



Arbeids- og administrasjonsdepartementet
Postboks 8004 Dep

0030 Oslo

Deres ref.: 200300441 *Vår ref.:* 2003/357

Saksbeh.:

Dato: 3. juli 2003

■ **Høringsuttalelse om NOU 2003: 12 Ny konkurranselov**

Konkurransetilsynet viser til Arbeids- og administrasjonsdepartementets brev av 10. april 2003. Vedlagt oversendes Konkurransetilsynets høringsuttalelse om NOU 2003: 12 Ny konkurranselov og departementets forslag til andre endringer i konkurranselovgivningen.

| | |
|--|-----------|
| I Innledning..... | 4 |
| II Konkurranspolitikken utfordringer, oppgave og formål..... | 4 |
| Til punkt 3.4 Lovens formål..... | 4 |
| Til punkt 3.3.3 Adgang til å iverksette tiltak for å øke markedenes gjennomsiktighet | 5 |
| Prisopplysning, prisundersøkelser og pristiltaksloven..... | 5 |
| Offentlighet om konkurransebegrensninger..... | 6 |
| Til punkt 3.3.4 Påpekning av konkurransebegrensende offentlige reguleringer..... | 7 |
| Konkurransetilsynets generelle bemerkninger..... | 7 |
| Påpekning av konkurransebegrensende offentlige tiltak og reguleringer..... | 8 |
| Til punkt 3.3 Andre oppgaver for konkurransemyndighetene | 10 |
| Inngrep mot konkurransevridene offentlig støtte..... | 10 |
| Inngrep mot krysssubsidiering..... | 11 |
| Håndheving av lov om offentlige anskaffelser | 11 |
| Endring i utredningsinstruksen..... | 11 |
| III Forbudene mot konkurransebegrensende atferd | 12 |
| Til punkt 4.3 Forbudsbestemmelsene i forslaget § 3-1 og 3-2 | 12 |
| Likelydende forslag til forbudsbestemmelser | 12 |
| Betydningen av lovens formål ved tolkning av forbudsbestemmelsene..... | 13 |
| Foretaksdefinisjonen i forslaget § 1-2 | 13 |
| Helt eller delvis unntak fra loven | 14 |
| Til punkt 4.7 Forskriftshjemmel for inngrep mot konkurransebegrensende atferd | 16 |
| Til forslaget § 1-6 Varighet av enkeltvedtak | 17 |
| Til punkt 4.6.1 Plikt til å fatte vedtak om at forbudsbestemmelsene ikke er overtrådt..... | 18 |
| Til punkt 4.6.2 Påbud om opphør..... | 18 |
| Tilfelle hvor den ulovlige atferd har opphørt..... | 18 |
| Nærmere om påbudets innhold | 19 |
| Forholdet til forslaget § 7-2 | 19 |
| Klageadgang ved unnlattelse av å gi påbud | 20 |
| Rettslig klageinteresse..... | 21 |
| Regler for overprøvingen | 21 |
| Midlertidig vedtak..... | 22 |
| IV Kontroll med foretakssammenslutninger | 22 |
| Til punkt 5.4.3 Krav til ervervets omfang..... | 22 |
| Definisjonen av foretakssammenslutning | 23 |
| Adgang til inngrep mot minoritetserverv som ikke innebærer kontroll..... | 23 |
| Til punkt 5.4.4 Tilknyttede begrensninger | 25 |
| Til punkt 5.4.5 Kan- eller skal-regel | 26 |
| Til punkt 5.4.6 Melding av foretakssammenslutninger..... | 27 |
| Innføring av meldeplikt..... | 27 |
| Meldepliktige foretakssammenslutninger | 27 |
| Fullstendig melding..... | 28 |
| Dokumentinnsyn i saker om foretakssammenslutninger | 28 |
| Til punkt 5.4.7 Frister for saksbehandlingen..... | 29 |
| Til punkt 5.4.8 Gjennomføringsforbud | 29 |
| Til punkt 5.4.10 Forvalter | 30 |
| Til punkt 7.5.5 Prøving i henhold til allmenne hensyn..... | 30 |
| Til høringsbrevet punkt 3 Prøving av foretakssammenslutninger av finansinstitusjoner ... | 31 |

| | |
|---|-----------|
| Til § 3-12 i gjeldende konkurranselov | 32 |
| V Sanksjoner..... | 33 |
| Til punkt 6.3 Enkelte prinsipielle spørsmål | 33 |
| Behovet for reformer | 33 |
| Økt vekt på sanksjonering av foretak | 34 |
| Valg av sanksjonsform | 35 |
| Til punkt 6.4 Sivilrettslige bøter | 35 |
| Beviskrav..... | 35 |
| Prosessuelle regler..... | 36 |
| Til punkt 6.5 Straff..... | 36 |
| Typer overtredelser | 36 |
| Strafferammen | 37 |
| Til punkt 6.6 Forholdet mellom sivile og strafferettslige bøter | 37 |
| Til punkt 6.7 Lempning..... | 38 |
| Til punkt 6.9 Tvangsmulkt..... | 39 |
| VI Organisasjonsspørsmål | 40 |
| Til punkt 7.5.1 Innledning..... | 40 |
| Til punkt 7.5.2 – 7.5.4 Saksbehandling, kompetanse og sammensetning..... | 41 |
| Vedtakskompetanse i første instans | 41 |
| Nærmere om Konkurransenemnda..... | 41 |
| Til punkt 7.5.5 Prøving i henhold til allmenne hensyn | 42 |
| Kriterium for inngrep fra politiske myndigheter | 43 |
| Inngrep fra politiske myndigheter på konkurransefaglig grunnlag..... | 43 |
| Delegasjon av politiske myndigheters kompetanse | 44 |
| Innst. S. nr. 222 (2002-2003) Om statlige tilsyn..... | 44 |
| VII Saksbehandlingsregler | 44 |
| Til punkt 8.6 Opplysningsplikt..... | 44 |
| Generelt om opplysningsplikten..... | 44 |
| Forklaringsplikten i overtredelsessaker..... | 44 |
| Til punkt 8.7 Utleveringsplikt | 45 |
| Til punkt 8.8 Bevissikring..... | 46 |
| Særlig om bevissikring i private hjem..... | 46 |
| Beslaglegging og kopiering..... | 47 |
| Adgang til å ha advokat til stede | 48 |
| Til punkt 8.8.6 og 8.10 Internasjonalt samarbeid i overtredelsessaker..... | 49 |
| Til punkt 8.11 Unntak fra offentlighetslovens regler..... | 51 |
| Til punkt 8.9 Partsinnsyn | 51 |
| VIII Privatrettslige virkninger..... | 52 |
| Til punkt 9.2 og 9.3 Erstatning og ugyldighet..... | 52 |
| Til punkt 9.5 Konkurransetilsynets rolle ved private søksmål..... | 52 |
| IX Vernetting | 53 |
| Til kapittel 10 Tvunget vernetting..... | 53 |
| X Administrative og økonomiske konsekvenser..... | 54 |
| XI EØS-rettslige spørsmål..... | 54 |
| Til høringsbrevet punkt 4.2 Håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 | 54 |
| Innledning..... | 54 |
| Betydningen av at det ikke innføres desentralisert håndheving på EØS-nivå | 55 |
| Om desentralisert håndheving er en fordel for norske konkurransemyndigheter | 56 |
| Desentralisert håndheving og norsk konkurranselovgivning | 57 |
| Desentralisert håndheving og norske saksbehandlingsregler..... | 58 |

| | |
|--|----|
| Desentralisert håndheving og norske sanksjonsregler | 58 |
| Desentralisert håndheving og norske konkurransemyndigheters kompetanse..... | 59 |
| Praktiske konsekvenser av desentralisert håndheving | 60 |
| Hensynet til næringslivet..... | 60 |
| Konklusjon | 60 |
| Til høringsbrevet punkt 4.3 Konkurranseloven og EØS-konkurransereglene | 60 |
| Til høringsbrevet punkt 4.4 Domstolenes prøving av beslutninger om bevissikring..... | 61 |
| Til høringsbrevet punkt 4.5 Endringer i annet lovverk som følge av forordning 1/2003 ... | 62 |
| Innleggs- og innsynsrett ved norske domstoler..... | 62 |
| Enhetlig rettsanvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 | 63 |
| Til høringsbrevet punkt 5 Gjennomføring av EØS-konkurransereglene | 63 |
| Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven..... | 63 |
| Forskriftene under konkurranseeloven..... | 64 |
| Til høringsbrevet punkt 6 Endringer i EØS-konkurranseloven | 64 |
| Konkurransetilsynets kompetanse etter EØS-konkurranseloven | 64 |
| EØS-konkurranseloven § 5 – adgangen til å gi bøter til fysiske personer | 64 |
| Til utformingen av utvalgets lovforslag om EØS-konkurransereglene | 64 |
| Forslagets § 2-2 bokstav d..... | 64 |
| Forslagets § 3-1 siste ledd | 65 |
| Forslagets § 6-1 siste ledd | 65 |
| Forslagets § 7-2 første ledd bokstav c | 65 |

I Innledning

Konkurranselovutvalget (utvalget) la frem sin utredning NOU 2003: 12 Ny konkurranselov (utredningen) 9. april 2003. Arbeids- og administrasjonsdepartementet har i brev av 10. april 2003 (høringsbrevet) bedt om Konkurransetilsynets uttalelse til utvalgets utredning. Utvalget har tidligere lagt frem NOU 2001: 28 Delinnstilling om endringer i konkurranselovgivningen (delinnstillingen), som Konkurransetilsynet kommenterte i brev av 31. desember 2001.

I høringsbrevet foreslår departementet enkelte endringer og tillegg til utvalgets forslag til ny konkurranselov som høringsinstansene er bedt om å vurdere. Konkurransetilsynet behandler departementets forslag sammen med utvalgets forslag.

Så langt det har vært mulig har Konkurransetilsynet i sin uttalelse forsøkt å ta hensyn til sanksjonsutvalgets utredning NOU 2003: 15 Fra bot til bedring og konklusjonene i St.meld. nr. 17 (2002-2003) Om statlige tilsyn (tilsynsmeldingen) og Innst. S. nr. 222 (2002-2003) Innstilling til Stortinget fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om statlige tilsyn.

Konkurransetilsynet har foretatt en vurdering av de EØS-rettslige spørsmålene som departementet reiser i høringsbrevet, i lys av at utviklingen i forhandlingene om EØS-regelverket har endret forutsetningene for utvalgets forslag.

Konkurransetilsynet har også vurdert utvalgets forslag opp mot den nylig vedtatte bestemmelsen i gjeldende konkurranselov § 3-12.

Konkurransetilsynets helhetsinntrykk er at utvalgets utredning er gjennomarbeidet, godt begrunnet og velformulert. Utvalgets forslag til ny konkurranselov vil være et viktig redskap i arbeidet med å fremme virksom konkurranse i Norge. Selv om utvalget legger til grunn at en rekke viktige spørsmål må utredes nærmere, innebærer forslaget en vesentlig forbedring i forhold til gjeldende konkurranselov.

II Konkurransopolitikens utfordringer, oppgave og formål

Til punkt 3.4 Lovens formål

Utvalget foreslår visse språklige endringer i konkurranselovens formålsbestemmelse. Utvalget foreslår følgende formulering: "*Lovens formål er å fremme virksom konkurranse for å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser*". Forslaget er ikke ment å innebære noen realitetsendring. Det fremgår av punkt 3.4 i utredningen at formålet med konkurransopolitikken i all hovedsak skal ligge fast, herunder at effektivitet skal forstås som samfunnsøkonomisk effektivitet, slik det er beskrevet i forarbeidene til dagens konkurranselov.

Konkurransetilsynet støtter de foreslåtte endringene i ordlyden, som antas å bidra til en forbedring når det gjelder å uttrykke og vektlegge formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Tilsynet slutter seg også til utvalgets konklusjon om at formålet med konkurranseloven bør ligge fast. Utvalget drøfter potensielle konflikter mellom

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

OECD har nylig foretatt en gjennomgang av blant annet formålet med konkurransepolitikken i 35 land. Denne gjennomgangen viser at de fleste land har som formål å oppmuntre til mer konkurranse og/eller fremme effektiv ressursbruk og økt velferd. Mange land legger vekt på begrepet samfunnsøkonomisk effektivitet, mens andre fokuserer mer på forbrukerinteresser, markedsaktørenes økonomiske handlefrihet, fremme av økonomisk utvikling, eliminering av hindringer for effektiv konkurranse eller lignende.

Ofte brukes imidlertid konkurransepolitikken også som virkemiddel til å nå andre mål, som desentralisering av økonomiske beslutninger, fremme små og mellomstore bedrifters muligheter, regional utvikling, rettferdighet, likhet, mangfold med videre. Noen land er særlig opptatt av å hjelpe frem nasjonale aktører som kan hevde seg på internasjonale markeder. Disse tilleggsmålene varierer fra land til land og over tid. Tendensen ser imidlertid ut til å være et skifte bort fra bruk av konkurransepolitikken til å fremme såkalte brede politiske mål, og mot fokus på å oppnå samfunnsøkonomisk effektivitet.

I forbindelse med utarbeidelsen av dagens norske konkurranselov ble det drøftet hvorvidt man skulle ha flere formål enn effektiv ressursutnyttelse, som full sysselsetting, rettferdig fordeling, omfordeling fra produsent til forbruker eller lignende. Konklusjonen ble imidlertid at avveining av effektivitetshensyn mot andre hensyn burde skje på et politisk nivå. Konkurransetilsynet antar at vurderingene som lå til grunn for denne konklusjonen vil gjelde tilsvarende for forslaget til ny konkurranselov.

Til punkt 3.3.3 Adgang til å iverksette tiltak for å øke markedenes gjennomsiktighet

Prisopplysning, prisundersøkelser og pristiltaksloven

Utvalget foreslår å videreføre dagens § 2-2 bokstav c som gir Konkurransetilsynet hjemmel til å iverksette tiltak for å øke markedenes gjennomsiktighet. Utvalget mener imidlertid at tiltak rettet mot etterspørselssiden generelt bør være forbrukermyndighetenes oppgave. Utvalgets flertall anbefaler derfor at reglene om prisopplysning overføres fra dagens konkurranselov § 4-1 til en ny § 3a i markedsføringsloven. *Utvalgets mindretall* er enig i at prisopplysning som hovedregel bør være forbrukermyndighetenes oppgave, men mener at også konkurransemyndighetene bør ha hjemmel til å pålegge prisopplysning når dette har en konkurransefremmende virkning.

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

Konkurransetilsynet slutter seg imidlertid til mindretallets forslag om at også konkurransemyndighetene bør ha en hjemmel til å pålegge prisopplysning, når dette har en

konkurranserefremmende virkning. En tilstrekkelig informert og effektiv etterspørselsside er en forutsetning for virksom konkurranse mellom tilbyderne og effektiv allokering i markedet. Som en illustrasjon på dette vises det til kraftprisbasen på Konkurransetilsynets hjemmeside på Internett, hvor tilsynet offentliggjør oppdaterte prislister. Basen har vist seg å bli en viktig informasjonskilde for kundene i dette markedet. De har i den senere tid blitt langt mer aktive og prisbevisste, og dette har bidratt til skjerpet konkurranse mellom leverandørene, i tråd med konkurranselovens formål. Konkurransetilsynet ser, i likhet med utvalgets mindretall, ikke at det skulle være et problem at konkurranseloven og markedsføringsloven får likeartede hjemler til prisopplysning, da de to lovene har ulike formål.

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

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

Offentlighet om konkurransebegrensninger

Utvalget foreslår en ny bestemmelse i § 5-2 om at Konkurransetilsynet skal offentliggjøre sine vedtak. Opplysninger som er underlagt taushetsplikt etter reglene i forvaltningsloven § 13 kan etter forslaget bare offentliggjøres dersom det er nødvendig for å opplyse om vedtakets hovedinnhold. Bestemmelsen skal også gjelde for vedtak fattet av Konkurransenemnda. Bestemmelsens formål er å gjøre myndighetenes vurdering av ulike handlinger, lovtolkning og subsumsjon samt forhold i markedet kjent for offentligheten. Utvalget legger til grunn at en slik bestemmelse vil bidra til å tydeliggjøre den samfunnsmessige avveiningen mellom skadelige virkninger for konkurransen og andre samfunnsmessige hensyn.

Samtidig foreslår utvalget å ikke videreføre bestemmelsen i gjeldende konkurranselov § 4-2 om adgang til å offentliggjøre opplysninger om konkurransereguleringer uten hinder av forvaltningslovens regler om taushetsplikt.

Konkurransetilsynet mener at de hensynene som begrunner gjeldende konkurranselov § 4-2 bør videreføres med ny konkurranselov. Konkurransetilsynet legger til grunn at forslaget § 5-2 langt på vei ivaretar de samme hensynene som gjeldende konkurranselov § 4-2.

Bestemmelsen i forslaget § 5-2 kan ikke anvendes til utlevering av taushetsbelagte opplysninger og dokumenter i forbindelse med et sivilt søksmål. Forslagets § 6-3 annet ledd gir imidlertid tredjeparter rett til innsyn på nærmere vilkår. Det vises til Konkurransetilsynets merknader til denne bestemmelsen.

Utvalget foreslår at § 5-2 skal gi Konkurransetilsynet plikt til å offentliggjøre opplysninger som er underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 dersom dette er nødvendig for å opplyse om vedtakets hovedinnhold. Utvalgets forslag til ny bestemmelse innebærer dermed at

omfanget av hvilke taushetsbelagte opplysninger som kan offentliggjøres utvides, ettersom offentliggjøring etter gjeldende konkurranselov § 4-2 bare omfatter taushetsbelagte opplysninger etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, det vil si opplysninger som gjelder tekniske innretninger og fremgangsmåter. Ifølge forslaget kan Konkurransetilsynet etter den nye loven for eksempel offentliggjøre opplysninger om noens personlige forhold som nevnt i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1 dersom dette er nødvendig for å opplyse om sakens hovedinnhold. Slike opplysninger kan blant annet gjelde navn på enkeltpersoner eller foretak som kan knyttes til straffbare handlinger og som ikke er alminnelig kjent.

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

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

Til punkt 3.3.4 Påpekning av konkurransebegrensende offentlige reguleringer

Konkurransetilsynets generelle bemerkninger

Konkurransetilsynet savner en helhetlig drøftelse i utredningen av konkurransemyndighetenes rolle i forhold til offentlige reguleringer. Ut over å håndheve konkurranseloven, kan konkurransemyndighetene bidra til å forhindre konkurransebegrensende virkninger av offentlige myndigheters tiltak og reguleringer, gjennom påpekninger og anbefalinger overfor myndighetene, samt målrettet informasjonsarbeid mot samfunnet for øvrig.

Offentlige myndigheter spiller ofte en avgjørende rolle med hensyn til å legge til rette for virksom konkurranse. Offentlige tiltak og reguleringer kan påvirke rammevilkår og etableringsmuligheter, og dermed muligheten til å fremme formålet i konkurranseloven. Offentlige reguleringer kan også bidra til klarhet om hvorvidt aktørenes rammebetingelser er like. Dette vil i seg selv svekke markedenes gjennomsiktighet og forsterke effektivitetstapet.

Offentlige reguleringer som skaper konkurransebegrensninger og ineffektiv ressursbruk forsvares ofte med at de begunstiger visse særgrupper, eller med at de er nødvendige for å nå formål som ikke er forenlige med konkurransehensyn. I NOU 1991: 27 Konkurranse for effektiv ressursbruk, fremgår det:

”De negative virkningene av reguleringene, gjennom svekket konkurranse og ineffektivitet, kan på sin side være vanskelig å måle, og fordelt på så mange at det ikke har merkbare virkninger for de det går utover. De samlede skadelige virkningene kan likevel være større enn fordelene for de få...”

Mange konkurransebegrensende effekter av offentlige reguleringer er trolig utilsiktet og skyldes at deres effekt på konkurransen ikke er eksplisitt vurdert. Alternativet til å akseptere konkurransebegrensningene er ikke nødvendigvis å avskaffe reguleringen, men å utforme den på en annen måte.

Reguleringsreformer omtales av OECD som tiltak for å forbedre kvaliteten på reguleringer, gjøre dem mer formålstjenlige og bidra til økt samfunnsøkonomisk effektivitet. OECD anbefaler reguleringsreformer som innebærer at konkurransehindrende reguleringer elimineres, bortsett fra i tilfeller der tvingende offentlige interesser ikke kan ivaretas på annen måte.

I sin landgjennomgang av Norge anbefaler OECD at de konkurransepolitiske reformprosessene fortsetter. Som en generell reformstrategi anbefaler OECD at rekkevidden og effektiviteten til konkurranseloven og konkurransemyndighetene bør gjennomgås, og om nødvendig styrkes.

Konkurransetilsynet viser i denne forbindelse til at regjeringen lanserte en bred konkurransepolitisk handlingsplan i 2002. Regjeringen ønsker at flere sider av den offentlige virksomheten skal underlegges eller vurderes ut fra konkurransepolitiske hensyn. Dette gjelder også ved innføring eller gjennomgang av offentlige reguleringer og ordninger. De fem punktene i handlingsplanen er:

- Større vektlegging av konkurransepolitiske hensyn og styrking av Konkurransetilsynet.
- Gjennomgang av offentlige reguleringer og ordninger som kan ha konkurransebegrensende virkninger.
- Sikre at statlige/offentlige innkjøp bidrar til å stimulere konkurranse og etableringsmuligheter.
- Sikre at salg av statlige selskaper ikke bidrar til konkurransebegrensninger og monopol-tendenser.
- Sørge for at offentlig virksomhet blir organisert og drevet på en måte som fremmer konkurranse.

Konkurransemyndighetene kan spille en viktig rolle som pådriver i reguleringsreformer, og Konkurransetilsynet har vært involvert i oppfølgingen av flere av punktene i handlingsplanen.

Påpekning av konkurransebegrensende offentlige tiltak og reguleringer

Utvalget foreslår at dagens § 2-2 bokstav d om at Konkurransetilsynet skal påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak, eventuelt ved å fremme forslag med sikte på å forsterke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter, ikke videreføres i den nye konkurranseloven. En del av begrunnelsen synes å være at de forhold som tilsynet tar opp kan falle inn under EØS-avtalen artikkel 61 om forbud mot statsstøtte og artikkel 59 om at staten skal avholde seg fra å treffe tiltak i strid med blant annet konkurransereglene. Det er i så fall EFTAs overvåkningsorgan som vil kunne håndheve disse reglene. Videre mener utvalget at spørsmålet om konkurransemessige føringer på myndighetenes beslutninger vil

være utpreget politisk, og man finner det ikke hensiktsmessig å lovregulere disse forholdene. Utvalgets begrunnelse er videre at forholdet mellom Konkurransetilsynet og andre offentlige myndigheter ikke bør lovreguleres, da det ligger innenfor regjeringens myndighet å organisere forvaltningen.

Det fremgår av utvalgets mandat at det skal utredes en ordning som tilsvarer dagens § 2-2 bokstav d, men hvor den ansvarlige myndighet innen gitte tidsfrister må vurdere og redegjøre for de forhold som tilsynet påpeker. Utvalget anbefaler ikke en slik ordning, men har på bakgrunn av mandatet lagt frem et forslag til alternativ ordning. Utvalget foreslår at konkurransemyndighetene ikke bør pålegges å ta opp enhver offentlig regulering med mulig konkurransebegrensende effekt, men prioritere mellom saker ut fra en ressursmessig vurdering. Videre mener utvalget at det bør være opp til den til enhver tid sittende regjering å avgjøre hvilket konkurranseorgan som skal kunne kreve at en slik henvendelse besvares.

Konkurransetilsynet legger til grunn at det er bred enighet om at det samfunnsøkonomiske tapet som følge av konkurransebegrensende offentlige reguleringer kan være høyt, og at det derfor kan være store effektivitetsgevinster å hente dersom slike reguleringer innrettes slik at konkurransehensyn ivaretas.

Konkurransetilsynet støtter ikke utvalgets forslag om at adgangen til å påpeke konkurransebegrensende virkninger av offentlige reguleringer ikke bør videreføres i loven. For å være effektive må konkurransemyndighetene ha kompetanse og kapasitet også til å påpeke og komme med anbefalinger overfor myndighetene. Tilsynet mener at en lovfesting av påpekningssadgangen er viktig, idet den gir Konkurransetilsynet et formelt grunnlag til å ta opp offentlige tiltak og regulerings konkurransebegrensende virkninger til vurdering. Dette vil bidra til å gi konkurransemyndighetene autoritet i slike prosesser. Dersom Konkurransetilsynet ikke har noen formell kompetanse til å vurdere konkurransemessige virkninger av offentlige tiltak, vil det redusere muligheten til å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser i tråd med den nye konkurranselovens formål.

De siste årene har tilsynet benyttet hjemmelen til å påpeke konkurransebegrensende virkninger av offentlige tiltak i ca. 10 til 15 saker per år. Det vil sannsynligvis ikke være hensiktsmessig å kreve svar i alle slike påpekningssaker. Den bekymring som utvalget antyder om økt ressursbruk hos de myndigheter som må forholde seg til en svarplikt, er derfor trolig overvurdert.

En ordning med lovbasert påpekningssadgang og krav om at den aktuelle offentlige myndigheten skal gi et begrunnet svar, er i overensstemmelse med ordningen som er valgt i den danske konkurranseloven. I medhold av § 2 i den danske loven kan Konkurrencerådet, dersom det finner at en offentlige regulering eller støtteordning kan bidra til å hindre effektiv ressursbruk, rette en henvendelse til ministeren i det departementet som har det overordnede ansvaret for den myndighet som har fastsatt konkurransebegrensningen. Rådet kan påpeke mulige skadelige virkninger for konkurransen, samt komme med forslag til tiltak for å begrense skadevirkningene. Vedkommende departement har en frist på fire måneder til å svare på henvendelsen. Svaret skal bringe på det rene om det er foretatt en tilstrekkelig avveining av konkurransehensyn i forhold til andre relevante hensyn. Begrunnelsen for å legge svarplikten til det ansvarlige departementet, er ønsket om at vurderingene uttrykker en ensartet og korrekt lovforklaring og vurdering av praksis. Både Konkurrencerådets påpekning og den aktuelle myndighets svar skal publiseres.

Konkurransetilsynet mener at en lovbasert påpekingsadgang med svarplikt, vil være et hensiktsmessig virkemiddel for å rette fokus på offentlige regulerings effekt på samfunnsøkonomisk effektivitet. Loven bør inneholde krav til begrunnelse av svaret og tilsynet bør kunne kreve et svar uten å gå veien om overordnet departement. En plikt til å gi Konkurransetilsynet et begrunnet svar vil øke sannsynligheten for at påpekninger tas til følge, slik at konkurranseskadelige virkninger av offentlige tiltak og reguleringer begrenses. Tilsynet anbefaler videre at det fremgår eksplisitt at både påpekningen og svaret skal offentliggjøres. Slik skapes det mulighet for en offentlig debatt om avveiningene.

I Norge gir overordnet departement Konkurransetilsynet føringer om hvilke oppgaver etaten skal prioritere gjennom det såkalte tildelingsbrevet. De siste fire års tildelingsbrev, under tre ulike regjeringer, pålegger alle Konkurransetilsynet å peke på konkurransebegrensende virkninger av offentlig tiltak og reguleringer. Det synes derfor å være et tverrpolitisk ønske om at Konkurransetilsynet som en av sine oppgaver skal vurdere konkurransebegrensende virkninger av offentlige tiltak og reguleringer.

Til punkt 3.3 Andre oppgaver for konkurransemyndighetene

Konkurransetilsynet mener, i tråd med OECD-anbefalinger, at konkurransemyndighetene bør ha virkemidler som fører til at konkurransemessige hensyn får større oppmerksomhet og gjennomslagskraft hos offentlige myndigheter. I tillegg til en videreføring av adgangen til å påpeke konkurranseskadelige virkninger av offentlige tiltak og reguleringer, bør det vurderes andre måter å gi konkurransemyndighetene en formell rolle overfor andre offentlige myndigheter på.

Inngrep mot konkurransevidene offentlig støtte

Utvalget har ikke vurdert behovet for særlige nasjonale regler om statsstøtte i konkurranseloven og heller ikke drøftet hvorvidt EØS-avtalens forbud mot konkurransevidende statsstøtte er tilstrekkelige i forhold til konkurranselovens formål om effektiv ressursutnyttelse. Konkurransetilsynet har i dag ingen særskilt kompetanse når det gjelder konkurransevidende statsstøtte. EØS-avtalens statsstøtteregler håndheves av EFTAs overvåkningsorgan og lov om offentlig støtte gir Nærings- og handelsdepartementet visse oppgaver i denne forbindelse.

Konkurransetilsynet mener at det bør utredes om det er behov for særlige nasjonale regler om statsstøtte med sikte på å innta en lovbestemmelse i konkurranseloven tilsvarende den danske konkurranselov § 11 bokstav a. Denne bestemmelsen gir Konkurrencerådet kompetanse til å påby opphør og tilbakebetaling av en offentlig støtte dersom den er ulovlig og konkurransevidende. Med ulovlig menes at den ikke er hjemlet i en lov eller annet politisk vedtak. Det er Konkurrencerådet som vurderer om støtten er konkurransevidende, mens vurderingen av støttens lovlighet gjøres av den ansvarlige minister. Danske konkurransemyndigheter er i dag de sentrale, koordinerende og rådgivende myndigheter på statsstøtteområdet. Konkurrencestyrelsen følger både opp EU-reglene om ulovlig statsstøtte og de håndhever § 11 bokstav a i konkurranseloven. Konkurrencestyrelsen har dessuten en rådgivende funksjon overfor offentlig myndigheter som ønsker bistand angående statsstøtte, og er også sekretariat for ulike arbeidsgrupper nedsatt for å diskutere aktuelle problemstillinger eller utveksle erfaringer på statsstøtteområdet. Når kompetanse på området samles hos konkurransemyndighetene, oppnås trolig større fokus på konkurransehensyn, slik at statsstøttereglene følges opp på en mer effektiv måte. I lys av de danske erfaringene bør det

utredes om det er hensiktsmessig å overføre ansvaret for statsstøttereglene til konkurransemyndighetene også i Norge.

Inngrep mot kryssubsidiering

Konkurransetilsynet behandler jevnlig saker om ineffektiv ressursbruk som følge av at konkurransen mellom offentlige og private aktører ikke finner sted på like vilkår. I mange tilfeller skyldes det en indirekte konkurransevridende overføring til den offentlige aktøren. Tilsynet betrakter kryssubsidiering som alvorlige konkurransebegrensende reguleringer, og det er grunn til å tro at omfanget er økende. Tilsynet er derfor i ferd med å igangsette en utredning for å avdekke *når* kryssubsidiering er samfunnsøkonomisk skadelig og hvordan konkurransemyndighetene kan avdekke at kryssubsidiering finner sted. Konkurransetilsynet mener at det bør utredes om det er behov for regler i konkurranseloven som gir konkurransemyndighetene grunnlag for å forby kryssubsidiering.

Flere europeiske land har innført bestemmelser som skal forhindre konkurranseskadelige effekter av kryssubsidiering i sin konkurranselovgivning. Konkurransetilsynet mener det bør vurderes om en eventuell bestemmelse i konkurranseloven om konkurransevridende statsstøtte bør formuleres på en slik måte at den åpner for å forby kryssubsidiering i konkrete markeder. Erfaringer fra andre land bør legges til grunn i den sammenheng.

Håndheving av lov om offentlige anskaffelser

Utvalget viser til en utredning avgitt av en arbeidsgruppe som ble nedsatt av Nærings- og handelsdepartementet for å vurdere mulige sanksjonsmekanismer mot ulovlige direkte anskaffelser. Arbeidsgruppen foreslår blant annet at oppgaven med å håndheve regelverket for offentlige anskaffelser overføres til Konkurransetilsynet. Utvalget drøfter forøvrig ikke offentlige anskaffelser nærmere.

Konkurransetilsynet antar at en overføring av ansvaret for å håndheve anskaffelsesreglementet, tilsvarende forslag fra arbeidsgruppen nedsatt av Nærings- og handelsdepartementet, vil kunne føre til økt fokus på de konkurransemessige sidene ved offentlige anskaffelser og dermed økt samfunnsøkonomisk effektivitet. Tilsynet viser blant annet til ordningen i Danmark, hvor anskaffelsesreglementet anses som en stadig mer sentral del av konkurransereglene, og hvor Konkurrencestyrelsen er fagmyndighet for anskaffelsesregelverket. Konkurransetilsynet vil i høringsuttalelsen om arbeidsgruppens forslag kommentere hensiktsmessigheten av den foreslåtte ordningen.

Endring i utredningsinstruksen

Utvalget peker på at fokus på konkurransehensyn ofte kommer sent inn i prosessen når en ny regulering skal utformes.

I forarbeidene til dagens konkurranselov, NOU 1991: 27 kapittel 13.4.4, gis det flere alternative løsninger som kan sikre en hensiktsmessig prosedyre for avveiningen mellom konkurransepolitikken og andre mål ved innføring av nye reguleringer. En av disse er at konkurransemyndighetene forelegges forslag til offentlige reguleringer før de sendes på ordinær høring. Slik kan de konkurransepolitiske vurderinger bringes tidlig inn i prosessen, gjennom direkte dialog mellom konkurransemyndighetene og vedkommende fagetat. Utvalget konkluderte den gangen med at en slik modell har klare fordeler, men at den forutsetter at

andre myndigheter har plikt til å forelegge sine reguleringsforslag for Konkurransetilsynet. Derfor fant man det hensiktsmessig å foreslå en intern offentlig regel, plassert i utredningsinstruksen, om at forslag til regelverk som antas å kunne få klare virkninger for konkurransen på vedkommende samfunnsområde skal forelegges Konkurransetilsynet før det sendes på ordinær høring. Eksempler på aktuelle reguleringer kan være standardkrav, autorisasjoner og bevilninger. Det ble videre foreslått at reguleringen sendes på ordinær høring dersom Konkurransetilsynet ikke har reagert innen to uker. Tilsynet kan således velge å vente til den ordinære høringsrunden med å avgi en uttalelse, dersom det av ressursmessige eller andre årsaker finner dette hensiktsmessig.

Konkurransetilsynet er enig med utvalget i at konkurransehensyn bør tas inn tidligere i prosessen med å innføre en ny regulering. En endring i utredningsinstruksen tilsvarende det som ble lagt til grunn i forbindelse med forslaget til gjeldende konkurranselov i NOU 1991:27, vil kunne være et hensiktsmessig virkemiddel hva gjelder nye eller endrede reguleringer. Dette vil også være i overensstemmelse med anbefalinger fra OECD.

III Forbudene mot konkurransebegrensende atferd

Til punkt 4.3 Forbudsbestemmelsene i forslaget §§ 3-1 og 3-2

Likelydende forslag til forbudsbestemmelser

Utvalget anbefalte i delinnstillingen at den nye konkurranseloven skulle harmoniseres med EØS-konkurransereglene. I overensstemmelse med utvalgets anbefaling besluttet departementet at den nye konkurranseloven skulle inneholde forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling etter mønster av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Med denne forutsetningen har utvalget bare i begrenset grad uttalt seg om det nærmere innholdet i forslaget til §§ 3-1 og 3-2. Utgangspunktet er at de juridiske og økonomiske vurderingene som må foretas under disse forbudsbestemmelsene er de samme som etter EU/EØS-konkurransereglene. Ulikheter i reglens formål og oppbygning og rettskildesituasjonen kan imidlertid i enkelte tilfeller tenkes å føre til forskjeller i tolkningen av reglene.

Konkurransetilsynet har tidligere støttet utvalgets forslag om harmonisering av den nye konkurranseloven med EU/EØS-konkurransereglene og begrunnelsen for dette. Det vises i denne forbindelse til tilsynets høringsuttalelse av 6. juli 2001 til delinnstillingen. Konkurransetilsynet mener fremdeles at harmonisering med EU/EØS-reglene er den mest hensiktsmessige løsningen og har ikke funnet det nødvendig å foreta en fornyet vurdering av innholdet i §§ 3-1 og 3-2 i denne høringsuttalelsen.

Den nye konkurranseloven vil være norsk lov og norsk rettskildelære vil derfor i utgangspunktet være avgjørende for tolkningen av bestemmelsene i denne. Forslaget til §§ 3-1 og 3-2 er en tilnærmet direkte oversettelse av forbudsbestemmelsene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og EF-traktaten artikkel 81 og 82. Bakgrunnen for innføringen av disse forbudsbestemmelsene tilsier derfor en noe annen vektning av rettskildefaktorene enn det som er vanlig ved tolkningen av nye norske lover.

Siden EF-traktaten artikkel 81 og 82 ble vedtatt har det funnet sted en betydelig rettsutvikling gjennom EF-domstolens praksis. Dette har medført at bestemmelsenes ordlyd ofte ikke er mer enn et formelt utgangspunkt ved løsningen av konkrete konkurranserettslige

problemstillinger. Konkurransereglens faktiske innhold avviker til dels sterkt fra det som ville følge av en naturlig forståelse av bestemmelsenes ordlyd. Dette må innebære at ordlyden i utvalgets forslag til nye forbudsbestemmelser i §§ 3-1 og 3-2, i langt mindre grad enn for andre nye lover, gir uttrykk for den rettsstilstand som søkes oppnådd ved loven. Tilsvarende vil praksis fra EF-domstolen og EFTA-domstolen være viktig når man skal fastslå forbudenes nærmere innhold. Dette må i utgangspunktet også gjelde praksis fra tiden etter at loven blir vedtatt, i den grad denne fører til en utvikling av innholdet i EØS-avtalens konkurranseregler.

Betydningen av lovens formål ved tolkning av forbudsbestemmelsene

Utvalget konkluderer i utredningens punkt 3.4.5 med at det ikke vil "være adgang for norske konkurransemyndigheter til å legge avgjørende vekt på lovens formål som rettskilde der det finnes regler eller rettspraksis i EØS-retten som tilsier et annet tolkningsresultat."

Konkurransetilsynet er av den oppfatning at det ikke bør oppstilles en slik generell retningslinje for tolkningen av atferdsreglene. Det bør i stedet anerkjennes at lovens formål og hensynet til harmonisering med EU/EØS-konkurransereglene kan trekke i ulik retning, og at det ved avgjørelsen av hvilke av disse hensyn som skal tillegges avgjørende vekt må foretas en avveining i det enkelte tilfellet, hvor det blant annet tas hensyn til begrunnelsen for og innholdet i de relevante rettskildene i EU/EØS-retten. Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil dette unntaksvis kunne innebære at det velges løsninger tilpasset de nasjonale forhold som ikke nødvendigvis er sammenfallende med det som måtte følge av en isolert tolkning av EU/EØS-rettens kilder. Ulikheten i formål mellom den nye konkurranseloven og EU/EØS-konkurranseretten tilsier at rettspraksis fra EF-domstolen og EFTA-domstolen ikke alltid bør være avgjørende for tolkningen av den nye konkurranselovens forbudsbestemmelser. Dette er åpenbart i de tilfellene hvor hensynet til integrasjon er avgjørende for en utvidende tolkning av EF-traktaten artikkel 81 og 82 og EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Konkurransetilsynet mener at dette også må gjelde utvidende tolkninger av EU/EØS-konkurransereglene basert på rene forbrukerhensyn. Hensynet til forbrukernes interesser er ikke et selvstendig formål etter konkurranseloven. Vilåret for unntak etter forslaget til § 3-1 tredje ledd om at et samarbeid må sikre forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, kan ikke forstås som et uttrykk for vektlegging av forbrukerhensyn generelt.

Foretaksdefinisjonen i forslaget § 1-2

Utvalget uttaler i utredningens punkt 4.4.1 at definisjonen av "foretak" i § 1-2 er i samsvar med hvordan dette begrepet er forstått i EU/EØS-retten. I EØS-avtalen er foretaksbegrepet definert i protokoll 22 artikkel 1. Dette er i overensstemmelse med EF-domstolens praksis, hvor foretaksbegrepet omfatter enhver som utøver virksomhet av økonomisk art, uten hensyn til enhetens rettslige status og hvordan den er finansiert. Offentligrettslige enheter omfattes i den utstrekning de utøver økonomisk virksomhet av en industriell eller kommersiell art gjennom tilbud eller etterspørsel av varer eller tjenester i markedet, se EFTA-domstolens avgjørelse i KLP-saken (sak E-8/00 EFTA Court Report side 114 avsnitt 62 følgende). Utvalget legger til grunn at det ikke vil være så stor forskjell på avgrensningen av virkeområdet etter disse reglene og det som følger av den gjeldende konkurranseloven, hvor det også er virksomhetens art som er avgjørende for om loven kommer til anvendelse.

Konkurransetilsynet støtter utvalgets forslag om en egen bestemmelse om foretaksdefinisjon i § 1-2. Dette er hensiktsmessig ettersom definisjonen er avgjørende for anvendelsen av atferdsreglene generelt. Videre kan pedagogiske hensyn støtte en slik løsning. Ettersom

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

Helt eller delvis unntak fra loven

Forslagets § 3-1 tredje ledd

Utvalget foreslår at den nye bestemmelsen i § 3-1 tredje ledd skal fungere som et lovbasert unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i § 3-1 første ledd. Dette vil innebære en ny situasjon for aktørene i næringslivet. Det vil blant annet i en overgangsperiode være endel usikkerhet om bestemmelsens innhold og rekkevidde. Utvalget legger imidlertid til grunn at aktørenes usikkerhet kan reduseres ved informasjon fra Konkurransetilsynet, og nevner i denne forbindelse veiledningsplikten som følger av forvaltningsloven § 11. Konkurransetilsynet vil også kunne offentliggjøre retningslinjer for vurderingen av om vilkårene i § 3-1 tredje ledd er oppfylt og dessuten vil unntakene klargjøres ved såkalte gruppefritak, gitt i form av forskrifter etter forslaget § 3-1 fjerde ledd.

Konkurransetilsynet støtter utvalgets forslag. Unntakenes rekkevidde er i stor grad klargjort gjennom praksis, retningslinjer og gruppefritak knyttet til de tilsvarende bestemmelsene i EØS-avtalen og EF-traktaten. Når det gjelder individuell veiledning vil Konkurransetilsynet fortsatt måtte sette inn ressurser der man kan forvente størst effekt ut fra lovens formål. Aktørene har selv et ansvar for å sette seg inn i lovverket og bør ha gode muligheter til å kunne gjøre seg kjent med unntakenes rekkevidde gjennom praksis, forskriftene og retningslinjene fra Konkurransetilsynet.

Forslagets § 1-3

Utvalget har ikke vurdert i detalj hvilke generelle unntak som bør gjøres fra konkurranselovens virkeområde, men har i forslaget til ny § 1-3 første ledd foreslått å videreføre unntaket for lønns- og arbeidsvilkår og dessuten gi en forskriftshjemmel i § 1-3 andre ledd for å gjøre unntak for bestemte markeder eller næringer, for eksempel primærnæringene.

Konkurransetilsynet støtter videreføringen av unntaket fra konkurranseloven for lønns- og arbeidsvilkår, men anser at det i praksis vil være unødvendig med en egen lovbestemmelse om dette. Konkurransemessige virkninger av lønns- og arbeidsvilkår vil først og fremst kunne oppstå i forbindelse med inngåelsen og praktiseringen av kollektive arbeidsavtaler mellom arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner. Det følger av praksis fra EF-domstolen og EFTA-domstolen at slike kollektive arbeidsavtaler som hovedregel faller utenfor anvendelsesområdet for EU/EØS-konkurransereglene, se EFTA-domstolens avgjørelse i KLP-saken (sak E-8/00 EFTA Court Report side 114 avsnitt 59) og EF-domstolens avgjørelse i Albany-saken (sak C-67/96 Saml. 1999 side I-5751 avsnitt 59 og 60). Forslaget til ny konkurranselov §§ 3-1 og 3-2 må tolkes i overensstemmelse med denne praksisen og vil derfor uansett som hovedregel ikke komme til anvendelse på kollektive arbeidsavtaler. Konkurransetilsynet har imidlertid ingen betenkeligheter ved å la unntaket

komme klart til uttrykk i loven dersom dette er ønskelig av retts tekniske og pedagogiske grunner. For å unngå motstrid med EØS-konkurranseretten bør unntaket i så fall formuleres i overensstemmelse med ovennevnte praksis fra EFTA-domstolen og EF-domstolen.

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

Konkurransetilsynet støtter også utvalgets flertall i at det ikke er behov for å lovfeste et unntak fra konkurranseloven for primærnæringene. Konkurransetilsynet mener generelt at eventuelle sektorspesifikke unntak fra loven bør innføres ved senere forskrift. Dette sikrer at rekkevidden for unntakene kan justeres ut fra det som til enhver tid er politisk ønskelig, uten at det er nødvendig å gå veien om en lovendring.

Når det gjelder primærnæringene spesielt, finner Konkurransetilsynet ikke grunnlag for å støtte mindretallets forslag om å innføre en forskrift om unntak for samarbeid og reguleringer innen disse næringene i forbindelse med vedtakelsen av loven. Etter Konkurransetilsynets oppfatning bør en slik forskrift eventuelt vurderes på politisk grunnlag på et senere tidspunkt, ettersom konkurransemessige grunner ikke kan anføres til støtte for å tillate konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling innenfor disse næringene. Mulige uheldige virkninger av at slik konkurranseskadelig atferd forbyes, vil alternativt kunne avhjelpes fra sak til sak gjennom den foreslåtte adgangen i § 3-4 for Kongen til å tillate slik atferd dersom allmenne hensyn tilsier det.

Konkurransetilsynet kan etter gjeldende konkurranselov § 3-10 gripe inn overfor konkurransebegrensende vilkår, avtaler og handlinger i primærnæringene, selv om disse er unntatt fra lovens forbudsbestemmelser i medhold av § 3-8. For å unngå at et unntak for primærnæringene går lengre enn etter gjeldende lov, foreslår mindretallet at det i forslaget til forskrift om dette fastsettes at det likevel kan ”gripes inn mot slikt samarbeid i medhold av lovens § 3-3”. Konkurransetilsynet antar at dersom det blir besluttet å videreføre unntaket for primærnæringene i en forskrift i forbindelse med vedtakelsen av loven, vil en inngrepshjemmel måtte formuleres annerledes enn det mindretallet foreslår. Mindretallets forslag oppstiller ingen vilkår for inngrep, men viser bare til § 3-3. Bestemmelsen i § 3-3 gjelder ikke inngrep, men er en bestemmelse om hvilke pålegg Konkurransetilsynet kan treffe dersom *forbudene* er overtrådt.

Forslagets § 9-3

Utvalget foreslår å unnta standardkontrakter anbefalt av Forbrukerombudet fra forbudet i forslaget § 3-1.

Konkurransetilsynet stiller seg i utgangspunktet positiv til ordningen med standardkontrakter fremforhandlet av Forbrukerombudet. Særlig er en slik ordning hensiktsmessig i et marked preget av få og store aktører på tilbudssiden hvor forbrukeren sjelden har reelle muligheter til å komme med innvendinger mot vilkår i kontrakten som tilbys, og på områder hvor kompliserte kontrakter gjør det vanskelig å sammenligne ulike tilbud.

Det er likevel viktig å sikre at en slik ordning ikke fører til alvorlig svekkelse av konkurransen. Pris, som normalt er det viktigste konkurranseparameteret, bør derfor ikke harmoniseres gjennom standardkontrakter. Konkurransetilsynet vil understreke viktigheten av at nåværende bestemmelse i markedsføringsloven § 20 annet ledd opprettholdes, slik at forhandlinger i regi av Forbrukerombudet i medhold av markedsføringsloven § 13 annet ledd ikke kan omhandle innholdet i ”vilkår om priser, rabatter, bonuser eller avanser.”

Til punkt 4.7 Forskriftshjemmel for inngrep mot konkurransebegrensende atferd

Utvalgets mindretall foreslår innført en forskriftshjemmel med sikte på å kunne ramme tilfeller som kan tenkes å falle utenfor forbudene om konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i forslaget §§ 3-1 og 3-2, men som kunne ha vært omfattet av inngrepsbestemmelsen i gjeldende konkurranselov § 3-10. Dette vil for eksempel kunne være tilfelle ”dersom det i hele eller store deler av en bransje har utviklet seg en salgs- eller innkjøpspolitikk som stenger konkurransevillige aktører ute eller låser kunder inne på en slik måte at konkurransen begrenses, uten at noen aktør har en dominerende stilling eller at aktørene samarbeider innbyrdes.”

For å kunne oppfylle lovens formål er det viktig å hindre at det oppstår situasjoner hvor konkurranseskadelig atferd verken er forbudt eller kan forbys etter konkurranseloven. Det er imidlertid lite ønskelig at konkurranseloven inneholder forskjellige typer konkurranseregler som kan anvendes på samme atferd. Overlappende regler kan gjøre rettssituasjonen uoversiktlig og skape usikkerhet for aktørene i markedet.

Konkurransetilsynet mener at det ikke er grunnlag for å innføre en inngrepshjemmel som er så omfattende som gjeldende § 3-10. En forskriftshjemmel til å regulere markeder med mangelfull konkurranse kan ikke anvendes på de tilfellene som dekkes av forslaget §§ 3-1 og 3-2, riktig tolket i overensstemmelse med EU/EØS-retten. Konkurransetilsynet anser at mindretallets forslag til forskriftshjemmel foranlediger enkelte bemerkninger om forståelsen av de foreslåtte forbudene i §§ 3-1 og 3-2 og de EU/EØS-konkurransereglene som disse forbudene bygger på.

EF-traktaten artikkel 81 og 82 og EØS-avtalen artikkel 53 og 54 har i EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis blitt tolket svært vidt. Bestemmelsene omfatter langt mer enn det en naturlig forståelse av ordlyden skulle tilsi. I praksis har bestemmelsene vist seg egnet til å håndtere samarbeid eller ensidig markedsatferd som anses å være konkurranseskadelig. Forslaget til §§ 3-1 og 3-2 tilsvarer innholdsmessig de nevnte bestemmelsene i EF-traktaten og EØS-avtalen, og vil i utgangspunktet måtte tolkes på tilsvarende måte.

I praksis skal det relativt lite til for å statuere dominerende stilling etter § 3-2. EF-domstolen har lagt til grunn at et foretak med mindre enn 40 prosent markedsandel kan ha dominerende stilling. Kommisjonen har lagt til grunn at foretak med helt ned i 20 prosent markedsandel kan være dominerende. EF-domstolen har dessuten lagt til grunn at flere uavhengige foretak i fellesskap kan ha dominerende stilling, selv om ingen av dem isolert sett har det. Det behøver ikke foreligge noe samarbeid mellom foretakene for at det skal foreligge slik kollektiv dominerende stilling. Det er tilstrekkelig at markedsforholdene gjør det mulig, økonomisk rasjonelt, og derfor fordelaktig for aktørene å opprettholde et høyere prisnivå enn i en

situasjon med aktiv konkurranse. Dette vil typisk kunne være tilfelle i oligopolistiske markeder, hvor det er få og store aktører.

I tilfeller hvor et foretak ikke kan anses å ha dominerende stilling, enten alene eller sammen med andre foretak, vil forslaget § 3-1 normalt være anvendelig på foretakets konkurranseskadelige markedsatferd. Det er særlig to forhold som gjør at § 3-1 normalt vil kunne ramme konkurranseskadelig atferd som faller utenfor forslaget § 3-2. For det første skal det svært lite til før foretaks atferd kan sies å innebære samordnet opptreden etter § 3-1. Det er tilstrekkelig at et foretak har direkte eller indirekte kontakt med en konkurrent med det formål å påvirke dennes markedsatferd eller å avsløre foretakets planlagte markedsatferd overfor konkurrenten. Parallell markedsatferd uten at det har forekommet noen form for koordinering, omfattes ikke, men kan i praksis være et sterkt bevis for at det foreligge samordnet opptreden som omfattes av forslaget § 3-1.

Videre vil en avtale som isolert ikke har særlig konkurranseskadelig virkning, kunne rammes av § 3-1 hvis den er del av et foretaks større nettverk av avtaler. I vurderingen av dette nettverkets skadelige effekt vil det også kunne tas hensyn til om det eksisterer tilsvarende nettverk av avtaler i markedet. Det vises blant annet til EF-domstolens avgjørelse i Nestsaken (sak C-214/99 Saml. 2000 side I-11121) og EFTA-domstolens avgjørelse i Hydro Texaco-saken (sak E-7/01 EFTA Court Report 2002 side 310).

I praksis vil det altså være slik at forbudene i §§ 3-1 eller 3-2 vil omfatte de fleste tilfeller som det har vært aktuelt å gripe inn overfor etter dagens § 3-10. Det kan likevel ikke utelukkes at det kan forekomme atferd som faller utenfor §§ 3-1 og 3-2, men som det av hensyn til konkurransen i markedet likevel vil være ønskelig å forby. Konkurransetilsynet mener derfor at det kan være behov for en forskriftshjemmel i § 3-2, som åpner for regulering av de generelle rammebetingelsene for aktørene i et marked med mangelfull konkurranse hvis dette skulle vise seg nødvendig ut fra lovens formål.

Til forslaget § 1-6 Varighet av enkeltvedtak

Utvalget går inn for å videreføre gjeldende § 1-6, med enkelte mindre språklige endringer.

Ved praktiseringen av § 1-6 kan det oppstå en del usikre tolknings spørsmål, som etter Konkurransetilsynets oppfatning bør gis en avklaring i lovens forarbeider.

Konkurransetilsynet forstår uttrykket ”i alminnelighet” i bestemmelsens første setning slik at enkeltvedtak skal tidsbegrenses der dette er naturlig. Dette vil typisk gjelde vedtak om å pålegge forpliktelser som er nødvendige for å bringe overtredelser av forbudsbestemmelsene til opphør etter forslaget § 3-3. Når det gjelder vedtak om å forby foretakssammenslutninger eller pålegge strukturelle forpliktelser ved godkjenning av foretakssammenslutninger, vil det vanligvis ikke være naturlig med noen tidsbegrensning. Det samme vil gjelde for vedtak truffet i forbindelse med etterforskningen av overtredelsessaker. Dette må innebære at det ikke gjelder noen tidsfrist for vedtak som det etter sitt innhold ikke er naturlig å tidsbegrense.

Det kan reises spørsmål om hva som skal være virkningstiden dersom Konkurransetilsynet ved en feiltakelse skulle ha unnlatt å fastsette dette i et vedtak hvor dette er naturlig. Etter Konkurransetilsynets oppfatning bør det presiseres i loven eller i forarbeidene at det i slike tilfeller vil være den normale virkningstiden på fem år som gjelder.

Videre bør det presiseres at hvis situasjonen ikke har endret seg i særlig grad, og dermed ført til at grunnlaget for et fornyelsesvedtak ikke er vesensforskjellig fra grunnlaget for det opprinnelige vedtaket, må kravene til det nye vedtakets begrunnelse være atskillig lempeligere enn det som ellers gjelder. Begrunnelsen for vedtaket vil nemlig da i det vesentlige følge av det opprinnelige vedtaket.

Det bør presiseres at den maksimale virkningstiden på ti år bare gjelder det opprinnelige vedtaket. Dette vil kunne bli fornyet ved nye vedtak i nye tiårsperioder. Fornyelsesvedtak må treffes før virkningstiden for det gamle vedtaket utløper.

Det bør også presiseres at ved fornyelse av vedtak som gjelder vilkår satt i forbindelse med inngrep overfor foretakssammenslutninger, kan saksbehandlingsfristene som gjelder etter § 4-5 ikke ha betydning for adgangen til å treffe vedtak om fornyelse.

Til punkt 4.6.1 Plikt til å fatte vedtak om at forbudsbestemmelsene ikke er overtrådt

Utvalget mener Konkurransetilsynet ikke skal pålegges plikt til å treffe vedtak om at forbudsbestemmelsene i enkelttilfeller ikke er overtrådt. Utvalget uttaler at aktørenes behov for avklaring i tilstrekkelig grad kan ivaretas gjennom den alminnelige veiledningsplikten etter forvaltningsloven § 11, samt Konkurransetilsynets adgang til å gi forhåndstilsagn eller forhåndsvedtak.

Konkurransetilsynet støtter utvalgets vurdering. Det er av stor betydning for en fornuftig bruk av Konkurransetilsynets ressurser at Konkurransetilsynet har anledning til å tilpasse den veiledning som gis, til det reelle behovet i det enkelte tilfelle. En plikt til å fatte enkeltvedtak om at lovens forbud ikke er overtrådt, vil derfor binde opp Konkurransetilsynets ressurser på en uheldig måte. Næringslivets behov for avklaring vil være ivaretatt gjennom Konkurransetilsynets veiledning, blant annet gjennom generelle retningslinjer for praktiseringen av forbudsbestemmelsene og forskrifter gitt i medhold av loven. Som utvalget påpeker, vil også den alminnelige adgangen til å gi forhåndsvedtak og forhåndstilsagn kunne gi aktørene den nødvendige avklaring.

Til punkt 4.6.2 Påbud om opphør

Utvalget foreslår at Konkurransetilsynet og Konkurransenemnda kan pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer bestemmelsene i forslaget §§ 3-1 og 3-2 å bringe overtredelsen til opphør, jf. forslaget § 3-3 første ledd.

Konkurransetilsynet slutter seg til utvalgets forslag og begrunnelse. Som utvalget påpeker kan påbud om opphør være en mer hensiktsmessig reaksjon enn straff og sivilrettslige bøter ved mindre alvorlige overtredelser av lovens forbudsbestemmelser.

Tilfelle hvor den ulovlige atferd har opphørt

Konkurransetilsynet er enig med utvalget i at Konkurransetilsynet også bør kunne gi påbud om opphør i tilfelle hvor den ulovlige atferd har opphørt allerede før vedtaket fattes. En slik adgang vil særlig være av betydning i situasjoner hvor det er en risiko for at foretaket gjentar

overtredelsen. Konkurransetilsynet antar at det ikke er nødvendig med en særlig presisering av dette i loven dersom det fremgår klart av forarbeidene.

Nærmere om påbudets innhold

Utvalget foreslår at vedtaket med påbud om opphør må utformes etter en konkret vurdering av overtredelsens art og virkninger, og at formen for påbudet kan variere fra sak til sak. Utvalget foreslår derfor ingen nærmere regulering av utformingen av slike påbud.

Konkurransetilsynet er enig i at det er av avgjørende betydning for bestemmelsens effektivitet at det er en stor grad av fleksibilitet når det gjelder utformingen av slike påbud.

Utvalgets flertall foreslår, med henvisning til Kommisjonens kompetanse i tilsvarende saker etter rådsforordning 1/2003, at et påbud om opphør skal kunne inneholde både atferdsregulerende og strukturelle forpliktelser.

Konkurransetilsynet er enig med utvalgets flertall i at det bør være adgang til å ilegge forpliktelser av strukturell karakter for å sikre etterlevelse av forbudsbestemmelsene. Strukturelle tiltak vil i visse situasjoner kunne være det eneste virkemiddelet som effektivt kan bringe det ulovlige forholdet til opphør. Som flertallet påpeker, vil det for eksempel kunne være behov for å pålegge salg av aksjer når et foretak utilbørlig utnytter sin dominerende stilling gjennom erverv av en minoritetspost i et konkurrerende foretak. Se for eksempel Kommisjonen avgjørelse i Gillette-saken (EFT 1993 L 116/21).

Konkurransetilsynet anser det som hensiktsmessig at strukturelle tiltak bare skal kunne benyttes i tilfelle hvor atferdsregulerende forpliktelser ikke vil være egnede, eller hvor de atferdsregulerende forpliktelser vil være mer byrdefulle for foretaket.

Forholdet til forslagens § 7-2

Utvalget foreslår i § 3-3 annet ledd at påbud om opphør kan gis, selv om det utferdiges forelegg etter § 7-2. *Konkurransetilsynet* er enig i at det kan være behov for dette.

Utvalget foreslår i tillegg at dersom forelegget vedtas, er spørsmålet om §§ 3-1 eller 3-2 er overtrådt endelig avgjort også for en eventuell klage på pålegget. *Konkurransetilsynet* vil anta at man for alle praktiske tilfelle kan bygge på at en part som har vedtatt et forelegg ikke vil ha en beskyttelsesverdig interesse i å påklage et påbud om opphør som gjelder det samme forholdet. Ved at forelegget vedtas må parten sies å ha akseptert at konkurranseloven er overtrådt.

Utvalget foreslår videre at Konkurransetilsynet, dersom forelegget bringes inn for retten, avgjør om søksmålet skal få oppsettende virkning for pålegget om opphør. Avgjørelsen kan klages inn for Konkurransenemnda. *Konkurransetilsynet* slutter seg til dette forslaget. Konkurranseskadelig atferd vil i enkelte tilfeller kunne ha betydelige negative konsekvenser dersom den kan fortsette frem til rettslig prøving av forelegget har funnet sted. Det kan derfor være behov for at påbudet om opphør trer i kraft før forelegget har vært gjenstand for rettslig prøving.

Klageadgang ved unnlatelse av å gi påbud

Utvalget legger til grunn at Konkurransetilsynet vil motta anmodninger fra tredjeparter om å treffe avgjørelse om påbud om opphør overfor bestemte foretak med hjemmel i forslaget § 3-3. På denne bakgrunn foreslår utvalget en regel i § 3-3 tredje ledd om adgang til å bringe Konkurransetilsynets avgjørelse om ikke å gi pålegg om opphør inn for Konkurransenemnda. Det innføres dermed klagerett både hvor Konkurransetilsynet, etter en henvendelse fra en tredjepart, beslutter ikke å innlede sak, og hvor Konkurransetilsynet tar en sak opp til behandling på eget initiativ, men etter endt saksbehandling ikke treffer avgjørelse om påbud om opphør. De alminnelige regler om rettslig klageinteresse skal gjelde for vurderingen av hvem som har klagerett.

Konkurransetilsynet er uenig med utvalget i at det bør innføres en særlig klagerett når det gjelder Konkurransetilsynets avgjørelse om ikke å gi pålegg om opphør.

Konkurransetilsynet vil først påpeke at § 3-3 tredje ledd innebærer at det innføres klagerett på avgjørelser som ikke er å anse som enkeltvedtak, og som dermed etter alminnelig forvaltningsrett ikke kan påklages. Avgjørelse om ikke å iverksette saksbehandling, eller etter avsluttet saksbehandling om ikke å vedta et påbud om opphør, vil i liten grad kunne sammenlignes med enkeltvedtak slik begrepet forstås i gjeldende forvaltningsrett. Lovens forbudsbestemmelser gjelder uavhengig av om Konkurransetilsynet gir påbud om opphør eller ikke. Atferd som er forbudt etter §§ 3-1 eller 3-2, vil fortsatt være forbudt selv om Konkurransetilsynet ikke skulle gi påbud om opphør. Konkurransetilsynets avgjørelse om ikke å gi påbud om opphør, endrer altså ikke atferdens status i forhold til forbudsbestemmelsene.

De avgjørelser det her gjelder bærer dermed i enda mindre grad enn for eksempel avgjørelse om ikke å gripe inn etter gjeldende konkurranselovs § 3-10, preg av å være et enkeltvedtak. En avgjørelse etter § 3-10 vil innebære at forhold som forut for avgjørelsen var lovlige, etter avgjørelsen vil være forbudt. Likevel har Sivilombudsmannen funnet at Konkurransetilsynets avgjørelse om ikke å gripe inn mot en forretningsnektelse med hjemmel i gjeldende § 3-10, ikke er å anse som et enkeltvedtak som kan påklages.

Utvalgets forslag innebærer således en betydelig utvidelse av klageretten, da det gis rett til å klage på avgjørelser som ikke har noen direkte innflytelse på om en bestemt atferd er å anse som lovlig eller forbudt.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning bør saksbehandlingen i saker etter konkurranseloven følge reglene i den alminnelige forvaltningsretten med mindre særlige grunner tilsier noe annet. Konkurransetilsynet kan ikke se at det foreligger slike særlige grunner som taler for at det bør gis adgang til å påklage avgjørelser om ikke å vedta påbud om opphør. Tvert imot taler det forhold at tredjeparter eventuelt på egen hånd vil kunne beskytte sine interesser ved søksmål for domstolene, for at det ikke bør gis klageadgang når Konkurransetilsynet ikke finner grunn til å gi påbud om opphør. Adgangen til domstolsprøving er uavhengig av Konkurransetilsynets beslutning om hvorvidt det skal gis påbud om opphør.

Konkurransetilsynet bør ha som sitt overordnede formål å beskytte den generelle samfunnsmessige interesse av virksom konkurranse, jf. lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Det vil være uheldig dersom Konkurransetilsynet ved utøvelsen av denne rollen og i sin ressursbruk i vesentlig grad skulle bli styrt av private aktørers interesser.

Konkurransetilsynet mener på denne bakgrunn at det ikke foreligger tilstrekkelige grunner til å gi klagerett på avgjørelser om ikke å gi påbud om opphør, og til å gjøre unntak fra de alminnelige forvaltningsrettslige regler på dette området.

Rettslig klageinteresse

Konkurransetilsynets kommentarer i det følgende forutsetter at utvalgets forslag om klageadgang over avgjørelser om ikke å gi påbud om opphør blir stående til tross for Konkurransetilsynets innvendinger mot en slik ordning.

Utvalget foreslår at spørsmålet om hvem som har klagerett ved avgjørelser om ikke å gi påbud om opphør, avgjøres på bakgrunn av de alminnelige reglene om rettslig klageinteresse.

Konkurransetilsynet er enig i dette. Konkurransetilsynet har imidlertid enkelte bemerkninger til utformingen av § 3-3 tredje ledd. Ordlyden i bestemmelsen kan oppfattes slik at det er av betydning for vurderingen av klagerett at klageren har anmodet Konkurransetilsynet om å gi påbud om opphør. I henhold til gjeldende forvaltningsrett vil det imidlertid ikke ha noen betydning for tredjeparters klagerett hvorvidt vedkommende har anmodet Konkurransetilsynet om å ta en sak opp til behandling. Konkurransetilsynet kan ikke se at det foreligger gode grunner til å avvike fra alminnelig forvaltningsrett på dette punktet. Vektleggingen av om det er rettet en anmodning til Konkurransetilsynet vil kunne føre til en tilfeldig avgrensning av hvem som har klagerett sett i forhold til den interesse vedkommende har av klagerett. For en aktør som ønsker klagerett vil det være enkelt å forsøke å omgå den begrensningen som ligger i bestemmelsen ved å sende en anmodning til Konkurransetilsynet, og Konkurransetilsynet vil kunne oppleve å motta anmodninger fra flere aktører i samme sak. Der Konkurransetilsynet har satt i gang sin saksbehandling uten anmodning, vil Konkurransetilsynet også kunne oppleve at en aktør senere inngir anmodning dersom han ikke er tilfreds med resultatet av Konkurransetilsynets saksbehandling, og ønsker å oppnå status som klager.

Uklarheten om hvorvidt den som har anmodet Konkurransetilsynet om å gi påbud om opphør etter § 3-3, skal stå i en særstilling når det gjelder klageadgang, kan skyldes at bestemmelsen i § 3-3 ser ut til å være inspirert av EU/EØS-rettslig regler om privates søksmålskompetanse. Etter Konkurransetilsynets mening bør det komme klart frem av forarbeidene at klageretten ikke skal gå lenger enn det som følger av den alminnelige forvaltningsrett. Videre bør bestemmelsens ordlyd vurderes endret, slik at det går klart frem at det ikke er av betydning for vurderingen av klageretten om klager har rettet en anmodning til Konkurransetilsynet eller ikke.

Regler for overprøvingen

Utvalget legger til grunn at Konkurransetilsynet skal grunngi sine avgjørelser om ikke å treffe påbud om opphør når noen har anmodet om en slik avgjørelse. Begrunnelsen må også omfatte Konkurransetilsynets ressursprioritering, som også skal kunne overprøves av Konkurransenemnda.

Konkurransetilsynet forstår utvalget slik at det ikke foreslås begrunnelsesplikt for Konkurransetilsynets avgjørelse om ikke å gi påbud om opphør når Konkurransetilsynet har

tatt en sak opp til behandling på eget initiativ. Dette bør komme enda klarere til uttrykk i forarbeidene.

Den nye konkurranseloven vil inneholde omfattende forbudsbestemmelser. Konkurransetilsynet vil ha behov for å kunne legge bort saker av liten samfunnsmessig betydning. En plikt for Konkurransetilsynet til å begrunne enhver avgjørelse om ikke å gå videre med en sak etter en anmodning om påbud om opphør, vil etter Konkurransetilsynets oppfatning kunne føre til en stor arbeidsbelastning og ikke innebære en fornuftig prioritering av Konkurransetilsynets ressurser. En slik regel vil kunne innebære at aktører i markedet og andre tredjeparter, får en uforholdmessig stor adgang til å styre Konkurransetilsynets virksomhet til saker som riktignok kan være av stor betydning for den involverte tredjepart, men som likevel kan være av liten betydning for samfunnet som helhet. Tatt i betraktning at konkurranselovens forbudsbestemmelser også kan håndheves av private gjennom sivile søksmål ved domstolene, er det etter Konkurransetilsynets oppfatning ikke hensiktsmessig at Konkurransetilsynet skal måtte begrunne enhver slik avgjørelse om ikke å gi påbud om opphør.

Konkurransetilsynet ønsker i tillegg å kommentere utvalgets forslag om at Konkurransenemnda, ved behandling av klager vedrørende Konkurransetilsynets avgjørelse om ikke å gi påbud om opphør, også skal ha kompetanse til å overprøve Konkurransetilsynets prioritering av sine ressurser. Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil et ekspertorgan som Konkurransenemnda være lite egnet til å overprøve spørsmål om Konkurransetilsynets ressursprioritering.

Midlertidig vedtak

Utvalget foreslår at Konkurransetilsynet skal ha kompetanse til å treffe midlertidig vedtak i saker hvor det er fare for alvorlig og uopprettelig skade på konkurransen. Det er et vilkår at Konkurransetilsynet finner at det er rimelig grunn til å anta at det foreligger en overtredelse av forbudsbestemmelsene. Dette er i overensstemmelse med Kommisjonens kompetanse som fastsatt i rådsforordning 1/2003 artikkel 8.

Konkurransetilsynet slutter seg til utvalgets forslag. Det kan ta lang tid før det foreligger et endelig vedtak i en sak og det kan derfor være behov for å fatte et midlertidig vedtak for å hindre at markedet i løpet av saksbehandlingsperioden påføres store konkurransemessige skader. Dette kan for eksempel være tilfelle hvor et foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling har ført til at en konkurrent er i ferd med å bli presset ut av markedet eller står i fare for å gå konkurs. Det kan da tenkes at fortsatt konkurranse i markedet bare kan sikres ved at det gis et midlertidig vedtak om at den ulovlige atferd må opphøre.

IV Kontroll med foretakssammenslutninger

Til punkt 5.4.3 Krav til ervervets omfang

Utvalgets flertall foreslår at § 4-1 bare skal omfatte varige strukturendringer i markedet. Reglene om kontroll med foretakssammenslutninger kommer derfor bare til anvendelse på mer kvalifiserte erverv. Flertallet foreslår en definisjon av foretakssammenslutninger tilnærmet lik definisjonen i EU/EØS-konkurranseretten. En foretakssammenslutning foreligger når to eller flere tidligere uavhengige foretak fusjonerer eller når et eller flere foretak direkte eller indirekte helt eller delvis overtar kontroll over et eller flere andre foretak.

Utvalgets mindretall mener at reglene om kontroll med foretakssammenslutninger også skal komme til anvendelse ved minoritetserverv.

Definisjonen av foretakssammenslutning

Konkurransetilsynet er enig med utvalgets flertall i at definisjonen av hva som er en foretakssammenslutning baseres på EU/EØS-konkurranseretten. Det vil være behov for en klargjøring av innholdet i § 4-2, særlig kravet om at det må foreligge kontroll. Innholdet i begrepet foretakssammenslutning er fastslått gjennom omfattende praksis og retningslinjer fra EF-domstolen og Kommisjonen. Denne praksisen vil også gi god veiledning når innholdet i § 4-2 skal fastslås. Det vises blant annet til Kommisjonens kunngjøring om begrepet foretakssammenslutning. *Konkurransetilsynet* antar derfor at det vil være tilstrekkelig klart hvilke erverv som faller inn under definisjonen av begrepet foretakssammenslutning i § 4-2.

Konkurransetilsynet foreslår at definisjonen av foretakssammenslutning i § 4-2 innsnevres til å gjelde *varige* endringer i kontrollen. Det kan dessuten være hensiktsmessig å presisere at begrepet fusjon også omfatter sammenslåinger av *deler* av foretak. Disse endringene er i overensstemmelse med forslaget til revidert fusjonsforordning i EU.

Konkurransetilsynet foreslår også at det presiseres at det er et krav om *felles kontroll* for at det skal foreligge et fellesforetak i lovens forstand. Dette er i overensstemmelse med EU/EØS-retten. Det vises til Kommisjonens kunngjøring om begrepet selvstendig fungerende fellesforetak, avsnitt 9. Utvalget nevner ikke kravet om felles kontroll. For å unngå usikkerhet om hvorvidt dette også er et krav etter § 4-2, bør kravet om felles kontroll fremgå klart av forarbeidene. Kravet om at fellesforetaket i tillegg må være selvstendig fungerende er i overensstemmelse med *Konkurransetilsynets* praksis etter gjeldende konkurranselov § 3-11.

Adgang til inngrep mot minoritetserverv som ikke innebærer kontroll

Konkurransetilsynet legger til grunn at det er bred enighet om at erverv av minoritetsandeler i et selskap kan føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen selv om ervervet ikke innebærer at det oppnås kontroll over det ervervede foretaket. Den konkurransebegrensende virkningen som kan oppstå ved slike minoritetserverv kommer som en følge av at selskapenes optimale markedstilpasning endres. Det blir optimalt å ikke konkurrere like sterkt. Resultatet er ikke avhengig av om det oppnås kontroll over foretaket, om det foreligger avtaler mellom foretakene eller om foretakene på annen måte samordner sin opptreden i markedet. Effekten kan oppstå selv om aktørene utelukkende foretar ensidige tilpasninger basert på tilgjengelig markedsinformasjon og hva de tror er konkurrentenes optimale motreaksjoner.

Konkurransetilsynet anser det som svært viktig at den nye konkurranseloven inneholder effektive virkemidler mot alle erverv som leder til konkurransebegrensninger i strid med lovens formål. *Konkurransetilsynet* mener likevel *ikke* at det er behov for at reglene om kontroll med foretakssammenslutninger skal komme til anvendelse på minoritetserverv generelt. Minoritetserverv som ikke innebærer kontroll bør i utgangspunktet håndteres etter atferdsreglene.

Forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling kommer til anvendelse på minoritetserverv, og bestemmelsene i forslagets §§ 3-1, 3-2 og 3-3 vil i de aller fleste tilfeller være bedre egnet til å håndtere konkurransebegrensninger

som oppstår som følge av minoritetsserverv enn reglene om kontroll med foretakssammenslutninger i forslaget § 4-1 følgende. Konkurransetilsynet mener likevel at det kan være behov for en snever tilleggsbestemmelse i konkurranseloven, en form for sikkerhetsventil, som gjør det mulig å gripe inn mot minoritetsserverv i de tilfellene hvor atferdsreglene viser seg ikke å være tilstrekkelige til å hindre konkurransebegrensninger som følge av minoritetsserverv. En generell utvidelse av anvendelsesområdet for reglene om foretakssammenslutninger til å omfatte *ethvert* minoritetsserverv vil imidlertid være unødvendig og uhensiktsmessig.

Slik kontrollkravet er tolket i EU/EØS-retten vil en rekke minoritetsserverv omfattes av § 4-1. Det avgjørende er om ett eller flere foretak oppnår bestemmende innflytelse over et annet foretak. Både direkte og indirekte kontroll omfattes og som det fremgår av § 4-2, vil kontroll kunne oppnås både på rettslig og faktisk grunnlag. Bestemmelsen i forslaget § 4-1 vil også komme til anvendelse dersom foretak erverver felles kontroll over et annet foretak. Faktisk eller rettslig adgang til å hindre viktige strategiske beslutninger vil være tilstrekkelig til å oppnå felles kontroll. Minoritetsserverv som gir direkte eller indirekte, faktisk eller rettslig, enekontroll eller felles kontroll over et annet foretak, vil derfor etter forslaget behandles etter reglene om foretakssammenslutninger.

Minoritetsserverv som ikke innebærer slik kontroll, vil måtte vurderes etter atferdsreglene. Praksis fra EF-domstolen og Kommisjonen viser at forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling kan anvendes til å håndtere minoritetsserverv som ikke innebærer kontroll. Det vises i denne forbindelse til for eksempel Philip Morris-saken (forenede saker 142/84 og 156/84 Saml. 1987 side 4487) og Gillette-saken (EFT 1993 L 116/21). Disse reglene vil også ofte være mer hensiktsmessig å anvende enn reglene om kontroll med foretakssammenslutninger. Atferdsreglene setter ikke korte frister for saksbehandlingen slik reglene om foretakssammenslutninger gjør. Dette er viktig, fordi slike minoritetsserverv regelmessig ikke vil være kjent for konkurransemyndighetene før en stund etter at de er foretatt. Atferdsreglene åpner også muligheten for å se flere mindre erverv i sammenheng. Atferdsreglene oppstiller heller ikke noe krav om at det må foreligge en *vesentlig* konkurransebegrensning, slik reglene om foretakssammenslutninger gjør. Dette er naturlig i og med at minoritetsserverv som ikke innebærer kontroll ikke gir de samme muligheten til å generere kostnadsgevinster.

I henhold til forslaget § 3-3 første ledd kan Konkurransetilsynet pålegge foretak strukturelle forpliktelser. Dette omfatter blant annet salg av virksomheter. Dette gjør atferdsreglene ytterligere egnet til å håndtere minoritetsserverv. Dersom vilkårene i §§ 3-1 eller 3-2 er oppfylt, vil § 3-3 kunne benyttes som grunnlag for å pålegge salg av en minoritetsandel som er ervervet i et konkurrerende foretak.

Atferdsreglene kan ikke anvendes på erverv som omfattes av reglene om kontroll med foretakssammenslutninger. Disse regelsettene utelukker hverandre. Reglene om foretakssammenslutninger inneholder strenge frister for saksbehandlingen, og det ville være uholdbart om disse fristene kunne tilsidesettes ved å velge og håndtere et erverv etter atferdsreglene. Utvidelse av anvendelsesområdet for reglene om foretakssammenslutninger til å omfatte ethvert erverv, også minoritetsserverv som ikke innebærer kontroll, ville samtidig måtte innskrenke anvendelsesområdet for atferdsreglene. Noe annet ville gjøre rettssituasjonen uoversiktlig og skape usikkerhet både for aktørene i markedet og konkurransemyndighetene. En slik innskrenkning ville medføre at atferdsreglene i den norske konkurranseloven på et vesentlig område fikk et annet innhold enn de tilsvarende EU/EØS-

reglene. En del av hensikten med å velge EU/EØS-reglene som modell for konkurranseloven ville da falle bort.

Det er ingen eksempler på vedtak om inngrep mot minoritetsserverv etter gjeldende konkurranselov § 3-11 som ikke *enten* ville medført kontroll og derfor blitt behandlet etter reglene om foretakssammenslutninger i forslaget § 4-1 følgende *eller* ville ha vært forbudt etter atferdsreglene i forslaget §§ 3-1 og 3-2, riktig tolket i overensstemmelse med EU/EØS-retten. Det kan imidlertid ikke utelukkes at det kan forekomme minoritetsserverv som faller utenfor §§ 3-1 og 3-2, men som likevel vil innebære en konkurransebegrensning i strid med lovens formål, og som det derfor vil være ønskelig å forby. Dette vil særlig kunne være aktuelt dersom et foretak foretar en rent finansiell investering i et konkurrerende foretak, uten at dette medfører noen form for koordinering mellom foretakene. Det vises i denne forbindelse til flertallets uttalelser i utredningen på side 87.

Konkurransetilsynet mener derfor at det kan være behov for en bestemmelse i konkurranseloven som gjør det mulig å gripe inn mot minoritetsserverv i de tilfellene hvor atferdsreglene viser seg ikke å være tilstrekkelige til å hindre konkurransebegrensninger som følge av minoritetsserverv. Det må være en forutsetning at en slik bestemmelse ikke omfatter tilfeller som allerede er dekket av §§ 3-1 og 3-2, riktig tolket etter EU/EØS-retten. Alternativt kan det gjøres helt klart i forarbeidene til loven at §§ 3-1 og 3-2 vil være anvendelige på alle konkurransebegrensende minoritetsserverv. Dette vil i så fall innebære en viss utvidelse av atferdsreglene i forhold til det innholdet som er fastlagt gjennom praksis fra EF-domstolen og Kommisjonen, noe det er ønskelig å unngå.

En bestemmelse som gir grunnlag for inngrep mot minoritetsserverv, behøver altså ikke omfatte alle minoritetsserverv, slik utvalgets mindretall foreslår. Det er tilstrekkelig at den omfatter minoritetsserverv som ikke innebærer kontroll og som ikke dekkes av atferdsreglene. Tilsynet støtter mindretallets forslag om, og argumenter for, at inngrep mot et slikt erverv *ikke* bør kreve at det foreligger en *vesentlig* konkurransebegrensning. Det bør etter tilsynets oppfatning være tilstrekkelig at ervervet leder til eller forsterker en konkurransebegrensning i strid med lovens formål.

Konkurransetilsynet foreslår at en inngrepshjemmel for slike minoritetsserverv gis i forskrift, sammen med en hjemmel til å atferdsregulere markeder som foreslått ovenfor i tilknytning til kommentarene til mindretallets forslag i utredningens punkt 4.7. Hjemmel for å fastsette en slik forskrift om inngrep mot minoritetsserverv vil være en regel om konkurransebegrensende atferd og bør gis i tilknytning til atferdsreglene. Konkurransetilsynet antar derfor at det ikke er behov for særlige saksbehandlingsfrister.

Til punkt 5.4.4 Tilknyttede begrensninger

Utvalget foreslår å lovfeste prinsippet om at begrensninger som godtas av de berørte foretak i forbindelse med en foretakssammenslutning, og som er direkte tilknyttet og nødvendige for gjennomføringen av foretakssammenslutningen, skal vurderes etter reglene om kontroll med foretakssammenslutninger, og ikke etter atferdsreglene.

Konkurransetilsynet er enig med utvalget i at vilkårene for når konkurransebegrensende forpliktelser skal anses tilknyttet en foretakssammenslutning bør fremgå direkte av lovens ordlyd. Konkurransetilsynet har imidlertid enkelte bemerkninger til selve utformingen av bestemmelsen i forslaget § 4-1 fjerde ledd.

Etter lovforslaget er det kun "[a]vtaler som er direkte tilknyttet" som kan bli vurdert sammen med foretakssammenslutningen. Etter Konkurransetilsynets vurdering er det begrensningens art, og ikke begrensningens form, som er det sentrale i vurderingen av hvorvidt det foreligger en begrensning som må vurderes som tilknyttet foretakssammenslutningen. Det er derfor uten betydning om begrensningen er etablert i form av en avtale eller på annen måte. Konkurransetilsynet vil derfor foreslå at "avtaler" i § 4-1 erstattes med "begrensninger". Dette er i overensstemmelse med Konkurransetilsynets praksis under den gjeldende konkurranseloven og fusjonsforordningen artikkel 8 nr. 2, som bruker uttrykket "begrensninger som er direkte knyttet til og nødvendige for sammenslutningens gjennomføring".

Det fremgår av lovforslaget at tilknyttede begrensninger ikke skal omfattes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i forslagets § 3-1. Det er ikke gjort unntak for tilknyttede begrensninger fra forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i forslagets § 3-2. I EU/EØS-konkurranseretten er det imidlertid lagt til grunn at tilknyttede begrensninger heller ikke er i strid med forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Det vises i denne forbindelse til Kommisjonens kunngjøring om begrensninger knyttet til foretakssammenslutninger, avsnitt 6. Dette bør gjelde tilsvarende etter § 4-1 fjerde ledd i den nye konkurranseloven. Konkurransetilsynet foreslår derfor at det også inntas i bestemmelsen en henvisning til forslagets § 3-2.

Det fremgår videre av lovforslaget at tilknyttede begrensninger ikke vil være i strid med forbudene "så langt" begrensningene er nødvendige for gjennomføringen av foretakssammenslutningen. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at konkurransebegrensninger som er godtatt i forbindelse med en foretakssammenslutning enten i sin helhet må bli å vurdere sammen med foretakssammenslutningen etter § 4-1, eller i sin helhet vurderes etter forbudsbestemmelsene i § 3-1 eller § 3-2. En annen løsning vil i realiteten kunne innebære at det må foretas en revisjon av de godtatte begrensningene i vurderingen av hva som er tilknyttet foretakssammenslutningen. Dersom for eksempel selgeren av et foretak har påtatt seg å ikke konkurrere med kjøperen for en periode på fem år, bør vurderingen være om denne begrensningen *i sin helhet* er nødvendig for gjennomføringen av salget. Det avgjørende må være hva partene faktisk har avtalt og ikke hva de kunne ha avtalt. Hvis begrensningen på fem år ikke kan anses som nødvendig, må den i sin helhet vurderes etter forbudet i § 3-1, selv om en tilsvarende avtalt begrensning på tre år ville kunne anses som nødvendig og dermed gå klar av dette forbudet. Dette betyr ikke at konkurranseforbudet på fem år nødvendigvis er forbudt, men bare at det ikke automatisk er godkjent dersom foretakssammenslutningen godkjennes. Konkurransetilsynet foreslår derfor at uttrykket "så langt" i § 4-1 fjerde ledd erstattes med "dersom".

Til punkt 5.4.5 Kan- eller skal-regel

Utvalget foreslår å endre bestemmelsen om inngrep mot foretakssammenslutninger fra å være en "kan-regel" til en "skal-regel". Dette innebærer at Konkurransetilsynet ikke kan unnlate å gripe inn mot foretakssammenslutninger dersom vilkårene for inngrep er tilstede. Bakgrunnen for forslaget er å gjøre det klart at Konkurransetilsynet og Konkurransenemnda skal treffe sine vedtak på bakgrunn av konkurransefaglige hensyn.

Konkurransetilsynet er positiv til at det klargjøres at tilsynet skal treffe sine vedtak utelukkende på bakgrunn av konkurransefaglige vurderinger. Dette vil bidra til å sikre at

Konkurransetilsynet og Konkurransenemnda har den nødvendige uavhengighet. Konkurransetilsynet antar at en slik endring av lovens ordlyd ikke vil medføre en nevneverdig økning i saksmengden fordi tilsynet ikke lenger vil kunne prioritere mellom saker. Bakgrunnen for dette er at det allerede ligger en prioritering i inngrepsvilkårene i lovforslagets § 4-1 første ledd. Tilsynet er derfor positiv til at bestemmelsen om inngrep mot foretakssammenslutninger endres til en skal-regel.

Til punkt 5.4.6 Melding av foretakssammenslutninger

Innføring av meldeplikt

Utvalget foreslår å innføre en forskriftshjemmel som gir Kongen adgang til å fastsette meldeplikt for foretakssammenslutninger. Utvalget foreslår ikke å begrense inngrepskompetansen til meldepliktige erverv. Det er derfor også foreslått en adgang for partene til frivillig å melde en foretakssammenslutning for å få en raskere avklaring fra Konkurransetilsynet. Videre gir forslaget Konkurransetilsynet hjemmel til å pålegge melding i enkelttilfeller.

Konkurransetilsynet er positiv til innføring av et meldepliktsystem hvor partene er ansvarlige for å sørge for at tilstrekkelig informasjon foreligger på tidspunktet for melding. Konkurransetilsynet slutter seg til utvalgets begrunnelse for å innføre meldeplikt for foretakssammenslutninger.

Meldepliktige foretakssammenslutninger

Utvalget foreslår at de nærmere regler for hvilke foretakssammenslutninger som omfattes av meldeplikten, skal fastsettes i forskrift.

Konkurransetilsynet er enig med utvalget i at foretakenes omsetning er det mest hensiktsmessige avgrensningskriteriet for meldeplikt. Et meldepliktssystem med terskelverdier basert på foretakenes omsetning vil gi enkle og klare regler. Et slikt system vil imidlertid ikke nødvendigvis angi hvilke foretakssammenslutninger som kan føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Innføringen av et meldepliktssystem vil dessuten kunne medføre en u hensiktsmessig økning i arbeidsmengde for tilsynet dersom terskelverdiene settes lavt. Ved utformingen av forskriften må disse hensyn tas i betraktning. Konkurransetilsynet er enig med utvalget i at det er nødvendig å kombinere et meldepliktsystem med en hjemmel til å kunne pålegge melding for foretakssammenslutninger som faller under terskelverdiene.

Konkurransetilsynet har erfart at det i enkelte markeder er nødvendig å følge utviklingen særlig nøye. I denne forbindelse har det vist seg å være behov for å kunne pålegge meldeplikt for enkelte eller alle aktørene i et marked. Kraftmarkedet, apotekmarkedet og dagligvaremarkedet er eksempler på markeder hvor tilsynet har pålagt slik meldeplikt. Etter tilsynets oppfatning er det ønskelig å klargjøre at det foreligger hjemmel til å kunne pålegge meldeplikt for enkelte eller alle aktører i et bestemt marked. Tilsynet vil foreslå at adgangen til å pålegge *enkelte* aktører en generell meldeplikt inntas i lovteksten i forslaget § 4-3. Det er tilstrekkelig at det klargjøres i forarbeidene at det foreligger adgang i forskrift til å pålegge meldeplikt for *alle* aktørene i et bestemt marked.

Fullstendig melding

Utvalget har ikke foreslått tidsfrister for når en foretakssammenslutning senest eller tidligst kan meldes. Saksbehandlingsfristene vil begynne å løpe fra fullstendig melding er mottatt. Dette gjelder uavhengig av om partene har inngått endelig avtale. Kravene til hva en melding skal inneholde for å være fullstendig forutsettes fastsatt i forskrift.

Konkurransetilsynet er enige i at det ikke innføres tidsfrister for når en foretakssammenslutning senest eller tidligst kan meldes. Når det gjelder kravene til fullstendig melding, vil tilsynet understreke betydningen av at kravene utformes på en slik måte at tilsynet mottar all den informasjon som er nødvendig for å kunne vurdere om vilkårene for inngrep er oppfylt. Dette er en nødvendig forutsetning for å kunne innføre kortere tidsfrister enn etter gjeldende lov for saksbehandlingen ved foretakssammenslutninger. Etter tilsynets oppfatning er det viktig at avtalen om foretakssammenslutningen har en viss grad av aktualitet før de foreslåtte tidsfrister begynner å løpe. Konkurransetilsynets praksis viser at hva som er nødvendig informasjon for å kunne vurdere de konkurransemessige konsekvensene av en foretakssammenslutning til en viss grad vil variere fra sak til sak. Kravene til hva som er fullstendig melding bør derfor utformes så generelt at de sikrer Konkurransetilsynet den nødvendige informasjonen før saksbehandlingsfristene begynner å løpe. Gjennom forhåndskonsultasjoner vil partene kunne avklare nærmere med Konkurransetilsynet hva som er nødvendig informasjon i den konkrete saken innenfor kravene til fullstendig melding. Med de korte saksbehandlingsfristene som gjelder, vil det være uheldig om kravene til fullstendig melding var oppfylt selv om Konkurransetilsynet i den konkrete saken manglet informasjon av vesentlig betydning for å kunne vurdere de konkurransemessige konsekvensene av foretakssammenslutningen.

Dokumentinnsyn i saker om foretakssammenslutninger

Utvalget foreslår ingen egne regler for dokumentinnsyn i saker om foretakssammenslutninger. Dette betyr at forvaltningsloven og offentlighetslovens regler om innsyn gjelder fullt ut.

Konkurransetilsynet mottar i enkeltsaker ofte begjæringer fra andre enn partene om løpende innsyn under saksforberedelsen. Ettersom dokumentene i saker om foretakssammenslutninger som regel inneholder mye taushetsbelagt informasjon, er det svært ressurs- og tidkrevende for Konkurransetilsynet å behandle slike begjæringer. Etter offentlighetsloven § 9 skal begjæringen om innsyn avgjøres "uten ugrunnet opphold". Ved innføringen av kortere saksbehandlingsfrister vil omfattende innsynsbegjæringer kunne vanskeliggjøre Konkurransetilsynets saksbehandling. Det må også antas at Konkurransetilsynet vil måtte anvende mer ressurser på innsynsbegjæringer under det nye meldepliktsystemet, hvor Konkurransetilsynet vil motta omfattende dokumentasjon fra partene.

Konkurransetilsynet anser det som meget viktig å opprettholde offentlighetsprinsippet under saksbehandlingen. Tilsynet mener imidlertid at det bør være adgang til å gjøre unntak fra reglene om offentlighet under saksbehandlingen i saker om foretakssammenslutninger, særlig i saksbehandlingsfase I. Bakgrunnen for en slik betraktning er at kunder, konkurrenter og andre som antas å ha synspunkter om en foretakssammenslutning, allerede tidlig i saksbehandlingen vil bli invitert til gi sine vurderinger av de konkurransemessige virkningene. Normalt vil enkelte av disse også bli forespurt om å kommentere et eventuelt varsel om inngrep, herunder virkninger av eventuelle avhjelpende tiltak. Dette må også ses i sammenheng med at det skal gis nærmere regler for offentliggjøring av den fullstendige meldingen, jf. forslaget § 4-3 fjerde ledd. Krav til offentliggjøring av meldingen er ment å

ivareta hensynet til at berørte tredjeparter skal kunne få adgang til å fremme sine synspunkter i forbindelse med tilsynets behandling av en foretakssammenslutning. I tillegg vil Konkurransetilsynets vedtak bli offentliggjort på Internett. Etter tilsynets oppfatning vil derfor hovedformålet bak offentlighetsprinsippet være ivaretatt.

Konkurransetilsynet foreslår på denne bakgrunn at det blir adgang til å gjøre unntak fra reglene om offentlighet under saksforberedelsen i foretakssammenslutninger, alternativt at partene selv må levere offentlige versjoner av alle dokumenter som skal legges ved den fullstendige meldingen. Det finnes liknede regler i den danske konkurranse-loven § 13 hvor slike saker som hovedregel er unntatt reglene om offentlighet. Unntaket gjelder kun allmennheten, og partenes rettigheter berøres derfor ikke av bestemmelsen.

Til punkt 5.4.7 Frister for saksbehandlingen

Utvalget foreslår at fristene for inngrep begynner å løpe ved mottatt ”fullstendig melding”. *Utvalget* foreslår at fristen for å varsle at inngrep kan bli aktuelt skal være 25 virkedager (fase I). Den endelig inngrepsfrist er 100 virkedager fra fullstendig melding er mottatt (fase II). Fristen i fase II kan på begjæring fra partene, forlenges med 25 virkedager. *Utvalget* foreslår at det innføres tidsfrister også for klageinstansens behandling. Dersom Konkurransetilsynets vedtak påklages, har Konkurransenemnda 60 virkedager til sin behandling.

Konkurransetilsynet er enig i hovedtrekkene i forslaget, herunder innføringen av fristberegning basert på virkedager i stedet for uker og måneder. Tilsynet vil imidlertid foreslå et krav om at partene samtidig med at de foreslår avhjelpende tiltak, fremlegger en utgave av forslaget som ikke inneholder forretningshemmeligheter. Dette vil gjøre det mulig for tilsynet å raskt foreta undersøkelser av hva forslaget innebærer. Tilsvarende regler finnes i EU/EØS.

Til punkt 5.4.8 Gjennomføringsforbud

Utvalget foreslår at det innføres et automatisk forbud mot gjennomføring av foretakssammenslutninger i saksebehandlingens fase I, kombinert med en dispensasjonsadgang.

Konkurransetilsynet er enig i hovedtrekkene i forslaget om å innføre et automatisk gjennomføringsforbud kun gjelder i fase I. Ettersom dette forbudet ikke gjelder i fase I, vil tilsynet påpeke at det er viktig å beholde adgangen til å nedlegge et midlertidig gjennomføringsforbud eller andre tiltak i saksbehandlingens fase II, slik *utvalget* har foreslått. Det bør også presiseres i forarbeidene at det ikke er nødvendig at det må foretas noen omfattende økonomisk og juridisk vurdering for å kunne fatte et vedtak om midlertidig forbud. Hensikten med bestemmelsen er å kunne handle raskt og hindre at partene foretar irreversible handlinger som er til hinder for et eventuelt senere vedtak om inngrep. Ettersom det automatiske gjennomføringsforbudet vil omfatte alle foretakssammenslutninger som behandles av Konkurransetilsynet i fase I, er Konkurransetilsynet enig i at det er behov for en dispensasjonsadgang. Konkurransetilsynet mener at dette bør være en snever unntaksbestemmelse og ser ingen grunn til at Kommisjonen praksis knyttet til tilsvarende dispensasjonsregel i EU bør fravikes slik som *utvalget* foreslår.

Til punkt 5.4.10 Forvalter

Utvalget foreslår at det kan oppnevnes en forvalter til å bistå ved gjennomføringen av vedtak etter lovforslagets § 4-1 annet ledd.

Konkurransetilsynet stiller seg positiv til at det lovfestes en adgang til å oppnevne forvalter til å føre kontroll med overholdelse av vilkår og bistå ved gjennomføringen av strukturelle vilkår. Konkurransetilsynet slutter seg til utvalgets forslag og begrunnelse. Det er forutsatt at de nærmere regler om forvalter fastsettes i forskrift. I denne forbindelse vil det vært naturlig å se hen til de nylig vedtatte retningslinjene i EU. Selv om systemet i EU er noe annerledes enn etter forslaget til ny norsk konkurranselov, vil mange av de samme hensynene gjøre seg gjeldende.

Til punkt 7.5.5 Prøving i henhold til allmenne hensyn

Utvalget foreslår i § 4-6 at *Kongen* kan tillate en foretakssammenslutning som Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda har grepet inn mot dersom *allmenne hensyn* tilsier det.

Departementet har i høringsbrevet foreslått en alternativ formulering, der det framgår at *Kongen i statsråd* kan tillate en foretakssammenslutning som Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda har grepet inn mot, dersom *tungtveiende samfunnsmessige hensyn* tilsier det. Departementet foreslår også at *Kongen i statsråd* skal kunne *gripe inn* mot en foretakssammenslutning som Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda ikke har grepet inn mot.

Konkurransetilsynet støtter deler av departementets forslag. Det vises forøvrig til kommentarene til utredningens punkt 7.5.5 nedenfor under punkt VI Organisasjonsspørsmål.

Konkurransetilsynet støtter ikke departementets forslag om at *Kongen i statsråd* skal ha adgang til å forby en foretakssammenslutning som Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda ikke har funnet grunnlag for å gripe inn mot. Dersom vilkårene for slikt inngrep er at det foreligger tungtveiende samfunnsmessige hensyn, vil dette kunne innebære et brudd på EØS-retten fordi regelen ikke er tilstrekkelig detaljert, klar og tilgjengelig. Så generelle kriterier for inngrep mot foretakssammenslutninger vil gjøre det vanskelig for foretakene å vurdere omfanget av og innholdet i sine rettigheter, og dermed i praksis være en etableringshindring. Dette vil forholde seg annerledes dersom det er et krav om at konkurranselovens materielle vilkår for inngrep må foreligge. Da vil imidlertid adgang for *Kongen i statsråd* til å fatte inngrepsvedtak innebære en overprøving av Konkurransetilsynets og Konkurransenemndas konkurransefaglige vurderinger. Konkurransenemnda kan overprøve Konkurransetilsynets konkurransefaglige vurderinger og Konkurransenemndas vedtak kan bringes inn for domstolene. Det vil etter Konkurransetilsynets oppfatning ikke være hensiktsmessig om *Kongen i statsråd* også skal ha anledning til å overprøve Konkurransetilsynets og Konkurransenemndas faglige vurderinger. En slik inngrepsadgang for *Kongen i statsråd* innebærer et brudd med prinsippet om en uavhengig tilsyns- og nemndbehandling.

Til høringsbrevet punkt 3 Prøving av foretakssammenslutninger av finansinstitusjoner

Departementet har foreslått at det innføres en bestemmelse vedrørende fusjoner i finansnæringen som skal inntas som § 4-7 i ny konkurranselov.

Konkurransetilsynet er kritisk til den foreslåtte bestemmelsen og anbefaler at den ikke inntas i den nye konkurranseloven. I henhold til den foreslåtte bestemmelsen kan Kongen i statsråd tillate en foretakssammenslutning av finansinstitusjoner som Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda har forbudt. Kongen i statsråd kan også gripe inn mot foretakssammenslutninger av finansinstitusjoner som Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda ikke har grepet inn mot. Etter ordlyden i den foreslåtte bestemmelsen stilles det ingen vilkår for å gripe inn, heller ikke at det må foreligge tungtveiende samfunnsmessige hensyn, slik som i den foreslåtte § 4-6.

Departementets forslag til § 4-7 åpner for inngrep mot foretakssammenslutninger innenfor finansnæringen uten noen nærmere begrunnelse. Konkurransetilsynet antar at dette vil kunne være i strid med EØS-retten. Regelen er ikke tilstrekkelig detaljert, klar og tilgjengelig, og vil derfor gjøre det vanskelig for foretakene å vurdere omfanget av og innholdet i sine rettigheter. Dette vil kunne innebære en etableringshindring i strid med EØS-retten.

Departementets begrunnelse for den foreslåtte bestemmelsen er at det er viktig å kunne underkaste fusjoner i finansnæringen politisk behandling ”som følge av betydningen for samfunnet”, jf. for øvrig tilsynsmeldingen side 63 og 64.

Konkurransetilsynet savner en utdypende begrunnelse for at finansnæringen står i en slik særstilling i forhold til andre viktige næringer at det er nødvendig med en særskilt unntaksbestemmelse.

Ut fra den foreliggende begrunnelsen for å innføre bestemmelsen, er det vanskelig å forstå hvorfor § 4-7 ikke inneholder noe vilkår om at tungtveiende samfunnsmessige hensyn må være til stede. I den grad det er korrekt at foretakssammenslutninger innenfor finansnæringen bør underkastes politisk behandling som følge av den samfunnsmessige betydningen, så bør det være mulig å påvise at det foreligger tungtveiende samfunnsmessige hensyn for å overprøve Konkurransetilsynets eller Konkurransenemndas faglige vurdering av slike sammenslutninger. Konkurransetilsynet mener derfor at den foreslåtte § 4-7 er overflødig. Gitt at det foreligger tungtveiende samfunnsmessige hensyn, er forslaget § 4-6 tilstrekkelig for å sikre en omgjøringsadgang på politisk grunnlag innenfor finansnæringen.

Det fremgår av tilsynsmeldingen at i større oppkjøps- og fusjonssaker med konkurransemessig betydning innenfor finansnæringen skal sakene bli behandlet parallelt i førsteinstans i Konkurransetilsynet og Kredittilsynet. Ved behov for avgjørelse i høyere instans vil dette skje ved parallell saksbehandling i Arbeids- og administrasjonsdepartementet og Finansdepartementet. Saken vil bli fremmet som kongelig resolusjon av finansministeren. I slike saker skal Konkurransetilsynets avgjørelse ikke kunne overprøves av en klagenemnd. Konkurransetilsynet vil påpeke at i den grad § 4-7 er foreslått fordi det er nødvendig å avskjære Konkurransenemndas behandling av klager i saker som berører finansinstitusjoner, bør dette kunne tas inn i § 4-6.

Dersom § 4-7 likevel tas inn i den nye konkurranseloven, mener Konkurransetilsynet at det bør framgå klart av forarbeidene at bakgrunnen for bestemmelsen er finansnæringens

samfunnsmessige betydning. Det bør også framgå at lovens materielle betingelser må være til stede for at Kongen i statsråd skal kunne treffe inngrepsvedtak i saker der Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda ikke har grepet inn.

Det bør for øvrig avklares hvorvidt det er noen reell tolkningsforskjell mellom begrepet ”grepet inn mot” som blir benyttet i den foreslåtte § 4-6 første punktum, og ”forbudt” som benyttes i den foreslåtte § 4-7 første punktum. Tilsynet legger til grunn at ”forbudt” ikke omfatter tilfeller hvor en foretakssammenslutning blir tillatt på vilkår.

Til § 3-12 i gjeldende konkurranselov

Stortinget har nylig vedtatt en ny § 3-12 i gjeldende konkurranselov som lyder:

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

Bestemmelsen er et unntak fra gjeldende konkurranselov § 3-11 om inngrep mot bedriftsøkonomi. Bestemmelsen er ikke en del av utvalgets utredning. Konkurransetilsynet antar imidlertid at departementet må ta stilling til om bestemmelsen i § 3-12 skal videreføres i den nye konkurranseloven.

Konkurransetilsynet mener at bestemmelsen i § 3-12 ikke bør videreføres i den nye konkurranseloven. Som det fremgår nedenfor må § 3-12 etter Konkurransetilsynets oppfatning tolkes slik at den gjelder de tilfeller hvor det norske markedet er en del av et velfungerende nordisk eller europeisk marked. Bestemmelsen vil derfor ikke bringe nye elementer inn i den konkurranseanalysen som må foretas etter hovedregelen i forslaget § 4-1. Bestemmelsen vil derfor i praksis ikke føre til et annet resultat enn det vurderingen etter forslaget § 4-1 vil føre til. Bestemmelsen er dessuten uklar og vanskelig å praktisere.

Unntaket i § 3-12 kommer til anvendelse dersom en eller flere aktører på det norske markedet er så dominerende at konkurranse hindres. Innholdet i denne vurderingen er både juridisk og økonomisk en annen enn innholdet i vurderingen av vilkåret for inngrep etter hovedregelen for inngrep mot foretakssammenslutninger i forslaget § 4-1. Etter § 4-1 er det dessuten et vesentlighetskrav. Dette gjør at bestemmelsen i § 3-12 vil bli vanskelig å praktisere som en unntaksbestemmelse fra § 4-1.

Det er et vilkår for å anvende § 3-12 at det i bransjen foreligger et velfungerende nordisk eller europeisk marked. Det er bare i slike tilfeller at Konkurransetilsynet ikke kan gripe inn mot en foretakssammenslutning. Dersom det foreligger et velfungerende nordisk eller europeisk marked som Norge er en del av, vil imidlertid Konkurransetilsynet i praksis heller ikke ha grunnlag for å gripe inn mot en foretakssammenslutning i Norge etter hovedregelen i forslaget § 4-1. I slike tilfelle vil et foretak som er eller blir dominerende i Norge, normalt ikke være dominerende i det relevante nordiske eller europeiske marked. Bestemmelsen i § 3-12 vil altså ikke føre til et annet resultat enn det forslaget § 4-1 vil føre til.

Det er også et vilkår for å anvende unntaket i § 3-12 at foretakets dominans ikke virker negativt for norske kunder. Dersom Konkurransetilsynet kommer til at en

foretakssammenslutning ikke virker negativt for norske kunder vil det imidlertid normalt heller ikke være grunnlag for inngrep etter forslaget § 4-1.

Konkurransetilsynet antar at bestemmelsen i § 3-12 gjelder for alle markeder og aktører. Selv om flere uttalelser i forarbeidene viser at bakgrunnen for bestemmelsen er forholdene i kraftmarkedet, fremgår det både av ordlyden og enkelte andre uttalelser i forarbeidene at bestemmelsen gjelder generelt. Bestemmelsen i § 3-12 vil derfor i seg selv antakelig ikke være i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Basert på uttalelser i forarbeidene antar Konkurransetilsynet at formålet med § 3-12 er å legge bedre til rette for at norske foretak skal kunne bli betydelige aktører på de nordiske og europeiske markedene. Konkurransetilsynet vil i denne sammenhengen påpeke at dersom § 3-12 i praksis blir anvendt slik at den faktisk favoriserer enkelte nasjonale offentlige foretak, vil dette kunne være et brudd på diskrimineringsforbudet i EØS-avtalen artikkel 4 og bestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 59 om offentlige foretak eller foretak tillagt særlige eller eksklusive rettigheter.

Dersom formålet er å tillate norske foretak å bli større, selv om dette fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i det norske markedet, finnes det andre alternativer enn å videreføre bestemmelsen i § 3-12. Konkurransetilsynet viser i denne forbindelse til utvalgets forslag til § 4-6, som åpner for en prøving av inngrep mot foretakssammenslutninger i henhold til allmenne hensyn. Forslaget gir regjeringen en mulighet til å tillate en foretakssammenslutning som Konkurransetilsynet har grepet inn mot.

Det fremgår av Innst. S. nr. 222 (2002-2003) at det er enighet i Stortinget om at det ikke skal vedtas endringer i statlige tilsyns klagebehandling i inneværende stortingsperiode. Konkurransetilsynet antar at dette vil innebære at den nye konkurranseloven innrettes slik at departementet vil beholde sin alminnelig omgjøringsadgang og instruksjonsmyndighet overfor Konkurransetilsynet. En slik instruksjonsmyndighet tilkommer også Stortinget etter gjeldende forfatningsrett. Departementet og Stortinget kan legge avgjørende vekt på andre hensyn enn de rent konkurransemessige.

Konkurransetilsynet antar på denne bakgrunn at det er unødvendig å videreføre bestemmelsen i § 3-12 i den nye konkurranseloven. Dersom det likevel er ønskelig å innta en særlig bestemmelse i den nye konkurranseloven som skal ivareta det formålet som § 3-12 er tenkt å ivareta, bør bestemmelsen utformes slik at den får en selvstendig betydning i forhold til forslaget § 4-1 og at de ovennevnte uklarhetene unngås.

V Sanksjoner

Til punkt 6.3 Enkelte prinsipielle spørsmål

Behovet for reformer

Utvalget foreslår å innføre et nytt sivilts sanksjonsmiddel i form av sivilrettslige bøter mot foretak for brudd på konkurransereglene. Det anføres flere årsaker til at dette vil være mer effektivt enn det tradisjonelle straffansvaret. Utvalget viser blant annet til at innføring av sivilrettslige bøter gjør sanksjonssystemet mer fleksibelt og kan legge til rette for en betydelig skjerping av sanksjonene. I tillegg vil det i et EØS-perspektiv kunne bidra til likebehandling og større forutberegnelighet for aktørene.

Konkurransetilsynet er enig i de hensyn som anføres for å innføre regler om sivilrettslige bøter. Praksis har vist at det er vanskelig å få tilstrekkelig høye bøtestraffer mot foretak i konkurransesaker. Selv om dette er en kriminalitetsform med skadevirkninger av en art som tilsier langt strengere straffer enn for en del andre former for økonomisk kriminalitet, kan det synes som om det generelle straffutmålingsnivået i Norge virker som en skranke for et effektivt sanksjonsnivå i konkurransesaker. Å innføre sivilrettslige bøter vil gjøre det lettere å utarbeide retningslinjer for bøteutmålingen slik at sanksjonsnivået heves i overensstemmelse med nivået i EU.

Et annet forhold som med styrke taler for at Konkurransetilsynet gis kompetanse til å gi sivilrettslige bøter, er at saksbehandlingstiden må forventes å gå drastisk ned. I dag er det normalt at Konkurransetilsynet etter å ha etterforsket en sak i ett til to år, anmelder saken til Økokrim. Selv om sakene er ferdig etterforsket fra tilsynets side, vil Økokrim likevel regelmessig måtte foreta nye etterforskningsskritt, dels fordi det gjelder prosessuelle begrensninger for bruk av bevis Konkurransetilsynet har innhentet, og dels fordi Økokrim vil kunne vurdere deler av saken annerledes enn Konkurransetilsynet. Saksbehandlingen i Økokrim tar ofte minst like lang tid som i Konkurransetilsynet. Hvis Konkurransetilsynet selv kunne utferdige forlegg på sivilrettslige bøter, og eventuelt bringe sakene inn for retten, vil det kunne føre til raskere saksavgjørelser og bedre saksopplysning fordi bevisene ville være ferskere og fordi man unngår dobbeltbehandling. Dette er viktig både for de involverte og av hensyn til allmennprevensjon.

Forslaget om å gi Konkurransetilsynet adgang til å ilegge sivilrettslige bøter og bringe sakene inn for retten, vil bidra til å gjøre sanksjonssystemet mer fleksibelt. Med gjeldende konkurranselov er det et problem at det ikke eksisterer noen god, praktisk mulighet for Konkurransetilsynet til selv å sanksjonere overtredelser av konkurranselovgivning. Det er imidlertid viktig at også adgangen til å anmelde overtredelser til påtalemyndigheten beholdes. Anmeldelse med påfølgende strafferettslig sanksjonering vil i flere tilfeller kunne vise seg å være den mest effektive sanksjonsmåte, for eksempel der det er viktig med sanksjonering både mot foretak og personer, eller der konkurransekriminalitet er vevd sammen med andre straffbare forhold som Konkurransetilsynet ikke har kompetanse til å forfølge.

Økt vekt på sanksjonering av foretak

Utvalget er av den oppfatning at muligheten for sanksjonering av foretak bør styrkes, herunder at sanksjonsnivået bør heves. Det er på det rene at sanksjonsnivået i Norge er lavt sammenlignet med andre land.

Konkurransetilsynet er enig i de vurderinger utvalget gjør, og slutter seg til målet om å styrke sanksjonene mot foretak.

Overtredelser av konkurranselovgivningen er en kriminalitetsform som muliggjør så store fortjenester at sanksjoner mot personer ikke kan forventes i tilstrekkelig grad å avskrekke fra lovbrudd. Dette skiller konkurransesaker fra de fleste andre straffesaker. De hensyn som ble anført for innføringen av et generelt straffansvar for foretak i Ot.prp. nr. 27 (1990-91) side 6 vil følgelig normalt slå til med stor tyngde i konkurransesaker. Også hensynet til harmonisering med EU/EØS-konkurransereglene taler for at sanksjonering av foretak bør styrkes.

I de senere årene er det kun foretak som har blitt sanksjonert i konkurransesaker i Norge. Dette innebærer imidlertid ikke en nedvurdering av ansvaret for personer. Konkurransetilsynet anser også dette ansvaret som helt sentralt i rettshåndhevelsen. Det er nok snarere prosessuelle hindre knyttet til bevisføring i straffesaker mot personer, samt at det er lettere å få foretak til å vedta forelegg på bot når det ikke innledes forfølgning mot personer, som forklarer den senere praksis. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at muligheten for sanksjoner mot foretak bør styrkes, men ønsker prinsipielt ingen svekkelse av muligheten til sanksjonering mot personer.

Valg av sanksjonsform

Utvalget er delt i synet på hvilken sanksjonsform som bør være den primære for foretak. *Utvalgets flertall* foreslår at sivilrettslige bøter skal bli den primære sanksjonsform, men vil også beholde dagens system med strafferettslige bøter. *Utvalgets mindretallet* ønsker at de alvorlige overtredelsene skal sanksjoneres gjennom strafferettsapparatet som i dag, men ønsker samtidig å innføre muligheten for å ilegge sivilrettslige sanksjoner for de mindre alvorlige overtredelsene.

Konkurransetilsynet er enige med mindretallet i at det ikke på generelt grunnlag kan avgjøres om strafferettslige bøter eller sivilrettslige bøter vil innebære den mest effektive sanksjonering mot foretak som overtrer konkurransereglene. Hvilket alternativ som er mest effektivt, vil variere fra sak til sak. Forhold som kan tale for å velge sivilrettslige bøter er at endelig resultat må forventes å kunne foreligge på et tidligere tidspunkt fordi bare én myndighet setter seg inn i saken, at bevisene derfor vil være ferskere og at sanksjonsnivået kanskje vil kunne heves raskere. Som nevnt vil det imidlertid også kunne tenkes tilfeller der anmeldelse vil være mest effektivt.

Det er viktig at den foreslåtte fleksibiliteten i valget mellom sivilrettslige og strafferettslige sanksjoner bevares. Konkurransetilsynet mener det vil være meget uheldig om det gis bindende føringer for hvilke saker som eventuelt skal anmeldes og hvilke som skal avsluttes med sivilrettslig bot. Konkurransetilsynet bør kunne vurdere dette fra sak til sak. Dette er også i tråd med sanksjonsutvalgets anbefalinger i NOU 2003: 15 punkt 10.7 om at forvaltningen må overlates atskillig skjønn ved vurderingen av når anmeldelse er nødvendig for å ivareta de hensyn de aktuelle bestemmelser skal beskytte.

Til punkt 6.4 Sivilrettslige bøter

Beviskrav

Utvalget mener at beviskravet for rettsfakta ved ileggelse av sivilrettslige bøter skal være kvalifisert sannsynlighetsovervekt.

Konkurransetilsynet er av den oppfatning at et slikt skjerpet beviskrav ved ileggelse av tyngende reaksjoner er både rimelig og i overensstemmelse med alminnelige bevisregler. Utvalget har ikke drøftet om EMK artikkel 6 innebærer krav til styrken i bevisene, men Borgarting lagmannsretts dom av 13. januar 2003 (LB-2001-01742) kan leses slik at EMK stiller krav i så henseende.

Det er videre et spørsmål hvilken betydning et skjerpet beviskrav har for anvendelsen av forslaget § 3-1 tredje ledd. Bestemmelsen gjør unntak fra forbudsbestemmelsen i forslaget

§ 3-1 første ledd. Gode grunner taler for at det skjerpede beviskravet ikke gjelder for fakta som skal henføres under denne unntaksbestemmelsen. Det er hensynet til at uskyldige ikke uriktig påføres straff eller straffliknende følger som begrunner skjerpede beviskrav ved anvendelse av forbudsbestemmelser. Dette er ikke noe relevant tema når det er spørsmål om en unntaksbestemmelse får anvendelse. Formålet med unntaksbestemmelsen blir best realisert hvis den gis anvendelse når det er alminnelig sannsynlighetsovervekt for at virkningene som omtales i § 3-1 tredje ledd vil inntreffe. Et slikt beviskrav er også i samsvar med de beviskrav som i dag stilles ved behandling av dispensasjonssøknader. Et skjerpet beviskrav under § 3-1 tredje ledd ville innebære en innskjerping i forhold til dagens praksis i dispensasjonssaker. En slik innsnevring har heller ikke vært tilsiktet av utvalget. Dette bør presiseres i forarbeidene.

Prosessuelle regler

Utvalget foreslår at Konkurransetilsynet skal gis kompetanse til å utstede forelegg på sivilrettslige bøter. Hvis et forelegg ikke vedtas, kan Konkurransetilsynet bringe saken inn for domstolen for å få en bindende avgjørelse. Konkurransetilsynet har også anledning til å bringe kravet om bot direkte inn for retten uten å gå veien om forelegg.

Konkurransetilsynet støtter forslaget om at tilsynet gis foreleggskompetanse og har søksmålsbyrden dersom forelegget ikke vedtas. Rettslig synes en slik ordning å være uproblematisk. Tilsynet kan heller ikke se andre avgjørende argumenter mot en slik ordning. Tvert imot taler praktiske og prosessøkonomiske grunner sterkt for at Konkurransetilsynet gis foreleggskompetanse. Det øker muligheten for at sakene blir avgjort raskere enn om en utenforstående nemnd eller domstol ble tillagt slik kompetanse. Bøtefastsettelse vil ikke åpne for vide skjønnsmarginer, da utmålingen langt på vei blir standardisert gjennom forskrifter som forutsettes utarbeidet i medhold av forslaget § 7-2 siste ledd.

Til punkt 6.5 Straff

Typer overtredelser

Utvalget foreslår at det ikke skal bli noen utvidelse i forhold til dagens lov når det gjelder de typer av overtredelser som bør være straffbelagt etter den nye loven. Atferd som er forbudt etter de gjeldende bestemmelsene §§ 3-1 til 3-4, vil rammes av forbudet i forslaget § 3-1. Rekkevidden av forslaget bestemmelse i § 3-1 er imidlertid videre enn dagens bestemmelser, og utvalget foreslår derfor at atferd som omfattes av forslaget § 3-1, men som i dag er lovlig, ikke skal gi grunnlag for straffansvar. Utvalget foreslår at overtredelser av § 3-1 ved samarbeid om priser, anbud eller ved markedsdeling straffes med bøter, skjerpet til seks år ved særlig skjerpende forhold.

Konkurransetilsynet er enig i at ulovlig samarbeid om priser, anbud og markedsdeling er grov økonomisk kriminalitet som bør kunne gi grunnlag for strafferettslige sanksjoner. Konkurransetilsynet er således i utgangspunktet enig med utvalget i at straffansvar i tradisjonell forstand knyttes til overtredelser av forslaget § 3-1 første ledd som grovt sett tilsvarende forbudsbestemmelsene etter gjeldende konkurranselov.

Etter forslaget § 3-2 er utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling forbudt. Etter gjeldende konkurranselov er dette ikke forbudt, men det kan gripes inn mot slik atferd etter lovens § 3-10. Utvalget foreslår at straffebestemmelsen ikke omfatter overtredelser av forslaget § 3-2. Dersom Konkurransetilsynet har fattet vedtak om opphør av den konkurranseskadelige

atferden, skal det være adgang til å straffe både personer og foretak for brudd på slikt vedtak. Selv om utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i enkelte tilfeller kan være like straffverdig som horisontale karteller, slutter *Konkurransetilsynet* seg til utvalgets forslag og begrunnelse.

Når det gjelder overtredelser av vedtak om inngrep mot foretakssammenslutninger etter § 4-1 og overtredelser av gjennomføringsforbud etter § 4-4, er *Konkurransetilsynet* enig i at bestemmelsen skal være straffesanksjonert. *Konkurransetilsynet* er videre enig i at utvalgets forslag om at overtredelser av meldeplikten etter § 4-3 første og tredje ledd ikke straffesanksjoneres, og slutter seg til utvalgets begrunnelse.

Konkurransetilsynet slutter seg videre til utvalgets forslag om at straffesystemet ved overtredelser av prosessuelle bestemmelser bør videreføres i den nye konkurranseloven, og at medvirkning skal være straffbart.

Strafferammen

Utvalgets flertall foreslår at straffen ved forsettlig eller uaktsomme overtredelser skal være bøter. Særlig skjerpene forhold straffes med fengsel inntil seks år. *Utvalgets mindretall* mener at dette bryter med den lovtekniske oppbygningen som gjelder for tilsvarende former for økonomisk kriminalitet, hvor normalsatsen er henholdsvis tre og seks års fengsel.

Konkurransetilsynet er enige med mindretallet. Det er ingen god begrunnelse for flertallets forslag om å fravike straffelovens normalordning og dagens ordning etter konkurranseloven med en strafferamme på henholdsvis tre og seks års fengsel. *Konkurransetilsynet* mener det er viktig blant annet av preventive grunner å beholde trussel om fengselsstraff, og mener det vil gi uheldige signaler dersom det innføres en ordning hvor det kun er de særlig alvorlige sakene som kan gi fengselsstraff for personer.

Ved vurderingen av om særlig skjerpene forhold foreligger, foreslår utvalgets flertall at det blant annet skal legges vekt på om overtredelsen er søkt holdt skjult. *Konkurransetilsynet* er her enig med mindretallet som fremhever at ulovlig samarbeid om priser, anbud og markedsdeling så godt som alltid vil bli forsøkt holdt skjult, og at dette vilkåret i praksis dermed alltid vil være oppfylt ved slike overtredelser.

Når det gjelder bøteutmåling, er *Konkurransetilsynet* enig med utvalgets flertall i at det er naturlig å se hen til utmålingsprinsippene for sivilrettslige bøter, slik at man kan oppnå en harmonisering med prinsippene og nivået i EU/EØS.

Til punkt 6.6 Forholdet mellom sivile og strafferettslige bøter

Utvalget mener at ettersom forbudet mot dobbeltstraff er et så fast og grunnleggende prinsipp, er det ikke nødvendig med særskilt lovfesting i konkurranseloven.

Konkurransetilsynet slutter seg til dette. *Konkurransetilsynet* viser til forslaget i NOU 2003: 15 Fra bot til bedring hvor det foreslås nye bestemmelser i forvaltningsloven og straffeprosessloven som regulerer forholdet mellom administrative og strafferettslige sanksjoner.

Utvalget konkluderer generelt med at en anmeldelse til påtalemyndigheten som henlegges ikke vil stenge for at Konkurransetilsynet kan forfølge saken og eventuelt ilegge sivilrettslige bøter.

Konkurransetilsynet er noe usikker på om denne konklusjonen er riktig i forhold til alle henleggelsesgrunner. Det vises i denne forbindelse til NOU 2003: 15 Fra bot til bedring punkt 10.7.4.4 hvor spørsmålet om tilbakeføring til forvaltningen hvis påtalemyndigheten ikke reiser straffesak drøftes. Sanksjonsutvalget hevder at det i ”enkeltilfeller kan være uklart om en henleggelse kan regnes som frifinnelse i forhold til forbudet mot gjentatt forfølgning i EMKs tilleggsprotokoll nr. 7 artikkel 4 og dermed sperre for en etterfølgende sanksjon”. Sanksjonsutvalget foreslår på denne bakgrunn en ny avgjørelsesgrunn for påtalemyndigheten i tilbakeføringstilfellene og en ny bestemmelse i straffeprosessloven § 71b.

Utvalget foreslår ingen unntak fra den alminnelige regel om offentlig påtale.

Konkurransetilsynet mener at det i konkurransesaker kan foreligge gode grunner for å gjøre unntak fra den alminnelig hovedregelen. I praksis har alle straffesaker som gjelder overtredelser av konkurranseloven blitt initiert av en anmeldelse fra Konkurransetilsynet. Å gjøre påtale betinget av anmeldelse fra Konkurransetilsynet vil derfor bringe den formelle påtaleregelen i samsvar med den reelle. I tillegg vil dette legge til rette for at Konkurransetilsynet kan gi garanti om lempning. En regel om at påtale skal være betinget av anmeldelse fra Konkurransetilsynet, er også i samsvar sanksjonsutvalgets forslag om at det inntas en generell regel i straffeloven om at en overtredelse som kan medføre administrativ sanksjon bare er undergitt offentlig påtale når forholdet er anmeldt av forvaltningen eller det foreligger allmenne hensyn. Unntak for hovedregelen om offentlig påtale vil også være i samsvar med sanksjonsutvalgets uttalelser om at sporvalg bør foretas av forvaltningen i den enkelte sak.

Til punkt 6.7 Lempning

Utvalget foreslår en ny type bestemmelse om lempning av straffansvar og sivilrettslige bøter. Bestemmelsen har til formål å få deltakere i det ulovlige samarbeidet til selv å avsløre samarbeidet. Forslaget er begrunnet blant annet i at det har blitt vanskeligere å avsløre alvorlig ulovlig samarbeid, at dagens lempningsregel i straffeloven § 59 er utilstrekkelig og at de mer vidtgående lempningsregler har vist seg meget vellykkede i andre jurisdiksjoner.

Konkurransetilsynet støtter prinsipielt forslaget om å innføre lempningsregler for overtredelser av forslaget § 3-1. De hensyn som taler for et slikt system er sterkere enn de som taler mot. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at det ofte vil foreligge særlige forhold i konkurransesaker som kan gjøre lempningsregler effektive. Det er særlig hensynet til den alminnelige rettsoppfatningen om at like overtredelser skal straffes likt som kan tale mot lempning. Det kan imidlertid tenkes at denne rettsoppfatningen ikke er like sterk på konkurransereettens område hvor det i første rekke er offentlige interesser som begrunner konkurransereglene. Dernest vil sanksjonering ikke være utelukket selv om lempningsreglene får anvendelse. Som regel vil det bare være aktuelt med delvis fritak for sanksjoner. Anvendelsen av lempningsreglene vil heller ikke berøre eventuelle sivilrettslige krav fra de skadelidte.

Konkurransetilsynet støtter forslaget om at hovedreglene om lempning tas inn i loven, mens de nærmere reglene fastsettes i forskrift. Med dette vil hensynet til forutberegnelighet være

tilstrekkelig ivaretatt. De nærmere reglene om lempning må, i lys av utvalgets føringer, kunne forventes å bli nokså tekniske og detaljerte. Det tilsier at forskrifter er den riktige formen for reglene. At lempning i sanksjonsfasen er noe helt nytt, kan også tilsi relativt hyppige endringer av reglene i en periode etter at reglene er vedtatt. Dette taler også for at den enklere regelverksprosedyren ved forskrifter velges.

Konkurransetilsynet mener det er en nødvendig forutsetning for at formålet med lempningsreglene skal bli realisert at de innføres både for foretak og personer. Foretakene vil bare kunne oppnå lempning hvis de ansvarlige personene legger kortene på bordet. Det er lite sannsynlig at de vil gjøre det hvis de ikke selv kan oppnå lempning.

Konkurransetilsynet anser det som en svakhet ved forslaget at et bindende løfte om lempning til både personer og foretak må komme fra to ulike myndigheter. Vurderingene av om lempning skal gis, og eventuelt hvor mye det skal lempes, kan være ulike i Konkurransetilsynet og i påtalemyndigheten. Det vil kunne føre til at reglene ikke virker etter sitt formål, fordi en deltaker i et ulovlig samarbeid ikke vil stå frem uten sikkerhet for lempning av både straff og sivilrettslige bøter. Konkurransetilsynet mener derfor at påtale ved overtredelser av konkurranseloven bør gjøres betinget av at det foreligger en anmeldelse fra Konkurransetilsynet eller at det foreligger allmenne hensyn. Så lenge prinsippet om ubetinget offentlig påtale er tenkt bevart i konkurransesake, vil en deltaker i et ulovlig samarbeid alltid risikere at påtalemyndigheten forfølger saken på eget initiativ. Dersom det ikke gjøres unntak fra hovedregelen om offentlig påtale, må det etableres samarbeidsrutiner både generelt og i den enkelte sak, som sikrer nødvendig grad av samordning mellom Konkurransetilsynet og påtalemyndigheten.

Konkurransetilsynet er i det alt vesentlige enig i de føringer som utvalget gir for innholdet i en forskrift om lempning. Det er imidlertid viktig at reglene ikke utformes slik at de mindre beskyttelsesverdige deltakerne i et ulovlig samarbeid, for eksempel initiativtakeren til samarbeidet, uten videre ekskluderes fra sanksjonslempning. Det er flere grunner til dette. Det kan for eksempel være tilfeldig hvem som faktisk har tatt initiativet til det ulovlige samarbeidet. Hvis initiativet ligger langt tilbake i tid, vil dette momentet også miste noe av sin betydning, særlig hvis andre har vært mer aktive i å opprettholde samarbeidet. Det kan videre være slik at samarbeidet alene har kommet i stand på initiativ fra en bestemt person, og at vedkommende ikke lenger arbeider i foretaket.

Konkurransetilsynet mener det beste for å oppnå et mest mulig effektivt lempningssystem, er å la påtale være avhengig av påtalebegjæring fra Konkurransetilsynet. I tillegg må påtalemyndigheten bli bundet av Konkurransetilsynets eventuelle tilsagn om delvis lempning. Konkurransetilsynet mener primært at det i loven eller forskrift bør innføres regler som gjør at påtalemyndigheten blir bundet av Konkurransetilsynets løfte om lempning.

Til punkt 6.9 Tvangsmulkt

Utvalget foreslår at Konkurransetilsynet kan fastsette tvangsmulkt for å sikre etterlevelse av enkeltvedtak og pålegg om opplysnings- og utleveringsplikt. Tvangsmulkt anses som et viktig virkemiddel for å sikre effektiv håndhevelse av enkeltvedtak og pålegg som treffes i medhold av konkurranseloven. Innføring av tvangsmulkt for å sikre overholdelse av pålegg om opplysnings- og utleveringsplikt, er en nyskaping i forhold til gjeldende rett. Utvalget foreslår at Konkurransetilsynet skal avgjøre fra hvilket tidspunkt mulkten skal løpe. Klage gir ikke automatisk oppsettende virkning. Det foreslås videre at Konkurransetilsynet

helt eller delvis kan frafalle kravet om påløpt mulkt. Utvalget foreslår også ikke å videreføre bestemmelsen i § 6-4 tredje ledd første punktum i dagens konkurranselov, som fastsetter at tvangsmulkt er tvangsgrunnlag for utlegg. Begrunnelsen er at dette allerede følger av tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1 tredje ledd jf. § 7-2 bokstav d, og at bestemmelsen er overflødig.

Konkurransetilsynet stiller seg positivt til utvalgets forslag til regler om tvangsmulkt, som åpner for en mer effektiv håndheving av enkeltvedtak og pålegg truffet i medhold av konkurranseloven.

VI Organisasjonsspørsmål

Til punkt 7.5.1 Innledning

Utvalget foreslår en ny hovedregel om en uavhengig tilsyns- og nemndbehandling på konkurranselovens området, jf. forslaget § 2-1. Klage- og omgjøringsmyndigheten er lagt til et nytt organ, Konkurransenemnda, som skal være klageinstans for Konkurransetilsynets vedtak i forbindelse med forbudsbestemmelsene og kontroll med foretakssammenslutninger. Etter forslaget avskjæres departementets og regjeringens instruksjonsrett og omgjøringsadgang i enkeltsaker. Den nye ordningen har til hensikt å klargjøre Konkurransetilsynets uavhengighet i forhold til politiske myndigheter, blant annet for å søke å oppnå større grad av faglig legitimitet. I tilsynsmeldingen uttales det at departementet vil legge opp til at statsrådets instruksjonsrett i enkeltsaker avskjæres og at det etableres en uavhengig klageinstans.

Konkurransetilsynet støtter forslaget om uavhengig tilsyns- og nemndbehandling, og slutter seg i hovedsak til utvalgets begrunnelser og det som uttales i tilsynsmeldingen. Tilsynet vil særlig fremheve at slik uavhengighet er viktig for tilliten til at konkurranselovens bestemmelser anvendes på grunnlag av konkurransefaglige hensyn.

Konkurransetilsynet mener videre at innføring av en nemnd som klageinstans er nødvendig for å sikre reell uavhengighet for Konkurransetilsynets behandling av enkeltsaker. Dersom departementet fortsatt skulle være klageinstans for tilsynets avgjørelser, ville dette i realiteten kunne gjøre tilsynets uavhengighet illusorisk. En uavhengig klageinstans, slik som utvalget foreslår, vil derimot kunne legge til rette både for et mer uavhengig tilsyn og for en mer ryddig beslutningsprosess.

Tilsynet ser i Innst. S. nr. 222 (2002-2003) punkt 2.2 at det er enighet blant et flertall i Stortinget om at det i inneværende stortingsperiode ikke skal vedtas endringer i statlige tilsyns klagebehandling. Tilsynet kan ikke se at en geografisk flytting av Konkurransetilsynet i seg selv vil føre til et uavhengig tilsyn. Derimot er opprettelsen av en uavhengig klagenemnd svært viktig for målet om et reelt uavhengig konkurransetilsyn.

Til punkt 7.5.2 – 7.5.4 Saksbehandling, kompetanse og sammensetning

Vedtakskompetanse i første instans

Utvalgets flertall foreslår at Konkurransetilsynet fortsatt skal være førsteinstans i saker etter konkurranseloven. *Utvalgets mindretall* mener at nemnda bør ha vedtakskompetanse i første instans.

Konkurransetilsynet er ikke enig i mindretallets forslag om at tilsynet ikke skal ha vedtakskompetanse i første instans. En slik ordning er ikke hensiktsmessig. Det vil innebære en komplisering av Konkurransetilsynets arbeid med enkeltsaker som ikke veies opp av de eventuelle fordeler ved en slik ordning. Mindretallets forslag vil føre til at det i realiteten vil bli betydelig mer tid- og kostnadskrevende å få prøvet et forhold i to instanser, noe som vil kunne være en bekymring i forhold til rettsikkerhetshensyn. Tilsynet stiller seg dessuten tvilende til at vedtakskompetanse for Konkurransetilsynet i første instans er en vesentlig fare for rettsikkerheten slik mindretallet hevder. Med de relativt korte frister som utvalget foreslår for klageinstansens saksbehandling, mener tilsynet det legges til rette for en effektiv klagesaksbehandling som dermed svekker eventuelle argumenter for at tilsynet ikke bør ha vedtakskompetanse i første instans.

Konkurransetilsynet frykter videre at det i praksis vil bli en høyere terskel for hvilke saker tilsynet involverer seg i dersom beslutningsprosessen skulle kompliseres slik mindretallet foreslår. Det vil kunne medføre at det i mindre grad vil bli slått ned på konkurranseskadelig atferd, og at det i færre tilfeller vil bli grepet inn mot konkurransebegrensende foretakssammenslutninger.

Nærmere om Konkurransenemnda

Utvalget foreslår nærmere bestemmelser om Konkurransenemndas sammensetning, kompetanse og saksbehandling i § 2-3. Kongen gis i § 2-1 annet ledd annet punktum fullmakt til å fastsette nærmere bestemmelser om Konkurransenemndas organisasjon og virksomhet.

Konkurransetilsynet støtter i hovedsak utvalgets flertalls vurderinger og forslag når det gjelder Konkurransenemndas kompetanse, saksbehandling og sammensetning. Enkelte spørsmål er kommentert nærmere nedenfor, men det vises generelt til utvalgets flertalls forslag i punkt 7.5.2 og til punkt 7.5.4 om nemndas sammensetning.

Utvalgets flertall foreslår at nemndas kompetanse i klagebehandlingen bør følge av de alminnelige regler i forvaltningsloven § 34. *Konkurransetilsynet* deler flertallets vurderinger og konklusjon når det gjelder Konkurransenemndas kompetanse i klagesaker. Tilsynet kan i likhet med flertallet ikke se at det her er grunnlag for å fravike det som er vanlig for forvaltningsrettslige klagenemnder.

Utvalgets flertall foreslår i § 2-3 annet ledd femte punktum at Konkurransenemnda skal kunne omgjøre tilsynets vedtak etter eget tiltak. Forslaget er begrunnet med at man ikke har funnet grunn til å gjøre unntak fra klageinstansens adgang til å omgjøre vedtak uten klage etter forvaltningsloven § 35. Finner Konkurransenemnda at omgjøring kan være aktuelt, ber den Konkurransetilsynet om å bringe saken inn for nemnda. *Konkurransetilsynet* er i tvil om det er

i overensstemmelse med Konkurransenemndas rolle som en ren klageinstans å gi den en adgang til å omgjøre tilsynets vedtak etter eget tiltak. Konkurransetilsynet kan imidlertid ikke se at det er sterke grunner som taler mot en slik adgang.

Utvalgets flertall foreslår at nemnda ikke bør kunne instruere tilsynet om utfallet av enkeltsaker. *Konkurransetilsynet* er enig i dette og mener det innebærer et mer ryddig forhold mellom tilsynet og nemnda, og en klarere rolle for nemnda som klageinstans. Ved en slik ordning sikrer man dessuten en reell toinstansbehandling.

Utvalgets flertall foreslår at klagebehandlingen bør gjennomføres som en kontradiktorisk prosess der tilsynet gis en partslignende rolle i klagebehandlingen. *Konkurransetilsynet* er enig i at en slik organisering av klagesaksbehandlingen vil kunne være hensiktsmessig og nyttig for nemnda, og godt egnet for konkurransesaker.

Utvalgets flertall gir uttrykk for at nemnda bør ha en muntlig høring av både partene og Konkurransetilsynet. *Konkurransetilsynet* er enig i at det bør være mulighet for muntlig høring av partene og tilsynet i saker som går for nemnda, slik at nemnda skal kunne skaffe seg et så godt beslutningsgrunnlag som mulig. Det bør være opp til nemnda å avgjøre om det skal gjennomføres muntlig høring i den enkelte sak.

Utvalgets flertall foreslår i § 3-3 tredje ledd at tilsynets avgjørelser om ikke å treffe vedtak i overtredelsessaker skal kunne bringes inn for nemnda. Tilsynets prioriteringer vil dermed kunne overprøves av nemnda. Det er ikke foreslått en tilsvarende klagerett i saker hvor tilsynet ikke griper inn mot en foretakssammenslutning.

Konkurransetilsynet er ikke enig i flertallets forslag om at Konkurransetilsynets avgjørelse om ikke å treffe vedtak i overtredelsessaker kan overprøves av Konkurransenemnda. Det er viktig at Konkurransenemnda skal være en klageinstans, og ikke et "styre" for Konkurransetilsynet. Nemnda vil være klageinstans i visse enkeltsaker, men det vil fremdeles være departementet som står for etatsstyringen og som har det overordnede ansvaret for konkurransepolitikken. Tilsynet mener det er tilsynet som, ut ifra departementets retningslinjer, er best egnet til å vurdere hvilke saker som skal prioriteres. Det vises for øvrig til kommentarene til punkt 4.6.2 ovenfor.

Til punkt 7.5.5 Prøving i henhold til allmenne hensyn

Utvalget foreslår en ordning der regjeringen kan ta opp saker på eget initiativ dersom allmenne hensyn veier tyngre enn de konkurransefaglige hensynene. I forslag til ny §§ 3-4 og 4-6 om prøving i henhold til "allmenne hensyn" foreslås således at "Kongen" får myndighet til å tillate en atferd som er i strid med forslaget §§ 3-1 eller 3-2 og tillate en foretakssammenslutning som Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda har grepet inn mot etter § 4-1. Utvalget har foreslått at Kongen etter forslaget § 3-4 skal stå forholdsvis fritt med hensyn til om det skal gis tillatelse til atferd som ellers er forbudt. Utvalget har videre forutsatt at tillatelse i henhold til bestemmelsen i forslaget § 4-6 først kan gis når det foreligger et vedtak fra Konkurransetilsynet om inngrep mot en foretakssammenslutning.

Tilsynsmeldingen legger opp til at når det foreligger "tungtveiende samfunnsmessige hensyn", kan "Kongen i statsråd" ta opp og omgjøre vedtak truffet av Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda. Det innebærer at Kongen i statsråd skal kunne tillate atferd som er i strid med forbudene i lovforslagets §§ 3-1 og 3-2, og oppheve eller endre vedtak fra

Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda om å forby en foretakssammenslutning etter § 4-1. Dette forslaget har i hovedsak samme begrunnelse som lovutvalgets forslag.

Det er en forskjell mellom tilsynsmeldingen og utvalgets forslag i spørsmålet om adgangen til prøving etter allmenne hensyn kan delegeres. Utvalget åpner det for at Kongens kompetanse kan delegeres etter de vanlige regler om delegasjon. I tilsynsmeldingen er det derimot klart at det er "Kongen i statsråd" som skal fatte vedtak i slike saker, og at det ikke er åpnet for delegasjon.

Departementet foreslår i høringsbrevet at Kongen i statsråd skal kunne gripe inn dersom Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda ikke har truffet vedtak etter lovforslagets § 3-3 om påbud om å bringe ulovlig atferd til opphør eller ikke har truffet vedtak om inngrep mot en foretakssammenslutning etter § 4-1. For at Kongen i statsråd skal kunne treffe et slikt vedtak, legger departementet til grunn at lovens materielle betingelser for vedtak om opphør av ulovlig atferd eller inngrep mot foretakssammenslutninger må være til stede. Dessuten må det foreligge tungtveiende samfunnsmessige hensyn som tilsier et slikt inngrep.

Kriterium for inngrep fra politiske myndigheter

Konkurransetilsynet ser at det kan være behov for en adgang for politiske myndigheter til å ta opp saker dersom andre hensyn veier tyngre enn de konkurransefaglige hensynene. For å bevare tilsynets og nemndas uavhengighet, bør dette kun gjøres i saker der det er helt klart at det foreligger andre motstridende samfunnshensyn. Tilsynet mener at tilsynsmeldingens kriterium "*tungtveiende samfunnsmessige hensyn*" er bedre enn utvalgets "*allmenne hensyn*".

I Ot.prp. nr. 58 (2002-2003) om lov om elektronisk kommunikasjon er det foreslått en bestemmelse i § 11-7 om politiske myndigheters adgang til overprøving. Det materielle kriteriet for at departementet skal kunne ta opp et vedtak til vurdering er "sterke samfunnsmessige hensyn". Bruken av begrepet "samfunnsmessige hensyn" i nevnte odelstingsproposisjon kan være et argument for at man bør benytte dette begrepet også i den nye konkurranseloven. De aktuelle lovbestemmelsene synes å ha samme begrunnelse og funksjon. Begrepene "sterke" og "tungtveiende" samfunnsmessige hensyn synes ikke å være vesensforskjellige. Tilsynet mener "tungtveiende" er å foretrekke.

Inngrep fra politiske myndigheter på konkurransefaglig grunnlag

Konkurransetilsynet mener at politiske myndigheter ikke bør ha kompetanse å gripe inn når tilsynet og nemnda har funnet at det ikke er grunnlag for å gripe inn. Dette skal politiske myndigheter i henhold til tilsynsmeldingen kunne gjøre dersom regjeringen i en konkret sak har en annen oppfatning av de konkurransemessige virkningene enn Konkurransetilsynet og Konkurransenemnda. Tilsynet mener en slik adgang til å "konkurrere" med tilsynet og nemnda vil kunne svekke den ønskede uavhengigheten som er omtalt ovenfor.

Konkurransetilsynet har ikke innvendinger mot at det skal være adgang for politiske myndigheter til å involvere seg unntaksvis i saker av stor samfunnsmessig betydning. Politiske myndigheter bør imidlertid ikke kunne foreta overprøving av enkeltsaker med mindre det dreier seg om vedtak fra tilsynet og nemnda som av andre hensyn enn de konkurransemessige bør kunne omgjøres på politisk hold. Tilsynet mener en slik adgang vil være prinsipielt uheldig for rollefordelingen mellom fagmyndighet og politiske myndigheter. Politiske myndigheter bør ha det overordnede ansvaret for konkurransepolitikken, mens den konkrete anvendelsen av forbudsbestemmelsene bør overlates til tilsynet/nemnda og

domstolene. En slik regel kan også være i strid med EØS-retten fordi den ikke tilstrekkelig detaljer, klar og tilgjengelig. Så generelle kriterier vil gjøre det vanskelig for foretakene å vurdere omfanget av og innholdet i sine rettigheter, og dermed i praksis være en etableringshindring.

Når det gjelder nærmere omtale av § 4-6 og departementets forslag til § 4-7, vises det til kommentarene til punkt 7.5.5. ovenfor under kapittelet om foretakssammenslutninger.

Delegasjon av politiske myndigheters kompetanse

Tilsynsmeldingen åpner ikke for delegasjon av politiske myndigheters kompetanse, men snakker om at det er ”Kongen i statsråd” som må fatte eventuelle vedtak.

Konkurransetilsynet er enig i at kompetansen legges til ”Kongen i statsråd”, for å signalisere at det bør være en høy terskel for inngrep fra politiske myndigheter.

Tilsynet nevner i denne sammenheng at det fremgår av merknadene til forslaget til ny lov om elektronisk kommunikasjon § 11-7 første ledd siste punktum at beslutningen om å endre eller oppheve et vedtak må treffes av Kongen i statsråd. Begrunnelsen for dette er behovet for å ”markere at det skal gjelde en høy terskel for ny prøving av klagesak som er behandlet og avgjort av Klagenemnda.”

Innst. S. nr. 222 (2002-2003) Om statlige tilsyn

Bestemmelsene om prøving av allmenne hensyn har sin bakgrunn i at utvalget foreslår å opprette en uavhengig klagenemnd. Som redegjort for ovenfor, er det enighet i Stortinget om at det ikke skal vedtas endringer i statlige tilsyns klagebehandling i inneværende stortingsperiode. Dersom departementet fortsatt skal være klageorgan for Konkurransetilsynets vedtak, ser tilsynet ikke noen grunn til å innføre bestemmelsene i forslagets §§ 3-4 og 4-6. Den politiske styringen vil i så fall være ivaretatt gjennom departementet som klageorgan.

VII Saksbehandlingsregler

Til punkt 8.6 Opplysningsplikt

Generelt om opplysningsplikten

Utvalget foreslår en videreføring av regelen om at opplysningsplikt kan pålegges ”enhver”. *Konkurransetilsynet* er enig i dette forslaget og mener at det er grunn til å markere tydelig i forarbeidene at en slik generell opplysningsplikt i utgangspunktet ikke berører selvinkrimineringsvernet i artikkel 6 i Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen (EMK).

Forklaringsplikten i overtredelsessaker

Utvalget legger opp til at Konkurransetilsynet ikke skal kunne ilegge fysiske personer sanksjoner. Individenes selvinkrimineringsvern vil da bestå av at de inkriminerende opplysninger individene er pålagt å gi, ikke kan brukes i en eventuell straffesak mot dem. Utvalget antar i punkt 8.6.2.5 at det i utgangspunktet ikke er i strid med EMK å pålegge en uinnskrenket opplysningsplikt overfor forvaltningen.

Konkurransetilsynet legger til grunn at individer generelt ikke kan påberope seg selvinkrimineringsvernet i EMK under forvaltningens behandling av en overtredelsessak når forvaltningen ikke har hjemmel for å ilegge individer sanksjoner. Det følger av dette at individer plikter å delta aktivt når det gjelder å finne fram til dokumenter og opplysninger i forbindelse med en bevissikring eller informasjonsinnhenting, selv om disse inneholder inkriminerende opplysninger.

Utvalget foreslår et nytt sanksjonsmiddel i form av sivilrettslige foretaksbøter. I slike saker skal ikke Konkurransetilsynet bare forberede forvaltningsvedtak, men også ta stilling til overtredelser, utferdige forelegg og eventuelt bringe saken inn for domstolene til pådømmelse. Utvalget fastslår at det er klart at sivilrettslige bøter er å anse som ”straff” etter EMK artikkel 6. Utvalget drøfter på denne bakgrunn hvilke vern foretak skal ha mot selvinkriminering. Utvalget viser til at det er på det rene at foretak er omfattet av EMK artikkel 6, men at det er usikkert hvor langt vernet rekker. *Flertallet i utvalget* foreslår at foretakenes selvinkrimineringsvern utformes i overensstemmelse med EF-domstolens praksis. *Utvalgets mindretall* mener det må være tilstrekkelig at Norges folkerettslige forpliktelser til enhver tid etterleves.

Konkurransetilsynet slutter seg til utvalgets mindretall. Det foreligger ikke noen EØS-rettslig forpliktelse til å innføre et slikt selvinkrimineringsvern for foretak i Norge. Hensynet til harmonisering slår heller ikke til så lenge det ikke er aktuelt med desentralisert håndheving av EØS-reglene i Norge. Straffeprosesslovgivningen inneholder ingen regler om slikt vern, og det er tvilsomt om et slikt vern vil være i samsvar med vanlig rettsoppfatning i Norge. Et vern for foretak etter EMK vil da gjelde, i den grad konvensjonen hjemler selvinkrimineringsvern for foretak. Det må også her være opp til domstolene å trekke opp de nærmere grensene. Konkurransetilsynet vil presisere at et eventuelt vern etter EMK ikke vil berøre Konkurransetilsynets adgang til å ta beslag i inkriminerende dokumenter ved bevissikring.

I NOU 2003: 15 Fra bot til bedring punkt 12.7.4 vurderer sanksjonsutvalget hvor langt opplysningsplikten rekker når det er aktuelt at forvaltningen ilegger sanksjoner. Sanksjonsutvalget legger til grunn at det er usikkert i hvilken grad EMK krever at selvinkrimineringsvernet også gjelder foretak, men at dette i noen grad kan være tilfellet. Sanksjonsutvalget foreslår imidlertid at vernet også skal gjelde foretak. Dersom det etter en grundig vurdering av de ulike hensyn, innføres et generelt selvinkrimineringsvern for foretak i saker hvor forvaltningen kan ilegge sanksjoner, ser ikke *Konkurransetilsynet* behov for å gjøre unntak for konkurransesaker.

Til punkt 8.7 Utleveringsplikt

Utvalget foreslår en videreføring av bestemmelsene i gjeldende konkurranselov om at utleveringsplikten skal gjelde alle typer forretningspapirer, møtereferater og andre nedtegnelser, samt informasjon som er lagret ved hjelp av datamaskin eller annet teknisk hjelpemiddel. Bestemmelsen er imidlertid foreslått endret slik at det ikke lenger er en plikt å utlevere dokumenter for ”gransking”. Dette innebærer at Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda ikke kan kreve fremlagt originaldokumenter med hjemmel i forslaget § 5-1 annet ledd.

Konkurransetilsynet støtter ikke utvalgets forslag til endringer og mener at dagens bestemmelse om at dokumenter kan kreves utlevert i original for gransking bør videreføres.

Utvalget begrunner sitt forslag med at bestemmelsen om utleveringsplikt, i motsetning til forslaget § 6-1 om bevissikring, ikke er ment å være en hjemmel for å innhente bevis. Utvalget mener imidlertid at hjemmelen om utleveringsplikt vil kunne komme til anvendelse i overtredelsessaker i tilfeller hvor det av praktiske grunner ikke er mulig å gjennomføre bevissikring etter forslaget § 6-1. Utvalget viser som eksempel til dataservere som befinner seg andre steder enn hos det kontrollerte selskap og at et pålegg om utlevering er eneste muligheten for å fremskaffe opplysningene. Konkurransetilsynet vil bemerke at dette viser at § 5-1 også kan bli benyttet til å innhente bevis, ettersom serverens innhold vil inngå i det totale beslaget og bli vurdert på lik linje med øvrig dokumentasjon.

Under en bevissikring etter forslaget § 6-1, vil det dessuten kunne være behov for å spørre enkeltpersoner i bedriften om hvor ulike dokumenter befinner seg. Det fremgår av forslaget § 5-1 at pliktene i første og annet ledd også gjelder i overtredelsessaker. Det vil si at opplysnings- og utleveringsplikten gjelder under en bevissikring etter forslaget § 6-1. Forslaget til § 5-1 vil da medføre at de dokumenter som bedriften selv fremskaffer på tilsynets forespørsel, bare kan kreves utlevert som kopi, mens det øvrige beslaget som tilsynet selv finner frem under den samme kontrollen vil kunne beslaglegges i original. Dette blir i praksis lite hensiktsmessig. Når det gjelder viktigheten av å kunne kreve utlevert originaldokumenter, viser Konkurransetilsynet til flertallets begrunnelse i punkt 8.8.5.2 om § 6-1, og Konkurransetilsynets merknader nedenfor til dette punktet.

Utvalget foreslår en hjemmel for Konkurransetilsynet til å anvende lydopptak ved forklaringsopptak.

Konkurransetilsynet anser dette for å være et svært nyttig og viktig hjelpemiddel for å få frem nyanser ved de spørsmål som stilles og ved de svarene som avgis under forklaringsopptak. Bruk av lydopptak vil også trolig medføre en fordel ved at det medgår mindre tid under selve forklaringsopptaket. Fordelen vil etter Konkurransetilsynets oppfatning klart oppveie ulempene som følger av noe øket etterarbeide.

Til punkt 8.8 Bevissikring

Særlig om bevissikring i private hjem

Utvalget foreslår en videreføring av dagens adgang til å foreta bevissikring i private hjem. Etter gjeldende konkurranselov § 6-2 kan Konkurransetilsynet kreve adgang til fast eiendom for å søke etter bevis. Bestemmelsen gir også adgang til bevissikring i private hjem. Utvalget foreslår at adgangen til bevissikring i private hjem presiseres i forslaget § 6-1 bokstav a, men dette er ikke ment å innebære noen realitetsendring i forhold til gjeldende konkurranselov.

Konkurransetilsynet slutter seg til utvalgets forslag og begrunnelse. Det er av stor betydning at tilsynet også etter de nye reglene får adgang til å gjennomføre bevissikringer i private hjem. Det viser seg i praksis at pris- og anbudssamarbeid og andre alvorlige brudd på konkurranseloven ofte er svært vanskelig å oppdage. Det eksisterer normalt lite skriftlige bevis, og i den grad det eksisterer skriftlige bevis er disse ofte vanskelig å finne. Inkriminerende opplysninger i for eksempel notater, opptegninger og elektronisk post oppbevares i stadig større utstrekning utenfor bedriftenes forretningslokaler. Bevisenes art gjør at de lett kan skjules eller ødelegges dersom de berørte får mistanke om at eventuelle lovbrudd er oppdaget. Konkurransetilsynets erfaring fra de siste års større kartellsaker viser at det regelmessig gjøres funn av viktig bevismateriale i private hjem, og at adgangen til

bevissikring i private hjem er et nødvendig og effektivt virkemiddel for å avdekke alvorlig økonomisk kriminalitet.

Konkurransetilsynet etterforsker alvorlig økonomisk kriminalitet og vil ofte ha behov for mer vidtgående kontrollfullmakter enn andre forvaltningsorganer. Dette har også sammenheng med muligheten for å finne bevis for lovbrudd. I Ot.prp. nr. 41 (1992-93) pekes det på at andre myndigheter som oftest søker etter bevis i dokumenter som bedriftene plikter å oppbevare. Det vil i slike tilfeller kunne være straffbart i seg selv å ikke ha disse dokumentene. Slik vil det normalt ikke være i saker om prissamarbeid, anbudssamarbeid eller andre alvorlige brudd på konkurranseloven.

Adgangen til å foreta bevissikring i private hjem etter gjeldende konkurranselov har fungert godt. Konkurransetilsynet er derfor enig med utvalget i at reglene videreføres i forslaget § 6-1. Rettssikkerhetshensyn er ivarettatt ved at Konkurransetilsynet må innhente tingrettens tillatelse til å iverksette bevissikring og ved at den gjennomføres bevissikring hos har rett til å tilkalle advokat. I overensstemmelse med det generelle forvaltningsrettslige prinsippet om forholdsmessighet, må både tingretten og Konkurransetilsynet dessuten påse at en bevissikring ikke vil være et uforholdsmessig inngrep i den konkrete saken. Dette innebærer at det normalt bare er i saker om mer alvorlige lovovertridelser at bevissikring i private hjem vil være aktuelt.

Konkurransetilsynet finner grunn til å nevne at EU nylig har vedtatt en tilsvarende regel om adgang til bevissikring i private hjem i konkurransesaker. Erfaringene i EU er at bevis i alvorlige konkurransesaker i langt større grad enn tidligere oppbevares utenfor bedriften forretningslokaler. Bedriftenes bevissthet på de alvorlige konsekvensene av å bryte konkurransereglene fører dessuten til at det er langt vanskeligere enn tidligere å finne bevis i slike saker. Etter rådsforordning 1/2003 artikkel 21 kan derfor Kommisjonen nå beslutte bevissikring i private hjem dersom det foreligger rimelig mistanke om at det finnes bevis for alvorlige brudd på konkurransereglene der.

Beslaglegging og kopiering

Utvalgets flertall foreslår en videreføring av Konkurransetilsynets adgang til å ta med originaldokumenter ved bevissikring uten at foretaket får beholde en kopi. *Utvalgets mindretall* mener imidlertid at foretak skal ha rett til kopi av alle dokumenter som tilsynet beslaglegger under bevissikringen.

Konkurransetilsynets erfaring med de siste års større kartellsaker tilsier at det er et grunnleggende behov for å ta beslag i originaldokumenter. Bevisene i kartellsaker består ofte av håndskrevne notater, utdrag fra dagbøker med mer. Slike dokumenter er betydelig mindre lesbare i kopiert form. Dessuten kan viktige opplysninger forsvinne under kopieringen, for eksempel blyantskrift som har blitt visket bort og opplysninger om hvorvidt det er benyttet ulike skriveredskaper. Det er av avgjørende betydning for etterforskningen at tilsynet får tilgang til best mulige bevis, også rent teknisk sett. I en senere straffesak vil det også være av vesentlig betydning at bevis ikke kan trekkes i tvil. Originaldokumenter har åpenbart større beviskraft enn kopier.

I merknadene til forslaget § 6-1 heter det at "I det konkrete tilfellet skal Konkurransetilsynet vurdere om det av etterforskningsmessige grunner er behov for å ta med originaldokumentet eller om det er tilstrekkelig med en kopi. I denne sammenheng må det også vurderes om

sakens art eller forholdene ellers tilsier at det vil være et uforholdsmessig inngrep å ta med originaldokumenter”. Konkurransetilsynet antar at krav om en individuell vurdering på dokumentnivå i forhold til hvorvidt det er nødvendig å ta beslag i originalen eller ikke, vil innebære en vesentlig ulempe med hensyn til tidsbruk under bevissikringen, og videre diskusjoner med den kontrollerte bedriften om hva som kan beslaglegges i original.

Utvalgets mindretall går inn for at det kontrollerte foretaket skal få beholde en kopi av alle dokumenter som tilsynet beslaglegger hos vedkommende foretak.

Konkurransetilsynets antar at mindretallets forslag antagelig er basert på et ønske om å gi foretaket innsyn i det materialet Konkurransetilsynet beslaglegger. Innsynsretten bør etter Konkurransetilsynets oppfatning uttømmende reguleres av forslaget § 6-3 første ledd om partsinnsyn. Det vil være til betydelig skade for etterforskningen hvis den kontrollerte bedriften allerede på kontrolltidspunktet får adgang til et fullstendig kopisett av det beslaglagte materialet. Dokumentasjonen er med et slikt system ikke underlagt noen som helst vurdering fra Konkurransetilsynets side med hensyn til hvilke deler av beslaget som det eventuelt kan gis innsyn i. En slik vurdering er det nødvendig å foreta på et langt senere tidspunkt, etter at Konkurransetilsynet har fått oversikt over bevismaterialet, og ofte etter at eventuelle forklaringer er tatt opp av aktuelle personer, jf. drøftelsen som utvalget har foretatt i henhold til spørsmålet om begjæring om partsinnsyn i punkt 8.9.

Konkurransetilsynet mener i tillegg at dersom det kontrollerte foretak gis kopi av de beslaglagte dokumenter, vil man være i stand til å samordne sine forklaringer på de aktuelle forhold med øvrige bedrifter i kartellet. På denne måten svekkes tilsynets muligheter til å opppta umiddelbare forklaringer fra de enkelte deltakerne i kartellet.

Utvalgets forslag til § 6-1 gir Konkurransetilsynet adgang til å forsegle alle forretningslokaler, samt bøker eller forretningspapirer så lenge undersøkelsen varer og dette anses nødvendig.

Konkurransetilsynet støtter dette forslaget, men er i tillegg av den oppfatning at bestemmelsen bør være underlagt en eller annen form for sanksjon dersom forseglingen brytes av andre enn tilsynets folk. Hvis bedriften tar seg til rette og fjerner forseglingen, bør dette være straffbart. Forslagets § 7-3 gir anledning til å straffe den som "...unnlater å etterkomme pålegg etter §§ 5-1 og 6-1,..." En forsegling fra tilsynets side kan muligens anses å være et pålegg. Hensynet til klarhet tilsier at det bør presiseres tydeligere i § 7-3 at brudd på forsegling medfører straffansvar.

Adgang til å ha advokat til stede

Utvalgets flertall foreslår at det inntas i loven en bestemmelse om at den som det gjennomføres bevissikring hos, har rett til å tilkalle advokat og at bevissikringen normalt ikke kan begynne før advokaten er kommet til stedet. *Utvalgets mindretall* foreslår at en bevissikring bør kunne innledes omgående og viser til at en slik regel kan vanskeliggjøre Konkurransetilsynets etterforskning. Mindretallet peker videre på at advokater ikke er tillagt noen særlige oppgaver under en bevissikring; verken under gjeldende lovgivning eller i forslaget til ny lov.

Konkurransetilsynet støtter mindretallet, og er av den oppfatning at det vil innebære en betydelig ulempe for bevissikringen dersom hovedregelen er at tilsynet skal vente på advokat før kontrollen igangsettes. Generelt er det slik i kartellsaker at bevissikringer foretas hos flere

foretak på samme tid. De aktuelle kontrollobjektene oppsøkes på eksakt samme tidspunkt fordi det er avgjørende i forhold til faren for bevisforspillelse at bevissikringen starter samtidig. Dersom man må avvente kontrollstart inntil advokat har ankommet stedet, så vil dette innebære at de ulike kontrollgruppene ikke lenger har den samme mulighet til å iverksette samtidige søk etter bevis. Da vil oppstart av bevissikringen variere fra bedrift til bedrift avhengig av når advokat innfinner seg på de forskjellige kontrollstedene, noe som vil medvirke til å redusere effekten av en koordinert aksjon fra tilsynets side.

I den perioden man venter på advokat vil det videre være en overhengende fare for at beviser går tapt. Foretaket vet at Konkurransetilsynet er på stedet, og har anledning til å vanskeliggjøre den påfølgende bevissikringen ved å fjerne beviser og ved å samtale med aktuelle personer i andre foretak. Tilsynet vil ikke få den nødvendige kontroll over stedet før bevissikringen igangsettes rent fysisk ved søk etter dokumenter og sikring av datautstyr. All erfaring viser dessuten at de innledende fasene under en bevissikring kan ha avgjørende betydning for hvorvidt man lykkes i å fremskaffe de aktuelle bevisene eller ikke. I den forbindelse er det vesentlig å raskt få kontroll over de områder der bevis antas å befinne seg. Diskusjoner med bedriftens ledelse om man kan starte opp umiddelbart, eller eventuelt hvor lenge man kan vente, vil da virke negativt på fremdriften i kontrollen og kan medvirke til at bevismateriale går tapt.

En advokats tilstedeværelse ved bevissikringens start vil ikke kunne påvirke Konkurransetilsynets fremgangsmåte og heller ikke være av særlig betydning for foretaket. Foretakets interesser bør derfor være tilstrekkelig ivaretatt ved at advokat kan tilkalles når Konkurransetilsynet ankommer bedriften og setter i gang bevissikringen. Foretaket har full anledning til å rådføre seg med advokaten per telefon, og det er i slike tilfeller dessuten vanlig at det kontrollerte foretaket oversender rettens beslutning på telefaks til advokaten slik at denne umiddelbart kan forvise seg om grunnlaget for bevissikringen og gi råd om hvorledes foretaket bør forholde seg.

I flertallets forslag til § 6-1 heter det at Konkurransetilsynet likevel kan starte bevissikringen uten å vente på advokat dersom det av hensyn til bevissikringen er nødvendig å begynne uten opphold. Konkurransetilsynet vil understreke at dette unntaksvilkåret normalt vil være oppfylt i saker som gjelder overtredelser av konkurranseloven, fordi et slikt opphold øker faren for bevisforspillelse.

Til punkt 8.8.6 og 8.10 Internasjonalt samarbeid i overtredelsessaker

Utvalget foreslår en ny regel om at Konkurransetilsynet skal ha adgang til å foreta bevissikring for å oppfylle sine avtaleforpliktelser overfor fremmed stat eller internasjonal organisasjon. Det foreslås også en videreføring av bestemmelsen i gjeldende rett om at Konkurransetilsynet for å oppfylle sine avtaleforpliktelser overfor fremmed stat eller internasjonal organisasjon uten hinder av lovbestemt taushetsplikt kan overlevere opplysninger. *Utvalgets mindretall* mener at det i tillegg bør være en adgang til bevissikring på vegne av en fremmed stat uten at det foreligger en folkerettslig bindende avtale, og at bestemmelsen om overlevering av taushetsbelagt informasjon også skal gjelde der det ikke foreligger en avtaleforpliktelse overfor fremmed stat eller organisasjon til slikt samarbeid.

Konkurransetilsynet mener at forslaget om adgang til bevissikring på vegne av konkurransemyndigheter i en annen stat eller internasjonal organisasjon er viktig fordi det vil

innebære en nødvendig styrking av konkurransemyndighetenes etterforskning på tvers av landegrensene. Konkurransetilsynet slutter seg imidlertid ikke til flertallets forslag om at denne adgangen må ha grunnlag i en folkerettslig avtale mellom Norge og den stat som tilsynet skal bistå med bevissikringen. Konkurransetilsynet mener, i likhet med mindretallet i utvalget, at tilsynet bør ha adgang til å foreta bevissikring på vegne av andre konkurransemyndigheter også uten at det på forhånd foreligger en folkerettslig avtale mellom Norge og vedkommende stat eller internasjonal organisasjon om dette. Konkurransetilsynet slutter seg også til mindretallets foreslag om at Konkurransetilsynet kan overlevere taushetsbelagte opplysninger til fremmed stat eller organisasjon uten at det foreligger en bindende folkerettslig avtale om dette.

Konkurransetilsynet anser at slike hjemler vil være avgjørende for at norske konkurransemyndigheter skal kunne samarbeide effektivt med andre stater. Det er nå klart at Norge i alle fall ikke med det første får delta i EUs nettverk for innhenting og utveksling av informasjon mellom konkurransemyndighetene i EU-landene i forbindelse med desentralisert håndheving av EF-traktaten artikkel 81 og 82. Uten en hjemmel til å yte bistand og overlevere opplysninger til andre stater vil Norge måtte inngå traktater om samarbeid i konkurransesaker med hver enkelt stat, også statene innen EU. Så langt har Norge kun inngått samarbeidsavtaler med enkelte andre nordiske stater. Prosessen med å få i stand disse avtalene har vært svært tidkrevende. Det understrekes i den forbindelse at EU-statenes konkurransemyndigheter i tiden fremover først og fremst vil ha fokus på å bygge opp nettverk for innhenting og utveksling av informasjon mellom EU-landene, og at de neppe vil ha noen tilsvarende høy prioritet på å få i stand en avtale med norske konkurransemyndigheter. Det synes videre klart at etableringen av nettverket vil føre til at stadig mindre informasjon vil komme ut til stater som ikke er medlem av EU.

Konkurransetilsynet vil understreke at en hjemmel til bevissikring og overlevering av informasjon i konkurransesaker til annen stats konkurransemyndigheter ikke innebærer noen direkte fordel for norske konkurransemyndigheter. En slik hjemmel vil imidlertid være helt sentral for å fremme samarbeid mellom konkurransemyndighetene, og dermed legge til rette for at norske konkurransemyndigheter får tilgang til tilsvarende bistand fra andre staters konkurransemyndigheter. Samarbeid mellom stater er gjerne fundert på gjensidighet. Tilsynet har i praksis erfart at det er behov for en generell hjemmel til å bistå andre staters konkurransemyndigheter med innhenting av informasjon. Det vises i den forbindelse til Viasat-saken (Sak nr. 01/4607), der det manglet avtale om innhenting av informasjon. Dette medførte at Konkurransetilsynet ikke hadde anledning til å bistå danske konkurransemyndigheter med innhenting av nødvendig informasjon.

Konkurransetilsynet kan ikke se at en direkte hjemmel til å foreta kontroll på vegne av annen stats konkurransemyndigheter vil reise slike betenkeligheter som hevdet av flertallet. Det vises i den forbindelse til forslaget § 1-7 annet ledd om at tilsynet ved utlevering av taushetsbelagt informasjon skal stille som vilkår at opplysningene bare kan formidles videre med samtykke fra Konkurransetilsynet og bare for de formål som samtykket omfatter.

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

På denne bakgrunn vil Konkurransetilsynet anbefale at lovutkastets § 5-1 endres slik at opplysningsplikten også omfatter innhenting av opplysninger på vegne av fremmed stat eller internasjonal organisasjon uten at det foreligger en bindende folkerettslig avtale.

Til punkt 8.11 Unntak fra offentlighetslovens regler

Utvalget foreslår i § 6-2 en bestemmelse om utsatt offentlighet i overtredelsessaker. *Konkurransetilsynet* slutter seg til utvalgets forslag og begrunnelse for dette.

Til punkt 8.9 Partsinnsyn

Utvalgets flertall forslår i § 6-3 første ledd at partene på begjæring skal gis innsyn i sakens dokumenter så lenge innsyn ikke er til skade for eller fare for etterforskningen eller tredjemenn. Et *mindretall* av utvalget foreslår en tilføyelse i loven om at dersom Konkurransetilsynet vurderer å anmelde saken gjelder ikke partsinnsynet før saken er oversendt politiet.

Konkurransetilsynet støtter mindretallets forslag og begrunnelse. Det er viktig at retten til partsinnsyn kan utsettes i saker som forventes å bli anmeldt. Innsyn kan skade politiets videre etterforskning. Dersom partene gis innsyn før en sak anmeldes, vil påtalemyndighetens adgang til å vurdere spørsmålet om innsynsrett i praksis være verdiløs. Konkurransetilsynet anser derfor at det i slike saker er hensiktsmessig at spørsmålet om innsyn avgjøres av påtalemyndigheten etter gjeldende straffeprosessuelle regler. "Forventes" betyr ikke nødvendigvis at spørsmålet om anmeldelse er avgjort.

Utvalget foreslår en ny regel i § 6-3 første ledd som gjør unntak fra innsynsretten der innsyn ikke vil kunne gis "uten skade eller fare for etterforskningens øyemed eller for tredjemann".

Konkurransetilsynet vil understreke at overtredelsessaker ofte er svært komplekse og at bevisene i slike saker normalt er sammensatte og uoversiktlige. Det vil derfor ofte være vanskelig å foreta en forsvarlig vurdering av innsynsbegjæringer på et tidlig stadium i saken. Faren for å gjøre feil og gi innsyn i opplysninger som vil skade etterforskningen, er spesielt stor på et tidlige stadium i saken. Arbeid med å vurdere innsynsbegjæringer vil bli krevende og forlenge saksbehandlingstiden på etterforskningsstadiet.

Konkurransetilsynet vil derfor foreslå at § 6-3 første ledd ikke kommer til anvendelse før det er gått en viss tid fra en bevissikring er foretatt. En slik frist må lovfestes og bør ikke settes kortere enn tre måneder. Dette vil gi tilsynet mulighet til å få en viss oversikt over innholdet og betydningen av sakens dokumenter, før spørsmålet om innsyn må vurderes. Overskuddsinformasjon vil også regelmessig kunne skilles ut i løpet av en slik periode. På et tidlig tidspunkt av en sak vil det være krevende å vurdere begjæringer om innsyn. Slike begjæringer vil måtte behandles av de etterforskerne som kjenner saken best, og dermed gå ut over etterforskningsarbeidet og fremdriften i saken. Det vil også være negativt for de berørte virksomheter at saksbehandling trekker ut. Dersom helt eller delvis avslag på begjæringer om innsyn bringes inn for retten, vil dette også legge beslag på store ressurser i en innledende fase, både i tilsynet, domstolene og hos de berørte virksomhetene. Et utsatt partsinnsyn i minimum tre måneder, vil gi tilsynet et bedre grunnlag for å vurdere om innsyn kan skade etterforskningen. Utsatt partsinnsyn vil også gi bedre mulighet for å ta stilling til om saken er av en slik karakter at oversendelse til påtalemyndigheten kan forventes, jf. mindretallets forslag om utsatt partsinnsyn inntil saken er oversendt politiet.

I praksis vil lovens unntak normalt være oppfylt i alle fall i de første tre månedene etter en bevissikring. Lovens unntak vil derfor i praksis bli en hovedregel, noe som tilsier at bestemmelsen bør tilpasses dette. Selv om partsinnsyn utsettes i en innledende fase av etterforskningen, er det ikke en presumsjon for at partsinnsyn deretter ikke kan være til skade for etterforskningen. Skaden må vurderes konkret i forhold til den enkelte begjæringen om partsinnsyn.

VIII Privatrettslige virkninger

Til punkt 9.2 og 9.3 Erstatning og ugyldighet

Utvalget har vurdert om det i tillegg til de alminnelige erstatningsbestemmelsene også bør innføres særlige erstatningsregler i den nye konkurranseloven, og om reglene om erstatning bør lovfestes. *Utvalget* har kommet til at dette bør utredes nærmere. *Konkurransetilsynet* er enig i at behovet for særlige erstatningsregler i konkurranseloven bør utredes nærmere.

Utvalget foreslår at bestemmelsen i den gjeldende konkurranseloven om ugyldighetsvirkninger ved konkurransebegrensende samarbeid videreføres i § 3-1 annet ledd. *Utvalget* uttaler at ugyldighetsvirkninger ved overtredelser av § 3-2 best løses i praksis gjennom en kombinasjon av konkurranserettslige og avtalerettslig regler, og foreslår derfor ingen slike bestemmelser i konkurranseloven. *Konkurransetilsynet* har ingen bemerkninger til dette.

Til punkt 9.5 Konkurransetilsynets rolle ved private søksmål

Utvalget mener at forslaget til ny konkurranselov vil legge bedre til rette for privat håndhevelse av flere typer konkurransebegrensende atferd. Dette antas å føre til at antall begjæring om innsyn i Konkurransetilsynets dokumenter for bruk i private søksmål vil øke. *Utvalget* foreslår en bestemmelse om innsynsrett i § 6-3 annet ledd. Kretsen av de som skal ha rett til innsyn i sakens dokumenter er begrenset til de med rettslig interesse. Ved vurderingen av om rettslig interesse foreligger skal tvistemålslovens forståelse legges til grunn. *Utvalget* uttaler at det vil være særlig aktuelt å gi innsyn der opplysningene skal benyttes eller vurderes benyttet i et privat søksmål. Innsyn i opplysninger undergitt lovbestemt taushetsplikt er betinget av at innsyn ikke vil virke urimelig overfor den opplysningene angår.

Konkurransetilsynet vil påpeke at § 6-3 første ledd bestemmer at forvaltningsloven § 19 om innskrenket adgang til visse opplysninger, blant annet for forretningshemmeligheter, gjelder tilsvarende for partenes innsynsrett i overtredelsessaker. § 6-3 andre ledd om innsynsrett for personer med rettslig interesse inneholder ikke noen slik henvisning, men forutsetter at det bare kan gis innsyn i opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt hvor dette ikke vil virke urimelig overfor den opplysningene angår. Det kan således etter ordlyden se ut som om innsynsretten for personer med rettslig interesse er videre enn innsynsretten for partene.

På denne bakgrunn kan det reises spørsmål ved om bestemmelsen i § 6-3 første ledd er unødvendig i tillegg til bestemmelsen i annet ledd. Etter ordlyden i annet ledd kan nemlig ”enhver med rettslig interesse” kreve innsyn etter bestemmelsen, noe som også omfatter sakens parter. Betydningen av første ledd er i så fall ikke annet enn at en part som nektes

innsyn etter denne bestemmelsen kan bringe spørsmålet inn for retten, mens avslag på begjæring om innsyn etter annet ledd eventuelt må påklages til departementet.

Dersom utvalget har ment at innsynsretten for andre med rettslig interesse skal gå lenger enn for parter, bør dette imidlertid presiseres i § 6-3 annet ledd, for eksempel slik: ”Enhver *annen* med rettslig interesse kan kreve innsyn i sakens dokumenter.”

Innsynsretten etter annet ledd omfatter også opplysninger som er undergitt lovbestemt taushetsplikt, dersom innsyn ikke vil virke urimelig overfor den opplysningene angår. For å unngå uklarhet om innsynsrettens utstrekning bør det presiseres nærmere i forarbeidene hvilken type taushetsbelagte opplysninger det kan gis innsyn i på grunnlag av forslaget § 6-3 annet ledd.

Konkurransetilsynet støtter forslaget om at den opplysningene gjelder skal varsles og gis en frist til å uttale seg når det blir begjært innsyn i taushetsbelagte opplysninger, dersom ikke hensynet til vesentlige offentlige eller private interesser taler mot en utsettelse. Dette er en regel som er viktig av hensyn til å bevare det nødvendige tillitsforhold mellom aktører som gir opplysninger og Konkurransetilsynet.

Konkurransetilsynet vil endelig vise til sitt forslag om utsatt partsinnsyn under merknadene til punkt 8.9 ovenfor, og foreslår at den samme regelen må gjelde også for innsyn fra tredjeparter med rettslig interesse etter § 6-3 annet ledd.

IX Vernetting

Til kapittel 10 Tvunget vernetting

Utvalget foreslår at Oslo tingrett skal være tvunget vernetting for søksmål om lovmessigheten av avgjørelser truffet i medhold av konkurranseloven og søksmål angående sivilrettslige bøter etter § 7-2. Begjæring om bevissikring skal etter utvalgets forslag fremdeles fremsettes for den domstol som anses mest hensiktsmessig. Utvalget begrunner regelen om tvunget vernetting med at både de rettslige og faktiske sidene av konkurransesaker ofte vil være komplekse. Utvalget antar at forslaget vil kunne bidra til å sikre en enhetlig rettsanvendelse og kompetanseoppbygging ved domstolen. Det foreslås ingen regler om særlig vernetting ved privatrettslige søksmål og straffesaker.

Konkurransetilsynet støtter utvalgets forslag. Uten regelen om tvunget vernetting bestemmes vernettinget av det saksøktes foretakets forretningssted. I konkurransesaker vil det kunne være flere involverte foretak med ulike vernetting, noe som ville bety at tilsynet måtte reise sak ved flere domstoler. Selv om forslaget betyr at aktører som saksøkes utenfor sin egen rettskrets kan få betydelige ekstrakostnader, anser utvalget at hensynene som taler for tvunget vernetting er tungtveiende. Konkurransetilsynet er enig med utvalget om at store deler av konkurranseretten er svært vanskelig tilgjengelig, men legger til grunn at alle norske domstoler i utgangspunktet har eller kan skaffe seg tilstrekkelig kompetanse til å treffe avgjørelser i konkurranserettssaker. Det vil imidlertid være svært ressurskrevende for samfunnet at tilsynet i kartellsaker undertiden må saksøke involverte parter ved ulike vernetting. Oslo tingrett er alminnelig vernetting for staten, og de fleste store foretak holder til på Østlandet. Oslo tingrett er derfor etter tilsynets oppfatning et naturlig valg av tvunget vernetting.

X Administrative og økonomiske konsekvenser

Utvalget har vurdert administrative og økonomiske konsekvenser av lovforslaget ut i fra en fortsatt lokalisering av tilsynet i Oslo. *Konkurransetilsynet* har intet å bemerke til denne konsekvensutredningen ut over å bemerke at utredningen synes å ta rimelige hensyn til den usikkerhet som foreligger når det gjelder fremtidig sakstilfang under det endrede systemet i forslaget til ny konkurranselov.

Det er imidlertid nå endelig besluttet at tilsynet skal lokaliseres i Bergen og det vil dermed kunne påregnes konsekvenser ut over det som er utredet av utvalget. Tilsynet har tidligere orientert departementet om slike konsekvenser, og finner det her riktig å igjen nevne de varige konsekvenser som følger av valget av lokaliseringssted. Konsekvenser som kan knyttes til selve flyttingen og omstillingen av ansatte anses ikke som relevante i denne sammenheng.

Varig økte kostnader som følge av lokalisering i Bergen vil være en følge av økt geografisk avstand til tilsynsobjekter, saksparter, internasjonale fora, samt departementene og andre statsetater m.m.. Utredningen "*Samfunnsøkonomiske og statsfinansielle virkninger av å flytte Konkurransetilsynet*" (T. Ambjørnsen m.fl., 19. november 2002) anses fortsatt å gi en realistisk vurdering av de nevnte kostnader (se nevnte utredning avsnitt 3.3). Økte utgifter til reise og opphold ved etterforskning vil gi en årlig merkostnad på ca. 4 millioner kroner samt et mertidsforbruk på 2 årsverk. For andre interne reisekostnader beregnes merkostnaden å bli vel 0,4 millioner kroner. Tilsynsobjekter og andre private aktører anslås å få årlige merkostnader til reise og tidsbruk på ca. 4,8 millioner kroner.

XI EØS-rettslige spørsmål

Til høringsbrevet punkt 4.2 Håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54

Innledning

Departementet har i høringsbrevet bedt høringsinstansene om å vurdere hvorvidt norske konkurransemyndigheter skal gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 (desentralisert håndheving). I denne forbindelse bes høringsinstansene særlig vurdere i hvilken grad håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 vil gi en selvstendig fordel, når forbudsbestemmelsene i den nye loven uansett vil bli utformet etter og tolket på bakgrunn av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 av 16. desember 2002 om gjennomføring av konkurransereglene i traktatens artikkel 81 og 82 (forordningen) erstatter rådsforordning 17/62. Forordningen avskaffer notifikasjonsordningen og opphever Kommisjonens enerett til å anvende EF-traktaten artikkel 81(3). Dette medfører at EF-traktaten artikkel 81(3) gjøres om til et lovbasert unntak, og nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler gis kompetanse til å håndheve EF-traktaten artikkel 81 og 82 fullt ut. Forordningen innfører således desentralisert håndheving for EF-traktaten artikkel 81 og 82.

Forordningen er EØS-relevant, men Kommisjonen har fastslått at det ikke er aktuelt å innføre tilsvarende desentralisert håndheving for nasjonale konkurransemyndigheter i EUs medlemsstater når det gjelder EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Konkurransetilsynet legger

derfor i det følgende til grunn at det ikke vil bli desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 på EØS-nivå. Nasjonale konkurransemyndigheter i EØS EFTA-statene vil derfor ikke være EØS-rettslig forpliktet til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Konkurransetilsynet legger til grunn at EØS-avtalen ikke er til hinder for at EØS EFTA-statene på egenhånd kan vedta at nasjonale konkurransemyndigheter kan håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 selv om dette systemet ikke innføres av EØS-statene i fellesskap på EØS-nivå. Det kan derfor i prinsippet innføres desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 på EFTA-nivå. Dette kan eventuelt nedfelles i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA). Dersom slik desentralisert håndheving for EØS-avtalen artikkel 53 og 54 gjennomføres på EFTA-nivå gjennom endringer i ODA, vil EØS EFTA-statene være forpliktet til å gjennomføre dette i nasjonal rett. På nåværende stadium er det ikke avklart hvorvidt det skal innføres slik desentralisert håndheving på EFTA-nivå. Dette spørsmålet er heller ikke nærmere behandlet i høringsbrevet. I det følgende tar Konkurransetilsynet derfor utgangspunkt i at EØS EFTA-statene ikke beslutter å innta en slik forpliktelse i ODA.

Uavhengig av om nasjonale konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen eller i ODA, kan det på nasjonalt nivå vedtas å gi nasjonale konkurransemyndigheter slik kompetanse. Utvalget konkluderte i NOU 2001: 18 Delinnstilling om endringer i konkurranselovgivningen (delinnstillingen) med at Konkurransetilsynet burde få kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. En viktig del av utvalgets begrunnelse var at forordningen skulle inntas i EØS-avtalen og at norske konkurransemyndigheter derfor ville bli forpliktet i medhold av EØS-avtalen til å håndheve disse bestemmelsene. I utredningen går ikke utvalget konkret inn på hvilken betydning det har for utvalgets anbefaling i delinnstillingen at det ikke vil foreligge en EØS-rettslig forpliktelse for nasjonale konkurransemyndigheter til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Utvalget peker imidlertid på at en rekke av de øvrige momenter utvalget bygget på i delinnstillingen fortsatt er relevante. For det tilfelle at Konkurransetilsynet skal gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, er det derfor foreslått inntatt en hjemmel i lovutkastet § 2-2 bokstav d. En slik kompetanse må eventuelt også reflekteres i andre bestemmelser i den nye konkurranseloven. Utvalget har derfor foreslått inntatt bestemmelser som reflekterer dette i lovutkastet §§ 6-1 siste ledd og 7-2 første ledd bokstav c.

Konkurransetilsynet legger til grunn at desentralisert håndheving i praksis vil medføre at de forpliktelser som i henhold til forordningen påligger nasjonale konkurransemyndigheter ved deres anvendelse av nasjonal rett og EF-traktaten artikkel 81 og 82 også vil måtte gjennomføres tilsvarende for norske konkurransemyndigheters anvendelse av nasjonal rett og EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Flere av disse forpliktelsene går betydelig lenger enn det som følger av EØS-retten i dag.

Konkurransetilsynet vil i det følgende foreta en vurdering av om Norge på selvstendig grunnlag bør gi norske konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Betydningen av at det ikke innføres desentralisert håndheving på EØS-nivå

Konkurransetilsynet har vært positiv til desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 på EØS-nivå, jf. Konkurransetilsynets høringsuttalelse til delinnstillingen. Dette ville presumptivt bidratt til å sikre en ensartet og effektiv håndheving av konkurransereglene i

EØS, samt bidratt til ensartede konkurransevilkår for foretak i EØS. Desentralisert håndheving på EØS-nivå ville også medført deltakelse for EØS EFTA-statene i det planlagte nettverket for informasjonsutveksling mellom konkurransemyndighetene i EU (European Competition Network, ECN). Konkurransetilsynet har ansett deltakelse i ECN som et viktig virkemiddel for å sikre en ensartet anvendelse og effektiv håndheving av EØS-konkurransereglene i forbindelse med desentralisert håndheving.

Ettersom desentralisert håndheving av EØS-konkurransereglene ikke vil bli innført på EØS-nivå, vil systemet for håndhevingen av konkurransereglene i EØS være annerledes enn systemet for håndhevingen av konkurransereglene i EU. Det vil ikke foreligge ensartet desentralisert håndheving for EØS-avtalen artikkel 53 og 54 på EØS-nivå. En følge av dette er at konkurransemyndighetene i EØS EFTA-statene ikke vil få tilgang til ECN. De fordelene som ville fulgt av desentralisert håndheving på EØS-nivå, gjør seg derfor ikke gjeldende i tilsvarende grad. Det er derfor ikke gitt at Norge på selvstendig grunnlag bør innføre desentralisert håndheving av EØS-konkurransereglene i Norge.

Det kan tenkes at dersom EØS EFTA-statene etablerer et system for desentralisert håndheving av EØS-konkurransereglene som gjenspeiler det nye systemet for desentralisert håndheving av EU-konkurransereglene i EU, vil det i fremtiden kunne være enklere å få til et felles system for desentralisert håndheving i hele EØS. Etableringen av et slikt system for EØS EFTA-statene vil også kunne brukes som et argument for at EØS EFTA-statene i fremtiden må få tilgang til ECN. Slik situasjonen er i dag, er det imidlertid høyst tvilsomt om Kommisjonen på et senere stadium vil åpne for desentralisert håndheving av EØS-konkurransereglene på EØS-nivå. Kommisjonen har dessuten kategorisk avvist at EØS EFTA-statene skal kunne delta i ECN. Dette tilsier at muligheten for fremtidig desentralisert håndheving på EØS-nivå ikke bør være et tungtveiende moment ved vurderingen av hvorvidt Norge på selvstendig grunnlag bør gi norske konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i Norge. Dersom norske konkurransemyndigheter skal gis slik kompetanse, bør dette være fordi andre viktige forhold gjør slik desentralisert håndheving ønskelig.

Om desentralisert håndheving er en fordel for norske konkurransemyndigheter

Konkurransetilsynet ønsker en virksom konkurranse på norsk territorium. For å kunne legge til rette for dette trenger tilsynet nødvendige håndhevingshjelm.

Dersom kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 fører til at norske konkurransemyndigheter kan behandle konkurransesaker som ikke kunne blitt behandlet effektivt etter den norske konkurranseloven, vil en slik desentralisert håndheving i prinsippet være fordelaktig. Det avgjørende er derfor om en kompetanse for norske konkurransemyndigheter til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i større grad vil legge til rette for virksom konkurranse på norsk territorium enn dersom norske konkurransemyndigheter utelukkende kan håndheve den norske konkurranseloven. Dersom EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og den norske konkurranseloven i det vesentlige rammer samme type atferd vil desentralisert håndheving i praksis ha liten selvstendig håndhevingsmessig betydning.

Forslaget til ny konkurranselov §§ 3-1 og 3-2 er utformet etter mønster av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Reglens ordlyd er tilnærmet identiske og praksis fra EF-domstolen og EFTA-domstolen vil være viktige faktorer ved tolkningen av atferdsreglene i

konkurranseloven. I tillegg vil forrangprinsippet nedfelt i EØS-loven § 2 og lojalitetsplikten i EØS-avtalen artikkel 3 legge visse føringer på anvendelsen av §§ 3-1 og 3-2.

Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at forslaget §§ 3-1 og 3-2 og EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i det vesentlige vil ramme samme type atferd.

Konkurransetilsynet antar derfor at en kompetanse for nasjonale konkurransemyndigheter til å anvende EØS-avtalen artikkel 53 eller 54 vil ha liten selvstendig håndhevingsmessig betydning i praksis.

Desentralisert håndheving og norsk konkurranselovgivning

Forordningens artikkel 3 regulerer forholdet mellom EF-traktaten artikkel 81 og 82 og medlemsstatenes nasjonale konkurranserett. Artikkel 3(1) pålegger medlemsstatenes konkurransemyndigheter og domstoler å anvende EF-traktaten artikkel 81 og 82 dersom disse er anvendelige. Artikkel 3(2) fastsetter at anvendelsen av nasjonal konkurranserett ikke må føre til forbud mot atferd som ikke ville være forbudt etter EF-traktaten artikkel 81(1).

Forordningen artikkel 3 skal bidra til å sikre effektiv og enhetlig anvendelse av EF-traktaten artikkel 81 og 82 ved desentralisert håndheving. Ettersom det ikke skal innføres desentralisert håndheving på EØS-nivå, legger Konkurransetilsynet til grunn at en bestemmelse tilsvarende forordningen artikkel 3 ikke tas inn i EØS-avtalen. Dersom det innføres desentralisert håndheving på EFTA-nivå, antar imidlertid Konkurransetilsynet at en bestemmelse tilsvarende forordningen artikkel 3 tas inn i ODA, og gjennomføres i norsk intern rett. Konkurransetilsynet ser at dette i praksis kan bli tilfelle dersom Norge på selvstendig grunnlag gir norske konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Forrangprinsippet i EØS-loven § 2 og lojalitetsplikten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3 legger visse føringer på anvendelsen av nasjonal rett. Forordningen artikkel 3 går imidlertid lenger enn det som følger av EØS-retten. Å gi norske konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, kan derfor føre til at det legges ytterligere begrensninger på anvendelsen av nasjonal konkurranserett. Slike begrensninger ville også gjort seg gjeldende dersom Norge var EØS-rettslig forpliktet til gi konkurransemyndighetene kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, men da ville Norge også hatt fordelene ved et felles system med desentralisert håndheving på EØS-nivå.

Ettersom bestemmelsene i §§ 3-1 og 3-2 i den nye konkurranseloven er utformet etter mønster av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og praksis om sistnevnte bestemmelser legges til grunn ved tolkningen av de førstnevnte bestemmelsene, må det antas at innholdet i disse bestemmelsene vil være tilnærmet identiske. I praksis vil en bestemmelse tilsvarende forordningen artikkel 3(2) ha begrenset betydning. Avhengig av innholdet i de øvrige delene av den nye konkurranseloven kan det likevel tenkes tilfeller hvor en slik bestemmelse vil innebære begrensninger for anvendelsen av konkurranseloven som ikke er hensiktsmessige. Dersom det for eksempel i medhold av den nye konkurranseloven vedtas en egen hjemmel for å gripe inn mot konkurranseskadelig atferd som ikke omfattes av forbudsbestemmelsene i §§ 3-1 og 3-2, vil en bestemmelse som forordningen artikkel 3(2) gjøre at denne inngrepshjemmelen ikke kan anvendes i tilfeller hvor samhandelen mellom EØS-statene påvirkes.

Konkurransetilsynet antar derfor at en kompetanse for norske konkurransemyndigheter til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i praksis kan legge begrensninger på anvendelsen av

konkurranseloven utover det som følger av EØS-retten. Dette kan føre til en mindre restriktiv nasjonal konkurranselovgivning enn dersom norske konkurransemyndigheter ikke gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Desentralisert håndheving og norske saksbehandlingsregler

EØS-avtalen artikkel 53 og 54 kan i utgangspunktet håndheves av nasjonale konkurransemyndigheter i henhold til nasjonale saksbehandlingsregler. Disse bestemmelsene må imidlertid anvendes i overensstemmelse med grunnleggende prinsipper i EØS-retten.

Dersom norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, og særlig dersom disse myndighetene får en plikt til å anvende bestemmelsene tilsvarende forordningen artikkel 3(1), vil det ikke være hensiktsmessig å la nasjonale konkurranseregler og EØS-konkurransereglene håndheves i henhold til ulike saksbehandlingsregler. Dersom ett sett saksbehandlingsregler skal gjelde for begge disse regelsettene, må dette utformes i overensstemmelse med EØS-rettens grunnprinsipper.

Saksbehandlingsreglene som foreslås av utvalget er i stor grad i overensstemmelse med grunnprinsippene i EØS-retten, og bestemmelsene reflekterer også til en viss grad saksbehandlingsreglene i forordningen. Det kan imidlertid ikke utelukkes at desentralisert håndheving kan påvirke innholdet i saksbehandlingsreglene. Et eksempel på dette er reglene om selvinkrimineringsvern for foretak. Selvinkrimineringsvernet for foretak er et grunnprinsipp i EØS-retten. Etter gjeldende norske konkurranselovgivning finnes ikke et tilsvarende vern for foretak. Utvalgets flertall har likevel gått inn for et slikt selvinkrimineringsvern i den nye konkurranseloven. Dersom dette opprettholdes i den nye loven, vil det således ikke være av betydning i denne forbindelse hvorvidt norske konkurransemyndigheter håndhever EØS-avtalen artikkel 53 og 54 sammen med den nye konkurranseloven. Utvalgets mindretall har foreslått at det ikke nedfelles et slikt selvinkrimineringsvern for foretak i den nye konkurranseloven. I så fall vil et foretaks selvinkrimineringsvern være avhengig av hvorvidt det er konkurranselovens regler eller EØS-konkurransereglene som anvendes. I saker der EØS-konkurransereglene anvendes alene eller sammen med de norske konkurransereglene vil konkurransemyndighetene måtte legge til grunn et selvinkrimineringsvern overfor foretak.

Konkurransetilsynet antar derfor at en kompetanse for norske konkurransemyndigheter til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 kan medføre en uønsket påvirkning av innholdet i norske saksbehandlingsregler i saker etter konkurranseloven.

Desentralisert håndheving og norske sanksjonsregler

Så lenge nasjonale sanksjonsregler ikke er i strid med EØS-rettens grunnleggende prinsipper, kan disse anvendes ved håndhevingen av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Sanksjonsreglene etter EØS-retten og sanksjonsreglene i forslaget til ny konkurranselov er i stor grad sammenfallende. Det finnes imidlertid visse ulikheter. En viktig forskjell er at det i forslaget til ny konkurranselov legges opp til at også personer skal kunne straffes for overtredelse av loven, mens sanksjonene i EØS-retten bare er rettet mot foretak.

Dersom norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, og særlig dersom disse myndighetene får en plikt til å anvende disse bestemmelsene tilsvarende forordningen artikkel 3(1), vil det ikke være hensiktsmessig å ha ulike

sanksjonsbestemmelser for overtredelse av henholdsvis konkurranseloven og EØS-konkurransereglene. Dersom det skal utarbeides felles sanksjonsregler for begge disse regelsettene, må dette være i overensstemmelse med EØS-rettens grunnleggende prinsipper.

På denne bakgrunn kan en kompetanse for norske konkurransemyndigheter til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 være av betydning for utformingen og anvendelsen av nasjonale sanksjonsregler.

Desentralisert håndheving og norske konkurransemyndigheters kompetanse

Dersom norske konkurransemyndigheter får kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, vil dette bety en utvidet kompetanse for disse myndighetene. Spørsmålet er om en slik kompetanse samtidig fører til at norske konkurransemyndigheter vil måtte avstå kompetanse i saker.

Forordningen artikkel 11(6) fastslår at medlemsstatenes konkurransemyndigheter mister kompetanse til å anvende EF-traktaten artikkel 81 og 82 dersom Kommisjonen, eventuelt etter konsultasjon med nasjonale konkurransemyndigheter, tar en sak opp til behandling. Bestemmelsen berører imidlertid ikke nasjonale konkurransemyndigheters kompetanse til å behandle saker i henhold til nasjonal konkurranselovgivning. Det antas imidlertid at nasjonale konkurransemyndigheter i praksis ofte vil avstå fra å foreta en parallell behandling av samme sak etter nasjonal konkurranselovgivning. Dette er imidlertid også situasjonen i dagens system, og vil derfor ikke følge spesielt av forordningen artikkel 11(6).

Konkurransetilsynet legger til grunn at forordningen artikkel 11(6) vil måtte gjennomføres tilsvarende i norsk rett dersom norske konkurransemyndigheter skal håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. En lignende EØS-tilpasset bestemmelse er i dag inntatt i artikkel 9 i Protokoll 4 til ODA, gjennomført i norsk rett i forskrift av 4. desember 1992 nr. 966 om prosessuelle konkurranseregler i EØS-avtalen m.v. del I kapittel II artikkel 9. At forordningen artikkel 11(6) eventuelt må inntas i norsk rett som følge av desentralisert håndheving, antas imidlertid ikke å ha vesentlig betydning i praksis for Konkurransetilsynets kompetanse til å behandle saker, ettersom dette ikke direkte regulerer anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning.

På denne bakgrunn synes det ikke å være av vesentlig betydning for Konkurransetilsynets kompetanse til å behandle saker om norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. I praksis vil det imidlertid kunne oppstå tilfeller hvor EFTAs overvåkningsorgan vil overta viktige og omfattende saker som norske myndigheter har til behandling. EFTAs overvåkningsorgan skal sikre at EØS-avtalen virker etter sin hensikt og ved desentralisert håndheving av EØS-konkurransereglene vil EFTAs overvåkningsorgan antakelig ha en langt sterkere interesse av å involvere seg i saker som behandles av norske myndigheter. Det kan derfor tenkes at flere av de konkurransesakene som i dag behandles av norske myndigheter etter gjeldende konkurranselov vil bli behandlet av EFTAs overvåkningsorgan i et fremtidig system med desentralisert håndheving. Det er usikkert om, og i tilfelle hvordan, dette vil virke inn på håndteringen av konkurransesaker med virkning i Norge.

Praktiske konsekvenser av desentralisert håndheving

Dersom norske konkurransemyndigheter blir forpliktet til å anvende EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i saker etter nasjonal rett som også rammes av disse bestemmelsene, jf. forordningen artikkel 3(1), vil dette medføre at Konkurransetilsynet må anvende EØS-konkurransereglene i en rekke saker. Anvendelse av to regelsett vil i prinsippet kunne komplisere tilsynets saksbehandling og gjøre den mer tidkrevende. Atferdsbestemmelsene i den nye konkurranseloven og EØS-avtalen vil imidlertid langt på vei være sammenfallende, noe som vil forenkle håndhevelsen av disse to regelsett betydelig.

Hensynet til næringslivet

Det fremheves i delinnstillingen at det vil være fordelaktig for foretak å kun forholde seg til ett tilsynsorgan som håndhever både nasjonale bestemmelser og EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Konkurransetilsynet er i prinsippet enig i dette. Tilsynet antar imidlertid at avskaffelsen av notifikasjonssystemet og en overgang til lovbestemte unntak i EØS-retten vil føre til at foretakene i mindre grad vil måtte forholde seg til overvåkningsorganene. En overgang til norske konkurranseregler harmonisert med EØS-konkurransereglene antas uansett å gjøre det langt enklere for foretakene å forholde seg til to regelsett og to tilsynsorganer. Konkurransetilsynet kan derfor ikke se at dette er et avgjørende argument for å gi norske konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Konklusjon

Konkurransetilsynet antar at kompetanse for norske konkurransemyndigheter til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 neppe vil medføre en selvstendig håndhevingsmessig fordel, ettersom forbudsbestemmelsene i den nye konkurranseloven utformes etter og tolkes på bakgrunn av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Så lenge det ikke innføres desentralisert håndheving på EØS-nivå, vil en slik kompetanse for norske konkurransemyndigheter heller ikke medføre andre fordeler av betydning.

Desentralisert håndheving for norske konkurransemyndigheter kan medføre at det legges visse føringer på anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning, samt på anvendelsen og utformingen av nasjonale saksbehandlings- og sanksjonsregler. Disse føringene kan føre til en mindre restriktiv konkurranselovgivning enn det som vil være tilfelle dersom det ikke innføres desentralisert håndheving. Desentralisert håndheving vil også kunne innebære at håndteringen av viktige og betydningsfulle konkurransesaker i praksis overføres fra norske myndigheter til EFTAs overvåkningsorgan.

Konkurransetilsynet vil derfor anbefale at Norge ikke på selvstendig grunnlag gir norske konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Til høringsbrevet punkt 4.3 Konkurranseloven og EØS-konkurransereglene

Departementet ber i høringsbrevet om høringsinstansenes syn på hvorvidt det skal inntas en bestemmelse i den nye konkurranseloven som regulerer forholdet mellom konkurranseloven og konkurransereglene i EØS-avtalen.

Konkurransetilsynet vil bemerke at forrangprinsippet i EØS-loven § 2 og lojalitetsplikten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3 legger visse begrensninger på anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning. Innføringen av en bestemmelse i den nye konkurranseloven om forholdet mellom konkurranseloven og EØS-konkurransereglene kan gjøre omfanget av disse begrensningene klarere og lettere tilgjengelig, og kan således bidra til å skape større grad av forutberegnelighet både for næringsdrivende og konkurransemyndighetene. Behovet for å skape større klarhet i en usikker rettstilstand var for øvrig bakgrunnen for bestemmelsen i gjeldende konkurranselov § 1-7, jf. Ot.prp. nr. 97 (1998-1999) punkt 4.2.3.

Konkurransetilsynet antar at den nye konkurranseloven bør inneholde en bestemmelse som regulerer forholdet mellom konkurranseloven og konkurransereglene i EØS-avtalen. En slik bestemmelse bør imidlertid ikke gjøre større innskrenkninger i anvendelsen av konkurranseloven enn det som antas å følge av EØS-retten.

Forordningens artikkel 3 regulerer forholdet mellom EF-traktaten artikkel 81 og 82 og medlemsstatenes nasjonale konkurranserett. Som redegjort for ovenfor, vil en bestemmelse som tilsvarer forordningen artikkel 3 gå lenger enn det som allerede følger av prinsippene om forrang og lojalitet i EØS-retten. Hvis en tilsvarende bestemmelse ikke inntas i EØS-avtalen eller i ODA, bør en slik bestemmelse derfor heller ikke gjennomføres i den nye konkurranseloven eller i EØS-konkurranseloven.

Dersom desentralisert håndheving ikke innføres på EØS- eller EFTA-nivå, men Norge mot formodning likevel gir norske konkurransemyndigheter kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, legger Konkurransetilsynet til grunn at det ikke vil foreligge noen forpliktelse til å gjennomføre en bestemmelse tilsvarende forordningen artikkel 3 i norsk rett. Konkurransetilsynet legger også til grunn at det heller ikke er nødvendig med en slik bestemmelse i norsk rett for å sikre effektiv og enhetlig anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. En ny konkurranselov med atferdsregler etter mønster av EØS-konkurransereglene vil sikre virksom konkurranse på norsk territorium, og det vil ikke være av vesentlig konkurransemessig betydning hvorvidt det er konkurranseloven eller EØS-avtalen artikkel 53 eller 54 som anvendes i en konkret sak. Prinsippene om forrang og lojalitet i EØS-avtalen vil i tilstrekkelig grad sikre enhetlig anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Det vises forøvrig til det som er sagt om forordningen artikkel 3 ovenfor under kommentarene til høringsbrevet punkt 4.2, særlig om begrensningene i adgangen til å anvende en bestemmelse som gir grunnlag for å gripe inn mot konkurranseskadelig atferd som ikke omfattes av forbudsbestemmelsene i §§ 3-1 og 3-2.

Konkurransetilsynet anbefaler på denne bakgrunn å videreføre en bestemmelse i den nye konkurranseloven som regulerer forholdet mellom konkurranseloven og EØS-konkurranseloven. Bestemmelsen bør ikke gå lenger enn det som følger av EØS-retten, og bør derfor ikke utformes etter forordningen artikkel 3. Dette gjelder selv om norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Til høringsbrevet punkt 4.4 Domstolenes prøving av beslutninger om bevissikring

Departementet ber i høringsbrevet om at høringsinstansene tar stilling til om det bør vedtas en lovbestemmelse om domstolenes prøving av beslutninger om bevissikring som innholdsmessig tilsvarer forordningens artikkel 20 nr. 7, jf. nr. 8 og artikkel 21 nr. 3. Videre ber departementet om at høringsinstansene vurderer om dagens system der bevissikring etter

EØS-avtalen dels er regulert i EØS-konkurranseloven og dels i konkurranse- og handelsloven er hensiktsmessig, eller om dette bør reguleres uttømmende i EØS-konkurranseloven.

Konkurransetilsynet legger til grunn at bestemmelsene om domstolenes adgang til å prøve beslutninger om bevissikring i forordningens artikkel 20 nr. 7, jf. nr. 8 og artikkel 21 nr. 3 bygger på praksis fra EF-domstolen. Konkurransetilsynet viser i denne forbindelse til Roquette Frères-saken (sak C-94/00, dom av 22. oktober 2002). Konkurransetilsynet legger videre til grunn at tilsvarende bestemmelser vil bli tatt inn i EØS-avtalen, og det vil da foreligge en EØS-rettslig forpliktelse til å gjennomføre disse i norsk rett. Bestemmelsene synes å være av en slik karakter at de i prinsippet kan tas inn i forskrift gitt i medhold av EØS-konkurranseloven § 1. Det har imidlertid vært knyttet endel usikkerhet til rekkevidden av domstolenes adgang til å prøve Kommisjonens eller EFTAs overvåkningsorgans beslutninger om bevissikring. Bevissikring er inngripende for de berørte foretakene og Konkurransetilsynet antar derfor at bestemmelser som svarer til artikkel 20 nr. 7, jf. nr. 8 og artikkel 21 nr. 3 bør tas inn i formell lov.

EØS-konkurranseloven § 3 regulerer bevissikring etter EØS-konkurransereglene. Bestemmelsen viser til konkurranse- og handelsloven §§ 6-1 og 6-2. Disse bestemmelsene gjelder imidlertid ved bevissikring foretatt med hjemmel i konkurranse- og handelsloven, og de er generelt noe mer vidtrekkende enn det som følger av EØS-konkurranseretten. Ved bevissikring foretatt etter EØS-konkurransereglene må derfor konkurranse- og handelsloven §§ 6-1 og 6-2 tolkes innskrenkende. Konkurransetilsynet antar at reglene som gjelder for bevissikring etter EØS-konkurransereglene bør klargjøres i EØS-konkurranseloven eller konkurranse- og handelsloven.

Til høringsbrevet punkt 4.5 Endringer i annet lovverk som følge av forordning 1/2003

Innleggs- og innsynsrett ved norske domstoler

Departementet ber i høringsbrevet om høringsinstansenes syn på hvilke endringer som kreves i tvistemålsloven for å gjennomføre en bestemmelse tilsvarende forordningen artikkel 15 nr. 3 om innleggsrett for EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen overfor nasjonale domstoler i saker som gjelder EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Videre bes høringsinstansene vurdere om det er behov for endringer i andre lover. Forutsatt at norske konkurransemyndigheter i nasjonal lovgivning gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, bes høringsinstansene vurdere om det er hensiktsmessig at disse gis tilsvarende innleggs- og innsynsrett for domstolene som EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen.

Konkurransetilsynet anser det naturlig å begrense kommentarene til forholdet mellom bestemmelsen i forordningen artikkel 15 og forslaget til ny konkurranse- og handelslov og EØS-konkurranseloven.

Konkurransetilsynet legger til grunn at det ikke er aktuelt å innta en bestemmelse i EØS-avtalen om innleggs- og innsynsrett for nasjonale konkurransemyndigheter, ettersom det ikke legges opp til et desentralisert håndhevingssystem på EØS-nivå. Det vil da heller ikke foreligge noen forpliktelse til å innta en slik innleggs- og innsynsrett i norsk rett. Dersom norske konkurransemyndigheter ikke gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, mener Konkurransetilsynet at det heller ikke er naturlig med slik innleggs- og innsynsrett. Dersom nasjonale konkurransemyndigheter skal håndheve EØS-avtalen artikkel

53 og 54, synes det imidlertid mer hensiktsmessig at disse har innleggsrett. En effektiv innleggsrett forutsetter innsynsrett.

Konkurransetilsynet antar at en innleggs- og innsynsrett for EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen, og eventuelt norske konkurransemyndigheter, kan inntas enten i formell lov eller i forskrift. Konkurransetilsynet mener at en slik innleggs- og innsynsrett bør inntas i formell lov. Dette er en ny ordning i konkurransesaker og det er generelt ingen tradisjon for at overnasjonale organer kan ha innleggsrett for norske domstoler. Tilsynet antar at dette fortrinnsvis bør gjøres i EØS-konkurranseloven. Ettersom det er noe uklart hvordan den endelige systematikken i EØS-konkurranseloven og den nye konkurranse-loven blir, er det imidlertid vanskelig å komme med en klar anbefaling om hvor en slik bestemmelse bør inntas.

Enhetlig rettsanvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54

Departementet forutsetter at forordningen artikkel 16 nr. 1 tas inn i EØS-avtalen slik at den begrenser norske domstolars adgang til å treffe avgjørelse i saker om EØS-avtalen artikkel 53 og 54 som har vært behandlet av EFTAs overvåkningsorgan eller Kommisjonen. Departementet ber om høringsinstansenes kommentarer på hvilke lovendringer som er nødvendige for å gjennomføre artikkel 16 nr. 1 i norsk rett.

Konkurransetilsynet legger til grunn at forordningen artikkel 16 nr. 1 er en kodifisering av EF-domstolens praksis, jf. særlig Masterfoods-saken (sak C-344/98, dom av 14. desember 2000). Prinsippene i artikkel 16 vil antakelig gjelde uavhengig av om en slik bestemmelse uttrykkelig inntas i norsk rett eller ikke. Konkurransetilsynet antar imidlertid at en slik bestemmelse bør nedfelles i formell lov, ettersom dette er en ny ordning i konkurransesaker og det generelt ikke er tradisjon for at overnasjonale organer kan legge føringer på norske domstoler. Hensynet til klarhet og forutberegnlighet tilsier også slik lovfesting.

En slik bestemmelse kan inntas som en bestemmelse i EØS-konkurranseloven eller som en bestemmelse i den nye konkurranse-loven. Det er mulig at en slik bestemmelsen er lettere tilgjengelig i konkurranse-loven. Dersom norske konkurransemyndigheter gis kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54, synes det under enhver omstendighet naturlig å nedfelle en slik bestemmelse i konkurranse-loven. Ettersom det er noe uklart hvordan den endelige systematikken i den nye konkurranse-loven og EØS-konkurranseloven blir, er det imidlertid vanskelig å komme med en klar anbefaling om hvor en slik bestemmelse bør inntas.

Til høringsbrevet punkt 5 Gjennomføring av EØS-konkurransereglene

Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven

I dag reguleres EØS-konkurransereglene og de nasjonale konkurranse-reglene i to ulike lover, henholdsvis EØS-konkurranseloven og konkurranse-loven. Dette bidrar til å markere at nasjonale konkurranse-regler og EØS-konkurransereglene er to ulike regelsett. Det fremstår imidlertid som noe tilfeldig hvilke bestemmelser som er inntatt i EØS-konkurranseloven. Videre henviser denne loven til konkurranse-loven. Dette kan bidra til å gjøre rettstilstanden noe uoversiktlig.

Konkurransetilsynet er av den oppfatning at rettstilstanden ville blitt mer oversiktlig dersom EØS-konkurranseloven, med de tilpasninger som gjennomføringen av de relevante deler av forordningen medfører, og den nye konkurranseloven ble samlet i en lov.

Forskriftene under konkurranseloven

Konkurransetilsynet er enig med departementet i at skillet mellom prosessuelle og materielle regler ikke er gjennomført konsekvent i forskriftene som implementerer sekundærlovgivningen i EØS-avtalen og ODA. Konkurransetilsynet deler departementets oppfatning om at regelverket vil være lettere tilgjengelig dersom reglene som gjennomfører forordning 4064/89 om kontroll med foretakssammenslutninger vedtas som en egen forskrift, at den prosessuelle forskriften endres slik at den kun reflekterer ODA protokoll IV og at det vedtas en egen forskrift som gjennomfører sekundærlovgivningen under EØS-avtalen artikkel 53 og 54 med unntak av ODA protokoll IV.

Til høringsbrevet punkt 6 Endringer i EØS-konkurranseloven

Konkurransetilsynets kompetanse etter EØS-konkurranseloven

Departementet foreslår i høringsbrevet at EØS-konkurranseloven §§ 2 og 3 endres slik at det fremgår at Konkurransetilsynet bare kan kreve opplysninger eller foreta kontroller for å avdekke om det foreligger en overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 eller 54 etter anmodning fra EFTAs overvåkningsorgan.

I forslaget til ny konkurranselov § 6-1 siste ledd fremgår det at reglene om bevissikring også gjelder ved mistanke om overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Bestemmelsen synes imidlertid å forutsette at Konkurransetilsynet skal ha kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Dersom norske konkurransemyndigheter ikke skal ha slik kompetanse, og det foretas en slik presisering i EØS-konkurranseloven §§ 2 og 3 som foreslått i høringsbrevet, vil tilsynet ikke ha kompetanse til på eget initiativ å innhente opplysninger eller foreta kontroller for å avdekke brudd på EØS-avtalen artikkel 53 eller 54. Tilsynet legger likevel til grunn at dette i praksis ikke vil svekke tilsynets håndhevingskompetanse fordi det regelmessig vil foreligge en anmodning om å foreta en bevissikring, jf. også § 6-1 første ledd. På denne bakgrunn mener tilsynet at det vil være klargjørende å innta en presisering i EØS-konkurranseloven §§ 2 og 3 slik det foreslås i høringsbrevet.

EØS-konkurranseloven § 5 – adgangen til å gi bøter til fysiske personer

Konkurransetilsynet er enig i at EØS-konkurranseloven § 5 bør endres slik at henvisningen til fysiske personer fjernes, da en slik henvisning gir et misvisende bilde av rettstilstanden.

Til utformingen av utvalgets lovforslag om EØS-konkurransereglene

Forslagets § 2-2 bokstav d

Konkurransetilsynet legger til grunn at det ikke inntas en bestemmelse som i forslaget § 2-2 d dersom Konkurransetilsynet ikke skal håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Forslagets § 3-1 siste ledd

Konkurransetilsynet er enig i at det inntas en bestemmelse i konkurranseloven som gir Konkurransetilsynet rett til å trekke tilbake et gruppefritak på nærmere angitte vilkår. Desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 er ingen forutsetning for en slik bestemmelse.

Forslagets § 6-1 siste ledd

Konkurransetilsynet legger til grunn at det ikke inntas en bestemmelse som i forslagets § 6-1 siste ledd dersom Konkurransetilsynet ikke skal håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Forslagets § 7-2 første ledd bokstav c

Konkurransetilsynet legger til grunn at det ikke inntas en bestemmelse som i forslagets § 7-2 første ledd bokstav c dersom Konkurransetilsynet ikke skal håndheve EØS-avtalens artikkel 53 eller artikkel 54.