

Høringsnotat

Lov om endring av lov 3. mai 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) om innføring av nytt markedsetterforskningsverktøy

Innhold

1	Innledning.....	6
2	Nye utfordringer for håndhevingen av konkurransepolitikken	7
3	Innspill fra høringen av forbud mot usaklig prisdiskriminering i dagligvaresektoren 9	
3.1	Innledning	9
3.2	Oppsummering av høringsinnspillene	10
4	Gjeldende rett	16
4.1	Innledning	16
4.2	Forbudsbestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 og 11	16
4.2.1	Konkurranseloven § 10 – forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid	16
4.2.2	Konkurranseloven § 11 – forbudet mot misbruk av dominerende stilling	17
4.2.3	Sanksjoner ved overtredelse av konkurranseloven	17
4.2.4	Pålegg om opphør.....	18
4.2.5	Vedtak om bindende avhjelpende tiltak	18
4.3	Fusjonskontroll	18
4.4	Konkurransetilsynets muligheter til å gjennomføre markedsundersøkelser etter gjeldende rett.....	20
4.4.1	Innledning.....	20
4.4.2	Opplysnings- og utleveringsplikt	20
4.5	Forskrift om konkurransefremmende tiltak etter konkurranseloven § 14	21
4.6	Grunnloven og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)....	22
4.6.1	Innledning.....	22
4.6.2	Grunnloven § 97 – forbudet mot lover med tilbakevirkende kraft.....	22
4.6.3	Grunnloven § 105 – ekspropriasjon	24
4.6.4	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens første tilleggsprotokoll artikkel 1 (EMK P1-1).	24
5	Markedsetterforskningsverktøy i andre jurisdiksjoner	25
5.1	Innledning	25
5.2	EU	25
5.2.1	Innledning.....	25
5.2.2	NCT.....	26
5.2.3	DMA.....	26

5.3	Island.....	27
5.4	Storbritannia.....	28
5.4.1	Innledning.....	28
5.4.2	Nærmere om prosessen i Storbritannia	29
5.5	Danmark.....	33
5.6	Tyskland.....	34
5.6.1	Innledning.....	34
5.6.2	Nærmere om forslaget.....	34
5.6.3	Prosess.....	35
6	Forholdet til EØS-avtalen.....	35
6.1	Innledning	35
6.2	ODA artikkel 3/EØS-konkurranseloven § 7.....	36
6.3	Nærmere om grensene EØS-avtalen setter for bruk av norsk intern konkurranserett 36	
6.4	Hvilke grenser setter EØS-avtalen for et markedsetterforskningsverktøy.....	37
7	Behov for ny lovgivning i Norge.....	38
7.1	Innledning	38
7.2	Nærmere om aktuelle konkurranseutfordringer.....	38
7.2.1	Utfordringer tilknyttet digitalisering	38
7.2.2	Ensidig adferd fra aktører som ikke er dominerende	41
7.2.3	Utfordringene i dagligvaremarkedet	41
7.2.4	Øvrige utfordringer for konkurransen fremover	42
7.3	Behovet for å supplere gjeldende konkurranselov	44
7.3.1	Historisk bakgrunn	44
7.3.2	Gjeldende regulering og aktuelle utfordringer	45
7.3.3	Nærmere om behovet for enkeltvedtak	45
7.3.4	Muligheten til å fatte enkeltvedtak etter konkurranseloven § 12	49
7.3.5	Nærmere om behovet for å ivareta rettssikkerhet og forutsigbarhet	50
7.4	Oppsummering.....	52
8	Departementets forslag til markedsetterforskningsverktøy	53
8.1	Innledning	53
8.2	Terskel for igangsetting av markedsetterforskning.....	54

8.3	Terskel for å gripe inn i et marked	56
8.3.1	Innledning	56
8.3.2	Konkurransen må begrenses vesentlig	57
8.3.3	Beviskrav	58
8.4	Nærmere om formene for avhjelpende tiltak	59
8.4.1	Overordnede hensyn	59
8.4.2	Særlig om adferdsmessige tiltak	62
8.4.3	Særlig om strukturelle tiltak	64
8.4.4	Forslag om avhjelpende tiltak fra partene	67
8.4.5	Midlertidig vedtak om avhjelpende tiltak	68
9	Saksbehandlingen i markedsetterforskningsaker	70
9.1	Innledning	70
9.2	Opplysningsplikt og utleveringsplikt	70
9.2.1	Selvinkriminering	71
9.3	Forberedende fase	72
9.4	Åpning av markedsetterforskning	73
9.4.1	Beslutning om å åpne markedsetterforskning	73
9.4.2	Høringsprosess før beslutning om igangsetting:	74
9.4.3	Beslutningsmyndighet	75
9.4.4	Publisering av informasjon om igangsettelse av markedsetterforskning	75
9.5	Markedsetterforskning – kartleggingsfasen	76
9.6	Markedsetterforskning – vedtaksfasen	76
9.6.1	Varsel om vedtak	76
9.6.2	Partsrettigheter	77
9.7	Særlig om tidsfrister	77
9.8	Innsyn	78
9.9	Klage	80
10	Sanksjoner	81
11	Økonomiske og administrative konsekvenser av forslaget	81
12	Merknader til de enkelte bestemmelsene	84
12.1	Til endringene i konkurranseloven	84
12.2	Til endringen i utmålingsforskriften	90

12.3	Til endringen i forvalterforskriften	90
13	Forslag til lov om endringer i konkurranseloven	90

1 Innledning

Nærings- og fiskeridepartementet foreslår å gi Konkurransetilsynet et nytt virkemiddel - markedsetterforskning. En markedsetterforskning kan igangsettes dersom det er forhold som tilsier at konkurransen i et marked eller deler av et marked er begrenset, eller står i fare for å bli begrenset. Forslaget innebærer at Konkurransetilsynet etter å ha gjennomført en grundig analyse av konkurranseforholdene i det konkrete markedet, kan treffe vedtak om avhjelpende tiltak for å styrke konkurransen. Slike avhjelpende tiltak skal kunne treffes dersom det foreligger forhold som vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål. Vedtakene kan omfatte både adferdsmessige og strukturelle tiltak.

Bakgrunnen for forslaget er en erkjennelse av at virkemidlene vi har i dag ikke alltid er tilstrekkelige til å løse problemene i markeder med omfattende og sammensatte konkurranseutfordringer. Det nye virkemiddelet skiller seg fra forbudsbestemmelsene i konkurranseloven ved at det i utgangspunktet ikke fokuserer på å avdekke brudd på konkurranseloven, men heller på konkurranseproblemene i markedet og hvordan disse kan løses på en mest mulig effektiv måte. Det nye verktøyet er i hovedsak rettet mot å styrke konkurransen i markeder hvor det er strukturelle problemer som hindrer konkurransen. Det er blant annet en utbredt bekymring om at økt digitalisering og plattformteknologier kan øke tendensen til maktkonsentrasjon og kompetanseulikhet og gi mindre åpenhet i samfunnet.

Flere europeiske land har innført eller vurderer å innføre tilsvarende virkemidler. Selv om det er forskjeller i innhold og utforming, er fellestrekkene at tilsynsmyndighetene først gjennomfører en markedsundersøkelse og på bakgrunn av denne eventuelt pålegger avhjelpende tiltak for å styrke konkurransen. Konkurransemyndighetene i Storbritannia og på Island har hatt denne muligheten i flere år, mens Danmark og Tyskland vurderer å innføre det. I tillegg har det svenske konkurransetilsynet foreslått at et slikt verktøy innføres i Sverige. Europakommisjonen har gjennom Digital Markets Act (DMA) fått hjemmel til å gjennomføre enkelte former for markedsetterforskning i digitale plattformmarkeder.

Konkurransetilsynet gjennomfører allerede i dag markedsundersøkelser som del av sin overordnede oppgave med å føre tilsyn med konkurransen. Konkurransetilsynet kan derimot ikke treffe bindende vedtak mot markedsaktører dersom det ikke foreligger overtredelser av forbudene eller som ledd i kontroll med en foretakssammenslutning.

Inngrep mot foretak når det ikke foreligger brudd på konkurranseloven kan i utgangspunktet være svært inngripende, og kan skape usikkerhet i markedet. Det legges derfor opp til en tidsbegrenset og åpen prosess, hvor det legges vekt på at samtlige markedsaktører får anledning til å uttale seg før markedsetterforskning igangsettes og under prosessen.

I kapittel 2 omtales nye utfordringer for konkurransepolitikken som en del av bakgrunnen for forslaget. I kapittel 3 oppsummeres høringsinnspillene som angår innføring av et markedsetterforskningverktøy fra høringen av forslag om forbud mot usaklige forskjeller i

innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer. I kapittel 4 beskrives gjeldende rett og de virkemidlene som allerede finnes i konkurranseloven, som håndheving av forbudene, forskrift etter § 14 og fusjonskontroll. Grunnlovens og den europeiske menneskerettskonvensjons rammer beskrives også i dette kapittelet. I kapittel 5 beskrives markedsetterforskningsverktøy i andre jurisdiksjoner, herunder utredninger om å innføre slike verktøy. Kapittel 6 beskriver forholdet til EØS-avtalen og hvilke rammer den setter for anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning. Behovet for et markedsetterforskningsverktøy i konkurranseloven drøftes i kapittel 7, mens departementets forslag behandles i kapittel 8. I kapittel 9 beskrives saksgangen i en markedsetterforsknings sak og hvilke saksbehandlingsregler som vil gjelde i disse sakene. I kapittel 10 beskrives sanksjonene ved overtredelse av vedtak om avhjelpende tiltak. De økonomiske og administrative konsekvensene behandles i kapittel 11. Merknader til de enkelte bestemmelsene i lovforslaget er i kapittel 12, mens lovforslag og forslag til endringer i utmålingsforskriften og forvalterforskriften finnes i kapittel 13.

2 Nye utfordringer for håndhevingen av konkurransepolitikken

Aktiv håndheving av konkurranseloven bidrar til bedre konkurranse, som er sentralt for effektiv ressursbruk. Konkurranseloven har særlig fokus på ivaretagelse av forbrukernes interesser. Analyser utført av Konkurransetilsynet og Europakommisjonen viser at en effektiv konkurranselovgivning fører til årlige milliardbesparelser for forbrukerne.¹

Videre har konkurransepolitikken også flere indirekte virkninger. Den kan for eksempel føre til en mer rettferdig fordeling av samfunnets ressurser, noe som særlig blir satt på spissen i krisetider. Dersom man tillater at bedriftene øker sin markedsrett, går både priser og profitt opp. Det er hovedsakelig bedriftseierne som tjener på dette, og som typisk er mer velstående enn den gjennomsnittlige forbruker. Svekket konkurranse innebærer derfor en overføring til de mest velstående, på bekostning av resten av samfunnet. Dette er bakgrunnen for at konkurransemyndigheter og forskere verden over fatter økt interesse for hvordan en aktiv konkurransepolitikk kan redusere ulikhet.

¹ Kurt R. Brekke et al. (2019). *Effekter av konkurransereglene for norske forbrukere*. Samfunnsøkonomen Nr. 1 2019, side 27-39. Kan lastes ned her: [Samfunnsøkonomen-nr-1-2019.pdf \(samfunnsokonomene.no\)](https://samfunnsokonomene.no/files/2019-01/samfunnsokonomene_nr_1_2019.pdf). Forfatterens anslag indikerer at håndhevingen av konkurransereglene gir opphav til milliardbesparelser for norske forbrukere hvert år. Merk at disse forbrukerbesparelsene utgjør fordelingseffekter fra foretak til forbrukere i de berørte markedene, og tilsvarer således ikke samfunnsøkonomiske virkninger.

Thomas Deisenhofer et al. (2022). *Customer savings generated by the Commission's antitrust and merger enforcement: a 10-year perspective*. Competition Policy Brief, Issue 1, October 2022. Kan lastes ned herfra: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-10/kdak22001enn_competition_policy_brief_0.pdf.

I Danmark har konkurransemyndighetene nylig gitt ut en rapport som viser hvordan bedre konkurranse fører til omfordeling. Tilsvarende studier fra OECD og Europa-kommisjonen viser lignende tendens.²

En effektiv konkurransepolitikk er også avgjørende for å sikre konkurransekraften til norske bedrifter som konkurrerer i internasjonale eller globale markeder. Velfungerende konkurranse i leverandørmarkedene er med på å holde eksportindustriens kostnader nede, noe som gjør eksportørene mer konkurransedyktige i den internasjonale konkurransen.

Sterk innenlandsk konkurranse mellom bedriftene som vil lykkes ute presser også norske bedrifter til å være kostnadseffektive og tilby mer innovative løsninger. Det kommer norske forbrukere til gode, samtidig som konkurransen hjemme lærer bedriftene å knekke koden for å bli gode ute.

Gjennom forbudsbestemmelsene i konkurranseloven og fusjonskontrollen har konkurransemyndighetene i utgangspunktet effektive verktøy som i de fleste tilfeller vil være tilstrekkelig for å avskrekke og gripe inn mot konkurranseskadelig adferd. Studier og analyser fra både Europa og USA viser imidlertid at den tradisjonelle konkurranselovgivningen ikke alltid er tilstrekkelig for å sikre effektiv konkurranse. En rekke land og institusjoner har derfor innført eller vurderer å innføre nye virkemidler for å legge bedre til rette for velfungerende konkurranse.

Mye av bakgrunnen for arbeidet med nye virkemidler i konkurranselovgivningen, både på nasjonalt nivå og i EU, er den økende graden av digitalisering i næringslivet og samfunnet som helhet. Av forhold som har påvirket konkurransepolitikken de siste 30 årene, er digitalisering blant faktorene som har hatt størst innflytelse.³ Det er forventet at denne trenden fortsetter.

Det er flere grunner til at digitaliseringen påvirker arbeidet til konkurransemyndighetene. Fremveksten av digitale plattformmarkeder og markedsaktørenes økte bruk av digitale hjelpemidler i sin markedstilpasning har ført til nye konkurranseutfordringer som ikke rammes av dagens lovverk.⁴

² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2022. *Konkurrence øger velstanden og kan reducere formue- og indkomstforskelle*. Rapport nr. 61. Kan lastes ned herfra: <https://www.kfst.dk/publikationer/kfst/2022/20220708-konkurrence-og-velstanden-og-kan-reducere-formue-og-indkomstforskelle/>.

OECD og Verdensbanken, 2017. *A step ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth*. Ennis, S. et al. (2017). *Inequality: A hidden cost of market power*. OECD paper. Kan lastes ned herfra: <https://www.oecd.org/daf/competition/inequality-a-hidden-cost-of-market-power.htm>.

³ Stefan Hunt (2022). *The technology-led transformation and consumer agencies: The Competition and Markets Authority's experience*. Discussion paper. Kan lastes ned herfra: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1085931/The_technology_led_transformation_of_competition_and_consumer_agencies.pdf.

⁴ Europakommisjonens høringsnotat i forbindelse med høring om innføring av markedsetterforskning i EU som er tilgjengelig her: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416->

I årene fremover vil hensynet til bærekraft og miljø prege alle deler av næringslivet. Innovasjon er viktig for grønn omstilling. Bedrifter i markeder med velfungerende konkurranse stimuleres til innovasjon og til å bruke ressurser mer effektivt. Effektiv konkurranse kan gi lavere priser på klima- og miljøvennlige varer og tjenester, samt bedre utvalg og kvalitet på produktene.

Effektiv håndheving av konkurranseloven er derfor et viktig virkemiddel for omstillingen av norsk økonomi i en bærekraftig retning. For å sikre at norske konkurransemyndigheter kan legge til rette for grønn omstilling, er det avgjørende at konkurranseloven inneholder hjemler som kan benyttes for å løse konkurranseutfordringer som ikke effektivt kan løses gjennom konkurranselovens forbudsbestemmelser.

Utfordringene beskrevet over kan gjøre seg gjeldene i alle markeder, også utenfor den digitale sfæren. I Norge er det også andre industrier som er preget av strukturelle utfordringer, for eksempel verdikjeden for mat. Stortinget, regjeringen og Konkurransetilsynet har uttrykt bekymring for konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet, som er preget av høy markedskonsentrasjon med få og store aktører som kontrollerer deler av verdikjeden. Markedet kjennetegnes også ved at det er høye etableringshindringer. De mest sentrale hindringene er stordriftsfordeler knyttet til innkjøp, det norske importvernet for landbruksvarer, vertikal integrasjon og begrenset tilgang til attraktive lokaler. Det kan være utfordrende å løse slike strukturelle markedsforhold gjennom dagens lovgivning. Dette omtales nærmere i kapittel 7.2.3.

3 Innspill fra høringen av forbud mot usaklig prisdiskriminering i dagligvaresektoren

3.1 Innledning

Nærings- og fiskeridepartementet sendte 25. oktober 2022 på høring forslag til forskrift om forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for dagligvarer og mat. I tillegg introduserte departementet muligheten for å gi Konkurransetilsynet et nytt markedsetterforskningsverktøy og ba om innspill til dette. I høringsnotatet var det en kortfattet og overordnet beskrivelse av verktøyet og det fremkom at forslag til regulering av et slikt verktøy ville bli behandlet i et eget høringsnotat. Departementet ba likevel om eventuelle innspill til og overordnede synspunkter på en eventuell innføring av et markedsetterforskningsverktøy, allerede i forbindelse med høringen av forbudet mot prisdiskriminering.

[Single-Market-new-complementary-tool-to-strengthen-competition-enforcement_en.](#)

Se filen «Inception impact assessment - Ares(2020)2877634» under overskriften «Roadmap».

Bakgrunnen for at muligheten for å innføre et markedsetterforskningsverktøy i norsk rett ble omtalt i høringsnotatet, var at markedsetterforskning kan være et alternativ til forskrift om forbud mot forskjeller i innkjøpspriser. Høringsinstansene ble bedt om å knytte kommentarer til hvorvidt innføringen av et markedsetterforskningsverktøy kan avhjelpe utfordringer knyttet til prisdiskriminering og andre utfordringer i dagligvaremarkedet på noe lengre sikt.

3.2 Oppsummering av høringsinnspillene

Nærings- og fiskeridepartementet mottok merknader til markedsetterforskningsverktøyet fra nitten høringsinstanser.

Advokatfirmaet Thommessen AS er foreløpig kritisk til et eget markedsetterforskningsverktøy. De viser til at Konkurransetilsynet allerede har en vid kompetanse til å gjennomføre markedsetterforskninger, drive veiledning og reagere mot konkurransemessige bekymringer etter dagens konkurranselov. Til det sistnevnte minner Thommessen om at et markedsetterforskningsverktøy uansett må utformes innenfor rammene av det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet og det menneskerettslige kravet til en rettfærdig rettergang.

Advokatforeningen skriver at ettersom en nærmere beskrivelse av og forslag til regulering av markedsetterforskning vil bli behandlet i et eget høringsnotat på et senere tidspunkt, finner foreningen ikke grunn til å knytte omfattende kommentarer til dette i nærværende høringsinnspill. Advokatforeningen fremhever imidlertid at den foreslåtte forskriftsreguleringen av prisdiskriminering i dagligvarebransjen bør ses i sammenheng med muligheten for på noe lenger sikt å implementere et markedsetterforskningsverktøy, slik at man unngår at en eventuell forskriftsregulering av prisdiskriminering går ut over det som er «nødvendig», jf. konkurranseloven § 14.

Advokatforeningen understreker også betydningen av at hvis departementet vurderer å gi Konkurransetilsynet ytterligere virkemidler eller verktøy, må det samtidig gis tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier. Det gjelder særlig beskrivelsen av Konkurransetilsynets fullmakter, retten til kontradisjon og at det oppstilles klare tidsfrister for Konkurransetilsynets saksbehandling, samt reell mulighet for domstolskontroll.

Coop Norge SA skriver at Konkurransetilsynet allerede har omfattende hjemler til å be om informasjon fra aktørene. Effekten av et slikt verktøy vil derfor i stor grad bero på hvordan det vil bli benyttet av Konkurransetilsynet. Dersom verktøyet kun vil bli benyttet av tilsynet i anledning forhold som tilsynet mener «begrenser konkurransen», er det høyst uklart om dette vil ha noen effekt ut over dagens lovgivning.

Dagligvareleverandørenes forening (DLF) skriver at det behøves mer målrettede verktøy for å sikre at rabatter følger varen og for å motvirke vertikale bindinger som kan skade konkurransen. Videre må en regulering av dagligvaremarkedet basere seg på sikker kunnskap. DLF mener at et markedsetterforskningsverktøy vil kunne være mer treffsikkert enn en særregulering à la forskriftsforslaget. Konkurransetilsynet har opparbeidet seg omfattende kunnskap om dagligvaremarkedet, og vil med et markedsetterforskningsverktøy

kunne gå presist til verks i reguleringen av dagligvaremarkedet og andre markeder. Et slikt etterforskningsverktøy vil også gi Konkurransetilsynet mulighet til å undersøke om det er prisdiskriminering som i dag ikke rammes av konkurranseloven og som har negative virkninger på konkurransen, og vil i så fall kunne gripe inn om mulighet for konkrete skadevirkninger konstateres. DLF mener derfor at innføring av et markedsetterforskningsverktøy som beskrevet i høringsnotatets punkt 9 bør utredes.

I den forbindelse bør det også utredes hvordan et markedsetterforskningsverktøy kan sikre at forbrukerne får en større andel av de rabatter og andre økonomiske ytelser som dagligvarekjedene fremforhandler i forhandlingene med leverandørene. Dette vil være i tråd med Stortingets vedtak der man ber om «forslag om hvordan man i dagligvarebransjen kan tilrettelegge for at rabatter som oppnås i forhandlingene mellom leverandører og kjeder, i større grad følger varen». DLF mener denne målsettingen i vesentlig større grad retter seg mot hensynet til forbrukeren og vil være et mer målrettet tiltak for å styrke konkurransen i dagligvaremarkedet, enn den foreslåtte forskriftsreguleringen.

DLF er positiv til at det utredes om Konkurransetilsynet skal gis hjemmel til å gjennomføre markedsetterforskning og pålegge avhjelpende tiltak, dersom det avdekkes konkurranseskadelige forhold uten at den aktuelle atferd rammes av konkurranselovens forbudsbestemmelser. Et markedsetterforskningsverktøy vil kunne gi en mer presis og målrettet inngripen mot konkurranseskadelig atferd enn en generell særregulering hvis nytteeffekt er tvilsom.

I den videre utredning av et slikt virkemiddel bør det ses konkret på hvilke typer reguleringer som kan være aktuelle. Det bør bare kunne gripes inn i markedet dersom det gir forbrukerne en gevinst, for eksempel for å sikre at forbrukerne får en større andel av de rabatter og andre økonomiske ytelser som dagligvarekjedene oppnår i forhandlingene med leverandørene.

Dagligvaretilsynet viser til departementets vurderinger av et markedsføringsverktøy for Konkurransetilsynet, som allerede er i bruk i flere andre land, og kan være bedre egnet til å håndtere utfordringer til prisdiskrimineringer i dagligvaremarkedet. Selv om et slikt verktøy vil kreve tilpasninger i konkurranseloven, fremstår et slikt verktøy etter *Dagligvaretilsynets* vurdering som interessant og mer anvendelig enn forslagene til forskrift. Endringen i konkurranseloven synes heller ikke å være spesielt utfordrende å få til selv om lovendringen vil ta noe tid.

Dagligvaretilsynet stiller seg derfor positivt til et markedsetterforskningsverktøy, slik det er beskrevet, men understreker at de ikke har egenhendig kunnskap om verktøyet ut over departementets og Konkurransetilsynets vurderinger. Når man tar med i betraktningen de uheldige og potensielt skadelige virkningene som en midlertidig forskrift vil kunne medføre, kan det derfor synes fornuftig å velge implementering av et slikt verktøy fremfor forskrift.

Erling Hjelmeng viser til at forskjellen mellom § 12 tredje ledd i dagens konkurranselov og forslaget om et markedsetterforskningsverktøy synes marginal, ut over at forslaget vil gi Konkurransetilsynet mulighet for å gi pålegg som ikke er fremforhandlet, altså å pålegge

tiltak som tilsynet anser egnede og nødvendige for å avhjelpe konkurransemessige problemer.

En generell hjemmel for et forvaltningsorgan til å pålegge tiltak for å bedre konkurransen i markedet, i realiteten her at tilsynet skal kunne designe markedene ut fra hva tilsynet mener er best for konkurransen, er ikke ønskelig, hverken ut fra hensynet til rettssikkerhet eller hensynet til konkurransen.

Hjelmeng viser videre til at det er tvilsomt om et såkalt «markedssetterforskningsverktøy» vil gjøre stort annet enn å overføre § 14-kompetanse fra departementet til Konkurransetilsynet, og uten at dette vil utvide tilsynets verktøykasse i særlig grad, utover kanskje ensidig å kunne pålegge positive handleplikter som ikke er relatert til å avhjelpe overtredelser av konkurranseloven §§ 10 og 11 eller forskrifter etter § 14.

Hjelmeng fraråder derfor at Konkurransetilsynet utstyres med en ytterligere hjemmel som krever nærmere utredninger og der heller ikke departementet selv i høringsnotatet er i stand til å påvise konkrete muligheter knyttet til forslaget. Bruk av et «markedssetterforskningsverktøy» i f.eks. dagligvaremarkedet vil sannsynligvis kreve mye lengre utredningstid og vil neppe føre til mer spesifikke og målrettede tiltak enn det som kan realiseres i en § 14-forskrift. Det er også usikkert hva videre utredninger vil kunne avdekke i dette markedet; problematikken knyttet til innkjøpsbetingelser har vært i et konstant søkelys og også blitt offentlig diskutert i alle fall i fem år.

Forbrukerrådet mener at et markedssetterforskningsverktøy både vil være et godt supplement til forskrift med forbud mot usaklig prisdiskriminering og til konkurranseloven for øvrig. Det er imidlertid ingen erstatning for den midlertidige og dagligvarespesifikke forskriften. Et markedsføringsverktøy åpner for eksempel ikke for privat håndhevelse og inngrep mot prisdiskriminering. Det vil derfor være helt avhengig av Konkurransetilsynets ressurser, prioriteringer og vurderinger.

I tillegg vil det, som NFD skriver i høringsnotatet, ta noe tid før et slikt verktøy kan tas i bruk. Det må sendes på en egen høring og krever en lovendring. Dersom lovendringen blir innført vil det ta ytterligere tid før en utredning kan bli iverksatt og enkeltvedtak fattes. Forbrukerrådet er enig i at det kan være naturlig å ta med et eventuelt innført markedssetterforskningsverktøy i vurderingen når forskriften om prisdiskriminering skal evalueres etter tre år.

Freia og Mondelēz Norge mener at hvis tiltak må iverksettes, er den foreslåtte innføringen av et markedssetterforskningsverktøy tilstrekkelig.

Som anbefalt av OECD, er det fra et økonomisk perspektiv foretrukket andre (mindre inngripende) midler enn å implementere nye regler for å møte markedsspesifikke utfordringer. Forutsatt at departementet ønsker å hindre (i) prisdifferensiering som ikke kan knyttes til motytelser av verdi for leverandøren, (ii) ekskluderende prisdifferensiering (koblingssalg, eksklusivitet, mv.); og (iii) prisdifferensiering som har konkurransebegrensende virkninger, er slik prisdifferensiering allerede omfattet av og kan bli sanksjonert gjennom tilgjengelige håndhevingsmidler (konkurranseloven §§ 10 og 11).

Å gi konkurransemyndighetene ytterligere verktøy og metoder for å overvåke og håndheve den nåværende konkurranselovgivningen kan føre til enda mer effektiv håndhevelse og mer verdifull veiledning om grensene for lovlig prisdifferensiering. Hvis noen tiltak i det hele tatt skal tas i bruk ut over dagens konkurranselov, er innføring av et markedsetterforskningsverktøy for Konkurransetilsynet en bedre måte å oppnå intensjonen bak forskriftsforslagene.

Henning-Olsen Is støtter ingen av de alternative forskriftene da de mener at dagens forhandlingsinstrumenter fungerer på en god måte, men et evt. nytt markedsetterforskningsverktøy kan løse mange av de samme utfordringene som Stortinget ønsker å løse med en forskrift. Ved å innføre de forslagsalternativene som foreligger i høringsnotatet, vil dette medføre en total endring i norsk dagligvare med konsekvenser som mindre vareutvalg, færre innovasjoner, betydelige flere produkter innen egne merkevarer (EMV) og høyere priser til forbruker.

Kjøtt- og Fjørfebransjens Landsforbund støtter forslaget om å utrede et markedsetterforskningsverktøy.

Konkurransetilsynet er enig med departementet i at innføring av et markedsetterforskningsverktøy vil være den beste tilnærmingen for å løse de konkurransemessige utfordringer knyttet til prisdiskriminering.

Ved innføringen av et markedsetterforskningsverktøy vil tilsynet være i stand til å foreta de nødvendige analysene for å vurdere hvorvidt konkurransen begrenses, herunder en vurdering av hvordan innkjøpsprisforskjeller samlet sett påvirker konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet. Markedsetterforskningsverktøyet åpner for en mer fleksibel tilnærming, som også gir rom for mer presise vurderinger. Dette reduserer sannsynligheten for inngrep som virker mot sin hensikt, samtidig som markedsaktørene, især leverandørene, pålegges mindre inngripende restriksjoner.

Dersom leverandørene som rammes av de foreslåtte forskriftene om prisdiskriminering bryter adferdsreglene som oppstilles, vil prisdiskriminering være forbudt. Ved innføring av et markedsetterforskningsverktøy vil det være mulig å ha en mer fleksibel tilnærming, fordi man kan pålegge mer målrettede og skreddersydde tiltak. Bruken av markedsetterforskning vil både gjøre tilsynet i stand til å foreta vurderinger av eventuelle årsaker, samt rette tiltakene direkte mot de årsakene som enten forårsaker en eventuell konkurransebegrensning eller er viktige faktorer for å forklare prisforskjellene.

Bruk av et markedsetterforskningsverktøy vil også tillate en mer fleksibel tilnærming med hensyn til hvilke aktører tiltakene rettes mot. Begge forskriftsalternativene rettes mot en lang rekke leverandører. Håndhevingen krever betydelig ressursbruk fra både aktører og myndigheter, for eksempel fordi leverandørene må være i stand til å forklare hvorfor innkjøpsprisforskjeller er saklige. Innføring av tiltak etter en markedsetterforskning kan rette seg mot et begrenset antall leverandører eller dagligvarekjeder. Sistnevnte er også i tråd med Stortingets vedtak 572, hvor det fremgår at også dagligvarekjedene skal ha ansvar for å følge reglene.

I tillegg vil markedsetterforskningsverktøyet, dersom det åpnes for at Konkurransetilsynet i sin håndheving kan treffe midlertidige vedtak, gjøre det mulig å ha en fleksibel tilnærming med hensyn til varigheten på vedtak og utformingen av de avhjelpende tiltakene. Dersom det viser seg at tiltakene ikke fungerer eller virker mot sin hensikt, vil det være mulig for tilsynet å reversere dem eller innføre alternative tiltak. Dette reduserer risikoen for at regulering av forhold knyttet til forhandlingene får utilsiktede konsekvenser.

Ved en eventuell innføring av et markedsetterforskningsverktøy vil det ifølge Konkurransetilsynet være mulig å pålegge avhjelpende tiltak relativt raskt dersom tilsynet etter en konkret vurdering konkluderer med at det er rettslig grunnlag for det. Samtidig er det Konkurransetilsynets oppfatning at innføring av et av de foreslåtte forskriftsalternativene vil kunne føre til høyere priser for forbrukerne på kort sikt. Ved innføring av tiltak gjennom bruk av markedsetterforskningsverktøyet vil man kunne unngå dette, nettopp fordi tiltakene som utformes til være kunne være mer treffsikre.

Tilsynet påpeker også at en markedsetterforskning vil åpne for at ulike etableringshindringer i dagligvaremarkedet vil kunne sees i sammenheng. Dette vil øke sannsynligheten for at det utformes tiltak som samlet sett vil kunne redusere etableringshindringene i dagligvaremarkedet.

Lerum AS viser til at det står i høringsnotatet at et markedsetterforskningsverktøy kan være bedre egnet til å håndtere utfordringer i dagligvaremarkedet enn de to forslagene til forbud mot usaklig prisdiskriminering. *Lerum* er redd et slikt etterforskningsverktøy vil støte an mot hevdvunne rettssikkerhetsprinsipp, men vil ikke avvise å se på et forslag om dette.

Negotia er i utgangspunktet positiv til alt som styrker konkurransen, og ser frem til at forslaget kommer på høring.

NHO Mat og Drikke er i utgangspunktet positiv til at et slikt virkemiddel vurderes. Et markedsetterforskningsverktøy fremstår, i motsetning til de skisserte forskriftsutkastene, blant annet som et fleksibelt virkemiddel som ikke nødvendigvis vil gi de utilsiktede konsekvensene som en forskriftsregulering vil innebære.

Nortura SA er i utgangspunktet positiv til at Konkurransetilsynet får enkelte verktøy ut over de to forbudsbestemmelsene (og fusjonskontrollen). Markedsetterforskningsverktøy kan flytte fokus fra «å ta noen» til å «ta styring» i markeder der det er behov for dette. Dette kan igjen skape tillit og mer dialog mellom tilsynet og aktørene, som igjen kan være positivt for gradvis å etablere mer kunnskap om markedet og virkninger av eventuell regulering/tiltak.

Oda Norway og *Reitan Retail* mener et markedsetterforskningsverktøy primært bør fungere som et supplement til forskrift. For det første vil det ta tid før et slikt verktøy blir innført. For det andre vil markedsetterforskning være ressurs- og tidkrevende, og vedtak vil måtte rettes mot det enkelte foretak. Vedtak kan igjen overlages og prøves rettslig. En forskrift er derfor bedre egnet som et virkemiddel mot en mer generell problemstilling i en bransje enn bruk av markedsetterforskning.

Orkla ASA mener at sammenlignet med å innføre en av de to alternativene til forskrift, vil det foreslåtte markedsetterforskningsverktøyet være mer egnet til å adressere de komplekse utfordringene i dagligvarebransjen på en helhetlig måte.

Det er nødvendig å understreke at dette krever rettssikkerhetsgarantier og en forutberegnelighet for aktørene. Orkla vil derfor komme tilbake til dette og gi mer konkrete kommentarer når det foreligger et forslag.

Med all sannsynlighet vil det ta noe tid før et slikt verktøy vil være klart. Orkla mener derfor det er viktig at tiden frem til det brukes på gode utredninger av blant annet EMV og vertikale bindinger.

Orkla er åpne for at et markedsetterforskningsverktøy vil kunne avhjelpe utfordringer knyttet til konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet, herunder prisdiskriminering. Det vil være positivt at Konkurransetilsynet gjennom et slikt verktøy vil kunne utrede og avklare et korrekt faktagrunnlag, og ha mulighet til å utarbeide en helhetlig løsning som påvirker hele verdikjeden.

Det er nødvendig å understreke at dette krever rettssikkerhetsgarantier og en forutberegnelighet for aktørene. Uten et konkret forslag er det vanskelig å kommentere ytterligere på NFDs spørsmål.

Q-Meieriene AS skriver at de ikke har kunnskap om hvordan dette verktøyet skal brukes i praksis, og antar at dette må konkretiseres ytterligere. Generelt er de positive til at Konkurransetilsynet får de verktøy som er nødvendige – men det er jo bruken og håndhevingen som til slutt vil avgjøre hvor godt dette eventuelt vil virke.

Ringnes AS registrerer at departementet presenterer markedsetterforskningsverktøyet som et tredje og presumptivt bedre alternativ til regulering enn forskriftsforslagene som er på høring. Tiltaket presenteres som mer målrettet, og er samtidig forbundet med mindre risiko for utilsiktede konsekvenser.

Ringnes er positiv til en nærmere utredning av markedsetterforskningsverktøyet for å se om dette er et egnet tiltak for å redusere etableringshindringer og fremme konkurransen i markedet. Samtidig ser Ringnes et behov for å kommentere tilnærmingen til reguleringer av bransjen, slik det kan leses av vurderingene i høringsnotatet. I høringsnotatet presenteres markedsetterforskningsverktøyet som et tiltak som er aktuelt på lengre sikt og etter en treårsperiode med en forskrift med en etterfølgende evaluering.

Fra overnevnte drøfting kan det synes som at departementet ser ut til å akseptere at det iverksettes en forskrift, som de selv påpeker har opplagte svakheter, i påvente av et neste og antatt mer treffsikkert tiltak. En slik tilnærming vitner om at man undervurderer risikoen for utilsiktede konsekvenser av forskriftsforslaget som ikke enkelt lar seg reversere eller regulere tilbake, men tvert imot kan føre til uopprettelige skader i markedet.

Tine SA vil kommentere markedsetterforskningsverktøyet når det kommer på høring, og forventer at det blir en grundig prosess rundt dette. Det er positivt at det vurderes virkemidler som gjelder generelt for alle bransjer og alle deler av verdikjedene.

4 Gjeldende rett

4.1 Innledning

Konkurranseloven forbyr konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling. I tillegg skal Konkurransetilsynet forby foretakssammenslutninger som i betydelig grad vil begrense konkurransen. Disse bestemmelsene beskrives nærmere i det følgende.

4.2 Forbudsbestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 og 11

4.2.1 Konkurranseloven § 10 – forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid

Konkurranseloven § 10 forbyr samarbeid mellom foretak som har til formål eller virkning å begrense konkurransen. Et tilsvarende forbud finnes i EØS-avtalen artikkel 53, og Konkurransetilsynet håndhever begge bestemmelsene. Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid gjelder ikke bare avtaler, men også mer uformelt samarbeid som for eksempel at to konkurrenter samordner sin opptreden. Beslutninger som treffes av sammenslutninger av foretak kan også rammes av forbudet, for eksempel dersom en bransjeorganisasjon fastsetter hvordan medlemsbedriftene skal opptre i markedet. Samarbeid som skjer innenfor samme økonomiske enhet rammes ikke av konkurranseloven § 10, da forbudet kun rammer samarbeid mellom uavhengige foretak. For eksempel rammer forbudet ikke samarbeid mellom selskaper innenfor samme konsern, eller mellom agent og prinsipal.

For at det skal være tale om en avtale eller samordnet opptreden kreves at det har vært en eller annen form for kontakt mellom de involverte foretakene. Ensidig markedstilpasning eller stilltiende samarbeid er således ikke forbudt etter denne bestemmelsen. Stilltiende samarbeid er kjennetegnet ved at aktørene finner det lønnsomt å koordinere sin adferd i markedet, for eksempel ved å sette høyere priser, uten at det etableres en avtale eller en samordnet opptreden i konkurranserettslig forstand.

Forbudet omfatter både horisontalt og vertikalt samarbeid. Horisontalt samarbeid er mellom (faktiske eller potensielle) konkurrenter og regnes generelt som den skadeligste formen for samarbeid, spesielt dersom samarbeidet gjelder priser, oppdeling av markeder eller begrensning av produksjon eller salg.

Vertikalt samarbeid er mellom foretak som opererer på ulike trinn i omsetningskjeden, for eksempel en leverandør og en grossist. Vertikale samarbeid kan ofte være positivt for konkurransen og forbrukerne, men kan under visse omstendigheter også være skadelig.

Samarbeid med konkurransebegrensende formål er forbudt uten at det er nødvendig å påvise at samarbeidet også har konkurransebegrensende virkninger. Dette gjelder for eksempel samarbeid om fastsettelse av priser og oppdeling av markeder og fastsettelse av bindende minimumspriser for forhandlere. Dersom samarbeidet ikke har konkurransebegrensende formål, må de mulige konkurransebegrensende virkningene av samarbeidet analyseres. Det

må i så fall undersøkes konkret om det er sannsynlig at samarbeidet begrenser konkurransen.

4.2.2 Konkurranseloven § 11 – forbudet mot misbruk av dominerende stilling

Et foretak som dominerer et marked, kan både ha insentiver og muligheter til å gjøre det vanskelig for konkurrenter å konkurrere effektivt. Et foretak har en dominerende stilling hvis det er i stand til i betydelig grad å opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og sluttbrukere. En dominerende stilling vil typisk foreligge der et foretak har høye markedsandeler og betydelig større markedsandeler enn sine konkurrenter. Antallet konkurrenter, deres markedsandeler og mulighet for ekspansjon, samt nye aktørers etableringshindringer og kunders kjøpermakt er andre faktorer det tas hensyn til for å avgjøre om et foretak er dominerende.

Er et foretak dominerende, vil konkurransen på markedet allerede være begrenset i utgangspunktet. En markedsadferd som begrenser konkurransen ytterligere, kan påføre forbrukerne skade gjennom høyere priser, lavere kvalitet, færre valgmuligheter eller mindre innovasjon. Det vil som regel finnes betydelige ekspansjons- og etableringshindringer i et marked der et foretak har en dominerende stilling. Slike hindringer vil ofte gjøre det vanskelig for andre foretak å utfordre det dominerende foretakets sterke stilling. I et marked hvor en aktør er dominerende, vil kjøperne som regel ha begrensede valgmuligheter og få alternative leverandører å henvende seg til.

Konkurranseloven § 11 forbyr derfor et dominerende foretak utilbørlig å utnytte sin dominerende stilling. Et tilsvarende forbud finnes i EØS-avtalen artikkel 54. Konkurransetilsynet håndhever begge bestemmelser. Misbruksbegrepet er i utgangspunktet objektivt slik at det ikke kreves bevis for foretakets subjektive hensikt om å skade konkurransen. Bevis for slik hensikt kan likevel underbygge at det foreligger et misbruk.

Rabatter som har lojalitetsskapende virkninger, eksklusive avtaler med kunder eller betalinger til kunder mot at disse ikke kjøper konkurrentenes produkter, er eksempler på adferd som helt eller delvis kan stenge konkurrenter ute fra markedet. Slik markedsadferd kan utgjøre misbruk av en dominerende stilling hvis adferden er egnet til å begrense konkurransen.

4.2.3 Sanksjoner ved overtredelse av konkurranseloven

Ved overtredelse av konkurranseloven har Konkurransetilsynet ulike reaksjonsmidler å velge mellom. Konkurransetilsynet kan ilegge foretak overtredelsesgebyr på inntil 10 prosent av foretakets omsetning etter konkurranseloven § 29.

Videre kan Konkurransetilsynet anmelde fysiske personer til politiet, normalt Økokrim, for strafferettslig forfølgning for overtredelse av § 10 jf. konkurranseloven § 32. Brudd på § 10 kan straffes med bøter eller fengsel inntil tre år. Ved særlig skjerpene omstendigheter kan det idømmes fengsel inntil seks år. Muligheten til å straffeforfølge fysiske personer har så langt hatt liten betydning i praksis.

4.2.4 Pålegg om opphør

Ved overtredelse av § 10, § 11 eller forskrift etter § 14 kan Konkurransetilsynet pålegge opphør av den ulovlige adferden, etter konkurranseloven § 12. Pålegg om opphør kan også ilegges i kombinasjon med overtredelsesgebyr. Pålegg om opphør kan omfatte ethvert tiltak som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør. Dette kan omfatte både adferdsregulerende og strukturelle tiltak, men strukturelle tiltak kan kun pålegges hvis det ikke finnes like effektive adferdsregulerende tiltak, eller dersom et adferdsregulerende tiltak vil være mer byrdefullt for foretaket. For å sikre at et pålegg om opphør etterleves kan det ilegges tvangsmulkt. Overtredelse av et pålegg om opphør kan medføre overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 eller straff etter § 32.

4.2.5 Vedtak om bindende avhjelpende tiltak

Med hjemmel i konkurranseloven § 12 tredje ledd kan Konkurransetilsynet i en sak som kan ende med et vedtak etter konkurranseloven § 12 første ledd, velge å avslutte saken ved et vedtak om bindende avhjelpende tiltak. Det er partene selv som må fremsette de avhjelpende tiltak, og det er opp til Konkurransetilsynet å vurdere om de foreslåtte tiltakene skal avvises eller aksepteres. Dersom Konkurransetilsynet aksepterer de foreslåtte tiltak kan vedtak fattes og saken avsluttes før tilsynet har gjort en fullstendig vurdering av inngrepsvilkåret etter konkurranseloven § 12 første ledd er oppfylt.

Konkurransetilsynet skal i vedtaket gi en vurdering av foretakenes adferd og begrunne om og hvorfor de tilbudte tiltakene er egnet til å avhjelpe de konkurransemessige problemene som Konkurransetilsynet har funnet. Vedtaket skal fastslå at Konkurransetilsynet ikke vil gå videre med saken dersom tiltakene gjennomføres. Konkurransetilsynet kan etter forslag fra partene oppnevne en forvalter til å bistå ved gjennomføringen av vedtaket. Bakgrunnen for dette er at det kan være et behov for å kontrollere at et vedtak om bindende avhjelpende tiltak etterleves, og partene kan som ledd i dette tilby bistand fra en forvalter som en del av forslaget til avhjelpende tiltak. Forvalter skal godkjennes av Konkurransetilsynet, og oppnevningen skal fremgå av vedtaket om bindende avhjelpende tiltak. Brudd på vedtak om bindende tiltak kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr jf. konkurranseloven § 29 første ledd bokstav b jf. § 12.

Konkurransetilsynet kan med hjemmel i konkurranseloven § 12 fjerde ledd omgjøre et vedtak om bindende avhjelpende tiltak dersom faktiske forhold som var vesentlig for vedtaket endrer seg, foretakene handler i strid med vedtaket, eller vedtaket bygger på ufullstendige, uriktige, eller villedende opplysninger fra foretakene. Dersom vilkårene for omgjøring er til stede kan Konkurransetilsynet fortsette sin saksbehandling for å avdekke om det foreligger en overtredelse, og eventuelt treffe vedtak i samsvar med dette.

4.3 Fusjonskontroll

Konkurransetilsynet skal ifølge konkurranseloven § 16 forby foretakssammenslutninger som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes. Foretakssammenslutning er definert i konkurranseloven § 17.

For å sikre at Konkurransetilsynet får kunnskap om de foretakssammenslutningene som presumptivt har størst risiko for å skade konkurransen, har bedrifter og andre næringsdrivende plikt til å melde fra til Konkurransetilsynet om fusjoner, oppkjøp og avtaler som fører til kontroll i andre selskaper hvis foretakenes omsetning overstiger visse terskelverdier, jf. konkurranseloven § 18. Konkurransetilsynet har hjemmel til å pålegge meldeplikt for en foretakssammenslutning under terskelverdiene, dersom tilsynet har rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes eller dersom andre særlige hensyn tilsier at tilsynet undersøker saken nærmere. Et slikt pålegg kan ikke gis senere enn tre måneder etter at endelig avtale er inngått eller kontroll er ervervet, jf. konkurranseloven § 18 tredje ledd. Foretakssammenslutninger som er unntatt fra meldeplikten kan meldes frivillig for å avklare om det er aktuelt med inngrep.

Erverv av andeler i et foretak som ikke fører til kontroll over foretaket (minoritetsserverv), er ikke omfattet av meldeplikten. Konkurransetilsynet skal imidlertid på samme vilkår som ved kontrollerverv gripe inn mot slike transaksjoner, jf. konkurranseloven § 16 a første ledd. Med hjemmel i konkurranseloven § 18 femte ledd kan tilsynet pålegge melding for minoritetsserverv. Konkurransetilsynet må sende slikt pålegg om melding innen tre måneder etter at endelig avtale om erverv av andeler er inngått. I vurderingen av om minoritetsserverv begrenser konkurransen har tilsynet hjemmel til å vurdere stegvise oppkjøp i sammenheng. Foretak kan også velge å inngi melding om minoritetsserverv frivillig. Det er forbudt å gjennomføre en foretakssammenslutning før Konkurransetilsynet har fått melding og har ferdigbehandlet saken, jf. konkurranseloven § 19.

Konkurransetilsynet har hjemmel til å fatte vedtak som går ut på at foretakssammenslutningen godkjennes på vilkår foreslått av melder. Det avgjørende er om tilsynet «finner» at forslaget vil avhjelpe de konkurransebegrensende virkningene som transaksjonen kan føre til. Det er partene selv som har ansvar for å foreslå og utforme avhjelpende tiltak. Konkurransetilsynet er avskåret fra å tillate en foretakssammenslutning på andre vilkår enn de som er foreslått av melder. Tiltakene kan være av strukturell og/eller adferdsmessig art. Konkurransetilsynet kan knytte forpliktelser til vedtaket for å sikre at vilkår foreslått av melder blir oppfylt.

Konkurransetilsynet har videre også hjemmel til å treffe tiltak for å reversere transaksjoner som er gjennomført i strid med gjennomføringsforbudet eller transaksjoner som ikke er omfattet av meldeplikten. Et slikt forbudsvedtak kan omfatte påbud om avhendelse eller andre tiltak som er egnet til å gjenopprette den konkurransemessige situasjonen som forelå før foretakssammenslutningen ble gjennomført. Andre tiltak som kan være aktuelle er blant annet salg av deler av en virksomhet, for eksempel i form av et produksjonsanlegg.

4.4 Konkurransetilsynets muligheter til å gjennomføre markedsundersøkelser etter gjeldende rett

4.4.1 Innledning

Konkurranseloven § 9 angir Konkurransetilsynets oppgaver, men er ikke ment å være uttømmende, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004).⁵ Tilsynets overordnede oppgave er å «føre tilsyn med konkurransen i markedene.» Dette innebærer at tilsynet har hjemmel til å gjennomføre markedsundersøkelser for å kartlegge konkurransesituasjonen i ulike markeder.

Dette underbygges av særmerknadene til konkurranseloven § 24 i forarbeidene, hvor det fremgår at § 24 vil kunne benyttes til å «innhente informasjon ved generelle markedsundersøkelser. Slike undersøkelser kan særlig være aktuelle dersom utviklingen innen handel, prissvingninger, prisstivhet eller andre forhold i en bransje gir grunn til å anta at konkurransen i vedkommende bransje begrenses eller vris.»

De siste 15 årene har Konkurransetilsynet gjennomført 13 markedsundersøkelser for å vurdere konkurransesituasjonen i ulike markeder. I tillegg har tilsynet bidratt til syv undersøkelser som er gjennomført i samarbeid med andre nordiske konkurransetilsyn.

4.4.2 Opplysnings- og utleveringsplikt

Ifølge konkurranseloven § 24 kan konkurransemyndighetene kreve de opplysningene de trenger for å utføre sine gjøremål etter loven eller for å oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor en fremmed stat eller en internasjonal organisasjon fra enhver fysisk eller juridisk person. Bestemmelsen er sentral i Konkurransetilsynets saksbehandling og benyttes i stor utstrekning for å innhente informasjon fra parter og tredjeparter. Bestemmelsen gjelder for alle sakstyper og på alle trinn i saksbehandlingen, herunder ved vurderingen av foretakssammenslutninger, i saker om mulig overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser og når tilsynet gjennomfører generelle markedsundersøkelser. Konkurransetilsynet kan kreve opplysningene gitt skriftlig eller muntlig innen en fastsatt frist, og informasjonen kan nedtegnes og lagres som forklaringsopptak. Tilsynet kan også kreve utlevert bærere av informasjon. Utfyllende regulering er gitt i forskrift om opplysningsplikt og bevissikring. Pålegg om å gi opplysninger er ikke enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand, men det foreligger likevel klagerett på slike avgjørelser, jf. forvaltningsloven § 14.

⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven. Kapittel 17, side 224.

4.5 Forskrift om konkurransefremmende tiltak etter konkurranseloven § 14

Dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene kan Nærings- og fiskeridepartementet⁶, ved forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål jf. konkurranseloven § 14.

Forskriftshjemmelen har hittil vært benyttet til å gi forskrift om tilgang til boligannonsering på internett og den nå opphevede forskrift om forbud mot bonusprogram i innenriks luftfart. Departementet vurderer for tiden ytterligere to forskrifter med hjemmel i § 14, mot henholdsvis usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer og negative servitutter og eksklusive leieavtaler i dagligvaremarkedet.

I den gamle konkurranseloven av 1993 hadde Konkurransetilsynet hjemmel til ved enkeltvedtak eller forskrift å gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger dersom tilsynet fant at disse hadde til formål, virkning eller var egnet til å begrense konkurransen. Inngrepshjemmelen ble ikke videreført ved overgangen fra en blandet inngreps- og forbudslov til en mer rendyrket forbudslov, etter mønster av EU-retten. Det var likevel en bekymring for at det kunne tenkes tilfeller hvor konkurranseloven § 10 eller § 11 ikke kunne benyttes, men hvor det likevel var behov for en generell regulering av markedene. Derfor ble muligheten til å gripe inn ved forskrift, men ikke enkeltvedtak, opprettholdt. Kompetansen ble også lagt til Kongen, med senere delegasjon til departementet.

Som eksempler på tilfeller hvor forskriften kan anvendes nevner forarbeidene markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende uten å bli rammet av forbudene i konkurranseloven § 10 eller § 11, eller der det er vanskelig å bevise at forbudene brytes. Av forarbeidene følger det at bestemmelsen kan anvendes på salgsvilkår som hindrer nye aktører å komme inn på markedet, eller lojalitetsordninger som hindrer kundene å bytte mellom ulike leverandører. Bestemmelsen kan også brukes i markeder der et foretak, for eksempel et dominerende foretak, bryter konkurranseloven § 11 og flere andre aktører nytter samme konkurransebegrensende forretningsmetoder uten å rammes av forbudene, fordi de ikke har en dominerende posisjon i markedet.⁷

Konkurranseloven § 14 oppstiller to hovedvilkår for å kunne vedta en forskrift. For det første kan det bare gripes inn vilkår, avtaler eller adferd som *begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål*. For det andre må en slik forskrift være *nødvendig for å fremme konkurransen i markedene*.

⁶ <https://lovdata.no/pro/#document/DEL/forskrift/2013-06-14-634>

⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven. Kap. 17, side 228.

4.6 Grunnloven og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK).

4.6.1 Innledning

Grunnloven setter en rekke skranker for statens myndighetsutøvelse, blant annet ved å forby lover med tilbakevirkende kraft jf. § 97, ved å gi den som må oppgi eiendommen sin til det offentlige rett til erstatning jf. § 105, og ved å kreve at inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov jf. § 113.

I tillegg har Norge folkerettslige forpliktelser til å respektere eiendomsretten, jf. Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, første tilleggsprotokoll artikkel 1 (EMK P1-1), som langt på vei omfatter rettighetene som ivaretas av Grunnloven §§ 97 og 105, men som også tar opp i seg elementer som følger av Grunnloven § 113. Etter lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2, gjelder Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen som norsk lov. Dette gjelder også første tilleggsprotokoll (P1). Ved motstrid skal konvensjonens bestemmelser «gå foran bestemmelser i annen lovgivning», jf. § 3. I kapittel 4.6.2 til 4.6.4 følger en gjennomgang av hovedinnholdet i disse reglene.

Anvendelsen av et markedsetterforskningsverktøy vil måtte forholde seg til disse skrankene. Det vil hovedsakelig gjelde pålegg om konkrete tiltak, herunder hvor inngripende tiltak kan være, hvor lang varighet de kan ha dersom de skal være tidsbegrensede, og om inngrepet kan anses som forholdsmessig i lys av det tiltaket skal oppnå. I kapittel 8.4 drøfter departementet hvordan ulike tiltak som ilegges på bakgrunn av et markedsetterforskningsverktøy vil forholde seg til aktuelle grunnlovs- og folkerettsbestemmelser.

4.6.2 Grunnloven § 97 – forbudet mot lover med tilbakevirkende kraft

Grunnloven § 97 slår fast at «*Ingen lov må gis tilbakevirkende kraft.*» Formålet bak regelen er å hindre vilkårlige inngrep, og sørge for at enkelte kan forutsi virkningene av egne disposisjoner og handlinger.

Rettspraksis og teori opererer typisk med to kategorier tilbakevirkning. Den ene kategorien betegnes som *egentlig* tilbakevirkning, og dreier seg om å knytte byrder til tidligere handlinger eller begivenheter.⁸

Den andre kategorien omtales som *uegentlig* tilbakevirkning, og dreier seg om fremtidig regulering eller inngrep i *allerede etablerte rettsposisjoner*.⁹ Rettspraksis viser at det kan være en glidende overgang mellom de ulike typene tilbakevirkning, avhengig av karakteren på de aktuelle inngrepene en lov åpner for, og handlingen eller rettsposisjonen det aktuelle inngrepet retter seg mot. Det innebærer at normen for en eventuell domstolsprøving av

⁸ Se blant annet Rt. 2013, side 1345, premiss 82.

⁹ Ibid, side 1345, premiss 82.

tilbakevirkningen i et gitt tilfelle vil variere, avhengig av hva slags type tilbakevirkning det er tale om.¹⁰

Som eksempel på *egentlig* tilbakevirkning er det vanlig å vise til handlinger som på et tidspunkt var straffrie, men som ved ny lov blir straffbare, også med virkning for handlinger som var utført før den nye loven trådte i kraft. For slik tilbakevirkning setter Grunnloven § 97 en absolutt skranke.¹¹ Med unntak for den absolutte skranken om å knytte straff til handlinger som tidligere var straffrie, antyder rettspraksis imidlertid at det ikke gjelder et absolutt forbud mot egentlig tilbakevirkning, der denne tilbakevirkningen ikke dreier seg om straff, men heller om å knytte andre typer byrder til allerede gjennomførte handlinger. Normen slik tilbakevirkning skal vurderes mot, er derimot strengere enn for tilfeller av uegentlig tilbakevirkning.

For den typen *egentlig* tilbakevirkning som det ikke gjelder et absolutt forbud mot, stiller rettspraksis opp som et vilkår at inngrepet må være nødvendiggjort av «sterke samfunnsmessige hensyn»,¹² mens den *uegentlige* tilbakevirkning typisk må aksepteres dersom den ikke er «klart urimelig eller urettferdig». Etter en gjennomgang av aktuell praksis oppsummerer Høyesterett utgangspunktet slik i HR-2016-389-A premiss 76-77:

«[K]jernes spørsmålet er hvor sterkt tilbakevirkningselementet er. Hvis loven direkte knytter tyngende rettsvirkninger til tidligere hendelser, er loven som hovedregel grunnlovsstridig. Gir loven derimot bare regler om hvordan en allerede etablert posisjon skal utøves, er hovedregelen den motsatte. I de sistnevnte tilfellene har lovgiveren et betydelig spillerom, se avsnitt 94 i strukturvotedommen.¹³ Det er en glidende overgang mellom disse ytterpunktene. I rederiskattedommen¹⁴ omtales dette som «overgangsformer», mens det i strukturvotedommen fremheves at «Borthen-normen»¹⁵ er relativ, fleksibel og skjønnsmessig.

Jeg konstaterer videre at det uavhengig av normvalg må skje en avveining mellom de vernede interesser på den ene siden, og de samfunnsmessige hensynene på den annen. Vurderingen må skje konkret for dem som er parter i saken, men det må kunne tas hensyn til helheten ved lovreguleringen, se avsnitt 155 i rederiskattedommen [Rt. 2013 s. 1345]. Ved vurderingen har det betydning hvilke rettigheter eller posisjoner inngrepet gjelder, hvilket grunnlag den enkelte eller en gruppe har for sine forventninger, om inngrepet er plutselig og betydelig, og om fordelingen av byrdene rammer den enkelte eller en gruppe særlig hardt, jf. Borthen-dommen og strukturvotedommen. De samfunnsmessige hensynene må holdes opp mot dette.»

¹⁰ Ibid, side 1345, premiss 95.

¹¹ Ibid, side 1345, premiss 84.

¹² Se Rt 2006, side 293, premiss 72.

¹³ Se Rt (2013), side 1345.

¹⁴ Se Rt. 2010, side 143.

¹⁵ Se Rt. 1996, side 1415

I Rt. 2013 s. 1345 premiss 99 legger Høyesteretts flertall til grunn at «[H]vordan inngrepet rammer den enkelte [kommer] inn ved den konkrete forholdsmessighetsvurderingen, som naturlig inngår i avgjørelsen av om inngrepet er særlig urimelig eller urettferdig.» Dette følges opp i HR-2016-389-A, hvor Høyesterett understreker at «Borthen-normen» relativ, fleksibel og skjønnsmessig, og at det ved anvendelsen av den skal foretas en «konkret forholdsmessighetsvurdering».¹⁶

For at et inngrep eller en lov skal anses for å være i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 er det imidlertid ikke nok at det er tale om tilbakevirkning som får *betydning* for den tilbakevirkningen rammer – det må det også være tale om et inngrep i en rettighet som nyter et tilstrekkelig vern etter bestemmelsen, typisk i form av at den aktuelle rettigheten gir opphav til en *berettiget forventning* om hvordan en etablert posisjon skal kunne forvaltes i fremtiden.¹⁷

4.6.3 Grunnloven § 105 – ekspropriasjon

Grunnloven § 105 sier at «fordrer statens tarv at noen må avgi sin rørlige eller urørlige eiendom til offentlig bruk, så bør han eller hun ha full erstatning av statskassen.»

Bestemmelsen verner på samme måte som § 97 mot inngrep i etablerte rettigheter, men med et snevrere nedslagsfelt. Det er kun inngrep i *eiendomsretten* som gir rett på erstatning. I motsetning til for spørsmål om tilbakevirkning, er det imidlertid ikke nødvendig å finne noen norm inngrepet skal vurderes opp mot, ettersom eventuelt ansvar er objektivt. Spørsmål som aktualiseres i anvendelsen av § 105 er dermed i første rekke *hvorvidt det er tale om inngrep, om inngrepet er rettet mot eiendomsretten*, jf. vilkåret «avgi sin rørlige eller urørlige eiendom», og om denne avgivelsen er «til offentlig bruk». Deretter blir det et spørsmål om omfanget av en eventuell erstatning.

4.6.4 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens første tilleggsprotokoll artikkel 1 (EMK P1-1).

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens første tilleggsprotokoll artikkel 1 sier at

«Enhver fysisk eller juridisk person har rett til å få nyte sin eiendom i fred. Ingen skal bli fratatt sin eiendom unntatt i det offentliges interesse og på de betingelser som er hjemlet ved lov og ved folkerettens alminnelige prinsipper.»

Bestemmelsene ovenfor skal imidlertid ikke på noen måte svekke en stats rett til å håndheve slike lover som den anser nødvendige for å kontrollere at eiendom blir brukt i samsvar med allmennhetens interesse eller for å sikre betaling av skatter eller andre avgifter eller bøter.»

Rettighetssubjektene etter bestemmelsen er «enhver», og bestemmelsen likestiller fysiske og juridiske personer. For at EMK-P1-1 skal komme til anvendelse er det vilkår at en

¹⁶ Hr-2016-389-A premiss 87

¹⁷ Se blant annet Rt. 1996, side 1415-1424 og *Vernet av økonomiske og rettigheter mot regulering under Grl. §§ 97 og 105 og EMK P1-1* (Alvik), TfR nr. 2-3 (2021), side 10.

eiendomsrett er påvirket negativt av et inngrep. For å kategorisere inngrepet, deles EMK P1-1 gjerne opp i tre regler: kontrollregelen, avståelses-regelen og prinsipp-regelen.¹⁸

Avståelsesregelen utledes av artikkelens første ledd andre punktum, og tilsvarer langt på vei den regelen som Grunnloven § 105 gir uttrykk for, uten at den direkte angir et krav på erstatning for inngrep i rettigheten. Inngrep som subsumeres under avståelsesregelen innebærer at den faktiske og rettslige disposisjonsretten fratres eieren helt eller delvis.

Kontrollregelen utledes av artikkelens andre ledd, og krever ikke at eiendomsretten avgis, men forutsetter en rådighetsinnskrenkning som følge av offentlig regulering.

Prinsippregelen, som utledes av artikkelens første ledd første punktum, formulerer derimot det overordnede prinsippet om frihet fra inngrep i eiendomsretten, og åpner for å ta stilling til inngrep som ikke uten videre kan kategoriseres enten som avståelse eller som kontroll. Dette gir bestemmelsen et potensielt bredt nedslagsfelt, og tar høyde for mange ulike typer inngrep.

At bestemmelsen dreier seg om frihet fra inngrep i eiendomsretten, innebærer at regelens tolkning og anvendelse vil måtte skje med utgangspunkt i de aktuelle *nasjonale* reglene, ettersom omfanget av eiendomsretten i det enkelte tilfelle må utledes av disse.¹⁹

5 Markedsetterforskningsverktøy i andre jurisdiksjoner

5.1 Innledning

En rekke jurisdiksjoner har innført, eller vurderer å innføre, varianter av markedsetterforskningsverktøyet. I det følgende vil vi redegjøre for de mest relevante for utformingen av vårt forslag, EU, Island, Storbritannia, Danmark og Tyskland. I tillegg til disse har også Hellas, Sør-Afrika og Mexico tilsvarende virkemidler. Det svenske konkurransetilsynet har foreslått et tilvarende verktøy, men det er foreløpig ikke resultert i noe konkret forslag til endringer i konkurranseregelverket.

5.2 EU

5.2.1 Innledning

EU har til nå ikke vedtatt et sektorovergripende markedsetterforskningsverktøy på konkurranseområdet, men gjennom forordningen om digitale markeder (The Digital Markets Act, ("DMA")) innføres et markedsetterforskningsverktøy på et avgrenset område i digitale plattformmarkeder.

Europakommisjonens erfaring med håndheving av EUs konkurranseregler tyder på at det er strukturelle konkurranseproblemer i en del markeder som fører til effektivitetstap, og som ikke kan løses gjennom eller håndteres effektivt av de eksisterende konkurransereglene.

¹⁸ Se blant annet Erik Møse *Menneskerettigheter* (2002) s. 500 flg.

¹⁹ Se blant annet Henrik Jorem (2021). *Eiendomsvernet i EMK*. Jussens venner nr. 3, side 83.

Dette gjelder både digitale og andre markeder. Europakommisjonen har derfor vurdert et markedsetterforskningsverktøy, et såkalt "New Competition Tool" (NCT), som én av tre pilarer i sin strategi for å sikre mer effektiv konkurranse i hele EØS og et mer rettferdig marked i den digitale sfæren. De øvrige pilarene er en fortsatt kraftfull håndheving av artikkel 101 og 102 TEUV (som tilsvare EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og konkurranseloven § 10 og § 11) og en forordning om *ex ante* (forhånds) kontroll med digitale portvokterplattformer. En eventuell innføring av et markedsetterforskningsverktøy som NCT vil således komme i tillegg til DMA.

5.2.2 NCT

Europakommisjonen gjennomførte i 2020 offentlige høringer som ledd i en konsekvensutredning (en såkalt «Impact Assessment») av NCT. På oppdrag fra Europakommisjonen ble det også utarbeidet ekspertrapporter, blant annet for å belyse behovet for og prosessuelle sider ved et markedsetterforskningsverktøy.²⁰ Flere av rapportene anbefaler at det innfører et markedsetterforskningsverktøy, fordi dagens lovgivning ikke er tilstrekkelig for å hindre konkurranseskadelig adferd og markedsstrukturer. Tilsvarende innspill fremkommer fra høringsuttalelsene til nasjonale konkurransemyndigheter og flere markedsaktører som svarte på høringen delte denne oppfatningen.²¹

5.2.3 DMA

EU vedtok DMA i september 2022. Forordningen fastsetter en *forhåndskontroll* med adferden til digitale plattformer som driver «sentrale plattformtjenester» ('core platform services') og som fungerer som «portvoktere» ('gatekeepers') for foretak og sluttbrukere. En portvokter er foretak som driver sentrale plattformtjenester, og som har en betydelig innvirkning på markedene de opererer i. Etter forordningen er det Kommisjonen som skal utpeke hvilke plattformer som får portvokterstatus i henhold til DMA. Dette gjelder i første rekke aktører som oppfyller kvantitative terskelverdier for omsetning, markedsverdi eller antall brukere. I tillegg til utpeking på grunnlag av de kvantitative tersklene, kan Kommisjonen ilegge eller oppheve portvokterstatus basert på en kvalitativ vurdering.

²⁰ Gregory S. Crawford et al. (2020). *An Economic Evaluation of the ECs Proposed "New Competition Tool"*. Ekspertutredning på oppdrag for Europakommisjonen.

Heike Schweitzer (2020). *The New Competition Tool: Its institutional set up and procedural design*. Ekspertutredning på oppdrag for Europakommisjonen.

Richard Whish (2020). *Legal comparative study of existing competition tools aimed at addressing structural competition problems, with a particular focus on the UK's market investigation tool*. Ekspertutredning på oppdrag for Europakommisjonen.

Samtlige tre ekspertutredninger kan lastes ned herfra: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2020-new-comp-tool_en

²¹ Oppsummering av høringsuttalelsene er tilgjengelig her: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2020-new-comp-tool_en.

Formålet med forordningen er å sørge for en åpen og rettferdig plattformøkonomi og forhindre adferd som er konkurranseskadelig. Aktører som får portvokterstatus etter forordningen, vil dermed pålegges visse begrensninger i sin markedsadferd.

DMA kapittel IV legger opp til at det kan åpnes markedsetterforskninger for å kunne utpeke nye portvoktere etter forordningen, undersøke om en portvokter systematisk har brutt forordningen, eller for å undersøke nye tjenester og praksiser i markedet.

Kommisjonen kan pålegge foretakene adferdsmessige eller strukturelle tiltak som er proporsjonale og nødvendige for å sikre effektiv overholdelse av forordningen. Hvis nødvendig og proporsjonalt, kan tiltakene omfatte tidsbegrenset forbud mot foretakssammenslutning. Kommisjonen skal regelmessig vurdere de pålagte tiltakene, og kan endre dem dersom en ny markedsetterforskning viser at tiltakene ikke er tilstrekkelig effektive.

Det prosessuelle regelverket bygger på Kommisjonens prosessuelle kompetanse iht. forordning (EU) nr. 1/2003 om håndheving av forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling. Kommisjonen har således vide fullmakter til å kreve opplysninger fra foretak og sammenslutninger av foretak, gjennomføre kontrollbesøk og ta opp muntlige forklaringer.

Forordningen fastsetter rett for portvokteren, foretaket eller berørte sammenslutninger av foretak til å uttale seg om Kommisjonens foreløpige funn og eventuelle tiltak på grunnlag av disse, og Kommisjonen kan kun basere sitt vedtak på funn som aktørene har hatt anledning til å uttale seg om. De har rett til innsyn i Kommisjonens saksdokumenter i samsvar med innsynsreglene, med forbehold om foretakenes berettigede interesse i beskyttelse av forretningshemmeligheter.

5.3 Island

Den islandske konkurranselovens artikkel 16 fikk i 2011 et tillegg (artikkel 16 (1)(c)) som innebærer at konkurransetilsynet (Samkeppniseftirlitið) kan gripe inn mot «omstendigheter eller adferd som hindrer, begrenser eller påvirker konkurransen til skade for den offentlige interesse.» Dette innebærer at islandske konkurransemyndigheter kan håndtere konkurranseutfordringer som har sitt opphav i strukturelle forhold på samme måte som britiske konkurransemyndigheter.

«Omstendigheter» er nærmere beskrevet som blant annet faktorer som er knyttet til egenskaper ved det berørte marked. Dette inkluderer organisering eller utvikling av selskaper som opererer i det aktuelle markedet. «Adferd» betyr alle former for adferd, inkludert manglende handling ('failure to act'), og som er skadelig for konkurransen uten at det er i strid med lovens forbudsbestemmelser.

Etter artikkel 16 (2) kan Samkeppniseftirlitið gripe inn gjennom ethvert tiltak som er nødvendig for å fremme konkurranse, eller få en overtredelse til å opphøre eller respondere på handlinger hos offentlige enheter som kan påvirke konkurransen negativt. Det er videre et krav om proporsjonalitet, dvs. at tiltakene som er rettet inn mot å korrigere adferd eller

endre strukturen må være proporsjonale med overtredelsen, eller de negative virkningene på konkurransen som følger av angjeldende struktur eller adferd.

Som grunnlag for inngrep må det gjennomføres en markedsundersøkelse. Det er fastsatt nærmere regler for gjennomføring av markedsundersøkelser, herunder hva de omfatter, målsetting, transparens, krav til gjennomføring og møter med partene, samt vedtakskompetanse og rettslig prøving.

Redskapet er på samme måte som i Storbritannia generelt, og ikke knyttet til bestemte markeder. Samkeppnisefirlitið kan innta et bredere perspektiv på markeder enn det tradisjonell håndheving av forbudsbestemmelsene muliggjør. Det innebærer at konkurranseutfordringer i et gitt marked kan håndteres selv om markedsaktørene ikke nødvendigvis opptrer på en konkurransebegrensende måte. Basert på markedsundersøkelsen har Samkeppnisefirlitið kompetanse til å beslutte både adferdsmessige og strukturelle avhjelpende tiltak.

Så langt har islandske konkurransemyndigheter gjennomført én markedsetterforskning. Denne var rettet mot import, grossist, lagring og distribusjon av drivstoff. De foreløpige analysene viste at det var gode grunner til å tro at drivstoffselskapene hadde etablert et stilltiende samarbeid («tacit collusion») i detaljmarkedet for drivstoff til kjøretøy. På grunnlag av analysen ble det antydnet at tiltak som kunne vurderes for å bedre markedets virkemåte var å sikre tredjepartstilgang til grossistmarkedet og lagring, samt sikre uavhengighet hos de etablerte selskapene. Videre ble det også anbefalt å fokusere på rammeverket, blant annet for å sikre at konkurransen ikke ble vridd gjennom begrensninger i arealdisponering. Etter implementering av avhjelpende tiltak i to fusjonssaker og etablering av en nykommer (Costco), ble det besluttet at funnene fra markedsetterforskningen ikke kunne benyttes som grunnlag for inngrep på grunn av endringer i markedsforholdene.

5.4 Storbritannia

5.4.1 Innledning

Den britiske konkurransemyndigheten (CMA) har siden 2002 hatt kompetanse til å gjennomføre markedsetterforskninger («market investigation»). En markedsetterforskning tar sikte på å undersøke om det er egenskaper ved markedet som har en skadelig virkning på konkurransen (Adverse Effect on Competition – AEC). Redskapet kan benyttes i alle markeder.

CMA har gjort beregninger som viser at vedtakene som ble fattet med hjemmel i markedsetterforskningsverket førte til besparelser for forbrukerne på i underkant av 10 milliarder kroner i perioden 2017-2020.²² Dette er langt høyere besparelser enn de direkte

²² Competition & Markets Authority (2020). *CMA impact assessment 2019/20*. Kan lastes ned herfra: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/901049/CMA_impact_assessment_2019-20.pdf.

besparelsene som følge av håndheving av forbudsbestemmelsene i den britiske konkurranselovgivningen.

Verktøyet komplementerer forbudsbestemmelsene i den britiske konkurranselovgivningen om konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling. Analysene fokuserer typisk på forhold som ikke tilstrekkelig kan håndteres under konkurranselovgivningen, men er ikke begrenset til strukturelle utfordringer. CMA ser også på aktørenes adferd i markedet. Verktøyet muliggjør en helhetlig analyse av konkurransebegrensende forhold i det aktuelle markedet, heller enn å fokusere på enkeltsekskapers adferd.

Ved hjelp av redskapet kan den britiske konkurransemyndigheten analysere konkurransen i et gitt marked, identifisere årsaker til at den eventuelt ikke fungerer godt, og iverksette tiltak som avhjelper problemet. CMA har vidtrekkende kompetanse til å pålegge både adferdsmessige tiltak og strukturelle tiltak, for eksempel pålegge selskap å selge deler av virksomheten dersom dette er nødvendig for å styrke konkurransen. Siden verktøyet ble innført har britiske konkurransemyndigheter gjennomført 19 markedsetterforskninger. To av disse gjaldt stilltiende samarbeid.

Det er omfattende regler for gjennomføringen av en markedsetterforskning. Prosess og gjennomføring av en markedsundersøkelse er nærmere beskrevet i egne retningslinjer. Det er lovpålagte tidsfrister for varigheten av en markedsundersøkelse. Prosessen legger opp til stor grad av åpenhet og transparens, og aktørene får mulighet til å uttale seg underveis. Vedtak om avhjelpende tiltak kan overprøves av konkurranse-ankedomstolen (Competition Appeal Tribunal, CAT).

5.4.2 Nærmere om prosessen i Storbritannia

Fase I - markedsstudie

Før det åpnes en formell markedsetterforskning, utfører CMA eller en annen relevant sektormyndighet en markedsstudie. Markedsstudien kan settes i gang på eget initiativ eller på bakgrunn av en klage. I enkelte tilfeller kan studien også være foranlediget av det som karakteriseres som en «super complaint», som er en klage fra en forbrukerorganisasjon.

Når en markedsstudie igangsettes, må CMA eller den relevante sektormyndigheten publisere en meddelelse om dette. Hvis det vurderes å henvise saken til fase II, må relevante parter som kan bli berørt av dette konsulteres innen seks måneder etter meddelelsen om å igangsette markedsstudien ble publisert. Den relevante myndigheten må innen 12 måneder etter meddelelsen publisere en markedsstudierapport som beskriver funn og videre tiltak, herunder om det foreslås å henvise saken til fase II. Myndigheten må begrunne avgjørelsen om å henvise saken videre, og gi tilstrekkelig informasjon til at det er mulig å forstå begrunnelsen for avgjørelsen.

Markedsstudien kan også resultere i friskmelding av markedet, åpning av overtredelsessak, aksept av avhjelpende tiltak, eller andre tiltak som f.eks. anbefalinger til bedrifter eller

offentlige myndigheter. Siden 2002 har 111 markedsstudier blitt gjennomført (tre er pågående), og av disse er 21 overført til markedsetterforskningsfasen.

Åpning av fase II – markedsetterforskning («market investigation reference»)

Dersom CMA eller en sektormyndighet, etter å ha utført en markedsstudie, mener det er rimelig grunnlag for å mistenke at en eller flere omstendigheter i et marked hindrer, innskrenker eller vrir konkurransen, kan saken henvises til fase II – markedsetterforskningsfasen. I beslutningsgrunnlaget må det fremgå hvilke varer eller tjenester som skal etterforskes og hvilke omstendigheter som det mistenkes at begrenser konkurransen.

Relevante omstendigheter kan være markedsstrukturen eller deler av denne, adferden til én eller flere aktører i markedet eller kundeadfærd. Strukturelle omstendigheter kan f.eks. være høy markedskonsentrasjon, etableringshindringer, felles eierskap i konkurrerende selskap eller kjøpermakt. For eksempel ble høy konsentrasjon, etableringshindringer og kjøpermakt identifisert som omstendigheter som skadet konkurransen i verdikjeden for dagligvarer (2008). Omstendigheter knyttet til adferd kan både være handlinger og avståelse fra å handle, bevisst eller ubevisst. For eksempel fant CMA i 2007 at bankene i Nord Irland hadde kompliserte prisingstrukturer, og ikke i tilstrekkelig grad forklarte disse overfor sine kunder. Dette førte til at kundene i liten grad byttet bank. Et av tiltakene som ble bestemt, var at bankene måtte gi kundene sine bedre og mer forståelig informasjon om tjenestene og prisene sine.

Selv om det foreligger rimelig grunnlag for å mistenke at én eller flere omstendigheter i et marked skader konkurransen, må følgende tilleggsvilkår også være oppfylt for å kunne starte markedsetterforskning:

- Håndheving av konkurransereglene eller andre tiltak er ikke mer hensiktsmessig enn markedsetterforskning
- Det er ikke mer hensiktsmessig å akseptere tilbud om avhjelpende tiltak («undertakings in lieu») fra berørte aktører
- Omfanget av det mistenkte problemet tilsier at henvisning er hensiktsmessig
- Det er en rimelig mulighet for at egnede tiltak kan iverksettes

I utgangspunktet vil altså CMA kun vurdere markedsetterforskning hvis det er grunn til å tro at markedsomstendigheter begrenser konkurransen, men uten at det foreligger et brudd på konkurranselovgivningen. Eksempler er parallell adferd i oligopolistiske markeder og parallelle nettverk av lignende vertikale avtaler som kan forhindre etablering av nye konkurrenter. Adferd fra ett enkelt selskap vil så langt som mulig håndheves gjennom konkurranseforbudene eller sektorregulering.²³

²³ Office of Fair Trading (2006). *Market investigation references. Guidance about the making of references under Part 4 of the Enterprise Act (2006)*. Se side 6-8, avsnitt 2.4-2.7. Kan lastes ned herfra: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284399/oft511.pdf.

Det er styret i CMA som treffer beslutning om å henvise en sak til markedsetterforskning. Det utpekes også et CMA panel. Lederen av panelet utpeker en gruppe («inquiry group») som skal utføre selve markedsetterforskningen. Systemet med «inquiry groups» er det samme som i fusjonssaker.

Konkurransanalyser, inngrepsterskel og beviskrav

CMA må tidlig i fase II formulere én eller flere skadehypoteser som blir utgangspunktet for den videre etterforskningen. Skadehypotesene skal beskrives i «the issues statement», som skal publiseres allerede etter én til to måneder etter at markedsetterforskning er åpnet. Skadehypotesene knytter seg typisk til ensidig markedsmakt/markedskonsentrasjon, etableringshindringer, koordinert adferd, vertikale forhold og svak kunderspons.²⁴

Når markedsetterforskningen avsluttes, må CMA avgjøre om det foreligger tilstrekkelig bevis for at det eksisterer én eller flere omstendigheter som hindrer, innskrenker eller vrir konkurransen (den såkalte AEC-testen). Beviskravet er sannsynlighetsovervekt, dvs. at CMA må vurdere om det er mer sannsynlig enn ikke at det er omstendigheter i markedet som begrenser konkurransen. Beviskravet er følgelig høyere enn for å åpne en markedsetterforskning, som bare krever «rimelig grunnlag for å mistenke» at det er et konkurranseproblem i markedet.

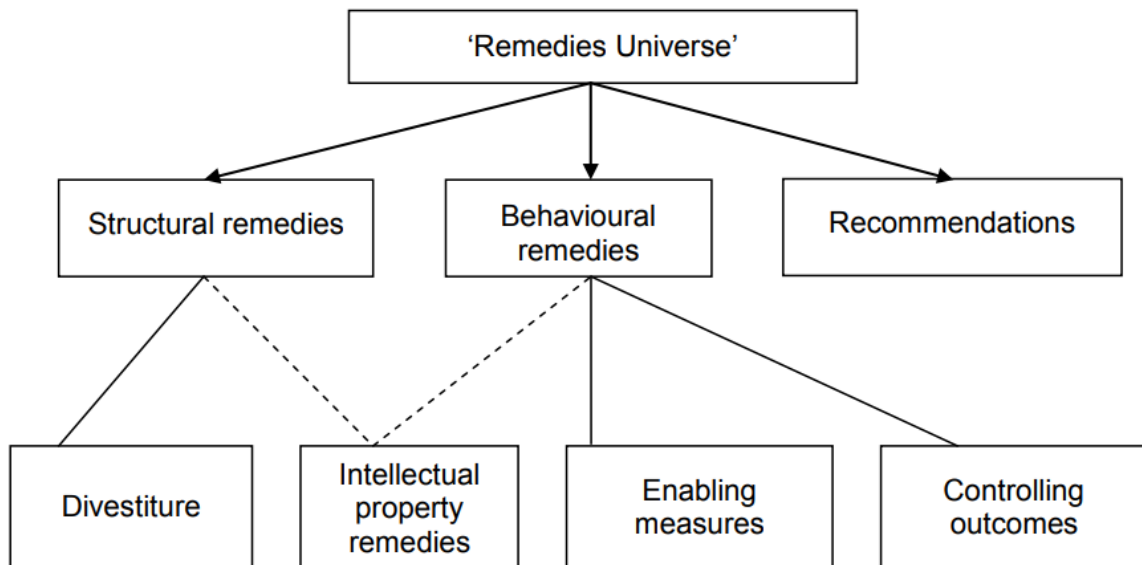
Avhjelpende tiltak

Dersom CMA finner at det foreligger omstendigheter i markedet som begrenser konkurransen, må det vurderes om tiltak skal iverksettes, hvem som skal iverksette tiltakene og eventuelt hvilke tiltak som er hensiktsmessige. CMA kan selv vedta pålegg eller akseptere tilbud om avhjelpende tiltak fra relevante markedsaktører, eller komme med ikke-bindende anbefalinger til andre offentlige organer om å iverksette tiltak. CMA kan også sette sammen en «pakke» med tiltak.

I valg av tiltak vil CMA se helhetlig på årsakene til at konkurransen begrenses, og søke å øke konkurransepresset i markedet. CMA vil vurdere i hvilken grad det er sannsynlig at et tiltak er effektivt for å oppnå formålet, og om det er praktisk og rimelig. CMA vil foretrekke tiltak som kan gi resultater innen relativt kort tid. I rimelighetsvurderingen inngår også en vurdering av om tiltaket er forholdsmessig, herunder om det går lenger enn nødvendig for å oppnå formålet, om det finnes andre mindre inngripende tiltak, og om det leder til ulemper som er uproporsjonale sett opp mot formålet. Valg av tiltak er gjenstand for offentlig høring. En oversikt over tilgjengelige tiltak fremgår av figuren nedenfor.

²⁴ Competition Commission (2013). *Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment, and remedies*. Sist oppdatert 2017. Se side 38, avsnitt 170. Kan lastes ned herfra: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284390/c3_revised.pdf.

Overview of the universe of possible remedies



Kilde: Competition Commission (2013)²⁵

Prosess – frister

En standard markedsetterforskning i Storbritannia varer i 18 måneder (maksimalt 2 år). Prosessen kjennetegnes av å være åpen og transparent, og markedsaktørene har gode muligheter for å uttale seg underveis i prosessen. Dette skal sikre forutberegnelighet og kontradiksjon.

²⁵ Competition Commission (2013). *Guidelines for market investigations»: Their role, procedures, assessment, and remedies*. Sist oppdatert 2017. Se side 79, avsnitt 371. Kan lastes ned herfra: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284390/c3_revised.pdf.

Stage of process	18-month process
Reference	Pre-reference sharing of appropriate information with the CC by the referring body
'First day letter'/initial information requests Publication of initial issues statement (setting out theories of harm) Initial submissions from main and third parties	Months 1–2
Site visits	Month 3
Publication of relevant working papers Publication of annotated issues statement Hearings with parties Final deadline for all parties' responses before provisional findings	Months 5–9
Publication of provisional findings Publication of remedies notice (if relevant)	Months 11–12
Consideration of responses to provisional findings and consultation on remedies (if needed). Response hearings with parties	Months 13–15
Publication of provisional decision on remedies (if needed) Final deadline for all parties' responses before final report	Month 16
Publication of final report	Month 18

Kilde: Competition Commission (2013)²⁶

5.5 Danmark

Den forrige danske regjeringen igangsatte i sitt lovprogram 2022/2023 arbeidet med å utarbeide et lovforslag om endring av den danske konkurranseloven ved å innføre et markedsetterforskningsverktøy. Ifølge programmet var formålet å gi konkurransemyndighetene ytterligere verktøy for å motvirke forhold som i betydelig grad hemmer konkurransen, og skal gi konkurransemyndighetene mulighet til å innlede markedsetterforskning av markeder eller adferd. Forslaget er delvis en oppfølging av rapporten «Tech-giganter: mere retfærdig konkurrence og bedre forbrugerbeskyttelse» fra august 2021. Siden 5. oktober 2022 (hvor det ble utskrevet folketingsvalg i Danmark) er arbeidet med det planlagte lovforslaget satt i bero og avventer den nye regjeringens innstilling. Det er foreløpig ikke fremlagt noe forslag til lovendring.

²⁶ Ibid. Se side 17, avsnitt 55.

5.6 Tyskland

5.6.1 Innledning

Det tyske føderale departementet for økonomi og klimabeskyttelse (Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz) offentliggjorde 10. oktober 2022 utkast til lov om forbedring av konkurransestrukturer og vinningsinndragelse ved overtredelse av konkurransereglene. Forslaget innebærer endring av lov mot konkurranserestriksjoner (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen).

Departementet foreslår blant annet å gi konkurransemyndighetene mulighet til å treffe avhjelpende tiltak i forbindelse med en sektorundersøkelse selv om det ikke foreligger noen lovovertrødelse.

5.6.2 Nærmere om forslaget

De tyske konkurransemyndighetene har siden 2005 kunnet gjennomføre sektorundersøkelser når de mener at et marked ikke fungerer som det skal. Departementet har imidlertid identifisert to mangler ved dagens system; at sektorundersøkelsene tar for lang tid og at konkurransemyndighetene mangler fullmakter til å gripe inn mot potensielle konkurranseproblemer.

Hittil har sektorundersøkelser normalt blitt avsluttet med en rapport fra konkurransemyndighetene. Forutsetningen for at konkurransemyndighetene skal kunne gripe inn er en overtredelse av loven eller en fusjon som faller inn under meldeplikten. Konkurranseproblemer som er forårsaket av markedsstrukturer er det derfor vanskeligere å løse. Gjeldende regelverk er derfor ikke tilstrekkelig til å løse konkurranseutfordringer i markeder med lite (potensiell) konkurranse på grunn av betydelige etableringshindringer. Det samme gjelder svært konsentrerte eller oligopolistiske markeder, som har oppstått for eksempel gjennom oppkjøp av foretak som ikke er underlagt fusjonskontrollen, avganger fra markeder eller intern vekst.

Det foreslås derfor at konkurransemyndighetene, etter å ha gjennomført en sektorundersøkelse, skal kunne treffe bindende adferdsmessige eller strukturelle tiltak dersom det foreligger en varig eller gjentagende vesentlig forstyrrelse av konkurransen

Som aktuelle tiltak nevnes i forslaget 1) tilgang til data, grensesnitt, nettverk eller andre fasiliteter, 2) leveranser til andre foretak, inkludert tilgang til immaterielle rettigheter; offentlige eller tilsvarende godkjenninger eller konsesjoner, 3) leveranser mellom foretak i de aktuelle markedene og på ulike markedsnivåer, 4) felles normer og standarder, 5) krav til visse typer kontrakter eller til utforming av kontrakter, inkludert avtalebestemmelser om opplysningsplikt, 6) organisatorisk skille mellom virksomhets- eller forretningsområder.

I tilfeller hvor andre tiltak ikke er tilstrekkelige kan det treffes pålegg om at et foretak må selge aksjer eller eiendeler.

Ved avgjørelsen av om det foreligger en vedvarende eller gjentakende, vesentlig, forstyrrelse av konkurransen i et marked eller på tvers av markeder, skal det særlig tas hensyn til:

1. antallet, størrelsen, den finansielle styrken og omsetningen til foretakene som opererer i de aktuelle markedene eller på tvers av markeder, samt markedsandelene og konsentrasjonsgraden;
2. koblinger mellom foretak i de aktuelle markedene, eller i markeder oppstrøms og nedstrøms eller i markeder som på annen måte er tilknyttede;
3. begrensninger i adgangen og avgangen til markedet eller i kapasiteten til enkelte foretak eller til å bytte til en annen leverandør eller kunde;
4. markedsresultater og adferd som tyder på at det ikke foreligger en tilstrekkelig begrensning av den konkurransemessige handlingsfriheten, relativ eller overlegen markedsrett eller en dominerende posisjon, spesielt når det gjelder:
 - a) pris, kvalitet, mengde og utvalg av produktene eller tjenestene som tilbys, og innovasjonsaktivitetene i de aktuelle markedene; og
 - b) kontrakter og avtaler mellom foretak i de aktuelle markedene.

5.6.3 Prosess

Lovforslaget tar sikte på å gjøre gjennomføringen av en markedsetterforskning effektiv og mer oversiktlig. Det tyske konkurransetilsynet vil bli pålagt å publisere igangsettelsen av en etterforskning på sin nettside, og tilsynet "bør" avslutte etterforskningen innen 18 måneder. Det vil være mulig å overskride fristen på 18 måneder, men dette må begrunnes. Tilsvarende, hvis etterforskningen avsluttes uten noen resultater, må tilsynets begrunnelse for dette publiseres.

6 Forholdet til EØS-avtalen

6.1 Innledning

EØS-avtalens konkurranseregler kommer til anvendelse på konkurransebegrensende adferd som kan påvirke samhandelen mellom EØS-stater merkbart. Både konkurranseloven og EØS-avtalens konkurranseregler kan komme til anvendelse på ett og samme forhold, og regelsettene kan anvendes parallelt. EØS-avtalen legger imidlertid begrensninger på anvendelsen av norske konkurranseregler, dersom samhandelsvilkåret er oppfylt. Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA-avtalen) fra 2. mai 1992, protokoll 4 kapittel II artikkel 3 nr. 2 (heretter ODA artikkel 3) gjennomført i norsk rett ved EØS-konkurranseloven § 7 regulerer forholdet mellom konkurranseloven og EØS-avtalen artikkel 53 og 54.²⁷

²⁷ Jf. EØS-avtalen protokoll 21 artikkel 3 nr. 3, samt rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 3.

6.2 ODA artikkel 3/EØS-konkurranseloven § 7

Ifølge ODA artikkel 3/EØS-konkurranseloven § 7 første ledd skal nasjonale konkurransemyndigheter eller domstoler, når de anvender norsk konkurranselovgivning på forhold som omfattes av EØS-avtalen artikkel 53 eller som er forbudt etter artikkel 54, også anvende disse bestemmelsene. EU har tilsvarende regulering av forholdet mellom EF-traktaten artikkel 81 og 82 (nå artikkel 101 og 102) og medlemsstatenes nasjonale konkurranselovgivning i rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 3. Formålet med bestemmelsene er å sikre ensartet håndheving av avtaler og samordnet opptreden i EU og EØS.

Videre slår bestemmelsene i andre ledd fast at håndhevingen av nasjonal konkurranselovgivning ikke må føre til forbud mot avtaler og ordninger mv. som påvirker samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1. Bestemmelsen er derimot ikke til hinder for å håndheve ensidig adferd strengere.

Ifølge tredje ledd er andre ledd ikke til hinder for en strengere håndheving, dersom det er andre hensyn enn konkurransepolitiske hensyn som ligger til grunn. For eksempel er det adgang til å gi strengere regler om avtaler mellom foretak, hvis formålet er å sikre rettferdig handelspraksis.

6.3 Nærmere om grensene EØS-avtalen setter for bruk av norsk intern konkurranserett

Det har vist seg at den grensen ODA artikkel 3/EØS-konkurranseloven § 7 setter for anvendelsen av avvikende interne konkurranseregelverk kan skape tvil. Dette gjelder særlig hva som omfattes av begrepet ensidig adferd. Bestemmelsen viser uttrykkelig til artikkel 53 som avgjørende for grensedragningen for nasjonalt regelverk som gjelder avtaler, men ikke til artikkel 54 ved grensedragningen for ensidig adferd, uten at det kommer klart frem hvorfor.

Det finnes imidlertid adferd som kan klassifiseres både som ensidig adferd og avtale i medhold av artikkel 53. I mange tilfeller vil ensidig adferd kunne gi seg utslag i avtalevilkår. Foretak med sterk markedsstilling vil i mange tilfeller kunne diktere avtalevilkår overfor sine forretningsforbindelser. Dette er en avtale, men den svakere parten har ofte ikke annet realistisk valg enn å godta vilkårene som gitt. Slike tilfeller kan i prinsippet falle inn under både artikkel 53 og 54, og flere av de tilfellene artikkel 54 viser til er nettopp tilfeller hvor den dominerende parten utnytter sin stilling ved å påtvinge den andre parten avtalevilkår som ikke er i dennes interesse.

Ordlyden i ODA artikkel 3 andre ledd/EØS-konkurranseloven § 7 andre ledd fører til at det er usikkert om disse tilfellene kan reguleres fritt av nasjonalstatene eller ikke. Dette er et spørsmål som for norsk rett særlig har vært reist i forbindelse med forskrifter etter konkurranse-loven § 14.

Hvordan grensene skal trekkes etter artikkel 3/EØS-konkurranseloven § 7 eller den tilsvarende bestemmelsen i EU-retten er ikke endelig klarlagt, og det er uenighet i teorien. Departementet har lyst ut en utredning om denne problemstillingen, med frist for ferdigstilling 31. mars.

6.4 Hvilke grenser setter EØS-avtalen for et markedsetterforskningsverktøy

I utgangspunktet er markedsetterforskningsverktøyet ment å rette seg mot strukturer og adferd som ikke rammes av forbudsbestemmelsene eller av fusjonsregelverket. Som følge av EØS-konkurranseloven § 7 første ledd, bør Konkurransetilsynet før det åpnes markedsetterforskning, vurdere om de mistenkte forstyrrelsene i markedet skyldes lovovertridelser som best lar seg håndtere av gjeldende forbudsregler. Hvis det fra starten er mistanke om at problemene i markedet hovedsakelig skyldes overtridelser av eksisterende konkurranselovgivning, vil det normalt ikke være grunn til å åpne markedsetterforskning.

Slik departementet ser det, kan det imidlertid i enkelte tilfeller være grunn til å undersøke markeder hvor det kan være indikasjoner på adferd som faller inn under anvendelsesområdet til artikkel 53/konkurranseloven § 10 og artikkel 54/konkurranseloven § 11. For eksempel kan utfordringene i markedet fremstå som mer sammensatte og komplekse enn bare enkeltovertridelser, slik at det er mer hensiktsmessig å ha en mer generell tilnærming. I slike tilfeller må Konkurransetilsynet ha et bevisst forhold til de begrensningene som følger av EØS-konkurranseloven § 7.

Dersom det oppdages forhold som omfattes av EØS-avtalen artikkel 53 eller er forbudt etter artikkel 54, må Konkurransetilsynet for det første anvende disse bestemmelsene parallelt, jf. § 7 første ledd. Etter departementets vurdering inntreer denne plikten først dersom det er aktuelt å pålegge tiltak i markedsetterforskningsaken. En tilsvarende forståelse ble lagt til grunn i Storbritannia da de var en del av EU.²⁸ Alternativet er å overføre saken til overtredelsessporet, eller å gjøre markedsetterforskningen ferdig, for så å åpne overtredelsessak. I sistnevnte tilfelle må eventuelle tiltak pålagt i markedsetterforskningsaken hensyntas i overtredelsessaken.

Problemstillingen er også omtalt i det tyske forslaget i relasjon til den tilsvarende bestemmelsen i forordning 1/2003 artikkel 3 nr. 2. Det fremgår at det foreslåtte markedsetterforskningsverktøyet ikke er ment å regulere avtaler og samordnet opptreden i betydningen av artikkel 101 TEUV, men *forstyrrelser i konkurransen som skyldes strukturelle eller adferdsmessige årsaker som artikkel 101 TEUV ikke spesifikt har til formål å dekke*. Dermed går verktøyet klar av artikkel 3 nr. 2 første setning i forordning 1/2003. Videre fremgår det at dersom det oppdages brudd på artikkel 101 TEUV i forbindelse med en sektorundersøkelse eller markedsetterforskning, utelukkes anvendelsen

²⁸ Office of Fair Trading (2006). *Market investigation references. Guidance about the making of references under Part 4 of the Enterprise Act (2006)*. Se side 9, avsnitt 2.12. Kan lastes ned herfra: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284399/ft511.pdf.

av markedsetterforskningsverktøyet. Det fremheves at dette er i samsvar med anvendelsen av det sammenlignbare markedsetterforskningsverktøyet i den britiske konkurranseretten, som også eksisterte parallelt med europeisk lov fra 2002 fram til Storbritannia forlot EU.²⁹

7 Behov for ny lovgivning i Norge

7.1 Innledning

Bakgrunnen for departementets forslag om å innføre et markedsetterforskningsverktøy i konkurranseloven er behovet for å supplere virkemidlene i dagens lov for å løse eksisterende og fremtidige konkurranseutfordringer. En markedsetterforskning gjør det mulig å utforme treffsikre avhjelpende tiltak. Tiltakene kan gi fremtidsrettede løsninger som bevarer og forbedrer konkurransen, slik at man sikrer mer effektiv bruk av samfunnets ressurser og ivaretar forbrukernes interesser på en bedre måte enn i dag.

Noen eksempler på eksisterende og fremtidige konkurranseutfordringer er beskrevet i kapittel 2. I kapittel 7.2 gis det en nærmere beskrivelse av konkurranseutfordringer hvor ny lovgivning kan gi bedre løsninger, mens kapittel 7.3 redegjør nærmere for behovet for å supplere gjeldende konkurranselov (herunder lovgivningen som gjelder håndheving av forbudsbestemmelsene i § 10 og § 11 samt forskriftshjemmelen i § 14).

Sammenlignet med håndhevelsen av de eksisterende forbudsbestemmelsene i konkurranseloven kan et markedsetterforskningsverktøy, slik det er innført og vurderes innført i en rekke land, medføre økt uforutsigbarhet for næringslivet. I forslaget til regulering av markedsetterforskning (se kapittel 8 og lovforslaget), har departementet søkt å redusere disse virkningene, samtidig som verktøyet fremdeles skal være et effektivt verktøy for å styrke konkurransen i markedene.

7.2 Nærmere om aktuelle konkurranseutfordringer

7.2.1 Utfordringer tilknyttet digitalisering

Norge er et av de mest digitaliserte landene i Europa, noe som potensielt gir markedsaktørene stor tilgang til informasjon og data om kunder og konkurrenter. Tilgang til informasjon om kundenes preferanser og vaner kan være effektivitetsfremmende, men markedsaktørene kan også benytte slik informasjon til å opparbeide og utøve markedsrett eller markedsføre produkter og tjenester på en måte som ikke er gunstig for norske forbrukere. I 2020 ga nordiske konkurransemyndigheter ut en rapport som blant annet belyste bruken av digitale tjenester i Norge. Her kommer det frem at norske forbrukere er hyppige brukere av digitale tjenester sammenlignet med forbrukere i mange andre

²⁹ Ibid.

europiske land. Isolert sett tilsier dette at forbrukernes gevinster ved en velfungerende konkurranse i markeder preget av digitalisering er betydelig.

Som det fremgår av kapittel 2 har det imidlertid oppstått konkurranseutfordringer i kjølvannet av digitaliseringen i næringslivet og samfunnet generelt. Overordnet er utfordringene knyttet til to ulike forhold; digitale plattformers markedsrett og utnyttelse av denne, samt bruk av digitale virkemidler som algoritmer i bedriftenes markedsstilpasning.

Digitale plattformmarkeder har en rekke felles kjennetegn.³⁰ Eksisterende plattformer har stordriftsfordeler,³¹ blant annet fordi de får tilgang til en betydelig mengde informasjon om blant annet adferden til kunder og konkurrenter. Samtidig tilbyr digitale plattformer ofte et bredt spekter av tjenester og produkter som inngår i ulike produktmarkeder, med brukergrensesnitt som legger til rette for interoperabilitet og sømløs kommunikasjon mellom tjenestene (Google tilbyr for eksempel e-post, karttjenester, skytjenester, «office-software» osv.) Dette innebærer at det er betydelige samdriftsfordeler i produksjonen av slike tjenester.³² Samtidig kan det føre til at kunder og forbrukere foretrekker å bruke én tjenesteleverandør, såkalt «single homing». Sammen med sterke nettverkseffekter kan dette føre til betydelige byttekostnader for plattformenes kunder.³³

Samlet sett innebærer disse særtrekkene at én aktør ofte vil stå igjen som eneste tilbyder av en gitt plattformtjeneste. Forhold som nettverkseffekter vil kunne føre til at en slik utvikling skjer relativt raskt. Videre legger en slik utvikling grunnlaget for høye etableringshindringer og utøvelse av markedsrett. Det faktum at den dominerende plattformen, er aktiv i en rekke produktmarkeder, blant annet på grunn av betydelige samdriftsfordeler, innebærer også at denne markedsretten kan smitte over til øvrige tjenester og markeder.

Konkurranseutfordringer i digitale plattformmarkeder vil derfor ofte ha sin opprinnelse i komplekse sammenhenger mellom karakteristika ved markedet, bedriftenes adferd, teknologiske forhold og forbrukeradferd. Dermed kan avhjelpende tiltak være nødvendig for å sikre konkurransen.³⁴

Europeiske konkurransemyndigheter har de siste årene også rettet søkelyset mot økt bruk av algoritmer som verktøy for markedsstilpasning³⁵. Myndighetenes oppmerksomhet har

³⁰ Se for eksempel OECD (2021). *Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets*. Kan lastes ned herfra: <https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets-2021.pdf>

³¹ Stordriftsfordeler betegner situasjoner hvor produksjonskostnadene per enhet blir lavere, desto flere enheter produsenten fremstiller.

³² Samdriftsfordeler betegner situasjoner hvor produksjonskostnadene blir lavere når en produsent driver to eller flere aktiviteter i samme foretak framfor å drive hver aktivitet adskilt i hvert sitt foretak.

³³ Nettverkseffekter er karakteristikk ved produkter som gjør at verdien av produktet for en kunde avhenger av antallet andre kunder som anvender produktet.

³⁴ Amelia Fletcher (2020). *Market Investigation for Digital Platforms: Panacea or Complement?* Journal of European Competition Law & Practice, volume 12, issue 1, January 2021, pages 44-55.

³⁵ Algoritmer er et sett med operasjoner som, hvis de følges, gir et bestemt resultat, det vil si en oppskrift for å utføre en oppgave eller løse et problem.

særlig vært rettet mot såkalte overvåknings- og prisingsalgoritmer. Dette er programvare som gjør det mulig for en aktør å overvåke konkurrentenes priser (eller andre viktige konkurranseparametere) samt automatisk justere priser som følge av at konkurrenter endrer priser eller som følge av at markedsforholdene endrer seg.

Konkurransetilsynet har kartlagt utbredelsen av algoritmer i Norge.³⁶ Kartleggingen viser at det er relativt vanlig å bruke algoritmer i markedstilpasningen, og det er grunn til å anta at andelen aktører som benytter algoritmer i sin virksomhet vil øke i tiden fremover. Algoritmer benyttes blant annet hyppig av bedrifter som opererer i detaljistmarkeder og som dermed selger direkte til forbrukerne. På grunn av blant annet transportkostnader vil kundene i detaljistmarkeder normalt sett ikke handle produkter eller tjenester over landegrensene, og den geografiske utstrekningen av disse markedene vil derfor ofte være lokal, regional eller nasjonal.

Markedsaktørenes bruk av ulike typer algoritmer kan i utgangspunktet være positivt både for forbrukere og bedrifter. Prisingsalgoritmer muliggjør at prisene raskt og automatisk tilpasses endrede markedsforhold, ofte omtalt som dynamisk prising. Dynamisk prising vil typisk føre til høyere priser når etterspørselen er høy (eller tilbudet lavt) og lavere priser når etterspørselen er lav (eller tilbudet høyt), sammenlignet med en situasjon der prisene endres sjeldnere og manuelt. Dynamisk prising kan føre til økt salgsvolum og høyere samfunnsøkonomisk effektivitet over tid. Samtidig er det en bekymring for at algoritmer på ulike måter kan svekke konkurransen.

En hovedbekymring knyttet til bruken av algoritmer er at de lettere kan føre til stilltiende samarbeid mellom aktørene i et marked.³⁷ Hovedårsaken til at algoritmer kan legge til rette for stilltiende samarbeid er at de kan gi konkurrenter raskere og mer presis informasjon om hverandres prissetting. Dette vil øke gjennomsiktigheten i markedet, noe som både vil gjøre det lettere å koordinere adferd, samt avdekke og umiddelbart reagere dersom en aktør setter ned prisen. Bekymringene er også knyttet til at algoritmene kan være programmert til å maksimere profitten til hver enkelt aktør, slik at algoritmene gjennom selvlæring kan komme frem til en prising som i praksis innebærer et stilltiende samarbeid.

Stilltiende samarbeid er velkjent terreng for konkurransemyndighetene, blant annet i tilknytning til fusjonskontroll hvor man kan gripe inn mot såkalte «koordinerte virkninger». Tradisjonelt har man vært mest bekymret for stilltiende samarbeid i markeder med visse kjennetegn. Slike samarbeid har historisk sett vært mest vanlig i konsentrerte markeder med få aktører hvor etterspørselen har vært relativt stabil. Økt bruk av algoritmer kan imidlertid føre til at de konkurranseskadelige virkningene av stilltiende samarbeid øker i omfang. Dette kan skje både fordi allerede eksisterende stilltiende samarbeid i konsentrerte markeder blir mer effektive, men også fordi stilltiende samarbeid lettere kan oppstå i markeder hvor dette tidligere ikke var mulig.

³⁶ Konkurransetilsynet (2021). *Hvilken effekt kan algoritmer ha på konkurransen?* Kan lastes ned herfra: https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2021/02/Konkurransetilsynet_algoritmerapport_2021.pdf.

³⁷ Ibid

7.2.2 Ensidig adferd fra aktører som ikke er dominerende

Ensidig adferd fra aktører som ikke er å anse som dominerende i konkurranserettslig forstand kan også begrense konkurransen.³⁸

Dette kan dreie seg om adferd som øker byttekostnadene for kundene, for eksempel gjennom bruk av såkalte «win-back klausuler»³⁹ eller lojalitetsprogrammer. Byttekostnadene kan også være betydelige dersom bedrifter gjør det vanskeligere for forbrukere å sammenligne prisene på produktene. Dette kan for eksempel gjøres ved å overbevise kundene om at prisen på produktet går opp om det ikke kjøpes umiddelbart. Byttekostnadene ved å kjøpe et annet produkt fremstår derfor høyere enn hva de i realiteten er. Adferd som øker kundenes byttekostnader kan føre til betydelig konkurranseskade gjennom at markedsandelene til eksisterende aktører sementeres og at det blir vanskeligere for nye aktører å komme inn i markedet.

I konsentrerte markeder er det relativt vanlig at produkter selges samlet; ett produkt må kjøpes sammen med et annet. Dette kalles koblingssalg (bundling i økonomisk faglitteratur). Denne formen for markedsadferd kan ha tvetydige virkninger for forbrukerne. Dersom det ikke er mulig å kjøpe produktene hver for seg viser økonomisk teori at koblingssalg ofte vil føre til høyere priser og dermed være uheldig for forbrukerne.

Enkelte bedrifter bruker såkalte prisgarantier der de lover å ha minst like lave priser som konkurrenter. I konsentrerte markeder kan slik prisingsadferd føre til at prisene går opp, fordi bedriftene innser at egne prisreduksjoner vil bli matchet av konkurrentene. På den måten reduseres insentivene til prisreduksjoner. Et lignende fenomen kan oppstå dersom markedsaktørene signaliserer at de vil holde et visst prisnivå over tid. Denne mekanismen har likhetstrekk med bekymringene knyttet til bruk av algoritmer som beskrives i kapittel 7.2.1.

7.2.3 Utfordringene i dagligvaremarkedet

Både Stortinget, regjeringen og Konkurransetilsynet er bekymret for konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet. På lik linje med konkurranseutfordringer i digitale plattformmarkeder har konkurranseproblemene i dagligvaremarkedet sin bakgrunn i en rekke ulike forhold. Myndighetenes kartlegging av markedet de siste årene har blant annet vist til utfordringer knyttet til strukturelle forhold som konsentrerte markeder og stor grad av vertikal integrasjon, adferd som prisdiskriminering og økt bruk av egne merkevarer, negative servitutter og konkurransebegrensende klausuler som gjør det vanskelig å få tilgang til egnede butikklokaler og regulatoriske forhold som importvern og kommunale

³⁸ Se Massimo Motta et al. (2020). *Intervention triggers and underlying theories of harm. Expert advice for the Impact Assessment of a New Competition Tool*. Ekspertutredning på oppdrag for Europakommisjonen. Kan lastes ned herfra: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0420575enn.pdf.

³⁹ Win-back klausuler brukes for å tiltrekke tidligere kunder og kunder som vurderer å gå over til en konkurrent. Disse kundene kan tilbys lavere priser og andre fordeler mot at de ikke bytter til en konkurrent. På lik linje med lojalitetsprogrammer kan win-back klausuler bidra til innlåsning ved at berørte kunders byttekostnader øker.

reguleringer. Disse forholdene kan hver for seg og sammen føre til at konkurransen mellom de eksisterende kjedene svekkes, men også hindre nyetablering fordi etableringshindringene er betydelige.

Som nevnt i kapittel 2 er prisdiskriminering en av etableringshindringene som har fått mest oppmerksomhet i debatten om konkurransen i dagligvarebransjen. Prisdiskriminering er ikke i seg selv ulovlig, og det er heller ikke nødvendigvis konkurranseskadelig. Studentrabatter er et eksempel på prisdiskriminering der en tilbyder utnytter ulik betalingsvillighet hos kundene sine for å oppnå mest mulig økonomisk lønnsomhet. For at prisdiskriminering skal være ulovlig etter konkurranseloven, må prisforskjellene være egnet til å begrense konkurransen i markedet. Det er ikke slik at prisforskjeller over en viss størrelse automatisk innebærer ulovlig prisdiskriminering og er forbudt. Dette skyldes blant annet at det er flere forhold enn størrelsen på forskjellene som avgjør om disse er egnet til å begrense konkurransen.

For å fastslå at prisdiskriminering er ulovlig må følgende vilkår være oppfylt: 1) Den dominerende aktør må ha anvendt «ulike vilkår for likeverdige ytelser», og 2) foretakene som rammes av prisdiskriminering må stilles «ugunstigere i konkurransen», noe som innebærer at tilsynet må kunne vurdere hvorvidt adferden er egnet til å begrense konkurransen i dagligvaremarkedet. For å vurdere hvorvidt sistnevnte vilkår er oppfylt er det blant annet sentralt å vurdere om prisdiskrimineringen er egnet til å ha effekt på dagligvarekjedenes kostnader eller profitt, siden varekostnadene utgjør en vesentlig del av dagligvareaktørens totale kostnader. Dette tilsier at selv mindre forskjeller i innkjøpspriser kan medføre store konkurranseulempen, isolert sett.

En vurdering av om prisdiskriminering utgjør misbruk av dominerende stilling vil imidlertid rette seg mot leverandører som hver for seg kan utgjøre en relativt liten andel av den totale omsetningen til en dagligvarekjede. Dette betyr at prisdiskriminering fra én leverandør totalt sett ofte vil ha liten effekt på de totale kostnadene til dagligvarekjeden, og det er derfor vanskelig å påvise at en slik adferd er konkurransebegrensende. Det samme kan gjelde for en rekke enkeltleverandører og/eller enkeltprodukter, som hver for seg utgjør en liten andel av kjedenes totale innkjøp.

På denne bakgrunn kan det være nødvendig å vurdere de samlede virkningene av prisdiskriminering på alle produktene som inngår i en handlekurv for å kunne avgjøre om adferden innebærer konkurranseskadelige virkninger. Dette er imidlertid vanskelig innenfor dagens konkurranselov, siden man vurderer virkningene av en dominerende leverandørs prissetting isolert sett. Et markedsetterforskningsverktøy vil derfor kunne være et godt supplement til dagens konkurranselov for å håndtere konkurranseutfordringene i dagligvarebransjen, da det gjør det mulig å se markedet og konkurranseutfordringene i sammenheng, i stedet for å konsentrere seg om den enkelte aktørs adferd.

7.2.4 Øvrige utfordringer for konkurransen fremover

I enkelte markeder gjennomfører aktørene trinnvise oppkjøp, noe som kan innebære at en bedrift innenfor et gitt tidsrom kjøper opp flere mindre konkurrenter. Gjennom konkurranseloven § 16a har Konkurransetilsynet anledning til å se slike oppkjøp i

sammenheng i vurderingen av konkurransebegrensningskriteriet dersom ervervene ikke fører til kontroll over foretaket som kjøpes (såkalte 'minoritetserverv'). Det er imidlertid ikke anledning innenfor dagens lovgivning å se flere mindre oppkjøp i sammenheng dersom et foretak overtar varig kontroll over et annet foretak.

Dersom en aktør overtar varig kontroll over flere mindre aktører innenfor et gitt tidsrom vil det kunne være vanskelig for Konkurransetilsynet å gripe inn mot hver enkelt foretakssammenslutning, fordi det kan være utfordrende å vise at inngrepsvilkåret er oppfylt. Ved mange oppkjøp over relativt kort tid vil dette kunne føre til en betydelig økning av konsentrasjonen i markedet, uten at Konkurransetilsynet har hjemmel til å gripe inn.

Tilbydere av produkter som elektronikk, hotell- og overnattingstjenester, bilutleie og restauranttjenester anvender både sine egne nettsider og internasjonale teknologiselskapers plattformer ved salg til forbruker. Produsentene betaler normalt en provisjon for salget som finner sted på plattformens nettside. I tillegg til provisjoner anvender teknologiselskap ulike typer paritetsklausuler for å regulere pris og tilgjengelighet på produktene som tilbys på deres plattformer. Horisontale paritetsklausuler forbyr en produsent å tilby lavere pris eller bedre tilgjengelighet uavhengig av alternativ salgskanal. Vertikale paritetsklausuler åpner for at en produsent kan tilby lavere pris eller bedre tilgjengelighet på konkurrerende teknologiselskapers plattformer, men forbyr leverandøren å gjøre det samme på sin egen nettside. Praksisen med paritetsklausuler er utbredt, og ofte er det de samme plattformenselskapene som er til stede på tvers av landegrensene.

Mange forbrukere verdsetter tjenestene teknologiselskaper tilbyr gjennom sine store internasjonale plattformer, og opplever dem som nyttige hjelpemidler som bidrar til å redusere søkekostnadene ved kjøp av for eksempel hotell- og overnattingstjenester over nett. Reduserte søkekostnader vil isolert sett fremme konkurransen i digitale plattformmarkeder. Vertikale paritetsklausuler kan dessuten bidra til å beskytte teknologiselskapenes investeringer i egne digitale plattformer ved å forhindre at leverandører bruker teknologiselskapenes plattformer som en markedsføringskanal, og hvor forbrukerne oppfordres til å handle direkte fra produsentenes nettsider på relativt bedre betingelser. Bruken av paritetsklausuler kan derimot også gi opphav til negative virkninger, spesielt de horisontale som kan skade konkurransen mellom teknologiselskapene og medføre både høyere provisjoner og økte forbrukerpriser. Videre kan paritetsklausuler gjøre det vanskeligere for andre teknologiselskaper å etablere nye plattformer i digitale produktmarkeder.

To nye EU-regelverk vil påvirke plattformenselskapers framtidige bruk av paritetsklausuler. EUs forordning DMA har blant annet som mål å forhindre adferd som er skadelig for konkurransen og forbrukerne, ved å regulere store teknologiselskaper som fungerer som såkalte «portvoktere», jf. kap. 5.2.2. Portvoktere vil få forbud mot visse typer handelspraksis, som for eksempel å operere med horisontale og vertikale paritetsklausuler. Ved siden av DMA har Europakommisjonen nylig oppdatert EU-forordningen om vertikale gruppeunntak, samt tilhørende retningslinjer. Tidligere forordning tillot i utgangspunktet bruk av klausuler som regulerer pris og andre vilkår så lenge partene ikke hadde markedsandeler på over 30 prosent. I den nye gruppeunntaksforordningen, som tredder i kraft i EU 1. juni 2022, vil gruppeunntaket ikke lenger tillate digitale bestillingsplattformer

å bruke horisontale klausuler. Dette innebærer en innstramming sammenlikna med tidligere konkurranseregler. Dessuten peker Europakommisjonen i de oppdaterte retningslinjene på at vertikale klausuler vil kunne ha liknende virkninger som de horisontale klausulene, og dermed være ulovlige.

Som nevnt over i kapittel 7.2.1 kan algoritmer øke risikoen for stilltiende samarbeid ved å gjøre det enklere og mer effektivt. Stilltiende samarbeid kan imidlertid også oppstå i konsentrerte markeder hvor bruken av algoritmer ikke er omfattende. En aktuell problemstilling kan være at markedsaktørene gjennom media signaliserer planer for prisøkninger frem i tid. Når en aktør vet at konkurrentene kommer til å øke prisene, vil det være fristende for de andre aktørene å også øke prisene. Prissignalisering kan dermed redusere priskonkurransen, og resultatet kan være at prisene øker mer enn de ellers ville gjort uten slik prissignalisering. Prissignalisering kan i enkelte tilfeller rammes av forbudet i konkurranseloven § 10, men også i tilfeller der forbudet ikke er overtrådt, kan prissignalisering ha skadelige virkninger på konkurransen.

7.3 Behovet for å supplere gjeldende konkurranselov

7.3.1 Historisk bakgrunn

Forbudsbestemmelsene i norsk konkurranserett ble ved konkurranseloven av 2004 harmonisert med EØS-avtalens konkurranseregler for foretak. Loven innførte forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling tilsvarende EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Tidligere hadde konkurranseloven snevrere forbudsbestemmelser mot pris- og anbudssamarbeid og markedsdeling, forhold som i dag omfattes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Når det gjaldt ensidige handlinger var det et forbud mot at en leverandør ensidig fastsatte bindene videresalgspriser, utover dette var ensidig adferd ikke forbudt. Derimot kunne Konkurransetilsynet på nærmere angitte vilkår gripe inn mot konkurranseskadelig adferd. Konkurransetilsynet la i sin praksis til grunn at adferd ikke ville ha konkurransebegrensende virkninger med mindre den som utøvet den hadde markedsrett.

Konkurranseloven § 3-10 ga også hjemmel til å gripe inn overfor kollektiv markedsrett, det vil si når flere foretak til sammen har markedsrett, og disse handler på en slik måte at konkurransen begrenses i strid med lovens formål

I forbindelse med overgangen til et mer rendyrket forbudsregime og opphevingen av inngrepshjemmelen, gav flere aktører uttrykk for en bekymring over at det kunne forekomme konkurranseskadelig adferd som faller utenfor konkurranseloven §§ 10 og 11, og som Konkurransetilsynet ikke lenger kunne gripe inn mot, jf. kapittel 4.4. Det ble derfor innført en forskriftshjemmel i lovens § 14 for å kunne gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål. Departementet mente at en generell regulering gjennom forskrift ville være mest

hensiktsmessig i slike tilfeller, fordi dette sikret like rammebetingelser for alle aktører i vedkommende bransje.⁴⁰

7.3.2 Gjeldende regulering og aktuelle utfordringer

Forbudsbestemmelsene i dagens konkurranselov retter seg mot avtaler eller samordnet opptreden som begrenser konkurransen (§ 10), eller mot misbruk av dominerende stilling (§11).

Utfordringer i digitale plattformmarkeder, stilltiende samarbeid som følge av hyppigere bruk av algoritmer og ensidig adferd fra aktører som ikke er dominerende (jf. kapittel 7.2) vil i utgangspunktet ikke rammes av forbudsbestemmelsene. I digitale plattformmarkeder er det fare for at konkurransen begrenses fordi omstendigheter ved markedet kan låse inn en uheldig markedsstruktur. Slike konkurransebegrensninger er i utgangspunktet ikke knyttet til samordnet opptreden eller konkurransebegrensende avtaler (§ 10), eller bedriftenes ensidige adferd (§ 11). Stilltiende samarbeid vil ikke rammes av konkurranseloven fordi det ikke foreligger en avtale eller samordnet opptreden i konkurranselovens forstand, mens ensidige handlinger fra aktører som ikke er dominerende ikke rammes av forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11.

Når det gjelder utfordringene i dagligvaremarkedet kan departementets utredning av forslag til forskrifter om henholdsvis prisdiskriminering og negative servitutter i dagligvaremarkedet tyde på at det er behov for ny regulering som supplerer konkurranseloven §§ 10 og 11.

Konkurranseloven § 14 gir Kongen hjemmel til gjennom forskrift å gripe inn mot vilkår, adferd og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål, når det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene. Hjemmelen til å gi forskrift er delegert til Nærings- og fiskeridepartementet. Bestemmelsen utfyller forbudene i konkurranseloven § 10 og § 11, og er ment brukt i markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende, uten at forbudene i § 10 og § 11 kommer til anvendelse. Etter departementets vurdering vil det være tilfeller hvor avhjelpende tiltak som ledd i en markedsetterforskning vil være et bedre virkemiddel enn konkurranseloven § 14 for å løse konkurranseutfordringer i et marked. Eksempler på slike utfordringer er beskrevet i kapittel 7.2.

7.3.3 Nærmere om behovet for enkeltvedtak

Et grunnleggende skille i forvaltningen gjelder forskjellen mellom enkeltvedtak og forskrift. Et enkeltvedtak gjelder «*rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer*», jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b. Slike vedtak brukes i utgangspunktet for å

⁴⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven. Se kapittel 6.6.8.

regulere forhold knyttet til den enkelte aktør basert på vurderinger av faktum og juridiske spørsmål i den enkelte sak. Forvaltningsloven kapittel IV til VI inneholder egne saksbehandlingsregler som gjelder for prosessen frem mot et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 3 første ledd. Disse reglene skal sikre partenes rettigheter i prosessen, samtidig som de skal legge til rette for at det treffes riktige vedtak.

Til sammenligning regulerer en forskrift rettigheter eller plikter til «*et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer*», jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c. En forskrift med hjemmel i konkurranseloven § 14 vil dermed i utgangspunktet gjelde generelt og for alle eller en stor andel av aktørene i et marked. Prosessen frem mot en slik regulering er ikke underlagt de samme saksbehandlingsreglene som ved enkeltvedtak, men reguleres av forvaltningsloven kapittel VII. Dersom man står overfor utfordringene beskrevet i kapittel 7.2, vil det kunne være nødvendig å gripe inn mot én eller et fåtall aktører for å avhjelpe konkurranseproblemet. Rettslig sett kan det være utfordrende å utforme inngrepet på en hensiktsmessig måte i forskrifts form, når behovet for inngrep i realiteten gjelder «*en eller flere bestemte personer*», jf. forvaltningsloven § 2 b). I slike tilfeller vil det være mer hensiktsmessig at regelverket gir en nærmere avgrenset mulighet til inngrep gjennom enkeltvedtak. På den måten sikres også grunnleggende rettigheter i prosessen for de aktørene som saken retter seg mot. Partenes rettsikkerhet ivaretas gjennom forvaltningslovens regulering av saksbehandlingen ved enkeltvedtak, herunder reguleringen av forhåndsvarsel (§16), utrednings- og informasjonsplikt (§ 17), innsynsrett (§§ 18 til 21), begrunnelsesplikt (§§ 24 til 25) samt retten til klagebehandling og rettslig overprøving (§ 27 b og kapittel VI). Bestemmelsene i konkurranseloven kapittel 8 om klagenemnd for konkurransesaker vil også komme til anvendelse ved en eventuell overprøving av enkeltvedtak som fattes i forbindelse med en markedsetterforskning.

En fordel med inngrep i form av enkeltvedtak sammenholdt med inngrep i form av forskrift er at førstnevnte kan utformes mer presist og treffende knyttet opp mot en konkret vurdering. Som et alternativ til pålegg om avhjelpende tiltak gir lovforslaget også hjemmel for at partene selv kan foreslå avhjelpende tiltak for å finne en effektiv løsning på konkurranseutfordringene. Dette gir større fleksibilitet og en viss grad av påvirkningsmulighet for de aktørene som saken gjelder. En inngrepsadgang gir imidlertid behov for å styrke markedsaktørenes forutsigbarhet. For å imøtekomme dette begrenses inngrepsadgangen til *vesentlige* begrensninger av konkurransen, og det legges opp til at prosessen for oppstart av markedsetterforskningssaker reguleres på en måte som gir bedre forutsigbarhet og begrenser bruken av verktøyet. En slik regulering som begrenser bruken, vil også medvirke til at ressursene prioriteres til de markedsetterforskningssakene hvor det nye virkemidlet kan forventes å fungere mest effektivt.

Muligheten for å treffe enkeltvedtak som kan håndtere konkurranseutfordringene beskrevet i kapittel 7.2 er viktig av en rekke grunner.

Når det gjelder den økte bruken av algoritmer, kan det for eksempel være vanskelig å utforme tilstrekkelig treffsikre forskrifter som retter seg mot stilltiende samarbeid i et marked. Algoritmer kan ha negative virkninger på konkurransen gjennom å legge til rette for stilltiende samarbeid, men det kan også være fordeler forbundet med algoritmer. De kan

blant annet gjøre det lettere for forbrukere å sammenligne priser og produkter fra ulike tilbydere. For bedrifter kan algoritmer gjøre det enklere å reagere effektivt på endrede markedsforhold. Videre vil bruken av algoritmer og selve teknologien også kunne utvikle seg raskt. De konkurransemessige konsekvensene av bruk av algoritmer vil derfor også kunne endre seg hurtig. Gitt kompleksiteten ved algoritmer, kan det være vanskelig å utforme en generell forskrift som bare rammer problematisk bruk av algoritmer, og som samtidig er tilstrekkelig fleksibel til å ta høyde for videre utvikling. Årsaken til dette er at en forskrift etter § 14 vil gjelde generelt og være mer statisk av natur. En forskriftsregulering vil omhandle generelle rammebetingelser, og ikke være basert på en konkret vurdering av faktiske forhold i den enkelte sak. Dette taler i seg selv for at § 14 kun i begrenset grad vil være egnet til å løse utfordringer knyttet til stilltiende samarbeid, og det er i slike tilfeller sannsynlig at målrettede enkeltvedtak vil fungere mer effektivt enn forskrifter.

Konkurranseloven § 14 er ikke tidligere benyttet for å gripe inn mot stilltiende samarbeid. Både britiske og islandske konkurransemyndigheter har imidlertid benyttet eller forsøkt å bruke markedsetterforskninger til å løse problemer knyttet til denne typen adferd, jf. kapittel 5.3 og 5.4. Disse myndighetene anser enkeltvedtak etter en markedsetterforskning som et effektivt verktøy i slike tilfeller. Britiske myndigheter har for eksempel gjort beregninger som viser at gevinstene for forbrukerne fra vedtak hjemlet i markedsetterforskningsverktøyet er betydelig høyere enn gevinstene fra håndhevelsene av forbudsbestemmelsene, jf. kapittel 5.4. Også en ekspertgruppe med økonomer utpekt av Europakommisjonen har konkludert med at et markedsetterforskningsverktøy vil være nødvendig og effektivt for å hindre stilltiende samarbeid som er konkurranseskadelig, jf. kapittel 5.2.

I digitale plattformmarkeder vil muligheten til å fatte enkeltvedtak ofte være en forutsetning for at konkurranseutfordringene skal kunne løses. Som det fremgår av kapittel 7.2.1 vil konkurranseutfordringer i digitale plattformmarkeder ofte ha sin opprinnelse i komplekse sammenhenger i markedet som får en uheldig struktur til å feste seg. De grunnleggende årsakene kan være en kombinasjon av ulike faktorer, herunder bedriftenes adferd, teknologiske forhold og forbrukeradferd.⁴¹ Siden konkurranseutfordringene som oppstår er komplekse, vil det i mange tilfeller også være nødvendig med fleksibilitet i utformingen av avhjelpende tiltak. Dette vil være utfordrende å få til ved en forskriftsregulering, siden forskrifter gjelder generelle påbud eller forbud og i mindre grad kan tilpasses konkrete faktiske vurderinger slik det er mulig å gjøre ved pålegg som gis i form av enkeltvedtak.

Samtidig vil det også i digitale plattformmarkeder kunne være viktig å iverksette tiltak raskt, blant annet fordi slike markeder kan «tippe».⁴² Muligheten til å fatte enkeltvedtak, herunder

⁴¹ Se blant annet Heike Schweitzer (2020). *The New Competition Tool: Its institutional set up and procedural design*. Ekspertutredning på oppdrag for Europakommisjonen. Kan lastes ned herfra: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0420574enn.pdf.

⁴² At et marked «tipper», innebærer typisk at en eller flere aktørers fordel i et marked forsterkes og forplanter seg på en slik måte at disse aktørene etter hvert sitter igjen alene i markedet, med tilhørende markedsrett.

muligheten til å fatte midlertidig vedtak, gir anledning til å fatte forholdsvis hurtige inngrep i tilfeller hvor det er viktig å raskt få på plass avhjelpende tiltak.

På den annen side kan det også være aspekter ved en forskrift etter § 14 som gjør en slik tilnærming godt egnet til å forhindre at markeder tipper og etableringshindringene blir betydelige. En forskrift åpner for ex-ante regulering, for eksempel ved å legge til rette for at selskaper må dele informasjon for å hindre at markeder tipper. En slik regulering kan på denne måten legge til rette for at problematisk adferd ikke oppstår, og behovet for raske inngrep kan dermed innfris. Forutsetningen er imidlertid at forskriftsreguleringen er klar og tydelig, og at den faktiske etterlevelsen sikres.

Et eksempel på slik ex-ante regulering er forordningen om digitale markeder (DMA), som EU vedtok sommeren 2022, jf. kapittel 5.2.3. DMA vil kunne hindre at det oppstår markedsstrukturer hvor konkurransen begrenses. Dersom DMA blir funnet EØS-relevant og akseptabel og blir innlemmet i EØS-avtalen, må den inkorporeres i norsk rett, men tidspunktet for eventuell innlemmelse og inkorporering er usikkert. Uansett er det flere forhold som tilsier at en eventuell inkorporering av DMA i Norge ikke vil avhjelpe utfordringene tilknyttet digitale plattformmarkeder fullt ut.

For det første vil ikke DMA gjelde for alle digitale plattformer. Aktører som kun opererer i Norge, vil for eksempel ikke omfattes av denne reguleringen. Det vil heller ikke aktører som opererer i en rekke land, men ikke oppfyller de kvantitative kriteriene for å være rammet av DMA. Det kan derfor være behov for et eget nasjonalt regelverk. Departementet viser i denne sammenheng til at flere andre europeiske land (Tyskland, Storbritannia og Danmark), som har innført eller vurderer å innføre hjemmel til å pålegge avhjelpende tiltak etter markedsetterforskning, også har øvrig nasjonal særlovgivning for å håndtere utfordringer i digitale plattformmarkeder.

For det andre er det ikke åpenbart at EU vil prioritere å gripe inn mot adferd som i utgangspunktet kan falle innunder DMA, men som kun berører Norge eller et fåtall land. Det kan heller ikke utelukkes at digitale plattformer i større grad vil differensiere sin adferd i ulike land.

Behovet for å kunne treffe målrettede enkeltvedtak gjør seg også gjeldende i dagligvaremarkedet. Et eksempel på dette er mulige konkurranseskadelige virkninger av prisdiskriminering. Forskriftsforslagene som departementet har sendt på høring retter seg mot leverandører med vesentlig markedsrett. Bruk av enkeltvedtak vil tillate en mer fleksibel tilnærming med hensyn til hvilke aktører tiltakene rettes mot. Eventuelle avhjelpende tiltak som ledd i en markedsetterforskning kan rette seg mot et begrenset antall leverandører eller dagligvarekjeder. Sistnevnte er også i tråd med Stortingets vedtak 572, hvor det fremgår at også dagligvarekjedene skal ha ansvar for å følge reglene.

Flere høringsinstanser i departementets høring av forslag til forskrift mot usaklige forskjeller i innkjøpspriser i dagligvaremarkedet viste til at muligheten for å fatte enkeltvedtak ved innføring av et markedsetterforskningsverktøy vil kunne være en bedre tilnærming for å håndtere utfordringer knyttet til prisdiskriminering.

I tillegg til utfordringer knyttet til prisdiskriminering, er Regjeringen også bekymret for at en rekke andre forhold kan svekke konkurransen i dagligvaremarkedet, herunder utbredelsen av egne merkevarer, vertikal integrasjon og prissignalisering. Bruken av et markedsetterforskningsverktøy gjør det mulig å ha en helhetlig tilnærming til slike utfordringer, som ikke nødvendigvis lar seg løse gjennom bruk av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven. Dette vil også kunne være en mer treffsikker tilnærming enn forskrifter i medhold av konkurranseloven § 14, som nødvendigvis må være mer generelle.

Når det gjelder konkurranseskadelig adferd fra aktører som ikke er dominerende, er dette eksplisitt nevnt i forarbeidene til konkurranseloven som en begrunnelse for innføring av § 14. Utfordringer knyttet til at det er behov for å vedta avhjelpende tiltak som i realiteten retter seg mot «*en eller flere bestemte personer*», vil imidlertid også gjøre seg gjeldende ved inngrep mot ensidig adferd fra en eller flere aktører som ikke er dominerende. Dersom for eksempel én eller noen få aktører i et konsentrert marked benytter win-back-klausuler og dette vanskeliggjør etablering av nye utfordrere, kan det være utfordrende å håndtere det gjennom å innføre en forskrift med hjemmel i konkurranseloven § 14.

Som det fremgår av kapittel 8.4.3 under, er det departementets oppfatning at det i spesielle tilfeller bør være mulig å fatte strukturelle avhjelpende tiltak gjennom enkeltvedtak.

7.3.4 Muligheten til å fatte enkeltvedtak etter konkurranseloven § 12

Etter konkurranseloven § 12 har Konkurransetilsynet hjemmel til å gripe inn med pålegg om avhjelpende tiltak ved overtredelse av § 10, § 11 eller forskrift i medhold av § 14. Tilsynet har i slike tilfeller myndighet til å gi pålegg som er nødvendige «*for å bringe overtredelsen til opphør*». Bestemmelsen gir hjemmel til å pålegge strukturelle tiltak «*dersom det ikke finnes like effektive atferdsregulerende tiltak, eller dersom et atferdsregulerende tiltak vil være mer byrdefullt for foretaket*», jf. konkurranseloven § 12 første ledd. Slike avhjelpende tiltak kan imidlertid bare pålegges når det påvises en konkret overtredelse av forbudsbestemmelsene eller forskrift, eventuelt ved mistanke om slik overtredelse jf. konkurranseloven § 12 tredje ledd. Konkurransetilsynet har også myndighet til å sanksjonere brudd på forbudsbestemmelsene eller forskrift ved overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 29.

Vilkåret om at tiltaket må være «*nødvendig for å bringe en overtredelse til opphør*» setter begrensninger for hvilke tiltak som i praksis kan pålegges ved bruk av § 12 når det gjelder overtredelser av § 14. Tiltaket må relateres til den konkrete overtredelsen av en forskrift, og må være «*nødvendig*» for å få slutt på denne overtredelsen. Det kan dermed stilles spørsmål ved om hensiktsmessige strukturelle tiltak i det hele tatt lar seg gjennomføre ved pålegg etter § 12 som gjelder overtredelse av forskrift i medhold av § 14. Det finnes ingen eksempler på dette fra praksis.

Videre kan Konkurransetilsynet som nevnt vedta avhjelpende tiltak i medhold av § 12 tredje ledd, og det kan fattes midlertidig vedtak om pålegg etter § 12 femte ledd. Også vurderingen av slike vedtak er knyttet mot mulige overtredelser av forbudsbestemmelsene i lovens § 10 eller 11, eller overtredelse av forskrift hjemlet i § 14. Det kreves imidlertid ikke at overtredelse er påvist. Vedtak om avhjelpende tiltak kan fattes i en sak som «*kan ende med*

et vedtak etter § 12 første ledd», men «før Konkurransetilsynet har gjort en fullstendig vurdering av om inngrepsvilkåret i første ledd er oppfylt», jf. § 12 tredje ledd. Midlertidig vedtak om pålegg kan fattes dersom det er «rimelig grunn til å anta at § 10, § 11 eller forskrift i medhold av § 14 er overtrådt» samt «fare for at konkurransen utsettes for varig og uopprettelig skade», jf. § 12 femte ledd.

Muligheten til å fatte avhjelpende tiltak etter § 12 tredje ledd eller midlertidige vedtak etter § 12 femte ledd begrenses som nevnt av at slike vedtak må være knyttet til mulige overtredelser. Disse bestemmelsene kan dermed i utgangspunktet ikke anvendes for å løse konkurranseproblemer som ikke relateres til et ulovlig samarbeid eller en dominerende posisjon, eller eventuelt overtredelse av forskrift etter § 14. Det kan også stilles spørsmål ved om muligheten til å fatte avhjelpende eller midlertidige vedtak ved mulige overtredelser av forskrift etter § 14 vil løse konkurranseutfordringene beskrevet i kapittel 7.2 over på en hensiktsmessig måte, siden en forskrift i utgangspunktet vil gjelde generelt og ikke være konkret rettet mot enkeltaktører.

Partenes adgang til selv å foreslå avhjelpende tiltak i forbindelse med en markedsetterforskning vil utvide handlingsrommet for partenes mulige initiativer, sammenlignet med gjeldende rammeverk. Ved utforming av en forskrift vil berørte parter ha anledning til å gi innspill til forslaget gjennom høringsrunden. De seneste årene har departementet sendt på høring flere forskrifter med hjemmel i konkurranseloven § 14.

Ved enkeltvedtak etter en markedsetterforskning bør det fra starten av legges opp til en åpen dialog mellom konkurransemyndighetene og de berørte partene, noe som vil legge til rette for at det vil være mulig å raskt komme frem til løsninger som er akseptable for alle berørte parter.

7.3.5 Nærmere om behovet for å ivareta rettssikkerhet og forutsigbarhet

Reglene for saksforberedelse og utredning er som nevnt forskjellige for en prosess som leder frem mot enkeltvedtak sammenlignet med prosessen før vedtakelse av en forskrift, siden ulike hensyn gjør seg gjeldende. Reglene i forvaltningsloven kapittel IV til VI gir sentrale plikter og rettigheter i saker om enkeltvedtak. Bestemmelsene ivaretar partenes rettssikkerhet og legger til rette for riktige vedtak. Denne lovgivningen vil også komme til anvendelse dersom det skal pålegges avhjelpende tiltak gjennom enkeltvedtak etter en markedsetterforskning.

Gjeldende konkurranselov forbyr samarbeid eller ensidig adferd som erfaringsmessig vil ha konkurransebegrensende virkninger. Det foreligger en omfattende praksis både i Norge og EU om grensene for overtredelse av konkurransereglene. Dette bidrar til forutberegnelighet for private parter, fordi de kan tilpasse sin adferd på en måte som ikke vil komme i konflikt med konkurranseloven. Innføringen av et markedsetterforskningsverktøy vil medføre større usikkerhet hos private aktører om hvilke forhold det kan være aktuelt for myndighetene å gripe inn mot. Et markedsetterforskningsverktøy som gir en høy grad av fleksibilitet for myndighetene vil dermed gi mindre forutberegnelighet for næringslivet, fordi man kan gripe inn der lovens forbud ikke er overtrådt. Mangel på forutberegnelighet kan i verste fall føre til at insentivene til å innovere eller utvikle nye produkter reduseres. Dette gjelder særlig

dersom det skapes usikkerhet om beskyttelse av egne immaterielle rettigheter. Denne usikkerheten bør søkes redusert blant annet gjennom terskler for inngrep samt veiledning fra Konkurransetilsynet, for å tydeliggjøre hvilke situasjoner markedsetterforskningsverktøyet er aktuelt for. Samtidig må saksbehandlingsregler og bestemmelser om inngrep utformes på en måte som ivaretar hensynet til de private partene som faktisk omfattes av en markedsetterforskning.

Det er videre viktig at innføringen av et markedsetterforskningsverktøy i praksis ikke fører til en uthuling av fusjonskontrollen. Som det fremgår av kapittel 7.2.4 vil det under dagens fusjonskontroll i enkelte tilfeller kunne være utfordrende for Konkurransetilsynet å gripe inn mot trinnvise oppkjøp. Dersom det pålegges avhjelpende tiltak for å avhjelpe denne type problemstillinger må det tas hensyn til partenes behov for forutberegnelighet. I denne sammenheng er vurderingen av tiltakenes forholdsmessighet svært viktig, jf. kapittel **Feil! Fant ikke referanseskilden..2.**

Gjennom håndhevingen av dagens forbudsbestemmelser har konkurransemyndighetene, lang erfaring med å ta hensyn til behovet for å beskytte insentivene til å innovere. Dette behovet kan for eksempel være relevant i vurderingen av om det skal gripes inn mot utnyttende misbruk i markeder hvor aktørene har brukt betydelige ressurser på FoU, og produktene derfor er patentbeskyttet. Det gjelder egne, strenge regler for tvangslisens i patentloven. Tvangslisens kan også gis av Konkurransetilsynet på nærmere bestemte vilkår. Behovet for å beskytte investeringer og innovasjon er også en viktig årsak til effektivitetsforsvaret i forbudsbestemmelsene.

Departementet legger vekt på at hensynet til forutberegnelighet må hensyntas både i de prosessuelle og i de materielle reglene ved bruk av markedsetterforskningsverktøyet. Som det fremgår av kapittel 8 vil for eksempel de rettslige tersklene både for å igangsette en markedsetterforskning og for å treffe vedtak om avhjelpende tiltak være høyere enn ved innføring av en forskrift etter konkurranseloven § 14. Samtidig må Konkurransetilsynet utforme tiltak på en slik måte at det er forholdsmessighet mellom de inngrep som gjøres og inngrepets formål, og hvor behovet for fleksibilitet avstemmes med behovet for forutberegnelighet.

I utgangspunktet er konkurranse et virkemiddel som fremmer innovasjon og utvikling av nye produkter, og det vil ikke være aktuelt å igangsette en markedsetterforskning i markeder hvor konkurransen er velfungerende. Det vil heller ikke være aktuelt å vedta pålegg som skader etablert beskyttelse av immaterielle rettigheter, siden slike inngrep ikke vil fremme konkurransen på sikt.

Forholdene som er nevnt i de to foregående avsnittene er nærmere beskrevet i kapittel 8 under.

Pålegg om avhjelpende tiltak i forlengelsen av en markedsetterforskning vil bare være aktuelt ved behov for å avhjelpe forhold som vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen. Innføring av et markedsetterforskningsverktøy vil dermed kunne redusere insentivene til å investere i virkemidler som reduserer graden av konkurranse

(eksempelvis økninger i kundenes byttekostnader) siden muligheten for inngrep kan føre til at slike investeringer blir mer usikre.

Eksempelene over i kapittel 7.2 gir en viss veiledning om når det vil være særlig aktuelt å ta i bruk verktøyet. For å sikre forutberegnelighet bør det legges opp til at konkurransemyndighetene aktivt veileder og informerer om hvilke typer utfordringer som kan være særlig aktuelle, for eksempel ved å gi skriftlig veiledning gjennom retningslinjer.⁴³

Et vesentlig trekk ved et markedsetterforskningsverktøy, er at det verken vil innebære å avdekke eller sanksjonere overtredelser av konkurransereglene eller å ilegge overtredelsesgebyr (bortsett fra sanksjoner ilagt for manglende etterlevelse av pålegg og vedtak fattet i forbindelse med markedsetterforskningen). Snarere er det rettet mot å analysere særtrekk ved og konkurranseutfordringer i det aktuelle markedet.

I tillegg til veiledning om når markedsetterforskning kan være aktuelt, må hensynet til private parter som omfattes av en markedsetterforskning også ivaretas. Et markedsetterforskningsverktøy vil gripe inn i friheten til å drive næringsvirksomhet innenfor gjeldende lovverk og, dersom det gis anledning til å pålegge strukturelle tiltak, også i eiendomsretten. Gitt de potensielt vidtrekkende og inngripende fullmaktene som et markedsetterforskningsverktøy vil gi Konkurransetilsynet må det utformes og anvendes på en måte som sikrer hensynet til proporsjonalitet og rettssikkerhet. De prosessuelle rettighetene til berørte parter må ivaretas. Dette gjelder grunnleggende rettigheter som rett til å bli hørt, rett til innsyn, begrunnelsesplikt og rett til klage- og domstolsprøving. Videre er retten til beskyttelse av forretningshemmeligheter og annen konfidensiell informasjon og beskyttelse mot vilkårlig eller uforholdsmessig inngripen fra offentlige myndigheter i forretnings- og privatsfæren sentralt. Håndteringen av disse forholdene vurderes nærmere i kapittel 9 under.

7.4 Oppsummering

Som det fremgår av kapittel **Feil! Fant ikke referanseilden.**7.3 kan det i noen tilfeller være behov for å supplere eksisterende konkurranselovgivning for å løse dagens og morgendagens konkurranseutfordringer, både fordi dagens konkurranselovgivning ikke kommer til anvendelse, men også fordi gjeldene regelverk ikke alltid vil være effektivt.

Hovedårsaken til at det er behov for supplerende lovgivning er at muligheten for å treffe enkeltvedtak etter en markedsetterforskning vil kunne være avgjørende for å finne effektive løsninger på konkurranseutfordringer. Slike vedtak åpner for en mer fleksibel tilnærming hvor avhjelpende tiltak pålegges raskere etter en konkret vurdering av forholdene i den enkelte sak.

⁴³ Competition Commission (2013). *Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment, and remedies*. Sist oppdatert 2017. Kan lastes ned herfra: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284390/c3_revised.pdf.

Årsaken til at tradisjonell håndheving ikke vil fungere kan være at konkurranseproblemet gjelder egenskaper ved markedet som er av mer gjennomgripende karakter, eller at konkurransebegrensningene skyldes sammensatte utfordringer med tilknytning til adferdsmønstre hos grupper av foretak.⁴⁴ Slike konkurransebegrensninger kan forekomme uten at dette relateres til et ulovlig samarbeid eller en dominerende posisjon.

Departementet foreslår derfor at det innføres et markedsetterforskningsverktøy. Den nærmere utformingen av verktøyet er beskrevet i kapittel 8 og 9. Samtidig kan det oppstå enkelte utfordringer ved innføringen av et slikt verktøy. Disse utfordringene er forsøkt hensyntatt gjennom de nærmere reglene i forslaget til regulering av markedsetterforskning.

Flere andre europeisk land har innført eller vurderer å innføre mulighet til å pålegge avhjelpende tiltak gjennom enkeltvedtak etter en markedsetterforskning. I likhet med Norge har disse landene også innført annen regulering enn de tradisjonelle forbudsbestemmelsene for å håndtere konkurransemessige utfordringer.⁴⁵ Behovet for ny lovgivning i Norge skiller seg imidlertid også fra øvrige europeiske land, blant annet fordi særnorske forhold kan føre til konkurranseutfordringer i den norske dagligvaresektoren.

8 Departementets forslag til markedsetterforskningsverktøy

8.1 Innledning

Departementet foreslår at Konkurransetilsynet gis mulighet til å iverksette markedsetterforskning dersom det er forhold som tilsier at konkurransen er begrenset eller står i fare for å bli begrenset. Som det fremgår i kapittel 4.4 gjennomfører Konkurransetilsynet allerede markedsundersøkelser som ledd i tilsynet med konkurransen i forskjellige markeder. Konkurransetilsynet har også allerede en generell hjemmel til å innhente informasjon som er nødvendig for å utføre sine gjøremål etter konkurranseloven. Den viktigste endringen i dette forslaget er derfor at Konkurransetilsynet i en markedsetterforskning gis hjemmel til å treffe bindende konkurransefremmende vedtak mot markedsaktører uten at det foreligger (mistanke om) brudd på forbudsbestemmelsene eller er ledd i behandlingen av en foretakssammenslutning.

Selve informasjonsinnhentingsdelen av markedsetterforskningen vil ikke skille seg markant fra Konkurransetilsynets arbeid i dag. Siden en markedsetterforskning kan munne ut i inngripende tiltak mot foretak som opptrer i overensstemmelse med konkurranseloven, mener imidlertid departementet at det bør gis regler om gjennomføringen av en

⁴⁴ Heike Schweitzer (2020). *The New Competition Tool: Its institutional set up and procedural design*. Side 10-11. Ekspertutredning på oppdrag for Europakommisjonen. Kan lastes ned herfra: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0420574enn.pdf.

⁴⁵ I Tyskland er det innført lovgivning som gjør det enklere å gripe inn mot ensidig konkurransebegrensende adferd i digitale plattformmarkeder, mens det i Storbritannia legges opp til ex-ante regulering av digitale plattformer.

markedssetterforskning som i størst mulig grad sikrer forutsigbarhet og gjennomsliktighet for markedsaktørene. Det er derfor viktig at det eksisterer rettslige terskler for å åpne og gripe inn etter en markedssetterforskning. Videre bør det gjelde en høyere terskel for å gripe inn i markedet enn for å åpne markedssetterforskning. Tersklene for inngrep beskrives nærmere i kapittel 8.2 og 8.3.

En markedssetterforskning kan ha ulike utfall, herunder pålegg om avhjelpende tiltak rettet mot ett eller flere foretak, avhjelpende tiltak som foreslås av foretakene, påpekning av behov for endring av offentlige myndigheters konkurransebegrensende tiltak, eller forslag om ny regulering som vil gjelde generelt, eksempelvis i sektoren som er undersøkt. Konkurransetilsynet kan også anvende en kombinasjon av de nevnte virkemidlene, når dette er formålstjenlig. Departementet foreslår at tilsynet også kan fatte midlertidige vedtak om avhjelpende tiltak, når dette foreslås av partene eller når det vurderes nødvendig for å sikre konkurransen. Det er viktig å sikre at avhjelpende tiltak er forholdsmessige, og kapittel 8.4 redegjør nærmere for adgangen til å pålegge avhjelpende tiltak.

8.2 Terskel for igangsetting av markedssetterforskning

Åpning av en markedssetterforskning vil kunne skape usikkerhet i det aktuelle markedet. Videre vil en slik prosess være ressurskrevende, både for markedsaktørene og for konkurransemyndighetene. Det bør derfor være en terskel for igangsettelse av en markedssetterforskning og en prosess som sikrer at beslutningen om igangsettelse er tilstrekkelig utredet. Derfor bør alle interessenter få mulighet til å uttale seg om dette i en offentlig høring. Prosessen behandles nærmere i kapittel 9.3 og 9.4 under, mens den materielle terskelen for igangsettelse av markedssetterforskning beskrives nærmere her.

Departementet foreslår at en markedssetterforskning kan innledes dersom det er forhold som tilsier at konkurransen er begrenset eller står i fare for å bli begrenset, uten at håndheving av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven § 10 eller § 11 synes egnet til å løse utfordringene. Dette innebærer at tilsynet i et utkast til beslutning om markedssetterforskning må redegjøre nærmere for hvilke forhold som tilsier at konkurransen begrenses på en slik måte at en markedssetterforskning bør igangsettes.

I denne sammenheng vil det kunne være relevant for tilsynet å vurdere forhold av strukturell art, adferdsmessige aspekter, eller en kombinasjon av disse. Eksempler på førstnevnte kan være høy markedskonsentrasjon, betydelige etableringshindringer, kjøpermakt eller stor grad av minoritetseienskap. Adferdsmessige aspekter kan for eksempel være fravær av handling («failure to act»), forbrukernes handlinger eller begrensninger i forbrukernes valgmuligheter. Sistnevnte forhold kan eksempelvis være relevant dersom kundene har begrenset tilgang på informasjon eller dersom nettverkseffekter eller andre elementer gjør at kundene kobles mot en leverandør på en slik måte at konkurransen begrenses. En

markedssetterforskning kan særlig være aktuelt der hvor konkurranseutfordringene har sin opprinnelse i en kombinasjon av strukturelle og adferdsmessige forhold, jf. kapittel 7.2.⁴⁶

Et eksempel på hvordan konkurranseutfordringene kan ha sin opprinnelse i flere forhold er dersom eksistensen av stordriftsfordeler fører til etableringshindringer samtidig som at nettverkseffekter bidrar til at kunder i begrenset grad bytter leverandør.

I vurderingen av om den rettslige terskelen for igangsetting er oppfylt kan det også være relevant å se hen til hvorvidt markedet er kjennetegnet av vedvarende høye priser og marginer, eller lav grad av kvalitet, service og produktutvikling. Eksemplene som nevnes her er ikke uttømmende, og det er ikke nødvendig for Konkurransetilsynet å ta hensyn til samtlige momenter i vurderingen av om det skal iverksettes en markedssetterforskning.

I vurderingen av om det skal igangsettes markedssetterforskning bør det ikke være et krav om at en markedsavgrensning skal gjennomføres, men tilsynet bør beskrive sektoren og markedsaktørene, jf. kapittel 9.4.1.

Den rettslige terskelen departementet foreslår for å igangsette en markedssetterforskning er relativt lav, jf. ordlyden om at «*Konkurransetilsynet kan foreta en markedssetterforskning i ett eller flere markeder eller deler av markeder dersom det er forhold som tilsier at konkurransen er begrenset eller står i fare for å bli begrenset.*» I tillegg til å vise at inngrepsvilkåret er oppfylt, bør Konkurransetilsynet derfor i utkast til beslutning om igangsetting formulere foreløpige skadehypoteser om hvordan omstendigheter eller adferd vesentlig begrenser eller er egnet til vesentlig å begrense konkurransen. Dette er med på å sikre forutberegnelighet for de involverte partene, og gir markedsaktørene mulighet til å komme med innspill på et tidlig tidspunkt.

En skadehypotese vil typisk være knyttet opp mot spesifikke forhold som kan føre til at konkurransen begrenses. Ved formuleringen av skadehypotesene vil det for eksempel kunne være relevant for tilsynet å redegjøre overordnet for hvordan omstendigheter eller adferd kan føre til ensidig markedsrett (inkludert høy markedskonsentrasjon), etableringshindringer, koordinert adferd (for eksempel stilltiende samarbeid), vertikale utfordringer eller påvirke forhold på etterspørselssiden.⁴⁷

Dersom det iverksettes en markedssetterforskning vil skadehypotesene danne grunnlaget for den videre saksbehandlingen, men det er samtidig viktig at Konkurransetilsynet har anledning til å undersøke andre skadehypoteser dersom etterforskningen skulle tilsi at det er hensiktsmessig.

⁴⁶ Se også lovgivningen i Storbritannia, Enterprise Act Section 131 (2).

⁴⁷ Competition Commission (2013). *Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment, and remedies*. Sist oppdatert 2017. Se side 38 flg. Kan lastes ned herfra: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284390/c3_revised.pdf.

Som et alternativ til den valgte terskelen, har departementet vurdert om det burde være et krav om at det er forhold som tilsier at konkurransen er eller står i fare for å bli «vesentlig» begrenset for at en markedsetterforskning skal igangsettes.

Et argument for å innarbeide et vesentlighetskrav for å igangsette en markedsetterforskning er at det vil skape større samsvar mellom kravene for oppstart og inngrep. Det vil dermed bli mindre sannsynlig at man igangsetter markedsetterforskning i tilfeller hvor vilkårene for å treffe vedtak om avhjelpende tiltak ikke er oppfylt, ettersom avhjelpende tiltak først vil være aktuelt dersom man er over vesentlighetsterskelen, jf. gjennomgangen i kapittel 8.3.2 under, om terskelen for å treffe vedtak om avhjelpende tiltak. Som det går frem tidligere i dette kapitlet, legger departementet uansett til grunn at Konkurransetilsynet i utkast til beslutning om igangsetting bør formulere foreløpige skadehypoteser som beskriver hvordan omstendigheter eller adferd *vesentlig* begrenser eller er egnet til *vesentlig* å begrense konkurransen. Departementet legger til grunn at uansett utforming av terskelen, vil eksistensen av for eksempel høy konsentrasjon, liten grad av nyetablering eller ekspansjon av eksisterende aktører og høy grad av vertikal integrasjon være forhold som gjør at Konkurransetilsynet kan igangsette en markedsetterforskning.

I forlengelsen av dette er det naturlig å se nærmere på hvilket beviskrav som i så tilfelle skal gjelde på oppstartstidspunktet. Ordlyden i lovutkastet § 41 («forhold som tilsier») antyder at beviskravet er lavere enn det alminnelige utgangspunktet i sivilprosessen om sannsynlighetsovervekt, jf. gjennomgangen av dette i kapittel 8.3.3 under. Til sammenligning gjelder det i dag også et lavere beviskrav ved gjennomføring av en bevissikring i en overtredelsessak, jf. vilkåret «rimelig grunn til å anta» i konkurranseloven § 25 første ledd.

Departementet ber om høringsinstansenes syn på dette, både når det gjelder hvorvidt det skal innføres et vesentlighetskrav som en del av terskelen for oppstart av en markedsetterforskning samt når det gjelder hvilket beviskrav som bør gjelde ved oppstart, før saken er utredet.

8.3 Terskel for å gripe inn i et marked

8.3.1 Innledning

En markedsetterforskning kan føre til at det fattes vedtak med pålegg om avhjelpende tiltak. Slike pålegg kan gjelde både adferdsmessige og strukturelle forhold, og vil dermed medføre inngrep i markedsaktørenes alminnelige handlefrihet. Det er derfor av stor betydning at prosessen i denne forbindelse sikrer partenes rettigheter, og at utredningen av grunnlaget for en avgjørelse om inngrep gjennomføres på en betryggende måte.

Ved gjennomføring av en markedsetterforskning vil Konkurransetilsynet innhente informasjon som gir grunnlag for å avklare om konkurransen er begrenset, karakteren og graden av konkurransebegrensningen, samt hva som er årsakene til denne. Videre vil tilsynet innhente informasjon som er nødvendig for å utforme tiltak som avhjelper aktuelle konkurransebegrensninger. Konkurransetilsynet kan i denne forbindelse ta hensyn til alle

relevante markedsforhold, diskutere tiltak med parter og tredjeparter, eller endre tilnærming dersom markedsforholdene endrer seg. Når saken er tilstrekkelig utredet vil tilsynet vurdere hvorvidt det foreligger grunnlag for å gripe inn ved pålegg om avhjelpende tiltak, eller om andre tiltak vil være bedre egnet. Det kan bare gripes inn med vedtak om avhjelpende tiltak dersom det foreligger en vesentlig begrensning av konkurransen. I kapitlet under vil det redegjøres nærmere for hva dette vilkåret innebærer.

8.3.2 Konkurransen må begrenses vesentlig

For å synliggjøre at dette er et nytt og eget verktøy, ved siden av eksisterende bestemmelser, er det departementets syn at terskelen bør være en annen enn etter forbudsbestemmelsene §§ 10 og 11, eller fusjonsbestemmelsen i § 16. I tillegg er det tale om et inngripende verktøy som kan anvendes selv om det ikke er påvist regelbrudd. En konkurransebegrensning eller skade må følgelig være så alvorlig at den rettferdiggjør inngrep i markedsaktørenes frihet til å drive en virksomhet. Departementet foreslår derfor at det oppstilles et vilkår om at Konkurransetilsynet bare kan pålegge avhjelpende tiltak *«dersom det foreligger omstendigheter eller adferd som vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen i strid med lovens formål.»*, jf. kapittel 13.

Vesentlighetskriteriet sikrer at fullmaktene til å gripe inn begrenses til konkurranseproblemer av en viss betydning, slik at det ikke gripes inn mot noe som bare utgjør mindre negative virkninger på konkurransen. Dette innebærer videre at Konkurransetilsynet i et eventuelt pålegg om avhjelpende tiltak må begrunne hva som leder til at konkurransebegrensningen vurderes som «vesentlig». For at konkurransebegrensningen skal kunne regnes som «vesentlig» må den ikke ha en kortvarig eller midlertidig karakter, men fremstå som vedvarende eller gjentatt. I tillegg må det gis en begrunnelse som viser at pålegget er nødvendig for å eliminere eller redusere konkurransebegrensningen, jf. kapittel **Feil! Fant ikke referansekilden..2** hvor blant annet tiltakenes forholdsmessighet behandles.

Vurderingen av om vilkåret for inngrep er oppfylt innebærer en nærmere vurdering av skadehypotesene som er formulert i beslutningsgrunnlaget, jf. kapittel 8.2. Eksempler på omstendigheter eller adferd som det særlig kan være relevant å vurdere gjennom en markedsetterforskning fremgår av kapittel 7.2. Omstendighetene og adferden det er vist til i kapittel 7.2 er imidlertid ikke uttømmende, og det kan derfor være relevant for Konkurransetilsynet å undersøke andre forhold i en konkret markedsetterforskning.

Som nevnt i kapittel 8.2 bør det være mulig for tilsynet å utforme nye eller justerte skadehypoteser dersom informasjonen som kommer frem gjennom markedsetterforskningen tilsier det. I slike tilfeller bør de involverte partene holdes orientert, og det bør være mulig å komme med innspill på eventuelle nye skadehypoteser. Slike innspill kan gi verdifull informasjon som er relevant for utredningen av faktagrunnlaget i saken. Åpenhet og dialog med markedsaktørene underveis i prosessen kan dermed bidra til å sikre forsvarlig utredning av saken, i samsvar med regelen i forvaltningsloven § 17 første ledd. Siden en markedsetterforskning ikke gjelder en undersøkelse av mulige lovbrudd er det i utgangspunktet ikke risiko for skade eller fare for

etterforskningen, til forskjell fra vurderingen som gjøres etter konkurranseloven § 26 tredje ledd. Konkurransetilsynet vil dermed fra starten av en markedsetterforskning kunne legge opp til en mer åpen og inkluderende prosess enn i overtredelsessakene. Også reglene om forvaltningens informasjonsplikt i § 17 annet og tredje ledd komme til anvendelse.

For å vurdere om vilkåret for inngrep er oppfylt må Konkurransetilsynet vurdere den faktiske situasjonen i markedet opp mot en alternativsituasjon. Det er departementets vurdering at alternativsituasjonen bør være et marked med velfungerende konkurranse. Dette betyr ikke nødvendigvis et marked som fungerer «perfekt» i økonomisk forstand, men et marked hvor de identifiserte omstendighetene eller den påviste adferden som begrenser konkurransen ikke eksisterer.⁴⁸

I vurderingen av om det foreligger omstendigheter eller adferd som vesentlig begrenser eller er egnet til vesentlig å begrense konkurransen er det også relevant for Konkurransetilsynet å se hen til forhold som motvirker en konkurranseskade, for eksempel effektivitetsgevinster knyttet til omstendighetene eller adferden som er gjenstand for markedsetterforskningen.⁴⁹ Dersom tilsynet konkluderer med at det foreligger en vesentlig begrensning av konkurransen til tross for at det eksisterer enkelte effektivitetsgevinster, vil gevinstene kunne være relevante å hensynta i vurderingen av hvilke avhjelpende tiltak som er nødvendige og forholdsmessige, jf. kapittel **Feil! Fant ikke referanseilden..2**

I tillegg til effektivitetsgevinster vil det også være relevant å vurdere andre forhold som kan motvirke utøvelse av markedsmakt, som for eksempel etableringshindringer og graden av kjøpermakt.

8.3.3 Beviskrav

Utgangspunktet i norsk rett er at domstolskontroll med administrative vedtak behandles etter tvistelovens regler, der hovedregelen er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dette innebærer at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn.

I noen tilfeller angir hjemmelsloven for det enkelte forvaltningsvedtak et avvikende beviskrav, eller dette kommer frem ved en tolkning av loven sammenholdt med forarbeidene. Dersom beviskravet ikke er lovregulert, er utgangspunktet at det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt legges til grunn.⁵⁰

I forarbeidene til gjeldende konkurranselov redegjøres det nærmere for hva som kan begrunne at det skal gjøres unntak fra utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁵¹ Det vises til at avvik fra hovedregelen forekommer på enkelte rettsområder hvor særlige hensyn taler for et strengere beviskrav. Dette vil gjelde i sakstyper

⁴⁸ Ibid. Se side 68.

⁴⁹ Ibid. Se side 68.

⁵⁰ Se blant annet NOU 2003:15 Fra bot til bedring, side 81, NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov, side 66, samt Rt. 1999, side 14.

⁵¹ Se NOU 2003: 12 Ny konkurranselov, kapittel 6.4.4.

der uriktig dom i en retning er verre enn uriktig dom i motsatt retning, eller der kjensgjerninger vil stille en part i et uheldig lys.

Pålegg om avhjelpende tiltak i medhold av utkastet § 42 vil ikke være pønalt begrunnet og har ikke karakter av straff. Et viktig formål med vedtaket vil være å legge til rette for velfungerende konkurranse fremover, og vedtaket vil ikke utgjøre en administrativ sanksjon⁵²

Det foreligger ikke særlige hensyn som tilsier avvik fra hovedregelen i sivilprosessen. Departementet legger dermed til grunn av beviskravet for vedtak om avhjelpende tiltak som pålegges i forlengelsen av en markedsetterforskning vil være alminnelig sannsynlighetsovervekt. Departementet legger dermed til grunn at beviskravet blir tilsvarende som ved pålegg etter konkurranseloven § 12 første ledd. For midlertidige vedtak vil det imidlertid gjelde et lavere beviskrav.⁵³ Begrunnelsen for dette er at et midlertidig vedtak vil fungere som en sikkerhetsventil, frem til saken er tilstrekkelig utredet slik at eventuelt vedtak om avhjelpende tiltak kan fattes. En vurdering av om det skal fattes midlertidig vedtak må dermed foretas på bakgrunn av de opplysningene som foreligger på tidspunktet for det midlertidige vedtaket, hvor saken ikke er fullt utredet.

8.4 Nærmere om formene for avhjelpende tiltak

8.4.1 Overordnede hensyn

Den største endringen som foreslås er å gi Konkurransetilsynet, etter å ha innhentet informasjon og gjennomført en grundig analyse av konkurransesituasjonen i det aktuelle markedet, adgang til å vedta egnede tiltak som kan bidra til å løse konkurranseproblemer.

Et sentralt spørsmål er hva slags vedtak Konkurransetilsynet skal ha anledning til å treffe, herunder om det skal være mulig å treffe vedtak om strukturelle tiltak. Hvor vidtgående vedtakskompetansen blir vil etter departementets syn ha betydning for hvor terskelen for igangsettelse av markedsetterforskning skal legges, og for hvordan terskelen for avhjelpende tiltak skal reguleres. Det vil også ha betydning for utformingen av saksbehandlingsreglene og berørte foretaks rettigheter under markedsetterforskningen.

Det er avgjørende at tiltakene er forholdsmessige. I praksis innebærer det at et tiltak må være effektivt for å motvirke den underliggende konkurranseutfordringen, samtidig som det ikke er mer inngripende enn det som er nødvendig for å motvirke konkurranseutfordringen. Videre er det viktig å legge til rette for at de avhjelpende tiltakene som innføres, overvåkes og håndheves på en effektiv måte.

⁵² Se NOU 2003:15 Fra bot til bedring, kapittel 9.4, side 141, forvaltningsloven § 43 annet ledd, samt Prop. 62 L (2015–2016) Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner).

⁵³ Se eksempelvis departementets avgjørelse i sak om klage på Konkurransetilsynets vedtak V2013-6 [KT-2013-6V] – midlertidig pålegg om opphør av samarbeidsavtalen mellom ICA Norge AS og Norgesgruppen ASA, avsnitt 8.3.2.3.

8.4.1.1 Helhetlig perspektiv på konkurranseutfordringer, mulige tiltak og løsninger

De fleste markeder er komplekse, og hvordan et marked fungerer påvirkes av en rekke ulike forhold. Ved innføring av tiltak for å avhjelpe konkurranseproblemer er det derfor viktig at Konkurransetilsynet foretar en helhetsvurdering av om tiltaket totalt sett fremmer konkurransen og bidrar til effektiv ressursbruk til det beste for forbrukerne. Et tiltak kan for eksempel tilsynelatende ha positive virkninger for konkurransen på kort sikt, men samtidig føre til at markedsaktørenes insentiv til å investere eller utvikle nye og innovative produkter svekkes. I slike tilfeller må Konkurransetilsynet veie disse hensynene opp mot hverandre, og basere vedtaket på hvilke effekter det er sannsynlig at tiltaket vil ha for konkurransen i markedet og dermed effektiv ressursbruk.

I denne sammenheng er vurderingen av om markedsaktørenes adferd skaper spesifikke effektivitetsgevinster relevant. Vurderingen av effektivitetsgevinster bør ta utgangspunkt i fremgangsmåten for tilsvarende analyser i tilknytning til fusjonskontroll og håndheving av forbudsbestemmelsene. Det innebærer at det først og fremst vil være relevant å vurdere samfunnsøkonomiske gevinster som kan dokumenteres, kommer kundene til gode og som ikke kan oppnås på andre måter etter at det aktuelle tiltaket er iverksatt. I denne vurderingen vil det også være relevant å undersøke om det pålagte tiltaket kan ha negative virkninger for markedsaktørenes adferd eller hindre dem i å realisere effektivitetsgevinster.

For å få kartlagt slike forhold er det viktig at Konkurransetilsynet fra starten av en markedsetterforskning legger opp til en åpen og inkluderende dialog og prosess med berørte markedsaktører. Ved gjennomføring av en markedsetterforskning innebærer dette at tilsynet på et tidlig stadium bør vise åpenhet og legge opp til dialog med relevante aktører om sentrale sider ved etterforskningen, herunder relevante skadehypoteser, utformingen av avhjelpende tiltak og betydningen av effektivitetsgevinster.

Et avhjelpende tiltak bør knyttes til skadehypotesen som danner grunnlag for konkurransebekymringen markedsetterforskningen retter seg mot, jf. kapittel 8.2-8.3. Ulike skadehypoteser aktualiserer på den måten forskjellige avhjelpende tiltak. I tillegg til vedtak om adferdsmessige tiltak eller strukturelle tiltak rettet mot foretak, kan dette være anbefalinger til relevante myndigheter om regelverksendringer, anbefaling til Nærings- og Fiskeridepartementet om å vedta forskrift i medhold av konkurranseloven § 14, eller andre regelverksendringer.

8.4.1.2 Forholdsmessighet

Ettersom ethvert pålegg som innsnevrer foretakenes frihet til å innordne sine forretninger og aktiviteter, og til å forvalte sine eiendeler, til en viss grad vil være inngripende, bør det stilles krav til at tiltakene er nødvendige og forholdsmessige. At tiltak anses nødvendig vil ofte allerede følge av at inngrepsterskelen er oppfylt og at tiltaket er egnet til å avhjelpe konkurransebegrensningen. Imidlertid må konkurransemyndighetene også ta hensyn til den forventede markedsutviklingen og eventuelle andre relevante forhold. Dersom det er sannsynlig at markedet vil kunne reparere seg selv, kan det tenkes at det vil være unødvendig å pålegge tiltak (ref. kapittel 8.3.2).

Dersom det foreligger mindre inngripende alternativer, skal konkurransemyndighetene velge dette. Dette er blant annet reflektert i lovforslaget § 42 første ledd andre punktum,

som foreslår at Konkurransetilsynet skal kunne vedta pålegg om ethvert tiltak som er «[n]ødvendig for å eliminere eller redusere begrensningen av konkurransen.» Pålagte tiltak kan med andre ord ikke gå lenger enn at eventuelle negative effekter blir veiet opp av de positive konkurransemessige effektene. Denne formuleringen innebærer også at det ikke er et krav for å kunne iverksette tiltak at konkurransebegrensningen kan elimineres fullstendig. Selv om det skulle eksistere slike tiltak, kan de ikke pålegges dersom de ikke er forholdsmessige i snever forstand. I slike tilfeller kan det bli aktuelt med tiltak som kun *reduserer* konkurransebegrensningen uten å fjerne den fullstendig. Det må dermed gjøres en avveining mellom de positive og negative virkningene av tiltakene som vurderes, herunder hvor byrdefullt dette inngrepet er overfor foretak som rammes, og det må særlig vurderes om andre mindre inngripende virkemidler kan avhjelpe konkurranseutfordringene like eller tilnærmet like effektivt. For tiltak som kan karakteriseres som *strukturelle* kan denne forholdsmessighetsvurderingen bli sentral.

Spørsmålet om forholdsmessighet blir særlig aktuelt når den konkrete myndighetsutøvelsen markedsetterforskningsverktøyet gir, knyttes opp mot rettigheter som følger av Grunnloven og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), nærmere bestemt Grunnloven §§ 97, 105 og 113, og EMK første tilleggsprotokoll artikkel 1 (EMK P1-1) som er omtalt over i kapittel 4.6.2 til 4.6.4.⁵⁴ Tiltak som griper inn i rettigheter som følger av disse bestemmelsene *må* være forholdsmessige, jf. praksis fra Høyesterett og Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). Hvilken forholdsmessighetslære et gitt inngrep må vurderes etter, kan imidlertid avhenge av hvilken regel det aktuelle inngrepet støter an mot. Som gjennomgangen i kapittel 4.6.1 til 4.6.3 ovenfor viser, vil spørsmålet om et tiltak er i tråd med Grunnloven eller folkeretten avhenge av om tiltaket må anses som et inngrep, og deretter hvilken rettighet tiltaket griper inn i, måten det griper inn på, og hvor alvorlig inngrepet er sett i sammenheng med formålet med inngrepet.

I noen tilfeller vil det være krevende å slå fast hvorvidt et tiltak skal karakteriseres som *adferdsmessig* eller *strukturelt*. Etter departementets syn må dette spørsmålet, dersom en distinksjon skal ha noen rettslig betydning, avgjøres etter en konkret vurdering. Det kan også være krevende å trekke opp et operasjonelt skille mellom inngrep som skal vurderes etter for eksempel Grunnloven §§ 97 eller 105, eller EMK P1-1, ettersom disse reglene er bredt formulert, og til en viss grad overlapper i virkeområde. Det er heller ikke noe prinsipielt i veien for at et tiltak rammes av disse bestemmelsene samtidig.

For spørsmålet om tilbakevirkning vil det som vist over i kapittel 4.6.2. særlig være et spørsmål om hvor sterkt tilbakevirkningselementet i et gitt tiltak er. For adferdsmessige tiltak (se kapittel 8.4.1 under) vil tilbakevirkningselementet trolig være begrenset, så lenge det kun er tale om å gi føringer for hvordan et foretak eller en gruppe av foretak kan agere i fremtiden. På den annen side kan et tiltak, uavhengig av om det inneholder et tilbakevirkningselement eller ikke, få betydning for et foretaks rettslige og faktiske disposisjonsmuligheter i egen eiendom. Det kan aktualisere Grunnloven § 105 eller EMK

⁵⁴ Se blant annet Rt. 2014 s. 1105 premiss 28, hvor førstvoterende antyder at det for inngrep i rettighetene og frihetene som kommer til uttrykk i Grunnloven gjelder en alminnelig forholdsmessighetsbegrensning.

P1-1. Videre er det slik at de bestemmelser om menneskerettigheter i Grunnloven som har sine motstykker i folkeretten skal «[t]olkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene.» Dette innebærer at en forholdsmessighetsvurdering av et gitt tiltak – dersom det representerer et inngrep – vil kunne variere avhengig av om den skjer med utgangspunkt i en Grunnlov- eller folkerettsregel, og at praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen kan få avgjørende betydning.

Som vist over, er det for ekspropriasjonstilfellene ikke nødvendig å avklare hva slags *norm* det aktuelle inngrepet skal vurderes i lys av for å slå fast grunnlovsmessigheten av inngrepet. En problemstilling som derimot kan oppstå, er hvorvidt et tiltak som kan subsumeres som en rådhetsinnskrenkning i eiendom, slik begrepet forstås i § 105, vil være «til offentlig bruk», ettersom *formålet* med innskrenkningen er å ivareta samfunnets interesse i virksom konkurranse.

For strukturelle tiltak (se kapittel 8.4.2) kan tilbakevirkningselementet bli betydelig, selv om tiltaket ikke rammes av § 105, enten fordi det ikke er tale om å «avgi» eiendom, eller at en eventuell avgivelse ikke er «til offentlig bruk». Dersom et strukturelt tiltak for eksempel innebærer å pålegge et foretak å selge hele ut en del av foretaket (enten i form av et datterselskap eller som en del av foretakets virksomhet) fordi en gitt selskapsstruktur eller måte å agere i markedet på viser seg å ha vesentlige konkurransebegrensende virkninger, vil dette tiltaket kunne regnes som egentlig tilbakevirkning, ettersom det kan beskrives som en pålagt byrde til tidligere gjennomførte handlinger. De aktuelle handlingene i et slikt tilfelle vil være disposisjonene som førte til at rettsposisjonen eller eierskapet ble etablert. Dersom et tiltak blir ansett som slik egentlig tilbakevirkning, kan tiltaket enten måtte avvises som grunnlovsstridig, eller måtte vurderes etter den strenge normen etablert i Rt. 2006 s. 293 (Arves trafikkskole) som krever at slik tilbakevirkning – dersom den skal aksepteres – må rettferdiggjøres av «sterke samfunnsmessige hensyn».

På den annen side hersker det til en viss grad enighet om – både i rettspraksis og juridisk teori – at myndighetene må ha en viss mulighet til å gripe inn i etablerte rettsposisjoner for å ivareta samfunnsmessige hensyn. På samme måte som myndighetene har mulighet til å regulere privat eller kommersiell praksis som ble startet opp og etablert på legitime og lovlige premisser, men som på et senere tidspunkt – eksempelvis etter en utvikling i vitenskapelige metoder og kunnskap – viser seg å ha skadelige virkninger, mener departementet at det burde være mulighet til å reagere overfor strukturer eller adferd som etter en grundig analyse viser seg å ha skadelige virkninger for samfunnet.

8.4.2 Særlig om adferdsmessige tiltak

Adferdsmessige tiltak tar sikte på å regulere et foretaks adferd og kan overordnet deles i 1) tiltak som legger til rette for konkurranse og 2) adferdskontrollerende tiltak som forhindrer forstyrrelser i konkurransen. Tilretteleggende tiltak kan f.eks. være en forpliktelse til å gi tilgang til fasiliteter, leveringsforpliktelser, begrense virkninger av vertikale bindinger,

forby koblingssalg, og bruk av kontraktvilkår. Kontrollerende tiltak kan være å begrense informasjonsutveksling, tilpasse kundeforhold og andre begrensninger i en bedrifts adferd.

Dersom konkurransemyndighetene konkluderer med at det er grunnlag for å gripe inn i et marked, er det departementets vurdering at det bør være mulig å pålegge adferdsregulerende tiltak. Avhengig av hvilke omstendigheter som anses å begrense konkurransen, kan de aktuelle tiltakene være alt fra justeringer i virksomheten til mer omfattende praksisendring. Valg av tiltak må være gjenstand for en forholdsmessighetsvurdering jf. kapittel 8.4.1.2.

Som nevnt over i kapittel 7.2.1 kan pålegg om avhjelpende tiltak være hensiktsmessig dersom det oppstår konkurranseproblemer som ikke direkte er knyttet til markedsaktørenes adferd. Eksempler på slike forhold er stordriftsfordeler, nettverkseffekter, asymmetrisk informasjon og byttekostnader.

I markeder som er kjennetegnet av de to førstnevnte forholdene vil det ofte kunne være høye etableringshindringer. Det vil kunne være fare for at slike markeder utvikler seg i en konkurransebegrensende retning, og i enkelte tilfeller kan markedet tippe slik at få aktører opererer i et marked hvor barrierene for å etablere seg er for høye til at effektiv konkurranse kan etableres eller opprettholdes. I slike markeder vil hensikten med et avhjelpende tiltak som regel være å legge til rette for at nye aktører kommer inn eller at aktører ikke forlater markedet. Tiltak som legger til rette for dette kan være knyttet til produktenes eller tjenestenes interoperabilitet eller tilgang til nødvendige innsatsfaktorer som data, grensesnitt, lisenser eller distribusjonsnettverk.⁵⁵

I vurderingen av om slike tiltak er egnet for å hindre en vesentlig konkurransebegrensning er det imidlertid også viktig at Konkurransetilsynet tar med i vurderingen at eksistensen av stordriftsfordeler og nettverkseffekter, samt tilgang til informasjon om et høyt antall kunder (data), også kan være effektivitetsfremmende. Sistnevnte kan for eksempel innebære at store bedrifter tilbyr bedre produkter som er tilpasset behovene i ulike kundesegmenter. Det er derfor viktig at tilsynet legger til rette for at tiltaket avhjelper konkurranseproblemet samtidig som at slike effektivitetsfremmende elementer ikke hindres eller reduseres.

Store bedrifter vil kunne hevde at eierskap til data er en konsekvens av målrettede investeringer, og at et pålegg om å gi øvrige aktører tilgang vil frata dem en rettmessig konkurransefordel. Konkurransetilsynet bør ved utforming av avhjelpende tiltak også ta hensyn til slike mekanismer, for eksempel ved at det legges til rette for at aktøren med eierskap til data og informasjon får en rimelig kompensasjon fra konkurrenter som får tilgang.

Når det gjelder konkurransebegrensende virkninger med opphav i byttekostnader eller informasjonsasymmetri, kan adferdsmessige tiltak for eksempel inkludere endringer i avtalebestemmelser eller forpliktelser til å opplyse om produktkarakteristika (priser,

⁵⁵ Tiltak som sikrer tilgang til data har blant annet blitt benyttet av britiske konkurransemyndigheter, også i markeder som ikke er tungt preget av digitalisering.

produktkvalitet osv.) Slike tiltak vil vanligvis kunne utformes uten at det fører til utilsiktede konsekvenser for markedsaktørene eller forbrukere.

Adferdsmessige tiltak kan også være aktuelt dersom en konkurransebegrensning har sitt opphav i adferd fra markedsaktørene som ikke rammes av konkurranseloven §§ 10 og/eller 11, for eksempel dersom bruken av algoritmer legger til rette for stilltiende samarbeid.

Andre eksempler på adferdsmessige tiltak kan være tilgang til data, grensesnitt, nettverk eller andre fasiliteter, tildeling av IPR-lisenser, leveringsforpliktelser, forpliktelser til å etablere åpne normer og standarder, rapporteringsplikt om fremtidige foretakssammenslutninger eller krav til visse typer kontrakter/avtalebestemmelser.

Som det fremgår i punkt **Feil! Fant ikke referansekilden.**, er det viktig å legge til rette for at et avhjelpende tiltak er effektivt. En ulempe med adferdsregulerende tiltak er at de som oftest krever en form for kontroll med etterlevelsen, noe som kan være ressurskrevende.

8.4.3 Særlig om strukturelle tiltak

Strukturelle tiltak er typisk engangstiltak som tar sikte på å gjenoppbygge konkurransestructuren i et marked. De relaterer seg normalt til salg av virksomhet eller deler av virksomhet, eiendeler eller andre rettigheter, herunder salg av immaterielle rettigheter. Strukturelle tiltak tar sikte på å løse eller avbøte på konkurranseproblemene ved å bygge opp en ny konkurrent eller styrke en eksisterende aktør for å ivareta konkurransen i markedet.⁵⁶ Slike tiltak brukes i dag som avhjelpende tiltak i saker om kontroll med foretakssammenslutninger jf. konkurranseloven § 16 andre ledd.

Strukturelle tiltak blir ofte ansett som mer inngripende enn adferdsmessige tiltak, blant annet fordi de griper inn i etablerte rettsposisjoner. Hvorvidt strukturelle tiltak i et gitt tilfelle er mer eller mindre inngripende enn et adferdsmessig tiltak må imidlertid vurderes konkret. Strukturelle tiltak kan i dag pålegges både i fusjonssaker og i overtredelsessaker. I fusjonssaker er strukturelle tiltak i utgangspunktet det foretrukne avhjelpende tiltaket. Særlig gjelder dette i horisontale saker, dvs. at de fusjonerende foretakene er faktiske eller potensielle konkurrenter. I fusjonssaker vil tiltak være aktuelt dersom transaksjonen anses å være tilstrekkelig skadelig for konkurransen, og alternativet vil være å forby partene å gjennomføre fusjonen. Det er partene som må komme med forslag om tiltak, herunder hvilke deler av virksomheten eller eiendeler de eventuelt kan selge. Det er partene som bestemmer om verdien av å få godkjent foretakssammenslutningen oppveier ulempen ved tiltaket. Et avhjelpende tiltak i en fusjonssak som innebærer salg av en del av virksomheten, vil derfor kunne oppleves mindre inngripende enn når slikt salg blir ensidig bestemt av konkurransemyndighetene. Videre handler fusjonskontrollen nettopp om strukturendringer, der transaksjonen typisk fører til at det blir én mindre aktør i et marked. Det er dermed naturlig at det ofte er strukturelle tiltak, som legger til rette for etablering av en ny

⁵⁶ OECD (2011). *Policy Roundtables. Remedies in Merger Cases 2011*. Kan lastes ned herfra: <https://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>

konkurrent eller styrker en eksisterende konkurrent, som er mest egnet til å avhjelpe et konkurranseproblem.

I overtredelsessaker er det annerledes. Strukturelle tiltak kan bare ilegges hvis adferdsregulerende tiltak ikke er tilstrekkelig, eller det er mindre inngripende for foretaket. I forbindelse med utformingen av dagens konkurranselov, ble det vurdert om tilsynet skulle ha kompetanse til å pålegge strukturelle tiltak for brudd på forbudsbestemmelsene. Departementet konkluderte med at det var et konkurransepolitisk behov for å treffe strukturelle tiltak fordi «visse typer ulovlige konkurransereguleringer kan være direkte foranlediget av foretakets strukturelle organisering». Det ble også vist til at

«Atferdsregulerende tiltak har til hensikt å bestemme og kontrollere bedriftens atferd, og dermed sikre at bedriften opptrer i samsvar med lovens bestemmelser. Strukturelle tiltak søker å endre bedriftens strukturelle organisering og på denne måten sikre ønsket atferd gjennom at bedriften forfølger sine egne økonomiske interesser. Denne forskjellen har stor betydning for konkurransemyndighetenes håndheving av eventuelle pålegg. Mens atferdsregulerende tiltak krever kontinuerlig oppfølging, vil strukturelle tiltak normalt fungere uten at konkurransemyndighetene behøver detaljert kjennskap til bedriftens aktiviteter. Derfor fremstår strukturelle tiltak som mer effektive enn tilsvarende atferdsregulerende tiltak»⁵⁷

Departementet anerkjente samtidig at det er et inngripende virkemiddel, og presiserte at konkurransemyndighetene bør bestrebe og iverksette tiltak som ikke er unødig tyngende for de involverte foretak. Det ble understreket at strukturelle tiltak derfor bare bør benyttes ved overtredelser der det er en vesentlig fare for vedvarende eller gjentatte overtredelser, som følge av strukturen til det eller de aktuelle foretak.

Når spørsmålet nå melder seg på nytt, er det med en viktig forskjell fra overtredelsessakene: foretakene har ikke begått lovbrudd, men forholdt seg til gjeldende rett. Dermed kan strukturelle tiltak fremstå som desto mer inngripende. En markedsetterforsknings sak skiller seg også fra fusjonskontrollen, som har mer preg av frivillighet jf. over. På den annen side, kan det på tilsvarende måte være tilfeller der adferdsmessige tiltak ikke er tilstrekkelig til å løse problemene som er avdekket under markedsetterforskningen. Der konkurranseutfordringene er strukturelle, og adferdsmessige tiltak ikke avbøter problemet, vil det være uheldig hvis Konkurransetilsynet ikke har kompetanse til å treffe strukturelle tiltak. Samtidig kan strukturelle tiltak være mer fordelaktige enn adferdsmessige tiltak, fordi førstnevnte fører til en varig endring i markedsstruktur og bedriftenes insentiver. I enkelte tilfeller kan strukturelle tiltak også være fordelaktig for markedsaktørene, fordi et foretak får full fleksibilitet i sin markedstilpasning etter at tiltaket er innført.⁵⁸

⁵⁷ Ot.prp nr 6 (2003-2004) punkt 6.6.4 <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/otprp-nr-6-2003-2004-/id127943/?ch=6#kap6-6>

⁵⁸ Heike Schweitzer (2020). *The New Competition Tool: Its institutional set up and procedural design*. Side 37. Ekspertutredning på oppdrag for Europakommisjonen. Kan lastes ned herfra: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0420574enn.pdf.

Etter departementets vurdering bør derfor strukturelle tiltak være en del av tilsynets verktøykasse. Imidlertid bør det gjelde samme begrensning som etter konkurranseloven § 12, nemlig at det kun kan bestemmes dersom adferdsregulerende tiltak ikke er tilstrekkelig.

Både Storbritannia og Island har gitt sine konkurransemyndigheter kompetanse til å treffe strukturelle tiltak i markedsetterforskningen. I Storbritannia skal konkurransemyndighetene, i valget mellom strukturelle og adferdsmessige tiltak, vurdere om virkningene av det enkelte tiltaket vil være tidsnok og tilstrekkelig omfattende til å løse konkurranseutfordringen.⁵⁹ CMA har kun ilagt strukturelle tiltak i to markedsetterforskningssaker. Den ene saken gjaldt markedsetterforskning av flyplassmarkedet (2009). Salg av Gatwick og Stansted, samt en flyplass i Skottland, ble besluttet som del av tiltakspakken. Strukturelle tiltak (salg av sykehus) ble også besluttet i en etterforskning av private helsetjenester, men dette ble omgjort i klageomgangen fordi det ble ansett å være uforholdsmessig. Antallet saker viser at det i praksis ikke er et mye brukt virkemiddel og at adferdsmessige tiltak ofte vil være egnet og tilstrekkelige.

På Island har konkurransemyndighetene adgang til å ilegge ethvert tiltak («any measure that is necessary to enhance competition, put an end to violations or respond to actions of public entities that may adversely affect competition.») Dette omfatter strukturelle tiltak. Som nevnt i kapittel 5.3 har Island begrenset erfaring med bruk av markedsetterforskningsverktøyet, og det er ikke pålagt noen tiltak.

I Tyskland er det også foreslått at det kan pålegges «eierskapsrettslige tiltak», herunder å selge aksjer eller eiendeler. Siden oppdeling av foretak utgjør et betydelig inngrep i virksomhetsfriheten og strukturene i en næringssektor, og kan pålegges uavhengig av overtredelser av konkurransereglene, er dette tiltaket fastsatt som et siste virkemiddel. Dette gjenspeiles i en strengere terskel for anvendelse – det kreves at tiltaket eliminerer eller betydelig reduserer den påviste konkurranseforstyrrelsen.

Internasjonalt kan det også spores en økt vilje til å gripe inn med strukturelle tiltak mer generelt. I OECD-sammenheng har det blant annet nylig vært diskutert hvorvidt konkurransemyndigheter bør ha mulighet til å gripe inn mot allerede gjennomførte foretakssammenslutninger hvis de viser seg å ha konkurransebegrensende virkninger.⁶⁰ Videre har amerikanske konkurransemyndigheter nylig tatt ut søksmål mot Google med sikte på å dele opp selskapet, mens EU i fortalen til direktivet om en mer effektiv nasjonal håndheving av EU-traktatens konkurranselovgivning viser til at det er viktig for nasjonale

⁵⁹ Competition Commission (2013). *Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment, and remedies*. Sist oppdatert 2017. Se side 84, avsnitt 385 flg. Kan lastes ned herfra: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284390/c3_revised.pdf.

⁶⁰ Se blant annet OECD (2022). *Disentangling Consummated Mergers: Experiences and Challenges*, OECD Competition Policy Roundtable Background Note. Kan lastes ned herfra: <http://www.oecd.org/daf/competition/disentangling-consummated-mergers-experiences-and-challenges-2022.pdf>

konkurransemyndigheter å kunne pålegge strukturelle tiltak ved brudd på forbudsbestemmelsene.⁶¹

Dersom konkurransemyndighetene skal ha kompetanse til å treffe strukturelle vedtak, må det også tas hensyn til fusjonskontrollen. Europakommisjonen har for eksempel eksklusiv kompetanse til å behandle foretakssammenslutninger som faller inn under fusjonsforordningen. Dersom norske konkurransemyndigheter, kort tid etter at en foretakssammenslutning godkjennes av Kommisjonen, bestemmer at det samme fusjonerte foretaket skal deles opp igjen, ville det kunne undergrave fusjonsforordningen. Det vil også være lite forutberegnelig og stride mot partenes berettigede forventninger dersom en foretakssammenslutning godkjennes av Konkurransetilsynet, men like etterpå reverseres i en markedsetterforskning. Etter departementets syn bør det derfor ikke være anledning til å pålegge salg eller oppløsning av det samme foretaket innen en nærmere bestemt periode etter at Konkurransetilsynet, Konkurranseskjennemnda eller domstolene har avsluttet behandlingen av en sak om foretakssammenslutning. En slik begrensning er også foreslått i Tyskland, der det skal gjelde en minimumsperiode på fem år mellom godkjenning og pålegg om strukturelle tiltak.

Departementet foreslår etter dette at Konkurransetilsynet gis adgang til å pålegge strukturelle tiltak. Etter departementets syn bør strukturelle tiltak imidlertid være siste løsning, og kun dersom adferdsmessige vedtak ikke er egnet. Dette bør i så fall tydeliggjøres i loven. Terskelen for inngrep beskrives nærmere i kapittel 8.3.

8.4.4 Forslag om avhjelpende tiltak fra partene

Etter departementets vurdering bør det være mulig for aktørene som en markedsetterforskning retter seg mot, å foreslå avhjelpende tiltak. Dette vil kunne bidra til effektivisering av markedsetterforskningen, hvor man sparer prosesskostnader både for markedsaktørene og for forvaltningen.

Til sammenligning skal pålegg om avhjelpende tiltak i mulige overtredelsessaker, jf. konkurranseloven § 12 tredje ledd, bidra til å effektivisere håndhevingen av konkurranselovens forbudsbestemmelser og ivareta fremtidig konkurranse. I disse tilfellene har både foretakene og Konkurransetilsynet mulighet til å spare ressurser gjennom en betydelig forenkling og nedkorting av saksbehandlingen.⁶² I tillegg vil det være en fordel for foretakene at Konkurransetilsynet ikke vil gå videre med saken med sikte på å avdekke en overtredelse.

De samme hensyn gjør seg til dels gjeldende i markedsetterforskningsaker. Også i slike saker vil partenes adgang til å foreslå avhjelpende tiltak kunne virke ressursbesparende samt

⁶¹ Directive (EU) of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market. Se side 11, avsnitt 37. Kan lastes ned herfra: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0001&from=EN>

⁶² Prop. 75 L (2012-2013) Endringer i konkurranseloven. Se side 27. Kan lastes ned herfra: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop-75-l-20122013/id717124/>.

gi partene større mulighet til å påvirke hvilke løsninger som velges. Tilsynet må foreta en selvstendig vurdering av hvorvidt tiltaket vil være nødvendige for å eliminere eller redusere begrensningen av konkurransen, selv om foretaket foreslår de avhjelpende tiltakene frivillig. Saken må dermed være tilstrekkelig utredet, slik at det foreligger et godt grunnlag for denne vurderingen.

Etter departementets vurdering bør det ikke være noen utfyllende oppregning av hvilke tiltak partene kan foreslå. Dette må vurderes konkret i den enkelte sak. Dersom Konkurransetilsynet ikke får kompetanse til å pålegge strukturelle tiltak, bør markedsaktørene likevel ha adgang til å tilby dem og få dem stadfestet ved et pålegg. Det kan også tenkes tilfeller der strukturelle tiltak vil være mindre inngripende overfor et foretak enn adferdsmessige tiltak, slik at partene vil foretrekke dette. Partene kan også foreslå at det oppnevnes forvalter.

Det er opp til Konkurransetilsynet å vurdere om de tilbudte tiltakene er egnet til å møte konkurransebekymringene. Tiltakene bør være effektive, og de bør kunne implementeres innen en kort tidsperiode. Det kan være naturlig å se hen til Europakommisjonens retningslinjer om avhjelpende tiltak i fusjonssaker,⁶³ så langt de passer. Imidlertid bør det ikke være noen generell preferanse for strukturelle tiltak, slik som det er i fusjonssaker.⁶⁴

Det vil normalt ikke være nødvendig å sende forhåndsvarsel etter forvaltningsloven § 16 før det treffes vedtak som gjør forslag om avhjelpende tiltak bindende for foretaket etter § 42 tredje ledd. Det vises til at det er foretaket som kommer med forslag til avhjelpende tiltak og at varslingsplikten må anses ivaretatt ved at foretaket vil være i dialog med Konkurransetilsynet og i stor grad medvirker til utformingen av vedtaket. Denne vurderingen er sammenlignbar med vurderingen av at varslingsplikten ikke gjelder ved pålegg om avhjelpende tiltak som foreslås av partene etter konkurranseloven § 12 tredje ledd.⁶⁵

8.4.5 Midlertidig vedtak om avhjelpende tiltak

8.4.5.1 Partenes mulighet til å foreslå midlertidige avhjelpende tiltak

Midlertidige avhjelpende tiltak kan være en måte å legge til rette for relativt hurtige reaksjoner, som ilegges etter en foreløpig vurdering. Siden markedsetterforskningen ikke er fullført, vil det fremdeles gjenstå arbeid med å utrede årsakene til konkurransebegrensningen.

Et midlertidig avhjelpende tiltak kan gi mulighet til å analysere hvordan dette virker i praksis. På den måten kan man også bedre ivareta hensynet til presisjon, ved at man får

⁶³ Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004. Kan lastes ned herfra: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1022\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1022(01)&from=EN).

⁶⁴ Ibid. Se side 4, avsnitt 15.

⁶⁵ Prop. 75 L (2012-2013) Endringer i konkurranseloven. Se side 29, første kolonne. Kan lastes ned herfra: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop-75-l-20122013/id717124/>.

illustrert hvordan et midlertidig vedtak fungerer. Dette kan igjen gi grunnlag for en bedre vurdering av et mer varig pålegg. Slik kan anvendelsen av pålegg om midlertidige avhjelpende tiltak også bidra til at hensynet til forholdsmessighet blir ivaretatt på en bedre måte.

På denne bakgrunn foreslås det at partene skal ha adgang til å foreslå foreløpige tiltak som avhjelper konkurransebegrensningene. Dersom Konkurransetilsynet vedtar midlertidig pålegg om avhjelpende tiltak, som foreslått av partene, kan ikke tilsynet på eget grunnlag vedta avhjelpende tiltak i samme periode. Det vil ikke være nødvendig å sende forhåndsvarsel etter forvaltningsloven § 16 før det treffes vedtak som gjør forslag om midlertidig avhjelpende tiltak bindende for foretaket. Det vises til kapittel 8.4.4. over for en nærmere redegjørelse av begrunnelsen for dette.

Bruk av midlertidige avhjelpende tiltak kan føre til at fristen for endelige avhjelpende tiltak forlenges med 6 måneder, i samsvar med forslaget til regulering i § 42 andre ledd. En slik forlengelse kan være nødvendig for muligheten til å analysere hvordan vedtaket fungerer i praksis. Det er også grunn til å forvente at prosessen med å vedta midlertidige avhjelpende tiltak vil kreve ressurser, og at det dermed kan være behov for en forlengelse som sikrer tilstrekkelige ressurser til utrednings- og analysefasen av markedsetterforskningen.

8.4.5.2 Pålegg om midlertidige avhjelpende tiltak

Konkurransetilsynet har også adgang til å pålegge midlertidige avhjelpende tiltak i situasjoner hvor det ikke er partene som tar initiativet til dette, dersom slike tiltak vurderes "nødvendig», jf. utkastet til regulering § 42 andre ledd. Dette innebærer at det er risiko for at konkurransen skades dersom man venter til markedsetterforskningen er fullført før avhjelpende tiltak pålegges. Videre kan det også vurderes som nødvendig dersom midlertidig vedtak er en forutsetning for å bevare fremtidige valgmuligheter når det gjelder avhjelpende tiltak. Dette kan være aktuelt dersom midlertidig tiltak er nødvendig for å unngå mer inngripende tiltak etter gjennomført markedsetterforskning. Midlertidige tiltak kan også være nødvendig for å hindre pågående skade på konkurransen

Foreløpige pålegg kan gis ved behov for raske reaksjoner, men dette innebærer at det er begrenset med tid tilgjengelig for å utrede konkurransebegrensningene samt hvordan påleggene forventes å fungere. Som det redegjort for i kapittel 8.3.3 over, legges det dermed til grunn at det vil gjelde et lavere beviskrav for midlertidige vedtak.⁶⁶

Videre vil en prosess med illeggelse av midlertidige pålegg også kreve ressurser, og bruken av dette virkemiddelet gir sannsynligvis behov for å utvide fristen for endelige pålegg om avhjelpende tiltak med 6 måneder. Bruken av midlertidige pålegg begrenses dermed til særlige tilfeller hvor dette er nødvendig, og Konkurransetilsynet må gi en begrunnelse for denne vurderingen.

⁶⁶ Se eksempelvis departementets avgjørelse i sak om klage på Konkurransetilsynets vedtak V2013-6 [KT-2013-6V] – midlertidig pålegg om opphør av samarbeidsavtalen mellom ICA Norge AS og Norgesgruppen ASA, avsnitt 8.3.2.3.

9 Saksbehandlingen i markedsetterforskningsaker

9.1 Innledning

Konkurransetilsynets saksbehandling er underlagt de alminnelige reglene i forvaltningsloven. Et skille i forvaltningsloven går mellom generelle saksbehandlingsregler og de som kun gjelder i saker om enkeltvedtak. Blant de generelle reglene i forvaltningsloven, og som derfor i utgangspunktet vil gjelde på alle stadier i en markedsetterforskning, er regler om habilitet, veiledningsplikt, saksbehandlingstid, rett til å la seg bistå av advokat eller annen fullmektig, taushetsplikt, klage ved pålegg om å gi opplysninger og fremgangsmåte ved gransking.

Dersom det er aktuelt å treffe avhjelpende tiltak rettet mot en eller flere markedsaktører vil reglene som gjelder enkeltvedtak, slik som saksopplysning, varsel, underretning om vedtak, partsinnsyn og begrunnelse for vedtak, få anvendelse.

Konkurranseloven har egne bestemmelser om opplysningsplikt og gransking som er mer detaljerte og går lenger enn forvaltningslovens regler, se kapittel 9.2. I tillegg er det gitt enkelte særregler i konkurranseloven for bestemte sakstyper, om blant annet dokumentinnsyn i overtredelsessaker og egne frister for inngrep i saker om foretakssammenslutninger. Disse vil ikke behandles nærmere i dette notatet.

Under vil vi først kort behandle reglene om opplysningsplikt og utleveringsplikt, og spørsmålet om vernet mot tvungen selvinkriminering der det er mistanke om overtredelse av konkurranseloven. Vi vil så beskrive gjennomføringen av markedsetterforskningen med hovedvekt på hensynet til å skape en så forutsigbar og åpen prosess som mulig, jf. også beskrivelse av denne intensjonen i kapittel 8.3.2 over. Dersom Konkurransetilsynet, etter å ha innhentet og vurdert informasjon om markedet og dets aktører finner at det er grunnlag for å treffe vedtak om avhjelpende tiltak mot en eller flere aktører, kommer de alminnelige reglene i forvaltningsloven kapittel IV og VI til anvendelse. Vi vil knytte noen kommentarer til anvendelsen av disse i markedsetterforskningsaker.

9.2 Opplysningsplikt og utleveringsplikt

Ved siden av håndheving av forbudene mot konkurransebegrensende adferd og fusjonskontroll, fører Konkurransetilsynet generelt tilsyn med konkurranseforholdene i forskjellige markeder. Konkurransetilsynet har derfor vidtrekkende hjemler i konkurranseloven for å innhente informasjonen de trenger. Etter konkurranseloven § 24 første ledd plikter «enhver» å gi konkurransemyndighetene de opplysninger som disse myndighetene krever for «å kunne utføre sine gjøremål etter loven». Etter konkurranseloven § 24 annet ledd kan konkurransemyndighetene kreve utlevert «alle typer informasjon og bærere av slik informasjon» for gransking.

Opplysnings- og utleveringsplikten gjelder både fysiske og juridiske personer, og er ikke begrenset til parter i en sak. At konkurransemyndighetene kan pålegge enhver å gi opplysninger eller kreve utlevert informasjon for å utføre sine gjøremål etter loven, innebærer at det ikke er noe krav om at det foreligger en mistanke om overtredelse av loven

eller en pågående etterforskning av konkrete saker. Opplysnings- og utleveringsplikten gjelder både ved etterforskning av mulige overtredelser av loven og ved undersøkelser av pris- og markedsforhold ellers. I forarbeidene til gjeldende konkurranselov la departementet til grunn at konkurransemyndighetene har en vid skjønnsmargin ved avgjørelsen av om det er nødvendig å pålegge opplysningsplikt eller kreve utlevert informasjon. Det ble her blant annet vist til at et pålegg om opplysninger kan skje som ledd i en undersøkelse av markedsutviklingen i enkelte bransjer. Dette tilsier at opplysnings- og utleveringsplikten i forbindelse med markedsundersøkelser omfattes av plikten etter konkurranseloven § 24.

Den digitale utviklingen og de konkurransemessige utfordringer som skal analyseres vil ha betydning for informasjonsinnhenting. I noen tilfeller vil en effektiv analyse forutsette at det ikke bare gis tilgang til opplysninger, men at det også gis supplerende informasjon. Et eksempel gjelder analyse av algoritmeprising. For å vurdere algoritmenes bakgrunn og virkemåte vil det være behov for å forstå hvordan data samles inn og prosesseres, samt konkret hvordan algoritmene påvirker prisingen. Det kan da være hensiktsmessig med muntlig gjennomgang og forklaring, eventuelt i kombinasjon med skriftlige svar på informasjonspålegg. Slike gjennomganger vil noen ganger være nødvendig i forkant av den konkrete informasjonsinnhenting for å sikre at skriftlige pålegg utformes presist, slik at svarene gir helhetlig informasjon som er relevant for analysen.⁶⁷

I samsvar med forvaltningsloven § 14 kan det klages på pålegg om å gi opplysninger, og dette vil gjelde også i markedsetterforskningssaker. Det følger av forvaltningsloven § 14 at klagen må fremsettes straks dersom den pålegget gjelder er til stede, ellers innen 3 dager. Dersom det er påtrengende nødvendig kan forvaltningsorganet kreve at opplysningene gis før klagen er avgjort. Klagen følger den til enhver tid gjeldende klageordning for konkurransesaker, og en klage vil derfor behandles av Konkurranseskjennemnda.

9.2.1 Selvinkriminering

I saker hvor det er mistanke om overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser eller andre brudd på konkurranselovgivningen, vil det kunne være en konflikt mellom plikten til å gi opplysninger og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse (vernet mot tvungen selvinkriminering).

I utgangspunktet vil dette ikke skape problemer i markedsetterforskningssaker, fordi Konkurransetilsynet før de starter en markedsetterforskning skal ha foretatt en vurdering av at det ikke er aktuelt å starte en etterforskningssak i det aktuelle markedet. Dersom det er mistanke om at konkurranseproblemene skyldes overtredelse av enten konkurranseloven § 10 eller § 11 vil tilsynet i utgangspunktet starte en etterforskningssak, noe som også gir tilsynet mulighet til å foreta bevissikring. En avgjørelse om å starte en markedsetterforskning er imidlertid bygget på en foreløpig vurdering av markedet,

⁶⁷ Se for eksempel Heike Schweitzer (2020). *The New Competition Tool: Its institutional set up and procedural design*. Side 28. Ekspertutredning på oppdrag for Europakommisjonen. Kan lastes ned herfra: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0420574enn.pdf.

markedsaktørenes adferd og bakgrunnen for konkurranseproblemene. Det kan derfor ikke utelukkes at saken kan skifte karakter underveis, og at tilsynet får informasjon som tilsier at det kan foreligge en overtredelse av loven.

Etter departementets syn vil det i slike tilfeller være mest hensiktsmessig å overføre denne delen av markedsetterforskningsaken til overtredelsessporet. Dette er også en konsekvens av EØS-konkurranseloven § 7 første ledd, som er beskrevet i kapittel 6.2. Alternativt kan det åpnes overtredelsessak etter at markedsetterforskningsaken er avsluttet. I begge tilfeller oppstår det spørsmål om bruk av opplysninger innhentet i markedsetterforskningsaken til bruk i en overtredelsessak.

Dersom det oppstår mistanke om brudd på forbudsbestemmelsene må Konkurransetilsynet behandle dette på vanlig måte, og foreta en vurdering av om de ønsker å prioritere å avdekke en eventuell overtredelse. Dersom det kan være aktuelt å ilegge straffereaksjon eller overtredelsesgebyr må Konkurransetilsynet informere personer om selvinkrimineringsvernet, jf. forskrift 11. desember 2013 nr. 1491 om opplysningsplikt og bevissikring § 4. Denne bestemmelsen slår fast at det foreligger en slik informasjonsplikt før det gis pålegg om å avgi muntlig forklaring som ledd i Konkurransetilsynets undersøkelse av mulige overtredelser. Selvinkrimineringsvernet aktualiseres ved straffesaker eller saker som er «straffesaker» etter EMK. Overtredelsessaker etter konkurranseloven og EØS/EU-konkurransereglene er kvasi-straffesaker hvor selvinkrimineringsvernet får anvendelse.

Selvinkrimineringsvernet kan få betydning dersom man etter å ha gjennomført en markedsetterforskning kommer til at saken burde vært eller bør etterforskes som en adferdssak. Da kan det bli spørsmål om bruk av informasjon innhentet under markedsetterforskningen kan benyttes som bevis i den senere overtredelsessaken. Informasjon som eksisterer uavhengig av markedsetterforskningsaken og ble krevd utlevert kan benyttes uten restriksjoner. Slik informasjon kan også kreves i overtredelsessaker. Når det gjelder opplysninger som er gitt muntlig eller skriftlig i anledning markedsetterforskningen må dette vurderes konkret etter innhold og hvordan de ble gitt. Konkurransetilsynet må vurdere hvorvidt de skal gjøre oppmerksom på vernet mot selvinkriminering under innhenting av informasjon under markedsetterforskningen og hvilke konsekvenser det vil ha dersom dette ikke er gjort.

9.3 Forberedende fase

En markedsetterforskning vil som regel være en ressurskrevende og inngripende prosess både for aktørene i det markedet etterforskningen retter seg mot, men også for Konkurransetilsynet. Det kan dermed legges til grunn at Konkurransetilsynet i utgangspunktet ikke vil starte en markedsetterforskning uten tilstrekkelig kunnskap om markedet til å vurdere om det er slike konkurranseutfordringer at det er grunnlag for å åpne en markedsetterforskning, at en markedsetterforskning kan føre til tiltak som i tilstrekkelig stor grad vil avhjelpe konkurranseproblemene, og at ikke noen av de andre virkemidlene som etterforskning av mulige brudd på forbudsbestemmelsene, påpekning av

konkurranssevirkninger av offentlige tiltak eller forslag om lovreguleringer er bedre egnet til å løse problemene.

Før igangsettelsen av en markedsetterforskning kan det derfor forventes at det vil være en mer eller mindre omfattende fase med informasjonsinnhenting og vurdering av denne informasjonen internt i tilsynet. Dette er i tråd med det tilsynet allerede foretar seg i dag i markedsundersøkelser i forskjellige markeder, som kan munne ut i en rapport eller lignende eller som brukes som underlag i fremtidige saker. Det er viktig at tilsynet gjør en grundig vurdering i denne innledende og uformelle fasen slik at det ikke igangsettes markedsetterforskning, med de konsekvensene det får for markedsaktørene og samfunnet ellers der dette ikke er nødvendig eller hensiktsmessig. Dette kan også tale for at det innarbeides et "*vesentlighetskrav*" som en del av den materielle terskelen for oppstart. Departementet viser i denne sammenheng til kapittel 8.2, som omhandler terskelen for oppstart, der det bes om høringsinstansenes synspunkt på hvorvidt et slikt krav bør innarbeides.

I medhold av konkurranseloven § 24 har Konkurransetilsynet hjemmel til å pålegge opplysningsplikt ved alle sakstyper og på alle trinn i saksbehandlingen, det vil si også når tilsynet gjennomfører generelle markedsundersøkelser. Departementet legger til grunn at Konkurransetilsynet kan benytte hjemmelen for informasjonsinnhenting i konkurranseloven § 24 også for å fremskaffe informasjon om hvorvidt det er forhold i et marked som tilsier at konkurransen er begrenset eller står i fare for å bli begrenset.

Bakgrunnen for en slik undersøkelse kan også være at tilsynet har mottatt en eller flere henvendelser, eksempelvis fra markedsaktører, sektormyndigheter, interesseorganisasjoner eller forbrukere.

Som det fremgår i kapittel 5.4 er prosessen i England regulert slik at CMA eller en annen relevant sektormyndighet gjennomfører en markedsstudie før de eventuelt åpner en formell markedsetterforskning. Fordelen med en slik formalisert prosessuell to-delning er at man vil ha et fast system når det gjelder prosessen som leder til mulige markedsundersøkelser, og at dette kan styrke forutberegneligheten. Ulempene er imidlertid at dette kan bli unødig ressurskrevende og vil gi mindre rom for fleksibilitet. Det kan også føre til at selve utredningen av markeds situasjonen og de konkurransemessige utfordringene blir unødig tidkrevende. På denne bakgrunn foreslås det *ikke* at det stilles et formelt vilkår om at gjennomføring av en markedsstudie i forkant av en markedsetterforskning. Konkurransetilsynet kan likevel gjennomføre forberedende undersøkelser og i denne forbindelse pålegge opplysningsplikt i medhold av konkurranseloven § 24, slik det fremgår over.

9.4 Åpning av markedsetterforskning

9.4.1 Beslutning om å åpne markedsetterforskning

For å ta stilling til om det er grunnlag for å åpne en markedsetterforskning, er det nødvendig å utforme et beslutningsgrunnlag som redegjør nærmere for hva det er som tilsier at

konkurransen begrenses på en slik måte at en markedsetterforskning bør igangsettes. Innspillene fra høringen vil som nevnt i kapittel 9.4.2 tas inn i det videre arbeidet med beslutningsgrunnlaget. Dette grunnlaget skal redegjøre nærmere for faktiske forhold og økonomiske vurderinger som ligger til grunn for beslutningen. Nærmere bestemt skal beslutningsgrunnlaget inneholde informasjon om hvilke sektorer, hvilke aktører, og hvilke markeder som vil være gjenstand for markedsetterforskning. Denne redegjørelsen vil være på et overordnet nivå, og det stilles ikke krav til gjennomføring av en konkret markedsavgrensning. Redegjørelsen vil heller ikke begrense Konkurransetilsynets mulighet til å etterspørre informasjon fra andre relevante aktører når undersøkelsen er igangsatt. Videre må beslutningsgrunnlaget gi en foreløpig vurdering av hvilke konkurransebegrensninger som tilsier at markedsetterforskning bør gjennomføres, samt hvorvidt begrensningene synes å være relatert til strukturelle eller adferdsmessige forhold (eller begge).

9.4.2 Høringsprosess før beslutning om igangsetting:

En markedsetterforskning skiller seg fra overtredelsessaker ved at det i utgangspunktet ikke foreligger noen mistanke om overtredelse av konkurranselovgivningen og at den derfor ikke tar utgangspunkt i én eller flere aktørers adferd i markedet, men egenskaper ved markedet. Utgangspunktet for tilsynets arbeid blir derfor et annet enn i saker som går ut på å avdekke lovbrudd. I markedsetterforskningssaker er fokuset på å få mest mulig kunnskap om hvordan konkurransen i markedet fungerer og eventuelt finne egnede tiltak for å styrke denne. Dette tilsier en åpen og transparent prosess vis á vis markedsaktørene og andre interesserte.

Departementet foreslår derfor å lovfeste at Konkurransetilsynet skal gjennomføre en offentlig høring av utkast til beslutning før det treffer avgjørelse om å åpne en markedsundersøkelse. Dette vil gi markedsaktørene informasjon og gi dem mulighet til å gi innspill til Konkurransetilsynets foreløpige vurdering. Formålet med høringsprosessen er å bidra til utredning av beslutningsgrunnlaget, slik at Konkurransetilsynet har et så godt grunnlag som mulig ved avgjørelsen av om markedsetterforskning skal igangsettes og hva den i så fall skal omfatte. Aktører som ønsker å engasjere seg, og som mener de har informasjon og dokumentasjon som er relevant for beslutningen, vil også få mulighet til å bidra. En slik offentlig høring vil også øke gjennomsiktigheten i prosessen og dermed styrke beslutningens legitimitet.

Høringen gjennomføres ved at utkastet til beslutningsgrunnlag sendes ut til på forhånd identifiserte aktører. Både enkeltaktører, bransjeorganisasjoner, forbrukerorganisasjoner, sektormyndigheter, aktuelle interesseorganisasjoner og andre interessenter vil være aktuelle. Eksempelvis kan det ofte være relevant å sende høringen til Forbrukertilsynet, Finanstilsynet, Nkom eller andre myndigheter med tilgrensende håndhevingsoppgaver og ansvarsområder. I tillegg publiseres høringen på Konkurransetilsynets nettside. Høringsfristen skal være minimum tre uker, og må ellers tilpasses blant annet beslutningsgrunnlagets kompleksitet og omfang.

Høringsnotatet skal gi informasjon om bakgrunnen for markedsetterforskningen, herunder hvorvidt Konkurransetilsynet har mottatt pålegg eller anmodninger om å vurdere oppstart av en markedsetterforskning. Videre skal det gis en overordnet beskrivelse av de markeder som omfattes. Dette innebærer som tidligere nevnt ikke at det skal foretas en markedsavgrensning, men det skal gis en overordnet beskrivelse av hvilke varer, tjenester og markedsaktører som vil omfattes. Videre skal det gis en beskrivelse av hvilke forhold som tilsier at konkurransen er begrenset eller står i fare for å bli begrenset, jf. den materielle terskelen for å åpne en markedsetterforskning i § 41 første ledd. Det skal også gis en foreløpig beskrivelse av hvilke tiltak som kan være aktuelle for å bedre konkurransen.

Når høringen er avsluttet vil Konkurransetilsynet ta stilling til om det skal åpnes markedsetterforskning. Dersom innspillene eller andre forhold gjør at omfanget eller gjenstanden for markedsetterforskningen vil bli vesentlig endret bør tilsynet gjennomføre en ny høring. Utredningen skal gjennomføres uten ugrunnet opphold. Fristen for Konkurransetilsynets beslutning om å igangsette markedsetterforskning vil løpe ut fire måneder etter høringsfristens utløp. En slik beslutning om igangsettelse av markedsetterforskning er en prosessledende avgjørelse som ikke utløser klagerett.

9.4.3 Beslutningsmyndighet

Departementet foreslår at det er Konkurransetilsynet som treffer beslutningen om at en markedsetterforskning skal gjennomføres.

Vi har vurdert hvorvidt beslutningsmyndigheten bør legges til et annet organ, for å sikre en uavhengig vurdering av om markedsetterforskning bør igangsettes siden det er et inngripende verktøy.

I Storbritannia er det styret i CMA som treffer beslutning om å henvise en sak til markedsetterforskning etter at markedsstudien i fase 1 er avsluttet. På Island er det Konkurransetilsynets styre som treffer avgjørelsen om å innlede en markedsetterforskning, basert på en innstilling fra Konkurransetilsynet.

I motsetning til for eksempel Storbritannia, Island og Danmark har ikke Norge i dag noen myndighet, styre eller lignende som det er naturlig å legge beslutningsmyndigheten for å starte en markedsetterforskning til, som et alternativ til at kompetansen tilligger konkurransedirektøren. Det vil være lite hensiktsmessig å opprette et slikt organ utelukkende for markedsetterforskningssaker. Konkurransetilsynets avgjørelse om å beslutte å igangsette en etterforskningssak er tilsvarende inngripende og her er det Konkurransedirektøren som treffer den endelige beslutningen.

Tilsynets beslutning om å innlede eller unnlate å innlede markedsetterforskning vil, som nevnt over, heller ikke være et enkeltvedtak som utløser klagerett.

9.4.4 Publisering av informasjon om igangsettelse av markedsetterforskning

Når det er besluttet at markedsetterforskning skal gjennomføres, så vil det informeres om dette ved at beslutningen om å åpne markedsetterforskningen legges ut på tilsynets nettside

og eventuelt på annen egnet måte. Beslutningen vil gi en overordnet beskrivelse av rammene for markedsetterforskningen og konkurransebegrensningene som vil bli nærmere utredet.

Datoen for beslutning om gjennomføring av markedsetterforskning danner utgangspunktet for beregning av tidsfristen for å treffe avhjelpende vedtak, jf. forslaget til § 42

9.5 Markedsetterforskning – kartleggingsfasen

Den innledende fasen i markedsetterforskningen skiller seg i prinsippet lite fra Konkurransetilsynets vanlige markedsovervåkning. Kartlegging og analyse av markeder er aktiviteter der tilsynet allerede har effektive virkemidler og utstrakt erfaring med å gjennomføre. Her står særlig reglene om opplysningsplikt sentralt. Som det fremgår i kapittel 9.2 har tilsynet en vidtrekkende hjemmel til å kreve opplysninger og utlevering av dokumentasjon for å utføre sine gjøremål etter konkurranseloven. Denne opplysningsplikten er generell og gjelder alle saker og stadier i saksbehandlingen. Den foreslåtte tilføyelsen av markedsetterforskning under Konkurransetilsynets oppgaver i konkurranseloven § 9, samt tilføyelsen av regulering i forslaget til nytt kapittel 9, synliggjør at markedsetterforskning vil være et av Konkurransetilsynets "*gjøremål etter loven*", jf. § 24. Bestemmelsen om opplysningsplikt og gransking får dermed anvendelse i markedsetterforskningsaker. I kartleggingsfasen kan det, i tillegg til å be om opplysninger med hjemmel i konkurranseloven § 24, også være aktuelt å holde møter med enkeltaktører, samt å holde åpne innspills- og orienteringsmøter for markedsaktører og andre interesserte. Vi har valgt ikke å foreslå lovfesting av dette, fordi det må tilpasses forholdene i og omfanget av den enkelte sak, men det er viktig å understreke at formålet med en markedsetterforskning ikke er å avdekke overtredelser, men å avhjelpe konkurranseproblemer som ikke har slikt opphav. Prosessen skal derfor være åpen og inkluderende, med stort fokus på å la markedsaktørene bidra med sin markeds kunnskap og erfaringer. Informasjon fra markedsaktørene kan bidra til å opplyse saken i samsvar med forvaltningsloven § 17, jf. merknader om dette i kapittel 8.3.2 over.

Det er etter departementets vurdering ikke behov for noen særregulering av opplysnings- og utleveringsplikt i markedsetterforskningsaker.

Konkurranseloven og forvaltningsloven har også regler om veiledning som vil gjelde tilsvarende for denne type saker.

9.6 Markedsetterforskning – vedtaksfasen

9.6.1 Varsel om vedtak

Dersom Konkurransetilsynets etter å ha innhentet informasjon og vurdert denne kommer til at det er grunnlag for å treffe vedtak om avhjelpende tiltak mot en eller flere markedsaktører, går markedsetterforskningen over i en ny fase hvor reglene i forvaltningsloven kapittel IV og V om enkeltvedtak får anvendelse. Dette innebærer at plikten til å varsle at det er aktuelt å treffe vedtak, jf. forvaltningsloven § 16, i utgangspunktet kommer til anvendelse for avhjelpende tiltak som pålegges med hjemmel i utkastet § 42 første eller annet ledd. Parter

skal varsles før vedtak treffes og gis anledning til å uttale seg innen en nærmere angitt frist. Forhåndsvarslet skal gjøre rede for saken og ellers inneholde det som anses påkrevd for at parten på forsvarlig måte kan ivareta sine rettigheter. Når det gjelder vedtak om avhjelpende tiltak som foreslått av partene med hjemmel i utkastet § 42 tredje ledd er utgangspunktet imidlertid at det normalt ikke vil være nødvendig å sende forhåndsvarsel etter forvaltningsloven § 16. Det vises til kapittel 8.4.4 over, der det redegjøres nærmere for dette.

9.6.2 Partsrettigheter

Dersom det under en markedsetterforskning blir aktuelt å treffe vedtak, som forbyr eller påbyr en bestemt adferd eller strukturelle tiltak som påbud om salg av eiendeler eller interesser, vil det være å anse som enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand, og markedsaktørene som det er aktuelt å rette et vedtak mot regnes som parter. Dette medfører at de får flere rettigheter enn aktører omfattet av en generell kartlegging og undersøkelse av et marked.

Hvor tidlig i en markedsetterforskning aktører vil bli ansett som parter vil variere fra sak til sak og fra part til part. Partsrettigheter vil imidlertid senest oppstå ved utferdigelse av varsel og for den eller de varselet er rettet mot. I andre saker kan det være klart helt fra åpningen av markedsetterforskningen at den er rettet mot eller berører enkelte aktører så sterkt at de må få partsrettigheter allerede fra dette tidspunktet.

Det følger av forvaltningsloven § 2 første ledd e) at en part er en person som en forvaltningsavgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder. Dette avgjøres på bakgrunn av en konkret beslutning, men i hvert fall de som et vedtak om avhjelpende tiltak er rettet mot er parter. De vil få partsrettigheter senest ved et formelt varsel, men som regel vil det nok være klart at saken er rettet mot dem på en slik måte at de får partsrettigheter allerede på et tidligere tidspunkt av saken. Alt etter hvordan beslutningen om å åpne en markedsetterforskning er utformet eller hvordan markedet er kan det være klart hvem som er parter allerede fra markedsetterforskningen blir åpnet. Også andre kan få partsrettigheter etter en vurdering av hvor store konsekvenser saken har for dem.

Når du er part i en forvaltningssak får du større rettigheter enn andre markedsaktører, du får rett til å bli varslet før det treffes vedtak i saken, du får innsyn i sakens dokumenter og rett til å klage over vedtaket.

Etter departementets syn er det ikke grunn til å gjøre unntak eller lage særbestemmelser for markedsetterforskning når det gjelder hvem som har partsrettigheter. Disse reglene er tilstrekkelig fleksible og godt kjent og det er knyttet mye relevant rettspraksis til grenseoppgangen.

9.7 Særlig om tidsfrister

Ifølge forvaltningsloven § 11a skal det aktuelle forvaltningsorganet forberede og avgjøre saken uten ugrunnet opphold. Det er også regler om at forvaltningsorganet, dersom det forventes at saken vil ta uforholdsmessig lang tid, snarest mulig skal gi et foreløpig svar. I

svaret skal det gjøres rede for grunnen til at henvendelsen ikke kan behandles tidligere, og så vidt mulig angis når svar kan ventes. Foreløpig svar kan unnlates dersom det må anses som åpenbart unødvendig. I saker som gjelder enkeltvedtak, skal det gis foreløpig svar dersom en henvendelse ikke kan besvares i løpet av en måned etter at den er mottatt.

I forvaltningsloven § 11b er det gitt hjemmel til at Kongen på bestemte områder kan fastsette frister for forvaltningens behandling av saker om enkeltvedtak. Kongen kan ved forskrift gi nærmere regler om beregningen av fristene og dette er gjort i forvaltningslovforskriften kapittel 9.

I konkurranseloven er det gitt særregler om frister for Konkurransetilsynets arbeid med saker om inngrep mot foretakssammenslutninger. For de øvrige sakstyper er det ikke gitt frister for tilsynets avgjørelser ut over det som følger av forvaltningsloven om at sakene skal avgjøres uten ugrunnet opphold.

Lovforslaget innfører en egen tidsfrist for vedtak om avhjelpende tiltak som fattes i forbindelse med en markedsetterforskning. Se lovutkastet § 42 fjerde ledd, som fastsetter at avhjelpende tiltak kan pålegges senest 18 måneder etter beslutning om å gjennomføre en markedsetterforskning. Utgangspunktet for fristberegningen er tidspunktet da beslutning om markedsetterforskning offentliggjøres i henhold til bestemmelsen i utkastet § 41 siste ledd. Videre foreligger det en adgang til å forlenge fristen med seks måneder i særlige tilfeller. En slik beslutning om forlengelse av fristen vil være en prosessledende avgjørelse som ikke kan påklages. Konkurransetilsynets eventuelle beslutning om å forlenge fristen skal offentliggjøres på samme måte som beslutningen om å igangsette en markedsetterforskning.

Eksempler på særlige tilfeller som kan gi grunnlag for å forlenge fristen er tilfeller hvor særlige omstendigheter har forsinket utredningsprosessen, eksempelvis forsinkelser som gjelder svar på pålegg om opplysningsplikt eller der partene etterspør utsatt frist for tilbakemelding på varsel om vedtak. Et annet eksempel er dersom utredningsprosessen har avdekket at dypere og mer tidkrevende analyser vil kreves for å sikre at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Et tredje eksempel er tilfeller der det fattes midlertidige vedtak om avhjelpende tiltak i henhold til § 42 annet ledd. Det er grunn til å forvente at prosessen med å vedta midlertidige avhjelpende tiltak vil kreve ressurser, og at det dermed kan være behov for en forlengelse som sikrer tilstrekkelige ressurser til utrednings- og analysefasen av den videre markedsetterforskningen.

9.8 Innsyn

De som er direkte berørt av et vedtak eller en markedsetterforskning får partsstilling etter forvaltningsloven. Disse får krav på partsinnsyn etter reglene i forvaltningsloven. For aktører som ikke oppfyller kravene til partsstilling etter forvaltningsloven og allmennheten ellers må spørsmålet om innsyn i utgangspunktet avgjøres etter reglene i offentleglova, dersom det ikke er gjort unntak eller gitt egne regler i særlovgivning.

Konkurranseloven § 26 regulerer innsyn i overtredelsessaker, og gjør unntak fra offentleglova så lenge saken ikke er avsluttet. Unntaket er avgrenset til konkrete

overtredelser. For det første gjelder unntaket i saker om overtredelse av §§ 10, 11, 18 første ledd og 19 første ledd. Videre gjelder heller ikke offentleglova i saker om overtredelse av pålegg om meldeplikt i medhold av § 18 tredje eller femte ledd, pålegg om opplysningsplikt og granskning etter § 24 første eller andre ledd, samt ved pålegg som gis i forbindelse med en bevissikring etter § 25 andre ledd. Offentleglova gjelder heller ikke i saker om overtredelse av vedtak om å bringe ulovlig adferd til opphør etter § 12, og saker om overtredelse av forskrift gitt i medhold av § 14.

Bestemmelsen er en videreføring av tidligere reguleringer, og i forarbeidene til bestemmelsen viser departementet til at utvalget tok utgangspunkt i at offentlighetsloven ikke gjaldt for saker som ble behandlet etter rettspleielovene.⁶⁸ Etter utvalgets oppfatning hadde saker om overtredelser av forbudsbestemmelsene og overtredelser av vedtak som behandles etter konkurranseloven likhetstrekk med saker som behandles etter straffeprosessloven. På denne bakgrunn anbefalte utvalget at offentlighetsloven ikke skulle gjelde ved overtredelsessaker etter konkurranseloven. Når behandlingen av saken var avsluttet av konkurransemyndighetene, påtalemyndigheten eller retten, mente utvalget imidlertid at det ikke lenger var noen tungtveiende grunner som talte for å unnta Konkurransetilsynets dokumenter fra offentligheten.

Etter departementets syn bør unntaket også gjelde for saker om overtredelse av avhjelpende tiltak ved en markedsetterforskning, jf. lovutkastet § 42. Dette er tatt inn som forslag til endring av lovteksten i konkurranseloven § 26 første ledd.

Departementet foreslår også en egen bestemmelse som regulerer innsyn i saker om markedsetterforskning i lovutkastet § 45.

Bestemmelsen slår fast at offentleglova ikke vil gjelde så lenge markedsetterforskningssaken ikke er avsluttet, og lovutkastet § 45 innfører dermed en regel om utsatt offentlighet for slike saker. Departementet legger imidlertid til grunn at offentligheten likevel vil få innsyn i sentrale deler av markedsetterforskningen i perioden der denne pågår. Eksempelvis legges det opp til en offentlig høring av utkast til beslutningsgrunnlag i lovutkastet § 41 annet ledd, og videre skal beslutning om igangsetting av markedsetterforskning offentliggjøres. Det følger også av bestemmelsen i konkurranseloven § 22 at Konkurransetilsynet skal offentliggjøre sine vedtak. Dette innebærer at vedtak som Konkurransetilsynet fatter etter lovutkastet § 42 vil offentliggjøres på tilsynets nettsider. Plikten til offentliggjøring vil i utgangspunktet ikke gjelde for forhåndsvarsel om vedtak, men Konkurransetilsynet kan likevel vurdere hvorvidt behovet for merinnsyn tilsier at varsel i markedsetterforskningssaker også skal publiseres.

Bestemmelsen om unntak fra offentleglova i saker om markedsetterforskning er en bestemmelse om utsatt innsyn, og offentleglova vil gjelde så snart saken er avsluttet. Regelen er begrunnet i behovet for en effektiv prosess, da det vil være svært krevende å avgjøre saken innenfor lovens frister dersom offentlig innsyn skal håndteres parallelt. Årsaken til dette er at dokumentasjonen som gjennomgås i en sak om markedsetterforskning

⁶⁸ Ot prp nr 6 (2003-2004) punkt 9.5.2

typisk vil inneholde en stor andel forretningshemmeligheter, og at prosessen knyttet til avklaringer av taushetsplikt opp mot vurderinger av offentlig innsyn erfaringsmessig tar mye tid. Offentligheten vil likevel få informasjon om prosessen ved aktiv publisering av avgjørelser og vedtak, slik at det ikke vil være nødvendig å etterspørre innsyn i disse.

Som nevnt innledningsvis vil partene i saken få partsinnsyn på vanlig måte, i samsvar med reglene i forvaltningsloven.

9.9 Klage

Det følger av forvaltningsloven § 28 at enkeltvedtak kan påklages av en part eller annen med rettslig klageinteresse i saken til det forvaltningsorgan (klageinstansen) som er nærmest overordnet det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket (underinstansen). I konkurransesaker er det Konkurranseskjennemnda som er klageinstans for alle vedtak truffet av Konkurransetilsynet jf. konkurranseloven § 35. Departementet anser at det er naturlig at klager over vedtak i markedsetterforskningssaker følger den vanlige klageordningen for konkurransesaker.

Konkurransetilsynets myndighet til å treffe avhjelpende tiltak i markedsetterforskningssaker er skjønnsmessig og basert på en konkurransefaglig vurdering, og tilsynet vil ikke ha plikt til å fatte vedtak om inngrep. Dette innebærer at tilsynets eventuelle avgjørelse om å *avstå* fra å vedta inngrep ikke kan påklages.

Alminnelig klagefrist etter forvaltningsloven § 29 er 3 uker fra tidspunktet underretning om vedtaket kommer frem til den klagende part. Konkurranseloven § 39 har klagefrister som fraviker dette utgangspunktet og gir betydelig utvidet klagefrist for saker om overtredelsesgebyr og vedtak om pålegg om opphør. Bakgrunnen er at dette er omfattende og kompliserte saker. Tilsvarende hensyn vil også gjelde vedtak om avhjelpende tiltak i saker om markedsetterforskning. Det foreslås derfor et tillegg i konkurranseloven § 39 hvor klagefristen i disse sakene blir 2 måneder, slik som i saker om pålegg om opphør.

Utgangspunktet, i samsvar med forvaltningsloven § 34 annet ledd, er at klageinstansen kan prøve alle sider av saken og ta hensyn til nye omstendigheter. Et unntak fra dette er regulert i konkurranseloven § 12, tredje ledd om avhjelpende tiltak i mulige overtredelsessaker, hvor det går frem at Konkurranseskjennemndas kompetanse er avgrenset til å *"oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak."* Bakgrunnen for dette er systemet i ordningen med avhjelpende tiltak, der vedtaket hviler på et tilbud om avhjelpende tiltak fra foretaket, som fremkommer i et samarbeid med Konkurransetilsynet og underlegges Konkurransetilsynets faglige skjønn.⁶⁹ Dersom et slikt vedtak er ugyldig, men uten at et nytt vedtak er utelukket, må foretaket kunne bestemme om det vil komme med tilbud om nye tiltak og tilsynet må kunne bestemme om det vil prioritere fortsatt utredning av saken, eller gå inn i nye drøftinger med foretaket. Denne begrunnelsen vil også være aktuell for avhjelpende tiltak

⁶⁹ Se Prop. 75 L (2012–2013) Endringer i konkurranseloven kapittel 3.3.4.3 *Klageadgangen*.

som foreslås av partene etter lovutkastet § 42, tredje ledd, og departementet har derfor foreslått en slik regulering i lovutkastet § 42 siste punktum.

Et spørsmål er imidlertid hvorvidt klageinstansens overprøvingskompetanse skal avgrenses i saker om markedsetterforskning, også når det gjelder avhjelpende tiltak som pålegges i medhold av lovutkastet § 42 første ledd samt ved midlertidige avhjelpende tiltak etter § 42 annet ledd. Spørsmålet om en slik avgrensning aktualiseres ved at det i utgangspunktet ikke ligger til klageinstansen å gjennomføre en markedsetterforskning, og dette kan tale for en begrensning av klageinstansens adgang til å ta opp nye forhold, jf. forvaltningsloven § 34. På den annen side kan det også tenkes tilfeller der det vil være hensiktsmessig at klageinstansen har mulighet til å treffe et nytt vedtak som endrer Konkurransetilsynets vedtak, fremfor at saken sendes tilbake til tilsynet med de konsekvenser det får når det gjelder prosessuelle kostnader for partene og forvaltningen. Departementet ber i denne forbindelse særlig om høringsinstansenes syn på hvorvidt det foreligger behov for å begrense klageinstansens overprøvingskompetanse i markedsetterforskningsaker generelt sett, ikke bare ved avhjelpende tiltak som foreslås av partene etter lovutkastet § 42, tredje ledd.

10 Sanksjoner

Konkurranseloven kapittel 7 har regler om sanksjoner og tvangsmulkt for overtredelser av konkurranseloven. Tvangsmulkt reguleres i § 28, og sier at tvangsmulkt kan pålegges dersom enkeltvedtak etter loven eller pålegg etter § 24 ikke overholdes. Denne bestemmelsen vil også kunne anvendes i saker om markedsetterforskning og vedtak og avhjelpende tiltak.

Adgangen til å pålegge overtredelsesgebyr reguleres av konkurranseloven § 29. For at det skal være adgang til å pålegge overtredelsesgebyr for ikke å etterkomme vedtak om avhjelpende tiltak i markedsetterforskning må § 29 endres. Vi foreslår å ta inn ett tillegg i § 29 b) som omhandler overtredelse av andre enkeltvedtak etter konkurranseloven. De samme hensynene som tilsier at det bør være adgang til å ilegge overtredelsesgebyr for andre vedtak etter loven, gjelder også for vedtak om avhjelpende tiltak i en markedsetterforskningsak.

Når det gjelder utmålingen av overtredelsesgebyret, foreslås det en endring i forskrift 11. desember 2013 nr. 1465 om utmåling og lemping av overtredelsesgebyr § 2 annet ledd for å inkludere overtredelser av vedtak om avhjelpende tiltak i saker om markedsetterforskning. Dette er de mest alvorlige overtredelsene og omfatter også overtredelse av vedtak om pålegg om opphør etter § 12.

11 Økonomiske og administrative konsekvenser av forslaget

Samfunnsøkonomiske virkninger

Konkurransen er et sentralt virkemiddel for å fremme effektiv ressursbruk og økt samlet verdiskaping innenfor bærekraftige rammer. For å oppnå målet om effektiv bruk av samfunnets ressurser er det viktig med et godt utformet konkurranseregulering, effektiv håndheving og streng sanksjonering av alvorlige brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser om konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling.

Et markedsetterforskningsverktøy kan føre til økt konkurranse fordi Konkurransetilsynet gjennom målrettede adferdsmessige- og strukturelle inngrep kan gripe inn mer kraftfullt i markeder med store og komplekse konkurranseutfordringer som ikke har sitt opphav i brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser. Markedsetterforskningsverktøyet kan få betydning for Konkurransetilsynets arbeid med konkurranseforholdene i alle markeder, herunder digitale plattform-markeder og dagligvarebransjen, samt bruken av prisroboter, overvåkningsalgoritmer og andre digitale hjelpemidler som potensielt kan øke faren for ulovlig og stilltiende (lovlig) samarbeid.

Mer effektiv konkurranse som følge av markedsetterforskninger kan gi opphav til en rekke samfunnsøkonomiske gevinster for forbrukerne og næringslivet. For det første vil foretak som opererer i markeder med sunn konkurranse stimuleres til nyskaping og til å drive sin virksomhet mest mulig kostnadseffektivt. Vellykket innovasjon er den viktigste drivkraften for produktivitetsvekst, og gir berørte foretak utsikter til økt fortjeneste og konkurransefortrinn som kan bidra til et bedre tilbud av varer og tjenester.⁷⁰

For å ivareta og styrke sin konkurranseevne tvinges foretak i velfungerende markeder til å tilpasse seg forbrukernes preferanser. På den måten bidrar sunn konkurranse til omstilling, økt økonomisk vekst og sysselsetting, samt til at foretak blir mer konkurransedyktige i internasjonale markeder.

Analyser utført av blant annet Konkurransetilsynet og Europakommisjonen viser at effektiv håndheving av konkurransereglene fører til flere direkte virkninger for forbrukerne i form av lavere priser og derav årlige milliardbesparelser, høyere kvalitet og bedre utvalg av varer og tjenester.⁷¹ Studier av ulovlige priskarteller viser blant annet at muligheten til å foreta lønnsomme prisøkninger varierer fra kartell til kartell. I noen tilfeller har ulovlig prissamarbeid ikke ført til særlige prisøkninger, mens i andre tilfeller har karteller foretatt

⁷⁰ OECD (2014). *Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes*. Kan lastes ned herfra: <http://www.oecd.org/competition/factsheet-macroeconomics-competition.htm>

⁷¹ Kurt R. Brekke et al. (2019). *Effekter av konkurransereglene for norske forbrukere*. Samfunnsøkonomen Nr. 1, 2019, side 27-39. Kan lastes ned her: <https://samfunnsokonomene.no/app/uploads/2020/01/Samfunns%C3%B8konomen-nr-1-2019.pdf>.

Forfatternes illustrative anslag indikerer at håndhevingen av konkurransereglene gir opphav til milliardbesparelser for norske forbrukere hvert år. Forbrukerbesparelsene utgjør fordelingseffekter fra foretak til forbrukere i de berørte markedene, og tilsvarer således ikke samfunnsøkonomiske virkninger.

Thomas Deisenhofer et al. (2022). *Customer savings generated by the Commission's antitrust and merger enforcement: a 10-year perspective*. Competition Policy Brief, Issue 1, October 2022. Kan lastes ned herfra: [Policy Brief \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/competition/policy_briefs/policy_brief_1_2022_en.pdf).

prisøkninger på 60-70 prosent.⁷² Videre indikerer enkelte av studiene at ulovlig prissamarbeid kan bidra til å svekke kartell deltakernes kostnadseffektivitet.

En av de viktigste effektene av konkurranseloven, og tilsynets tilhørende håndheving, er den indirekte allmennpreventive virkningen av at alle foretak må forholde seg til konkurransereglene og unnlate å drive konkurranseskadelig adferd. I kapittel 4.2 redegjøres det for ulike reaksjonsmidler som Konkurransetilsynet kan velge mellom ved brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser, herunder ileggelse av overtredelsesgebyr på inntil 10 prosent av involverte foretaks omsetning. Videre kan foretak bli pålagt å opphøre forbudt adferd. Når andre foretak observerer hvordan Konkurransetilsynet sanksjonerer overtredelser av konkurranselovens forbudsbestemmelser vil de på eget initiativ kunne frastå fra ulovlig adferd.

Markedsetterforskningsaker omfatter ikke brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser, og eventuelle vedtak vil derfor ikke omfatte bruk av reaksjonsmidlene nevnt over. Av den grunn vil markedsetterforskningsaker i mindre grad enn overtredelsessaker gi opphav til allmennpreventive virkninger.

Økonomiske og administrative konsekvenser for det offentlige

Konkurransetilsynet er et uavhengig fagorgan. Innenfor rammene gitt i tildelingsbrev, Prop. 1 S (2022-2023) mv. har tilsynet stor frihet til å prioritere hvilke saker det tar opp til behandling. Iverksettelse av en markedsetterforskning vil være ressurskrevende for Konkurransetilsynet. Dersom implementering av markedsetterforskningsverktøyet gjør at tilsynet må nedprioritere håndheving av forbudsbestemmelsene eller fusjonskontrollen vil dette totalt sett kunne ha negative virkninger for konkurransen og forbrukerne. Det er derfor viktig at Konkurransetilsynet selv kan velge når en markedsetterforskning skal prioriteres, på samme måte som for andre saker, slik at det ikke går ut over tilsynets håndheving av konkurranselovens forbuds- og inngrepsbestemmelser, samt pågående satsinger rettet mot dagligvaresektoren, digitalisering, bærekraftig omstilling mv.

Eventuelle markedsetterforskningsvedtak som Konkurransetilsynet må forsvare gjennom påfølgende rettsprosesser, vil sannsynligvis innebære en nedprioritering av andre oppgaver. Det samme gjelder for utarbeidelse av retningslinjer og veiledningsoppgaver for Konkurransetilsynet som informerer næringslivet om hvilke typer konkurranseutfordringer og adferd som kan være særlig aktuelle å gripe inn mot ved implementering av markedsetterforskningsverktøyet.

Økonomiske og administrative konsekvenser for næringslivet

Innføringen av et markedsetterforskningsverktøy vil kunne medføre økte kostnader for næringslivet, ettersom verktøyet vil begrense næringslivet fra forretningsadferd som i dag er tillatt innenfor gjeldende konkurranseregelverk. Bruken av markedsetterforskningsverktøyet vil dessuten bygge på nye vurderinger som ikke sammenfaller fullt ut med dem

⁷² Oxera (2009). *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts*. Rapport skrevet på oppdrag av Europakommisjonen. Kan lastes ned herfra: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fc667387-4658-48de-aa44-0f9b0dd3327d>.

som følger av konkurranselovens forbuds- og inngrepsbestemmelser. Dermed kan innføringen påføre næringslivet direkte kostnader, særlig ved rettslige prosesser forbundet med vedtak hjemlet i forslag til ny § 42 i konkurranseloven.

Til forskjell fra konkurranselovens forbudsbestemmelser er praksis om grensene for bruken av et markedsetterforskningsverktøy enda begrenset. Dette bidrar til å svekke forutberegneligheten for næringslivet knyttet til implementering av et markedsetterforskningsverktøy. I utgangspunktet kan innføringen av et markedsetterforskningsverktøy således medføre økt usikkerhet for næringslivsaktører om hvilke forhold det kan være aktuelt for Konkurransetilsynet å gripe inn mot. Mangelen på forutberegnelighet kan i ytterste konsekvens bidra til å svekke aktørers innovasjons- og investeringsinsentiver. Dette vil spesielt kunne gjøre seg gjeldende dersom markedsetterforskninger skaper usikkerhet om gjeldende beskyttelse av egne immaterielle rettigheter.

Departementet har søkt å gjøre denne usikkerheten så liten som mulig ved utformingen av reglene om markedsetterforskning, jf., kapittel 8. Det må også legges til grunn at usikkerheten reduseres etter hvert som Konkurransetilsynet gjennomfører markedsetterforskninger. Veiledningsplikten etter forvaltningsloven § 11 gjelder også i markedsetterforskningssaker, og på sikt kan det være aktuelt å gi retningslinjer eller eventuelt forskrift om gjennomføring av markedsetterforskning. Dette vil kunne redusere faren for skade på innovasjon og investeringer ytterligere.

I kjernen av et markedsetterforskningsverktøy er at det verken vil innebære å avdekke eller sanksjonere overtredelser av konkurransereglene eller å ilegge overtredelsesgebyr (bortsett fra sanksjoner ilagt for manglende etterlevelse av pålegg og vedtak fattet i forbindelse med markedsetterforskningen). Snarere er det rettet mot å analysere særtrekk ved og konkurranseutfordringer i det aktuelle markedet.

Pålegg om å gi opplysninger til Konkurransetilsynet med hjemmel i konkurranseloven § 24 som ledd i en markedsetterforskning vil kunne kreve betydelige ressurser for berørte næringslivsaktører, slik man har sett i andre saker for Konkurransetilsynet.

12 Merknader til de enkelte bestemmelsene

12.1 Til endringene i konkurranseloven

Til § 9

Det er gjort en endring i bestemmelsen som beskriver Konkurransetilsynets oppgaver endres slik at den også omfatter gjennomføring av markedsetterforskning. Endringen er inntatt i første ledd bokstav f.

Til § 26

Det er gjort en endring i § 26 første ledd som medfører at det er utsatt offentlighet også i saker om overtredelse av vedtak om avhjelpende tiltak etter § 42. Endringen er inntatt i første ledd bokstav c.

Til § 29

Bestemmelsen om overtredelsesgebyr endres slik at den omfatter overtredelse av vedtak etter § 42 dvs. vedtak om avhjelpende tiltak fattet som et ledd i en markedsetterforskning. Endringen er tatt inn i første ledd bokstav b.

Til § 39

Bestemmelsen får et tillegg om at fristen for å klage på avhjelpende tiltak i markedsetterforskningssaker er to måneder. Dette er et unntak fra 3 ukers fristen i forvaltningsloven, som tilsvarer fristen for å klage på pålegg om opphør etter konkurranseloven § 12 første ledd.

Til § 41

Bestemmelsen er ny og regulerer Konkurransetilsynets åpning av markedsetterforskning. *Første ledd* regulerer terskelen for når Konkurransetilsynet kan iverksette en markedsetterforskning.

Konkurransetilsynet kan foreta en markedsetterforskning i ett eller flere markeder eller deler av markeder dersom det er forhold som tilsier at konkurransen er begrenset eller står i fare for å bli begrenset. Relevante forhold kan gjelde både adferd og andre omstendigheter, samt en kombinasjon av adferd og øvrige omstendigheter.

Eksempler på forhold som er relevante ved vurderingen av om en markedsetterforskning bør åpnes er høy konsentrasjon, betydelige etableringshindringer, kjøpermakt eller stor grad av minoritetseierskap. Videre kan dette gjelde forbrukernes handlinger eller valgmuligheter, eksempelvis der kundene har begrenset tilgang på informasjon av betydning for å vurdere utbyttet av handelen eller hvor nettverkseffekter eller andre elementer gjør at kundene kobles mot en leverandør på en slik måte at konkurransen begrenses. En markedsetterforskning kan særlig være aktuelt hvor konkurranseutfordringene har sin opprinnelse i en kombinasjon av strukturelle og adferdsmessige forhold, jf. kapittel 7.2.

I tillegg til momentene nevnt i foregående avsnitt vil det i vurderingen av om den rettslige terskelen for igangsetting er oppfylt være relevant å se hen til hvorvidt markedet er kjennetegnet av vedvarende høye priser og høye marginer eller lav grad av kvalitet, service, produktutvikling og innovasjon. Eksempelene som nevnes her er ikke uttømmende, og det er ikke nødvendig for Konkurransetilsynet å ta hensyn til samtlige momenter i vurderingen av om det skal iverksettes en markedsetterforskning. Samtidig bør tilsynets beslutningsgrunnlag konkretisere hvilke av de ovennevnte forholdene som er relevante i vurderingen av om omstendigheter eller adferd kan begrense konkurransen.

Før det treffes slik beslutning skal Konkurransetilsynet gjennomføre en høring av utkast til beslutning om markedsetterforskning, jf. bestemmelsens *annet ledd*. Se nærmere beskrivelse av høringsprosessen i kapittel 9.4.2.

Formålet med en slik offentlig høring av utkast til beslutning er å gi markedsaktørene og øvrige interessegrupper informasjon og mulighet til å komme med innspill til Konkurransetilsynets foreløpige vurdering. Formålet med høringsprosessen er dermed å bidra til utredning av beslutningsgrunnlaget slik at Konkurransetilsynet får et så godt grunnlag som mulig ved avgjørelsen av om markedsetterforskning skal igangsettes og hva

den i så fall skal omfatte. En offentlig høring vil også øke gjennomsiktigheten i prosessen og dermed styrke beslutningens legitimitet.

Høringen gjennomføres ved at utkastet til beslutningsgrunnlag sendes ut til på forhånd identifiserte aktører. Både enkeltaktører, bransjeorganisasjoner, forbrukerorganisasjoner, sektormyndigheter, aktuelle interesseorganisasjoner og andre interessenter vil være aktuelle. I tillegg publiseres høringen på Konkurransetilsynets nettside.

Høringsnotatet skal gi informasjon om bakgrunnen for markedsetterforskningen, herunder hvorvidt Konkurransetilsynet har mottatt pålegg eller anmodninger om å vurdere oppstart av en markedsetterforskning. Videre skal det gis en overordnet beskrivelse av de markeder som omfattes. Dette innebærer ikke at det skal foretas en markedsavgrensning, men det skal gis en overordnet beskrivelse av hvilke varer, tjenester og markedsaktører som vil omfattes. Videre skal det gis en beskrivelse av hvilke forhold som tilsier at konkurransen er begrenset eller står i fare for å bli begrenset, jf. den materielle terskelen for å åpne en markedsetterforskning i § 41 første ledd. Det skal også en foreløpig beskrivelse av hvilke tiltak som kan være aktuelle for å bedre konkurransen. Fristen for å gi innspill til høringen skal være minimum tre uker.

Det følger av bestemmelsens *tredje ledd* at det er Konkurransetilsynet beslutter hvorvidt en markedsetterforskning skal gjennomføres. Slik beslutning skal treffes uten ugrunnet opphold etter at høringen er avsluttet, og senest innen fire måneder etter høringsfristens utløp. Dersom innspillene eller andre forhold gjør at omfanget eller gjenstanden for markedsetterforskningen vil bli vesentlig endret bør tilsynet gjennomføre en ny høring. Tidspunktet for beslutningen om å åpne markedsetterforskning vil danne utgangspunktet for beregning av fristene i henhold til § 42 fjerde ledd.

Det følger av bestemmelsens *fjerde ledd* at beslutning om å gjennomføre en markedsetterforskning skal offentliggjøres. Beslutning om oppstart av en markedsetterforskning er en prosessledende avgjørelse som ikke kan påklages.

Til § 42

Bestemmelsen er ny og gir Konkurransetilsynet hjemmel til å treffe vedtak om avhjelpende tiltak dersom det foreligger omstendigheter eller adferd som vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen i strid med lovens formål. Bestemmelsen regulerer også hvilke pålegg om avhjelpende tiltak som kan gis i forlengelsen av en markedsetterforskning.

Bestemmelsens *første ledd* angir vilkårene for pålegg om avhjelpende tiltak. Det følger av bestemmelsens ordlyd at slike tiltak kan ilegges dersom det foreligger forhold *som vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen*. Vesentlighetskravet innebærer at konkurransebegrensningen ikke må ha en kortvarig eller midlertidig karakter, men fremstå som vedvarende eller gjentatt. Kravet sikrer at myndigheten til å gripe inn begrenses til konkurranseproblemer av en viss betydning, og at det ikke gripes inn mot noe som bare utgjør mindre negative virkninger på konkurransen. Dette innebærer videre at Konkurransetilsynet i et eventuelt pålegg om avhjelpende tiltak må begrunne hva som leder til at den aktuelle eller potensielle konkurransebegrensningen vurderes som "vesentlig".

Bestemmelsens *annet ledd* hjemler adgangen til å fatte midlertidig vedtak, se punkt 8.4.5. Det fremgår av bestemmelsens ordlyd at slike vedtak kan fattes dersom det er *nødvendig*. Hva som ligger i nødvendighetsvilkåret, følger av punktene i § 42 andre ledd.

Med «*fare for at konkurransen vil bli skadet eller begrenset på en mer alvorlig eller varig måte dersom midlertidige tiltak ikke blir iverksatt før markedsetterforskningen er gjennomført*», siktes det til situasjoner der Konkurransetilsynet underveis i en markedsetterforskning, men før den er gjennomført, oppdager omstendigheter som tilsier at konkurransen i det aktuelle markedet kan bli betydelig skadet dersom det ikke iverksettes tiltak.

Med «*nødvendig for å unngå å måtte pålegge mer inngripende tiltak etter gjennomført markedsetterforskning*» siktes det til situasjoner der det underveis i en markedsetterforskning blir klart at det vil bli nødvendig å pålegge tiltak, men at tiltakene vil bli mer inngripende dersom en venter med å pålegge dem.

Med «*nødvendig for å hindre pågående skade på konkurransen*» siktes det til situasjoner hvor det underveis i markedsetterforskningen er påvist omstendigheter som er egnet til å hindre konkurransen, men hvor det fortsatt er grunnlag for å fortsette markedsetterforskningen.

Beviskravet kan utledes av ordlyden «*fare for*». Dette innebærer at det stilles visse krav til bevisene, men ikke at det er et krav om sannsynlighetsovervekt. Et midlertidig vedtak må likevel begrunnes ved konkrete holdepunkter som tilsier at dette er nødvendig. Formålet med Konkurransetilsynets adgang til å treffe midlertidig vedtak etter konkurranseloven § 42 annet ledd, er å sikre at det ikke oppstår mer alvorlig og varig skade på konkurransen dersom det er mulig å fatte tiltak som vil hindre slik skade. Dette gjelder i tilfeller hvor det ikke er tid til å vente inntil saken er tilstrekkelig utredet til at vedtak om avhjelpende tiltak kan fattes etter første eller tredje ledd. Departementet viser i den forbindelse til at for strenge krav til bevisenes styrke vil kunne vanskeliggjøre en effektiv håndheving. Midlertidige vedtak om avhjelpende tiltak skal tidsavgrenses. Det er ikke adgang til å fatte endelige vedtak med hjemmel i bestemmelsen. Dersom Konkurransetilsynet etter en gjennomført markedsetterforskning kommer til at et midlertidig tiltak bør videreføres, må det fattes nytt vedtak om det.

Bestemmelsens *tredje ledd* hjemler adgangen til å vedta avhjelpende tiltak som foreslått av partene, se kapittel 8.4.4.

Bestemmelsen innebærer at foretak kan foreslå avhjelpende tiltak til Konkurransetilsynet, og Konkurransetilsynet kan gjøre tiltaket bindende for foretaket. Dersom Konkurransetilsynet fatter vedtak om å gjøre et slikt tiltak bindende, skal vedtaket slå fast at Konkurransetilsynet ikke kan gå videre med saken etter bestemmelsens første ledd. Det innebærer i praksis at saken for det aktuelle foretaket vil avsluttes, og at det ikke kan pålegges ytterligere tiltak på bakgrunn av den aktuelle markedsetterforskningen.

Bestemmelsen setter i utgangspunktet ingen begrensninger på hva slags type tiltak eller på omfanget av tiltakene foretakene kan foreslå. Konkurransetilsynet må likevel vurdere om et

foreslått tiltak er nødvendig for å eliminere eller redusere den aktuelle konkurransebegrensningen. Det innebærer at Konkurransetilsynet må foreta en forholdsmessighetsvurdering også for tiltak foreslått av foretakene.

Bestemmelsens *fjerde ledd* regulerer fristen for å ilegge avhjelpende tiltak. Utgangspunktet for beregning av fristen er tidspunktet da beslutning om markedsetterforskning offentliggjøres i henhold til bestemmelsen i § 41 siste ledd, og det følger av bestemmelsens ordlyd at fristen løper ut etter 18 måneder. Av siste punktum fremgår det imidlertid at fristen kan forlenges med seks måneder

Avhjelpende tiltak etter denne bestemmelsen kan pålegges senest 18 måneder etter beslutning om å gjennomføre en markedsetterforskning etter § 41 siste ledd. I særlige tilfeller kan fristen forlenges med seks måneder. En slik beslutning om forlengelse av fristen vil være en prosessledende avgjørelse som ikke kan påklages. Konkurransetilsynets eventuelle beslutning om å forlenge fristen skal offentliggjøres.

Eksempler på særlige tilfeller som kan gi grunnlag for å forlenge fristen er tilfeller hvor spesielle omstendigheter har forsinket utredningsprosessen, eksempelvis forsinkelser som gjelder svar på pålegg om opplysningsplikt eller der partene har etterspurt utsatt frist for tilbakemelding på varsel om vedtak. Et annet eksempel er dersom utredningsprosessen har avdekket at dypere og mer tidkrevende analyser vil kreves for å sikre at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Et tredje eksempel er når det fattes midlertidig vedtak om avhjelpende tiltak i henhold til § 42 annet ledd. Det er grunn til å forvente at en prosess med å vedta midlertidig avhjelpende tiltak også vil kreve ressurser, og at det dermed kan være behov for en forlengelse som sikrer tilstrekkelige ressurser til utrednings- og analysefasen av den videre markedsetterforskningen.

Av *femte ledd* fremgår at det kan oppnevnes en forvalter til å bistå ved gjennomføringen av vedtak etter første eller tredje ledd. Kongen kan fastsette nærmere regler for forvalters stilling.

Bestemmelsens *sjette ledd* utvider adgangen til omgjøring, sammenlignet med den alminnelige adgangen til omgjøring etter forvaltningsloven § 35. Bestemmelsen er formulert på tilsvarende måte som reguleringen i § 12 fjerde ledd.

Bestemmelsens *syvende ledd* slår fast at ved klager over vedtak etter tredje ledd kan Konkurransklagenemnda bare oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak. Kompetansen i klager over vedtak som fattes med grunnlag i avhjelpende tiltak som foreslås av partene begrenses dermed etter denne bestemmelsen i forhold til alminnelig klagebehandling etter forvaltningsloven, der klageorganet kan erstatte førsteinstansens vedtak med sitt eget. Denne løsningen er en følge av systemet i ordningen med avhjelpende tiltak, på tilsvarende måte som reguleringen i § 12 tredje ledd siste punktum. Det påklagede vedtaket hviler på tilbud om avhjelpende tiltak fra foretaket, som fremkommer i et samarbeid med Konkurransetilsynet og underlegges Konkurransetilsynets faglige skjønn med hensyn til om tiltakene skal vedtas som bindende eller ikke. Dersom et slikt vedtak er ugyldig, men uten at et nytt vedtak er utelukket, må foretaket kunne bestemme om det vil komme med tilbud om nye tiltak og tilsynet må kunne bestemme om det vil prioritere pålegg

etter § 42 første ledd, eller gå inn i nye drøftinger med foretaket. Selv der ugyldighetsgrunnene kan repareres i klageomgangen er det etter departementets vurdering mer hensiktsmessig at saken avgjøres av Konkurransetilsynet.

Til § 43 Forholdet til reglene om kontroll med foretakssammenslutninger

Bestemmelsen regulerer forholdet til reglene om kontroll med foretakssammenslutninger. Hensynet som begrunner regelen, er behovet for å sikre forutsigbarhet for aktører som har gjennomført en foretakssammenslutning.

Til § 44 - Adgang til å åpne ny markedsetterforskning

Bestemmelsen begrenser adgangen til å igangsette en ny markedsetterforskning i forlengelsen av en tidligere markedsetterforskning.

Bestemmelsen hindrer Konkurransetilsynet i å åpne en ny markedsetterforskning i et marked som i det vesentlige tilsvarende et marked som har vært gjenstand for en markedsetterforskning i løpet av de siste 3 årene. Bestemmelsen er ikke til hinder for at det åpnes markedsetterforskning som omfatter markeder eller aktører som har vært del av en markedsetterforskning i løpet av de siste tre årene, så lenge formålet med markedsetterforskningen ikke er det samme, eller etterforskningen i det vesentlige ikke rettes mot de samme aktørene.

Til § 45 Innsyn i saker om markedsetterforskning

Bestemmelsen slår fast at offentleglova ikke vil gjelde så lenge markedsetterforskningssaken ikke er avsluttet, og innfører dermed en regel om utsatt offentlighet for slike saker.

Regelen er begrunnet i behovet for en effektiv prosess, da det ville være svært krevende å avgjøre saken innenfor lovens frister dersom offentlig innsyn skulle håndteres parallelt. Årsaken til dette er at dokumentasjonen som skal gjennomgås i en sak om markedsetterforskning typisk vil inneholde en stor andel forretningshemmeligheter, og at prosesser knyttet til avklaringer av taushetsplikt opp mot vurderinger av offentlig innsyn erfaringsmessig tar mye tid. Offentligheten vil likevel få informasjon om prosessen ved aktiv publisering av avgjørelser og vedtak, slik at det ikke vil være nødvendig å etterspørre innsyn i disse.

Samtidig vil partene som saken gjelder ha rett på partsinnsyn på vanlig måte, i samsvar med reglene i forvaltningsloven.

Til § 46 Avslutning av saker om markedsetterforskning

Bestemmelsen regulerer plikten til å offentliggjøre avslutning av en markedsetterforskning. Det følger allerede av §22 at Konkurransetilsynet skal offentliggjøre sine vedtak. Dette innebærer at vedtak som Konkurransetilsynet fatter etter lovutkastet § 42 vil offentliggjøres på tilsynets nettsider. Bestemmelsen i § 46 får dermed først selvstendig betydning dersom sak om markedsetterforskning avsluttes på annen måte enn ved pålegg om avhjelpende tiltak i medhold av lovutkastet § 42. Formålet med § 46 er å sikre at en avslutning av en markedsetterforskning som ikke resulterer i et vedtak om avhjelpende tiltak også skal offentliggjøres, slik at markedsaktørene blir gjort oppmerksom på at saken er avsluttet. Selv

om Konkurransetilsynet ikke skulle treffe noen beslutning om å avslutte saken, vil muligheten til å treffe vedtak om avhjelpende tiltak falle bort 18 måneder etter beslutning om markedsetterforskning ble fattet se forslag til § 42 fjerde ledd første punktum, eventuelt 24 måneder der fristen er forlenget etter forslaget til § 42 fjerde ledd siste punktum. Plikten til å offentliggjøre at markedsetterforskningen er avsluttet gjelder imidlertid uansett.

Til § 47 Utfyllende regler om markedsetterforskning

Bestemmelsen gir Kongen adgang til å gi forskrifter om henholdsvis gjennomføringen av markedsetterforskningsaker og nærmere regler om forvalters stilling, jf. § 12 tredje ledd, § 16 femte ledd og forskrift og forskrift 15. september 2008 nr. 1021 om forvalter.

12.2 Til endringen i utmålingsforskriften

Til § 2 Overtredelsesgebyrets maksimale størrelse

Det er gjort en endring i andre ledd som medfører at det for overtredelse av vedtak om avhjelpende tiltak etter § 42 kan ilegges overtredelsesgebyr på maksimalt 10 prosent av foretakets omsetning. Dette samsvarer med overtredelse av tilsynets øvrige enkeltvedtak fra tilsynet, slik som vedtak etter § 12, § 16 eller § 16a.

12.3 Til endringen i forvalterforskriften

Til § 1

Det er gjort en endring som innebærer at forskriften også gir regler om forvalter etter konkurranseloven § 42 fjerde ledd.

Til § 2

Det er gjort en endring som inkluderer vedtak etter konkurranseloven § 42 første eller tredje ledd i forskriftens definisjon av "vedtak".

Til § 3

Det er gjort en endring i første ledd som gir Konkurransetilsynet adgang til å fastsette at en eller flere forvaltere oppnevnes eller kan oppnevnes, etter forslag fra partene, til å bistå ved gjennomføringen av vedtak som fattes etter konkurranseloven § 42 tredje ledd.

Det er gjort en endring i annet ledd som gir Konkurransetilsynet adgang til å fastsette at en eller flere forvaltere skal oppnevnes til å bistå ved gjennomføringen av vedtak som fattes etter konkurranseloven § 42 første ledd.

13 Forslag til lov om endringer i konkurranseloven

I lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger foreslås følgende endringer:

§ 9 skal lyde :

§ 9. Konkurransetilsynets oppgaver

Konkurransetilsynet skal føre tilsyn med konkurransen i de forskjellige markeder, herunder ved å

- a. kontrollere at lovens forbud og påbud overholdes,
- b. foreta nødvendige inngrep mot foretakssammenslutninger,
- c. iverksette tiltak for å øke markedenes gjennomsiktighet,
- d. håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og
- e. påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak, eventuelt ved å fremme forslag med sikte på å styrke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter. Dersom Konkurransetilsynet krever det, skal det organ som forestår tiltaket, svare Konkurransetilsynet innen en nærmere angitt frist. I svaret skal det blant annet redegjøres for hvordan de konkurransemessige hensyn vil bli ivaretatt.

f. gjennomføre markedsetterforskning i samsvar med kapittel 9.

Konkurransetilsynet plikter å veilede foretak vedrørende forståelse av denne lov, lovens rekkevidde og dens anvendelse i enkeltsaker.

§ 26 første ledd skal lyde:

§ 26. Innsyn i overtredelsessaker

Før saken er avsluttet gjelder ikke offentleglova i saker om overtredelse av:

- a. § 10, § 11, § 18 første ledd eller § 19 første ledd
- b. pålegg gitt i medhold av § 18 tredje eller femte ledd, § 24 første eller andre ledd eller § 25 andre ledd
- c. vedtak truffet i medhold av § 12 *eller* 42,
- d. forskrift gitt i medhold av § 14

§ 29 første ledd skal lyde:

§ 29. Overtredelsesgebyr

Et foretak eller en sammenslutning av foretak kan ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller sammenslutningen av foretak eller noen som handler på deres vegne, forsettlig eller uaktsomt

- a. overtrer §§ 10, 11, 18 første ledd eller 19 første ledd,
- b. overtrer vedtak etter §§ 12, 16, 16 a, 23 eller 42,
- c. unnlater å etterkomme pålegg etter §§ 18 tredje eller femte ledd, 24 eller 25,
- d. gir uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene,
- e. bryter forsegling foretatt i medhold av § 25,
- f. overtrer forskrift i medhold av 14, §§ 18 niende ledd eller 23, eller
- g. medvirker til overtredelser av bokstav a til f.

§ 39 første ledd skal lyde:

§39. Klage, omgjøring og søksmål

Fristen for å klage på vedtak om overtredelsesgebyr etter § 29 første ledd er seks måneder fra partene mottok vedtaket. Fristen for å klage på vedtak om pålegg om å bringe ulovlig adferd til opphør etter § 12 første ledd er to måneder fra partene mottok vedtaket. *Fristen for å klage på vedtak om avhjelpende tiltak etter § 42 er to måneder fra partene mottok vedtaket.* Konkurransetilsynet skal informere Konkurransklagenemnda når det mottar en klage på et vedtak.

Nytt kapittel 9 skal lyde:

Kapittel 9 Markedsetterforskning

§ 41. Igangsetting av markedsetterforskning

Konkurransetilsynet kan gjennomføre en markedsetterforskning i ett eller flere markeder eller deler av markeder dersom det er forhold som tilsier at konkurransen er begrenset eller står i fare for å bli begrenset.

Før det treffes beslutning om å gjennomføre en markedsetterforskning skal Konkurransetilsynet gjennomføre en høring av utkast til beslutning om markedsetterforskning. Høringsfristen skal være minst tre uker.

Etter at høringen er avsluttet skal Konkurransetilsynet beslutte om en markedsetterforskning skal gjennomføres. Beslutningen skal tas uten ugrunnet opphold, og senest innen fire måneder etter høringsfristens utløp.

Beslutning om markedsetterforskning skal offentliggjøres. Beslutningen kan ikke påklages.

§ 42. Avhjelpende tiltak i saker om markedsetterforskning

Konkurransetilsynet kan pålegge avhjelpende tiltak dersom det foreligger forhold som vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen i strid med lovens formål. Vedtaket kan omfatte ethvert adferdsmessig eller strukturelt tiltak som er nødvendig for å eliminere eller redusere begrensningen av konkurransen. Strukturelle tiltak kan likevel bare pålegges dersom det ikke finnes like effektive adferdsregulerende tiltak, eller dersom et adferdsregulerende tiltak vil være mer byrdefullt for foretaket.

- a) Konkurransetilsynet kan pålegge midlertidige avhjelpende tiltak mens markedsetterforskningen pågår dersom det er nødvendig. Midlertidige avhjelpende tiltak kan være nødvendig dersom: Det er fare for at konkurransen vil bli skadet eller begrenset på en mer alvorlig eller varig måte dersom midlertidige tiltak ikke blir iverksatt før markedsetterforskningen er gjennomført, eller
- b) Midlertidige tiltak er nødvendige for å unngå pålegg om mer inngripende tiltak etter gjennomført markedsetterforskning, eller
- c) Midlertidige tiltak er nødvendig for å hindre pågående skade på konkurransen

Dersom foretaket tilbyr avhjelpende tiltak som nevnt i første eller annet ledd i en sak som kan ende med et vedtak etter første ledd, kan Konkurransetilsynet avslutte saken ved et vedtak som gjør tiltakene bindende for foretaket. Vedtaket skal fastslå at Konkurransetilsynet ikke vil gå videre med saken etter første ledd dersom tiltakene gjennomføres.

Avhjelpende tiltak etter denne bestemmelsen kan pålegges senest 18 måneder etter beslutning om å gjennomføre en markedsetterforskning etter § 41 siste ledd. I særlige tilfeller kan Konkurransetilsynet forlenge fristen med seks måneder.

Konkurransetilsynet kan oppnevne en forvalter til å bistå ved gjennomføringen av vedtak etter første ledd. Etter forslag fra foretakene kan tilsynet oppnevne en forvalter til å bistå ved gjennomføringen av vedtak etter tredje ledd. Forvalteren får sin godtgjørelse dekket av og kan inngå avtaler på vegne av dem som vedtaket retter seg mot. Kongen kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om forvalters stilling.

Konkurransetilsynet kan etter anmodning eller av eget tiltak omgjøre et vedtak etter første eller tredje ledd dersom

- a) faktiske forhold som var vesentlige for vedtaket, endrer seg, eller
- b) foretakene handler i strid med vedtaket, eller
- c) vedtaket bygger på ufullstendige, uriktige, eller villedende opplysninger fra foretakene.

Ved klage over vedtak etter denne bestemmelsens tredje ledd kan Konkurransklagenemnda oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak.

§ 43. Forholdet til reglene om kontroll med foretakssammenslutninger

Avhjelpende tiltak etter § 42 kan ikke omfatte salg av eiendeler ervervet som ledd i en foretakssammenslutning der Konkurransetilsynet, Konkurransklagenemnda eller domstolene har avsluttet behandlingen av saken. Dette gjelder likevel ikke når det er gått mer enn 5 år etter at behandlingen av foretakssammenslutningen ble avsluttet.

Foretak kan ikke gjenerverve hele eller deler av eiendelene som foretaket har solgt på grunnlag av et avhjelpende tiltak etter § 42 før fem år etter salget, med mindre foretaket kan

bevise at markedsforholdene har endret seg i en slik grad at det ikke lenger er grunnlag for vedtaket.

§ 44. Adgang til å iverksette ny markedsetterforskning

Konkurransetilsynet kan ikke åpne markedsetterforskning i et marked som i det vesentlige tilsvarer et marked hvor det i løpet av de siste tre årene er gjennomført markedsetterforskning.

Første ledd er ikke til hinder for at det åpnes markedsetterforskning i samme eller deler av samme marked som har vært gjenstand for en markedsetterforskning i løpet av de siste tre årene, dersom formålet med markedsetterforskningen ikke er det samme.

§ 45. Innsyn i saker om markedsetterforskning

Offentleglova gjelder ikke i saker om markedsetterforskning etter dette kapitlet så lenge saken ikke er avsluttet, jf. § 42 fjerde ledd. Markedsetterforskningen er avsluttet når vedtak om avhjelpende tiltak etter § 42 er truffet eller, dersom vedtak ikke treffes, når avslutning av markedsetterforskningen er offentliggjort eller fristen for å treffe vedtak etter § 42 fjerde ledd er utløpt.

§ 46. Avslutning av saker om markedsetterforskning

Avslutning av markedsetterforskningen offentliggjøres.

§ 47. Forskriftshjemmel

Kongen kan i forskrift gi regler om Konkurransetilsynets gjennomføring av markedsetterforskning etter dette kapittel og nærmere bestemmelser om forvalters stilling etter § 42 tredje ledd.

Nåværende kapittel 9 blir nytt kapittel 10

Nåværende § 41 blir ny § 48 i nytt kapittel 10

Nåværende § 42 blir ny § 49 i nytt kapittel 10

Nåværende § 43 blir ny § 50 i nytt kapittel 10

I forskrift 11. desember 2013 nr. 1465 (utmålingsforskriften) gjøres følgende endringer:

§ 2. Overtredelsesgebyrets maksimale størrelse annet ledd skal lyde:

Konkurransetilsynet kan ilegge overtredelsesgebyr på inntil 10 prosent av foretakets omsetning dersom foretaket eller noen som handler på vegne av foretaket forsettlig eller uaktsomt overtrer

a. konkurranseloven § 10 eller § 11

- b. vedtak etter konkurranseloven § 12
- c. forskrift etter konkurranseloven § 14
- d. vedtak etter konkurranseloven § 16 eller § 16a
- e. konkurranseloven § 19 første ledd

ny f. vedtak etter konkurranseloven § 42

f. blir ny g. medvirker til overtredelser av bokstav a til f.

I forskrift 15. september 2008 nr. 1021 (forvalterforskriften) gjøres følgende endringer:

§ 1. *Virkeområde* skal lyde:

Denne forskrift gir nærmere regler om forvalter etter konkurranseloven § 12 tredje ledd, § 16 fjerde ledd og § 42 femte ledd.

§ 2. Definisjoner skal lyde:

I forskriften menes med

- a. vedtak: vedtak etter konkurranseloven § 12 tredje ledd, § 16 første og annet ledd, § 16a og § 21, § 42 første og tredje ledd.
- b. part: den som et vedtak retter seg mot

§ 3. Oppnevning av forvalter skal lyde:

I vedtak etter konkurranseloven § 12 tredje ledd, § 16 annet ledd, § 16a og § 42 tredje ledd kan Konkurransetilsynet, etter forslag fra partene, fastsette at en eller flere forvaltere oppnevnes, eller kan oppnevnes, til å bistå ved gjennomføringen av vedtaket. Partene skal legge fram forslag til forvalter og mandat for oppdraget innen de frister tilsynet fastsetter. Partenes forslag til forvalter og utforming av mandat må godkjennes av tilsynet. Konkurransetilsynet kan i vedtaket fastsette at det skal gjelde et gjennomføringsforbud frem til forvalter er oppnevnt.

Konkurransetilsynet kan, dersom det finnes nødvendig, av eget tiltak oppnevne en eller flere forvaltere

- a. til å bistå ved gjennomføringen av vedtak etter konkurranseloven § 16 første ledd jf. § 16 tredje ledd,
- b. til å bistå ved gjennomføringen av vedtak etter konkurranseloven § 21, jf. § 16, og
- c. til å bistå ved gjennomføringen av vedtak etter konkurranseloven § 16a jf. § 16.
- d. til å bistå ved gjennomføringen av vedtak etter konkurranseloven § 42 første ledd jf. § 42 femte ledd.*

Ved oppnevning etter annet ledd skal partene innen en frist Konkurransetilsynet fastsetter, få anledning til å uttale seg om utforming av mandat og valg av forvalter. Partene skal uten ugrunnet opphold etter ha oppnevningen underrettes om valg av forvalter og forvalteroppdragets innhold ved kopi av endelig mandat