det ikke lenger være nødvendig å innta en begrensning i innsynsretten av hensyn til etterforskningen.

Departementet er enig med utvalget i at den beste løsningen er å knytte retten til innsyn i saksdokumenter i overtredelsessaker til en betingelse om aktuell rettslig interesse. Når saken er avsluttet, kan enhver kreve innsyn etter reglene i offentlighetsloven. Poenget med bestemmelsen i utkastet § 27 annet ledd er følgelig å gi personer/foretak med rettslig interesse adgang til mer informasjon enn det de har krav på etter offentlighetsloven. For taushetsbelagt informasjon er det imidlertid et vil-

kår at innsyn ikke vil virke urimelig overfor den opplysningene angår. For å gi innsyn i taushetsbelagt informasjon kreves det altså at det foretas en avveining mellom tredjemanns interesse i innsyn og hensynet til den taushetsplikten skal beskytte. At den som har krav på taushet risikerer søksmål, gjør følgelig ikke innsyn urimelig.

Utvalget har ikke gitt noen regel om klageadgang i forslaget til § 6–3 annet ledd slik det er gjort i bestemmelsens første ledd om rett til å bringe spørsmålet inn for retten. Siden avslag på innsyn ikke er å anse som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven, finner departementet det nødvendig å innta en klagerett i loven. Departementet har anbefalt at klage på avslag etter utkastet § 27 annet ledd gjennom en henvisning, skal følge forvaltningslovens alminnelige regler slik at Konkurransetilsynets avslag på innsyn etter utkastet § 27 annet ledd kan påklages til departementet.

9.5 Unntak fra offentlighetslovens regler

9.5.1 Gjeldende rett

Konkurranseloven § 6–3 avskjærer enhver rett til innsyn i opplysninger som Konkurransetilsynet har innhentet i medhold av konkurranse-loven §§ 6–1 og 6–2. Verken forvaltningslovens eller offentlighetslovens regler om innsyn kommer til anvendelse ved overtredelsessaker. Det følger av Ot.prp. nr. 41 (1992 – 93) side 74 at bestemmelsen er gitt for å unngå tvilsomme tolkningsspørsmål ved offentlighetslovens regler, og at dette vil innebære en mer oversiktlig rettslig situasjon også for de ervervsdrivende. Det er antatt at § 6–3 ikke går lenger enn det som følger av unntakene i offentlighetsloven § 6 nr. 2 bokstav c om tilfeller der offentlighet vil motvirke offentlige kontroll- eller reguleringstiltak og § 6 nr. 5 for anmeldelse, rapport og annet dokument om lovovertrødelse, og tilsvarende regler som gjelder for politiets og påtalemyndighetens etterforskning.

Regelen er blitt begrunnet med at bevisene i disse sakene er meget skjøre. De er ofte basert på forklaringer som er innhentet ved en uanmeldt kontroll, i tillegg til dokumentbevis i form av notater og referater fra møter der for eksempel prissamarbeid har vært drøftet. Innsyn i forklaringer og andre bevis som blir distribuert blant en samarbeidsgruppes medlemmer, vil kunne gi koordinerte forklaringer på et senere trinn i saksbehandlingen, for eksempel overfor påtalemyndigheten.

¹⁴ Konkurransetilsynets avgjørelse av 30. mai 2002 (sak 2002/475).

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

9.5.2 Utvalgets forslag

Utvalget har tatt utgangspunkt i at etter offentlighetslovens § 1 tredje ledd gjelder ikke offentlighetsloven for saker som behandles etter rettspleielovene. Etter utvalgets oppfatning har saker som behandles etter konkurranseloven om overtredelser av forbudsbestemmelsene og overtredelser av vedtak likhetstrekk med saker som behandles etter straffeprosessloven. Utvalget har ved utformingen av forslaget til § 6–3 forutsatt at offentlighetsloven ikke skal gjelde ved overtredelsessaker etter konkurranseloven. Når behandlingen av saken er avsluttet av konkurransemyndighetene, påtalemyndigheten eller retten, mener utvalget at det ikke er noen tungtveiende grunner som taler for å unnta Konkurransetilsynets dokumenter fra offentligheten. Utvalget har derfor foreslått at offentlighetsloven ikke skal gjelde i saker om overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, ved overtredelse av det automatiske gjennomføringsforbudet ved foretakssammenslutninger eller ved overtredelse av vedtak i medhold av konkurranseloven. Etter utvalgets forslag gjelder dette bare så lenge saken ikke er avsluttet.

9.5.3 Høringsinstansenes merknader

Norsk Redaktørforening (NR) og *Norsk Presseforbund* (NP) mener i utgangspunktet at det ikke er behov for særlige regler om innsyn og offentlighet for saksforberedelse og vedtak i Konkurransetilsy-

net og Konkurransenemnda. NR og NP fremhever også at en rekke instanser de siste årene har påpekt behovet for å ikke komplisere reglene om offentlighet og innsyn mer enn høyst nødvendig. Der som man likevel kommer til at man ønsker egne regler for offentlighet på dette området, mener NR og NP at lovteksten i det minste bør omformuleres. Slik den er utformet nå gir den atskillig rom for tolkningstvil, blant annet om det bare er vedtak etter loven som bli offentlige når saken er avsluttet.

9.5.4 Departementets vurderinger

Departementet er enig med utvalget i at Konkurransetilsynet reelt sett driver etterforskning når de behandler saker om overtredelser av forbudene i konkurranseloven eller vedtak gitt i medhold av den. Slike saker har likhetstrekk med saker som behandles etter straffeprosessloven der offentlighetsloven ikke gjelder. Offentlighetsloven inneholder omfattende unntak også for forvaltningens behandling av slike saker, jf. offentlighetsloven §§ 6 nr. 2 bokstav c og 6 nr. 5. Til tross for innvendingene fra enkelte høringsinstanser om å komplisere lovverket med særregler på forskjellige områder av forvaltningen, slutter departementet seg til utvalgets forslag om at offentlighetsloven ikke skal gjelde i saker om overtredelse av forbudene i konkurranseloven eller i saker om overtredelser av vedtak i medhold av den, så lenge saken ikke er avsluttet. Etter departementets oppfatning vil et slikt unntak gi en ryddig avklaring av forholdet til offentlighetsloven i denne typen saker.

10 Organisasjonsspørsmål

10.1 Gjeldende rett

Etter konkurranseloven § 2–1 er konkurransemyndighetene Kongen, departementet og Konkurransetilsynet. Konkurransetilsynet er fullt ut underlagt Kongens og departementets instruksjonsmyndighet, og departementet er klageorgan for vedtak truffet av Konkurransetilsynet i første instans.

10.1.1 Konkurransetilsynets vedtaksmyndighet

Konkurransetilsynet kan etter konkurranseloven § 3–9 gi dispensasjon fra lovens forbudsbestemmelser i form av enkeltvedtak eller forskrift. Ved overtredelse av lovens forbudsbestemmelser kan Konkurransetilsynet enten sende brev om innskjerping eller anmelde saken til påtalemyndigheten. Innskjerping og anmeldelse er ikke å anse som enkeltvedtak. Konkurransetilsynet kan etter konkurranseloven § 6–5 utferdige forelegg om vinningsavståelse. Beslutningen om å utferdige forelegg er heller ikke et enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Der som forelegget ikke vedtas, kan Konkurransetilsynet reise sak for domstolene. I medhold av konkurranseloven § 3–10 kan Konkurransetilsynet gripe inn og forby konkurranseskadelig atferd. Konkurransetilsynet kan etter § 3–11 gripe inn mot bedriftserverv ved å nedlegge forbud, gi påbud, samt gi tillatelse på vilkår. Tilsynet kan også vedta midlertidig forbud mot å gjennomføre et bedriftserverv, jf. § 3–11 fjerde ledd. Videre har Konkurransetilsynet hjemmel til å pålegge prisopplysning i konkurranseloven § 4–1. Etter § 6–1 kan Konkurransetilsynet pålegge opplysningsplikt og kreve utlevert dokumenter for gransking. Pålegg om å gi opplysninger kan påklages innen tre dager, jf. forvaltningsloven § 14. Etter konkurranseloven § 6–2 kan tilsynet, når det er rimelig grunn til å anta at loven eller vedtak i medhold av loven er overtrådt, fremsette begjæring om bevissikring for forhørsretten som har avgjørelsesmyndighet. Konkurransetilsynet behandler innsynsbegjæringer etter forvaltningsloven og etter offentlighetsloven. Vedtaket om helt eller delvis avslag på innsyn kan påklages. For å sikre at enkeltvedtak blir etterlevd, kan Konkurransetilsynet etter konkurranseloven § 6–4 tref-

fe vedtak om tvangsmulkt som kan påklages etter forvaltningens alminnelige regler.

10.1.2 Departementets instruksjonsmyndighet

Beslutningsprosessen under konkurranseloven følger forvaltningslovens alminnelige system. Departementet kan utøve styrings- og kontrollmyndighet overfor Konkurransetilsynet ved å instruere Konkurransetilsynet både i enkeltsaker og mer generelt. I saker som vedrører brudd på konkurranselovens påbuds- og forbudsbestemmelser, har Konkurransetilsynet i praksis en mer uavhengig stilling enn i andre saker. Slike saker blir behandlet av Konkurransetilsynet på selvstendig grunnlag og eventuelt videre av påtalemyndigheten og rettsapparatet. Rettslig sett gjelder imidlertid de alminnelige regler om instruksjonsmyndighet også her. Fullmaktene i konkurranseloven er lagt direkte til Konkurransetilsynet ettersom det er dette forvaltningsnivået som mest naturlig vil treffe avgjørelser av den art som fullmakten gjelder. Dette innebærer ikke at Kongen eller departementet er avskåret fra å treffe tilsvarende avgjørelser. Departementet kan derfor i utgangspunktet treffe vedtak i første instans. Departementet kan også av eget tiltak omgjøre vedtak truffet av Konkurransetilsynet. Det følger imidlertid av forvaltningsloven § 35 og ulovfestede prinsipper at en eventuell omgjøring til skade for en part må foretas ut fra en avveining mellom private interesser og allmenne hensyn. Det kan bare skje en omgjøring til skade for en av partene dersom en overvekt av hensyn taler for omgjøring. Er forvaltningslovens frist for omgjøring løpt ut, må overvekten være betydelig.

10.1.3 Klageordningen

Etter dagens ordning er departementet klageinstans for Konkurransetilsynets enkeltvedtak. Departementet har full kompetanse i klagesaker og kan overprøve alle tilsynets vurderinger. Departementets avgjørelse i klagesaker kan ikke påklages videre til Kongen i statsråd, men kan bringes inn for domstolene etter de alminnelige regler om domstolsprøving av forvaltningsvedtak. Gjennom klage-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

behandlingen kan departementet samordne hensynet til virksom konkurranse med andre samfunnsinteresser. Konkurransetilsynets beslutninger om ikke å gripe inn etter konkurranse-loven §§ 3–10 og 3–11 faller utenfor begrepet enkeltvedtak. Slike avgjørelser kan derfor ikke påklages til departementet. Dette er i samsvar med sivilombudsmannens uttalelse. Avgjørelsene kan imidlertid overprøves av departementet etter vanlige regler om overordnet organs adgang til selv å treffe vedtak i første instans. Dette har ikke forekommet i praksis.

10.2 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at Konkurransetilsynet skal være uavhengig av regjeringen og departementet i behandlingen av enkeltsaker. Videre foreslår utvalget at det opprettes et nytt organ «Konkurransenemnda», som skal være en regulær klageinstans med hjemmel til å prøve alle sider ved Konkurransetilsynets vedtak. Endelig foreslår utvalget at det innføres bestemmelser om prøving i henhold til allmenne hensyn. Regjeringen kan etter disse bestemmelsene tillate atferd som er i strid med forbudsbestemmelsene eller tillate en foretakssammenslutning som Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda har grepet inn mot.

I spørsmålet om hvordan man nærmere bør organisere avgjørelsen av enkeltsaker om foretakssammenslutninger og påbud om å bringe ulovlig atferd til opphør, har utvalget delt seg i et flertall og et mindretall.

10.2.1 Forslag fra utvalgets flertall

Vedtakskompetanse i saker om foretakssammenslutninger og påbud om opphør

Utvalgets flertall foreslår at Konkurransetilsynet skal ha vedtakskompetanse i første instans i saker både om foretakssammenslutninger etter forslaget § 4–5 og i saker om påbud om å bringe en ulovlig atferd til opphør etter forslaget § 3–3.

Konkurransetilsynets og Konkurransenemndas saksbehandling

Flertallet foreslår i § 2–2 og § 2–3 at Konkurransetilsynet skal treffe vedtak i første instans, og at Konkurransenemnda skal være klageorgan for vedtak truffet av Konkurransetilsynet. Utvalget foreslår at saksbehandlingen i utgangspunktet skal følge de alminnelige reglene i forvaltningsloven.

Utvalgets flertall foreslår at Konkurransenemn-

da skal ha full kompetanse i klagesaker. Nemnda kan således overprøve tilsynets saksbehandling, rettsanvendelse, faktumbedømmelse og skjønnsutøvelse. Nemnda kan selv treffe avgjørelse i saken, ikke bare oppheve vedtak fra Konkurransetilsynet. For øvrig vises det til forvaltningsloven § 34.

Utvalgets flertall har ikke funnet grunn til å gjøre unntak fra klageinstansens adgang til å omgjøre vedtak uten klage etter forvaltningsloven § 35, jf. forslaget § 2–3 annet ledd femte punktum. Finner Konkurransenemnda at omgjøring kan være aktuelt, ber den Konkurransetilsynet om å bringe saken inn for nemnda. Konkurransenemnda bør derimot ikke ha kompetanse til å instruere Konkurransetilsynet i utfallet av enkeltsaker som tilsynet har til behandling, jf. forslaget § 2–3 annet ledd siste punktum. Dette sikrer en reell behandling i to instanser. Gjennom sine avgjørelser i klagesaker og omgjøringsvedtak av eget tiltak, som nemnda vil ha kompetanse til, vil Konkurransenemnda kunne gi Konkurransetilsynet veiledning om hvorledes tilsvarende saker bør behandles og avgjøres i fremtiden, herunder veiledning om lovtolkning og skjønnsutøvelse. Innskrenkningen i nemndas instruksjonsmyndighet er selvsagt ikke til hinder for at nemnda instruerer tilsynet om behandling og tilrettelegging av saker for nemnda.

Utvalgets flertall legger vekt på at Konkurransenemndas behandling av klagesaker skal være kontradiktorisk og gi rettssikkerhetsgarantier. Dette har utvalgets flertall funnet grunn til å presisere i forslaget § 2–3 tredje ledd. Under nemndas behandling skal både Konkurransetilsynet og partene få anledning til å gi sine skriftlige merknader. I tillegg bør Konkurransenemnda ha en muntlig høring av både partene og Konkurransetilsynet. Nemnda har også anledning til å innhente ytterligere opplysninger under sin behandling av saken. Kongen kan gi nærmere bestemmelser om Konkurransenemndas saksbehandling i forskrift, jf. forslaget § 2–1 annet ledd annet punktum.

Utvalgets flertall foreslår at de vanlige regler for domstolskontroll med forvaltningsvedtak også skal gjelde i saker etter konkurranse-loven. Adgangen til eventuell domstolsprøving av Konkurransetilsynets og Konkurransenemndas avgjørelser reguleres derfor av alminnelige sivilprosessuelle regler, med tingretten som første instans. Det bør ikke være noe vilkår for å bringe Konkurransetilsynets avgjørelser inn for domstolene, at klageadgangen til Konkurransenemnda er benyttet.

Konkurransetilsynet og Konkurransenemnda kan etter forslaget § 5–1 pålegge enhver å gi opplysninger. Et slikt pålegg er en prosessledende avgjørelse som omfattes av klageadgangen etter for-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

valtningsloven § 14. Utvalgets flertall foreslår i § 2–4 at departementet skal være klageinstans for Konkurransetilsynets og Konkurransenemndas vedtak truffet med hjemmel i forslaget § 5–1. Disse vedtakene har ikke direkte sammenheng med den faglige avgjørelsen i saken. Dette er normalt hastesaker, og ved slike klager vil det være upraktisk å sammenkalle Konkurransenemnda. Der Konkurransenemnda treffer vedtak med hjemmel i § 5–1 i første instans, vil departementet uansett være klageinstans.

Klage på vedtak etter forvaltningsloven og offentlighetsloven skal etter forslaget § 2–4 avgjøres av departementet. Heller ikke disse vedtakene har direkte sammenheng med den faglige avgjørelsen i saken, og det antas derfor at det mest praktiske er at departementet avgjør slike saker. I tillegg vil departementet uansett være klageinstans i saker der Konkurransenemnda treffer vedtak etter offentlighetsloven og forvaltningsloven i første instans.

Fastsettelse av sanksjoner

Utvalgets flertall foreslår at Konkurransetilsynet skal ha kompetanse til å utstede forelegg på sivilrettslige bøter for brudd på lovens forbud og vedtak som er truffet i medhold av loven. Vedtas ikke et slikt forelegg, foreslås i § 7–2 at tilsynet må bringe saken inn for domstolene. Det foreslås også i § 7–1 at Konkurransetilsynet skal kunne ilegge tvangsmulkt. Vedtaket om tvangsmulkt foreslås å kunne påklages til Konkurransenemnda.

10.2.2 Særmerknader fra utvalgets mindretall

Utvalgets mindretall deler ikke flertallets vurdering av at Konkurransetilsynet bør ha vedtakskompetanse i første instans i saker om foretakssammenslutninger etter forslaget § 4–5, og i saker om påbud om å bringe en ulovlig atferd til opphør etter forslag til § 3–3.

Etter mindretallets oppfatning bør vedtakskompetansen i disse sakene i stedet legges til Konkurransenemnda. Konkurransenemndas avgjørelser vil være gjenstand for ordinær domstolskontroll, samtidig som ordningen med regjeringens prøving av allmenne hensyn kan opprettholdes. Ordningen vil heller ikke få konsekvenser for forholdet mellom departementet og Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda. Partenes rettssikkerhet vil bli styrket av forslaget ved at Konkurransetilsynet må føre sin sak for et uavhengig organ, med full kontradiksjon og åpenhet, før avgjørelse treffes. I dag, hvor Konkurransetilsynet selv både utreder

saken og treffer vedtak, skjer dette i en til dels lukket prosess hvor det er vanskelig for partene å utøve kontradiksjon på en forsvarlig måte. Mindretallets forslag om å splitte undersøkelses- og vedtakskompetansen er sterkt påvirket av den uheldige praksis og utvikling man har sett i EU hvor dette tilhører samme organ. Mindretallet viser til at denne løsningen langt på vei vil være den løsning som er valgt både i Sverige og Danmark og den vil også være i overensstemmelse med situasjonen under den tidligere prisloven.

10.2.3 Forslag til nemndas sammensetning

Utvalget legger vekt på at en avgjørelse som er truffet av Konkurransenemnda bør ha stor legitimitet i forhold til berørte parter og samfunnet for øvrig. Derfor må Konkurransenemnda gis tilstrekkelig fagkompetanse og ha en variert sammensetning. Utvalget mener på denne bakgrunn det er viktig at nemnda også besitter institusjonell kunnskap og erfaring, samt innsikt i nærings- og arbeidsliv, i tillegg til økonomisk og juridisk kompetanse. Utvalget foreslår i § 2–3 første ledd at Konkurransenemndas medlemmer skal oppnevnes av regjeringen. Det antas at dette vil være mest i tråd med norsk forvaltningsskikk. Utvalget foreslår at Konkurransenemnda skal bestå av fem medlemmer. Funksjonstiden for nemndas medlemmer foreslås til fire år.

10.2.4 Prøving i henhold til allmenne hensyn

Utvalget legger til grunn at det unntaksvis kan være behov for politisk styring i forbudssaker og i saker om foretakssammenslutninger etter den nye konkurranseloven. Utvalget foreslår to bestemmelser om prøving i henhold til allmenne hensyn, der regjeringen kan ta opp en sak av eget tiltak.

For det første foreslås at regjeringen skal kunne tillate atferd som er i strid med forbudene i forslaget §§ 3–1 og 3–2 dersom allmenne hensyn tilsier det. Forutsetningen for at det kan gis en slik tillatelse, er at det foreligger en overtredelse av § 3–1 første ledd og at vilkårene for unntak i § 3–1 tredje ledd ikke er til stede, eller at det foreligger en overtredelse av § 3–2. Kongen kan ta opp en sak av eget tiltak på ethvert tidspunkt i saksbehandlingen. Det vil si at selv om Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda behandler saken, er det ikke nødvendig at saken er ferdigbehandlet hos disse for at Kongen kan gi tillatelse etter forslaget § 3–4. Kongen kan gi tillatelse etter § 3–4 når det foreligger allmenne hensyn. Utvalget har lagt vekt på at bestemmelsen skal være fleksibel og at regjeringen skal stå for-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

holdsvis fritt i forhold til når tillatelse kan gis. Utvalget antar at praksis fra dispensasjonshjemmelen i konkurranse-loven § 3–9 første ledd bokstav d om særlige hensyn, gir uttrykk for hvilke allmenne hensyn som kan tale for å tillate konkurransebegrensende atferd. Slik atferd kan bare tillates dersom andre allmenne hensyn veier tyngre enn hensynet til konkurransen. Bestemmelsen i forslaget § 3–4 innebærer at Kongen kun kan gi tillatelse til konkurransebegrensende adferd. Det er ikke adgang for Kongen til å vedta påbud om opphør. Kongen kan heller ikke overprøve tilsynet eller nemndas rettsanvendelse, faktumbedømmelse eller saksbehandling. Utvalget foreslår at Kongens tillatelse ikke skal ha noen virkning for overtredelser av loven eller vedtak i medhold av loven før tillatelsen er gitt. Dette innebærer at når forbudsbestemmelsene er overtrådt før Kongen gir en tillatelse, kan det i prinsippet ilegges tvangsmulkt, sivilrettslige bøter eller straff. Overtredelser forut for tillatelsen kan også utløse privatrettslige virkninger som erstatningsansvar og ugyldighet.

For det andre foreslår utvalget at regjeringen i § 4–6 kan tillate en foretakssammenslutning som Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda har grepet inn mot, dersom allmenne hensyn tilsier det. Regjeringen kan bare gi tillatelse til gjennomføring av en foretakssammenslutning. Den kan ikke overprøve Konkurransetilsynets eller Konkurransenemndas rettsanvendelse, faktumbedømmelse eller saksbehandling. Utvalget foreslår imidlertid at regjeringen skal ha anledning til å gi tillatelse til en foretakssammenslutning på vilkår, etter reglene i forslaget § 4–1 annet ledd. Tillatelse i henhold til denne bestemmelsen kan ikke gis før Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda har fattet vedtak om å gripe inn mot foretakssammenslutningen. Det er imidlertid ingen forutsetning at Konkurransenemnda som klageinstans har avsluttet sin behandling. Begrunnelsen for at Konkurransetilsynet skal gjennomføre sin behandling av saken før Kongen kan gi en tillatelse, er å sikre at det foreligger en grundig konkurransefaglig analyse før Kongen foretar en avveining mot andre allmenne hensyn. Bestemmelsen vil komme til anvendelse der regjeringen finner at andre allmenne hensyn enn rene konkurranse- og effektivitetshensyn veier tyngre, og at den derfor finner at et inngrep vil være i strid med allmenne interesser. Utvalget legger også her vekt på at bestemmelsen skal være fleksibel og at regjeringen skal stå forholdsvis fritt i forhold til når tillatelse kan gis.

10.3 St.meld. nr. 17 (2002–2003) Om statlige tilsyn

Regjeringen la i januar 2003 frem St. meld. nr. 17 (2002–2003) Om statlige tilsyn (tilsynsmeldingen) for Stortinget. I tilsynsmeldingen foreslås en ny hovedregel om en uavhengig tilsyns- og nemndbehandling på blant annet konkurranselovområdet. Forslaget innebærer at Konkurransetilsynet fortsatt vil være førsteinstans i saker etter konkurranse-loven, men at klage- og omgjøringsmyndigheten legges til en ny og politisk uavhengig nemnd. Det medfører også en avskjæring i forhold til gjeldende ordning av departementets og Kongens instruksjonsrett overfor Konkurransetilsynet i enkelt-saker etter konkurranse-loven. Den nye ordningen har til hensikt å skape klarhet i Konkurransetilsynets rolle som tilsynsmyndighet for blant annet å søke å oppnå større grad av legitimitet. I tilsynsmeldingen foreslås videre at Kongen i statsråd, når det foreligger «tungtveiende samfunnsmessige hensyn», skal kunne ta opp og omgjøre vedtak truffet av Konkurransetilsynet eller nemnda. Formålet med bestemmelsen er å sikre en adgang til politisk behandling i visse viktige saker. Ut i fra hensynet til politisk styring foreslås endelig et unntak fra hovedregelen om en uavhengig tilsyns- og nemndbehandling i «større oppkjøps- og fusjonssaker med konkurransemessig betydning innen finansnæringen». Etter forslaget skal «Kongen i statsråd» ha en omgjøringsadgang i disse viktige sakene, som innebærer at nemnda ikke skal kunne overprøve Konkurransetilsynets vedtak.

For nærmere omtale vises til tilsynsmeldingen kapittel 7.

10.4 Departementets forslag i høringsbrevet om konkurransemyndighetenes organisasjon og beslutningsprosess

I Arbeids- og administrasjonsdepartementets brev av 10. april 2003 om høring av NOU 2003: 12 om ny konkurranselov og andre endringer knyttet til konkurranselovgivningen mv. (høringsbrevet) understrekes at Konkurranselovutvalget ikke har tatt i betraktning tilsynsmeldingen i sitt arbeid med ny konkurranselov. Departementet legger imidlertid til grunn at det i hovedsak er samsvar mellom hovedlinjene i lovutvalgets forslag til ny konkurranselov og tilsynsmeldingen, men fremhever at det er enkelte ulikheter.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

I likhet med forslaget i tilsynsmeldingen og innstillingen fra Konkurranselovutvalget, går departementet inn for en ny hovedregel om en uavhengig tilsyns- og nemndbehandling på konkurranselovområdet.

Videre foreslår departementet i samsvar med forslaget i tilsynsmeldingen og lovutvalgets innstilling, et unntak fra hovedregelen om en uavhengig tilsyns- og nemndbehandling på konkurranselovområdet. Forslaget innebærer en mulighet for Kongen i statsråd til å gripe inn i behandlingen av enkeltsaker gjennom bestemmelsene om prøving i henhold til «tungtveiende samfunnsmessige hensyn» i § 3–4 og 4–6. Departementet foreslår i denne sammenheng en ordning hvor det i størst mulig grad legges opp til at Konkurransetilsynet og Konkurransenemnda har avsluttet sin saksbehandling før Kongen skal ha adgang til prøving etter tungtveiende samfunnsmessige hensyn. Etter departementets forslag bør derfor en slik prøving først kunne skje når tilsynets vedtak er endelig eller hvis vedtaket er påklaget, etter at Konkurransenemnda har avsluttet sin behandling som klageinstans. Etter departementets forslag skal Kongen i statsråd også kunne gripe inn dersom Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda har unnlatt å treffe vedtak etter §§ 3–3 eller 4–1. Departementet foreslår også at adgangen for Kongen til prøving etter tungtveiende samfunnsmessige hensyn ikke skal kunne delegeres.

Videre foreslår departementet i § 4–7 et ytterligere unntak fra hovedregelen om en uavhengig tilsyns- og nemndbehandling på konkurranselovområdet, som innebærer at Kongen i statsråd har en omgjøringsadgang i saker om foretakssammenslutninger av finansinstitusjoner. Forslaget er i samsvar med tilsynsmeldingen. Konkurranselovutvalget har ikke foreslått et tilsvarende unntak. Dersom slike saker bringes inn for avgjørelse av Kongen i statsråd, foreslås at klagebehandlingen i Konkurransenemnda skal avskjæres. Formålet er å sikre at slike viktige saker kan gis en politisk behandling som følge av deres betydning for samfunnet. For nærmere omtale av departementets forslag til § 4–7 vises til punkt 3 i høringsbrevet.

10.5 Stortingets behandling av tilsynsmeldingen

Ved behandlingen av tilsynsmeldingen, jf. Innst.S. nr. 222 (2002 – 2003), hadde Stortinget vesentlige merknader til regjeringens forslag i tilsynsmeldingen om blant annet organisering av konkurransemyndighetene.

Stortinget ønsker ikke at det skal foretas endringer i gjeldende ordning for klagebehandling i innværende stortingsperiode. I komitéinnstillingen forutsettes det at rammene for tilsynenes selvstendighet må settes på en slik måte at disse ikke kommer i strid med behovet for politisk styring.

Imidlertid åpner Stortinget opp for, etter en vurdering av det enkelte tilsyn, å innføre en lovmessig avskjæring av statsrådenes instruksjonsmyndighet overfor tilsyn i deres behandling av enkeltvedtak. En forutsetning for en slik avskjæring er at det innføres en hjemmel for Kongen i statsråd til å omgjøre tilsynets eller klageinstansens vedtak i saker av «prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning». Det er uansett en forutsetning for å avskjære instruksjonsmyndigheten at statsråden skal kunne pålegge tilsynet å ta opp en sak til behandling. Gjennom disse reglene ønsker Stortinget å ivareta behovet for politisk styring og kontroll når instruksjonsadgangen begrenses.

10.6 Høringsinstansenes merknader

Stortingets behandling av tilsynsmeldingen har konsekvenser for departementets forslag om uavhengig tilsyns- og nemndbehandling på konkurranseretts område. Under dette punkt omtales også høringsuttalelser som ikke er direkte relevant for det forslag som departementet legger frem for Stortinget, jf. punkt 10.7 nedenfor. Departementet mener imidlertid at disse høringsuttalelsene bør være med for å få belyst utvalgets forslag til organisatoriske bestemmelser som foreslått i NOU 2003: 12 Ny konkurranselov, og som foreslått av departementet i høringsbrevet.

Høringsuttalelsene er noe delt i forslaget fra Konkurranselovutvalget om etablering av en mer uavhengig tilsyns- og nemndbehandling.

Justisdepartementet (JD) minner om at Stortinget ved behandlingen av tilsynsmeldingen ikke ga noen uforbeholden tilslutning til prinsippet om uavhengige klagenemnder for statlige tilsyn. Tvert om uttalte flertallet at det i innværende stortingsperiode «ikke skal vedtas endringer i klagebehandlingen». Stortingsflertallets skepsis til redusert politisk innflytelse over statlige tilsyn ble også fulgt opp ved behandlingen av Ot.prp. nr. 58 (2002–2003) lov om elektronisk kommunikasjon. JD understreker derfor at signalene fra Stortinget innebærer at man ikke kan ta det for gitt at løsningen på konkurranserettens område bør være et uavhengig konkurransetilsyn og/eller en uavhengig klagenemnd.

Videre mener JD at muligheten for politisk inngripen bør gjelde for alle former for avgjørelser

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

som kan treffes av konkurransemyndighetene, både avgjørelser om å benytte den offentlige kompetansen etter konkurranseloven (enkeltvedtak) og avgjørelser om ikke å gripe inn.

JD foreslår i samsvar med flertallets valg av formulering i Innst.S. nr. 222 (2002–2003), at begrepet «saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning» benyttes som vilkår for en eventuell inngrepsadgang.

Konkurransetilsynet støtter forslaget om uavhengig tilsyns- og nemndbehandling, og slutter seg i hovedsak til utvalgets begrunnelse og det som uttales i tilsynsmeldingen. Tilsynet ser av Innst.S. nr. 222 (2002–2003) at det er enighet blant et flertall i Stortinget om at det i inneværende stortingsperiode ikke skal vedtas endringer i statlige tilsyns klagebehandling. Konkurransetilsynet har ikke innvendinger mot at det skal være adgang for politiske myndigheter til å involvere seg unntaksvis i saker av stor samfunnsmessig betydning. Politiske myndigheter bør imidlertid ikke kunne foreta overprøving av enkeltsaker med mindre det dreier seg om vedtak fra tilsynet og nemnda som av andre hensyn enn de konkurransemessige, bør kunne omgjøres på politisk hold. Politiske myndigheter bør ha det overordnede ansvaret for konkurransepolitikken, mens den konkrete anvendelsen av forbudsbestemmelsene bør overlates til tilsynet, nemnda og domstolene. En adgang for politiske myndigheter til å kunne gripe inn på et konkurransefaglig grunnlag kan også være i strid med EØS-retten, fordi den ikke er tilstrekkelig detaljert, klar og tilgjengelig. Så generelle kriterier vil gjøre det vanskelig for foretakene å vurdere omfanget av og innholdet i sine rettigheter, og dermed i praksis være en etableringshindring.

Konkurransetilsynet ser, dersom departementet fortsatt skal være klageorgan for Konkurransetilsynets vedtak, ikke noen grunn til å innføre bestemmelsene i §§ 3–4 og 4–6. Den politiske styringen vil i så fall være ivaretatt gjennom departementet som klageorgan.

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) støtter forslaget fra utvalget om at Konkurransetilsynet skal være uavhengig i forhold til regjeringen og departementet i behandlingen av enkeltsaker. Videre fremhever NHO at det er en forutsetning for at konkurransereglene skal fungere etter sin hensikt, at det skapes stor rettsikkerhet og kontradiksjon for de bedrifter som omfattes av regelverket. Dette er særlig viktig i forbindelse med § 3–1 og § 3–2, som innebærer et mer omfattende forbud i forhold til gjeldende konkurranselov. NHO er av den oppfatning at gjennom en omfattende forbudslov med vidtrekkende saksbehandlings- og sanksjonsregler

er det lite rom for politisk overprøving. Grunnen er at man ønsker å sikre bedriftenes forutberegnelighet i saksbehandlingen, noe som i mindre grad lar seg gjøre ved politisk behandling. Forutsetningen for NHOs støtte til en kraftig skjerpelse av de materielle konkurransereglene er at det samtidig etableres uavhengige og faglig godt kompetente myndigheter til å håndheve reglene. NHO forutsetter derfor at de materielle lovendringer som er foreslått av lovutvalget, ikke gjennomføres før det etableres tilsyns- og klageorganer som er organisatorisk uavhengig av de politiske myndigheter.

NHO mener at politiske myndigheter ikke bør gis adgang til å overprøve konkurransemyndighetene i enkeltsaker når det opprettes uavhengige konkurransemyndigheter. Imidlertid ser NHO at det unntaksvis, i helt ekstraordinære situasjoner, kan være enkeltsaker av så stor samfunnsmessig betydning at det kan være nødvendig å foreta en helhetsvurdering, hvor også andre hensyn enn de rent konkurransepolitiske trekkes inn. Således aksepterer NHO forslaget fra utvalget om en prøvingsrett for Kongen.

Den Norske Advokatforening (Advokatforeningen) vil advare mot å beholde departementet som klageorgan under en ny konkurranselov basert på et forbudsregime. Lovforslaget må ses på som en helhet der organisasjonsspørsmål ikke kan sees uavhengig av den øvrige regulering i loven. En endring i klageprosessen kan således ikke ses uavhengig av det materielle regimet som foreslås etablert. Et forbudsregime som foreslås innført i loven stiller andre krav til klageordningen enn et inngrepsregime av den type man har i konkurranseloven 1993. Håndhevingen av lovens materielle bestemmelser vil ikke være skjønnspreget som inngrepsvurderingen er etter gjeldende rett, men lovbundet. Hensynet til rettsikkerhet og forutberegnelighet tilsier at klagebehandlingen legges til et organ som er spesielt skikket til den aktuelle type rettsanvendelse, og som organiseres slik at en kontradiktorisk prosess vil kunne ivaretas. En klagenemnd tilfredsstillende etter deres syn best de krav til rettsanvendelsen som de foreslåtte forbudsbestemmelsene vil stille. Videre er det etter Advokatforeningen sitt syn verken nødvendig eller ønskelig at Kongen i statsråd gis en mulighet til å gripe inn i enkeltsaker, der Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda har funnet at konkurranselovens materielle vilkår ikke er oppfylt.

Wikborg Rein & Co. er prinsipielt bekymret for at en lovteknikk med vage formuleringer vil kunne svekke forutberegneligheten til aktørene i norsk næringsliv, så vel som internasjonale aktører som ønsker å etablere seg i Norge. I denne forbindelse

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

minnes også om de forpliktelser Norge har etter EØS-avtalen og den foreliggende praksis, og her særlig EF-domstolens avgjørelse i den såkalte Walt-Wilhelm-saken. En tillatelse fra Kongen i henhold til § 3–4 vil ofte kunne komme i konflikt med formålet og det materielle innholdet i EØS-avtalen, i de tilfeller samhandelen i EØS-området er påvirket merkbar. I praksis vil det derfor trolig kun være i de tilfeller Kongen vektlegger hensyn som også i henhold til Kommisjonens praksis kan vektlegges i henhold til fritaksbestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 og tilsvarende EF-traktaten artikkel 81 nr. 3, at en tillatelse i henhold til § 3–4 ikke kommer i klar konflikt med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Særlig tatt i betraktning at det foreslås materielle forbudsregler med samme ordlyd som EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 og artikkel 54, foreslås at departementet vurderer en lovregulering som er i overensstemmelse med regelverket i EØS-avtalen, når det gjelder adgangen til å vektlegge andre hensyn enn de konkurransemessige. Det betyr at forslaget §§ 3–4 og 4–6 bør utgå, og at det i stedet innfortolkes en viss mulighet til å vektlegge andre hensyn enn rene konkurransemessige i anvendelsen av fritaksbestemmelsen i § 3–1 tredje ledd.

Norges Bondelag går i mot utvalgets forslag og understreker viktigheten av at politiske myndigheter fortsatt må ha tilstrekkelig adgang til å kunne instruere Konkurransetilsynet i enkeltsaker og omgjøre tilsynets vedtak. Selv om forslaget til § 3–4 og § 4–6 åpner for en viss grad av styring, frykter Norsk Bondelag at det vil være svært sjelden at disse paragrafene kommer til anvendelse. I forhold til dagens regelverk vil derfor konkurransemessige hensyn i langt større grad veie tyngre enn andre samfunnshensyn.

Norges Skogeierforbund går i mot en svekkelse av den politiske styring av konkurransemyndighetene som Konkurranselovutvalget legger opp til. Konkurransopolitikken griper så sterkt inn i viktige politiske områder at utvalgets forslag vil innebære en generell svekkelse av den politiske styringen, på betydningsfulle samfunnsområder. Konkurransopolitikken har effekter som ikke kan ses isolert fra en samlet politisk vurdering. Tilsvarende argumenter fremføres av *Samvirkeutvalget*, som går i mot utvalgets forslag til organisatoriske endringer i den nye loven.

Orkla mener at det er nødvendig at konkurransepolitikken er en integrert del av næringspolitikken. Det er derfor nødvendig å kunne avveie de rene konkurransepolitiske hensyn mot andre hensyn. Denne avveiningen ivaretas best etter Orklas oppfatning på en betryggende måte gjennom dagens regime hvor departementet er klageinstans for til-

synets vedtak. Det er derfor viktig at det også etter den nye loven etableres en adgang som gjør det mulig å avveie rene konkurransemessige hensyn mot andre hensyn.

Utenriksdepartementet reiser spørsmål om forslaget til § 3–4 bør vurderes endret av hensyn til blant annet en eventuell fremtidig WTO-avtale om forbud mot såkalte «hard core cartels». Når det foreslås gitt hjemmel for Kongen i statsråd til å gripe inn i enkeltsaker ut fra andre politiske mål enn konkurransehensyn, ved å tillate atferd som er i strid med forbudene, kan dette komme i konflikt med en eventuell ny WTO-avtale om slike avtaler. Utenriksdepartementet foreslår derfor en alternativ formulering til § 3–4 om at Kongen med «de begrensninger som følger av avtale med fremmed stat eller internasjonal organisasjon» kan tillate atferd som er i strid med forbudene. Alternativt foreslås at man avventer eventuelle WTO-forhandlinger og eventuelt med hjemmel i lovens forslag til § 1–5 senere beslutter at Kongens myndighet ikke skal gjelde i forhold til karteller som faller inn under WTO-avtalen.

Forbrukerrådet mener det er nødvendig med en klargjøring i forarbeidene til den nye konkurranse-loven slik at det ikke er tvil om organisasjoners og foreningers søksmålsadgang, på en slik måte at Forbrukerrådet har en klageadgang på vegne av forbrukerne.

10.7 Departementets vurderinger

Stortingets behandling av tilsynsmeldingen, jf. Innst.S. nr. 222 (2002–2003), innebærer endringer i konkurransemyndighetenes organisering og beslutningsprosess i forhold til det som er foreslått av departementet i høringsbrevet, og likeledes i forhold til det forslaget som Konkurranselovutvalget har lagt opp til.

Stortinget har besluttet at det ikke skal foretas endringer i klagebehandlingen i inneværende stortingsperiode. Dette innebærer at gjeldende klage-regler fortsatt må ligge til grunn for departementets forslag til organisering av og beslutningsprosess for konkurransemyndighetene i den nye loven. Således bortfaller forslaget om innføring av en Konkurransenemnd. Av departementets utkast til § 8 første ledd fremkommer, i likhet med § 2–1 i konkurranse-loven 1993, at konkurransemyndighetene er Kongen, departementet og Konkurransetilsynet. Et enkeltvedtak etter den nye konkurranse-loven, vil som etter gjeldende rett, kunne påklages til departementet, jf. forvaltningsloven § 28. I tillegg foreslår departementet, i likhet med utvalget, en ny bestemmelse i utkastet § 12 tredje ledd om tredje-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

menns adgang til å kunne påklage Konkurransetilsynets unnlattelse av å gi pålegg om opphør. Forslaget er nærmere omtalt i kapittel 6 om atferdsreguleringer.

Stortinget har åpnet for at det kan innføres en lovfestet begrensning i gjeldende hovedregel om departementets styrings- og kontrollmyndighet overfor Konkurransetilsynet. Departementet vil i tråd med forslaget i høringsbrevet foreslå at en slik regel innføres i den nye konkurranseloven § 8 annet ledd første punktum. Forslaget innebærer at departementet ikke kan instruere tilsynet med hensyn til resultatet av saksbehandlingen. Forslaget vil være i samsvar med gjeldende forvaltningspraksis, og innebærer således ingen vesentlig realitetsendring på konkurranserettsområdet. Bestemmelsen er imidlertid viktig fordi den også formelt gjør det klart at departementet ikke kan instruere Konkurransetilsynet om resultatet i en sak, heller ikke gjennom en underhåndskontakt med tilsynet. Dermed gjør bestemmelsen det klart at tilsynets avgjørelser helt ut er tilsynets egne.

Stortinget forutsetter at dersom det foretas avskjæringer i instruksjonsmyndigheten, skal statsråden kunne pålegge Konkurransetilsynet å ta opp en sak til behandling. Departementet vil foreslå en slik bestemmelse i utkastet til § 8 annet ledd annet punktum, ved at Kongen gis slik myndighet. Myndigheten kan delegeres til departementet etter de vanlige reglene om delegasjon. Formålet er å sikre at politisk viktige saker blir tatt opp til behandling av Konkurransetilsynet i første instans. Gjennom denne adgangen vil departementet få mulighet til å styre tilsynets prioriteringer og ressursbruk. Endelig kan departementets instruksjonsmyndighet også benyttes til å be Konkurransetilsynet om å forberede en sak, der Kongen i statsråd ønsker å omgjøre et vedtak truffet av Konkurransetilsynet, eller treffe et vedtak i tilsynets sted.

For i størst mulig grad å sikre Konkurransetilsynets uavhengighet, kan departementet etter forslaget ikke omgjøre tilsynets vedtak, med mindre dette påklages. Dette gjelder likevel ikke dersom Konkurransetilsynets vedtak er ugyldig. I slike tilfeller foreslås en særlig omgjøringsadgang for departementet i utkastet § 8 annet ledd tredje punktum. Bestemmelsen svarer til forvaltningsloven § 35. Forslaget medfører at departementet ikke har full omgjøringsadgang overfor Konkurransetilsynets vedtak, ettersom kompetansen er begrenset til ugyldighetstilfellene. For å klargjøre forholdet mellom konkurranseloven og den generelle bestemmelsen om overordnet organs adgang til omgjøring uten klage i forvaltningsloven § 35, foreslås i utkastet § 8 annet ledd siste punktum en bestemmelse

om at forvaltningsloven § 35 ikke gjelder for departementets omgjøring av Konkurransetilsynets vedtak etter konkurranseloven.

Stortinget setter ytterligere en forutsetning for lovmessige begrensninger i statsrådets instruksjonsrett. Det er at Kongen i statsråd kan omgjøre tilsynets eller departementets vedtak «i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning». I samsvar med flertallets valg av formulering i Innst.S.nr. 222 (2002–2003), foreslår departementet i utkastet §§ 13 og 21 myndighet for Kongen i statsråd til å omgjøre Konkurransetilsynets vedtak når det foreligger «saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning». Ordlyden i bestemmelsen er noe endret i forhold til departementets høringsforslag, men uten at det innebærer noen realitetsendringer. Departementet legger vekt på at bestemmelsene skal være fleksible, og at regjeringen således vil stå forholdsvis fritt ved anvendelsen av disse. Imidlertid understreker departementet, i likhet med enkelte av høringsinstansene, at regjeringens inngrep må gjennomføres i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser. Dette vil blant annet innebære at det ikke er aktuelt for Kongen i statsråd å treffe vedtak som strider med EØS-avtalen.

Departementet foreslår at Kongen i statsråd både skal kunne omgjøre Konkurransetilsynets vedtak ut fra andre hensyn enn konkurransehensyn og overprøve det konkurransemessige skjønn som tilsynet har utøvd i den konkrete saken. Videre foreslår departementet at det skal være adgang for Kongen i statsråd til å ta opp en sak til behandling, både der Konkurransetilsynet har fattet et formelt vedtak, og i de tilfellene hvor tilsynet kun har fattet en beslutning om ikke å behandle saken. Sistnevnte er strengt tatt ikke et vedtak i forvaltningslovens forstand, og foreligger når tilsynet enten ikke prioriterer å behandle en sak, eller når det ikke finner at vilkårene for et inngrep er tilstede. Dette er i samsvar med forslagene i høringsbrevet. Forslaget i utkastet til § 21 er imidlertid no endret. Det er gjort klart at vilkårene etter utkastet § 16 første ledd må foreligge for at Kongen i statsråd skal kunne treffe tilsvarende vedtak som tilsynet. Endelig legger departementet til grunn at både Konkurransetilsynets vedtak og departementets vedtak som klageinstans skal kunne overprøves av Kongen i statsråd. Departementet viser forøvrig til omtalen i kapittel 17 om utkastet §§ 13 og 21.

I utkast til § 8 tredje ledd foreslår departementet at Kongen kan gi nærmere bestemmelser om Konkurransetilsynets organisasjon og virksomhet.

Når det gjelder *Utenriksdepartementets* merknad i høringen om såkalte «hard core cartels», for-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

slår departementet å avvente utfallet av en eventuell forhandling vedrørende WTO-avtalen før det tas endelig stilling til dette.

Departementet legger til grunn at *Forbrukerrådet*, i tråd med vanlig lære om organisasjoners og foreningers søksmålsadgang, normalt vil kunne ha klageadgang på vegne av forbrukerne i saker etter konkurranseloven. Spørsmålet må uansett avgjøres

på bakgrunn av en konkret vurdering fra sak til sak.

Som følge av at Arbeids- og administrasjonsdepartementet fortsatt skal være klageinstans for Konkurransetilsynets vedtak, bortfaller forslaget i høringsbrevet om en ny spesialbestemmelse i konkurranseloven i saker om foretakssammenslutninger av finansinstitusjoner § 4–7.

11 Privat håndheving

11.1 Behovet for særregulering

11.1.1 Innledning

Aktuelle privatrettslige virkninger ved overtredelse av konkurranseloven kan være ugyldighet, erstatning og tiltak for å få stanset rettsstridige krenkelser. Disse virkningene kan inntre i flere relasjoner. For det første kan det oppstå et spørsmål om virkninger mellom partene i en konkurransebegrensende avtale. Videre kan det tenkes sivilrettslige virkninger mellom den eller de som overtrer lovens forbudsbestemmelser og deres avtaleparter, og mellom den eller de som overtrer lovens forbudsbestemmelser og utenforstående tredjemenn, typisk konkurrenter. I tillegg oppstår et spørsmål om hvilken rolle Konkurransetilsynet skal ha i forhold til privatrettslige søksmål.

Forutsetningen for privatrettslige virkninger er at det foreligger en ulovlig overtredelse av lovens forbudsbestemmelser eller av vedtak truffet i medhold av loven. Privatrettslige virkninger inntreer som følge av overtredelse av selve forbudene, og er derfor ikke betinget av at Konkurransetilsynet har truffet et påbud om opphør etter forslagets § 3–3. Dersom atferden er unntatt fra forbudsbestemmelsene i medhold av lov eller forskrift, oppfylder vilkårene for unntak i § 3–1 tredje ledd eller et gruppefritak, eller er tillatt etter forslagets § 3–4, foreligger ingen overtredelse. Unntak og fritak fastsatt i forskrift og tillatelser etter § 3–4 har imidlertid ingen virkning i forhold til overtredelser før disse blir gitt.

Overgangen til rene forbudsbestemmelser reiser etter utvalgets oppfatning mange viktige og prinsipielle spørsmål knyttet til privatrettslig håndheving. På bakgrunn av mandatet foreslår ikke utvalget nye lovregler, utover det som er nødvendige tilpasninger i det nye systemet. Utvalget anbefaler at spørsmålene om privatrettslig håndheving etter den nye konkurranseloven eventuelt vurderes i en egen utredning.

11.1.2 Gjeldende rett

Erstatning

I forarbeidene til konkurranseloven 1993, NOU 1991: 27 side 225, forutsettes det at det gjelder et er-

statningsansvar for tap som påføres tredjemenn i forbindelse med brudd på forbudsbestemmelsene. I Ot.prp. nr. 41 (1992–93) side 82 understrekes det at:

«så vel offentlige som private interesser er beskyttet av lovens regler, slik at overtredelse kan utløse erstatningskrav fra de som rammes.»

Hittil har det likevel aldri blitt ført vellykkede erstatningssøksmål for norske domstoler for «rene» overtredelser av forbud eller vedtak etter konkurranseloven. Det foreligger imidlertid eksempler på at det er inngått forlik om tilbakebetaling av merpris, i kjølevannet av at Konkurransetilsynet har avdekket ulovlige karteller.

EØS-retten inneholder heller ingen uttrykkelige regler om rett til erstatning ved overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Det følger imidlertid av EF-domstolens avgjørelse i *Courage Ltd v. Bernard Crehan* (sak C-453/99, Saml. 2001 side I-6297) at EF-retten krever at medlemslandene har regler om erstatningsansvar ved overtredelse av EF-traktaten artikkel 81 og 82.

Ugyldighet

Av konkurranseloven 1993 § 5–1 første ledd følger at avtaler i strid med forbud etter konkurranseloven er ugyldige mellom partene. Ugyldighet inntreer uten at det er nødvendig å forelegge spørsmålet for domstolene. Gyldigheten av avtaler tredjemenn har inngått med partene er ikke regulert i denne bestemmelsen. Betydning av lovbrudd i forhold til tredjemenn må vurderes konkret i det enkelte tilfellet etter de alminnelige ugyldighetsregler.

Ugyldigheten etter konkurranseloven § 5–1 rekker bare så langt forbudet er overtrådt, med mindre det etter avtaleloven § 36 vil være urimelig å gjøre avtalen gjeldende.

EØS-avtalen artikkel 53 nr. 2 fastsetter at avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til artikkel 53, ikke skal ha noen rettsvirkninger. Det følger av rettspraksis at ugyldighet etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 2 bare gjelder de deler av avtalen som berøres av forbudet, eller for hele avtalen dersom disse deler ikke kan skilles fra de øvrige deler av avtalen. Hvorvidt hele avtalen skal anses ugyldig, må vurderes etter reglene i nasjonal rett.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

11.1.3 Utvalgets forslag

Erstatning

I dag foreligger det adgang til å kreve erstatning både ved brudd på de norske og EØS-avtalens konkurranseregler. Utvalget har vurdert om det i tillegg til dette bør innføres særlige erstatningsregler i den nye loven, men har kommet til at de alminnelige erstatningsreglene bør gjelde også her. Utvalget antar at det kan bli flere saker for domstolene vedrørende erstatningsansvar ved overtredelse av den nye konkurranseloven. De nærmere regler og prinsipper for erstatningsansvar og tapsutmåling vil derfor bli utkrystallisert i rettspraksis.

Utvalget har vurdert om reglene om erstatning bør lovfestes. Utvalget viser i den forbindelse til vedlegg 1 i utredningen, der det fremheves at pedagogiske og preventive grunner taler for en lovfesting av ansvaret. Etter utvalgets oppfatning reiser imidlertid spørsmålet om lovfesting en rekke problemstillinger som det ikke har funnet grunn til å gå inn på. I stedet mener utvalget at spørsmålet eventuelt bør drøftes i en egen utredning.

Ugyldighet

Utvalget foreslår en videreføring av bestemmelsen om ugyldighetsvirkninger ved konkurransebegrensende avtaler. Ettersom de øvrige deler av forslagets § 3–1 bygger på EØS-avtalen artikkel 53, finner utvalget det naturlig å adoptere ordlyden i artikkel 53 nr. 2 om ugyldighet. Bakgrunnen for konkurranseloven § 5–1 om ugyldighet var blant annet EØS-tilpasning. Når loven nå går over til å benytte ordlyden i EØS-avtalen artikkel 53, finner utvalget det naturlig også å ta inn ugyldighetsregelen slik den fremgår av artikkel 53 nr. 2.

Utvalget har vurdert om ugyldighetsvirkningene ved overtredelse av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i forslagets § 3–2 bør lovfestes. Det finnes ingen bestemmelser i EØS-avtalen om ugyldighet av en avtale eller atferd i strid med EØS-avtalen artikkel 54. Det må derfor avgjøres etter nasjonal rett i hvilket omfang en avtale inngått som følge av utnyttelse av dominerende stilling, er ugyldig. Heller ikke den svenske og danske konkurranseloven har bestemmelser om ugyldighet ved overtredelse av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Utvalget foreslår derfor ikke en slik bestemmelse i konkurranseloven.

Midlertidig forføyning

Ved brudd på konkurransereglene ligger det i sakens natur at tidsaspektet er viktig for den som blir berørt av overtredelsen. Midlertidig forføyning kan anvendes for å sikre en privat mot videre skade gjennom overtredelse. Utvalget ser ikke noe påtrengende behov for å innføre bestemmelser om midlertidig sikring utover de alminnelige regler i tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 15. I tillegg kan partenes behov for beskyttelse mot videre skade av en overtredelse, ivaretas gjennom Konkurransetilsynets hjemmel i forslagets § 3–3 første ledd om å pålegge opphør av en overtredelse, og adgangen til å treffe midlertidig vedtak om slikt pålegg etter forslaget § 3–3 fjerde ledd, der det er fare for alvorlig og uopprettelig skade for konkurransen.

11.1.4 Høringsinstansenes merknader

Forbrukerrådet uttaler at det er betenkelig at lovutvalget ikke behandler privatrettslige virkninger mer inngående, og ber derfor om at temaet utredes nærmere.

Advokatfirmaet Hjort (Hjort) uttaler at hensynet til forutberegnlighet og pedagogiske grunner tilsier at erstatningsansvaret bør lovfestes. Hjort støtter de prinsipper som legges til grunn i utredningens vedlegg 1, og kan vanskelig se at det foreligger tungtveiende grunner for ytterligere utredninger når det gjelder lovfesting av erstatningsansvaret.

Konkurransetilsynet støtter lovutvalget i at behovet for særlige erstatningsregler i konkurranseloven bør utredes nærmere.

11.1.5 Departementets vurderinger

Innledning

Departementet er enig med utvalget i at privat håndheving reiser flere kompliserte spørsmål. Ettersom utvalget ikke har gått inn på disse spørsmålene, vil departementet derfor – i henhold til utvalgets anbefaling – vurdere å gjennomføre en egen utredning for å avklare problemene knyttet til privat håndheving.

Erstatning

Det følger av alminnelig erstatningsrett at overtredelser av konkurranseloven eller vedtak fattet i medhold av loven, kan utløse erstatningskrav.

Departementet er enig med utvalget i at en særlig lovfesting av regler om erstatning for brudd på konkurranseloven reiser kompliserte spørsmål. På bakgrunn av at utvalget ikke har behandlet disse

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

spørsmålene, velger departementet på dette tidspunkt ikke å foreslå en særregulering i konkurranse-loven.

Ugyldighet

Utvalgets forslag innebærer at konkurranse-loven vil regulere ugyldighetsvirkninger kun i forhold til avtaler som rammes av forslaget § 3–1. Spørsmål om ugyldighet kan imidlertid også oppstå i forhold til andre bestemmelser. Dette gjelder for eksempel ved overtredelser av vedtak fattet i medhold av loven. Utvalget har ikke foreslått å regulere dette forholdet, selv om det innebærer en endring i forhold konkurranse-loven 1993 § 5–1.

Utvalgets forslag reiser etter departements oppfatning flere spørsmål i forhold til ugyldighet. Siden det som nevnt vurderes å utrede spørsmålene knyttet til privat håndheving nærmere, går departementet ikke nærmere inn på dette i proposisjonen.

Midlertidig forføyning

Departementet er enig med utvalget i at det ikke er nødvendig å innføre en bestemmelse om midlerti-

dig sikring utover de alminnelige regler som følger av tvangsfullbyrdelsesloven.

11.2 Konkurransetilsynets rolle ved private søksmål

I forbindelse med en erstatningssak for brudd på konkurranse-loven kan det være vanskelig for private parter å bevise overtredelser av konkurranse-lovens forbudsbestemmelser. Det kan også være vanskelig å vite om det i det hele tatt foreligger tilstrekkelig bevismateriale for å gå til et erstatnings-søksmål. Fordi dokumenter som befinner seg hos Konkurransetilsynet eller påtalemyndigheten ofte har stor bevisverdi, er det viktig for skadelidte å få innsyn i disse dokumentene.

Konkurransetilsynets rolle ved private søksmål består derfor hovedsakelig av å bistå berørte tredjemenn med informasjon. Dette spørsmålet er nærmere behandlet i kapittel 9.4 om tredjemenns innsynsrett.

12 Verneting

12.1 Gjeldende rett

Gjeldende konkurranselov inneholder ingen regler om tvunget verneting. Staten har hjemting i Oslo. Ved søksmål mot Konkurransetilsynet eller departementet er det derfor Oslo tingrett som er verneting. Dersom et forelegg på vinningsavståelse etter konkurranse-loven § 6–5 ikke vedtas, følger det av loven at Konkurransetilsynet kan reise sak mot den ervervsdrivende i den rettskrets der den ervervsdrivende kan saksøkes. Begjæring om bevissikring bringes inn for forhørsretten på det sted hvor det mest praktisk kan skje, jf. konkurranse-loven § 6–2 annet punktum. Tvistemålslovens regler om verneting gjelder fullt ut, også der Konkurransetilsynet er saksøker.

I straffesaker har straffeprosessloven kapittel 3 bestemmelser om verneting. Etter straffeprosessloven § 10 skal hovedforhandlingen som hovedregel holdes der den straffbare handling antas foretatt.

Ved privatrettslige tvister om ugyldighet og erstatning ved overtredelser av konkurranse-loven gjelder tvistemålslovens alminnelige regler om verneting. Det vil si at søksmål må anlegges ved saksøktets hjemting, når ikke annet er avtalt, jf. tvistemålsloven § 17.

12.2 Utvalgets forslag

Utvalget har ikke sett noen grunn til å foreslå spesielle vernetingsregler ved privatrettslige søksmål og straffesaker etter konkurranse-loven.

Når det gjelder verneting for Konkurransetilsynets begjæring om bevissikring etter lovforslaget § 6–1 annet ledd, foreslår utvalget at begjæringen må fremsettes ved «tingretten» og ikke forhørsretten som det står i loven i dag. Utvalget viser i denne forbindelse til Ot.prp. nr. 65 (2001–2002), hvor det heter at funksjonsbetegnelser på førsteinstansdomstolene skal bortfalle. Forøvrig foreslår utvalget en videreføring av at begjæringen må fremsettes ved den domstol hvor det mest praktisk kan skje.

Utvalget har videre vurdert om det er behov for særlige vernetingsregler i saker hvor konkurranse-

myndighetene er saksøker eller saksøkt. Utvalget viser til at det finnes flere eksempler på tvungne vernetingsregler i spesiallovgivningen. Blant annet er Oslo tingrett tvunget verneting for de fleste søksmål som gjelder gyldigheten av patenter, jf. patentloven § 63. Denne bestemmelsen er begrunnet i hensynet til enhetlig rettsanvendelse og mulighet for kompetanseoppbygging ved domstolen. Utvalget viser videre til at i Sverige er Stockholms tingsrett verneting for alle konkurransesaker, herunder tvister mellom private.

Utvalget poengterer at innføringen av sivile bøter innebærer at Konkurransetilsynet selv bringer saker inn for domstolene. Der Konkurransetilsynet er saksøker, vil verneting etter de alminnelige regler avhenge av hvor det saksøkte foretaket har sitt verneting. Ved overtredelse av forslaget § 3–1 vil det kunne være flere foretak med forskjellige verneting som er involvert, noe som kan bety at Konkurransetilsynet må reise sak ved flere forskjellige domstoler.

Der konkurransemyndighetene er saksøkt, følger det imidlertid av tvistemålsloven § 21 at staten har sitt alminnelige verneting i Oslo, uavhengig av hvor det statlige organet som har truffet avgjørelsen holder til. Tvistemålsloven § 439 åpner for at staten kan saksøkes andre steder enn i Oslo. Hvis Konkurransetilsynet legges til Bergen, slik regjeringen har lagt frem forslag om i St.meld. nr. 17 (2002–2003) Om statlige tilsyn, innebærer dette at saksøker kan velge mellom verneting i Oslo og Bergen.

Utvalget fremhever at konkurransesaker ofte vil være komplekse både rettslig og faktisk. Store deler av konkurranseretten anses som svært vanskelig tilgjengelig, selv for erfarne dommere. Anvendelsen av forbudsbestemmelsene i forslaget §§ 3–1 og 3–2 krever god kjennskap til regelverket i EU/EØS. Det vil også kunne oppstå kompliserte samfunnsøkonomiske spørsmål. På denne bakgrunn mener utvalget det kan være hensiktsmessig at alle søksmål hvor konkurransemyndighetene er involvert, bringes inn for en bestemt domstol slik som i patentsaker. En slik ordning vil etter utvalgets mening antagelig bidra til en mer effektiv domstolsprøvelse samtidig som rettssikkerheten styrkes ved riktige avgjørelser. Ulempen med en slik

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

særdomstol, er at den aktuelle domstol vil omfatte saker i hele landet, og at aktørene i større grad enn ellers blir saksøkt utenfor sitt alminnelige forretningssete. Det vil kunne innebære betydelige ekstrakostnader knyttet til reise, advokatbistand o.l. Utvalget mener likevel at fordelene med en særdomstol er mer tungtveiende enn hensynene som taler mot.

Utvalget har på denne bakgrunn foreslått Oslo tingrett som tvunget verneting for søksmål angående lovmessigheten av avgjørelser truffet etter konkurranseloven og søksmål angående sivilrettslige bøter.

12.3 Høringsinstansenes merknader

Konkurransetilsynet støtter utvalgets forslag. Uten regelen om tvunget verneting bestemmes vernetinget av det saksøktes foretakets forretningssted. I konkurransesaker vil det kunne være flere involverte foretak med ulike verneting, noe som ville bety at tilsynet måtte reise sak ved flere domstoler. Selv om forslaget betyr at aktører som saksøkes utenfor sin egen rettskrets kan få betydelige ekstrakostnader, anser tilsynet at hensynene som taler for tvunget verneting er tungtveiende. Konkurransetilsynet er enig med utvalget i at store deler av konkurranseretten er svært vanskelig tilgjengelig, men legger til grunn at alle norske domstoler i utgangspunktet har eller kan skaffe seg tilstrekkelig kompetanse til å treffe avgjørelser i konkurranserettsaker. Det vil imidlertid være svært ressurskrevende for samfunnet at tilsynet i kartellsaker undertiden må saksøke involverte parter ved ulike verneting. Oslo tingrett er alminnelig verneting for staten, og de fleste store foretak holder til på Østlandet. Oslo tingrett er derfor etter tilsynets oppfatning et naturlig valg av tvunget verneting.

Den norske Advokatforening (Advokatforeningen) er uenig i at begjæring om bevissikring skal kunne bringes inn for tingretten «på det sted hvor dette mest praktisk kan skje», jf. forslaget § 6–1 annet ledd. Beslutninger om bevissikring treffes uten kontradiksjon, noe som forutsetter at domstolen kritisk vurderer Konkurransetilsynets begjæring og spørsmålet om hvorvidt bevissikring er et nødvendig og forholdsmessig inngrep. Det relativt lave antallet saker av denne typen, tilsier at sakene konsentreres til én domstol som derved gis mulighet til å opparbeide erfaring med og kompetanse innen de spørsmål som reiser seg i disse sakene. Dette vil blant annet kunne bidra til å sikre en konsistent praktisering av forholdsmessighetsprinsippet. Ad-

vokatforeningen viser i til utvalgets vurderinger i kapittel 10 i innstillingen og til forslaget § 8–1. De hensyn som leder utvalget til å foreslå at Oslo tingrett blir tvunget verneting i saker om lovmessigheten av avgjørelser truffet etter konkurranseloven og ved søksmål angående sivile bøter, har gyldighet også i relasjon til behandlingen av begjæring om bevissikring. Advokatforeningen foreslår på denne bakgrunn at forslaget § 6–1 annet ledd, slik at det fremgår at saker om bevissikring skal fremmes for Oslo tingrett. Advokatforeningen mener at det vil være et alternativ å legge behandlingen av beslutninger om bevissikring til Bergen tingrett fordi Stortinget har besluttet å flytte Konkurransetilsynet til Bergen. Ytterligere et alternativ vil være at saker om bevissikring kan bringes inn for Oslo (eller Bergen) tingrett, eller for tingretten på det sted hvor bevissikringen skal finne sted. Dette vil ikke bidra til den kanalisering og kompetanseoppbygging som Advokatforeningen mener vil være ønskelig, men vil være basert på prinsipper tilsvarende dem som er kommet til uttrykk i straffeprosessloven § 12.

12.4 Departementets vurderinger

Departementets anbefaling på området for verneting avviker på enkelte områder fra utvalgets forslag. Utvalget har foreslått særskilte regler for saker om lovmessigheten av avgjørelser etter konkurranseloven og saker om overtredelsesgebyr. I saker om lovmessigheten av avgjørelser etter konkurranseloven vil Konkurransetilsynet eller eventuelt departementet være saksøkt. Saksøker kan da velge mellom Bergen og Oslo som verneting, jf. tvistemålsloven §§ 21 og 439. Departementet ser ikke noen grunn til å gjøre Oslo til tvunget verneting i disse sakene, og dermed fravike normalordningen i tvistemålsloven. Behovet for å samle kompetansen i en domstol vil til en viss grad være ivaretatt, ved at det kun er to domstoler som er mulige verneting.

På bakgrunn av at departementet avviker fra utvalget i spørsmål om søksmålsbyrden ved overtredelsesgebyr, er det ikke lenger behov for særskilte vernetingsregler for disse tilfellene. Det vil imidlertid fremdeles være praktisk å kunne forene flere søksmål til en sak. Dette vil typisk være tilfelle der flere foretak er ilagt overtredelsesgebyr for deltakelse i et og samme kartell. Tvistemålslovens regler om prosessfellesskap åpner for at flere saksøkere kan reise sak mot samme saksøkte, jf. tvistemålsloven §§ 68 følgende. Det er altså kartelldeltakerne som eventuelt kan initiere felles behandling av en

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

sak dersom vilkårene er oppfylt. Konkurransetilsynet kan på sin side begjære saker reist av flere karteldeltakere forent til felles behandling etter tvistemålsloven § 98. Departementet antar at retten normalt vil ta en slik begjæring til følge. Selv om partene ved en forening fremdeles vil være prosessuelt uavhengige, vil det oppnås praktiske og prosessøkonomiske fordeler. På denne bakgrunn har departementet ikke funnet grunn til å anbefale en særlig regel om tvunget prosessfelleskap i slike saker.

I likhet med utvalget finner departementet det ikke nødvendig å foreslå spesielle vernetingsregler for privatrettslige søksmål eller straffesaker etter konkurranseloven.

Departementet følger utvalget i at «tingretten» erstatter «forhørsretten» i bestemmelsen om bevis-

sikring, og at begjæringen om bevissikring fremsettes ved den domstol det mest praktisk kan skje, jf. utkastet § 25.

Advokatforeningen har foreslått at det bør være tvunget verneting for begjæring om bevissikring. Departementet kan ikke se at det er behov for å regulere dette særskilt. Konkurransetilsynet vil formodentlig normalt velge Bergen tingrett ettersom de er lokalisert der. Dersom Konkurransetilsynet i en enkelt sak finner det mer praktisk å fremme begjæringen for en annen tingrett, så mener departementet at de må ha adgang til det. Hensynet til spesialisering i domstolene gjør seg etter departementets mening heller ikke så sterkt gjeldende i disse sakene.

13 Norske konkurransemyndigheters håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54

13.1 Innledning

Lovutvalget anbefalte i sin delinnstilling av 6. juli 2001 (NOU 2001: 28) at norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Utvalget forutsatte i delinnstillingen at den nye prosessuelle forordning for håndheving av EF-traktaten artikkel 81 og 82 som var under utarbeidelse i EU, ville bli inkorporert fullt ut i EØS-avtalen. I denne sammenheng forutsatte utvalget at det omfattende systemet for nasjonal håndheving av artikkel 81 og 82, ville bli gjort tilsvarende gjeldende i EØS-avtalen, slik at nasjonale konkurransemyndigheter i EØS ville bli forpliktet til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

EUs nye prosessuelle regelverk i rådsforordning (EF) 1/2003 ble vedtatt i desember 2002. Det har vist seg at forutsetningene for utvalgets anbefaling er endret. Et system med nasjonal håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 tilsvarende det system som forordning 1/2003 innfører i EU, vil ikke bli tatt inn i EØS-avtalen. Det vil si at det ikke vil bli innført desentralisert håndheving i EUs medlems-tater når det gjelder EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Grunnen er at Kommisjonen har motsatt seg dette.

Manglende plikt til desentralisert håndheving etter EØS-avtalen er likevel ikke til hinder for at norske konkurransemyndigheter gjennom nasjonal lovgivning kan gis kompetanse til å håndheve artikkel 53 og 54.

13.2 Gjeldende rett

Norske konkurransemyndigheter har i dag ikke hjemmel til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

13.3 Utvalgets forslag

Lovutvalget anbefalte som nevnt over i sin delinnstilling at norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53

og 54. En viktig forutsetning for utvalget var at norske myndigheter ville bli forpliktet gjennom EØS-avtalen til å håndheve disse bestemmelse.

Utvalget går i NOU 2003: 12 ikke konkret inn på hvilke implikasjoner det har for utvalgets anbefalinger om desentralisert håndheving at Norge ikke vil bli forpliktet etter EØS-avtalen til å håndheve artikkel 53 og 54. Utvalget peker imidlertid på at en rekke av de momenter utvalget bygget på i delinnstillingen, som hensynet til rettsenhet, hensynet til næringslivet og administrative hensyn, vil være uendret uansett hvordan forordningen inkorporeres i EØS-avtalen.

13.4 Høringsinstansenes merknader

Delinnstillingen ble sendt på høring høsten 2001. Ingen av høringsinstansene hadde innvendinger til anbefalingen om å gi norske myndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

På bakgrunn av at et system med nasjonal håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 ikke innføres i EØS-avtalen, ble dette forhold særlig omtalt i departementets høringsbrev av 10. april 2003. Departementet ba om høringsinstansenes syn på om norske konkurransemyndigheter bør gis kompetanse til å håndheve artikkel 53 og 54. I denne forbindelse ble høringsinstansene særlig bedt om å vurdere i hvilken grad håndheving av artikkel 53 og 54 vil gi en selvstendig håndhevingsmessig fordel, når forbudsbestemmelsene i den nye loven i det vesentlige vil bli utformet etter og tolket på bakgrunn av, artikkel 53 og 54.

Et flertall av høringsinstansene som har uttalt seg, støtter forslaget om at norske konkurransemyndigheter skal gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalens artikkel 53 og 54.

Den norske Advokatforening (Advokatforeningen) støtter utvalgets opprinnelige begrunnelse om desentralisert håndheving. Det henvises i den forbindelse til de reformer som nå skjer innen EU-pilaren, og at EFTAs overvåkningsorgan tidligere har oppfordret EFTA-statene til å gi nasjonale konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve EØS-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

avtalens artikkel 53 og 54. Videre mener Advokatforeningen at desentralisert håndheving vil kunne føre til en mer effektiv kontroll med konkurranse-skadelig adferd. Desentralisert håndheving vil også kunne øke foretakenes muligheter for å få behandlet klager om konkurransebegrensende atferd fordi norske myndigheter vil kunne behandle saker som Kommisjonen eller EFTAs overvåkningsorgan mener ikke har tilstrekkelig sterk interesse for EØS-avtalen. Etter Advokatforeningens oppfatning er det viktigste argument for desentralisert håndheving at det kan tjene et politisk taktisk formål. En slik nasjonal kompetanseregulering kan brukes som et argument for å få gjennomført de rettslige og praktiske ordninger som er nødvendige for å sikre desentralisert håndheving, så vel innen EU- som EFTA-pilaren.

Advokatforeningen understreker videre at en vesentlig forutsetning for at norske konkurransemyndigheters håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 skal representere en mer rasjonell og betryggende håndheving, er at norske konkurransemyndigheter får tilgang til informasjon og erfaring fra andre nasjonale konkurransemyndigheter og fra EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen.

Høringsuttalelsen fra *Wikborg Rein & Co* tilsvarende uttalelsen fra Den norske Advokatforening.

Norsk Hydro uttaler at de EØS-rettslige rettssikkerhetsgarantiene også må få anvendelse ved Konkurransetilsynets håndhevelse av artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen. Dette betyr at tilsynet vil måtte bestemme hvilke regler som skal anvendes allerede forut for en etterforskning. *Hydro* peker også på behovet for samordning mellom Konkurransetilsynet og EFTAs overvåkningsorgan. Siden det forutsettes at nasjonal håndhevelse av artikkel 53 og 54 ikke er obligatorisk, betyr dette at Konkurransetilsynets håndhevelse av reglene vil være sekundær i forhold til EFTAs overvåkningsorgan i henhold til prinsippet i rådsforordning (EØF) 17/62 artikkel 9 nr. 3.

EFTAs overvåkningsorgan (ESA) mener at desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 av nasjonale konkurransemyndigheter i EFTA, i vesentlig grad vil effektivisere håndhevingen av bestemmelsene og skape ensartede rammevilkår i EØS. Det anføres at nasjonale konkurransemyndigheter har bedre forutsetninger for overvåking og for å avdekke ulovlige konkurransereguleringer i markedene. ESA nevner videre at det ikke har ressurser til å håndtere alle saker som faller inn under EØS-avtalen artikkel 53 og 54, og at ESA også får mulighet til å prioritere å behandle visse saker. At nasjonale konkurransemyndigheter håndhever EØS-avtalen artikkel 53 og 54 vil derfor styr-

ke mulighetene for realitetsbehandling av klager. I tillegg vil nasjonal håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 gjøre det lettere for foretak, som bare vil måtte forholde seg til ett regelverk når en sak omfattes av både nasjonal konkurranselovgivning og EØS-avtalen artikkel 53 og 54. ESA mener også at det bør etableres et system med obligatorisk desentralisert håndheving på EFTA-nivå.

Næringslivets Hovedorganisasjon, Finansnærings Hovedorganisasjon, Sparebankforeningen og Norges Colonialgrossisters Forbund uttaler at de støtter at norske konkurransemyndigheter gis adgang til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Konkurransetilsynet vil ikke anbefale at Norge på selvstendig grunnlag gir konkurransemyndighetene kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Tilsynet uttaler at en rekke av fordelene som følger av at norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve artikkel 53 og 54, ikke gjør seg gjeldende i tilsvarende grad siden det ikke blir innført desentralisert håndheving på EØS-nivå. Etter tilsynets oppfatning er det derfor ikke gitt at Norge på selvstendig grunnlag bør innføre desentralisert håndheving av EØS-konkurransereguleringene i Norge. Konkurransetilsynet legger til grunn at lovutvalgets forslag til §§ 3–1 og 3–2 og EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i det vesentlige vil ramme samme type atferd. Konkurransetilsynet antar derfor at adgang for nasjonale konkurransemyndigheter til å anvende EØS-avtalen artikkel 53 eller 54 vil ha liten selvstendig håndhevingsmessig betydning i praksis.

Konkurransetilsynet påpeker at forordning 1/2003 artikkel 3 går lenger enn det som følger av EØS-retten. Forordning 1/2003 artikkel 3 nr. 1 pålegger medlemsstatenes konkurransemyndigheter og domstoler å anvende EF-traktaten artikkel 81 og 82 dersom disse er anvendelige. Videre fastsetter artikkel 3 nr. 2 at anvendelsen av nasjonal konkurranserett ikke må føre til forbud mot atferd som ikke ville være forbudt etter EF-traktaten artikkel 81 nr. 1. Konkurransetilsynet antar derfor at en kompetanse for norske konkurransemyndigheter til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i praksis kan legge begrensninger på anvendelsen av nasjonal konkurranserett. I følge tilsynet kan dette føre til en mindre restriktiv nasjonal konkurranselovgivning enn dersom norske konkurransemyndigheter ikke gis kompetanse til å håndheve artikkel 53 og 54.

Konkurransetilsynet fremhever at dersom norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve artikkel 53 og 54, vil det ikke være hensiktsmessig å la nasjonale konkurranseregler og EØS-konkurransereguleringene håndheves i henhold til

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

ulike saksbehandlingsregler eller sanksjonsregler. Konkurransetilsynet antar derfor at desentralisert håndheving kan medføre en uønsket påvirkning av innholdet i norske saksbehandlingsregler og sanksjonsregler i saker etter konkurranseloven. Konkurransetilsynet antar at flere av de konkurransesakene som i dag behandles av norske myndigheter etter gjeldende konkurranselov vil bli behandlet av EFTAs overvåkningsorgan i et fremtidig system med desentralisert håndheving.

Konkurransetilsynet antar at avskaffelsen av notifikasjonssystemet og en overgang til lovbestemte unntak i EØS-retten, vil føre til at foretakene i mindre grad vil måtte forholde seg til overvåkningsorganene. En overgang til norske konkurranseregler harmonisert med EØS-konkurransereglene vil uansett gjøre det langt enklere for foretakene å forholde seg til to regelsett og to tilsynsorganer. Konkurransetilsynet kan derfor ikke se at hensynet til næringslivet taler for å gi norske konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve artikkel 53 og 54.

Bull & Co Advokatfirma uttaler at de ikke kan se at håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 vil gi noen håndhevingsmessig fordel utover hva som oppnås ved en harmonisering av tilsvarende norske bestemmelser.

13.5 Departementets vurderinger

13.5.1 Innledning

Rådsforordning (EF) 1/2003 vil bli gjort til en del av EØS-avtalen blant annet ved at Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan vil få samme kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 som Kommisjonen har til å håndheve EF-traktaten artikkel 81 og 82. Imidlertid vil det ikke innføres en rett og plikt for nasjonale konkurransemyndigheter til å håndheve artikkel 53 og 54 tilsvarende den rett og plikt som nasjonale konkurransemyndigheter i EUs medlemstater etter forordning 1/2003 har til å håndheve EF-traktaten artikkel 81 og 82. Det medfører blant annet at det omfattende samarbeidet mellom nasjonale konkurransemyndigheter som EUs regelverk legger opp til, ikke vil bli realisert på EØS-nivå, verken med hensyn til informasjonsutveksling eller koordinering av nasjonal håndheving.

Manglende plikt til desentralisert håndheving etter EØS-avtalen er likevel ikke til hinder for at norske konkurransemyndigheter gjennom nasjonal lovgivning gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Disse bestemmelser er norsk

lov gjennom EØS-loven § 1, men håndheves i dag eksklusivt av Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan etter kompetansefordelingsreglene i EØS-avtalen artikkel 56. Det håndhevingsmessige samarbeid overvåkningsorganene imellom er regulert i EØS-avtalen artikkel 58 og Protokoll 23. Dersom norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, vil dette ikke reflekteres i EØS-avtalen. Det innebærer at norske konkurransemyndigheters håndheving av artikkel 53 og 54 ikke vil være en integrert del av det håndhevingsssystem som følger av EØS-avtalen, men vil rettslig sett utgjøre en separat ordning ved siden av det system som følger av EØS-avtalen. En slik nasjonal håndheving vil således ikke være regulert i EØS-avtalen, og ikke utløse rettigheter og plikter etter denne, for norske konkurransemyndigheter.

Dersom norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, åpner dette for å etablere et system med desentralisert håndheving på EFTA-nivå som tilsvarende systemet i EU. Departementet legger til grunn at et slikt system vil bli etablert på EFTA-plan dersom norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Et EFTA-system for desentralisert håndheving vil reguleres i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA), og medføre en forpliktelse for Norge til å gjennomføre regelverket i norsk rett. Utenriksdepartementet vil legge fram en egen stortingsproposisjon om dette.

Departementets oppfatning er at norske konkurransemyndigheter bør gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Departementets syn utdypes i det følgende.

13.5.2 Effektiv håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54

Dersom konkurransemyndighetene gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, vil dette etter departementets oppfatning kunne bidra til å effektivisere håndhevingen av disse reglene i Norge.

Departementet er enig med flere av høringsinstansene i at norske konkurransemyndigheter generelt vil ha bedre kunnskap om og oversikt over, konkurranseforholdene i Norge enn EFTAs overvåkningsorgan eller Kommisjonen, og at nasjonal håndheving vil kunne bidra til mer effektiv kontroll med, og avdekking av, konkurranseskadelig atferd.

Videre har ikke ESA ressurser til å håndtere alle saker etter artikkel 53 og 54. ESA har også en

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

diskresjonær myndighet til å prioritere hvilke saker de vil forfølge. Dersom norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve artikkel 53 og 54, vil dette derfor bidra til øke mulighetene for at klager på overtredelser av disse bestemmelsene blir realitetsbehandlet. Det vil også generelt bidra til at flere saker blir behandlet etter bestemmelsene.

13.5.3 Avklaring av forholdet til EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og konkurranseloven hos samme organ

EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen håndhever i dag alene EØS-avtalen artikkel 53 og 54 etter nærmere bestemte kompetansefordelingsregler i EØS-avtalen artikkel 56. Dersom Konkurransetilsynet gis kompetanse til å håndheve artikkel 53 og 54, vil dette innebære at saker etter disse bestemmelser i praksis vil kunne bli avklart på nasjonalt nivå i Norge. Videre er det etter departementets oppfatning naturlig at denne kompetansen også ledsages av en plikt til å anvende artikkel 53 og 54 der disse er anvendelige. Dette sikrer en homogen vurdering av saker som faller inn under virkeområdet til disse bestemmelsene.

På denne måten vil nasjonal håndheving i Norge bidra til en vesentlig økning av antall saker som behandles etter artikkel 53 og 54. Departementet antar i denne forbindelse at en betydelig andel av sakene som behandles av konkurransemyndighetene etter den nye loven, også vil bli behandlet etter artikkel 53 og 54, jf. den relativt lave terskel som samhandelskriteriet utgjør for anvendelse av disse bestemmelser. Dette innebærer at norske foretak i praksis vil få avklart forholdet til både artikkel 53 og 54 og konkurranseloven hos samme organ. Riktignok vil ikke Konkurransetilsynets avgjørelser være bindende for ESA og Kommisjonen, men departementet antar likevel at det skal mye til at disse tar opp en sak som tilsynet har avgjort. Etter departementets oppfatning fører det til større forutberegnlighet for norske foretak at samme sak vurderes samtidig etter begge regelverk. Når norske konkurransemyndigheter avslutter sin saksbehandling, vil foretakene i praksis ha fått en avgjørelse etter begge regelverk. Departementet antar også at en avklaring i henhold til begge regelverk vil foreligge på et tidligere tidspunkt enn dersom forholdet først hadde blitt vurdert av norske konkurransemyndigheter og deretter av det kompetente overvåkningsorganet.

13.5.4 Ensartet system for håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54

Dersom norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, vil dette bidra til å at norske foretak blir underlagt et tilsvarende system som i EU, der nasjonale konkurransemyndigheter i henhold til forordning 1/2003 skal håndheve EF-traktaten artikkel 81 og 82. Det vil bidra til at norske foretak får tilnærmet samme rammebetingelser som sine konkurrenter eller samarbeidspartnere innenfor EU.

Imidlertid gjelder dette med enkelte begrensninger. Nasjonale konkurransemyndigheter i EUs medlemsstater kommer ikke til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Materielt sett vil riktignok konkurransemyndighetene i EUs medlemsstater og i Norge håndheve like regler i henholdsvis EF-traktaten artikkel 81 og 82 og EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Håndhevingssystemet vil likevel bli forskjellig. For det første fordi EF-traktaten artikkel 81 og 82 ikke vil komme til anvendelse i saker der en konkurranseregulering bare påvirker handelen mellom Norge og en EU-stat, for eksempel Sverige. Svenske myndigheter må dermed anvende nasjonale regler, mens norske myndigheter vil kunne anvende EØS-avtalen artikkel 53 og 54. For det annet vil ikke EFTA-statene delta i det nære samarbeid nasjonale konkurransemyndigheter imellom som etableres i EU som følge av forordning 1/2003, som blant annet etablerer mekanismer for saksfordeling, informasjonsutveksling og koordinering av håndhevingstiltak.

Det å gi norske konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve artikkel 53 og 54, bidrar således formelt sett ikke til å skape et enhetlig system for håndheving innenfor EØS. Bare dagens system, der Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan alene håndhever artikkel 53 og 54, sikrer enhetlig rettsanvendelse og håndheving av disse bestemmelser innenfor hele EØS. Imidlertid vil nasjonal håndheving av disse bestemmelsene reelt sett bidra til likere rammebetingelser for norske foretak.

13.5.5 Informasjonsutveksling

Det er i dag usikkert i hvilken utstrekning informasjon som Konkurransetilsynet har innhentet etter konkurranseloven §§ 6–1 og 6–2 for å håndheve konkurranseloven, kan benyttes av EFTAs overvåkningsorgan for å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Dette kan være upraktisk i saker der det først etter at det er gjennomført slik informasjonsinnhenting etter §§ 6–1 og 6–2, viser seg at saken faller inn under artikkel 53 og 54 og skal behandles av overvåkningsorganet.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Dersom norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve artikkel 53 og 54, vil det være hensiktsmessig at informasjon som er innhentet i Norge for å håndheve disse regler kan brukes av ESA for å håndheve de samme regler. Slik bruk av informasjon innhentet av Konkurransetilsynet vil kunne reguleres gjennom nødvendige endringer i ODA. Med kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 vil Konkurransetilsynet således kunne innhente samme informasjon både etter konkurranseloven og EØS-avtalen slik at det ikke oppstår avgrensningsspørsmål med hensyn til hvilken informasjon som eventuelt senere kan oversendes til og brukes av ESA.

Motsatt synes det etter gjeldende EØS-rett klart at norske konkurransemyndigheter ikke kan benytte informasjon som ESA har innhentet for håndheving av artikkel 53 og 54 til å håndheve den norske konkurranseloven. Dersom norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve disse bestemmelsene, kan det gjennom endringer i ODA legges til rette for at norske konkurransemyndigheter kan bruke slik informasjon til håndheving av artikkel 53 og 54 på nasjonalt nivå.

13.5.6 Samarbeid mellom nasjonale konkurransemyndigheter

En sentral del av reformen med nasjonal håndheving i EU er etableringen av et omfattende samarbeid nasjonale konkurransemyndigheter imellom. Dette samarbeidet skal blant annet bidra til tidlig kunnskap om saker, samt koordinering av håndteringen av sakene. Det er klart at et tilsvarende samarbeid ikke vil bli etablert på EØS-nivå, dels fordi EU-landene ikke kommer til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, og dels fordi Kommisjonen uansett ikke er villig til å la EFTA-landene delta i det nettverket av nasjonale konkurransemyndigheter som nå etableres i EU.

Dersom norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve artikkel 53 og 54, vil imidlertid dette åpne for at det etableres et eget system for desentralisert håndheving på EFTA-nivå, tilsvarende det som forordning 1/2003 etablerer i EU. Et slikt system vil kunne gi håndhevingsmessige fordeler i form av samarbeid og informasjonsutveksling. På bakgrunn av at spørsmålet om desentralisert håndheving på EØS-nivå vil bli tatt opp med Kommisjonen på et senere tidspunkt, antar departementet videre at etableringen av et slikt system på EFTA-nivå vil være en fordel i drøftelsene med Kommisjonen i den anledning. Det vises for øvrig til kapittel 14 for en nærmere omtale av dette spørsmål.

13.5.7 Saksbehandling

Departementet er enig med Konkurransetilsynet i at det ikke er hensiktsmessig med forskjellige saksbehandlingsregler for håndheving av konkurranseloven og EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Etter departementets oppfatning bør derfor de saksbehandlingsregler for konkurranseloven som departementet foreslår, i utgangspunktet også gjelde ved håndheving av artikkel 53 og 54. Imidlertid vil konkurransemyndighetene ved anvendelsen av saksbehandlingsreglene i saker etter disse bestemmelsene måtte ta hensyn til grunnleggende prinsipper i EØS-retten. Dette vil i praksis innebære at der konkurransemyndighetene behandler en sak etter begge regelsett, vil de begrensninger som følger av EØS-retten måtte legges til grunn også for håndhevingen av konkurranseloven. Det vises til kapittel 14, der departementet foreslår at konkurransemyndighetene, når de anvender konkurranseloven, også plikter å anvende EØS-avtalen artikkel 53 og 54 når disse bestemmelser er anvendelige.

Departementet legger til grunn at forslaget til saksbehandlingsregler antas å tilfredsstille grunnprinsippene i EØS-retten. Bestemmelsene reflekterer også til en viss grad saksbehandlingsreglene i forordning 1/2003. At saksbehandlingsreglene vil måtte tolkes i tråd med grunnprinsippene i EØS-retten, antas ikke å være særlig byrdefullt for konkurransemyndighetene. Blant annet har konkurransemyndighetene lang erfaring med å forholde seg til de rettslige rammer for konkurransemyndighetenes virksomhet som følger av Den europeiske menneskerettskonvensjon og EØS-avtalen.

13.5.8 Sanksjoner

Konkurransetilsynet uttaler i sin høringsuttalelse at dersom norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, vil dette ha betydning for utformingen og anvendelsen konkurranselovens sanksjonsregler.

Departementet er enig med Konkurransetilsynet i at spørsmålet om norske konkurransemyndigheter skal gis kompetanse til å håndheve artikkel 53 og 54, har betydning for anvendelsen av sanksjonsreglene etter konkurranseloven. Dersom en sak behandles både etter konkurranseloven og artikkel 53 og 54, er det ikke hensiktsmessig å ha ulike sanksjonsbestemmelser for overtredelse av henholdsvis konkurranseloven og EØS-konkurransereguleringene. I den grad EØS-avtalen kommer til anvendelse, bør derfor sanksjonsreglene tilpasses de grunnleggende prinsippene i EØS-retten, også ved sanksjoner ilagt etter den norske konkurranseloven.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Departementet antar at de sanksjoner som foreslås for brudd på konkurranseloven, ikke vil være i strid med disse prinsipper. Disse sanksjonene kan derfor anvendes også på overtredelser av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

13.5.9 Konklusjon

På grunnlag av ovenstående slutter departementet seg til utvalgets anbefaling og flertallet av høringsinstansene, og foreslår at norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Departementet legger i denne forbindelse blant annet vekt på at dette vil kunne bidra til en mer effektiv håndheving av disse bestemmelsene og lette samarbeidet med EFTAs overvåkningsorgan. Videre vil håndheving av disse bestemmelsene føre til at reglene i større grad blir anvendt, samt bidra til en mer enhetlig anvendelse av regelverket. Dette bidrar til å skape klarere rammevilkår og bedre forutberegnelighet for næringslivet. Videre anser departementet det også som en fordel i seg selv at systemet for håndhevelse av artikkel 53 og 54 er tilpasset det tilsvarende systemet i EU. Dette gjør regel-

verket lettere å forholde seg til for næringslivet, og særlig for foretak som har virksomhet i flere land.

Departementet ser at det kan være visse ulemper knyttet til konkurransemyndighetenes håndheving av regelverket. For eksempel kan det fremstå som en ulempe at når en sak behandles både etter konkurranseloven og artikkel 53 og 54, så må saksbehandlingen ved håndheving av konkurranseloven skje innenfor rammene av de grunnleggende prinsipper i EØS-avtalen. Departementet mener imidlertid at disse innvendingene ikke kan tillegges avgjørende vekt.

Etter dette foreslår departementet at følgende bestemmelse tas inn i EØS-konkurranseloven som § 6 første ledd første punktum:

«Norske konkurransemyndigheter skal, med de begrensninger som følger av EØS-avtalen, Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol eller forskrifter gitt i medhold av § 5, føre tilsyn med at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 overholdes.»

14 Endringer i EØS-konkurranseloven

14.1 Innledning

14.1.1 Det nye håndhevingsregelverket i EU – rådsforordning (EF) nr. 1/2003

Ministerrådet i EU vedtok 16. desember 2002 et nytt regelverk for håndheving av EF-traktaten artikkel 81 og 82 (rådsforordning (EF) nr. 1/2003). Forordningen erstatter gjeldende prosedyrereguleringer i rådsforordning (EØF) 17/1962, og innebærer vesentlige endringer i forhold til dette. Forordningen skal trer i kraft 1. mai 2004.

Et sentralt element i den nye forordningen er innføringen av såkalt desentralisert håndheving av artikkel 81 og 82. Dette innebærer at nasjonale konkurransemyndigheter i EU gis rett og plikt til å håndheve artikkel 81 og 82. Disse nye reglene etablerer omfattende samarbeidsmekanismer både mellom nasjonale konkurransemyndigheter og mellom nasjonale konkurransemyndigheter og Europa-Kommisjonen. Videre reguleres rettigheter og plikter både for nasjonale konkurransemyndigheter og nasjonale domstoler.

14.1.2 Inkorporering i EØS-avtalen

Det nye regelverket er EØS-relevant. Det skal derfor i utgangspunktet inkorporeres i EØS-avtalen med de nødvendige tilpasninger. Kommisjonen har imidlertid motsatt seg at systemet med desentralisert håndheving blir tatt inn i EØS-avtalen. Det innebærer at det ikke etableres et system på EØS-nivå med desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, som tilsvarer EF-traktaten artikkel 81 og 82. De mekanismer som legger til rette for et system med desentralisert håndheving, blir heller ikke tatt inn i EØS-avtalen. Det omfatter for eksempel bestemmelser som regulerer nasjonale konkurransemyndigheters og domstolars rolle, og bestemmelser som etablerer samarbeid konkurransemyndighetene imellom. Kommisjonens standpunkt er imidlertid at EØS-avtalen ikke er til hinder for at et system for desentralisert håndheving som tilsvarer forordning 1/2003, etableres på EFTA-nivå, jf. omtalen i punkt 13.5.1.

Etter dette blir de bestemmelser i forordning

1/2003 som etablerer og regulerer systemet med desentralisert håndheving, ikke gjort til en del av EØS-avtalen. Forordningens øvrige bestemmelser blir imidlertid tatt inn på vanlig måte. Dette gjelder for eksempel regler som gir Kommisjonen styrkede etterforskningsfullmakter og bestemmelser som regulerer nasjonale domstolars prøvesrett av beslutninger fra overvåkningsorganene om å gjennomføre kontroller. De bestemmelser som inkorporeres i EØS-avtalen, vil bli tatt inn i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA), og gjennomføres i norsk rett som følge av våre forpliktelser etter EØS-avtalen. Gjennomføringen i norsk rett skjer i utgangspunktet i forskrifts form, men enkelte bestemmelser er av en slik art at de må/bør inntas som formell lov.

14.1.3 Norske myndigheters kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54

Som omhandlet i kapittel 13 anbefaler departementet at norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Etter departementets oppfatning er det også nødvendig å regulere hvordan konkurransemyndighetene skal utøve denne kompetansen, blant annet for å sikre en konsekvent og enhetlig anvendelse av bestemmelsene.

I denne forbindelse bør måten konkurransemyndighetene anvender artikkel 53 og 54 reguleres på tilsvarende måte som forordning 1/2003 regulerer nasjonale konkurransemyndigheter i EU. At rammene for norske konkurransemyndigheters håndheving av artikkel 53 og 54 er tilpasset systemet i EU, gjør det lettere for næringslivet å forholde seg til regelverket. Videre vil en slik regulering legge forholdene til rette for å etablere et system for desentralisert håndheving på EFTA-nivå, jf. omtale i punkt 14.1.4.

Etableringen av et system for konkurransemyndighetenes håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 kan dels gjøres gjennom forskrift, dels krever reguleringen formell lovs form.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

14.1.4 Etablering av et system for desentralisert håndheving på EFTA-nivå

De samme forhold som taler for at norske konkurransemyndigheter skal gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, taler også for at det etableres et system for desentralisert håndheving på EFTA-nivå som tilsvarende systemet i EU. Dersom norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve artikkel 53 og 54, vil departementet søke å få gjennomslag for at et slikt system etableres på EFTA-nivå. Det vises ellers til proposisjonens punkt 13.5.6. Et EFTA-system for desentralisert håndheving vil eventuelt bli regulert i ODA og vil deretter gjennomføres i norsk rett.

14.1.5 Oppsummering – lovendringer og traktatendringer

Flere av de lovendringer som departementet foreslår i EØS-konkurranseloven i dette kapittel, er begrunnet med at Norge vil være folkerettslig forpliktet etter EØS-avtalen til å ta inn bestemmelsene i norsk rett som en følge av endringer i EØS-avtalen.

Dels er lovforslagene begrunnet med det formål å etablere et system i Norge som gir norske konkurransemyndigheter og domstoler de rettigheter og plikter som forordning 1/2003 gir nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler i EU. Denne tilpasningen gjør regelverket lettere å forholde seg til for næringslivet, samtidig som den legger forholdene til rette for etablering av et system for desentralisert håndheving på EFTA-nivå. Regjeringen vil derfor arbeide for at Avtale om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA) blir endret slik at et system med desentralisert håndheving blir etablert innen EFTA-pillaren. I proposisjonen legger derfor departementet til grunn at ODA blir endret i samsvar med dette, og at de lovforslag som blir omtalt i dette kapittel, vil gjennomføre de folkerettslige forpliktelser som vil følge av disse endringer.

De nødvendige beslutningene om endringene i EØS-avtalen og ODA er ennå ikke vedtatt. Siden disse vil kreve endringer i lov, vil Utenriksdepartementet i samsvar med Grunnloven § 26 annet ledd fremme stortingsproposisjon om Stortingets samtykke til disse traktatendringene.

14.1.6 Plassering av bestemmelsene i ny EØS-konkurranselov

Som det fremgår nedenfor, foreslås en rekke endringer i EØS-konkurranseloven. Endringene er omfattende, og de bryter vesentlig med lovens system.

Etter departementets oppfatning er det derfor mest hensiktsmessig å vedta en ny lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler. Den gjeldende lov om konkurranseregler i EØS-avtalen mv. foreslås dermed opphevet. Det vises til proposisjonens punkt 15.1.4.

14.2 Domstolenes prøvesrett av Kommisjonens eller EFTAs overvåkningsorgans beslutninger om bevissikring

14.2.1 Innledning

Rådsforordning 1/2003 regulerer nasjonale domstolers rett til å prøve Kommisjonens beslutning om bevissikring. Etter forordningens artikkel 20 nr. 2 a kan bevissikring gjelde lokaler, eiendom og transportmidler som tilhører foretak. Etter artikkel 21 nr. 1 kan bevissikring også gjelde andre lokaler, eiendom og transportmidler enn de som tilhører foretak, herunder private hjem.

Artikkel 20 nr. 2 a lyder i dansk versjon:

«2. Repræsentanter for og andre ledsagende personer, der er bemyndiget af Kommissionen til at gennemføre en kontrolundersøgelse, har beføjelse til:

a) at få adgang til alle virksomhedernes og virksomhedssammenslutningernes lokaler, grunde og transportmidler.»

Artikkel 21 nr. 1 lyder:

«1. Såfremt der foreligger rimelig mistanke om, at bøger eller andre forretningspapirer, der vedrører genstanden for undersøgelsen, og som måtte være relevante som bevis for en alvorlig overtrædelse af traktatens artikel 81 eller 82, opbevares i andre lokaler, grunde eller transportmidler herunder private hjem tilhørende de pågældende virksomheders eller virksomhedssammenslutningers direktører, ledere og andre medarbejdere, kan Kommissionen ved beslutning pålægge, at der gennemføres en kontrolundersøgelse i sådanne lokaler, på sådanne grunde eller i sådanne transportmidler.»

Etter forordningen er det opp til nasjonal rett å regulere om domstolene skal prøve Kommisjonens beslutning om å gjennomføre bevissikring hos foretak. I den grad nasjonal rett krever kjennelse fra domstolene, fastlegger forordningen domstolenes vurderingstema, jf. forordningens artikkel 20 nr. 8 jf. nr. 7. Bestemmelsene lyder i dansk versjon:

«7. Når den i stk. 6 omhandlede bistand i overensstemmelse med national lovgivning kræver

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

en domstolstilladelse, skal der anmodes derom. Der kan også anmodes om en sådan tilladelse på forhånd.

8. Når der anmodes om tilladelse som omhandlet i stk. 7, kontrollerer den nationale domstol ægtheden af Kommissionens beslutning og sikrer, at de påtænkte tvangsindgreb ikke er vilkårlige eller uforholdsmæssige i forhold til undersøgelsens formål. Ved prøvelsen af indgrebenes forholdsmæssighed kan den nationale domstol anmode Kommissionen direkte eller gennem den nationale konkurrencemyndighed om detaljerede forklaringer vedrørende de forhold, der begrunder Kommissionens mistanke om, at der foreligger en overtrædelse af traktatens artikkel 81 og 82, samt for grovheden af den formodede overtrædelse og karakteren af den pågældende virksomheds deltagelse. Den nationale domstol kan dog hverken sette spørsmålsteget ved, om kontrolundersøgelsen er nødvendig, eller kræve at få forelagt opplysninger i Kommissionens sagsakter. Det er forbeholdt EF-Domstolen at kontrollere lovligheten af Kommissionens beslutning.»

Ved bevissikring som gjelder adgang til andre lokaler, eiendom og transportmidler enn de som tilhører foretak eller sammenslutninger av foretak, herunder private hjem, er det etter forordningen nødvendig med tillatelse fra nasjonale domstoler, og også her angis domstolenes vurderingstema ved prøvingen, jf. artikkel 21 nr. 3. Bestemmelsen lyder i dansk versjon:

«3. En beslutning vedtaget i henhold til stk. 1 kan ikke gennemføres uden forudgående tilladelse fra en national domstol i den pågældende medlemsstat. Den nationale domstol kontrollerer ægtheden af Kommissionens beslutning og sikrer, at de påtænkte tvangsindgreb ikke er vilkårlige eller uforholdsmæssige, navnlig i forhold til den formodede overtrædelses grovhet og betydningen af det ønskede bevismateriale, den pågældende virksomheds deltagelse samt den rimelige sandsynlighed for, at forretningspapirer, der står i forbindelse med genstanden for undersøgelsen, opbevares i de lokaler, som den ønskede tilladelse til at foretage en kontrolundersøgelse vedrører. Den nationale domstol kan anmode Kommissionen direkte eller gennem den nationale konkurrencemyndighed om detaljerede forklaringer vedrørende de forhold, den behøver kendskab til for at kunne foretage en prøvelse af forholdsmæssigheden af de påtænkte tvangsindgreb.

Den nationale domstol kan dog hverken sette spørsmålsteget ved, om kontrolundersøgelsen er nødvendig, eller kræve at få forelagt opplysninger i Kommissionens sagsakter. Det er forbeholdt EF-Domstolen at kontrollere lovligheten af Kommissionens beslutning.»

Bestemmelsene i forordning 1/2003 artikkel 20 nr. 7 og 8 og artikkel 21 nr. 3 er EØS-relevante og vil i sin tilpassede form bli tatt inn i EØS-avtalen og deretter i ODA. Bestemmelsene må så tas inn i norsk rett som følge av våre forpliktelser etter EØS-avtalen.

14.2.2 Gjeldende rett

Etter EØS-konkurranseloven § 3 gjelder konkurranseeloven §§ 6–1 og 6–2 ved kontroller som foretas av EFTAs overvåkningsorgan. Etter konkurranseeloven § 6–2 kan Konkurransetilsynet begjære bevissikring «når det er rimelig grunn til å anta at denne lov, eller vedtak i medhold av denne lov er overtrådt». Nasjonale domstolars rett til å prøve Kommissjonens og EFTA overvåkningsorgans vedtak om bevissikring er ikke kodifisert i EU/EØS-retten, men bygger på praksis fra EF-domstolen. Prøvelsesretten begrenses til en vurdering av om Kommissjonens/ESAs beslutning er ekte, samt om gjennomføringen av bevissikringen vil være et vilkårlig eller uforholdsmessig inngrep. Det heter i Hoehstdommen (forente saker 46/87 og 227/87):

«That [national] body, whether judicial or otherwise, cannot in this respect substitute its own assessment of the need for the investigations ordered for that of the Commission, the lawfulness of whose assessments of fact and law is subject only to review by the Court of Justice. On the other hand, it is within the powers of the national body, after satisfying itself that the decision ordering the investigation is authentic, to consider whether the measures of constraint envisaged are arbitrary or excessive having regard to the subject-matter of the investigation and to ensure that the rules of national law are complied with in the application of those measures.»

Etter konkurranseeloven § 6–2 kan forhørsretten gi adgang til bevissikring når det er «rimelig grunn til å anta» at loven er overtrådt, eller i denne forbindelse, når EØS-konkurransereglene er overtrådt. «Rimelig grunn til å anta» innebærer ifølge forarbeidene ikke et krav til sannsynlighetsovervekt. Det er tilstrekkelig med indikasjoner på overtredelser, for eksempel prislikhet i markedet. En slik vurdering fra forhørsrettens side, av et begrenset faktum som beskriver mistanken og er begrunnelsen for kontrollbesøk, må antas å ligge innenfor den prøving som nasjonale domstoler har kompetanse til å foreta i henhold til rettspraksis fra EF-domstolen, for å hindre vilkårlighet og uforholdsmessighet. Forhørsretten antas derimot ikke å kunne foreta noen vurdering av det skjønn som ligger til

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

grunn for nødvendigheten eller hensiktsmessighetene av å foreta kontrollen.

14.2.3 Utvalgets forslag

Konkurranselovutvalget har foreslått å videreføre konkurranse-loven § 6–2 i forslaget § 6–1. Utvalgets forslag til § 6–1 reflekterer ikke de vurderingstemaer som den nye forordningen legger opp til. Spørsmålet er heller ikke behandlet av lovutvalget.

14.2.4 Høringsinstansenes merknader

I høringsbrev av 10. april 2003 punkt 4.4 ble høringsinstansene bedt om å ta stilling til om det bør tas inn en bestemmelse i lovs form som reflekterer de prøvingstemaer som følger av ovennevnte bestemmelser i den nye rådsforordningen. Høringsinstansene ble videre bedt om å vurdere om dagens system, der bevissikring etter EØS-avtalen dels er regulert i EØS-konkurranseloven og dels i konkurranse-loven (gjennom en henvisning fra EØS-konkurranseloven), er hensiktsmessig, eller om dette bør reguleres uttømmende i EØS-konkurranseloven.

Fire av høringsinstansene uttalte seg om domstolens rett til å prøve Kommisjonens eller EFTAs overvåkningsorgans beslutninger om bevissikring.

Bull og Co anbefaler at en bestemmelse om domstolens prøvelsesrett av Kommisjonens eller EFTAs overvåkningsorgans beslutninger om bevissikring tas inn i lovs form. En slik bestemmelse bør reflektere de prøvingstemaer som følger av den nye rådsforordningen. Dersom bestemmelsene om bevissikring implementeres i norsk rett, vil det innebære at domstolskontrollen for norske domstoler vil bli mindre omfattende enn i dag. En slik forskyvning av kontroll bør vedtas i lovs form. En lovfesting av reglene vil også gi mer forutberegnlighet til impliserte parter.

Finansnærings Hovedorganisasjon gir sin tilslutning til at artikkel 20 nr. 7 og 8 og artikkel 21 nr. 3 skal inntas i EØS-avtalen og gjennomføres i norsk rett, fordi prøvingstemaene som domstolen skal forholde seg til etter forordningen bør fremgå klart av norsk lov.

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) er av den oppfatning at prøvingstemaene som domstolen skal forholde seg til etter forordningen, må fremgå klart av norsk lov. NHO mener samtidig at reglene bør fremgå både av EØS-konkurranseloven og av konkurranse-loven for best mulig å sikre forutberegnlighet for norsk næringsliv.

Konkurransetilsynet anfører at bevissikring er inngripende for de berørte foretakene. Tilsynet an-

tar derfor at bestemmelser som svarer til artikkel 20 nr. 7, jf. nr. 8 og artikkel 21 nr. 3 bør tas inn i formell lov. Konkurransetilsynet antar videre at reglene som gjelder for bevissikring etter EØS-konkurransereglene, bør klargjøres i EØS-konkurranseloven eller konkurranse-loven.

14.2.5 Departementets vurderinger

Siden artikkel 20 og 21 i forordning 1/2003 vil bli inkorporert i EØS-avtalen og inntatt i ODA, oppstår en forpliktelse for Norge til å gjennomføre bestemmelsene i norsk rett. Siden deler av disse bestemmelsene regulerer domstolens prøvelsesrett og rettsanvendelse, bør disse delene etter departementets oppfatning tas inn i lovs form.

Det er mest hensiktsmessig at reglene tas inn i EØS-konkurranseloven, siden disse bestemmelsene gjelder håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

På denne bakgrunn foreslår departementet at bestemmelsene som gjennomfører Norges forpliktelser etter EØS-avtalen tas inn i den nye EØS-konkurranseloven som § 3 annet, tredje og fjerde ledd, og med følgende ordlyd:

«Når tingretten prøver en begjæring om bevissikring etter konkurranse-loven § 25 annet ledd, er rettens prøvelsesrett regulert av reglene i tredje og fjerde ledd.

Ved begjæring om bevissikring som gjelder adgang til lokaler, eiendommer og transportmidler som tilhører foretak eller sammenslutninger av foretak, kontrollerer retten om beslutningen fra EFTAs overvåkningsorgan er ekte og prøver om den tiltenkte bruk av tvangsmidler er vilkårlig eller uforholdsmessig i forhold til bevissikringens formål. Ved prøvelsen av tvangsmidlenes forholdsmessighet kan retten anmode EFTAs overvåkningsorgan direkte eller gjennom Konkurransetilsynet om detaljerte forklaringer om de forhold som ligger til grunn for EFTAs overvåkningsorgans mistanke om at det foreligger en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, samt om alvorligheten av den antatte overtredelsen og karakteren av foretakets delaktighet. Retten kan likevel ikke prøve om bevissikringen er nødvendig, eller kreve å få forelagt opplysninger i EFTAs overvåkningsorgans saksdokumenter. Det er forbeholdt EFTA-domstolen å kontrollere lovligheten av beslutningen fra EFTAs overvåkningsorgan.

Ved begjæring om bevissikring som gjelder andre lokaler, eiendommer og transportmidler enn nevnt i tredje ledd, herunder private hjem, kontrollerer retten om beslutningen fra EFTAs overvåkningsorgan er ekte og prøver om den tiltenkte bruk av tvangsmidler er vilkårlig eller

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

uforholdsmessig, særlig i forhold til den antatte overtredelses grovhet og betydningen av det ønskede bevismateriale, foretakets delaktighet, samt den rimelige sannsynlighet for at forretningspapirer som er relevante for formålet med bevissikringen, oppbevares i de lokaler som begjæringen om bevissikring angår. Retten kan anmode EFTAs overvåkningsorgan direkte eller gjennom Konkurransetilsynet om detaljerte forklaringer om forhold av betydning for prøvingen av forholdsmessigheten av de tiltenkte tvangsmidler. Retten kan likevel ikke prøve om bevissikringen er nødvendig eller kreve å få forelagt opplysninger i EFTAs overvåkningsorgans saksdokumenter. Det er forbeholdt EFTA-domstolen å kontrollere lovligheten av beslutningen fra EFTAs overvåkningsorgan.»

Reglene er ennå ikke tatt inn i EØS-avtalen gjennom vedtak i EØS-komiteen. Det er derfor ikke formelt avklart hvilke EØS-tilpasninger som vil bli gjort. Departementet legger imidlertid til grunn at ovennevnte forslag vil kunne brukes som gjennomføringsbestemmelse for våre forpliktelser etter EØS-avtalen.

14.3 EFTAs overvåkningsorgans innleggsrett for norske domstoler

14.3.1 Innledning

Rådsforordning 1/2003 artikkel 15 regulerer samarbeidet mellom Kommisjonen og nasjonale konkurransemyndigheter på den ene side, og nasjonale domstoler på den annen, når sistnevnte behandler spørsmål under EF-traktaten artikkel 81 og 82. Artikkel 15 lyder i dansk versjon som følger:

«Samarbejde med de nationale domstole

1. I forbindelse med sager i henhold til traktatens artikkel 81 eller 82 kan medlemsstaternes domstole anmode Kommissionen om at få tilsendt opplysninger, som den er i besiddelse af, eller udtalelser om spørsmål vedrørende anvendelsen af Fællesskabets konkurrenceregler.

2. Medlemsstaterne sender Kommissionen en kopi af de skriftlige domme, som de nationale domstole har afsagt i spørsmål vedrørende anvendelsen af traktatens artikkel 81 eller 82. En sådan kopi skal fremsendes uden ophold efter, at den fulde dom er forkyndt for parterne i skriftlig form.

3. Medlemsstaternes konkurrencemyndigheder kan på eget initiativ afgive skriftlige indlæg for de nationale domstole i deres respektive medlemsstater vedrørende spørsmål om anvendelsen af traktatens artikkel 81 og 82. Med tilladelse fra den pågældende domstol i deres

medlemsstat kan de ligeledes afgive mundtlige indlæg. Såfremt den ensartede anvendelse af traktatens artikkel 81 eller 82 kræver det, kan Kommissionen på eget initiativ afgive skriftlige indlæg for medlemsstaternes domstole. Med tilladelse fra den pågældende domstol kan den også afgive mundtlige indlæg.

Udelukkende med henblik på udarbejdelsen af deres indlæg kan medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og Kommissionen anmode de relevante nationale domstole om at tilsende dem eller sørge for, at de får tilsendt alle nødvendige dokumenter til vurdering af sagen.

4. Denne artikkel berører ikke mere vidtrækkende beføjelser til at afgive indlæg for domstolene, som en medlemsstats konkurrencemyndigheder har i henhold til denne medlemsstats lovgivning.»

Den delen av bestemmelsen som regulerer Kommisjonens innleggsrett vil i tilpasset form tas inn i EØS-avtalen. Det innebærer at den må gjennomføres i norsk rett.

Den delen av bestemmelsen som regulerer nasjonale konkurransemyndigheters innleggsrett vil ikke bli tatt inn i EØS-avtalen. Grunnen er at dette er en del av systemet for desentralisert håndheving av EF-traktaten artikkel 81 og 82, jf. punkt 14.1.

14.3.2 Gjeldende rett

EFTAs overvåkningsorgans innleggsrett for norske domstoler vil være en nyskapning i EØS-avtalen og ODA. Gjeldende rett åpner ikke for at ESA kan komme med innlegg for norske domstoler.

Forslaget til ny tvistemålslov (NOU 2001: 32) synes heller ikke å åpne for denne type innleggsrett.

14.3.3 Utvalgets forslag

Spørsmålet om endringer i norsk rett som følge av bestemmelsen i forordningens artikkel 15 er ikke behandlet av lovutvalget.

14.3.4 Høringsinstansenes merknader

I høringsbrev av 10. april 2003 ba departementet om høringsinstansenes syn på hvilke endringer som kreves i tvistemålsloven for å gjennomføre forordning 1/2003 artikkel 15 nr. 3. Høringsinstansene ble også bedt om å vurdere om det er behov for endringer i andre lover.

Kun to høringsinstanser uttalte seg om EFTAs overvåkningsorgans innleggsrett for norske domstoler.

Bull og Co mener det bør inntas en særskilt paragraf i tvistemålsloven kap. 18 for å gjennomføre artikkel 15 nr. 3.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Konkurransetilsynet antar at en innleggs- og innsynsrett for ESA og Kommisjonen, og eventuelt norske konkurransemyndigheter, kan inntas enten i formell lov eller i forskrift. Konkurransetilsynet mener imidlertid at en slik innleggs- og innsynsrett bør inntas i formell lov. Tilsynet antar at dette fortrinnsvis bør gjøres i EØS-konkurranseloven. Deres nasjonale konkurransemyndigheter skal håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, synes det hensiktsmessig at disse har innleggsrett.

14.3.5 Departementets vurderinger

Gjennomføring i norsk rett av artikkel 15 nr. 1 og 2 krever etter departementets oppfatning ikke endringer i formell lov. Artikkel 15 nr. 1 vil i sin EØS-tilpassede form kun gi norske domstoler rettigheter og ikke plikter i forhold til EFTAs overvåkningsorgan. Etter artikkel 15 nr. 2 er det norske myndigheter som sådan som er pliktsubjekt. Disse forhold vil derfor bli tilstrekkelig regulert i forskrift om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen.

Artikkel 15 nr. 3 vil i EØS-tilpasset form gi ESA innleggsrett overfor norske domstoler i saker som gjelder anvendelsen av artikkel 53 og 54. Videre kan overvåkningsorganet kreve innsyn i saksdokumenter som er nødvendige for å utarbeide innlegg. Departementet legger til grunn at regulering av disse rettighetene krever lovendring.

Dette reiser spørsmålet om hvor bestemmelsen rettslig skal plasseres. Etter departementets oppfatning er det mest hensiktsmessig at regelen tas inn i EØS-konkurranseloven. Det vil gi en mer helhetlig fremstilling av regelverket i tråd med prinsippene i forslaget til ny tvistemålslov (NOU 2001: 32) der det foreslås at særregler om intervensjon fra det offentlige hjemles i særlovgivningen. Selv om innleggsretten rettslig ikke kan likestilles med reglene om intervensjon fra det offentlige, gjør etter departementets oppfatning likevel de samme hensyn seg gjeldende i forhold til den rettslige plasseringen av bestemmelsen om innleggsrett for EFTAs overvåkningsorgan.

På denne bakgrunn foreslår departementet at følgende bestemmelse tas inn i den nye EØS-konkurranseloven som § 9 som gjennomføringsbestemmelse for artikkel 15 nr. 3:

«Konkurransetilsynet kan på eget initiativ gi skriftlige innlegg for domstolene i spørsmål om anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Med tillatelse fra den aktuelle domstol kan Konkurransetilsynet også gi muntlige innlegg.

Dersom en ensartet anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 krever det, kan EFTAs overvåkningsorgan på eget initiativ gi skriftlige

innlegg for domstolene. Med tillatelse fra den aktuelle domstol kan EFTAs overvåkningsorgan også gi muntlige innlegg.

Utelukkende for å kunne utarbeide slike innlegg, kan Konkurransetilsynet og EFTAs overvåkningsorgan anmode den aktuelle domstol om å sende dem, eller sørge for at de får tilsendt, alle nødvendige dokumenter for vurdering av saken.»

Reglene er ennå ikke tatt inn i EØS-avtalen gjennom vedtak i EØS-komiteen. Det er på dette grunnlag ikke formelt avklart hvilke EØS-tilpasninger som vil bli gjort. Departementet legger imidlertid til grunn at ovennevnte forslag vil kunne brukes som gjennomføringstekst for våre forpliktelser etter EØS-avtalen.

Grunnen til at departementet foreslår at Konkurransetilsynet også skal gis innleggsrett er omtalt i punkt 14.5.3.

14.4 Domstolenes anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54

14.4.1 Innledning

Forordning 1/2003 artikkel 16 nr. 1 regulerer rettsanvendelsen til nasjonale domstoler. Bestemmelsen lyder i dansk versjon:

«Ensaerted anvendelse af Fællesskabets konkurrenceret

1. Når de nationale domstole i henhold til traktatens artikkel 81 eller 82 træffer afgørelse om aftaler, vedtagelser eller praksis, som allerede er genstand for en kommissionsbeslutning, kan de ikke træffe afgørelser, der er i strid med den beslutning, som Kommissionen har truffet. De skal ligeledes undgå at træffe afgørelser, som vil være i strid med en beslutning, som Kommissionen har til hensigt at træffe i en procedure, som den har indledt. Med henblik herpå kan de nationale domstole vurdere, om det er nødvendig at udsætte sagen. Disse forpligtelser berører ikke rettighederne og forpligtelserne efter traktatens artikkel 234.»

Departementet uttalte i høringsbrevet at bestemmelsen antakelig blir inntatt i EØS-avtalen slik at den skal gjelde både i forhold til saker som avgjøres av EFTAs overvåkningsorgan, og i forhold til saker som avgjøres av Kommisjonen når disse anvender EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Det er nå klart at bestemmelsen ikke tas inn i EØS-avtalen. Bestemmelsen vil imidlertid bli tatt inn i ODA. I sin tilpassede form vil den kun innebære at norske

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

domstoler vil måtte forholde seg til avgjørelser fra ESA.

Bestemmelsen vil i tilpasset form bare gjelde der norske domstoler behandler det samme saksforholdet som ESA har tatt stilling til eller har tatt opp til behandling. Artikkel 16 nr. 1 medfører altså ikke noen plikt for domstolene til å legge ESAs generelle rettsforståelse til grunn. Det er bare overvåkningsorganenes vedtak i den konkrete saken som skal være bindende, jf. artikkel 16 nr. 1 første punktum. Videre er det bare overvåkningsorganenes behandling av det samme saksforholdet som skal forplikte norske domstoler til, om nødvendig, å utsette eller stanse en sak, jf. nr. 1 annet og tredje punktum.

14.4.2 Gjeldende rett

Norsk rett inneholder ikke bestemmelser som regulerer norske domstolers rettsanvendelse som tilsvarende forpliktelsene etter forordningens artikkel 16 nr. 1. Artikkel 16 nr. 1 synes imidlertid å være en kodifisering av EF-domstolens praksis, jf. særlig Masterfoods-dommen (sak C-344/98). Selv om EFTA-domstolen ikke har uttalt seg om spørsmålet, må de tilsvarende prinsipper antakelig også måtte legges til grunn i EØS-retten, jf. artikkel 3 nr. 2 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol og EØS-avtalens homogenitetsprinsipp. Norske domstoler antas derfor etter gjeldende EØS-rett å være forpliktet til å ta tilsvarende hensyn som følger av artikkel 16 nr. 1.

14.4.3 Utvalgets forslag

Spørsmålet om domstolenes anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 er ikke behandlet av lovutvalget.

14.4.4 Høringsinstansenes merknader

I høringsbrevet av 10. april 2003 uttalte departementet at gjennomføring av forordning 1/2003 artikkel 16 nr. 1 i norsk rett innebærer at norske domstolers rettsanvendelse eksplisitt reguleres. Dette taler for at bestemmelsen tas inn i formell lov. I denne forbindelse synes EØS-konkurranseloven og tvistemålsloven å være mulige alternativer.

Departementet ba på dette grunnlag om høringsinstansenes syn på hvor de lovendringer som er nødvendige for å gjennomføre artikkel 16 nr. 1 i norsk rett bør inntas.

Tre høringsinstanser uttalte seg om spørsmålet. *Finansnæringsens Hovedorganisasjon* og *Næ-*

ringslivets Hovedorganisasjon gir sin støtte til at bestemmelsen inntas i norsk lov. På grunn av bestemmelsens konkurransemessige innhold bør den inntas i EØS-konkurranseloven og ikke i tvistemålsloven.

Konkurransetilsynet legger til grunn at forordningens artikkel 16 nr. 1 er en kodifisering av EF-domstolens praksis, og at prinsippene i artikkel 16 antakelig vil gjelde uavhengig av om en slik bestemmelse uttrykkelig inntas i norsk rett eller ikke. Konkurransetilsynet antar imidlertid at en slik bestemmelse bør nedfelles i formell lov. En slik bestemmelse kan inntas som en bestemmelse i EØS-konkurranseloven eller som en bestemmelse i den nye konkurranse-loven. Dersom norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, synes det under enhver omstendighet naturlig å nedfelle en slik bestemmelse i konkurranse-loven. Ettersom det er noe uklart hvordan den endelige systematikken i den nye konkurranse-loven og EØS-konkurranse-loven blir, finner Konkurransetilsynet det imidlertid vanskelig å komme med en klar anbefaling om hvor en slik bestemmelse bør inntas.

14.4.5 Departementets vurderinger

Departementet mener at siden artikkel 16 nr. 1 i forordning 1/2003 i tilpasset form regulerer norske domstolers rettsanvendelse, bør den gjennomføres i norsk rett i formell lov. Bestemmelsen vil oppfylle en forpliktelse etter ODA, og den regulerer norske domstolers anvendelse av EØS-retten. Departementet foreslår derfor at bestemmelsen tas inn i EØS-konkurranseloven.

På denne bakgrunn foreslår departementet at følgende bestemmelse tas inn i ny EØS-konkurranse-lov som § 8:

«Når domstolene treffer avgjørelser i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 og 54 om avtaler, beslutninger eller opptreden som allerede er gjenstand for en beslutning fra EFTAs overvåkningsorgan, kan de ikke treffe avgjørelser som er i strid med den beslutning som EFTAs overvåkningsorgan har truffet. Domstolene skal heller ikke treffe avgjørelser som vil være i strid med en beslutning som EFTAs overvåkningsorgan har til hensikt å treffe når det har innledet saksbehandling. Domstolene kan utsette saken i påvente av en slik beslutning. Disse forpliktelsene berører ikke rettighetene og pliktene etter artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol.»

Forordning 1/2003 artikkel 16 nr. 1 er ennå ikke tatt inn i EØS-avtalen gjennom vedtak i EØS-ko-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

miteen. Det er på dette grunnlag ikke formelt avklart hvilke EØS-tilpasninger som vil bli gjort. Departementet legger imidlertid til grunn at ovennevnte forslag vil kunne brukes som gjennomføringsbestemmelse for Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

14.5 Etableringen av et system som reflekterer at norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54

14.5.1 Innledning

Som en konsekvens av departementets forslag i kapittel 13 om at konkurransemyndighetene skal gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, oppstår spørsmålet om hvilke regler som skal gjelde for utøvelsen av denne kompetansen. Som nevnt i punkt 14.1.3 foreslår departementet at det etableres et regelverk i Norge som så vidt mulig tilsvarer systemet som forordning 1/2003 etablerer på nasjonalt nivå i EU.

Dette innebærer for det første en nærmere regulering av konkurransemyndighetenes rettigheter og plikter ved håndheving av artikkel 53 og 54. For det annet innebærer det også, for å sikre at norske domstoler og konkurransemyndigheter anvender reglene på samme måte, en nærmere regulering av norske domstoler. På denne bakgrunn legger departementet frem flere lovforslag som er ment å gjennomføre et slikt system i norsk rett.

Det presiseres at lovforslagene ikke er påkrevet som en følge av våre forpliktelser etter EØS-avtalen. EØS-avtalen etablerer som nevnt ikke et system for desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Tvert imot er lovforslagene motivert av et selvstendig ønske om å etablere et system som tilsvarer systemet i EU, blant annet for å legge forholdene til rette for etableringen av et system med desentralisert håndheving på EFTA-nivå. Det vises for øvrig til begrunnelsen i punkt 14.3.5. Det vises også til punkt 14.1.5 der det redegjøres for at departementet vil arbeide for at slike bestemmelser blir tatt inn i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA).

Ovennevnte spørsmål er ikke omhandlet i høringsbrevet. Imidlertid er lovforslagene i tråd med lovutvalgets forutsetning, som var at systemet med desentralisert håndheving i forordning 1/2003 skulle inkorporeres i EØS-avtalen og tas inn i norsk

rett. Etter departementets oppfatning er det også en naturlig konsekvens av det syn som flertallet av høringsinstansene har gitt uttrykk for når det gjelder spørsmålet om norske konkurransemyndigheter skal ha kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

14.5.2 Plikt til å anvende EØS-avtalen artikkel 53 og 54 der bestemmelsene er anvendelige

Etter forordning 1/2003 artikkel 3 nr. 1 plikter nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler å anvende EF-traktaten artikkel 81 og 82 når de anvender nasjonal konkurranselovgivning, forutsatt at EF-traktaten artikkel 81 og 82 kommer til anvendelse.

Artikkel 3 nr. 1 lyder i dansk versjon:

«1. Når medlemsstaternes konkurrencemyndigheder eller domstole anvender national konkurrenceret på aftaler, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis, som omhandlet i traktatens artikel 81, stk. 1, som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, som omhandlet i den nævnte artikel, skal de ligeledes anvende traktatens artikel 81 på sådanne aftaler, vedtagelser og samordnet praksis. Når medlemsstaternes konkurrencemyndigheder eller domstole anvender national konkurrenceret på misbrug, der er forbudt i henhold til traktatens artikel 82, skal de også anvende traktatens artikel 82.»

Bestemmelsen er begrunnet med at den bidrar til en effektiv anvendelse av EF-konkurransereglene, og at den er nødvendig for å sikre samarbeidsmekanismene som etableres i forordningen, jf. punkt 8 i forordningen til forordning 1/2003.

De samme hensyn er relevante for utformingen av de norske reglene for håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Ved at norske konkurransemyndigheter og domstoler pålegges å anvende artikkel 53 og 54 sammen med konkurranseloven når EØS-reglene er anvendelige, vil dette bidra til å sikre en enhetlig og konsekvent anvendelse av EØS-avtalens regler. I likhet med i EU vil en slik forpliktelse også innenfor EFTA være sentral ved etableringen av et eventuelt system for desentralisert håndheving av artikkel 53 og 54. De samarbeidsmekanismer som blir etablert innenfor dette systemet, vil bli utløst ved at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 blir anvendt.

På denne bakgrunn foreslår departementet at følgende bestemmelse tas inn i den nye EØS-konkurranseloven som § 7 første ledd:

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

«Når konkurransemyndighetene eller domstolene anvender norsk konkurranselovgivning på avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene som omtalt i nevnte artikkel, skal de også anvende EØS-avtalen artikkel 53 på slike avtaler, beslutninger og samordnet opptreden. Når konkurransemyndighetene eller domstolene anvender norsk konkurranselovgivning på utilbørlig utnyttelse som er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 54, skal de også anvende EØS-avtalen artikkel 54.»

14.5.3 Konkurransemyndighetenes innleggsrett for domstolene

Det følger av forordning 1/2003 artikkel 15 nr. 3 og 4 at nasjonale konkurransemyndigheter har innleggsrett for nasjonale domstoler. Bestemmelsen lyder i sin danske versjon:

«3. Medlemsstaternes konkurrencemyndigheder kan på eget initiativ afgive skriftlige indlæg for de nationale domstole i deres respektive medlemsstater vedrørende spørgsmål om anvendelsen af traktatens artikel 81 og 82. Med tiladelse fra den pågældende domstol i deres medlemsstat kan de ligeledes afgive mundtlige indlæg. Såfremt den ensartede anvendelse af traktatens artikel 81 eller 82 kræver det, kan Kommissionen på eget initiativ afgive skriftlige indlæg for medlemsstaternes domstole. Med tiladelse fra den pågældende domstol kan den også afgive mundtlige indlæg.»

Udelukkende med henblik på udarbejdelsen af deres indlæg kan medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og Kommissionen anmode de relevante nationale domstole om at tilsende dem eller sørge for, at de får tilsendt alle nødvendige dokumenter til vurdering af sagen.

4. Denne artikkel berører ikke mere vidtrækkende beføjelser til at afgive indlæg for domstolene, som en medlemsstats konkurrencemyndigheder har i henhold til denne medlemsstats lovgivning.»

Artikkel 15 er omhandlet i punkt 14.3 over, men da i forhold til ESAs innleggsrett overfor norske domstoler. Utgangspunktet for en innføringen av innleggsrett for ESA og norske konkurransemyndigheter er imidlertid forskjellig. ESAs innleggsrett antas å måtte gjennomføres i norsk rett som følge av våre forpliktelser etter EØS-avtalen og ODA. Det vil imidlertid ikke foreligge noen EØS-rettslig forpliktelse til å gjennomføre innleggsrett for norske konkurransemyndigheter i norsk rett. Spørsmålet om norske konkurransemyndigheter skal ha slik

innleggsrett som artikkel 15 legger opp til, er derfor et spørsmål som det må tas stilling til på selvstendig grunnlag.

På bakgrunn av departementets syn, som redegjort for over, om at det er et mål i seg selv å etablere et så vidt mulig tilsvarende system for håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i Norge som forordning 1/2003 etablerer i EU-landene, foreslår departementet at konkurransemyndighetene gis innleggsrett ved norske domstoler. Departementet har i punkt 14.3 foreslått en lovbestemmelse i den nye EØS-konkurranseloven § 9 som gir konkurransemyndighetene en slik innleggsrett. Som det fremgår av forslaget, innebærer dette at forordningens artikkel 15 nr. 3, i EØS-tilpasset versjon, tas inn i norsk rett. Det medfører at både ESA og konkurransemyndighetene gis innleggsrett for norske domstoler.

14.5.4 Konkurransemyndighetenes anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54

Forordning 1/2003 artikkel 16 nr. 2 regulerer nasjonale konkurransemyndigheter anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 på samme måte som artikkel 16 nr. 1 første punktum regulerer nasjonale domstolers anvendelse av disse bestemmelsene. Det vises til omtalen i punkt 14.4 over. Bestemmelsen lyder slik i dansk versjon:

«Når medlemsstaternes konkurrencemyndigheder i henhold til traktatens artikel 81 eller 82 træffer afgørelse om aftaler, vedtagelser eller praksis, som allerede er genstand for en kommissionsbeslutning, kan de ikke træffe afgørelser, der er i strid med den beslutning, som Kommissionen har truffet.»

Bestemmelsen hindrer at nasjonale konkurransemyndigheter treffer beslutninger som strider mot beslutninger som Kommisjonen (allerede) har truffet i samme sak.

Departementet foreslår at artikkel 16 nr. 2 reflekteres i norsk rett. Begrunnelsen er behovet for å tilpasse det norske systemet til systemet i EU, jf. punkt 14.5.1. Videre er det etter departementets oppfatning nødvendig at de samme begrensninger gjelder for domstolenes og konkurransemyndighetenes anvendelse av artikkel 53 og 54, jf. departementets forslag under punkt 14.4 om at domstolene skal reguleres på tilsvarende måte som etter forordningens artikkel 16 nr. 1.

Etter dette foreslår departementet at følgende bestemmelse tas inn i den nye EØS-konkurranseloven som § 6 annet ledd:

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

«Når konkurransemyndighetene treffer avgjørelser i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 og 54 om avtaler, beslutninger eller opptreden, som allerede er gjenstand for en beslutning fra EFTAs overvåkningsorgan, kan de ikke treffe avgjørelser som er i strid med den beslutning som EFTAs overvåkningsorgan har truffet.»

14.5.5 Saksbehandling og sanksjoner

Forordning 1/2003 innebærer ikke et krav om en harmonisering av nasjonale saksbehandlingsregler. Medlemslandene i EU står fritt til å fastsette nasjonale saksbehandlingsregler for konkurransemyndighetenes håndheving av EF-traktaten artikkel 81 og 82 innenfor de rammene som forordningen etablerer og med de begrensninger som følger av grunnleggende prinsipper i EF-retten. Tilsvarende vil være tilfelle dersom EFTA-landene etablerer et system for desentralisert håndheving med basis i ODA. At norske konkurransemyndigheters håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 blir tilpasset reglene i forordning 1/2003, innebærer således bare at det etableres et rettslig rammeverk for håndhevingen, og at man innenfor disse rammene kan velge de reglene som anses mest hensiktsmessig. En generell begrensning er likevel at reglene for håndhevingen av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 må være i samsvar med de grunnleggende prinsippene i EØS-retten.

Det er etter dette departementets utgangspunkt at konkurranselovens regler for saksbehandling og sanksjoner, så vidt mulig skal komme til anvendelse når konkurransemyndighetene håndhever artikkel 53 og 54.

Departementet foreslår derfor at følgende bestemmelse tas inn i den nye EØS-konkurranseloven som § 6 første ledd annet punktum:

«Konkurranseloven §§ 12, 22 og 24 til 31 gjelder tilsvarende.»

Dette innebærer for eksempel at Konkurransetilsynet etter § 12 første ledd kan pålegge foretak som overtrer EØS-avtalen artikkel 53 og 54, å bringe overtredelsen til opphør, herunder pålegge disse enhver forpliktelse for å bringe en overtredelse til opphør. Videre kan Konkurransetilsynet etter fjerde ledd treffe midlertidige vedtak.

Konkurransetilsynet vil også kunne innhente opplysninger etter § 24 og gjennomføre bevisskring etter § 25. Forholdet til offentlighetsloven vil reguleres i § 26, og innsynsretten vil reguleres i § 27.

Videre kommer konkurranselovens kapittel om

sanksjoner til anvendelse. Dette innebærer at reglene om tvangsmulkt, overtredelsesgebyr, straff og lempning vil gjelde ved overtredelser av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

14.6 Forholdet mellom konkurranse-loven og konkurransereglene i EØS-avtalen

14.6.1 Innledning

Dersom samhandelen påvirkes merkbart av en konkurranseregulering som nevnt i EØS-avtalen artikkel 53 eller 54, og reguleringen samtidig er egnet til å ha virkning i Norge, vil konkurransereguleringen omfattes både av EØS-avtalen artikkel 53 eller 54 og av konkurranseloven. De to regelsettene vil med andre ord ha overlappende anvendelsesområder. En parallell regelanvendelse vil potensielt kunne medføre forskjellig utfall, avhengig av hvilket regelverk som legges til grunn. EØS-retten oppstiller imidlertid visse skranker for anvendelsen av nasjonal konkurranselov i tilfelle der EØS-avtalen artikkel 53 og 54 kommer til anvendelse.

Spørsmålet om hvilke skranker EØS-avtalen oppstiller for anvendelsen av konkurranseloven oppstår kun der samhandelen mellom avtalepartene kan påvirkes merkbart. Der samhandelskriteriet ikke er oppfylt, kommer EØS-avtalen artikkel 53 og 54 ikke til anvendelse, og konkurranseloven kan anvendes uinnskrenket siden det ikke kan bli noen konflikt mellom regelsettene.

Forholdet mellom EØS-avtalens konkurranse-regler og avtalepartenes nasjonale konkurranseregler er ikke direkte løst i EØS-avtalen. Av EØS-loven § 2 følger at «i tilfelle konflikt» skal EØS-avtalens regler som gjennomført i norsk rett «gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold». EØS-loven § 2 oppfylder Norges forpliktelser etter EØS-avtalen Protokoll 35. Protokoll 35 utfyller det alminnelige presumsjonsprinsippet i norsk rett, og pålegger avtalepartene å sikre forrang for EØS-regler. Av dette følger at i tilfelle konflikt mellom EØS-avtalens konkurransebestemmelser for foretak og konkurranseloven, skal førstnevnte bestemmelser gå foran. Det er følgelig en forutsetning for parallell anvendelse av konkurranseloven at dette ikke hindrer ensartet anvendelse og uinnskrenket virkning av EØS-avtalens konkurranseregler.

Ved forordning 1/2003 artikkel 3 nr. 2 og 3 har EU direkte regulert forholdet mellom EF-traktaten artikkel 81 og 82 og medlemsstatenes nasjonale konkurranselovgivning. Artikkel 3 nr. 2 lyder i dansk versjon:

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

«2. Anvendelsen af national konkurrenceret må ikke føre til forbud mod aftaler, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis, som kan påvirke samhandelen mellom medlemsstater, men som ikke begrænser konkurransen som omhandlet i traktatens artikkel 81, stk. 1, eller som oppfyller betingelsene i traktatens artikkel 81, stk. 3, eller som er omfattet af en forordning med henblik på anvendelse af traktatens artikkel 81, stk. 3. Medlemsstatene er ikke efter denne forordning afskåret fra at vedtage en mere restriktiv national lovgivning, der forbyder eller sanktionerer ensidig adfærd fra virksomheders side, og at anvende den på deres område.»

Det presiseres at artikkel 3 nr. 2 har en selvstendig betydning uavhengig av det system som forordning 1/2003 etablerer med hensyn til desentralisert håndheving. Det innebærer at bestemmelsen kan tas inn i ODA og/eller i norsk rett, uavhengig av hvilken løsning som velges på EFTA-plan eller i Norge med hensyn til etablering av et system for nasjonal håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

14.6.2 Gjeldende rett

Etter konkurranseloven § 1–7 kommer ikke konkurranselovens forbudsbestemmelser til anvendelse på avtaler som er innvilget individuelt unntak eller er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. Bestemmelsen regulerer ikke forholdet mellom inngrep etter konkurranseloven § 3–10 og EØS-avtalen artikkel 53.

14.6.3 Utvalgets forslag

Lovutvalget har ikke foreslått noen bestemmelse i den nye loven som regulerer forholdet mellom konkurranseloven og konkurransereglene i EØS-avtalen. Utvalgets begrunnelse er at det er usikkert hvordan forholdet mellom nasjonale konkurranseregler og EØS-reglene vil bli regulert når rådsforordning 1/2003 inntas i EØS-avtalen.

14.6.4 Høringsinstansenes merknader

Behovet for en bestemmelse som regulerer forholdet mellom konkurranseloven og konkurransereglene i EØS-avtalen ble omtalt særlig i høringsbrevet.

Departementet viste i denne forbindelse til artikkel 3 i forordning 1/2003, og ba om høringsinstansenes syn på om en bestemmelse som er utformet på bakgrunn av denne, bør tas inn i norsk rett.

Fem høringsinstanser uttalte seg om spørsmålet. De er alle av den oppfatning at det bør være en

slik bestemmelse også i den nye konkurranseloven. Begrunnelsen til henholdsvis *Bull og Co*, *Finansnæringens Hovedorganisasjon*, *Norges Colonialgrossisters Forbund* og *Næringslivets Hovedorganisasjon* er at det vil være klargjørende å få inn en presis angivelse av anvendelsesområdet for de to regelsettene i konkurranseloven. *Konkurransetilsynet* presiserer imidlertid at en slik bestemmelse ikke bør gjøre større innskrenkninger i anvendelsen av konkurranseloven enn det som antas å følge av EØS-retten.

14.6.5 Departementets vurderinger

Et sentralt formål med EØS-harmonisering av forbudsbestemmelsene i den nye konkurranseloven er å bidra til ensartede rammebetingelser for norske foretak. Ved at forbudsbestemmelsene i den nye konkurranseloven harmoniseres med EØS-avtalen artikkel 53 og 54 antar departementet at det i liten grad vil oppstå konflikt mellom de norske forbudsbestemmelsene og EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Dersom artikkel 3 nr. 2 tas inn i ODA og gjennomføres i norsk rett, vil dette innebære at forholdet mellom den norske konkurranseloven og EØS-avtalen artikkel 53 og 54 avklares. Dette bidrar ytterligere til å klargjøre rettstilstanden.

Imidlertid er det etter departementets syn i seg selv hensiktsmessig at man velger tilsvarende avgrensningskriterier for anvendelsen av norsk konkurranselovgivning og EØS-avtalen artikkel 53 og 54, som EU har for forholdet mellom nasjonal konkurranselovgivning i EUs medlemstater og EF-traktaten artikkel 81 og 82. Dette vil blant annet bidra til at foretak som har virksomhet i flere EØS-land gis et mer enhetlig regelverk å forholde seg til.

Etter dette foreslår departementet at følgende bestemmelse tas inn i den nye EØS-konkurranseloven som § 7 annet ledd:

«Anvendelsen av norsk konkurranselovgivning må ikke føre til forbud mot avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. Konkurransemyndighetene er ikke etter denne bestemmelse forhindret fra å anvende mer restriktiv norsk lovgivning som forbyr eller sanksjonerer foretaks ensidige atferd.»

Departementet påpeker at tilsvarende regler ennå ikke er tatt inn i ODA. Det er således ikke for-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

melt avklart hvilke EFTA-tilpasninger som vil bli gjort. Departementet legger imidlertid til grunn at forslaget til ny § 7 annet ledd vil reflektere forpliktelsene i ODA når disse vedtas.

Departementet foreslår samtidig at det tas inn en bestemmelse i den nye konkurranseovens kapittel 3 som viser til de begrensninger for anvendelsen av konkurranseoven som vil følge av forslaget til § 7. Departementet antar at en slik henvisning rettslig sett er overflødig, men foreslår å ta inn bestemmelsen av pedagogiske hensyn. Det foreslås at bestemmelsen tas inn som § 15, med følgende ordlyd:

«Reglene i §§ 10 og 11 og i forskrifter etter § 14 gjelder med de begrensninger som følger av EØS-konkurranseloven § 7.»

14.6.6 Forholdet til regler om kontroll med foretakssammenslutninger og forholdet til annen lovgivning

Forordning 1/2003 artikkel 3 nr. 3 modererer de forpliktelser som påhviler nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler etter artikkel 3 nr. 1 og 2. Bestemmelsen lyder i dansk versjon:

«3. Med forbehold af de almindelige principper og andre bestemmelser i fællesskabsretten finder stk. 1 og 2 ikke anvendelse, når konkurrencemyndigheder og domstole i medlemsstaterne anvender national fusionskontrolllovgivning, og de udelukker heller ikke anvendelse af bestemmelser i national lovgivning, der i hovedsagen forfølger et andet mål end det, der forfølges i traktatens artikel 81 og 82.»

Bestemmelsen innebærer en avgrensning av virkeområdet til bestemmelsene i artikkel nr. 1 og 2. Forpliktelsene etter nr. 1 og nr. 2 gjelder ikke ved anvendelse av nasjonale regler om kontroll ved foretakssammenslutninger eller ved anvendelse av nasjonale regler som hovedsakelig fremmer et annet formål enn det formål som fremmes av EF-traktaten artikkel 81 og 82.

Bestemmelsen vil ikke bli inkorporert i EØS-avtalen. Departementet antar imidlertid at bestemmelsen vil bli tatt inn i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol.

Departementet vil derfor foreslå at en tilsvarende bestemmelse tas inn i den nye EØS-konkurranseloven som § 7 tredje ledd, med følgende ordlyd:

«Med forbehold for alminnelige prinsipper og andre bestemmelser i EØS-retten, kommer første og annet ledd ikke til anvendelse når kon-

kurransemyndighetene og domstolene anvender norsk lovgivning om kontroll med foretakssammenslutninger, og de utelukker heller ikke anvendelsen av bestemmelser i lovgivningen, som hovedsakelig fremmer et annet formål enn det formål som fremmes av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.»

14.7 Konkurransetilsynets bistand til ESA ved kontroller

14.7.1 Gjeldende rett

EØS-konkurranseloven §§ 2 og 3 inneholder henvisninger til konkurranseoven §§ 6–1 og 6–2. I EØS-konkurranseloven § 2 første ledd heter det at:

«Enhver plikter uten hinder av taushetsplikt å gi EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen de opplysninger organene kan kreve i henhold til EØS-avtalen, Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol eller forskrifter gitt i medhold av § 1.»

Videre heter det i annet ledd at:

«Konkurransetilsynet kan kreve tilsvarende opplysninger.»

EØS-konkurranseloven § 3 første ledd fastsetter at ved kontroll som foretas av EFTAs overvåkningsorgan eller Konkurransetilsynet i henhold til forskrift gitt i medhold av lovens § 1, gjelder konkurranseoven §§ 6–1 og 6–2 tilsvarende. Kompetansen til å foreta kontroller som her er gitt tilsynet, gjelder imidlertid i henhold til ordlyden bare i den utstrekning en slik kompetanse følger av forskrift gitt i medhold av lovens § 1. Forskrift om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen § 13 fastsetter at nasjonale konkurransemyndigheter, på anmodning fra ESA, skal foreta de kontroller ESA anser nødvendig.

14.7.2 Utvalgets forslag

I sin delinnstilling i NOU 2001: 28 kapittel 5 vurderer utvalget om Konkurransetilsynet etter EØS-konkurranseloven §§ 2 og 3, på selvstendig grunnlag, har samme kompetanse til å innhente informasjon og til å foreta kontroller i forbindelse med håndhevingen av EØS-avtalens konkurranseregler som EFTAs overvåkningsorgan har. Bakgrunnen for utvalgets vurdering var at EØS-konkurranseloven §§ 2 og 3 inneholder henvisninger til konkurranseoven §§ 6–1 og 6–2, og at det i den forbindelse har

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

vært hevdet at Konkurransetilsynet i medhold av disse bestemmelsene, har samme kompetanse som EFTAs overvåkningsorgan. Utvalget konkluderte med at dette er tvilsomt. Videre uttalte utvalget at slike hjemler uansett bør fremgå klarere av lovverket.

14.7.3 Høringsinstansenes merknader

Under henvisning til disse vurderinger, og på bakgrunn av at Konkurransetilsynet ikke skal håndheve artikkel 53 og 54 som ledd i gjennomføringen av EØS-avtalen, foreslo departementet i høringsbrevet at EØS-konkurranseloven §§ 2 og 3 endres slik at det går klart frem at Konkurransetilsynet ikke har nevnte kompetanse.

På denne bakgrunn ba departementet om høringsinstansenes syn på at EØS-konkurranseloven §§ 2 og 3 endres på følgende måte:

EØS-konkurranseloven § 2 annet ledd endres slik at den lyder:

«Konkurransetilsynet kan etter anmodning fra EFTAs overvåkningsorgan kreve tilsvarende opplysninger.»

EØS-konkurranseloven § 3 første ledd endres slik at den lyder:

«Ved kontroll som foretas av EFTAs overvåkningsorgan eller Konkurransetilsynet etter anmodning fra EFTAs overvåkningsorgan i henhold til forskrifter gitt i medhold av § 1, gjelder lov om konkurranse i ervervsvirksomhet §§ 6–1 og 6–2 tilsvarende.»

Endringene i forhold til gjeldende bestemmelser er understreket.

Av høringsinstansene var det kun *Konkurransetilsynet* som uttalte seg om spørsmålet. Konkurransetilsynet mener at det vil være klargjørende å inn ta en presisering i EØS-konkurranseloven §§ 2 og 3 slik det foreslås i høringsbrevet.

14.7.4 Departementets vurderinger

Innledningsvis skal departementet bemerke at det alternativ til ny lovtekst i EØS-konkurranseloven § 3 som departementet sendte på høring, ikke reflekterer utkastet til den nye konkurranseloven, i den forstand at den henviser til konkurranseloven 1993.

Etter departementets oppfatning gir EØS-konkurranseloven 1992 § 2 annet ledd og § 3 første ledd et noe misvisende inntrykk av rettstilstanden.

Departementet foreslår derfor at følgende bestemmelser tas inn i den nye EØS-konkurranseloven som henholdsvis § 2 annet ledd og § 3 første ledd:

§ 2 annet ledd:

«Konkurransetilsynet kan etter anmodning fra EFTAs overvåkningsorgan kreve tilsvarende opplysninger.»

§ 3 første ledd:

«Ved kontroll som foretas av EFTAs overvåkningsorgan eller Konkurransetilsynet etter anmodning fra EFTAs overvåkningsorgan i henhold til forskrifter gitt i medhold av § 5, gjelder konkurranseloven §§ 24 og 25 tilsvarende.»

14.8 Adgangen til å bøtelegge fysiske personer

14.8.1 Gjeldende rett

Etter EØS-konkurranseloven § 5 første ledd gis EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen adgang til å ilegge fysiske personer bøter. Dette er ikke i samsvar med disse organers kompetanse. For ESAs vedkommende følger det av ODA Protokoll IV Kapittel II artikkel 15 og 16 at kompetansen til å ilegge bøter omfatter foretak og sammenslutninger av foretak. Fysiske personer er ikke omfattet. For EFTA-domstolens vedkommende følger dette av ODA artikkel 35, jf. ODA Protokoll IV Kapittel II artikkel 15 og 16.

EØS-konkurranseloven § 5 første ledd gir på denne bakgrunn et misvisende bilde av rettstilstanden.

14.8.2 Utvalgets forslag

Utvalget har ikke omtalt EFTAs overvåkningsorgans og EFTA-domstolens adgang til å bøtelegge fysiske personer.

14.8.3 Høringsinstansenes merknader

Departementet ba i høringsbrevet om høringsinstansenes syn på at EØS-konkurranseloven § 5 endre slik at henvisningen til fysiske personer fjernes.

Det var kun *Konkurransetilsynet* som uttalte seg om dette forholdet. Tilsynet var enig i at henvisningen til fysiske personer i EØS-konkurranseloven § 5 burde fjernes.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

14.8.4 Departementets vurderinger

Etter departementets oppfatning gir EØS-konkurranseloven § 5 første ledd et misvisende bilde av rettsstilstanden. På dette grunnlag foreslår departementet at bestemmelsen gis følgende ordlyd i den nye EØS-konkurranseloven, og tas inn som § 4 første ledd:

«EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen kan ilegge foretak eller sammenslutninger av foretak sivilrettslige bøter for forsettlig eller uaktsom overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53, 54 eller 57, bestemmelsene i EØS-avtalen vedlegg XIV, bestemmelsene i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol protokoll 4, samt vedtak fattet i medhold av nevnte bestemmelser.»

15 Ordningen for gjennomføring av konkurransereglene i EØS-avtalen

15.1 Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven

15.1.1 Gjeldende rett

Det finnes i dag to generelle konkurranseregelverk i Norge, konkurranseloven og EØS-konkurranseloven. EØS-konkurranseloven med tilhørende forskrifter gjennomfører EØS-avtalens konkurranseregler i norsk rett, mens konkurranseloven inneholder de særnorske reglene. EØS-konkurranseloven og konkurranseloven har således forskjellige funksjoner. Konkurranseloven inneholder et fullstendig norsk konkurranserettslig regelverk, med både materielle og prosessuelle regler, mens EØS-konkurranseloven er en lov som gjennomfører våre forpliktelser etter EØS-avtalen. Norske foretak må forholde seg til begge regelverk.

15.1.2 Utvalgets forslag

Utvalget ble i mandatet bedt om å vurdere hvorvidt det norske konkurranseregelverket bør samles i én lov. Utvalget har ikke vurdert disse spørsmålene, og begrunner dette med at det er uklart hvordan de nye reglene i EØS vil bli utformet som følge av rådsforordning (EF) nr. 1 1/2003.

15.1.3 Høringsinstansenes merknader

Høringsinstansene ble i høringsbrevet særskilt bedt om å uttale seg om EØS-konkurranseloven og den nye konkurranseloven bør samles i en lov. Fire av høringsinstansene uttalte seg.

Bull og Co mener at EØS-konkurranseloven og den nye konkurranseloven ikke bør samles i en lov, fordi lovene har ulikt anvendelsesområde. Dessuten er regelsettene forskjellige, med forskjellig oppbygging. EØS-loven er i stor grad forskriftshjemler for prosessuelle bestemmelser til EØS-avtalen.

Finansnæringsens Hovedorganisasjon ser ikke at det er behov for at begge regelsett inntas i samme konkurranselov, fordi regelsettene har ulike funksjoner og det hittil ikke har oppstått problemer som følge av at regelsettene ikke har vært samlet i en lov.

Konkurransetilsynet er av den oppfatning at rettstilstanden ville blitt mer oversiktlig dersom EØS-konkurranseloven, med de tilpasninger som gjennomføringen av de relevante deler av forordningen medfører, og den nye konkurranseloven ble samlet i en lov.

Næringslivets Hovedorganisasjon er av den oppfatning at det gir et mer oversiktlig regelverk dersom alle bestemmelser som regulerer konkurransen i Norge, tas inn i den nye konkurranseloven med klart pedagogisk angitt kapittelinndeling for konkurransereglene i EØS-avtalen og i konkurranseloven.

15.1.4 Departementets vurderinger

Mange norske foretak må i dag forholde seg til to sett konkurranseregler, konkurransereglene i EØS-avtalen og i konkurranseloven. Det er derfor et spørsmål om det gir et mer oversiktlig regelverk om alle bestemmelser som regulerer konkurransen i Norge, tas inn i eller hjemles i den nye konkurranseloven.

Departementet ser at det i utgangspunktet kan fremstå som hensiktsmessig å søke å samle konkurranseregelverket i en lov. På den annen side har konkurranseloven og EØS-konkurranseloven vesentlig forskjellige funksjoner. Mens konkurranseloven etablerer et selvstendig konkurranseregelverk i Norge, er EØS-konkurranseloven en ren gjennomføringslov for Norges forpliktelser etter EØS-avtalen og Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA). Det er således sentrale forskjeller mellom regelverkene i henholdsvis konkurranseloven og EØS-konkurranseloven. Etter dette mener departementet at en videreføring av dagens system med to lover er det alternativ som best reflekterer disse regelverkernes formål og funksjon. Departementet vil på denne bakgrunn ikke foreslå at EØS-konkurranseloven og konkurranseloven samles til en lov.

Departementet har som det framgår av kapittel 13 og 14, foreslått en rekke endringer i EØS-konkurranseloven. Disse er så omfattende, og forslagene til nye bestemmelser bryter så mye med lovens

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

system, at det er mest hensiktsmessig å vedta en ny lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler (EØS-konkurranseloven). Som en følge av dette, foreslås den gjeldende lov om konkurranseregler i EØS-avtalen mv. opphevet.

15.2 Forskriftene under EØS-konkurranseloven

Med hjemmel i EØS-konkurranseloven 1992 § 1 er det vedtatt et omfattende regelverk som implementerer sekundærlovgivningen i EØS-avtalen (vedlegg og protokoller) og ODA (protokoll IV). Regelverket består av to forskrifter, forskrift 4. desember 1992 nr. 966 om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen og forskrift 4. desember 1992 nr. 964 om materielle konkurranseregler i EØS-avtalen.

15.2.1 Utvalgets forslag

Utvalget har ikke vurdert spørsmålet om hvordan sekundærlovgivningen i EØS-avtalen bør gjennomføres i norsk rett.

15.2.2 Høringsinstansenes merknader

Departementet ba i høringsbrevet om at høringsinstansene vurderer om metoden for implementering av reglene i EØS-avtalen og ODA i norsk rett er hensiktsmessig. Det heter i høringsbrevet:

«Selv om utgangspunktet for forskriftene er sontringen mellom prosessuelle og materielle regler, er ikke dette skillet konsekvent gjennomført. For eksempel er gruppeunntakene i sin helhet tatt inn i den materielle forskriften, også de bestemmelser som regulerer prosessuelle forhold. På den annen side er rådsforordning 4064/89 om kontroll med foretakssammenslutninger tatt inn dels i den prosessuelle forskriften og dels i den materielle. Resultatet er at det ikke alltid er like enkelt å få oversikt over regelverket.

Etter departementets oppfatning bør det vurderes å endre regelverket slik at det gjøres lettere tilgjengelig.

Departementet ønsker på denne bakgrunn høringsinstansenes syn på en gjennomføringsteknikk som bygger på følgende:

- Den prosessuelle forskriften endres slik at den kun reflekterer ODA protokoll IV, og slik at reglene som gjennomfører rådsforordning 4064/89 kontroll med foretakssammenslutninger tas ut.

- Det vedtas en egen forskrift som gjennomfører sekundærlovgivning under artikkel 53 og 54 EØS (unntak av ODA protokoll IV). Forskriften vil typisk omfatte gruppeunntak under artikkel 53 nr. 3.
- Det vedtas en egen forskrift som implementerer reglene om foretakssammenslutninger i sin helhet.

Ovennevnte innebærer i praksis at den prosessuelle forskriften videreføres, men uten å regulere foretakssammenslutninger. Videre innebærer det at den materielle forskriften oppheves og erstattes av to forskrifter med det innhold som er omtalt i strekpunkt 2 og 3 over.»

Det var fire av høringsinstansene som uttalte seg om forskriftene under EØS-konkurranseloven. Alle støtter departementets forslag.

Bull og Co uttaler at de endringer og den gjennomføringsteknikk som skisseres i høringsbrevet gir anvisning på et klarere skille mellom materielle og prosessuelle regler. Et slikt skille gjør reglene mer oversiktlig. Det anses også som ønskelig å skille ut reglene om foretakssammenslutninger fra de øvrige konkurranserettslige reglene.

Konkurransetilsynet deler departementets oppfatning om at regelverket vil være lettere tilgjengelig dersom reglene som gjennomfører forordning 4064/89 om kontroll med foretakssammenslutninger vedtas som en egen forskrift, at den prosessuelle forskriften endres slik at den kun reflekterer ODA protokoll IV og at det vedtas en egen forskrift som gjennomfører sekundærlovgivningen under EØS-avtalen artikkel 53 og 54 med unntak av ODA protokoll IV.

For øvrig er *Nærings- og handelsdepartementet* og *Finansnærings Hovedorganisasjon* enig i departementets forslag.

15.2.3 Departementets vurderinger

Departementet merker seg at alle de høringsinstanser som har uttalt seg om spørsmålet, støtter den gjennomføringsteknikk som departementet presenterte i høringsbrevet. På denne bakgrunn vil departementet gjennomføre følgende ordning for forskriftene under EØS-konkurranseloven:

- Den prosessuelle forskriften endres slik at den kun reflekterer ODA protokoll IV, og slik at reglene som gjennomfører rådsforordning 4064/89 om kontroll med foretakssammenslutninger tas ut.
- Det vedtas en egen forskrift som gjennomfører sekundærlovgivning under EØS-avtalen artik-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

- kel 53 og 54. Forskriften vil typisk omfatte gruppeunntak under artikkel 53 nr. 3.
- Det vedtas en egen forskrift som implementerer reglene om foretakssammenslutninger i sin helhet.

16 Lovforslagets administrative og økonomiske konsekvenser

16.1 Utvalgets forslag

16.1.1 Generelt

Harmonisering av konkurranselovgivningen i Norge med konkurransereglene i EØS innebærer en overgang fra et kombinert forbuds- og inngrepsprinsipp til en ren forbudsbasert lovgivning. Harmoniseringen innebærer at næringslivet, myndigheter og domstoler vil få et mer enhetlig regelverk å forholde seg til sammenlignet med i dag. Utvalget antar at dette vil forenkle rettstilstanden både for næringslivet og myndighetene. På kort sikt vil harmoniseringen føre med seg et behov for informasjon og opplæring om de nye reglene. Utvalget nevner kostnader som særtrykk av lovgivningen, produksjon av generelle informasjonsbrosjyrer, utforming av nettbasert informasjon, annonsering og artikkelutgivelser. I tillegg kan det være aktuelt å arrangere seminarer, foredrag og presentasjoner. Utvalget viser til Konkurransetilsynets kostnadsanslag på om lag en million kroner til dekning av denne type kortsiktig informasjonsarbeid. Utvalget antyder at det etter en tid kan være hensiktsmessig å undersøke kunnskapen om lovendringen blant brukerne. Dersom slike undersøkelser avdekker vesentlige mangler på kunnskap, vil mer omfattende informasjonskampanjer kunne medføre betydelige kostnader.

Utvalget presiserer at det i innstillingen ikke er tatt hensyn til kostnader forbundet med flytting av Konkurransetilsynet til Bergen.

16.1.2 Konsekvenser for næringslivet

Innføringen av forbudsbestemmelser basert på EØS-avtalens konkurranseregler krever at næringsdrivende selv tar stilling til om egen virksomhet rammes av forbudene eller ikke. Utvalget uttaler at dette kan være krevende for dem det gjelder, men at de samlede virkninger av lovforslaget dempes ved at store deler av næringslivet allerede i dag må forholde seg til konkurransereglene i EØS-avtalen. Utvalget påpeker at innføringen av et harmonisert regelverk først og fremst vil være en byrde for dem som i dag ikke omfattes av konkurranseregler

ne i EØS. Dette gjelder særlig små og mellomstore bedrifter som opererer på det norske markedet, samt landbrukssektoren som er unntatt fra EØS-avtalens regler.

Utvalget påpeker videre at foretakene ikke lenger vil ha kostnader knyttet til dispensasjonssøknader ved overgangen til en forbudslov. I stedet må foretakene selv vurdere sin stilling i forhold til spørsmålet om unntaksbestemmelsene i regelverket kommer til anvendelse.

Utvalget antar at innføring av meldeplikt for foretakssammenslutninger i liten grad vil øke næringslivets kostnader, ettersom mange foretak i dag benytter seg av frivillig melding om foretakssammenslutninger. Eventuelle kostnader vil imidlertid avhenge av innhold og omfang av meldepliktsforskriften som iverksettes.

Saksbehandlingsreglene vil ifølge utvalget kun medføre relativt små endringer i forhold til dagens regler. Videre antas ikke innføringen av et system med både sivilrettslige og strafferettslige bøter å innebære vesentlige merkostnader for foretakene.

Utvalget mener innføringen av hjemmel for Konkurransetilsynet til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 vil gi en mer effektiv håndheving av nevnte bestemmelser. Utvalget legger til grunn at Konkurransetilsynet vil ha bedre muligheter til å sette inn flere ressurser i den enkelte sak enn det overvåkningsorganene har hatt. Konkurransetilsynet vil derfor kunne ta hurtigere avgjørelser enn overvåkningsorganene, noe som vil være positivt for de involverte bedrifter. For en del bedrifter vil en nasjonal håndheving av EØS-reglene også kunne gi kostnadsbesparelser, siden disse i en del tilfeller bare trenger å forholde seg til én konkurransemyndighet i saker med EØS-dimensjon.

Utvalgets øvrige vurderinger av lovforslagets administrative og økonomiske konsekvenser for næringslivet er knyttet til opprettelse av en konkurransenemnd. Ettersom opprettelsen av en konkurransenemnd ikke er aktuelt i inneværende stortingsperiode, utdypes ikke dette nærmere i proposisjonen. Det henvises i den forbindelse til omtale av Stortingets behandling av St.meld. nr. 17 (2002–2003) Om statlige tilsyn i kapittel 10.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

16.1.3 Konsekvenser for forvaltningen

Innføringen av forbudsbasert lovgivning innebærer at konkurransemyndighetene ikke lenger skal behandle dispensasjonssøknader eller gripe inn mot lovlig, men konkurranseskadelig atferd. Konkurransemyndighetene må imidlertid som følge av lovforslaget i større grad vurdere mulige lovovertridelser, og hvorvidt disse fordrer pålegg om bestemte forpliktelser e.l. Utvalget legger til grunn at den samlede ressursbruken for konkurransemyndighetene knyttet til ovennevnte ikke vil endre seg vesentlig.

Utvalget antar imidlertid at bestemmelsene om sanksjonslempling vil føre til at Konkurransetilsynet får flere saker til behandling, samtidig som hver sak krever mer ressurser. Det siste skyldes at Konkurransetilsynet i tillegg til å utstede forelegg om sivilrettslig bot, også vil ha en mer aktiv deltakelse i domstolsbehandlingen enn de har når påtalemyndigheten fører saken for retten. Konkurransetilsynet har opplyst at dette krever om lag åtte til ti ekstra årsverk.

Utvalget antar at Regjeringsadvokaten vil prosedere saker om sivilrettslige foretaksbøter i retten på samme måte som andre saker for staten. Dette vil derfor føre til noe økt ressursbruk hos Regjeringsadvokaten. På den annen side vil påtalemyndighetens ressursbruk reduseres siden det antakelig vil bli anmeldt noe færre saker.

Domstolene antas av utvalget å måtte øke ressursbruken med ett dommerårsverk som følge av at de vanlige regler for domstollskontroll med forvaltningsvedtak også vil gjelde saker etter konkurranseloven.

Utvalget mener at forslaget knyttet til meldeplikt for foretakssammenslutninger samlet sett ikke vil kreve økt ressursbruk i Konkurransetilsynet. Ressursbruken vil imidlertid kunne avhenge av meldepliktforskriftens endelige utforming.

Utvalgets forslag til saksbehandlingsregler innebærer at Konkurransetilsynet kan samle inn informasjon på vegne av annen konkurransemyndighet eller fremmed stat. En slik adgang vil kreve økte ressurser i Konkurransetilsynet i tråd med forventet økning i denne type saker.

Konkurransetilsynets nåværende lovfestede adgang til å påpeke konkurransebegrensede virkninger av offentlige reguleringer er ikke foreslått videreført av lovutvalget. Utvalget antar imidlertid at Konkurransetilsynet også i fremtiden vil få tilført slike oppdrag selv om dette ikke er hjemlet i lov. Ressursbruken antas derfor å forbli konstant.

Lovforslaget innebærer at bestemmelsene om prismerking overføres til markedsføringsloven. Det

vil medføre en overføring av oppgaver fra Konkurransetilsynet til forbrukermyndighetene. Utvalget gir ikke noe konkret anslag på omfanget av ressurser som bør overføres mellom nevnte myndigheter. Utvalget viser til tabell 3.7 i innstillingen der Konkurransetilsynets ressursbruk de seneste årene fremgår.

Desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 vil medføre en økning i sakstilfanget for Konkurransetilsynet. Utvalget legger til grunn at en økning på om lag fem saker synes rimelig. Utvalget mener at denne økningen ikke medfører behov for økte ressurser for Konkurransetilsynet, men utelukker ikke at sakene av EØS-dimensjon kan være mer kompliserte og kreve flere ressurser enn tilsvarende nasjonale saker. Utvalget har videre lagt til grunn at innføring av desentralisert håndheving vil kunne få konsekvenser for virksomheten i departementet, men antar at dette ikke fordrer endringer i gjeldende administrative og økonomiske rammer.

Utvalgets øvrige vurderinger av lovforslagets administrative og økonomiske konsekvenser for forvaltningen er knyttet til opprettelse av en konkurransenemnd. Det vises i den forbindelse til omtale av tilsynsmeldingen i kapittel 10.

16.2 Høringsinstansenes merknader

Et fåtall av høringsinstansene har kommentert de administrative og økonomiske konsekvenser av lovforslaget.

Konkurransetilsynet fremhever at utvalget har vurdert administrative og økonomiske konsekvenser ut fra en fortsatt lokalisering av Konkurransetilsynet i Oslo. Tilsynet har intet å bemerke til denne vurderingen utover at utvalget synes å ta rimelige hensyn til usikkerheten knyttet til fremtidig sakstilfang under det endrede systemet i forslaget til ny konkurranselov.

Konkurransetilsynet påpeker at beslutningen om at tilsynet skal lokaliseres i Bergen vil medføre konsekvenser ut over det som er utredet av utvalget. Konkurransetilsynet refererer i den forbindelse til varige konsekvenser som ikke er direkte knyttet til selve flyttingen og omstillingen av ansatte. Varig økte kostnader som følge av lokalisering i Bergen vil være en følge av økt geografisk avstand til tilsynsobjekter, saksparter, internasjonale fora, samt departementene og andre statsetater m.m.

Økokrim har uttalt seg om økonomiske konsekvenser for forvaltningen av utvalgets forslag. Økokrim bemerker at innføring av et betydelig høyere

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

bøtenivå vil kreve mer ressurser både til etterforskning og domstolsbehandling. Et høyere bøtenivå vil føre til større motstand fra de som settes under etterforskning, samtidig som at forelegg erfaringsmessig bare godtas dersom bøtenivået legges på et begrenset nivå. Økokrim legger til grunn at en realistisk vurdering av lovforslaget tilsier at de må bruke flere årsverk enn i dag på slike saker.

Nærings- og handelsdepartementet (NHD) har uttalt seg om lovforslagets konsekvenser for næringslivet. NHD peker på at innstillingen omtaler hvordan lovforslaget antas å påvirke oppgaveløsningen i Konkurransetilsynet, og at slike forventninger om forandringer også bør relateres til forholdene i næringslivet. NHD uttaler videre at erfaringer med praktiseringen av tidligere regelsett kan gi bedre forståelse og tydeliggjøre konsekvensene av forslagene.

Barne- og familiedepartementet, Forbrukerombudet og Forbrukerrådet kommenterer behovet for økte ressurser som følge av at prismerkingsbestemmelsene foreslås overført til forbrukermyndighetene. Ovennevnte høringsinstanser påpeker at konkurransemyndighetene over tid har nedprioritert oppgaver knyttet til ovennevnte bestemmelser, og at gjeldende ressursbruk i tilsynet ikke kan legges til grunn for forbrukermyndighetenes ressursbehov.

16.3 Departementets vurderinger

16.3.1 Generelt

Kunngjøringen av og generell informasjon om en ny forbudsbasert konkurranselovgivning og innføring av hjemmel om desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, vil slik departementet ser det, gi økonomiske utgifter i den størrelsesorden som lovutvalget og Konkurransetilsynet har skissert. Selv om det viser seg å være behov for mer omfattende informasjonskampanjer og opplæringsprogrammer, mener departementet at de økonomiske konsekvensene fremdeles vil måtte betraktes som beskjedne.

Administrative og økonomiske konsekvenser som følger av å flytte Konkurransetilsynet til Bergen er drøftet i tilsynsmeldingen. Departementet viser til denne drøftingen. Slik departementet ser det, vil ikke lokalisering av Konkurransetilsynet i Bergen endre de administrative og økonomiske konsekvenser av å innføre en ny konkurranselov i nevneverdig grad.

16.3.2 Konsekvenser for næringslivet

Departementet mener den nye konkurranseeloven vil ha positive administrative og økonomiske virkninger for næringslivet. Departementet antar at harmoniseringen av lovverket med konkurransereglene i EØS vil gjøre det lettere for næringsdrivende å vurdere hvilke handlinger som er i strid med forbudsbestemmelsene.

Departementet anser ikke byrden som følger av næringslivets behov for å sette seg inn i nytt lovverk for å være omfattende. Næringsdrivende med internasjonalt engasjement og forretningsadvokater som har konkurransesaker som arbeidsområde, vil allerede ha kjennskap til lovverket. Næringsdrivende vil alltid måtte påregne visse administrative kostnader knyttet til det å sette seg inn i gjeldende regelverk, enten ved interne opplæringskostnader eller gjennom kjøp av eksempelvis advokattjenester. Forslaget til ny konkurranselov har enklere oppbygging enn gjeldende regelverk, og slik sett bør opplæringskostnadene for næringsdrivende være lavere med ny konkurranselov. Departementet mener eventuelle merkostnader knyttet til vurdering av egen lovlighet vil oppveies av bortfallet av kostnader knyttet til dispensasjonssøknader under gjeldende lovgivning.

Departementet følger ikke opp utvalgets forslag om å innføre en hjemmel for Kongen til å fastsette meldeplikt for foretakssammenslutninger av en viss størrelse. I stedet foreslår departementet at det innføres alminnelig meldeplikt for foretakssammenslutninger. Som utgangspunkt vil forslaget innebære en belastning for næringslivet, særlig for mindre foretakssammenslutninger som i liten grad ville valgt frivillig melding etter gjeldende regler. På den annen side vil ordningen føre til raskere avklaring av eventuelle konkurranserettslige problemstillinger. Videre vil informasjonen som tilsynet krever tilgang til normalt være lett tilgjengelig for partene, slik at arbeidet knyttet til meldingen ikke antas å være spesielt ressurskrevende. Samtidig gir lovbestemmelsen Kongen adgang til å innskrenke meldepliktens virkeområde og meldingens krav til innhold. Samlet antas innføringen av alminnelig meldeplikt å medføre visse merkostnader for næringslivet, dog ikke slik at ordningen oppfattes som unødig tyngende.

Desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 vil også ha positive administrative og økonomiske konsekvenser for næringsdrivende ved at det muliggjør saksbehandling overfor en og samme myndighet. En mer effektiv saksbehandling hos konkurransemyndighetene vil også komme næringsdrivende til gode gjennom blant annet redusert saksbehandlingstid.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Ny konkurranselov medfører ikke endringer i saksbehandlingsregler, strukturelle endringer i organiseringen av konkurransemyndighetene eller endringer i klagesaksbehandlingen som etter departementets vurdering vil gi nevneverdig økte kostnader for næringslivet.

16.3.3 Konsekvenser for forvaltningen

Departementet er av den oppfatning at konkurransemyndighetenes økte ressursbehov knyttet til vurdering av mulige lovovertridelser vil oppveies av redusert ressursbruk til blant annet vurdering av dispensasjonssøknader. De administrative og økonomiske konsekvenser vil derfor samlet sett være beskjedne.

Overgangen til forbudsbasert lovgivning vil etter departementets oppfatning kunne føre til en økning i antall klagesaker. Det er grunn til å anta at andelen av klager på Konkurransetilsynets vedtak er høyere for vedtak som konstaterer lovovertridelse enn vedtak om inngrep mot ordninger som i utgangspunktet er lovlige, men er funnet konkurransebegrensende. Departementet venter derfor en økning i antall saker der selve lovovertridelsen bestrides. Disse klagesakene har også en annen karakter enn klage på inngrep etter gjeldende lovgivning. Dette vil kreve økt kompetanse og ressursbruk for departementet i rollen som klageinstans. Videre vil det bli innført en klageadgang på tilsynets beslutning om å ta opp en sak til behandling. Også dette vil føre til flere klagesaker for departementet, men sistnevnte antas ikke å være spesielt ressurskrevende.

Innføringen av bestemmelser om sanksjonslempling vil etter departementets oppfatning medføre et vesentlig økt ressursbehov hos konkurransemyndighetene. Økningen i ressursbruken som følge av flere saker til behandling antas å tilsvare åtte til ti årsverk. Departementet viser til utvalgets redegjørelse for behovet for saksbehandling knyttet til utstedelse av overtredelsesgebyr, deltagelse i domstolsbehandling med videre.

Departementet antar i likhet med utvalget at regjeringsadvokaten vil prosedere saker om overtredelsesgebyr i retten, noe som fører til økt ressursbruk hos Regjeringsadvokaten.

Innføringen av overtredelsesgebyr antas å føre til færre anmeldelser. Økokrim fremhever at et vesentlig høyere bøtenivå vil kreve mer ressurser både til etterforskning og domstolsbehandling, slik at påtalemyndighetens ressursbruk vil øke. Departementet ser at høyere bøtenivå vil kunne føre til større motstand fra de involverte parter, men antar at dette vil oppveies av færre anmeldelser. Departe-

mentet mener derfor at påtalemyndighetens samlede ressursbruk vil være uforandret.

Som følge av at vanlige regler for domstolskontroll også gjelder i saker etter konkurranselover, vil ressursbruken i domstolene øke. Departementet antar i likhet med utvalget at økningen vil tilsvare ca. ett årsverk.

Som nevnt ønsker departementet å innføre alminnelig meldeplikt for foretakssammenslutninger. Sammenlignet med utvalgets forslag, vil ordningen kreve mer ressurser som følge av at Konkurransetilsynet må behandle flere meldinger. På den annen side innebærer kravene til meldingens innhold at hver enkelt melding fordrer liten innsats. Videre forutsetter departementet at Kongen skal innskrenke virkeområdet for den alminnelige meldeplikten samt fastsette nærmere krav til meldingens innhold ved forskrift som skal tre i kraft samtidig med loven. På denne bakgrunn antar departementet at Konkurransetilsynets økte ressursbehov vil være moderat.

Konkurransetilsynets adgang til å innhente informasjon på vegne av konkurransemyndighet i fremmed stat eller internasjonal organisasjon, vil kunne kreve økt ressursbruk. Departementet mener likevel at økningen ikke vil være av vesentlig betydning.

Departementet vil videreføre Konkurransetilsynets oppgave med å påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak og forsterke den gjennom å innføre hjemmel for tilsynet til å fastsette svarfrister for henvendelser fra Konkurransetilsynet om offentlige reguleringer. Departementet antar derfor at arbeidet med offentlige reguleringer vil kreve økt ressursbruk i Konkurransetilsynet.

Overføringen av oppfølgingen av prismeeringsbestemmelsene til forbrukermyndighetene gjør det nødvendig å vurdere ressursbruken knyttet til denne oppgaven. Høringsinstansene som representerer forbrukermyndighetene fremhever at deres ressursbehov vil være større enn gjeldende ressursbruk i Konkurransetilsynet, fordi sistnevnte over tid har nedprioritert denne type oppgaver. Departementet legger derfor til grunn at forbrukermyndighetenes ressursbehov må vurderes nærmere når forbrukermyndighetene overtar denne oppgaven.

Departementet mener økningen i saksmengde som følger av desentralisert håndheving av EØS-avtalens artikkel 53 og 54, ikke fordrer behov for vesentlige ressursøkninger i Konkurransetilsynet. Økningen i sakstilfanget ventes å være beskjedent. Sakene kan få en større og mer komplisert karakter og således skape økt behov for EØS-kompetanse i Konkurransetilsynet og departementet. Dette behov anses imidlertid ikke så stort at det krever ve-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

sentlige endringer i de administrative rammer for driften av konkurransemyndighetene.

Lovutvalget utreder en rekke administrative og økonomiske konsekvenser for forvaltningen knyttet til sitt forslag om opprettelse av en klagenemnd

for konkurransesaker. Departementet vil ta stilling til denne konsekvensvurderingen dersom det på et senere tidspunkt besluttes å etablere en klagenemnd i tråd med lovutvalgets forslag eller etter en annen modell.

17 Merknader til de enkelte bestemmelser i konkurranse-loven

Til kapittel 1 Innledende bestemmelser

Til § 1 Lovens formål

Konkurranselovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv ressursbruk i samfunnsøkonomisk forstand. Bestemmelsens ordlyd er endret i forhold til konkurranse-loven 1993, men den nye formuleringen er ikke ment å innebære noen endring i den kurs eller praksis som følger av konkurranse-loven fra 1993. Bestemmelsen er nærmere behandlet i proposisjonen punkt 4.1.

Selv om lovens formål er konkurranse, viser bestemmelsen at konkurranse er en del av et mål-middel hierarki. Den nye formuleringen tydeliggjør at det å fremme konkurransen er denne lovens formål. Samtidig gjør formuleringen «derigjennom» det helt klart at konkurranse-lovens bestemmelser kun kan nyttes når mangelfull konkurranse er årsaken til at samfunnets ressurser ikke utnyttes effektivt. Når begrepet «virksom» er tatt ut av formålsbestemmelsen, skyldes det at begrepet ikke gjør bestemmelsen klarere.

Til § 2 Definisjon av foretak

Bestemmelsen definerer foretak som enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet. Foretaksdefinisjonen er i overensstemmelse med foretaksbegrepet etter EU/EØS-konkurranseretten. Definisjonen har sammenheng med at lovens forbudsbestemmelser og reglene om kontroll med foretakssammenslutninger gjelder «foretak».

Verken EØS-avtalen artikkel 53 og 54, som de nye forbudsbestemmelsene bygger på, eller de tilsvarende reglene om foretakssammenslutninger, definerer «foretak». Foretaksbegrepet er imidlertid definert i EØS-avtalens protokoll 22 artikkel 1, hvor det heter at foretak er «enhver enhet som utøver virksomhet av handelsmessig eller økonomisk art». Dette i overensstemmelse med EF-domstolens praksis, se proposisjonen punkt 4.2 og punkt 4.4.1 i NOU 2003: 12 Ny konkurranselov. Begrepet omfatter etter nevnte praksis enhver som utøver virksomhet av økonomisk art, uten hensyn til enhetens rettslige status og hvordan den er finansiert. Offentligrettslige enheter omfattes i den utstrekning de

utøver økonomisk virksomhet av en industriell eller kommersiell art gjennom tilbud eller etterspørsel etter varer eller tjenester i markedet.

Det saklige virkeområdet for konkurransereglerne i loven vil på samme måte som i fellesskapsretten avgrenses ved foretaksbegrepet. Konkurranseloven fra 1993 er gitt anvendelse overfor ervervsvirksomhet. Det er i realiteten ikke stor forskjell, jf. definisjonen av begrepet «ervervsdrivende» og begrepet «ervervsvirksomhet» i konkurranse-loven 1993 § 1–2 bokstav a. På lignende måte som det etter konkurranse-loven fra 1993 må trekkes en grense mellom ervervsvirksomhet og offentlig myndighetsutøvelse, må det også foretas en avgrensning mellom foretak og offentlig myndighetsutøvelse. Denne avgrensningen er omtalt i proposisjonen punkt 4.2 og i innstillingen under punkt 4.5.

Begrepet «foretak» forekommer også i straffeloven § 48 a om foretaksstraff. Definisjonen etter konkurranse-loven § 2 er ikke helt sammenfallende med definisjonen i straffeloven. For eksempel vil begrepet i konkurranse-loven, i motsetning til begrepet i straffeloven, ikke omfatte enheter som ikke driver ervervsvirksomhet.

Til § 3 Generelle unntak fra loven

Unntaket for arbeids- og ansettelsesvilkår fra lovens saklige virkeområde i bestemmelsens *første ledd* er en videreføring av konkurranse-loven 1993 § 1–3, selv om ordlyden er endret. Paragraf 1–3 gir unntak for lønns- og arbeidsvilkår. Uttrykket «arbeids- og ansettelsesvilkår» er brukt i EU/EØS rettspraksis og tilsvarer forståelsen av unntaket for «lønns- og arbeidsvilkår» etter konkurranse-loven 1993 § 1–3 annet ledd. Bestemmelsen er nærmere behandlet i NOU 2003: 12, punkt 4.4.2.1 og i proposisjonen punkt 4.3.

Unntaket for lønns- og arbeidsvilkår etter konkurranse-loven 1993 § 1–3 er tolket og praktisert slik at det ikke omfatter de sider av en arbeidsavtale som ikke direkte regulerer lønns- og arbeidsvilkår.

Dette er i overensstemmelse med praksis i EU og EØS. Se EFTA-domstolens uttalelse i sak E-8/00

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

av 22. mars 2002 (EFTA Court Report side 114, avsnitt 53) om at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 må kunne anvendes på tariffavtaler for så vidt de hadde et annet formål enn å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår, eller i praksis ikke virket slik at de førte til forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår. Avtaler må i denne sammenheng tolkes som avtalebestemmelser, slik at hver enkelt bestemmelse underlegges en konkret vurdering med henblikk på å konstatere om den var av en slik karakter eller ikke.

På basis av foranstående, og lignende avgjørelser ved EF-domstolen, er bestemmelsen i første ledd i praksis unødvendig. Paragrafene 10 og 11 må uansett anvendes i overensstemmelse med praksis for vurdering av bestemmelser i kollektive arbeidsavtaler i EU/EØS.

Av hensyn til klarhet er unntaket likevel videreført i loven, men med endret ordlyd, som nevnt ovenfor.

Bestemmelsens *annet ledd* gir Kongen adgang til ved forskrift å gjøre unntak fra hele eller deler av loven for bestemte markeder eller næringer. Denne forskriftshjemmelen åpner for å gjøre unntak som ledd i den mer overordnede konkurransepolitikken.

Bestemmelsen gir hjemmel for tilsvarende unntak som i konkurranseloven 1993 § 3–8 om unntak for samarbeid ved førstehåndsomsetningen for norske jordbruks-, skogbruks- og fiskeriprodukter fra forbudsbestemmelsernes anvendelsesområde. I *annet ledd* er det uttrykkelig fastslått at Kongen skal gi forskrifter om de unntak fra §§ 10 og 11 som er nødvendige for å gjennomføre landbruks- og fiskeripolitikken.

Eventuell videreføring av bestemmelsen i konkurranseloven 1993 § 3–8 samt innføring av eventuelle andre unntak er omtalt under innstillingen punkt 4.4.2.1 og proposisjonen punkt 4.4.

Til § 4 Forholdet til andre lover

Bestemmelsen viderefører *annet ledd* i konkurranseloven 1993 § 1–4. Paragraf 4 gir Kongen hjemmel til å foreta avgrensninger mellom bestemmelsene i konkurranseloven og bestemmelser i annen reguleringslovgivning og å foreta fordeling av oppgaver og myndighet mellom forskjellige reguleringsmyndigheter. Bestemmelsen er ment å forebygge konflikter som kan oppstå og gir Kongen en rett til å avklare forholdet mellom sektormyndigheter før det oppstår motstrid. En slik avgjørelse fra Kongen kan gå ut på at en av myndighetene får innskrenket kompetanse i forhold til den opprinnelige fullmakten. Bestemmelsen er nærmere behandlet under punkt 4.1.2.3 i NOU 2003: 12.

Bestemmelsen innebærer forutsetningsvis at fullmaktene i konkurranseloven og andre lover er likestilte med mindre vedkommende lov uttrykkelig skulle bestemme eller forutsette at dens fullmakter skulle ha fortrinnsrett. Om vedkommende lov skulle være mer spesiell enn konkurranseloven eller yngre enn den, vil være uten betydning i så henseende.

Til § 5 Lovens stedlige virkeområde

Innholdet i denne bestemmelsen tilsvarer konkurranseloven 1993 § 1–5. Det er foreslått enkelte språklige forbedringer. Videre er tredje ledd i § 1–5 i konkurranseloven 1993 fjernet som overflødig. I tredje ledd het det at lovens virkeområde kunne utvides eller innskrenkes som følge av avtale med fremmed stat eller internasjonal organisasjon. Bestemmelsen har ikke vært benyttet, og dersom det skulle være aktuelt, antas det at saken uansett må forelegges Stortinget.

Bestemmelsens *første ledd* innebærer blant annet at utenlandske foretak ikke har adgang til å fastsette konkurransereguleringer i strid med § 10 eller utilbørlig utnytte dominerende stilling i strid med § 11, når dette vil få virkning i Norge. Det vil også kunne gripes inn etter § 16 dersom utenlandske foretak er involvert i en foretakssammenslutning som har virkninger her.

I *annet ledd* er det fastsatt at Kongen kan bestemme at loven også skal gjelde for vilkår, avtaler eller handlinger som utelukkende har eller er egnet til å ha virkning utenfor riket. Det vil for eksempel kunne være tilfelle ved samarbeid som beskrevet i lovens forbudsbestemmelser mellom norske bedrifter som utelukkende driver eksport.

Tredje ledd gir Kongen hjemmel til å bestemme om og i hvilken utstrekning de bestemmelser som er gitt i eller i medhold av loven, skal gjelde for Svalbard.

Til § 6 Varighet av enkeltvedtak

Bestemmelsen om tidsbegrensning av enkeltvedtak er en delvis videreføring av konkurranseloven 1993 § 1–6, men med enkelte språklige endringer. En endring i forhold til § 1–6 er at tidsbegrensningene i § 6 kun foreslås å gjelde overfor enkeltvedtak og således ikke overfor forskrifter gitt i medhold av loven. Enkeltvedtak i medhold av loven kan være påbud om opphør etter § 12, inngrep overfor foretakssammenslutninger etter § 16 og inngrep og tillatelse i saker av prinsipiell og stor samfunnsmessig betydning etter §§ 13 og 21 samt pålegg om sopppløsning etter § 23. Når det gjelder midlertidige

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

vedtak etter § 12 fjerde ledd, er det i siste punktum foreslått egne regler om varigheten, jf. merknadene til denne bestemmelsen.

Uttrykket «normalt» i § 6 første punktum må tolkes slik at enkeltvedtak skal tidsbegrenses der dette er naturlig. Dette vil typisk gjelde vedtak om å pålegge forpliktelser som er nødvendige for å bringe overtredelser av forbudsbestemmelsene til opphør etter § 12. Når det gjelder vedtak om å forby foretakssammenslutninger eller å pålegge strukturelle forpliktelser ved godkjenning av foretakssammenslutninger, vil det vanligvis ikke være naturlig med noen tidsbegrensning. Det samme vil gjelde for vedtak truffet i forbindelse med etterforskningen av overtredelsessaker. Dette innebærer at det ikke gjelder noen tidsfrist for vedtak som det etter sitt innhold ikke er naturlig å tidsbegrense, dog med en yttergrense på ti år, jf. § 6 annet punktum.

Etter § 6 *annet punktum* skal enkeltvedtak normalt ikke gjelde mer enn fem år og aldri mer enn ti år. Også i de tilfellene hvor virkningstiden ikke er uttrykkelig fastsatt i vedtaket, vil det være den normale virkningstiden på fem år som gjelder dersom det er naturlig at vedtaket tidsbegrenses.

Vedtaket kan fornyes, jf. § 6 *siste ledd*. Hvis situasjonen ikke har endret seg i særlig grad, og dermed ført til at grunnlaget for et fornyelsesvedtak ikke er vesensforskjellig fra grunnlaget for det opprinnelige vedtaket, må kravene til det nye vedtakets begrunnelse være lempeligere enn det som ellers gjelder for vedtak. Begrunnelsen for vedtaket vil da i det vesentlige følge av det opprinnelige vedtaket. Videre vil den maksimale virkningstiden på ti år kun gjelde i forhold til det opprinnelige vedtaket, som vil kunne bli fornyet ved nytt vedtak i en ny tiårsperiode. Fornyelsesvedtak må treffes før virkningstiden for det gamle vedtaket utløper. Ved fornyelse av vedtak som gjelder vilkår satt i forbindelse med inngrep overfor foretakssammenslutninger, kan saksbehandlingsfristene som gjelder etter §§ 18 og 20 ikke ha betydning for adgangen til å treffe vedtak om fornyelse.

Til § 7 Overlevering av taushetsbelagte opplysninger til fremmede stater konkurransemyndigheter og internasjonale organisasjoner

Bestemmelsen er en videreføring av konkurranse-loven 1993 § 1–8 som ble tilføyd 5. mai 2000. Bestemmelsen er nærmere omtalt i proposisjonen punkt 5.9. I NOU 2003: 12 er bestemmelsen nærmere behandlet i tilknytning til reglene om opplysningsplikt i punkt 8.1.2.1.

Til kapittel 2 Konkurransemyndighetenes organisasjon og oppgaver

Til § 8 Konkurransemyndighetenes organisasjon

Bestemmelsens *første ledd* fastslår at konkurransemyndighetene er Kongen, departementet og Konkurransetilsynet.

Et enkeltvedtak etter konkurranse-loven vil kunne påklages til departementet, jf. forvaltningsloven § 28. Departementets alminnelige styringsrett i enkeltsaker avskjæres etter § 8 *annet ledd* første punktum ved at det fastslås at tilsynet ikke kan instrueres om avgjørelsen i enkeltsaker. Imidlertid sies det uttrykkelig i annet ledd annet punktum at Konkurransetilsynet kan instrueres til å ta opp en sak til behandling, jf. punkt 10.7 i proposisjonen. Dette er en kodifisering av praksis etter konkurranse-loven fra 1993 om ikke å instruere Konkurransetilsynet i enkeltsaker. Formelt sett innebærer det en innskrenkning i forhold til den alminnelige ordning, hvor departementet har full styringsrett og kan instruere Konkurransetilsynet også i enkeltsaker.

For i størst mulig grad å sikre Konkurransetilsynets uavhengighet kan departementet etter forslaget ikke omgjøre tilsynets vedtak, med mindre dette påklages. Dette gjelder likevel ikke dersom Konkurransetilsynets vedtak er ugyldig. I slike tilfeller er det en særlig omgjøringsadgang for departementet etter § 8 annet ledd tredje punktum. Bestemmelsen svarer til klageorganets omgjøringsadgang ved ugyldige vedtak i forvaltningsloven § 35. Siden kompetansen er begrenset til ugyldighetstilfellene, medfører bestemmelsen at departementet ikke har full omgjøringsadgang overfor Konkurransetilsynets vedtak. For å klargjøre forholdet mellom konkurranse-loven og den generelle bestemmelsen om overordnet organs adgang til omgjøring uten klage i forvaltningsloven § 35, er det i § 8 annet ledd siste punktum en bestemmelse om at forvaltningsloven § 35 ikke gjelder for departementets omgjøring av Konkurransetilsynets vedtak etter konkurranse-loven.

I tillegg, og for å sikre politisk styringsmulighet av konkurransepolitikken også i enkeltsaker, gir §§ 13 og 21 hjemmel for Kongen i statsråd til å gripe inn i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning. For nærmere omtale vises til merknadene til disse bestemmelsene i dette kapitlet og til kapittel 6 om atferdsreguleringer og kapittel 7 om kontroll med foretakssammenslutninger.

Etter § 8 *tredje ledd* kan Kongen gi nærmere bestemmelser om Konkurransetilsynets organisasjon og virksomhet. Kongen vil gjennom denne og øvrige forskriftshjemler i loven styre den generelle utforming og utøvelsen av konkurransepolitikken.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Til § 9 Konkurransetilsynets oppgaver

I denne bestemmelsen gis en oversikt over Konkurransetilsynets oppgaver. Bestemmelsen bygger på konkurranseloven 1993 § 2–2. Det er foretatt enkelte endringer for å tilpasse den til Konkurransetilsynets kompetanse og oppgaver etter den nye loven. Konkurransemyndighetenes oppgaver er generelt behandlet i proposisjonen kapittel 5. Kjerneoppgavene er behandlet nærmere i kapittel 6 om atferdsreguleringer og kapittel 7 om kontroll med foretakssammenslutninger.

Konkurransetilsynet skal føre tilsyn med konkurransen i markedene. Oppstillingen av oppgaver er ikke ment å være uttømmende, jf. uttrykket «herunder». Bestemmelsen er heller ikke ment å pålegge Konkurransetilsynet oppgaver utover det som følger av lovens bestemmelser. Paragraf 9 er heller ingen selvstendig hjemmel for Konkurransetilsynet til å treffe vedtak. Det at en oppgave er listet opp i denne bestemmelsen har likevel rettslig betydning, på den måten at tilsynet vil ha hjemmel etter § 24 til å pålegge opplysningsplikt der det er nødvendig som ledd i å ivareta sine gjøremål etter loven.

Etter bokstav a skal Konkurransetilsynet kontrollere at lovens forbud og påbud overholdes. Det er forbudsbestemmelsene i §§ 10 og 11 det her siktes til. Ved overtredelser av forbudsbestemmelsene kan Konkurransetilsynet påby opphør etter § 12 første ledd, treffe midlertidig vedtak om opphør etter § 12 fjerde ledd, ilegge tvangsmulkt etter § 28, treffe vedtak om overtredelsesgebyr etter § 29 eller anmelde saken til påtalemyndigheten. Det vises forøvrig til merknadene til kapittel 3 og 7.

Etter bokstav b skal Konkurransetilsynet foreta nødvendige inngrep mot foretakssammenslutninger. Det vises det til merknadene til kapittel 4.

Etter bokstav c skal Konkurransetilsynet iverksette tiltak for å øke markedenes gjennomsiktighet. Bestemmelsen er en videreføring av konkurranseloven 1993 § 2–2 bokstav c. Bakgrunnen for bestemmelsen er nærmere behandlet under punkt 5.2.

Oppgaven i bokstav d om håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 er hjemlet i EØS-konkurranseloven § 6. Bakgrunnen for at tilsynet har fått denne kompetansen er nærmere behandlet i proposisjonen kapittel 13.

I bokstav e videreføres Konkurransetilsynets oppgave med å påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak. Bestemmelsen innebærer at Konkurransetilsynet kan foreslå endringer i vedkommende regulering som vil kunne ha positive konkurransemessige virkninger. Tilsynet

vil imidlertid ikke ha noen plikt til å fremme slike forslag.

Tilsynet kan kreve at det organ som forestår den aktuelle reguleringen, svarer på tilsynets henvendelse, eventuelt innen en nærmere angitt frist. I svaret skal det redegjøres for hvordan de konkurransemessige hensyn som tilsynet har påpekt, vil bli ivaretatt.

Svarplikten i annet ledd påhviler den ansvarlige for den myndighet som tiltaket hører under. Dette kan for eksempel være sjefen for statlige myndigheter på eller under regjeringsnivå, kommunale eller fylkeskommunale ordførere eller noen som på deres vegne gir forskrifter eller forvalter lovverk. Når tilsynet setter konkrete svarfrister, skal det tas hensyn til de rammer som settes for regelverksutvikling for øvrig i forbindelse med høring og utredning. Konkurransetilsynets oppgaver etter bokstav e er nærmere omtalt i punkt 5.3 i proposisjonen.

Til kapittel 3 Forbudte konkurransebegrensninger

Til § 10 Konkurranseregulerende avtaler mellom foretak

Bestemmelsen svarer med nasjonale tilpasninger, til EØS-avtalen artikkel 53. Praksis i EU og EØS vil derfor være relevant ved tolkning av bestemmelsen. En del av formålet med å innføre forbud som er utformet etter den tilsvarende bestemmelsen i artikkel 53 i EØS-avtalen, er å harmonisere de norske reglene på området med EØS-reglene. I § 15 er det også uttrykkelig sagt at de nye norske forbudsbestemmelsene skal anvendes med de begrensninger som følger av § 7 i EØS-konkurranseloven. Rettspraksis fra EU- og EØS-retten må derfor veie tungt som rettskilde ved anvendelse av den norske forbudsbestemmelsen. Harmoniseringen innebærer imidlertid ikke uten videre at anvendelsen av den norske bestemmelsen i ett og alt vil bli identisk med EØS-avtalen artikkel 53. Her vil blant annet ulikheter når det gjelder reglernes formål, stedlige virkeområde og rettskildesituasjon kunne spille inn. Bestemmelsen er nærmere behandlet i proposisjonen kapittel 6 om atferdsreguleringer.

I motsetning til EØS-avtalen artikkel 53 er det i bestemmelsens *første ledd* ikke et vilkår at den aktuelle avtale, beslutning eller samordnede opptreden «kan påvirke handelen mellom avtalepartene» (samhandelskriteriet). Dette har sammenheng med at konkurranseloven gjelder nasjonalt, jf. § 5 om lovens stedlige virkeområde. Lovanvender må imidlertid fortsatt vurdere samhandelskriteriet på grunn av EØS-avtalens forrang. En nærmere omtale av dette finnes i punkt 4.7 og 14.6.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Tre vilkår må være til stede for at § 10 første ledd skal komme til anvendelse. For det første må det foreligge en eller annen form for samarbeid mellom uavhengige foretak. For det annet må samarbeidet ha konkurransebegrensende formål eller virkning. I tillegg må det som i EU/EØS-retten, innfortolkes et vilkår om at konkurransen må påvirkes merkbart (merkbarhetsvilkåret).

I § 10 første ledd bokstavene a til e er det foretatt en opplisting av tilfeller som særlig må anses som forbudt etter første ledd. Denne oppregningen er ingen uttømmende angivelse av hvilke tilfeller som omfattes av bestemmelsen.

I NOU 2003: 12 under punkt 4.2.1.2 er det gjort nærmere rede for hvordan vilkårene i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og således § 10 første ledd må forstås.

Forbudsbestemmelsen i § 10 første ledd erstatter forbudene i konkurranseloven 1993 §§ 3–1 til 3–4. Bestemmelsen vil til dels ha et videre anvendelsesområde enn disse forbudsbestemmelsene ved at for eksempel ikke bare samarbeid «for salg av varer eller tjenester», men også om kjøp kan være omfattet. På den annen side har § 10 første ledd et snevrere anvendelsesområde ved at samarbeid som ville ha vært forbudt etter konkurranseloven fra 1993 likevel kan være tillatt etter § 10 første ledd, dersom forholdet kun i mindre utstrekning påvirker konkurransen, jf. merkbarhetsvilkåret. Etter konkurranseloven fra 1993 måtte aktørene eventuelt søke om dispensasjon etter § 3–9 første ledd bokstav c om unntak for konkurransereguleringer med liten konkurransemessig betydning.

Etter *annet ledd* skal avtaler og beslutninger som er forbudt etter § 10, ikke ha noen rettsvirkninger. Det følger av rettspraksis i EU/EØS-retten at ugyldigheten bare gjelder de deler av avtalen som berøres av forbudet, eller for hele avtalen dersom disse deler ikke kan skilles fra de øvrige deler av avtalen. Det vises forøvrig til kapittel 11 om privat håndheving.

Unntaket i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 kommer i dag kun til anvendelse dersom et overvåkningsorgan har innvilget individuelt fritak, med mindre forholdet er tillatt i henhold til et gruppefritak. I tråd med rådsforordning (EF) nr. 1/2003 innføres et lovbasert unntak i *tredje ledd*, som innebærer at det enkelte foretak som utgangspunkt selv må vurdere om atferd som er forbudt etter § 10 første ledd likevel omfattes av unntaket i § 10 tredje ledd. Bestemmelsen er nærmere omtalt i kapittel 6 om atferdsreguleringer.

Paragraf 10 tredje ledd oppstiller fire kumulative vilkår som alle må være oppfylt for at atferd i strid med § 10 første ledd skal være unntatt. De to

første vilkårene betegnes som positive og de to siste som negative vilkår. For det første må det aktuelle samarbeidet bidra til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling. For det andre må samarbeidet sikre forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd. For det tredje må partene ved samarbeidet ikke pålegges restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, og endelig må partene ikke gis mulighet for å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer samarbeidet gjelder.

Etter bestemmelsens *fjerde ledd* første punktum skal det også etter norsk rett være adgang til ved forskrift å gi tilsvarende gruppefritak som i EU/EØS-retten, samt til å gi egne gruppefritak om hva som skal gå inn under tredje ledd i forhold til de norske forbudene. Konkurransetilsynet har etter fjerde ledd kompetanse til i enkelttilfeller å kunne trekke tilbake fordelen av et gruppefritak. En slik tilbaketrekning vil ikke få tilbakevirkende kraft.

I § 16 sjettede ledd foreslås et unntak for begrensninger i strid med § 10 som er direkte knyttet til en foretakssammenslutning. Kommentarene til denne bestemmelsen behandles sammen med de øvrige merknadene til § 16.

Til § 11 Utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling

Forbudet i § 11 svarer med nasjonale tilpasninger til EØS-avtalen artikkel 54. På samme måte som for § 10, vil praksis i EU og EØS være relevant ved tolkning av bestemmelsen, og veie tungt som rettskilde ved anvendelsen av den norske forbudsbestemmelsen. Det kan likevel også i forhold til denne bestemmelsen, tenkes tilfeller der anvendelsen av den norske loven ikke vil tilsvare praksis etter EØS-avtalen artikkel 54. For øvrig vises til omtalen i merknaden til § 10.

Bestemmelsen innebærer en nyskapning i forhold til hva som følger av konkurranseloven 1993. Forhold som i dag er lovlige kan bli forbudt etter § 11. Etter konkurranseloven fra 1993 kan det imidlertid være grunnlag for å gripe inn mot slike forhold etter § 3–10. Forbudet i § 11 og opphevelsen av § 3–10 innebærer således en overgang fra et kombinert forbuds- og inngrepsregime til et tilnærmet rent forbudsregime for konkurransebegrensende atferd.

Paragraf 11 *første ledd* oppstiller to vilkår for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. For det første må ett eller flere foretak inneha en dominerende stilling. For det andre må den dominerende stillingen utnyttes utilbørlig. I motsetning til EØS-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

avtalen artikkel 54 er det ikke et vilkår at utnyttelsen skjer innen det territorium som er omfattet av denne avtalen, eller i en vesentlig del av det. Det er heller ikke et vilkår at slik atferd kan påvirke handelen mellom avtalepartene (samhandelskriteriet). Bakgrunnen for dette er at § 11 kun gjelder nasjonalt. Det vises til utvalgets redegjørelse for gjeldende rett under punkt 4.2.1.3 i NOU 2003: 12 for hvordan vilkårene i EØS-avtalen artikkel 54, og således vilkårene i § 11 må forstås.

I § 11 *annet ledd* er det som i EØS-avtalen artikkel 54 annet ledd, gitt eksempler på atferd som kan anses som utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Annet ledd gir ingen uttømmende oppregning av hvilke tilfeller som kan være forbudt etter bestemmelsens første ledd.

Til § 12 Pålegg om å bringe en ulovlig atferd til opphør mv.

Paragraf 12 er en nyskapning i konkurranseloven. Bestemmelsen er behandlet nærmere i kapittel 6 om atferdsreguleringer.

Etter *første ledd* første punktum er Konkurransetilsynet gitt kompetanse til å pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer bestemmelsene i §§ 10 eller 11, å bringe overtredelsen til opphør. Slike pålegg er enkeltvedtak og kan påklages til departementet. Av annet punktum følger det at Konkurransetilsynet i forbindelse med et påbud om opphør kan pålegge ethvert tiltak som er nødvendig for å bringe en overtredelse til opphør. Et slikt tiltak er ingen sanksjon.

Om Konkurransetilsynet skal pålegge tiltak i forbindelse med et påbud om opphør, vil måtte bero på en skjønnsmessig vurdering. Et foretak kan bare pålegges tiltak som er nødvendige for å bringe overtredelsen til opphør, jf. første ledd annet punktum. Når tilsynet vurderer nødvendigheten av å pålegge tiltak, bør det tas hensyn til den antatte vilje og evne hos foretaket til selv å kunne innrette seg på en slik måte at pålegget om opphør etterlevs.

Hvilken typer tiltak som skal ilegges etter annet punktum, må vurderes konkret på bakgrunn av blant annet overtredelsens art og virkninger. Alminnelige former for tiltak vil være påbud om helt eller delvis opphør av avtaler, vedtak eller forretningsvilkår, regulering av ervervsdrivendes priser eller avanser, pålegg om leveringsplikt eller om plikt til å gi adgang til en innsatsfaktor som er nødvendig for å kunne tilby en vare eller tjeneste. Det kan fastsettes både atferdsregulerende og strukturelle tiltak.

Når det gjelder strukturelle tiltak, er det presisert i første ledd tredje punktum at slike bare kan pålegges dersom det ikke finnes like effektive atferdsregulerende tiltak, eller dersom et atferdsregulerende tiltak vil være mer byrdefullt for foretaket. Strukturelle tiltak vil være mest relevant i tilknytning til overtredelser av § 11, men kan også tenkes benyttet ved overtredelser av § 10. Dersom det foreligger krysseierskap mellom foretak som har samarbeidet om konkurransebegrensende tiltak, kan det eksempelvis være aktuelt å pålegge partene å selge seg ut av det konkurrerende selskap. I forbindelse med overtredelse av § 11, for eksempel dersom krysssubsidiering setter foretaket i stand til utilbørlig å utnytte sin dominerende stilling, kan det være aktuelt å pålegge et foretak å skille ut deler av virksomheten av kontrollmessige grunner.

Det kan settes frist for gjennomføring av pålegget. Fristen må fastsettes på bakgrunn av en avveining av beskyttelsesverdige interesser og foretakenes praktiske muligheter for å gjennomføre de pålagte tiltak. Dersom intet annet er bestemt, gjelder pålegget umiddelbart.

I saker hvor overtredelsen er opphørt før vedtak fattes, kan Konkurransetilsynet likevel konstatere at det har skjedd en overtredelse. Dette kan særlig være ønskelig når det er risiko for at adressaten gjentar overtredelsen, eller hvor saken reiser tolkningsspørsmål som Konkurransetilsynet finner det hensiktsmessig å uttale seg om.

Konkurransetilsynet kan ilegge tvangsmulkt for å sikre etterlevelse av påbudet, jf. § 28. Overtredelse av et påbud kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr eller straff etter henholdsvis §§ 29 og 30.

Annet ledd fastslår at pålegg etter første ledd kan gis selv om Konkurransetilsynet også treffer vedtak om overtredelsesgebyr mot foretaket etter § 29, eller anmelder overtredelsen til påtalemyndigheten. Mens overtredelsesgebyret er en sanksjon for en allerede begått overtredelse, er pålegg etter § 12 et verktøy for å forhindre fremtidige overtredelser. Ettersom en klage på pålegg etter § 12 i utgangspunktet skal behandles av departementet, kan den situasjonen oppstå at to organer prøver om det har forekommet en overtredelse hvis vedtaket om overtredelsesgebyr samtidig bringes inn for retten. Den som vedtakene retter seg mot, kan imidlertid selv velge å bringe begge vedtakene inn for retten i samme sak, se motsetningsvis tvistemålsloven § 437 første ledd.

Har noen anmodet Konkurransetilsynet om å treffe vedtak etter § 12, kan Konkurransetilsynets avslag på anmodning om å gi et pålegg påklages til departementet. Dette følger av § 12 *tredje ledd*. For-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

valtningslovens regler i kapittel VI om klage gjelder så langt de passer. Konkurransetilsynet har adgang til å avslå en anmodning om inngrep etter § 12 på bakgrunn av en prioriteringsvurdering. Også slike vurderinger fra Konkurransetilsynets side kan være gjenstand for departementets overprøving. For å gjøre klageadgangen reell, fremgår det av tredje ledd at Konkurransetilsynet skal grunngi sin avgjørelse om ikke å pålegge tiltak. Det foreslås imidlertid ingen begrunnelsesplikt for Konkurransetilsynet når det på eget initiativ har tatt en sak opp til behandling, og det således ikke foreligger en anmodning fra noen om et pålegg om opphør.

I *fjerde ledd* er det fastsatt at Konkurransetilsynet kan treffe midlertidig vedtak om pålegg dersom det er fare for varig og uopprettelig skade for konkurransen og når det er rimelig grunn til å anta at det foreligger en overtredelse av §§ 10 eller 11. Det er Konkurransetilsynet som avgjør om det foreligger en sikringsgrunn. Denne avgjørelsen kan påklages. Vurderingen av om det er rimelig grunn til å anta at det foreligger en overtredelse av lovens forbudsbestemmelser, må foretas på bakgrunn av de opplysninger som foreligger for Konkurransetilsynet. At det må være rimelig grunn innebærer ikke noe krav om sannsynlighetsovervekt.

Det kan ikke treffes midlertidig vedtak dersom den vedtaket retter seg mot påføres skade eller ulempe som står i åpenbart misforhold til de hensyn som vedtaket skal ivareta, jf. fjerde ledd annet punktum. Denne forholdsmessighetsvurderingen kan påklages og overprøves av departementet.

Midlertidig vedtak etter fjerde ledd skal treffes for et begrenset tidsrom med mulighet til forlengelse dersom faren for konkurransen består. Dette innebærer at Konkurransetilsynet må prioritere behandlingen av hovedsaken, slik at det kan treffes regulært vedtak innen dette tidsrom. Ved klage kan departementet fastsette en kortere frist og således styre Konkurransetilsynets prioritering av saken.

Til § 13 Prøving i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning

Etter konkurranseloven fra 1993 er den politiske styringen i enkeltsaker blant annet sikret ved at det kan dispenseres fra forbudene i loven dersom det foreligger særlige hensyn. For å sikre politisk styring i enkeltsaker også etter den nye loven, er Kongen i statsråd etter § 13 gitt adgang til å tillate atferd som er i strid med forbudene i §§ 10 og 11 og omgjøre Konkurransetilsynets vedtak etter § 12. Kongen i statsråd kan også gi pålegg etter § 12. Betingelsen for å gi slik tillatelse, omgjøre tilsynets vedtak eller gi pålegg etter § 12 er at det foreligger

en sak av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning.

Overtredelse av vedtak etter § 12 som Kongen i statsråd treffer med hjemmel i denne bestemmelsen, kan sanksjoneres på samme måte som om vedtaket var truffet av Konkurransetilsynet.

Bestemmelsen gjelder i enkeltsaker, i motsetning til § 3 annet ledd, som gir Kongen kompetanse til å unnta bestemte markeder og næringer fra forbudsbestemmelsene generelt.

Forutsetningen for at Kongen etter § 13 kan gi tillatelse til atferd som er i strid med §§ 10 eller 11, er at det foreligger en overtredelse av § 10 første ledd og at vilkårene for unntak i § 10 tredje ledd ikke er til stede, eller at det foreligger en overtredelse av § 11.

Siden kompetansen etter § 13 er lagt til Kongen i statsråd og ikke Kongen fremgår det at denne ikke kan delegeres etter de vanlige regler om delegasjon.

Bestemmelsen innebærer at Kongen i statsråd både skal kunne omgjøre Konkurransetilsynets vedtak ut fra andre hensyn enn konkurransehensyn og overprøve det konkurransemessige skjønnsom tilsynet har utøvd i den konkrete saken. I disse tilfellene bør som hovedregel Kongen i statsråd la tilsynet behandle sin sak ferdig før de går inn og omgjør Konkurransetilsynets vedtak. Dette vil styrke Konkurransetilsynets uavhengige faglige stilling, og i større grad synliggjøre når politiske hensyn og avveininger trekkes inn i saksbehandlingen.

Etter § 13 *første ledd* kan Kongen i statsråd tillate atferd som er forbudt etter § 10 og § 11, gi pålegg etter § 12 og omgjøre Konkurransetilsynets vedtak etter § 12, når det foreligger «en sak av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning». Departementet legger vekt på at bestemmelsen skal være fleksibel og at regjeringen skal stå forholdsvis fritt i forhold til når tillatelse kan gis. Både det forhold at slike vedtak skal skje av Kongen i statsråd og at betingelsen om prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning må være oppfylt, innebærer at terskelen for å treffe slike vedtak vil ligge høyt. Videre vil et inngrep med hjemmel i § 13 måtte gjennomføres i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser. Dette vil blant annet innebære at det ikke kan være aktuelt for Kongen i statsråd å treffe vedtak som strider med EØS-avtalen.

Kongen i statsråd kan også gripe inn dersom Konkurransetilsynet har unnlatt å treffe vedtak etter § 12. Dette er aktuelt dersom regjeringen i en konkret sak har en annen oppfatning av de konkurransemessige virkningene enn Konkurransetilsynet. For at Kongen i statsråd skal kunne treffe et slikt vedtak, må for det første lovens materielle be-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

tingelser for vedtak om opphør av ulovlig atferd være oppfylt. Dessuten må det foreligge en sak av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning som tilsier et slikt inngrep. Det vil således være sjelden at regjeringen finner det nødvendig å foreta slike inngrep ved vedtak i statsråd. For nærmere omtale av hvilke pålegg som kan utferdiges vises til kapittel 6 om atferdsreguleringer og merknader til § 12.

Etter bestemmelsens annet punktum har Kongens tillatelse ikke noen virkning for overtredelser av loven eller vedtak i medhold av loven før tillatelsen er gitt. Dette innebærer at når forbudsbestemmelsene er overtrådt før Kongen ga en tillatelse, kan det i prinsippet ilegges tvangsmulkt, overtredelsesgebyr eller straff. Overtredelser forut for tillatelsen kan også utløse privatrettslige virkninger som erstatningsansvar og ugyldighet.

Til § 14 Konkurransefremmende tiltak

I § 14 gis Kongen, dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene, hjemmel til ved forskrift å gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål. Bakgrunnen for bestemmelsen er nærmere omtalt i punkt 6.4.8 og 6.6.8 i kapittel 6 om atferdsreguleringer. Det er et vilkår for å anvende bestemmelsen at det er nødvendig for å fremme konkurransen. Videre kan det bare gripes inn mot vilkår avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål.

Bestemmelsen er ment brukt i markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende uten at forbudene i §§ 10 og 11 kommer til anvendelse. Bestemmelsen kan også anvendes i markeder der et foretak, for eksempel et dominerende foretak bryter § 11 og flere andre foretak nytter samme konkurransebegrensende forretningsmetoder uten å rammes av forbudene, fordi de ikke har en dominerende posisjon i markedet.

Til § 15 Forholdet til EØS-avtalen

I § 15 er det fastsatt at §§ 10 og 11 samt forskriftsbestemmelser etter § 14 bare kommer til anvendelse med de begrensninger som følger av EØS-konkurranseloven § 7.

Dersom samhandelen mellom EØS-stater påvirkes merkbart av en konkurranseregulering som nevnt i EØS-avtalen artikkel 53 og 54, og reguleringen samtidig er egnet til å ha virkning i Norge, vil konkurransereguleringen omfattes både av EØS-

avtalen artikkel 53 eller 54 og av forbudene i §§ 10 eller 11 i konkurranseloven. De to regelsettene vil dermed ha overlappende anvendelsesområder. En parallell regelanvendelse vil kunne medføre forskjellig utfall, avhengig av hvilket regelverk som legges til grunn. EØS-retten oppstiller imidlertid visse skranker for anvendelsen av nasjonal konkurranselov i tilfelle der EØS-avtalen artikkel 53 og 54 kommer til anvendelse.

Forholdet mellom EØS-avtalens konkurranse-regler og avtalepartenes nasjonale konkurranseregler er ikke direkte løst i EØS-avtalen. Av EØS-loven § 2 følger at «i tilfelle konflikt» skal EØS-avtalens regler som gjennomført i norsk rett «gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold». Det er følgelig en forutsetning for parallell anvendelse av konkurranse-loven at dette ikke hindrer ensartet anvendelse og uinnskrenket virkning av EØS-avtalens konkurranseregler.

EU har gjennom vedtakelse av rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 3 direkte regulert forholdet mellom EF-traktaten artikkel 81 og 82 og medlemsstatenes nasjonale konkurranselov-givning. I § 7 i EØS-konkurranseloven er det tatt inn en tilsvarende bestemmelse som regulerer forholdet mellom den norske konkurranselov-givningen og EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Denne bestemmelsen utfyller således EØS-loven § 2.

EØS-konkurranseloven § 7 første ledd pålegger konkurransemyndigheter og domstoler å anvende EØS-avtalen artikkel 53 og 54 når de anvender nasjonal konkurranserett på atferd som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene. Etter EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd må ikke anvendelsen av nasjonal konkurranselov-givning føre til forbud mot avtaler og ordninger mv. mellom foretak som påvirker samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 eller er omfattet av et gruppefritak inntatt i EØS-avtalen. Bestemmelsen er ikke til hinder for å anvende en mer restriktiv nasjonal lovgivning mot ensidig atferd, for eksempel gjennom forskrifter etter § 14. Etter EØS-konkurranseloven § 7 tredje ledd kommer ikke de to første ledd i denne bestemmelsen til anvendelse når konkurransemyndighetene anvender bestemmelsene om kontroll med foretakssammenslutninger i konkurranseloven. Det samme gjelder bestemmelser i lovgivning som hovedsakelig fremmer et annet formål enn det som fremmes av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Til kapittel 4 Kontroll med foretakssammenslutninger mv.

Til § 16 Inngrep mot foretakssammenslutninger mv.

Begrepet «foretakssammenslutning» brukes i stedet for «bedriftserved», som angir anvendelsesområdet for konkurranse-loven 1993 § 3–11. Foretakssammenslutning er definert i § 17, se 17 definerer foretakssammenslutning. Se kommentarene til denne bestemmelsen.

Første ledd angir det materielle vilkåret for inngrep mot foretakssammenslutninger. De materielle inngrepsvilkårene tilsvarer konkurranse-loven 1993 § 3–11 første ledd. Praksis og retningslinjer etter denne bestemmelsen er videreført og får dermed betydning for innholdet. Vilkaåret for inngrepet er at en foretakssammenslutning «vil kunne føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål».

Vesentlighetskravet er behandlet i proposisjonen punkt 7.3 og i NOU 2003: 12 punkt 5.4.5.2. Foretakssammenslutningen må ha et potensiale for en kvalifisert begrensning av konkurransen på ett eller flere nærmere avgrensede markeder. Foretakssammenslutninger er en naturlig del av bedrifters tilpasning til endrede markedsforhold og er således en naturlig del av markedsøkonomien og prinsippet om avtalefrihet. Hensynet til forholdsmessighet krever derfor at konkurransebegrensningen har en viss samfunnsøkonomisk betydning før det kan foretas et så inngripende vedtak. Selv om kravet til vesentlighet ikke er direkte relatert til den aktuelle transaksjonens økonomiske omfang, kan dette likevel si noe om et eventuelt skadepotensiale. Det følger for øvrig av Konkurransetilsynets retningslinjer og praksis etter konkurranse-loven av 1993 at markedets struktur tillegges vekt, og at det tas hensyn til antall aktører (tilbydere) og deres relative størrelse på det relevante markedet. I tilfeller hvor konkurransen allerede før foretakssammenslutningen er vesentlig begrenset, stilles det ingen krav til hvor mye ervervet må forsterke denne begrensningen.

Det primære vilkåret om at foretakssammenslutningen må «føre til» en vesentlig konkurransebegrensning innebærer krav om årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og konkurransebegrensningen. Det har blant annet betydning for foretakssammenslutninger som omfatter selskaper som er på vei ut av markedet på grunn av faren for konkurs. Dersom selskapet vil opphøre å utgjøre en konkurransemessig faktor, og konkurransesituasjonen ikke påvirkes av oppkjøpet, vil det ikke være årsakssammenheng mellom ervervet og

endringen i konkurransesituasjonen i markedet. Vilkaåret for inngrep er således ikke til stede. Se proposisjonen punkt 7.3.4. Det relevante vurderingstema for konkurransemyndighetene i denne sammenheng er om det, etter eventuell konkurs eller gjeldssanering, er lønnsomt å drive virksomheten eller deler av den videre i det samme markedet. Hvis det ikke er grunnlag for lønnsom drift etter en eventuell konkurs, eksisterer ikke en årsakssammenheng mellom konkurransebegrensningen og foretakssammenslutningen. Er det derimot grunnlag for lønnsom drift, kan det være grunn til å gripe inn.

Det er også relevant å vurdere om opphør av virksomheten av andre grunner kan føre til en bedre konkurransemessig situasjon enn om ervervet gjennomføres. Det kan for eksempel skje dersom kundemassen til det opphørte foretaket fordeler seg på en konkurransemessig gunstigere måte mellom de gjenværende aktører enn om oppkjøper overtar hele eller store deler av kundemassen ved ervervet.

Konkurransemyndighetene må i denne forbindelse vurdere om eventuelle lønnsomhetsproblemer har sammenheng med oppkjøpers atferd i markedet. Det må inngå i vurderingen av en foretakssammenslutning om bakgrunnen for at ervervet er aktuelt, er ulovlig atferd fra erververs side. Rovprising eller annen atferd som har til formål å redusere konkurransen, kan være en måte å muliggjøre oppkjøp av konkurrenter.

Det sekundære vilkåret om at begrensningen i konkurransen må være «i strid med lovens formål» innebærer at det ikke kan gripes inn med mindre foretakssammenslutningen, i tillegg til å føre til eller forsterke en vesentlig hypotetisk begrensning av konkurransen, samtidig gir et samfunnsøkonomisk tap. Det innebærer at det må foretas en avveining mellom de konkurranseskadelige virkningene av ervervet og eventuelle positive effekter. Dersom en foretakssammenslutning fører til at det genereres samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster som er større enn det tapet samfunnet påføres ved konkurransebegrensningen, vil ikke vilkårene for inngrep være oppfylt.

Konkurransetilsynet «kan» etter konkurranse-loven 1993 § 3–11 gripe inn. Inngrepsfullmakten er etter departementets forslag endret slik at Konkurransetilsynet heretter «skal» gripe inn hvis de materielle vilkårene er oppfylt. Formålet er å markere et skille mellom faglige vurderinger i Konkurransetilsynet og departementet, og avveining mellom politiske mål som skal foretas av Kongen i statsråd. Konkurransetilsynet og departementet vil derved ikke kunne legge vekt på andre hensyn enn de rent

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

konkurranse- og effektivitetsmessige i sin inngrepsvurdering. Etter § 21 første ledd kan Kongen i statsråd, i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning, tillate en foretakssammenslutning eller et erverv av minoritetsandeler (se kommentarer til annet ledd) som tilsynet eller departementet har grepet inn mot. Videre kan Kongen i statsråd, i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessige betydning og dersom vilkårene etter § 16 første ledd foreligger, gripe inn etter § 21 annet ledd i proposisjonen.

Tredjeparter har ingen rett til å klage over beslutninger om ikke å gripe inn mot en foretakssammenslutning, se for øvrig merknader til § 21.

I annet ledd foreslår departementet at det også skal gis adgang til strukturelle inngrep mot «erverv av andeler som ikke fører til kontroll» det vil si såkalte minoritetserverv. Slike erverv vil kunne føre til en konkurransebegrensning, men vil bare unntaksvis gi erverver juridisk eller faktisk kontroll i et foretak, og faller derfor normalt ikke inn under definisjonen av «foretakssammenslutning». For fortsatt å kunne gripe inn overfor slike erverv, er det derfor nødvendig med en særskilt inngrepshjemmel for slike transaksjoner. Se nærmere om begrunnelsen i punkt 7.3.

De materielle vilkår for inngrep mot minoritetserverv er de samme som ved inngrep etter § 16 første ledd.

Er ervervet gjennomført ved flere etterfølgende transaksjoner kan det bare gripes inn overfor transaksjoner som har funnet sted innenfor en to års periode før det siste ervervet.

Tredje ledd angir hva et vedtak etter første eller annet ledd kan gå ut på. Bestemmelsen bygger på den tilsvarende bestemmelse i konkurranseloven fra 1993. Innholdet i et inngrepsvedtak er nærmere behandlet i proposisjonen punkt 7.4.

Tredje ledd nevner tre ulike typer vedtak, å nedlegge forbud eller gi påbud, samt å gi tillatelse på vilkår. Opplistingen under bokstavene a og b er ikke ment å være uttømmende, jf. ordlyden «herunder», men angir eksempler på vedtak. Etter bokstav a kan en foretakssammenslutning eller et minoritetserverv som dekkes av annet ledd forbyes, og det kan settes slike bestemmelser som er nødvendige for at formålet med forbudet blir oppnådd. I praksis vil et totalt forbud sjelden være aktuelt fordi man ofte vil kunne avverge de konkurransemessige ulemper gjennom mindre inngripende tiltak.

Etter bokstav b kan Konkurransetilsynet påby avhendelse av aksjer eller andeler som er ervervet som ledd i foretakssammenslutningen eller minoritetservervet.

Etter bokstav c kan det settes slike vilkår som

er nødvendige for å motvirke at foretakssammenslutningen eller minoritetservervet begrenser konkurransen.

Vilkår for godkjenning av en foretakssammenslutning eller et minoritetserverv kan gå ut på å regulere struktur og/eller atferd. Strukturelle vilkår vil i de fleste tilfeller være best egnet til å motvirke konkurransemessige begrensninger. Atferdsvilkår har den ulempen at de krever fortløpende overvåking og håndheving fra Konkurransetilsynets side og er i tillegg tidsbegrenset.

Fjerde ledd er en videreføring av § 3–12 i konkurranseloven av 1993 som Stortinget vedtok 17. juni 2003, se proposisjonen punkt 7.3.4.

Av femte ledd fremgår at det kan oppnevnes en forvalter til å bistå ved gjennomføringen av vedtak etter første eller annet ledd. Bestemmelsen er ny og det er nærmere redegjort for den i innstillingens punkt 5.4.10 og proposisjonen punkt 7.8.4. Kongen kan fastsette nærmere regler for forvalters stilling.

Sjette ledd gjelder konkurransebegrensninger som er direkte knyttet til en foretakssammenslutning eller minoritetserverv, jf. annet ledd. Bestemmelsen fastsetter at begrensninger som er direkte tilknyttet en foretakssammenslutning eller et minoritetserverv ikke er i strid med §§ 10 og 11, dersom de er nødvendige for gjennomføringen av foretakssammenslutningen eller ervervet og foretakssammenslutningen eller ervervet sammen med de tilknyttede begrensningene ikke fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Dette er for foretakssammenslutninger i tråd med EØS-reglene om kontroll med foretakssammenslutninger, jf. nærmere om tilknyttede begrensninger i proposisjonen punkt 7.4. EØS-reglene omfatter ikke erverv av andeler som ikke fører til kontroll.

Som konsekvens av at anvendelsesområdet for inngrepsbestemmelsene omfatter minoritetserverv, har departementet også gitt unntaket for tilknyttede begrensninger anvendelse ved slike erverv. Departementet kan imidlertid ikke se at dette vil få noen praktisk betydning, da det er vanskelig å tenke seg begrensninger som skulle være nødvendige for gjennomføringen av minoritetserverv.

Ønsker partene å gjennomføre tiltak som ellers ville være forbudt, har partene risikoen med hensyn til om begrensningene oppfyller vilkårene for unntak. Anvendelse av unntaket fra forbudene i §§ 10 og 11 forutsetter ikke noe særskilt vedtak fra konkurransemyndighetenes side og forutsetter heller ikke at sammenslutninger er meldt. At det ikke gripes inn mot en foretakssammenslutning selv om den er vurdert og fristene etter § 20 er løpt ut, utelukker derfor ikke at Konkurransetilsynet med

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

hjemmel i § 12 griper inn mot begrensningene dersom tilsynet er av en annen oppfatning enn partene av om vilkårene for unntak er oppfylt. Det kan også reageres med overtredelsesgebyr eller straff etter §§ 29 og 30.

Til § 17 Definisjon av foretakssammenslutning

Innføring av begrepet «foretakssammenslutning» og definisjonen av dette innebærer en endring i det generelle anvendelsesområdet for bestemmelsene om strukturelle inngrep og har sammenheng med en tilpasning til fusjonsforordningen, det vil si rådsforordning (EØF) nr. 4064/89 om tilsyn med foretakssammenslutninger. Uttrykket foretakssammenslutning er brukt i den offisielle norske gjennomføringsteksten og innholdet i begrepet, brukt i departementets forslag, er ment å tilsvare EF/EØS reglene. Eksisterende og fremtidig praksis samt tolkingsveiledninger osv. får dermed direkte betydning for innholdet i de norske reglene.

Etter *første ledd* anses det å foreligge en foretakssammenslutning etter reglene i dette kapitlet når to eller flere tidligere uavhengige foretak eller deler av foretak fusjonerer, eller der det erverves direkte eller indirekte hel eller delvis kontroll over andre foretak. Reglene tilsvare fusjonsforordningen artikkel 3 nr. 1 til 4. Endringen i kontroll må være varig for å være relevant. For en nærmere beskrivelse av fusjonsforordningens regler om kontrollbegrepet, se punkt 5.3.1.2.1 i NOU 2003: 12.

Annet ledd tilsvare fusjonsforordningen artikkel 3 nr. 2 og angir definisjonen på et fellesforetak. Sentralt er det at det må erverves felles kontroll. Forholdet mellom reglene for foretakssammenslutninger og atferdsreglene når det gjelder fellesforetak er nærmere beskrevet under punkt 5.4.4.1 i innstillingen, jf. proposisjonen punkt 7.2.2.

Tredje ledd angir at kontroll kan oppnås gjennom rettigheter, avtaler eller andre midler og angir eksempler på hva slags rettigheter som rammes av reglene. Paragraf 17 tredje ledd tilsvare fusjonsforordningen artikkel 3 nr. 3.

Etter *fjerde ledd* kan kontroll oppnås av personer eller foretak som eier rettigheter, har rettigheter i henhold til avtaler eller kan utøve rettigheter. Bestemmelsen tilsvare fusjonsforordningen artikkel 3 nr. 4.

Femte ledd gir Kongen hjemmel til å gi nærmere forskrifter om hva som skal omfattes av første ledd. Hjemmelen er tenkt benyttet dersom det er aktuelt å innføre tilsvarende unntak fra bestemmelsen i første ledd som unntakene i fusjonsordningen artikkel 3 nr. 5 bokstavene a, b og c. Disse reglene fastslår at det ikke foreligger en foretakssammens-

lutning når finans- eller kredittinstitusjoner eller forsikringsselskaper midlertidig erverver andeler med tanke på videresalg. Unntaket gjelder på visse vilkår og foreslås ikke tatt inn i den norske loven. Fordi det etter første ledd stilles krav om en varig strukturendring, vil unntakstilfellene etter disse reglene omfatte bare et snevert omfang av saker i forhold til de transaksjoner som likevel faller utenfor reglene fordi de ikke utgjør en strukturendring av varig karakter.

Til § 18 Melding av foretakssammenslutninger mv.

I *første ledd* innføres alminnelig meldeplikt for alle foretakssammenslutninger, jf. proposisjonen punkt 7.5.

Krav til alminnelig melding er angitt i *annet ledd*. Meldingen skal blant annet inneholde navn og adresse på partene i en fusjon eller den eller de som overtar kontroll, en beskrivelse av de involverte foretak, en beskrivelse av de berørte markeder og en oversikt over de fem viktigste konkurrenter, kunder og leverandører. Kravet til meldingens innhold vil bli utdypet i forskrift. Opplysningene er ment å være av en slik karakter at de lett skal kunne fremskaffes.

I bestemmelsens femte ledd er Kongen gitt hjemmel til å foreta innskrenkninger i meldeplikten. Se for øvrig under omtale av femte ledd.

Fristen for å levere melding er når endelig avtale er inngått eller erverv av kontroll er oppnådd. Innholdet i begrepet endelig avtale er det samme som etter konkurranseloven 1993 § 3–11. Erverv av kontroll anses å inntre i de tilfeller som er beskrevet under § 17 annet til fjerde ledd, se for øvrig merknader til bestemmelsen.

Erverv av minoritetsandeler, jf. § 16 annet ledd, omfattes ikke av den alminnelige meldeplikten etter dette ledd.

Brudd på meldeplikten etter første ledd kan medføre overtredelsesgebyr etter § 29 første ledd og eventuell straff etter § 30.

Tredje ledd gir Konkurransetilsynet hjemmel til å pålegge fullstendig melding i enkelttilfeller. Det er ikke nødvendig å avvente melding etter første ledd før pålegget gis. Det er ikke meningen at Konkurransetilsynet skal stille krav om at fullstendig melding skjer innen en viss tidsfrist. Ettersom det gjelder et gjennomføringsforbud fra den dag fullstendig melding pålegges, jf. § 19 første ledd, og fullstendig melding utløser saksbehandlingsfrister, vil partene i sammenslutningen selv ha insentiver til å melde snarest mulig. Innholdet i fullstendig melding vil bli fastsatt i forskrift etter § 18 siste ledd.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Det kan ikke gis pålegg om fullstendig melding senere enn 15 virkedager etter at Konkurransetilsynet har mottatt alminnelig melding etter første ledd eller tre måneder etter endelig avtale ved erverv etter § 16 annet ledd. Gis ikke slikt pålegg innen disse frister, kan Konkurransetilsynet ikke gripe inn etter § 16 første eller annet ledd.

Fjerde ledd gir partene anledning til å melde foretakssammenslutninger frivillig, uavhengig av om de omfattes av første ledd. Det er forutsatt at frivillig melding må tilfredsstillende kravene til fullstendig melding. Den vil utløse tidsfrister for konkurransemyndighetenes saksbehandling etter reglene i § 20 annet og tredje ledd. Det er ingen tidsfrister for å melde frivillig.

Foretakssammenslutninger meldt etter tredje og fjerde ledd er underlagt et midlertidig forbud mot gjennomføring etter reglene i § 19 første ledd. Overtredelse av gjennomføringsforbudet er straffbart og kan føre til overtredelsesgebyr.

Partene kan etter samtykke fra Konkurransetilsynet gi en såkalt forenklet melding istedenfor en fullstendig melding. Da gjelder saksbehandlingsfristene på samme måte som etter fullstendig melding.

Tredjeparter er ikke gitt klagerett dersom Konkurransetilsynet unnlater å pålegge melding etter reglene i tredje ledd.

Femte ledd gir Kongen hjemmel til å fastsette nærmere regler om melding av foretakssammenslutninger og transaksjoner etter § 18.

Det kan vedtas innskrenkninger i meldeplikten etter første ledd både i krav til meldingens innhold og i forhold til kretsen som omfattes. Disse vil tilpasses de erfaringer konkurransemyndighetene gjør med hensyn til hvor nødvendig en så omfattende meldeplikt er, hvor tyngende den virker på dem plikten omfatter, samt hvilken arbeidsbyrde dette medfører.

Det kan også være aktuelt med en nærmere spesifisering av hvem som er pliktsubjekter etter første ledd, særlig på bakgrunn av de relativt detaljerte bestemmelsene i § 17 om hva som etter bestemmelsen anses som erverv av kontroll. Videre vil hjemmelen bli benyttet til å fastsette de krav som må tilfredsstillende for at en melding skal anses å være fullstendig, samt nærmere regler om fremgangsmåten ved forenklet melding.

Det vil også bli gitt regler om offentliggjøring av meldingen, for eksempel om eventuelle unntak fra offentlighet for visse typer opplysninger. Det kan være både elektronisk offentliggjøring og annen form for kunngjøring.

Krav til offentliggjøring av meldingen er ment å skulle ivareta hensynet til at berørte tredjeparter

skal kunne få adgang til å fremme sine synspunkter i forbindelse med konkurransemyndighetenes behandling av en foretakssammenslutning.

Det vil også kunne gis regler om elektronisk kommunikasjon. Det forutsettes at parter og andre berørte kan kommunisere elektronisk med konkurransemyndighetene dersom dette skulle være ønskelig.

Til § 19 Gjennomføringsforbud

Første ledd gir regler om forbud mot gjennomføring av foretakssammenslutninger. Det automatiske gjennomføringsforbudet opphører når Konkurransetilsynet har avsluttet sin behandling av meldingen i første fase, det vil si senest 25 virkedager etter at tilsynet har mottatt fullstendig melding om foretakssammenslutningen. Hvilke handlinger som rammes av det automatiske gjennomføringsforbudet vil følge av de tilsvarende reglene i EF/EØS-retten, se nærmere beskrivelse i proposisjonen punkt 7.6.4.

For foretakssammenslutninger som pålegges melding etter reglene i § 18 tredje ledd gjelder gjennomføringsforbudet fra det tidspunkt partene har mottatt pålegg om melding. For foretakssammenslutninger som meldes frivillig etter reglene i § 18 fjerde ledd gjelder gjennomføringsforbudet fra det tidspunkt partene inngir fullstendig melding.

For foretakssammenslutninger som pålegges melding eller meldes frivillig etter reglene i § 18 tredje og fjerde ledd, kan det ikke utelukkes at det allerede er truffet tiltak om gjennomføring av sammenslutningen. Reglene i første ledd vil likevel være til hinder for at partene tar videre skritt i retning av gjennomføring etter at melding er pålagt eller avgitt frivillig.

Annet ledd gir Konkurransetilsynet adgang til av eget tiltak helt eller delvis å gjøre unntak fra gjennomføringsforbudet. Dette er ikke et enkeltvedtak der forvaltningslovens regler gjelder. Dersom tilsynet mottar en oppfordring om å gjøre unntak fra gjennomføringsforbudet, kan tilsynet avslå dette uten noen nærmere begrunnelse og uten at parten(e) kan klage over beslutningen. Kommisjonens praksis kan tjene som en retningslinje for når tilsynet kan gjøre unntak fra gjennomføringsforbudet. Bestemmelsen skal bare nyttes når det kan påvises alvorlige konsekvenser for partene eller samfunnet for øvrig og disse er en direkte følge av gjennomføringsforbudet. Dette er omtalt nærmere under punkt 7.6.4.

Etter annet ledd kan Konkurransetilsynet også gi unntak ved forskrift.

Tredje ledd gir Konkurransetilsynet adgang til å

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

treffe vedtak om midlertidig gjennomføringsforbud. Et vedtak om midlertidig forbud er ikke aktuelt i saksbehandlingsens første fase, men vil være aktuelt for saker som går over i saksbehandlingsens annen fase ettersom det automatiske gjennomføringsforbudet kun gjelder i fase I. Tilsynet kan også vedta gjennomføringsforbud ved minoritetserverv. Tredje ledd oppstiller to kumulative vilkår som må være oppfylt for å kunne pålegge et gjennomføringsforbud. For det første må det være rimelig grunn til å anta at ervervet kan lede til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. Vilkåret innebærer ikke noe krav om sannsynlighetsovervekt. For det andre må Konkurransetilsynet anse tiltaket som nødvendig for å kunne gjennomføre et eventuelt senere vedtak om inngrep i medhold av § 16. Det må her foretas en avveining mot partenes konkrete behov for å starte integrasjonsprosessen på det aktuelle tidspunktet.

Til § 20 Vedtak om inngrep

Første ledd presiserer at kompetansen til å treffe vedtak om inngrep er lagt til Konkurransetilsynet. Konkurransetilsynet treffer vedtak i første instans med departementet som klageorgan. Kongen i statsråd kan likevel vedta inngrep i henhold til § 21 annet ledd.

Vedtaket om inngrep må skje på grunnlag av fullstendig melding etter reglene i § 18 tredje eller fjerde ledd.

Annet ledd angir frister for første del av Konkurransetilsynets saksbehandling. Utløsende for fristen i fase I er at Konkurransetilsynet mottar fullstendig melding. Når fullstendig melding er mottatt, må Konkurransetilsynet innen 25 virkedager varsle partene om at inngrep kan bli aktuelt. Gis slikt varsel innen fristens utløp, kan saksbehandlingen fortsette i fase II. Det er ikke anledning til å søke fristutsettelse i saksbehandlingsens fase I. Fristen begynner å løpe første virkedag etter at fullstendig melding er mottatt. Annet ledd angir videre at dersom Konkurransetilsynet ikke varsler at inngrep kan bli aktuelt innen fristen i fase I, anses sammenslutningen som godkjent etter reglene i § 16. Tredjeparter gis ikke rett til å klage på at Konkurransetilsynet har unnlatt å varsle videre behandling av saken. Bestemmelsen avskjærer ikke inngrepskompetansen til Kongen i statsråd etter § 21 annet ledd.

Tredje ledd fastsetter tidsfrister for Konkurransetilsynets saksbehandling i fase II. Bestemmelsen setter opp en samlet saksbehandlingsfrist i Konkurransetilsynet på maksimalt 100 dager fra fullstendig melding er mottatt til Konkurransetilsynet treffer

sitt vedtak eller sin avgjørelse. Det følger av tredje ledd at Konkurransetilsynet 70 virkedager etter at fullstendig melding er mottatt, må ha lagt frem et begrunnet forslag til inngrepsvedtak overfor partene. Partene gis en frist på 15 virkedager til å uttale seg om forslaget. Tilsynet må deretter treffe vedtak i saken senest 15 virkedager etter at de har mottatt partenes uttalelse.

Konkurransetilsynets frist til å treffe avgjørelse i sakens fase II kan forlenges med 25 virkedager på begjæring fra partene dersom de, på grunnlag av Konkurransetilsynets varsel om inngrep i fase II, foreslår avhjelpende tiltak. Det er tilak som kan fjerne eller redusere de konkurransebegrensende virkninger som tilsynet har påpekt. Bakgrunnen for regelen er at Konkurransetilsynet innenfor fristen på 15 virkedager fra partenes uttalelse er mottatt, har meget kort tid til å vurdere om det er aktuelt å fatte vedtak om å tillate foretakssammenslutningen på vilkår. En fristutsettelse på 25 virkedager ivaretar partenes behov for at de tilbudte tiltakene gis en forsvarlig vurdering av Konkurransetilsynet.

Når partene tilbyr avhjelpende tiltak, skal de samtidig framstille tilbudet i et offentlig dokument, jf. tredje ledd siste punktum.

Fjerde ledd oppstiller regler for klagebehandling. En eventuell klage på Konkurransetilsynets vedtak må fremsettes innen 15 virkedager. Konkurransetilsynet bringer klagen inn for departementet innen 15 virkedager etter at klagen er mottatt. Departementet må treffe sitt vedtak senest 60 virkedager etter at klagesaken er mottatt. Forøvrig gjelder forvaltningslovens regler om klage så langt de passer. Oversittes fristene i annet og tredje punktum påvirker det ikke gyldigheten av Konkurransetilsynets vedtak.

Etter *femte ledd* kan fristene i bestemmelsens annet, tredje og fjerde ledd i særlige tilfeller suspenderes dersom noen av de involverte foretak ikke framskaffer informasjon som Konkurransetilsynet eller departementet har krevd, og dette skyldes forhold på partenes side. Det er en forutsetning for suspensjon at kravet er skriftlig og at det er satt en frist for å gi opplysningene. Konkurransetilsynet og departementet bør informere partene om at fristene suspenderes dersom opplysningene ikke er levert tilsynet eller departementet innen fristen. Partene skal også informeres om at fristen har sluttet å løpe. Fristen begynner å løpe igjen første virkedag etter at tilsynet eller departementet mottar den etter spurte informasjonen. En forutsetning for at bestemmelsen kan anvendes, er at det faktisk og praktisk er mulig å fremskaffe opplysningene. Bestemmelsen kan anvendes på ethvert tidspunkt i saksbehandlingen.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Til § 21 Prøving i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning

For å sikre politisk styring i enkeltsaker om foretakssammenslutninger mv., er Kongen i statsråd i § 21 første ledd gitt adgang til å tillate foretakssammenslutninger eller erverv av minoritetsandeler som Konkurransetilsynet har grepet inn mot. Betingelsen for å gi slik tillatelse er at saken har prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning. Det kan settes vilkår for å gi en slik tillatelse.

Bestemmelsen innebærer at Kongen i statsråd både skal kunne omgjøre Konkurransetilsynets vedtak ut fra andre hensyn enn konkurransehensyn og overprøve det konkurransemessige skjønn som tilsynet har utøvd i den konkrete saken. Det er et vilkår at Konkurransetilsynet har grepet inn mot foretakssammenslutningen. Kongen i statsråd kan derfor ikke gripe inn i en pågående sak. Dersom Konkurransetilsynets vedtak påklages, kan Kongen i statsråd ikke tillate en foretakssammenslutning før departementet har truffet avgjørelse i klagesaken. Dette fremgår av § 21 første ledd siste punktum. Dette vil styrke Konkurransetilsynets uavhengige faglige stilling og synliggjøre når politiske hensyn og avveininger trekkes inn i saksbehandlingen.

Videre kan Kongen i statsråd etter bestemmelsens *annet ledd* også gripe inn dersom Konkurransetilsynet har unnlatt å treffe vedtak etter § 16. Det er aktuelt dersom regjeringen i en konkret sak har en annen oppfatning av de konkurransemessige virkningene enn Konkurransetilsynet. For at Kongen i statsråd skal kunne treffe et slikt vedtak, må for det første lovens materielle betingelser for vedtak om inngrep etter § 16 være oppfylt. Dessuten må det foreligge en «sak av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning» som tilsier et slikt inngrep. Det vil således være sjelden at regjeringen finner det nødvendig å foreta slike inngrep ved vedtak i statsråd.

Når det gjelder innholdet i begrepet «prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning» vises til merknadene til § 13 første ledd.

Bestemmelsens annet ledd fastsetter at Kongen i statsråd kan treffe vedtak etter §§ 16, 18 og 19. Det innebærer at Kongen i statsråd i tillegg til selve inngrepet mot foretakssammenslutningen eller et erverv av minoritetsandeler etter § 16, kan gi pålegg om fullstendig melding etter § 18 tredje ledd, gjøre unntak fra gjennomføringsforbudet etter § 19 annet ledd og pålegge midlertidig gjennomføringsforbud etter § 19 tredje ledd når vilkårene for dette foreligger. Manglende etterlevelse av pålegg som Kongen i statsråd treffer med hjemmel i § 21 annet ledd, kan sanksjoneres på samme måte som om de var truffet av Konkurransetilsynet.

I § 21 annet ledd annet punktum er det fastsatt at fristene i §§ 18 og 20 ikke gjelder for vedtak etter § 21. Det kan for eksempel gripes inn mot en foretakssammenslutning selv om tilsynet ikke har pålagt fullstendig melding innen 15 virkedager etter melding i henhold til § 18 første ledd. For Kongen i statsråd er det heller ikke nødvendig å varsle at det er aktuelt med inngrep innen 25 virkedager fra mottak av fullstendig melding. Det kan imidlertid ikke treffes vedtak om inngrep senere enn 12 måneder etter at det er inngått endelig avtale, jf. annet ledd siste punktum.

Siden kompetansen etter § 21 er lagt til Kongen i statsråd og ikke Kongen, fremgår det at kompetansen ikke kan delegeres.

Til kapittel 5 Prisopplysning og offentlighet

Til § 22 Offentlighet

Paragraf 22 er en ny bestemmelse om at Konkurransetilsynet og departementet skal ha en plikt til å aktivt kunngjøre sine vedtak.

Offentliggjøring av vedtak innebærer at myndighetenes vurdering av ulike handlinger, lovtolkning og subsumsjon samt forhold i markedet blir kjent. Bestemmelsen er nærmere omtalt under punkt 5.2.4 i NOU 2003: 12.

Forvaltningsloven § 13 om taushetsplikt kommer i utgangspunktet til anvendelse dersom Konkurransetilsynet og departementet vil offentliggjøre sine vedtak. Det vil si at tilsynet og departementet har taushetsplikt om noens personlige forhold og om drifts- eller forretningsforhold. I noen tilfeller kan denne taushetsplikten medføre at vedtak i sin helhet ikke kan offentliggjøres. For å sikre at alle vedtak blir offentliggjort, er det derfor i visse tilfelle nødvendig å gjøre unntak fra forvaltningsloven § 13.

I § 22 tredje punktum er det derfor fastsatt at forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 ikke gjelder dersom det er nødvendig for å opplyse om vedtakets hovedinnhold. Konkurransetilsynet skal i størst mulig grad unngå å offentliggjøre taushetsbelagte opplysninger. Etter en konkret avveining må tilsynet eller departementet ta stilling til hva som i den enkelte sak er nødvendig å opplyse om for at vedtakets hovedinnhold kan offentliggjøres. Som hovedregel bør Konkurransetilsynet og departementet lage en offentlig versjon der de taushetsbelagte opplysningene er fjernet. Det skal således forholdsvis mye til før det kan anses nødvendig å offentliggjøre opplysninger som omfattes av taushetsplikten i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Det er ikke gjort et tilsvarende unntak fra taus-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

hetsplikten for opplysninger etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1.

Det finnes eksempler på at Konkurransetilsynet har utsatt å offentliggjøre vedtak fordi partenes planer ikke har vært kjent i markedet. Dette gjelder særlig i inngrepssaker etter konkurranseloven 1993 § 3–10. Etter den nye loven vil slike vedtak bli erstattet av vedtak som pålegger opphør av ulovlig atferd, og partene i disse sakene vil ikke ha samme behov for utsatt offentlighet.

Ved offentliggjøringen skal partenes navn og vedtakets hovedinnhold oppgis. Konkurransetilsynet og departementet offentliggjør allerede sine vedtak på sine respektive hjemmesider på en måte som tilfredsstiller kravene i § 22.

Til § 23 Prisopplysning mv.

Konkurranseloven inneholder ingen plikt for ervervsdrivende som driver detaljomsetning av varer eller tjenester til å gi opplysning om sine priser. Denneplikten er overført til markedsføringsloven § 3 a. Kompetanse til å sikre etterlevelse gjennom tilsyn, enkeltvedtak og forskrifter er overført til markedsføringsloven § 12 tredje ledd og § 14 første ledd annet punktum. I § 23 er imidlertid Konkurransetilsynet gitt kompetanse til å pålegge ervervsdrivende å foreta merking, ha oppslag eller gi annen underretning om pris, forretningsvilkår og kvalitet. Betingelsen for å gi slikt pålegg er at tilsynet finner at det er nødvendig for å fremme konkurransen. Bestemmelsen er særlig egnet til å fremme konkurransen ved å øke gjennomsiktigheten i et marked. I bestemmelsens annet punktum er Kongen gitt kompetanse til ved forskrift å gi tilsvarende bestemmelser. Adgangen til å gi pålegg og å fastsette forskrifter gjelder i alle markeder. Det er særlig aktuelt å nytte bestemmelsen i de markeder der det ikke allerede gjelder en prisopplysningsplikt etter markedsføringsloven § 3 a, det vil si i markeder der etterspørerne ikke er forbrukere.

Formålet med bestemmelsen er således å fremme konkurransen i markeder der det er behov for å bedre etterspørernes kunnskap og dermed mulighet til å foreta rasjonelle valg. Bestemmelsen er nærmere omtalt i punkt 5.2.4.

Til kapittel 6 Saksbehandling ved undersøkelser og kontroll

Til § 24 Opplysningsplikt og gransking

Nærmere omtale er gitt i kapittel 9 i proposisjonen og punkt 8.6. og 8.7 i NOU 2003: 12. Bestemmelsen i § 24 er i hovedsak en videreføring av konkurranseloven 1993 § 6–1.

Etter *første ledd* kan både Konkurransetilsynet, Kongen og departementet gi pålegg om å gi opplysninger. Opplysningsplikten gjelder «enhver», det vil si alle individer og juridiske personer. Tilsynet kan derfor bruke bestemmelsen også til å innhente opplysninger fra andre enn partene, for å få belyst ytterligere sider eller virkninger av et tiltak. Det kan fastsettes både individuelle og generelle pålegg om å gi opplysninger. Et pålegg om å gi opplysninger kan gjelde for et enkelt tilfelle, eller det kan pålegges en løpende plikt til å opplyse om endringer eller nye forhold.

Opplysningsplikten gjelder informasjon som kreves for at konkurransemyndighetene skal kunne utføre sine «gjøremål etter loven». Det vil si at det er opplysningsplikt i forhold til alle typer saker og på et hvert tidspunkt i saksbehandlingen. Den er med andre ord både knyttet til kontroll med forbudsbestemmelsene, og til de videre reguleringsoppgaver konkurransemyndighetene har. Ettersom det følger av § 6 i EØS-konkurranseloven at Konkurransetilsynet skal håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og at § 24 da gjelder tilsvarende, kan § 24 også benyttes til å innhente opplysninger for dette formål, jf. også § 9 i konkurranseloven.

Vilkåret for å kunne kreve opplysninger er at konkurransemyndighetene har behov for dem i sin virksomhet. Det er overlatt til konkurransemyndighetenes skjønn å avgjøre hvilke opplysninger som trengs og når behovet foreligger. De vanlige prinsipper om misbruk av forvaltningsmyndighet gjelder.

Bestemmelsen vil blant annet kunne benyttes til å innhente informasjon ved generelle markedsundersøkelser. Slike undersøkelser kan særlig være aktuelle dersom utviklingen innen handel, prissingninger, prisstivhet eller andre forhold i en bransje gir grunn til å anta at konkurransen i vedkommende bransje begrenses eller vrís. Slike undersøkelser kan i tillegg brukes til å øke gjennomsiktigheten i markedet, som er en oppgave for tilsynet etter § 9 bokstav c, ved for eksempel å utarbeide offentlige rapporter. Opplysningsplikten gjelder også i forbindelse med behandling av saker om foretakssammenslutninger etter kapittel 4. I utgangspunktet skal saken i disse tilfellene opplyses ved melding fra foretakene etter § 18. Tilsynet kan imidlertid ha behov for innhenting av ytterligere opplysninger fra partene, for eksempel avtaler og andre dokumenter, og opplysninger fra tredjeparter.

På samme måte som etter konkurranseloven fra 1993 gir bestemmelsen konkurransemyndighetene hjemmel til å innhente opplysninger «for å kunne oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor en frem-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

med stat eller en internasjonal organisasjon». Dette innebærer at konkurransemyndighetene kan kreve opplysninger dersom andre stater som det er inngått avtale med, ønsker informasjon som myndighetene ikke allerede besitter. For å kunne pålegge slik opplysningsplikt er det en forutsetning at det foreligger en folkerettslig avtale om bistand i konkurransesaker. Bestemmelsen supplerer den bistandsplikt som er hjemlet i EØS-konkurranseloven i forhold til EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen. For en nærmere begrunnelse for bestemmelsen vises til Ot.prp. nr. 97 (1998–99). Bestemmelsen supplerer og må ses i sammenheng med § 7 om utlevering av opplysninger underlagt taushetsplikt til fremmed stat eller internasjonal organisasjon.

Plikten til å gi opplysninger er gjort betinget av at konkurransemyndighetene «krever» å få opplysningene. Det foreligger således, bortsett fra der det blir fastsatt meldeplikt etter reglene om melding av foretakssammenslutninger, ingen plikt til uoppfordret å gi opplysninger til konkurransemyndighetene.

Det er forutsatt at den et pålegg om opplysninger er rettet mot, medvirker til å fremskaffe den ønskede informasjonen. Manglende medvirkning kan føre til overtredelsesgebyr og straff eller tvangsmulkt. For å kunne søke etter informasjon uten medvirkning fra kontrollobjektet må Konkurransetilsynet fremlegge bevissikringsbeslutning fra tingretten etter § 25.

Kravet kan gå ut på at opplysningene gis «skriftlig eller muntlig», og de kan kreves innen en fastsatt frist. Dette er en videreføring av gjeldende rett etter konkurranseloven fra 1993.

Paragraf 24 første ledd siste punktum gir adgang til å ta lydopptak ved muntlige forklaringer. Begrunnelsen for dette er nærmere omtalt i proposisjonen punkt 9.2 og i innstillingen punkt 8.6.3.4. Det forutsettes at den som gir forklaringen informeres om opptaket på forhånd. Dersom det tas lydopptak, kan Konkurransetilsynet velge om sammendrag av forklaringene skal nedtegnes samtidig eller om det skal gjøres i etterhånd.

Opplysningsplikten innebærer at det ikke bare er plikt til å gi informasjon i anledning saken, men også til å utlevere allerede eksisterende informasjon. *Annet ledd* gjelder utlevering av eksisterende informasjon. Etter bestemmelsen kan konkurransemyndighetene kreve utlevert dokumenter for gransking uavhengig av lagringsmedium. Utleveringsplikten gjelder uansett om opplysningene er nedtegnet på papir eller er lagret elektronisk eller på annen måte. Det er uttrykkelig fastsatt at konkurransemyndighetene også kan kreve utlevert informasjonsbæren.

Et pålegg om utlevering kan være aktuelt der det ikke er adgang for Konkurransetilsynet til å gjennomføre bevissikring. Dette kan for eksempel være tilfellet der data er lagret på en server hos et foretak utenfor norsk jurisdiksjon. Det vil i slike tilfeller kunne gis pålegg om utlevering overfor et foretak i Norge som har tilgang til informasjonen. Bestemmelsen om utleveringsplikt er nærmere omtalt under punkt 8.7 i innstillingen og under punkt 9.2 i proposisjonen.

Opplysningsplikten begrenses i den grad opplysningene kan utsette den som kravet rettes mot for sanksjon eller straff. Om og i tilfelle når dette er aktuelt, vil måtte avgjøres i det konkrete tilfellet under saksbehandlingen. Konkurransemyndighetenes saksbehandling må ivareta de krav menneskerettskonvensjonene og norsk lov for øvrig stiller for denne typen saker. Avgrensning av opplysningsplikten både overfor foretak og enkeltpersoner må finne sin nærmere avklaring gjennom Den europeiske menneskerettsdomstols og norsk rettspraksis.

Konkurransetilsynets etterforskning i en sak etter EØS-avtalen artikkel 53 og 54, med sikte på å ta stilling til om det skal vedtas overtredelsesgebyr mot et foretak, skal skje med de begrensninger som følger av foretakenes kontradiktoriske rettigheter etter EØS-retten.

Se for øvrig under kapittel 9 og innstillingens punkt 8.6.2.5 for omtale av selvinkrimineringsvernet.

Som etter reglene i konkurranseloven fra 1993, må plikten til å gi opplysninger stå tilbake for såkalt kvalifisert lovbestemt taushetsplikt som påhviler den kravet er rettet mot. En taushetsplikt er kvalifisert når den går foran vitneplikten. Det samme må gjelde taushetsplikt som ifølge straffeprosessloven § 119 og tvistemålsloven § 205 påhviler prester og advokater med flere, angående forhold som er «betrodd dem i deres stilling», selv om plikten bare er uttrykkelig lovfestet for så vidt angår de nevnte personers vitneplikt i rettssaker, jf. straffeprosessloven § 204 første ledd og tvistemålsloven § 250 første ledd. Advokatkorrespondanse hos den som har krav på taushet eller hos andre kan av denne grunn ikke kreves utlevert med mindre vedkommende samtykker, jf. Rt. 1999, side 1248 og Rt. 2001 side 2167.

Andre lover kan fastsette en såkalt ukvalifisert taushetsplikt, men denne taushetsplikten må vike for opplysningsplikten. Dette gjelder for eksempel revisorer, eiendomsmeglere og banker. Taushetsplikt i henhold til avtale eller privat instruks må også vike for opplysningsplikten.

Etter *tredje ledd* skal myndigheter som har til

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

oppgave å overvåke offentlige reguleringer av ervervsvirksomhet, herunder lignings- og skattemyndigheter, likevel kunne gi opplysninger til konkurransemyndighetene uten hinder av lovbestemt taushetsplikt. Bestemmelsen er en videreføring av konkurranseloven 1993 § 6–1 tredje ledd. Ordlyden er imidlertid endret slik at det er utvilsomt at også toll- og avgiftsmyndigheter kan gi videre slik informasjon.

Etter *fjerde ledd* gjelder opplysningsplikten og dermed utleveringsplikten også når det er besluttet bevissikring etter § 25. Dette er med enkelte redaksjonelle endringer, en videreføring av konkurranseloven 1993 § 6–1 fjerde ledd. Bestemmelsen innebærer at Konkurransetilsynet under en bevissikring kan kreve muntlige forklaringer på stedet og nedtegne og ta lydopptak av forklaringene. Likeledes kan tilsynet gi pålegg om å utlevere allerede eksisterende, lagret informasjon.

Etter *femte ledd* kan Kongen fastsette nærmere regler for opplysnings- og utleveringsplikt. Dette er en videreføring av konkurranseloven 1993 § 6–1 femte ledd.

Pålegg om å gi opplysninger og utlevere dokumenter er prosessledende avgjørelser som omfattes av klageadgangen etter forvaltningsloven §§ 14 og 15. En klage må fremsettes senest innen tre dager. Konkurransemyndighetenes vurdering av hvorvidt det er behov for opplysninger er ikke gjenstand for klage.

For å sikre at pålegg etter § 24 overholdes, kan Konkurransetilsynet etter § 28 bestemme at den som pålegget retter seg mot, skal betale tvangsmulkt, jf. merknadene til bestemmelsen. Å unnlate å etterkomme pålegg etter § 24 eller gi uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene eller medvirke til slik overtredelse, kan sanksjoneres etter §§ 29 og 30.

Til § 25 Bevissikring

Nærmere omtale er gitt i kapittel 9.3 i proposisjonen og punkt 8.8 i NOU 2003: 12.

Bestemmelsen i § 25 er i hovedsak en videreføring av konkurranseloven 1993 § 6–2 om bevissikring.

Det er et vilkår for å få adgang til bevissikring at det foreligger rimelig grunn til å anta at loven eller vedtak i medhold av loven er overtrådt. Dette innebærer at det ikke er noe krav om sannsynlighetsovervekt. Det kreves ikke at det foreligger mistanke om en straffbar handling, men kun at loven eller vedtak i medhold av loven er overtrådt. Det vil være tilstrekkelig for bevissikring at Konkurransetilsynet har indikasjoner på ulovligheter i markedet,

ved at markedet for eksempel preges av prislikhet eller at det foreligger opplysninger om at prisspørsmål har vært diskutert i næringsorganisasjoner eller lignende. Dette er i samsvar med forståelsen av tilsvarende vilkår i konkurranseloven 1993 § 6–2.

Nytt i loven er at Konkurransetilsynet også kan gjennomføre bevissikring for å kunne oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor en fremmed stat eller en internasjonal organisasjon. Forutsetningen er at det er inngått en slik avtale før gjennomføringen av bevissikringen. Bevissikringen gjennomføres av Konkurransetilsynet som på vanlig måte fremsetter begjæring om adgang til bevissikring for tingretten. Grunnlaget for tingrettens vurdering vil være den avtaleforpliktelse som Norge har overfor den aktuelle fremmede stat eller internasjonale organisasjon. Retten må foreta en selvstendig vurdering av om bevissikringen er nødvendig for å oppfylle avtaleforpliktelsen. Vilkårene for at norske myndigheter skal være forpliktet til å foreta bevissikring i disse sakene, må fremgå av den konkrete avtalen, herunder hvilke krav som stilles til mistanke og den rettslige prøvingen av denne.

Ifølge første ledd bokstav a kan bevissikring gjennomføres i alle lokaler, eiendommer, transportmidler og andre oppbevaringssteder hvor det kan finnes bevis for overtredelser. Bevissikringsadgangen omfatter således alle nevnte steder uavhengig av om de tilhører de mistenkte foretakene. Det kan således foretas bevissikring hos kunder og konkurrenter til de involverte foretakene, dersom dette skulle være nødvendig for å sikre bevis i saken. Dette er i samsvar med konkurranseloven 1993 § 6–2.

Nytt i loven er imidlertid vilkåret i bokstav b om at Konkurransetilsynet for å kunne foreta bevissikring i privat bolig må vise at det foreligger særlig grunn til å anta at bevis oppbevares i boligen. Med bevis menes ikke bare dokumenter og lignende som direkte involverer foretak eller individer i en overtredelse av loven, men også dokumenter som sett i forbindelse med andre opplysninger i saken kan føre til at overtredelser avdekkes. Det er ikke noe krav om at den som eier eller disponerer boligen selv er mistenkt for å være involvert i en overtredelse, kun at det er særlig grunn til å anta at det oppbevares dokumenter eller lignende som kan ha betydning som bevis i boligen.

Adgangen til bevissikring omfatter også elektronisk lagret informasjon i form av for eksempel servere, bånd med sikkerhetskopier og speilkopier.

Etter § 25 første ledd bokstav c kan Konkurransetilsynet «ta med ting som kan ha betydning som bevis for nærmere gransking». Uttrykket ting skal forstås på samme måte som etter straffeprosesslo-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

ven § 203, det vil si konkrete gjenstander som fast eiendom og løsøre, herunder dokumenter. Programvare og datalagret informasjon er også omfattet. Dokumenter eller andre eiendeler av personlig art må bare gjennomgås så langt det er nødvendig for å bringe på det rene om det har interesse for saken.

Bevissikringsadgangen er begrenset til de opplysninger som er omfattet av opplysningsplikten etter § 24, jf. merknader til § 24 ovenfor. Dette medfører at det ikke kan foretas bevissikring i dokumenter hvis innhold er underlagt lovbestemt taushetsplikt. Unntakene i § 24 fra den lovbestemte taushetsplikten gjelder tilsvarende ved bevissikring.

I tillegg henviser § 25 annet ledd til straffeprosessloven §§ 117 til 120, jf. § 204. Henvisningen innebærer at det ikke kan foretas bevissikring i dokumenter eller annet, hvis innhold et vitne kan nekte å forklare seg om etter §§ 117 til 120, og som besittes av den som kan nekte å forklare seg eller den som har en rettslig interesse i hemmelighold. Henvisningen til straffeprosessloven § 119, jf. § 204 medfører at det ikke kan tas bevissikring i dokumenter som inneholder opplysninger som er betrodd eksterne eller interne advokater i deres stilling som advokat.

I praksis har det vært stilt spørsmål ved om Konkurransetilsynet har adgang til å gjennomgå dokumenter for å avgjøre om de inneholder opplysninger som gjør at de ikke kan bevissikres. De skranker som straffeprosessloven § 205 tredje ledd stiller får tilsvarende anvendelse i saker om bevissikring etter § 25. Det vil si at Konkurransetilsynet kan gjennomgå dokumenter dersom det er nødvendig for å fastslå om de er unntatt fra beslag, i den grad dette kan gjøres uten at tilsynet gjør seg kjent med det nærmere innholdet av dokumentene.

Konkurransetilsynet har adgang til å ta med originaldokumenter uten at foretaket får beholde en kopi. Konkurransetilsynet må vurdere i det enkelte tilfelle om det av etterforskningsmessige grunner er behov for å ta med originaldokumentet eller om det er tilstrekkelig med en kopi. Det må herunder vurderes om det vil være et uforholdsmessig inngrep å ta med originaldokumenter.

Ifølge § 25 første ledd bokstav d kan Konkurransetilsynet kreve å forsegle alle forretningslokaler samt bøker eller forretningspapirer så lenge undersøkelsen varer og dette anses nødvendig. Bestemmelsen tilsvarende rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 20 nr. 2 bokstav d. Bestemmelsen er ment å hindre bevisforspillelse og er særlig relevant når bevissikringen varer over flere dager og Konkurransetilsynet derfor må forlate kontrollste-

det midlertidig uten at bevissikringen er avsluttet. Brudd på forsegling kan sanksjoneres etter §§ 29 og 30.

Bevis som tas med i original skal tilbakeleveres så snart behovet for bevisene faller bort. Bestemmelsene i straffeprosessloven § 213 om opphør av beslag får tilsvarende anvendelse. Spørsmål om et beslag skal opprettholdes, bringes inn for retten, jf. henvisningen i § 25 annet ledd til straffeprosessloven § 208.

Av *annet ledd* framgår det at begjæring om adgang til bevissikring fremsettes for tingretten på det sted hvor dette mest praktisk kan skje. Beslutning om bevissikring treffes uten at den avgjørelsen rammer gis adgang til å uttale seg og uten at den blir meddelt ham før bevissikringen settes i verk. Tingrettens kjennelse kan påkjæres etter de alminnelige reglene i tvistemålsloven. Av hensyn til etterforskningen har kjæremål over beslutningen ikke oppsettende virkning.

Paragraf 25 annet ledd siste punktum angir hvilke regler i straffeprosessloven som skal gjelde tilsvarende ved bevissikring. Dette gjelder §§ 200, 201 første ledd, §§ 117 til 120, jf. §§ 204, 207, 208, 209, 213 og kapittel 26. Dette innebærer at tingrettens beslutning skal leses opp eller forevises på stedet når kontrollen iverksettes, jf. straffeprosessloven § 200. Dokumenter eller annet som blir tatt med fra den kontrollerte, skal oppteignes nøyaktig og merkes på en slik måte at forveksling unngås, og det skal så vidt mulig gis kvittering til den som hadde tingen i sin besittelse, jf. straffeprosessloven § 207. Beslag kan unnlates mot at det blir gitt løfte om eller stilt sikkerhet for at tingen på oppfordring vil bli lagt frem eller utlevert, jf. straffeprosessloven § 209. Det skal videre opplyses om at tingrettens beslutning kan påkjæres og om kjæremålsfristen, jf. straffeprosessloven §§ 208, 377 og 379. Straffeprosessloven kapittel 26 gjelder tilsvarende ved kjæremål over tingrettens beslutning. Videre gjelder forvaltningsloven § 15 annet ledd om retten til å ha et vitne til stede ved granskning, herunder husundersøkelse, så langt den passer.

Ved bevissikring kan det oppstå behov for bistand fra politiet. For det første kan Konkurransetilsynet kreve bistand av politiet til å iverksette beslutningen om bevissikring, jf. § 25 *tredje ledd*. Dersom det ikke er tid til å avvente rettens beslutning, kan Konkurransetilsynet etter *fjerde ledd* også kreve at politiet avstenger de områder der bevisene kan være inntil rettens beslutning foreligger. Bestemmelsen vil særlig være aktuell i de tilfeller hvor et foretak har fått kjennskap til at det er i konkurransemyndighetenes søkelys, og det er fare for at bevis fjernes eller ødelegges før bevissikring kan iverksettes.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

I følge § 25 *femte* ledd kan Kongen fastsette nærmere regler for bevissikring og behandling av overskuddsinformasjon.

Til § 26 Forholdet til offentlighetsloven

Offentlighetsloven gjelder ikke i saker om overtredelse av §§ 10, 11, 18 første ledd, 19 første ledd eller vedtak i medhold av denne lov så lenge saken ikke er avsluttet. Bestemmelsen avskjærer en hver tvil om forholdet mellom konkurranseloven og offentlighetsloven på dette punkt. I denne sammenheng regnes en sak som avsluttet når det er fattet vedtak om overtredelsesgebyr, jf. § 29 eller vedtak om å bringe ulovlig atferd til opphør, jf. § 12. En sak regnes også som avsluttet hvis konkurransemyndighetene bestemmer seg for å ikke gå videre med saken. Når en sak anmeldes til påtalemyndigheten, anses saken ikke som avsluttet før påtalemyndigheten har avsluttet saken.

Til § 27 Innsyn i dokumenter hos konkurransemyndighetene

Nærmere omtale av bestemmelsen er gitt under punkt 9.4 i proposisjonen og under punkt 8.9 og 9.5 i NOU 2003: 12. Bestemmelsen regulerer innsyn i dokumenter som befinner seg hos konkurransemyndighetene. Første ledd omhandler innsyn for foretak eller personer som Konkurransetilsynet etterforsker for overtredelser av konkurranseloven. Innsynsrett for tredjemenn med rettslig interesse reguleres i annet ledd.

Utgangspunktet etter § 27 første ledd er at foretak eller personer som Konkurransetilsynet etterforsker for overtredelser av konkurranseloven, på begjæring skal gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter. Dette innebærer at adgangen til dokumentinnsyn utvides i forhold til konkurranseloven 1993 § 6–3, som gir utsatt dokumentinnsyn for dokumenter som er innhentet i medhold av §§ 6–1 og 6–2.

Departementet har imidlertid funnet grunn til å begrense innsynsretten i visse tilfelle. Det er et vilkår at innsynet kan skje uten skade eller fare for etterforskningen eller for tredjemann. Bestemmelsen er basert på straffeprosesslovens regler. Det vil derfor være naturlig å legge praksis etter straffeprosessloven til grunn ved avgrensningen av unntaket. Dette innebærer blant annet at det skal legges til grunn en forholdsmessighetsvurdering på samme måte som etter straffeprosessloven § 170 a. I tillegg er begrensninger i innsynsretten underlagt forvaltningsrettens krav til forholdsmessighet, og må ikke skje i større utstrekning enn det som er nødvendig av hensyn til etterforskningen.

Vurderingen av om innsyn i sakens dokumenter vil kunne medføre skade eller fare for etterforskningens øyemed, må skje konkret ut fra hvilke opplysninger det dreier seg om. Faren for bevisforspillelse er sentral i denne sammenheng. Bevisene i konkurransesaker er normalt svært skjøre. De er ofte basert på forklaringer sammenholdt med dokumentbevis i form av notater, møtereferater og lignende. Innsyn i forklaringer og andre bevis vil kunne gi de involverte mulighet til å koordinere forklaringer, påvirke eller legge press på vitner, fjerne bevis eller på annen måte hindre etterforskningen.

Det kan nektes dokumentinnsyn av hensyn til tredjemann både der det er behov for å holde navnet på et vitne hemmelig, og der det er forklaringen som helt eller delvis må holdes hemmelig. Det er imidlertid et vilkår at det foreligger en begrunnet frykt for at vitnet vil kunne bli forulempet dersom parten blir kjent med vitnets navn eller forklaring.

Unntaket fra en parts innsynsrett i forvaltningslovens § 19 får tilsvarende anvendelse i konkurransesaker. Forvaltningsloven § 19 gjør unntak for blant annet opplysninger som har betydning for forholdet til fremmede stater, for forretningshemmeligheter og for opplysninger som det av hensyn til partens helse ikke er tilrådelig at gis innsyn i.

Innsynsretten gjelder sakens dokumenter. Dette vil også omfatte lydopptak. Dersom saken omfatter flere foretak, gjelder innsynsretten ikke dokumenter som bare gjelder andre foretaks forhold.

Avslag på innsyn etter § 27 første ledd skal være gjenstand for rettslig overprøving. Dette er en endring i forhold til ordningen etter konkurranseloven fra 1993 der vedtak om dokumentinnsyn overprøves etter de alminnelige forvaltningsrettslige regler. Den som er nektet innsyn, må selv fremsette en begjæring for retten om innsyn i nærmere spesifiserte dokumenter.

Bestemmelsens *annet ledd* omhandler utvidet rett til innsyn i dokumenter som befinner seg hos konkurransemyndighetene for tredjeparter med rettslig interesse. Ved vurderingen av om det foreligger rettslig interesse, legges tvistemålslovens forståelse til grunn. Innsyn etter denne bestemmelsen gjelder bare for saker om overtredelse av §§ 10, 11 og 12, og det er et vilkår at etterforskningen er avsluttet fra konkurransemyndighetenes side. Se kommentarene til § 26 for når en sak anses avsluttet i denne sammenheng.

Innsyn etter § 27 annet ledd går lenger enn den alminnelige innsynsretten etter offentlighetsloven, siden det også kan gis innsyn i opplysninger underlagt taushetsplikt. Dokumentinnsyn etter denne bestemmelsen vil særlig være aktuelt i tilfeller hvor tredjemann mener å ha lidt tap som følge av en

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

overtredelse av konkurranselovgivningen, og opplysningene skal benyttes ved et privat søksmål eller ved vurderingen av om et slikt søksmål skal anlegges. For at innsynsretten skal kunne omfatte opplysninger som er undergitt lovbestemt taushetsplikt, kreves det at innsyn ikke vil virke urimelig overfor den som opplysningene angår. Det må her foretas en interesseavveining mellom tredjemanns interesse av innsyn og hensynet til den taushetsplikten skal beskytte. At den som har krav på taushet risikerer erstatningssøksmål for tap lidt som følge av for eksempel ulovlig prissamarbeid, gjør det ikke urimelig å gi innsyn.

Blir det begjært innsyn i taushetsbelagte opplysninger etter denne bestemmelse, skal den som har krav på taushet varsles og gis en frist til å uttale seg.

For dokumenter som er utarbeidet i tilknytning til en straffesak, reguleres innsyn av de straffeprosessuelle regler. Tilsvarende gjelder tvistemålsloven for innsyn i dokumenter som er utarbeidet i tilknytning til en sivil sak om overtredelsesgebyr.

Avslag på begjæring om innsyn etter annet ledd kan påklages til departementet. Reglene i forvaltningsloven kapittel VI gjelder tilsvarende.

Til kapittel 7 Sanksjoner

Til § 28 Tvangsmulkt

Første ledd tilsvarende konkurranse-loven 1993 § 6–4 første ledd, med den endring at Konkurransetilsynet nå også skal kunne fastsette tvangsmulkt for å sikre at pålegg om opplysnings- og utleveringsplikt overholdes. Om bakgrunnen for bestemmelsen se punkt 8.7 i proposisjonen.

Det er særlig i de tilfeller hvor konkurransemyndighetene ikke får tilgang til informasjonen fordi disse befinner seg utenfor norsk jurisdiksjon at det er behov for en regel om tvangsmulkt knyttet til opplysnings- og utleveringsplikt. Et praktisk eksempel er hvor data er lagret på en server i utlandet, og hvor Konkurransetilsynet trenger medvirkning fra et norsk foretak eller person for å få tilgang til disse.

Tvangsmulkten er ikke en straff for å unnlate å etterkomme et pålegg, men er ment å være et oppfyllespress som skal sikre at pålegget etterleveres. Det betyr at adgangen til å ilegge tvangsmulkt bortfaller når pålegget er oppfylt eller uaktuelt. Oppfylles pålegget etter at mulkten er fastsatt, men før den er innkrevd, bortfaller likevel ikke adgangen til å inndrive den. I slike tilfeller vil det etter omstendighetene kunne være aktuelt å nedsette mulkten.

Det er opp til Konkurransetilsynet å bestemme

på hvilket tidspunkt det skal treffes vedtak om tvangsmulkt. I § 28 *annet ledd* første punktum er det gjort klart at Konkurransetilsynet etter en konkret vurdering i hver enkelt sak kan bestemme når mulkten skal begynne å løpe.

I annet ledd annet punktum er det presisert at Konkurransetilsynet helt eller delvis skal kunne frafalle kravet om påløpt mulkt. Dette er en viss motvekt til at klage ikke skal ha oppsettende virkning når det gjelder pålegg om tvangsmulkt slik situasjonen var etter konkurranse-loven av 1993. Om bakgrunnen for dette se punkt 8.7.3. I de tilfeller hvor det er aktuelt å anvende overtredelsesgebyr etter § 29 bør det ikke tas hensyn til eventuell påløpt tvangsmulkt, men Konkurransetilsynet kan i stedet eventuelt benytte adgangen etter 28 annet ledd til helt eller delvis å frafalle kravet om mulkt.

Etter tvangsfullbyrdelsesloven § 4–1 tredje ledd, jf. § 7–2 bokstav d er en beslutning om tvangsmulkt truffet av offentlig myndighet med hjemmel i lov, tvangsgrunnlag for utlegg.

I *tredje ledd* gis Kongen hjemmel til å fastsette nærmere regler om ileggelse av tvangsmulkt. Det er således gitt hjemmel for blant annet å fastsette nærmere regler om utmåling av tvangsmulkt.

Til § 29 Overtredelsesgebyr

I § 29 innføres et nytt vidtfaavnende sanksjonsmiddel i konkurranse-loven, som betegnes som overtredelsesgebyr. Denne reaksjonsformen skal kun benyttes overfor foretak. Den nye sanksjonsformen bygger på det reaksjonsmiddel som finnes i EØS-avtalen og EF-retten. Om bakgrunnen for bestemmelsen vises til punkt 8.3 i proposisjonen.

Det er store forskjeller mellom denne sivilrettslige reaksjon og strafferettslige bøter. Reglene i straffeloven og straffeprosessloven kommer eksempelvis ikke til anvendelse ved vedtak om overtredelsesgebyr. Denne sivilrettslige reaksjonen faller inn under gruppen av forvaltnings-sanksjoner.

Etter *første ledd* bokstav a kan overtredelsesgebyr brukes overfor den som overtrer § 10, § 11, § 18 første ledd eller § 19 første ledd. Paragrafene 10, 11 og 19 første ledd er forbud mot henholdsvis konkurransebegrensende samarbeid, utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling og gjennomføring av en foretakssammenslutning i saksbehandlings første fase. Paragraf 18 første ledd er påbudet om å melde alle foretakssammenslutninger til Konkurransetilsynet.

Etter bokstav b kan overtredelsesgebyr også brukes overfor den som overtrer vedtak etter §§ 12, 16, 19 tredje ledd og 23. Dette er vedtak fattet av enten Konkurransetilsynet, departementet eller Kon-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

gen i statsråd om å bringe en ulovlig atferd til opphør (§ 12), forbud mot eller tillatelse på vilkår for en foretakssammenslutning (§ 16), midlertidig gjennomføringsforbud (§ 19 tredje ledd) og pålegg om prisopplysning (§ 23).

Videre følger det av bokstav c at overtredelsesgebyr kan nyttes overfor den som unnlater å etterkomme pålegg etter §§ 24 (opplysningsplikt) og 25 (bevisikring), eller gir uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene (bokstav d) eller bryter forsegling foretatt i medhold av § 25 (bokstav e). Etter bokstav f kan overtredelsesgebyr også nyttes overfor den som overtrer forskrift i medhold av § 14 eller § 23, og endelig fastslås det i bokstav g at den som medvirker til overtredelser av bokstav a til f kan sanksjoneres på samme måte.

Det er kun foretak som kan ilegges overtredelsesgebyrer etter § 29 første ledd. Det presiseres at dette gjelder enten det er foretaket selv eller noen som handler på vegne av foretaket som overtrer eller medvirker til slike overtredelser som er beskrevet i første ledd bokstavene a til f. Dette innebærer at det ikke er nødvendig at en overtredelse er foretatt av et foretaks eiere eller øverste ledelse, men at foretaket også kan bli ansvarlig for atferden til andre personer som handler på vegne av foretaket.

Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er forsettlig eller uaktsom fra foretakets side eller av en som handler på vegne av foretaket.

Beviskravet ved illeggelse av overtredelsesgebyr er sannsynlighetsovervekt. Det vises til punkt 8.3.3.

Gebyr kommer ikke til anvendelse ved overtredelse av § 18 tredje ledd, jf. § 29 *annet ledd*.

I § 29 *tredje ledd* er det fastsatt at det er Konkurransetilsynet som treffer vedtak om overtredelsesgebyr. I samme ledd annet punktum er det fastsatt hvilke momenter det skal legges vekt på ved utmåling av overtredelsesgebyr. Bestemmelsen inneholder ingen uttømmende oppregning av hvilke momenter det kan legges vekt på. Departementet er av den oppfatning at utmålingen av overtredelsesgebyrer så langt som mulig bør harmoniseres med det som følger av EU/EØS-reglene. Dette er også ment sikret gjennom bestemmelsen i sjette ledd om at Kongen kan gi nærmere regler om beregningen av overtredelsesgebyr. Dette skal imidlertid ikke være til hinder for at det i retningslinjene kan gjøres særtilpasninger for utmålingen etter den norske loven. Er det aktuelt med lempning etter § 31, må dette også tas i betraktning ved utmålingen av bøtene.

Etter *fjerde ledd* fremkommer at vedtak om

overtredelsesgebyr ikke kan påklages til departementet, men det kan prøves for domstolene. Den som vil ha prøvd vedtaket, må gå til søksmål mot staten. Når en sak bringes inn for domstolene, har retten kompetanse til å prøve alle sider av saken og treffe realitetsavgjørelse. Rettens kompetanse tilsvarende departementets kompetanse som klageorgan i tradisjonelle forvaltningssaker. Overtredelsesgebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet. Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg. Tvangskraften suspenderes imidlertid dersom foretaket går til søksmål mot staten. Dersom saken for domstolen bortfaller, gjenoprettes vedtakets tvangskraft.

I *femte ledd* er det gitt bestemmelser om foreldelse av adgangen til å ilegge overtredelsesgebyrer. Overtredelse av §§ 10 og 11 foreldes etter 10 år. Andre overtredelser foreldes etter 5 år. Fristen avbrytes når Konkurransetilsynet tar skritt til sikring av bevis eller ved at Konkurransetilsynet meddeler et foretak at det er mistenkt for overtredelse av loven eller vedtak truffet i medhold av den. Fristreglene i straffelovens kapittel 6 anvendes tilsvarende så langt de passer.

Etter *sjette ledd* kan Kongen fastsette nærmere regler om beregning av overtredelsesgebyr.

Til § 30 Straff

En endring av de materielle konkurransereglene fra en kombinasjon av forbuds- og inngrepshjemler til rene forbudsbestemmelser, innebærer at en rekke forhold som i dag som utgangspunkt er lovlige blir forbudt. Straffansvaret er imidlertid ikke utvidet tilsvarende. Overtredelser av forbudet i § 11 om utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling er således ikke belagt med straff.

Det er bare grovt uaktsomme og forsettelige overtredelser som straffes etter § 30.

I *første ledd* er strafferammen bøter eller fengsel inntil tre år for den som forsettlig eller uaktsomt overtrer §§ 10, 18 første ledd og 19 første ledd, overtrer vedtak etter §§ 12, 16 og 19 tredje ledd, unnlater å etterkomme pålegg etter §§ 24 og 25 eller gir uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene. Også overtredelser av forskrifter etter § 14 straffes etter dette ledd. Strafferammen er ikke utvidet for eventuelle særlige skjerpende forhold ved overtredelser som nevnt i første ledd, men de momenter som det etter annet ledd skal legges vekt på ved vurderingen av om særlig skjerpende forhold foreligger, er også relevante ved straffutmålingen etter første ledd.

Strafferammen for forsettlig eller grovt uaktsomme overtredelser av § 10 er bøter, og fengsel

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

inntil 6 år dersom særlig skjerpene forhold foreligger, jf. annet ledd. I annet ledd er det angitt hvilke forhold det særlig skal legges vekt på ved vurderingen av om særlig skjerpene forhold foreligger. Det skal blant annet særlig legges vekt på om overtredelsen er søkt holdt skjult, om den har voldt betydelig økonomisk skade, om overtredelsen har gitt betydelig økonomisk fordel og grovheten av overtredelsen forøvrig.

Etter *tredje ledd* straffes medvirkning på samme måte.

Til § 31 Lempning

Bestemmelsen om sanksjonslempning er ny. Regelen gir adgang til hel eller delvis nedsettelse av overtredelsesgebyr etter § 29 eller bøter til foretak etter § 30.

Det følger av bestemmelsens *første ledd* at bidrag til oppklaring av egen eller andres overtredelse «skal tas i betraktning». Forutsetningen for at dette skal tas i betraktning, må være at vilkårene for lempning er til stede.

De nærmere vilkår for lempning ved utmåling av gebyr foreslås fastsatt i forskrift med hjemmel i *annet ledd*. For omtale av de momenter som bør ligge til grunn for forskriften, vises til omtalen i punkt 8.5 om lempning.

Til kapittel 8 Ikrafttredelse og overgangsbestemmelser, opphevelse og endringer i andre lover

Til § 32 Ikrafttredelse

Loven trer i kraft fra den tid Kongen bestemmer. Den avløser lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet, som dermed kan oppheves fra samme tidspunkt.

Til § 33 Overgangsbestemmelser

Etter *første ledd* skal forskrifter, vedtekter, reglementer og instruksjoner som er gitt i medhold av konkurranseloven 1993 fortsatt gjelde så langt de passer, inntil Kongen opphever eller endrer disse i medhold av denne lov eller ved særskilt bestemmelse.

Enkeltvedtak i medhold av konkurranseloven av 1993 opprettholdes i den perioden som er forutsatt i vedtakene eller inntil de eventuelt blir endret eller opphevet. Dette innebærer at inngrepsvedtak etter konkurranseloven 1993 § 3–10 og dispensasjonsvedtak etter konkurranseloven 1993 § 3–9 vil gjelde i den perioden som er forutsatt i det enkelte vedtaket. Dispensasjonsvedtak kan i visse tilfelle

være snevrere enn de lovbaserte unntakene etter den nye loven, for eksempel hvis dispensasjonen er gitt på visse vilkår. I slike tilfelle vil unntakene etter den nye loven gå foran dispensasjonsvedtaket.

Etter *tredje ledd* kommer overtredelsesgebyr og straff etter denne loven bare til anvendelse på overtredelser som er begått etter denne lovs ikrafttredelse.

Kongen kan ellers gi de overgangsbestemmelser som er nødvendige.

Til § 34 Endring i andre lover

1. Lov 10. juni 1966 nr. 5 om toll

Opphevelsen konkurranseloven av 1993 innebærer at henvisningen i tolloven § 16 annet ledd nr. 1 til denne loven må erstattes med en henvisning til den nye konkurranseloven.

2. Lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår

Bestemmelsen i konkurranseloven 1993 § 4–1, som gir påbud om prismerking så langt det er praktisk mulig til ervervsdrivende som selger varer eller tjenester til forbruker, er overført til markedsføringsloven. Det er gjort ved å ta inn tre nye bestemmelser, ny § 3 a, § 12 nytt tredje ledd og § 14 første ledd nytt annet punktum til erstatning av omtalte § 4–1 i konkurranseloven. Til sammen skal bestemmelsene ta vare på både det materielle innholdet i konkurranseloven § 4–1 og kompetansen til å sikre etterlevelse gjennom tilsyn, enkeltvedtak og forskrifter som har ligget hos konkurransemyndighetene. Det forutsettes at forarbeider og praksis etter konkurranseloven § 4–1 er relevant ved tolking av de nye bestemmelsene i markedsføringsloven. Se særlig Ot.prp. nr. 41 (1992–93) om lov om konkurranse i ervervsvirksomhet kapittel 11, merknader til de enkelte kapitler og paragrafer i konkurranseloven. For øvrig vises til omtale i punkt 5.2 i proposisjonen.

Til markedsføringsloven § 3 a Prismerking mv.

Første ledd svarer i det vesentlige til konkurranseloven 1993 § 4–1 første ledd og gir et påbud om prismerking for ervervsdrivende som selger varer, tjenester og ytelser til forbruker. Formålet er å legge forholdene til rette for at forbrukerne skal kunne bedømme pris og kvalitet, slik at det kan treffes rasjonelle valg. Informasjonsplikten gjelder så langt det er praktisk mulig. Det kan i denne sammenheng, oppstå spørsmål om hvordan informasjon mest hensiktsmessig kan gis. Det er gitt nærmere regler om dette på flere tjenesteområder.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Prisen skal være den endelige pris til forbruker. Det vil si at den må inkludere de avgifter som kunden skal betale, for eksempel merverdiavgift. Salg som bare skjer til ervervsdrivende faller utenfor bestemmelsen. Påbudet gjelder skriftlig informasjon på stedet der varer og tjenester frembys for salg. Det gjelder altså ikke all markedsføring. At informasjonen lett skal kunne ses av forbrukerne innebærer at prislister, merking og oppslag må være tydelige og plasseres i umiddelbar nærhet av varen. Det er ikke praktisert plikt til å merke varene i utstillingsvinduer.

Av *annet ledd* fremgår at departementet ved forskrift kan gi nærmere regler om gjennomføringen av plikten til prisinformasjon etter første ledd. Som øvrige vedtak etter konkurranseloven gjelder forskriftene som er gitt etter konkurranseloven § 4–1 inntil de endres eller oppheves av Kongen, jf. § 33. Det forutsettes at hjemmelen til oppheving eller endring i det aktuelle tilfellet blir delegert til departementet.

Departementets adgang til å gi unntak fra prismerkingssplikten må anses som en sikkerhetsventil. Siden plikten bare gjelder når prismerking er praktisk mulig, er det ikke aktuelt med mange unntak.

Tredje ledd gir departementet hjemmel til å gi forskrift om tiltak for å lette kundenes bedømmelse av priser og kvalitet på varer og tjenester. Bestemmelsen ble opprinnelig skrevet etter mønster av prisloven § 24 nr. 3, og gjelder i prinsippet, i motsetning til første og annet ledd også for omsetning til ervervsdrivende.

Bestemmelsen gir adgang til ved forskrift å påby at ervervsdrivende gir underretning om priser, forretningsvilkår, kvaliteter eller andre egenskaper. Det kan også gis påbud om sortering og bestemmelser om mål og vekt og opplysning om pris per enhet. Påbud om enhetsprismerking tar sikte på å unngå at prissammenligning vanskeliggjøres fordi de ervervsdrivende for eksempel benytter stykkpriser for sammenlignbare varer som selges i forskjellige pakningsstørrelser. Det kan for eksempel pålegges å kreve pris per kilo i tillegg til prisen for den aktuelle pakningen.

Med hjemmel i bestemmelsen er Europaparlaments- og rådskonklusjon 1998/6/EF om forbrukervern ved opplysning om priser for forbruksvarer gjennomført i norsk rett.

Adgangen til å påby tiltak etter tredje ledd gjelder bare når formålet er å lette kundenes bedømmelse av priser og kvalitet. Det kan ikke pålegges prisopplysningsplikt dersom formålet er et annet, for eksempel at kunden skal kunne kontrollere at han har fått det han har betalt for. Men i enkelte tilfeller, for eksempel ved suksessiv levering, kan en

kvittering ha en prisopplysende virkning. Et eksempel på dette er abonnentsforhold.

Til § 12 nytt tredje ledd:

Ny § 3 a er plassert i markedsføringsloven kapittel 1. Forbrukerombudet og Markedsrådet har allerede kompetanse til å forby handlinger i strid med kapittel 1 i markedsføringsloven, og Markedsrådet kan påby tiltak for at forbudene overholdes, jf. § 12 første ledd. Nytt tredje ledd i markedsføringsloven § 12 gir Markedsrådet kompetanse til å gi påbud om etterlevelse av § 3 a. Det vil først og fremst være aktuelt at Forbrukerombudet, dersom manglende oppfølging av prismerkingssplikten oppdages, i første omgang skriftlig gjør oppmerksom på dette og ber om at aktuelle tiltak settes i verk. Ved manglende oppfølging kan det oppstå behov for at Markedsrådet benytter hjemmelen til å fatte enkeltvedtak.

Til § 14 første ledd nytt annet punktum:

Forbrukerombudet kan også treffe slikt vedtak som er lagt til Markedsrådet etter § 12 tredje ledd dersom det ikke er oppnådd frivillig ordning, og ombudet antar at det vil medføre skadevirkning å avvente Markedsrådets vedtak.

§ 20 tredje ledd

Etter markedsføringsloven § 20 tredje ledd gjør bestemmelsene i markedsføringsloven ingen innskrenkninger i de fullmakter som er fastsatt i eller i medhold av konkurranseloven 1993 og pristiltaksloven. Denne bestemmelsen endres slik at den viser til den nye konkurranselovens bestemmelser.

§ 20 nytt fjerde ledd

Etter markedsføringsloven § 13 annet ledd skal Forbrukerombudet føre tilsyn med, og gjennom forhandlinger med næringsdrivende eller deres organisasjoner bidra til, at vilkår som nyttes eller tilsiktes nyttet i næringsvirksomhet overfor forbrukere, ikke er til skade for forbrukerne. I medhold av denne bestemmelse innleder Forbrukerombudet ofte forhandlinger med næringsdrivende og bransjeorganisasjoner om markedsføring og avtalevilkår for å oppnå enighet om vilkår som ikke er i strid med markedsføringslovens bestemmelser. Dette kan være hensiktsmessig i et marked preget av få og store aktører på tilbudssiden hvor forbrukeren sjelden har reelle muligheter til å komme med innvendinger mot vilkår i kontrakten som til-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

bys. Det kan også være aktuelt på områder hvor kompliserte kontrakter gjør det vanskelig å sammenlikne ulike tilbud. De avtalevilkår det er tale om kan i prinsippet være omfattet av forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i konkurranse-loven § 10. For å unngå tvil i disse situasjonene har departementet tatt inn en ny bestemmelse som et nytt fjerde ledd i markedsføringsloven § 20 om at § 10 i konkurranse-loven ikke kommer til anvendelse på bruk av kontraktvilkår som er fremforhandlet av Forbrukerombudet i medhold av markedsføringsloven § 13 annet ledd. Departementet legger til grunn at Forbrukerombudet og Konkurransetilsynet vil samarbeide nært når ombudet vurderer slike kontraktvilkår. Det er viktig å sikre at en slik ordning ikke fører til alvorlig svekkelse av konkurransen. Derfor bør pris, som normalt er det viktigste konkurranseparameteret, ikke harmoniseres gjennom standardkontrakter, jf. markedsføringsloven § 20 annet ledd. Forbrukerombudets forhandlinger kan etter denne bestemmelsen ikke omhandle «vilkår om priser, rabatter, bonuser eller avanser».

3. Lov 26. mai 1995 nr. 25 om gjennomføring av fellesregler om innenlands transport i EØS-avtalen

Etter § 3 første ledd i denne loven straffes den som forsettlig eller uaktsomt overtrer artikkel 5 nr. 2 eller artikkel 6 i EØS-avtalens vedlegg XIII punkt 6 (rådsforordning nr. 11 av 27. juni 1960), eller unnlater å etterkomme en anmodning etter artikkel 11

eller 13 om å gi opplysninger til norske myndigheter, som fastsatt i konkurranse-loven § 30.

Etter tredje ledd kan vedkommende myndighet ilegge tvangsmulkt etter konkurranse-loven § 28. Det var tidligere vist til tilsvarende bestemmelse i konkurranse-loven 1993 § 6–4.

4. Lov 23. juni 2000 nr. 54 om edb-baserte reservasjonssystemer for passasjertransport mv.

Etter endringer i § 3 første ledd i denne loven gjelder konkurranse-loven §§ 24 og 25 ved kontroll som foretas av EFTAs overvåkingsorgan eller Konkurransetilsynet i henhold til forskrifter gitt i medhold av rettsakten omhandlet i EØS-avtalen vedlegg XIII, kapittel VI, punkt 63 om regler for bruk av edb-baserte reservasjonssystemer. Henvisningen til §§ 24 og 25 erstatter tidligere henvisning til konkurranse-loven 1993 §§ 6–1 og 6–2, som oppheves.

5. Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon

Etter § 9–6 annet ledd skal ikke myndigheten etter denne loven uten samtykke fra konkurransemyndighetene, gi innsyn i informasjon som nevnt i konkurranse-loven §§ 26 og 27. Bestemmelsene i §§ 26 og 27 regulerer innsynsadgangen etter konkurranse-loven og erstatter § 6–3 i konkurranse-loven fra 1993 som § 9–6 annet ledd tidligere viste til.

18 Merknader til de enkelte bestemmelser i EØS-konkurranseloven mv.

Til § 1 om håndheving av EØS-avtalens konkurranseregler

Bestemmelsen angir hvilke organer som gis håndhevingsfullmakter etter loven, og hvilket regelverk som fullmaktene gjelder for. Det fremgår av *første punktum* at EFTAs overvåkningsorgan (ESA) og EFTA-domstolen håndhever EØS-avtalens konkurranseregler i samsvar med §§ 2 til 5 og 9. Av *annet punktum* følger det at norske konkurransemyndigheter og domstoler håndhever EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i samsvar med §§ 6 til 9.

Reglene i loven suppleres forøvrig av et omfattende forskriftsregelverk gitt i medhold av § 5.

Til § 2 om opplysningsplikt og unntak fra taushetsplikt

Første og tredje ledd er en videreføring av EØS-konkurranseloven 1992 § 2 første og tredje ledd om innhenting av opplysninger i EØS-konkurranseloven.

Annet ledd viderefører EØS-konkurranseloven 1992 § 2 annet ledd, likevel slik at det i den nye bestemmelsen går klart frem at Konkurransetilsynet bare kan kreve opplysninger etter første ledd der det foreligger en anmodning fra EFTAs overvåkningsorgan. Bestemmelsen utelukker således at Konkurransetilsynet på eget initiativ innhenter opplysninger etter første ledd. Bestemmelsen er omtalt i proposisjonen punkt 14.7.

Fjerde ledd er en videreføring av EØS-konkurranseloven 1992 § 4.

Til § 3 om kontroll foretatt av EFTAs overvåkningsorgan

Første ledd er en videreføring av EØS-konkurranseloven 1992 § 3 første ledd, med den endring at det er presisert at Konkurransetilsynet kun kan gjennomføre kontroll etter anmodning fra EFTAs overvåkningsorgan (ESA). For at Konkurransetilsynet skal bistå ESA i deres kontroller, må det således foreligge en anmodning fra overvåkningsorganet. Endringen er omtalt i proposisjonen punkt 14.7.

Ved kontroller som omtalt i bestemmelsen gjelder konkurranseloven §§ 24 og 25 tilsvarende. Pa-

ragraf 24 gjelder opplysningsplikt og gransking, og § 25 gjelder bevissikring. Etter § 24 plikter enhver å gi konkurransemyndighetene de opplysninger som disse myndigheter krever for å utføre sine gjøremål etter konkurranseloven. Konkurransemyndighetene kan også kreve utlevert informasjon for gransking. Henvisningen til § 24 supplerer adgangen til informasjonsinnhenting som ESA har etter EØS-konkurranseloven § 2.

Henvisningen til konkurranseloven § 25 innebærer at det må foreligge kjennelse fra retten for å gjennomføre bevissikring. En slik begjæring kan fremmes av ESA eller Konkurransetilsynet etter anmodning fra ESA. For øvrig vil Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA) Protokoll IV, slik disse reglene er gjennomført i norsk rett, regulere ESAs kompetanse når det gjelder bevissikring. Dette gjelder for eksempel på hvilke steder bevissikring kan gjennomføres. *Annet, tredje og fjerde ledd* regulerer tingrettens prøvelsesrett når ESA eller Konkurransetilsynet etter anmodning fra ESA, fremmer en begjæring om bevissikring. Disse bestemmelsene er omtalt i proposisjonen punkt 14.2. Det må sondres mot de prøvelsesregler som gjelder der Konkurransetilsynet på selvstendig grunnlag håndhever EØS-avtalen artikkel 53 og 54, se særmerknaden til § 6.

Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 20 nr. 8 jf. nr. 7 regulerer nasjonale domstolers rett til å prøve Kommisjonens beslutning om bevissikring på steder som nevnt i artikkel 20 nr. 2, for eksempel et foretaks lokaler. Artikkel 21 nr. 3 regulerer nasjonale domstolers rett til å prøve Kommisjonens beslutning om bevissikring andre steder enn de som er nevnt i artikkel 20 nr. 2, herunder private hjem. Disse bestemmelsene skal tas inn i EØS-avtalen og deretter i ODA. Norge vil da være forpliktet til å gjennomføre dem i norsk rett. Dette er ennå ikke gjort, men § 2 tredje og fjerde ledd antas å oppfylle denne forpliktelsen vedrørende reglene om prøvelsesrett. Disse bestemmelsene skal derfor forstås på samme måte som i EØS-retten.

Etter både tredje og fjerde ledd kontrollerer tingretten om beslutningen fra ESA er ekte. Dette innebærer at retten skal kontrollere om beslutningen er autentisk. Retten kan ikke prøve gyldigheten av

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

beslutningen eller prøve om bevissikringen er nødvendig. Retten kan heller ikke kreve å få forelagt opplysninger i ESAs saksdokumenter.

For øvrig er reglene i tredje og fjerde ledd noe forskjellige, avhengig av hva bevissikringen gjelder.

Ved begjæring om bevissikring som gjelder et foretaks lokaler, eiendommer eller transportmidler, skal retten etter tredje ledd prøve om den tiltenkte bruk av tvangsmidler er vilkårlig eller uforholdsmessig i forhold til kontrollens formål. I denne forbindelse kan retten anmode ESA direkte eller gjennom Konkurransetilsynet om detaljerte forklaringer vedrørende de forhold som ligger til grunn for EFTAs overvåkningsorgans mistanke om at det foreligger en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Retten kan også anmode ESA om forklaringer om alvorligheten av den antatte overtredelse og karakteren av det aktuelle foretaks delaktighet.

Ved begjæring om bevissikring i andre lokaler, eiendommer eller transportmidler enn nevnt i tredje ledd, herunder private hjem, er rettens prøvelse rett utformet noe annerledes. Det følger av fjerde ledd at forholdsmessighetsvurderingen er relatert til den antatte overtredelsens grovhet og betydningen av det ønskede bevismateriale, foretakets delaktighet, samt den rimelige sannsynligheten for at forretningspapirer som er relevante for formålet med kontrollen, oppbevares i de lokaler som begjæringen om kontroll angår. Retten kan anmode ESA om detaljerte forklaringer om forhold av betydning for prøvingen av forholdsmessigheten av de tiltenkte tvangsmidler. *Femte og sjette ledd* er en videreføring av EØS-konkurranseloven 1992 § 3 annet og tredje ledd.

Til § 4 om sivilrettslige bøter og tvangsmulkt

Bestemmelsen er en videreføring av § 5 i EØS-konkurranseloven 1992, med den endring at adgangen for EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen til å bøtelegge fysiske personer er tatt ut av bestemmelsens første ledd. Bakgrunnen er at bøtelegging av fysiske personer ikke er i samsvar med disse organers kompetanse etter Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol. Etter denne avtalen kan overvåkningsorganet og domstolen bare bøtelegge foretak og sammenslutninger av foretak. Det klargjøres også i lovteksten at ESA og EFTA-domstolen ilegger sivilrettslige bøter. Hensikten er å presisere at bøkene ilegges administrativt og ikke er straff på samme måte som at overtredelsesgebyr etter konkurranse-loven ikke er straff.

Endringen er omtalt i proposisjonen punkt 14.8.

Til § 5 om forskrifter

Bestemmelsen viderefører EØS-konkurranseloven av 1992 § 1.

Til § 6 om norske konkurransemyndigheters håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54

Paragraf 6 fastsetter bestemmelser som regulerer norske konkurransemyndigheters håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Bestemmelsen gir norske konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve artikkel 53 og 54. Bestemmelsen regulerer også hvordan kompetansen skal utøves, herunder de begrensninger som skal gjelde. Når det gjelder behovet for å gi norske konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, vises det til den redegjørelsen som er gitt i kapittel 13 i proposisjonen.

Forbudene mot henholdsvis konkurransebegrensende samarbeid (EØS-avtalen artikkel 53) og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling (EØS-avtalen artikkel 54) er gjennomført i norsk rett gjennom EØS-loven § 1, som fastsetter at bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel skal gjelde som norsk lov. De materielle bestemmelsene er følgelig allerede gjort til norsk lov.

EØS-avtalen artikkel 53 og 54 kommer bare til anvendelse i de tilfeller der samhandelen mellom EØS-landene påvirkes. Det vil også gjelde når norske myndigheter håndhever disse bestemmelsene. Praksis fra EFTA-domstolen og EF-domstolen, jf. EØS-avtalen artikkel 6, Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA) artikkel 3 nr. 2 og EØS-avtalens homogenitetsprinsipp, må legges til grunn for forståelsen og rekkevidden av samhandelskriteriet.

Første ledd første punktum fastsetter at norske konkurransemyndigheter skal føre tilsyn med at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 overholdes. Bestemmelsen gir dermed norske konkurransemyndigheter hjemmel til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Kompetansen i første ledd første punktum til å føre tilsyn med at forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 etterleves, gjelder med de begrensninger som følger av EØS-avtalen, ODA eller forskrifter gitt i medhold av § 5. Norske konkurransemyndigheter vil således ikke ha kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 dersom ESA innleder formell saksbehandling i samme sak, men kan håndheve forbudene i EØS-avtalens artikkel 53 og 54 inntil ESA innleder saksbehandling.

I tillegg må kompetansen til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 utøves innenfor rammene

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

av de grunnleggende prinsipper for saksbehandling som gjelder i EØS.

Norske konkurransemyndigheter vil heller ikke etter denne bestemmelsen kunne håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 på områder der ODA ikke gir ESA kompetanse til å håndheve disse reglene.

I henhold til første ledd siste punktum er §§ 12, 22 og 24 til 31 i konkurranseloven gitt tilsvarende anvendelse.

Tilsvarende anvendelse av § 12 i konkurranseloven innebærer blant annet at den vedtakskompetanse som § 12 gir Konkurransetilsynet ved overtredelser av konkurranseloven 10 og 11, også gjelder ved overtredelser av artikkel 53 og 54. Konkurransetilsynet kan således treffe de samme typer vedtak ved overtredelse av artikkel 53 og 54 som ved overtredelse av konkurranseloven §§ 10 og 11. Dette medfører blant annet at Konkurransetilsynet vil kunne pålegge foretak som overtrer EØS-avtalen artikkel 53 og 54 å bringe overtredelsen til opphør.

Etter § 22 skal Konkurransetilsynet og departementet offentliggjøre sine vedtak etter konkurranseloven. De vil altså også være pliktig til å offentliggjøre sine vedtak etter EØS-konkurranseloven.

Henvisningen til konkurranseloven § 24 om opplysnings- og utleveringsplikt i konkurranseloven innebærer blant annet at enhver plikter å gi konkurransemyndighetene de opplysningene som disse krever for å kunne føre tilsyn med at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 etterleves.

Henvisningen til § 25 om bevissikring innebærer blant annet at når det er rimelig grunn til å anta at EØS-avtalen artikkel 53 eller 54 eller vedtak etter EØS-konkurranseloven § 6 første ledd siste punktum er overtrådt, så kan Konkurransetilsynet for å søke etter bevis blant annet kreve å få adgang alle lokaler der det kan finnes bevis samt til bolig dersom det er særlig grunn til å anta at bevis oppbevares der. Videre vil § 25 regulere tingrettens prøvelse av en begjæring om bevissikring når tilsynet på selvstendig grunnlag håndhever EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Reglene om prøvelsesrett som følger av EØS-konkurranseloven § 3 annet til fjerde ledd kommer således ikke til anvendelse i disse tilfelle, siden § 3 regulerer situasjonen hvor Konkurransetilsynet bistår EFTAs overvåkningsorgan (ESA).

Henvisningen til § 26 innebærer at offentlighetsloven ikke vil gjelde i saker om overtredelse av EØS-avtalens artikkel 53 og 54 og vedtak truffet i medhold av EØS-konkurranseloven § 6 første ledd så lenge saken ikke er avsluttet.

Konkurranseloven § 27 regulerer adgangen til dokumentinnsyn både for de som etterforskes for overtredelser og for tredjeparter med rettslig interesse.

Paragrafene 28 til 31 gjelder sanksjoner ved overtredelser av bestemmelser gitt i konkurranseloven eller vedtak i medhold av den. De tilsvarende sanksjoner vil altså gjelde ved overtredelser av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og vedtak etter EØS-konkurranseloven § 6 første ledd siste punktum. Det betyr at det kan reageres overfor foretak med bøter, tvangsmulkt og vedtak om overtredelsesgebyr. Fysiske personer kan straffes med bøter og fengsel. Skyldkrav og beviskrav vil reguleres på samme måte som ved overtredelse av forbudene i konkurranseloven. Det samme gjelder saksbehandlingsreglene ved ileggelse av sanksjoner.

Henvisningen til § 31 innebærer at det ved utmåling av bøter og overtredelsesgebyr for overtredelser av EØS-avtalen artikkel 53, skal tas i betraktning om foretaket har bistått konkurransemyndighetene med oppklaring av egen eller andres medvirkning til overtredelsen.

Annet ledd regulerer konkurransemyndighetenes avgjørelser etter EØS-avtalens artikkel 53 og 54 der ESA allerede har truffet en beslutning i saken. I slike tilfeller kan ikke konkurransemyndighetene treffe avgjørelser i strid med ESAs beslutning. Bestemmelsen tilsvarer rådsforordning 1/2003 artikkel 16 nr. 2, og er omtalt i proposisjonen punkt 14.5.4.

Etter *tredje ledd* kan konkurransemyndighetene trekke tilbake et gruppefritak for de berørte foretaks vedkommende i den utstrekning og på de vilkår som EØS-avtalen, ODA eller forskrifter gitt i medhold av § 5, fastsetter. Dersom norske myndigheter vil trekke tilbake fordelene av et gruppefritak, skjer det i henhold til norske saksbehandlingsregler. Forvaltningsloven vil derfor komme til anvendelse når norske konkurransemyndigheter ønsker å trekke tilbake fordelene av et gruppefritak. Det betyr blant annet at de berørte parter skal varsles i forkant og gis anledning til å uttale seg i saken før endelig vedtak treffes.

Fjerde ledd fastsetter at dersom konkurransemyndighetene mener en sak bør behandles av ESA eller Kommisjonen, skal de sende saken til ESA. I slike tilfeller gjelder ikke forvaltningslovens regler for behandling av enkeltvedtak for norske myndigheters befatning med saken. Bestemmelsen er anvendelig for de saker der innsyn etter forvaltningsloven vil kunne skade etterforskningen.

Til § 7 om forholdet mellom norsk konkurranselovgivning og EØS-avtalen artikkel 53 og 54

Dersom samhandelen mellom EØS-stater påvirkes merkbart av en konkurranseregulering som nevnt i

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

EØS-avtalen artikkel 53 og 54, og reguleringen samtidig er egnet til å ha virkning i Norge, vil konkurransereguleringen omfattes både av EØS-avtalen artikkel 53 eller 54 og av forbudene i §§ 10 og 11 i konkurranseloven. De to regelsettene vil da ha overlappende anvendelsesområder. En parallell regelansettelse vil kunne medføre forskjellig utfall, avhengig av hvilket regelverk som legges til grunn. EØS-retten oppstiller imidlertid visse skranker for anvendelsen av nasjonal konkurranselov i tilfelle der EØS-avtalen artikkel 53 eller 54 kommer til anvendelse.

Forholdet mellom EØS-avtalens konkurranseregler og avtalepartenes nasjonale konkurranseregler er ikke direkte løst i EØS-avtalen. Av EØS-loven § 2 følger at i tilfelle konflikt skal EØS-avtalens regler som gjennomført i norsk rett gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Det er følgelig en forutsetning for parallell anvendelse av konkurranselov at dette ikke hindrer ensartet anvendelse og uinnskrenket virkning av EØS-avtalens konkurranseregler.

EU har gjennom rådsforordning 1/2003 artikkel 3 nr. 2 direkte regulert forholdet mellom EF-traktaten artikkel 81 og 82 og medlemsstatenes nasjonale konkurranselovgivning. Gjennom § 7 er en tilsvarende bestemmelse tatt inn i norsk rett. Den nærmere begrunnelse for dette er gitt punkt 14.6.5 i proposisjonen. På denne bakgrunn legges det til grunn at bestemmelsen skal forstås på samme måte som etter EØS-retten.

Første ledd innebærer at når konkurransemyndighetene eller domstolene anvender norsk konkurranselovgivning på forhold som omfattes av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, så skal de også anvende sistnevnte bestemmelser.

Etter *annet ledd* må ikke anvendelsen av norsk konkurranselovgivning føre til forbud mot avtaler mv. mellom foretak som påvirker samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen etter artikkel 53 nr. 1, oppfyller vilkårene etter artikkel 53 nr. 3 eller er omfattet av et gruppefritak inntatt i EØS-avtalen. Bestemmelsen er ikke til hinder for å anvende mer restriktiv norsk lovgivning mot ensidig atferd, for eksempel gjennom forskrifter etter konkurranseloven § 14.

Etter *tredje ledd* kommer ikke første og annet ledd til anvendelse når konkurransemyndighetene og domstolene anvender konkurranselovens bestemmelser om kontroll med foretakssammenslutninger. Bestemmelsen fastsetter også at første og annet ledd ikke utelukker anvendelsen av bestemmelser i lovgivningen, som hovedsakelig fremmer

et annet formål enn det formål som fremmes av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Til § 8 om domstolenes avgjørelser etter EØS-avtalen artikkel 53 og 54

Bestemmelsens første punktum regulerer domstolene avgjørelser etter EØS-avtalens artikkel 53 og 54 der EFTAs overvåkningsorgan (ESA) allerede har truffet en beslutning i saken. I slike tilfeller kan ikke domstolene treffe avgjørelser i strid med ESAs beslutning.

Domstolene skal videre etter annet punktum unngå å treffe avgjørelser som vil være i strid med en beslutning som ESA har til hensikt å treffe når den har innledet saksbehandling. I slike tilfeller kan domstolene vurdere om det er nødvendig å utsette saken. Disse forpliktelser berører ikke rettighetene og pliktene etter artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol. Artikkel 34 fastsetter blant annet at det hører inn under EFTA-domstolen å gi rådgivende uttalelser om tolkningen av EØS-avtalen.

Bestemmelsen tilsvarende rådsforordning 1/2003 artikkel 16 nr. 1, og skal forstås på samme måte som i EØS-retten.

Bestemmelsen er nærmere begrunnet i punkt 14.4.5 i proposisjonen.

Til § 9 om innleggsrett overfor domstolene

Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 15 nr. 3 gir medlemstatenes konkurransemyndigheter og Kommisjonen rett til på eget initiativ å gi skriftlige innlegg overfor nasjonale domstoler der disse behandler spørsmål knyttet til anvendelsen av EF-traktaten artikkel 81 og 82. Det er på denne bakgrunn lagt til grunn at EFTAs overvåkningsorgan (ESA) skal ha den samme kompetanse som Kommisjonen, men da i forhold til anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 overfor domstoler i EØS EFTA-stater.

Annet ledd reflekterer denne kompetansen. Det er en betingelse for at ESA skal kunne gi innlegg overfor en domstolen at ensartet anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 krever det. ESA har rett til å gi skriftlige innlegg, men domstolen kan også tillate at ESA gir muntlig innlegg.

Etter *første ledd* kan Konkurransetilsynet gi innlegg overfor en domstol i spørsmål om anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Konkurransetilsynet vil ha rett til å gi skriftlig innlegg, men også i disse tilfelle kan domstolen tillate muntlig innlegg.

Etter *tredje ledd* kan både ESA og Konkurrans-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

tilsynet anmode den aktuelle domstol om å sende dem, eller sørge for at de får tilsendt, alle nødvendige dokumenter for vurdering av saken. Dette betinger at ESA eller Konkurransetilsynet trenger disse dokumentene for å utarbeide et innlegg etter første eller annet ledd.

Bestemmelsen er nærmere omtalt i proposisjons punkt 14.3 og punkt 14.5.3.

Til § 10 om ikrafttredelse

Etter denne bestemmelsen gjelder loven fra det tidspunkt Kongen bestemmer. Fra samme tidspunkt oppheves EØS-konkurranseloven av 1992.

Til § 11 om overgangsbestemmelser

Etter *første ledd* kan overtredelsesgebyr og straff bare anvendes på overtredelser som er begått etter denne lovs ikrafttredelse. Bestemmelsen sikrer at ingen som er etterforsket av Konkurransetilsynet for andre overtredelser av konkurranselovgivningen begått før denne lov trådte i kraft, blir ilagt en reaksjon etter denne lov.

Etter *annet ledd* vil forskrifter som er gitt i medhold av lov av 27. november 1992 nr. 110 om konkurranseregler i EØS-avtalen mv, fortsatt gjelde, så langt de passer, inntil Kongen opphever eller endrer disse. Dette vil gjelde de forskriftene som gjennomfører sekundærlovgivningen i EØS-avtalen og Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol i norsk rett. Dette gjelder henholdsvis forskrift av 4. desember 1992 nr. 966 om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen og forskrift av 4. desember 1992 nr. 964 om materielle konkurranseregler i EØS-avtalen. Som det fremgår av proposisjonens punkt 15.2, er departementet innstilt på å endre måten sekun-

dærlovgivningen gjennomføres på. Inntil departementet har foretatt disse endringene, vil altså de ovennevnte forskrifter bestå selv om lov av 27. november 1992 nr. 110 om konkurranseregler i EØS-avtalen mv. oppheves.

Til § 12 om endring i andre lover

Lov 26. mai 1995 nr. 25 om gjennomføring av fellesregler om innenlands transport i EØS-avtalen henviser i § 2 første og andre ledd til bestemmelser i lov av 27. november 1992 om konkurranseregler i EØS-avtalen. Sistnevnte lov oppheves og erstattes av lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler. Det er derfor nødvendig å foreta en endring i lov om gjennomføring av fellesregler om innenlands transport i EØS-avtalen slik at henvisningen gjelder den nye EØS-konkurranseloven og de tilsvarende bestemmelser i denne.

Arbeids- og administrasjonsdepartementet

t i l r å r :

At Deres Majestet godkjenner og skriver under et framlagt forslag til proposisjon til Stortinget

- a) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).
- b) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

Vi HARALD, Norges Konge,

s t a d f e s t e r :

Stortinget blir bedt om å gjøre vedtak til lov:

- a) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)
- b) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

i samsvar med et vedlagt forslag.

A) Forslag

til lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

Kapittel 1 Innledende bestemmelser

§ 1 Lovens formål

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

§ 2 Definisjon av foretak

Med foretak menes i denne loven enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet.

§ 3 Generelle unntak fra loven

Loven gjelder ikke for arbeids- og ansettelsesvilkår.

Kongen kan ved forskrift gjøre unntak fra hele eller deler av denne lov for bestemte markeder eller næringer. Kongen skal ved forskrift fastsette de unntak fra §§ 10 og 11 som er nødvendige for å gjennomføre landbruks- og fiskeripolitikken.

§ 4 Forholdet til andre lover

Dersom et forhold som faller inn under loven, også går inn under regulerings- og kontrollbestemmelser i andre lover, kan Kongen gi nærmere regler om den innbyrdes avgrensning av de forskjellige myndigheters virkeområde.

§ 5 Lovens stedlige virkeområde

Loven gjelder for vilkår, avtaler og handlinger som foretas, har virkning eller er egnet til å ha virkning her i riket.

Kongen kan ved forskrift bestemme at loven skal gjelde for vilkår, avtaler og handlinger som utelukkende har eller er egnet til å ha virkning utenfor riket.

Kongen kan ved forskrift bestemme i hvilken utstrekning loven skal gjelde for Svalbard.

§ 6 Varighet av enkeltvedtak

Enkeltvedtak etter denne loven skal normalt gjelde for et bestemt tidsrom. Enkeltvedtak skal normalt ikke gjelde mer enn fem år og aldri i mer enn ti år. Virkningstiden bør fremgå av vedtaket.

Regelen i første ledd er ikke til hinder for at enkeltvedtak kan fornyes.

§ 7 Overlevering av taushetsbelagte opplysninger til fremmede staters konkurransemyndigheter og internasjonale organisasjoner

For å oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor fremmed stat eller internasjonal organisasjon kan Konkurransetilsynet uten hinder av lovbestemt taushetsplikt gi konkurransemyndigheter i fremmede stater og internasjonale organisasjoner opplysninger som er nødvendige for å fremme norske eller vedkommende stats eller organisasjons konkurranseregler.

Ved utlevering av opplysninger etter første ledd skal Konkurransetilsynet stille som vilkår at opplysningene bare kan formidles videre med samtykke fra Konkurransetilsynet og bare for det formål som samtykket omfatter.

Kongen kan gi forskrift om overlevering av opplysninger etter første og annet ledd.

Kapittel 2 Konkurransemyndighetenes organisasjon og oppgaver

§ 8 Konkurransemyndighetenes organisasjon

Konkurransemyndighetene er Kongen, departementet og Konkurransetilsynet.

Konkurransetilsynet kan ikke instrueres om avgjørelser i enkeltsaker. Kongen kan pålegge Konkurransetilsynet å ta en sak opp til behandling. Departementet kan omgjøre Konkurransetilsynets vedtak uten at vedtaket er påklaget, dersom dette er ugyldig. Forvaltningsloven § 35 gjelder ikke for departementets omgjøring av Konkurransetilsynets vedtak etter denne lov.

Kongen kan gi nærmere bestemmelser om Konkurransetilsynets organisasjon og virksomhet.

§ 9 Konkurransetilsynets oppgaver

Konkurransetilsynet skal føre tilsyn med konkurransen i de forskjellige markeder, herunder ved å

- kontrollere at lovens forbud og påbud overholdes,
- foreta nødvendige inngrep mot foretakssammenslutninger,
- iverksette tiltak for å øke markedenes gjennom-siktighet,

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

- d) håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og
- e) påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak, eventuelt ved å fremme forslag med sikte på å styrke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter. Dersom Konkurransetilsynet krever det, skal det organ som forstår tiltaket, svare Konkurransetilsynet innen en nærmere angitt frist. I svaret skal det blant annet redegjøres for hvordan de konkurransemessige hensyn vil bli ivaretatt.

Kapittel 3 Forbudte konkurransebegrensninger

§ 10 Konkurransbegrensende avtaler mellom foretak

- Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt, særlig slike som består i
- a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,
 - b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,
 - c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,
 - d) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
 - e) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggssytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontrakts-gjenstanden.

Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne bestemmelse, skal ikke ha noen rettsvirkning.

Bestemmelsen i første ledd får ikke anvendelse på avtaler mellom foretak, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten

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

Kongen kan ved forskrift fastsette regler for hva som skal gå inn under tredje ledd (gruppefritak).

Konkurransetilsynet kan bestemme at et gruppefritak ikke skal være anvendelig overfor bestemte foretak i den utstrekning avtaler, beslutninger og samordnet opptreden har virkninger som ikke er forenlige med tredje ledd.

§ 11 Utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling

Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt.

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

- a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,
- b) å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,
- c) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
- d) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggssytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontrakts-gjenstanden.

§ 12 Pålegg om å bringe en ulovlig atferd til opphør mv.

Konkurransetilsynet kan pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer forbudene i §§ 10 eller 11, å bringe overtredelsen til opphør. Pålegget kan omfatte ethvert tiltak som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør. Strukturelle tiltak kan bare pålegges dersom det ikke finnes like effektive atferdsregulerende tiltak, eller dersom et atferdsregulerende tiltak vil være mer byrdefullt for foretaket.

Pålegg etter første ledd kan gis selv om Konkurransetilsynet vedtar overtredelsesgebyr mot foretaket etter § 29 eller anmelder overtredelsen.

Konkurransetilsynet skal begrunne avslag på anmodning om å gi pålegg etter første ledd. Avslag kan påklages til departementet.

Konkurransetilsynet kan dersom det er

- a) rimelig grunn til å anta at §§ 10 og 11 er overtrådt og
 - b) fare for at konkurransen utsettes for varig og uopprettelig skade,
- treffe midlertidig vedtak om pålegg etter første ledd. Dette gjelder likevel ikke dersom den vedtaket retter seg mot, påføres skade eller ulempe som står i åpenbart misforhold til de hensyn vedtaket skal ivareta. Midlertidig vedtak skal treffes for et begrenset tidsrom, men kan forlenges dersom faren for konkurransen består.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

§ 13 *Prøving i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning*

I saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning kan Kongen i statsråd tillate atferd i strid med forbudet i §§ 10 eller 11, gi pålegg etter § 12 og omgjøre Konkurransetilsynets vedtak etter § 12. En tillatelse til atferd i strid med §§ 10 eller 11 har ingen virkning i forhold til overtredelser av lovens forbud eller vedtak truffet i medhold av loven før tillatelsen blir gitt.

§ 14 *Konkurranserefremmende tiltak*

Dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene, kan Kongen ved forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål.

§ 15 *Forholdet til EØS-avtalen*

Reglene i §§ 10 og 11 og i forskrifter etter § 14 gjelder med de begrensninger som følger av EØS-konkurranseloven § 7.

Kapittel 4 Kontroll med foretakssammenslutninger mv.

§ 16 *Inngrep mot foretakssammenslutninger mv.*

Konkurransetilsynet skal 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.

Konkurransetilsynet skal på samme vilkår som etter første ledd, gripe inn mot erverv av andeler i et foretak selv om ervervet ikke fører til kontroll. Er ervervet gjennomført ved trinnvise oppkjøp, kan det gripes inn overfor de transaksjoner som har funnet sted innenfor en periode på to år regnet fra tidspunktet for det siste ervervet.

Inngrep etter første og annet ledd kan omfatte forbud, påbud og tillatelser på vilkår, herunder

- forbud mot en foretakssammenslutning eller et erverv som nevnt i annet ledd, med slike utfyllende bestemmelser som er nødvendige for at formålet med forbudet blir oppnådd,
- påbud om avhendelse av aksjer eller andeler som er ervervet som ledd i foretakssammenslutningen eller erverv som nevnt i annet ledd eller
- vilkår som er nødvendige for å motvirke begrensning av konkurransen.

Inngrep etter første og annet ledd kan ikke finne sted dersom det foreligger et velfungerende nordisk eller europeisk marked og foretakssammenslutningen eller ervervet etter annet ledd heller ikke virker negativt for norske kunder.

Konkurransetilsynet kan oppnevne en forvalter til å bistå ved gjennomføringen av vedtak om inngrep etter første eller annet ledd. Forvalteren får sin godtgjørelse dekket av og kan inngå avtaler på vegne av dem som vedtaket retter seg mot. Kongen kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om forvalters stilling.

Begrensninger som er direkte knyttet til en foretakssammenslutning eller et erverv som nevnt i annet ledd, er ikke i strid med §§ 10 og 11 dersom de er nødvendige for gjennomføring av foretakssammenslutningen eller ervervet, og foretakssammenslutningen eller ervervet sammen med de tilknyttede begrensningene ikke fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål.

§ 17 *Definisjon av foretakssammenslutning*

En foretakssammenslutning foreligger når

- to eller flere tidligere uavhengige foretak eller deler av foretak fusjonerer, eller
- en eller flere personer, som allerede kontrollerer minst ett foretak, eller ett eller flere foretak direkte eller indirekte, helt eller delvis, varig overtar kontrollen over ett eller flere andre foretak.

Når det opprettes et fellesforetak som på varig grunnlag ivaretar alle funksjoner som hører inn under en uavhengig økonomisk enhet, foreligger en foretakssammenslutning i henhold til første ledd bokstav b.

Kontroll oppnås gjennom rettigheter, avtaler eller andre midler som enkeltvis eller sammen, de faktiske eller juridiske forhold tatt i betraktning, gir mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet, særlig

- eiendomsrett eller bruksrett til et foretaks samlede aktiva eller deler av dem,
- rettigheter eller avtaler som gir avgjørende innflytelse over et foretaks organer med hensyn til deres sammensetning, stemmegivning eller beslutninger.

Kontroll oppnås av personer eller foretak som

- er innehavere av slike rettigheter eller har rettigheter i henhold til slike avtaler, eller
- uten å være innehavere av slike rettigheter eller å ha rettigheter i henhold til slike avtaler, kan utøve rettigheter som følger av dem.

Kongen kan gi nærmere forskrifter om hva som skal omfattes av første ledd.

§ 18 *Melding av foretakssammenslutninger mv.*

Partene i en fusjon etter § 17 første ledd bokstav a eller den eller de som samlet eller hver for seg varig overtar kontroll etter § 17 første ledd bokstav b,

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

skal senest når endelig avtale er inngått eller kontroll er ervervet, informere Konkurransetilsynet om foretakssammenslutningen ved en alminnelig melding.

Meldingen skal inneholde

- a) navn og adresse på partene i fusjonen eller den eller de som overtar kontroll,
- b) beskrivelse av de involverte foretakene og foretak i samme konsern,
- c) beskrivelse av markeder hvor de involverte foretak har en samlet markedsandel på over 20 %,
- d) navn på de involverte foretakenes fem viktigste konkurrenter, kunder og leverandører og
- e) årsberetning for de involverte foretakene.

Konkurransetilsynet kan pålegge fullstendig melding. Et slikt pålegg kan ikke gis senere enn 15 virkedager etter at Konkurransetilsynet har mottatt melding etter første ledd eller 3 måneder etter endelig avtale om erverv av andeler etter § 16 annet ledd.

Foretakssammenslutninger og erverv etter § 16 annet ledd kan meldes frivillig til Konkurransetilsynet for å avklare om det er aktuelt med inngrep etter § 16. Den frivillige meldingen må tilfredsstille kravet til fullstendig melding.

Kongen kan ved forskrift fastsette nærmere regler om meldinger etter første til fjerde ledd, herunder innskrenke virkeområdet for den alminnelige meldeplikten etter første ledd, og fastsette krav til innhold i alminnelig melding og fullstendig melding samt regler om offentliggjøring av meldingene.

§ 19 Gjennomføringsforbud

Foretakssammenslutninger som omfattes av reglene i § 18 tredje eller fjerde ledd, må ikke gjennomføres så lenge Konkurransetilsynet behandler saken etter § 20 annet ledd første punktum. For foretakssammenslutninger som pålegges meldeplikt etter § 18 tredje ledd, gjelder gjennomføringsforbudet fra partene har mottatt pålegg om melding. For foretakssammenslutninger som meldes frivillig etter § 18 fjerde ledd, gjelder gjennomføringsforbudet fra det tidspunkt fullstendig melding er gitt.

Konkurransetilsynet kan av eget tiltak gjøre unntak fra gjennomføringsforbudet etter første ledd i enkeltsaker. Konkurransetilsynet kan ved forskrift gjøre unntak for grupper av næringsdrivende.

Konkurransetilsynet kan gi pålegg om midlertidig gjennomføringsforbud og andre tiltak dersom det er

- a) rimelig grunn til å anta at foretakssammenslutningen kan lede til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen og

- b) nødvendig med et midlertidig forbud for å sikre gjennomføringen av eventuelle inngrep etter § 16.

§ 20 Vedtak om inngrep

Vedtak om inngrep etter § 16 treffes av Konkurransetilsynet på grunnlag av fullstendig melding etter § 18 tredje eller fjerde ledd.

Konkurransetilsynet må innen 25 virkedager fra den fullstendige meldingen er mottatt, varsle at inngrep kan bli aktuelt. Gis ikke slikt varsel, kan Konkurransetilsynet ikke gripe inn etter § 16.

Konkurransetilsynet må senest innen 70 virkedager etter at fullstendig melding ble mottatt, legge frem begrunnet forslag til inngrepsvedtak. Forslaget forelegges partene til uttalelse med en frist på 15 virkedager. Konkurransetilsynet må treffe sitt vedtak innen 15 virkedager fra tilsynet har mottatt partenes uttalelse. Dersom det er fremsatt et tilbud om avhjelpende tiltak, kan fristen etter begjæring fra partene forlenges med 25 virkedager. Tilbyr partene avhjelpende tiltak, skal tilbudet også fremstilles i et offentlig dokument.

Et vedtak om inngrep kan påklages innen 15 virkedager. Konkurransetilsynet skal bringe klagen inn for departementet senest 15 virkedager etter at den er mottatt. Departementet må treffe vedtak i klagesaken innen 60 virkedager etter at klagen er mottatt. For øvrig gjelder reglene om klage i forvaltningsloven kapittel VI så langt de passer.

Frister i annet, tredje og fjerde ledd for Konkurransetilsynets eller departementets saksbehandling slutter å løpe dersom noen av de involverte foretak etter å ha mottatt skriftlig krav om å gi opplysninger innen en bestemt frist, ikke oppfyller kravet. Partene skal informeres om at fristen har sluttet å løpe. Fristen begynner å løpe igjen når Konkurransetilsynet eller departementet mottar de etterspurte opplysninger.

§ 21 Prøving i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning

I saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning kan Kongen i statsråd tillate en foretakssammenslutning eller et erverv av andeler som Konkurransetilsynet har grepet inn mot etter § 16. Det kan settes vilkår for en slik tillatelse. Bestemmelsen i § 16 tredje ledd får tilsvarende anvendelse. Dersom Konkurransetilsynets vedtak påklages, kan tillatelse ikke gis før klagebehandlingen er avsluttet.

Dersom vilkårene i § 16 første ledd er oppfylt, kan Kongen i statsråd i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning, treffe vedtak etter §§ 16, 18 og 19. Fristene i §§ 18 og 20 gjelder ikke for vedtak truffet etter dette ledd. Kongen i statsråd

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

kan likevel ikke gripe inn mot en foretakssammenslutning eller et erverv av andeler senere enn 12 måneder etter at det er inngått endelig avtale eller kontroll er overtatt.

Kapittel 5 Prisopplysning og offentlighet

§ 22 Offentlighet

Konkurransetilsynet og departementet skal offentliggjøre sine vedtak. Ved offentliggjøringen skal partenes navn og vedtakets hovedinnhold oppgis. Opplysninger underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 kan offentliggjøres dersom det er nødvendig for å opplyse om vedtakets hovedinnhold.

§ 23 Prisopplysning mv.

Konkurransetilsynet kan, dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen, pålegge ervervsdrivende å merke, ha oppslag om eller gi annen underretning om pris, forretningsvilkår og kvalitet ved salg av varer og tjenester. Kongen kan gi forskrift om det samme.

Kapittel 6 Saksbehandling ved undersøkelser og kontroll

§ 24 Opplysningsplikt og gransking

Enhver plikter å gi konkurransemyndighetene de opplysninger som disse myndigheter krever for å kunne utføre sine gjøremål etter loven eller for å kunne oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor en fremmed stat eller en internasjonal organisasjon. Opplysningene kan kreves gitt skriftlig eller muntlig innen en fastsatt frist både fra enkelte og fra grupper av ervervsdrivende og kan nedtegnes og lagres som lydopptak.

På samme betingelser som nevnt i første ledd kan konkurransemyndighetene for gransking kreve utlevert alle typer informasjon og bærere av slik informasjon.

Opplysninger som kreves etter første og annet ledd, kan gis uten hinder av den lovbestemte taushetsplikt som ellers påhviler ligningsmyndigheter, andre skatte- og avgiftsmyndigheter og myndigheter som har til oppgave å overvåke offentlig regulering av ervervsvirksomhet.

Første og annet ledd gjelder selv om det er avsluttet bevissikring etter § 25.

Kongen kan ved forskrift fastsette nærmere regler for opplysningsplikt og gransking.

§ 25 Bevissikring

For å søke etter bevis kan Konkurransetilsynet, når det er rimelig grunn til å anta at loven eller vedtak i medhold av loven er overtrådt, eller det er nød-

vendig for å kunne oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor en fremmed stat eller en internasjonal organisasjon, kreve

- a) å få adgang til lokaler, eiendommer, transportmidler og andre oppbevaringssteder hvor det kan finnes bevis for overtredelse,
- b) å få adgang til bolig dersom det er særlig grunn til anta at bevis oppbevares der,
- c) å ta med ting som kan ha betydning som bevis for nærmere gransking og
- d) å forsegle forretningslokaler, bøker eller forretningspapirer så lenge undersøkelsen varer og dette anses nødvendig.

Begjæring om adgang til bevissikring framsettes av Konkurransetilsynet for tingretten på det sted hvor det mest praktisk kan skje. Retten treffer sin avgjørelse ved beslutning før bevissikringen settes i verk. Den begjæringen retter seg mot, skal ikke varsles om begjæringen eller beslutningen. Kjæremål over beslutningen har ikke oppsettende virkning. Straffeprosessloven §§ 200, 201 første ledd, §§ 117 til 120, jf. §§ 204, 207, 208, 209, 213 og kapittel 26 samt forvaltningsloven § 15 annet ledd gjelder så langt de passer.

Konkurransetilsynet kan kreve bistand av politiet til å iverksette beslutningen om bevissikring.

Dersom det ikke er tid til å avvete rettens beslutning, kan Konkurransetilsynet kreve at politiet avstenger områder der bevisene kan være inntil rettens beslutning foreligger.

Kongen kan ved forskrift fastsette nærmere regler om bevissikring og behandling av over-skuddsinformasjon.

§ 26 Forholdet til offentlighetsloven

Offentlighetsloven gjelder ikke i saker om overtredelse av §§ 10, 11, 18 første ledd, 19 første ledd eller vedtak i medhold av denne lov så lenge saken ikke er avsluttet. En sak regnes ikke som avsluttet hvis den er anmeldt til påtalemyndigheten.

§ 27 Innsyn i dokumenter hos konkurransemyndighetene

Foretak eller personer som Konkurransetilsynet etterforsker for overtredelse av konkurranseloven, skal på begjæring gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, såfremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningen eller tredjemann. Forvaltningsloven § 19 får tilsvarende anvendelse. Blir begjæringen avslått, kan spørsmålet kreves avgjort av retten ved kjennelse. Dersom etterforskningen omfatter flere foretak eller personer, gjelder innsynsretten ikke dokumenter som bare gjelder andre foretak eller personer.

Enhver med rettslig interesse kan kreve innsyn

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

i dokumenter hos konkurransemyndighetene i en avsluttet sak om overtredelse av §§ 10, 11 og 12. For at innsynsretten skal kunne omfatte opplysninger som er undergitt lovbestemt taushetsplikt, kreves det at innsyn ikke vil virke urimelig overfor den opplysningene gjelder. Blir det begjært innsyn i taushetsbelagte opplysninger etter denne bestemmelse, skal de som har krav på taushet varsles og gis en frist til å uttale seg om spørsmålet. Avslag på begjæring om innsyn kan påklages til departementet. Reglene i forvaltningsloven kapittel VI gjelder tilsvarende.

Kapittel 7 Sanksjoner

§ 28 *Tvangsmulkt*

For å sikre at enkeltvedtak i medhold av denne lov og pålegg etter § 24 overholdes, kan Konkurransetilsynet bestemme at den vedtaket retter seg mot, skal betale en løpende mulkt til staten inntil forholdet er rettet.

Konkurransetilsynet bestemmer når mulkten begynner å løpe. Konkurransetilsynet kan helt eller delvis frafalle kravet om påløpt mulkt.

Kongen kan ved forskrift fastsette nærmere regler om ileggelse av tvangsmulkt.

§ 29 *Overtredelsesgebyr*

Et foretak kan ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller noen som handler på vegne av foretaket, forsettlig eller uaktsomt

- a) overtrer §§ 10, 11, 18 første ledd eller 19 første ledd,
- b) overtrer vedtak etter §§ 12, 16, 19 tredje ledd eller 23,
- c) unnlater å etterkomme pålegg etter §§ 24 eller 25,
- d) gir uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene,
- e) bryter forsegling foretatt i medhold av § 25,
- f) overtrer forskrift i medhold av §§ 14 eller 23, eller
- g) medvirker til overtredelser av bokstav a til f.

Gebyr kommer ikke til anvendelse ved overtredelse av § 18 tredje ledd.

Konkurransetilsynet vedtar overtredelsesgebyr. Ved fastsettelse av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet, samt lempning etter § 31.

Vedtaket om overtredelsesgebyr kan ikke påklages. Overtredelsesgebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet. Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg. Der-

som foretaket går til søksmål mot staten for å prøve vedtaket, suspenderes tvangskraften. Retten kan prøve alle sider av saken. Tvistemålsloven gjelder så langt den passer.

Adgangen til å ilegge gebyr foreldes etter 10 år ved overtredelse av §§ 10 og 11 i denne loven. Andre overtredelser foreldes etter 5 år. Fristen avbrytes ved at Konkurransetilsynet tar skritt til sikring av bevis etter lovens § 25 eller meddeler et foretak at det er mistenkt for overtredelse av loven eller et vedtak truffet i medhold av loven.

Kongen kan ved forskrift gi nærmere regler om beregning av overtredelsesgebyr.

§ 30 *Straff*

Med bøter eller fengsel inntil 3 år straffes den som forsettlig eller grovt uaktsomt

- a) overtrer §§ 10, 18 første ledd eller 19 første ledd,
- b) overtrer vedtak etter §§ 12, 16 eller 19 tredje ledd,
- c) unnlater å etterkomme pålegg etter §§ 24 eller 25,
- d) gir uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene,
- e) bryter forsegling foretatt i medhold av § 25 eller
- f) overtrer forskrift i medhold av § 14.

Er en overtredelse av § 10 utført under særdeles skjerpene omstendigheter, kan fengsel inntil 6 år anvendes. Ved avgjørelse av om særdeles skjerpene omstendigheter foreligger, skal det legges vekt på om overtredelsen har vært søkt holdt skjult, om den har voldt betydelig økonomisk skade, om den har gitt betydelig økonomisk fordel og grovheten av overtredelsen for øvrig.

Medvirkning til overtredelse som nevnt i første og annet ledd straffes på samme måte.

§ 31 *Lempning*

Ved utmålingen av gebyr etter § 29 eller bøter til foretak etter § 30 for overtredelse av § 10, skal det tas i betraktning om foretaket har bistått konkurransemyndighetene med oppklaringen av egen eller andres overtredelse.

Kongen kan ved forskrift gi nærmere regler om lempning ved utmåling av gebyr.

Kapittel 8 Ikrafttredelse m.m

§ 32 *Ikrafttredelse*

Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer.

Fra samme tid oppheves lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

§ 33 Overgangsbestemmelser

Forskrifter, vedtekter, reglementer og instruksjoner som er gitt i medhold av lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet gjelder fortsatt så langt de passer, inntil Kongen opphever eller endrer disse i medhold av denne lov eller ved særskilt bestemmelse.

Enkeltvedtak i medhold av lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet opprettholdes i den perioden som er forutsatt i vedtakene inntil de blir endret eller opphevet i medhold av denne lov eller ved særskilt bestemmelse av Kongen.

Overtredelsesgebyr og straff etter denne loven kommer bare til anvendelse på overtredelser som er begått etter lovens ikrafttredelse.

Kongen kan ellers gi de overgangsbestemmelser som er nødvendige.

§ 34 Endringer i andre lover

Fra den tid loven trer i kraft gjøres følgende endringer i andre lover:

1. Tolloven 10. juni 1966 nr. 5 § 16 annet ledd nr. 1 skal lyde:
 1. myndigheter som har til oppgave å føre kontroll med at bestemmelsene i *konkurranseloven* og lov om pristiltak overholdes

2. I markedsføringsloven 16. juni 1972 nr. 47 gjøres følgende endringer:

Ny § 3 a skal lyde:

§ 3 a Prismerking mv.

Den som i næringsvirksomhet selger varer, tjenester eller andre ytelser til forbrukere, skal så langt det er praktisk mulig informere om prisene, slik at de lett kan ses av kundene.

Departementet kan ved forskrift gi nærmere regler om gjennomføringen av plikten etter første ledd og kan herunder gjøre unntak fra første ledd.

For å lette kundenes bedømmelse av priser og kvalitet på varer og tjenester, kan departementet ved forskrift påby ervervsdrivende å iverksette tiltak utover det som følger av påbudet i første ledd. Slik forskrift om informasjonstiltak kan blant annet

 1. påby merking, oppslag eller annen underretning om pris, forretningsvilkår, kvalitet og andre egen-skaper.
 2. gi påbud om sortering og bestemmelser om mål og vekt og opplysning om pris pr. enhet (*jamførpris*) for varer som frambyes for salg.

§ 12 nytt tredje ledd skal lyde:

Markedsrådet kan ved enkeltvedtak påby prisinformasjon etter § 3 a første ledd og ved forskrifter gitt med hjemmel i § 3 a annet og tredje ledd.

Nåværende tredje og fjerde ledd blir nye fjerde og femte ledd.

§ 14 første ledd nytt annet punktum skal lyde:

Forbrukerombudet kan også treffe vedtak som nevnt i § 12 tredje ledd dersom det ikke er oppnådd frivillig ordning, og ombudet antar at det vil medføre skadevirkning å avvente Markedsrådets vedtak.

Nåværende første ledd annet punktum blir nytt første ledd tredje punktum.

§ 20 tredje ledd skal lyde:

Bestemmelsene i denne lov gjør ingen innskrenkninger i *bestemmelser fastsatt i eller i medhold av konkurranseloven*, jf. likevel fjerde ledd og lov om pristiltak.

§ 20 nytt fjerde ledd skal lyde:

Konkurranseloven § 10 gjelder ikke ved bruk av kontraktvilkår som er fremforhandlet i samarbeid med Forbrukerombudet i medhold av markedsføringsloven § 13 annet ledd.

Nåværende fjerde ledd blir nytt femte ledd.

3. I lov 26. mai 1995 nr. 25 om gjennomføring av fellesregler om innenlands transport i EØS-avtalen gjøres følgende endringer:

§ 3 første ledd skal lyde:

Den som forsettlig eller uaktsomt overtrer artikkel 5 nr. 2 eller artikkel 6 i EØS-avtalen vedlegg XIII punkt 6 (rådsforordning nr 11 av 27 juni 1960), eller unnlater å etterkomme en anmodning etter avtalen artikkel 11 eller 13 om å gi opplysninger til norske myndigheter, straffes som fastsatt i konkurranseloven § 30.

§ 3 tredje ledd skal lyde:

For å sikre at en anmodning etter artikkel 11 eller 13 etterkommes, kan vedkommende myndighet ilegge tvangsmulkt etter reglene i konkurranseloven § 28.

4. Lov 23. juni 2000 nr. 54 om edb-baserte reservasjonssystemer for passasjertransport mv.

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

§ 3 første ledd skal lyde:

Ved kontroll som foretas av EFTAs overvåkingsorgan eller Konkurransetilsynet i henhold til forskrifter gitt i medhold av rettsakten omhandlet i EØS-avtalen vedlegg XIII, kapittel VI, punkt 63 om regler for bruk av edb-baserte reservasjonssystemer, gjelder konkurranseloven §§ 24 og 25 tilsvarende.

5. Ekomloven 4. juli 2003 nr. 83

§ 9–6 annet ledd annet punktum skal lyde:

Myndigheten skal ikke, uten samtykke fra konkurransemyndighetene, gi innsyn i informasjon som nevnt i konkurranseloven §§ 26 og 27.

B) Forslag

til lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

§ 1 *Håndheving av EØS-avtalens konkurranseregler*

EFTAs overvåkingsorgan og EFTA-domstolen håndhever EØS-avtalens konkurranseregler i samsvar med denne lovens §§ 2 til 5 og 9 med forskrifter. Norske konkurransemyndigheter og domstoler håndhever EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i samsvar med denne lovens §§ 6 til 9.

§ 2 *Opplysningsplikt og unntak fra taushetsplikt*

Enhver plikter uten hinder av taushetsplikt å gi EFTAs overvåkingsorgan og EFTA-domstolen de opplysninger organene kan kreve i henhold til EØS-avtalen, Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol eller forskrifter gitt i medhold av § 5. Det kan settes tidsfrist for når opplysninger skal gis.

Konkurransetilsynet kan etter anmodning fra EFTAs overvåkingsorgan kreve tilsvarende opplysninger.

Enhver skal uten hinder av taushetsplikt, innenfor de rammer EØS-avtalen gir, ha rett til å besvare henvendelser fra Europa-kommisjonen og EF-domstolen.

Uten hinder av lovbestemt taushetsplikt kan norske myndigheter gi EFTAs overvåkingsorgan og Kommisjonen alle opplysninger som er nødvendige for å håndheve konkurransereglene i EØS-avtalen.

§ 3 *Kontroll foretatt av EFTAs overvåkingsorgan*

Ved kontroll som foretas av EFTAs overvåkingsorgan eller Konkurransetilsynet etter anmodning fra EFTAs overvåkingsorgan i henhold til forskrifter gitt i medhold av § 5, gjelder konkurranseloven §§ 24 og 25 tilsvarende.

Når tingretten prøver en begjæring om bevissikring etter konkurranseloven § 25 annet ledd, er

rettens prøvelsesrett regulert av reglene i tredje og fjerde ledd.

Ved begjæring om bevissikring som gjelder adgang til lokaler, eiendommer og transportmidler som tilhører foretak eller sammenslutninger av foretak, kontrollerer retten om beslutningen fra EFTAs overvåkingsorgan er ekte og prøver om den tiltenkte bruk av tvangsmidler er vilkårlig eller uforholdsmessig i forhold til bevissikringens formål. Ved prøvelsen av tvangsmidlenes forholdsmessighet kan retten anmode EFTAs overvåkingsorgan direkte eller gjennom Konkurransetilsynet om detaljerte forklaringer om de forhold som ligger til grunn for EFTAs overvåkingsorgans mistanke om at det foreligger en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, samt om alvorligheten av den antatte overtredelsen og karakteren av foretakets delaktighet. Retten kan likevel ikke prøve om bevissikringen er nødvendig, eller kreve å få forelagt opplysninger i EFTAs overvåkingsorgans saksdokumenter. Det er forbeholdt EFTA-domstolen å kontrollere lovligheten av beslutningen fra EFTAs overvåkingsorgan.

Ved begjæring om bevissikring som gjelder andre lokaler, eiendommer og transportmidler enn nevnt i tredje ledd, herunder private hjem, kontrollerer retten om beslutningen fra EFTAs overvåkingsorgan er ekte og prøver om den tiltenkte bruk av tvangsmidler er vilkårlig eller uforholdsmessig, særlig i forhold til den antatte overtredelses grovhet og betydningen av det ønskede bevismateriale, foretakets delaktighet, samt den rimelige sannsynlighet for at forretningspapirer som er relevante for formålet med bevissikringen, oppbevares i de lokaler som begjæringen om bevissikring angår. Retten kan anmode EFTAs overvåkingsorgan direkte eller gjennom Konkurransetilsynet om detaljerte for-

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

klaringer om forhold av betydning for prøvingen av forholdsmessigheten av de tiltenkte tvangsmidler. Retten kan likevel ikke prøve om bevissikringen er nødvendig eller kreve å få forelagt opplysninger i EFTAs overvåkningsorgans saksdokumenter. Det er forbeholdt EFTA-domstolen å kontrollere lovligheten av beslutningen fra EFTAs overvåkningsorgan.

EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen kan være til stede ved og delta i kontroll som foretas av Konkurransetilsynet innenfor de rammer EØS-avtalen gir.

Konkurransetilsynet og Kommisjonen kan være til stede ved og delta i kontroll som foretas av EFTAs overvåkningsorgan innenfor de rammer EØS-avtalen gir.

§ 4 Sivilrettslige bøter og tvangsmulkt

EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen kan ilegge foretak eller sammenslutninger av foretak sivilrettslige bøter for forsettlig eller uaktsom overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53, 54 eller 57, bestemmelsene i EØS-avtalen vedlegg XIV, bestemmelsene i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol protokoll 4, samt vedtak fattet i medhold av nevnte bestemmelser.

Myndighetene nevnt i første ledd, kan også fastsette tvangsmulkt til gjennomføring av vedtak fattet med hjemmel i bestemmelsene nevnt i første ledd.

§ 5 Forskrifter

Kongen kan gi forskrifter om gjennomføring og håndheving av konkurransereglene i EØS-avtalen og Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol.

§ 6 Norske konkurransemyndigheters håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54

Norske konkurransemyndigheter skal, med de begrensninger som følger av EØS-avtalen, Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol og forskrifter gitt i medhold av § 5, føre tilsyn med at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 overholdes. Konkurranseloven §§ 12, 22 og 24 til 31 gjelder tilsvarende.

Når konkurransemyndighetene treffer avgjørelser i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 og 54 om avtaler, beslutninger eller opptreden som allerede er gjenstand for en beslutning fra EFTAs overvåkningsorgan, kan de ikke treffe avgjørelser som er i strid med den beslutning som EFTAs overvåkningsorgan har truffet.

Konkurransemyndighetene kan bestemme at forskrifter om gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel

53 nr. 3 ikke skal være anvendelige overfor bestemte foretak i den utstrekning og på de vilkår som EØS-avtalen, Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol og forskrifter gitt i medhold av § 5, fastsetter.

Mener konkurransemyndighetene at en sak bør behandles av et overvåkningsorgan, sendes saken til EFTAs overvåkningsorgan. I slike tilfelle gjelder ikke forvaltningslovens regler for behandling av saker som gjelder enkeltvedtak.

§ 7 Forholdet mellom norsk konkurranselovgivning og EØS-avtalen artikkel 53 og 54

Når konkurransemyndighetene eller domstolene anvender norsk konkurranselovgivning på avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene som omtalt i nevnte artikkel, skal de også anvende EØS-avtalen artikkel 53 på slike avtaler, beslutninger og samordnet opptreden. Når konkurransemyndighetene eller domstolene anvender norsk konkurranselovgivning på utilbørlig utnyttelse som er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 54, skal de også anvende EØS-avtalen artikkel 54.

Anvendelsen av norsk konkurranselovgivning må ikke føre til forbud mot avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen som omtalt EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3. Konkurransemyndighetene er ikke etter denne bestemmelse forhindret fra å anvende mer restriktiv norsk lovgivning som forbyr eller sanksjonerer foretaks ensidige atferd.

Med forbehold for alminnelige prinsipper og andre bestemmelser i EØS-retten, kommer første og annet ledd ikke til anvendelse når konkurransemyndighetene og domstolene anvender norsk lovgivning om kontroll med foretakssammenslutninger, og de utelukker heller ikke anvendelsen av bestemmelser i lovgivningen som hovedsakelig fremmer et annet formål enn det formål som fremmes av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

§ 8 Domstolenes avgjørelser etter EØS-avtalen artikkel 53 og 54

Når domstolene treffer avgjørelser i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 og 54 om avtaler, beslutninger eller opptreden som allerede er gjenstand for en beslutning fra EFTAs overvåkningsorgan, kan

Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

de ikke treffe avgjørelser som er i strid med den beslutning som EFTAs overvåkningsorgan har truffet. Domstolene skal heller ikke treffe avgjørelser som vil være i strid med en beslutning som EFTAs overvåkningsorgan har til hensikt å treffe når det har innledet saksbehandling. Domstolene kan utsette saken i påvente av en slik beslutning. Disse forpliktelser berører ikke rettighetene og pliktene etter artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol.

§ 9 Innleggsrett overfor domstolene

Konkurransetilsynet kan på eget initiativ gi skriftlige innlegg for domstolene i spørsmål om anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Med tillatelse fra den aktuelle domstol kan Konkurransetilsynet også gi muntlige innlegg.

Dersom en ensartet anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 krever det, kan EFTAs overvåkningsorgan på eget initiativ gi skriftlige innlegg for domstolene. Med tillatelse fra den aktuelle domstol kan EFTAs overvåkningsorgan også gi muntlige innlegg.

Utelukkende for å kunne utarbeide slike innlegg, kan Konkurransetilsynet og EFTAs overvåkningsorgan anmode den aktuelle domstol om å sende dem, eller sørge for at de får tilsendt, alle nødvendige dokumenter for vurdering av saken.

§ 10 Ikrafttredelse

Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer.

Fra samme tidspunkt oppheves lov 27. november 1992 nr. 110 om konkurranseregler i EØS-avtalen mv.

§ 11 Overgangsbestemmelser

Overtredelsesgebyr og straff etter denne lov kommer bare til anvendelse på overtredelser som er begått etter lovens ikrafttredelse.

Forskrifter gitt i medhold av lov av 27. november 1992 nr. 110 om konkurranseregler i EØS-avtalen mv. gjelder fortsatt så langt de passer, inntil Kongen opphever eller endrer disse i medhold av denne loven eller ved særskilt bestemmelse.

§ 12 Endringer i andre lover

Fra den tid loven trer i kraft gjøres følgende endringer i andre lover:

Lov 26. mai 1995 nr. 25 om gjennomføring av fellesregler om innenlands transport i EØS-avtalen § 2 første og annet ledd skal lyde:

Når EFTAs overvåkningsorgan behandler saker som gjelder EØS-avtalens vedlegg XIII punkt 6 (rådsforordning nr. 11 av 27 juni 1960) om avskaffelse av forskjellsbehandling med hensyn til transportpriser og transportvilkår i EØS, gjelder §§ 2 til 4 i EØS-konkurranseloven tilsvarende. Dersom slike saker bringes inn for EFTA-domstolen til overprøving, gjelder §§ 2 og 4 i den nevnte loven tilsvarende.

Når saker som gjelder bestemmelsene i EØS-avtalen nevnt i første ledd behandles av Europakommisjonen, gjelder § 2 annet, tredje og fjerde ledd i EØS-konkurranseloven tilsvarende. Dersom slike saker bringes inn for EFs førsteinstansdomstol eller EF-domstolen til overprøving, gjelder § 2 første og annet ledd i den nevnte loven.

