



Arbeids- og administrasjonsdepartementet  
Ved: Jan A. Halvorsen  
Postboks 8004 Dep  
0030 Oslo

Deres ref.: 01/4046 E

Vår ref.:  
Saksnr.:

Saksbeh.:

Dato: 31. desember 2001

## **Høring av delinnstilling av 6. juli 2001 om endringer i konkurranselov- givningen og valg av lovmodell for ny konkurranselov**

### **1. Innledning**

Det vises til brev av 25. september 2001 fra Arbeids- og administrasjonsdepartementet (AAD) hvor Konkurransetilsynet innen 31. desember 2001 er bedt om å komme med eventuelle merknader til delinnstilling av 6. juli 2001 om endringer i konkurranselov-  
givningen og valg av lovmodell for ny konkurranselov (NOU 2001:28).

I det følgende kommenterer vi først utvalgets vurderinger med hensyn til om norske myndigheter bør gis kompetanse til å håndheve artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen samt forslaget til hvordan denne hjemmelen skal utformes og innarbeides. Deretter kommenterer vi utvalgets vurderinger vedrørende valg av lovmodell for ny konkurranselov og kommer til slutt med noen innspill til lovutvalgets videre arbeid.

### **2. Desentralisert håndheving**

Innstillingen tilrår at norske myndigheter gis kompetanse til å håndheve artikkel 53 og artikkel 54 i EØS-avtalen. En slik kompetanse foreslås hjemlet i § 1 bokstav a i EØS-  
konkurranseloven, og supplert med en ny § 2-2 bokstav f i den norske konkurranse-  
loven. Forslaget om desentralisert håndheving er i hovedsak begrunnet i at Kommisjonen og EFTAs Overvåkningsorgan (ESA) har varslet at de ønsker at nasjonale myndigheter skal ha kompetanse til å håndheve konkurransereglene. Utvalget understreker videre at norske myndigheter i løpet av nær fremtid muligens vil være forpliktet til å håndheve artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen.

Forslaget om regler for desentralisert håndheving skal eventuelt gjelde kun i en overgangs-  
periode frem til ny norsk konkurranselov vedtas. På denne bakgrunn er en del drøftelser

med hensyn til både prinsipielle og konkrete problemstillinger i tilknytning til desentralisert håndheving utelatt, eller gjort relativt kortfattet. Utvalget har gjentatte ganger påpekt at disse og andre problemstillinger vil bli mer inngående drøftet i hovedinnstillingen.<sup>1</sup> Dette har vi lagt til grunn i våre følgende vurderinger.

På bakgrunn av blant annet de signaler Kommisjonen har gitt vedrørende desentralisert håndheving av EF/EØS-konkurransereglene, er vi enige med utvalget i at det er ønskelig at norske myndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Vi har ingen merknader til lovhjemmelens plassering i EØS-konkurranseloven. Vi er videre enige med utvalget i at det som en foreløpig løsning vil være hensiktsmessig å anvende norske saksbehandlingsregler ved desentralisert håndheving, med visse tilpasninger. Vi presiserer imidlertid at de midlertidige løsninger som er valgt for prosessuelle spørsmål og sanksjonsspørsmål, bør gjennomgås mer fullstendig i hovedinnstillingen. Det er viktig at utvalgets forutsetning om at valgene ikke skal gi noen føringer på det videre arbeid, følges. Når det gjelder ordlyden i forslaget til EØS-konkurranseloven § 1 bokstav a annet ledd, bemerker vi at det kan være uheldig å bruke ordet ”klage” i denne sammenhengen. Med klage forstås ofte klage på et allerede fattet vedtak.

Utover dette har vi enkelte kommentarer til utvalgets vurderinger når det gjelder de antatte virkninger av desentralisert håndheving for nasjonale konkurransemyndigheter.

- Utvalget legger til grunn at norske konkurransemyndigheter som følge av desentralisert håndheving vil få et øket sakstilfang per år på rundt fem saker. Slik utvalget påpeker, er dette et høyst usikkert tall. Selv om det i dag ikke innleveres mange klager til ESA om brudd på EØS-konkurransereglene, innebærer ikke det nødvendigvis at tilsvarende få klager innleveres tilsynet dersom desentralisert håndheving innføres. I denne sammenheng er det viktig å ta i betraktning at det for mange vil fremstå som enklere å henvende seg til Konkurransetilsynet, fremfor ESA. Dette gjelder særlig privatpersoner og mindre ervervsdrivende.
- Saksbehandlingen kan kompliseres og kreve mer ressurser som følge av desentralisert håndheving. Dette kan skje ved at flere henvendelser inneholder påstander om overtredelse eller inngrep både etter konkurranseloven og etter EØS-konkurransereglene. Desentralisert håndheving kan således føre til at det er enklere å klage i forhold til to regelsett samtidig, i håp om at én klage fører frem. Dette må også sees på bakgrunn av den usikkerheten som gjelder med hensyn til hva som rammes av EØS art. 53 og 54 ettersom EØS-konkurransereglene skiller seg fra konkurranseloven både i form og innhold. Konkurransetilsynet kan derfor få en rekke ”ubegrunnede” henvendelser, som må realitetsbehandles og resultere i vedtak.
- I henhold til forslaget til EØS-konkurranseloven § 1 bokstav a skal Konkurransetilsynets avgjørelse om ikke å foreta en fullstendig saksbehandling av en klage om overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 eller 54, grunngis. Avgjørelsen skal videre kunne påklages. Tilsynet vil dermed være forpliktet til nøye å vurdere de rettslige og faktiske omstendigheter som den klagende part fremfører.<sup>2</sup> I henhold til de

---

<sup>1</sup> Se delinnstillingen s. 34, første avsnitt første spalte.

<sup>2</sup> Jf. Delinnstillingen s. 58 første spalte

norske konkurransereglene plikter ikke tilsynet å realitetsvurdere en henvendelse vedrørende konkurranseskadelig atferd. For markedsaktørene kan dette innebære en forskjell i saksbehandlingen som det kan være vanskelig å forstå og forholde seg til. For Konkurransetilsynet kan det innebære økt ressursbruk å realitetsbehandle enhver henvendelse, herunder grunngi alle avvisninger.

### 3. Lovmodell for ny norsk konkurranselov

Formålsbestemmelsen i konkurranseloven er sentral for Konkurransetilsynets praksis. Vi mener at essensen i dagens formålsbestemmelse bør videreføres, dog med en noe økt vektlegging av virksom konkurranse. En mulig omformulering av formålsbestemmelsen kan være: ”fremme virksom konkurranse for å bidra til mer effektiv bruk av samfunnets ressurser”. Vi er kritiske til at utvalget åpner for at det kan være aktuelt med en annen formålsbestemmelse. Det må ikke være slik at man først velger et regelsett og deretter tilpasser lovens formål til det valgte regelsettet .

Med bakgrunn i ovenstående bør forholdet mellom EØS-konkurransereglens formål og formålet angitt i konkurranseloven drøftes nærmere i hovedinnstillingen. Dette gjelder både i vurderingen av om eller i hvilken grad norske konkurranseregler skal være gjenstand for harmonisering og hvordan reglene eventuelt skal utformes. Som utvalget har påpekt kan det her hentes veiledning fra praksis i Danmark, der konkurranseloven har tilsvarende formål som den norske loven, samtidig som den er harmonisert med EF-konkurranseregler. Erfaringer fra Danmark kan gi en indikasjon på hvordan dette vil fungere i Norge.

Videre er utvalget bedt vurdere om, og eventuelt i hvilken utstrekning, en ny norsk konkurranselov bør utformes etter mønster av EØS-avtalens konkurranseregler *eller en annen lovmodell*. Vi kan ikke se at andre lovmodeller enn EØS-reglene er drøftet i delinnstillingen. Vi etterlyser en drøfting av hvilket regelsett (dagens konkurranselov, EØS-avtalens konkurranseregler eller andre) som i størst grad synes å lede til en effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser.

Utvalget konkluderer i delinnstillingen med at norsk konkurranselovgivning bør harmoniseres med EØS-avtalens konkurranseregler, slik at konkurranseloven §§ 3-1 til 3-10 erstattes av konkurranseregler tilsvarende EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Vi ser at det er argumenter som taler for harmonisering, særlig med tanke på Konkurransetilsynets saksbehandling, men finner at flere av de foretatte vurderingene bør utdypes nærmere.

#### Forbud mot misbruk av markedsrett

Konkurransetilsynet er positiv til at man ved en harmonisert lov innfører et forbud mot utilbørlig utnyttelse (misbruk) av markedsrett i norsk rett. En forbudsbestemmelse har klare håndhevningmessige fordeler fremfor en inngrepsbestemmelse bl.a. ved at et forbud kan håndheves direkte for domstolene i motsetning til dagens § 3-10 hvor Konkurransetilsynet har eksklusiv kompetanse. Dette kan bidra til å øke effektiviteten av konkurransereglene. Som et motargument kan det imidlertid anføres at man ved et forbud risikerer at også positive konkurransefremmende tiltak ikke blir igangsatt, fordi aktørene

kan være tilbakeholdne med å opptre i ”gråsonen” av forbudets rekkevidde. Det kan imidlertid diskuteres hvilken vekt dette argumentet har. Praksis fra Kommisjonen og EF-domstolen gir en god anvisning på hva slags opptreden som vil rammes av forbudet. I tillegg kommer at Konkurransetilsynet har en veiledningsplikt etter forvaltningsloven, slik at aktørene kan henvende seg til tilsynet før iverksettelse av en aktivitet som kan være tvilsom i forhold til et forbud.

Vi antar videre at et forbud vil kunne ha preventiv effekt på i hvert fall to måter, gjennom risiko for bøter og risiko for mulige sanksjoner fra medkontrahtenter og kunder m.v. Graden av prevensjon vil imidlertid avhenge av hvorvidt bestemmelsen kan håndheves effektivt samt hvilke sanksjoner av strafferettslig og privatrettslig art som knyttes til overtredelse av forbudet. Etter vår oppfatning er det viktig at disse spørsmålene vurderes grundig i lovutvalgets videre arbeid.

### Nærmere om harmonisering

Til utformingen av eventuelle harmoniserte konkurranseregler, har vi følgende generelle kommentarer:

- Utvalget antyder at harmoniseringen av norske konkurranseregler med EØS-konkurransereglene ikke er til hinder for at det også gis særnorske unntaksbestemmelser.<sup>3</sup> Eventuelt innhold og form for unntak gjøres det ikke nærmere rede for. Dersom slike unntak gjøres for vide eller upresise, kan dette bidra til at norske konkurranseregler og EØS-konkurranseregler i praksis vil bli ganske ulike. Noe av formålet med harmoniseringen vil da undermineres ved at rettssituasjonen likevel vil fremstå som uoversiktlig for aktørene.
- Omfanget av unntaks- og (eventuelle) dispensasjonsbestemmelser påvirker norske konkurransemyndigheters sakstiltfang. Konkurransetilsynet bruker i dag en god del ressurser på dispensasjonsvurderinger. Dersom harmonisering åpner for flere unntak og dispensasjonssøknader, kreves det større ressurser for å håndheve konkurranseloven. Utformingen av forbudsbestemmelser, basert på EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og eventuelle unntaks- og dispensasjonshjemler som skal innføres i en ny konkurranselov, bør derfor vurderes nøye.

En harmonisering av regelsettene er blant annet begrunnet i at det vil være enklere, og dermed mer effektivt for norske myndigheter å anvende konkurransereglene. Selv om det nå kan virke sannsynlig at moderniseringsreformen blir vedtatt i EU, vil noe av den anførte begrunnelsen for harmonisering bortfalle dersom desentralisert håndheving likevel ikke innføres. Harmoniserte regler vil imidlertid uansett være enklere å forholde seg til både for markedsaktører og konkurransemyndigheter som må forholde seg til både norske konkurranseregler og EØS-konkurransereglene.

Slik utvalget påpeker, har Kommisjonen i artikkel 3 i forslag til ny forordning for gjennomføring av EF-traktaten artikkel 81 og 82 (av 27. september 2000) foreslått at nasjonale konkurranseregler og EF-konkurransereglene ikke lenger skal kunne anvendes parallelt. Dersom samhandelen påvirkes skal dermed bare EF-konkurransereglene komme

<sup>3</sup> Se for eksempel delinnstillingen s. 54, siste avsnitt andre spalte.

til anvendelse. Gjennom EØS-avtalen vil dette for Norge medføre at EØS-konkurransereglene og konkurranseloven ikke vil kunne anvendes parallelt dersom samhandelskriteriet er oppfylt. Forslaget er riktignok nylig modifisert i noen grad, men hvis man legger til grunn at dette vil snevre inn anvendelsesområdet for en nasjonal konkurranselov, er vi enige med utvalget i at dersom forslaget vedtas, vil dette forsterke behovet for harmonisering. En harmonisering vil da blant annet gjøre saksbehandlingen i Konkurransetilsynet enklere og mer effektiv, ved at det i hovedsak vil være de samme vurderingstemaene for drøftelsene, uavhengig av om saken behandles etter nasjonale regler eller etter EØS-reglene. Harmonisering vil da også sikre større forutberegnelighet for aktørene med hensyn til hvilke vurderingsnormer innenfor konkurransereglene de skal forholde seg til, uavhengig av om de omfattes av nasjonale konkurranseregler eller av EØS-konkurransereglene. Dette er særlig viktig ettersom det er mange saker som vil ligge i en "gråson" mellom disse regelsettene.

#### 4. Øvrige kommentarer og innspill til lovutvalgets videre arbeid

Utvalget skriver i sin delinnstilling på side 13 at *"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 bedriftsserverv og de øvrige materielle bestemmelsene. Det er derfor behov for lovendringer for å klargjøre rettsstillingen og bedre forutberegneligheten for lovens adressater på flere områder."* Vi er enig i at rekkevidden av enkelte av konkurranselovens bestemmelser kan være noe uklar og ser derfor gjerne at utvalget drøfter nærmere hvorvidt et harmonisert lovsystem vil løse de nevnte problemer.

Dette hadde også i denne forbindelse vært ønskelig med en nærmere redegjørelse for hvilke problemer som kan oppstå i forbindelse med en harmonisering av den norske konkurranseloven med EØS-avtalens konkurranseregler. Utvalget skriver på side 54 at *"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 rettsikkerheten gjennom økt forutberegnelighet."* Vi understreker at praksis fra andre regelsett må anvendes med forbehold om forskjeller i formålsbestemmelsene. Det er ønskelig at lovutvalget drøfter og vurderer dette forholdet.

Vi registrerer at utvalget i delinnstillingen avgrenser mot å behandle hvilke saksbehandlings- og sanksjonsbestemmelser som skal inntas i en ny konkurranselov. Vi ønsker likevel å påpeke følgende på generell basis:

- Vi er av den oppfatning at Konkurransetilsynet også i fremtiden bør ha hjemmel til å innhente informasjon i private hjem. Det er i dag svært vanskelig å avsløre brudd på konkurranseloven. Skillet mellom arbeid på arbeidsplassen og i hjemmet viskes ut i stadig større grad. En innsnevring av tilsynets adgang til å innhente informasjon vil trolig gjøre det vanskeligere å avdekke brudd på konkurranseloven. Erfaringen er dessuten at det ofte er funnet bevis av stor verdi ved kontroll i private hjem.

Det fremgår for øvrig av delinnstillingen at Kommisjonen går inn for at det åpnes for å foreta kontroll i private hjem etter forhåndstillatelse fra domstol (se artikkel 20 nr. 2 bokstav b jf. artikkel 20 nr. 7).

- Vi mener at personstraff ikke bør avskaffes ved en eventuell endring av konkurranseloven. Det er personer som aktivt initierer og utfører lovbrudd. Ansvar for et lovbrudd vil derfor i prinsippet alltid kunne tilbakeføres til et eller flere individer. Av og til kan enkeltpersoner ha incentiver f.eks. i form av belønningsordninger som gjør at de er villige til å ta en risiko for f.eks. å øke selskapets inntjening. En mulighet i så tilfelle kan være å bryte konkurranseloven. Det er ikke utenkelig at et selskaps aksjonærer ikke ville tatt risikoen på å tillate et brudd på konkurranseloven dersom de var kjent med dette. Det vil derfor være preventivt å ha muligheten til å straffe personer. Straffen kan være symbolsk men likefullt personrettet. Muligheten for at individer kan straffes vil også ha et moralsk aspekt. Dersom muligheten for å straffe personer avskaffes, er det ikke utenkelig at selskaper i større grad enn i dag vil avveie gevinsten ved et brudd på konkurransereglene mot risikoen for å bli oppdaget og størrelsen på en eventuell straff. Muligheten for personstraff kan også redusere prinsippal – agent problemer som kan oppstå ved at ansatte og eiere har ulike mål.

Konkurransetilsynet vil anbefale at lovutvalget innhenter opplysninger/erfaringer fra land som har personstraff, f.eks. USA. Det skal også nevnes at Storbritannia nylig har foreslått innføring av straffesanksjonering i sin konkurranselovgivning.

- Det vil i enkelte sammenhenger kunne være ønskelig å begrense partenes og andres innsyn i sakens dokumenter i misbruk av markedsaktssakene, særlig i den tidlige fase av vurdering av hvorvidt det foreligger et tilfelle av misbruk av markedsakt. I tillegg til ”etterforskningsmessige” hensyn skal spesielt nevnes at aktører som mener seg utsatt for misbruk av markedsakt ofte kan være tilbakeholdne med å rette en formell henvendelse til Konkurransetilsynet av frykt for kommersielle sanksjoner. Dersom innsyn kan utsettes i disse sakene vil dette kunne medføre at flere saker blir innklaget til tilsynet.

Med hilsen

Knut Eggum Johansen  
*konkurransedirektør*

Elisabeth Roscher  
*juridisk direktør*