

Lov og rett - 2004 - Nr 06 - "Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11. Fagfelleverdert artikkel" av Hans Petter Graver

Side 340:

Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11. Fagfelleverdert artikkel

Av Hans Petter Graver

Hans Petter Graver er født 1955, ble cand. jur. 1980, dr. juris 1986 og har siden 1993 vært professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo. I årene 2000-2002 var han faglig leder ved ARENA. Han er tilknyttet markedsrettsprosjektet ved Institutt for privatrett, og foreleser bl.a. i forvaltningsrett. Han var leder av utvalget som la frem forslag til ny konkurranselov, NOU 2003: 12.

Med konkurranseloven av 2004 er det innført et generelt forbud mot misbruk av dominerende stilling i markedet. Reguleringen av monopolatferd er dermed lagt om fra inngrepsprinsippet til forbudsprinsippet. Forbudsbestemmelsen tar sikte på å harmonisere norsk rett med forbudet i EØS. Norsk rett føyer seg med dette inn i rekken av de fleste europeiske land som har utformet nasjonale regler på bakgrunn av reglene i Romatraktaten. Artikkelen behandler rettskildespørsmål som en slik harmonisering reiser, og konkluderer med at de norske regler må tolkes ut fra EØS-kildene. Den presenterer hovedpunktene i forbudet og drøfter hvordan overgangen til forbudsprinsippet berører foretaket, tredjeparter og myndighetenes påleggs- og dispensasjonskompetanse. Endelige drøfter artikkelen hvilke prosessuelle regler som gjelder for forvaltningens behandling av saker om overtredelse av forbudet.

1 Innledning

Konkurranseloven 5. mars 2004 trådte i kraft 1. mai 2004. Et hovedformål med loven er å harmonisere de norske konkurranseregler for foretak med EØS-reglene. EØS-reglene omfatter EF-traktaten artikkel 81 flg., EØS-avtalen artikkel 53 flg., en stor mengde sekundærregler gitt av Europakommisjonen og

EFTAs overvåkningsorgan, samt praksis fra domstolene til EU og EFTA. Med utgangspunkt i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 har vi fått § 10 om forbud mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak og § 11 om forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Bestemmelsene

Side 341:

innebærer en overgang fra en lov som bygger på en kombinasjon av forbud mot bestemte former for konkurransebegrensende samarbeid og en adgang for konkurransemyndighetene til å gripe inn mot konkurransebegrensende atferd, til en lov som inneholder forholdsvis omfattende forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.

I denne artikkelen skal jeg se på hva den nye loven innebærer for konkurransebegrensninger som et foretak iverksetter ensidig overfor konkurrenter eller kunder. Dette reguleres i første rekke av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i § 11, samt fullmaktene til forvaltningen i §§ 1214.

I det følgende vil jeg fokusere på noen spørsmål som er spesifikke for den norske sammenhengen ved overgangen til den nye loven. De spørsmål jeg vil berøre i det følgende, er hvordan rettskildesituasjonen blir, hva som er de største materielle konsekvensene av de nye reglene i forhold til den gamle § 3-10, og en del prosessuelle spørsmål knyttet til de nye bestemmelsene.

2 Kort om forbudet i § 11

Lovens § 11 tilsvarer EØS-avtalen artikkel 54. Første ledd i loven har en noe forskjellig utforming fra EØS-bestemmelsen. Det skyldes at de norske reglene ikke krever at konkurransebegrensningen skal ha en EØS-dimensjon for at forbudet skal komme til anvendelse. Andre ledd er i ordlyden identisk med EØS-avtalen artikkel 54 andre ledd, som i sin tur tilsvarer EF-traktaten artikkel 82 andre ledd.

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

Å inneha en dominerende stilling i markedet innebærer at foretaket kan opptre uavhengig av konkurrenter og kunder. Kundene har ingen andre steder å gå om de er misnøyd med kvalitet, priser eller

vilkår, og foretaket behøver ikke utforme sin opptreden ut fra en frykt for at hvis det tar for gode marginer, kommer andre inn og tar markedsandeler. Det er etter konkurransereglene ikke i seg selv noe galt i at et foretak har en dominerende stilling i markedet. Dette kan være en følge av dyktighet for eksempel til å fremstille produkter som er bedre og mer ettertraktede enn alle andres eller til å drive mer rasjonelt og effektivt enn konkurrentene. At et foretak henter ut en monopolprofitt

Side 342:

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

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

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

kan utføres av et dominerende foretak, som urimelige monopolpriser og utestengning fra markedet. Forbudet rammer således et bredt spekter av handlinger, fra regulære forretningsmetoder som bør motvirkes i visse sammenhenger, til handlinger som alltid er skadelige for markedet og illegitime med mindre de skjer som følge av et rettslig mandat.

Siden ordlyden og formålet med bestemmelsen er EØS-harmonisert, er bestemmelsens materielle innhold langt på vei identisk med innholdet av EØS-avtalen. Den som ønsker å sette seg inn i bestemmelsen, gjør derfor dette best ved å lese fremstillinger av EØS-avtalen artikkel 54 eller EF-traktaten artikkel 82. Det finnes et vell av litteratur

Side 343:

om disse bestemmelsene, både på oversiktsnivå og mer dyptpløyende, på skandinaviske språk og på øvrige europeiske språk.¹

3 Rettskildespørsmål

Det eksisterer ingen EØS-rettslig forpliktelse til å innføre nasjonale konkurranseregler som samsvarer med reglene i EØS-avtalen. Sagt på en annen måte, verken fellesskapsretten eller EØS-avtalen tar sikte på harmonisering av nasjonal konkurranserett. Dette innebærer fra en rettskildeinnfallsvinkel at vi ikke står overfor spørsmålet om tolkning av norske regler på bakgrunn av underliggende folkerettslige forpliktelser. Vi er med andre ord utenfor rekkevidden av presumsjonsprinsippet.

Homogenitetsmålsettingen og lojalitetsplikten i EØS-avtalen artikkel 3 har ikke betydning som retningslinjer for tolkningen.² På den annen side er det i forarbeidene til loven en tydelig uttalt lovgivervilje om at de materielle atferdsreglene i den norske loven skal være harmonisert med reglene i EØS-avtalen.³ En slik lovgivervilje må ha stor betydning for rettsanvendelsen, selv om det ikke vil være folkerettsstridig å gi § 11 et annet innhold enn EØS-avtalen artikkel 54.

Selv om EØS-reglene ikke forplikter til en harmonisering av nasjonale konkurranseregler, legger den klare føringer på anvendelsen av dem. Forordning 1/2003⁴ artikkel 3 er gjennomført i norsk rett gjennom EØS-konkurranse-loven § 7 første ledd. Bestemmelsen sier at når konkurransemyndighetene eller domstolene anvender konkurranse-loven § 11, skal de også anvende EØS-avtalen artikkel 54. Bestemmelsen har blant annet til formål å hindre medlemsstatene i å la være å gripe inn i forhold som rammes av EUs regler, med begrunnelse i at nasjonale konkurranseregler ikke rekker like langt. Bestemmelsen må forstås

slik at når norske myndigheter vurderer om § 11 er anvendelig, skal de også vurdere om artikkel 54 er anvendelig. Artikkel 54 må derfor anvendes ikke bare der nasjonale regler anvendes, men nettopp også der nasjonale regler ut fra en vurdering *ikke* anvendes. Dette innebærer at i alle saker hvor samhandelskravet er oppfylt, vil en mindre restriktiv fortolkning av § 11 enn av artikkel 54 bli et slag i luften, da den mer restriktive

Side 344:

EØS-regelen må anvendes samtidig med at man konstaterer at den norske regelen ikke rammer forholdet.⁵ Plikten til effektiv og ekvivalent håndhevelse innebærer at brudd på EØS-regelen skal håndheves minst like strengt som et brudd på den norske regelen ville ha medført.⁶ EØS-reglene er imidlertid ikke til hinder for en mer restriktiv anvendelse av § 11 enn hva en vurdering etter EØS-avtalen artikkel 54 fører til, se EØS-konkurranse-loven § 7 annet ledd siste punktum.⁷

Det praktiske spørsmålet er derfor om det i loven selv, dens formål eller forhistorie foreligger momenter som skulle tilsi en tolkning av § 11 i mer restriktiv retning enn tolkningen av EØS-reglene, eller om bestemmelsen bør tolkes annerledes i saker uten samhandlingsdimensjon enn i saker hvor samhandelen er berørt. I praksis snakker vi her om lokale markeder, uten innslag av nasjonale aktører. Til illustrasjon kan nevnes at selv dagligvarehandelen har en EØS-dimensjon, også i avgrensede lokalsamfunn, på grunn av deltakelsen av nasjonale og dels europeiske aktører som COOP og Rimi.

Ordlyden i § 11 og artikkel 54 er som nevnt identisk og taler derfor med styrke for at anvendelsen bør være lik. Etter mitt syn er det heller ikke grunnlag for å konstruere særlige forskjeller i rettskildesituasjonen mellom EØS-reglene og de norske reglene når det gjelder reglenes formål. Riktignok er integrasjon et formål med EØS-reglene utover de økonomiske effektivitetsmål som ligger til grunn for begge regelsett.⁸ Utviklingen synes likevel å gå i retning av at EUs organer anlegger en mer økonomisk basert tilnærming også til opptreden som kan bidra til å dele opp det indre marked i nasjonale markeder.⁹ Det er derfor neppe holdepunkter for å hevde at forskjeller i formål kan utgjøre noe viktig argument for å tolke reglene forskjellig.¹⁰

Side 345:

En annen forskjell som har vært trukket frem mellom formålet bak EUs konkurranseregler og den forrige norske konkurranse-loven, er

hensynet til forbrukerne. Den forrige loven nevnte ikke dette som del av lovens formål. I den nye loven er dette hensynet tatt inn i § 1 annet ledd. Samtidig må hensynet til forbrukerne ved tolkningen av § 11 anses innbygget, som følge av siktemålet med at bestemmelsen skal harmoniseres med artikkel 54.¹¹

Viktigere enn nyanser i hva som formuleres som reglenes formål, er hvilken økonomisk teori som blir lagt til grunn for bedømmelsen av hva som fremmer samfunnsmessig effektivitet, og hvordan man som rettsanvender skal velge mellom divergerende anbefalinger fra økonomisk teori.¹² Forskjellige strømninger innen økonomisk teori kan gi forskjellig svar på spørsmål som konkurransereglene reiser, noe bl.a. holdninger til foretak som har opparbeidet seg en dominerende stilling gjennom konkurranse, illustrerer. Mens noen er av den oppfatning at en monopolist alltid må forholde seg til at andre vil komme inn i markedet dersom fortjenesten er stor, mener andre at et dominerende foretak må ha et særlig ansvar for å hindre at dets atferd begrenser konkurransen. Det siste standpunktet er uttalt gjennom EF-domstolens praksis.¹³ Det er derfor et prinsipielt viktig spørsmål om regelharmonisering også innebærer at norske rettsanvendere er bundet til den økonomiske tilnærming som til enhver tid inntas av EUs rettsanvendere.

Harmoniseringsmålet tilsier et bekreftende svar på dette spørsmålet. Økonomisk teori om hva som begrenser konkurransen, og hva som fremmer effektivitet, hører imidlertid til spørsmål om konstruering av virkeligheten. Det kan derfor synes fremmed at norske domstoler skal legge til grunn et syn de mener er uriktig, med den begrunnelse at synet er rådende ved håndheving av EUs og EØS-avtalens konkurranseregler. Det er imidlertid et generelt trekk ved vår rettsorden at «virkelighetskonstruksjonen» utgjør del av «gjeldende rett» slik den fastlegges av våre rettslige autoriteter.¹⁴ Utgangspunktet må derfor etter min mening være at harmoniseringsmålet slår gjennom også i forhold til den økonomiske tilnærming som skal anlegges. Unntak kan tenkes for rene feilvurderinger. Som regel vil det imidlertid foreligge faglig uenighet om

Side 346:

hva som er en riktig eller gal økonomisk betraktning, og hensynet til homogenitet tilsier da at nasjonale anvendere følger betraktningmåten til EUs organer.

På denne bakgrunn er rettskildesituasjonen at bestemmelsen i § 11 må tolkes ut fra de rettskilder som foreligger for fortolkningen av EØS-avtalen artikkel 54/EF-traktaten artikkel 81. Det er først og fremst praksis fra EF-domstolen, EFTA-domstolen og førstestansretten som er avgjørende. Kommisjonens og EFTAs

overvåkningsorgans praksis har etter mitt syn ikke stor vekt i nasjonale domstolars behandling. Grunnen til det er at norske domstoler må følge den tolkningsmetode som EF-domstolen anlegger, og denne inkluderer ikke Kommisjonens praksis som noen særlig viktig rettskilde. Siden det ikke foreligger noen EØS-rettslig forpliktelse til harmonisering, må norske rettsanvendere kunne veie harmoniseringsmålet opp mot andre viktige hensyn. Jeg mener derfor at de resultater som ellers ville følge av bruk av EØS-kildene, må kunne underkastes en vanlig overprøving ut fra rettsanvenderens egne vurderinger. Dette minner om den situasjon Høyesterett har etablert i forhold til anvendelse av menneskerettskonvensjoner og praksis fra konvensjonsorganer i norsk rett.¹⁵

Spørsmålet på denne bakgrunn blir om det generelt sett kan anføres noen reelle hensyn som tilsier en mer restriktiv holdning til dominerende foretak i Norge enn det som følger av EU- og EØS-praksis, eller en annerledes behandling av lokale markeder uten en samhandelsdimensjon.

I utgangspunktet må svaret bli nei. En viktig begrunnelse for EØS-harmoniseringen er å gjøre forholdene enklere for næringslivet og å skape likere rammebetingelser i Norge og resten av EØS.¹⁶ I denne forbindelse er det et viktig moment at nesten alle andre land i EØS-området bruker EU-reglene som modell for sine nasjonale konkurransebestemmelser. Stortingskomiteen trekker i tillegg frem som fordel at man i det norske rettsapparatet og i Konkurransetilsynet vil kunne dra nytte av den brede rettspraksis fra EU og de rettskilder som vil følge av dette.¹⁷

I motsetning til det som gjelder for § 10 om konkurransebegrensende avtaler, er det ingen uttalelser i forarbeidene som antyder en annen praktisering av § 11 enn det som følger av artikkel 54.¹⁸ Riktignok antyder departementet en frykt for at § 11 kan bli for snever i forhold til hva det av hensyn til konkurransen kan være ønskelig å forby.¹⁹ Denne muligheten er begrunnelsen for forskriftshjemmelen i § 14. Hjemmelen her er

Side 347:

i seg selv et argument for at det ikke er nødvendig å tolke § 11 videre enn artikkel 54. På denne bakgrunn kan jeg ikke se at det finnes noen argumenter av generell karakter som skulle tilsi en annen rekkevidde av § 11 enn EØS-regelen.

4 Materielle sider ved overgang til ny lov

4.1 Fra inngrepsbestemmelse til forbudsbestemmelse

Loven slår i § 11 fast at utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling er forbudt. Som nevnt innledningsvis er det urimelig monopolfortjeneste og bruk av markeds-makt for å skjerme mot konkurranse som typisk faller inn under bestemmelsen. Med det nye forbudet er norsk rett brakt på linje med rettstilstanden i våre nordiske naboland og for øvrig også de fleste andre land i Europa.²⁰

Vurderingstemaet etter § 11 er først om foretaket har en dominerende stilling, og dernest om denne misbrukes. I vurderingen av om et foretak har en dominerende stilling, er det avgjørende om foretaket har en slik posisjon i det relevante markedet at det kan motvirke konkurranse som følge av en mulighet til å opptre uavhengig av kunder og konkurrenter ved for eksempel fastsetting av priser eller produksjonsvolum.²¹ En slik posisjon gir foretaket mulighet til å heve prisene på sitt produkt ved å begrense tilbudet av det i markedet, og dermed øke sin fortjeneste. Skal et foretak ha markeds-makt i denne betydning, må kundene ikke ha andre å gå til for å få dekket sitt behov. Det kan tenkes at behovet kan dekkes like godt av andre produkter med et annet merke eller på en annen måte, som når en bussrute kan dekke etterspørselen etter togtransport. En riktig analyse av markeds-makt forutsetter derfor en riktig avgrensning av hva som er det relevante markedet som den aktuelle varen eller tjenesten tilbys og etterspørres i. Siktemålet er å komme frem til om foretaket er utsatt for konkurransemessige begrensninger i sin handlefrihet eller ikke.²²

Når markedet er avgrenset, tar vurderingen utgangspunkt i markedsandeler. Har foretaket en markedsandel på over 50 %, er dominanskriteriet oppfylt med mindre det foreligger særlige forhold. Selv hvor markedsandelen er under 50 %, er vurdering av markedsandeler sentralt i vurderingen, fordi avgjørelsen av dominans i disse tilfelle i

Side 348:

stor grad vil bygge på vurderinger av konkurrentenes markedsandeler. I tillegg må det vurderes om det finnes formelle eller reelle skranke mot konkurrenters inntreden i markedet. Foretakets atferd for å begrense konkurransen er bare en av mange faktorer som kan inngå i en slik vurdering. Bare hvis foretaket etter en konkret vurdering har en dominerende stilling, blir foretakets atferd vurdert med sikte på misbrukskriteriet. I denne vurderingen står i praksis ikke en vurdering av de faktiske virkninger på konkurransen sentralt. De skadelige virkninger av selv beskjedne begrensninger på konkurransen må som regel anses store, siden konkurransen allerede er begrenset ved at det finnes en dominerende aktør i markedet.²³

Når det gjelder reguleringsteknikken, er det snakk om et regimeskifte i forhold til den forrige loven. Ensidig opptreden hos en dominerende markedsaktør var etter den gamle loven bare forbudt der det dreide seg om å fastsette eller søke påvirkning av priser, rabatter eller avanser for avtakernes salg av varer eller tjenester. I disse tilfellene var det til gjengjeld ikke noe vilkår for at atferden skulle være forbudt, at aktøren hadde en dominerende markedsstilling, se § 3-1 annet ledd. Annen ensidig konkurransebegrensende atferd fra en dominerende aktørs side var ikke forbudt, men kunne gi grunnlag for inngrep fra konkurransetilsynets side etter § 3-10.²⁴ Atferd som rammes av § 11, er nå uten videre forbudt og belagt med strenge sanksjoner. Den er riktignok ikke straffbar etter lovens § 30, men kan være gjenstand for overtredelsesgebyr etter § 29. Utmålingen av overtredelsesgebyrene skal etter forarbeidene harmoniseres med bøtenivået i EU og EØS.²⁵ I EU er det gitt bøter på flere titalls millioner euro for overtredelser av artikkel 82 som inntil nå har vært fullt lovlig atferd etter de gamle reglene i Norge.²⁶

At atferden rammes av et forbud direkte i loven, betyr at myndighetene ikke behøver å foreta seg noe overfor selskapet for at atferden skal være forbudt. Foretaket må med andre ord selv vurdere sin situasjon opp mot lovens forbud og innrette sin atferd etter det. Etter forslag blant annet fra NHO gikk flertallet i stortingskomiteen inn for en

Side 349:

lovfestet veiledningsplikt for Konkurransetilsynet i § 9 annet ledd, som slår fast at tilsynet plikter å veilede foretak vedrørende forståelse av loven, dens rekkevidde og anvendelse i enkeltsaker. Flertallet understreker at tilsynets veiledning ikke er juridisk bindende. Flertallet påpeker på den annen side «at i den utstrekning et foretak har innrettet seg i tillit til en veiledningsuttalelse i en konkret sak, og de faktiske forhold ikke er endret, skal det tas hensyn til dette ved utmåling av overtredelsesgebyr etter § 29 og straff etter § 30».²⁷

Etter mitt syn må veiledningsplikten ses på bakgrunn av de generelle regler om forvaltningens veiledningsplikt, dvs. at omfanget av den må fastlegges på bakgrunn av foretakets aktuelle behov, tilsynets ressurser og graden av motstridende interesser som gjør seg gjeldende.²⁸ På denne bakgrunn mener jeg at den for større foretak først og fremst vil være aktuell i forhold til rekkevidden av § 10 tredje ledd, og bare i mindre grad i forhold til § 11.

4.2 Tilsynets påleggskompetanse

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

Pålegg om opphør kan være en mer hensiktsmessig reaksjon for mindre alvorlige overtredelser. Fra tilsynets side kan påleggsalternativet fremstå enklere prosessuelt og bevismessig enn vedtak om overtredelsesgebyr som må følge reglene for sanksjonssaker, se nærmere nedenfor avsnitt 5. Påbud er også mer lempelig overfor foretaket og kan derfor være en hensiktsmessig fremgangsmåte der det er tale om å avklare rettssituasjonen og gi veiledning om anvendelsen av forbudet uten at det knyttes sanksjoner til en førstegangsovertredelse. Det kan spesielt være behov for dette når grensene for rekkevidden av forbudet mot utnyttelse av en dominerende stilling skal trekkes.

For det andre gir bestemmelsen Konkurransetilsynet et fleksibelt verktøy til å utforme mer tilpassede forpliktelser for foretaket for å sikre at konkurransen gjenopprettes. Slike individuelle vedtak kan for eksempel gå på å pålegge foretaket å levere til en distributør utenom forhandlernettet, å gi tilgang til infrastruktur som er nødvendig for å komme inn i markedet, eller å opphøre med diskriminerende rabattordninger. Slik

Side 350:

sett representerer bestemmelsen en funksjonell mulighet til å videreføre vilkårskompetansen i den gamle lovens § 3-10 tredje ledd. Bestemmelsen gir også muligheter til å pålegge strukturelle tiltak, dvs. oppløsning av foretak eller salg av ting eller rettigheter.

Tilsynets adgang til å utforme individuelt baserte tiltak er etter ordlyden meget vid, og bare begrenset til det som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør. De alminnelige forvaltningsrettslige krav til forholdsmessighet vil imidlertid legge begrensninger på hvilke tiltak som tilsynet kan pålegge foretaket.²⁹ Når det gjelder strukturelle tiltak, er kravet til forholdsmessighet lovfestet, idet bestemmelsen sier at strukturelle tiltak bare pålegges dersom det ikke finnes like effektive atferdsregulerende tiltak, eller dersom et atferdsregulerende tiltak vil være mer byrdefullt for foretaket.

Et eget spørsmål er hvor langt konkurransemyndighetenes forholdsmessighetsvurdering og valg av tiltak er underlagt

domstolsprøving. Hovedregelen i norsk forvaltningsrett er at domstolene ikke overprøver forvaltningens vurdering av forholdsmessighet, selv der kravet til å vurdere forholdsmessigheten fremgår direkte av loven.³⁰ Domstolene prøver på den annen side, blant annet gjennom kontroll av begrunnelsen og den utredning som ligger til grunn for saken, om forvaltningen har vurdert forholdsmessigheten av vedtaket på en forsvarlig måte. Reelt sett kan situasjonen for foretaket hvor tilsynet gir individuelle pålegg, fremstå likeartet med en situasjon der forvaltningen setter vilkår for en tillatelse, da alternativet til å godta de tiltak tilsynet pålegger, ofte vil kunne være at tilsynet gir et blankt pålegg om opphør. Dette kan tilsi at overprøving skjer på samme måte som hvor domstolene prøver om de vilkår som er satt for et vedtak, er uforholdsmessig tyngende, som for eksempel i Rt. 2003 s. 764 ved avsnitt 83. Det innebærer i så fall at domstolene foretar en selvstendig vurdering av påleggets forholdsmessighet.

Bestemmelsen gir endelig i fjerde ledd tilsynet kompetanse til å treffe midlertidig vedtak om pålegg. Vilkåret er at det er rimelig grunn til å anta at §§ 10 eller 11 er overtrådt, og at det er fare for at konkurransen utsettes for varig og uopprettelig skade. I motsetning til den regulære påleggskompetansen, som forutsetningsvis er mest aktuell ved de tvilsomme og lite alvorlige overtredelsene, er kompetansen til å treffe midlertidig vedtak mest aktuell for de opplagte og alvorlige overtredelser. I slike saker vil hovedreaksjonen bestå i anmeldelse eller vedtak om overtredelsesgebyr etter § 29. Siden vedtakets tvangskraft suspenderes ved at foretaket angriper det med søksmål, er det et klart behov for en adgang til å beskytte konkurransen i påvente av endelig dom i saken. Midlertidig vedtak kan også treffes på et tidligere tidspunkt i saken enn et pålegg om opphør

Side 351:

etter bestemmelsens første ledd, da det er tilstrekkelig at det er «rimelig grunn til å anta» at av forbudene er overtrådt, for å kunne treffe vedtaket.

4.3 Kongens inngreps- og dispensasjonskompetanse

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

ante. Det kan diskuteres om Kongen med dette er gitt adgang til å gi regler for å skape konkurranse innen forskjellige markeder til supplerende av, og til og med utenfor området for, spesiallov-givningen. Selv om bestemmelsen i forarbeidene er begrunnet med at dagens kompetanse må videreføres, er det forskjeller i ordlyden.³¹ Forskriftskompetansen kan nå brukes «for å fremme konkurransen», mens § 3-10 ikke uttrykkelig ga hjemmel for en slik aktiv, konkurranseskapende aktivitet fra tilsynets side. Ordlyden taler derfor for at bestemmelse må kunne brukes mer generelt for å fjerne eller motvirke etableringshindre i et marked, enten disse kan tilbakeføres til atferd hos markedsaktørene eller ikke.

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

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

Side 352:

(20022003) Om statlige tilsyn. Bestemmelsen kan i praksis ikke ses isolert fra EØS-konkurranse-loven § 7. Som nevnt ovenfor må denne tolkes slik at plikten til å anvende EØS-reglene ikke bare gjelder når norske myndigheter anvender de norske reglene, men også når de ikke anvender dem. Dispensasjonsadgangen gjelder ikke i forhold til EØS-bestemmelsene, se EØS-konkurranse-loven § 6 første ledd. Dette innebærer i forhold til § 11 at dispensasjon bare får praktisk betydning der § 11 måtte tolkes mer restriktivt enn EØS-avtalen artikkel 54, og i saker uten samhandelsdimensjon, fordi Kongen som konkurransemyndighet må anvende artikkel 54 samtidig som det dispenseres fra § 11. Samtidig må, som det fremgår av gjengivelsen av bestemmelsen ovenfor, saken være av «prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning». Det er ut fra dette vanskelig å se at Kongen har særlig spillerom for å dispensere fra lovens

atferdsregler.

4.4 Forholdet til tredjeparter

Overgangen til forbud innebærer klare forskjeller i rettsstillingen til den som er berørt av en konkurransebegrensende atferd til et dominerende foretak. I forhold til dem innebærer jo et generelt forbud at den atferden som de rammes av, uten videre er rettsstridig, mens den etter den tidligere loven bare var rettsstridig dersom tilsynet hadde fattet inngrepsvedtak. Dette innebærer at loven nå gir berørte parter, som for eksempel konkurrenter og kunder, adgang til selv direkte å bruke rettslige midler til forsvar mot forhold som forskjellsbehandling, urimelige vilkår og forretningsnektelser.³² Dette er en adgang berørte allerede har hatt i medhold av EØS-avtalen artikkel 54, men det er grunn til å anta at den vil få øket praktisk betydning når den nå også fremgår av de norske reglene.

En skjellsettende avgjørelse fra EF-domstolen om krenkedes adgang til å påberope seg konkurransereglene direkte som grunnlag for rettigheter basert på kontraktsforholdet, er dommen i *Courage*.³³ Saken dreide seg om gyldigheten av en avtale som forpliktet forpakterne av de puber som bryggeriet *Courage* eiet, til utelukkende å kjøpe øl fra *Courage* til listepris. EF-domstolen uttalte her at en part i en avtale kan påberope seg at denne strider mot konkurransereglene, som grunnlag for å fri seg fra en avtaleforpliktelse, og at nasjonale regler ikke må utelukke parten fra å søke erstatning med den begrunnelse at skadelidte selv var part i avtalen.

Side 353:

Forbudet mot misbruk av dominerende stilling gir størst praktisk vern i forhold til en parts mulighet til å fri seg fra avtalevilkår som er påtvunget som ledd i at medkontrahenten har misbrukt sin markedsstilling. Bestemmelsen må kunne gi hjemmel for ugyldighet der et dominerende foretak har påtvunget andre foretak avtalevilkår for å begrense konkurransen, typisk avtaler som binder forhandlere til det dominerende foretaket som leverandør.³⁴ På den annen side kan ikke det dominerende foretaket selv påberope seg bestemmelsen for å komme ut av avtaler om rabatter eller lignende.

I mange tilfeller består ikke misbruket i forhold til en konkurrent i at det er inngått en begrensende avtale, men i produksjonsbegrensninger, at det dominerende selskaper ikke har tilbudt avtale eller leveranser, eller ved at avtalene det dominerende selskapet har med sine forhandlere og kunder, gjør det umulig for andre å komme inn i markedet. I slike tilfeller er det mindre å hente for den som er rammet, ved å påberope seg § 11 i et søksmål. Bestemmelsen gir jo bare et forbud, ikke en hjemmel til

å pålegge de tiltak som er nødvendige for å skape eller gjenopprette konkurransen.³⁵ Bestemmelsen i lovens § 12, som gir hjemmel til å pålegge bestemte tiltak som for eksempel inngåelse av en kontrakt eller fastleggelse av tilgangsvilkår, krever vedtak fra tilsynsmyndighetenes side. Den kan derfor ikke danne grunnlag for krav som tredjemenn fremsetter i et søksmål direkte mot den dominerende aktøren.

Dette forholdet gjør at tredjemenn, som før, i mange praktiske tilfeller er avhengig at tilsynet griper inn og gir pålegg. I tillegg vil et pålegg fra tilsynets side være enklere og rimeligere sett fra tredjemanns side også i de tilfelle hvor det er mulig å vinne frem gjennom et direkte søksmål. Etter den gamle loven hadde likevel ikke tredjemann partsstilling i en inngrepssak, og dersom tilsynet kom til at det ikke skulle gripes inn overfor en mulig konkurransebegrensning, forelå ikke noe vedtak som tredjemann kunne påklage. Dette er nå endret med § 12 tredje ledd som sier at Konkurransetilsynet skal begrunne avslag på anmodning om å gi pålegg etter første ledd, og at avslag kan påklages til departementet. Det er nettopp hensynet til tredjemenn som er begrunnelsen for denne regelen.³⁶ Det må være ganske opplagt at selv om departementets vedtak om at det ikke skal gis pålegg kan bringes inn for domstolene, så kan ikke departementets eller tilsynets skjønnsmessige vurdering i denne retning overprøves.³⁷

Side 354:

5 Prosessuelle konsekvenser av omleggingen

Det forhold at de materielle regler er harmonisert med EØS-reglene, tilsier ikke at de prosessuelle reglene er harmonisert eller bør harmoniseres. Selv ved gjennomføring av EØS-regler er utgangspunktet at nasjonal forvaltningsrett kommer til anvendelse. Dette gjelder selvsagt så mye mer når det ikke er EØS-forpliktelser som ligger til grunn for de norske reglene. EØS-konkurransesprosessen er velutviklet som følge av at dette er et område som forvaltes av Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan under full domstolskontroll.³⁸ Når nasjonale myndigheter håndhever EØS-reglene, må de i tillegg til å anvende sin nasjonale forvaltningsrett respektere de grunnleggende rettigheter fellesskapsretten gir individene.³⁹ I forhold til konkurransereglene har særlig kravene til kontradiksjon, begrunnelse, proporsjonalitet og domstolsprøving betydning. Når nasjonale regler håndheves, gjelder ikke EØS-reglene om beskyttelse av fellesskapsrettens grunnleggende rettigheter. Unntak kan tenkes i forhold til regler om opplysningsplikt, hvor det i praksis vil være umulig å praktisere forskjellige regler som skal danne grunnlag for en parallell behandling av saker etter identiske materielle regler.⁴⁰ Det er på den annen side intet i veien for at tilsynet må utforme begrunnelsen

forskjellig i parallelle vedtak etter de norske regler og EØS-reglene, eller at kravene til bevis varierer. Hvorvidt dette er ønskelig, er et annet spørsmål som jeg ikke går nærmere inn på her.

Konkurranselovgivningen har alltid inneholdt vide fullmakter for myndighetene til å avdekke brudd på loven.⁴¹ Den nye loven gir i § 25 tilsynet adgang til å få adgang til lokaler, herunder boliger, hvor det kan finnes bevis for overtredelser, til å ta med ting som kan ha betydning som bevis til granskning, og til å forsegle forretningslokaler, bøker eller forretningslokaler så lenge undersøkelsen varer. Vilkåret for

Side 355:

bevissikring er at det er rimelig grunn til å anta at loven eller vedtak i medhold av loven er overtrådt. Bevissikring krever kjennelse fra retten. En sak om overtredelse av § 11 er etter § 26 unntatt fra offentlighetsloven så lenge saken ikke er avsluttet. Partsinnsyn kan nektes etter § 27 dersom innsyn kan skade eller være til fare for etterforskningen eller tredjemenn. På den annen side vil den som en overtredelsessak er rettet mot, ha rettigheter utledet av EMK artikkel 6 og dens krav til en rettferdig rettergang. Av særlig betydning her er selvinkrimineringsvernet. Samlet sett kan vi si at saksbehandlingsreglene preges av at den prosess som settes i gang, er en sanksjonsprosess.

Saker om å treffe inngrepsvedtak skiller seg ikke prinsipielt ut fra den generelle tilsynsforvaltningen. Også tilsynsprosessen har imidlertid tradisjonelt vært underlagt egne regler i konkurransereguleringsretten. Dette er videreført i den nye loven gjennom § 24 om opplysningsplikt og granskning. Denne bestemmelsen pålegger enhver plikt til å gi konkurransemyndighetene de opplysninger som disse myndigheter krever for å kunne utføre sine gjøremål etter loven. For øvrig gjelder imidlertid forvaltningslovens og offentlighetslovens generelle regler.

Når den konkurransebegrensende atferden til foretak med en dominerende stilling går over fra å være noe det kan gripes inn mot, til å være forbudt direkte etter loven, får dette som konsekvens at saksbehandlingen reguleres av reglene for sanksjonsprosesser og ikke av reglene for tilsynsprosesser.

Når tilsynet tar opp en sak om brudd på §§ 10 eller 11, vil det kunne være med sikte på å treffe vedtak om overtredelsesgebyr etter § 29, anmeldelse til påtalemyndigheten for vurdering av straff etter § 30 eller med sikte på å gi pålegg etter § 12. Så lenge det ikke er avklart om saken ender med en sanksjon eller bare med et forvaltningsmessig pålegg, oppstår behov for å klarlegge etter

hvilke prosessregler saken skal behandles. De særlige regler om begrenset partsinnsyn gjelder etter § 27 bare i forhold til foretak eller personer som Konkurransetilsynet etterforsker for overtredelse av konkurranseloven. Siden forvaltningsloven gjelder der ikke konkurranseloven gjør uttrykkelig unntak fra sine regler, betyr det at de alminnelige regler om partsinnsyn i §§ 16 og 17 gjelder i alle andre tilfeller enn der parten er under etterforskning av Konkurransetilsynet. Konkurranseloven § 26 unntar generelt alle saker om overtredelse av blant annet § 11 fra offentlighetslovens regler, uavhengig av om det dreier seg om en etterforskning eller en sak med sikte på å treffe et pålegg. Begrunnelsen for bestemmelsen er hensynet til å verne etterforskningen.⁴² Dette tilsier en innskrenkende fortolkning, slik at offentlighetslovens vanlige regler kommer til anvendelse i en sak om å gi et pålegg. Selvinkrimineringsvernet

Side 356:

gjelder ikke på kontrollstadiet eller i en sak som dreier seg om å treffe vedtak om pålegg.⁴³ Dreier det seg derimot om etterforskning, vil vernet gjelde.⁴⁴

Utgangspunktet for når reglene for sanksjonsprosessen kommer til anvendelse, må være det tidspunkt hvor tilsynet har gitt varsel som innebærer en konkret anklage om brudd på § 11.⁴⁵ Utfallet av en sak om brudd på § 11 behøver imidlertid ikke være noe annet enn et vanlig forvaltningsrettslig pålegg etter § 12, som jo verken etter norsk rett eller EMK kan anses som en straff overfor foretaket. Det må derfor kreves noe mer enn et rent varsel om at tilsynet behandler spørsmålet om § 11 er brutt, for at sanksjonsreglene skal komme til anvendelse.

Det må på den ene siden være klart at tilsynet må kunne undersøke konkurranseforholdene i en bransje og herunder kreve opplysninger fra en antatt dominerende aktør i medhold av § 24, uten at saken må behandles som en sanksjonssak. Etter § 9 har tilsynet fortsatt tradisjonelle tilsyns- og kontrolloppgaver. Avgjørelsen i Rt. 2000 s. 996 om tilleggsatt utgjør en relevant sammenligning. Høyesterett uttalte her:

«Utgangspunktet er at likningsmyndighetene (og fylkesskattekontorene) har anledning til å henvende seg til skattyter, be om tilleggsopplysninger og iverksette administrative kontrolltiltak vedrørende riktigheten av opplysninger som skattyter har gitt, herunder stedlig kontroll, uten at skattyter kan anses som straffesiktet etter artikkel 6.»

Det må også være klart at myndighetene som ledd i sitt tilsyn må kunne beslutte at den vil behandle saken etter § 12 og ikke etter § 29, med den virkning at reglene for sanksjonsprosessen ikke kommer til anvendelse. Det innebærer på den ene siden at foretaket og dets ansatte ikke kan påberope seg noen begrensninger i forklarings- og utleveringspliktene etter § 24, og på den annen side at de vanlige regler om partsoffentlighet og allmenoffentlighet kommer til anvendelse.

På den annen side er det like klart at tilsynet kan tilkjenne at den behandler saken som en etterforskning med mulig vedtak om overtredelsesgebyr som utgang på saken. Gjør tilsynet det, skal saken behandles etter de sanksjonsprosessuelle regler. En slik tilkjenning kan skje uttrykkelig ved varsel til mistenkte parter om at etterforskning er igangsatt. Det kan også skje indirekte, for eksempel ved at tilsynet begjærer bevissikring etter § 25 eller nekter innsyn etter §§ 26 eller 27.

Side 357:

Tvil om hvilke regler som gjelder, kan oppstå der tilsynet foretar innsamling og vurdering av opplysninger uten å gi til kjenne noe standpunkt med hensyn til om det gjelder en påleggssak eller en sanksjonssak. Etter vanlige regler må tilsynet ha et visst spillerom til å la dette spørsmål forbli uavklart. Ordinære kontrolltiltak vil som sagt i seg selv ikke utløse reglene for sanksjonssaker. Etter forvaltningsloven § 16 skal parten gis varsel om hva «saken» gjelder. Dreier saken seg om spørsmålet om å ilegge en sanksjon, må dette opplyses særskilt i varselet. Det er dette varselet som normalt vil være avgjørende for om reglene for sanksjonsprosessen inntreffer, dersom ikke tilsynet på annen måte, for eksempel ved å gå til bevissikring, har utløst reglene.⁴⁶ Som utgangspunkt behøver ikke tilsynet å gi varsel som det første den gjør, det er tilstrekkelig at varsel gis før vedtak treffes. Varsel må likevel ikke gis så sent at det mister sin reelle betydning. Dette betyr at det er kravet til varsel som vil være avgjørende for når tilsynet senest må tilkjenne at den behandler saken som en sanksjonssak. På den annen side vil spørsmålet i praksis ofte måtte løses før, fordi tilsynet ønsker å gå til bevissikring eller gjøre unntak fra forvaltningslovens generelle innsynsregler.

En annen forskjell mellom den forvaltningsrettslige tilsynsprosess og sanksjonsprosess er kravene til den sannsynlighetsovervekt som må foreligge for å konstatere at de faktiske betingelser for å treffe et tyngende vedtak er til stede. Det alminnelige utgangspunktet i forvaltningsretten er at vanlige bevisregler gjelder. Forvaltningen skal basere sine vedtak på det som det anser sannsynliggjort, og domstolene overprøver denne vurderingen ut fra det retten anser sannsynliggjort. I tilsynsforvaltningen kan det endog være grunn til

å gripe inn i situasjoner også der en skade ikke er sannsynliggjort, ut fra føre var-betraktninger. Hvorvidt det er adgang til dette, vil bero på en tolkning av den aktuelle kompetansebestemmelse. I sanksjonssaker er utgangspunktet det motsatte, nemlig at det må kreves klar sannsynlighetsovervekt for å ilegge sanksjonen, se Rt. 1999 s. 14.⁴⁷

I utgangspunktet skulle man derfor tro at overgangen til et forbudsregime vil stille noe større krav til bevisene for å begrunne reaksjoner overfor foretakene enn etter inngrepsregimet. Dette var en konsekvens av omleggingen som ble lagt til grunn av Konkurranselovutvalget.⁴⁸ Departementet uttalte på sin side at vanlige regler for krav til bevisets styrke i sivile saker bør gjelde.⁴⁹ Stortingskomiteens flertall uttrykte sin støtte til dette standpunktet.

Side 358:

Når det gjelder vurderingene av om en høy pris eller en produksjonsbegrensning er effektivitetsreduserende, vil resultatet avhenge mer av det generelle teoretiske syn man har på monopolbedrifters handlefrihet i markeder uten etableringshindre, enn av de krav man stiller til bevis. Her går frontene mellom dem som hevder at en kapasitetsbegrensning eller monopolpris er skadelig nærmest uansett, og dem som hevder at markedet selv vil disiplinere monopolisten. Dette er spørsmål som ikke avgjøres av en vurdering av bevisene i den enkelte saken. Diskusjonen om hvilke beviskrav som skal stilles for å reagere på en overtredelse av loven, har derfor større praktisk betydning for overtredelse av kartellforbudet i § 10 enn forbudet mot misbruk av dominerende stilling i § 11.

Departementets og stortingsflertallets syn nedfelte seg ikke i noen regulering av beviskravene i loven. Kravene til bevis må derfor avgjøres på ulovfestet grunnlag. Det generelle ulovfestede utgangspunktet er det som Høyesterett trakk opp i Rt. 1999 s. 14. Høyesterett la her vekt på om et domsresultat forutsetter forhold som er sterkt klanderverdige eller infamerende for en part, og om en står over for en reaksjonsform som har store likhetspunkter med strafferettslige reaksjoner. Et mindretall mente generelt at beviskravene ved administrativ inndragning må anses for å være de samme som ved inndragning ved forelegg eller dom for så vidt angår spørsmålet om det foreligger en overtredelse.

Det kan diskuteres om lovgiveren i det hele tatt står fritt til å bestemme at sanksjoner av den type det er tale om, skal kunne ilegges uten et kvalifisert beviskrav. Uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 vedrører også kravene til bevis, men det er usikkert om bestemmelsen bare innebærer at anklagemyndigheten har bevisføringsbyrden, eller om den også setter krav til graden av

sannsynlighetsovervekt for å felle i en sak om straffanklage.⁵⁰
Forordning 1/2003 artikkel 2 sier at

«i samtlige medlemsstaters og Fællesskabets procedurer vedrørende anvendelsen af traktatens artikkel 81 og 82 påhviler bevisbyrden for overtrædelse af traktatens artikkel 81, stk. 1, eller artikkel 82 den part eller myndighed, der gør overtrædelsen gældende».

Heller ikke denne bestemmelsen er imidlertid klar med hensyn til om den regulerer bevisføringsplikten eller kravet til sannsynlighetsovervekt. Det er med andre ord vanskelig å gi noen sikker konklusjon med hensyn til om det er adgang til å ilegge denne typen overtredelsesgebyr ut fra en ren sannsynlighetsovervekt.

De argumenter departementet anfører i proposisjonen for ikke å ha et kvalifisert sannsynlighetskrav, er lite overbevisende. For det første anføres det at det står to parters interesser opp mot hverandre i slike saker, den antatte overtreders mot hensynet til samfunnet

Side 359:

og forbrukerne. En slik interessekonstellasjon kan tenkes i forhold til om det skal gis et pålegg etter § 12, men ikke i forhold til om et overtredelsesgebyr skal ilegges etter § 29. Det kan jo vanskelig hevdes at det vil ramme forbrukerne om man i etterhånd unnlater å ilegge et overtredelsesgebyr overfor et foretak fordi det ikke lar seg bevise med klar overvekt at konkurransen er begrenset i strid med loven.⁵¹ Argumentet kan tilsi at man har forskjellige krav til beviset i forhold til de to bestemmelsene, men ikke at man lempet på beviskravet for å ilegge overtredelsesgebyr. Det neste argumentet er at et kvalifisert beviskrav kan føre til at man ikke får sanksjonert overfor et foretak som «beriker seg på samfunnets og forbrukernes bekostning». Det er imidlertid et generelt trekk i sanksjonsretten at beviskravet kan føre til at selv klanderverdige lovovertredere går fri. Endelig viser departementet til at overtredelsesgebyr er ment å være en fleksibel sanksjon. Dette argumentet synes å forutsette at loven åpner for å utmåle gebyrets størrelse ut fra hvor sannsynlig det er at forbudet er overtrådt, noe som neppe er holdbart.

Jeg har vanskelig for å tenke meg at domstolene vil ilegge et overtredelsesgebyr i størrelsesorden ti prosent av foretakets samlede omsetning siste år bare fordi de finner det litt mer sannsynlig at foretaket har misbrukt en dominerende stilling, enn at det ikke har det. Annerledes kan det være ved domstolsprøving av konkurransetilsynets pålegg etter § 12, hvor det er lettere å tenke

seg at domstolene på bakgrunn av uttalelsene i forarbeidene vil nøye seg med å kreve alminnelig sannsynlighetsovervekt. En annen sak er at det kan reises spørsmål om det er heldig å ha forskjellige beviskrav i forhold til de to bestemmelsene. Dersom beviskravene er andre og mer lempelige for anvendelse av påleggskompetansen etter § 12 enn for illeggelse av overtredelsesgebyr etter § 29, kan bestemmelsen bli et virkemiddel for Konkurransetilsynet til å regulere konkurransen der det er tvil om overtredelse av §§ 11 eller 12 kan bevises. Siden det ofte kan være bevistvil, særlig i kartellsaker, vil ulike beviskrav kunne påvirke tilsynets prioritering i retning av å foretrekke påleggsveien fremfor å bruke ressurser på en mer usikker sanksjonsvei. Sett i forhold til å realisere lovens formål mest mulig effektivt vil dette kunne være en fornuftig strategi. Dette vil imidlertid ikke være en ønsket utvikling i forhold til lovens formål om å skjerpe reaksjonene overfor konkurranseskadelig atferd.⁵² En slik situasjon kan med andre ord virke som et incentiv for tilsynet til å løse flere saker enn ønskelig med et pålegg, og dermed motvirke det generelle formålet bak reglene om overtredelsesgebyr som et hensiktsmessig virkemiddel for å søke å føre en mer effektiv kontroll med skadelige konkurransebegrensninger.

-
- 1 En oversikt med utgangspunkt i EØS-avtalen er gitt av Olav Kolstad i Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, EØS-rett, 2. utg. Oslo 2004. For oversiktslitteratur basert på EU-reglene se bl. a. Jens Fejø, EU-konkurrenseret: almindelig del, København 2003 og Richard Whish, Competition Law, 5. utg., London 2004.
 - 2 Se nærmere om disse spørsmål Hans Petter Graver, Internasjonale konvensjoner som rettskilde, LoR 2003 s. 468-489, særlig s. 483-487.
 - 3 Se NOU 2003:12 Ny konkurranselov s. 49, Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68 og Innst. O. nr. 50 (2003-2004) avsnitt 2.3.
 - 4 Om gjennomføring av konkurransereglene i EF-traktaten artikkel 81 og 82.
 - 5 Om samhandelskriteriet se Olav Kolstad, Samhandelskriteriet i EØS-avtalens artikkel 53 og 54, LoR 1996 s. 407-434.
 - 6 Om kravet til effektiv gjennomføring av EØS-forpliktelser ved nasjonale myndigheter se Erling Hjelmeng, Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler, Oslo 2003 s. 46-63.
 - 7 Dette til forskjell fra forholdet mellom Å 10 og artikkel 53 hvor konformitetskravet går begge veier, se Å 7 annet ledd første punktum.
 - 8 For en detaljert analyse av formålene til fellesskapsrettens konkurranseregler med spesiell fokus på artikkel 81 se Giorgio Monti, Article 81 EC and Public Policy, Common Market Law Review 39: 1057-1099, 2002.
 - 9 Se Monti, Article 81 EC and Public Policy s. 1065-1069.

- 10 Dette kan muligens slå annerledes ut for reglene om konkurransebegrensende avtaler, siden stortingskomiteens flertall signaliserer at de ønsker en mer restriktiv bedømmelse av vertikalt samarbeide og for reglene om foretakssammenslutninger da Å 16 fjerde ledd sier at inngrep ikke kan finne sted dersom det foreligger et velfungerende nordisk eller europeisk marked, og foretakssammenslutningen eller ervervet etter annet ledd heller ikke virker negativt for norske kunder. Jeg går ikke nærmere inn på disse spørsmålene.
- 11 Se Ot.prp. nr. 6 (2003Å2004) s. 69.
- 12 Se generelt om dette Olav Kolstad, Fra konkurransepolitikk til konkurranserett, Oslo 1998 s. 33Å39.
- 13 Se om dette Whish s. 188Å189 med henvisning til sak 322/81 Michelin mot Kommisjonen Saml. 1983 s. 3461.
- 14 Se generelt Hans Petter Graver, Den juristskapte virkelighet, Oslo 1986 særlig kapittel 3 og for forholdet mellom rettsanvendelse og økonomisk teori mer spesifikt A.C. Stray Ryssdal, Legal Realism and Economics as Behaviour, Oslo 1995 s. 91Å110.
- 15 Se nærmere om dette spørsmål Graver, Internasjonale konvensjoner som rettskilde s. 482Å483.
- 16 Ot.prp. nr. 6 (2003Å2004) s. 29.
- 17 Innst. O. nr. 50 (2003Å2004) avsnitt 2.3.
- 18 Se ovenfor note 10 om stortingskomiteens innstilling til Å 10.
- 19 Ot.prp. nr. 6 (2003Å2004) s. 73.
- 20 Se NOU 2001:28 Delinnstilling om endringer i konkurranselovgivningen s. 26Å27.
- 21 Se EF-domstolens sak 27/76 United Brands mot Kommisjonen Saml. 1978 s. 207.
- 22 EU-kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan har utgitt kunngjøringer om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i EU og EØS, se EF-Tidende nr. C 372 av 9/12/1997 s. 5 og EF-Tidende nr. L 200/48 og EØS-tillegget 1998 28/3. I denne heter det bl.a. at ÅForetak er utsatt for tre hovedtyper av konkurransemessig begrensninger i sin handlefrihet: etterspørselssubstitusjon, tilbudssubstitusjon og potensiell konkurranseÅ.
- 23 Se Kolstad, Samhandelskriteriet i EØS-avtalens artikkel 53 og 54, s. 433.
- 24 Når det gjelder den materielle rekkevidden av bestemmelsene, innebærer ikke overgangen til den nye loven nødvendigvis store forskjeller. Inngrep etter Å 3-10 forutsatte begrensning av konkurransen som vilkår for inngrep, mens forbudsbestemmelsene i den nye loven ÅÅ 10 og 11 forutsetter et det er tale om konkurransebegrensende tiltak. Det er samme sider ved markedenes økonomiske funksjon som skal beskyttes, noe som tilsier samme materiell rekkevidde for reglene, se Kolstad, Fra konkurransepolitikk til konkurranserett s. 62.
- 25 Se Ot.prp. nr. 6 (2003Å2004) s. 118 støttet av en enstemmig komitÅ i Innst. O. nr. 50 (2003Å2004) avsnitt 2.7.
- 26 Se NOU 2003:12 s. 116Å119 for en oversikt. Den hittil høyeste boten, EUR 273 millioner, er gitt for misbruk av dominerende stilling. Kommisjonen har nylig i en ikke-rettskraftig avgjørelse ilagt Microsoft en bot på EUR 497 millioner.
- 27 Innst. O. nr. 50 (2003Å2004) avsnitt 2.8.
- 28 Se generelt Hans Petter Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 2. utg. Oslo 2002 s. 346Å349.
- 29 Se Ot.prp. nr. 6 (2003Å2004) s. 70.

- 30 Se nærmere Hans Petter Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 2. utg., Oslo 2002 s. 136-144.
- 31 Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 73 hvor det som begrunnelse uttales at Åforbudene i utkastet til ÅÅ 10 og 11 vil omfatte de fleste tilfeller som det har vært aktuelt å gripe inn overfor etter konkurranseloven 1993 Å 3-10, men at det likevel ikke kan utelukkes at det kan forekomme atferd som faller utenfor forslaget til ÅÅ 10 og 11, men som det av hensyn til konkurransen i markedet likevel vil være ønskelig å forbyÅ.
- 32 Generelt om mulighetene for å påberope konkurransereglene som grunnlag for rettigheter og plikter mellom private se Erling Hjelmeng, Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler, Oslo 2003.
- 33 Courage Ltd mot Bernard Crehan og Bernard Crehan mot Courage Ltd m.fl. Sak C-453/99, Saml. 2001 s. I-06297.
- 34 Se Hjelmeng s. 259.
- 35 Se Hjelmeng s. 155-156.
- 36 Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 72.
- 37 Se nærmere redegjørelsen og begrunnelse i NOU 2003:12 s. 160-161.
- 38 Se redegjørelsen til Fredrik Sejersted, Vedtaksprosessen i EFs konkurranseprosess med særlig vekt på partenes innsynsrett, IUSEF 8, Oslo 1993 og Ingrid Rogne, Forklaringsplikt i konkurransesaker, IUSEF 33, Oslo 2000.
- 39 Dette prinsippet er nå kodifisert i EUs Charter om grunnleggende rettigheter artikkel 51 som sier at ÅBestemmelse i dette charter er rettet til Unionens institusjoner og organer under iagttagelse af nærhedsprinsippet samt til medlemsstaterne, dog kun når de gjennomfører EU-rettenÅ.
- 40 Se NOU 2003:12 s. 187-188.
- 41 For en oversikt over prosessuelle bestemmelser og fullmakter for tilsynet etter den gamle loven, se Anders Ryssdal, Konkurransesaksprosessen, Jussens Venner 2003 s. 169-200. De særlige hjemler til å kreve informasjon i Å 6-1 og til bevissikring i Å 6-2 er videreført i den nye loven ÅÅ 24 og 25, slik at fremstillingen her fortsatt har aktuell interesse, se særlig s. 186-195. For en oversikt over diskusjonen før trustlovens regler, som er en klar forløper til fullmaktene i dagens lov, se Ragnar Knoph, Trustloven av 1926 med kommentarer, Oslo 1927 s. 64-69.
- 42 Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 177.
- 43 Slik også Ryssdal, Konkurransesaksprosessen s. 197.
- 44 Se oversikten i NOU 2003:12 s. 182-187 og NOU 2003:15 Fra bot til bedring (Sanksjonsutvalgets innstilling) s. 103-106.
- 45 Se NOU 2003:15 Fra bot til bedring (Sanksjonsutvalgets innstilling) s. 98-99.
- 46 Sammenlign NOU 2003:15 Fra bot til bedring (Sanksjonsutvalgets innstilling) s. 189-191.
- 47 Se nærmere drøftelsen hos Bjørn O. Berg, Forvaltnings sanksjoner, Oslo 2003 (utrykt dr. avhandling) s. 105-112.
- 48 Se NOU 2003:12 s. 130-131.
- 49 Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 117.
- 50 Se Berg s. 232-234.
- 51 Se generelt om forholdet mellom beviskrav og kontrære interessemotsetninger Jens Edvin A. Skoghøy, Tvistemål, 2. utg. Oslo 2001 s. 675.
- 52 Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 117.

© Universitetsforlaget