

Konkurransopolitiske virkninger av EØS-avtalen

**Erling Hjelmeng
Lars Sjørgard**





OM RAPPORTEN

Rapporten er skrevet på oppdrag for Europautredningen. Innholdet i rapporten er forfatterens ansvar. Rapportene er å betrakte som et innspill til utredningen og reflekterer ikke Europautredningens synspunkter.

OM FORFATTERNE



Erling Hjelmeng

Erling Hjelmeng (dr. juris 2003) er professor ved Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo, og professor II ved Norges Handelshøyskole. Hans hovedarbeidsfelt er konkurranserett og erstatningsrett. Hjelmeng er leder for utvalget som vurderer endringer i konkurranseloven.



Lars Sjørgard

Lars Sjørgard er dr.oecon (1993) og professor ved Institutt for Samfunnsøkonomi ved Norges Handelshøyskole. Han underviser på kurs som konkurransepolitikk og konkurranserett, og forsker på feltene næringsøkonomi (industrial organization), konkurransepolitikk og konkurransestrategi. I perioden 2004-2007 var han sjeføkonom i Konkurransetilsynet.

Innhold

1. Innledning	5
2. Konkurransopolitikk – begrensninger i rapporten og forklaring av opplegget	6
3. Konkurranseretten	7
3.1 Innledning	7
3.2 Kort om konkurransereglene og forholdet til EØS-avtalen	7
3.3 Utvikling av regelverket i EU	8
3.3.1 Innledning	8
3.3.2 Utviklingen i materielle adferdsregler	9
3.3.3 Utvikling i håndhevelse/sanksjoner	9
3.3.4 Fusjonskontroll	10
3.4 Utviklingen i norsk konkurranserett	11
3.4.1 Trustlov/prislov	11
3.4.2 Konkurranseloven 1994	11
3.4.3 Konkurranseloven 2004 – harmonisering	12
3.5 Nærmere om utvikling og EU-påvirkning under krrl. 2004	14
3.5.1 Adferdsreglene	14
3.5.2 Håndhevelse av konkurransereglene	17
3.5.3 Fusjonskontroll	19
3.6 EU-rettens betydning gjennom EØS-avtalen	20
3.6.1 Innledning	20
3.6.2 EØS-konkurransereglenes anvendelse	20
3.6.2.1 Adferdsreglene	20
3.6.2.2 Fusjonskontrollen	21
3.6.3 Konkurransetilsynets håndhevelse av EØS-reglene	22
3.6.3.1 Innledning	22
3.6.3.2 Begrensninger etter EØS-avtalen	22
3.6.3.3 Plikten til å håndheve EØS-reglene	24
3.6.3.4 Konkurransetilsynet og deltakelse i ECN	24
3.7 Vurdering	24
4. Statsstøtregelverket	25
4.1 Innledning	25
4.2 Skatt og avgift	25
4.3 Miljøpolitikk	26
4.4 Konkurransetiltak	26
4.5 Salg av offentlig eiendom	27
4.6 Konklusjon	27
5. Sektorliberalisering	27
5.1 Liberalisering	27
5.2 Tilsynsstruktur og organisering	28
6. Overordnede utviklingstrekk og erfaringer	30
6.1 Norsk medlemskap i EU	30
6.2 Norsk frihandelsavtale med EU	30
6.3 Mulige samfunnsøkonomiske virkninger	34
7. Oppsummering	35
Appendix A: Avgjørelser av DG Competition som involverer norske selskaper	37
Appendix B: Virkninger av markedsrett	38
B.1 Begrepet markedsrett	38
B.2 Virkninger av markedsrett	38
B.2.1 Dødvektstap	38
B.2.2 Uproduktiv profittsøking (rent seeking)	40
B.2.3 Høyere kostnader	41
B.2.4 Redusert innovasjon	43
B.3 En oppsummering	44

Konkurransopolitiske virkninger av EØS-avtalen

Erling Hjelmeng og Lars Sørگرد

1. Innledning

Vi har påtatt oss å gi en forskningsbasert utredning om "Konkurransopolitiske virkninger av EØS-avtalen". I mandatet er det skissert tre delproblemstillinger:

- *"Utviklingen av rettsregler innenfor konkurransepolitikken i Norge og EU, over tid fra EØS-avtalens inngåelse til i dag",*
- *"Håndhevelse av disse reglene innenfor konkurransepolitikken, i Norge og i EU land over tid".*
- *Konkurransenivået i Norge, nivå sammenligninger mellom nå og før EØS, og sammenligninger mellom Norge og andre EU-land.*

I mandatet er de to første punktene presisert som følger:

"Hva angår disse punktene vil utredningen se på konkurranseretten i snever forstand. Det innebærer at arbeidet rettes mot de tre hovedpilarene: forbud mot misbruk av dominerende stilling, forbud mot konkurransebegrensende samarbeide og inngrep mot fusjoner og oppkjøp, slik disse er fastlagt i EØS art 53, 54 og 57.

Utredningen skal videre behandle utviklingen av regelverket, i den forstand at man ettergår hvordan dagens konkurranserettslige regelverk er utviklet i EU/EØS og senere har påvirket utformingen av det nasjonale konkurranserettslige regimet. Videre vil utredningen vurdere norske konkurransemyndigheters håndhevelse av konkurransereguleringen (både konkurranseloven og EØS-reglene) opp mot håndhevelse i regi av Kommisjonen og ESA, samt diskutere norske myndigheters involvering i samarbeidet mellom europeiske konkurransemyndigheter. Endelig vil utredningen vurdere fusjonsregelverket særskilt, idet det er på det rene at reglene om

jurisdiksjon fører til at særlig nordiske foretakssammenslutninger faller utenfor EØS-regelverket om fusjonskontroll.

Utredningen vil også omfatte en kort redegjørelse for hvordan EU/EØS-reglene om liberalisering av markeder (der det primære virkemiddelet er direktivregulering) har påvirket norsk regelverk og tilsynsstruktur. På dette punkt vil vi begrense oss til en kortfattet sektor-for-sektor oversikt, der hovedformålet vil være å undersøke om det foreligger generelle trender for tilpasningen av den internrettslige implementerings- og håndhevelsesfunksjonen.

I tillegg vil utredningen under disse punktene kort omtale statsstøttereglene, først og fremst for å legge til rette for analysen i pkt. 3.) Herunder vil vi problematisere statsstøttereguleringens ekspansjon i forhold til påvirkning av bl.a. skatte- og avgiftspolitik og miljø- og klimapolitikk.

Regelverket om offentlige anskaffelser vil ikke bli behandlet."

Mandatet på de to første punktene er følgelig todelt, idet vi dels skal fokusere på utviklingen av rettsregler, dels på håndhevelsen av disse. Emnemessig kan det ut fra mandatet identifiseres tre hovedområder:

1. Utviklingen innenfor konkurranseretten i snever forstand, dvs. konkurranseloven holdt opp mot EØS art. 53, 54 og fusjonsregelverket
2. Utviklingen av reglene om offentlig støtte, herunder den internrettslige gjennomføringen og oppfølgingen av disse
3. Sektorliberalisering.

Siden oppgaven til dels er noe ulikt formulert for disse områdene, samtidig som områdene reiser litt ulike problemstillinger, har vi valgt å gå gjennom område for område. Dette innebærer at de to delproblemstillingene som er skissert innledningsvis vil besvares suksessivt innenfor hver hoveddel.

Den tredje problemstillingen omhandler overordnede utviklingstrekk og erfaringer, og er i mandatet skissert som følger:

“Det vil ikke bli foretatt en selvstendig empirisk studie av punkt 3). Men forfatterne vil peke på likheter og forskjeller mellom de nordiske landene, og drøfte om dette kan forklares av det faktum at konkurransereglene i de fleste næringer er svært like i disse landene. Videre vil vi fokusere på enkelte sektorer, der det kan være særlig interessante fenomener. Dette gjelder bl.a. næringsmiddelindustrien, som grunnet beskyttelsen av norsk jordbruk har en spesiell stilling i Norge, og hvilke konsekvenser dette har for det tilbudet kundene får på dette feltet. Dessuten vil vi drøfte konsekvensene av statsstøttereglene, og bl.a. illustrere det med mulige virkninger i det norske kraftmarkedet (herunder energiavgifter og det såkalte industrikraftregimet).”

Det er naturlig at denne drøftingen følger etter at vi har skissert dagens konkurranserettslige regime og dermed at det tar utgangspunkt i de restriksjoner og eventuelle muligheter som EØS-tilknytningen innebærer for Norge hva angår konkurransepolitikk.

Rapporten er organisert som følger. I neste kapittel definerer vi hva vi mener med 'konkurransepolitikk' og avgrensner rapportens tema. I kapittel 3 drøfter vi konkurranseretten, både hva angår utvikling i EU, EØS-området og i Norge, og i hvilken grad det er harmonisering mellom de ulike jurisdiksjonene. I kapittel 4 og 5 foretar vi en lignende, dog mer kortfattet, drøfting av henholdsvis statsstøttereglene og sektorliberaliseringen. I kapittel 6 drøfter vi overordnede utviklingstrekk og erfaringer i lys av beskrivelsen i de foregående kapitlene. I kapittel 7 oppsummerer vi vår drøfting.

2. Konkurransopolitikk – begrensninger i rapporten og forklaring av opplegget

Begrepet “konkurransepolitikk” har ikke noen klar avgrensning. I utgangspunktet kan all politikktutforming – gjennom regulering, økonomiske virkemidler eller andre styringsverktøy – som har som delformål å påvirke, skape eller legge til rette for konkurranse i et marked, betegnes som konkurransepolitikk. Til begrepet hører også naturlig konkurranseutsetting av offentlige tjenester. Det ville sprengte rammene for enhver rapport systematisk å gå gjennom alle områder og styringsverktøy som kan komme innunder “konkurransepolitikk” og vurdere den EØS-rettslige innflytelsen. Derfor fokuserer også denne rapporten på det som kan defineres som kjernen i konkurransepolitikken. I så måte er ambisjonen todelt: For det første å behandle regulering som tar sikte på å skape eller legge til rette for ny konkurranse i markedene, gjennom liberalisering av sektorer som tidligere ikke har vært utsatt for konkurranse. Dette gjelder for eksempel telekom, kraft og transport. Innenfor slike områder er det gjerne opprettet sektorvise tilsynsmyndigheter som skal påse at regelverket etterleves og fungerer. Flere myndigheter er også tillagt betydelig reguleringsmyndighet.

For det andre fokuserer vi på regler som tar sikte på å beskytte markedene mot kunstige begrensninger i konkurransen. I så måte står konkurransereglene for foretak i en særstilling, gjennom fusjonskontrollen og forbudene mot konkurransebegrensende adferd på markedet. Videre tar vi opp statsstøttereglene, som setter skranker for hvordan det offentlige kan intervensjon økonomisk i markedene. Vi tar ikke opp reglene om fri bevegelse, selv om disse reglene selvsagt har en betydelig konkurransepolitisk innvirkning.¹ Fokuset i denne rapporten er på regelverket om foretaks markedsadferd.

“Konkurransepolitikk” kan enten ses fra en norsk synsvinkel, eller i et EØS-/EU-perspektiv. Fra et norsk perspektiv er problemstillingen rapporten skal behandle først og fremst en sammenlikning av implementering og innhold i hhv. norsk og europeisk konkurransepolitikk, samt en vurdering av påvirkningen. Sett fra et EU-synspunkt er spørsmålet i første rekke hvordan EUs konkurransepolitikk implementeres i Norge gjennom EØS-avtalen, og hvilke begrensninger

¹ Det må bemerkes at iverksettelse av tiltak for å fremme konkurranse på det norske markedet etter forholdene vil kunne anses som restriksjoner på den frie bevegelse, jf. diskusjonen om forbudet mot bonusopptjening på innenlandske flyruter. Dette behandles i 3.5.1 nedenfor. Noen aspekter vedrørende fri bevegelse tas også opp i pkt. 6.

ger EØS-avtalen for dette formålet legger på norske myndigheter – herunder deres adgang til å utforme en selvstendig konkurransepolitikk. EUs konkurransepolitikk – definert ved realiseringen av det indre marked – kan således både påvirke og fortrenge en nasjonal konkurransepolitikk.

Rapporten behandler begge aspekter, riktignok slik at betoningen er ulik i de forskjellige delene. Et fellestrekk mellom de tre områdene som behandles, er imidlertid at EUs konkurransepolitikk (vi benytter uttrykket “EUs konkurransepolitikk” idet EØS-avtalen ikke legger opp til en egen policyutvikling innenfor EØS-avtalen) implementeres i Norge. På disse områdene er det i begrenset grad rom for en selvstendig nasjonal politikk, utover tilfellene hvor samhandelen ikke er påvirket.

3. Konkurranseretten

3.1. Innledning

Vi oppfatter mandatet på dette punktet som todelt: Spørsmålet om EUs påvirkning av norsk konkurransepolitikk (dvs. betydningen for utviklingen av konkurranseloven), samt spørsmålet om EUs konkurransepolitikk gjennomslag i Norge gjennom EØS-reglene (herunder KTs håndhevelse av EØS-regelverket).

3.2. Kort om konkurransereglene og forholdet til EØS-avtalen

I konkurranseretten skilles det mellom regler om kontroll med fusjoner og oppkjøp (strukturegler) på den ene siden, og reglene om foretaks adferd i markedet (adferdsregler) på den andre. Regelverket innenfor disse to hovedpilarene er temmelig ulikt. Endringer i markedsstruktur gjennom fusjoner og oppkjøp er både i EU og norsk rett gjenstand for en inngrepsbestemmelse i kombinasjon med meldeplikt. Adferdsreglene er derimot basert på forbudsbestemmelser som retter seg mot ulike typer konkurransebegrensende opptreden. På den annen side er det store likheter i konkurransereglene i de ulike jurisdiksjonene Norge, EU og EØS innen hver av de to områdene (henholdsvis strukturegler og adferdsregler).

Adferdsreglene i EØS-avtalen finnes i art. 53 og 54. Disse korresponderer med konkurranseloven § 10 og 11, som er harmonisert med EØS-regelverket. De

tilsvarende EU-bestemmelsene finnes i TEUF art. 101 og 102.

Artikkel 53 setter forbud mot konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak. Bestemmelsen fanger både opp horisontale samarbeid (for eksempel priskarteller) og vertikale samarbeid (typisk binding av en forhandlers videresalgsspris). Til forbudet er det knyttet en unntaksbestemmelse, jf. 3. ledd. Denne bestemmelsen fungerer som et “effektivitetsforsvar”, dvs. at der samarbeidet skaper effektivitetsgevinster som overstiger skadevirkningene på konkurransen (for eksempel større kostnadsbesparelser gjennom stordriftsfordeler), vil samarbeidet likevel være lovlig. Forutsetningen er at forbrukerne får del i de fordeler som oppnås. Innholdet i 3. ledd er presisert i flere såkalte gruppefritaksforordninger, jf. nærmere nedenfor.

Artikkel 54 forbyr misbruk av dominerende stilling. I motsetning til art. 53 rammer denne bestemmelsen ensidig adferd, typisk prispolitikk, rabattsystemer, foretagningsnektelser mv. Forutsetningen er at foretaket har en dominerende stilling på markedet. En typisk sak som har vært mye omtalt er Microsoft-saken.² Her var Microsofts kobling mellom operativsystemet Windows og programvare for medieavspilling ett av de to forholdene Kommisjonen reagerte på. Under krll. har tilsynet ført saker mot bl.a. TINE og SAS vedrørende hhv. eksklusivavtaler og rovprising.

Adferdsreglene i EU og EØS er sanksjonert med bøter. I senere tid har Kommisjonen gradvis øket bøtenivået. Den høyeste boten gjennom tidene er ilagt Intel, og beløp seg til 1,06 mrd. €. I flere saker har bøtenivået ligget fra ca. 500 mill. € og oppover.³ Under EØS-avtalen har det bare vært ett vedtak der bot er ilagt, dette gjelder Posten som ble ilagt en bot på 102 mill. NOK for eksklusive avtaler om post i butikk.⁴

Etter konkurranseloven kan Konkurransetilsynet (KT) ilegge overtredelsesgebyr etter de samme kriterier som Kommisjonen, jf. krll. § 29. Det høyeste gebyret etter norsk rett ble ilagt i TINE-saken. Gebyret var på 45 mill. NOK, noe som senere er redusert i domstolene.⁵ Brudd på § 10 (konkurransebegrensende samarbeid) er også straffesanksjonert, og straff kan også ilegges privatpersoner. Fengselsstraff har imidlertid aldri vært

² Sak T-201/04.

³ Statistikk over konkurransebøter legges ut på <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

⁴ Se <http://www.eftasurv.int/press--publications/press-releases/competition/nr/1286>.

⁵ Saken er anket inn for Høyesterett, og er således ikke rettskraftig avgjort.

benyttet i Norge, selv om det er flere eksempler på at både foretak og privatpersoner har blitt bøtelagt.

Regler om prosess og sanksjoner er i EU og EØS nedfelt i en egen forordning, forordning 1/2003. De tilsvarende reglene for KT er ikke harmonisert, og finnes dels i konkurranseloven, dels i forvaltningsloven og ellers ulovfestede regler om forvaltningsprosessen. Straffesaker følger reglene i straffeprosessloven.

Fusjonsreglene er annerledes, idet det ikke er tale om forbuds- men inngrepsregler, kombinert med meldepikt. Selv om reglene er temmelig parallelle, er fusjonsreglene i konkurranseloven ikke harmonisert med EU. Dette gjelder både den materielle vurderingen og prosedyrereglene.

EØS-avtalens regler kommer til anvendelse der samhandelen faktisk eller potensielt, direkte eller indirekte påvirkes.⁶ Det ligger i dette at samhandelskravet er fortolket vidt, og at det ikke skal mye til før det er oppfylt. Den norske krrl. har en annen geografisk avgrensning. I loven § 5 heter det at "Loven gjelder for vilkår, avtaler og handlinger som foretas, har virkning eller er egnet til å ha virkning her i riket."⁷

Det ligger i kortene at krrl. og EØS-reglene vil kunne komme til anvendelse på samme saksforhold, så lenge atferden har virkning "her i riket" og samhandelen mellom Norge og andre EØS-land påvirkes. I slike tilfeller følger det av EØS-krrl. § 7 første ledd at Konkurransetilsynet er forpliktet til å anvende EØS-reglene (i tillegg til krrl.).⁸ I praksis innebærer denne plikten at tilsynet i alle saker av noe betydning må foreta en vurdering av samhandelsdimensjonen. Det samme gjelder der de alminnelige domstoler behandler saker under krrl. At forbudene kommer til anvendelse sammen har ikke betydning for sanksjoner overfor foretak, jf. prinsippet om *ne bis in idem* (forbud mot å straffe to ganger for samme handling). Samme prinsipp gjelder der Kommisjonen anvender både EU- og EØS-reglene. Hvis ESA eller Kommisjonen velger å ta opp en sak, vil tilsynet miste sin kompetanse etter EØS-krrl., jf. forordning 1 art 11(6).

Hvis EU-/EØS-reglene først kommer til anvendelse på et forhold, legger regelverket føringer på anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning. Selv om

medlemsstatene ikke har vært forpliktet til å foreta en EU-harmonisering av nasjonal konkurranselovgivning, forbyr EØS-retten anvendelse av avvikende nasjonal lovgivning på saker om samarbeid mellom foretak.⁹ For norsk retts del følger dette av EØS-krrl. § 7 annet ledd. Siden § 10 er harmonisert med art 53 spiller dette liten rolle, men det setter for eksempel skranker for anvendelsen av forskriftshjemmelen i § 14 om konkurransefremmende tiltak, jf. nedenfor. Mht. misbruksforbudet er regelen litt annerledes; her godtas det at nasjonal lovgivning kan være strengere enn art 54. Hvis ESA først har fattet vedtak i en sak, følger det eksplisitt av EØS-krrl. § 6 annet ledd at tilsynet ikke kan fatte vedtak i strid med dette.

Reglene om fusjonskontroll bygger på en mye klarere oppdeling mellom EØS-rett og intern rett. Dette skyldes at reglene bygger på spesifikke kompetansebestemmelser for den enkelte myndighet, samtidig som grensen mellom nasjonal rett og EU-/EØS-regler følger skarpe grenselinjer. I EU- og EØS-retten bygger fusjonskontrollen på et one-stop-shop prinsipp, hvilket betyr at en sak enten faller inn under fusjonsforordningen eller nasjonal rett. Hovedregelen er at hvis en fusjon har EU-dimensjon (dvs. oppfyller terskelverdiene for omsetning) vil Kommisjonen eller ESA være enekompetent og behandle saken, bortsett fra dersom 2/3 av omsetningen er generert i et medlemsland og dermed den aktuelle nasjonale konkurransemyndighet behandler fusjonen. Dette er ingen absolutt regel, da det er rom for å overføre saker enten til eller fra EU-kommisjonen.

Er terskelverdiene ikke oppfylt, er det nasjonal konkurranselovgivning som gjelder.

3.3. Utvikling av regelverket i EU

3.3.1. Innledning

Adferdsreglene har stått uendret siden Romatraktaten (1957). Det har imidlertid vært en omfattende utvikling under disse reglene, både i form av sekundærlovgivning og «soft-law» (kommisjonskunngjøringer). Denne utviklingen gjennomgås kort i 3.3.2. Fusjonsreglene er langt nyere (1989), og har blitt endret ved flere anledninger. Utviklingen her behandles i 3.3.4.

6 Sak 56/65 Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH, Dansk specialudgave 1965-68 s. 211.

7 Ved forskrift av 17. oktober 2008 er loven også gitt anvendelse på Svalbard.

8 EØS-konkurranseloven gjennomfører på dette punkt bestemmelsene i forordning 1.

9 Dette representerer en spesifikk anvendelse av det såkalte «forrangsprinsippet», dvs. at gjennomført EØS-lovgivning går foran andre bestemmelser i norsk rett, jf. EØS-loven § 2.

3.3.2. Utviklingen i materielle adferdsregler

Kommisjonen fikk først hjemmel til å håndheve Traktatens konkurranseregler i 1962, gjennom forordning 17.¹⁰ Denne forordningen var lagt opp slik at Kommisjonen var enekompetent til å anvende fritaksbestemmelsen i (nåværende) art. 101 tredje ledd, som dermed fungerte som en dispensasjonshjemmel for samarbeid som falt innenfor forbudet i første ledd. En relativ bred fortolkning av forbudsbestemmelsen skapte et stort behov for slike individuelle dispensasjoner, som sprengte Kommisjonens kapasitet. Løsningen på dette problemet ble at saker i økende grad ble avsluttet uformelt, samt at det ble utstedt gruppefritaksforordninger, som på visse vilkår fritok kategorier av avtaler fra det generelle forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Gruppefritak ble etter hvert utstedt på mange områder, bl.a. lisensavtaler, distribusjonsavtaler og ulike horisontale samarbeid, bl.a. forskning og utvikling.

Kombinasjonen av en vid tolkning av forbudsbestemmelsen og vilkårsstillelse i gruppefritaksforordninger gjorde at Kommisjonen i stor utstrekning fikk herredømme over konkurransepolitikken på disse områdene. Domstolens rolle var mer fokusert på klargjøring av vanskelige, men ofte mer tekniske, tolkningsspørsmål. Rollen innenfor konkurransereglene for foretak kan således ikke sammenlignes med Domstolens betydning for eksempel i utviklingen av regelverket om de fire friheter.

Utviklingen innenfor misbruksforbudet var noe annerledes, idet denne bestemmelsen ikke hadde noen egen fritaksmulighet. Dermed fikk Kommisjonen også i mindre utstrekning "enerett" på policyutvikling. Det er således ikke gitt sekundærlovgivning som nærmere utpensler innholdet av denne bestemmelsen.

Vi ser ikke noen grunn til å beskrive i detalj innholdet i Kommisjonens konkurransepolitikk. Denne er godt beskrevet i årlige rapporter om konkurransepolitikken, som er tilgjengelig på web.¹¹ Derimot er det naturlig å fremheve den dreining mot mer bruk av økonomiske vurderinger som har vært tydelig. Dette er ikke minst viktig fordi EU-policy synes inspirert av utviklingen i amerikansk antitrust. Denne "more economic approach" er gjort gjeldende både under art. 101 og 102.

På flere områder innen konkurranseretten i EU har økonomiske vurderinger således fått en mer sentral rolle. For det første ble det i retningslinjene for defi-

nisjonen av det relevante marked som ble kunngjort i 1997 spesifisert ulike økonomiske metoder for å avdekke det relevante marked, herunder prinsippet forbundet med den såkalte SSNIP-testen som først ble introdusert i USA. For det andre ble retningslinjene for vertikale restriksjoner betydelig endret fra 2000 av, fra et system med gruppefritak uten noen kobling til økonomiske prinsipper til regler som er forankret i økonomiske vurderinger knyttet til markedsrett (terskelverdier for markedsandeler) og potensiell skade forbundet med visse typer vertikale restriksjoner. For det tredje har retningslinjene for inngrep mot fusjoner og oppkjøp også blitt bedre forankret i økonomiske prinsipper. Hva angår horisontale fusjoner skjedde det i 2004, da en åpnet for muligheten for å gripe inn ikke bare mot noen typer konkurranseskadelige fusjoner men også de bedriftserverv som har sin bakgrunn i såkalte ikke-koordinerte effekter. I 2009 kom det også nye retningslinjer for ikke-horisontale fusjoner, som var sterkt inspirert av økonomisk analyse av den type fusjoner og oppkjøp. Sist, men ikke minst, har 'guidance paper' for misbruk av dominans som ble offentliggjort i 2009 beskrevet det overordnede prinsippet for å gripe inn mot misbruk av dominans å være hvorvidt det er en ensidig handling av en dominerende aktør – som defineres som en med betydelig markedsrett – som er skadelig for forbrukerne. Dette innebærer at en legger vekt på den mulige virkningen av den ensidige handlingen for forbrukerne/etterspørerne, og dermed åpner for en økonomisk analyse av virkning.

3.3.3. Utvikling i håndhevelse/sanksjoner

Forordning 17 ga Kommisjonen omfattende fullmakter til å håndheve konkurransereglene. Blant de viktigste virkemidlene var etterforskningsfullmakter, kompetanse til å ilegge bøter, samt kompetanse til å frita samarbeid og sette vilkår. I det opprinnelige EØF (EEC) var det få medlemsstater som hadde egne konkurransemyndigheter, og Kommisjonen tok derfor en lederrolle i å utvikle nye holdninger til konkurranse på markedene og å sikre etterlevelse av regelverket.¹²

Prosess- og sanksjonsreglene ble stående uendret frem til 1. mai 2004, da forordning 17 ble erstattet av forordning 1/2003.¹³ Denne innebar en gjennomgripende

12 Et fungerende konkurransetilsyn fantes i årene etter at Romtraktaten trådte i kraft omtrent bare i Vest-Tyskland gjennom Bundeskartellamt.

13 Erfaringene med den nye forordningen er presentert av Kommisjonen i evalueringsrapporten om forordning 1 fra 2009, se COM(2009) 206 final, 29.4.2009 og Commission Staff Working Paper SEC(2009) 574 final, 29.4.2009.

10 Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler 85 og 86, EFT dansk spesialutgave serie I kapitel 1959-1962 s. 81.

11 Se <http://ec.europa.eu/competition/publications/index.html>.

reform langs flere linjer. De to viktigste var å effektivisere Kommisjonens virkemidler og å legge til rette for mer desentralisert håndhevelse gjennom medlemsstatenes konkurransemyndigheter. Stikkordsmessig kan de viktigste endringene oppsummeres punktvis:

1. Regulering av forholdet mellom EU-konkurranserett og nasjonal konkurranse rett
2. Regulering av nasjonale konkurransemyndigheters kompetanse
3. Opprettelse av et nettverk av nasjonale konkurransemyndigheter
4. Regulering av nasjonale domstolars anvendelse av konkurransereglene
5. Opphevelse av Kommisjonens "dispensasjonsmonopol" under art. 101 tredje ledd (slik at bestemmelsen ble gjort direkte anvendelig)
6. Introduksjon av hjemmel til å gi pålegg om strukturelle endringer for å sikre etterlevelse
7. Introduksjon av hjemmel til å gjøre "tilsagn" bindende ved vedtak.¹⁴
8. Utvidelse av etterforskningsfullmaktene, bl.a. ved at Kommisjonen kan gis tilgang til private hjem.

Dette rammeverket har skapt et system der Kommisjonen konsentrerer seg om policyutvikling samt større saker som gjerne dekker flere EU-land. Et særlig fokus har vært – og er – på kartellbekjempelse. Videre har Kommisjonen i økende grad tatt for seg enkeltbransjer gjennom "Sector Inquiries", hvilket bl.a. gjelder energi, finansielle tjenester og legemidler.¹⁵

Kommisjonen har alltid vært innrømmet relativt vid diskresjon i bruken av sine fullmakter. Vedrørende prioritering av saker har Domstolen anerkjent at Kommisjonen har adgang til å prioritere saker med "Community interest", dvs. sile ut saker ut fra prinsipiell eller økonomisk betydning.¹⁶ I kjølvannet av forordning 1 har det også vært tatt grep for å øke den desentraliserte håndhevelsen, dvs. at konkurransereglene håndheves av medlemsstatenes konkurransemyndigheter.

Også for utformingen av sanksjoner har Kommisjonen vært gitt et betydelig spillerom. Kommisjonen kan for eksempel foreta generelle skjerpelser i bøtenivået hvis den finner dette nødvendig for å gjennomføre konkur-

ransepolitikken effektivt.¹⁷ Nettopp bøteutmåling er et område hvor Kommisjonen i stor utstrekning har bidratt med "nyvinninger" innenfor sin kompetanse. En ordning med "leniency" (strafferabatt) ble innført i 1996, gjennom kunngjøring. Innenfor sin diskresjon mht. bøteutmåling forpliktet Kommisjonen seg her til å gi det første foretaket som tilstod deltakelse i et kartell full bøtefrihet, mens etterfølgende foretak ble innrømmet mer begrensede nedsettelse.¹⁸

Videre har Kommisjonen etablert en egen forliksprosedyre i kartellsaker, ved at tilståelse også uten bidrag til oppklaring vil kunne belønnes med bøtenedsettelse (begrenset til 10 %).¹⁹ Denne ordningen er formalisert gjennom en kommisjonsforordning. Bøteutmåling er ellers standardisert gjennom en egen kunngjøring. Den entydige tendensen har imidlertid vært en kraftig økning i bøtenivået.²⁰

Forordning 1 er tatt inn som del av ODA, der ESA er gitt tilsvarende beføyelser som Kommisjonen. ESA har imidlertid spilt en marginal rolle som konkurransemyndighet. Det første vedtaket som innebar bøter, ble således fattet i 2010 mot Posten Norge. Vedr. policyutvikling har ESA adoptert Kommisjonens kunngjøringer, slik at rettstilstanden fremstår som identisk.

3.3.4. Fusjonskontroll

I motsetning til adferdsreglene finnes regler om fusjonskontroll bare i sekundærlovgivningen. Etter noen spredte forsøk på å benytte misbruksforbudet mot oppkjøp av foretak på begynnelsen av 70-tallet, tok det 17 år med forhandlinger før EU vedtok sin fusjonsforordning i 1989.²¹ Temaet var svært omstridt blant medlemsstatene, idet fusjonskontroll ble ansett å gripe inn i nasjonal industripolitikk og eierskap. Forordningen har blitt revidert to ganger; først en begrenset revisjon i 1997, deretter en større omlegging i 2004 der den opprinnelige forordningen ble erstattet med forordning 139/2004.²²

Forordningen etablerer et system med meldeplikt for fusjoner og oppkjøp ("foretakssammenslutninger")

14 Nærmere bestemt kan Kommisjonen akseptere tilsagn fra foretak som ledd i et «forlik» som avslutter saken, og gjøre tilsagnene bindende ved vedtak. Et slikt vedtak tar ikke stilling til om konkurransereglene er brutt.

15 Se http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries.html.

16 Se for eksempel sak T-24/90 Automec srl. v Kommisjonen, Sml. 1999 s. II-2223, særlig prem. 77.

17 Forente saker 100-103/80, SA Musique Diffusion Française m.fl. v Kommisjonen, Sml. 1983 s. 1825, prem. 103 ff.

18 Se nærmere Graver/Hjelmgang: Norsk Konkurranserett, Bind 2 Prosess og sanksjoner, 2006, s. 67 ff.

19 Dvs. at det er tale om en ren plea bargain.

20 Se nærmere Wouter Wils: The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR, [2010] World Competition 5.

21 Forordning 4064/89, EFT 1989 L 395 s. 1.

22 EUT 2004 L 24 s. 1

med såkalt EU-dimensjon. Foretakssammenslutning er definert som fusjoner eller endring i kontroll med foretak (ervert av minoritetsposter som ikke gir bestemmende innflytelse over foretaket er således ikke omfattet). Med EU-dimensjon menes transaksjoner som oppfyller visse (relativt høye) terskelverdier knyttet til de berørte foretakenes omsetning. Gitt visse skadelige effekter ("significant impediment of effective competition"), kan foretakssammenslutningen enten forbys eller godkjennes på vilkår. Kommisjonen har siden 1989 behandlet drøyt 5000 saker, hvorav om lag 20 har ført til totalt forbud.

Revisjonen i 2004 gikk bl.a. ut på å utvide inngrepsgrunnlaget (slik at man ikke lenger var avhengig av å etablere "dominerende stilling" for å gripe inn), samt revisjon av terskelverdiene. Forordningen er ledsaget av et omfattende sett retningslinjer i form av kommisjonskunngjøringer.²³

3.4. Utviklingen i norsk konkurranserett

3.4.1. Trustlov/prislov

Norsk konkurranserett går tilbake til trustloven av 1926, som (i likhet med dagens regelverk i EU) i alle fall delvis var inspirert av amerikansk antitrust.²⁴ Etter krigen dreide fokus mot prisregulering, men regler om kartellsamarbeid og leverandørreguleringer (vertikale avtaler i dagens terminologi) ble innført som forskrifter til prisloven allerede i 1960. Videre ble prisloven supplert med regler om fusjonskontroll (daværende prislov § 42A) i 1988. Ved fremforhandlingen av EØS-avtalen hadde Norge således allerede i kraft et noe fragmentarisk regelverk på konkurranserettens område.²⁵

3.4.2. Konkurranseloven 1994

Parallelt med EØS-forhandlingen ble det nedsatt et utvalg som fikk i mandat å legge frem forslag til nytt regelverk i konkurranseretten.²⁶ Et tilsvarende arbeid ble gjennomført i Sverige.²⁷ Utvalget la frem et forslag til lov som på mange områder avvek fra regelverket i EU, som senere ble tatt inn i EØS-avtalen.²⁸ Forholdet

23 Se <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/legislation.html>.

24 Forut for trustloven ble Statens provianteringskommission opprettet i 1914, etterfulgt av Statens Pristilsyn fra 1917.

25 Vi går ikke nærmere inn på regelverket forut for 1994.

26 NOU 1991:27 Konkurranselov for effektiv ressursbruk. Utvalget ble oppnevnt 2. februar 1990.

27 SOU 1991: 59. Det regelverket som ble foreslått her, lå nærmere det som senere ble vedtatt i Norge enn EU-regelverket.

28 Det svenske forslaget ble aldri vedtatt, men erstattet med en

til EUs regler er drøftet i NOU 1991:27 s. 186 ff (avsnitt 14.5). Utvalget viser der til at "de vide og til dels uskarpe forbudsbestemmelser i Roma-traktaten gir begrenset veiledning for næringslivet", og at "systemet er tungt å praktisere". Det vises også til at motstrid mellom EU-reglene og nasjonal rett "sjelden" vil oppstå. Utvalget vurderte heller ikke behovet for "uniforme rammebetingelser" for næringslivet som problematisk, fordi "det vil være gjort klart at visse handlinger vil bli møtt med misbilligelse og mulighet for inngripende økonomiske sanksjoner både fra EF og norske konkurransemyndigheter". Utvalget legger dessuten til grunn:

"Utvalget foreslår i hovedsak at de konkurransereguleringer som er forbudt i Norge i dag, også bør forbys i fremtiden. De reguleringer utvalget foreslår forbudt, er også lagt under forbud i EF. På den annen side har utvalget ikke sett seg tvunget til å kopiere EFs lovteknikk. Det ville gjort det nødvendig å kopiere også deler av det tungvinte administrasjonssystem og de mange og til dels uoversiktlige unntaksregler. Det passer dårlig for et land med 4 millioner innbyggere."²⁹

Ved departementets behandling var EØS-avtalen undertegnet, og regelverket gjennomført i norsk rett ved EØS-loven og EØS-konkurranseloven av 27. november 1992. Departementet problematiserte ikke spørsmålet om harmonisering særskilt, men uttalte at næringsdrivende ville måtte tilpasse seg begge regelsett.³⁰ Konkurranseloven trådte i kraft 1. januar 1994, samtidig med EØS-reglene.

Adferdsreglene i 1994-loven bygget på forbud mot de mest alvorlige former for konkurransebegrensninger, dvs. pris- anbuds – og markedsdelingssamarbeid. Annen adferd (bl.a. alt som pr. i dag ligger under misbruksforbudet), var ikke gjenstand for forbud, men Konkurransetilsynet kunne etter lovens § 3-10 gripe inn mot "vilkår, avtaler og handlinger dersom tilsynet finner at disse har til formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet i lovens § 1-1".

Fusjonsregelverket (§ 3-11) ga adgang til å gripe inn mot fusjoner eller oppkjøp (herunder minoritetsposter) som ville føre til eller forsterke en vesentlig begrensning i konkurransen i strid med lovens formål. Denne

EU-harmonisert modell, se Regeringens proposition 1992/93:56 Ny konkurranselovgivning. Det opprinnelige forslaget (Bernitz-utvalget) fremmet sitt forslag i SOU 1991:59 Konkurranselov for økt velfærd.

29 NOU 1991:27, s. 187.

30 Se Ot.prp. nr. 41 (1992-93), s. 98-99.

materielle testen var ulik EU, og mer på linje med amerikansk rett.

Konkurranseloven 1994 bygget på en ren effektivitetsstandard, dvs. at hensynet til samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk ble satt foran hensynet til for eksempel forbrukerinteresser. Dette kom til uttrykk i den eksplisitte henvisningen til konkurransebegrensninger "i strid" med lovens formål, jf. både § 3-10 og 3-11. Loven avvek således fra EF-/EØS-reglene, der hensynet til forbrukerne samt realiseringen av det indre marked også var (og er) sentrale.

Konkurransetilsynet hadde etter 1994-loven ikke kompetanse til selv å ilegge overtredelsesgebyr. Tilsynet kunne imidlertid gå til søksmål om såkalt vinningsavståelse.³¹ For øvrig var brudd på lovens forbudsbestemmelser straffesanksjonert.

Selv om konkurranseloven 1994 ble konsipert i EØS-forhandlingenes innspurt ble loven ikke harmonisert med EF-reglene. Selv om enkelte virkemidler utvilsomt var inspirert av EF-regelverket, valgte konkurranselovutvalget en mindre intervensjonistisk modell tilpasset Norges mer begrensede størrelse. Inntrykket er også at konkurranseloven 1994 i dette perspektivet fremstod som mer moderne og mer i pakt med rådende oppfatninger i økonomisk teori enn EFs daværende regelverk. Samtidig er det på det rene at lovutvalget var i tvil om valg av modell. Således er det betegnende når det skrives at

"Utvalget viser til at utviklingen i EF vil få betydning for norske markedsaktører ved sin egen kraft og ikke ved den tilknytning Norge velger. Norske bedrifter må leve med EFs konkurranseregler dersom de ønsker å eksportere til fellesmarkedet. Dette taler i seg selv for en tilpasning og uniformering, og hadde gjort det selv om Norge hadde hatt en bedre regulering enn EF på konkurranserettens område. Men det har vi heller ikke."³²

Det faller utenfor rammene for fremstillingen her å evaluere konkurranseloven av 1994 og dens virkninger. Det bør likevel understrekes at loven med sin lite intervensjonistiske tilnærming, men samtidig med omfattende inngrepsfullmakter for konkurransemyndighetene i konkrete saker, synes godt tilpasset en mindre og mer gjennomslagskraftig økonomi, og med lite potensial til å komme i konflikt med EØS-regelverket.

31 I motsetning til i EU, og dagens konkurranselov, lå søksmålsbyrden således på tilsynet. Vinningsavståelse er etter det vi kjenner til kun benyttet i én sak (Stormøllen).
32 NOU 1991:27, s. 187.

Samtidig var regelverket så fleksibelt at man unngikk den "tvangstrøyeeffekt" og problemer med å fange opp ny innsikt fra økonomisk teori som EU slet med i mange år.

3.4.3. Konkurranseloven 2004 – harmonisering

I 2000 ble det nedsatt et lovutvalg ledet av Hans Petter Graver.³³ I mandatet var utvalget bedt om å vurdere en harmonisering av regelverket. Det heter:

"Regjeringen har besluttet å oppnevne et offentlig utvalg som skal foreta en gjennomgang av norsk konkurranselovgivning og fremme forslag om nytt regelverk på området. Behovet for en bred gjennomgang av norsk konkurranselovgivning er bl.a. begrunnet i erfaringene med den norske konkurranseloven og EØS' konkurranseregler, utviklingen i EUs og EØS' konkurransepolitikk de senere år, samt signaler fra Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan, ESA, om at nasjonale konkurransemyndigheter i større grad bør håndheve EUs og EØS' konkurranseregler (desentralisert håndheving)."³⁴

Spesifikt om mulig harmonisering heter det:

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

33 Utvalget ble oppnevnt 24. november 2000.

34 NOU 2001:28, s. 11 (avsnitt 2.2)

prosessuelle bestemmelsene, sanksjonsreglene og organiseringen av konkurransemyndighetene.

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

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

På bakgrunn av ovenstående bes utvalget om å:

vurdere om og eventuelt i hvilken utstrekning en ny norsk konkurranselov bør utformes etter mønster av EØS-avtalens konkurranseregler eller en annen lovmodell og gi en tilråding om dette.”³⁵

Utvalget avga sin første innstilling i 2001, som var begrenset til en vurdering av EØS-harmonisering/desentralisert håndhevelse.³⁶ Utvalget gikk i sin innstilling inn for en harmonisering av adferdsreglene, men viste til behovet for nærmere overveielser for andre deler av konkurranselovgivningen (dvs. håndhevelse og fusjonskontroll). Utvalget sammenfattet sin anbefaling som følger:

“Utvalget anbefaler at en ny norsk konkurranselov inneholder forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av markedsrett tilsvarende EØS-avtalens artikkel 53 og 54. Når det gjelder EØS-tilpasning av de øvrige deler av konkurransereglerne, anbefaler utvalget at behovet for å foreta tilpasninger drøftes i hovedutredningen i tilknytning til utarbeidelse av de ulike deler av regelverket.

Utvalget presiserer at en EØS-tilpasning ikke er til hinder for nasjonale tilpasninger for eksempel i form av særlige unntaksbestemmelser.

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

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

Som følge av internasjonaliseringen i næringslivet og utviklingen mot en EU-/EØS-harmonisert konkurranselovgivning hos nesten alle våre viktigste handelspartnere, er det etter utvalget oppfatning dessuten lite hensiktsmessig å utarbeide en særnorsk konkurranselov.”³⁷

Hovedinnstillingen kom i 2003. Utover en full harmonisering av de materielle adferdsreglene, innebar lovforslaget etableringen av et sanksjonsregime med overtredelsesgebyr ilagt av tilsynet selv, samt nye regler for fusjonskontroll basert på meldeplikt. Straffansvaret ble videreført, men bare for overtredelser av § 10.³⁸

Lovens formålsbestemmelse ble endret, noe som har skapt en del uklarheter. Lovens formål er fremdeles å realisere samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk,

35 NOU 2001:28, s. 12.

36 NOU 2001: 28 Delinnstilling om endringer i konkurranselovgivningen.

37 NOU 2001:28, s. 9-10 (avsnitt 1.3).

38 I tillegg er flere prosessuelle bestemmelser sanksjonert med straff.

likevel slik at det skal "tas særlig hensyn til forbrukernes interesser". Departementet har lagt til grunn at dette ikke innebærer noen realitetsendring for fusjonsaker, slik at det ikke (slik det gjøres i EU) kan oppstilles noe krav om at effektivitetsgevinster må komme forbrukerne til gode.³⁹ Dette betyr at dersom en fusjon genererer effektivitetsgevinster som mer enn oppveier effektivitetstapet som følge av begrenset konkurranse kan Konkurransetilsynet ikke gripe inn, selv om forbrukerne skulle komme dårligere ut.

3.5. Nærmere om utvikling og EU-påvirkning under krrl. 2004

3.5.1. Adferdsreglene

Harmoniseringen av adferdsreglene innebærer at bestemmelsene i konkurranseloven fortolkes i lys av EU- og EØS-reglene. Dette er også forutsatt i lovens forarbeider. I praksis vil således EU-domstolens tolkning av TEUF art. 101 og 102 styre rettsutviklingen under konkurranseloven.

Slik det er påpekt ovenfor har krrl. et formål som avviker noe fra EU-/EØS-reglene. Selv om departementet i Prior/Norgården ikke la til grunn at tillegget om at det skal tas særlig hensyn til forbrukerinteresser innebar en omlegning fra "totalvelferdsstandard" til "konsumentvelferdsstandard" i fusjonssaker, fremstår det som usikkert hvilken betydning dette tillegget har for andre spørsmål etter loven. Siden §§ 10 og 11 er harmonisert med EU-regelverket, og begge bestemmelser viser til forbrukerinteresser, er det neppe grunnlag for å hevde at det gjelder en totalvelferdsstandard under disse reglene. Selv om lovutvalget og departementet ved utarbeidelsen av loven la til grunn at det kunne oppstå ulikheter i tolkningen av bestemmelsene grunnet avvikende formål, vil det etter at forbrukertillegget kom inn i loven neppe være grunnlag for slike ulikheter. Derimot kan det ikke utelukkes at reglene etter krrl. kan tolkes noe lempeligere mht. absolutt områdebeskyttelse, noe som behandles svært strengt i EU. Dette skyldes hensynet til å realisere et indre marked (integrasjonshensynet), som gjør seg gjeldende med særlig tyngde i EU-reglene.

Store deler av Kommisjonens policyutvikling skjer gjennom soft-law instrumenter i form av kunngjøringer/retningslinjer for bedømmelsen av ulike typer

adferd.⁴⁰ Disse har naturlig nok betydning også for tolkningen av krrl. §§ 10 og 11, selv om de heller ikke i EU-retten er formelt bindende. Konkurransetilsynet har ikke gitt ut tilsvarende retningslinjer for tolkningen av konkurranseloven.⁴¹

I praksis har retningslinjene imidlertid stor gjennomslagskraft, også fordi de er grundige og inkorporerer økonomisk analyse. Retningslinjene opererer også innenfor de materielle konkurransereglene fastsatt i TEUF, og er derfor lite politisk kontroversielle. Dette betyr at Kommisjonens retningslinjer langt på vei vil virke førende også for rettstilstanden under krrl.

EU's *gruppefritaksforordninger* implementeres aktivt også under konkurranseloven. I løpet av 2010 har for eksempel Kommisjonens forordninger om fritak for vertikale avtaler (oppdatering av forordning 2790/99), motorvogn-distribusjon (som inkluderer viktige policy-områder som ettersalgsservice) og forsikringsområdet blitt gjennomført under konkurranseloven.⁴² Selv om det må forutsettes at avtaler som tilfredsstillende kriteriene i gruppefritakene også tilfredsstillende vilkårene i § 10 tredje ledd, er det på det rene at gruppefritakene rent faktisk har stor betydning for foretakenes tilpasning til loven. Noen egentlig overtakelse av EU-konkurransopolitikk kan dette imidlertid ikke kalles.

Konkurranseloven skiller seg fra EU-retten ved at det kan gis særskilte forskrifter om konkurransefremmende tiltak, jf. krrl. § 14. Bruken av slike særregler er begrenset av EØS-konkurranseloven § 7, som fastsetter at det ikke kan anvendes strengere nasjonal lovgivning på samarbeid mellom foretak. Der samhandelskravet er oppfylt, vil slike forskrifter således ikke kunne anvendes. Dette innebærer at EØS-konkurransereglene setter direkte begrensninger på utformingen av norsk konkurransepolitikk. Det er imidlertid viktig at EØS-retten ikke forbyr strengere regler for ensidige handlinger. Dette begrenser betydningen av § 7 – idet det generelle forbudet omfatter alt konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak – slik at behovet for

40 Dette gjelder først og fremst retningslinjene for hhv. horisontalt og vertikalt samarbeid under art. 101 (§10), og retningslinjene om håndhevelsesprioriteringer under art. 102 (§ 11).

41 Derimot har tilsynet gitt ut en generell tolkningsuttalelse vedrørende prosjektsamarbeid, som ikke har noe motstykke i EU.

42 Jf. forskrift nr. 898 av 21. juni 2010 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden, forskrift nr. 1214 av 24. august 2010 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden i motorvognsektoren og forskrift nr. 733 av 31. mai 2010 om anvendelse av konkurranseloven § 10 tredje ledd på grupper av avtaler, beslutninger og samordnet opptreden på forsikringsområdet.

39 Departementets vedtak i Prior/Norgården (vedtak 6. februar 2006), s. 19-20.

å regulere samarbeid som faller utenfor § 10 ikke er særlig stort.

Paragraf 14 fremstår som et fleksibelt og nyttig konkurransepolitisk virkemiddel. Opprinnelig var det imidlertid bare et mindretall i konkurranselovutvalget som gikk inn for en særskilt forskriftshjemmel for konkurransefremmende tiltak. I deres begrunnelse heter det:

“En forbudsbestemmelse tilsvarende artikkel 54 kommer kun til anvendelse overfor aktører som har en dominerende stilling i markedet. Bestemmelsen forbyr ikke skadelig atferd når det ikke kan påvises ensidig eller kollektiv markedsdominans. Ei heller gir den konkurransemyndighetene hjemmel til å (forskrifts-)regulere rammevilkårene generelt for alle aktører. Dette kan for eksempel være aktuelt når samfunnsøkonomiske hensyn tilsier at insentivene til alle aktørene i bestemte markeder eller bransjer bør reguleres.

Etter disse medlemmenes oppfatning er den viktigste grunnen til at det er behov for en hjemmel til å regulere markedene gjennom generelle bestemmelser gitt i forskrift, at det kan være behov for å iverksette konkurransefremmende tiltak i et marked selv om det ikke foreligger dominans eller kan bevises utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Det vil for eksempel kunne være tilfelle dersom det i hele eller store deler av en bransje har utviklet seg en salgs- eller innkjøpspolitikk som stenger konkurransevillige aktører ute eller som låser kunder inne på en slik måte at konkurransen begrenses uten at det kan påvises at noen aktør har en dominerende posisjon eller at de har samarbeidet innbyrdes. I slike tilfeller vil det kunne være aktuelt å gripe inn og forby en innarbeidet konkurransebegrensende praksis i bransjen for å legge til rette for å stimulere til effektiv konkurranse. En generell regulering kan også være mest hensiktsmessig fordi den sikrer like rammebetingelser for alle aktører i vedkommende bransje.”⁴³

Disse ideene fikk tilslutning i departementet. Departementet uttaler:

“Departementet mener at forbudene i utkastet til §§ 10 og 11 vil omfatte de fleste tilfeller som det har vært aktuelt å gripe inn overfor etter konkurranseloven 1993 § 3-10, men at det likevel ikke kan utelukkes at det kan forekomme atferd som

faller utenfor forslaget til §§ 10 og 11, men som det *av hensyn til konkurransen i markedet likevel vil være ønskelig å forby*. Det kan være tilfelle i markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende uten at forbudene i utkastet til §§ 10 og 11 kommer til anvendelse, eller det er vanskelig å bevise at forbudene brytes. Det kan gjelde salgsvilkår som hindrer nye aktører å komme inn på markedet, eller lojalitetsordninger som hindrer kundene å bytte mellom ulike leverandører. Bestemmelsen kan også anvendes i markeder der et foretak, for eksempel et dominerende foretak, bryter utkastets § 11 og flere andre foretak nytter samme konkurransebegrensende forretningsmetoder uten å rammes av forbudene, fordi de ikke har en dominerende posisjon i markedet.

Departementet mener på denne bakgrunn at det kan være behov for en forskriftshjemmel som åpner for regulering av de generelle rammebetingelsene for aktørene i et marked med mangelfull konkurranse, hvis dette skulle vise seg nødvendig ut fra lovens formål. Departementet mener også, i likhet med mindretallet, at en generell regulering gjennom forskrift vil være mest hensiktsmessig i slike tilfeller, fordi den sikrer like rammebetingelser for alle aktører i vedkommende bransje.”⁴⁴

Det følger av dette at formålet med § 14 er å supplere §§ 10 og 11 slik at det kan gis forskrifter om konkurransefremmende tiltak der konkurransen på markedet er begrenset. Dette formålet er også tydelig ut fra kommentarene til bestemmelsen:

“I § 14 gis Kongen, dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene, hjemmel til ved forskrift å gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål. ... Det er et vilkår for å anvende bestemmelsen at det er nødvendig for å fremme konkurransen. Videre kan det bare gripes inn mot vilkår avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål.”

Hittil er det gitt to slike forskrifter om konkurransefremmende tiltak, som begge gjelder adferd i forhold til forbrukere. For det første gjelder det forskrift om tilgang til boligannonsering på Internett, som gir privatkunder rett til å motta annonseringstjenester fra tilbydere som Finn.no.⁴⁵ For det andre gjelder det

44 Ot.prp. nr. 6 (2003-04), s. 73 (avsnitt 6.6.8), min uthevelse.

45 Forskrift nr. 1169 av 9. september 2009.

forskrift om forbud mot bonusprogrammer i innenriks luftfart, som setter forbud mot at flyselskap kan tilby bonusopptjening på innenlandske flygninger.⁴⁶ Begge disse forskriftene setter forbud mot konkurransebegrensende adferd som ikke omfattes av §§ 10 eller 11.⁴⁷

Innenfor sine områder må begge disse forskriftene anses å ha hatt stor betydning. Flybonusforskriften avløste Konkurransetilsynets vedtak 22/2002 av 18. mars 2002 etter daværende konkurranselovs § 3-10 om å forby bestemte flyselskapers bonusprogrammer. KT's vedtak, og senere forskriften, må anses ha lagt til rette for den økte konkurransen innenfor innenriks luftfart som har vokst frem etter hhv. åpningen av Gardermoen og SAS' kjøp av Braathens. Det er usikkert om Norwegian ville klart å etablere seg i markedet om SAS var blitt "skjermet" av et bonusprogram. Forskriften må således anses som et vellykket stykke konkurransepolitikk utenfor EØS-reglene.

ESA reiste i 2009 spørsmål om forbudet mot flybonus kunne være i strid med reglene om fri bevegelighet for tjenester. Så vidt vi vet er saken fremdeles til behandling hos ESA. Bonusforbudet ble, ved innføringen i 2002, også vurdert i forhold til forordningen om takster og rater i luftfart.⁴⁸ Departementet kom imidlertid til at forordningen ikke var til hinder for reguleringen.⁴⁹

Også forskriften om tilgang til boligannonser på internett forbyr konkurransebegrensende tiltak som ikke omfattes av EØS-reglene. Heller ikke disse reglene er omfattet av EØS-harmoniseringen, idet den forbyr ensidige handlinger av ikke-dominerende foretak.

Mht. utviklingen av adferdsreglene etter 2004-loven er det således på det rene at den frivillige harmoniseringen fungerer etter hensikten. Samtidig er det på det rene at rettsutviklingen reelt sett bestemmes av Kommisjonen, riktignok slik at dette skjer innenfor de rammer som er trukket opp av hhv. TEUF og krrl. §§ 10 og 11. Selv om EØS-konkurranseretten legger begrensninger på adgangen til å anvende et avvikende regelverk der samhandelen er påvirket er det under krrl.

gitt særlige forskrifter for å avbøte konkurransepolitiske problemer i enkeltmarkeder, uten at disse kommer i strid med EØS-konkurransereglene. Utviklingen har således vist at det fremdeles er rom for selvstendig regelutvikling, og at det har vært behov for dette, også i tilfeller hvor samhandelen påvirkes.

Under konkurranseloven er det også gitt enkelte generelle unntaksforskrifter som bør kommenteres. Disse unntakene omfatter nødvendigvis ikke EØS-reglene, men gjør kun unntak fra den norske konkurranseloven. Hvis samhandelen påvirkes, gjelder EØS-retten således fullt ut. Under § 3 er det gitt unntak for visse samarbeid innenfor landbruk og fiske, omsetning av bøker, samarbeid mellom privatpraktiserende leger, psykologer og fysioterapeuter, samt for samarbeid om klinisk veterinærsvakt.⁵⁰ Selv om både landbruk, fiske og bokavtalen kan være politisk omdiskuterte, har dette begrenset betydning for de spørsmål som tas opp her. Det bemerkes at også EU unntar landbruk fra sine konkurranseregler, samtidig som landbruks- og fiskeriprodukter uansett gjennomgående er unntatt fra EØS-avtalens regler.

Endelig må det påpekes at Kongen i statsråd har mulighet til å overprøve KT's virkemiddelbruk under adferdsreglene på politisk grunnlag, samt tillate adferd i strid med §§ 10 eller 11, jf. krrl. § 13 om prøving i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning. Bestemmelsen berører ikke § 29 om overtredelsesgebyr. Denne bestemmelsen har ikke vært benyttet i praksis, og vil bare være anvendelig der samhandelen ikke er påvirket.

Selv om hovedtrekkene i adferdsreglene er harmonisert, har fremstillingen vist at norsk rett avviker både i form av strengere regelverk på noen områder, samt særskilte unntak på andre områder. Dette indikerer at norsk konkurransepolitikk fanger opp særskilte behov sett fra norske forhold, selv om man som en klar hovedregel har bestemt seg for å bygge på EUs regelverk.

46 Forskrift nr. 684 av 20. juni 2007.

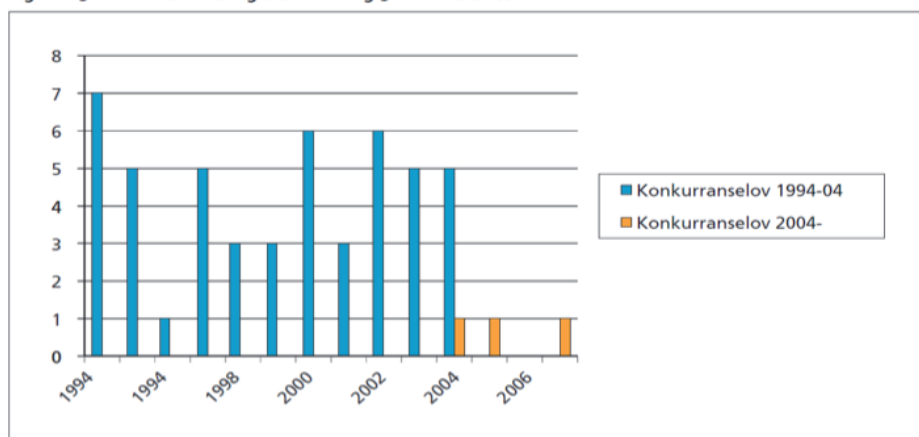
47 I begge tilfeller fordi det dreier seg om ensidig adferd iverksatt av ikke-dominerende aktører.

48 Rådsforordning 2409/92 (EØF) av 23. juli 1992 om takster og rater i lufttrafikk, innlemmet i norsk rett jf. luftfartsloven § 16-1 og forskrift av 15. juli 1994 nr. 691 §1 punkt 6.

49 Se departementets vedtak i klagesak over KT's vedtak om å forby bonusprogrammer etter krrl. 1994, pkt. 8.1.2. (tilgjengelig på http://www.regjeringen.no/nn/dep/fad/dok/andre-dokumenter/brev/utvalgte_brev/2002/inngrep-mot-flyselskaperens-innenriks-bon.html?id=90863).

50 Forskrift nr 651 av 23. april 2004 om unntak for samarbeid mv. innen landbruk og fiske, forskrift nr. 367 av 29. april 2005 om unntak fra konkurranseloven § 10 for samarbeid ved omsetning av bøker, forskrift nr. 674 av 19. juni 2009 om unntak fra konkurranselova for samarbeid mv. for enkelte grupper privatpraktiserende leger, psykologer og fysioterapeuter og forskrift nr. 1660 av 17. desember 2010 om mellombels unntak fra konkurranseloven for avtaler om klinisk veterinærsvakt.

Figur 1: § 3-10 vedtak etter gammel lov og § 11 vedtak etter nåværende lov.



3.5.2. Håndhevelse av konkurransereglene

I dette avsnittet er det av betydning å vurdere to forhold: Innholdet i reglene om prosess/sanksjoner, samt håndhevelsesprioriteringer. Først vil vi imidlertid knytte noen kommentarer til vedtakspraksis på det enkeltområdet som undergikk størst endring som følge av EØS-harmoniseringen; overgangen fra inngrepsregime til forbudsregime for misbruk av dominerende stilling.⁵¹

En sammenligning mellom 1994-loven og 2004-loven viser et markant fall i antall vedtak mellom det gamle og det nye regimet.⁵²

Selve effekten – færre vedtak – må sies å være forventet, fordi det kan legges til grunn at en bøtesanksjonert forbudshjemmel (§ 11) virker preventivt og at man således unngår den typen adferd det tidligere er grepet inn overfor. I et slikt perspektiv indikerer nedgangen i antall vedtak at loven virker etter sin hensikt. Det kan imidlertid også være andre forklaringer, først og fremst ved at det skal mer til for å anvende § 11 (jf. vilkårene om dominerende stilling og misbruk) enn 1994-lovens § 3-10 (konkurransbegrensende virkning).⁵³ Det er likevel ikke empirisk grunnlag for å hevde at omlegningen har ført til at adferd det ville vært grepet inn mot etter 1994-loven nå tillates. Selv om effekten er usikker, er det uansett rimelig å anta at § 11 i kraft av

51 2004-loven innførte også forbud mot visse samarbeidsformer som det tidligere bare kunne gripes inn mot, bl.a. andre horisontale samarbeid enn karteller, og enkelte former for vertikale restriksjoner. Det har ikke vært tatt stansnings- eller bøtevedtak mot slike samarbeid etter 2004.

52 Ett inngrepsvedtak etter § 3-10 – forbudet mot innenriks flybonus – er videreført gjennom § 14-forskrift etter den nye loven, jf. nærmere om denne pkt. 3.5.1 ovenfor.

53 Et poeng her er riktignok at § 11 forbyr enkelte typer adferd *per se*, noe som for konkurransemyndighetene representerer en lettelse sammenlignet med å påvise en konkret konkurransebegrensende virkning.

forbudsbestemmelse har hatt en sterkere normerende effekt for dominerende foretak sammenlignet med 1994-lovens § 3-10.

I forhold til det siste, er det få indikasjoner på at KT ser hen til Kommisjonens prioriteringer. Slik det er påpekt ovenfor, prioriterer Kommisjonen saker som berører flere land, særlig omfattende kartellsaker. Norsk konkurransepolitikk utformes, med tanke på generelle prioriteringer, av departementet gjennom de årlige tildelingsbrevene. Her pekes det typisk ut markeder det skal føres særskilt tilsyn med. Likevel er det på det rene at Kommisjonens “sector inquiries” rent faktisk påvirker tilsynets virksomhet, ved at det avdekkes konkurransepolitiske problemer i ulike markeder.

Innenfor *virkemiddelbruken* ligger det allerede i loven selv en betydelig harmonisering. Dette gjelder for eksempel bøtenivå, der det i forarbeidene er forutsatt at nivået i Norge skal tilsvare nivået i EU. Det er riktignok slik at bøter også er avhengig av den økonomiske innvirkningen av overtredelsen, noe som nødvendigvis i praksis vil gjøre det absolutte nivået lavere når det tas utgangspunkt i det norske markedet.

Konkurranseloven 2004 viderefører imidlertid straff (både foretaksstraff og personstraff) som sanksjon for brudd på forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Under 2004-loven har det så langt ikke vært benyttet straffesanksjoner mot privatpersoner, selv om enkelte foretak har akseptert forelegg. Tendensen synes å være at KT foretrekker overtredelsesgebyr. Samtidig er det i flere europeiske land innført straffansvar for brudd på konkurranselovgevingen. Et slikt virkemiddel finnes imidlertid ikke i EU-retten.

Videre er det klart nok at utøvelsen av gebyrkompetansen, samt regelutviklingen, er klart inspirert av EU bl.a.

gjennom den tunge satsningen på leniency (immunitet/strafferabatt).⁵⁴

Nettopp leniency kan tjene som et eksempel på at overføringen av ordninger som har skapt suksess i EU ikke nødvendigvis er like vellykket under norske forhold. Kommisjonen har hatt stor suksess med sitt leniencyprogram, der utsikten for den første som tilstår overfor Kommisjonen forsterker en grunnleggende usikkerhet i karteller, slik at man oppnår en effekt hvor rasjonelle foretak søker å være den første til å melde seg (for å oppnå fullt bøtefritak). Konkurransetilsynets kampanje i Norge har hittil gitt ca. 5–6 søknader om lempning, hvorav få dreier seg om “ekte” karteller. Dette kan muligens forklares med at utveksling av priser mv. mellom mindre næringsdrivende “går under radaren” mens det for mer omfattende karteller vil være aktuelt å søke lempning i større jurisdiksjoner. Samtidig er det i konkurranseloven ingen formalisert lempningshjemmel under straffesanksjonen, jf. krrl. § 30.

Det bør også påpekes at konkurranseloven inneholder en egen medvirkningsbestemmelse, både under overtredelsesgebyr og straff. En slik regel finnes ikke i EU-retten. Slik EU-reglene er tolket, må medvirkningstillegget imidlertid antas å ha begrenset praktisk betydning. Straffansvaret åpner også for å straffe forsøk på overtredelse, jf. de generelle strafferettslige reglene om dette. Også denne muligheten må imidlertid anses å ha begrenset betydning, selv om den kan være viktig ved for eksempel oppfordring til prissamarbeid.

Under konkurranseloven har man imidlertid ikke implementert et av Kommisjonens viktigste virkemidler: Adgangen til ved vedtak å gjøre fremforhandlede tilsagn bindende for foretakene. Etter at Kommisjonen fikk en formalisert hjemmel til å gjøre frivillige “tilsagn” bindende ved vedtak, er det tatt et tyvetalls avgjørelser, og tendensen er økende. Det er på det rene at Kommisjonen har oppnådd temmelig langtrekkende tiltak, for eksempel strukturelle oppdelinger mellom infrastrukturereierskap og omsetning av energi. Et annet velkjent eksempel er vinduet som gir PC-brukere adgang til fritt å velge nettleser, som er etablert gjennom et forlik med Microsoft.

Konkurransetilsynet har ingen slik hjemmel, selv om departementet riktignok ved én anledning oppfordret tilsynet til å søke mer utstrakt uformell avslutning av

saker.⁵⁵ Det lovutvalget som skal gjennomgå konkurranseloven er i mandatet bedt om å vurdere om en slik ordning bør innføres.

De prosessuelle reglene, herunder etterforskning, er heller ikke fullstendig harmonisert. Ses det først på etterforskning har både KT og EU-myndighetene omfattende hjemler for informasjonsinnhenting. Mht. opplysningsplikten overfor myndighetene er det ikke særlige forskjeller. Mht. ransaking (“bevissikring”) er forskjellene større. Kommisjonen vil fatte vedtak som pålegger foretak å underkaste seg inspeksjoner, men Kommisjonen kan ikke selv benytte makt eller selv gjennomføre foretak. Her har Kommisjonen imidlertid krav på bistand fra nasjonale myndigheter, herunder politi. Nasjonale domstolers kontroll med slike vedtak er begrenset. KT på sin side må få bevissikringsbeslutning fra en domstol, jf. krrl. § 25, som gis uten kontradiktorisk behandling. Kravet er at det er “rimelig grunn” til å anta at det foreligger en overtredelse. En slik beslutning gir anledning til selv å søke etter bevis. Både i EU og under krrl. kan undersøkelser også omfatte private hjem. På dette punkt er regelverket i EU visstnok inspirert av det norske.

Det er også ulikheter i beslagsretten; mens KT kan ta beslag i originalt materiale, kan Kommisjonen bare ta kopier av dokumenter.

Saksbehandlingen videre frem mot pålegg om opphør eller bøtevedtak følger etter krrl. forvaltningsloven, som bl.a. setter krav til varsel om vedtak. Kommisjonens prosedyre er sentrert rundt et “Statement of Objections”. Kommisjonen kan ikke fatte vedtak på grunnlag av forhold som ikke er lagt frem i dette dokumentet. EU regelverket gir partene rett til å kreve muntlig høring, og man har etablert en egen funksjon – høringsoffiseren – som har som sin oppgave å føre tilsyn med at kontradiksjon ivaretas. Vedtak fra Kommisjonen må også gjennom rådgivende komité, som består av representanter fra medlemsstatenes konkurransemyndigheter.

Alt i alt er det en rekke forskjeller mellom prosessreglene i EU og under krrl. Forskjellene i regelverket synes imidlertid primært å gi uttrykk for at det er ulike måter å løse praktiske problemer på, samt at rettssikkerhetsgarantier kan ivaretas på ulike måter. Vi ser ikke grunn til å gå mer detaljert inn på de forskjellene som består.

⁵⁴ Se forskrift nr. 909 av 22. august 2005 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr. Forskriften innebærer at den første som varsler om egen deltakelse i en overtredelse vil bli gitt immunitet mot overtredelsesgebyr.

⁵⁵ Tildelingsbrevet for 2008 av 13. februar 2008 (tilgjengelig på <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/tildelingsbrev/2008/konkurransetilsynet.html?id=500786>), s. 5 under pkt. 2.3.1

3.5.3. Fusjonskontroll

Slik det er påpekt bygger fusjonskontrollen på en one-stop-shop-tilnærming, hvilket betyr at EU-/EØS-konkurransereglene ikke legger føringer på medlemsstatenes håndtering av transaksjoner som faller utenfor forordningen. Dette betyr at også Norge (innenfor rammene av øvrige EØS-regler, jf. bl.a. art. 4 om nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling) står friere til å utforme en egen politikk rettet mot fusjoner og oppkjøp enn innenfor adferdsreglene.

Regelverket om fusjonskontroll er som nevnt ikke fullt ut harmonisert med EUs regelverk. Dette viser seg på flere områder:

- Den materielle testen for konkurranseskade er ulikt oppbygd (SLC versus SIEC)
- Adgangen til å påberope effektivitetsgevinster som forsvar er videre etter konkurranseloven
- Reglene for prosess og meldeplikt er ulike
- Konkurranseloven gir hjemmel for inngrep mot minoritetserverv, jf. § 16 annet ledd

Like fullt har det etter konkurranselovens ikrafttredelse blitt gjennomført flere lovendringer der man på mer detaljert nivå har adoptert EU-rettens løsninger. Dette gjelder for eksempel endringene i gjennomføringsforbudet (krrl. § 19), der det synes ganske klart at EU-retten har tjent som forbilde.⁵⁶ Den første lovendringen ble iverksatt allerede 1. januar 2005, nødvendig gjort av gjennomføringen av EUs fusjonsforordning i EØS-avtalen.⁵⁷ De mer tekniske gjennomføringsreglene behandles ikke videre her.

Både i EU og i norsk konkurranselovgivning er det et vilkår for å gripe inn mot fusjoner og oppkjøp at det fører til en konkurranseskade. I § 16 er vilkåret formulert som at ervervet 'fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen'. Dette er tolket til å være sammenfallende med den SLC-testen som benyttes i USA (Substantial Lessening of Competition). I EU er vilkåret for konkurranseskade formulert som at ervervet vil 'Significantly Impede Effective Competition', såkalte SIEC-testen. Den er tilsynelatende forskjellig fra den norske testen, særlig når den i teksten som følger knyttes opp mot forsterkning av en dominerende posisjon. Men det er stor enighet om at til tross for at ordlyden er forskjellig, er det reelle innholdet i vilkåret for alle praktiske formål likt.

Det andre vilkåret i den norske konkurranseloven for å gripe inn mot et erverv er at det er 'i strid med lovens formål'. Dette vilkåret er unikt for Norge, og innebærer i praksis at de fusjonerende bedriftene har større mulighet for å komme med et effektivitetsforsvar under norsk konkurranselov enn hva tilfellet er under EUs konkurranselovgivning. I EU kan bedrifter forsvare fusjonen med at den vil føre til kostnadsbesparelser, men det forsvaret vil ikke føre frem så lenge ikke forbrukerne nyter godt av denne besparelsen. I praksis vil det bety at kun besparelser i såkalte variable kostnader, som i neste omgang gir bedriftene incentiver til å ikke øke prisene til kundene, gir grunnlag for å godta fusjonen. I Norge har Fornyings- og Administrasjonsdepartementet slått fast at vi også under loven av 2004 har en såkalt totalvelferdsstandard ved erverv, hvilket betyr at *alle* besparelser på bedriftens hånd skal tas med i betraktningen. Det innebærer at en fusjon som fører til høyere priser til kundene skal det ikke gripes inn mot dersom bedriftenes gevinst forbundet med ervervet mer enn oppveier for kundenes tap.

Det er videre grunn til å fremheve at konkurranseloven har en egen inngrepsbestemmelse rettet mot erverv av minoritetsposter, jf. § 16 annet ledd. Det heter her at tilsynet på samme vilkår som ved andre foretaks-sammenslutninger "skal" gripe inn, dvs. hvis ervervet vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning i konkurransen. EU på sin side har slitt med å komme frem til en enhetlig løsning på de konkurransemessige problemer som skyldes minoritetserverv, idet tilfellene faller på siden av både art. 101, 102 og fusjonsforordningen. I amerikansk rett har man imidlertid funnet grunn til å regulere visse aspekter ved slike strukturelle forbindelser mellom foretak. Det norske regimet fremstår på dette området som bedre egnet til å håndtere denne problematikken enn EU-systemet. Tanken om å inkludere minoritetserverv i fusjonsforordningen har blitt lansert flere ganger, men har så langt ikke vunnet gehør.

Et siste område der krll. skiller seg fra EU-retten på er Regjeringens mulighet til å overprøve Konkurransetilsynet på politisk grunnlag, jf. for fusjonskontroll krll. § 21. Ordningen må anses som et fremskritt i forhold til 1994-loven, siden politisk intervensjon synliggjøres, hvilket er viktig av demokratihensyn. Selve muligheten til politisk overprøving er imidlertid omstridt, uten at vi her skal gå konkret inn på innholdet i den norske konkurransepolitikken på området. For denne rapportens formål er det tilstrekkelig å vise til at EØS-avtalen gir et slikt handlingsrom, og at dette handlingsrommet faktisk *har vært utnyttet* ved flere anledninger. Den politiske overprøvingen vil først være problematisk

56 Lov nr. 43 av 20. juni 2008, Ot.prp.nr.35 (2007-2008).

57 Lov nr. 100 av 17. desember 2004, Ot.prp. nr. 94 (2003-2004).

i forhold til EØS-avtalen hvis praksis for eksempel skulle diskriminere etter nasjonalitet.

3.6. EU-rettens betydning gjennom EØS-avtalen

3.6.1. Innledning

Så langt har vi vurdert det internrettslige konkurranseregelverket og påvist hvordan dette har blitt påvirket/inspirert av EUs regelverk. I dette avsnittet sier vi noe mer om den mer direkte betydningen EU-konkurransereglene gjennom EØS-avtalen har hatt i norsk rett.

Drøftelsen i det følgende er todelt. Først ser vi nærmere på anvendelsen av EØS-konkurransereglene i Norge, deretter foretar vi en separat vurdering av KT's håndhevelse av EØS-regelverket.

3.6.2. EØS-konkurransereglenes anvendelse

3.6.2.1. Adferdsreglene

EØS-avtalens regler kan håndheves på flere måter, enten av Kommisjonen, av ESA, av KT eller for de alminnelige domstoler gjennom sivile søksmål. EØS-reglene kunne vært ansett som lite praktiske, idet det har vært relativt få saker der regelverket har vært anvendt av ESA eller tilsynet mot foretak lokalisert i Norge. Posten-saken er den hittil eneste saken hvor ESA har ilagt bøter overfor et norsk foretak.⁵⁸ KT har så langt ikke fattet vedtak der EØS-reglene er anvendt. Derimot har Kommisjonen anvendt EØS-reglene i en lang rekke saker, både overfor norske foretak og andre. Forklaringen på dette er som følger: EØS-reglene kommer til anvendelse hvis samhandelen mellom "avtalepartene" er påvirket. "Avtalepartene" i denne sammenheng er de 27 EU-landene og de tre EFTA-landene Norge, Island og Liechtenstein. I alle tilfeller hvor samhandelen er påvirket mellom EU-land (og det vil den normalt være i saker av betydning) er Kommisjonen enekompetent. Der bare samhandelen mellom EFTA-land er påvirket er ESA enekompetent (hvilket er svært lite praktisk), mens fordelingen av kompetansen ved påvirkning av handelen mellom EFTA- og EU-land er særskilt regulert i EØS art. 56. Dette innebærer at Kommisjonen rutinemessig anvender art 53 og 54 i sine konkurransesaker, uavhengig av om det er spesifikke virkninger i forhold til samhande-

len med EFTA-land, eller om det er spesifikke virkninger i Norge.⁵⁹

Den håndhevelse som skjer i regi av Kommisjonen, og som omfatter virkninger på det norske markedet, får ofte begrenset oppmerksomhet. Likevel er den meget viktig. I Appendix A har vi rapportert saker etter 1994 hvor vi har observert at Kommisjonen har gått nærmere inn på en spesifikk analyse av konkurranseforholdene i det norske markedet.⁶⁰

- I AstraZeneca-saken vurderte Kommisjonen restriksjoner på parallellimport av legemidler til Norge, herunder AstraZenecas adferd i forhold til norske patent-/legemiddelmyndigheter.⁶¹
- Tomra-saken omfattet Tomras praksis mht. lojalitetsrabatter overfor bl.a. Norgesgruppen i Norge. Adferden ble ansett forbudt og foretaket bøtelagt.⁶²
- Som ledd i etterforskningen mot Coca-Colas standardvilkår overfor utsalgssteder (diverse potensielt utestengende adferd), forpliktet Coca-Cola seg til å endre sin forretningspraksis, bl.a. i det norske markedet.⁶³
- Saken mot Svenska Kraftnät gjaldt eksporthindringer bl.a. til Norge iverksatt av den svenske systemoperatøren. Saken ble løst ved at frivillige tilsagn ble gjort bindende ved vedtak etter forordning 1 art. 9. Vedtaket i saken inneholder en nærmere vurdering av eksport til Norge, herunder sonder Kommisjonen mellom virkninger i ulike prisområder i det norske kraftmarkedet.⁶⁴

Det er vår vurdering at samtlige av disse sakene ville vært problematiske å løse/oppdage for Konkurransetilsynet under gjeldende konkurranselov. Men det betyr ikke nødvendigvis at utfallet i disse berørte markedene ville vært et annet dersom Norge ikke hadde hatt en EØS-avtale (se drøfting senere).

59 Jf. også Rådets forordning (EF) nr. 2894/94 af 28. november 1994 om visse gjennomførelsesbestemmelser til aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde art. 5 og 6.

60 Listen bygger på en nærmere undersøkelse av vedtak som ut fra adressat og saksforhold fremstår som relevante for norske forhold. Vi har ikke foretatt en systematisk gjennomgang av samtlige Kommisjonsvedtak i perioden med sikte på å avdekke mulige henvisninger til norske markeder eller norske foretak.

61 Sak COMP/A.37.507/F3 – AstraZeneca, 15. juni 2005, den delen av vedtaket som spesifikt gjaldt restriksjoner ift. det norske markedet ble opphevet ved sak T-321/05 (1. juli 2010)

62 Sak COMP/E-1/38.113 – Prokent-Tomra, 29. mars 2006, opprettholdt i sak T-155/06 Tomra v Kommisjonen, dom 9. september 2010

63 Vedtak 22. juni 2005 i sak COMP/39116.

64 Vedtak 17. mars 2010 i sak COMP/39386.

58 Det er også sendt Statement of Objections til Color Line med varsel om bøter for påstått konkurransebegrensende eksklusivitet på fergeruten Sandefjord-Strømstad.

Vi kjenner ikke til flere vedtak eller tilsagn som direkte griper inn i konkurranseforhold i det norske markedet (bortsett fra fusjonskontroll; se senere avsnitt). Derimot vil Kommisjonens vedtak og bindende tilsagn i større internasjonale saker, for eksempel Microsoft-sakene, få virkning for det norske markedet. Noen uttømmende liste over slike saker er det ikke mulig å stille opp, idet en slik indirekte virkning kan sies å være tilstede i de fleste saker av noe internasjonalt omfang. Ett eksempel er det bindende tilsagnet vedrørende nettlesere, som ble utløst av en klage fra det norske selskapet Opera. Selskapet hevdet at Microsoft misbrukte sin domians ved å stenge andre nettlesere ute fra markedet for nettlesere. Saken ble avsluttet ved at Microsoft ga et bindende tilsagn til Kommisjonen om å innføre et system for valg av nettlesere som medførte større valgfrihet hva angår kunders valg.⁶⁵ Et annet eksempel er kartellet blant leverandører av LCD-skjermer til det europeiske markedet, som klart nok hadde effekt også i Norge.⁶⁶

Disse eksemplene viser at konkurransepolitikken også i norske markeder langt på vei styres av Kommisjonens håndhevelse, og at EØS-retten gjennom forrangsprinsippet slik dette er gjennomført i EØS-krrl. § 7 langt på vei "fortrenger" en egen norsk konkurransepolitikk. Dette er ikke særlig overraskende, tatt i betraktning EØS-avtalens målsetning om å integrere Norge i EUs indre marked. Samtidig er det klart at kompetansefordelingen mellom ESA og Kommisjonen blir langt skjevere med bare tre EFTA-land som medlemmer i EØS-samarbeidet. Dette er ikke nødvendigvis negativt; Kommisjonens kompetanse omfatter tilfeller norske myndigheter verken ville hatt ressurser eller kompetanse til å gripe inn overfor. Det er derfor grunn til å understreke at konkurransehåndhevelsen i det norske markedet får viktig drahjelp gjennom Kommisjonens håndhevelse av EØS-reglene.

Nettopp grunnet forrangsprinsippet, og det faktum at det ikke skal meget til før samhandelen er påvirket, er det på det rene at i alle fall større foretak ofte forholder seg direkte til Kommisjonen og i mindre utstrekning til KT eller ESA. Et eksempel på dette er omleggingen av gasstransportssystemet på norsk sokkel i 2002, der selskapene søkte avklaring hos Kommisjonen, mens KT knapt var involvert i prosessen.

Videre er det flere eksempler på at foretak med sete i Norge har vært gjenstand for etterforskning fra Kom-

misjonen.⁶⁷ Kartelletterforskning ble innledet mot det samordnede salget av gass fra norsk sokkel kort tid etter ikrafttredelsen av EØS-avtalen (1996), men denne saken ble forlikt i 2002.⁶⁸ Tilsagnskompetansen i forordning 1 art. 9 er benyttet overfor Det norske Veritas, i saken om konkurransebegrensende adferd innenfor markedet for skipsklassifisering.⁶⁹ Et tredje eksempel er kartelletterforskningen mot Norske Skog i 2004. Disse sakene retter seg imidlertid primært mot norske foretaks adferd i EU-markeder, og behandles ikke videre her.

3.6.2.2. Fusjonskontrollen

I motsetning til adferdsreglene, spiller EU-reglene om fusjonskontroll gjennom EØS-avtalen en mer begrenset rolle. Dette har for det første sammenheng med at de omsetningstersklene som utløser kompetansen i norsk målestokk er meget høye.⁷⁰ For det andre etterlater EØS-avtalen et betydelig kompetanseshull for EU-/EØS-myndighetene. Hvis omsetningstersklene er oppfylt innen EU, har transaksjonen såkalt EU-dimensjon. I den EØS-tilpassede versjonen av forordningen tales det om "EU- eller EFTA-dimensjon". Dette innebærer at der terskelverdiene er oppfylt innen EU, er Kommisjonen kompetent (og ville vært det uavhengig av EØS-avtalen), mens ESA er kompetent der terskelverdiene er oppfylt innen EFTA. Det siste er imidlertid usedvanlig upraktisk.

Derimot er det ikke noen "EØS-dimensjon", hvilket i praksis betyr at omsetning i Norge ikke kan kumuleres med omsetning i for eksempel Sverige eller Danmark som grunnlag for ESAs eller Kommisjonens kompetanse. På dette punktet er det således et "hull" i EØS-avtalen, som gjør at transaksjoner som hvis de

67 Det er ikke offentlig tilgjengelig informasjon – utover endelige vedtak – om hvor mange norske foretak som faktisk har vært etterforsket av Kommisjonen, enten gjennom bevissikring eller pålegg om opplysninger. Se ellers Appendix A for vår fullstendige liste.

68 IP/02/1084, 17. juli 2002.

69 Vedtak 14. oktober 2009 i sak COMP/39416. Vedtaket retter seg formelt mot IACS, der DNV er medlem.

70 Disse er kompliserte, og det vil føre for langt å gå inn på detaljene her. I korte trekk kan det fremheves at det er to alternative sett terskelverdier. Det første settet stiller krav til global omsetning og omsetning internt i EU, samt til spredning av omsetningen mellom minst to av de berørte foretakene. Det andre settet – hvis formål er å fange opp tilfeller hvor omsetningen ikke når opp til det første settet, men hvor transaksjonen likevel berører flere land slik det er upraktisk med nasjonal behandling – oppstiller lavere terskler samtidig som det stilles krav til geografisk spredning av omsetningen over minst tre EU-land. «Inngangsvilkåret» er hhv. global omsetning på hhv. 5 og 2,5 mrd €. (Forordning 139/2004 art. 1).

65 Se IP/10/216 av 02.03.2010.

66 Vedtak 8. desember 2010 i sak COMP/39309, se IP/10/1685.

var gjennomført i EU-land likevel ikke er gjenstand for vurdering etter EØS-fusjonsreglene.

Det er likevel vanskelig å se noen konkret betydning av dette "hullet" for nasjonal konkurransepolitikk – bortsett fra at KT formodentlig har håndtert flere saker etter konkurranseloven enn det ellers ville ha gjort. "Nasjonale" fusjoner, der mer enn 2/3 av samlet omsetning genereres i samme medlemsland, er uansett ekskludert fra forordningen.

Det er uansett en rekke større "norske" transaksjoner som har blitt vurdert av Kommisjonen *grunnet foretakens omsetning i EU*, se for eksempel Aker/Kværner, Statoil/Hydro, Hydro/Texaco, Telia/Telenor og Sampo/Storebrand. Disse og andre saker er listet opp i Appendix A. I noen saker har fusjoner og oppkjøp blitt godkjent på vilkår, og disse vilkårene har medført strukturelle endringer i det norske markedet. De sakene som vi kjenner til hvor vilkår har berørt direkte det norske markedet er følgende:

- Joint venture mellom Volvo og Orkla i 1995 på vilkår om å selge ut Hansa.
- Fusjon mellom Telenor og Telia i 1999 på vilkår om å selge ut flere deler av virksomhetene (fusjonen ble aldri gjennomført).
- Procter & Gambles oppkjøp av Wella i 2003 på vilkår om å lisensiere ut visse produkter.
- British American Tobaccos oppkjøp av Skandinavisk Tobakscompagni i 2008 på vilkår av å selge ut en rekke merker i Norge.
- StatoilHydros oppkjøp av Jet i 2008 på vilkår av å selge ut Jets bensinstasjoner i Norge.

Vi vil i kapittel 6 drøfte hvilken eventuell effekt dette har hatt for disse norske markedene.

3.6.3. Konkurransetilsynets håndhevelse av EØS-reglene

3.6.3.1. Innledning

Iht. vårt mandat skal KTs håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler (dvs. samarbeidsforbudet i art. 53 og misbruksforbudet i art. 54) behandles. I det følgende vil vi først redegjøre kort for tilsynets hjemmelsgrunnlag, samt vurdere de overordnede prinsippene som styrer den nasjonale håndhevelsen. Avslutningsvis vil vi vurdere betydningen av slik nasjonal håndhevelse. Så vidt vi vet, har KT imidlertid aldri direkte anvendt art 53 eller 54 i konkrete saker.

3.6.3.2. Begrensninger etter EØS-avtalen

Som utgangspunkt stiller EØS-avtalen krav til den nasjonale håndhevelsen av EØS-regler. Dette i form av to prinsipper; for det første prinsippet om en effektiv håndhevelse, for det andre gjennom ekvivalensprinsippet, som påbyr at brudd på EØS-retten sanksjoneres minst like effektivt som tilsvarende nasjonale regler.

Selv om regelverket ikke gir grunnlag for obligatorisk nasjonal håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler, er det på det rene at effektivitets- og ekvivalensprinsippene gjelder fullt ut for de nasjonale domstolers anvendelse av EØS-reglene.⁷¹ Der Norge velger å gi konkurransemyndighetene hjemmel til håndhevelse, vil den alminnelige lojalitetsplikten, jf. EØS art 3, også innebære at sanksjoner og prosessregler må være effektive og ekvivalente.⁷² Dette tilsier at der et EFTA-land innfører bestemmelser om nasjonal håndhevelse, vil de allmenne EØS-rettslige føringene komme inn i forhold til de sanksjonene som velges, selv om EØS-konkurranseregulverket i utgangspunktet ikke påbyr desentralisert håndhevelse. Det samme gjelder i forhold til forordning 1, jf. her uttalelsene i forslaget:

"Uanset at forslaget ikke innebærer nogen harmonisering af nationale sanktioner, følger det af grundlæggende fællesskabsretlige principper, at disse sanktioner skal sikre en effektiv håndhævelse."⁷³

Spørsmålet er imidlertid om også de spesifikke rettsikkerhetsgarantier som ligger innbakt i den EØS-rettslige konkurranseprosessen også vil måtte få anvendelse.

Det er klart at forordning 1 ikke legger opp til noen harmonisering av de nasjonale prosessreglene. Samtidig er det på det rene at det generelle EU-rettslige utgangspunkt er at medlemsstatene også i saker som omhandler fellesskapsrettslige rettigheter og plikter innehar prosessuell autonomi, selv om nasjonal prosessrett i stor utstrekning er underlagt en EU-rettslig

⁷¹ Disse prinsippene, som er utviklet av Domstolen, krever at EØS-rettslige regler skal sanksjoneres på en adekvat måte (noe som gjerne formuleres som tilgang til effektive og avskrekkende sanksjoner), samt at slike regler uansett skal «ha tilgang» til identiske sanksjoner som «tilsvarende» internrettslige regler (for eksempel konkurranseregler). Særlig betydning har disse prinsippene hatt mht. privates ivaretagelse av EU-rettslige rettigheter.

⁷² Det er usikkert om det i det spesifikke konkurranseregelverket ligger noe krav om *obligatorisk nasjonal håndhevelse* av EØS-reglene, jf. her Kommisjonens holdning i forbindelse med implementeringen av forordning 1 (se Ot. prp. Nr. 6 (2003-04), s. 199 første spalte (pkt. 14.1.2)). Dette spørsmålet er det imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til her.

⁷³ Forslag til forordning 1, s. 16.

sensur i medhold av effektivitetsprinsippet. Utgangspunktet for funksjonsfordelingen i EU-retten er at det er opp til nasjonal rett å regulere prosessen, herunder ivareta rettssikkerhetsgarantier, mens EU-retten inntar en kontrollerende rolle i forhold til om EF-retten gis det tilstrekkelige gjennomslag.

Derimot vil nasjonale bestemmelser som tilsidesetter *grunnrettighetene i EU*, måtte anses som EØS-stridige i den utstrekning de anvendes for sanksjonering av EU/EØS-rettslige regler.⁷⁴ EU-domstolen vil altså kunne prøve om nasjonal rett ivaretar grunnrettighetene der nasjonal rett benyttes til å gjennomføre en fellesskapsrettslig regel.⁷⁵ Grunnrettighetene må anses som en integrert del av den fellesskapsrettslige normen, i likhet med for eksempel private parters krav på beskyttelse av materielle rettigheter de er tillagt ved normen. Tilsvarende vil følge av EØS-retten.⁷⁶

Det følger av dette at EØS-retten krever at EØS-rettslige grunnrettigheter respekteres ved nasjonal håndhevelse av EØS-regler. I praksis vil imidlertid de grunnrettigheter det er tale om neppe gå lenger enn det som følger av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK).

EØS-krrl. § 6 sier ganske kort at den nasjonale håndhevelsen skal skje "med de begrensninger som følger av EØS-avtalen". I EØS-krrl. § 6 heter det:

"Norske konkurransemyndigheter skal, med de begrensninger som følger av EØS-avtalen, Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol og forskrifter gitt i medhold av § 5, føre tilsyn med at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 overholdes. Konkurranseloven §§ 12, 22 og 24 til 31 gjelder tilsvarende."

Det var imidlertid ikke lovgivers intensjon å legge opp til noen import av EØS-rettslige prosessregler, ei heller å foreta noen harmonisering. Dette kommer klart til uttrykk i Ot. prp. nr 6:

"Forordning 1/2003 innebærer ikke et krav om en harmonisering av nasjonale saksbehandlingsregler. Medlemslandene i EU står fritt til å fastsette na-

sjonale saksbehandlingsregler for konkurransemyndighetenes håndheving av EF-traktaten artikkel 81 og 82 innenfor de rammene som forordningen etablerer og med de begrensninger som følger av grunnleggende prinsipper i EF-retten. Tilsvarende vil være tilfelle dersom EFTA-landene etablerer et system for desentralisert håndheving med basis i ODA. At norske konkurransemyndigheters håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 blir tilpasset reglene i forordning 1/2003, innebærer således bare at det etableres et rettslig rammeverk for håndhevingen, og at man innenfor disse rammene kan velge de reglene som anses mest hensiktsmessig. En generell begrensning er likevel at reglene for håndhevingen av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 må være i samsvar med de grunnleggende prinsippene i EØS-retten.

Det er etter dette departementets utgangspunkt at konkurranselovens regler for saksbehandling og sanksjoner, så vidt mulig skal komme til anvendelse når konkurransemyndighetene håndhever artikkel 53 og 54."⁷⁷

Lovgivers forutsetning er etter dette at det er de norske prosessreglene som får anvendelse, likevel slik at håndhevelsen må respektere grunnleggende prinsipper i EØS-retten. Dette kommer også til uttrykk i spesialmerkene til § 6:

"[K]ompetansen til å håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 [må] utøves innenfor rammene av de grunnleggende prinsipper for saksbehandling som gjelder i EØS."⁷⁸

For å ta stilling til hvilke føringer EØS-retten kan legge på de interne prosess- og sanksjonsreglene anvendt på EØS-avtale art 53 og 54 må det vurderes hva som ligger i "grunnleggende EØS-rettslige prinsipper". Det fremgår ikke klart hva forarbeidene legger i "prinsipper". Det er imidlertid naturlig å forstå dette dels som en henvisning til effektivitets- og ekvivalensprinsippene, dels til grunnleggende rettssikkerhetsgarantier i prosessen. Etter en slik forståelse vil henvisningen til § 6 neppe si noe utover det som uansett vil følge av de EØS-rettslige føringer som er gjennomgått ovenfor.

Videre må det tas stilling til hvordan disse prinsippene i tilfelle skal ivaretas. Ut fra forarbeidene er det ikke automatisk i at uttalelsene må føre til at de løsninger som EØS-rettslige prosessregler foreskriver, som er

74 Se sak 5/88 Wachauf, Sml. 1989 s. 2609, prem. 19.

75 Sml. sak 12/86 Demirel, Sml. 1987 s. 3719, prem. 28. Jf. ellers gjennomgangen i forslag til avgjørelse fra Generaladvokat van Gerven i sak 326/88 Straffesak mot Hansen & Søn I/S, Sml. 1990 s. I-2911, der det var tale om et objektivt straffansvar for brudd på fellesskapsrettslige bestemmelser.

76 Jf. også H.P. Graver: Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11, LoR 2004.

77 Ot. prp. nr. 6 (2003-2004), s. 208.

78 Ot. prp. nr. 6 (2003-2004), s. 246-47.

utviklet innenfor et annet institusjonelt og juridisk rammeverk, nødvendigvis vil måtte legges til grunn under intern rett. Poenget er at hvis prinsippene kan respekteres på en annen måte, vil dette måtte være tilstrekkelig.

Konklusjonen er dermed at grunnleggende EØS-rettslige rettssikkerhetsgarantier må overholdes også ved Konkurransetilsynets håndhevelse. Derimot ligger det ikke i henvisningen til "grunnleggende prinsipper" at de enkelte EØS-rettslige prosessuelle bestemmelser må få anvendelse. Spørsmålet vil eventuelt være om den internrettslige regel står i strid med et EØS-prinsipp, eller om regelverk, typisk innsynsrett, er praktisert på en måte som kommer i strid med et slikt prinsipp. Konsekvensen må i slike tilfeller være at bestemmelsene fortolkes på en måte som er i samsvar med EØS-prinsippene. Siden det ikke ligger føringer på harmonisering av prosessregler eller sanksjoner, kan det imidlertid ikke oppstilles krav om at det må være nettopp den EØS-rettslige løsningen som må velges, hvis prinsippet kan ivaretas på annen måte.

Der ESA eller Kommisjonen bestemmer seg for å innlede prosedyre (noe som normalt skjer ved utsendelse av Statement of Objections eller særskilt kunngjøring), vil KT miste sin kompetanse til å håndheve EØS-reglene. Dette følger av forordning 1 art. 11, slik denne er gjennomført i norsk rett, jf. EØS-krrl. § 6 første ledd. Så vidt oss bekjent, har det ikke forekommet at KT har måttet innstille sin prosedyre fordi ESA har innledet en konkurransesak.

3.6.3.3. Plikten til å håndheve EØS-reglene

Det følger av EØS-krrl. § 6 at dersom samhandelen er påvirket, er KT forpliktet til også å anvende EØS-avtalens konkurranseregler. Selv om det som påpekt kan reises spørsmål om Norge egentlig er EØS-rettslig forpliktet til en slik regel, har den norske lovgiver likevel valgt å implementere forordning 1 fullt ut på dette punktet.⁷⁹ For å oppfylle denne plikten, må KT således fra sak til sak vurdere samhandelsdimensjonen.⁸⁰ Siden de materielle reglene i §§ 10 og 11 er harmonisert, spiller dette ingen rolle for utfallet i den enkelte sak.

⁷⁹ Se Ot. prp. nr. 6 (2003-04), s. 199 (pkt. 14.1.2), der det gis uttrykk for at gjennomføring er ønskelig for å kunne etablere et system med desentralisert håndhevelse innenfor EFTA.

⁸⁰ Det fremstår som usikkert om KT også kan behandle saken der det er Kommisjonen og ikke ESA som har kompetanse etter art. 56, eller om henvisningen til de «begrensninger som følger av EØS-avtalen» innebærer at tilsynet ikke kan anvende art. 53 og 54 «på tvers» av EU-/EFTA-pilarene.

Hvis KT har anvendt EØS-reglene, vil departementet imidlertid ikke kunne overprøve tilsynets vurdering etter krrl. § 13 om prøving i prinsipielle saker.

3.6.3.4. Konkurransetilsynet og deltakelse i ECN

Slik det er påpekt ovenfor, ønsket ikke Kommisjonen å inkludere EFTA-landenes konkurransemyndigheter i systemet med desentralisert håndhevelse. Dette innebærer at KT ikke er fullverdig medlem i ECN (nettverket av konkurransemyndigheter som er etablert under forordning 1), men deltar på møter med en slags observatørstatus.⁸¹ At KT ikke er fullt medlem, skyldes den todelte pilarstrukturen under EØS-avtalen. Ingen av EØS-EFTA-statene er medlemmer i nettverket.

Samtidig deltar KT aktivt i høringer mv. i regi av Kommisjonen, der disse berører EØS-avtalen. Dette innebærer at KT (samt delegasjonen samt noen ganger fagmyndigheter), deltar i høringer i saker hvor Kommisjonen akter å anvende EØS-reglene.

3.7. Vurdering

Gjennomgangen har vist at EUs regelverk har hatt avgjørende innflytelse for utformingen av norsk konkurranserett. Dette viser seg gjennom harmoniseringen av det materielle regelverket, men også ved at norsk rett har adoptert ordninger som for eksempel strafferbatt. Samtidig er det på det rene at norsk rett ikke har implementert nyskapninger i EU reglene som f.eks. tilsagn eller forliksprosedyrer i kartellsaker. Dette indikerer at ikke alle EU-virkemidler har blitt vurdert som nødvendige under norske forhold. Videre viser det seg at norsk konkurransepolitikk ved flere anledninger har motsatt seg å implementere EUs policy. Det tydeligste eksempelet er kanskje valget mellom forbrukerstandard og effektivitetsstandard i fusjonssaker. Alt i alt fremstår norsk konkurranserett med et pragmatisk forhold til EØS-avtalen. Et område som er lite beaktet, men som burde være det, er betydningen av Kommisjonens anvendelse av EØS art. 53 og 54 der norske markeder er berørt.

⁸¹ Om ECN se brosjyren «A look inside the ECN: its members and its work», tilgjengelig på http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/05_2010/brief_special.pdf.

4. Statsstøtteregulverket

4.1. Innledning

Statsstøtteregulverket griper på en annen måte enn konkurransereglene inn i det offentliges autonomi. Mens konkurransereglene først og fremst reiser spørsmålet om staten skal benytte EUs policy overfor foretak, er det det offentlige selv som er rettssubjekt etter støttereglene. Mens fokus således hittil har vært rettet mot spørsmålet om EUs påvirkning av norsk konkurransepolitikk (i tillegg til spørsmålet om EUs konkurransepolitikk gjennom EØS-reglene), er spørsmålet her mer hvordan EUs konkurransepolitikk (statsstøtteretten) setter begrensninger for norsk policyutvikling.

Statsstøttereglenes formål er å hindre at medlemsstatene favoriserer eget næringsliv ved positiv økonomisk forskjellbehandling (i motsetning til for eksempel avgifter som virker negativt for import). Regelverket har således et motstykke i WTO-reglene om antidumping/subsidier. EØS-avtalens støtteregler går likevel lenger enn disse reglene, idet enhver selektiv fordel som kan påvirke samhandelen som utgangspunkt er forbudt.

I boken Statsstøtte heter det i forordet:

“Statsstøttereglene er av de mest omstridte og omgripende i EØS-avtalen. Samtidig representerer statsstøttereglene det kanskje mest politisk utfordrende området i EØS-retten. Norsk politikk vil langt på vei utfordres og utformes på bakgrunn av EØS-reglene. *Utformes* fordi EUs målsetninger (for eksempel på miljøområdet) også styrer norsk politikk. *Utfordres* fordi EØS-retten overstyrer myndighetenes styringsmidler (for eksempel industrikraft og regionalpolitiske virkemidler). EØS-retten – riktig anvendt – gir imidlertid et handlingsrom som etter vår oppfatning i begrenset grad har vært utnyttet av Norge.”⁸²

I sitt forord i samme bok skriver ESAs president Per Sanderud:

“Selv om EØS-avtalen setter visse rammer for statlig inngripen i næringslivet, er handlingsrommet som gjenstår, betydelig. Økt kunnskap om hvor grensene går og hvordan en kan oppnå politiske mål innenfor det reglene tillater, vil kunne føre til færre konflikter med ESA og gi ESA mulighet til å

behandle statsstøttemeldinger og klager raskere og mer effektivt.”⁸³

Siden EØS-avtalens ikrafttredelse må statsstøttereglene sies å ha utviklet seg ekspansivt, i den forstand at mange områder noe overraskende er trukket inn under regelverket. Dette gjelder blant annet skatter og avgifter, der en generell holdning i 1994 var at disse var lite berørt av Avtalen, noe som i ettertid har vist seg å være en undervurdering.

Det er grunn til å understreke at Norge ikke for rent interne forhold har valgt å gi særskilte regler om offentlig støtte.⁸⁴ Det er på det rene at KT mottar en rekke henvendelser knyttet til støtte/kryssubsidiering, men er ikke gitt andre virkemidler enn krfl. § 9 e) der det har mulighet til å påpeke konkurransebegrensende virkninger av offentlige tiltak. EØS-reglene legger ikke særskilte føringer på slik internrettslig regulering, men det har i Norge vært tatt til orde for å oppstille regler som sikrer at konkurranse mellom private og det offentlige skjer på like vilkår.⁸⁵

I det følgende har vi valgt ut noen områder der statsstøttereglene enten har hatt særlig betydning for utformingen av interne ordninger, samt områder hvor støttereglenes innvirkning må sies å ha vært overraskende omfattende.

4.2. Skatt og avgift

En rekke norske skatte- og avgiftsordninger har blitt vurdert etter EØS-avtalens statsstøtteregler. I flere tilfeller har dette ført til omlegninger av ordningene.

Den kanskje mest kjente saken er arbeidsgiveravgiften.⁸⁶ Her grep ESA inn mot differensieringen av de norske arbeidsgiveravgiftssatsene (et viktig distriktspolitisk virkemiddel), men godtok til slutt ordningen i

⁸³ Op.cit., s. 3.

⁸⁴ I motsetning til for eksempel Danmark, der offentlig støtte som ikke påvirker samhandelen reguleres av konkurrenceloven § 11a: «Konkurrencerådet kan udstede påbud om, at støtte, der er ydet ved hjælp af offentlige midler til fordel for bestemte former for erhvervsvirksomhed, skal bringes til ophør eller skal tilbagebetales.»

⁸⁵ Om fenomenet se rapporten «På like vilkår», utgitt i Konkurransetilsynets skriftserie 2005 (<http://www.konkurransetilsynet.no/no/Publikasjoner/Skriftserien/Pa-like-vilkar/>). Her ble det bl.a. foreslått å begrense det offentliges adgang til å gå inn i konkurranse med private foretak der det allerede foreligger et fungerende marked.

⁸⁶ Saken er inngående beskrevet i Alterskjær/Hjelmeng/Lund/Nordby: Statsstøtte – EØS-avtalens regler om offentlig støtte, Bergen 2008, s. 156-62.

⁸² Alterskjær/Hjelmeng/Lund/Nordby: Statsstøtte – EØS-avtalens regler om offentlig støtte, Bergen 2008, s. 5.

endret skikkelse. Ved Norges tiltrædelse til EØS-avtalen ble ordningen vurdert som uproblematisk, etter en temmelig overfladisk vurdering.⁸⁷ Allerede i 1995 fattet ESA interesse for ordningen, og traff i 1998 vedtak om at ordningen måtte endres.⁸⁸ Norge brakte saken inn for EFTA-domstolen, men tapte.⁸⁹ ESA godkjente deretter ordningen etter vesentlige endringer, men gjenåpnet saken i 2002. Denne saken endte med at Norge benyttet derogasjonsklausulen i ODA prot. 3 (dvs. at EFTA-statene ved enighet fraviker ESAs vedtak). I 2006 vedtok ESA nye regionalstøtteordninger, og Norge har akseptert å rette seg etter disse.

En annen sak der et avgiftssystem har blitt underkjent som ulovlig statsstøtte er elektrisitetsavgiftssaken. Utgangspunkt her var at industrien nøt godt av et fritak fra elektrisitetsavgift. ESA foreslo i 2001 opphør av ordningen (forslaget gjaldt mer generelt miljøstøtte, som Norge var klar over at elektrisitetsavgiften ble vurdert som), noe Norge godtok. Myndighetene fulgte likevel ikke opp, noe som førte til at ESA innledet formell prosedyre. Til sist godtok ESA mer begrensede unntak, da parallelt med EUs energiskattedirektiv. Saken illustrerer at skatte- og avgiftsharmonisering kan komme inn en "bakdør", selv om det formelt sett ikke er del av EØS-retten, som en konsekvens av statsstøttereglene.⁹⁰

4.3. Miljøpolitikk

Miljøhensyn er et viktig politikkområde i EU, og er et av hensynene som er løftet frem i TEUs innledende bestemmelser. Også i EØS-avtalen er miljøhensyn eksplisitt nevnt, jf. art. 73-75. I EU har det innenfor statsstøtteområdet vært ført en egen miljøpolitikk siden 1974.⁹¹ Reglene om miljøstøtte fremstår som relativt liberale, likevel slik at det stilles konkrete krav til målsetning, gjennomføring, rapportering mv.⁹²

Norge har oppnådd godkjenning for større miljøprosjekter, for eksempel etableringen av ENOVA⁹³ og testsenteret for CO₂ fangst på Mongstad⁹⁴. Viktigere er

87 Se St.prp. nr. 100 (1991-92) s. 376.

88 Vedtak 165/98/COL av 2. juli 1998.

89 Sak E-6/98 Norge v. ESA [1999] REC 76.

90 Samtidig er det på det rene at skatteordninger har blitt utfordret under reglene om fri bevegelse, jf. bl.a. saken om utbytteskatt.

91 Se nærmere om utviklingen Alterskjær/Hjelmgang/Lund/Nordby: Statsstøtte – EØS-avtalens regler om offentlig støtte, Bergen 2008, s. 179 ff.

92 ESA vedtok nye retningslinjer om miljøstøtte 16. juli 2008.

93 Vedtak 125/06/COL og 486/10/COL (15. desember 2010 – fornyelse).

94 Vedtak 503/08/COL og 27/09/COL.

det kanskje at støtte til industrien har blitt vridd i retning miljøstøtte. Et eksempel er elektrisitetsavgiftssaken, der ordningen til slutt ble endret i tråd med ESAs retningslinjer for miljøstøtte.⁹⁵ Videre har støttereglene lagt føringer på tildelingen av klimakvoter, som anses som en form for statsstøtte (tildeling av gratis omsettelige kvoter tilfører foretakene en økonomisk verdi). Støttereglene har imidlertid ikke påvirket etableringen av et marked for grønne sertifikater, som ikke er ansett som statsstøtte.

4.4. Konkurransetsetting

Et område hvor norsk konkurransepolitikk og EØS-avtalens statsstøtteregler støter sammen er ved konkurranseutsetting av offentlige foretak. Flere av ESAs statsstøttesaker mot Norge har dreid seg om utskillelsen av tidligere offentlige virksomheter som foretak. I første rekke knytter bekymringene seg til verdsettelsen av eiendeler i de nye selskapene.

Et tidlig eksempel er Arcus, som gjaldt utskillelsen av Arcus fra AS Vinmonopolet.⁹⁶ Balansen var etter ESAs vurdering ansatt 264 mill. NOK for lavt. Videre fant ESA at et omstruktureringstilskudd på 100 mill. NOK utgjorde støtte, og at det samme gjaldt 30 mill. NOK tildelt for å dekke miljøforpliktelser. Konsekvensen ble at åpningsbalansen måtte korrigeres (for de 264 mill.), mens de øvrige beløpene måtte tilbakeføres.

I 2009 fattet ESA vedtak mot støtte tildelt Mesta i forbindelse med opprettelsen av dette selskapet i 2003.⁹⁷ Saken ble innledet etter en klage i 2004. I likhet med i Arcussaken fant ESA at Mesta var blitt overkompensert ved etableringen. I vedtaket heter det:

“The state aid in favour of Mesta AS in relation to (i) costs for moving and commuting; (ii) costs for moving offices/support and maintenance offices and transfer of archives incurred after 1 January 2003; (iii) the exemption of Mesta AS from paying document duty and registration fee; and (iv) overcompensation with NOK 66.4 million in relation to the provision of public services by Mesta AS under the transitional operation and maintenance contracts, is not compatible with the functioning of the EEA Agreement.”

ESA beordret tilbakeføring av støtten.

95 Vedtak 148/04/COL.

96 Vedtak 339/98/COL.

97 Vedtak 390/09/COL.

Også Entra Eiendom-saken kan nevnes. I forbindelse med opprettelsen av Entra Eiendom AS ble foretaket tilført en rekke eiendommer uten at det ble betalt dokumentavgift eller tinglysningsgebyr i forbindelse med hjemmelsoverføringen. ESA konkluderte med at denne fordelene, som beløp seg til ca. NOK 80 millioner, måtte tilbakebetales med renter.⁹⁸

Statsstøtterettslig sett fremstår disse sakene som uproblematisk, i den forstand at de bygger på veletablerte prinsipper om hva som utgjør støtte i forhold til offentlig eide foretak. Sakene viser imidlertid også at når det offentlige først bestemmer seg for å konkurransetsette egen virksomhet, vil dette måtte skje på EØS-avtalens premisser.⁹⁹

4.5. Salg av offentlig eiendom

Salg av offentlig eiendom under markedspris vil utgjøre statsstøtte. ESA har i en lang rekke saker etterforskes særlig norske kommuners salg av ulike eiendommer etter støttereguleringen. Ses det på sakstype, er det nettopp denne typen saker som har vært mest tallrik de siste årene. I løpet av 2009 og 2010 har ESA fattet vedtak i 13 saker som gjelder slikt salg.¹⁰⁰ De fleste er riktignok klarert. Det har også vært flere saker knyttet til profilerte eiendomsoverdragelser, i Oslo for eksempel Tjuvholmen-, sykehusbolig- og Universitetsbiblioteks-saken, og videre IT-Fornebu.¹⁰¹

Akkurat som for konkurransetsetting, er prinsippene for salg av offentlig eiendom styrt av det såkalte markedsinvestorprinsippet, som i korthet går ut på at det offentliges opptreden på et marked sammenliknes med en hypotetisk privat investors valg. Skal det offentlige drive næringsvirksomhet, kreves det således at det opptrer økonomisk rasjonelt.

98 Vedtak 318/05/COL.

99 Et annet viktig forhold er at ved slik utskillelse vil ikke oppdrag lenger kunne tildeles direkte, men må legges ut på anbud. Dette forholdet hører imidlertid under reglene om offentlige anskaffelser, som ligger utenfor vårt mandat.

100 [538/09/COL](#) Asker kommune, [537/09/COL](#) Kippermoen, [470/09/COL](#) Slaktehustomten, Bergen, [387/09/COL](#) Youngstorget 2, [343/09/COL](#) Time kommune, [304/09/COL](#) Bjørndalen eiendom, [167/09/COL](#) Lista flybase, [417/10/COL](#) Oppdal, [323/10/COL](#) Halden og Fredriksten Utvikling, [236/10/COL](#) Narvik/LKAB, [127/10/COL](#) Risa AS, [96/10/COL](#) Haslemoen leir, [22/10/COL](#), Lavangen kommune.

101 Hhv. vedtak 16/03/COL, 55/05/COL, 170/05/COL og 379/00/COL.

4.6. Konklusjon

Det er ikke særlig tvil om at EØS-avtalens statsstøtteregler har hatt betydelig påvirkning på det offentlige økonomiske intervensjon i markedene, enten det dreier seg om skatte- og avgiftspolitik, distriktpolitikk, miljøpolitikk eller industripolitikk. Videre stiller støttereglene krav til det offentlige der det går inn i et marked for selv å drive økonomisk virksomhet, eller det offentlig eiendom selges til private. I motsetning til konkurransereglene, der det interne regelverket er harmonisert med EØS-reglene, er det ikke vedtatt internrettslige regler om offentlig støtte/offentlig næringsvirksomhet. Dette kan forklare det økende fokuset ESA har vist mot bl.a. kommunalt salg av eiendom, der mange av sakene i EØS-sammenheng fremstår som lite betydningsfulle.

5. Sektorliberalisering

5.1. Liberalisering

EØS-avtalens inneholder mange mekanismer for å åpne markeder for konkurranse (deregulering/liberalisering). Selv om EØS-avtalen som utgangspunkt er nøytral mht. offentlig eller privat eierskap (jf. art. 125), har EØS-avtalen gått langt i å kreve at markeder som tidligere var dominert av store offentlige foretak har blitt utsatt for konkurranse. For det meste har dette skjedd gjennom direktivregulering. De konkrete implikasjonene er derfor noe annerledes enn for hhv. konkurranse- og statsstøtteretten.

Vi går ikke her generelt inn på "konkurransetsetting", "privatisering" og lignende problemstillinger der offentlige etater har blitt konkurranseutsatt og organisert som egne selskaper, jf. for eksempel Mesta. Slike prosesser reiser spørsmål både under statsstøttereglene (typisk ved spørsmålet om hvilke rettigheter, eiendeler osv. som kan følge med det nye selskapet) og under reglene om offentlige anskaffelser (typisk om foretakene kan fortsette sine oppdrag uten anbudskonkurranse). Vi ser heller ikke på den frivillige konkurranseutsettingen i kommunal sektor, for eksempel innenfor helse- og omsorgstjenester. Om denne typen tjenester skal konkurranseutsettes eller ikke, beror i stor utstrekning på et politisk valg som er overlatt til myndighetene. Det ligger heller ingen EØS-rettslige føringer på om for eksempel helsetjenester skal legges ut på anbud – idet EØS-retten anerkjenner det offentliges rett til selv å produsere tjenester for befolkningen. At denne typen prosesser og ulike organiseringer innenfor offentlig sektor kan reise utfordringer i forhold til anskaffelses-

regelverket, er en annen sak. I det følgende konsentrerer vi oss om sektorer som har blitt åpnet for konkurranse gjennom direktivregulering, og der prinsippene gjelder uavhengig av om det er offentlige eller private foretak involvert.

Liberaliseringen av tele- og energisektoren er eldre enn EØS-avtalen, og går også delvis lenger tilbake enn tilfellet er i EU. Særlig innenfor energisektoren må Norge anses som et foregangsland, med energiloven 1991 som det sentrale omslaget.¹⁰² Etableringen av den nordiske kraftbørsen Nordpool er for eksempel fortsatt enestående i Europa. Noe tilsvarende (om enn mindre omfattende) gjelder telesektoren, der markedet for teleterminalutstyr ble åpnet i 1988.

Også i daværende EF ble det foretatt grep for å liberalisere disse markedene. Innenfor energisektoren var det spredt direktivregulering gjennom nitti-tallet samt noe bruk av konkurransereglene, mens reelle skritt mot liberalisering først kom i 2003 ved elektrisitet- og gassmarkedsdirektivene.¹⁰³ Innenfor telekom var EU relativt parallelt med Norge, gjennom direktivet om terminalutstyr.¹⁰⁴

Det er således ingen direkte sammenheng mellom EØS-avtalen og sektorliberalisering, jf. også den konkurranseutsetting av enkeltforetak som er drøftet ovenfor under statsstøttereglene. Utviklingen kan snarere ses i et mer globalt perspektiv, der ikke minst OECD har spilt en viktig rolle. Samtidig er det på det rene at liberaliseringen i senere år både i omfang og form er betydelig påvirket av EU gjennom EØS-avtalen.

Enkelte sektorer har også blitt liberalisert (og er under liberalisering) under meget mer motstand enn energi- og telesektorene. Dette gjelder i noen grad jernbane, og i større utstrekning postsektoren.¹⁰⁵ EU vedtok i 2008 at medlemslandene plikter innen 31.12.2010 å avvikle ordningen der tilbydere av posttjenester er gitt eneretten til å formidle posttjenester.¹⁰⁶ Direktivet åpner for at land på visse vilkår kan få utsatt åpningen av markedet for fri konkurranse i inntil to år, og 11 medlemsland har fått en slik utsettelse.¹⁰⁷ Dette direktivet skal i

henhold til EØS-avtalen gjennomføres i Norge. Men når dette skrives (februar 2011) har enda ikke Norge tatt stilling til når de skal avvikle den gjenværende delen av postombæringen der posten fortsatt har enerett.

5.2. Tilsynsstruktur og organisering

Flere regelsett innebærer eller forutsetter etablering av en egen tilsynsstruktur på nasjonal plan, med egne regler om kompetanse, håndhevelse, sanksjoner mv. Post-, tele- kraft- og transportsektorene utpeker seg. Her kan det pekes på tilsynsmyndigheter som Post- og teletilsynet, NVE og Statens jernbanetilsyn. Samtidig er det opprettet statlige tilsyn på flere områder hvor EØS-avtalen ikke legger direkte føringer. Bl.a. gjelder dette Statens Forurensningstilsyn (nå Klima- og forurensningsdirektoratet) og Finanstilsynet.¹⁰⁸ I den utstrekning noe kan leses ut av dette, må det være at strukturen med uavhengige tilsyn ikke synes å være noe særskilt EØS-fenomen, men at denne modellen er valgt på en rekke områder.

EØS-messige utfordringer knyttet til tilsynsstrukturen er berørt i St. meld. nr. 17 (2002-2003) Om statlige tilsyn (fremlagt av Bondevik II-regjeringen). Her sies det:

“I utgangspunktet skal landene stilles fritt med hensyn til hvordan den statlige forvaltningen organiseres. Ut fra dette prinsippet kan landene organisere sin forvaltning i samsvar med nasjonale tradisjoner. EØS-avtalen binder derfor i utgangspunktet heller ikke norske myndigheter når det gjelder hvordan tilsynet skal organiseres. Landene skal imidlertid ikke velge løsninger som er i strid med de generelle reglene i avtalen. I noen grad gis det også føringer for organiseringen. Når det åpnes for økt konkurranse, bidrar dette til å presse frem nye tilknytnings- og organisasjonsformer som er bedre egnet til å operere i et konkurransemarked. Også krav om separasjon av infrastruktur og tjenesteyting, i den hensikt å legge til rette for økt konkurranse, har organisatoriske konsekvenser.”¹⁰⁹

Når dette er sagt, er det likevel på det rene at EØS-avtalen legger føringer både på etablering og organi-

102 Se om bakgrunnen for regimet i energiloven Hammer: Tilrettelegging av kraftmarkedet, Oslo 1999, kap. 15 ff.

103 Se nærmere om utviklingen her rapporten Towards a European Energy Community: A Policy Proposal (tilgjengelig på http://www.notre-europe.eu/uploads/tx_publication/Etud76-Energy-en.pdf), s. 5 ff.

104 Dir. 88/301/EØF.

105 Rammedirektiv 97/67/EF om postsektoren.

106 Se Endringsdirektiv 2008/6/EC.

107 For en nærmere beskrivelse av hvilke land som har utsatt avviklingen og hva endringsdirektivet innebærer, se Copenhagen

Economics (2010): 'Main developments in the postal sector (2008-2010)', rapport overlevert DG Internal Market, november 2010.

108 At også disse myndighetene i vid utstrekning er involvert i håndhevelse av EØS-initiert regelverk, for eksempel kvotehandel for KLIFs del og kontroll med revisorer/verdpapirmarkeder for Finanstilsynet, er en annen sak.

109 St.meld. nr. 17 (2002-2003) Om statlige tilsyn, s. 19.

sering av tilsynsfunksjonen på liberaliserte sektorer. Et særlig tydelig trekk er en økende grad av detaljert regulering, som forvaltes av tilsynsorganer med særskilt kompetanse. Dette kan i lys av norsk forvaltningsrettslig tradisjon, som har vært mer preget av skjønn og pragmatisme, ses på som et utslag av såkalt rettsliggjøring. Harmoniseringen av konkurranseloven fremstår som et særskilt markant eksempel.

I St. meld. nr. 17 sies det videre:

“En direkte føring for landenes forvaltningsstruktur er at det innenfor enkelte sektorer stilles krav om nasjonale reguleringsorganer, såkalte National Regulatory Authorities (NRA), som skal være rettslig og organisatorisk uavhengige av forvaltningen av tjenesteproduksjon og eierinteresser. Kravet om etablering av nasjonale reguleringsorganer kom for første gang gjennom Direktiv 88/301/EØF om liberalisering av omsetning av terminalutstyr innenfor telesektoren. Det må anses som en følge av liberaliseringsprosessen at det oppsto et behov for selvstendige reguleringsorganer. Bakgrunnen for regelverket var at for å skape tillit og like konkurransevilkår i markedet, var det behov for uavhengige myndigheter som ikke hadde for nære koblinger mot de nasjonale, statlige operatørene innenfor de respektive sektorene. Samorganisering av myndighetsoppgaver og tjenesteproduksjon har tidligere vært vanlig praksis, og er mindre problematisk i en monopolsituasjon. Typiske oppgaver for slike myndighetsorganer vil være produkt- og typegodkjenninger, tildeling av lisenser og konsesjoner, samt tilsyn med ulike virksomheters etterlevelse av regelverkskrav.

EU-kommisjonen og EFTAs Overvåkingsorgan ser ut til å bli stadig mer opptatt av at ikke bare de nasjonale rettsreglene, men også at de nasjonale forvaltningsordningene faktisk fremmer det indre markedet. På denne bakgrunn kan det hevdes at det er i ferd med å vokse frem en egen forvaltningspolitikk innenfor EU. Denne kjennetegnes av et overordnet prinsipp om formalisering - om klare og lett etterprøvbare ansvarsforhold. Dette representerer i så fall en utfordring for den norske forvaltningsmodellen som er mer basert på en pragmatisk forvaltning av ofte motstridende hensyn.”¹¹⁰

Tilsynsstrukturen synes tilfredsstillende fra et EØS-perspektiv. I enkelte sektorer kan imidlertid den gene-

relle ordningen med departementet som klageinstans skape problemer. Den norske klageordningen under ekomloven skaper for eksempel utfordringer mht. plikten til å notisere vedtak til ESA. Der departementet etter klage endrer PTs vedtak, vil det ikke iverksettes noen notifikasjon. Det er tvilsomt om denne ordningen er i samsvar med EØS-retten, uten at dette spørsmålet skal forfølges videre her.

110 St. meld. nr. 17 (2002-2003) Om statlige tilsyn, s. 19-20.

6. Overordnede utviklingstrekk og erfaringer

Vi har i det foregående foretatt en redegjørelse for utviklingstrekke i både konkurranseretten, statsstøtteregeilverket og sektorliberaliseringen i Norge så vel som i EU. Et hovedtrekk er at det norske regelverket på disse områdene i stor grad er harmonisert med EU, dog med visse unntak. Vi har for eksempel pekt på at vilkårene for å gripe inn mot bedriftserved i Norge adskiller seg for reglene i EU.

Et interessant spørsmål er om den nåværende tilnynningen til EU har vært gunstig sett ut fra et konkurransepolitisk perspektiv. Har det ført til en endring i konkurransepolitikk som har vært gunstig for Norge? Dersom en skal foreta en vurdering av overordnede utviklingstrekk og erfaringer, er spørsmålet hva en i så fall skal oppstille som alternativ. Det er lite informativt dersom en beskriver dagens konkurransepolitiske regime som velfungerende og bra, så lenge en ikke sier noe om en forventer at det ville fungert bedre eller dårligere dersom Norge hadde hatt en annen tilknytningsform til EU enn det vi har gjennom EØS-avtalen.

Hvis en skal foreta en fornuftig analyse, vil kanskje det mest naturlige være å se for seg ett av to mulige alternativer til dagens tilknytningsform:

- Norsk medlemskap i EU
- Norsk frihandelsavtale med EU

I det følgende vil vi vurdere hver av de to alternativene, og dernest foreta en prinsipiell vurdering av mulige samfunnsøkonomiske virkninger av en annen tilknytningsform.

6.1. Norsk medlemskap i EU

Hvis Norge var medlem av EU, er vår oppfatning at det ville ha liten eller ingen virkning på den konkurransepolitikken som ville blitt ført i Norge sammenlignet med den vi opplever med dagens tilknytningsform. For all virksomhet der samhandelen er påvirket, er EØS-konkurranselovgivningen allerede virksom og den er for alle praktiske formål identisk med konkurransereglene i EU. EU-kommisjonen ville slik som i det nåværende regime kunne fatte vedtak som også innbefatter det norske markedet og norske bedrifter. Det vil innebære saker som er listet opp i Appendix A, som omfatter norske bedrifter og/eller det norske markedet, ville gjelde ikke bare i dagens regime men også i et regime med norsk medlemskap i EU.

Dersom vi var medlem i EU ville vi fortsatt hatt mulighet til å ha vår egen konkurranselov slik vi har i dag. Det ville for eksempel fortsatt vært mulig at vi nasjonalt valgte å ha en totalvelferdsstandard for fusjoner og oppkjøp, og dermed ha et annet og mindre strengt inngrepsvilkår enn det EU-kommisjonen har. Videre ville det også være mulig å opprettholde ordningen med den nåværende § 14 i konkurranseloven, der norske konkurransemyndigheter gis mulighet for at det kan gis særskilte forskrifter om konkurransefremmende tiltak. Et siste mulig eksempel på mulighet for avvikende regler innen EU er ordningen med personstraff ved alvorlige overtredelser av konkurranseloven. EU-kommisjonen har ikke en slik ordning, mens derimot England har personstraff i sin konkurranselovgivning. Det illustrerer at Norge som EU-medlem ville hatt mulighet for å videreføre dagens ordning, til tross for den adskiller seg fra løsningen som er valgt i EU.

Det er velkjent at medlemskap i EU ville hatt konsekvenser for sektorene fiske og jordbruk. Det ville ventelig blitt bedre tilgang til det europeiske markedet for fisk, og tollbeskyttelsen mot EU-land hva angår jordbruksprodukter ville måtte endres. Dette ville imidlertid ikke endret noe hva angår det konkurransepolitiske handlingsrommet. I EU som i Norge er råvareleddene innen jordbruk og fiske unntatt konkurranselovgivningen. Slik sett er de endringene som eventuelt ville skje ikke direkte knyttet til endret konkurransepolitisk regime, men til endringer i andre rammebetingelser som følge av EU-medlemskap.

6.2. Norsk frihandelsavtale med EU

Hvis vi i stedet sammenligner dagens ordning med en ordning der Norge har en frihandelsavtale med EU, er det større rom for at det kunne skjedd endringer i det konkurransepolitiske regimet. Da er det ikke lenger slik at vi ville hatt en EØS-lovgivning vi var bundet av verken når det gjelder statsstøtte eller konkurranselovgivning, ei heller ville vi vært bundet av regelverk hva angår sektorliberalisering.

Det er imidlertid høyst usikkert hvilke endringer i det konkurransepolitiske regimet dette ville medført. I 1994, samtidig med at EØS-avtalen trådte i kraft (men uten sammenheng med denne), innførte Norge en konkurranselov som ble oppfattet som moderne og på mange områder forut for sin tid. Den tok blant annet høyde for det sterke samspillet som vi i dag ser mellom juss og økonomi gjennom en eksplisitt formålsparagraf sterkt inspirert av økonomiske prinsipper, og vilkåret for konkurransekade i fusjonskontrollen i loven fra

1994 tilsvarte det som EU i 2004 innførte da de endret sin fusjonskontroll. Den viktigste forskjellen var at den norske loven i større grad var basert på inngreps- enn forbudsbestemmelser, men i realiteten var rekkevidden av loven den samme i Norge som i EU. Det som var forbudt i EU, for eksempel misbruk av en dominerende stilling, kunne en gripe inn mot i Norge ut fra en konkret vurdering. Loven som ble innført i 2004 harmoniserte norsk konkurranselovgivning med EU sin konkurranselov, dog med noen få unntak. Vi var ikke tvunget til å foreta en slik harmonisering, men det at vi faktisk valgte å gjøre det kan bety at den endringen av den norske loven kunne skjedd uavhengig av norsk EØS-medlemskap.

Hvis vi hadde valgt å beholde en inngrepslov i stedet for å innføre forbud mot misbruk av dominans i 2004, kunne dette hatt betydning for konkurransesituasjonen i noen markeder. Vi vil særlig trekke frem norsk luftfart. Forbud mot misbruk av dominans innebærer at predasjon – sette lav pris for å presse ut en rival – ikke lenger er lov. Før 2004 kunne de eksisterende selskapene fritt sette en så lav pris som de ønsket, helt til Konkurransetilsynet grep inn og vedtok at det var ulovlig. I praksis var det nærmest umulig å gripe inn tidsnok mot predasjon, da det vil ta tid før en kan fastslå at predasjon forekommer. Med forbudet mot misbruk av dominans fra mai 2004 måtte det etablerte selskapet SAS selv ta ansvar for å ikke prise for lavt, da de i ettertid kunne bli dømt hvis de gikk med tap og presset en rival ut av markedet. Fra om lag mai 2004 reverserte SAS delvis sin svært aggressive pricing i det norske markedet, og det er grunn til å tro at dette delvis hadde sammenheng med innføring av en forbudslov for misbruk av dominans. Norwegian kom i en svært presset økonomisk situasjon ut over i 2004, og det kunne i verste fall endt med at selskapet hadde lagt ned sin virksomhet. I så fall ville en for en kortere eller lenger periode returnert til en monopolstiasjon i norsk luftfart. Det er antydnet at det kunne medført økte kostnader for flypassasjerene på anslagsvis 1.5-2 milliarder kroner årlig.¹¹¹

Eksempelet over illustrerer at forbudet mot misbruk av dominans kan ha hatt stor betydning for markedsstrukturen i norsk luftfart, og en kan ikke utelukke at det også har hatt betydning også i andre markeder. Det kan ha disiplinerte etablerte aktører, og kan dermed ha hatt en betydelig effekt uten at det nødvendigvis er synlig i form av vedtak vedrørende misbruk av domi-

nans. Vi har imidlertid påpekt at endringen i norsk lov i mai 2004 ikke var noe vi ble tvunget til, hvilket antyder at det er sannsynlig at vi hadde valgt å gjøre en slik endring selv om vi hadde hatt en frihandelsavtale. Ut fra det perspektivet blir det svært spekulativt å peke på noen mulige konkurransepolitiske effekter av å ha en frihandelsavtale i stedet for et EØS-medlemskap. Vi hadde hatt mulighet til å ha en lov som er nøyaktig den vi har i dag, og det er vanskelig å spekulere i hvorvidt vi hadde valgt en annen løsning.

En frihandelsavtale ville imidlertid ha ført til at de saker der Kommisjonens eller ESAs vedtak har ført til direkte inngrep i det norske markedet ikke lenger ville gjelde. Etter det vi kjenner til ville dette være i følgende saker (nevnt kronologisk):

- Salget av Hansa som vilkår for joint venture mellom Volvo og Orkla (Kommisjonen)
- Lisensiering ut av visse produkter som vilkår for Procter & Gambles kjøp av Wella (Kommisjonen)
- Bot til AstraZeneca for hindringer for parallellimport (Kommisjonen)
- Bot til Tomra for eksklusivavtaler og rabatter (Kommisjonen)
- Salg av noen merker som vilkår for British American Tobaccos oppkjøp av Skandinavisk Tobakkskompagni (Kommisjonen)
- Salg av Jet som vilkår for StatoilHydros kjøp av Jet (Kommisjonen)
- Bot til Posten Norge for eksklusivavtaler for Post-i-Butikk (ESA)
- Coca-Colas forretningspraksis overfor dagligvarekjeder (Kommisjonen)
- Svenske Kraftnät med bindende tilsagn om inndeling i prisområder (Kommisjonen)

Det er fire saker vedrørende fusjonskontroll av Kommisjonen, samt fem saker vedrørende misbruk av dominans hvorav fire for Kommisjonen og en for ESA. I tillegg er det som vist i Appendix A en rekke andre saker der Kommisjonen har valgt å ikke gripe inn mot norske selskaper, og da særlig hva angår fusjoner og oppkjøp. Dersom Norge hadde hatt en frihandelsavtale ville Kommisjonen ikke hatt kompetanse til å fatte disse vedtakene som direkte berører norske markeder, og ESA ville heller ikke eksistert.

Men det betyr ikke nødvendigvis at disse inngrepene ikke ville funnet sted. Norske konkurransemyndigheter kunne behandlet disse sakene. Hva angår for eksempel sakene vedrørende Tomra, AstraZeneca og Coca-Cola ville disse to vedtakene og det ene tilsagnet uansett blitt fattet av Kommisjonen da de innbefatter en rekke

111 Se F. Steen og L. Sørsgard (2006): 'From failure to success in the Norwegian airline industry', kapittel 8 i L. Sørsgard (red.): *Competition and Welfare: The Norwegian Experience*, Konkurransetilsynet.

EU-lands markeder. En mulighet ville vært at norske konkurransemyndigheter kopierte vedtakene av Kommisjonen, og dermed ville en frihandelsavtale føre til samme type vedtak som i dagens regime hva angår AstraZeneca og Tomra. Det er derimot mer usikkert hva som ville skjedd hva angår Coca-Cola, da Norge ikke har anledning til å inngå avtaler med partene om bindende tilsagn. Et mulig utfall ville vært at Coca-Cola foretok de samme endringene i sine kontrakter i Norge som i EU-land, for å unngå at det ble opprettet egen sak i Norge som kunne resultere i en bot for misbruk av dominans.

Norge har som beskrevet foran hatt en relativt aktiv fusjonskontroll med en rekke inngrep, hvilket betyr at norske konkurransemyndigheter kunne grepet inn og godkjent på vilkår slik Kommisjonen har gjort i de nevnte sakene. Tilsvarende kunne saken vedrørende Posten Norge om Post-i-Butikk blitt behandlet av norske konkurransemyndigheter. Det er følgelig vanskelig å se at utfallet hadde blitt nødvendigvis annerledes med en frihandelsavtale. Hvis noen forskjell, er det ikke åpenbart at en frihandelsavtale ville ført til en mindre streng konkurransepolitikk. I teorien kunne en tenke seg at norske konkurransemyndigheter ville grepet inn mot noen av de fusjoner og oppkjøp som Kommisjonen aksepterte.

Saken vedrørende Svenska Kraftnät illustrerer problemene med å fastslå hva som ville skjedd dersom Norge hadde hatt en frihandelsavtale. Den svenske systemoperatøren i kraftmarkedet ble mistenkt for misbruk av dominans ved å klarere kraftmarkedet på en måte som påførte naboland kostnader. Etter undersøkelser av Kommisjonen inngikk Svenska Kraftnät et bindende tilsagn der de forpliktet seg til å endre måten de klarerte markedet på (i større grad inndeling i prisområder). Det ble henvist til at dette hadde betydning for land i både EU (Danmark og Finland) og EØS (Norge). Da EU-land var involvert, er det mulig at dette bindende tilsagnet ville blitt gjennomført selv uten EØS-avtalen. Men hvis ikke det hadde skjedd, hadde det påført Norge tap. Disse tapene er usikre, men er anslått til flere hundre millioner kroner årlig.¹¹²

Derimot ville en frihandelsavtale ventelig ført til økt ressursbruk både for selskaper og det offentlige. Dagens ordning innebærer at en typisk lar en konkurransemyndighet behandle en sak (prinsippet om one-stop shopping hva angår fusjoner og oppkjøp for eksempel).

112 Se M. Bjørndal og K. Jörnsten (2001): 'Koordinering av nordiske systemoperatører i kraftmarkedet : gevinster ved bedret kapasitetsutnyttelse og mer fleksibel prisområdeinndeling' SNF-rapport 29/01.

Ved en frihandelsavtale ville bedriftene i større grad måtte forholde seg til flere konkurransemyndigheter. For eksempel ville StatoilHydro, dersom det ikke var inngått noen avtale mellom Norge og EU, melde fusjon både til Norge og til EU i stedet for kun til EU som i dagens regime.

Hva angår sektorliberalisering, er det også vanskelig å se at utviklingen nødvendigvis hadde blitt særlig forskjellig fra dagens utvikling dersom vi ikke hadde vært EØS-medlem. Som beskrevet i det foregående var Norge et foregangsland hva angår liberalisering av energisektoren og det skjedde før inngåelsen av EØS-avtalen, og Norge var også tidlig ute hva angår liberalisering av telesektoren. Det illustrerer at Norge valgte selv å foreta sektorliberaliseringer, uavhengig av EØS-medlemskapet. Norge har valgt å være sen med å innføre full liberalisering av postsektoren, og det er noe vi har valgt å gjøre selv om vi er EØS-medlem. Det illustrerer at i det store bildet er det vanskelig å se at det er EØS-tilknytningen som sådan som har vært avgjørende, selv om en kan hevde at det kan ha påvirket både tidspunkt og omfang av liberalisering i noen enkeltsektorer.

Postsektoren er det området hvor det mest sannsynlig kunne vært en annen utvikling dersom vi kun hadde hatt en frihandelsavtale med EU. Som beskrevet er Norge sen med å implementere fri konkurranse i denne sektoren, hvilket kan tolkes som at dersom vi hadde hatt større handlingsrom kunne Norge utsatt liberalisering ytterligere. En studie konkluderer med at det er samfunnsøkonomisk lønnsomt med en liberalisering av denne sektoren i Norge.¹¹³ Det påpekes at en liberalisering vil innebære at priser i større grad vil avspeile kostnadene, hvilket gir en for samfunnet mer effektiv tilpasning. De hevder også at økt konkurranse ville ført til flere produkter på markedet og høyere kvalitet, og viser til erfaringer fra liberaliseringen i Sverige:

'I første omgang virker det mest sannsynlig at en får konkurranse i markedet for massesendinger, slik man har sett i Sverige, og at de store bedriftene er de som tjener på liberalisering. Dette kan imidlertid også gi en indirekte effekt ved at bedriftene som står for massesendingen får besparelser som kan veltes over til kundene'.

Dette antyder at det vil være samfunnsøkonomiske kostnader forbundet med å utsette liberaliseringen, uten at dette ble tallfestet i den aktuelle rapporten.

113 Se C. Andersen og R. Mjørlund (2009): 'Effekter ved liberalisering av det norske postmarkedet', SNF-rapport 3/09.

Det kan tenkes at statsstøttereglene og reglene om fri bevegelse ('de fire friheter') som vi er bundet av gjennom EØS-avtalen har hatt større betydning for utviklingen enn det vi har opplevd hva angår sektorliberalisering. La oss gi noen eksempler på det.

EØS-avtalen førte til at reglene for hjemfall innen norsk kraftsektor ble endret. Det vil ikke lenger bli gitt konsesjoner til private for erverv av vannfall og kraftverk, men private kan fortsatt eie inntil en tredjedel av offentlig eide vannkraftverk. Omleggingen indikerer at norske myndigheter uavhengig av EØS-tilknytning ville ønske en sterk statlig styring av denne sektoren. Fra et konkurransepolitisk ståsted er kanskje den viktigste følgen av denne omleggingen at det påvirker den langsiktige markedsstrukturen. Når private tvinges til å selge seg ned for å unngå hjemfall, vil det offentlige få en større innflytelse. Et potensielt problem med omleggingen kan da være at det over tid blir en høy konsentrasjon i denne næringen, der få offentlige aktører får en sterk markedsstilling. Men gitt den nåværende konkurranselov, ville en slik utvikling ventelig bli stoppet gjennom ordningen med fusjonskontroll. Hvis så er tilfelle, er det vanskelig å se at det fra et konkurransepolitisk ståsted vil være så stor forskjell på dagens ordning og den vi ville hatt uten EØS-avtale. I den grad det ikke er mulig å gjennomføre en slik fusjonskontroll, for eksempel fordi det er få aktuelle kjøpere av kraftverk som er til salgs, ville den tidligere hjemfallsordningen vært å foretrekke ut fra et konkurransepolitisk perspektiv. Sett i et slikt perspektiv vil det i så fall bety at en frihandelsavtale ville gitt en bedre samfunnsøkonomisk løsning.

EØS-avtalen har lagt begrensninger på mulighetene for å innføre et industrikraftregime, en ordning der industrien får tilført kraft til en annen pris enn andre forbrukere av kraft. En ekspertgruppe oppnevnt av Olje- og Energidepartementet frarådet i 2005 opprettelsen av et industrikraftregime.¹¹⁴ Det er verdt å merke seg at utvalget ikke bare viste til problemene i forhold til EØS-avtalen. De viste også til at et slikt regime i praksis var vanskelig å få til å fungere etter hensikten, og hvis en fikk det til å fungere etter hensikten kunne det ha uheldige samfunnsøkonomiske konsekvenser:

“For det tredje ville et industrikraftmarked med lavere priser enn i det ordinære markedet, hvis det hadde vært mulig, etter ekspertgruppens syn hatt uheldige samfunnsøkonomiske konsekvenser.

Lavere pris i et industrikraftmarked ville ha ledet til høyere pris for andre kunder, herunder annen industri og vanlige forbrukere. I tillegg til at noen ville ha tapt og noen vunnet, ville prisforskjellene ha ledet til et tap av ressurser. Grunnen er at et eget industrikraftmarked ville ha hindret en omdisponering av knappe kraftressurser til avtakere som står for høyere verdiskapning enn de deler av kraftkrevende industri som har problemer med dagens markedspris.”

Ekspertgruppen foretok ikke noe anslag på mulig samfunnsøkonomisk tap ved en slik ordning, men peker på at størrelsen på omsetningen i dette markedet er slik at eventuelle prisforskjeller kan få store konsekvenser. De viser til en eldre studie som anslo at de gunstige kraftkontraktene som kraftkrevende industri hadde på slutten av 80-tallet medførte et tap for samfunnet på 4,5 milliarder kroner årlig.¹¹⁵ Dette tapet vil selvsagt avhenge kritisk av hvor store volum som innbefattes i et industrikraftregime og hvor store prisforskjeller det er, men anslaget illustrerer at de samfunnsøkonomiske tapene ved en slik ordning kan bli betydelig. Dette taler for at dersom en ved en frihandelsavtale hadde innført et industrikraftregime, ville det medført et samfunnsøkonomisk tap.

En frihandelsavtale vil også innebære at Norge ikke lenger er medlem av det felles europeiske området, og det vil for eksempel medføre at vi ikke lenger er bundet av de fire friheter som gjelder i dette området. Hvis vi da hadde valgt å stå utenfor på den måten, ville det indirekte hatt betydning for konkurransen i en del norske markeder selv om konkurransepolitikken hadde vært uendret. For eksempel har Norges deltakelse i et felles arbeidsmarked med andre land ført til betydelig tilgang av arbeidskraft i blant annet hotell- og restaurantnæringen og bygg- og anleggsnæringen. Dette har åpenbart ført til hardere konkurranse og ventelig lavere priser til kundene som betjenes i disse markedene. Det er imidlertid utenfor mandatet til denne rapporten å drøfte nærmere mulige konsekvenser av denne typen virkninger, da det strengt tatt ikke har noen direkte sammenheng med utformingen av konkurransepolitikken.

114 Se Bull, F., T. Bye, L. Sjørgard og S. Teigum: 'Et eget kraftmarked for industrien?', notat skrevet på oppdrag av Olje- og Energidepartementet, 9. juni 2005.

115 De viser til T. Bye og S. Strøm (1987): 'Kraftpriser og kraftforbruk', nummer 4, *Sosialøkonomen*.

6.3. Mulige samfunnsøkonomiske virkninger

Som forklart over, valgte Norge å innføre en moderne konkurranselov før vi inngikk EØS-avtalen. Det antyder at Norge, uansett tilknytning til EU, ville hatt en konkurranselov som i liten grad adskilte seg fra den vi ser i EU. Sett i et slikt perspektiv er det lite aktuelt å sammenligne Norge med andre land, for eksempel vurdere om den norske næringsstrukturen adskiller seg fra andre sammenlignbare land som Sverige, Finland og Danmark som følge av ulikheter i konkurranselovgivning.

I den grad konkurransepolitikken hadde blitt mindre streng, ville det i større grad åpnet muligheten for bedrifter til å utnytte markedsrett. Det er komplisert å måle mulige samfunnsøkonomiske virkninger av økt utnyttelse av markedsrett. I Appendix B har vi beskrevet hva som menes med utnyttelse av markedsrett, og mulige virkninger av utnyttelse av markedsrett. Som forklart i Appendix B er det i den økonomiske litteraturen pekt på flere mulige uheldige konsekvenser:

- Høyere priser
- Høyere kostnader (herunder sløsing)
- Lavere kvalitet og mindre produktutvalg
- Mindre innovasjon

Det er ikke slik at økt utnyttelse av markedsrett alltid fører til den type uheldige virkninger. Det kan endog tenkes eksempler der markedsrett har gunstige effekter langs noen av de dimensjonene som er nevnt over. Hovedbildet synes imidlertid klart: Økt utnyttelse av markedsrett har typisk uheldige samfunnsøkonomiske virkninger. Dette er nærmere beskrevet i Appendix B. I den grad Norge som følge av en mindre bindende tilknytning til EU fører en mindre streng konkurransepolitikk, vil dette forventes å føre til et samfunnsøkonomisk tap. Hvor stort det tapet blir, er det vanskelig å ha noen formening om, særlig i en situasjon der en ikke vet om Norge i det hele tatt ville valgt å føre en mindre streng konkurransepolitikk. Vi vil imidlertid særlig trekke frem lærdommen fra empiriske studier av sektorliberalisering (se Appendix B, avsnitt B.2.3). Det samlede bildet fra de empiriske studiene er at sektorliberalisering fører til lavere kostnader, hvilket kan forklares med virkningene av et økt konkurranstrykk. Dette er av relevans for sektorliberalisering i Norge, og da særlig spørsmålet om hva som ville skjedd dersom Norge hadde foretatt en ytterligere utsettelse av liberaliseringen av posten. Dette er i tråd med rapporten som studerer konsekvensene av liberaliseringen av posten i Norge, men studien har ikke gjort noen forsøk på å tallfeste størrelsen på tapet.

For illustrasjonens skyld, la oss nevne to eksempler fra Norge på mulige virkninger av manglende konkurranse. Det kan illustrere at mindre konkurranse kan påvirke ikke bare priser, men også kostnader og produktutvalg.

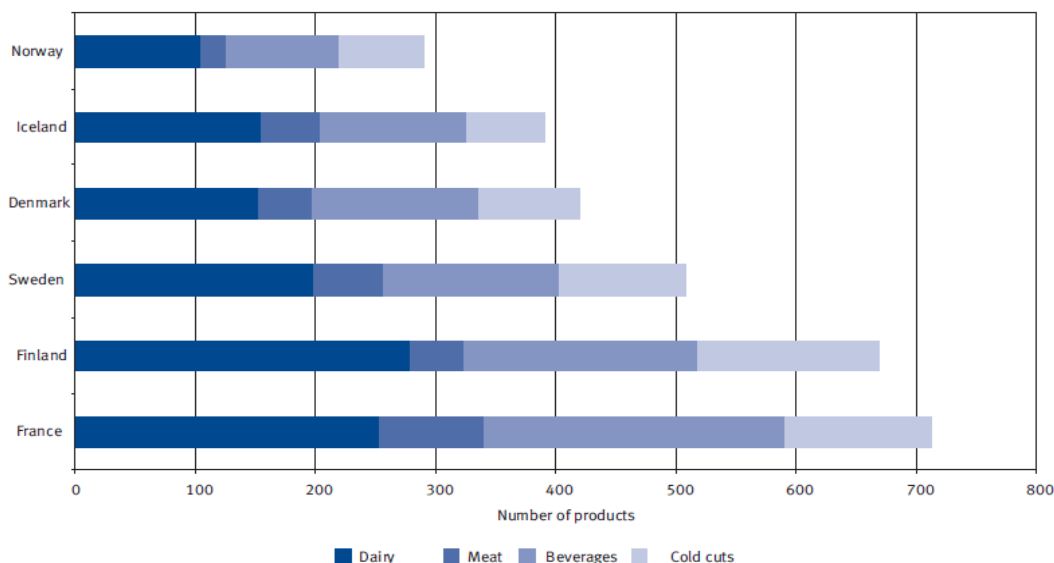
I det norske sementmarkedet hadde tre produsenter et priskartell fra 1923 til 1968. De fordelte kvotene innenlands etter hvor stor andel av total innenlandsk kapasitet hver av dem hadde. Dette priskartellet, som er et eksempel på noe som normalt er forbudt i henhold til de fleste lands konkurranselov, førte til både høye priser og høye kostnader. Det første er åpenbart, da de hadde dannet priskartell nettopp for å hindre priskonkurranse innenlands. Men en bivirkning av dette var at selskapene konkurrerte om å få mest mulig av kvoten innenlands gjennom oppbygging av egen kapasitet. Det førte til betydelig overkapasitet og salg av sement med tap på verdensmarkedet. Da overkapasiteten var på sitt største på siste halvdel av sekstitallet var det årlige tapet for samfunnet forbundet med både høy pris og høy kostnad på et beløp tilsvarende 300 millioner i 2006-kroner.¹¹⁶ Til sammenligning var budsjettet for Konkurransetilsynet i 2006 under en tredjedel av dette.

Det norske markedet for produkter fra jordbruket er beskyttet fra utenlandsk konkurranse gjennom blant annet høye tollsatser. Det er åpenbart at dette fører til høyere priser til norske forbrukere; en viktig målsetting er å sikre høyere inntekter til bøndene. Det synes imidlertid også som at manglende konkurranse også har påvirket produktutvalget. Nordiske konkurransemyndigheter gjennomførte i 2005 en studie av vareutvalg for matvarer i de nordiske landene samt Frankrike.¹¹⁷ De fant at vareutvalget var relativt lavt i Norge:

116 Dette eksempelet er hentet fra L.-H. Røller og F. Steen (2006): 'On the workings of a cartel: Evidence from the Norwegian cement industry from 1955-1967', *American Economic Review*, 96, 321-338. For en nærmere beskrivelse av dette eksempelet og andre eksempler fra virkningene av konkurranse i en del utvalgte norske næringer, se L. Sjørgard (2006): *Competition and welfare: The Norwegian experience*, Konkurransetilsynet.

117 Se Nordic Competition Authorities: 'Nordic food markets – a taste for competition', Report 1/2005.

Figure 2.6. The food supply in an average supermarket, 2005



Det lave produktutvalget i Norge kan ha flere årsaker, blant annet strukturen på detaljistleddet. Men det gir i det minste en indikasjon på at manglende konkurranse også kan ha virkninger i form av lavere produktutvalg.

7. Oppsummering

Gjennomgangen har vist at det konkurranserettslige regelverket jevnt over er identisk eller kraftig inspirert av EUs regler, uten at det kan påvises at dette genuint skyldes EØS-medlemskapet. På flere områder begynte utviklingen av konkurranseregler og sektorliberalisering forut for EØS-avtalen. Samtidig er det på det rene at enkelte norske regler gikk lenger enn hva som var tilfellet i daværende EF. Dette gjelder bl.a. regler om fusjonskontroll (1988) og liberalisering av kraftmarkedet (energiloven 1991).

Når dette er sagt, fremstår det internrettslige konkurranserettsregimet som temmelig tett knyttet opp mot EU/EØS, og det synes å være en pågående konvergens i form av at stadig flere enkeltregler harmoniseres med EU-retten. Innenfor konkurransereglens kjerneområder gjelder dette for eksempel prosessregler for fusjonskontroll. Det viktigste enkeltvalget fremstår på denne bakgrunn som harmoniseringen av de materielle adferdsreglene som ble etablert med konkurranseloven 2004. Gjennomgangen har imidlertid vist at norske myndigheter innenfor disse rammene fører en selvstendig konkurransepolitikk, og at det er gitt regler som går lenger enn EØS-retten der dette har vist seg nødvendig i enkeltmarkeder, jf. krrl. § 14.

Vår konklusjon på dette punktet er således at det ikke er holdepunkter for å hevde at norsk konkurranselovgivning ville ha utviklet seg annerledes verken under en tilknytning gjennom frihandelsavtale eller fullt medlemskap. Hvis det, i motsetning til det vi finner mest sannsynlig, hadde vært slik at den økte handlefriheten med en mindre nær tilknytning til EU hadde vært benyttet til å føre en mindre streng konkurransepolitikk, hadde det åpnet for økt utnyttelse av markedsrett av bedriftene. I så fall ville det ført til et samfunnsøkonomisk tap. Da vi ikke har noe holdepunkt for å si noe om hvor mye mindre streng konkurransepolitikken kunne blitt, er det ikke mulig å si noe om hvor stort tap samfunnet ville blitt påført.

Konklusjonen er langt på vei gyldig også for sektorliberalisering. På enkelte områder, for eksempel energi, har Norge gått foran EU, mens på andre, for eksempel postvesen, er det grunn til å tro at EØS-avtalen har påvirket tidspunkt og omfang for liberaliseringen. Hvis Norge hadde hatt en friere tilknytning til EU enn den vi har gjennom EØS-avtalen ville det følgelig i de fleste sektorer neppe påvirket liberaliseringen. Ett mulig unntak kan være postsektoren, der en eventuell ytterligere utsettelse av liberaliseringen ventelig ville ført til et samfunnsøkonomisk tap. På den annen side ville dette i så fall vært et bevisst politisk valg, hvilket kan tolkes som at det eventuelle samfunnsøkonomiske tapet oppveies av andre hensyn politikerne velger å legge vekt på.

Statsstøtteregele er sannsynligvis det regelverket som i størst utstrekning har påvirket norske myndigheter, men da ved å sette begrensninger på myndighetenes

økonomiske intervensjon i markedene. Disse reglens innvirkning sammenliknes nok best med reglene om fri bevegelse. Vi har ikke foretatt noen uttømmende drøfting av mulige samfunnsøkonomiske virkningene av disse reglene, men påpekt at for eksempel opprettelsen av et industrikraftregime kunne vært mulig uten EØS-avtalen. Det ville i så fall ventelig påført Norge et samfunnsøkonomisk tap. En eventuell innføring av en slik ordning ville imidlertid – som tilfellet ved ingen liberalisering av postsektoren – være et uttrykk for et bevisst politisk valg, der andre hensyn veier tyngre for politikerne enn de rent samfunnsøkonomiske.

Endelig viser gjennomgangen at EUs konkurransepolitikk implementeres i Norge gjennom EØS-konkurransereglene, men at det er relativt få større konkurransesaker i regi av ESA eller Konkurransetilsynet. Det er imidlertid på det rene at Kommisjonen håndhever EØS-reglene med virkning for det norske markedet i mange saker der den har kompetanse etter art. 56. Vi har også påvist at denne virksomheten, som har stor betydning for konkurransen i de norske markedene, fremstår som overraskende lite omtalt eller diskutert i Norge. Vedtak fattet av Kommisjonen som omhandler en rekke markeder, for eksempel et internasjonalt kartell som selger i mange nasjonale markeder, vil ha betydning for også det norske markedet. Sett i et slikt perspektiv får norske konkurransemyndigheter betydelig drahjelp fra Kommisjonen, uansett hvilken tilknytning Norge har til EU.

Appendix A: Avgjørelser av DG Competition som involverer norske selskaper

Saksnummer og år	Sakstype	Bedrift(er)	Avgjørelse	Kort beskrivelse
IP/94/142 1994	Fusjon	Statoil og Neste	Godkjent	
IP/94/1019 1994	Oppkjøp	British Steel/Stal kjøper Norsk Stål	Godkjent	
IP/95/23 1995	Joint venture	Texaco og Norsk Hydro	Godkjent	
IP/95/1021 1995	Joint venture	Volvo og Orkla	Godkjent på vilkår	(Selge ut Hansa)
IP/96/320 1996	Oppkjøp	Kværners oppkjøp av Trafalger House	Godkjent	
IP/97/933 1997	Joint venture	Hydrogas-Messer	Godkjent	
IP/98/800 1998	Joint venture	Norske Skog - Hansol Paper - Abitibi	Godkjent	
IP/99/445 1999	Joint venture	Hydro Aluminium-Gränges	Godkjent	
IP/99/458 1999	Oppkjøp	Norsk Hydro kjøper Saga	Godkjent	
IP/99/516 1999	Joint venture	ICA (Sverige) og Statoil	Godkjent	
IP/99/665 1999	Joint venture	Kværner og Ahlstrøm	Trukket tilbake	(JV ikke gjennomført, etter innsigelser fra DG Comp)
IP/99/746 1999	Fusjon	Telenor og Telia	Godkjent på vilkår	Selge ut deler av virksomheten - fusjon ikke gjennomført
IP/99/972 1999	Oppkjøp	Schoyen kjøper Swebus	Godkjent	
IP/00/343 2000	Joint venture	Canica-Ahold-ICA	Godkjent	
IP/00/753 2000	Oppkjøp	Industry Kapitals oppkjøp av Dyno	Godkjent	
IP/00/914 2000	Oppkjøp	Telenors oppkjøp av Sonofon	Godkjent	
IP/00/1055 2000	Oppkjøp	Telenor/Procuritas oppkjøp av Bravida	Godkjent	
IP/01/451 2001	Oppkjøp	Outokumpu kjøper Norzink	Godkjent	
IP/01/638 2001	Joint venture	Telenor-Ergogroup-Accenture	Godkjent	
IP/01/1009 2001	Kartell	SAS og Maersk	Bot (SAS - 39,3 Mill EURO)	(Markedsdeling)
IP/01/1034 2001	Oppkjøp	Finnforests oppkjøp av Moelven	Godkjent	
IP/01/1123 2001	Joint venture	Coop Norden	Godkjent	
IP/01/1137 2001	Oppkjøp	Storebrand kjøpt opp av Sampo	Godkjent	
IP/01/1346 2001	Joint venture	Norske Skog og Peterson	Godkjent	
IP/01/1901 2001	Joint venture	Storebrand-Sampo-Skandia	Godkjent	
IP/02/123 2002	Fusjon	Aker og Kværner	Godkjent	
IP/02/1886 2002	Oppkjøp	Bravidas oppkjøp av Obtel	Godkjent	
IP/02/1084 2002	Kartell	GFU (Gassforhandlingsutvalget)	Avslutter saken	
IP/02/1780 2002	Oppkjøp	Wilhelmsens oppkjøp av Hyundai	Godkjent på vilkår	(Gikk ut av Wallnyk shipping conference)
IP/03/114 2003	Oppkjøp	ENIs oppkjøp av Fortum Petroleum	Godkjent	
IP/03/450 2003	Kartell	Wilhelmsen (bilfraktredier)	Endrer frivillig praksis	(Avslutter prissamarbeid, etter samtaler med DG Comp)
IP/03/1137 2003	Oppkjøp	Procter & Gamble kjøper Wella	Godkjent på vilkår	(Bl.a. lisensiere ut visse produkter i Norge)
IP/04/841 2004	Oppkjøp	Statoils oppkjøp av SDS	Godkjent	
IP/05/737 2005	Misbruk av dom.	AstraZeneca	Bot på 60 Mill EURO	(Hindringer for parallellimport)
IP/05/775	Misbruk av dom.	Coca-Cola	Bindende tilsagn	(Endrer vilkår i kontrakt med kjeder, bl.a. i Norge)
IP/05/1692 2005	Oppkjøp	Telenors oppkjøp av Vodafone Sverige	Godkjent	
IP/06/398 2006	Misbruk av dom.	Tomra	Bot på 24 Mill EURO	(Eksklusivavtaler og rabatter)
IP/06/1762 2006	Oppkjøp	Nestos oppkjøp av deler av Aker Kværner	Godkjent	
IP/07/384 2007	Oppkjøp	Thrane & Thranes oppkjøp av Nera	Godkjent	
IP/07/606 2007	Fusjon	Statoil og Hydro	Godkjent	
IP/07/1219 2007	Oppkjøp	Segulah/Capman kjøper Infocare	Godkjent	
IP/07/1239 2007	Oppkjøp	Apaxs oppkjøp av Telenor Sat. Serv.	Godkjent	
IP/07/1249 2007	Oppkjøp	Borealis kjøpt opp av INEOS	Godkjent	
IP/07/1377 2007	Oppkjøp	Yara kjøper Kemira GrowHow	Godkjent på vilkår	(Selge ut virksomhet; ikke i Norge)
IP/07/1778 2007	Joint venture	Yara og Praxair	Godkjent	
IP/08/109 2008	Oppkjøp	Ineos kjøper Kerling (Norsk Hydro)	Godkjent	
IP/08/1007 2008	Kartell	Boliden Odda	Lempning (ingen bot)	
IP/08/1053 2008	Oppkjøp	British American Tobacco kjøper STK	Godkjent på vilkår	(Selge ut i Norge)
IP/08/1556 2008	Oppkjøp	StatoilHydros oppkjøp av Jet	Godkjent på vilkår	(Selge ut i Norge)
IP/08/655 2008	Oppkjøp	Tech Data kjøper Scribona	Godkjent	(Ikke norske selskaper, men norske marked berørt)
IP/08/682 2008	Oppkjøp	STXs oppkjøp av Aker Yards	Godkjent	
IP/08/877 2008	Oppkjøp	Nokias oppkjøp av Trolltech	Godkjent	
IP/08/1272 2008	Joint venture	Nord Pool med flere	Godkjent	
IP/08/2052 2008	Oppkjøp	StatoilHydros oppkjøp av St1Avifuels	Godkjent	
IP/09/1425	Misbruk av dom.	Svenska Kraftnät	Bindende tilsagn	(Innføre prisområder i Sverige, som berører Norge)
IP/09/1513	Kartell	IACS/Det Norske Veritas	Bindende tilsagn	(Endrer regler for å bli medlem i IACS)
IP/10/1487 2010	Kartell	SAS og andre flyselskaper	Bot (SAS - 70 Mill EURO)	(Prissamarbeide på flyfrakt)

Appendix B: Virkninger av markedsmakt

I dette appendixet vil vi drøfte mulige virkninger av markedsmakt. Før vi gjør det, er det nødvendig med en kort drøfting av begrepet markedsmakt og hvordan det forholder seg til konkurransereglene.

B.1 Begrepet markedsmakt

Begrepet markedsmakt er helt sentralt for i det hele tatt å ha en konkurranselov, og er avgjørende for å kunne gripe inn mot bedrifters adferd. En mulig definisjon er følgende:

En bedrift har markedsmakt dersom den lønnsomt kan heve prisen, alternativt endre lønnsomt andre handlingsvariabler som kvalitet etc, bort fra det som er i et konkurransemarked.

Hvis en tar motsatsen til markedsmakt vil en ha et marked med frikonkurranse. Da vil ingen av bedriftene ha mulighet til å påvirke prisen, og de produserer helt til grensekostnad (kostnad ved siste produserte enhet) er lik pris. Hvis det er utgangspunktet, vil det innebære at alle bedrifter som finner det lønnsomt å sette en pris høyere enn grensekostnader har markedsmakt. Det vil for eksempel bety at pølseboden på Torget i Bergen har markedsmakt. Den finner det lønnsomt å sette prisen på en pølse med brød høyere enn grensekostnaden, som består i all hovedsak av innkjøpskostnad til brød og pølse.

En slik definisjon av markedsmakt brukes i litteraturen, men er lite praktisk anvendelig i konkurransesaker. En bør være bekymret for de tilfeller hvor det utøves betydelig markedsmakt, og dermed overse de mange tilfeller hvor det kun er potensial for en begrenset utøvelse markedsmakt. I konkurranseretten er det satt en nedre terskel for markedsmakt, og utøvelse av markedsmakt for bedrifter med mindre grad av markedsmakt vil det ikke bli grepet inn mot. Det kreves at bedriften utøver en betydelig markedsmakt, og definisjonen av betydelig markedsmakt avhenger av hvilken type konkurransesak som er aktuell:

- Overtredelse av § 11 vil kunne være tilfelle dersom bedriften har en dominerende stilling i markedet.
- Overtredelse av § 16 kun dersom bedriftservervet fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen.
- Overtredelse av § 10 hva angår samarbeid mellom konkurrenter kun dersom samarbeidet har en merkbar påvirkning på konkurransen.

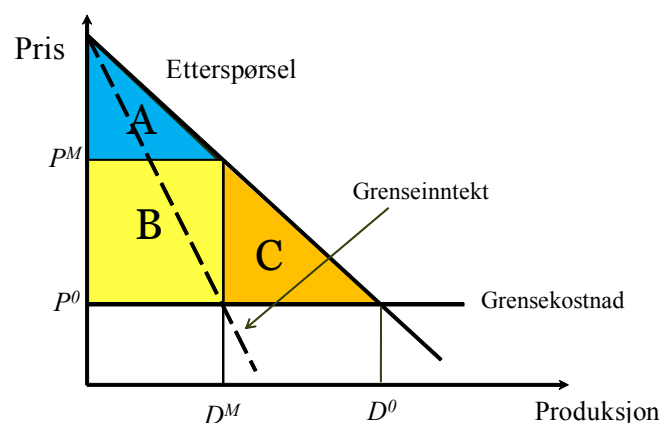
Vi ser at kravene er noe forskjellige, og det har sammenheng med hvor alvorlig en ser på de ulike konkurransesakene. For eksempel er samarbeid mellom konkurrenter – kalt kartell – sett på som svært skadelig og dermed er terskelen lav hva angår graden av markedsmakt for å gripe inn.

B.2 Virkninger av markedsmakt

Som forklart i avsnittet over vil markedsmakt lede til at selskapet setter en pris som overstiger grensekostnaden. Alternativt kan det tenkes at selskapet som følge av markedsmakt velger en annen kvalitet på sitt produkt, for eksempel velger et annet omfang på innovasjonen, enn hva tilfellet ville vært dersom dette selskapet var utsatt for konkurranse.¹¹⁸ La oss inntil videre fokusere på virkningen av økt pris.

B.2.1 Dødvektstap

Virkningen av økt pris og dermed redusert kvantum solgt kan illustreres ved hjelp av figur B.1. Etterspørselen er vist ved linjen med negativ helning, hvilket tolkes som at desto lavere pris desto flere enheter blir solgt. Inntil videre antar vi at eneste kostnad for bedriften er grensekostnad, og den antas å være den samme for alle enheter.



Figur B.1: Virkninger av markedsmakt

I utgangspunktet antar vi at pris er lik grensekostnad, det vil si pris er lik P^0 og dermed at kvantum omsatt er lik D^0 . Dette er definert som tilfellet uten markedsmakt. Men bedriften vet at den kan oppnå profitte ved å sette en høyere pris. Den setter pris slik at grenseinntekt er lik grensekostnad, hvilket gir en pris lik P^M . Det innebærer at solgt kvantum reduseres fra D^0 til D^M .

¹¹⁸ Hvis ikke annet er nevnt, vil drøftingen i stor grad være basert på M. Motta (2004): *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press og K. Hüschelrath (2008): 'Is it worth all the trouble? The costs and benefits of antitrust enforcement', Discussion paper 08-107, ZEW.

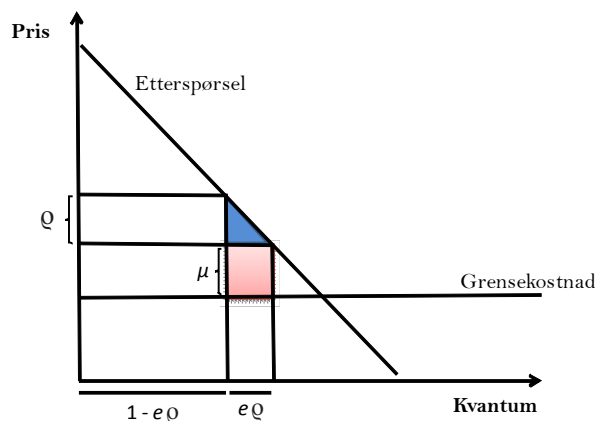
Det gir en profitt for bedriften lik arealet B i figur 2. Kundene taper på en slik økning i pris. Før prisøkningen hadde disse kundene et konsumentoverskudd lik $A + B + C$, mens etter prisøkningen har de et konsumentoverskudd lik A . La oss betrakte total velferd, hvor en tar i betraktning alle aktørenes ve og vel. Det vil innebære at vi betrakter summen av konsumentoverskudd og profitt, det vil si det samfunnsøkonomiske overskuddet. Det er lett å se at dette er $A + B + C$ før prisøkningen, og $A + B$ etter prisøkningen. Følgelig er det samfunnsøkonomiske tapet for samfunnet lik areal C i figur B.1. Dette er kalt *dødvæktstapet*.

Hvorfor er areal C et tap for samfunnet? Etterspørselkurven angir betalingsvilje for kunder, og en tolkning kan være at når prisen faller marginalt er det en til kunde som velger å kjøpe. Ethvert punkt på etterspørselskurven kan betraktes som betalingsviljen for en kunde. Det betyr at til pris P^M er det en kunde som har nøyaktig denne betalingsviljen som har kjøpt varen. De som har en lavere betalingsvilje enn denne prisen har valgt å ikke kjøpe. Hvis prisen hadde vært lik P^0 , da ser vi at salget ville økt fra D^M til D^0 . Det innebærer at de som velger å ikke kjøpe fordi prisen har økt har blitt påført et tap av konsumentoverskudd lik arealet C . Dette er noe bedriften ikke klarer å kapre, da disse potensielle kundene har valgt å ikke kjøpe produktet lenger.

Som forklart innledningsvis, vil en forvente en viss grad av markedsmakt i de fleste markeder. Det en er bekymret for er de mulige effektene av utøvelse av betydelig markedsmakt. For å sammenligne mulige virkninger av utnyttelse av betydelig markedsmakt, la oss betrakte en situasjon der prisen i utgangspunktet overstiger grensekostnaden. I et slikt tilfelle vil tapet forbundet med økt pris bli større enn det som er antydnet i figur B.1. I tillegg til tapet for forbrukerne som nå ikke lenger kjøper varen (som er vist i figur B.1 med areal C), vil det faktum at pris overstiger grensekostnad også innebære at det er et tap av profitt for bedriften. Det er et bortfall av produksjon, og det fører til bortfall av profitt siden opprinnelig pris oversteg grensekostnad.

La oss definere følgende variabler:

- e = Etterspørselens priselastisitet
- μ = pris-kostnad marginen i prosent av opprinnelig pris
- Q = Prisøkningen i prosent av opprinnelig pris



Figur 4: Beregning av dødvæktstapet

Vi normaliserer kvantum omsatt og pris før prisøkning til 1, slik at omsetning i utgangspunktet er lik 1. I figur B.2 har vi vist dødvæktstapet, og hvordan det avhenger av de tre nevnte parametrene.

En kan fra figur B.2 enkelt anslå dødvæktstapet D til følgende størrelse, målt i prosent av omsetning før prisøkningen:

$$D = \frac{e \cdot Q^2}{2} + \mu \cdot Q \cdot e \quad (1)$$

Det første uttrykket på høyre side angir verdien av trekanten vist i figur B.2, og det andre uttrykket angir verdien av firkanten vist i figur B.2. Dersom vi nå kjenner de tre parametrene – etterspørselens priselastisitet, opprinnelig pris-kostnad margin og prisøkningen – kan vi enkelt anslå størrelsen på dødvæktstapet. For å gi en antydning om størrelsen, la oss anta at etterspørselens priselastisitet er lik -1 . I tabell B.1 har vi vist dødvæktstapet for ulike kombinasjoner av pris-kostnad margin og prisøkning.

		Pris-kostnadmargin i % (μ)			
		0%	2%	5%	10%
Prisendring i % (Q)	1	0,01	0,03	0,06	0,11
	2	0,02	0,06	0,12	0,22
	5	0,13	0,23	0,38	0,63
	10	0,50	0,70	1,00	1,50
	20	2,00	2,40	3,00	4,00

Tabell B.1: Dødvaktstap i prosent av omsetning (prisel. = - 1)

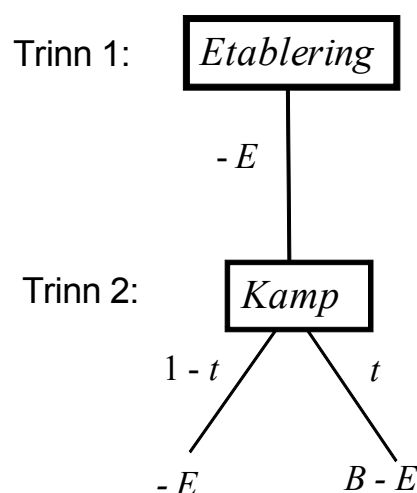
Vi ser av tabell B.1 at hvis en for eksempel betrakter en 10 % prisøkning ut over pris lik grensekostnad og antar at markedets priselastisitet er lik - 1, vil dødvaktstapet utgjøre 0,5 % av opprinnelig omsetning i den aktuelle næringen. Hvis derimot det er en opprinnelig pris-kostnad margin på 10 %, vil dødvaktstapet øke til 1,5 % av omsetningen.

Tabell B.1 viser at dødvaktstapet avhenger kritisk av størrelsen på både prisøkningen og den opprinnelige pris-kostnad marginen. Men tabell 1 antyder også at dødvaktstapet ikke nødvendigvis er av en betydelig størrelsesorden sammenlignet med omsetningen i en næring. Dette er i tråd med empiriske studier. En studie fra USA anslo ut fra data på 73 næringer i USA i perioden 1924-28 at dødvaktstapet forbundet med markedsrett utgjorde kun 0,1 % av bruttonasjonalproduktet. Senere studier basert på andre data har kommet til andre resultater, men ingen av dem finner at dødvaktstapet er større enn 1-2 % av bruttonasjonalproduktet.¹¹⁹

B.2.2 Uproduktiv profittsøking (rent seeking)

I henhold til figur B.1, vil bedriften som følge av markedsrett ha en profitt som tilsvarer areal B . Det illustrerer at det er attraktivt å få en slik stilling der en kan utnytte markedsrett. Men det kan innebære at det blir en kamp om å oppnå en slik posisjon. En slik profittsøking kan være uproduktiv for samfunnet og dermed medføre et tap for samfunnet.

La oss illustrere dette med et enkelt etableringsspill, illustrert i figur B.3.



Figur B.3: Etableringskamp

Flere bedrifter vurderer å etablere seg i et marked. De som velger å etablere seg vil pådra seg en etableringskostnad E , som vi kan betrakte som en kostnad de ikke får tilbake (irreversibel). Det kan for eksempel være en investering i en reklamekampanje, som har null verdi dersom de trekker seg fra markedet. Etter at bedrifter har valgt å etablere seg, blir det en kamp mellom dem om å overleve i markedet. La t angi sannsynligheten for at en bedrift vil overleve. La oss anta at kun en bedrift vil overleve og dermed vinne hele markedet. I så fall vil den som vinner tjene en profitt lik B , som tilsvarer profitten vist i figur B.1.

Slik vi har skissert dette spillet vil bedrifter på trinn 1 velge enten å etablere seg eller ikke, og på trinn 2 vil de kjempe og kun en av dem overlever. Den enkelte

¹¹⁹ Se Hüscherlath op. cit, Table 1, for en oversikt over empiriske studier av dødvaktstap.

bedrift forutser dette spillet, og ønsker å etablere seg på trinn 1 kun dersom den i forventning tjener positiv eller null profitt. Ved fri etablering vil det bety at bedrifter vil velge å etablere seg helt til den forventede profitten er lik null. Dette vil innebære at bedrifter vil etablere seg inntil:

$$t \cdot B - E = 0 \quad (2)$$

La oss videre anta at samtlige n bedrifter som etablerer seg har like stor sannsynlighet for å vinne, det vil si $t = 1/n$. Da kan vi enkelt omforme (2), og finner at:

$$B = n \cdot E \quad (3)$$

Vi ser dermed at den potensielle profitten, vist i figur B.1 med areal B , nøyaktig tilsvarende de irreversible investeringene som er foretatt av samtlige bedrifter som etablerer seg. Hvis for eksempel profitten for den som vinner er ti ganger større enn etableringskostnaden, ser vi at i likevekt vil 10 bedrifter etablere seg hvorav 9 mislykkes og en (per definisjon) vinner.

Utsiktene til å oppnå stor profitt gjør det attraktivt å etablere seg, selv om sannsynligheten for å overleve er begrenset. Dette illustrerer at utsiktene til å utnytte markedsrett leder til uproduktiv profittsøking, i dette tilfellet ved at alle unntatt en bedrift pådrar seg kostnader som går tapt. Det illustrerer og at det ikke er tilstrekkelig når en skal vurdere de samfunnsøkonomiske tapene forbundet med markedsrett å fokusere kun på den ene bedriften som vinner, den vil jo *ex post* ha en positiv profitt lik $B - E$, men man må også ta hensyn til kostnader som påløper for alle de andre som mislykkes med å overleve i markedet.

Det er enkelt å se at tapet forbundet med uproduktiv profittsøking kan bli betydelig større enn dødvektstapet. Hvis for eksempel pris-kostnad marginen er lik 10 % og etterspørselens priselastisitet er lik -1 , vil den uproduktive profittsøkingen utgjøre et tap som tilsvarende 9 % av omsetningen en ville hatt uten markedsrett. Til sammenligning ville dødvektstapet vært lik 0,5 % av omsetningen i det tilfellet.

Empiriske studier bekrefter at potensialet for tap som følge av uproduktiv profittsøking er betydelig større enn dødvektstapet. Det er gjort tilsvarende studier som den som fant et tap lik 0,1 % av BNP, men under forutsetning at tapet skyldes både dødvektstap og uproduktiv profittsøking. De studiene antyder at tapet

kan utgjøre opptil 12-13 % av bruttonasjonalproduktet.¹²⁰

Men det er neppe realistisk at en slik konkurranse innebærer at hele gevinsten blir sløst bort. En grunn er at noen selskaper er mer effektive enn andre hva angår konkurransen om å tilrive seg en andel av gevinsten i en næring, hvilket betyr at disse ikke behøver å sløse bort all sin potensielle profitt.

Sist, men ikke minst, er det også grunn til å ta høyde for at den dynamiske prosessen forbundet med etableringskamp kan ha gunstige effekter på hvilke produkter som blir tilbudt. Utsikter til høy profitt vil oppmuntre bedrifter til å utvikle nye produkter som gjør at nettopp de lykkes, og dermed stimulere til produktutvikling til fordel for forbrukerne. Det innebærer at i visse næringer, der produktutvikling er av stor betydning, kan det være gunstig at bedriftene har utsikter til å oppnå en høy pris-kostnad margin dersom de lykkes i å få fotfeste i markedet. Patentlovgivningen bidrar til at nettopp dette er tilfelle. Bedrifter som får patent på sine produkter får innvilget et visst antall år der de har eneretten til å selge dette produktet. Monopol kan i slike tilfeller være ønskelig, og som vi ser har lovgivningen lagt til rette for nettopp dette i de tilfeller hvor det er ønskelig.

B.2.3 Høyere kostnader

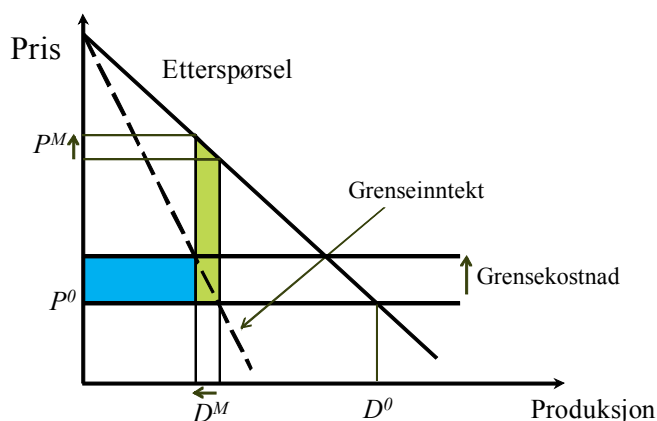
I det foregående fokuserte vi på etableringskampen som foregår forut for at en bedrift oppnår markedsrett. Idet bedriften har oppnådd markedsrett, kan det i seg selv lede til høyere kostnader. Det er tilsynelatende slik at et eksternt press mot en virksomhets inntekter i form av konkurranse fra andre bedrifter bidrar til et internt press mot kostnadene. Motsatt vil en lettere inntektssituasjon som følge av utnyttelse av markedsrett redusere presset mot kostnadene. Det er derfor ikke urimelig å regne med at mindre konkurransepress og høyere priser kan medføre mindre effektivitet, eller det som omtales som "organisatorisk slakk" eller "X-ineffektivitet". Et eksempel på organisatorisk slakk er at det er unødvendig mange ansatte i virksomheten. I så fall vil selskapene legge beslag på mer ressurser enn de strengt tatt har behov for. I et slikt tilfelle må det som opprinnelig er en ren overføring fra kundene til selskapene, sees på som et ressurstap for samfunnet.

¹²⁰ For en oversikt over ulike estimater på velferdstap, se Hüschelrath *op. cit.*

Teoretisk er det imidlertid mulig å vise at mangel på konkurranse ikke nødvendigvis fører til høyere kostnader.¹²¹ En grunn til det er at selv en bedrift som har monopol ønsker å oppnå størst mulig fortjeneste, og det oppnår den ved blant annet å unngå ineffektivitet. En mulig forklaring på hvorfor markedsrett allikevel kan føre til høyere kostnader, er at i mange bedrifter er det separasjon mellom eierskap og ledelse. Eierne har ikke full kontroll over ledelsens disposisjoner, og kan for eksempel ikke fullt ut kontrollere om ledelsen har brukt tilstrekkelig med ressurser og innsats på å finne best mulig teknologi og dermed sikre at det er lavest mulige kostnader.

Konkurranse kan bidra til å avdekke om det aktuelle selskapet drives på en effektiv måte, og dermed hjelpe eierne å kontrollere ledelsen. Videre kan konkurranse også bidra til lavere kostnader ved at de minst effektive bedriftene blir tvunget til å forlate markedet, mens de mest effektive er de som på lang sikt overlever.

I figur B.4 har vist de mulige virkningene av unødig høye kostnader. Den blå firkanten viser tap forbundet med høye kostnader som sådan, mens det grønne trapeset viser mulig dødvektstap som følge av at høyere kostnader fører til høyere pris og dermed mindre produksjon.



Figur B.4: Virkninger av økte kostnader

Vi vil generelt forvente at selve rommet for kostnadsøkninger vil være mindre

- desto større vekt selskapets eiere legger på lønnsomhet;
- desto mer konsentrert eierskapet er, fordi store eiere både har større incitamenter og større mu-

ligheter til å sikre at selskapet drives mest mulig effektivt;

- desto større innslaget av kompetente eiere er, fordi eiere som har kunnskap og erfaring vil være bedre i stand til å vurdere selskapenes resultater;
- om selskapets eierandeler omsettes på børs, fordi det gir bedre omsettelighet av eierandeler og stiller større krav til innsyn i selskapets virksomhet;
- desto nærmere selskapet følges av eksterne analytikere, fordi disse vil bidra til en løpende vurdering av selskapenes resultater;
- desto mindre unik selskapets virksomhet er, fordi dette gjør det enklere å sammenligne selskapets resultater med de som oppnås av andre tilsvarende selskaper;
- desto flere konkurrenter selskapet har, da det gjør det enklere å sammenligne denne bedriftens resultat med konkurrerende bedrifter.

Hvorvidt det er noen sammenheng mellom konkurransen i det markedet der selskapene opererer og deres kostnader, og spesielt i hvor stor grad mindre konkurranstrykk faktisk leder til høyere kostnader, er til syvende og sist et empirisk spørsmål. En norsk studie finner at det er vanskelig å observere noen signifikant produktivetsforbedring i Norge på 80-tallet, til tross for at det er mange indikatorer som peker i retning av mer åpenhet og hardere konkurranse i løpet av den 10-årsperioden.¹²² To studier fra England studerer data for engelske bedrifter, og finner at redusert konkurranstrykk leder til lavere produktivitet. I den sistnevnte studien finner en at i de situasjoner der et selskap er under sterkt press fra et finansielt marked, og eksterne aksjeeiere har stor kontroll, vil redusert konkurranstrykk ikke ha samme ugunstige effekt på produktiviteten. Dette understøtter antagelsen om at både måten selskapet er finansiert på og maktforholdene i selskapene kan ha betydning for mulige kostnadseffekter av redusert konkurranstrykk. Andre empiriske studier gir noe sprikende resultater, men hovedbildet synes å være at økt konkurranstrykk typisk fører til reduserte kostnader.¹²³

En alternativ tilnærming er å betrakte hva som har skjedd i sektorer som har blitt liberalisert. Ut fra det vi her har sagt bør en forvente lavere kostnader når disse sektorene blir utsatt for konkurranse. Empiriske studier tyder på at nettopp det har skjedd. Det er for eksempel vist at dereguleringen i ulike næringer i USA førte til at veitranportnæringen fikk redusert transporten uten

¹²² Se T.J. Klette (1993): 'Produktivitet og internasjonal integrasjon', Rapport til en arbeidsgruppe i Finansdepartementet.
¹²³ Se Hüscheleth op.cit. for en oversikt over den empiriske litteraturen.

¹²¹ For en nærmere drøfting av dette, se Motta op.cit., avsnitt 2.3.2.1.

last (tomtransport), luftfarten fikk en høyere kabinfaktor (færre tomme seter) og gassnæringen fikk en bedre utnyttelse av sine rørledninger.¹²⁴ For Norges vedkommende førte liberaliseringen av kraftmarkedet i 1991 til at vannet i magasinene ble bedre utnyttet (mindre vann sendt forbi driftsklare turbiner), og dereguleringen i innenriks luftfart fra 1994 til høyere kabinfaktor dog først etter 2002.¹²⁵

En bør imidlertid være varsom med å anta at økte kostnader som følge av utnyttelse av markedsrett utgjør et tap for samfunnet. Økte inntekter på selskapenes hånd kan i prinsippet anvendes på to måter, som

- økt avlønning av produksjonsfaktorene, eller
- økt ressursbruk.

Med økt avlønning til produksjonsfaktorene mener vi både større profitt til eierne (dvs. til den investerte kapital) og høyere lønn til de ansatte (inkl. ledelsen). I utgangspunktet innebærer dette en overføring fra kundene til selskapene, der nettoeffekten skal regnes som null i den samfunnsøkonomiske effektivitetsanalysen.

Selv om en skulle mene at svake eiere kan gi ledelsen og de ansatte mulighet til å tilegne seg en vesentlig del av gevinsten, er det ikke åpenbart at de vil velge å sløse den bort. I den grad ledelsen og de ansatte opptrer som rasjonelle økonomiske aktører, vil de strebe etter å hente ut gevinsten enten i form av høyere lønn eller i andre former som gir nytte eller velferd. Et eventuelt ”konsum på arbeidsplassen” er ikke uten verdi. Dersom overdrevent effektivitetspress kan medføre velferdstap i form av mistriivsel, stress eller sykdom, kan et større økonomisk handlingsrom innebære velferdsgevinster for de ansatte. Vi mener ikke med dette å antyde at ineffektivitet er av det gode. Poenget er bare at en stor del av det som i selskapenes regnskaper fremstår som kostnader, er å betrakte som økonomiske velferdsgoder for de ansatte, enten i form av utbetalt lønn eller i form av et bedre arbeidsmiljø.

Det har vært foretatt studier som måler hvordan en endring i konkurransetrykk påvirker avlønningen av innsatsfaktorene, og da særlig hvorvidt det er en sammenheng mellom konkurransetrykk og lønnsnivå. En studie av effekten av deregulering av amerikansk langtransport finner at fagorganiserte arbeidere kapret omlag 2/3 av det potensielle overskuddet før dereguleringen.¹²⁶ En annen studie finnes sterk støtte for at

svakt konkurransetrykk i europeisk luftfart fører til høyere lønninger.¹²⁷

B.2.4 Redusert innovasjon

I det foregående har vi omtalt reduserte kostnader, og da primært som følge av redusert ineffektivitet. Reduserte kostnader kan også være resultatet av en planlagt investering i FoU – også kalt innovasjon – som leder til bedre teknologi. Innovasjon er typisk sett på som enten prosess- eller produktinnovasjon. Det førstnevnte kan betraktes som innovasjon som leder til lavere kostnader, mens det sistnevnte kan betraktes som innovasjon som leder til bedre produkter.

Spørsmålet er om utøvelse av markedsrett kan lede til redusert innovasjon. I teorien er dette tvetydig, og kan forklares med to motstridende virkninger på innovasjon av markedsrett:

- Erstatningsvirkningen: En monopolist har i utgangspunktet profitt, og vil miste denne til det nye produktet den utvikler. Med hard konkurranse, derimot, starter bedriften med null (eller lav) profitt, og har ikke noe å tape på å utvikle et nytt produkt
- Effektivitetsvirkningen: En monopolist som er truet av en potensiell rival vil ha sterke incentiver til å innovere fordi selskapet står i fare for å tape all profitt til den potensielle rivalen.

Den siste virkningen antyder at selv de som har en sterk markedsstilling kan ønske å ha høy innovasjon, fordi de frykter å bli utkonkurrert av en potensiell rival som ikke nødvendigvis er aktiv i markedet. Ut fra et slikt perspektiv er det ikke nødvendigvis problematisk at en aktør vinner hele markedet. Så lenge det er en trussel om at en ny aktør kan overta dets markedsposisjon, vil selv en som har en svært sterk markedsstilling ha incentiver til å utvikle nye produkter. Problemet oppstår dersom denne aktøren iverksetter tiltak som hindrer nye utfordrere å vinne kampen om markedet. Vi kommer nærmere tilbake til dette tema i avsnitt 6 i dette kapitlet.

I visse næringer kan utsiktene til å ha en sterk markedsstilling og dermed høy pris-kostnad margin gi incentiver til at det utvikles nye produkter. Ønsket

124 Se Hüscharath op.cit. for referanser.

125 Se eksemplene i L. Sjørgard (red.): *Competition and Welfare: The Norwegian Experience*, Konkurransetilsynet, 2006.

126 Se L. N. Rose (1987): 'Labor rent sharing and regulation:

Evidence from the trucking industry', *Journal of Political Economy*, 95, 1146-1178.

127 Se D. J. Neven og L.-H. Röller (1996): 'rent sharing in the European airline industry', *European Economic Review*, 40, 933-940..

om å stimulere innovasjonen er bakgrunnen for at de fleste land har en patentlovgivning, der en som har fått patent får enerett på dette produktet i et visst antall år. Legemiddelindustrien er et typisk eksempel på en slik ordning, der nye legemidler som har patent ikke kan kopieres før det er gått et visst antall år. På den annen side kan det vises til eksempler der en har omfattende produktutvikling uten at den er beskyttet gjennom patentlovgivning. Ett eksempel er programvare, der en har opplevd omfattende produktutvikling og hvor produktene i de fleste tilfeller ikke er beskyttet av patenter.

Drøftingen så langt antyder at det ikke er noen entydig sammenheng mellom graden av konkurranse og innovasjon. Empiriske studier antyder at det typisk er slik at monopol demper innovasjonstakten. Det er videre vist at det kan være en u-formet sammenheng mellom konkurranse og innovasjon; høyest innovasjon med middels konsentrasjon og lavest innovasjon ved enten høy konsentrasjon (monopol) eller ved lav konsentrasjon (hard konkurranse).¹²⁸

B.3 En oppsummering

Vi har i dette Appendixet drøftet mulige virkninger av utnyttelse av markedsrett. Det er åpenbart et komplisert bilde, og i teorien mulig med både positive og negative virkninger av utnyttelse av markedsrett. Hvis en i tillegg ser markedsrett i lys av forholdene i hele økonomien (såkalt generell likevekt), er det enda mer komplisert å se de mulige virkningene av utnyttelse av markedsrett. Hovedbildet synes imidlertid å være at utnyttelse av betydelig markedsrett vil ha negative virkninger både for forbrukerne og samfunnet som helhet.

Men dette betyr ikke at all markedsrett har negative virkninger. Noe markedsrett betyr at det er mulighet for å oppnå profitt, hvilket gir incentiver til å utvikle nye produkter og forbedre produksjonsteknologien. Drøftingen av virkninger av markedsrett kan oppsummeres på følgende måte :

'One should expect that introducing more competition in a monopolistic industry is welfare improving, but it is possible, in principle, that increasing competition in an industry where a lot of competition already exists *might not increase welfare*' (side 52)

Dette antyder at en bør være forsiktig med å gripe inn i tilfeller der det er begrenset grad av markedsrett, og heller konsentrere oppmerksomheten mot de tilfeller der det utøves betydelig markedsrett. Dette er i tråd med konkurranselovgivningen i Norge og i de fleste andre land, der det i henhold til lovgivningen kun vurderes å gripe inn dersom det er betydelig markedsrett.

¹²⁸ For en nyere både teoretisk og empirisk drøfting av denne hypotesen, se Aghion, P. og R. Griffith, 2005. *Competition and growth. Reconciling theory and evidence*. The MIT Press, og da særlig kapittel 3. Se for øvrig Hüscherlath op.cit., side 13-14.

ANDRE RAPPORTER I SERIEN

- RAPPORT # 1: «Forvaltningsmessige konsekvenser av EØS/EU. Sentraladministrasjonen – norsk og europeisk.»**
Av Morten Egeberg og Jarle Trondal
- RAPPORT # 2: «Norsk identitet og Europa»**
Av Thomas Hylland Eriksen og Iver B. Neumann
- RAPPORT # 3: «EU/EØS-rett i norske domstoler»**
Av Halvard Haukeland Fredriksen
- RAPPORT # 4: «Analyse av Norges avtaler og samarbeid med EU på fiskeriområdet»**
Av Torben Foss
- RAPPORT # 5: «Norwegian Non-Governmental Actors in Brussels 1980 – 2010
Interest Representation and Lobbying»**
Av Kjell A. Eliassen og Pavlina Peneva
- RAPPORT # 6: «Den femte frihet og Kunnskapens Europa Konsekvenser for Norge»**
Av Meng-Hsuan Chou og Åse Gornitzka
- RAPPORT # 7: «Iceland and the EEA, 1994-2011»**
Av Eiríkur Bergmann
- RAPPORT # 8: «EØS-avtalen og norsk energipolitikk»**
Av Ole Gunnar Austvik og Dag Harald Claes
- RAPPORT # 9: «Norges forhold til EU på mat- og landbruksfeltet»**
Av Frode Veggeland
- RAPPORT # 10: «Migrasjon og integrasjon: Norges tilknytning til EU»**
Av Jan-Paul Brekke
- RAPPORT # 11: «Fortiet, forsinket og forvrengt? Norske mediers dekning av forholdet til EU»**
Av Tore Slaatta
- RAPPORT # 12: «Den europæiske utfordring EU, EØS og nordisk samarbeide – i historisk belysning»**
Av Thorsten Borring Olesen
- RAPPORT # 13: «plux. Hovedsakelig harmløs. Den norske modellen i Brussel.»**
Av Kjetil Wiedswang og Per Elvestuen
- RAPPORT # 14: EØS-avtalens rolle og betydning på miljøvernområdet**
Av Hans Chr. Bugge



Europautredningen

Utvalget for utredning av Norges avtaler med EU

Den 7. januar 2010 besluttet Regjeringen å nedsette et forskningsbasert, bredt sammensatt offentlig utvalg som skal foreta en grundig og bredest mulig gjennomgang av EØS-avtalen og konsekvensene av avtalen på alle samfunnsområder.

Utvalgets mandat er som følger:

«Utvalget skal foreta en bred og grundig vurdering av politiske, rettslige, forvaltningsmessige, økonomiske og andre samfunnsmessige konsekvenser (herunder velferds- og distriktspolitiske) av EØS-avtalen.

Det skal legges særlig vekt på å vurdere betydningen av utviklingen i EU og EØS etter inngåelsen av EØS-avtalen for avtalens omfang- og virkemåte. Eksempler på områder det kan være naturlig å utrede er bl.a. distriktspolitikk, demokrati på alle styringsnivå, nærings- og arbeidsliv samt forvaltning av naturressurser og miljø. Utvalgets arbeid skal inkludere en gjennomgang av erfaringene med Schengen-avtalen og øvrige samarbeidsordninger med EU.

Utvalget skal ha vekt på beskrivelser og vurderinger av EØS-avtalens og øvrige avtaler/samarbeidsordningers betydning og virkemåte. Arbeidet i organene som ble opprettet for å overvåke EØS-avtalens funksjon, vurderes også.»

Utvalgsmedlemmer:

Fredrik Sejersted (leder), Liv Monica Bargem Stubholt (nestleder), Frank Aarebrot, Lise Rye, Dag Seierstad, Helene Sjørnsen, Fredrik Bøckman Finstad, Kate Hansen Bundt, Karen Helene Ulltveit-Moe, Jonas Tallberg, Jon Erik Dølvik, Peter Arbo. Sekretariatet ledes av Ulf Sverdrup, og er lokalisert ved Senter for europarett (UiO). For mer informasjon se: www.europautredningen.no



Europautredningen

Utvalget for utredning av Norges avtaler med EU

ISBN 978-82-93145-28-8 (trykt) • ISBN 978-82-93145-29-5 (nett)