

Utredning fra Konkurranselovutvalget oppnevnt ved kongelig resolusjon 24. november 2000.

Avgitt til Arbeids- og administrasjonsdepartementet 6. juli 2001.

**DELINNSTILLING OM NORSKE KONKURRANSEMYNDIGHETERS  
HÅNDHEVING AV KONKURRANSEREGLENE I EØS-AVTALEN  
ARTIKKEL 53 OG 54 OG OM EØS-TILPASNING AV EN NY NORSK  
KONKURRANSELOV**

## INNHold

|                                                                                                     |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1. SAMMENDRAG AV UTREDNINGENS HOVEDINNHold</b>                                                   | <b>6</b>  |
| 1.1 UTVALGETS ANBEFALINGER                                                                          | 6         |
| 1.2 DESENTRALISERT HÅNDHEVING                                                                       | 6         |
| 1.3 EØS-TILPASNING                                                                                  | 9         |
| 1.4 ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER AV DESENTRALISERT HÅNDHEVING                          | 10        |
| <b>2. OVERSIKT OVER UTVALGETS OPPNEVNING, SAMMENSETNING, MANDAT OG ARBEID</b>                       | <b>11</b> |
| 2.1 UTVALGETS OPPNEVNING OG SAMMENSETNING                                                           | 11        |
| 2.2 UTVALGETS MANDAT                                                                                | 11        |
| 2.3 UTVALGETS ARBEID                                                                                | 15        |
| <b>3. INTERNASJONALISERINGEN AV NORSK NÆRINGSLIV OG EØS-AVTALENS ANVENDELSESOMRÅDE</b>              | <b>17</b> |
| <b>4. KORT OVERSIKT OVER OG SAMMENLIKNING AV KONKURRANSELOVEN OG EØS-AVTALENS KONKURRANSEREGLER</b> | <b>19</b> |
| 4.1 REGLENES FORMÅL                                                                                 | 19        |
| 4.2 REGLENES VIRKEOMRÅDE                                                                            | 19        |
| 4.2.1 GEOGRAFISK VIRKEOMRÅDE                                                                        | 19        |
| 4.2.2 SAKLIG VIRKEOMRÅDE                                                                            | 20        |
| 4.3 FORBUD- VERSUS INNGREPSPRINSIPP                                                                 | 20        |
| 4.4 NÆRMERE OM DISPENSASJONSADGANGEN                                                                | 20        |
| 4.5 FUSJONSKONTROLL                                                                                 | 21        |
| 4.6 KLAGERS RETTIGHETER                                                                             | 21        |
| 4.7 PARTSINNSYN OG KONTRADIKSJON                                                                    | 22        |
| 4.8 INFORMASJONSINNHEMTING                                                                          | 23        |
| 4.9 SANKSJONER/SANKSJONSSUBJEKTER                                                                   | 23        |
| 4.10 KONTROLL MED FORVALTNINGEN                                                                     | 24        |
| 4.11 OVERSIKTSDIAGRAM – SAMMENLIKNING AV REGELSETTENE                                               | 24        |
| <b>5. NÆRMERE OM HÅNDHEVING AV EØS-AVTALEN ARTIKKEL 53 OG 54</b>                                    | <b>26</b> |
| 5.1 KOMMISJONENS OG ESAs HÅNDHEVING AV EØS-AVTALEN ARTIKKEL 53 OG 54                                | 26        |
| 5.2 SKRANKER FOR DESENTRALISERT HÅNDHEVING AV EØS-AVTALEN ARTIKKEL 53 OG 54                         | 27        |

|              |                                                                                  |           |
|--------------|----------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>5.3</b>   | <b>NÆRMERE OM NORSKE MYNDIGHETERS KOMPETANSE TIL Å HÅNDHEVE EØS-AVTALEN</b>      | <b>27</b> |
|              | <b>ARTIKKEL 53 OG 54</b>                                                         |           |
| <b>5.3.1</b> | KONKURRANSEMYNDIGHETENES KOMPETANSE                                              | 27        |
| <b>5.3.2</b> | NASJONALE DOMSTOLERS KOMPETANSE                                                  | 28        |
| <b>6.</b>    | <b>RETTSTILSTANDEN I UTVALGTE ANDRE LAND</b>                                     | <b>29</b> |
| <b>6.1</b>   | <b>DE NORDISKE STATER</b>                                                        | <b>29</b> |
| <b>6.1.1</b> | DANMARK                                                                          | 29        |
| <b>6.1.2</b> | SVERIGE                                                                          | 29        |
| <b>6.2</b>   | <b>ANDRE EU-STATER</b>                                                           | <b>30</b> |
| <b>7.</b>    | <b>VURDERING AV BEHOVET FOR Å INNFØRE DESENTRALISERT HÅNDHEVING</b>              | <b>31</b> |
| <b>7.1</b>   | <b>INNLEDNING OG PRESISERINGER</b>                                               | <b>31</b> |
| <b>7.2</b>   | <b>ESAs OG KOMMISJONENS KUNNGJØRINGER OM SAMARBEID</b>                           | <b>31</b> |
| <b>7.3</b>   | <b>RESSURSSITUASJONEN HOS OVERVÅKNINGSORGANENE</b>                               | <b>32</b> |
| <b>7.4</b>   | <b>OVERVÅKNINGSORGANENES PRIORITERINGSADGANG</b>                                 | <b>32</b> |
| <b>7.5</b>   | <b>FORSLAG TIL NY FORORDNING OM GJENNOMFØRING AV KONKURRANSEREGLENE I</b>        |           |
|              | <b>ARTIKKEL 81 OG 82</b>                                                         | <b>33</b> |
| <b>7.5.1</b> | BAKGRUNN FOR REFORMEN OG HOVEDTREKKENE I FORSLAGET                               | 33        |
| <b>7.5.2</b> | KONSEKVENSER AV REFORMEN FOR SPØRSMÅLET OM DESENTRALISERT HÅNDHEVING             | 34        |
| <b>7.6</b>   | <b>UTVALGETS ANBEFALING MED HENSYN TIL BEHOVET FOR DESENTRALISERT HÅNDHEVING</b> | <b>34</b> |
| <b>8.</b>    | <b>FORVENTET SAKSTILFANG VED DESENTRALISERT HÅNDHEVING</b>                       | <b>36</b> |
| <b>9.</b>    | <b>UTVALGETS FORSLAG TIL REGLER FOR DESENTRALISERT HÅNDHEVING FOR</b>            |           |
|              | <b>EN OVERGANGSPERIODE</b>                                                       | <b>37</b> |
| <b>9.1</b>   | <b>UTGANGSPUNKTER</b>                                                            | <b>37</b> |
| <b>9.2</b>   | <b>OVERSIKT OVER HVA SOM BEHANDLES I KAPITTEL 9</b>                              | <b>38</b> |
| <b>9.3</b>   | <b>VIRKEOMRÅDE</b>                                                               | <b>39</b> |
| <b>9.4</b>   | <b>BEGRENSNINGER I HÅNDHEVINGSKOMPETANSEN DER DET IKKE ER VEDTATT</b>            |           |
|              | <b>GJENNOMFØRINGSREGLER I EØS</b>                                                | <b>39</b> |
| <b>9.5</b>   | <b>SAKSBEHANDLINGSREGLER</b>                                                     | <b>40</b> |
| <b>9.5.1</b> | GANGEN I EN SAK – OVERSIKT                                                       | 40        |
| <b>9.5.2</b> | PARTSRETTIGHETER – KONTRADIKSJON OG PARTSINNEN                                   | 40        |
| <b>9.5.3</b> | ”KLAGERS” RETTIGHETER/AVVISNINGSADGANGEN                                         | 42        |
| <b>9.5.4</b> | VEDTAK OM AT ET SAMARBEID IKKE RAMMES AV ARTIKKEL 53 NR.1 ELLER                  | 54        |
|              | (NEGATIVATTEST)                                                                  | 43        |
| <b>9.5.5</b> | INDIVIDUELL DISPENSASJON                                                         | 44        |
| <b>9.5.6</b> | BRUK AV ADMINISTRATIVE SKRIV (COMFORT LETTER).                                   | 44        |
| <b>9.5.7</b> | INFORMASJONSINNHEITING                                                           | 44        |

|         |                                                                                         |           |
|---------|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 9.5.7.1 | Konkurranseloven § 6-1 – opplysningsplikten                                             | 45        |
| 9.5.7.2 | Konkurranseloven § 6-2 - bevissikring                                                   | 45        |
| 9.6     | <b>TILTAK MOT OVERTREDELSE AV FORBUDENE</b>                                             | <b>47</b> |
| 9.6.1   | PÅLEGG OM AT OVERTREDELSE AV FORBUDENE I EØS-AVTALEN ARTIKKEL 53 OG 54 MÅ<br>OPPHØRE    | 47        |
| 9.6.2   | VEDTAK OM Å TREKKE TILBAKE FORDELEN AV GRUPPEUNNTAK                                     | 47        |
| 9.6.3   | MIDLERTIDIG BESLUTNING                                                                  | 48        |
| 9.7     | <b>SANKSJONER</b>                                                                       | <b>49</b> |
| 9.7.1   | TVANGSMULKT                                                                             | 49        |
| 9.7.2   | VINNINGSAVSTÅELSE                                                                       | 50        |
| 9.7.3   | STRAFF                                                                                  | 50        |
| 9.8     | <b>RETTSMIDLER (OVERPRØVING/KLAGEBEHANDLING)</b>                                        | <b>53</b> |
| 9.9     | <b>OFFENTLIGHET OG TAUSHETSPLIKT</b>                                                    | <b>54</b> |
| 9.10    | <b>SAMARBEID MED KONKURRANSEMYNDIGHETER I ANDRE LAND</b>                                | <b>54</b> |
| 9.10.1  | OVERLEVERING AV TAUSHETSBELAGT INFORMASJON                                              | 54        |
| 9.10.2  | INNHEMTING AV INFORMASJON ETTER OPPFORDRING FRA ANDRE STATERS<br>KONKURRANSEMYNDIGHETER | 54        |
| 9.11    | <b>SIVILRETTLIGE KONSEKVENSER</b>                                                       | <b>55</b> |
| 9.12    | <b>TIDSBEGRENSEDE VEDTAK</b>                                                            | <b>55</b> |
| 9.13    | <b>TILBAKEVIRKNING</b>                                                                  | <b>55</b> |
| 9.14    | <b>INNPLASSERING I LOVVERKET</b>                                                        | <b>56</b> |

## **10. EØS-TILPASNING/HARMONISERING AV NORSKE KONKURRANSEREGLER MED EØS-AVTALENS KONKURRANSEREGLER**

|        |                                                                                                               |           |
|--------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 10.1   | <b>PRESISERING AV PROBLEMSTILLINGEN</b>                                                                       | <b>57</b> |
| 10.2   | <b>EØS-AVTALENS BETYDNING FOR UTFORMING OG ANVENDELSE AV NASJONALE<br/>BESTEMMELSER OM ATFERDSREGULERING</b>  | <b>58</b> |
| 10.3   | <b>KONSEKVENSER AV AT NORSKE MYNDIGHETER FÅR KOMPETANSE TIL Å HÅNDHEVE EØS-<br/>AVTALEN ARTIKKEL 53 OG 54</b> | <b>59</b> |
| 10.4   | <b>ANDRE HENSYN</b>                                                                                           | <b>59</b> |
| 10.4.1 | LIKEARTEDE RAMMEBETINGELSER FOR NÆRINGSLIVET – INTERNASJONAL<br>HARMONISERING                                 | 59        |
| 10.4.2 | INNGREPS- ELLER FORBUDSPRINSIPP                                                                               | 60        |
| 10.4.3 | ERFARINGER MED PRAKTISERING AV KONKURRANSELOVEN                                                               | 61        |
| 10.4.4 | EØS-REGLENES UTFORMING                                                                                        | 61        |
| 10.5   | <b>UTVALGETS ANBEFALINGER</b>                                                                                 | <b>63</b> |

## **11. ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER AV DESENTRALISERT HÅNDHEVING**

## **12. MERKNADER TIL DE ENKELTE BESTEMMELSER**



## **1. SAMMENDRAG AV UTREDNINGENS HOVEDINNHOLD**

### **1.1 Utvalgets anbefalinger**

Utvalget anbefaler at norske konkurransemyndigheter får kompetanse til å håndheve forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av markedsrett i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 (desentralisert håndheving).

Utvalget har utarbeidet forslag til bestemmelser som vil gi norske myndigheter kompetanse til å håndheve forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Utvalget foreslår at de saksbehandlingsregler og det sanksjonssystem som anvendes ved håndheving av konkurranselovens materielle bestemmelser i utgangspunktet også gis anvendelse ved norske konkurransemyndigheters håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. På enkelte punkter er det imidlertid foreslått unntak fra dette utgangspunktet. EØS-avtalens regler er da i stedet gjort anvendelige.

Utvalget har ikke funnet det formålstjenlig å foreta fullstendige drøftelser av en rekke mer prinsipielle problemstillinger knyttet til håndheving av konkurransereglene, og som ikke er særlig knyttet til norske myndigheters håndheving av forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Det skyldes for det første at bestemmelsene kun vil gjelde i en overgangsfase, ettersom konkurranseloven skal revideres. Når utvalget i hovedinnstillingen skal utarbeide forslag til ny konkurranselov, vil utvalget ta hensyn til at bestemmelsene også skal sikre en effektiv håndheving av forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54. For det andre antar utvalget at kompetansen til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 vil få begrenset praktisk betydning, selv om det er vanskelig å trekke sikre konklusjoner om antall saker Konkurransetilsynet kan forvente å behandle etter EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Utvalget har lagt til grunn at en økning i sakstilfanget på rundt fem saker kan synes rimelig.

På bakgrunn av ovennevnte har utvalget, i delinnstillingen, valgt å begrense drøftelsene til muligheten for å anvende gjeldende norske saksbehandlingsregler og sanksjonssystem ved håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i en overgangsfase. Utvalget forutsetter at de anbefalinger som er foreslått i delinnstillingen ikke skal legge føringer på drøftelser, valg og anbefalinger i hovedinnstillingen.

Videre anbefaler utvalget at en ny norsk konkurranselov inneholder forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av markedsrett etter mønster av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Anbefalingen i delinnstillingen er følgelig begrenset til hvorvidt bestemmelsene om atferdsregulering bør harmoniseres med EØS-avtalens regler. Når det gjelder de øvrige deler av konkurransereglene, anbefaler utvalget at spørsmålet om harmonisering drøftes i hovedutredningen, i tilknytning til utarbeiding av de ulike deler av regelverket. Utvalget presiserer at en EØS-tilpasning ikke er til hinder for nasjonale tilpasninger for eksempel i form av særlige unntaksbestemmelser.

### **1.2 Desentralisert håndheving**

*i Behovet for å gi norske konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54*

Utvalgets anbefaling om at norske myndigheter bør få kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 bygger på følgende forhold:

Utviklingen i EU/EØS-området går i retning av at nasjonale konkurransemyndigheter vil spille en mer sentral og aktiv rolle i håndhevingen av konkurransereglene. Utvalget er av den oppfatning at norske myndigheter i størst mulig grad bør ta del i denne prosessen.

Forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 kommer bare til anvendelse dersom samhandelen mellom EØS-stater kan påvirkes. Samhandelskriteriet er imidlertid tolket vidt. Mange konkurransebegrensninger som er omfattet av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 vil derfor primært ha skadelige virkninger på én stats territorium. De nasjonale konkurransemyndigheter vil generelt ha bedre kunnskap om og oversikt over de nasjonale markedene enn overvåkningsorganene. Dette er påpekt i samarbeidskunngjøringene fra Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan (ESA). Følgelig vil norske myndigheter normalt ha bedre forutsetninger for å kunne oppdage karteller og annen konkurranseskadelig atferd i Norge enn Kommisjonen og ESA. Desentralisert håndheving vil derfor kunne føre til en mer effektiv kontroll med konkurranseskadelig atferd. Dersom norske myndigheter får kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, vil det således kunne føre til en mer effektiv konkurranseovervåking og dermed gi samfunnsøkonomiske gevinster.

Desentralisert håndheving vil også kunne øke foretakenes muligheter for å få behandlet klager over konkurransebegrensende atferd, fordi norske myndigheter vil kunne behandle saker som overvåkningsorganene mener ikke har tilstrekkelig sterk interesse for EØS-avtalen.

Utvalget har videre lagt vekt på at ESA mener det er behov for at norske myndigheter får kompetanse til å håndheve forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54. Overvåkningsorganet har uttrykkelig oppfordret til at norsk lovgivning endres slik at norske konkurransemyndigheter får slik kompetanse. Selv om Norge ikke er folkerettslig forpliktet til å følge den oppfordring ESA har kommet med, er utvalget av den oppfatning at norske myndigheter bør følge den, især når det kan medføre en mer effektiv kontroll med skadelige konkurransebegrensninger.

Slik utviklingen går innen EU, antar utvalget at det uansett bare er et tidsspørsmål før norske myndigheter vil være forpliktet til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Utvalget har ikke funnet noen sterke argumenter som taler mot å gi norske konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

## *ii Forslag til bestemmelser som vil norske myndigheters kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54*

Utvalget vil foreslå å innføre en generell hjemmel, etter svensk og dansk modell, der norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å anvende EØS-avtalen artikkel 53 og 54, med de begrensninger som følger av EØS-avtalen og Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA). Det innebærer at det foreløpig kun er aktuelt å håndheve forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54.

Bestemmelsene om desentralisert håndheving er foreslått inntatt i EØS-konkurranseloven.

Utvalget foreslår at gjeldende norske regler for håndheving av konkurranseloven i utgangspunktet legges til grunn ved håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i overgangsperioden frem til ny norsk konkurranselov er utarbeidet. Det er gjort noen unntak fra dette utgangspunktet.

Konkurransetilsynets håndheving av konkurranseloven skjer i dag primært gjennom enkeltvedtak om å innvilge dispensasjon eller om inngrep mot hhv. konkurransebegrensende adferd og bedriftsserv. Håndheving av forbudsbestemmelsene er etter norsk rett delt mellom Konkurransetilsynet, som med hjemmel i konkurranselovens informasjons-innhentingshjemler undersøker om det foreligger en overtredelse, og påtalemyndigheten som forestår den egentlige håndhevingen etter straffeprosessloven. Denne todelingen, som ikke

gjenfinnes i EØS-reglene, medfører blant annet at det ikke uten videre er hensiktsmessig å anvende norske saksbehandlingsregler uten tilpasninger.

Det er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti i vår rettsorden at myndighetene ikke må ta avgjørelser uten at berørte parter har fått anledning til å uttale seg og redegjøre for sitt syn. En part skal derfor ha anledning til å gjøre seg kjent med det som legges frem i saken og skal få tid til å imøtegå synspunkter i sin disfavør. Som følge av det tosporede system for håndheving av konkurranseloven, trer disse rettighetene inn i medhold av forskjellig regelverk og dermed på forskjellig stadium i saksgangen, avhengig av hvilken form for håndheving og eventuelt sanksjonstype som er aktuelle. Dispensasjonssaker og inngrepsaker behandles av tilsynet etter forvaltningslovens regler. Partsrettigheter i saker om alvorlige overtredelser av lovens forbudsbestemmelser reguleres derimot av det straffeprosessuelle regelverket. Forberedelse av straffesaker under konkurranseloven regnes ikke som enkeltvedtak og ingen har overfor tilsynet krav på innsyn i opplysninger og dokumenter tilsynet har innhentet i medhold av §§ 6-1 og 6-2, jfr. § 6-3.

Når det gjelder saker etter forbudet mot misbruk av markedsrett i EØS-avtalen artikkel 54 foreslår utvalget at forvaltningslovens bestemmelser skal gjelde fullt ut. Dette sikrer at en part ikke skal komme vesentlig dårligere ut enn etter dagens situasjon, hvor en sak om misbruk av markedsrett behandles etter konkurranseloven § 3-10. Når det gjelder saker etter EØS-avtalen artikkel 53, vil tilsynet måtte varsle parten dersom tilsynet ønsker å treffe vedtak som pålegger foretakene å opphøre med atferd i strid med bestemmelsen. Rett til partsinnsyn vil da inntre når varsel sendes.

Skulle det komme inn saker som er av en slik karakter at en etterforskning med sikte på reaksjoner er aktuelt, kan innsyn etter forvaltningsrettslige regler skade mulighetene for en effektiv etterforskning og oppklaring av saken. Konkurransetilsynet vil kunne motvirke dette ved å overlate disse sakene til ESA, som behandler dem etter EØS-avtalens regler.

Utvalget foreslår at EØS-avtalens regler legges til grunn for så vidt gjelder klagers rettigheter og myndighetens plikt til å behandle anmodninger om å vurdere om det foreligger en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 eller 54. Det innebærer at tilsynet vil være forpliktet til nøye å vurdere de rettslige og faktiske omstendigheter som den klagende part fremfører. Videre vil tilsynet måtte sende klager et brev der det redegjøres for de faktiske og/eller rettslige omstendigheter som begrunner hvorfor tilsynet har til hensikt å avvise klagen. Først når tilsynet har mottatt virksomhetens merknader til dette brevet, eller fristen for å inngi kommentarer er utløpt, kan det treffes endelig beslutning om avvisning av klagen. Klager vil ha krav på en endelig beslutning om dette. Denne beslutningen kan påklages til departementet.

Utvalget vil ikke foreslå at tilsynet får hjemmel til eller skal ha plikt til å treffe formelt vedtak om at en atferd ikke rammes av forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54. Myndigheten vil imidlertid være underlagt den alminnelige forvaltningsrettslige veiledningsplikten.

EØS-retten setter skranker for norske myndigheters kompetanse til å treffe vedtak om at forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 ikke er anvendelig fordi vilkårene i artikkel 53 nr. 3 er oppfylt (individuell unntak). EØS-reglene er foreslått endret på dette punkt. På nåværende tidspunkt er det imidlertid ikke aktuelt å gi norske konkurransemyndigheter kompetanse til å innvilge individuell dispensasjon fra forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1.

For å kunne ta stilling til om forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 eller 54 er overtrådt, er norsk myndigheter avhengig av å få tilgang til informasjon som er i de ervervsdrivendes besittelse. Utvalget foreslår at konkurranselovens informasjonsinnhentingshjemler i §§ 6-1 og 6-2 i utgangspunktet gis tilsvarende anvendelse. Utvalget foreslår to modifikasjoner i forhold til dette utgangspunktet. For det første foreslår utvalget at EØS-rettens vern mot selvinkriminering legges til grunn. For det andre vil utvalget foreslå at Konkurransetilsynet

ikke skal kunne foreta bevissikring i privat bolig i tilknytning til håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

For å sikre at forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 etterleves, foreslår utvalget at myndighetene skal kunne pålegge foretak å opphøre med atferd i strid med forbudene. Videre foreslår utvalget at tilsynet skal kunne trekke tilbake fordelene av et gruppeunntak i den utstrekning EØS-avtalen gir kompetanse til dette.

Utvalget foreslår også at konkurranselovens bestemmelser om tvangsmulkt (§ 6-4), vinningsavståelse (§ 6-5) og straff (§ 6-6) i utgangspunktet gis tilsvarende anvendelsen ved håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Fra dette utgangspunktet gjøres det ett unntak. Personstraff skal ikke kunne ilegges ved overtredelser av forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Som en konsekvens av denne begrensningen, gjøres foretaksstraff obligatorisk.

Utvalget foreslår at gjeldende norske regler for overprøving og klagebehandling gis anvendelse ved håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Det innebærer at departementet vil være klageinstans for enkeltvedtak tilsynet treffer, slik som pålegg om å opphøre med en overtredelse, tilbaketrekning av gruppeunntak og vedtak om tvangsmulkt, samt for prosessledende avgjørelser som pålegg om opplysningsplikt. Forelegg på vinningsavståelse som ikke blir vedtatt, vil bli prøvd av domstolene i sivilt søksmål. Eventuell straff prøves av domstolen etter straffeprosessuelle regler.

### **1.3 EØS-tilpasning**

Utvalget anbefaler at en ny norsk konkurranselov inneholder forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av markedsrett tilsvarende EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Når det gjelder EØS-tilpasning av de øvrige deler av konkurransereglene, anbefaler utvalget at behovet for å foreta tilpasninger drøftes i hovedutredningen, i tilknytning til utarbeiding av de ulike deler av regelverket. Utvalget presiserer at en EØS-tilpasning ikke er til hinder for nasjonale tilpasninger for eksempel i form av særlige unntaksbestemmelser.

De aller fleste argumenter taler for harmonisering. Utvalget har ikke funnet noen tungtveiende argumenter som taler mot. Utvalget mener også at de argumentene som ble fremhevet mot harmonisering ved vedtakelsen av gjeldende konkurranselov er svekket som følge av utviklingen. Tilsvarende har utviklingen forsterket argumentene for harmonisering.

Når utvalget har kommet til en klar anbefaling om at norsk konkurranselovgivning bør harmoniseres med EØS-avtalens konkurranseregler, skyldes ikke det at utvalget mener at EØS-avtalens konkurranseregler isolert sett er den ideelle modell for en nasjonal konkurranselovgivning. Utvalget er klar over at EØS-avtalens konkurranseregler har både materielle og prosessuelle svakheter. EØS-avtalen setter imidlertid skranker for hvordan en nasjonal konkurranselov kan utformes og praktiseres. Utvalget anbefaler i tråd med utviklingen i EU/EØS at Konkurransetilsynet gis hjemmel til å håndheve EØS-avtalens konkurranseregler. Norske konkurransemyndigheter vil da få kompetanse til å håndheve to sett konkurranseregler som per i dag er svært ulikt utformet. Etter utvalgets oppfatning vil det gi en mer oversiktlig rettssituasjon og større forutberegnelighet for aktørene dersom disse regelsettene i større grad harmoniseres.

Som følge av internasjonaliseringen i næringslivet og utviklingen mot en EU-/EØS-harmonisert konkurranselovgivning hos nesten alle våre viktigste handelspartnere, er det etter utvalget oppfatning dessuten lite hensiktsmessig å utarbeide en særnorsk konkurranselov.

#### **1.4 Økonomiske og administrative konsekvenser av desentralisert håndheving**

Etter utvalgets oppfatning er det ikke mulig å trekke sikre konklusjoner om det antall saker Konkurransetilsynet kan forvente å behandle etter EØS-avtalen artikkel 53 eller 54 dersom tilsynet får kompetanse til å håndheve disse bestemmelsene. Utvalget legger til grunn at en *økning i sakstilfanget* til Konkurransetilsynet på rundt fem saker kan synes rimelig som følge av at tilsynet får kompetanse til å håndheve forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Utvalget antar at et sakstilfang i denne størrelsesorden i seg selv ikke medfører behov for økte ressurser for Konkurransetilsynet. Utvalget utelukker imidlertid ikke at sakene etter EØS-avtalen artikkel 53 og 54 kan være mer kompliserte og kreve flere ressurser fra tilsynet enn tilsvarende nasjonale saker. Utvalget antar videre at tilsynet, i en overgangsperiode, vil kunne ha behov for økte kompetansemidler for å bygge opp tilstrekkelig kompetanse i EØS-retten for å kunne forestå en effektiv håndheving av EØS-avtalens konkurranseregler.

Utvalget legger videre til grunn at innføring av hjemmel til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 vil kunne få konsekvenser for virksomheten til Arbeids- og administrasjonsdepartementet og påtalemyndigheten. Fordi sakstilfanget synes å være begrenset, antar imidlertid utvalget at eventuelle nye saker bør kunne håndteres innenfor gjeldende økonomiske og administrative rammer for disse myndighetene.

## **2. OVERSIKT OVER UTVALGETS OPPNEVNING, SAMMENSETNING, MANDAT OG ARBEID**

### **2.1 Utvalgets oppnevning og sammensetning**

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.

Professor Hans Petter Graver, ARENA, 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 Gjønnes, Næringslivets Hovedorganisasjon,  
Ekspedisjonssjef Eva Hildrum, Samferdselsdepartementet,  
Avdelingsleder Stein Reegård, Landsorganisasjonen i Norge,  
Juridisk direktør Elisabeth Roscher, Konkurransetilsynet,  
Førstekonsulent Margrethe Volden 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,

Arbeids- og administrasjonsdepartementet har vært sekretariat for utvalget.

Kristin Hjelmaas Valla, rådgiver, Arbeids- og administrasjonsdepartementet, har ledet sekretariatet. Sekretariatet har for øvrig bestått av følgende personer:

Cathrine Hellandsvik, rådgiver, Arbeids- og administrasjonsdepartementet,  
Torhild Henriksen, rådgiver, Konkurransetilsynet og  
Sigrid Steine-Eriksen, seniorrådgiver, Konkurransetilsynet.

### **2.2 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, jfr. 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 håndhevingsregime 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 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 markedsrett. 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.

## **II. 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 forskjellige 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 tilrådinger 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 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 bedrifts-erverv 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. Reglenes 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 følbar for de som bryter loven. Dette er særlig viktig ved brudd på konkurranselovgivningen, bl.a. fordi

oppgagelsesrisikoen 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 bedriftsserverv. 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 grenseoverskridende 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 innenfor 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.

Etterspørrene 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 sektor- myndigheter 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 konkurranseregelverket 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 tilrådinger innen 1. november 2002.”

## **2.3 Utvalgets arbeid**

Utvalget er bedt om utarbeide en delinnstilling om henholdsvis desentralisert håndheving og spørsmålet om en ny norsk konkurranselov bør utformes etter mønster av EØS-avtalens konkurranseregler eller en annen lovmodell. Når det gjelder desentralisert håndheving skal utvalget gi en tilråding angående behovet for å gi norske myndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 samt utarbeide forslag til regler for desentralisert håndheving. Frist for å levere delinnstillingen er 1. november 2001.

Utvalget startet sitt arbeid 26. januar 2001 og har hatt fem møter. Ett av møtene gikk over to dager. På møtet 16. februar 2001 fikk utvalget en orientering fra danske og svenske konkurransemyndigheter om konkurranselovgivningen i henholdsvis Danmark og Sverige.

### 3. INTERNASJONALISERINGEN AV NORSK NÆRINGSLIV OG EØS-AVTALENS ANVENDELSESOMRÅDE

#### *i Internasjonalisering av norsk næringsliv*

Norge har en liten, åpen økonomi med en relativt ensidig næringsstruktur. Vi har derfor en høy andel eksport og import sammenliknet med mange andre land. I 1999 ble 39 prosent av produksjonen eksportert og 25 prosent av samlet bruk av varer og tjenester ble importert. Petroleum utgjorde 35 prosent av eksporten. Norge har de siste 30 årene hatt en relativt stabil eksport og import målt som andel av BNP når en ser bort fra perioder med svært høye eller lave oljepriser.

En dominerende del av norsk eksport og import skjer til og fra våre nærområder. Mellom 70 og 80 prosent av Norges eksport går til stater i EU, og om lag 70 prosent av importen kommer derfra. De nordiske landene, Storbritannia og Tyskland utgjør våre viktigste handelspartnere. Sverige er det enkeltlandet vi importerer mest fra.

Vi er inne i en tid preget av raske endringer i internasjonal økonomi og næringsstruktur. Økende konkurranse og krav til effektivitet fører til at fremstilling av produkter i økende grad skjer gjennom integrerte verdikjeder hvor ulike ledd er plassert i ulike land. Dette øker den gjensidige avhengigheten landene i mellom. Dereguleringer og økende integrering av markeder i Europa og andre regioner vil trolig medføre sterkere geografisk konsentrasjon av næringsvirksomhet (næringsklynger). Hvor bedriftene etablerer og utvikler seg, vil i økende grad være avhengig av transportkostnader, tilgang på kompetent arbeidskraft og stabilitet i de økonomiske rammebetingelser. For Norge gir dette spesielt store utfordringer fordi vi er plassert i utkanten av de store markedene.

Også i Norge ser vi en generell tendens til at små bedrifter går inn i større kjeder. Tjenesteytende sektor var tidligere dominert av små og mellomstore bedrifter. Nå går utviklingen i retning av flere store, landsdekkende kjeder. Varehandelen, for eksempel, som har vært en utpreget småbedriftsnæring, utvikler seg i dag mot stordrift i alle ledd av distribusjonskjeden, noe som gir detaljistleddet større makt på bekostning av produsent- og grossistleddet. Dette er særlig tydelig i dagligvarebransjen hvor fire store grupper har en markedsandel på over 80 prosent.<sup>1</sup> Det har i de senere år funnet sted en strukturendring i varehandelsnæringen med dagligvarebransjen som pådriver. Et sentralt utviklingstrekk ved næringsstrukturen er fusjoner eller nært samarbeid mellom to eller flere bedrifter. Utviklingen mot stordrift i alle ledd er også en del av varehandelsnæringens forberedelser til økt internasjonal konkurranse. De siste årene har det vært flere utenlandske etableringer i Norge, særlig innen tekstil- og bekledningsbransjen.

#### *ii Anvendelsesområdet for EØS-avtalen artikkel 53 og 54*

For at forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av markedsrett i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 skal komme til anvendelse må samhandelen mellom to eller flere EØS-stater kunne påvirkes.

I henhold til EF-domstolens praksis skal det lite til før samhandelen anses påvirket. Det er tilstrekkelig at den konkurransebegrensende atferd direkte eller indirekte, faktisk eller potensielt, er egnet til å påvirke handelsstrømmene mellom medlemsstatene. Det kreves følgelig ikke at det faktisk kan konstateres en samhandelspåvirkning. Det er tilstrekkelig at avtalen *kan* påvirke samhandelen. Også tiltak som påvirker samhandelen indirekte omfattes.

---

<sup>1</sup> Tall fra 2000: Norgesgruppen 28,4 prosent, Hakongruppen 21,9 prosent, Forbrukersamvirket 21,3 prosent og Rema 10,6 prosent.

For eksempel tiltak som begrenser etableringsmulighetene i et land og derigjennom eksport- eller importmulighetene til dette landet.

Samhandelspåvirkning foreligger i alle tilfeller hvor konkurransebegrensningen direkte angår import eller eksport. Den typiske situasjonen er avtaler eller opptreden som strekker seg over flere staters territorier. Ifølge praksis vil også konkurransebegrensende tiltak som omfatter hele territoriet til én medlemsstat normalt anses å berøre samhandelen, selv om tiltaket ikke direkte berører import og/eller eksport fordi en oppdeling i nasjonale markeder i seg selv motvirker målet om et felles indre marked. Også tiltak som berører deler av én stats territorium vil kunne anses omfattet hvis tiltaket påvirker importmuligheter eller nyetablering i den angjeldende stat.

Det følger videre av praksis at den aktuelle konkurransebegrensningen og samhandelspåvirkningen må være merkbar for at forholdet skal omfattes av forbudet. Dette innebærer at avtaler hvor virkningen på samhandelen anses ubetydelig ikke omfattes av forbudet i EØS-avtalen artikkel 53. Disse avtalene er derfor gyldige og lovlige i forhold til EØS-avtalen. Spørsmålet om samhandelspåvirkningen er merkbar, beror på en helhetsvurdering.

Overvåkingsorganene har utstedt en kunngjøring, den såkalte bagatellkunngjøringen, som gir veiledning for når en avtale må anses å påvirke konkurransen/samhandelen i merkbar grad etter nærmere kvantitative kriterier.<sup>2</sup> Denne presiserer at mindre skadelige konkurransebegrensende avtaler ikke er omfattet av forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 der markedsandelene til de involverte foretak er små.

### *iii Sammenfatning*

Norge har en liten, åpen økonomi der hovedtyngden av både eksport og import retter seg mot stater i EU, og en struktur som i stadig større grad går mot stordrift. Samtidig skal det lite til før samhandelen mellom EØS-stater anses påvirket slik at forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 får anvendelse. Slik samhandelskriteriet er tolket, vil EØS-avtalen artikkel 53 og 54 komme til anvendelse på en rekke konkurransebegrensende aktiviteter iverksatt i Norge. På denne bakgrunn kan man generelt anta at vesentlige deler av norsk næringsliv må forholde seg til både konkurransereglene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og den norske konkurranseloven.

---

<sup>2</sup> EFT C 372/13 av 9.12.1997. Kunngjøringen er foreslått endret se EFT C 149/18 av 19.5.2001.

#### **4. KORT OVERSIKT OVER OG SAMMENLIKNING AV KONKURRANSELOVEN OG EØS-AVTALENS KONKURRANSEREGLER**

Det finnes i dag to generelle konkurranseregelverk i Norge; konkurranseloven og EØS-avtalens konkurranseregler for foretak.

Lov av 11. juni 1993 nr 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven) inneholder forbud mot pris-, anbuds- og markedsdelingssamarbeid, samt mot bindende videresalgspriser, jfr. §§ 3-1 til 3-4. Fra disse forbudene er det gjort enkelte unntak, jfr. §§ 3-5 til 3-8, mens § 3-9 inneholder en dispensasjonshjemmel. I medhold av § 3-10 og § 3-11 er Konkurransetilsynet gitt hjemmel til å gripe inn mot hhv. konkurranseskadelig atferd og bedriftserverv (fusjoner m.m.). Bortsett fra de fire spesifikke forbudene som loven inneholder, er den først og fremst en fullmaktslov som gir Konkurransetilsynet hjemmel til å gripe inn mot konkurranseskadelig atferd. Derfor kan loven sies å bygge på en blanding av et forbudsprinsipp og et inngrepsprinsipp.

EØS-avtalens konkurranseregler bygger på det såkalte forbudsprinsippet. EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 inneholder et generelt forbud mot konkurransebegrensende samarbeid. Bestemmelsen tilsvare EF-traktaten artikkel 81 nr. 1. Det kan dispenseres fra dette forbudet dersom vilkårene i artikkel 53 nr. 3, som tilsvare EF-traktaten artikkel 81 nr. 3, er oppfylt. EØS-avtalen artikkel 54 inneholder et forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling (markeds-makt). Bestemmelsen tilsvare EF-traktaten artikkel 82. EØS-avtalen artikkel 57 etablerer en forhåndskontroll med foretakssammenslutninger (fusjoner m.m.) som har en fellesskaps- eller EFTA-dimensjon. Hvorvidt foretakssammenslutningen har en fellesskaps- eller EFTA-dimensjon beror på hvilken omsetning de involverte foretakene har på verdensmarkedet og innenfor hhv. EU eller EFTA.

##### **4.1 Reglenes formål**

Konkurranselovens formål er å sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for virksom konkurranse, jfr. § 1-1. EØS-avtalens konkurranseregler har ikke en egen formålsbestemmelse. Det er likevel klart at også EØS-reglene skal bidra til samfunnsøkonomisk effektivitet gjennom virksom konkurranse på samme måte som konkurranseloven. EØS-reglene har imidlertid også et annet formål; sammen med de tilsvarende EF-reglene å bidra til realiseringen av det indre marked.

##### **4.2 Reglenes virkeområde**

###### **4.2.1 Geografisk virkeområde**

Det følger av konkurranseloven § 1-5 at loven gjelder for vilkår, avtaler og handlinger som ”har virkning eller som er egnet til å ha virkning her i riket”. Med dette avgrenses konkurranselovens geografiske virkeområde til det norske territorium.

EØS-avtalens konkurranseregler har hele EØS-territoriet som sitt geografiske virkeområde. Samtidig omfatter EØS-avtalen artikkel 53 og 54 kun konkurransebegrensende avtaler/atferd som påvirker samhandelen mellom EØS-landene. Samhandelskriteriet er nærmere beskrevet i kapittel 3. EØS-avtalens regler om fusjonskontroll omfatter kun foretakssammenslutninger hvor den samlede omsetning overstiger visse fastsatte beløp.

#### 4.2.2 Saklig virkeområde

Det følger av konkurranseloven § 1-3 at loven gjelder ”erhvervsvirksomhet av enhver art, uten hensyn til hva slags varer eller tjenester virksomheten gjelder, og uansett om den er privat eller drives av stat eller kommune”.

EØS-avtalens konkurranseregler retter seg mot ”foretak”. Begrepet ”foretak” i henhold til EØS-avtalen artikkel 56 defineres som ”enhver enhet som utøver virksomhet av handelsmessig eller økonomisk art”.<sup>3</sup>

For alle praktiske formål legger utvalget til grunn at konkurranseloven og EØS-reglene har samme saklige anvendelsesområde, bortsett fra de produktgrupper som er unntatt fra EØS-avtalen, jfr. EØS-avtalen artikkel 8.

#### 4.3 Forbud- versus inngrepsprinsipp

Både konkurranseloven og EØS-avtalen bygger på et inngrepsprinsipp i forhold til fusjoner m.v. Når det gjelder atferdsreguleringer bygger derimot konkurranseloven på et annet prinsipp enn EØS-avtalens konkurransebestemmelser.

Konkurranseloven bygger på en kombinasjon av forbuds- og inngrepsbestemmelser. Prissamarbeid, anbudssamarbeid og markedsdelingssamarbeid mellom ervervsdrivende samt påvirkning og fastsettelse fra leverandør av videresalgsspriser, med unntak av å oppgi veiledende pris, er forbudt, jfr. §§ 3-1 til 3-4. Alle andre konkurransereguleringer er tillatt inntil Konkurransetilsynet eventuelt griper inn mot reguleringen med hjemmel i § 3-10. Det finnes i tillegg en adgang i § 3-9 til å dispensere fra lovens forbud.

EØS-avtalen bygger på et rent forbudsprinsipp. Alt konkurransebegrensende samarbeid og all utnyttelse av markedsrett (dominerende stilling) er forbudt. Det finnes imidlertid en dispensasjonsadgang for konkurransebegrensende samarbeid dersom vilkårene i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 er oppfylt.

#### 4.4 Nærmere om dispensasjonsadgangen

Konkurranseloven § 3-9 åpner for å dispensere fra lovens forbudsbestemmelser dersom den ulovlige konkurransereguleringen innebærer at konkurransen i vedkommende marked forsterkes, det må forventes effektivitetsgevinster som mer enn oppveier tapet ved konkurransebegrensningen, konkurransereguleringen har liten konkurransemessig betydning eller det foreligger særlige hensyn.

Tilsvarende åpner EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 for at forbudet i nr. 1, på bestemte vilkår, ikke skal anvendes. Avtaler må meldes til overvåkningsorganet for å oppnå individuell dispensasjon. Reglene for dette finnes i rådsforordning 17/62 som gir regler for gjennomføring av forbudene i EF-traktaten artikkel 81 og 82. Tilsvarende regler på EØS-siden finnes i ODA protokoll 4 del I kapittel II. EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 setter fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at det skal kunne innvilges dispensasjon. Samarbeidet må for det første bidra til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling. For det andre må forbrukerne sikres en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd. For det tredje må ikke samarbeidet pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål. Samarbeidet må heller ikke gi partene mulighet til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av de varer det gjelder.

---

<sup>3</sup> Se EØS-avtalen protokoll 22.

I henhold til begge regelverk kan det også gis generelle dispensasjoner. Adgangen til å gi generell dispensasjon fra EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 er benyttet i stor utstrekning i form av såkalte gruppeunntak. For avtaler som omfattes av gruppeunntak er anmeldelse unødvendig.

#### **4.5 Fusjonskontroll**

Det er vesentlige forskjeller mellom reglene for kontroll med foretakssammenslutninger etter konkurranseloven og EØS-avtalen. Etter konkurranseloven § 3-11 kan Konkurransetilsynet gripe inn mot bedriftserverv som vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Ethvert erverv av eierandeler er i henhold til departementets praksis å anse som et bedriftserverv. Det er ingen meldeplikt, men partene kan melde inn erverv frivillig. Konkurransetilsynet må da innen tre måneder avgjøre om det vil vurdere ervervet nærmere. Konkurransetilsynet må som hovedregel gripe inn mot ervervet innen seks måneder etter at endelig avtale foreligger, men fristen kan forlenges inntil ett år dersom særlige hensyn foreligger. Konkurransetilsynet kan forby partene å gjennomføre ervervet mens tilsynet vurderer dette.

EØS-avtalen pålegger meldeplikt for foretakssammenslutninger med EFTA- eller fellelesskapsdimensjon, dvs foretakssammenslutninger der de berørte foretaks omsetning overstiger visse fastsatte beløp. Kun kvalifiserte erverv, der erverver oppnår kontroll i det ervervede foretak, regnes som foretakssammenslutninger. Det kompetente overvåkningsorganet skal erklære foretakssammenslutningen uforenlig med EØS-avtalen dersom den skaper eller styrker en dominerende stilling som fører til at effektiv konkurranse hindres. Hvis dette ikke er tilfellet, skal overvåkningsorganet erklære den forenlig med EØS-avtalen. En foretakssammenslutning kan ikke gjennomføres før den er erklært forenlig med EØS-avtalen. Overvåkningsorganet må behandle og avgjøre saken innen visse frister. Fra fullstendig melding om ervervet er mottatt, har overvåkningsorganet én måned på å avgjøre om det skal innledes formell saksbehandling. Fristen kan på visse vilkår forlenges til seks uker. Eventuelt vedtak må treffes innen fire måneder etter at formell saksbehandling innledes. Langt de fleste saker avsluttes etter første fase, dvs. etter maksimalt seks uker.

#### **4.6 Klagers rettigheter**

Mange av sakene som behandles i Konkurransetilsynet starter som følge av klager fra næringslivet og forbrukere. Klager kan gå både på overtredelse av forbud i loven eller være henvendelser til tilsynet om å gripe inn for eksempel overfor konkurransebegrensende atferd. Til tross for klagenes betydning i praksis, kan klager ikke påklage tilsynets avgjørelse om ikke å gå videre med en sak, fordi en avgjørelse om ikke å benytte inngrepskompetansen ikke anses som enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand.

Fysiske og juridiske personer med "berettiget interesse" kan anmode overvåkningsorganet om å fastslå at det foreligger en overtredelse av forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 eller 54. Overvåkningsorganet er ikke forpliktet til å treffe en endelig avgjørelse med hensyn til om det foreligger en overtredelse eller til å treffe formell beslutning om innledning av en prosedyre. Klager har imidlertid krav på at overvåkningsorganet tar stilling til klagen. Det innebærer for det første at overvåkningsorganet er forpliktet til nøye å vurdere de rettslige og faktiske omstendigheter som den klagende part har fremført.<sup>4</sup> Overvåkningsorganet må sende klager et brev der det redegjøres for de faktiske og/eller rettslige omstendigheter som begrunner at det har til hensikt å avvise klagen (et såkalt artikkel

---

<sup>4</sup> Se blant annet Automec II T-24/90, saml 1992 II s 2223 premiss 82

6-brev).<sup>5</sup> Først når overvåkningsorganet har gitt klageren anledning til å komme med sine merknader til brevet, kan det treffe endelig beslutning om avvisning av klagen. Klager har krav på en endelig beslutning om dette. Denne beslutningen kan påklages til EF-domstolen/EFTA-domstolen, som tar stilling til om overvåkningsorganet var berettiget til å avvise klagen.

#### 4.7 Partsinnsyn og kontradiksjon

Ved håndheving av den norske konkurranseloven trer partsrettighetene inn i medhold av forskjellig regelverk og dermed på forskjellig stadium i saksgangen, avhengig av hvilken form for håndheving og eventuelt sanksjonstype som er aktuell.

Når tilsynet vurderer inngrep eller å innvilge dispensasjon kommer forvaltningslovens regler om saksforberedelse ved enkeltvedtak til anvendelse. Det innebærer blant annet at parten skal varsles før vedtak treffes (forvaltningsloven § 16), og at parten har rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter (forvaltningsloven §§ 18 og 19).

Forberedelse av straffesaker under konkurranseloven er derimot ikke enkeltvedtak. Det innebærer at Konkurransetilsynet kan forberede en sak i stillhet, uten at berørte parter blir trukket inn i prosessen. Når tilsynet vurderer hvorvidt det foreligger en overtredelse av konkurranselovens *forbudsbestemmelser* som er av en slik art at det kan være aktuelt å anmelde forholdet, gis derfor verken parter eller andre innsyn i sakens dokumenter. At *ingen* har krav på å gjøre seg kjent med opplysninger, dokumenter eller andre bevis i saker om overtredelse av konkurranseloven eller vedtak i medhold av loven som er innhentet etter §§ 6-1 eller 6-2, fremgår eksplisitt av konkurranseloven § 6-3. Dersom saken anmeldes til påtalemyndigheten og den beslutter å iverksette forfølgning av saken, kommer de alminnelige straffeprosessuelle regler om siktedes partsrettigheter til anvendelse på det tidspunkt da betingelsene for dette er tilstede, jfr. straffeprosessloven § 82. Dersom tilsynet utferdiger forelegg om vinningsavståelse, gjelder forvaltningslovens regler om partsoffentlighet først når tilsynet har utferdiget forelegget, jfr. konkurranseloven § 6-3, annet pkt.

Foretakene har uansett om de er direkte og individuelt berørt av overvåkningsorganenes håndheving av EØS-avtalen, ikke alminnelig innsynsrett før overvåkningsorganet har utstedt et såkalt innsigelsesbrev. Dette skjer når saken er ferdigbehandlet fra overvåkningsorganets side, og det har konkludert med at det foreligger en overtredelse. I innsigelsesbrevet gis skriftlig underretning til foretaket om de innsigelser som er reist. Partene skal informeres om de faktiske og rettslige elementer overvåkningsorganet baserer sine innsigelser på. Partene får en frist til å komme med uttalelser. Overvåkningsorganene har en plikt til å sende parter alle dokumenter som senere planlegges brukt som bevis i saken. Kommisjonen har fastsatt en kunngjøring om interne prosedyreregler for behandling av anmodninger om partsinnsyn i saker angående EF-traktaten artikkel 81 og 82.<sup>6</sup> Denne skal sikre at administrativ praksis er i overensstemmelse med praksis fra EF-domstolen og Førsteinstansretten. I henhold til kunngjøringen har partene ikke innsynsrett i dokumenter eller deler av dokumenter som inneholder forretningshemmeligheter, fortrolige dokumenter og interne kommisjonsdokumenter. Øvrige dokumenter har partene som hovedregel innsynsrett i. ESA har ikke vedtatt noen tilsvarende kunngjøring. Ettersom retten til innsyn som redegjort for i kunngjøringen følger av rettspraksis, må de samme reglene antas å komme til anvendelse i praksis også for ESA.

<sup>5</sup> Jfr. artikkel 6 i ODA protokoll 4 del I kapittel IV, sml. artikkel 6 i kommisjonsforordning 99/63.

<sup>6</sup> EFT C 23/3 av 23.1.1997.

Muntlig høring kan også kreves dersom dette begjæres skriftlig og dersom overvåkningsorganet akter å ilegge bøter. Også andre personer enn vedtakets adressat har krav på å bli hørt, såfremt de anmoder om dette og godtgjør å ha en tilstrekkelig interesse.

#### **4.8 Informasjonsinnhenting**

Konkurransetilsynets informasjonsinnhentingshemler finnes i konkurranseloven §§ 6-1 og 6-2. I medhold av § 6-1 plikter enhver å gi konkurransemyndighetene de opplysninger disse myndigheter krever for å kunne utføre sine gjøremål etter loven. Den som nekter å etterkomme pålegg om å utlevere opplysninger, kan straffes etter § 6-6.

ESAs alminnelige informasjonsinnhentingshemler finnes i ODA protokoll 4, del I, kapittel II, artikkel 11. I henhold til denne bestemmelsen kan overvåkingsorganet innhente alle nødvendige opplysninger, både fra foretak og myndigheter. Overvåkingsorganet kan, i henhold til artikkel 15 og 16 samme sted, ilegge administrative bøter eller tvangsmulkt dersom foretakene etter en slik henvendelse gir uriktige eller misvisende opplysninger til overvåkingsorganet.

Både Konkurransetilsynet og ESA har hjemmel til å foreta uanmeldte kontrollbesøk overfor foretak i Norge. Konkurransetilsynet kan i medhold av konkurranseloven § 6-2, ”kreve adgang til fast eiendom, inventar og annet løsøre”. ESA har hjemmel til å foreta all nødvendig kontroll i foretak og sammenslutninger av foretak. For dette formål kan ESA kreve adgang til ”foretakets lokaler, eiendommer og transportmidler” jfr. artikkel 14 i ODA protokoll 4, del I, kapittel II. Så vel bevissikring etter konkurranseloven § 6-2, som ESAs kontrollbesøk, krever beslutning fra forhørsretten. I motsetning til EØS-regelverket, legger konkurranseloven § 6-2 ingen begrensning med hensyn til hvem som er eier av eiendommen. Med hjemmel i § 6-2 kan Konkurransetilsynet følgelig kreve adgang til for eksempel privat bopel. Konkurranselovens bestemmelser går derfor lenger enn EØS-avtalen med hensyn til hvor konkurransemyndighetene kan foreta kontroller for å søke etter bevis.

#### **4.9 Sanksjoner/sanksjonssubjekter**

Etter konkurranseloven kan Konkurransetilsynet utferdige forelegg på vinningsavståelse der det er oppnådd vinning ved overtredelse av lovens forbud eller vedtak i medhold av loven, jfr. § 6-5. Den som overtrer lovens forbud eller vedtak etter §§ 3-10 eller 3-11, kan straffes med bøter eller fengsel, jfr. § 6-6. Både fysiske og juridiske personer kan straffes, jfr. straffeloven § 48a. Konkurransetilsynet kan anmelde de forhold der straff er aktuelt til politiet.

Brudd på EØS-avtalen artikkel 53 og 54 kan sanksjoneres med administrative bøter. Det kan bare brukes sanksjoner mot foretak, ikke fysiske personer. Bøtene ilegges av overvåkningsorganene, ESA eller Kommisjonen. Overvåkningsorganenes vedtak, inkludert bøteutmålingen, er gjenstand for domstolskontroll av hhv. EFTA- og EF-domstolen.

Det er følgelig forskjeller mellom de to regelsettene både når det gjelder sanksjonstype og hvem som kan ilegges sanksjoner. I tillegg synes det å være forskjell mellom brudd på konkurranseloven og EF- og EØS-reglene når det gjelder bøtenes størrelse. Det er ilagt betydelig høyere bøter ved brudd på EØS-avtalens konkurranseregler enn ved brudd på konkurranseloven. Siden bøtene fastsettes i forhold til foretakenes omsetning, er det imidlertid vanskelig å ta stilling til om EØS-sanksjonene i realiteten er strengere enn norske bøter.

Overvåkningsorganene har retningslinjer om nedsettelse av straffen i kartellsaker i tilfeller der en part på vesentlig måte bidrar til oppklaring av en sak (leniency-program).<sup>7</sup> Norsk lovgivning har ikke slike regler om nedsettelse av straff.

#### 4.10 Kontroll med forvaltningen

Konkurranseloven har ingen særbestemmelser om kontroll med Konkurransetilsynets enkeltvedtak. Dermed kommer de alminnelige regler om kontroll med forvaltningen som forvaltningsloven, ombudsmannsloven og de ulovfestede regler om domstolskontroll til anvendelse. Dette betyr at Konkurransetilsynets enkeltvedtak kan påklages til Arbeids- og administrasjonsdepartementet. I tillegg kan konkurransemyndighetenes enkeltvedtak bringes inn for domstolene på normal måte.

I EØS fører EFTA-domstolen kontroll med ESAs vedtak, mens EF-domstolen og Førsteinstansretten fører kontroll med Kommisjonens vedtak.

#### 4.11 Oversiktsdiagram – sammenlikning av regelsettene

|                                                       | <b>Sammenlikning mellom norsk konkurranselov og EØS konkurranseregler</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|-------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                       | <i>Norsk konkurranselov</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | <i>EØS-avtalens konkurranseregler</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| <b>Geografisk virkeområde</b>                         | § 1-5: det norske territorium                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | EØS-avtalens territorium                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| <b>Saklig virkeområde</b>                             | § 1-3: ervervsvirksomhet av enhver art                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Art. 53 og 54: "foretak", dvs. enhet som utøver virksomhet av handelsmessig eller økonomisk art. I praksis det samme som norsk rett, bortsett fra de varegrupper som unntatt fra EØS-avtalen                                                                                                                                                                                                         |
| <b>Forbud- / inngrepsprinsipp (atferdsregulering)</b> | Kombinasjon av forbuds- og inngrepsbestemmelser: §§ 3-1 til 3-4 og § 3-10                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Rent forbudsprinsipp: art 53 og 54                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| <b>Dispensasjon-adgang</b>                            | § 3-9: generell og individuell dispensasjonsadgang                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Art. 53 nr. 3: generell og individuell dispensasjonsadgang                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| <b>Fusjonskontroll</b>                                | § 3-11: Konkurransetilsynet kan gripe inn mot bedriftserved. Ethvert erverv av eierandeler er å anse som bedriftserved. Ingen meldepplikt, men partene kan melde inn erverv frivillig for å få avklart om tilsynet vil gjøre en mer inngående saksbehandling. Svar på dette må foreligge innen 3 måneder. Tilsynet må som hovedregel gripe inn innen 6 måneder. | Meldeplikt for foretakssammenslutninger hvor omsetningen overstiger visse verdier. Kun erverv der det oppnås kontroll regnes som foretakssammenslutninger. Overvåkningsorganet må behandle og avgjøre saken innen visse frister, maksimalt 5 måneder. En avklaring av om det skal innledes formell saksbehandling skal foreligge innen én måned. De fleste saker avsluttes etter denne første fasen. |

<sup>7</sup> EFT C 207/4 av 18.7.1996 (Kommisjonen) og EFT C 282/8 av 18.9.1997 (ESA).

|                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|-------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Informasjons-innhenting</b>      | § 6-1: enhver har plikt til å gi konkurransemyndighetene alle opplysninger som kreves. Brudd påplikten kan sanksjoneres med straff etter § 6-6.                                                                                                                                                                                                                                       | ODA protokoll 4, del I, kap II art. 11: ESA kan innhente alle nødvendige opplysninger. ESA kan illegge administrative bøter eller tvangsmulkt hvis noen gir uriktige opplysninger eller unnlater å oppgi opplysninger, jfr. art. 15 og 16.                                                                                                   |
| <b>Selv-inkriminering</b>           | Konkurranseloven gir ingen beskyttelse mot selvinkriminering før saken er anmeldt til politiet.                                                                                                                                                                                                                                                                                       | ESA kan ikke spørre om opplysninger som innebærer innrømmelse av overtredelse av forbudene i art. 53 og 54                                                                                                                                                                                                                                   |
| <b>Kontrollbesøk</b>                | § 6-2: Konkurransetilsynet kan kreve adgang til fast eiendom, inventar og annet løsøre, herunder privat bolig.                                                                                                                                                                                                                                                                        | ODA protokoll 4, del I, kap II art. 14: ESA kan kreve adgang til lokaler, eiendommer og transportmidler til foretak, men ikke til privat bolig.                                                                                                                                                                                              |
| <b>Partsinnsyn og kontradiksjon</b> | Når Konkurransetilsynet treffer vedtak om inngrep eller dispensasjon, har en part krav på varsel (fvl. § 16) og rett til partsinnsyn (fvl. §§ 18 og 19). En part har ikke rett til innsyn mens Konkurransetilsynet vurderer om det foreligger en overtredelse av forbudsbestemmelsene, jfr. § 6-3. Etter at et forhold er anmeldt gjelder straffeprosesslovens regler om partsinnsyn. | En part har rett til innsyn i sakens dokumenter etter at innsigelsesbrev er utferdiget, jfr. ODA protokoll 4, del I, kap II art. 19 og avgjørelser av Førsteinstansretten/EF-domstolen.                                                                                                                                                      |
| <b>Sanksjoner</b>                   | § 6-4: tvangsmulkt, § 6-5: forelegg på vinningsavståelse, § 6-6: straff med bøter eller fengsel. Både fysiske og juridiske personer kan straffes.                                                                                                                                                                                                                                     | ODA protokoll 4, del I kap. II art. 3: pålegg om opphør av overtredelse, art. 16: tvangsmulkt og art. 15: administrative bøter, kun for juridiske personer, dvs fysiske personer kan ikke straffes. Overvåkningsorganet kan i henhold til retningslinjer gi bøtefritak eller betydelig bøtenedsettelse der en part samarbeider om oppklaring |
| <b>Overprøving og kontroll</b>      | Konkurransetilsynets vedtak kan påklages til AAD. Enkeltvedtak kan bringes inn for domstolene til legalitetskontroll. Saker om overtredelser av forbudene håndheves strafferettslig.                                                                                                                                                                                                  | EFTA-domstolen fører kontroll med ESAs vedtak. Førsteinstansretten og EF-domstolen fører kontroll med Kommisjonens vedtak.                                                                                                                                                                                                                   |

## 5. NÆRMERE OM HÅNDHEVING AV EØS-AVTALEN ARTIKKEL 53 OG 54

### 5.1 Kommisjonens og ESAs håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54

EØS-avtalen bygger på et to-pilar-system hvor Kommisjonen og ESA er tillagt håndhevingsoppgaver innenfor hver sin pilar, henholdsvis EU- og EFTA-pilaren. For å unngå dobbeltbehandling av enkeltsaker vedrørende EØS-avtalen artikkel 53 og 54, gir EØS-avtalen artikkel 56 anvisning på hvordan enkeltsaker skal fordeles mellom ESA og Kommisjonen. Hovedregelen er at ESA er kompetent i de saker hvor konkurransen bare er påvirket på EFTA-markedet, mens Kommisjonen er kompetent der bare EF-markedet er påvirket. I blandede saker, hvor virkningene finnes både på EU- og EFTA-markedene, skjer fordelingen på grunnlag av foretakenes omsetning. Saker der de involverte foretak har 33 prosent eller mer av sin EØS-omsetning i EFTA-området, skal behandles av ESA. De resterende sakene behandles av Kommisjonen. Fordelingen etter omsetningskriteriet gjelder likevel ikke for de saker som har virkning på handelen mellom to eller flere EU-stater. Disse sakene skal i utgangspunktet behandles av Kommisjonen, med mindre handelen mellom EU-statene ikke er nevneverdig påvirket. I så fall skal ESA behandle saken. I praksis innebærer disse fordelingsreglene at Kommisjonen være det kompetente overvåkningsorgan i de aller fleste enkeltsaker.

Kommisjonens håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 skjer i medhold av den samme lovgivning som gir Kommisjonen kompetanse til å håndheve EF-traktaten artikkel 81 og 82.<sup>8</sup> Rådsforordning 17/62 er den sentrale saksbehandlingsforordningen på konkurranserettens område.<sup>9</sup> Denne kommer ikke til anvendelse på transportsektoren, jfr. rådsforordning 141/62. Innenfor transportsektoren har imidlertid Rådet vedtatt egne håndhevingsforordninger som i hovedsak tilsvare systemet i rådsforordning 17/62.<sup>10</sup> De tre transportområdene maritim cabotage, trampfart og luftfart mellom EU og tredjeland er imidlertid unntatt fra gjennomføringsforordningene på transportområdet.<sup>11</sup>

EØS-avtalen protokoll 21 artikkel 1 fastslår at ESA skal gis tilsvarende myndighet og liknende oppgaver som Kommisjonen har med hensyn til anvendelsen av konkurransereglene. ESAs kompetanse er hjemlet i ODA. ODA artikkel 25 gir ESA hjemmel til "å håndheve EØS-avtalens bestemmelser om gjennomføring av konkurransereglene for foretak og sikre at bestemmelsene blir anvendt". Bestemmelsen viser til ODA protokoll 4 hvor de mer detaljert kompetanse- og saksbehandlingsregler finnes. Disse gir ESA tilsvarende myndighet som Kommisjonen på overvåkningsområdet.

Saksbehandlingsreglene legger opp til en sterk sentralisert håndheving der overvåkningsorganene er de sentrale håndhevingsorganer. Avtaler i strid med EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 må som hovedregel notifiseres til overvåkningsorganene for å få individuell dispensasjon. Bare overvåkningsorganene har kompetanse til å innvilge individuelle dispensasjoner. Overvåkningsorganene har fullmakter til å innhente informasjon og gjennomføre kontrollundersøkelser hos foretakene og til å ilegge administrative bøter eller tvangsmulkt. Det kompetente overvåkningsorgan kan treffe vedtak som pålegger partene å bringe en overtredelse av forbudsbestemmelsene til opphør. Overvåkingsorganet kan også fatte vedtak om å trekke tilbake fordelene av et gruppeunntak. Videre kan det kompetente

<sup>8</sup> Jfr. EØS-avtalen protokoll 21 artikkel 1, 2.ledd og rådsforordning (EC) No 2894/94 artikkel 5 nr. 1.

<sup>9</sup> Forordningen er gjenstand for revisjon og er foreslått endret av Kommisjonen.

<sup>10</sup> Se rådsforordning 1017/68 vedrørende transport med jernbane, på vei og innenlands vannvei, rådsforordning 4056/86 vedrørende sjøtransport og rådsforordning 3975/87 vedrørende lufttransport.

<sup>11</sup> Jfr. forordning 4056/86 artikkel 1 nr. 2 og forordning 3975/87 artikkel 1 nr. 2.

overvåkningsorgan utstede en såkalt negativattest hvis det finner at en notifisert avtale ikke er i strid med forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54.

## **5.2 Skranker for desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54**

I motsetning til EF-traktaten inneholder ikke EØS-avtalen en artikkel som eksplisitt forutsetter nasjonalstatenes kompetanse til å håndheve traktatens konkurranseregler, se EF-traktaten artikkel 84. Partene i avtalen har likevel lagt til grunn at nasjonale konkurransemyndigheter kan håndheve EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54. Dette kommer til uttrykk i ODA protokoll 4 del I kapittel II artikkel 9 nr. 3 som sier at ”så lenge EFTAs overvåkningsorgan ikke har tatt en sak opp til behandling [...] skal EFTA-statenes myndigheter fortsatt ha adgang til å anvende bestemmelsen i EØS-avtalens artikkel 53 nr. 1 og 54.” (Uthevet her.) ODA protokoll 4 forutsetter således at EFTA-statene kan håndheve forbudene i EØS-avtalens artikkel 53 nr. 1 og 54 inntil ESA eller Kommisjonen innleder formell saksbehandling. ESA har i sin kunngjøring om samarbeid med nasjonale konkurransemyndigheter også eksplisitt oppfordret EFTA-EØS-statene til å vedta internrettslig hjemmel til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54.

På denne bakgrunn legger utvalget til grunn at EØS-avtalen ikke er til hinder for at norsk lovgivning gir norske myndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. EØS-avtalen og ODA setter imidlertid visse begrensninger for nasjonal håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

For det første vil som nevnt norske myndigheter ikke lenger ha kompetanse dersom overvåkningsorganet tar en sak opp til behandling.

Nasjonale myndigheter vil heller ikke kunne innvilge dispensasjoner i medhold av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, ettersom denne kompetansen er lagt eksklusivt til overvåkningsorganene, jfr. ODA protokoll 4 del I kapittel II artikkel 9 nr. 1. Per i dag er det derfor kun aktuelt å gi norske konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54.

Håndheving av EØS-avtalen artikkel 57 om kontroll med foretakssammenslutninger er også forbeholdt overvåkningsorganene, jfr. EØS-avtalen artikkel 57 og ODA protokoll 4 del III kapittel XIII artikkel 21 nr 2.

## **5.3 Nærmere om norske myndigheters kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54**

### **5.3.1 Konkurransemyndighetenes kompetanse**

Legalitetsprinsippet forutsetter hjemmel i norsk lov for at myndighetene skal kunne treffe vedtak eller foreta inngripende handlinger overfor private rettssubjekter. Det forhold at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 er gjort til norsk lov, innebærer ikke uten videre at norske myndigheter har kompetanse til å håndheve dem. Konkurranselovens informasjons- innhentings- og sanksjonshjemler gjelder i utgangspunktet bare i forhold til håndheving av konkurranseloven, se §§ 6-1 – 6-2. Konkurransetilsynet kan derfor ikke bruke disse hjemlene ved håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

EØS-konkurranseloven §§ 2 og 3 inneholder henvisninger til konkurranseloven §§ 6-1 og 6-2. Det har vært hevdet at Konkurransetilsynet, i medhold av disse bestemmelsene, har samme kompetanse til å innhente informasjon og til å foreta kontroller i forbindelse med håndhevingen av EØS-avtalens konkurranseregler for foretak som det ESA har. ESAs kompetanse er hjemlet i ODA protokoll 4 som gjennomført i norsk rett ved forskrift av 4.

desember 1992 nr. 966. 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". På bakgrunn av ordlyden i bestemmelsen har det vært hevdet at Konkurransetilsynet *på eget initiativ* kan innhente opplysninger for å avklare hvorvidt det foreligger en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 eller 54. Det er imidlertid ingen holdepunkter i forarbeidene for at bestemmelsen var tenkt benyttet av tilsynet på eget initiativ. Av forarbeidene fremgår det at § 2 annet ledd særlig vil ha betydning der Kommisjonen behandler en sak som også involverer norske foretak og disse nekter å besvare på en henvendelse fra Kommisjonen. Norge må i så fall anses forpliktet til å bistå Kommisjonen. EØS-konkurranseloven § 2, 2. ledd vil gi tilsynet tilstrekkelig hjemmel til å innhente opplysningen i et slikt tilfelle.

EØS-konkurranseloven § 3 første ledd fastsetter at ved kontroll som foretas av ESA eller Konkurransetilsynet i henhold til forskrift gitt i medhold av lovens § 1, gjelder konkurranseloven §§ 6-1 og 6-2 tilsvarende. Her synes det umiddelbart å følge at Konkurransetilsynet har samme kompetanse som ESA til å gjennomføre kontroll ved mistanke om brudd på EØS-avtalens konkurranseregler. 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.

På denne bakgrunn mener utvalget det er tvilsomt 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 det ESA har. Uansett mener dessuten utvalget at slike hjemler bør fremgå klarere av lovverket.

Konkurransetilsynet har heller ikke hjemmel til selv å benytte sanksjoner mot brudd på EØS-avtalens konkurranseregler for foretak. Konkurransetilsynet kan imidlertid, uten hinder av lovbestemt taushetsplikt, gi ESA og Kommisjonen alle opplysninger som er nødvendige for å håndheve konkurransereglene i EØS-avtalen. Tilsynet vil derfor kunne oversende opplysninger om overtredelser til ESA for sanksjonering. Dersom norske konkurransemyndigheter skal kunne håndheve forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54 på egen hånd, kreves imidlertid lovendringer.

### 5.3.2 Nasjonale domstolars kompetanse

EØS-avtalen artikkel 53 og 54 er gjort til norsk rett gjennom EØS-loven. Det innebærer at bestemmelsene kan påberopes av private parter og legges til grunn i saker for nasjonale domstoler. Som tidligere nevnt, er ESA og Kommisjonen *alene* tillagt myndighet til å erklære at bestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 ikke får anvendelse i samsvar med EØS-avtalens artikkel 53 nr. 3. Nasjonale domstolars kompetanse er dermed begrenset til å anvende EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og artikkel 54, samt regler som er vedtatt til utfylling av disse, så som ulike gruppeunntak.

## **6. RETTSTILSTANDEN I UTVALGTE ANDRE LAND**

### **6.1 De nordiske stater**

#### **6.1.1 Danmark**

Den danske konkurranseloven trådte i kraft 1. januar 1998 og innebar et systemskifte fra et inngrepsprinsipp til et forbudsprinsipp basert på EF-traktatens konkurranseregler. Etter lovendringer i 2000, innførte man blant annet bestemmelser om fusjonskontroll og hjemmel for håndheving av forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling i EF-traktaten artikkel 81 og 82 (desentralisert håndheving). Den danske konkurranseloven er i dag i all hovedsak harmonisert med EF-traktatens konkurranseregler, både når det gjelder de materielle og prosessuelle reglene.

Den danske Konkurranseloven administreres av Konkurrencerådet. Rådet treffer avgjørelser i alle saker av prinsipiell karakter og i saker, hvor det skal rettes henvendelse til offentlige myndigheter. Andre saker avgjøres av Konkurrencestyrelsen på bakgrunn av Konkurrencerådets praksis. Klager over avgjørelser kan bringes inn for Konkurrenceankenævnet. Ankenemndens avgjørelse kan bringes inn for domstolene senest åtte uker etter at avgjørelsen er meddelt partene.

Når det gjelder de prosessuelle reglene, bestemmer §§ 6 og 11 at det kan utstedes påbud om å bringe til opphør overtredelse av forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av markedsrett. Konkurrencerådet kan etter § 17 kreve alle opplysninger som er nødvendig for dets virksomhet eller til avgjørelse av om et forhold er omfattet av lovens bestemmelser. Dersom opplysninger ikke gis, kan det ilegges tvangsmulkt etter § 22. Konkurrencestyrelsen kan etter § 18 på stedet gjøre seg kjent med og ta kopi av enhver opplysning. Videre kan Konkurrencestyrelse kreve muntlige forklaringer samt få adgang til et foretaks eller sammenslutnings lokaler og transportmidler.

Etter § 23 kan det ved overtredelse av lovens bestemmelser gis bøtestraff. Den danske konkurranseloven har strafferettslige og ikke administrative sanksjoner.

De danske konkurransemyndighetene har i lovens § 23 a stk 1 kompetanse til å håndheve EF-traktaten artikkel 81 nr. 1 og 82. Det fremgår her at: "Konkurrencerådet påser overholdelsen af bestemmelserne i EF-traktatens artikel 81 og artikel 82 som national kompetent myndighed i henhold til forordninger og direktiver udstedt i medfør af traktatens artikel 83 og i henhold til traktatens artikel 84. Ved udøvelse af denne kompetence som national kompetent konkurrencemyndighed anvendes EF-traktatens artikel 81, stk 1 og artikel 82 direkte på aftaler m.v., henholdsvis misbrug af dominerende stilling, som påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne."

Ved håndheving av EF-traktaten artikkel 81 og 82 gjelder samme saksbehandlingsregler som ved håndheving av de nasjonale konkurransereglene med ett unntak. Når det gjelder overtredelse av den nasjonale bestemmelsen om misbruk av dominerende stilling, kan overtredelse bare straffes dersom det innenfor de siste fem årene er gitt påbud for tilsvarende misbruk av dominerende stilling. Denne regelen gjelder i en overgangsperiode frem til 30. juni 2002. Ved første gangs overtredelse av EF-traktaten artikkel 82 kan det derimot ilegges straff med en gang.

#### **6.1.2 Sverige**

Den svenske konkurranseloven av 1993 er harmonisert med EUs konkurranseregler.

Loven inneholdet et forbud mot konkurransebegrensende samarbeid i § 6 og et forbud mot misbruk av markedsrett i § 19. Konkursverket kan blant annet innvilge dispensasjon fra forbudet i § 6, jfr. § 8, treffe vedtak om ikke-inngrep fra begge forbudene, jfr. § 20 og pålegge et foretak å opphøre med overtredelse av forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av markedsrett, jfr. § 23.

Stockholms Tingsrett kan, etter anmodning fra Konkursverket, beslutte at et foretak skal betale en konkurransekadeavgift ("bot") ved overtredelse av forbudene i §§ 6 eller 19, jfr. § 26. Dette er en ren administrativ sanksjon. I tillegg kan Konkursverket kombinere et påbud om opphør av en overtredelse med en såkalt "vite" (tvangsmulkt) etter § 57.

Foretak har plikt til å gi Konkursverket opplysninger som er nødvendig for at verket skal kunne utføre sine oppgaver. Etter beslutning fra domstolen kan Konkursverket få tilgang til foretakets "lokaler, markområdene, transportmedel och andra utrymmen", granske deres bokføring og andre forretningshandlinger samt begjære muntlige forklaringer direkte på stedet.

Konkursverkets beslutninger vedrørende dispensasjon og ikke-inngrep samt pålegg om opphør av en overtredelse kan påklages til Marknadsdomstolen. Spørsmål om konkurransekadeavgift avgjøres av to domstolsinstanser; Stockholms Tingsrett (etter anmodning fra Konkursverket) i første instans og Marknadsdomstolen som siste instans.

Etter en lovendring som trådte i kraft 1. januar 2001 har Konkursverket kompetanse til å anvende EF-traktaten artikkel 81 og 82. Dette er gjort ved at det er tilført en ny § 2 i "Lag (1994:1845) om tillämpning av Europeiska gemenskaparnas konkurrens- og statsstødsregler". Paragraf 2 første ledd i denne loven lyder: "Konkursverket får tillämpa artiklarna 81 og 82 i Föredraget om upprättande av Europeiska gemenskapen (EG-fördraget) i enlighet med artiklarna 84 og 85 i EG-fördraget, liksom i enlighet med rättsakter antagna med stöd av EG-fördraget." Når artikkel 81 og 82 anvendes, skal dette skje etter nærmere oppregnede saksbehandlingsregler i konkurranseloven, jfr. § 2 andre ledd i lag (1994:1845) om tillämpning av Europeiska gemenskaparnas konkurrens- og statsstødsregler. I all hovedsak gjøres de prosessuelle regler og det sanksjonssystemet som får anvendelse ved håndheving av de svenske forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av markedsrett anvendelige ved håndheving av EF-traktaten artikkel 81 og 82.

Også Marknadsdomstolen og Stockholms Tingsrett er i samme bestemmelse gitt kompetanse til å anvende EF-traktaten artikkel 81 og 82.

## **6.2 Andre EU-stater**

De fleste EU-stater har i dag kompetanse til å håndheve forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av markedsrett i EF-traktatens artikkel 81 nr. 1 og 82. Dette gjelder, foruten Sverige og Danmark, Belgia, Frankrike, Hellas, Italia, Nederland, Portugal, Spania og Tyskland.

Disse landene, med unntak av Tyskland, har også en nasjonal konkurranselov der de materielle bestemmelsene i stor grad er harmonisert med konkurransereglene i EU.

Østerrike, Finland, Irland, Luxemburg og Storbritannia har i dag ikke kompetanse til å anvende forbudene i EF-traktaten artikkel 81 og 82.

Hva gjelder Finland, Irland og Storbritannia, så har disse landene med noen unntak harmonisert sine materielle konkurranseregler med forbudene i EF-traktaten artikkel 81 og 82. Konkurslovgivningen i Luxemburg og Østerrike er ikke harmonisert, og begge statenes konkurranselovgivning bygger langt på vei på inngrepsprinsippet.

## **7. VURDERING AV BEHOVET FOR Å INNFORE DESENTRALISERT HÅNDHEVING**

### **7.1 Innledning og presiseringer**

Utvalget er bedt om å vurdere om det er behov for å gi norske myndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. De siste årene har det vært økt fokus på desentralisert håndheving av EUs og EØS-avtalens konkurranseregler som virkemiddel for en mer effektiv kontroll med konkurranseskadelig atferd. 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 artikkel 81 og 82. ESA utstedte 22. mai 2000 en kunngjøring der overvåkningsorganet oppfordrer EØS-EFTA-statene, herunder Norge, til å vedta internrettslig hjemmel for nasjonale konkurransemyndigheter til å håndheve og benytte sanksjoner mot overtredelser av EØS-avtalens forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av markedsrett, jfr. avtalens artikkel 53 og 54.

EØS-avtalen har ingen generell regulering av nasjonal håndheving av konkurransereglene. Norsk rett har heller ingen regulering av disse spørsmål utover den gjennomføring som er foretatt av EØS-avtalen i EØS-loven og EØS-konkurranseloven.

### **7.2 ESAs og Kommisjonens kunngjøringer om samarbeid**

Kommisjonen utstedte i 1993 en kunngjøring om samarbeid mellom Kommisjonen og nasjonale domstoler ved anvendelse av EF-traktaten artikkel 81 og 82<sup>12</sup>. ESA har utstedt en tilsvarende kunngjøring om samarbeid mellom ESA og EFTA-statenes nasjonale domstoler ved anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.<sup>13</sup>

Kunngjøringene beskriver fordelene ved å gå til nasjonale domstoler i stedet for å klage til Kommisjonen eller ESA. Blant fordelene nevnes at overvåkningsorganene ikke kan tilkjenne erstatning for overtredelse av forbudene, at nasjonale domstoler som regel kan treffe avgjørelse om midlertidig forføyning raskere enn overvåkningsorganene, at man ved nasjonale domstoler kan kombinere søksmål etter EF- og EØS-retten med søksmål etter nasjonal rett og at overvåkningsorganene ikke kan tilkjenne saksomkostninger. Bakgrunnen for Kommisjonens og ESAs kunngjøringer var et ønske om flere private søksmål vedrørende overtredelser av EF-traktaten artikkel 81 nr. 1 og 82/EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54 ved medlemsstatenes nasjonale domstoler.

Private går til domstolene for å sikre egne interesser mens overvåkningsorganene og de nasjonale konkurransemyndigheter, i deres egenskap av forvaltningsmyndighet, handler i offentlighetens interesse. Kommisjonen og ESA mener på denne bakgrunn at den private søksmålsretten ved nasjonale domstoler aldri kan bli annet enn et viktig supplement til den håndheving som forestås av offentlige konkurransemyndigheter.

På denne bakgrunn og som et videre ledd i desentraliseringsprosessen utstedte Kommisjonen i 1997 en kunngjøring om samarbeid mellom Kommisjonen og medlemsstatenes nasjonale konkurransemyndigheter i saker som omfattes av EF-traktaten artikkel 81 og 82.<sup>14</sup> I kunngjøringen understreker Kommisjonen at en styrking av nasjonale konkurransemyndigheters rolle vil kunne gjøre EF-traktaten artikkel 81 og 82 mer effektiv.

---

<sup>12</sup> EFT C 39/6 av 13. 2.1993.

<sup>13</sup> EFT C 112/7 av 4.5.1995.

<sup>14</sup> EFT C 313/3 av 15.10.1997.

En viktig grunn til dette er at mange konkurransebegrensninger som er omfattet av EF-traktaten artikkel 81 og 82, som følge av samhandelskriteriets vide tolkning, primært vil ha skadelige virkninger på én stats territorium. Samtidig har nasjonale konkurransemyndigheter ofte har bedre kunnskap om de markeder og foretak som skal overvåkes på det nasjonale nivå.

For øvrig inneholder kunngjøringen retningslinjer for hvordan det praktiske samarbeidet mellom overvåkningsorganet og de nasjonale myndigheter skal være i enkeltsaker. Et viktig formål med rollefordelingen er å unngå parallell saksbehandling. For at dette skal bli mulig understreker Kommisjonen betydningen av at også de nasjonale myndigheter kan anvende EF-reglene, og ikke bare nasjonale konkurranseregler, selv der hvor disse er modellert etter EF-reglene. Kunngjøringen inneholder i punkt 15 en eksplisitt oppfordring til de medlemsstater som ikke har gitt sine nasjonale konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve EF-traktaten artikkel 81 nr. 1 og 82, om å innføre slik lovgivning. Utspillet i kunngjøringen er siden blitt fulgt opp fra Kommisjonens side. Blant annet tok Kommisjonen våren 1998 kontakt med de nordiske medlemsstaters regjeringer med direkte oppfordring om å vedta den nødvendige internrettslige lovgivning for at de nasjonale konkurransemyndigheter selv skulle kunne håndheve og benytte sanksjoner mot brudd på forbudene i EF-traktaten artikkel 81 nr. 1 og 82.

ESA utstedte som nevnt 22. mai 2000 en tilsvarende kunngjøring om samarbeid mellom ESA og nasjonale konkurransemyndigheter i saker som omfattes av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.<sup>15</sup> Kunngjøringen er begrenset til samarbeid innenfor EFTA-pilaren, dvs mellom ESA og EFTA-EØS-statenes konkurransemyndigheter. I kunngjøringen oppfordrer ESA EFTA-EØS-statene til å skaffe internrettslig hjemmel som gir nasjonale konkurransemyndigheter hjemmel til å forestå en effektiv desentralisert håndheving av forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54.

Kunngjøringene regulerer ikke samarbeidet mellom norske konkurransemyndigheter og Kommisjonen i saker som hører inn under Kommisjonen i henhold til EØS-avtalen artikkel 56. Slikt samarbeid på tvers av pilarene reiser flere særegne problemstillinger. Disse spørsmålene må løses på EØS-nivå. Utvalget går derfor ikke nærmere inn på dette i delinnstillingen.

### **7.3 Ressurssituasjonen hos overvåkningsorganene**

Det synes å være bred enighet om at Kommisjonen alene ikke kan håndheve EF-traktaten artikkel 81 og 82 på en tilfredsstillende måte. Mange har i lengre tid vært kritiske til en svært lang saksbehandlingstid og mange uavsluttede saker, kombinert med en utstrakt bruk av mer uformelle virkemidler som for eksempel brev med utsagn om rettsanvendelsesspørsmål (comfort letters). Kommisjonen har i flere år fremhevet behovet for avlastning fra medlemsstatenes nasjonale konkurransemyndigheter gjennom deres håndheving av EF-traktaten artikkel 81 og 82.

Selv om ESA har et mindre ansvarsområde, har også dette organet behov for avlastning. Som nevnt har ESA eksplisitt gitt uttrykk for et ønske om at EFTA-EØS-statene skaffer seg internrettslig kompetanse til å håndheve forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54.

### **7.4 Overvåkningsorganenes prioriteringsadgang**

Med unntak for saker hvor det søkes om dispensasjon fra forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, kan overvåkningsorganene selv prioritere hvilke saker de vil forfølge. Med mindre en sak involverer politiske, økonomiske eller rettslige interesser for fellesskapet eller

---

<sup>15</sup> EFT C 307/6 av 26.10.2000.

EØS-avtalen, vil det å klage til et overvåkningsorgan derfor ikke alltid være et godt virkemiddel for en som mener seg rammet av en ulovlig konkurransebegrensning. Overvåkningsorganenes prioriteringsadgang understreker således behovet for en desentralisert håndheving.

## **7.5 Forslag til ny forordning om gjennomføring av konkurransereglene i artikkel 81 og 82**

### **7.5.1 Bakgrunn for reformen og hovedtrekkene i forslaget**

Reglene for håndheving av forbudene i EF-traktaten artikkel 81 og 82 ble vedtatt i 1962 (rådsforordning 17/62). Systemet medfører en sterk sentralisering av overvåkingen og har medført at Kommisjonens ressurser i stor grad er blitt bundet til å håndtere notifikasjoner. Kommisjonen har derfor ikke kunnet prioritere sine oppgaver slik den ønsker.

Dagens virkelighet ser ganske annerledes ut enn for nærmere 40 år siden. De tilpasninger som har vært gjort for å bøte på den utviklingen som har skjedd, synes nå å ha nådd sine grenser innenfor eksisterende rettslige rammer. Dagens system med sentralisert forhåndskontroll synes uforenlig med målet om en effektiv kontroll med konkurransen. Nødvendigheten av en reform er, som Kommisjonen påpeker, desto mer presserende som følge av den fremtidige utvidelsen av EU. Det synes å være bred enighet om at en omfattende omlegging av kontrollen er nødvendig.

Kommisjonen fremmet 27. september 2000 forslag til ny rådsforordning om gjennomføring av konkurransereglene i EF-traktaten artikkel 81 og 82. Forordningen er ment å erstatte rådsforordning 17/62. Forslag til ny forordning bygger i store trekk på forslagene Kommisjonen la frem våren 1999 i hvitboken om modernisering av regelverket for håndheving av konkurransereglene.

For det første foreslår Kommisjonen å oppheve notifikasjonsordningen og Kommisjonens enerett til anvende artikkel 81 nr. 3. I stedet vil Kommisjonen gå over til et system med lovbasert unntak, der EF-traktaten artikkel 81 nr. 3 gjøres direkte anvendelig, slik tilfellet alt er for artikkel 81 nr. 1 og 82. At notifikasjonsordningen oppheves, innebærer at foretakene selv får ansvar for å vurdere om et samarbeid er forenlig med artikkel 81 som sådan, der både 81 nr. 1 og nr. 3 trekkes inn i vurderingen.

Videre ønsker Kommisjonen å legge til rette for økt desentralisert håndheving av konkurransereglene. Forordningsutkastet pålegger medlemsstatene å treffe de tiltak som er nødvendige for å sikre at nasjonale konkurransemyndigheter skal kunne håndheve artikkel 81 og 82 fullt ut. Kommisjonen foreslår videre at nasjonale konkurranseregler og EF-reglene ikke lenger skal kunne anvendes parallelt. Dersom samhandelen påvirkes, slik at EF-reglene kommer til anvendelse, skal kun EF-reglene anvendes, til fortrengsel for nasjonale regler, jfr. artikkel 3 i forslaget. Forslaget om at bare ett regelsett skal anvendes er begrunnet i ønsket om å sikre at alle foretak i fellesskapet er underlagt de samme konkurranseregler. Forslaget i artikkel 3 er, etter det utvalget har fått opplyst, kontroversielt i flere medlemsstater. Det er derfor usikkert om bestemmelsen vil bli vedtatt i nevnte utforming.

Kommisjonen ønsker også å legge større vekt på å føre kontroll med og reagere mot de alvorligste tilfellene av konkurranseskadelig atferd. En forutsetning for dette er at Kommisjonen i større utstrekning kan styre sine ressurser. Som ledd i en økt kontroll med de alvorligste tilfellene av konkurranseskadelig atferd, ønsker Kommisjonen å styrke sine etterforsknings- og kontrollfullmakter. Blant annet har Kommisjonen foreslått en adgang til å foreta kontroll i private hjem etter forhåndstillatelse fra domstol, se artikkel 20 nr. 2 bokstav b jfr. artikkel 20 nr. 7 i forslaget.

Rådsforordning 17/62, som skal erstattes av den nye forordningen, er implementert i EØS-avtalen<sup>16</sup> og gjennomført i norsk rett<sup>17</sup>. Forslaget til ny rådsforordning er derfor EØS-relevant og vil måtte innpasses i EØS-avtalen og norsk rett når forordningen er vedtatt i EU. En endring av systemet i EU vil derfor også få konsekvenser for håndhevingen av forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Norske konkurransemyndigheter har sammen med øvrige EFTA-EØS-stater avgitt en høringsuttalelse til hvitboken som i det vesentlige er positiv til Kommisjonens forslag. For å sikre like konkurransevilkår og et ensartet EØS mener EFTA-statene at moderniseringsforslaget bør utvides til også å gjelde EØS.

### 7.5.2 Konsekvenser av reformen for spørsmålet om desentralisert håndheving

Ett av hovedelementene i Kommisjonens forslag til ny rådsforordning er som nevnt at nasjonale konkurransemyndigheter i større utstrekning skal håndheve forbudene i EF-traktaten artikkel 81 og 82. Forordningsforslaget pålegger som nevnt medlemsstatene en plikt til å treffe de tiltak som er nødvendige for å sikre at nasjonale konkurransemyndigheter skal kunne håndheve artikkel 81 og 82 fullt ut, se artikkel 36. Dersom forslaget blir vedtatt av Rådet og implementeres i EØS, vil Norge være *forpliktet* til å gi norske konkurransemyndigheter hjemmel til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Videre har Kommisjonen som nevnt foreslått at EU/EØS-reglene og nasjonale konkurranseregler ikke skal kunne anvendes parallelt. Dersom EU/EØS-reglene kommer til anvendelse, skal disse anvendes til fortrenghet for nasjonal konkurranselovgivning. Fordi samhandelskriteriet er tolket vidt, er det stor grad av overlapp mellom EU/EØS-reglene og nasjonal konkurranselovgivning. Dersom forslaget vedtas, mener utvalget derfor at det vil være helt nødvendig at norske konkurransemyndigheter får kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 for å sikre en effektiv kontroll med konkurransebegrensende atferd. Det skyldes at dersom det ikke gjøres noe med ressursituasjonen hos overvåkningsorganene, samtidig som anvendelsesområdet for nasjonale regler innskrenkes betraktelig, risikerer man at en rekke konkurranseskadelige forhold ikke blir gjenstand for kontroll og håndheving fra noen konkurransemyndighet, med mindre nasjonale myndigheter får kompetanse til å håndheve EØS-reglene direkte.

## 7.6 Utvalgets anbefaling med hensyn til behovet for desentralisert håndheving

Flere forhold taler etter utvalgets oppfatning for at norske konkurransemyndigheter bør få kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Utviklingen i EU går i retning av at nasjonale konkurransemyndigheter vil spille en mer sentral og aktiv rolle i håndhevingen av konkurransereglene. Utvalget er av den oppfatning at norske myndigheter i størst mulig grad bør ta del i denne prosessen.

De nasjonale konkurransemyndigheter vil generelt ha bedre kunnskap om og oversikt over de nasjonale markedene enn overvåkningsorganene. Dette er påpekt i samarbeidskunngjøringene fra Kommisjonen og ESA. Følgelig vil norske myndigheter normalt ha bedre forutsetninger for å kunne oppdage karteller og annen konkurranseskadelig atferd i Norge enn Kommisjonen og ESA. Desentralisert håndheving vil derfor kunne føre til en mer effektiv kontroll med konkurranseskadelig atferd. En desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 vil følgelig kunne føre til en mer effektiv konkurranseovervåking og dermed gi samfunnsøkonomiske gevinster.

<sup>16</sup> Se protokoll 21 og ODA protokoll 4.

<sup>17</sup> Jfr. forskrift av 4. desember 1992 nr 966 om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen del I kapittel II.

Det vil også øke foretakenes muligheter for å få behandlet klager over konkurransebegrensende atferd, ettersom nasjonale myndigheter vil kunne behandle saker som overvåkningsorganene ikke vil prioritere fordi saken ikke har tilstrekkelig sterk interesse for EØS-avtalen.

Utvalget har videre lagt vekt på at ESA mener det er behov for at norske myndigheter får kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54. Overvåkningsorganet har uttrykkelig oppfordret til at norsk lovgivning endres slik at norske konkurransemyndigheter får slik kompetanse. Selv om Norge ikke er folkerettslig forpliktet til å følge den oppfordring ESA kommer med i kunngjøringen, er utvalget av den oppfatning at norske myndigheter bør følge den, især når det kan medføre en mer effektiv kontroll med skadelige konkurransebegrensninger.

Slik utviklingen går innen EU, antar utvalget at det uansett bare er spørsmål om tid før norske myndigheter vil være forpliktet til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Forslaget om å gjøre EF-traktaten artikkel 81 nr. 3 direkte anvendelig og oppheve overvåkningsorganenes eksklusive kompetanse til å foreta en vurdering etter denne bestemmelsen, vil legge bedre til rette for desentralisert håndheving. Det har vært ansett som et hinder for en effektiv desentralisert håndheving at nasjonale myndigheter ikke kan håndheve hele EF-traktaten artikkel 81, tilsvarende EØS-avtalen artikkel 53.

Selv om det på nåværende tidspunkt er vanskelig å vite hvordan den nye forordningen vil se ut, er utvalget av den oppfatning at moderniseringsprosessen vil tvinge frem økt desentralisert håndheving. Selv om artikkel 3 i forslag til ny forordning er kontroversiell i flere medlemsstater, synes moderniseringsreformen å etterlate små valg med hensyn til om norske konkurransemyndigheter bør få hjemmel til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 fullt ut.

Fordi det er stor grad av overlapp mellom anvendelsesområde til de to regelsett, vil Konkurransetilsynet dersom det får kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, i mange saker, kunne håndheve to ulike regelsett. Det vil kunne medføre komplikasjoner siden de to regelsettene er så vidt ulikt utformet. Som utvalget kommer tilbake til i kapittel 10, taler innføring av desentralisert håndheving derfor for at nasjonale regler i større grad harmoniseres med EØS-avtalens konkurranseregler.

Økt desentralisering kan føre til ulik behandling av like saker alt ettersom hvilken myndighet som håndhever reglene. Dette kan svekke forutberegneligheten for foretak som opererer i flere land og dessuten bidra til forskjeller i konkurransebetingelsene mellom foretak som opererer i forskjellige land. Overvåkningsorganene har et særskilt ansvar for å sikre en ensartet praktisering av EØS-avtalen. Siden disse har oppfordret til desentralisert håndheving, har ikke utvalget sett det nødvendig å vurdere dette forholdet nærmere.

Utvalget har ikke funnet noen sterke argumenter som taler mot å gi norske konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Et generelt argument mot å gi myndighetene nye oppgaver er ressurs hensyn. Som det fremgår av kapittel 11 nedenfor mener utvalget at kompetansen til nasjonal håndhevelse ikke vil medføre behov for økte ressurser.

På denne bakgrunn vil utvalget anbefale at det gjennomføres lovendringer som gir norske myndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Etter utvalgets oppfatning vil det kunne bidra til å sikre like konkurransevilkår og en effektiv kontroll med skadelige konkurransebegrensninger i hele EØS-området.

## 8. FORVENTET SAKSTILFANG VED DESENTRALISERT HÅNDHEVING

Flere faktorer kan tas i betraktning når man skal forsøke å estimere det sakstilgang norske myndigheter kan forvente etter EØS-avtalens artikkel 53 og 54.

For det første vil det antall saker som ESA tar opp til behandling etter EØS-avtalen artikkel 53 og 54 kunne gi en indikasjon. Opplysninger innhentet fra ESA tyder på at dette ligger i størrelsesorden 5 til 12 nye saker per år. Konkurransetilsynet antas å ha bedre kjennskap til norske forhold og befinner seg nærmere de norske markedene enn ESA. Dette kan tale for at Konkurransetilsynet vil kunne ta opp flere saker av eget initiativ enn ESA. Dersom næringslivet har en oppfatning om at Konkurransetilsynet kan behandle sakene raskere enn ESA, vil det kunne medvirke til at flere saker blir innklaget til Konkurransetilsynet.

For det andre kan antall saker behandlet etter EF-traktaten 81 nr. 1 og 82 av nasjonale myndigheter i EUs medlemsstater gi en pekepinn på hvor mange saker norske myndigheter kan forvente å få. I ti EU-stater som har innført hjemmel for desentralisert håndheving, synes det årlige sakstilfanget å ligge i størrelsesorden null til fem saker per år. Gjeldende konkurranselov inneholder ikke et forbud mot misbruk av dominerende stilling tilsvarende EØS-avtalen artikkel 54. Hvorvidt og eventuelt i hvilken utstrekning denne forskjellen kan føre til at det genereres flere saker i Norge etter EØS-avtalen artikkel 54 enn i stater der den nasjonale konkurranselovgivningen er mer harmonisert med EU-reglene, er usikkert.

Videre har utvalget sett hen til antall saker som er behandlet i Konkurransetilsynet de fire siste årene. Bakgrunnen for dette er at mange av de sakene Konkurransetilsynet har behandlet etter konkurranseloven, etter utvalgets oppfatning kunne vært behandlet etter EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Det skyldes at Norge har en liten, åpen økonomi, der hovedtyngden av både eksport og import retter seg mot stater i EU, og en struktur som i stadig større grad går mot stordrift, samtidig som det skal lite til før samhandelen mellom EØS-stater anses påvirket slik at forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 får anvendelse. Slik samhandelskriteriet er tolket, vil EØS-avtalen artikkel 53 og 54 komme til anvendelse på en rekke konkurransebegrensende aktiviteter iverksatt i Norge. Hvis næringslivet har en formening om at det for eksempel er mer effektivt å klage til tilsynet etter EØS-avtalen artikkel 54 enn etter konkurranseloven § 3-10, vil det kunne være en faktor som taler for at flere saker vil bli brakt inn for tilsynet.

En nærmere oversikt over saker behandlet av ESA, statistikk over nasjonal håndheving av EF-traktaten artikkel 81 nr. 1 og 82 i EUs medlemsstater og statistikk over antall behandlede saker i Konkurransetilsynet finnes i vedlegg til innstillingen.

På bakgrunn av disse opplysninger mener utvalget at det ikke er mulig å trekke sikre konklusjoner om antall saker Konkurransetilsynet kan forvente å behandle etter EØS-avtalen artikkel 53 og 54 som følge av at tilsynet får kompetanse til å håndheve disse bestemmelsene. Utvalget legger imidlertid til grunn at en *økning i sakstilfanget* på rundt fem saker som følge av innføring av kompetanse for Konkurransetilsynet til å håndheve forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54, kan synes som et rimelig anslag.

## 9. UTVALGETS FORSLAG TIL REGLER FOR DESENTRALISERT HÅNDHEVING FOR EN OVERGANGSPERIODE

### 9.1 Utgangspunkter

Utvalget er bedt om å utarbeide forslag til lovbestemmelser som vil gi norske myndigheter hjemmel til å forestå en effektiv desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Forbudene mot hhv. konkurransebegrensende samarbeid (artikkel 53) og misbruk av markedsrett (artikkel 54) er gjennomført i norsk rett gjennom EØS-loven artikkel 1 som fastsetter at bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel skal gjelde som norsk lov. De materielle bestemmelsene er således allerede gjort til norsk lov.

En forutsetning for at norske myndigheter skal kunne håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 er at det eksisterer saksbehandlingsregler, herunder om informasjonsinnhenting, og sanksjonsregler for håndheving av reglene. Som det fremgår av kapittel 5.3.1 har ikke norske myndigheter hjemmel til å benytte sanksjoner mot overtredelser av forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 per i dag. Det er også tvilsomt om Konkurransetilsynet har tilstrekkelig hjemmel til å foreta informasjonsinnhenting for å avklare om det foreligger en overtredelse av forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54. Det er derfor nødvendig å utarbeide nye regler for at norske myndigheter skal kunne håndheve forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Ved utarbeidelsen av gjennomføringsbestemmelser kan det tas utgangspunkt i de bestemmelser som gjelder ved håndheving av den norske konkurranseloven eller de bestemmelser som gjelder for overvåkningsorganenes håndheving, eventuelt med enkelte tilpasninger. Videre kan det utarbeides egne bestemmelser.

Utgangspunktet i henhold til EØS-avtalen er at nasjonal håndheving av EØS-avtalens regler skal følge nasjonale prosessregler. Dette forhindrer likevel ikke at det kan fastsettes nasjonale særregler for håndheving av EØS-avtalens regler. Slike prosessuelle regler må imidlertid være ekvivalente med de regler som gjelder for håndheving av tilsvarende nasjonale ordninger.

Et alminnelig grunnsynspunkt for den nasjonale håndheving av fellesskapsregler er at ”de nationale myndigheder herved (skal) udvise lige saa stor omhu som i de lignende tilfælde, der udelukkende drejer sig om haandhaevlsen af nationale retsforskrifter af samme art”<sup>18</sup> og at beskyttelsen av rettigheter som følger av fellesskapsretten ikke må være mindre gunstig enn beskyttelsen av tilsvarende rettigheter etter nasjonal rett.<sup>19</sup>

Lovgivningen i de EU-statene som har hjemmel til å håndheve EF-traktaten artikkel 81 og 82 viser at desentralisert håndheving som hovedregel skjer i medhold av de samme reglene som kommer til anvendelse ved håndheving av nasjonal konkurranselovgivning. En slik løsning reiser få problemer i stater der den nasjonale konkurranseloven er utformet etter mønster av EF-reglene, og hvor det følgelig er mindre forskjeller i regelverket enn det er mellom norske regler og EØS-reglene.

På bakgrunn av ovennevnte er det utvalgets oppfatning at bestemmelser om nasjonal håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 bør baseres på de regler som gjelder ved håndheving av den norske konkurranseloven, men at det ikke vil være nødvendig å følge reglene for håndheving av nasjonale konkurranseregler fullt ut. Betenkeligheter ved den

---

<sup>18</sup> Se dom av 21. september 1983 Deutsche Milchkontor GmbH m.fl. mot Forbundsrepublikken Tyskland, forente saker 205-215/82, saml. 1983 s. 2633.

<sup>19</sup> Se blant annet dom av 17. juli 1997, GT-Link A/S mot De Danske Statsbaner (DSB), sak C 242/95, saml. 1997 I s. 4449.

løsning utvalget foreslår oppstår primært der hvor det er vesentlige forskjeller mellom de norske reglene og EØS-reglene. Der hvor materielle og prosessuelle regler avviker fra hverandre, har utvalget vurdert justeringer i de nasjonale reglene for håndheving av EØS-avtalens artikkel 53 og 54 ut fra hensynet til effektiviteten av håndhevingen og ut fra den rettsbeskyttelse reglene gir adressatene.

Den norske konkurranseloven skal revideres. Ettersom utvalget foreslår at norske saksbehandlingsregler og sanksjonssystem skal anvendes også ved håndheving av forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54, vil det ha som konsekvens at også reglene for desentralisert håndheving blir revidert. På denne bakgrunn har utvalget funnet det lite hensiktsmessig å utarbeide egne nasjonale regler for håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, som avviker sterkt fra reglene for håndheving av konkurranseloven. Når utvalget i hovedinnstillingen skal utarbeide forslag til ny konkurranselov, vil utvalget også ta hensyn til at disse skal sikre en effektiv desentralisert håndheving av forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Reglene for desentralisert håndheving som nå utarbeides forutsettes, på denne bakgrunn, kun å skulle gjelde i en overgangsperiode, frem til ny norsk konkurranselov vedtas.

Som redegjort for i kapittel 8 synes *økningen* i sakstilfanget som følge av innføring av desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 å være relativt begrenset. Utvalget har som nevnt estimert at hjemmel for desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 vil kunne medføre en økning på om lag fem saker per år for Konkurransetilsynet.

Av ovennevnte grunner har utvalget ikke funnet det formålstjenlig å foreta fullstendige drøftelser av de mer prinsipielle spørsmålene knyttet til håndheving av konkurransereglene, og som ikke er særegne for desentralisert håndheving av EØS-avtalens konkurranseregler. Utvalget har i denne delinnstillingen valgt å begrense drøftelsene til mulighetene for å anvende gjeldende norske regler ved desentralisert håndheving i en overgangsfase. Flere av de prinsipielle spørsmålene vil være sentrale i hovedutredningen. Utvalget forutsetter at de løsninger som foreslås i delinnstillingen ikke skal legge noen føringer på drøftelser, valg og anbefalinger i hovedinnstillingen.

Utvalget vil foreslå å innføre en generell hjemmel, etter svensk og dansk modell, der norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å anvende EØS-avtalen artikkel 53 og 54, som implementert i norsk lov gjennom EØS-loven, og med de begrensninger som følger av EØS-avtalen og ODA.

Forslagene og anbefalingen i denne innstillingen bygger i hovedsak på gjeldende EØS-regler. Moderniseringsprosessen og vedtakelse av ny gjennomføringsforordning vil kunne medføre behov for en ny gjennomgang av reglene for den nasjonale håndhevingen av EØS-reglene, uavhengig av utfallet av revisjonen av den norske konkurranseloven. Ettersom det på nåværende stadium kun foreligger et forslag til ny forordning, har utvalget funnet det vanskelig å komme med konkrete anbefalinger i forhold til moderniseringsprosessen. I den grad det synes hensiktsmessig og forsvarlig, har imidlertid utvalget likevel tatt moderniseringsforslaget i betraktning.

## **9.2 Oversikt over hva som behandles i kapittel 9**

Først vurderes reglenes saklige og geografiske virkeområde (9.3) samt de begrensningene i håndhevingskompetansen som følger av at det ikke er vedtatt gjennomføringsregler i EØS på enkelte område (9.4).

Deretter gjennomgås ulike saksbehandlingsregler i kapittel 9.5, herunder regler for kontradiksjon og partsinnsyn (9.5.2), klagers rettigheter og myndighetens mulighet til å avvise en klage (9.5.3), former for vedtak tilsynet eventuelt skal kunne treffe; vedtak om at forbudene ikke er overtrådt (9.5.4), adgangen til å gi individuelt unntak etter EØS-avtalen

artikkel 53 nr. 3 (9.4.5) og bruk av administrative skriv (9.5.6), samt regler om informasjonsinnhenting (9.5.7).

I kapittel 9.6 gjennomgås tiltak mot overtredelser av forbudene, herunder kompetanse til å treffe vedtak som pålegger foretak å opphøre med handlinger som er i strid med forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 (9.6.1), vedtak om å trekke tilbake fordelene av gruppeunntak (kapittel 9.6.2.) og om norske konkurransemyndigheter skal ha mulighet til å treffe vedtak om midlertidige beslutninger (9.6.3).

Hvilke sanksjoner som skal kunne ilegges ved overtredelse av forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 er behandlet i kapittel 9.7. Her drøftes eventuell kompetanse for norske myndigheter til å ilegge tvangsmulkt (9.7.1), vinningsavståelse (9.7.2) og straff (9.7.3).

Regler for overprøving og kontroll med eventuelle vedtak Konkurransetilsynets treffer som ledd i håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 drøftes i kapittel 9.8.

Kapittel 9.9 behandler regler for offentlighet og taushetsplikt.

I kapittel 9.10 omtales samarbeid med konkurransemyndigheter i andre stater.

Sivilrettslige konsekvenser og tidsbegrensende vedtak omtales kort i henholdsvis kapittel 9.11 og 9.12.

Kapittel 9.13 omhandler spørsmål om tilbakevirkning.

Utvalget har vurdert to alternativer for hvor i lovverket bestemmelser om desentralisert håndheving kan tas inn. Vurderingen av dette framgår i kapittel 9.14.

### **9.3 Virkeområde**

Utvalget er bedt om å utarbeide forslag til en effektiv desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Disse bestemmelsen er gjort til norsk rett gjennom EØS-loven. Utvalget legger til grunn at bestemmelsenes saklige og geografiske virkeområde defineres av EØS-avtalens virkeområde generelt og artikkel 53 og 54 spesielt. Varer som ikke er omfattet av EØS-avtalen, vil følgelig heller ikke være berørt av reglene for desentralisert håndheving.

Det ligger utenfor utvalgets mandat og kompetanse og foreslå endringer i virkeområdet til EØS-avtalen og dets enkelte bestemmelser.

### **9.4 Begrensninger i håndhevingskompetansen der det ikke er vedtatt gjennomføringsregler i EØS**

På tre områder er det ikke vedtatt regler som gir overvåkningsorganene hjemmel til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, selv om forbudene i utgangspunktet også gjelder på disse områdene. Det er tilfellet innenfor de tre transportområdene trampfar, maritim cabotage og lufttransport til tredjeland. Heller ikke i EU er det vedtatt regler som gir Kommisjonen kompetanse til å håndheve EF-traktaten artikkel 81 og 82 på disse tre områdene. EF-traktaten artikkel 84 fastsetter imidlertid at medlemsstatene har kompetanse til å anvende artikkel 81 og 82, i samsvar med egen lovgivning, når det ikke er gitt gjennomføringsregler på et område. Herunder skal de vurdere om vilkårene i EF-traktaten artikkel 81 nr 3 er oppfylt slik at forbudet i artikkel 81 nr. 1 likevel ikke er anvendelig. I utgangspunktet vil derfor medlemsstatene i EU kunne håndheve EF-traktaten artikkel 81 og 82 på disse tre områdene.

EØS-avtalen inneholder ingen bestemmelse tilsvarende EF-traktaten artikkel 84. I EØS-sammenheng omfattes derfor disse tre områdene av forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54, men ingen er gitt kompetanse til å håndheve dem. EØS-avtalen hindrer ikke at norske myndigheter gis kompetanse på disse områdene. Ettersom de regler utvalget her foreslår kun skal gjelde i en overgangsperiode, har utvalget funnet det mest hensiktsmessig at nasjonale myndigheter ikke får større kompetanse enn den overvåkningsorganene har. Utvalget vil

derfor foreslå at norske myndigheters ikke gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 på de områder der det ikke er vedtatt gjennomføringsregler. Utvalget vil komme tilbake til problemstillingen i hovedutredningen.

## **9.5 Saksbehandlingsregler**

### **9.5.1 Gangen i en sak – oversikt**

Både hos Konkurransetilsynet og hos overvåkningsorganene kan en sak starte på ulike måter. For det første kan en tredjepart, konkurrent eller kunde, klage til myndighetene. Videre kan myndighetene på eget initiativ ta en sak opp til nærmere vurdering. En sak kan videre bli tatt opp til behandling som følge av at partene i en avtale tar kontakt med myndighetene for å avklare om en avtale eller atferd er forenlig med reglene, eventuelt for å få dispensasjon fra disse. Som det fremgår av kapittel 4, bygger EØS-avtalens konkurranseregler på et forbudsprinsipp, mens konkurranseloven bygger på en kombinasjon av forbuds- og inngrepshjemler. Denne forskjellen påvirker hvilke former for håndheving hhv. overvåkningsorganene og norske konkurransemyndigheter forestår.

Overvåkningsorganenes håndheving skjer gjennom vedtak om at det ikke vil bli grepet inn mot en regulering (negativattest), dispensasjon fra forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 eller ved pålegg om å opphøre med en forbudt atferd, eventuelt kombinert med en administrativ bot. Konkurransetilsynets håndheving av konkurranseloven skjer i dag primært gjennom enkeltvedtak om å innvilge dispensasjon eller om inngrep mot hhv. konkurransebegrensende adferd og bedriftserverv. Håndheving av alvorlige overtredelser av forbudsbestemmelsene skjer etter norsk rett hovedsakelig av påtalemyndigheten etter straffeprosessuelle regler.

Utvalget anbefaler at gjeldende norske regler for håndheving av konkurranseloven i størst mulig utstrekning legges til grunn ved desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i overgangsperioden, frem til ny norsk lov er utarbeidet. Ettersom det er store forskjeller mellom EØS-reglene og den norske konkurranseloven, passer imidlertid ikke de norske håndhevingsreglene uten videre fullt ut for håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Todelingen i norsk rett av kompetansen til å håndheve konkurransereglene mellom Konkurransetilsynet og politiet og påtalemyndigheten som ikke gjenfinnes i EØS-reglene, medfører at det ikke uten videre er hensiktsmessig å anvende norske saksbehandlingsregler uten tilpasninger.

Grensen mellom Konkurransetilsynets kontrollvirksomhet og påtalemyndighetens etterforskningsvirksomhet vil for øvrig bli nærmere vurdert av utvalget i hovedutredningen ved utarbeidelse av ny norsk konkurranselov.

### **9.5.2 Partsrettigheter – kontradiksjon og partsinnsyn**

Det er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti i vår rettsorden at myndighetene ikke må ta avgjørelser uten at den berørte parten har fått anledning til å uttale seg og redegjøre for sitt syn. Parten skal derfor ha anledning til å gjøre seg kjent med det som legges frem i saken og skal få tid til å imøtegå synspunkter i sin disfavør.

Ved håndheving av den norske konkurranseloven trer disse rettighetene inn i medhold av forskjellig regelverk og dermed på forskjellig stadium i saksgangen, avhengig av hvilken form for håndheving og eventuelt sanksjonstype som er aktuelle. Når tilsynet vurderer inngrep eller å innvilge dispensasjon, kommer forvaltningslovens regler om saksforberedelse ved

enkeltvedtak til anvendelse. Det innebærer blant annet at parten skal varsles før vedtak treffes og at parten har rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter.

I saker der tilsynet vurderer hvorvidt det foreligger en overtredelse av forbudene er partenets rettigheter derimot begrenset så lenge tilsynet "etterforsker" saken. Når tilsynet vurderer hvorvidt det foreligger en overtredelse av konkurranselovens *forbudsbestemmelser* av en slik art at det er aktuelt å anmelde forholdet, gis verken parter eller andre innsyn i sakens dokumenter. Forberedelse av straffesaker under konkurranseloven anses ikke som et enkeltvedtak. Konkurranseloven § 6-3 inneholder en spesialbestemmelse om dokumentinnsyn i denne typen saker. Det fremgår her at *ingen* har krav på å gjøre seg kjent med opplysninger, dokumenter eller andre bevis i saker om overtredelse av konkurranseloven eller vedtak i medhold av loven som er innhentet etter §§ 6-1 eller 6-2. Dersom tilsynet utferdiger forelegg om vinningsavståelse, gjelder forvaltningslovens regler om partsoffentlighet først når tilsynet har utferdiget forelegget, jfr. § 6-3 i.f. Dersom saken anmeldes til påtalemyndigheten og den beslutter å iverksette forfølgning av saken, kommer de alminnelige regler om siktedes partsrettigheter til anvendelse på det tidspunkt da betingelsen for dette er tilstede, jfr. straffeprosessloven § 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 alvorlige overtredelser av forbudene.

EØS-avtalen artikkel 53 og 54 er forbudsbestemmelser. Som utvalget kommer tilbake til i kapittel 9.6.1, vil utvalget foreslå at norske konkurransemyndigheter skal kunne pålegge foretak å opphøre med atferd som strider mot forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54. Dette innebærer at saker som behandles etter bestemmelsene, vil kunne bli behandlet både som saker om forberedelse av vedtak om nedleggelse av forbud, og som saker om etterforskning med sikte på anmeldelse av et straffbart forhold.

Slik rettstilstanden er i dag, vil alvorlige brudd på forbudene i konkurranseloven §§ 3-1 til 3-3, bli behandlet etter reglene for straffesaker, mens saker om misbruk av markedsrett vil bli behandlet som inngrepssaker etter forvaltningsrettslige regler. Dersom alle saker etter EØS-avtalen artikkel 54, som i dag behandles etter konkurranseloven § 3-10, går over til å behandles etter reglene om straffesaker, vil det i praksis kunne føre til en endring i partens stilling med hensyn til tidspunktet for retten til innsyn i forhold til hvordan sakene i dag behandles av tilsynet.

Det er grunn til å tro at mange saker om misbruk av markedsrett også i fremtiden vil bli behandlet med sikte på å treffe vedtak. På denne bakgrunn vil den praktiske betydning av nasjonal håndheving av EØS-avtalen artikkel 54 måtte få, i alle fall i en overgangsperiode, knytte seg til vedtakssaker, og ikke først og fremst saker som etterforskes med sikte på anmeldelse. I en overgangsperiode synes det derfor mest hensiktsmessig å behandle saker etter EØS-avtalen artikkel 54 etter reglene for forvaltningssaker, og ikke for straffesaker. Ved norske myndigheters håndheving av EØS-avtalen artikkel 54 anbefaler utvalget at forvaltningslovens regler derfor skal gjelde. På denne bakgrunn vil utvalget foreslå at konkurranseloven § 6-3 ikke får anvendelse ved håndheving av EØS-avtalen artikkel 54.

Skulle det komme inn saker etter EØS-avtalen artikkel 54 som er av en slik karakter at en etterforskning med sikte på reaksjoner er aktuelt, kan innsyn etter forvaltningsrettslige regler skade mulighetene for en effektiv etterforskning og oppklaring av saken. Norske myndigheter kan motvirke dette ved å overlate disse sakene til ESA, som behandler dem etter EØS-avtalens regler, eller ved å anmelde forholdet til påtalemyndigheten. Utvalget antar at det er en praktisk løsning i en overgangsperiode. Utvalget vil påpeke at oversendelse til ESA i slike saker bør gjøres på et tidlig stadium av saksbehandlingen. Under enhver omstendighet

bør ikke konkurransemyndighetene ved å ta spørsmålet om oversendelse til ESA opp til vurdering kunne utelukke partenes innsynsrett etter forvaltningsloven over en lengre periode.

Som utvalget kommer tilbake til i kapittel 9.6.1, vil utvalget foreslå at norske konkurransemyndigheter skal kunne pålegge foretak å opphøre med atferd som strider mot forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54. For å ivareta partenes grunnleggende rettigheter til å bli hørt og til innsyn i slike saker, er det nødvendig å gjøre ytterligere tilpasninger i regelverket i forhold til ovennevnte utgangspunkt. Utvalget foreslår at konkurransemyndighetene må varsle partene før det treffes et vedtak som pålegger berørte parter å opphøre med en bestemt atferd som anses i strid med EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 eller 54. Senest når slikt varsel sendes, skal parten gis innsyn i sakens dokumenter i saker etter EØS-avtalen artikkel 53.

Utvalget vil presisere at det på det nåværende tidspunkt ikke har tatt stilling til i hvilke tilfeller det prinsipielt sett bør reageres med straff og i hvilke tilfeller man bør ha forvaltningsrettslige reaksjoner ved brudd på konkurranselovgivningen. Utvalget har heller ikke tatt stilling til hvilke regler som bør gjelde blant annet for innsyn i behandlingen av hhv. straffesaker og forvaltningssaker i forvaltningen. Utvalget vil som nevnt ta stilling til disse prinsipielle spørsmål i sin hovedutredning.

### 9.5.3 "Klagers" rettigheter/avvisningsadgangen

Det er ikke uvanlig at en sak om overtredelse av konkurransereglene starter etter en klage fra en som følger seg skadelidende som følge av en påstått konkurranseskadelig atferd. Som nevnt i kapittel 7.4 gjelder et opportunitetsprinsipp i forhold til Kommisjonens og ESAs behandling av klager. Dette innebærer at en som mener seg berørt av en konkurranseskadelig atferd ikke har noe krav på at myndighetene tar saken opp til behandling, men at overvåkningsorganene kan prioritere hvilke "klagesaker" de vil ta opp blant annet ut fra ressursituasjon, viktighet og nytte. Overvåkningsorganene har imidlertid plikt til å begrunne hvorfor en klage ikke tas til følge og gi klager frist til å gi uttrykk for sitt syn skriftlig. I tillegg har klager krav på å få en endelig beslutning om at klagen er avvist. Denne beslutningen kan bringes inn for domstolen. Se kapittel 4.6 for en nærmere redegjørelse for overvåkningsorganets plikt til å behandle innkomne klager og klagers rettigheter.

Etter den norske konkurranseloven har en som føler seg skadelidende på grunn av konkurransebegrensende atferd ikke krav på at klagen blir underkastet en realitetsvurdering. Konkurransetilsynets avgjørelse om ikke å ta saken opp til behandling er ikke et enkeltvedtak og er derfor ikke gjenstand for klage.

Utvalget vil foreslå at EØS-avtalens regler legges til grunn for så vidt gjelder klagers rettigheter og myndighetens plikt til å behandle anmodninger om å vurdere hvorvidt det foreligger en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 eller 54. Det innebærer at tilsynet, på samme måte som overvåkningsorganene, vil være forpliktet til nøye å vurdere de rettslige og faktiske omstendigheter som den klagende part fremfører. Videre må tilsynet, før det eventuelt kan avvise klagen, sende klager et brev der det redegjøres for de faktiske og/eller rettslige omstendigheter som begrunner hvorfor tilsynet har til hensikt å avvise klagen. Først når tilsynet har mottatt virksomhetens merknader til dette brevet, eller fristen for å inngi kommentarer er utløpt, kan det treffes endelig beslutning om avvisning av klagen. Klager vil ha krav på en endelig beslutning om dette. Denne beslutningen kan påklages til departementet, som tar stilling til om tilsynet var berettiget til å avvise klagen.

Som et alternativ til å klage til Konkurransetilsynet på et foretaks opptreden i markedet, kan berørt "klager" også reise søksmål for domstolene og i en sak mellom denne og vedkommende foretak, få avgjort om forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 er overtrådt

eller ikke. Dette følger allerede av dagens rettstilstand og utvalget foreslår ingen endringer i dette.

#### 9.5.4 Vedtak om at et samarbeid ikke rammes av artikkel 53 nr.1 eller 54 (negativattest)

Overvåkingsorganene kan, etter anmodning, treffe formelt vedtak om at et samarbeid ikke rammes av forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 eller 54. Den norske konkurranseloven inneholder ingen tilsvarende hjemmel for myndighetene til å treffe formelt vedtak om at et forbud ikke er overtrådt. Dersom tilsynet skal kunne treffe formelt vedtak om at et forhold ikke omfattes av forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 eller 54, krever det vedtakelse av slik hjemmel. I så fall må det også vurderes om det er behov for bestemmelser for utforming av slike anmodninger.

Dersom det søkes om dispensasjon fra forbudene i konkurranseloven, og Konkurransetilsynet finner at samarbeidet ikke er i strid med forbudsbestemmelsene, slik at det ikke er nødvendig med dispensasjon, blir partene meddelt dette i et brev, uten at det treffes noe formelt vedtak. Tilsynet har også en generell veiledningsplikt, herunder om forbudenes rekkevidde, jfr. forvaltningsloven §11.

Utvalget ser at foretakene kan ha behov for en avklaring fra myndighetene med hensyn til om et samarbeid eller en atferd er i strid med reglene eller ikke. Sett fra foretakenes side ville det derfor være en fordel om de kunne be tilsynet om et formelt vedtak der tilsynet erklærer at forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54 ikke er overtrådt. Det vil blant annet kunne bedre partenes sikkerhet ved større investeringer i samarbeidsprosjekter.

En slik erklæring vil imidlertid ha begrenset verdi siden den ikke vil være bindende for andre konkurransemyndigheter, overvåkingsorganene eller domstoler. I tillegg stiller utvalget seg tvilende til om et slikt vedtak vil være et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand ettersom vedtaket i seg selv ikke gir rettigheter eller plikter utover det som alt følger av loven selv.

Utvalget har videre merket seg at Kommisjonen, i forslag til ny forordning, ikke har foreslått å videreføre ordningen med at foretakene kan kreve at overvåkningsorganene treffer vedtak om at det ikke foreligger en overtredelse (negativattest).

Etter en samlet vurdering har utvalget på bakgrunn av ovennevnte kommet til at det på nåværende tidspunkt ikke vil foreslå regler som pålegger tilsynet en plikt til å treffe vedtak om at et samarbeid eller en atferd ikke er i strid med forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Myndighetene vil imidlertid være underlagt den alminnelige veiledningsplikten etter forvaltningsloven § 11. Formålet med veiledningsplikten er å gi parter og andre interesserte adgang til å ivareta sine interesser i bestemte saker på best mulig måte. Omfanget av Konkurransetilsynets veiledningsplikt må som utgangspunkt skje ut fra en avveining mellom sakens karakter, behovet for veiledning og den tid som står eller bør stå til rådighet. En slik veiledning vil ikke være juridisk bindende. Konkurransemyndighetene kan også gå lenger enn den rene veiledningsplikt om regelverk og praksis, ved å gi forhåndstilsagn eller forhåndsvedtak innenfor de skranker den alminnelige forvaltningsrett setter for dette. I konkurranseloven er det ingen egen bestemmelse om forhåndstilsagn. Det forrige konkurranselovutvalget foreslo å innta en bestemmelse der ervervsdrivende kunne anmode om forhåndstilsagn om enkeltvedtak.<sup>20</sup> Departementet mente at veiledningsplikten langt på vei ville dekke de ervervsdrivendes reelle behov for forutberegnelighet og foreslo ikke en egen bestemmelse om muligheten for å be om forhåndstilsagn. Selv om foretakenes kontakt med Konkurransetilsynet med tanke på forhåndsgodkjenning av et samarbeid ikke har resultert i

---

<sup>20</sup> Se NOU 1991:27 pkt 12.13.1 s. 174 flg.

vedtak fra myndighetenes side, vil den avklaring som er søkt kunne bli tillagt betydning i vurderingen av om foretakene har opptrådt uaktsomt i en eventuelt etterfølgende strafferettslig eller sivilrettslig tvist. Utvalget vil komme tilbake til disse spørsmål i hovedutredningen.

#### 9.5.5 Individuell dispensasjon

Overvåkningsorganene har etter gjeldende rett eksklusiv kompetanse til å innvilge individuell dispensasjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.<sup>21</sup> På nåværende tidspunkt er det derfor ikke aktuelt å foreslå at norske myndigheter gis kompetanse til å treffe vedtak om at forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 ikke er anvendelig fordi vilkårene i artikkel 53 nr. 3 er oppfylt.

Kommisjonens forslag til ny forordning legger opp til at også EF-traktaten artikkel 81 nr. 3, som tilsvarer EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, skal være direkte anvendelig, og at overvåkningsorganene ikke lenger alene skal ha kompetanse til å vurdere om vilkårene i EF-traktaten artikkel 81 nr. 3/EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 er oppfylt. Dette har påvirket utvalgets anbefaling for utforming av en norsk hjemmel til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Utvalget vil foreslå at hjemmelsbestemmelsen utformes slik at norske myndigheter får kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, og ikke bare forbudet i artikkel 53 nr. 1 og 54, dog slik at det uttrykkelig fastsettes at denne kompetansen gjelder med de begrensninger som følger av EØS-avtalen og ODA. Et slikt forslag vil ikke komme i konflikt med våre gjeldende forpliktelser etter EØS-avtalen, samtidig som det i større grad tar høyde for de endringer som synes å komme som følge av moderniseringsprosessen.

#### 9.5.6 Bruk av administrative skriv (comfort letter).

Kommisjonen avslutter mange saker ved såkalte *administrative skriv* (comfort letter). De er ikke formelle vedtak og har vært benyttet av Kommisjonen og ESA blant annet for å redusere saksbehandlingstiden. Disse kan gi uttrykk for at samhandelen ikke er påvirket, slik at reglene ikke kommer til anvendelse, at faktum ikke tilsier at forbudet er overtrådt eller at faktum tilsier at vilkårene for unntak er oppfylt. Som det fremgår ovenfor, vil ikke utvalget foreslå at norske myndigheter skal få hjemmel til å utstede såkalt negativattest eller til å innvilge unntak i forbindelse med håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Det er derfor ikke behov for å vurdere om tilsynet skal kunne benytte seg av administrative skriv i stedet for å treffe formelt vedtak i slike saker. Der samhandelen ikke er påvirket, vil myndigheten treffe en avgjørelse om å avvise saken med den begrunnelse av samhandelen ikke er påvirket.

#### 9.5.7 Informasjonsinnhenting

For å kunne ta stilling til om et forbud er overtrådt, er myndighetene avhengig av å få tilgang til informasjon som normalt er i de ervervsdrivendes besittelse. Konkurransetilsynets informasjonsinnhentings- og bevissikringshemler finnes i konkurranseloven §§ 6-1 og 6-2. Disse suppleres av forskrift om opplysningsplikt, granskning, bevissikring og behandling av overskuddsinformasjon av 31. mai 1995 nr. 511.

---

<sup>21</sup> Jfr. ODA protokoll 4 del I kapittel II artikkel 9 nr.1.

#### 9.5.7.1 Konkurranseloven § 6-1 – opplysningsplikten

Utvalget foreslår at opplysningsplikten som følger av konkurranseloven § 6-1 gis anvendelse også ved desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Utvalget har vurdert om det bør gjøres tilpasninger i § 6-1 ved desentralisert håndheving ut fra hensynet til vernet mot selvinkriminering. I henhold til konkurranselovens forarbeider gir ikke bestemmelsene om fritak for vitneplikt under rettergang grunnlag for å nekte å etterkomme pålegg om opplysningsplikt etter konkurranseloven § 6-1.<sup>22</sup> Ifølge Høyesteretts uttalelse ”har det lenge vært anerkjent at opplysningsplikten på kontrollstadiet gjelder uten de begrensninger som straffeprosessloven oppstiller når straffesak er reist”, se Rt. 1994 s 610 (Bølgepappsaken). Av dette synes å følge at det etter gjeldende norsk rett i konkurransesaker ikke gjelder noe forbud mot selvinkriminering før saken anmeldes til politiet, alternativt før politiet starter sin etterforskning. Utvalget vurderer ikke i denne omgang om EMK tilsier en annen vurdering av dette spørsmålet i dag.

I Orkem-saken viste EF-domstolen til at visse prosessuelle rettsgarantier (right of defence) er å anse som et generelt prinsipp i EF-retten.<sup>23</sup> På bakgrunn av dette prinsippet synes EF-domstolen å utlede at Kommisjonen ikke kan tvinge et foretak til å svare på spørsmål som innebærer en tilståelse av å ha begått en rettsstridig handling. Unntaket fra opplysningsplikten og således beskyttelsesnivået synes følgelig høyere i EØS-retten enn etter norsk rett.

Som det vil bli redegjort for i kapittel 9.7.3, vil utvalget foreslå at det i overgangsperioden ikke skal være personlig straffeansvar ved desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Spørsmålene rundt selvinkriminering får dermed vesentlig mindre betydning. Utvalget foreslår likevel at EØS-rettens regler om selvinkriminering legges til grunn ved håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Når det gjelder det nærmere innholdet av disse reglene, vises det til EF-domstolens praksis.

Utvalget presiserer imidlertid at det ikke har foretatt noen realitetsdrøftelse av spørsmålene knyttet til selvinkrimineringsprinsippet og at forslagene i denne delinnstillingen ikke foregriper de konklusjoner utvalget måtte komme til i hovedutredningen når spørsmålene underkastes en vurdering i større bredde og i sammenheng med vurdering av reglene om håndheving av lovens forbudsbestemmelser.

#### 9.5.7.2 Konkurranseloven § 6-2 - bevissikring

Utvalget foreslår at konkurranseloven § 6-2 om bevissikring i utgangspunktet også gis anvendelse ved desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

##### *i Kontroller i private hjem*

Med hjemmel i konkurranseloven § 6-2 kan Konkurransetilsynet kreve adgang både til foretakets eiendom og til private hjem dersom tilsynet har mistanke om at det kan finnes bevismateriale der. EØS-reglene gir i dag ikke en slik adgang til å søke etter bevis i private hjem. Konkurranselovens bevissikringshjemmel er følgelig mer omfattende enn EØS-avtalens hjemmel for å søke etter bevis. Utvalget har på denne bakgrunn vurdert om det bør gjøres begrensninger i kompetansen etter konkurranseloven § 6-2 ved desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Erfaring har vist at ansatte i foretak som overtrer forbudene oppbevarer dokumentbevis i privat bolig. Det er bakgrunnen for at Kommisjonen i forslag til ny rådsforordning har foreslått å endre reglene for bevissikring slik at også Kommisjonen får kompetanse til å

<sup>22</sup> Se Ot. prp. nr. 41 (1992-1993) s. 112-113.

<sup>23</sup> Se dom av 18. oktober 1989, Orkem mot Kommisjonen, sak 374/87, saml. 1989 s 3283, premiss 32 flg.

foreta kontroller i private hjem. Effektivitetshensyn kan derfor tilsi at det bør være adgang til å foreta kontrollbesøk også i private hjem, når det er rimelig grunn til å anta at man kan finne bevis for overtredelse der.

Som nevnt i kapittel 9.1 legger utvalget til grunn at regler for nasjonal håndheving av EØS-reglene må være ekvivalente med de regler som gjelder ved håndheving av tilsvarende nasjonale regler.<sup>24</sup> Reglene må være ekvivalente både når det gjelder håndhevingens effektivitet og den rettsbeskyttelse reglene gir adressaten.

Det kan argumenteres med at bevissikringshjemmelen vil være mindre effektiv ved desentralisert håndheving enn den er ved håndheving av den norske konkurranseloven dersom konkurranseloven § 6-2 ikke skal gjelde fullt ut ved håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Problemstillingen er kun aktuell i forhold til artikkel 53, og da bare i den grad det er sammenfall mellom artikkel 53 og konkurranseloven §§ 3-1 til 3-3, siden konkurranseloven § 6-2 kun gjelder ved overtredelse av lovens forbudsbestemmelser, og konkurranseloven ikke inneholder noe forbud mot misbruk av markedsrett. Ved vurderingen av om det foreligger misbruk av markedsrett, som tilsynet eventuelt vil gripe inn mot med hjemmel i konkurranseloven § 3-10, har tilsynet kun informasjonsinnhentingshjemmelen i lovens § 6-1 til disposisjon.

Det å søke etter bevis i private boliger er etter utvalgets oppfatning et så alvorlig inngrep i den private sfære at en slik hjemmel ikke bør innføres uten en grundig vurdering. Det gjelder desto mer siden forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 favner videre enn forbudene i konkurranseloven, samtidig som hjemmelen i § 6-2 er begrenset til håndheving av lovens forbud. Dersom § 6-2 skulle anvendes uavkortet ved desentralisert håndheving, ville tilsynets adgang til å søke etter bevis i private boliger blitt utvidet i forhold til i dag.

Etter en samlet vurdering er utvalget kommet til at adgangen til å foreta bevissikring ved håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i overgangsperioden bør innskrenkes slik at det ikke kan foretas bevissikring i privat bolig. Utvalget presiserer at Konkurransetilsynet fremdeles vil kunne foreta hjemmebesøk ved håndheving av konkurranseloven slik at effektiviteten av kontrollen med skadelige konkurransebegrensninger ikke vil bli svekket som følge av utvalgets forslag i forhold til dagens situasjon.

Utvalget vil også presisere at det ikke i delinnstillingen har foretatt noen endelig realitetsdrøftelse og avveining av hvorvidt norske konkurransemyndigheter bør ha adgang til å foreta bevissikring i private boliger eller ikke. Utvalget legger til grunn at ovennevnte anbefaling ikke vil legge føringer eller begrensninger på de vurderinger utvalget vil foreta i hovedutredningen når det gjelder adgangen til og omfanget av regler for bevissikring.

## *ii Avgrensning av kontrollundersøkelsens gjenstand – kontradiksjon*

En beslutning fra forhørsretten om bevissikring er normalt kortfattet og inneholder kun en anvisning på hvilke foretak det er gitt tillatelse til bevissikring hos, på hvilke adresser det er gitt tillatelse til bevissikring og hvilke bestemmelser i konkurranseloven man mistenker at foretaket har overtrådt. Vanligvis vil samtlige forbudsbestemmelser være nevnt. Hva mistanken mer konkret går ut på vil normalt ikke fremgå av beslutningen. Begjæring om bevissikring unntas vanligvis fra offentlighet i medhold av offentlighetsloven § 6 nr. 2 c. Normalt gis heller ikke partene innsyn i begjæringen. Når tilsynet er på kontroll, vil de i praksis derfor kunne ta med for granskning alle dokumenter de finner som tilsi at det foreligger en overtredelse av forbudsbestemmelsene, uten at foretakene informeres om hva de mer konkret er mistenkt for.

---

<sup>24</sup> Se blant annet dom av 10. juli 1990, Anklagemyndigheten mot Hansen & Søn I/S, sak C-326/88, saml. 1990 I s. 2911 premiss 17 flg.

EØS-reglene synes å oppstille strengere vilkår og begrensninger for gjennomføring av kontroller enn tilsynets hjemmel for bevissikring etter § 6-2. Det gir foretaket som er gjenstand for kontrollbesøk bedre muligheter for å ivareta sine rettigheter og til å imøtegå innsigelser fra overvåkningsorganene. Det kan på denne bakgrunn reises spørsmål om samme begrensninger med hensyn til kontrollens gjenstand bør gjelde ved desentralisert håndheving.

Utvalget har etter en samlet vurdering funnet at partenes rett til å bli informert og til å imøtegå myndighetenes påstander om overtredelse av forbudene vil bli tilstrekkelig godt ivaretatt på et senere stadium av saken, etter straffeprosessuelle regler. Utvalget mener derfor at nåværende norske løsning kan legges til grunn i en overgangsordning. Utvalget vil imidlertid komme nærmere tilbake til problemstillingen i hovedutredningen.

### *iii Begrensning i beslagsretten – advokatprivilegiet*

Utvalget legger til grunn at beskyttelsesnivået for korrespondanse mellom klient og advokat er minst like høyt etter norsk rett som etter EØS-retten. På denne bakgrunn mener utvalget at det ikke er prinsipielle betenkeligheter ved å anvende nasjonale regler på dette punkt, og utvalget har derfor ikke foreslått særregler.

## **9.6 Tiltak mot overtredelser av forbudene**

### **9.6.1 Pålegg om at overtredelse av forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 må opphøre**

Dersom Kommisjonen og ESA fastslår at EØS-avtalen artikkel 53 eller 54 er overtrådt, kan overvåkningsorganene treffe vedtak som pålegger vedkommende part å bringe overtredelsen til opphør. Konkurransetilsynet har ingen tilsvarende hjemmel i konkurranseloven til å pålegge foretak å opphøre med en forbudt atferd. Ved mindre grove overtredelser sender Konkurransetilsynet brev til partene der tilsynet redegjør for forbudet, at tilsynet anser dette overtrådt og der partene oppfordres til å opphøre med overtredelsen (såkalte innskjerpingsbrev). Disse brevene har imidlertid ingen rettsvirkninger. Et avslag på dispensasjon vil indirekte også medføre et pålegg om å opphøre med atferden dersom denne var iverksatt før dispensasjon eventuelt er innvilget. Alternativene for tilsynet er enten å gripe inn med hjemmel i § 3-10 eller å anmelde saken, eventuelt kan tilsynet utferdige forelegg på vinningsavståelse.

Utvalget mener at å pålegge foretak å bringe overtredelser av forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 til opphør er et så sentralt virkemiddel i håndhevingen av disse reglene at norske konkurransemyndigheter bør få kompetanse til å treffe slike vedtak. Et slikt pålegg vil være å anse som et enkeltvedtak. Forvaltningslovens bestemmelser om saksforberedelse ved enkeltvedtak vil derfor komme til anvendelse, i tillegg til alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Som nevnt i kapittel 9.5.2 krever innføring av en slik kompetanse at det gjøres tilpasninger i spesialreglene om unntak for dokumentinnsyn i konkurranseloven § 6-3 som er foreslått å gi tilsvarende anvendelse ved desentralisert håndheving.

### **9.6.2 Vedtak om å trekke tilbake fordelene av gruppeunntak**

Gruppeunntaket for vertikale avtaler åpner i artikkel 7, for at nasjonale konkurransemyndigheter på bestemte vilkår skal kunne vedta at bestemte foretak ikke skal nyte godt av et gruppeunntak (heretter kalt å trekke tilbake fordelene av et gruppeunntak).<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Kommisjonsforordning 2790/1999 av 22. desember 1999. Implementert i EØS-avtalen ved vedtak i EØS-komiteen nr 18/2000 av 28. januar 2000 og i norsk rett ved forskrift av 31. januar 2000 nr. 106.

Det har, i flere medlemsstater, vært spørsmål om en kompetanse til å trekke tilbake fordelene av et gruppeunntak forutsetter at vedkommende nasjonale myndighet har fått kompetanse i nasjonal lovgivning til å forestå en desentralisert håndheving av EF-traktaten artikkel 81 og 82. Dersom Konkurransetilsynet får hjemmel til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, vil dette uansett ikke skape problemer for Norges vedkommende.

Det har vært hevdet at en kompetanse for myndigheten til å trekke tilbake fordelene av et gruppeunntak er så vidt inngripende for de foretak som i utgangspunktet er omfattet av gruppeunntaket at denne kompetansen bør fremgå av formell lov, og ikke bare i forskriftshjemmel. Etter utvalgets oppfatning vil et slikt vedtak kun gjenopprette den rettstilling som følger av forbudet i EØS-avtalen artikkel 53. Hensynet til foretakene kan derfor ikke være tungtveiende i denne forbindelse. Utvalget vil dessuten påpeke at foretakene i alle år har måttet leve med muligheten for at det kompetente overvåkningsorgan trekker tilbake fordelene av et gruppeunntak, hvilket i norsk lovgivning kun har fremkommet gjennom forskrift.

Når det skal utarbeides regler for håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, mener imidlertid utvalget at det kan være hensiktsmessig om alle former for håndheving som norske myndigheter skal kunne forestå fremgår i lovbestemmelsen.

Tilbaketrekning av fordelene av et gruppeunntak, skal skje i henhold av nasjonale saksbehandlingsregler.<sup>26</sup> Forvaltningsloven vil derfor komme til anvendelse når norske konkurransemyndigheter ønsker å trekke tilbake fordelene av et gruppeunntak. 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.

I artikkel 29 i forslag til ny forordning om gjennomføring av konkurransereglene, foreslår Kommisjonen å gi nasjonale konkurransemyndigheter en generell kompetanse til å trekke tilbake fordelene av et gruppeunntak i enkelttilfeller innenfor vedkommende stats territorium. Nasjonale konkurransemyndigheter vil ha særlig gode forutsetninger for å foreta en vurdering av om en konkret avtale, som omfattes av et gruppeunntak, allikevel ikke oppfyller vilkårene for unntak i artikkel 53 nr. 3 på vedkommende stats territorium. Dersom vilkårene for unntak ikke er oppfylt bør ikke foretaket nyte fordelene av et gruppeunntak, som nødvendigvis er generelt utformet. Utvalget mener at denne muligheten for nasjonale myndigheter til å trekke tilbake fordelene av et gruppeunntak er viktig med tanke på sikre en effektiv konkurranse i det nasjonale markedet.

Utvalget mener på denne bakgrunn at det bør innføres en lovhjemmel som gir norske myndigheter kompetanse til å trekke tilbake fordelene av gruppeunntak i den utstrekning EØS-avtalen åpner for dette.

### 9.6.3 Midlertidig beslutning

EF-domstolen har slått fast at overvåkningsorganene på bestemte vilkår kan treffe midlertidig vedtak som pålegger et foretak å opphøre med en "antatt" forbudt atferd. Denne kompetansen er foreslått kodifisert i artikkel 8 i forslag til ny forordning. Konkurranseloven inneholder ingen tilsvarende bestemmelser for så vidt gjelder overtredelser av forbudsbestemmelsene. Ved lov av 5. mai 2000 nr. 35 fikk imidlertid tilsynet hjemmel til å forby gjennomføringen av et bedriftserverv mens dette er til vurdering i tilsynet, jfr. konkurranseloven § 3-11 fjerde ledd.

Muligheten for tilsynet til å treffe midlertidig vedtak vil bli vurdert av utvalget i

---

<sup>26</sup> Se Kommisjonens retningslinjer for vertikale restriksjoner, EFT C 291/1 av 13.10.2000 der det i punkt 78 presiseres at nasjonale vedtak om tilbaketrekning av gruppeunntaket treffes etter de prosedyrer som er fastsatt i nasjonal lovgivning.

hovedinnstillingen. Ettersom Konkurransetilsynet ikke har en slik kompetanse i forhold til reglene om atferdsregulering etter gjeldende rett, mener utvalget det er mer hensiktsmessig å utsette vurderingen av muligheten for å treffe vedtak om midlertidig tiltak ved håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 til hovedutredningen.

En part vil uansett kunne henvende seg til domstolen for å få en midlertidig forføyning etter gjeldende regler.

## 9.7 Sanksjoner

Sanksjoner er viktig for å sikre etterlevelse av reglene. Ved overtredelser av EØS-avtalens forbud i artikkel 53 nr. 1 og 54 kan overvåkningsorganene ilegge administrative bøter. Etter den norske konkurranseloven er hovedregelen at tilsynet anmelder forholdet til påtalemyndigheten, og at påtalemyndigheten og domstolen ilegger sanksjoner for overtredelser, i henhold til straffeprosessuelle regler. Konkurranseloven inneholder bestemmelser om tre ulike former for sanksjoner: § 6-4 tvangsmulkt, § 6-5 vinningsavståelse og § 6-6 straff. Utvalget har vurdert hvorvidt disse bestemmelsene bør gjelde fullt ut også ved desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Utvalget skal gjennomgå konkurranselovens sanksjonssystem i hovedutredningen og eventuelt foreslå nye regler. Utvalget vil da også ta hensyn til at disse skal benyttes ved desentralisert håndheving. På denne bakgrunn har ikke utvalget gått inn i alle prinsipielle problemstillinger i delinnstillingen, men begrenset drøftelsen til de spørsmål som synes nødvendig å løse for at norske sanksjonsregler eventuelt skal kunne anvendes i en overgangsfase.

### 9.7.1 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. Konkurransetilsynet har benyttet denne hjemmelen i to saker der tilsynet mente at partene ikke hadde etterlevet vedtak truffet i medhold av § 3-10.

Også etter EØS-retten er det anledning til å ilegge tvangsmulkt.<sup>27</sup> Overvåkningsorganene kan ilegge foretak tvangsmulfter fra 50 til 1000 Euro per dag, blant annet for å tvinge foretaket til å bringe til opphør en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 eller artikkel 54.<sup>28</sup> I perioden fra 1972 og frem til i dag har Kommisjonen truffet ni vedtak om tvangsmulkt. De fleste vedtakene dreier seg imidlertid om annet enn å gjennomtvinge et forbudsvedtak. Tvangsmulktens størrelse er forholdsvis lik etter norsk rett og etter EØS-retten. EØS-reglene og norsk rett synes på denne bakgrunn relativt like. Utvalget mener derfor at konkurranseloven § 6-4 bør kunne anvendes tilsvarende ved desentralisert håndheving.

For å kunne ilegge tvangsmulkt etter § 6-4 må det som nevnt foreligge et enkeltvedtak. Som redegjort for i kapittel 9.6.1, vil utvalget foreslå at norske konkurransemyndigheter gis hjemmel til ved enkeltvedtak å påby en part å opphøre med en atferd som myndigheten finner er i strid med EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54. Utvalget mener at et slikt pålegg bør kunne

<sup>27</sup> ODA protokoll 4 del I kapittel II artikkel 16, som tilsvarende rådsforordning 17/62 artikkel 16, implementert i norsk rett ved forskrift om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen m.v. av 4. desember 1992 nr. 966 kap. II artikkel 16.

<sup>28</sup> Det kan også ilegges tvangsmulkt for å tvinge et foretak til å gi fullstendige og korrekte opplysninger som ESA har krevd og for å tvinge foretak til å underkaste seg kontroll fra ESA. Etter norsk rett er brudd på opplysningsplikten straffesanksjonert. Euroen har en kurs på 8,2 NOK (per 1. mars 2001), dvs. at det kan ilegges tvangsmulfter fra 410 til 8.200 NOK.

suppleres med tvangsmulkt. Det vil etter utvalgets oppfatning gi norske myndigheter muligheten til raskt å stoppe pågående overtredelser av forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54.

### 9.7.2 Vinningsavståelse

Konkurranseloven § 6-5 gir Konkurransetilsynet hjemmel til å utferdige forelegg på vinningsavståelse der det er oppnådd vinning ved overtredelse av lovens forbud eller vedtak i medhold av loven. Konkurransetilsynet har aldri benyttet hjemmelen i § 6-5.

Foreleggets adressat kan være enhver som vinningen har tilfalt, uavhengig av om denne er en annen enn lovovertrederen. Vinningsavståelse er ikke en strafferettslig sanksjon. Der forelegget ikke vedtas, må tilsynet reise sak etter alminnelige sivilprosessuelle regler.

Utvalget kan ikke se noen større betenkeligheter ved å la regelen om vinningsavståelse få anvendelse ved overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54, til tross for at EØS-retten ikke har en tilsvarende bestemmelse.

### 9.7.3 Straff

Konkurranselovens sanksjonssystem er strafferettslig. Den som overtrer lovens forbud eller vedtak etter konkurranseloven §§ 3-10 eller 3-11 straffes med bøter eller fengsel, jfr. § 6-6. Strafferammen er tre år og seks år under skjerpene omstendigheter. Både fysiske og juridiske personer kan straffes, jfr. straffeloven § 48a. Det finnes flere tilfeller der fysiske personer er idømt personlig straffansvar i form av bøter for brudd på konkurranselovens forbud. Der straff er aktuelt, vil tilsynet anmelde forholdet til påtalemyndigheten. Dersom påtalemyndigheten finner at straffbarhetsbetingelsene er til stede, utferdiger den forelegg, hvor den/de skyldige blir ilagt bøter og eventuelt også inndragning. Dersom de ervervsdrivende nekter å vedta foreleggene, blir saken sendt til domstolen til pådømmelse. I saker etter konkurranseloven kommer de alminnelige reglene om utmåling av bøtestraff til anvendelse. Den høyeste boten som er ilagt et foretak for brudd på konkurranseloven er kr. 13,5 millioner. Hittil er fengselsstraff ikke benyttet.

Brudd på EØS-avtalen artikkel 53 og 54 kan straffes med administrative bøter. Det er kun foretakene som kan ilegges sanksjoner, ikke fysiske personer. Bøtene ilegges av overvåkningsorganene ESA og Kommisjonen. ESA kan ved vedtak ilegge foretak og sammenslutninger av foretak bøter fra 1000 til 1 million Euro, eller et høyere beløp inntil 10 prosent av omsetningen.<sup>29</sup> Ved fastsettelsen av botens størrelse skal det tas hensyn til overtredelsens grovhet og varighet. Den høyeste boten som er ilagt et foretak for brudd på EFs konkurranseregler er ca. kr. 850 millioner. Overvåkningsorganene har retningslinjer om nedsettelse av straffen i kartellsaker for tilfeller der en part på vesentlig måte bidrar til oppklaring av en sak. Overvåkningsorganenes vedtak, inkludert bøteutmålingen, er gjenstand for domstolskontroll av henholdsvis EFTA- og EF-domstolen.

Det er således store forskjeller mellom sanksjonssystemet ved håndheving av konkurranseloven og EØS-avtalens konkurranseregler. Enkelte av disse forskjellene reiser spørsmål om norske sanksjonsregler kan benyttes uavkortet ved desentralisert håndheving, selv i en overgangsperiode.

#### *i      Straff som sanksjon*

Overtredelser av forbudsbestemmelsene sanksjoneres etter norsk rett med straff, mens

<sup>29</sup> Jfr ODA protokoll 4 del I kapittel II artikkel 15 nr. 2, implementert i norsk rett ved forskrift om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen m.v. av 4. desember 1992 nr. 966, sml. rådsforordning 17/62 artikkel 15 nr. 2.

overvåkningsorganene ilegger administrative bøter. Det er et spørsmål om det bør etableres et system med strafferettslige sanksjoner ved desentralisert håndheving uten en grundig og prinsipiell drøftelse. Det gjelder særlig siden forbudene etter konkurranseloven er snevrere enn forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

På den annen side er nivået på de administrative bøtene i EØS-retten så vidt høye at utvalget mener det kan argumenteres for at de administrative bøtene i like stor utrekning oppleves som "straff" og i stor utstrekning har samme funksjon som straff. På denne bakgrunn har ikke utvalget funnet prinsipielle innvendinger mot å benytte det norske strafferettslige sanksjonssystemet ved desentralisert håndheving i en overgangsfase.

## *ii Straff av fysiske personer*

I motsetning til EØS-reglene åpner den norske konkurranseloven for straff av *fysiske* personer. Dersom norske sanksjonsregler skal gjelde uavkortet ved håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, vil straffeansvar for fysiske personer være avhengig av om det er norske konkurransemyndigheter eller ESA som håndhever reglene. På denne bakgrunn har utvalget vurdert om norske regler kan og bør anvendes fullt ut på dette punkt ved desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Utgangspunktet og hovedregelen i norsk rett er at foretaksansvaret skal anvendes subsidiært i forhold til personansvaret.<sup>30</sup> Begrunnelsen for dette er av kriminalpolitisk karakter. Straff bør fortrinnsvis brukes overfor fysiske personer som begår lovbrudd gjennom forsettlig eller uaktsomme handlinger (eller unnlatelser), og som derfor kan påvirkes gjennom trussel om bruk av straff. Foretaket som sådan kan ikke utvise skyld, og kan derfor heller ikke påvirkes av trusler om reaksjonsbruk.

Et grunnvilkår for bruk av foretaksstraff er derfor at noen har utvist skyld på foretakets vegne. Foretaksansvaret er slik sett av supplerende karakter. Samtidig blir skyldvurderingen spesiell ved bruk av foretaksstraff, fordi også anonyme og kumulative feil kan rammes, jfr. straffeloven § 48 a.

Hensikten med foretaksansvaret er å kunne ramme virksomheten, selv om ingen enkeltperson kan trekkes til ansvar.<sup>31</sup> Et hovedformål er å unngå at ansvar bortfaller som følge av forskjellige former for bevisst eller ubevisst ansvarspulverisering, og personansvar vanskelig lar seg plassere.<sup>32</sup> Dernest er ansvar mot foretaket nødvendig for å kunne utmåle en straff som står i forhold til den økonomiske virksomhet som drives, samt fordelene virksomheten har hatt på grunn av lovbruddene. Ved illeggelse av personansvar må bøtestraffen blant annet utmåles på grunnlag av vedkommende persons inntekt og økonomiske stilling. Denne kan være ubetydelig sammenlignet med foretakets.

Inntil ny konkurranselov foreligger, foreslår utvalget at straff for brudd på EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54 bare kan rettes mot foretaket selv. Dette bryter med grunnprinsippene i norsk strafferett bygger på, men er i samsvar med gjeldende reaksjoner etter EØS-avtalen ved denne type lovbrudd. EØS-avtalens løsning innebærer at overnasjonale organer ikke er gitt myndighet til å ilegge personansvar.

Utvalget skal, i henhold til mandatet, utarbeide forslag til lovbestemmelser som vil gi norske myndigheter hjemmel til å forestå en *effektiv* desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Ettersom det er store muligheter for berikelse i konkurransesaker, samtidig som det er liten risiko for å bli oppdaget, er det grunn til å anta at bare relativt kraftige straffer vil ha vesentlig preventiv effekt.

Nasjonal håndheving av EØS-avtalen regler må som nevnt i kapittel 9.1 skje i medhold av regler som er ekvivalente med de regler som tilsvarende nasjonale forhold håndheves etter.

<sup>30</sup> Se straffeloven § 48 a, og Ot. prp. nr. 27 1990-91, blant annet a på s. 6 og særlig på s. 23.

<sup>31</sup> Se Ot. prp. nr. 27 1990-91 s. 6 flg.

<sup>32</sup> Se Ot. prp. nr. 27 1990-91 s. 17.

Det kan stilles spørsmål ved om håndhevingen av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 blir tilstrekkelig effektiv og ekvivalent dersom myndigheten kun kan bøtelegge juridiske personer, og bøtenivået i tillegg synes lavere i Norge enn i EØS-retten.

Problemstillingen er kun relevant i forhold til EØS-avtalen artikkel 53. Det skyldes at konkurranseloven ikke inneholder forbud mot misbruk av markedsrett tilsvarende EØS-avtalen artikkel 54. Overfor slik atferd må norske myndigheter eventuelt gripe inn i medhold av konkurranseloven § 3-10. Bare dersom vedtaket ikke overholdes, er det aktuelt å anmelde forholdet. Ved overtredelser av EØS-avtalen artikkel 53 vil det fortsatt være mulig for norske myndigheter å anmode det kompetente overvåkingsorgan om å benytte sanksjoner mot overtredelser dersom norsk håndheving ikke kan anses tilstrekkelig. Etter utvalgets oppfatning vil forslaget derfor ikke medføre vesentlig mindre effektiv håndheving enn i dag.

Den løsning utvalget nå foreslår vil dessuten kun gjelde i en overgangsfase. Spørsmålene knyttet til effektiv håndheving av konkurransereglene er omfattende og prinsipielle. Mandatet forutsetter blant annet at utvalget i hovedinnstillingen skal gjennomgå sanksjonsmidlene og redegjøre for hvilke hensyn som skal tillegges vekt ved reaksjonsfastsettelsen. Utvalget har på denne bakgrunn funnet det hensiktsmessig å overlate disse spørsmålene til hovedutredningen og i en overgangsfase kun tillempe § 6-6 slik at fysiske personer ikke kan straffes for overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54. Utvalget vil komme tilbake til spørsmålet om hvem straffansvaret bør rettes mot i hovedutredningen.

Når personansvaret etter nærværende særlov bortfaller, må det presiseres i lovteksten.

Etter straffeloven § 48b er foretaksansvaret *fakultativt*. Det betyr at påtalemyndigheten og domstolene på relativt fritt grunnlag kan vurdere om det bør utferdiges forelegg, reises tiltale, eller idømmes ansvar. Løsningen ble ansett som en nødvendig motvekt til det prinsipielt meget vidtrekkende generelle foretaksansvaret som ble innført med den generelle bestemmelsen om foretaksansvar i straffeloven § 48 a.<sup>33</sup>

Når foretaksansvaret blir eneste straffealternativ, kan det reises spørsmål om det er riktig at ansvaret fortsatt skal være fakultativt, eller om det i samsvar med hovedregelen om straffansvar for fysiske personer skal være obligatorisk. De betenkeligheter som ble anført i forarbeidene da man innførte en generell og omfattende bestemmelse om foretaksstraff, gjør seg ikke gjeldende med samme styrke ved bruk av foretaksansvar etter en særlov på konkurranserettens område. Virkefeltet er entydig avgrenset, bruk av foretaksansvar er en særlig adekvat løsning i konkurransesaker, og foretaksstraff blir eneste reaksjonsform etter utvalgets forslag. Etter utvalgets oppfatning bør foretaksansvaret derfor gjøres obligatorisk.

Påtalen er ubetinget offentlig. Med hensyn til spørsmål om partsrepresentasjon, vitneplikt, og partsbetegnelse gjelder de samme regler som ved foretaksansvar generelt.<sup>34</sup> Det samme gjelder hvilke virkninger det skal ha for adgangen til å ilegge foretaksstraff, at foretaket har opphørt eller vært gjenstand for omdannelser mens den ulovlige virksomhet pågikk, eller etter at den opphørte. Straffeprosessloven § 84a bestemmer at "Er den siktede et foretak, tilligger partsrettighetene den personen som foretaket utpeker". Bestemmelsen regulerer hvem som utøver partsrettigheter når et foretak er siktet for et straffbart forhold, og den vil også gjelde når kun foretaket er mistenkt. I saken mot foretaket har tillitsmenn og ansatte i foretaket stilling som vitner, og har forklaringsplikt med mindre de kan påberope seg en av reglene om unntak i straffeprosessloven. Det gjelder også den som er utpekt til å vareta foretakets partsrettigheter. Det er bare den som er siktet i saken som er fritatt for forklaringsplikt etter straffeprosessloven § 90.

<sup>33</sup> Se Ot. prp. nr. 27 1990-91 s. 22.

<sup>34</sup> Se Ot. prp. nr. 27 kapittel 10 s. 38 flg.

Foreldelsesfristen for foretaksstraff etter straffeloven § 48 a, er i utgangspunktet den samme som ved straff for fysiske personer.<sup>35</sup> Når nærværende særlov ikke gir hjemmel til personansvar, må foreldelsesfristen fastsettes i loven. Utvalget finner det hensiktsmessig å fastsette foreldelsesfristen til ti år, som er i samsvar med fristen som gjelder ved grove brudd på konkurranseloven av 11 juni 1993 nr 65, selv om dette avviker fra EØS-reglene, som har en foreldelsesfrist på fem år.

Utvalget foreslår således at personlig straffeansvar i § 6-6 ikke bør få anvendelse ved desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54. Av denne grunn vil utvalget foreslå at foretaksansvaret gjøres obligatorisk.

De løsninger utvalget er kommet frem til i denne delutredning, er foreløpige og gir ingen føringer på hvilken løsning utvalget vil komme frem til i forslaget til ny konkurranselov.

### *iii Bøtenivået*

Bøtenivået i konkurransesaker i EF-/EØS-systemet kan synes betydelig høyere enn ved brudd på konkurranseloven. En nærmere sammenligning av bøtenivåene krever at en går inn og sammenligner bøtenivå på grunnlag av faktum i sakene. Det må også tas i betraktning at brudd som avdekkes av overvåkningsorganene normalt vil ha en atskillig større utstrekning og således større skadevirkninger, slik at det i en viss utstrekning er normalt at nivået på bøtene her er høyere. Før en trekker klare konklusjoner om forskjeller i bøtenivået, mener utvalget det bør foretas en nærmere analyse av ovennevnte og andre relevante faktorer. Ettersom utvalget skal se på sanksjonssystemet i hovedutredningen, herunder eventuelle regler for fastsettelsen av bøter, har ikke utvalget funnet det hensiktsmessig og nødvendig å fastsette spesielle regler eller retningslinjer for nivået på bøtene for det tilfellet at norske myndigheter håndhever EØS-reglene for den overgangsfase som dette forslaget er ment å gjelde for.

Dersom begge regelverk anvendes parallelt, vil ilagt bot etter det ene regelverket måtte tas i betraktning ved utmålingen av reaksjon for overtredelse av det andre regelverket.

## **9.8 Rettsmidler (Overprøving/klagebehandling)**

Reglene for overprøving og kontroll med Konkurransetilsynets vedtak skal vurderes av utvalget i hovedutredningen. Reglene for desentralisert håndheving som nå foreslås skal kun gjelde i en overgangsfase. Utvalget har derfor ikke funnet det formålstjenlig å drøfte alternative løsninger for overprøving av vedtak truffet i tilknytning til håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i delinnstillingen, som for eksempel opprettelse av egen klagenemnd.

På denne bakgrunn vil utvalget foreslå at gjeldende norske regler gis tilsvarende anvendelse. Det innebærer at departementet er klageorgan for enkeltvedtak tilsynet treffer i tilknytning til håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, samt for prosessledende avgjørelser, som pålegg om opplysningsplikt. Utvalget vil foreslå at tilsynet får kompetanse til å treffe vedtak som pålegger foretak å opphøre med atferd som tilsynet finner er i strid med forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54, samt til å ilegge tvangsmulkt i henhold til konkurranseloven § 6-4. Slike vedtak vil da kunne påklages til departementet etter forvaltningslovens regler. Også vedtak om å trekke tilbake fordelene av gruppeunntak i et enkelttilfelle vil være enkeltvedtak som kan påklages til departementet.

Beslutning om å utferdige forelegg om vinningsavståelse er ikke et enkeltvedtak. Dersom forelegget ikke vedtas, kan tilsynet gå til sivilt søksmål ved domstolen. Det er følgelig domstolen som eventuelt vil overprøve tilsynets beslutning om å ilegge forelegg på

---

<sup>35</sup> Jfr. straffeloven § 67 og Ot. prp. nr. 27 s. 37.

vinningsavståelse etter alminnelige sivilrettslige regler: Det vil gjelde ved håndheving av både konkurranseloven og EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Dersom tilsynet anmelder en overtredelse av forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 eller 54, vil det være opp til påtalemyndigheten å ta ut tiltale. Dersom forelegg ikke vedtas, blir saken sendt domstolen for pådømmelse i henhold til alminnelige straffeprosessuelle regler.

## **9.9 Offentlighet og taushetsplikt**

Offentlighetslovens regler kommer til anvendelse på Konkurransetilsynets og departementets virksomhet. Disse bestemmelsene vil gjelde tilsvarende ved desentralisert håndheving så langt de passer.

I tillegg inneholder konkurranseloven to særbestemmelser. I henhold til konkurranseloven § 6-3 har ingen krav på å gjøre seg kjent med opplysninger, dokumenter eller andre bevis i saker om overtredelser av konkurranseloven eller vedtak i medhold av loven som er innhentet etter lovens §§ 6-1 eller 6-2. Videre gir konkurranseloven § 1-8 Konkurransetilsynet hjemmel til å overlevere taushetsbelagt opplysninger til andre staters konkurransemyndigheter dersom det er inngått folkerettslig avtale om informasjonsutveksling med vedkommende stat. Denne bestemmelsen vil bli nærmere omtalt i kapittel 9.10.

Utvalget vil foreslå at begge bestemmelser i utgangspunktet gis tilsvarende anvendelse ved desentralisert håndheving. Som det fremgår i kapittel 9.5.2, foreslår imidlertid utvalget at det gjøres visse tilpasninger når det gjelder § 6-3.

## **9.10 Samarbeid med konkurransemyndigheter i andre land**

### **9.10.1 Overlevering av taushetsbelagt informasjon**

EØS-loven § 5 og EØS-konkurranseloven § 4 gir Konkurransetilsynet hjemmel til å overlevere taushetsbelagte opplysninger til Kommisjonen og ESA. Unntaket fra taushetsplikten gjelder ikke i forhold til nasjonale konkurransemyndigheter i andre EØS-stater.

Ved lovendring av 5. mai 2000 nr. 35 ble det inntatt en ny § 1-8 i konkurranseloven. Bestemmelsen gir Konkurransetilsynet hjemmel til å overlevere taushetsbelagte opplysninger til andre staters konkurransemyndigheter. En forutsetning for overlevering er at det er inngått en folkerettslig bindende avtale med vedkommende stat eller internasjonal organisasjon. Videre gjelder bestemmelsen bare opplysninger som er nødvendige for å fremme konkurransereglene til vedkommende stat eller organisasjon. Bestemmelsen vil også kunne anvendes i tilknytning til håndheving av EF-traktaten artikkel 81 og 82 og EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Vedtakelse av ny forordning for gjennomføring av EØS-avtalens artikkel 53 og 54 vil etter utvalgets oppfatning medføre behov for å revidere reglene for informasjonsutveksling ved håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

### **9.10.2 Innhenting av informasjon etter oppfordring fra andre staters konkurransemyndigheter**

Konkurranseloven § 6-1 første ledd gir tilsynet hjemmel til å innhente informasjon på vegne av og etter forespørsel fra konkurransemyndigheter i andre stater.<sup>36</sup> Også denne hjemmelen forutsetter at det er inngått avtale med vedkommende stat eller internasjonal

---

<sup>36</sup> Bestemmelsen ble endret ved lov av 5. mai 2000 nr. 35.

organisasjon. Hjemmelen til å innhente informasjon for å bistå andre staters konkurransemyndigheter er begrenset til innhenting av opplysninger etter § 6-1. Den gjelder følgelig ikke bevissikring etter § 6-2.

Dersom det er inngått samarbeidsavtale med en stat, vil tilsynet følgelig kunne innhente opplysninger med hjemmel i konkurranseloven § 6-1 for å yte bistand til vedkommende stats konkurransemyndigheter i tilknytning til deres håndheving av EF-traktaten artikkel 81 og 82 og/eller EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

I forslag til ny forordning har Kommisjonen foreslått å regulere nasjonale konkurransemyndigheters plikt til å bistå hverandre ved håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, herunder å foreta kontroller etter anmodning fra en annen stat. Kommisjonen anser en slik bistandsplikt som en forutsetning for en effektiv desentralisert håndheving av EØS-reglene. Når ny forordning er vedtatt og man kjenner omfanget av plikten som vil påligge statene, må det vurderes nærmere hvilke lovendringer som vil være nødvendig.

### **9.11 Sivilrettslige konsekvenser**

Det følger allerede av EØS-loven § 1, som fastslår at EØS-avtalens hoveddel skal gjelde som norsk lov, at avtaler eller beslutninger som er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 ikke skal ha noen rettsvirkning, jfr. EØS-avtalen artikkel 53 nr. 2. Utvalget har fått i mandat å utrede og foreslå bestemmelser som vil gi norske konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Utvalget har på denne bakgrunn ikke vurdert andre bestemmelser knyttet til sivil håndheving. Dersom utvalget vurderer slike bestemmelser i hovedutredningen, vil det være naturlig å vurdere og ta standpunkt til om disse også bør få anvendelse ved overtredelser av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

### **9.12 Tidsbegrensede vedtak**

Vedtak i medhold av konkurranseloven skal normalt treffes for et bestemt tidsrom, jfr. § 1-6. Utvalget foreslår at tilsynet skal få kompetanse til å pålegge foretak å opphøre med atferd som tilsynet finner er i strid med forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54. Videre skal tilsynet få kompetanse til å trekke tilbake fordelene av et gruppeunntak i den utstrekning EØS-avtalen åpner for det. Etter utvalgets oppfatning er det ikke naturlig å gi slike vedtak begrenset varighet. Det skyldes at de normalt treffes i tilknytning til håndheving av en overtredelse av forbudene. Utvalget vil derfor ikke foreslå at konkurranseloven § 1-6 skal gjelde tilsvarende ved desentralisert håndheving.

### **9.13 Tilbakevirkning**

Forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 gjelder allerede som norsk rett. Når norske myndigheter gis kompetanse til å håndheve disse forbudene, oppstår spørsmålet om fra hvilket tidspunkt dette skal gjelde. Siden forbudene allerede gjelder, kan det oppstå tvil om myndighetene kan benytte sanksjoner mot overtredelser begått på et tidspunkt før myndighetene fikk personell kompetanse i forhold til de alminnelige regler knyttet til Grunnlovens § 97. For klarhetens skyld foreslår utvalget at spørsmålet reguleres uttrykkelig i loven.

Det kan reises tvil om i hvilken utstrekning det vil være i strid med forbudet mot tilbakevirkning at norske myndigheter anvender bestemmelsene på eldre forhold. Det må være helt uproblematisk at myndighetene griper inn med et pålegg om opphør overfor allerede bestående forhold. Det må også være uproblematisk å anvende sanksjoner overfor et

bestående forhold for den overtredelse som består etter at reglene om nasjonal håndheving er trådt i kraft. Det som det kan reises spørsmål om er om nasjonale sanksjoner som straff og inndragning kan anvendes på et forhold som er begått før den nasjonale håndheving er innført. Utvalget kan ikke se at det skulle være noe stort behov for en slik nasjonal adgang, all den stund slike forhold uansett vil kunne ilegges sanksjoner av hhv. ESA og Kommisjonen. For ikke å gi grunnlag for vanskelige tvilsspørsmål, foreslår utvalget at straff og inndragning etter konkurranselovens regler bare kan anvendes overfor overtredelser som begås eller består etter lovens ikrafttredelse.

#### **9.14 Innplassering i lovverket**

Utvalget har vurdert to alternativer for hvor i lovverket man kan innta bestemmelser om desentralisert håndheving; konkurranseloven og EØS-konkurranseloven.

Det kan være en fordel om tilsynets håndhevingskompetanse samles i konkurranseloven. Dersom hjemmelen inntas i konkurranseloven, må det imidlertid foretas en lovteknisk gjennomgang av konkurranselovens øvrige bestemmelser, blant annet for å påse at ikke andre regler enn de man ønsker, får anvendelse. Flere av bestemmelsene i kapittel 1 gjelder for eksempel generelt for loven som sådan og vil derfor etter sin ordlyd også få anvendelse på en bestemmelse om desentralisert håndheving. Det gjelder blant annet for reglenes virkeområde.

Ved å innta bestemmelsen om desentralisert håndheving i EØS-konkurranseloven, slipper man en like omfattende lovteknisk tilpasning. Systematisk kan det også være en fordel om alle norske lovbestemmelser som angår håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 samles i én lov. De begrensninger EØS-avtalen setter for nasjonale myndigheters kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 er dessuten inkorporert i norsk rett ved forskrift vedtatt med hjemmel i § 1 i EØS-konkurranseloven.

På denne bakgrunn har utvalget funnet det mest hensiktsmessig å foreslå at bestemmelsen om desentralisert håndheving inntas i EØS-konkurranseloven.

Utvalget vil også foreslå en mindre endring i konkurranseloven § 2-2, om konkurransemyndighetenes oppgaver. Etter utvalgets oppfatning kan det av pedagogiske årsaker være hensiktsmessig om det her vises til oppgaven med å føre tilsyn med at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 overholdes.

I hovedutredningen er utvalget bedt om å vurdere hvorvidt norsk konkurranselovgivning i større grad bør samles i én lov. Utvalget vil derfor komme tilbake til spørsmålet om hvor i lovverket nasjonale bestemmelser om håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 bør innplasseres.

## **10. EØS-TILPASNING/HARMONISERING AV NORSKE KONKURRANSE-REGLER MED EØS-AVTALENS KONKURRANSEREGLER**

### **10.1 Presisering av problemstillingen**

Utvalget er bedt 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.

EØS-avtalens konkurranseregler omfatter både bestemmelser som direkte retter seg mot foretak (EØS-avtalen artikkel 53, 54 og 57 med tilhørende gjennomføringsregler) og bestemmelser der medlemsstatene er pliktsubjekter (EØS-avtalen artikkel 59 nr. 1, statsstøttereglene og reglene om offentlig innkjøp). Utvalget forstår mandatet slik at det kun skal vurdere hvorvidt en ny konkurranselov eventuelt bør harmoniseres med EØS-avtalens konkurranseregler rettet mot foretak.

Konkurranselovgivningen består av ulike typer regler:

- i. Materielle regler: herunder atferdsreguleringsbestemmelser, jfr. konkurranseloven §§ 3-1 til 3-10 og EØS-avtalen artikkel 53 og 54; og strukturkontrollbestemmelser, jfr. konkurranseloven § 3-11 og EØS-avtalen artikkel 57.
- ii. Saksbehandlingsregler/prosessuelle regler, herunder regler om informasjonsinnhenting og kontradiksjon/partsinnsyn.
- iii. Sanksjonsregler, herunder regler om sanksjonstyper, sanksjonssubjekter og regler for utmåling.
- iv. Regler for organisering av myndigheten, herunder regler om overprøving av deres avgjørelser.

Alle disse reglene kan i prinsippet være gjenstand for harmonisering. En nasjonal konkurranselov kan følgelig tilpasses EØS-avtalens konkurranseregler for foretak i ulik utstrekning.

Spørsmålet om harmonisering har tradisjonelt vært et spørsmål om harmonisering av de materielle reglene og da primært atferdsreguleringen, det vil si EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Dette er naturlig ettersom det er betydelig grad av overlapp mellom virkeområdet til bestemmelsene om atferdsregulering i henholdsvis konkurranseloven og EØS-avtalen. Dette betyr at begge regelsettene i mange tilfeller kommer til anvendelse på samme forhold. Samtidig setter EØS-avtalen skranker for anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning når begge regelsettene kommer til anvendelse. De nasjonale regler kan som følge av EØS-reglenes forrang, ikke anvendes på en måte som er i strid med EØS-reglene. EØS-avtalens betydning for anvendelse og utforming av norsk konkurranselovgivning vil bli nærmere omtalt i kapittel 10.2.

Dette er annerledes når det gjelder strukturkontrollbestemmelsene. Her er systemet slik at hvis det er tale om en foretakssammenslutning med fellesskaps- eller EFTA-dimensjon, hvilket beror på om visse omsetningstærskler er overskredet, kommer ikke konkurranseloven § 3-11 til anvendelse. For disse bestemmelsene er det følgelig ikke tale om parallell anvendelse.

Når det gjelder reglene for håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, er disse foreslått endret. Det er redegjort for dette i kapittel 7.5. Før en vet hvordan de nye prosessuelle reglene blir, er det lite hensiktsmessig å foreta en nærmere vurdering av en eventuell EØS-tilpasning av det prosessuelle regelverket.

Av ovennevnte grunner har utvalget valgt å konsentrere seg om hvorvidt konkurranselovens bestemmelser om atferdsregulering, jfr. konkurranseloven §§ 3-1 til 3-10 bør erstattes med bestemmelser tilsvarende EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Dette innebærer at spørsmålet om eventuell harmonisering av bestemmelser om strukturkontroll, prosessuelle bestemmelser og sanksjonsbestemmelser ikke vil bli drøftet. I hovedinnstillingen vil det imidlertid være naturlig å vurdere hvorvidt konkurranselovgivningens øvrige bestemmelser i større grad bør harmoniseres med EØS-avtalens konkurranseregler. Herunder må det vurderes hvorvidt valg og utforming av de materielle atferdsreguleringsbestemmelsene vil få konsekvenser for utformingen av lovens øvrige bestemmelser.

EF- og EØS-avtalens konkurranseregler for foretak skal ikke bare ivareta hensynet til samfunnsøkonomisk effektivitet og virksom konkurranse, men også bidra til realiseringen av det indre marked (integrasjonsmålsettingen). Dette har virket inn på tolkingen av blant annet samhandelskriteriet og konkurransebegrensningsvilkåret. Siden formålet med EØS-reglene dels er et annet enn formålet til konkurranseloven, kan det stilles spørsmål om en EØS-harmonisering vil gjøre det vanskeligere å realisere konkurranselovens formål om en effektiv bruk av samfunnets ressurser. Etter utvalget oppfatning er det vanskelig å gi noe absolutt svar på dette spørsmålet uten grundigere studier. Utvalget vil likevel fremheve at utviklingen i EU og EØS, med større vektlegging av hensynet til effektiv ressursbruk, gjør at forskjellene mellom de to regelsett på dette punkt synes mindre i dag enn for bare få år siden. I tillegg kan nevnes at Danmark har foretatt en EU-harmonisering, samtidig som den danske konkurranseloven har en formålsbestemmelse som er identisk med konkurranselovens. Dette synes ikke å ha reist spesielle problemer. Uansett mener utvalget at utforming av nåværende lovs formålsparagraf ikke bør være noe avgjørende argument mot en harmonisert lov dersom dette ellers synes formålstjenlig. Dersom utvalget blir bedt om å utarbeide en harmonisert lov, kan utvalget i hovedutredningen ta stilling til om det bør få konsekvenser for utformingen av en eventuell formålsbestemmelse.

## **10.2 EØS-avtalens betydning for utforming og anvendelse av nasjonale bestemmelser om atferdsregulering**

Som redegjort for i kapittel 4 eksisterer det i dag to generelle konkurranseregelverk i Norge som begge retter seg mot de ervervsdrivende: EØS-avtalens konkurranseregler for foretak og konkurranseloven.<sup>37</sup> EØS-avtalen innebærer ingen plikt til å harmonisere nasjonal konkurranselovgivning med EØS-reglene. Konkurranseretten atskiller seg således fra en rekke andre rettsområder som reguleres av EØS-avtalen.

EØS-avtalens regler om konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av markedsrett og den norske konkurranseloven kan i utgangspunktet anvendes parallelt når begge regelsett kommer til anvendelse. Som redegjort for i kapittel 3 skal det relativt lite til før samhandelen mellom EØS-stater anses påvirket, slik at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 er anvendelige. Både EØS-reglene og den norske konkurranseloven vil derfor kunne anvendes på samme saksforhold i mange saker. Mange ervervsdrivende, ikke bare de største, må følgelig forholde seg til begge regelsett når de opptrer på det norske markedet.

EØS-avtalen setter imidlertid skranker for utformingen og anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning der begge regelsett kommer til anvendelse.

Det følger av EF-domstolens praksis at eventuelle konflikter mellom EF-retten og nasjonal lovgivning må løses på grunnlag av EF-retten generelle forrangsprinsipp.

---

<sup>37</sup> I tillegg finnes visse sektorspesifikke regelverk, som for eksempel på telesektoren, som også skal fremme konkurransehensyn. Disse vil ikke bli omtalt nærmere.

Domstolen har uttalt at samtidig anvendelse av nasjonal konkurranselovgivning bare er tillatt der den ikke skader en ensartet anvendelse og den fulle virkning av EF-reglene.

Rettstilstanden må antas å være den samme under EØS-avtalen. At EØS-avtalens setter skranker for parallell anvendelse av nasjonale regler og EØS-avtalens konkurranseregler er kommet til uttrykk i konkurranseloven § 1-7. Det følger av § 1-7 at *”Forbudene i §§ 3-1 til 3-4 omfatter ikke avtaler mellom foretak, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak eller samordnet opptreden som er innvilget individuelt unntak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr 3, eller som omfattes av regelverk om unntak for grupper av avtaler etter EØS-avtalen artikkel 53 nr 3”*. Begrunnelsen for bestemmelsen er forrangsprinsippet, som kommet til uttrykk i EØS-loven § 2 og EØS-avtalen protokoll 35, samt lojalitetsplikten som nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3.<sup>38</sup>

Der EØS-reglene ikke kommer til anvendelse, står lovgiver i utgangspunktet helt fritt. Slik samhandelskriteriet er tolket, vil imidlertid EØS-avtalen artikkel 53 og 54 komme til anvendelse på en rekke saker med virkning på det norske territorium. Følgelig er de tilfeller der lovgiver vil stå helt fritt relativt begrenset. Selv om EØS-reglene ikke er ideelt utformet, finner utvalget de ovennevnte hensyn så tungtveiende i seg selv at man vil anbefale at de nasjonale bestemmelser om atferdsreguleringer harmoniseres med EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Utvalget anbefaler således at en ny norsk konkurranselov baseres på forbudsprinsippet, der konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av markedsrett er forbudt.

Forslaget til ny forordning for gjennomføring av EF-traktaten artikkel 81 og 82 regulerer som nevnt i kapittel 7.5 forholdet mellom EF-traktatens konkurranseregler og nasjonal konkurranselovgivning. Dersom samhandelen er påvirket og EF-reglene kommer til anvendelse, skal kun disse anvendes, jfr. artikkel 3 i forslaget. Kommisjonen foreslår følgelig å gå vekk fra dagens system med parallell anvendelse av EF-reglene og nasjonale konkurranseregler. Forslaget er begrunnet i ønsket om å sikre at alle foretak i fellesskapet er underlagt de samme konkurranseregler. Forslaget er kontroversielt, og det er usikkert om det vil bli vedtatt. Dersom det blir vedtatt, vil det innskrenke virkeområdet for en nasjonal konkurranselov betraktelig, ettersom det skal relativt lite til før samhandelen anses påvirket. Etter utvalgets oppfatning vil forslaget, dersom det blir vedtatt i foreliggende form, forsterke behovet for en nasjonal harmonisering som beskrevet ovenfor.

### **10.3 Konsekvenser av at norske myndigheter får kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54**

Som redegjort for i kapittel 7, anbefaler utvalget at norske konkurransemyndigheter bør få kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Etter utvalgets oppfatning er også dette et forhold som i seg selv taler for en harmonisert lovgivning. Det synes lite hensiktsmessig at Konkurransetilsynet skal håndheve to parallelle, men forskjellige utformede, regelsett. Etter utvalgets oppfatning vil det gi en mer oversiktlig rettssituasjon og større forutberegnelighet for aktørene dersom de to regelsettene harmoniseres.

### **10.4 Andre hensyn**

#### **10.4.1 Likeartede rammebetingelser for næringslivet – internasjonal harmonisering**

Som redegjort for i kapittel 3, er EØS-området vårt største eksport/importmarked. Våre viktigste handelspartnere er de nordiske landene, Storbritannia og Tyskland. Som følge av

---

<sup>38</sup> Se Ot. prp. nr. 97 (1998-99) pkt. 4.2 og s. 31.

strukturen i norsk næringsliv, vil mange norske foretak operere både på det norske markedet og i EØS-markedet for øvrig. Som redegjort for i kapittel 3 vil dessuten EØS-avtalen artikkel 53 og 54 få anvendelse på en rekke konkurransebegrensende aktiviteter iverksatt i Norge. Svært mange norske foretak må på denne bakgrunn forholde seg både til den norske konkurranseloven, EØS-avtalens konkurranseregler og nasjonal konkurranselovgivning i våre naboland.

Utvalget vil i den forbindelse peke på at det de siste ti årene har skjedd en utstrakt harmonisering av nasjonal konkurranselovgivning i de europeiske stater til EF-/EØS-reglene. Konkurranselovgivningen i de aller fleste statene innenfor EU/EØS-området er nå i hovedsak utformet etter mønster av EF-traktaten artikkel 81 og 82/EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Som redegjort for i kapittel 6 synes kun Tyskland, Østerrike og Luxemburg å representere unntak fra dette i EU. Også Island har vedtatt konkurranselovgivning der de materielle bestemmelsene er utformet etter mønster av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.<sup>39</sup> Dette innebærer at langt de fleste av våre viktigste handelspartnere har en ensartet konkurranselovgivning som er utformet etter mønster av EØS-reglene, og forskjellig fra den norske.

For norsk næringsliv vil det være en klar fordel om rammebetingelsene, herunder konkurranselovgivningen, er mest mulig likeartet på det norske marked og vårt viktigste eksportmarked. Etter utvalgets oppfatning vil det derfor være en fordel for de næringsdrivende om norsk konkurranselovgivning ikke har forskjellig preg fra konkurranselovgivningen i EU/EØS-området for øvrig. Dette gjelder i første rekke med hensyn til hvilken atferd lovgivningen anser som konkurranseskadelig og som ikke aksepteres (atferdsregulering). I dagens globaliserte økonomi, med stadige konsentrasjonstendenser, vil imidlertid dette hensynet også gjelde andre deler av regelverket, for eksempel bestemmelser om strukturkontroll. Utvalget vil som nevnt komme nærmere tilbake til spørsmålet om harmonisering av andre deler av konkurransereguleringen i hovedutredningen.

Utvalget har merket seg at også det forrige konkurranselovutvalget fremhevet at mest mulig likeartede rammebetingelser på det norske marked og vårt viktigste eksportmarked var et gode i seg selv.

Utvalget vil presisere at en EØS-harmonisert lov ikke er til hinder for særbestemmelser og tilpasninger i en norsk konkurranselov, for eksempel i form av særlige unntaksbestemmelser.

I tillegg til at ensartede regler vil kunne være en fordel for markedsaktørene, antar utvalget at mer ensartede regelverk vil kunne bidra til en bedre oversikt blant lovverkets adressater. Dette kan igjen bedre forståelsen for reglene og dermed gi bedre etterlevelse av regelverket.

#### 10.4.2 Inngreps- eller forbudsprinsipp

Den norske konkurranseloven bygger på en kombinasjon av forbudsbestemmelser, som retter seg mot konkrete handlinger, og en generell hjemmel til å gripe inn mot konkurransebegrensende atferd. Konkurranseloven avviker følgelig fra EØS-avtalens konkurranseregler og konkurranselovgivningen i langt de fleste EØS-stater, som bygger på en forbudslovgivning.

Utvalget antar at foretakene under en forbudslovgivning i større grad vil søke å unngå å ta i bruk konkurransebegrensende metoder, enn under et inngrepsregime. Det skyldes at under en forbudslovgivning risikerer foretakene bøter for hele den perioden foretaket har utøvd den konkurranseskadelige atferden. Det er grunn til å anta at foretakene da vil være mer bevisst

---

<sup>39</sup> Jfr. endringer i henhold til lov nr. 107/2000, i kraft fra 6. desember 2000. I tillegg kan nevnes Liechtenstein som ikke har egen nasjonal konkurranselovgivning.

med hensyn til sin markedsmessige opptreden, enn om atferden er tiltatt inntil myndigheten eventuelt griper inn og forbyr denne, og da kun med virkning for fremtiden. Etter utvalgets oppfatning vil et forbudsprinsipp derfor i større grad kunne disiplinere de næringsdrivende til å avstå fra konkurranseskadelige handlinger, hvilket igjen vil kunne komme forbrukerne til gode gjennom lavere priser eller på annen måte. Etter utvalgets oppfatning er det således grunn til å anta at en forbudslovgivning, slik som EØS-avtalens konkurranseregler, har større preventive virkninger enn en lovgivning basert på inngrepsprinsippet eller en kombinasjon av inngreps- og forbudsprinsipp.

I landgjennomgangen av Danmark i 1993 pekte OECD på at en innstramning av konkurranselovgivningen var nødvendig. Selv om den danske loven, i motsetning til den norske, i all hovedsak var basert på inngrepsprinsippet, mener utvalget at kritikken mot den danske loven delvis lar seg overføre til den norske loven.

Forbudsbestemmelser kan håndheves alternativt gjennom privat søksmål ved domstolene. Inngrepsprinsippet som nedfelt i konkurranseloven § 3-10, er til hinder for privat håndheving før Konkurransetilsynet eventuelt har fattet et vedtak om inngrep som ikke etterleves. Hvorvidt det skal gripes inn etter konkurranseloven § 3-10 er en avgjørelse som eksklusivt hører inn under konkurransemyndigheten. Dersom Konkurransetilsynet ikke finner grunn til å bruke sin kompetanse til å gripe inn i en sak, er dette en avgjørelse som ikke er å anse som et enkeltvedtak og kan derfor ikke påklages.<sup>40</sup> Med unntak av de mest skadelige former for konkurransebegrensende samarbeid, vil eneste mulighet for en som føler seg skadelidende som følge av en konkurranseskadelig atferd være å be Konkurransetilsynet om å gripe inn overfor forholdet og håpe på at tilsynet vil benytte sin kompetanse.

Større mulighet for privat håndheving vil kunne frigjøre ressurser for myndigheten slik at den bedre kan konsentrere seg om de mest samfunnsskadelige konkurransebegrensningene.

#### **10.4.3 Erfaringer med praktisering av konkurranseloven**

Norske konkurransemyndigheter har i en viss utstrekning gjort bruk av EØS-retten som tolkningsfaktor ved tolkningen av konkurranseloven. Bruken av EØS-rett som tolkningsfaktor skyldes at det finnes begrenset med retts- og forvaltningspraksis under den særnorske konkurranseloven samt et ønske om rettslikhet. Det forhold at konkurransemyndighetene, og da særlig Konkurransetilsynet, gjennom sin praksis har hentet atskillig inspirasjon i hvordan tilsvarende tolkningsspørsmål har vært løst under EØS-avtalen, illustrerer hvordan norsk rett generelt, og konkurranseretten spesielt, påvirkes av EØS-retten og gjenspeiler behovet for større grad av konsekvens og rettsenhet mellom de to regelsettene.

#### **10.4.4 EØS-reglenes utforming**

Ved utarbeidelse av gjeldende konkurranselov ble det som et argument mot harmonisering påpekt av det forrige konkurranselovutvalget at EF-reglene var vide og til dels uskarpe og ga begrenset veiledning for næringslivet. Videre var utvalget negativ til EF-reglenes system med forhåndskontroll. Utvalget er enig i vesentlige deler av denne kritikken. Flere utviklingstrekk har imidlertid modifisert kritikken som har blitt fremsatt mot EF-reglenes utformingen i betydelig grad. Det gjelder i første rekke Kommisjonens arbeid med å reformere og modernisere EUs konkurranseregelverk, både de materielle og de prosessuelle reglene.

---

<sup>40</sup> Se Konkurransetilsynets saker 93/710 og 95/331, stadfestet av departementet i hhv. sak 97/01503 og 97/03620 og av Sivilombudsmannen i hhv. sak 95-1463B.6LH og 95-1412B.1Lh. Se også Lovavdelingens uttalelse i sak 95/08484 E.

*i Vide og uskarpe forbud med begrenset veiledning for næringslivet*

På EØS-nivå har det funnet sted en betydelig produksjon av nyere og enklere materielle regler. Det er også etablert mekanismer med sikte på å gjøre det enklere for nasjonale myndigheter og nasjonale domstoler å få avklart gjeldende praksis i overvåkningsorganene.

Utvalget mener det må kunne legges til grunn at EØS-avtalens konkurranseregler for foretak har blitt bedre kjent i Norge siden EØS-avtalens og konkurranselovens ikrafttredelse. Utvalget mener dessuten uansett at det bør tillegges betydelig vekt at det foreligger et omfattende rettskildemateriale knyttet til forståelsen av forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Utvalget vil videre peke på at også forbudene under konkurranseloven har reist atskillige tolkningsspørsmål. Særlig gjelder dette forbudet mot markedsdeling i lovens § 3-3.

Konkrete forbud må kombineres med en generell inngrepshjemmel tilsvarende konkurranseloven § 3-10. Etter utvalgets oppfatning gir forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54, hvor det foreligger en omfattende praksis, minst like god veiledning for foretakene enn konkurranseloven § 3-10. Usikkerhet rundt forståelsen av en inngrepshjemmel må også tillegges vekt, selv om det er mindre alvorlig at det kan være vanskelig å forutberegne sin rettstilling i forhold til en inngrepshjemmel enn i forhold til en forbudsbestemmelsen, ettersom et inngrep kun får virkninger for fremtiden.

Etter utvalgets oppfatning kan det dessuten stilles spørsmål ved om ikke EØS-avtalens konkurransebegrensningsregler er mer egnet til å fange opp de forhold som bør reguleres av en konkurranselovgivning.<sup>41</sup> Erfaring fra norsk praksis har vist at spesifikke forbud, som de vi finner i den norske konkurranseloven, lett kan føre til at det fokuseres på ord og begreper i stedet for på markedsvirkningene som er det sentrale for en effektiv konkurransepolitikk. Utvalget viser i den forbindelse til den praksis som utviklet seg rundt forståelsen av forbudet mot avtaler om markedsdeling i konkurranseloven § 3-3.

*ii Forhåndskontroll og notifikasjonsplikt*

EØS-reglenes system med forhåndskontroll og notifikasjonsplikt har vært gjenstand for omfattende kritikk.

Utvalget vil presisere at denne kritikken retter seg mot det prosessuelle regelverket og ikke de materielle reglene. Kritikken bør derfor ikke være til hinder for å utarbeide materielle bestemmelser i en ny lov etter mønster av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Kommisjonens moderniseringsreform tar dessuten sikte på å revidere denne delen av regelverket. Et første skritt ble tatt i tilknytning til omleggingen av regelverket for vertikale restriksjoner. I forhold til vertikale reguleringer kan overvåkningsorganene etter de nye reglene nå gi dispensasjon med virkning fra avtaletidspunktet.<sup>42</sup> Denne endringen forventes å medføre færre notifikasjoner. Som det fremgår av kapittel 7.5, har Kommisjonen dessuten foreslått å oppheve dagens system med notifikasjon og forhåndskontroll for å gå over til et system med lovbasert unntak og etterskuddsvis kontroll. Forslaget om å oppheve systemet med notifikasjon og forhåndsgodkjenning har møtt en del motstand i næringslivet, som hevder at deres forutberegnelighet blir dårligere. Dersom forslaget blir vedtatt, vil dette gjøre administrasjonen av systemet lettere, og dermed redusere den kritikk som er fremsatt mot reglene på dette punkt.

---

<sup>41</sup> Økonomiske teori vil imidlertid ikke være entydig med hensyn til hvilken atferd som anses skadelig og som konkurranselovgivning således bør søke å forhindre. Oppfatninger om dette vil også kunne variere over tid.

<sup>42</sup> Se rådsforordning 17/62 artikkel 4 nr. 2 som endret ved rådsforordning 1216/99.

## 10.5 Utvalgets anbefalinger

Utvalget har i det foranstående redegjort for de argumenter som taler for og imot at norsk konkurranselovgivning harmoniseres med EØS-avtalens konkurranseregler. De aller fleste argumenter taler for harmonisering. Utvalget har ikke funnet noen tungtveiende argumenter som taler mot. Som det fremgår av drøftelsen mener utvalget at de argumentene som ble fremhevet mot harmonisering ved vedtakelsen av gjeldende konkurranselov er betydelig svekket som følge av utviklingen. Tilsvarende har utviklingen forsterket argumentene for harmonisering.

Når utvalget har kommet til en klar anbefaling om at norsk konkurranselovgivning bør harmoniseres med EØS-avtalens konkurranseregler, skyldes ikke det at utvalget mener at EØS-avtalens konkurranseregler isolert sett er den ideelle modell for en nasjonal konkurranselovgivning. Utvalget er klar over at EØS-avtalens konkurranseregler har både materielle og prosessuelle svakheter. Som utvalget har redegjort for ovenfor, setter imidlertid EØS-avtalen skranker for hvordan en nasjonal konkurranselov kan utformes og praktiseres. Som følge av internasjonaliseringen i næringslivet og utviklingen mot en EU-/EØS-harmonisert konkurranselovgivningen hos nesten alle våre viktigste handelspartnere, er det etter utvalget oppfatning lite hensiktsmessig å utarbeide en særnorsk konkurranselov.

Utvalgets anbefaling bygger på følgende forhold:

EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og den særnorske konkurranseloven har i stor grad overlappende virkeområde. Videre setter forrangsprinsippet skranker for anvendelsen av den norske konkurranseloven. I praksis innebærer dette større skranker og føringer for hvordan en særnorsk konkurranselov kan utformes og praktiseres enn det lovgiver syntes å være klar over i 1993 da den nåværende norske konkurranseloven ble vedtatt. Det har som nevnt ført til at en gjennom tolkninger av loven og gjennom endringer i konkurranseloven av 5. mai 2000 nr 35, har tilpasset konkurranseloven til EØS-avtalen i forhold til utgangspunktet da loven ble vedtatt.

Utviklingen i EU/EØS går som redegjort for i kapittel 7 i retning av økt desentralisert håndheving av EF-traktaten artikkel 81 og 82/EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Utvalget anbefaler som nevnt i kapittel 7.6 at Konkurransetilsynet gis hjemmel til å håndheve EØS-avtalens konkurranseregler. Norske konkurransemyndigheter vil da få kompetanse til å håndheve to sett konkurranseregler som per i dag er svært ulikt utformet. Etter utvalgets oppfatning vil det gi en mer oversiktlig rettssituasjon og større forutberegnelighet for aktørene dersom disse regelsettene i større grad harmoniseres.

En stor andel av norsk eksport eller import skjer med øvrige EØS-stater og omfattes av de overnasjonale konkurransereglene i EØS-avtalen. Som redegjort for i kapittel 6 har de fleste EØS-stater nå harmonisert sitt regelverk til EF-traktaten/EØS-avtalens konkurranseregler. Den eksport- eller importrettede del av næringslivet vil oppleve en regelforenkling dersom norsk konkurranselov er harmonisert både med det overnasjonale regelverk og med regelverket i de stater en importerer fra eller eksporterer til. Tilsvarende gjelder for bedrifter i andre EØS-stater som opererer på eller i tilknytning til det norske marked. Utvalget antar dessuten at et harmonisert regelverk vil øke næringslivets kunnskap om konkurransereglene. Samlet sett vil dette også kunne bidra til å fremme handelen innenfor EØS-området.

Flere av høringsinstansene som avga uttalelse i forbindelse med Konkurransetilsynets høring av Kommisjonens hvitbok av 28. april 1999 om modernisering av saksbehandlingsreglene for håndheving av EF artikkel 81 og 82, tok til orde for EØS-harmonisering av konkurranseloven.

Ved en harmonisert lov vil dessuten både myndigheter og lovens adressater kunne nytte den etter hvert omfattende rettspraksis og forvaltningspraksis etter EF- og EØS-retten direkte når norsk konkurranselov skal forstås og anvendes. Det vil redusere antall uavklarte tilfeller og styrke rettssikkerheten gjennom økt forutberegnelighet.

I dag må konkurransemyndighetene bygge opp en kompetanse både etter norsk konkurranselov og EØS-avtalens konkurranseregler. Fordi tolkning og praksis etter EØS-reglene også kan få betydning i "rene" norske saker, er det ikke tilstrekkelig at myndigheten bygger opp en spesialkompetanse hos enkelte personer. Kompetansen må være til stede i hele organisasjonen. Det er knyttet kostnader til å bygge opp og vedlikeholde slik dobbelt kompetanse innen konkurransemyndighetene.

Utvalget presiserer at selv om norske konkurranseregler harmoniseres med EØS-avtalens konkurranseregler, vil det likevel være mulig å foreta nasjonale tilpasninger, for eksempel i form av særlige unntaksbestemmelser begrunnet i nasjonale behov, karakteristika eller tradisjoner, innenfor de rammer EØS-avtalen setter. Flere stater i EØS-området som har harmonisert sine nasjonale konkurranseregler til EF-traktatens konkurranseregler, har foretatt slike nasjonale tilpasninger. Utvalget har ikke sett behov for å vurdere eventuelle slike særnorske tilpasninger i denne delinnstillingen. Det er etter utvalgets oppfatning mer hensiktsmessig å vurdere eventuelle særregler og tilpasninger i hovedutredningen når det er avklart om en ny lov skal utformes etter mønster av EØS-avtalens konkurranseregler eller en annen lovmodell.

## 11. ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER AV DESENTRALISERT HÅNDHEVING

Innføring av hjemmel for Konkurransetilsynet til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 innebærer at tilsynet får nye fullmakter. Norske myndigheter vil da kunne behandle saker som i dag behandles av ESA og/eller Kommisjonen. Siden Konkurransetilsynet antas å ha bedre kjennskap til nasjonale forhold samt befinner seg nærmere de berørte markedene enn overvåkningsorganene, mener utvalget at en nasjonal håndheving vil kunne gi en mer effektiv håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 enn tidligere.

I tillegg legger utvalget 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.

En mer effektiv håndheving av EØS-avtalens konkurranseregler kan dessuten gi positive effektivitetsvirkninger som følge av økt konkurranse og dermed legge grunnlaget for en bedre utnyttelse av samfunnets ressurser.

For en del bedrifter vil en nasjonal håndheving av EØS-reglene kunne gi kostnadsbesparelser, siden disse i en del tilfeller bare trenger å forholde seg til én konkurransemyndighet i saker som har en EØS-dimensjon.

For å vurdere forslaget økonomiske konsekvenser har utvalget forsøkt å anslå hvor stor økning i sakstilfanget innføring av desentralisert håndheving vil kunne medføre. Det er redegjort for dette i kapittel 8. Utvalget har sett hen til det årlige sakstilfanget i ti EU-stater som har innført desentralisert håndheving,<sup>43</sup> hvilket sakstilfang ESA har vedrørende håndhevingen av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, samt opplysninger om behandlede saker i Konkurransetilsynet. I tillegg vil det være et moment at man ikke vet hvordan næringslivet vil vurdere hensiktsmessigheten av å bringe en sak til Konkurransetilsynet i forhold til å bringe saken til ett av overvåkningsorganene.

Som redegjort for i kapittel 8, mener utvalget det ikke er mulig å trekke sikre konklusjoner med hensyn til antall saker Konkurransetilsynet kan forvente å behandle etter EØS-avtalen artikkel 53 og 54 dersom tilsynet får kompetanse til å håndheve disse bestemmelsene. Utvalget har lagt til grunn at *en økning i sakstilfanget* generelt på rundt fem saker kan synes som en rimelig antakelse.

Utvalget antar at et sakstilfang i denne størrelsesorden i seg selv ikke medfører behov for økte ressurser for Konkurransetilsynet. Utvalget utelukker imidlertid ikke at sakene som har en EØS-dimensjon kan være mer kompliserte og kreve flere ressurser fra tilsynet enn tilsvarende nasjonale saker. Utvalget antar videre at tilsynet, i en overgangsperiode, vil kunne ha behov for økte midler for å bygge opp tilstrekkelig kompetanse i EØS-retten med sikte på å kunne forestå en effektiv håndheving av EØS-avtalens konkurranseregler.

Utvalget legger videre til grunn at innføring av hjemmel til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 vil kunne få konsekvenser for virksomheten til Arbeids- og administrasjonsdepartementet og påtalemyndigheten. Fordi sakstilfanget synes å være begrenset, antar imidlertid utvalget at eventuelle nye saker bør kunne håndteres innenfor gjeldende økonomiske og administrative rammer for disse myndighetene.

---

<sup>43</sup> Belgia, Danmark, Frankrike, Hellas, Italia, Nederland, Portugal, Spania, Sverige og Tyskland.  
Kilde: Europa-Kommisjonen; Beretninger om konkurrencepolitikken 1995-1999.

## 12. MERKNADER TIL DE ENKELTE BESTEMMELSER

Endringer i lov av 27. november 1992 nr. 110 om konkurranseregler i EØS-avtalen mv. (EØS-konkurranseloven)

### Til § 1a

Ny § 1a fastsetter bestemmelser for gjennomføring og håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 ved norske konkurransemyndigheter. Når det gjelder behovet for å gi norske konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, vises det til den redegjørelse som er gitt i kapittel 7.

Forbudene mot henholdsvis konkurransebegrensende samarbeid (EØS-avtalen artikkel 53) og misbruk av markedsrett (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 EF-domstolen vedrørende forståelsen og omfanget av samhandelskriteriet bør bli lagt til grunn.

§ 1a *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. I henhold til annet ledd er § 2-1 i konkurranseloven gitt tilsvarende anvendelse. Konkurranseloven § 2-1 første ledd fastsetter at konkurransemyndighetene er Kongen, departementet og Konkurransetilsynet. Beslutningsprosessen ved konkurransemyndighetenes håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 følger derfor den alminnelige ordningen innenfor forvaltningen. Det vil si at Konkurransetilsynet håndhever reglene i første instans og at departementet er klageorgan for Konkurransetilsynets vedtak.

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, Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA) eller forskrifter gitt i medhold av § 1. Det er særlig to begrensninger som følger av ODA.

For det første vil norske myndigheter ikke lenger ha kompetanse etter at ESA eller Kommisjonen innleder formell saksbehandling i samme sak, jfr. ODA protokoll 4 del I kapittel II artikkel 9 nr. 3 og tilsvarende bestemmelser på de transportområder der det er vedtatt bestemmelser for håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Norske myndigheter kan håndheve forbudene i EØS-avtalens artikkel 53 nr. 1 og 54 inntil ESA eller Kommisjonen innleder formell saksbehandling. EF-domstolen har slått fast at det forhold at en avtale er notifisert med henblikk på utstedelse av negativattest eller oppnåelse av individuelt unntak ikke er tilstrekkelig for å si at prosedyre er innledet i henhold til rådsforordning 17/62 artikkel 9 nr. 3.<sup>44</sup> Innledning av prosedyre i denne bestemmelsens forstand krever en myndighetsakt fra overvåkingsorganets side, der det tilkjennegir sin vilje til å nå frem til en avgjørelse i henhold til rådsforordning 17/62 artikkel 2 (negativattest), 3 (pålegg om opphør av overtredelse) eller 6 (unntak). Utstedelse av administrativt skriv (comfort letter) er ikke

---

<sup>44</sup> Se dom av 6. februar 1973 Brasserie de Haecht II, sak 48/72, saml. 1973 s. 77 premiss 14 til 18.

ansett av domstolen å utgjøre iverksettelse av prosedyre i artikkel 9 nr. 3s forstand.<sup>45</sup> I praksis treffer overvåkningsorganet en formell beslutning om innledning av prosedyre. Derved opphører medlemsstatenes kompetanse i saken.

Videre har overvåkningsorganene etter gjeldende rett eksklusiv kompetanse til å innvilge dispensasjon etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, jfr. ODA protokoll 4 del I kapittel II artikkel 9 nr. 1 og tilsvarende bestemmelser på de transportområder der det er vedtatt bestemmelser om håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Norske konkurransemyndigheter kan derfor per i dag ikke gi dispensasjon i kraft av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.

Kommisjonen har foreslått å oppheve notifikasjonsordningen og overvåkningsorganenes enerett til å anvende artikkel 53 nr. 3. Utvalget har ved utformingen av bestemmelsen tatt hensyn til de endringer som antas å følge av den pågående moderniseringsprosessen. Dette er gjort ved at norske myndigheter er gitt kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, med de begrensninger som følger av EØS-avtalen og ODA, og ikke bare artikkel 53 nr. 1 og 54.

I tillegg til disse uttrykkelige begrensninger i ODA av håndhevingskompetansen, begrenses den av grunnleggende krav til saksbehandlingen som følger av EF-domstolens praksis blant annet om rett til kontradiksjon. Dette vil neppe få vesentlig praktiske betydning for norske myndigheters håndhevelse etter de regler utvalget foreslår.

Etter *første ledd andre punktum* er det åpnet for at konkurransemyndighetene kan pålegge berørte foretak å opphøre med virksomhet som er i strid med EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54, jfr. kapittel 9.6.1. Norske konkurransemyndigheter kan dermed på samme måte som Kommisjonen og ESA gi pålegg om å bringe overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54 til opphør. Norske myndigheters kompetanse til å treffe slike vedtak skal være sammenfallende med overvåkningsorganenes kompetanse.

Et pålegg om å bringe virksomhet i strid med EØS-avtalen artikkel 53 og 54 til opphør må utformes etter en konkret vurdering av overtredelsens art og virkninger. Hvilken form for pålegg som er mest hensiktsmessig vil variere fra sak til sak. Vedtak om påbud kan for eksempel gå ut på hel eller delvis opphevelse av avtaler eller forretningsbetingelser eller forbud mot å fortsette med handlinger eller praksis som er i strid med EØS-avtalen artikkel 53 eller 54. Videre kan et påbud innebære at virksomheten skal utføre visse handlinger som virksomheten ulovlig har unnlatt å gjøre. Et pålegg kan også innebære at en virksomhet skal gis adgang til allerede eksisterende infrastruktur som er nødvendig for at virksomheten skal kunne selge en vare eller tjeneste. I tillegg kan påbudet omfatte atferd som består i ulike former for omgåelse.

Etter EF-domstolens praksis har Kommisjonen videre anledning til å treffe avgjørelse om at det foreligger overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 også etter at overtredelsen har opphørt.<sup>46</sup> Det er imidlertid et vilkår at Kommisjonen har berettiget interesse i å gjøre det, for eksempel der det er en risiko for at overtredelsen vil bli gjentatt eller der saken reiser nye fortolkningsspørsmål som det er i den offentlige interesse å avklare.

Pålegg fattet med hjemmel i første ledd andre punktum vil være å anse som enkeltvedtak. Forvaltningslovens bestemmelser om saksforberedelse ved enkeltvedtak og alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper vil derfor komme til anvendelse. Partene vil herunder ha krav på forhåndsvarsel etter forvaltningsloven § 16.

Et pålegg om at en overtredelse skal opphøre vil bare være bindende for vedkommende myndighet og partene. Nasjonale domstoler, myndigheter i andre EØS-stater eller overvåkningsorganene vil ikke være bundet av avgjørelsen.

<sup>45</sup> Se dom av 10. juli 1980, Anne Marty SA mot Estée Lauder SA, sak 37/79, saml. 1980 s 2481 premiss 14-15.

<sup>46</sup> Se blant annet dom av 2. mars 1982, sak 7/82, GVL, saml. 1982 s. 483 premiss 16 til 22.

Etter *første ledd tredje punktum* kan konkurransemyndighetene trekke tilbake et gruppeunntak for de berørte foretaks vedkommende i den utstrekning og på de vilkår som EØS-avtalen eller forskrifter gitt i medhold av § 1 fastsetter. For en nærmere redegjørelse av bakgrunnen for bestemmelsen vises det til kapittel 9.6.2. Det følger av ordlyden at norske konkurransemyndigheter kun vil ha kompetanse til å trekke tilbake fordelene av et gruppeunntak dersom EØS-avtalens regler, som implementert i norsk rett, åpner for det. kommisjonsforordning 2790/1999 av 22. desember 1999 (gruppeunntaket for vertikale avtaler) artikkel 7, som er inntatt i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett, åpner for at nasjonale konkurransemyndigheter skal kunne trekke tilbake fordelene av gruppeunntaket for bestemte foretak. Det er tre vilkår som må være oppfylt. For det første må virkningene av den aktuelle avtalen være uforenelig med vilkårene i EØS artikkel 53 nr. 3. For det andre må disse virkningene av avtalen gjøre seg gjeldende på hele den nasjonale stats territorium eller på deler av territoriet som er et særskilt geografisk marked. For det tredje kan beslutningen om å trekke tilbake fordelene av gruppeunntaket bare omfatte den nasjonale statens territorium. I artikkel 29 i forslag til ny forordning om gjennomføring av konkurransereglene, foreslår Kommisjonen å gi nasjonale konkurransemyndigheter en generell kompetanse til å trekke tilbake et gruppeunntak for de berørte foretaks vedkommende innenfor vedkommende stats territorium. Per i dag vil imidlertid Konkurransetilsynet kun ha kompetanse til å trekke tilbake fordelene av gruppeunntaket for vertikale avtaler.

Dersom norske myndigheter vil trekke tilbake fordelene av et gruppeunntak, skjer det i henhold til norske saksbehandlingsregler. Se Kommisjonens retningslinjer for vertikale restriksjoner av 24. mai 2000 der det i punkt 78 presiseres at nasjonale vedtak om tilbaketrekning av gruppeunntaket treffes etter de prosedyrer som er fastsatt i nasjonal lovgivning. Forvaltningsloven vil derfor komme til anvendelse når norske konkurransemyndigheter ønsker å trekke tilbake fordelene av et gruppeunntak. 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.

*Annet ledd første punktum* fastslår at Konkurransetilsynets avgjørelse om ikke å forfølge en sak etter EØS-avtalen artikkel 53 og 54 skal grunngis. I *annet punktum* fremgår det at en avgjørelse om ikke å forfølge en sak etter EØS-avtalen artikkel 53 og 54 kan påklages. Bestemmelsen fastslår at klager i denne sammenheng skal ha samme rettigheter som under EØS-avtalen, og at norske konkurransemyndigheter skal ha samme plikt som overvåkningsorganene til å behandle anmodninger om å vurdere hvorvidt det foreligger en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 eller 54. Innholdet i rettighetene og pliktene skal være den samme som under EØS-reglene, herunder den praksis som er utviklet av Førsteinstansretten og EF-domstolen. Konkurransetilsynet vil følgelig være forpliktet til nøye å vurdere de rettslige og faktiske omstendigheter som den klagende part fremfører. Videre skal tilsynet sende klager et brev der det redegjøres for de faktiske og/eller rettslige omstendigheter som begrunner hvorfor tilsynet har til hensikt å avvise klagen og gi vedkommende anledning til å kommentere dette innen en fastsatt frist. Først når tilsynet har mottatt virksomhetens merknader til dette brevet, eller fristen for å inngi kommentarer er utløpt, kan det treffes endelig beslutning om avvisning av klagen. Klager vil ha krav på en endelig beslutning om dette. Denne beslutningen kan påklages til departementet, som tar stilling til om tilsynet var berettiget til å avvise klagen.

I henhold til *tredje ledd første punktum* skal konkurransemyndighetene sende en sak til ESA dersom de mener at et av overvåkningsorganene bør behandle saken. I slike tilfelle gjelder ikke forvaltningslovens regler for behandling av enkeltvedtak for norske myndigheters befatning med saken, jfr. *tredje ledd annet punktum*. Bestemmelsen er blant annet anvendelig for de sakene som er av en slik karakter at innsyn etter forvaltningsrettslige regler kan skade mulighetene for en effektiv etterforskning og oppklaring av saken når det er ønskelig med en

etterforskning med sikte på reaksjoner. Dette vil kunne motvirkes ved å overlate disse sakene til ESA, som behandler den etter EØS-avtalens regler. Bestemmelsen vil også gjøre det mulig for konkurransemyndigheten å oversende saker til ESA med sikte på å behandle saken i et av overvåkningsorganene dersom det er mer hensiktsmessig ut fra deres mulighet til å gjennomføre kontroller i flere land. Det samme gjelder oversendelse av saker som synes å være av en slik politisk, økonomisk eller rettslig betydning for EØS-avtalen/fellesskapet at saken bør avgjøres av et av overvåkningsorganene. Utvalget vil påpeke at oversendelse til ESA i slike saker bør gjøres på et tidlig stadium av saksbehandlingen. Under enhver omstendighet bør ikke konkurransemyndighetene ved å ta spørsmålet om oversendelse til ESA opp til vurdering kunne utelukke partenes innsynsrett etter forvaltningsloven over en lengre periode.

*Fjerde ledd første punktum* fastsetter at konkurranseloven §§ 2-1 og 6-1 til 6-6 skal gjelde tilsvarende. Dette er i tråd med utvalgets forslag om at det ved desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 skal tas utgangspunkt i reglene som gjelder for håndheving av de norske konkurransereglene, se kapittel 9.1. Konkurranseloven § 2-1 om konkurransemyndighetenes organisasjon og kapittel 6 om opplysningsplikt og sanksjoner vil derfor i utgangspunktet gjelde tilsvarende når norske konkurransemyndigheter håndhever EØS-avtalen artikkel 53 og 54. På grunn av forskjeller mellom de materielle og prosessuelle reglene i henholdsvis EØS-avtalens konkurranseregler og de norske konkurransereglene er det imidlertid gjort enkelte unntak fra dette utgangspunktet når det gjelder §§ 6-2, 6-3 og 6-6.

Bevissikring etter konkurranseloven § 6-2 kan likevel ikke finne sted i privat bolig, jfr. *fjerde ledd bokstav a*. Det innebærer at norske konkurransemyndigheter ved håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 får samme kompetanse som ESA når det gjelder bevissikring. Adgangen til å foreta bevissikring i forbindelse med håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 er således innskrenket i forhold til konkurranseloven, som tillater bevissikring i privat bolig. Konkurransetilsynet vil fremdeles kunne foreta bevissikring i privat bolig i forbindelse med håndheving av konkurranseloven.

*Fjerde ledd bokstav b* fastsetter at § 6-3 ikke får anvendelse i behandling av saker etter EØS-avtalen artikkel 54 eller der det etter første ledd er gitt forhåndsvarsel om vedtak om opphør av atferd som er i strid med EØS-avtalen artikkel 53. Et pålegg om å opphøre virksomhet som er i strid med EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54 er et enkeltvedtak. Partene må derfor gis anledning til å bli kjent med saken og gi uttrykk for sitt syn, før tilsynet treffer et slikt vedtak. Når det gjelder retten til dokumentinnsyn gjelder forvaltningslovens bestemmelser. For en nærmere redegjørelse vises det til kapittel 9.5.2.

*Fjerde ledd bokstav c* fastslår at straff etter konkurranseloven § 6-6 bare kan ilegges foretak, og ikke fysiske personer. At man ikke kan ilegge personstraff bryter med de grunnprinsippene norsk strafferett bygger på, men er i samsvar med gjeldende reaksjoner etter EØS-avtalen ved denne type lovbrudd. I motsetning til straffeloven § 48 der foretaksansvaret er fakultativt, bestemmer andre ledd bokstav c at foretaksansvaret skal være obligatorisk.

*Fjerde ledd bokstav d* slår fast at bestemmelsen ikke gis tilbakevirkende kraft. Kun vinning oppnådd etter denne bestemmelsens ikrafttredelse kan kreves inndratt i medhold av § 6-5. Straff og inndragning kommer ikke til anvendelse på forhold som er funnet sted før lovens ikrafttredelse.

Når nærværende særlov ikke gir hjemmel til personansvar, må foreldelsesfristen fastsettes i loven. *Fjerde ledd bokstav e* fastsetter i samsvar med det utvalget har foreslått i kapittel 9.7.3 at overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 ikke lenger er straffbar når foreldelse er inntrådt. Fristen for foreldelse er fastsatt til 10 år, som er i samsvar med fristen som gjelder ved grove brudd på konkurranseloven av 11 juni 1993 nr 65.

Etter *femte ledd* kommer § 1a ikke til anvendelse på områder der det er ikke vedtatt regler som gir overvåkningsorganene hjemmel til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54

fordi det ikke er gitt gjennomføringsregler. Det gjelder på følgende tre transportområder: maritim trampfart, maritim cabotage og lufttransport til tredjeland.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Se ODA protokoll 4 del I kapittel 1 artikkel 2, del II kapittel IX seksjon I jfr. EØS-avtalen vedlegg XIV punkt 11 samt ODA protokoll 4 del II kapittel XI artikkel 1 nr. 2.

### 13. LOVFORSLAGET

Det fremmes følgende *forslag til lov om nasjonal håndheving av EØS-avtalens konkurranseregler*:

I. I lov 27. november 1992 nr. 110 om konkurranseregler i EØS-avtalen mv (EØS-konkurranseloven) gjøres følgende endringer:

*§ 1a Nasjonal håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54*

Norske konkurransemyndigheter skal, med de begrensninger som følger av EØS-avtalen, Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol eller forskrifter gitt i medhold av § 1, føre tilsyn med at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 overholdes. Konkurransemyndighetene kan i den forbindelse pålegge foretak samt sammenslutninger av foretak å bringe overtredelser av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1 og 54 til opphør. Konkurransemyndighetene kan også bestemme at gruppeunntaksforskrifter gitt med utgangspunkt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 ikke skal være anvendelig overfor bestemte foretak i den utstrekning og på de vilkår som EØS-avtalen eller forskrifter gitt i medhold av § 1 fastsetter.

Konkurransetilsynets avgjørelse om ikke å foreta en fullstendig saksbehandling av en klage om overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 eller 54 skal grunngis. Avgjørelsen kan påklages.

Mottar konkurransemyndighetene en sak som de mener at et overvåkingsorgan bør behandle, sendes saken til EFTAs overvåkingsorgan. I slike tilfelle gjelder ikke forvaltningslovens regler for behandling av enkeltvedtak for norske myndigheters befatning med saken.

Konkurranseloven §§ 2-1 og 6-1 til 6-6 skal gjelde tilsvarende med følgende begrensninger:

- a) bevissikring etter konkurranseloven § 6-2 kan ikke finne sted i private hjem, eiendom og transportmidler,
- b) § 6-3 får ikke anvendelse i behandling av saker etter EØS-avtalen artikkel 54 eller der det etter første ledd er gitt forhåndsvarsel om vedtak om opphør av atferd som er i strid med EØS-avtalen artikkel 53,
- c) straff for overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 kan bare ilegges foretak og sammenslutninger av foretak
- d) straff etter § 6-6 og vinningsavståelse etter § 6-5 kommer bare til anvendelse på overtredelser begått etter denne bestemmelsens ikrafttredelse,
- e) overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 er ikke lenger straffbart når foreldelse er inntrådt. Fristen for foreldelse er ti år.

Denne bestemmelsen kommer ikke til anvendelse på de områder der det ikke er gitt regler i EØS-avtalen eller ODA som gir overvåkingsorganene kompetanse til å håndheve artikkel 53 og 54.

II. I lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven) gjøres følgende endringer:

### *§ 2-2 Konkurransemyndighetenes oppgaver*

...

f) føre tilsyn med at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 overholdes innenfor de rammer som fastsatt i lov 27. november 1992 nr. 110 om konkurranseregler i EØS-avtalen mv, og med de begrensninger som følger av EØS-avtalen og Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol.

### III. Ikrafttredelse

1. Denne loven trer i kraft ....

## VEDLEGG

### Saker behandlet av ESA<sup>48</sup>

Per 1. januar 1999 var 35 konkurransesaker til behandling i ESA. 28 av disse relaterte seg til EØS-avtalen artikkel 53 og 54. 12 av disse var notifikasjoner, 15 var formelle klager og 1 åpnet ex officio.

I løpet av 2000 ble 11 nye saker åpnet, hvorav 1 også reiste spørsmål i forhold til artikkel 59. 9 av de nye sakene ble åpnet på grunnlag av klage og 2 som følge av notifikasjon.

I løpet av 2000 ble totalt 8 saker avsluttet. Ved årsskiftet 2000/2001 var således 38 saker til behandling i ESA.

Tabellen viser antall nye saker som ble åpnet i ESA de fem siste år

| Tidsrom                      | Antall nye saker åpnet |
|------------------------------|------------------------|
| 1. januar- 31. desember 1996 | 12                     |
| 1. januar- 31. desember 1997 | 8                      |
| 1. januar- 31. desember 1998 | 5                      |
| 1. januar- 31. desember 1999 | 8                      |
| 1. januar- 31. desember 2000 | 11                     |

### Samarbeidssaker der Kommisjonen var kompetent overvåkningsorgan

I 1999 mottok ESA dokumenter fra Kommisjonen i 52 saker under samarbeidsprosedurene. 35 av sakene relaterte seg til EF-traktaten artikkel 81/82 og EØS-avtalen artikkel 53/54. De resterende 17 sakene relaterte seg til fusjonsforordningen.

### Oversikt over nasjonal håndheving av EF-traktaten artikkel 81 nr 1 og 82 i EUs medlemsstater 1995 – 1999.<sup>49</sup>

#### *Nasjonal håndheving av artikkel 81nr.1 og 82 i EUs medlemsstater i 1999<sup>50</sup>*

| Land/artikkel | 81.1 | 82 | Totalt |
|---------------|------|----|--------|
| Belgia        | 0    | 0  | 0      |
| Frankrike     | 0    | 1  | 1      |
| Hellas        | 0    | 0  | 0      |
| Italia        | 0    | 0  | 0      |
| Nederland     | 0    | 0  | 0      |
| Portugal      | 0    | 0  | 0      |
| Spania        | 2    | 1  | 3      |
| Tyskland      | 2    | 3  | 5      |

<sup>48</sup> Tallene er hentet fra ESAs årsrapport for 1999 og 2000.

<sup>49</sup> Opplysningene er hentet fra EUs beretninger om konkurransepolitikk og inneholder informasjon om saker som det enkelte medlemsland har behandlet. Tallene i tabellen er ikke alltid identisk med hvor mange vedtak som er fattet. For noen stater angir tallet hvor mange saker landene har tatt opp til behandling etter EF-reglene det angjeldende år og hvilken artikkel som er anvendt.

<sup>50</sup> Kilde: EUs beretning om konkurransepolitikken 1999.

*Nasjonal håndheving av artikkel 81nr.1 og 82 i EUs medlemsstater i 1998<sup>51</sup>*

| Land/artikkel | 81.1 | 82 | Totalt          |
|---------------|------|----|-----------------|
| Belgia        | 0    | 0  | 0               |
| Frankrike     | 0    | 1  | 1               |
| Hellas        | 0    | 0  | 0               |
| Italia        | 1    | 2  | 2 <sup>52</sup> |
| Nederland     | 0    | 0  | 0               |
| Portugal      | 0    | 0  | 0               |
| Spania        | 1+1  | 1  | 3 <sup>53</sup> |
| Tyskland      | 1    | 3  | 4               |

*Nasjonal håndheving av artikkel 81 nr.1 og 82 i EUs medlemsstater i 1997<sup>54</sup>*

| Land/artikkel | 81.1 | 82 | Totalt          |
|---------------|------|----|-----------------|
| Belgia        | 0    | 0  | 0               |
| Frankrike,    | 3    | 1  | 4               |
| Hellas        | 0    | 0  | 0               |
| Italia        | 0    | 0  | 0               |
| Portugal      | 0    | 0  | 0               |
| Spania        | 1    | 2  | 3 <sup>55</sup> |
| Tyskland      | 2    | 1  | 3 <sup>56</sup> |

*Nasjonal håndheving av artikkel 81 nr. 1 og 82 i EUs medlemsstater i 1996<sup>57</sup>*

| Land/artikkel | 81.1            | 82 | Totalt |
|---------------|-----------------|----|--------|
| Belgia        | 0               | 0  | 0      |
| Frankrike     | 2 <sup>58</sup> | 0  | 2      |
| Hellas        | 0               | 0  | 0      |
| Italia        | 0               | 0  | 0      |
| Portugal      | 0               | 0  | 0      |
| Spania        | 5 <sup>59</sup> | 4  | 5      |

<sup>51</sup> EUs beretning om konkurransepolitikken 1998.

<sup>52</sup> En sak er behandlet etter både artikkel 81nr. 1 og 82.

<sup>53</sup> Fremstillingen gjør det litt uklart hvor mange saker som er behandlet og etter hvilken hjemmel.

<sup>54</sup> EUs beretning om konkurransepolitikken 1997.

<sup>55</sup> Noen av sakene er avgjort av konkurransedomstolen. Det er i EUs beretning nevnt et par andre saker men det er uklart om dette er nasjonale eller rene Kommisjonssaker.

<sup>56</sup> Den ene av disse sakene var en dom av tysk høyesterett, som gjaldt en avgjørelse truffet av konkurransemyndigheten, og som stadfester konkurransemyndighetens analyse i forhold til EF-traktaten artikkel 81 nr. 1.

<sup>57</sup> Kilde: EUs beretning om konkurransepolitikken 1996.

<sup>58</sup> Den ene av disse sakene var en dom av appelldomstolen i Paris, som gjaldt en avgjørelse truffet av konkurransemyndigheten, og som stadfester konkurransemyndighetens analyse i forhold til EF-traktaten artikkel 81 nr. 1.

<sup>59</sup> Statistikken gjelder saker fra den spanske konkurransedomstol. I forhold til fire av sakene står det at konkurransedomstolen analyserte overtredelser av artikkel 81 nr. 1. og artikkel 82, uten at det fremgår om sakene

|          |                 |   |   |
|----------|-----------------|---|---|
| Tyskland | 3 <sup>60</sup> | 0 | 3 |
|----------|-----------------|---|---|

*Nasjonal håndheving av artikkel 81 nr. 1 og 82 i EUs medlemsstater i 1995<sup>61</sup>*

| Land/artikkel | 81.1            | 82 | Totalt |
|---------------|-----------------|----|--------|
| Belgia        | 1               | 0  | 0      |
| Frankrike     | 1               | 0  | 1      |
| Hellas        | 0               | 0  | 0      |
| Italia        | 0               | 0  | 0      |
| Portugal      | 0               | 0  | 0      |
| Spania        | 1 <sup>62</sup> | 2  | 2      |
| Tyskland      | 3 <sup>63</sup> | 0  | 3      |

**Oversikt over antall saker behandlet i Konkurransetilsynet 1997-2000**

*Konkurranseloven § 3-1 Saker om forbud mot prissamarbeid og leverandørreguleringer*

| Behandlet   | 1997 | 1998 | 1999 | 2000 |
|-------------|------|------|------|------|
| Behandlet   | 121  | 214  | 114  | 101  |
| Henlagt     | 38   | 97   | 92   | 47   |
| Innskjerpet | 81   | 114  | 20   | 50   |
| Tvangsmulkt | 1    | 0    | 1    | 0    |
| Anmeldt     | 1    | 3    | 1    | 4    |

Kilde: Konkurransetilsynets årsrapport 1999, Konkurransetilsynets resultat- rapport 2000

*Inngrepssaker etter konkurranseloven § 3-10*

|                  | 1997 | 1998 | 1999 <sup>64</sup> | 2000 <sup>65</sup> |
|------------------|------|------|--------------------|--------------------|
| Behandlet totalt | 79   | 52   | 69                 | 74                 |

gjaldt begge eller kun en av bestemmelsene.

<sup>60</sup> Det ble funnet at artikkel 81 nr. 1. var overtrådt i tre tilfeller. I tillegg kommer et tilfelle hvor konkurransemyndigheten fant at artikkel 81 nr. 1. var overtrådt, mens appelldomstolen i Berlin ikke tok stilling til spørsmålet.

<sup>61</sup> Kilde: EUs beretning om konkurransepolitikken 1995.

<sup>62</sup> Statistikken gjelder saker fra den spanske konkurransedomstol. I den ene av sakene ble både forholdet til EF-traktaten artikkel 81 nr. 1. og artikkel 82 vurdert.

<sup>63</sup> Det ble funnet at artikkel 81 nr. 1. var overtrådt i tre tilfeller. I tillegg kommer et tilfelle hvor Kammergericht i Berlin stadfestet.

<sup>64</sup> To av inngrepene var forskrifter. I 17 saker fant Konkurransetilsynet ut etter en grundig vurdering at grunnlaget for inngrep ikke var tilstede. 46 saker ble henlagt i en tidlig fase av saksbehandlingen. Det ble fattet ett vedtak om oppheving av tidligere vedtak.

<sup>65</sup> I 13 av sakene fant Konkurransetilsynet ut etter en omfattende vurdering at grunnlaget for inngrep ikke var til stede. De øvrige sakene ble lagt bort på et tidlig tidspunkt.

|         |    |   |   |   |
|---------|----|---|---|---|
| Inngrep | 11 | 4 | 5 | 7 |
|---------|----|---|---|---|

Kilde: Konkurransetilsynets årsrapport 1999, Konkurransetilsynets resultat- rapport 2000

#### *Dispensasjonssaker*

| Dispensasjoner    | 1997 | 1998 | 1999 | 2000 |
|-------------------|------|------|------|------|
| Behandlet         | 129  | 131  | 85   | 147  |
| Innvilget         | 101  | 70   | 53   | 99   |
| Avslått           | 7    | 1    | 6    | 5    |
| Bortfalt/opphevet | 21   | 60   | 26   | 43   |

Kilde: Kilde: Konkurransetilsynets årsrapport 1999, Konkurransetilsynets resultatrapport 2000

#### *Bestemmelser det er dispensert fra*

|                                      | 1997 | 1998 | 1999             | 2000             |
|--------------------------------------|------|------|------------------|------------------|
| § 3-1 1. og 2. ledd<br>prissamarbeid | 84   | 66   | 47 <sup>66</sup> | 87 <sup>67</sup> |
| § 3-2 anbudssamarbeid                | 7    | 3    | 6                | 9                |
| § 3-3 markedsdeling                  | 45   | 16   | 10               | 28               |
| § 3-4 sammenslutninger               | -    | 17   | 8                | 29               |

Kilde: Konkurransetilsynets årsrapport 1999, Konkurransetilsynets resultat- rapport 2000

<sup>66</sup> 8 av dispensasjonene er gitt etter konkurranseloven § 3-4, jfr. § 3-1, 1. ledd.

<sup>67</sup> 7 av dispensasjonene er gitt etter konkurranseloven § 3-4, jfr. § 3-1, 1. ledd.