



Håndbok Konkurranseloven

Håndbok konkurranseloven

2. utgave

FORORD

Den nye konkurranse-loven trådte i kraft 1. mai 2004.

Næringslivets Hovedorganisasjon har derfor sett det som nyttig å utarbeide en håndbok om den nye konkurranse-loven, da loven inneholder store materielle endringer i forhold til tidligere konkurranse-lov.

Håndboken har som siktemål å gi medlemsbedrifter en grundig oversikt over innholdet i loven.

Håndboken har vært utarbeidet med bistand fra konkurranse-rettsgruppene hos advokatfirmaene BA-HR og Thommessen under ledelse av advokatene Helge Stemshaug og Siri Teigum som begge var medlem av det regjeringsoppnevnte konkurranse-lovutvalget.

Næringslivets Hovedorganisasjon håper at håndboken vil bli et nyttig redskap til hjelp og avklaring av konkurranse-rettslige spørsmål.

Juli 2004

Finn Bergesen jr.
Adm. direktør
Næringslivets Hovedorganisasjon

FORORD TIL 2. UTGAVE

2. utgave av Næringslivets Hovedorganisasjons håndbok om konkurranse-loven er oppdatert i lys av den praksis som har utviklet seg omkring konkurranse-loven i de fire årene som er gått siden den trådte i kraft. Enkelte mye omtalte saker fra praksis i Norge og EU er også tatt inn i teksten. Oppdateringene er gjort av advokatfirmaet Wikborg Rein, under ledelse av advokat Mads Magnussen.

August 2008

Finn Bergesen jr.
Adm. direktør
Næringslivets Hovedorganisasjon

Utgiver: Næringslivets Hovedorganisasjon

Juli 2004 2008

Opplag: 3.000

Foto forsiden: Masterfile/SCANPIX

Layout: Kaland Marketing

Trykk: Sandnes Trykkeri AS

ISBN 978-82-7511-120-1

INNHOOLD

1. Innledning	7
1.1 Generelt om loven	7
1.2 Lovens formål	8
1.3 Lovens anvendelsesområde	8
1.4 EØS-konkurranseloven	13
1.5 Rettskildesituasjonen	15
1.6 Det relevante marked	17
2. Konkurranseloven i et nøtteskall	19
2.1 Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid	19
2.2 Forbudet mot misbruk av dominerende stilling	22
2.3 Fusjonsreglene	24
2.4 Konsekvenser ved brudd på konkurransereglene	24
3. Forbud mot samarbeid som begrenser konkurransen - § 10	25
3.1 Generelt om forbudet	25
3.2 Unntak fra forbudet	30
3.3 «Horisontalt samarbeid» - Samarbeid mellom konkurrenter	34
3.4 Samarbeid mellom foretak på ulike nivåer i omsetningskjeden	50
4. Forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende markedsstilling - § 11	61
4.1 Innledning	61
4.2 Forbudet gjelder bare for «dominerende foretak»	62
4.3 Adferd som kan anses som misbruk	64
5. Fusjonskontroll	72
5.1 Innledning	72
5.2 Transaksjoner som omfattes av fusjonsreglene	74
5.3 Nærmere om når det vil være aktuelt for Konkurransetilsynet å gripe inn	75
5.4 Meldeplikt	78
5.5 Saksbehandlingsfrister	81
5.6 Gjennomføringsforbud	81
6. Konkurransetilsynets saksbehandling	83
6.1 Innledning	83
6.2 Opplysningsplikt	83
6.3 Bevissikring	85
6.4 Rett til innsyn i dokumenter	89
6.5 Klageadgangen	89
6.6 Konkurransetilsynets veiledningsplikt	90

7. Konsekvenser av brudd på reglene - Sanksjoner	91
7.1 Ugyldighet.....	91
7.2 Erstatningsansvar	92
7.3 Pålegg fra Konkurransetilsynet	92
7.4 Tvangsmulkt	93
7.5 Overtredelsesgebyr	93
7.6 Bøter og fengselsstraff	95
7.7 Inndragning	97
Stikkordliste	98
Forklaring av ord og uttrykk/definisjonsliste	101

1. INNLEDNING

1.1 Generelt om loven

Den gjeldende norske konkurranseloven trådte i kraft 1. mai 2004. Loven medførte en rekke viktige endringer i konkurransereglene i forhold til konkurranseloven av 1993.

Konkurranseloven av 1993 hadde relativt snevre forbud rettet mot enkelte former for særlig konkurransebegrensende avtaler og handlinger, som samarbeid om priser, markedsdeling og anbud. Det var samtidig mulig å søke om dispensasjon fra forbudene i enkeltsaker. I tillegg til dette inneholdt loven en generell adgang for Konkurransetilsynet til å gripe inn i konkrete saker overfor konkurransereguleringer som ikke var forbudt. Konkurransetilsynet kunne også gripe inn mot bedriftsintervju, men det var ingen meldeplikt.

De viktigste endringene i den nye loven var at de snevre forbudene og den generelle inngrepsbestemmelsen ble erstattet av to generelle forbud: Et forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og et forbud mot misbruk av dominerende markedsposisjon. Det er oppstilt enkelte lovbestemte unntak fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. De to bestemmelsene tilsvarer liknende forbud i EØS-avtalen, som igjen tilsvarer bestemmelser i EU. Dermed har praksis og retningslinjer fra EU/EØS stor betydning for hvordan bestemmelsene skal forstås og praktiseres.

Det er ikke lenger mulig å få dispensasjoner fra konkurranselovens forbud, og bedriftene må selv vurdere om et samarbeid eller en ensidig atferd omfattes av forbudene. Konkurransetilsynet har imidlertid en viss veiledningsplikt. Overtredelser av forbudene kan medføre til dels svært høye bøter.

Fusjonskontrollens inngrepsbestemmelse er uendret i forhold til tidligere konkurranselov, men det ble innført en ordning med meldeplikt ved gjeldende konkurranselov, og en del sentrale begreper er nå harmonisert med fusjonskontrollen i EU/EØS.

I tillegg til den norske konkurranseloven gjelder også EØS-avtalens konkurranseregler i Norge. Konkurransereglene i EØS-avtalen kommer til anvendelse på avtaler eller tiltak som har virkninger på handelen mellom EØS-land, dvs. grenseoverskridende virkninger. Dersom en avtale eller et tiltak påvirker samhandelen, kommer både konkurranseloven og EØS-avtalens konkurranseregler til anvendelse. Dersom avtalen eller tiltaket ikke har grenseoverskridende virkninger, kommer kun den norske konkurranseloven til anvendelse.

Ettersom adferdsreglene (forbudene) er likelydende i de to regelsettene, har det normalt liten eller ingen betydning i praksis for markedsaktørene om det er norsk lov eller konkurransereglene i EØS, eller begge, som får anvendelse.

Konkurransereglene utgjør en stadig viktigere del av det juridiske rammeverket som alle NHOs medlemsbedrifter må forholde seg til. Samtidig er regelverket komplisert. Siktemålet med heftet er å gi en generell innføring og praktisk veiledning i dette regelverket.

1.2 Lovens formål

Konkurranselovens formål er å «fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser». Målet er altså effektiv ressursbruk, og virkemiddelet konkurranse.

Konkurranse som virkemiddel for å oppnå effektiv ressursbruk er fundert på økonomisk teori (velferdsteori). Økonomisk teori står derfor sentralt ved tolkningen og endringen av loven. Andre politiske hensyn er i utgangspunktet ikke relevante.

Stortinget innførte ved vedtakelsen av gjeldende konkurranselov et tillegg i formålsbestemmelsen, slik at det nå også fremgår at: «Ved anvendelsen av denne lov skal det tas særlig hensyn til forbrukernes interesser». Generelt kan det nok sies at å fremme konkurranse for å bidra til effektiv ressursbruk nettopp vil være i forbrukernes interesser, og at tillegget i formålsbestemmelsen har liten eller ingen praktisk betydning utover dette.

Selv om konkurranselovens utgangspunkt er at det ikke kan legges vekt på andre politiske hensyn, vil andre hensyn, for eksempel sysselsettingshensyn, distriktpolitiske hensyn eller kulturpolitiske hensyn i særlige tilfeller likevel virke til fortrengsel for konkurransepolitiske hensyn. Det er særskilt presisert i loven når det er aktuelt. Etter gjeldende konkurranselov er slike avveininger løftet opp på regjeringsnivå, gjennom to særbestemmelser som gir Kongen i statsråd (Regjeringen) adgang til å overprøve Konkurransetilsynets vurderinger i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning.

1.3 Lovens anvendelsesområde

1.3.1 Oversikt over lovens saklige anvendelsesområde

Konkurranseloven av 1993 inneholdt en egen bestemmelse som anga hva som var omfattet av loven (lovens saklige virkeområde). Det fremgikk her uttrykkelig at loven omfattet ervervsvirksomhet av enhver art, uten hensyn til hva slags varer eller tjenester virksomheten gjaldt, og uansett om den var privat eller ble drevet av stat eller kommune. Ervervsvirksomhet var i loven definert som all slags økonomisk virksomhet, varig eller leilighetsvis.

Konkurranseloven av 2004 inneholder ingen egen bestemmelse om lovens anvendelsesområde. Hva som omfattes av loven, fremgår mer implisitt ved at konkurranselovens forbudsbestemmelser og fusjonsregler retter seg mot «foretak». Foretaksbegrepet er nærmere definert i lovens § 2. Det fremgår her at med «foretak» forstås i denne forbindelse enhver enhet, privat eller offentlig, som utøver ervervsvirksomhet. Denne definisjonen samsvarer med tilsvarende begrep i EØS-avtalens konkurranseregler. Praksis fra EU/EØS-retten vil følgelig gi veiledning ved avgjørelsen av om noe er å anse som et «foretak».

Det avgjørende for om en adferd omfattes av konkurranseloven, er om det utøves virksomhet av økonomisk eller handelsmessig karakter, typisk salg av varer og/eller tjenester. Enhver som utøver økonomisk virksomhet, vil omfattes av loven uten

hensyn til rettslig status, og hvordan virksomheten er finansiert. Loven omfatter derfor ikke bare formelle, juridiske selskaper, men også ulike former for partnerskap og foreninger, handelsorganisasjoner og andre interesseorganisasjoner, kooperativer innen primærnæringen, statsforetak mv. Handelsorganisasjoner og andre interesseorganisasjoner omfattes i den utstrekning organisasjonen kan sies også å utøve en form for kommersiell eller økonomisk aktivitet, selv om organisasjonen verken har et eget profittmotiv eller et økonomisk formål.

Også offentlige organer vil omfattes i den utstrekning de utøver økonomisk virksomhet av en industriell eller kommersiell art, gjennom tilbud eller etterspørsel etter varer eller tjenester i markedet. Offentlig myndighetsutøvelse faller derimot utenfor lovens anvendelsesområde. Selv om lovens forbudsbestemmelser ikke får anvendelse på offentlig myndighetsutøvelse, har Konkurransetilsynet til oppgave å påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak, herunder eventuelt å fremme forslag med sikte på å styrke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter. Adgangen til å påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak er nærmere beskrevet under punkt 1.3.5.

Grensen mellom offentlig ervervsvirksomhet og offentlig myndighetsutøvelse kan være vanskelig. Det offentlige vil normalt opptre som «foretak» dersom det er et marked for det aktuelle produktet eller tjenesten som private aktører kan tenkes å henvende seg til. I EU er det for eksempel lagt til grunn at arbeidsformidling var en slik tjeneste.

Økonomisk virksomhet inkluderer både salg og innkjøp av varer og tjenester. Den nye loven medførte muligens en endring på ett viktig punkt. Mens det etter konkurranseloven av 1993 var klart at loven omfattet det offentliges innkjøp til konsum, faller dette i noen tilfeller muligens utenfor den nye loven. I henhold til rettspraksis i EU blir det offentlige ikke betraktet som «foretak» når det kjøper inn varer som skal benyttes til annen aktivitet enn økonomisk aktivitet, typisk til offentlig tjenesteyting som ikke skjer i et marked, men basert på solidaritetsmessige prinsipper. Som følge av harmonisering med EØS-reglene på dette punkt, må denne løsningen antas å gjelde også i forhold til gjeldende norsk konkurranselov.

Opgaver i det offentliges interesse som er en del av de grunnleggende, offentlige funksjoner, omfattes ikke av loven, selv om de utføres av private aktører. Det kan for eksempel være tilfelle for private organer eller aktører som kan sies å utøve en form for kontrollvirksomhet ut fra sikkerhetshensyn eller forurensningshensyn.

Hva som er å anse som «foretak», har vært prøvet i en rekke saker for EU-domstolen vedrørende ulike former for tilleggspensjonsordninger. Om slike ordninger omfattes av konkurransereglene, vil i særlig grad bero på om pensjonskassen er basert på solidaritetsprinsipper, og derfor medfører en ikke-kommersiell form for subsidiering av en sosial gruppe i forhold til en annen, eller ikke. Det vil bl.a. kunne være tilfelle der utbetalingene er identiske til samtlige mottakere, mens innbetalinger fastsettes på

grunnlag av inntekt, slik at pensjonsrettighetene ikke er proporsjonale med innskuddene, og der eventuelle overskudd fordeles ut fra økonomisk situasjon. Motsatt vil pensjonsordninger der utbetalinger avhenger av de innbetalinger som er foretatt og av det finansielle resultat fra investeringer, foretatt av pensjonskassens administrerende organ, normalt være omfattet.

1.3.2 Forhold som er eksplisitt unntatt fra virkeområdet

Unntak for arbeids- og ansettelsesvilkår

Loven inneholder et eksplisitt unntak for arbeids- og ansettelsesvilkår i § 3 første ledd. Unntaket er en videreføring av tilnærmet likelydende unntak under tidligere konkurranselov. Arbeids- og ansettelsesvilkår vil, i tillegg til lønnsvilkår, bl.a. omfatte bestemmelser om arbeidstid, firmabilordninger, pensjonsordninger og ferievilkår.

Et slikt eksplisitt unntak er i stor utstrekning unødvendig fordi lovens forbudsbestemmelser uansett ikke får anvendelse på kollektive arbeidsavtaler. Dette følger av rettspraksis vedrørende tolkningen av de tilsvarende forbudsbestemmelsene i EU og EØS-avtalen. EF-domstolen og EFTA-domstolen har lagt til grunn at kollektive avtaler mellom interesseorganisasjoner i utgangspunktet faller utenfor konkurransereglens virkeområde på grunn av deres rolle i gjennomføringen av den sosiale dialog på arbeidsmarkedet.

Hvor langt unntaket rekker i forhold til slike kollektive avtaler, kan imidlertid være noe usikkert fordi nevnte rettspraksis er uklar på enkelte punkter. Praksis fra EF-domstolen kan trekke i retning av at arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner overhodet ikke opptre som foretak i konkurranselovens forstand når de forhandler kollektive avtaler om lønns- og arbeidsvilkår. EFTA-domstolen synes imidlertid i KLP-dommen å åpne for at enkelte bestemmelser i slike avtaler likevel vil kunne omfattes, dersom disse bestemmelsene har et annet formål enn å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår.

EFTA-domstolens avgjørelse synes langt på vei å være i tråd med det tilsvarende unntaket under tidligere konkurranselov, som heller ikke gjorde unntak for tariffavtaler i sin helhet. I den grad en arbeidsavtale direkte regulerte konkurranseforholdene utover lønns- og arbeidsvilkår, var avtalen omfattet av loven. For eksempel er det lagt til grunn at bestemmelser i Hovedavtalen LO-NHO om flytting av pensjonsforsikringsavtaler ikke var omfattet av tilsvarende unntak i tidligere lov.

Videre vil det at en arbeidsgiverorganisasjon for eksempel oppfordrer medlemmene til å ta en bestemt minste timepris for sine tjenester, kunne rammes.

Unntaket omfatter arbeids- og ansettelsesvilkår i vanlige ansettelsesforhold. Det karakteristiske for slike lønns- og arbeidsvilkår er at de regulerer arbeidsforhold for en person som er underlagt en annens instruksjonsmyndighet. Unntaket gjelder derimot ikke oppdragsforhold.

Unntak fra hele eller deler av loven for bestemte markeder eller næringer

Loven gir adgang til å gi forskrift som gjør unntak fra loven for bestemte markeder eller næringer. Det er spesielt presisert at det skal fastsettes unntak ved forskrift som er nødvendig for å gjennomføre landbruks- og fiskeripolitikken. Slik forskrift ble vedtatt 23. april 2004 i forskrift om unntak for samarbeid mv. innen landbruk og fiske. Konkurranselovens forbud kommer derfor ikke til anvendelse på avtaler eller ensidige handlinger foretatt av primærprodusenter eller deres organisasjoner, såfremt disse handlingene er i samsvar med:

- Lov eller forskrift som regulerer produksjon eller omsetning av landbruks- og fiskeriprodukter.
- Avtale mellom staten og næringsorganisasjoner som regulerer produksjon eller omsetning av landbruks- og fiskeriprodukter.

Produksjon og omsetning omfatter her også forskning og utvikling, foredling, distribusjon, markedsføring og andre tiltak for å bringe produktet frem til markedet.

Det er også gitt unntaksforskrifter på to andre områder:

- Forskrift om unntak fra konkurranseloven for samarbeid mv. mellom visse grupper privatpraktiserende leger, psykologer og fysioterapeuter
- Forskrift om unntak fra konkurranseloven § 10 for samarbeid ved omsetning av bøker

1.3.3 Lovens geografiske virkeområde

Generelt

Den norske konkurranseloven omfatter avtaler og handlinger som foretas, har virkning eller er egnet til å ha virkning i landet. Det avgjørende er normalt om avtalen eller handlingen har virkning for konkurransen på det norske markedet. Også foretak etablert i utlandet vil derfor i utgangspunktet kunne omfattes av den norske konkurranseloven.

Det er visse faktiske begrensninger i konkurransemyndighetenes muligheter til å anvende norske konkurranseregler på utenlandske selskaper som ikke er etablert i Norge. Bl.a. har norske konkurransemyndigheter normalt begrensede muligheter for å få tvangsfullbyrdet sanksjoner ilagt utenlandske selskaper som ikke er etablert i Norge for overtredelser av loven eller til å ilegge slike selskaper tvangsmulkt for å fremtvinge utlevering av informasjon.

Foretakssammenslutninger

For foretakssammenslutninger (fusjoner og oppkjøp) medfører dette at Konkurransetilsynet vil kunne gripe inn mot utenlandske selskapers erverv av norske selskaper, uavhengig av om det overtagende selskap er etablert i Norge eller ikke. Videre vil tilsynet kunne gripe inn mot norske selskapers erverv av utenlandske selskaper når ervervet kan få virkning for konkurransen på norske markeder. Dette gjelder uavhengig av om det utenlandske selskapet er etablert i Norge. Meldeplikten, som er nærmere

beskrevet under punkt 5.4, får imidlertid kun anvendelse dersom begge parter har omsetning i Norge.

Det er også lagt til grunn at Konkurransetilsynet vil kunne gripe inn mot foretakssammenslutninger som finner sted mellom to utenlandske foretak i utlandet når begge er etablert i Norge. Tilsynet har i prinsippet også adgang til å gripe inn mot en foretakssammenslutning mellom to utenlandske selskaper der ingen av disse er etablert i Norge.

Konkurranselovens virkeområde begrenses også av EØS-avtalens regler ved at EØS-reglene har «forrang» (se nedenfor) og ved at norske konkurransemyndigheter ikke kan anvende konkurranseloven på foretakssammenslutninger som omfattes av EØS-avtalens fusjonsregler.

1.3.4 EØS-avtalens «forrang»

EØS-avtalen har forrang foran den norske konkurranseloven. Dvs. at dersom det er konflikt mellom de to regelsettene, skal EØS-reglene gå foran. Det innebærer at bl.a. norsk konkurranselovgivning ikke kan forby/tillate adferd som er uttrykkelig tillatt/forbudt etter EØS-avtalens konkurranseregler, dersom begge regelsett får anvendelse i den konkrete sak. Forholdet mellom regelsettene er nærmere regulert i EØS-konkurranseloven som er omtalt i punkt 1.4.

1.3.5 Offentlige reguleringer

Konkurransetilsynets adgang til å påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak ble videreført i gjeldende konkurranselov. I likhet med tidligere lov kan Konkurransetilsynet dessuten fremme forslag med sikte på å styrke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter. Selv om konkurranseloven primært retter seg mot privat og offentlig ervervsvirksomhet, har Konkurransetilsynet dette virkemiddelet overfor konkurranseeskadelig offentlig myndighetsutøvelse.

Denne arbeidsoppgaven er viktig for å sikre næringslivet rammebetingelser som ikke hemmer, men fremmer konkurransen i markedene. I praksis foregår mye av dette arbeidet ved at konkurransemyndighetene – både departementet og Konkurransetilsynet – engasjerer seg aktivt som høringsinstans i forbindelse med ordinær forberedelse av ulike former for regelverk. Dessuten tar konkurransemyndighetene opp eksisterende regelverk til drøftelse av eget tiltak. Ofte skjer dette etter henvendelse fra ervervsdrivende eller deres bransjeorganisasjoner. Et eksempel er Konkurransetilsynets påpekning av det konkurransevridende forhold at bare avisene, og ikke ukebladene, nød godt av merverdiavgiftsfritak.

Etter den nye konkurranseloven har det organ som mottar Konkurransetilsynets henvendelse en plikt til å svare Konkurransetilsynet når tilsynet krever det. I svaret skal det bl.a. redegjøres for hvordan de konkurransemessige hensyn vil bli ivarettatt. Begrunnelsen for denne svarplikten er at dette vil bidra til å sette fokus på konkurranse- og effektivitetshensyn. Derimot innebærer bestemmelsen ingen binding av vedkommende myndighets politiske valg og/eller skjønnsutøvelse ved avveilingen mellom ulike hensyn.

1.4 EØS-Konkurranseloven

1.4.1 Innledning

Ny EØS-konkurranselov ble vedtatt samtidig med den nye konkurranseloven. EØS-konkurranseloven med tilhørende forskrifter gjennomfører EØS-avtalens konkurranse-regler i norsk rett. Loven erstattet EØS-konkurranseloven av 1992, som trådte i kraft samtidig som EØS-avtalen 1. januar 1994. Gjeldende EØS-konkurranselov trådte i kraft 19. mai 2005.

Gjeldende EØS-konkurranselov inneholder flere viktige elementer som var nye i forhold til den tidligere loven, som at Konkurransetilsynet er gitt hjemmel til å håndheve EØS-avtalens konkurranse-regler som knytter seg til foretakenes markedsadferd. Videre inneholder loven, som tidligere EØS-konkurranselov, bestemmelser om foretakenes plikter når EØS-avtalens konkurranse-regler håndheves av EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-domstolen.

EU-kommisjonen er også nevnt i enkelte av bestemmelsene, og det er viktig å være klar over at det i de aller fleste konkurransesaker etter EØS-avtalen er Kommisjonen som står for håndhevingen. Det gjelder også saker som involverer norske markeder og foretak. Det gjelder både i overtredelsessaker etter EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og ikke minst i fusjonssaker, hvor kompetansefordelingen mellom de to overvåkningsorganene medfører at det i praksis alltid vil være Kommisjonen som er kompetent når EØS-reglene får anvendelse.

Loven etablerer et system for håndhevingen av EØS-avtalens artikler 53 og 54 i Norge som tilsvarer det system som er innført for håndhevingen av de likelydende bestemmelsene i EF-traktatens artikler 81 og 82 i EU. Dette innebærer at Norge ensidig har foretatt tilpasninger man ikke har vært forpliktet til etter EØS-avtalen. EFTAs overvåkningsorgan, Norge og de andre EFTA-statene som er med i EØS, er formelt holdt utenfor nettverket av konkurransemyndigheter som er etablert i EU-pilaren for håndheving av EF-traktatens bestemmelser, men har altså på eget initiativ etablert et eget nettverk for håndhevelse av artikkel 53 og 54, selv om det ikke er gjort på EU-siden.

I og med at konkurranseloven §§ 10 og 11 tilsvarer EØS-avtalens artikler 53 og 54, har EØS-reglene begrenset praktisk betydning for norske foretak, med mindre de deltar i transaksjoner hvor tersklene for EØS-avtalens fusjonskontroll er oppfylt.

1.4.2 Konkurranseloven og konkurranse-reglene i EØS-avtalen har delvis overlappende anvendelsesområde

Konkurranseloven §§ 10 og 11 forbyr konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av markeds-makt som har eller er egnet til å ha virkning i Norge. De likelydende bestemmelsene i EØS-avtalens artikler 53 og 54 kommer til anvendelse, såfremt handelen mellom to eller flere EØS-stater er påvirket. Det skal normalt relativt lite til for at handelen mellom to eller flere stater anses påvirket. Også tiltak som for eksempel begrenser etableringsmulighetene i et land, og derigjennom eksport- eller importmulighetene til dette landet, vil omfattes. EØS-avtalens artikler 53 og 54 kommer derfor i praksis til anvendelse på mange av de avtaler og handlinger som også reguleres av konkurranseloven §§ 10 og 11. Konkurranseloven §§ 10 og 11 vil med

andre ord ha et betydelig overlappende anvendelsesområde med EØS-avtalens artikkel 53 og 54.

Motsatt løsning gjelder for foretakssammenslutninger, som enten behandles etter EØS-reglene eller den norske konkurranseloven. Norske myndigheter er, med visse unntak, fratatt muligheten til å anvende norsk lov på fusjoner og andre foretakssammenslutninger som omfattes av EUs fusjonsforordning/EØS-avtalens fusjonsregler.

1.4.3 Konkurransetilsynet skal håndheve EØS-avtalens konkurranseregler

Den norske konkurranseloven og EØS-konkurranseloven pålegger Konkurransetilsynet å håndheve og føre tilsyn med at EØS-avtalens artikler 53 og 54 overholdes. Når Konkurransetilsynet håndhever EØS-konkurransereglene, skal de benytte de samme saksbehandlingsregler og sanksjonsregler som ved håndhevingen av konkurranseloven. EU-kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan skal fortsatt håndheve EØS-forbudene i medhold av sine respektive regler. Siden disse på enkelte områder avviker fra konkurranseloven, vil måten håndhevingen av EØS-avtalens artikler 53 og 54 skjer på i Norge, i en viss grad bero på om reglene håndheves av Konkurransetilsynet eller EFTAs overvåkningsorgan. For eksempel har EFTAs overvåkningsorgan kun adgang til å ta kopier av dokumenter når de er på kontrollbesøk i en bedrift, mens Konkurransetilsynet kan ta med original uten at bedriften nødvendigvis har krav på kopi.

1.4.4 EØS-reglene legger begrensninger på anvendelsen av norske regler

EØS-konkurranseloven er til hinder for at en avtale som er tillatt etter EØS-avtalens artikkel 53 er forbudt etter norsk konkurranselovgivning. En avtale kan være tillatt etter EØS-avtalens artikkel 53, enten fordi den ikke er å anse som begrensende etter EØS-avtalens artikkel 53(1) eller fordi den er omfattet av de lovbestemte unntaksbestemmelsene i EØS-avtalens artikkel 53(3), herunder de såkalte gruppefritakene som gjør unntak for ulike typer kategorier av avtaler og samarbeid. En nærmere beskrivelse av hva som omfattes av forbudet i EØS-avtalens artikkel 53, herunder om de ulike gruppefritakene, følger av kapittel 4. Følgelig kan for eksempel en distribusjonsavtale som omfattes av gruppefritaket for vertikale avtaler, ikke være forbudt etter konkurranseloven. Forbudet i EØS-konkurranseloven mot å anvende strengere norske regler, gjelder ikke bare reglene i konkurranseloven (og da særlig § 10), men også annen norsk sektorspesifikk konkurranselovgivning, slik som for eksempel finnes i finanslovgivningen.

Derimot er EØS-konkurranseloven ikke til hinder for at norsk konkurranselovgivning er strengere enn EØS-avtalens artikkel 54, når det gjelder utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Med andre ord er det ikke i strid med EØS-konkurranseloven dersom forbudet i konkurranseloven § 11 mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling anvendes for handlinger foretatt av foretak med dominerende stilling, selv om den tilsvarende handling ikke er i strid med det likelydende forbudet i EØS-avtalens artikkel 54.

Ettersom forbudene i §§ 10 og 11 i den nye konkurranseloven skal tolkes i samsvar med de tilsvarende EØS-reglene, bør ovennevnte begrensninger i utgangspunktet ha liten praktisk betydning. De kan imidlertid ha betydning dersom et norsk gruppefritak er snevrere enn det tilsvarende gruppefritaket i EØS samt i perioden før Norge innfører et gruppefritak som allerede finnes i EØS.

I tillegg er myndighetene i konkurranseloven § 14 gitt en generell adgang til å vedta forskrifter for å fremme konkurransen. Slike forskrifter kan ikke forby avtaler som er tillatt etter EØS-avtalen artikkel 53. Det er foreløpig kun gitt en slik forskrift; forskrift om forbod mot bonusprogram i innenriks luftfart.

1.4.5 Konkurransemyndighetenes innleggsrett overfor domstolene

Forbudene i EØS-avtalens artikler 53 og 54 kan på samme måte som forbudene i konkurranseloven §§ 10 og 11 håndheves ved norske domstoler. For eksempel kan en bedrift som har vært kunde av en kartelldeltaker, kreve å få erstattet den overpris bedriften har betalt som følge av den ulovlige avtalen. Tilsvarende kan en som utsettes for en ulovlig forretningsnektelse gå til domstolene og kreve at forretningsnektelsen opphører. Det er grunn til å anta at det etter hvert vil skje en økning i slike søksmål ved norske domstoler.

Etter EØS-konkurranseloven har Konkurransetilsynet fått en rett, men ingen plikt, til å inngi et skriftlig innlegg for domstolene der domstolen er forelagt et spørsmål om anvendelsen av EØS-avtalens artikler 53 og 54. Konkurransetilsynet bestemmer selv om det ønsker å inngi et slikt innlegg, uten at domstolen eller partene i søksmålet kan nekte det. Med rettens tillatelse kan Konkurransetilsynet i tillegg også gi et muntlig innlegg i denne type saker. Også EFTAs overvåkningsorgan kan gi slikt skriftlig og eventuelt muntlig innlegg for norske domstoler. Det forutsetter imidlertid at det er behov for å gi slikt innlegg for å sikre en ensartet anvendelse av EØS-avtalen, dvs. at EØS-avtalen anvendes på samme måte og gis et likt innhold i Norge som i andre EØS-land.

Selv om det foreløpig ikke er eksempler på det, er det grunn til å tro at konkurransemyndighetene vil benytte sin rett til å inngi skriftlige og muntlige innlegg dersom anledningen byr seg. Det er verdt å være oppmerksom på at norske domstoler – som en konsekvens av EØS-konkurranseloven – er forpliktet til å anvende EØS-avtalens artikler 53 og 54 der de kommer til anvendelse. Partene kan med andre ord ikke begrense domstolens mulighet til å vurdere tvisten kun etter konkurranseloven, for å hindre konkurransemyndighetene i å fremsette sine innlegg, selv om partene skulle være enige om at innlegg fra konkurransemyndighetene ikke er formålstjenlig eller ønskelig i den konkrete sak.

1.5 Rettskildesituasjonen

Sentrale bestemmelser i konkurranseloven er basert på tilsvarende regler i EU/EØS. Rettskildemessig har dette betydning både ved at flere bestemmelser, begreper og forskrifter har sin opprinnelse i lovgivning fra EU/EØS, og ved at retts- og forvaltningspraksis knyttet til konkurransereglene i EU/EØS er helt sentrale for tolkningen av de norske reglene.

Særlig gjelder dette i forhold til konkurranselovens forbud mot henholdsvis konkurransebegrensende samarbeid i § 10 og misbruk av dominerende stilling i § 11. Det er her EF-domstolens avgjørelser som i praksis er den viktigste rettskilden. Nevnes særskilt bør også retningslinjers betydning på konkurranserettens område. EU-kommisjonen har gitt en rekke relativt detaljerte retningslinjer både når det gjelder forbudene og fusjonskontrollen som har stor betydning for den praktiske anvendelsen av reglene

både i EU/EØS og Norge. EFTAs overvåkningsorgan har i flere tilfeller gitt egne retningslinjer som er en blåkopi av Kommisjonens tilsvarende retningslinjer.

Det vil i denne håndboken en rekke steder bli vist til retningslinjer av denne typen. I de tilfeller hvor EFTAs overvåkningsorgan har gitt egne retningslinjer, er det disse det vil bli henvist til. Øvrige retningslinjer er det kun Kommisjonen som har utferdiget, og det vil, der det er tilfelle, bli vist til disse.

Konkurransetilsynet har med et par unntak ikke gitt egne retningslinjer til konkurranse-loven. Det er kun gjort for henholdsvis alminnelig og fullstendig melding av foretakssammenslutninger (fusjoner og oppkjøp). I temaark som tilsynet har offentliggjort på sine nettsider, er det gjennomgående vist til relevante retningslinjer hos EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen. Enkelte av tilsynets retningslinjer etter tidligere konkurranselov kan fortsatt gi en viss veiledning.

I tillegg til lovgivning og retningslinjer er enkeltavgjørelser fra særlig EF-domstolen og til dels Kommisjonen sentrale ved tolkningen av de norske reglene. Praksis fra norske domstoler og norske konkurransemyndigheter er selvfølgelig også relevant i den grad den foreligger.

Nevnes bør også økonomisk analyses betydning for rettsanvendelsen innen konkurranseretten. De sentrale materielle bestemmelsene er basert på økonomisk teori, og tolkningen av dem utvikles i stor grad over tid i takt med utviklingen innen økonomisk teori. Det er en fordel med en viss kjennskap til den underliggende økonomiske teorien når man anvender disse bestemmelsene. Begreper som «det relevante marked», «markedsmakt» og «etableringshindringer» er sentrale i konkurranseretten.

KILDER

Både lovtekst og informasjon om den norske konkurranse-loven finnes på Konkurransetilsynets hjemmeside; <http://www.kt.no/>. Der er det også lenker til lovens forarbeider og gjeldende forskrifter på Lovdata, og vedtak og avgjørelser legges ut på hjemmesiden.

Hjemmesiden til Fornyings- og administrasjonsdepartementet inneholder blant annet vedtak i klagesaker; <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/Tema/konkurransepolitikk.html?id=1363>.

Det finnes også informasjon av interesse på henholdsvis EFTAs overvåkningsorgan og EU-kommisjonens hjemmesider, herunder diverse retningslinjer som også har betydning for tolkningen av norske konkurranse-regler som bygger på EU/EØS-regler;

EU-kommisjonen: http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html

EFTAs overvåkningsorgan: <http://www.eftasurv.int/>

1.6 Det relevante marked

Begrepet «det relevante marked» er helt sentralt i konkurranserettslig analyse. Det benyttes i flere sammenhenger i konkurranseloven og i EU/EØS-konkurranseretten.

Når de konkurransebegrensende virkningene av et samarbeid skal analyseres etter forbudet i § 10, er det nødvendig å avgrense det som kalles det relevante marked. Det relevante marked danner også utgangspunkt for vurderingen av om et foretak har dominerende stilling etter lovens § 11, som omtales nærmere under kapittel 4. Tilsvarende må det relevante marked avgrenses i fusjonssaker når det skal tas stilling til om fusjonen fører til en vesentlig konkurransebegrensning eller ikke.

EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked gir veiledning for markedsavgrensning også etter konkurranseloven. Tilsvarende vil det kunne hentes veiledning i konkurransemyndighetenes praksis.

DET RELEVANTE MARKED

Det relevante marked avgrenses på grunnlag av hvilke produkter og/eller tjenester som konkurrerer med hverandre (dvs. som kunden anser som ombyttelige med hverandre). Det relevante marked avgrenses derfor ut fra kjøpernes muligheter til å erstatte partenes produkter med andre identiske eller likeverdige produkter, ofte omtalt som ombyttelige eller substituerbare produkter. En kjøper vil normalt velge sin leverandør på bakgrunn av forhold som pris, produktets egenskaper og leverandørens lokalisering. De relevante markedene har derfor både en produktmessig og en geografisk dimensjon.

Metoden som benyttes for å vurdere om to varer/tjenester er ombyttelige (substituerbare) for kunden på en slik måte at de vil inngå i samme relevante marked, er at det tas utgangspunkt i de varer og/eller tjenester partene selger, og det området de selger i. Det forutsettes så en liten, men varig prisøkning på disse varene. En slik liten prisøkning forutsettes å være i størrelsesorden 5 prosent til 10 prosent. Så vurderes kundens reaksjon på en slik prisøkning. Når etterspørre blir stilt overfor en prisøkning, vil de ha incitament til å kjøpe likeverdige produkter fra andre leverandører/tilbydere. Dersom det er sannsynlig at kunden vil skifte over til andre nærliggende produkter eller til produkter i nærliggende områder, inngår disse produktene i samme relevante marked. Det skyldes at konkurransen fra disse produktene og områdene er tilstrekkelig til å påvirke og legge begrensninger på partenes prisfastsettelse og dermed konkurransetrykket på kort sikt.

Det avgjørende spørsmål er følgende om partenes kunder vil skifte over til andre lett tilgjengelige og liknende produkter eller leverandører som svar på en eventuell liten, men varig prisøkning fra et foretak. Dersom ombytteligheten er tilstrekkelig til at prisøkninger blir ulønnsomt på grunn av tapt omsetning, regnes ytterligere produkter og

områder med i det relevante marked, inntil det oppnås et sett produkter og geografiske områder der små, men varige prisøkninger vil være relativt lønnsomme. Et relevant marked omtales derfor ofte som det markedet hvor et monopol som ikke er utsatt for potensiell konkurranse, kan utøve markedsmakt.

Det relevante produktmarkedet

Utgangspunktet for avgrensningen av det relevante produktmarkedet vil normalt være hvilke behov produktet skal dekke hos kunden, og hvilke andre produkter som kan dekke disse behov. Selv om to produkter kan dekke samme behov, er det ikke sikkert at de inngår i samme relevante marked, dersom de for eksempel har ulike fysiske og tekniske karakteristika som gjør at de ikke anses ombyttelige for de fleste kunder.

Faktorer av betydning for avgrensning av det relevante produktmarkedet er bl.a.:

- Opplysninger om og faktiske eksempler på substitusjon.
- Forbrukerpreferanser, herunder betydningen av varemerker, kjøpsmønstre og holdninger.
- Hindringer og omkostninger for kunden ved å bytte til andre produkter. Eksempler på omkostninger ved å bytte vil for eksempel kunne være opplæringskostnader og nyinvesteringer for å få eksisterende systemer kompatible med nye produkter.
- Ulike kundegrupper og prisdifferensiering. Store prisforskjeller mellom ulike produkter indikerer at de ikke tilhører samme relevante produktmarked.

Det relevante geografiske markedet

Faktorer av betydning for avgrensningen av det relevante geografiske markedet er bl.a.:

- Eksisterende geografisk kjøpsmønster. Utgangspunktet for vurderingen vil være det eksisterende salgsmønsteret for de aktuelle varene og/eller tjenestene.
- Hindringer og omkostninger for kunden ved kanalisering av bestillinger til foretak i andre områder. For eksempel vil produktets holdbarhet begrense hvor langt det kan transporteres. Høye transportkostnader relativt til prisen på produktet vil tilsvarende kunne redusere markedets geografiske utstrekning.
- Betydning av nærhet til kunden. Nærhet til kunden er av stor betydning i mange markeder, særlig for enkelte former for tjenester. Behov for nærhet til kunden kan derfor tilsi at markedet har begrenset geografisk utstrekning.
- Erfaring og faktiske eksempler på kanalisering av ordre til andre områder.

Synspunkter fra kunder og konkurrenter vil kunne få betydning både når det gjelder det relevante produktmarkedet og det relevante geografiske markedet. Konkurransemyndighetene vil i mange typer saker ta kontakt med kunder og konkurrenter og stille spørsmål om sannsynligheten for skifte av leverandører ved mindre, men varige prisøkninger.

2. KONKURRANSELOVEN I ET NØTTESKALL

2.1 Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid

2.1.1 Generelt

Konkurranseloven § 10 forbyr samarbeid som begrenser eller kan begrense konkurransen på markedet. Alle former for samarbeid som kan påvirke partenes markedsadferd, enten partene imellom eller i forhold til andre aktører, kan rammes av forbudet.

Både formelle avtaler og samarbeid som ikke hviler på rettslig bindende avtaler omfattes av forbudet, for eksempel såkalte «gentlemen's agreements». Forbudet kommer også til anvendelse på samordning av adferd uten at det foreligger noen uttrykkelig enighet om samarbeid. Gjensidig utveksling av informasjon som er egnet til å føre til en samordning av markedsadferden, for eksempel informasjon om fremtidige priser, kan derfor rammes av forbudet, selv om det ikke foreligger noe egentlig prissamarbeid.

Forbudet kan også få anvendelse på beslutninger truffet innen bransjeorganisasjoner og andre typer interesseorganisasjoner. Tiltak som begrenser konkurransen mellom medlemmene i en organisasjon rammes dermed av forbudet.

Forbudet rammer konkurransebegrensende avtaler både mellom konkurrenter («horisontale avtaler») og mellom aktører på ulike nivå i verdikjeden, for eksempel mellom en leverandør og dens distributører («vertikale avtaler»).

Forbudet kommer ikke til anvendelse på avtaler mellom foretak innenfor samme konsern. Heller ikke kommer forbudet normalt til anvendelse på agentavtaler.

Samarbeid mellom foretak som ikke er konkurrenter, rammes ikke av forbudet. Det gjør heller ikke samarbeid mellom konkurrenter som gjelder et prosjekt eller en aktivitet som ikke kunne vært utført av en av dem alene. Samarbeid som ikke har noen betydning for konkurransen på markedet, vil ikke være forbudt.

Noen typer samarbeid er alltid forbudt, slik som typiske former for kartellsamarbeid. Slike samarbeid anses å ha som formål å begrense konkurransen. Hvis slikt formål ikke foreligger, må det foretas en nærmere vurdering av samarbeidets virkninger for å avgjøre om forbudet kommer til anvendelse. Man må i så fall avgrense markedet foretakene opererer på (det relevante marked), og foreta en vurdering av om samarbeidet begrenser konkurransen i dette markedet. Sentrale momenter vil være hvilken posisjon foretakene som samarbeider har på markedet, og hva samarbeidet går ut på.

Samarbeid som begrenser konkurransen kan likevel være tillatt, hvis det fører til effektivitetsgevinster for samfunnet som oppveier de negative virkningene på konkurransen, og følgende tre kriterier i tillegg er oppfylt:

- Samarbeidet må være begrenset til det som er nødvendig for å oppnå gevinstene.
- Samarbeidet må ikke begrense konkurransen i en vesentlig del av markedet.
- Forbrukerne må sikres en rimelig del av gevinsten.

Det kan altså ikke uten videre legges til grunn at et samarbeid er tillatt, selv om det gir partene effektivitetsgevinster eller andre gevinster. Dette må uansett vurderes konkret, eller eventuelt i forhold til forskrift som angir nærmere vilkår for unntak for visse kategorier avtaler. Det gjelder bl.a. for vertikale avtaler (distribusjonsavtaler) når leverandøren har en markedsandel under 30 prosent.

2.1.2 Ulovlig horisontalt samarbeid

Flere former for samarbeid mellom konkurrenter som påvirker konkurransen har alvorlige negative samfunnsøkonomiske konsekvenser. Typiske former for kartell-samarbeid vurderes normalt svært strengt av konkurransemyndighetene. Andre typer samarbeid kan ha både positive og negative virkninger, og de konkrete virkningene av samarbeidet på markedet er avgjørende for om samarbeidet er omfattet av forbudet, og om det eventuelt er unntatt fra forbudet.

I boksene nedenfor angis noen former for horisontalt samarbeid som nesten alltid er forbudt, og noen former for samarbeid som kan være ulovlig, avhengig av en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.

HORISONTALE AVTALER SOM NESTEN ALLTID ER FORBUDT

Prissamarbeid: Avtaler om rabatter, avanser, kalkylemodeller og andre faktorer av sentral betydning for prisfastsettelsen betraktes som prissamarbeid.

Priskoordinering: Utveksling av informasjon som gjør det mulig å koordinere priser, for eksempel kalkylemodeller, rabattbetingelser, planlagte prisendringer osv.

Markedsdeling: Samarbeid om å dele markedet mellom seg, enten det gjelder geografiske områder, kundegrupper eller ulike produktgrupper.

Anbudssamarbeid: Samarbeid om vilkår i anbud eller om å fordele bestemte anbud mellom seg.

Samarbeid om å regulere produksjonen eller produksjonskapasiteten:

Avtaler om å sette kvoter for deltagnes produksjon, produksjonskapasitet e.l.

HORISONTALT SAMARBEID SOM KAN VÆRE FORBUDT

Informasjonsutveksling: Utveksling av markedsinformasjon mellom konkurrenter kan føre til en koordinering av markedsadferden.

Forsknings- og utviklingsavtaler: Samarbeid om felles FoU-prosjekter som kan påvirke markedsføringen av resultatene av samarbeidet.

Produksjons- og spesialiseringsavtaler: Kan gi innsyn i konkurrentens kostnadsstruktur og føre til en utjevning av partenes produksjonskostnader, og dermed indirekte påvirke salgsbetingelsene for de aktuelle produktene.

Innkjøps-samarbeid: Samarbeid om innkjøp mellom to eller flere aktører som er aktive i det samme relevante markedet kan påvirke konkurransen mellom aktørene, og gi dem markeds-makt overfor leverandører.

2.1.3 Ulovlig vertikalt samarbeid

Vertikale avtaler, dvs. samarbeid mellom aktører i påfølgende ledd i verdikjeden, typisk distribusjonsavtaler, kan begrense konkurransen selv om partene ikke står i et direkte konkurranseforhold med hverandre. Årsaken er at slike avtaler bl.a. kan hindre andre leverandører i å få avsatt sine produkter. Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid omfatter i utgangspunktet også slikt samarbeid. Myndighetene har som regel hatt et mindre restriktivt syn på vertikale avtaler, fordi de normalt har mindre skadepotensiale enn samarbeid mellom konkurrenter.

Gjennom forskrift er det gitt et generelt fritak for vertikale avtaler for leverandører med markedsandel under 30 prosent. Forskriften er likelydende med tilsvarende gruppefritak i EU og EØS. Fritaket gjelder likevel ikke visse former for avtaler. For eksempel kan ikke leverandører fastsette forhandlerens utsalgspriser. Hvis leverandøren har en markedsandel på over 30 prosent, gjelder ikke forskriften, og det må gjøres en konkret sak-til-sak-vurdering av virkningene av samarbeidet i forhold til forbudet og unntakskriteriene.

I boksene nedenfor angis visse former for vertikale avtaler som nesten alltid er forbudt, og vertikale avtaler som må vurderes i det enkelte tilfellet.

VERTIKALE SAMARBEIDSFORMER SOM NESTEN ALLTID ER FORBUDT

Bindende videresalgpriser: Pålegg fra leverandøren om fast pris eller minstepris ved videresalg.

Restriksjoner på passivt videresalg: Med passivt salg menes salg som svar på uoppfordret henvendelse fra kunder. En leverandør kan ikke forby sine forhandlere å selge til kunder i områder der andre forhandlere av leverandøren er etablert med enerett når slikt salg er resultat av uoppfordret henvendelse fra slike kunder.

VERTIKALE SAMARBEIDSFORMER SOM KAN VÆRE FORBUDT

Eneforhandleravtaler: Avtalefestet enerett til å selge en leverandørs produkter i et bestemt område, overfor en kundegruppe eller liknende. Generelt tillatt når leverandørens markedsandel er under 30 prosent, og varigheten er kortere enn 5 år. Konkret vurdering må foretas ved markedsandel over 30 prosent.

Restriksjoner på aktivt videresalg: Restriksjoner på aktivt videresalg ut over definerte områder, på grossisters salg til sluttbrukere og på videresalg til andre forhandlere kan være forbudt når selger har markedsandel over 30 prosent. Med aktivt salg menes aktive henvendelser til kunder, for eksempel ved brev, besøk, reklame eller andre salgsfremstøt.

Eneleverandøravtaler: Avtaler som hindrer en forhandler å kjøpe produkter fra konkurrerende leverandører. Generelt tillatt når leverandørens markedsandel er under 30 prosent, og varigheten er kortere enn 5 år. Konkret vurdering må foretas ved markedsandel over 30 prosent.

Rett til å møte konkurrerende tilbud: Kan påvirke konkurransen negativt fordi det gir leverandøren oversikt over konkurrerende tilbud, og leverandørens konkurrenter svekkede motiver til å utfordre leverandøren.

Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid er nærmere omtalt i kapittel 3.

2.2 Forbudet mot misbruk av dominerende stilling

Konkurranseloven § 11 forbyr dominerende foretak å misbruke sin sterke markedsstilling. Det er ikke forbudt å ha en dominerende stilling i seg selv, men foretak med en dominerende stilling er pålagt et særlig ansvar for ikke å hindre konkurransen på markedet. Konkurransemyndighetene vil legge en streng vurdering til grunn, dersom dominerende foretak påvirker restkonkurransen i markedet negativt. Det er derfor viktig for foretak med en ledende markedsposisjon å avklare om og i hvilke markeder de er «dominerende» i konkurransereglenes forstand. I markeder der en er dominerende, må en videre vurdere om adferden, for eksempel rabattbetingelser og distribusjonsvilkår, er innenfor lovens rammer.

2.2.1 Hva er en dominerende stilling?

Et foretak er dominerende hvis det har en markedsposisjon som setter det i stand til å fastsette priser og vilkår uavhengig av kunder og konkurrenters motreaksjoner. I praksis benyttes ulike indikatorer for å avgjøre om et foretak er dominerende. Foretakets markedsandel i det relevante markedet står sentralt i vurderingen. Det relevante markedet består av de produktene som kjøperen opplever som ombyttelige, innenfor et bestemt geografisk område hvor konkurransen er noenlunde ensartet.

Ved markedsandel over 50 prosent over tid i det relevante markedet er det i utgangspunktet en presumsjon for dominerende stilling, mens foretak med markedsandel under 40 prosent normalt ikke anses som dominerende.

Dominans kan imidlertid ikke fastslås på bakgrunn av en analyse av markedsandeler alene. Også andre forhold i markedet må vurderes. Forhold som styrker en antakelse om dominans er bl.a.:

- Høye etableringshindringer fordi det gjør en fremtidig trussel fra nye aktører mindre sannsynlig. Etableringshindringer kan for eksempel være høye faste produksjonskostnader, etablerte merkepreferanser eller byttekostnader for kjøperne knyttet til valg av annen leverandør.
- Få eller dårlige alternativer for kjøperne utenfor det relevante markedet kan gjøre kjøperne mer avhengige av produktet og dermed styrke en antakelse om dominans.
- Liten grad av motvirkende kjøpermakt. Sterke kjøpere kan lettere iverksette mottrekk ved forsøk på utnyttelse av markedsrett, for eksempel initiere konkurrerende import. Eksempel på kjøpere med markedsrett er sterke og sentraliserte detaljistkjeder.
- Sterk finansiell posisjon og overkapasitet gir mulige utfordrere signal om at den antatt dominerende aktøren har kapasitet og mulighet til å møte fremtidig konkurranse.

I markeder i rask vekst og i markeder der markedsandelene svinger sterkt fra år til år, er dominans mindre sannsynlig, fordi endringene kan indikere at den sterke markedsposisjonen er av mer midlertidig art.

2.2.2 Hva utgjør misbruk?

Forbudet mot misbruk av dominerende stilling rammer både handlinger som (I) har til hensikt og/eller virkning at konkurransen hindres og (II) utnyttelse av den dominerende stillingen til å berike seg på kundenes bekostning ved å ta høyere priser i markedet enn det som ville vært prisen ved fungerende konkurranse. Tradisjonelt har det fra myndighetenes side vært mest fokus på misbruk av første type – altså misbruk som svekker konkurransen eller nye aktørers mulighet til å etablere seg.

Nedenfor presenteres noen kategorier markedsadferd som kan anses som misbruk av en dominerende stilling.

TILTAK FRA DOMINERENDE FORETAK SOM KAN ANSES SOM MISBRUK

Priskrig og rovprising: Prising under gjennomsnittlige variable kostnader anses normalt som misbruk, fordi det kan drive konkurrenter av det dominerende foretaket ut av markedet. I spesielle tilfeller kan selektive priskutt rammes, selv om prisen er over gjennomsnittlige variable kostnader hvis prisreduksjonen er særlig innrettet for å ramme en konkurrent.

Lojalitetsrabatter: Rabattordninger eller bonuser som gir videreførere ekstra belønning for å holde seg til den dominerende leverandøren for hele eller den største delen av sitt kjøp kan anses som misbruk, fordi det kan hindre andre leverandører å få avsetning gjennom de samme forhandlerne. Eksempler er:

- Rabatter gitt forutsatt at konkurrenters merker ikke føres.
- Kumulative volumrabatter og bonuser basert på faktisk årsomsetning.
- Rabatter gitt forutsatt at omsetning øker i forhold til året før.
- Rabatter gitt på skjønnsmessige kriterier.

Forretningsnektelser: I utgangspunktet har også dominerende foretak stor frihet i å velge hvem en vil handle med. Forretningsnektelser fra dominerende foretak kan likevel anses som misbruk, dersom leveranser er absolutt nødvendig for at andre kjøpere skal kunne konkurrere i sitt marked, og det ikke foreligger objektive grunner for nektelsen. Slike objektive grunner kan for eksempel være mislighold av kontrakten eller tiltak fra kunden som reduserer verdien av en merkevare.

Koblingssalg: Koblingssalg betyr at kunden ikke kan kjøpe produkt A uten å samtidig kjøpe produkt B. Dersom det ikke er spesielle gevinster knyttet til å selge produktene samlet, eller hvis A og B ikke er tilgjengelig separat på rimelige vilkår, kan koblingssalg anses som misbruk.

Forbudet mot misbruk av dominerende stilling er nærmere beskrevet i kapittel 4.

2.3 Fusjonsreglene

Konkurransetilsynet skal gripe inn mot fusjoner og oppkjøp («foretakssammenslutninger») som fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Kontrollen med slike strukturelle transaksjoner i den nye konkurranseloven er hovedsakelig en videreføring av tilsvarende inngrepsbestemmelse i den tidligere loven. Det er imidlertid gjort betydelige endringer i saksbehandlingsreglene, særlig ved at det er innført meldeplikt, automatisk gjennomføringsforbud og mer detaljerte saksbehandlingsfrister. I tillegg er flere sentrale begreper harmonisert med konkurransereglene i EU/EØS.

Et inngrep kan gå ut på alt fra forbud mot transaksjonen, til at det stilles vilkår. Slike vilkår kan gå ut på pålegg om salg av virksomhet eller være relatert til utøvelsen av virksomhet i fremtiden, for eksempel pålegg om salg til konkurrenter på ikke-diskriminerende vilkår. Konkurransetilsynet benytter sjelden muligheten til å forby en transaksjon, normalt blir den tillatt på vilkår.

Fusjonsreglene er nærmere beskrevet i kapittel 5.

2.4 Konsekvenser ved brudd på konkurransereglene

Brudd på forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid og forbudet mot misbruk av en dominerende stilling kan få alvorlige konsekvenser for involverte foretak.

Ved brudd på konkurranselovens § 10 (konkurransebegrensende samarbeid) og § 11 (misbruk av dominerende stilling) kan Konkurransetilsynet ilegge et overtredelsesgebyr (sivilrettslig bot) av betydelig størrelse, inntil 10 prosent av foretakets totale omsetning. Videre kan både foretak og enkeltpersoner ilegges straff i form av bøter, og enkeltpersoner kan få fengsel for overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid (men ikke for overtredelse av forbudet mot misbruk av dominerende stilling).

Brudd på konkurransereglene kan også resultere i privatrettslige sanksjoner fra de som berøres av overtredelsen. Avtaler som er i strid med forbudene er ugyldige i den utstrekning de strider mot forbudene. Videre kan aktører som har lidd et økonomisk tap som følge av en overtredelse av konkurranselovens forbud gå til erstatningssøksmål mot de involverte foretak.

Sanksjonsreglene er nærmere beskrevet i kapittel 7.

3. SAMARBEID SOM BEGRENSER KONKURRANSEN ER FORBUDT - § 10

3.1 Generelt om forbudet

3.1.1 Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid

KONKURRANSELOVEN § 10 FØRSTE LEDD:

«Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt, særlig slike som består i

- a. å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,
- b. å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,
- c. å dele opp markeder eller forsyningskilder,
- d. å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
- e. å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggssytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.»

Konkurranseloven § 10 første ledd inneholder et generelt forbud mot konkurransebegrensende avtaler mellom to eller flere foretak. Oppregningen i bokstav a til e er ikke uttømmende. Forbudet i første ledd omfatter bl.a. samarbeid om priser, oppdeling av markeder og begrensninger i produksjon eller salg.

Bestemmelsen tilsvare EØS-avtalens artikkel 53 og EF-traktatens artikkel 81. Praksis fra EU og EØS vil derfor være relevant ved tolkning av bestemmelsen.

Tre vilkår må være oppfylt for at § 10 første ledd skal komme til anvendelse:

1. Det må foreligge en eller annen form for samarbeid mellom uavhengige foretak (jf. punkt 3.1.2 og 3.1.3).
2. Samarbeidet må ha konkurransebegrensende formål eller virkning (jf. punkt 3.1.4).
3. Konkurransen må påvirkes merkbart (merkbarhetskravet) (jf. punkt 3.1.5).

3.1.2 Hvilke foretak er underlagt regelverket?

Forbudsbestemmelsen retter seg mot «foretak». Begrepet foretak omfatter enhver som utøver virksomhet av økonomisk art, typisk salg av varer og/eller tjenester, uten hensyn til rettslig status eller organisering. Offentligrettslige enheter omfattes i den utstrekning de utøver økonomisk virksomhet av en industriell eller kommersiell art gjennom tilbud av eller etterspørsel etter varer og tjenester i markedet. Foretaksbegrepet er nærmere beskrevet i punkt 1.3.1.

Det er kun samarbeid mellom to eller flere økonomiske enheter som rammes. Samarbeid innen ett og samme foretak rammes derfor ikke av forbudet. Videre kan flere juridiske enheter utgjøre ett foretak i konkurranserettslig forstand. For eksempel vil samarbeid mellom mor- og datterselskap ikke rammes. Det samme gjelder samarbeid mellom datterselskaper innen samme konsern. I denne sammenheng trenger det ikke være tale om datterselskaper i selskapsrettslig eller regnskapsrettslig forstand. Det kan være tilstrekkelig at de aktuelle selskapene er kontrollert (faktisk eller juridisk) av samme enhet i konkurranserettslig forstand. Den gjeldende loven går dermed lenger i å unnta samarbeid innenfor samme økonomiske enhet enn unntaket for konsernsamarbeid i konkurranseloven av 1993.

Som følge av at kun samarbeid mellom to eller flere økonomiske enheter omfattes, vil normalt heller ikke agentavtaler rammes av forbudet. Agentavtaler omfatter situasjoner hvor en person (agenten) handler på vegne av en annen person/et annet foretak (prinsipalen). Agentavtaler, dvs. avtalen mellom agenten og prinsipalen, omfattes ikke av § 10 dersom prinsipalen, og ikke agenten, bærer den økonomiske og kommersielle risiko for de avtaler som forhandles på vegne av prinsipalen («ekte» agentavtaler). Agenten vil i slike tilfeller ikke utøve noen selvstendig økonomisk virksomhet.

3.1.3 Hva er samarbeid?

Forbudet i konkurranseloven § 10 omfatter alle former for samarbeid, uavhengig av hvordan samarbeidet er organisert. Følgende former for samarbeid vil kunne være forbudt:

- Avtaler mellom to eller flere foretak. Avtalens form er uten betydning - både skriftlige og muntlige avtaler omfattes.
- Samordnet opptreden. Med samordnet opptreden menes at foretak, uten at de har noen formell avtale om det, i forståelse med hverandre opptrer på en bestemt måte. For at det skal være tale om samordnet opptreden, kreves det at det har vært en eller annen form for kontakt mellom foretakene.
- Beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak, for eksempel retningslinjer fra en bransjeorganisasjon om hvilke priser medlemsbedriftene skal ta for sine varer eller tjenester.

Et foretaks ensidige tilpasning til andre aktører i markedet er ikke forbudt etter § 10. Hvis for eksempel én konkurrent øker prisen, har de øvrige aktørene lov til å følge etter, så lenge dette ikke skyldes en avtale.

3.1.4 Hva menes med konkurransebegrensning?

Generelt

Det er bare samarbeid som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen som omfattes av forbudet i konkurranseloven § 10. Det relevante er om konkurransesituasjonen påvirkes ved at minst én av avtalepartene får begrenset sin handlefrihet, samtidig som valgmulighetene for konkurrenter, kunder eller tilbydere reduseres.

Forbudet gjelder både konkurransebegrensninger mellom aktører på samme omsetningstrinn (horisontalt samarbeid), for eksempel mellom to produsenter eller mellom to forhandlere, og konkurransebegrensninger mellom aktører på forskjellige omsetningstrinn (vertikalt samarbeid/distribusjonsavtaler), for eksempel mellom en leverandør og forhandler. Horisontalt samarbeid anses normalt som mer konkurranseskadelig enn vertikalt samarbeid, fordi et horisontalt samarbeid foregår mellom faktiske eller potensielle konkurrenter.

Samarbeid mellom aktører som ikke er aktuelle eller potensielle konkurrenter, og som heller ikke står i et aktuelt eller potensielt vertikalt forhold til hverandre, vil som hovedregel ikke være konkurransebegrensende. Slike samarbeid vil derfor vanligvis ikke rammes av forbudet i konkurranseloven § 10.

PROSJEKTSAMARBEID/ARBEIDSFELLESKAP

For større prosjekter er det ikke uvanlig at flere foretak går sammen i et arbeidsfellesskap og tilbyr sine tjenester i fellesskap/inngir tilbud i fellesskap. Den tidligere konkurranseloven inneholdt et eksplisitt unntak for prosjektsamarbeid. Unntaket for prosjektsamarbeid /arbeidsfellesskap er ikke videreført i den nye loven. Hvorvidt et samarbeid mellom flere aktører om et prosjekt/ansubud vil være i strid med konkurransereglene, må derfor avgjøres konkret.

I den utstrekning partene samarbeider fordi de kompletterer hverandre, og derfor ikke kunne deltatt på vedkommende prosjekt uten arbeidsfellesskapet, og verken er å anse som aktuelle eller potensielle konkurrenter i forhold til det aktuelle oppdraget, vil et slikt samarbeid ikke rammes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. For øvrig vil muligheten av samarbeidet bero på en konkret vurdering av arbeidsfellesskapets virkninger på konkurransen.

Samarbeid som ikke har noen betydning for konkurransen på markedet, vil ikke være forbudt. For eksempel vil samarbeid om å påvirke myndighetene for å få bedre rammebetingelser i vedkommende bransje ikke rammes av konkurranseloven § 10.

Konkurransbegrensende formål

Samarbeid som har konkurransbegrensende formål er forbudt. Det er da ikke nødvendig å påvise at samarbeidet også har konkurransbegrensende virkninger. Dette gjelder for eksempel følgende typer horisontale avtaler (mellom aktuelle eller potensielle konkurrenter):

- Prissamarbeid: dvs. samarbeid om fastsettelse av priser.
- Markedsdeling: Oppdeling av markeder, enten det dreier seg om geografisk deling av markeder, deling av kundegrupper eller deling av markeder for ulike produkter.
- Kvantumsbegrensninger: Avtale om begrensning av produksjon eller salg.

Når det gjelder vertikale begrensninger, vil for eksempel fastsettelse av bindende videresalgpriser eller minimumspriser anses å ha konkurransbegrensende formål.

EKSEMPEL PÅ KARTELLSAMARBEID FRA KONKURRANSETILSYNETS PRAKSIS:

I 2008 ila Konkurransetilsynet kjemiselskapene Borregaard Industries Limited og Brenntag Nordic AS overtredelsesgebyr på henholdsvis 1,6 og 1,3 millioner kroner for ulovlig samarbeid innen markedet for teknisk eddiksyre.

Konkurransetilsynet konkluderte i vedtaket med at de to selskapene i perioden fra 1. oktober 2002 og minst til 26. april 2006 på ulovlig måte hadde delt markedet for teknisk eddiksyre i Norge mellom seg. Teknisk eddiksyre brukes blant annet i fiskeindustrien og olje- og gassindustrien.

- Vedtak V2008-4 (Borregaard).
- Vedtak V2008-5 (Brenntag).

Konkurransbegrensende virkning

Dersom samarbeidet ikke har konkurransbegrensende formål, må de mulige konkurransbegrensende virkningene av samarbeidet analyseres. Dette kan for eksempel gjelde samarbeid om forskning og utvikling (FoU), produksjonssamarbeid, innkjøps-samarbeid, salgs- og markedsførings-samarbeid, distribusjonsavtaler, herunder for eksempel eneforhandleravtaler, avtaler om eksklusiv kjøpsplikt, franchiseavtaler m.m.

I og med at Konkurransetilsynet ikke har gitt egne retningslinjer for analysen av ulike typer samarbeid etter Konkurranseloven § 10, vil EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for henholdsvis horisontale avtaler og vertikale begrensninger etter EØS-avtalen artikkel 53 gi veiledning. I punkt 3.3 og 3.4 gjøres nærmere rede for analysen av ulike samarbeidsformer, herunder de samarbeidsformene som er nevnt i foregående avsnitt.

I saker som ikke ligger klart innenfor eller utenfor forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd, eller unntaket i tredje ledd, vil det ikke sjelden være vanskelig å si med stor grad av sikkerhet om et tilfelle som ligger på grensen, er tillatt eller ei. Det ligger i og for seg i konkurranserettens natur at man anvender økonomisk analyse på konkret markedsatferd, noe som ikke alltid gir klare svar på om noe er konkurransbegrensende eller ikke.

I tvilsomme saker vil Konkurransetilsynet, etter å ha definert det relevante markedet, vurdere detaljert hva som taler for og imot at konkurransen begrenses som følge av samarbeidet det er snakk om. Partenes markedsandeler og typen samarbeid vil danne utgangspunktet for vurderingen. Jo sterkere posisjon partene har, og jo nærmere kjernen av de sentrale konkurranseparametrene samarbeidet ligger, jo større sannsynlighet er det for at samarbeidet begrenser konkurransen i konkurranseloven § 10 sin forstand. Andre forhold som kan ha betydning, er mulighetene for nyetablering og kjøpermakt som kan virke begrensende på samarbeidets evne til å begrense konkurransen.

EKSEMPEL PÅ VIRKNINGSANALYSE FRA KONKURRANSETILSYNETS PRAKSIS:

I 2007 påla Konkurransetilsynet transportselskapene Tide Reiser AS og Veolia Transport å avslutte samarbeidet om driften av ekspressbussruten «Kystbussen» som trafikkerte strekningen Bergen–Stavanger. Det ble ikke gitt noen bot, selv om tilsynet anså at samarbeidet var i strid med konkurranseloven § 10.

Etter å ha foretatt en grundig analyse av hva som utgjorde det relevante markedet, foretok tilsynet en analyse av samarbeidets virkninger på konkurransen. Tilsynet vurderte også i detalj om samarbeidet medførte effektivitetsgevinster som kunne gjøre at unntaket i konkurranseloven § 10 tredje ledd fikk anvendelse.

Ved avgrensningen av det relevante marked kom tilsynet til at fly og personbil ikke kunne være å anse som del av markedet. I og med at den eneste hurtigbåtruten mellom Bergen og Stavanger var kontrollert av Tide-konsernet, var det ikke nødvendig å ta stilling til om hurtigbåt var et tilstrekkelig substitutt til ekspressbuss på denne strekningen.

Selskapene hadde anført at de ikke ville være i stand til å opprettholde et fullverdig ekspressbusstilbud hver for seg på strekningen, noe de ikke klarte å overbevise tilsynet om. Tilsynet tok i sin analyse videre utgangspunkt i at det ikke var noen aktuell konkurranse i markedet ved siden av Kystbussen. Spørsmålet ble dermed om etableringshindringene var tilstrekkelig lave og den potensielle konkurransen reell nok til å utgjøre en tilstrekkelig konkurransetrussel, noe tilsynet ikke fant var tilfelle.

Hva gjelder unntaket for effektivitetsgevinster, fant tilsynet at det muligens var visse effektivitetsgevinster som oppsto som følge av samarbeidet. Disse ville imidlertid ikke komme forbrukerne tilstrekkelig til gode, og samarbeidet slik det forelå, var ikke absolutt nødvendig for å oppnå de aktuelle effektivitetsgevinstene.

- Konkurransetilsynets vedtak V2007-9.

I punkt 3.3 gis flere konkrete eksempler på hvordan vurderingen kan slå ut for utvalgte typer horisontale avtaler, mens det i punkt 3.4 gis eksempler på hvordan det kan slå ut i vertikale avtaleforhold.

3.1.5 Merkbarehetskravet

De mest alvorlige konkurransebegrensningene, som horisontale prissamarbeid mellom konkurrenter og fastsettelse av bindende videresalgspriser, er nesten alltid forbudt, uavhengig av partenes markedsandeler. Andre typer samarbeid er kun forbudt etter konkurranseloven § 10 første ledd, dersom samarbeidet begrenser konkurransen merkbart.

Merkbarehetskravet er ikke lovfestet, men følger av EF-domstolens rettspraksis. EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avtaler som ikke merkbart begrenser konkurransen gir veiledning for hva dette vilkåret innebærer. Som et utgangspunkt vil avtaler mellom konkurrenter ikke påvirke konkurransen merkbart, dersom deres samlede markedsandel ikke overstiger 10 prosent. For vertikale avtaler, dvs. avtaler mellom aktører på ulike ledd i verdikjeden, for eksempel mellom en grossist og en detaljist, må markedsandelen ikke overstige 15 prosent. Markedsandelen beregnes med utgangspunkt i det som er det eller de såkalte «relevante markeder» i konkurranserettslig forstand.

3.2 Unntak fra forbudet

3.2.1 Generelt

Konkurranseloven § 10 tredje ledd inneholder et lovbestemt unntak fra forbudet i § 10 første ledd. Alt konkurransebegrensende samarbeid som omfattes av § 10 første ledd, men som oppfyller betingelsene i § 10 tredje ledd, er uten videre lovlig. Det kreves m.a.o. intet myndighetsvedtak for å nyte godt av unntaket.

KONKURRANSELOVEN § 10 TREDJE LEDD:

«Bestemmelsen i første ledd får ikke anvendelse på avtaler mellom foretak, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten

- a) å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller
- b) å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder.»

Fire vilkår må være oppfylt for at adferd i strid med første ledd likevel skal være tillatt. Alle vilkårene må være oppfylt for at unntaksbestemmelsen skal gjelde.

- 1) Krav om effektivitetsgevinster/-fordeler i produksjon, distribusjon eller liknende.
- 2) Krav om at forbrukerne sikres en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd.
- 3) Foretak skal ikke pålegges konkurransebegrensninger som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse målene.
- 4) Samarbeidet må ikke gi partene mulighet til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av de varer det gjelder.

Konkurranseloven § 10 tredje ledd kan både anvendes i individuelle saker, og i form av såkalte gruppefritak som fastsetter nærmere regler for ulike grupper av avtaler hvor det antas at vilkårene i tredje ledd normalt vil være oppfylt. Basert på tilsvarende rettsakter i EU/EØS, er det bl.a. fastsatt gruppefritak etter konkurranseloven § 10 tredje ledd for spesialiseringsavtaler, FoU-avtaler, vertikale avtaler, motorvognforhandler-avtaler og teknologioverføringsavtaler. Noen av gruppefritakene er nærmere omtalt i punkt 3.3 og 3.4 nedenfor.

De aller fleste av gruppefritakene kommer ikke til anvendelse på de mest alvorlige formene for konkurransebegrensende samarbeid, slik som horisontalt prissamarbeid, markedsdeling og påvirkning av faste videresalgspriser og minimumspriser. Tilsvarende er det ikke sannsynlig at denne type alvorlige konkurransebegrensninger oppfyller vilkårene i § 10 tredje ledd.

Det enkelte foretak må selv vurdere om samarbeid som omfattes av forbudet i første ledd, oppfyller vilkårene i tredje ledd eller faller inn under et gruppefritak, og derfor er lovlig. Det eller de foretak som påberoper seg unntaksbestemmelsen i § 10 tredje ledd, har selv bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt.

3.2.2 De fire vilkårene i § 10 tredje ledd

Ved vurdering av konkrete avtaler som ikke er omfattet av et gruppefritak, vil praksis og retningslinjer fra EU/EØS, herunder EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer om anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53(3), gi veiledning ved anvendelsen av konkurranseloven § 10 tredje ledd.

Effektivitetsgevinster

Det følger av det første vilkåret i § 10 tredje ledd at avtalen må bidra til å forbedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utviklingen for at unntaket skal gjelde. Bestemmelsen gjelder også for tjenester.

Følgelig vil samarbeid som begrenser konkurransen likevel kunne være tillatt hvis det fører til effektivitetsgevinster for samfunnet som oppveier de negative virkningene på konkurransen.

Det er kun objektive fordeler som hensyntas, dvs. at effektivitetsgevinstene ikke vurderes ut fra partenes subjektive synsvinkel. Hvis for eksempel to eller flere foretak avtaler å fastsette priser eller å dele markeder mellom seg, kan dette redusere produksjonen, og dermed også produksjonskostnadene. Videre kan redusert konkurranse føre til lavere salgs- og markedsføringsomkostninger. Slike kostnadsbesparelser er en direkte følge av redusert produksjon og verdiskaping, og har ingen konkurransefremmende virkninger på markedet. De leder kun til at avtalepartene kan øke sin inntjening, og er derfor irrelevante i relasjon til § 10 tredje ledd.

Siden det er en forutsetning for anvendelsen av unntaket i § 10 tredje ledd at avtalens samfunnsøkonomiske positive virkninger oppveier dens konkurranseskadelige virkninger, er det nødvendig å klarlegge sammenhengen mellom avtalen og effektivitetsgevinstene og verdien av størrelsen på effektivitetsgevinstene.

Dette innebærer at alle effektivitetsgevinster skal kunne dokumenteres, slik at følgende kan etterprøves:

- effektivitetsgevinstenes art
- sammenhengen mellom avtalen og effektivitetsgevinstene
- sannsynligheten for og størrelsen av hver av de påståtte effektivitetsgevinstene og/eller
- hvordan og når hver av de påståtte effektivitetsgevinster oppnås

Eksempler på ulike typer effektivitetsgevinster:

- Kostnadsbesparelser som følge av samarbeid om utvikling av ny produksjonsteknologi og nye produksjonsmetoder. Teknologiske fremskritt har stort potensial for å oppnå kostnadsbesparelser.
- Synergieffekter ved sammenlegging av eksisterende aktiva. For eksempel kan en kombinasjon av to komplementære teknologier lede til reduserte produksjonskostnader eller produksjon av et bedre produkt.
- Stordriftsfordeler. For eksempel er kostnadene ved å kjøre med en lastebil ofte de samme, uansett om lastebilen er nesten tom eller nesten full. Logistikk samarbeid kan gi bedre utnyttelsesgrad og for eksempel redusere antall lastebiler som anvendes. Stordriftsfordeler vil også kunne oppnås innen forskning og utvikling, produksjon, distribusjon og markedsføring.
- Kvalitetsforbedringer og andre gevinster av kvalitativ art. For eksempel gjennom lisensavtaler og avtaler om felles produksjon som kan gjøre det mulig å innføre nye eller forbedrede produkter eller tjenester på markedet hurtigere eller med lavere kostnader.

Krav om at forbrukerne skal ha en rimelig andel av de fordelene som er oppnådd

Det andre vilkåret i § 10 tredje ledd krever at forbrukerne skal ha en rimelig andel av effektivitetsgevinstene.

Begrepet «forbrukere» omfatter alle direkte eller indirekte brukere av de produkter som avtalen gjelder, herunder produsenter som anvender produktene som råvare eller innsatsfaktor, grossister, detaljister og endelige forbrukere. Med andre ord er «forbrukere» i denne sammenheng både avtalepartenes kunder og kjøpere i etterfølgende ledd.

Vilkåret innebærer at de fordelene som gis videre til forbrukerne, minst skal oppveie for faktiske eller sannsynlige negative virkninger konkurransebegrensningen har for forbrukerne. Stilles forbrukerne dårligere etter avtalen, er dette vilkåret ikke oppfylt. Dvs. at nettovirkningen for forbrukerne i det minste må være nøytral/«gå i null».

Det er ikke nødvendig at forbrukeren skal ha en andel av alle de effektivitetsgevinstene samarbeidet innebærer. Det er nok at fordelene som gis videre, er tilstrekkelige til å oppveie de skadelige virkningene av den konkurransebegrensende avtalen for forbrukerne. Hvis for eksempel en avtale leder til høyere priser, skal forbrukerne ha kompen-

sasjon i form av høyere kvalitet eller andre fordeler. Det er den samlede virkningen for forbrukerne som er avgjørende, og ikke virkningene for de enkelte medlemmer av en forbrukergruppe.

Noen ganger kan det ta litt tid før partene oppnår effektivitetsgevinster. Dette utelukker ikke at vilkåret er oppfylt, men jo lengre tid som går, jo større må fordelene være for å oppveie det tap forbrukerne ble påført i perioden, inntil de fikk en del av fordelene.

Jo mer konkurransebegrensende avtalen er, desto større må effektivitetsgevinstene og de fordeler forbrukerne oppnår, være. Ofte vil det være vanskelig å få full oversikt over forbrukernes fordeler. Foretakene må imidlertid i rimelig grad hensynta omstendighetene i den konkrete saken, og dokumentere påstandene ved fremleggelse av estimater og andre opplysninger.

Konkurransebegrensningens nødvendighet

Det tredje vilkåret er at den konkurransebegrensende avtalen ikke må pålegge restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å oppnå samarbeidets samfunnsøkonomiske positive virkninger (effektivitetsgevinster). Nødvendighetskravet knytter seg både til avtalen som sådan og til de enkelte konkurransebegrensningene.

Det avgjørende er om den konkurransebegrensende avtalen og de enkelte konkurransebegrensningene gjør det mulig å utøve aktiviteten mer effektivt enn det som sannsynligvis ville vært mulig uten avtalen eller den aktuelle konkurransebegrensningen. Det vil i denne sammenheng være av betydning om det finnes alternative handlemåter hvor partene vil oppnå de samme fordelene, men som i mindre grad begrenser konkurransen. Avtalepartene må kunne dokumentere sine påstander om at slike alternativer ikke finnes. Jo større konkurransebegrensningen er, desto større dokumentasjonskrav stilles det.

Ingen utelukkelse av konkurransen

Det fjerde vilkåret er at avtalen ikke må gi avtalepartene mulighet til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av de varer avtalen gjelder.

Dette innebærer at det legges større vekt på å bevare selve konkurransen enn på de potensielt samfunnsøkonomiske positive virkningene som konkurransebegrensende avtaler måtte avstedkomme. Det skyldes at dersom konkurransen elimineres, opphører konkurransetrykket på aktørene. Da vil de effektivitetsgevinster som oppnås på kort sikt, oppveies av tap på lengre sikt.

Vilkåret innebærer antakelig at unntaket i tredje ledd ikke kan anvendes på konkurransebegrensende avtaler som innebærer et misbruk av dominerende stilling. Om misbruk av dominerende stilling, se kapittel 5.

Hvorvidt det er grunn til å tro at partene vil kunne utelukke konkurransen for en vesentlig del av de aktuelle varene, avhenger av hvor sterk konkurransen var forut

for avtalen, og av hvor mye avtalen svekker konkurransen. Jo mer begrenset konkurransen er i utgangspunktet, desto mindre behøver konkurransebegrensningen å være for å utelukke konkurransen for en vesentlig del. Og jo mer konkurransebegrensende avtalen er, desto større er sannsynligheten for at konkurransen risikerer å utebli for en vesentlig del av de varer det gjelder.

Dette siste vilkåret i § 10 tredje ledd, krever en analyse av hvilket konkurransetrykk som ligger på avtalepartene, og hvilke virkninger avtalen vil få for dette konkurransetrykket. Det er ikke tilstrekkelig bare å foreta en vurdering på basis av markedsandeler. Normalt kreves omfattende markedsanalyser. Hvis for eksempel konkurrentene har kapasitetsproblemer eller har relativt større produksjonskostnader enn partene i avtalen, vil konkurransetrykket fra disse konkurrentene nødvendigvis være begrenset.

Det har også betydning hvilken innvirkning avtalen vil få på de ulike parametere det konkurreres på. Dersom avtalen i sterk grad begrenser konkurransen på en av de sentrale konkurranseparameterne, typisk priskonkurransen eller konkurransen på innovasjon, vil dette siste vilkåret normalt ikke være oppfylt.

Avtalepartenes adferd etter avtaleinngåelsen vil ha betydning for vurderingen av om konkurransen rent faktisk utelukkes som følge av avtalen. Har partene gjennomført og fastholdt betydelige prisøkninger, kan dette tyde på at partene ikke er utsatt for noe reelt konkurransepress, og at konkurransen er blitt utelukket for en vesentlig del av de varer det gjelder.

Videre er det av betydning å vurdere hvor ombyttelige (substituerbare) produktene er innbyrdes, dvs. hvilket konkurransepress partenes produkter legger på hverandre. Jo nærmere substitutter partenes produkter er, desto større kan avtalens konkurransebegrensende virkning antas å bli.

For å vurdere om dette siste vilkåret om utelukkelse av konkurransen er oppfylt, må også konkurransen fra aktører som per i dag ikke er aktive i det aktuelle markedet, men som kan tenkes å etablere seg der, vurderes. Dvs. at det må foretas en analyse av etableringsmulighetene for aktører som ikke allerede er aktive på det relevante markedet.

3.3 «Horisontalt samarbeid»- Samarbeid mellom konkurrenter

3.3.1 Innledning

Et samarbeid er horisontalt dersom det dreier seg om en avtale eller samordnet praksis mellom virksomheter på samme omsetningsledd. Horisontalt samarbeid inngås vanligvis mellom virksomheter som er eller kan bli konkurrenter (aktuelle og potensielle konkurrenter). Såkalt «vertikalt samarbeid», dvs. samarbeid mellom virksomheter på ulike omsetningsledd, er omtalt nærmere i punkt 3.4.

AKTUELLE OG POTENSIELLE KONKURRENTER

Aktører er aktuelle konkurrenter dersom de er aktive på samme relevante marked i produktmessig og geografisk forstand. Det relevante marked er nærmere beskrevet under punkt 1.6.

En aktør anses som en potensiell konkurrent på det relevante markedet, dersom aktøren, i fravær av den aktuelle avtalen, med overveiende sannsynlighet ville etablert seg på markedet gitt en liten, men varig, økning av priser.

Det finnes ulike former for horisontalt samarbeid. Som eksempler kan nevnes samarbeid om forskning og utvikling (FoU), produksjon/spesialisering, innkjøp, salg og markedsføring, standardisering og miljøspørsmål. En nærmere beskrivelse av hva disse formene for samarbeid mer konkret går ut på, vil bli gitt i punktene nedenfor. Hvordan slike former for samarbeid skal vurderes i forhold til forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i § 10, vil også bli nærmere omtalt nedenfor.

Det minnes om at et samarbeid som er i strid med forbudet i § 10 første ledd, likevel ikke vil være forbudt dersom det omfattes av et såkalt gruppefritak (fritak som gjelder generelt for visse typer avtaler), eller dersom det konkrete samarbeidet oppfyller vilkårene for unntak fra forbudet i § 10 tredje ledd. Under punkt 3.2 foran er det sagt litt generelt om disse vilkårene.

EFTAs overvåkningsorgan har gitt retningslinjer for hvordan horisontale samarbeidsavtaler skal vurderes i forhold til forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Disse retningslinjene vil gi en nyttig veiledning ved vurderingen av om et samarbeid er lovlig etter konkurranseloven § 10.

Det er gitt tilsvarende gruppefritak som innenfor EØS/EU i medhold av konkurranseloven. Særlig interessant for fremstillingen under dette punktet er gruppefritakene for forsknings- og utviklingsavtaler (FoU) og for spesialiseringsavtaler. Disse gruppefritakene vil gi veiledning for når samarbeid på disse to områdene kan aksepteres under konkurranseloven. Vi kommer nærmere tilbake til dette under punktene om samarbeid om FoU og produksjons-/spesialiseringssamarbeid nedenfor.

3.3.2 Konkurransbegrensende informasjonsutveksling, herunder i regi av bransjeorganisasjoner

Utstrakt utveksling av informasjon mellom konkurrenter innebærer en risiko for at konkurrentene ikke opptrer uavhengig av hverandre, men innretter sin markedsadferd i felles forståelse seg imellom. Særlig i et marked med få konkurrerende aktører vil utveksling av informasjon mellom konkurrentene kunne muliggjøre en samordning mellom konkurrentene med den følge at konkurransen mellom dem reduseres.

INFORMASJONSUTVEKSLING MELLOM KONKURRENTER, HERUNDER I REGI AV BRANSJEORGANISASJONER

Konkurranseloven § 10 forbyr ethvert samarbeid mellom konkurrenter som har til formål eller virkning å påvirke konkurransen. Det er ikke bare uttrykkelige avtaler som rammes av forbudet, men også enhver form for samordnet opptreden som har et konkurranseskadelig formål eller virkning. En viktig følge av forbudet er at konkurrerende bedrifter bør være særdeles varsomme med å utveksle konkurransesensitiv informasjon seg imellom.

I mange sammenhenger vil det være nyttig for konkurrenter å utveksle informasjon om sin virksomhet med hverandre. Det kan være mange grunner til det – faglige diskusjoner om produktutvikling eller strategier for å imøtekomme forventet markedsutvikling er temaer som mennesker i samme bransje kan ha stor interesse av å diskutere. Dette gjelder særlig ved møter i bransjefora, og uansett om møteplassen er faglig eller sosial. Man lærer best av sine konkurrenter om å konkurrere bedre.

Noen ganger kan imidlertid informasjonsutveksling være et onde. Utveksling av konkurransesensitiv informasjon kan ha som virkning at konkurrentene gis innblikk i hverandres markedsstrategier. Dette kan i sin tur medføre at konkurrentene kan tilpasse sin adferd i markedet til hverandre på en måte som reduserer det konkurransetrykket som ellers ville vært til stede. Der konkurransemyndighetene har mistanke om at det foreligger en konkurransetilpasning mellom konkurrenter, vil dokumentert utveksling av konkurransesensitiv informasjon alltid være et tungtveiende indisium for at det foreligger en slik konkurransbegrensende enighet, der konkurrentene lever i en fredelig sameksistens, snarere enn å utøve sunn konkurranse til beste for markedet og forbrukerne.

Enkelte typer informasjon bør enhver næringsdrivende holde for seg selv, da utveksling i seg selv kan innebære en overtredelse av forbudet i § 10. Dette gjelder strategier om prissetting og rabatter, geografiske salgsområder og anbudsstrategier. Næringsdrivende bør også være forsiktig med å diskutere produktutvikling og planlagte salgsvolumer. Slike opplysninger bør aldri diskuteres med konkurrenter, og det bør også utvises varsomhet med å dele dem med sine bransjeorganisasjoner.

Andre opplysninger er det mindre farlig å diskutere. Dette gjelder for eksempel fellesfremstøt overfor myndighetene i forbindelse med innføring av nye rammevilkår, og forventede endringer i den kundemassen selskapene forholder seg til. Så lenge det verken uttrykkelig eller underforstått kommer frem hvordan slike utfordringer skal besvares, vil ikke konkurransereglene være til hinder for slik faglig diskusjon.

Det er ikke mulig å gi en presis og uttømmende liste over tillatte og forbudte emner. Den enkelte næringsdrivende vet selv best hvilke opplysninger som er legitime for utveksling og hvilke som ikke er det. To råd bør imidlertid alltid følges når konkurrenter møtes:

- Ha alltid en klar agenda for alle møter, og følg denne
- Før grundige referater

3.3.3 Samarbeid om forskning og utvikling (FoU)

Hva innebærer et FoU-samarbeid?

FoU-avtaler kan variere i form og etter anvendelsesområde. Det kan være snakk om en felles forbedring og utnytting av eksisterende teknologier eller FoU og markedsføring av helt nye produkter.

FoU-samarbeid kan redusere unødvendige dobbeltomkostninger og føre til en nyttig utveksling av ideer og erfaringer. Dette vil igjen kunne medføre at produkter og teknologier utvikles hurtigere enn det som ellers ville vært tilfellet.

Under visse omstendigheter kan FoU-avtaler skape konkurransemessige problemer, som for eksempel begrensninger med hensyn til priser, produksjon, innovasjon, produktutvalg eller produktkvalitet.

Når vil et FoU-samarbeid være omfattet av gruppefritaket?

Gruppefritaket for FoU-avtaler kommer bare til anvendelse dersom partene i avtalen til sammen har en markedsandel på mindre enn 25 prosent. Markedsandelen beregnes på grunnlag av omsetningsverdien, eventuelt salgsvolumet, i markedet.

Fritaket gjelder i en periode på sju år fra den dag de produkter som er omfattet av avtalen første gang blir markedsført i Norge.

Fritaket får bl.a. ikke anvendelse på avtaler som har til formål å:

- Begrense partenes mulighet til å drive FoU på andre områder enn de som er omfattet av avtalen
- Begrense partenes produksjon eller salg
- Fastsette priser på produktene
- Hindre partene fra å selge produkter til kunder i andre områder enn sitt eget, dersom disse kundene henvender seg til dem (passivt salg)
- Hindre partene i å gi tredjemenn lisens for fremstilling av produkter/anvendelse av prosesser som er omfattet av avtalen, dersom ingen av avtalepartene selv skal utnytte FoU-resultatene
- Forplikte partene til å begrense brukeres og forhandleres mulighet til å kjøpe avtaleproduktene fra andre forhandlere

Partene står imidlertid fritt til å fastsette produksjonsmål i fellesskap, forutsatt at utnyttelsen av FoU-resultatene også innebærer felles produksjon av avtaleproduktene. Partene vil også stå fritt til å fastsette salgsmål og priser direkte til kunder, forutsatt at samarbeidet omfatter felles distribusjon av avtaleproduktene.

Det er viktig å være oppmerksom på at en ulovlig FoU-avtale som ikke omfattes av gruppefritaket likevel vil kunne være unntatt fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid dersom den oppfyller vilkårene for unntak etter konkurranseloven § 10 tredje ledd. Dette må i så fall undersøkes i det konkrete tilfellet.

FOU-AVTALE SOM IKKE ER LOVLIG

Faktum:

Det finnes to store produsenter, A og B, på det norske markedet for den elektroniske komponenten x. A og B har begge en markedsandel på 30 prosent. Begge har foretatt betydelige investeringer i nødvendig FoU for å utvikle en konkurrerende elektronisk komponent, y. A og B inngår en avtale om å samordne sine FoU-aktiviteter i et fellesforetak som skal slutføre FoU-arbeidet og starte produksjon av komponent y. Y skal selges tilbake til A og B, som skal markedsføre dem uavhengig av hverandre.

Resten av markedet består av små foretak som ikke har nok ressurser til å foreta nødvendige investeringer til å utvikle konkurrerende produkter.

Vurdering:

Produkt y er basert på ny teknologi og er et konkurrerende produkt til x. Siden ingen av de øvrige aktører i markedet har mulighet til å utvikle nye produkter, må det vurderes om A og B kan møte konkurranse fra andre steder, som for eksempel forskningsentre. Er slik konkurranse sannsynlig, vil virkningene av samarbeidsavtalen være mindre betenkelig.

En fordel med samarbeidet er at det muliggjør en raskere utvikling av ny teknologi. Samarbeidet medfører imidlertid også en reduksjon i antallet nye produkter som kan konkurrere med produkt x. Ved at A og B samordner FoU og produksjon, leder dette også til at de får mer ensartet kostnadsstruktur. Jo mer ensartet kostnadsstrukturen er, jo større er mulighetene for en begrensning av priskonkurransen mellom dem.

Ved vurderingen av om samarbeidet er konkurransebegrensende, må det også tas hensyn til partenes mulighet til å utnytte sin sterke markedsposisjon. Dersom de ikke møter noen konkurranse på FoU, kan deres insentiv til å fremskynde utviklingen av ny teknologi reduseres.

Selv om noen av betenkelighetene med avtalen kan fjernes, dersom partene på rimelige vilkår gir tredjemenn lisens til viktig knowhow som vil muliggjøre produksjon av konkurrerende produkter, er det ikke sikkert at alle betenkelighetene kan fjernes.

FOU-AVTALE SOM ER LOVLIG

Faktum:

En liten forskningsbedrift, A, som ikke selv har en salgsorganisasjon, har utviklet og patentert et legemiddel som er basert på ny teknologi som vil revolusjonere behandlingen av Aids. A inngår en samarbeidsavtale om FoU med en stor legemiddelprodusent, B. Ingen av Bs produkter har hittil vært benyttet i behandlingen av Aids, og B har heller ingen FoU-program som retter seg mot Aids. Lisensen på de legemidler B produserer, løper ut i løpet av de kommende fem år. B vil bidra med betydelig kapital og knowhow til utvikling av det nye legemiddelet, og får en eksklusiv lisens på produksjon og distribusjon av det nye legemiddelet så lenge patentet varer. Det forventes at A og B i fellesskap kan markedsføre produktet innen fem-sju år. Det finnes to andre forskningscentre på nesten samme utviklingsstadium, som anvender den samme nye basisteknologi.

Vurdering:

Det nye legemiddelet vil trolig tilhøre et nytt relevant marked. Partene bidrar til samarbeidet med ressurser og kunnskap som utfyller hverandre. Ingen av dem ville kunne utviklet og markedsført legemiddelet alene. Samarbeidet øker dermed sannsynligheten for at produktet faktisk blir markedsført. Selv om B har en sterk markedsposisjon for de legemidlene B allerede produserer, vil denne posisjonen reduseres i løpet av relativt kort tid, fordi lisensene på disse produktene snart utløper. At det finnes forskningscentre som vil kunne konkurrere med A og B, vil også fjerne deres interesse i ikke å fremskynde FoU-samarbeidet. På denne bakgrunn er det lite sannsynlig at avtalen vil være konkurransebegrensende.

3.3.4 Produksjonssamarbeid, inkludert spesialiseringssamarbeid

Hva innebærer et produksjonssamarbeid?

Produksjonsavtaler kan variere i form og omfang. De kan dreie seg om felles produksjon i et fellesforetak (som kontrolleres av partene i fellesskap og som driver ett eller flere produksjonsanlegg), eller bestå i spesialiserings- eller underleveranseavtaler, hvor den ene parten påtar seg å produsere et bestemt produkt.

Avtalene medfører at bedriftene kan konsentrere seg om produksjonen av bestemte produkter og samtidig være sikret leveranser av de øvrige produkter som avtalen gjelder. At bedriftene kan konsentrere seg om produksjonen av bestemte produkter, vil kunne bidra til en mer rasjonell og billigere produksjon av varer og tjenester, og bedriftene vil lettere kunne oppnå stordriftsfordeler. Dette vil igjen komme forbrukerne til gode.

Produksjonsavtaler vil imidlertid også kunne medføre et konkurransemessig problem ved at de reduserer antall produsenter av bestemte produkter og tjenester i markedet, og dermed også konkurransen.

ULIKE KATEGORIER PRODUKSJONSAVTALER

Avtaler om felles produksjon, der partene avtaler å produsere bestemte produkter i fellesskap.

Spesialiseringsavtaler, der partene ensidig eller gjensidig beslutter å ikke lenger produsere et produkt og i stedet kjøpe det hos den andre part.

Underleveranseavtaler, der den ene part (ordregiveren) overdrar til den annen part (underleverandøren) oppgaven å produsere et produkt.

Gruppefritaket for visse typer produksjonsavtaler (spesialiseringsavtaler og avtaler om felles produksjon)

Gruppefritaket gjelder for avtaler som innebærer at to eller flere virksomheter forplikter seg til å overlate produksjonen av visse varer til en annen virksomhet, eller forplikter seg til å produsere visse varer i fellesskap.

AVTALER SOM ER OMFATTET AV GRUPPEFRITAKET

Avtaler om ensidig spesialisering, der en av avtalepartene går med på å avstå fra å produsere bestemte produkter og i stedet kjøpe dem av en konkurrent, samtidig som konkurrenten går med på å produsere og levere disse produktene til den andre avtaleparten.

Avtaler om gjensidig spesialisering, der to eller flere avtaleparter på gjensidig grunnlag går med på å avstå fra å produsere bestemte, men forskjellige produkter, og i stedet kjøpe disse produktene fra de andre avtalepartene.

Avtaler om felles produksjon, der to eller flere avtaleparter blir enige om å produsere bestemte produkter i fellesskap.

I gruppefritaket omtales disse avtalene under fellesbetegnelsen «spesialiseringsavtaler».

Når er et samarbeid omfattet av gruppefritaket?

Gruppefritaket gjelder bare dersom partene i avtalen har en markedsandel på mindre enn 20 prosent. Markedsandelen beregnes på grunnlag av salgsværdien, eventuelt salgsvolumet, i markedet.

Fritaket gjelder ikke for avtaler som indirekte eller direkte har til formål:

- Å fastsette priser ved salg av produktene til tredjemann
- Å begrense produksjon eller salg; og/eller
- Å fordele markeder eller kunder

Avtaler med slikt formål vurderes som særlig skadelige for konkurransen i et marked. Finnes slike klausuler i avtalen, vil hele avtalen være ulovlig og ugyldig.

Til tross for dette står samarbeidspartene fritt til i fellesskap å fastsette en bestemt produksjonsmengde, dersom dette er innenfor rammen av en gjensidig eller ensidig spesialiseringsavtale. Partene står også fritt til å fastsette et bestemt kapasitets- og produksjonsvolum innenfor rammen av en felles produksjonsavtale. Det vil heller ikke være forbudt om partene i fellesskap fastsetter salgsmål/priser direkte til kunder på produkter som distribueres i fellesskap gjennom et felles produksjonsforetak.

Gruppefritaket gjelder selv om det er avtalt at den av partene som ikke lenger produserer et produkt er forpliktet til å kjøpe dette produktet fra den parten som produserer det (kjøpsplikt), og at produsenten er forpliktet til å levere til den/de part(er) som ikke lenger produserer det aktuelle produktet (leveringsplikt). Grunnen til at slike klausuler om kjøps- og leveringsplikt aksepteres, er at de bidrar til å sikre at flere aktører tilbyr det aktuelle produktet i markedet, selv om det ikke lenger produseres av like mange ulike (forskjellige) aktører.

Avtaler om felles distribusjon eller bruk av tredjemenn som felles distributør for produkter som er produsert i fellesskap, er også tillatt.

Det er viktig å være oppmerksom på at en ulovlig spesialiseringsavtale som ikke omfattes av gruppefritaket, vil kunne være unntatt fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, dersom den oppfyller vilkårene for unntak etter konkurranseloven § 10 tredje ledd. Dette må i så fall undersøkes i det konkrete tilfellet.

Når er et produksjonssamarbeid (inkludert spesialiseringssamarbeid) tillatt?

Hovedårsaken til at det kan oppstå konkurransemessige problemer som følge av et produksjonssamarbeid, er at partene samkjører sin adferd som leverandører.

Jo mer ensartet kostnadsstrukturen til samarbeidspartene er, jo større er muligheten for en begrensning av priskonkurransen dem imellom. Dette er særlig tilfellet dersom produktene er like/ensartede. Avtalepartene vil imidlertid måtte samarbeide om en vesentlig del av virksomheten for å oppnå en ensartet kostnadsstruktur.

Produksjonsavtaler som regulerer hvilken pris partene skal ta, begrenser produksjonen eller deler markedet geografisk eller i forhold til kundegrupper, vil nesten alltid være forbudt.

Unntak kan tenkes der hvor avtalen gjelder produksjon som direkte omfattes av produksjonsavtalen (for eksempel et fellesforetaks kapasitet og produksjonsmengde), eller dersom salgsprisen på produktene fastsettes av et fellesforetak, som selv produserer og distribuerer produktene. Den felles salgsprisen må imidlertid gjenspeile at det nå skjer en felles utførelse av oppgaver som tidligere ble foretatt av partene hver for seg.

Dersom det på grunnlag av ovennevnte ikke kan konkluderes med at en aktuell produksjonsavtale begrenser konkurransen, må det foretas en konkret vurdering av om samarbeidet omfattes av forbudet i § 10. Dette innebærer at avtalen må analyseres i sin rettslige og økonomiske sammenheng. Partenes markedsandel, og også antallet og størrelsen på konkurrentene i markedet, vil ha betydning for denne vurderingen.

Eksempler på vurdering av ulike typer produksjonssamarbeid

GJENSIDIG SPESIALISERINGSSAMARBEID

Faktum:

Både A og B produserer produkt x og y. Produktene er relativt ensartede. A har en markedsandel for x og y på henholdsvis 28 prosent og 10 prosent, og B har en markedsandel for x og y på henholdsvis 10 prosent og 30 prosent.

For å oppnå stordriftsfordeler i produksjonen, blir A og B enige om å inngå en avtale om gjensidig spesialisering som innebærer at A bare skal produsere produkt x, og B bare skal produsere produkt y. A og B forplikter seg til å levere produktene til hverandre, slik at begge fremdeles er leverandører i markedet. Siden x og y er ensartede produkter, innebærer det ingen særlig økning av distribusjonskostnadene å distribuere begge produktene.

To av de øvrige produsentene av x og y i markedet har en markedsandel på 15 prosent hver, mens de resterende aktørene i markedet har markedsandeler på 5-10 prosent.

Vurdering:

A og B har veldig lik kostnadsstruktur, bortsett fra når det gjelder distribusjonskostnader. Forskjellene mellom deres distribusjonskostnader er imidlertid små. Det er derfor få ting de kan utkonkurrere hverandre på. Som følge av samarbeidet får de til sammen også en sterkere markedsposisjon. Det er også sannsynlig at As produksjon av x og Bs produksjon av y vil reduseres over tid. Samarbeidet skaper konkurransemessige problemer som ikke vil oppveies av de stordriftsfordeler som partene oppnår ved samarbeidet.

Situasjonen ville vært en annen dersom produktene x og y var mer ulike, og markedsførings- og distribusjonskostnadene utgjorde en stor del av de totale kostnader ved å levere produktet (for eksempel 65-70 prosent). Dersom det er viktig å kunne tilby både produkt x og y for å kunne konkurrere effektivt, vil også sannsynligheten for at A eller B slutter å produsere henholdsvis x og y være mindre. Vilkårene for unntak fra forbudsbestemmelsen kan da være oppfylt, selv om A og B har store markedsandeler.

SAMARBEID OM FELLES PRODUKSJON

Faktum:

A og B produserer kjemikaliet x. De bestemmer seg for å opprette et felles produksjonsanlegg som skal ta over ca. 50 prosent av deres samlede produksjon. Det finnes ingen produkter som kan konkurrere med x, slik at x utgjør et eget relevant marked. Etterspørselen etter x er stabil, derfor vil verken A eller B kunne øke sin totale produksjon i særlig grad. Partene bestemmer seg derfor for å nedlegge to eldre produksjonsanlegg og overføre produksjonen til det nye anlegget. A og B har begge en markedsandel på 20 prosent. Det er tre andre store produsenter av x i markedet som hver har en 10-15 prosent markedsandel. Det finnes også flere mindre produsenter i markedet.

Vurdering:

Siden samarbeidet gir A og B samlet en betydelig markedsstyrke, vil de kunne endre sin konkurransemessige adferd i markedet uten å bli utsatt for økt press fra sine konkurrenter. Samarbeidet vil derfor kunne ha alvorlige konkurransebegrensende virkninger. Siden etterspørselen er stabil, er det lite sannsynlig at det kan oppnås effektivitetsgevinster ved samarbeidet som oppveier de konkurransemessige problemene.

UNDERLEVERANDØRAVTALE

Faktum:

A og B er konkurrenter på markedet for sluttproduktet x. Deres markedsandeler er henholdsvis 15 prosent og 20 prosent. Begge produserer også innsatsfaktoren y, som inngår i produksjonen av både x og andre produkter. Y utgjør 10 prosent av kostnadene ved å fremstille x. A fremstiller y bare til eget bruk, mens B også selger y til andre. B har 10 prosent av markedet for y. A og B inngår en avtale om at A skal bruke B som underleverandør av y, og dekke 60 prosent av sitt behov for y gjennom denne avtalen. For å ivareta sin knowhow i forhold til produksjonen av y, skal A fortsatt dekke 40 prosent av sitt behov for y gjennom egen produksjon.

Vurdering:

Siden A bare produserer y til eget bruk, må det først undersøkes om det er realistisk å tro at A vil kunne konkurrere også som tilbyder av y til andre. Hvis dette ikke er sannsynlig, innebærer ikke underleverandøravtalen noen begrensning av konkurransen når det gjelder produksjon av y.

Hvis A derimot kan anses som en mulig konkurrent for salg av y til andre, må det undersøkes nærmere hvilken markedsposisjon B får etter inngåelse av underleverandøravtalen. Siden Bs markedsandel er forholdsvis liten, vil konklusjonen bli den samme som der hvor A ikke er en mulig konkurrent i markedet. Altså, avtalen innebærer ikke noe konkurransemessig problem.

3.3.5 Innkjøpssamarbeid

Hva innebærer et innkjøpssamarbeid?

Et innkjøpssamarbeid kan ha mange former. Felles innkjøp vil eksempelvis kunne foretas av et selskap som partene kontrollerer i fellesskap, gjennom et selskap hvor mange bedrifter har en liten kapitalandel, ved en avtale eller en enda løsere form for samarbeid.

Når vil et innkjøpssamarbeid være tillatt?

Innkjøpssamarbeid inngås ofte av små og mellomstore bedrifter (SMB), med det formål å oppnå samme innkjøpsvilkår (priser og rabatter) som større konkurrenter. Disse avtalene er derfor normalt konkurransefremmende. Selv om det etableres en moderat markedsstyrke, kan denne oppveies av stordriftsfordeler for partene i samarbeidet.

Felles innkjøp kan omfatte både horisontale og vertikale avtaler (dvs. henholdsvis mellom aktører på samme og i ulike omsetningsledd). Det må foretas en totrinnsanalyse av samarbeidet dersom dette er tilfellet. Først må innkjøpssamarbeidet mellom konkurrentene vurderes. Dersom dette kan klareres i forhold til forbudet i § 10, må det også foretas en vurdering av avtalene som er inngått med leverandører eller individuelle selgere. Disse avtalene må bl.a. vurderes i henhold til gruppefritaket for vertikale avtaler. Det vises til det som er sagt nedenfor under punkt 3.4 om hva som omfattes av dette gruppefritaket.

Innkjøpssamarbeid mellom kjøpere som ikke opererer på det samme relevante marked eller i etterfølgende omsetningsledd, vil sjelden reise problemer i forhold til forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Unntak kan tenkes dersom avtalepartene har en så sterk posisjon på innkjøpsmarkedet at de kan påvirke konkurrentenes posisjon på sine respektive avsetningsmarkeder.

Innkjøpssamarbeid omfattes automatisk av forbudet, bare dersom samarbeidet i realiteten tjener som et middel til å iverksette et skjult kartell, dvs. for fastsettelse av priser, begrensning av produksjon eller fordeling av markeder i etterfølgende omsetningsledd.

For å avgjøre om øvrige typer innkjøpssamarbeid vil omfattes av forbudsbestemmelsen i § 10, må det foretas en konkret analyse av avtalen i dens rettslige og økonomiske sammenheng. Analysen må omfatte både innkjøps- og avsetningsmarkedene. Innkjøpssamarbeid mellom konkurrenter vil i stor grad vurderes på samme måte som produksjonssamarbeid mellom konkurrenter. Jo større del av kostnadene som blir like, jo større blir risikoen for at de vil kunne samordne sin opptreden overfor kundene.

Eksempel på vurdering av innkjøpssamarbeid

INNKJØPSSAMARBEID

Faktum:

Fem mindre bedrifter inngår en avtale om å opprette en felles innkjøpssentral. De er forpliktet til å motta en viss andel av sine leveranser fra sentralen, men de kan også kjøpe varene fra andre. Hver av de samarbeidende partene har en markedsandel på 5 prosent på både innkjøpsmarkedet og avsetningsmarkedet, slik at deres samlede markedsandel er på 25 prosent på begge disse markedene. Det finnes to store detaljister på markedet som hver har en markedsandel på 20-25 prosent. I tillegg finnes en rekke mindre aktører med 5 prosent andel av markedet hver.

Vurdering:

Opprettelsen av den felles innkjøpssentralen vil gi partene en slik markedsposisjon både på innkjøps- og avsetningsmarkedene at de vil være i stand til å konkurrere med de to største detaljistene. Siden de tre største aktørene i markedet (de samarbeidende partene ses her på som en aktør) er tilnærmet like store, er det sannsynlig at de vil konkurrere aktivt slik at effektivitetsgevinstene ved samarbeidet vil komme forbrukerne til gode, for eksempel i form av lavere pris. Samarbeidet vil dermed kunne være unntatt fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.

3.3.6 Salgs- og markedsføringsamarbeid

Hva innebærer et salgs- og markedsføringsamarbeid?

Salgs- og markedsføringsavtaler omfatter i denne sammenheng samarbeid mellom konkurrerende foretak, samt potensielt konkurrerende foretak, som salg, distribusjon og/eller salgsfremstøt.

Slike avtaler kan ha ulik rekkevidde, avhengig av hvilke markedsføringsfunksjoner samarbeidet omfatter. De mest omfattende avtalene vil være avtaler om felles salg, som innebærer en samordning av alle kommersielle sider ved salget av et produkt, herunder prisen. I den andre enden av spekteret har vi mer begrensede avtaler som bare omfatter en bestemt markedsføringsfunksjon, som for eksempel distribusjon, service eller reklamevirksomhet.

Når vil et salgs- og markedsføringsamarbeid være tillatt?

Samarbeidsavtaler mellom konkurrenter som bare omhandler salg og markedsføring vil normalt ha som formål å følge at deres prispolitikk samordnes. En slik samordning av pris vil som utgangspunkt alltid være forbudt.

Dersom samarbeidsavtalen gjelder et ordrefordelingssystem som begrenser partenes muligheter til å levere store mengder av produktet, vil dette kunne begrense kjøpernes valgmuligheter, og dermed også omfattes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.

For markedsføringsavtaler som ikke gjelder felles salg, oppstår to viktige konkurransemessige spørsmål. For det første, om felles markedsføring vil gi muligheter for utveks-

ling av følsomme kommersielle opplysninger, særlig i forhold til markedsstrategi og prissetting. For det andre, om markedsføringen kan ha en betydelig innvirkning på partenes kostnader. Begge forhold kan lede til at samarbeidet er i strid med forbudet i § 10.

Markedsføringsavtaler mellom konkurrenter som ikke omfatter prisfastsettelse, vil som utgangspunkt ikke være forbudt dersom partenes samlede markedsandel er mindre enn 15 prosent.

Er partenes samlede markedsandel over 15 prosent, må det foretas en konkret vurdering av hvordan markedsføringsavtalen vil kunne påvirke konkurransen på det relevante markedet før det kan konkluderes med hensyn til avtalens lovlighet. Jo mer konsentrert markedet er, jo nyttigere vil utvekslingen av opplysninger om priser og/eller markedsstrategi være for å redusere usikkerhet rundt konkurransesituasjonen.

Eksempel på vurdering av salgs- og markedsføringssamarbeid

SALGS- OG MARKEDSFØRINGSSAMARBEID

Faktum:

Fem matprodusenter som hver har 2 prosent av det totale matvaremarkedet, avtaler å samordne sin distribusjon, markedsføre produkter under et felles varemerke og selge sine produkter til samme pris. Denne samordningen krever betydelige investeringer i lagerplass, transport, reklame, markedsføring og salgsnett. Samarbeidet medfører en kostnadsreduksjon som tilsvarende 50 prosent av salgsprisen og gir dem mulighet til å tilby raskere og mer effektiv distribusjon. Matprodusentenes kunder er store dagligvarekjeder.

Avtalepartenes produktutvalg overlapper hverandre på en rekke viktige områder, men de har samlet ikke mer enn 15 prosent markedsandel på noe produktmarked. Tre store multinasjonale matprodusenter er dominerende på markedet med en markedsandel på 20 prosent hver. Det øvrige marked består av små uavhengige produsenter.

Vurdering:

Samarbeidsavtalen omfatter prisfastsettelse og er derfor i utgangspunktet forbudt. Dette til tross for at avtalepartene ikke har en sterk markedsposisjon. Integrasjonen mellom markedsføring og distribusjon gir imidlertid betydelige effektivitetsgevinster som vil komme forbrukerne til gode i form av bedre service og lavere priser. Spørsmålet er derfor om avtalen omfattes av unntaksbestemmelsen i konkurranseloven § 10 tredje ledd. Avgjørende er her om felles prisfastsettelse er nødvendig for å kunne integrere de øvrige markedsføringsoppgavene og dermed oppnå fordelene ved samarbeidet. I dette tilfellet vil slik prisfastsettelse være nødvendig fordi kundene (store dagligvarekjeder) ikke ønsker å forholde seg til flere ulike priser. Felles prisfastsettelse er også nødvendig fordi markedsføringen av produktet under et felles varemerke bare blir troverdig dersom alle sider ved salg og markedsføringen, herunder pris, standardiseres. Siden partene heller ikke samlet har en sterk markedsposisjon og siden avtalen gir betydelige effektivitetsgevinster, vil den kunne tillates.

3.3.7 Standardiseringssamarbeid

Hva innebærer et standardiseringssamarbeid?

Standardiseringsavtaler har vanligvis til formål å fastsette tekniske og/eller kvalitetsmessige krav til eksisterende eller fremtidige produkter, produksjonsprosesser og/eller produksjonsmetoder. Avtalene kan knytte seg til et bestemt produkts kvalitet, størrelse eller tekniske spesifikasjoner på markeder hvor det er viktig at produktene er driftskompatible med andre produkter eller systemer. Fastsettelse av bestemte vilkår for å få tilgang til et bestemt kvalitetsmerke kan også betraktes som en standard.

Når vil et standardiseringssamarbeid være tillatt?

Et standardiseringssamarbeid er som utgangspunkt ikke konkurransebegrensende dersom deltakelse i samarbeidet:

- Er ubegrenset og gjennomsliktig
- Ikke innebærer noen forpliktelse til å etterkomme den aktuelle standard
- Ikke inngår i en bredere avtale om å sikre produktenes driftskompatibilitet

Disse vilkårene er normalt oppfylt for standarder som vedtas av anerkjente standardiseringsorganer, og som er basert på åpne og gjennomsliktige prosedyrer som ikke innebærer noen form for forskjellsbehandling.

Standarder som kun omfatter en ubetydelig del av et marked medfører heller ingen alvorlige konkurransebegrensninger.

Heller ikke avtaler mellom små og mellomstore bedrifter (SMB) om standardisering av adgangsg formularer, eller betingelser vedrørende mindre vesentlige produktgenskaper, formularer og rapporter vil være problematisk sett fra et konkurransemessig ståsted.

Dersom en standard anvendes som ledd i en avtale som skal hindre faktiske eller potensielle konkurrenters adgang til markedet, vil derimot avtalen som hovedregel være forbudt. Eksempelvis kan tenkes en avtale som medfører at en nasjonal produsentsammenslutning fastsetter en standard og legger press på utenforstående, for å få dem til å la være å markedsføre produkter som ikke oppfyller standarden. Avtaler som gir bestemte organer enerett til å avgjøre om standarden er oppfylt, kan også innebære en konkurransebegrensning.

For å ta stilling til om en konkret standardiseringsavtale er i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, må den vurderes i sin rettslige og økonomiske sammenheng. Det må tas hensyn både til hva standarden gjelder, og om det er sannsynlig at den faktisk kan påvirke konkurransen i det relevante markedet. Dersom partene fritt kan utvikle alternative standarder eller produkter som oppfyller den aktuelle standard, reduseres sannsynligheten for at standarden er konkurransebegrensende.

Eksempler på vurdering av standardiseringssamarbeid

STANDARDISERINGSSAMARBEID SOM ER LOVLIG

Faktum:

Standard EN 60603-7:1993 oppstiller krav til hvordan fjernsyns- og videoanlegg skal sammenkobles. Selv om standarden ikke er rettslig bindende, vil både fjernsyns- og videoprodusenter i praksis benytte standarden siden markedet krever det.

Vurdering:

Forbudet i konkurranseloven § 10 er ikke overtrådt. Standarden er vedtatt av anerkjente standardiseringsorganer på nasjonalt, europeisk og internasjonalt plan, gjennom åpne og gjennomsiktige prosedyrer. Standarden er basert på enighet nasjonalt og reflekterer produsentenes og forbrukernes syn. Standarden gjelder også alle produsenter.

STANDARDISERINGSSAMARBEID SOM IKKE ER LOVLIG

Faktum:

Flere produsenter av videokassetter avtaler å ha et kvalitetsmerke/standard som bevis på at videokassetten oppfyller visse tekniske minimumskrav. Produsentene kan bare produsere videokassetter som oppfyller standarden. Også andre produsenter har fri tilgang til standarden.

Vurdering:

Siden avtalen forplikter den enkelte produsent til bare å produsere videokassetter som oppfyller den nye standarden, medfører avtalen at den tekniske utviklingen i markedet begrenses, og også at partene i praksis forhindres fra å selge andre typer videokassetter. Avtalen har dermed en konkurransebegrensende virkning som gjør at den er forbudt.

3.3.8 Samarbeid om miljøspørsmål

Hva innebærer et samarbeid om miljøspørsmål?

Miljøavtaler er avtaler som forplikter partene til å bekjempe forurensning eller nå visse nærmere definerte miljømål. De mål eller tiltak som vedtas, vil gjerne være direkte forbundet med reduksjon av et forurensende stoff eller et avfallsprodukt. Avtaler som medfører forurensningsbekjempelse som et biprodukt av andre tiltak, omhandles ikke her.

Miljøavtaler kan inneholde standarder for hvilke miljøvirkninger et produkt eller en produksjonsprosess kan ha. Det kan også tenkes andre typer avtaler der parter i samme omsetningsledd avtaler å oppfylle det samme miljømål. Eksempel er gjenbruk av bestemte materialer, reduksjon av emisjoner eller forbedring av energieffektivitet.

Når vil et samarbeid om miljøspørsmål være tillatt?

Noen miljøavtaler vil aldri være forbudt, uansett hvor store markedsandeler partene har. Dette kan være tilfelle der partene bare er løselig forpliktet til å bidra til å nå et sektorbestemt miljømål. Det samme gjelder avtaler om fastsettelse av produkters eller produksjonsprosessers miljøvirkninger, som ikke merkbart påvirker tilbudet av de ulike produktene eller produksjonsprosessene i det relevante marked.

Hvis resultatet av samarbeidet er at noen produktkategorier forbyes eller gradvis utelukkes fra markedet, vil dette ikke være konkurransebegrensende, dersom disse produktkategorier kun utgjør en mindre andel av markedet. Avtaler som medfører etablering av et nytt marked, som for eksempel gjenbruksavtaler, vil normalt heller ikke begrense konkurransen.

Miljøavtaler som omfatter større deler av en industri, vil derimot kunne omfattes av forbudet når de merkbart begrenser partenes muligheter for å påvirke produktenes egenskaper eller selve produksjonsprosessen.

Samarbeid om innføring og standardisering av miljøavgifter/miljøgebyr, typisk i forbindelse med innføringen av en returordning, vil normalt anses som prissamarbeid i strid med forbudet i § 10 første ledd. Slikt samarbeid må derfor vurderes konkret i forhold til unntaksbestemmelsen i tredje ledd. Konkurransetilsynet har nektet å gi dispensasjon etter den tidligere konkurranseloven i noen slike saker.

Eksempel på vurdering av miljøsamarbeid

MILJØSAMARBEID

Faktum:

Nesten alle norske importører av vaskemaskiner avtaler, med støtte fra et offentlig organ, at det ikke lenger skal importeres produkter som ikke oppfyller bestemte krav til energieffektivitet. Avtalepartene har til sammen 90 prosent av markedet. De produkter som vil utgå fra markedet, utgjør en betydelig andel av totalt salg og vil bli erstattet av mer miljøvennlige og dyrere produkter. Avtalen reduserer også underleverandørens produksjon.

Vurdering:

Avtalen medfører at forbrukernes valgmuligheter reduseres, samtidig som prisene på produktene øker. Avtalen rammes derfor som utgangspunkt av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. At et offentlig organ medvirker til gjennomføring av avtalen, har i denne sammenheng ingen betydning.

Nye produkter er imidlertid mer avanserte teknisk sett. Den miljøreduserende virkningen medfører derfor ikke nødvendigvis en økning av andre miljøproblemer, som for eksempel økt forbruk av vann eller vaskepulver. Avtalens nettobidrag til miljøet må derfor kunne antas å oppveie de økte kostnadene. Dessuten vil kostnadene ved å kjøpe det nye produktet raskt kunne inntjenes ved at miljøvennlige produkter har lavere driftskostnader. Forutsatt at det kan påvises at andre alternativer til avtalen er mindre sikre og kostnadseffektive når det gjelder nettofordelene, og at det fortsatt vil være konkurranse om andre produkttegnska-per, vil vilkårene for unntak i § 10 tredje ledd være oppfylt.

3.4 Samarbeid mellom foretak på ulike nivåer i omsetningskjeden

3.4.1 Innledning

Vertikale avtaler er avtaler om salg av varer eller tjenester mellom to eller flere foretak som opererer på ulike/påfølgende nivåer i omsetningskjeden (distribusjonsavtaler). En avtale om salg av varer fra en produsent til en grossist eller en forhandler, er et typisk eksempel på en vertikal avtale.

Vertikale avtaler legger ofte begrensninger på partenes handlefrihet. Eksempler på slike begrensninger er at leverandør pålegger en grossist å selge avtalevarene utelukkende til forhandlere utpekt av leverandøren, at en forhandler nektes å forhandle konkurrerende produkter fra andre leverandører/produsenter, eller at en leverandør fastsetter hvilke priser en grossist eller forhandler skal ta ved videresalg av avtalevarene. Slike begrensninger – gjerne kalt vertikale begrensninger – kan virke konkurransebegrensende og være i strid med forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd.

Vertikale avtaler medfører imidlertid ofte en hensiktsmessig organisering av produksjon og/eller distribusjon av varer eller tjenester fordi foretak som opererer på ulike nivåer i omsetningskjeden, kan koordinere sine aktiviteter gjennom avtalene. Av denne grunn vil vertikale avtaler ofte oppfylle vilkårene for unntak etter konkurranse-loven § 10 tredje ledd, jf. punkt 3.2.

En vertikal avtale som oppfyller vilkårene i gruppefritaket for vertikale avtaler, vil være unntatt fra forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranse-loven § 10 første ledd og vil derfor være lovlig.

Dersom en vertikal avtale ikke oppfyller gruppefritakets betingelser, må det for det første undersøkes om den rammes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranse-loven § 10 første ledd. Dersom dette er tilfellet, må det undersøkes om avtalen oppfyller vilkårene for unntak etter konkurranse-loven § 10 tredje ledd.

Ved vurderingen av lovligheten av en vertikal avtale kan veiledning søkes i EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for vertikale begrensninger. I det følgende behandles både gruppefritaket for vertikale avtaler, samt lovligheten av avtaler som ikke oppfyller dette gruppefritakets vilkår.

Gruppefritaket unntar kun vertikale avtaler fra konkurranse-loven § 10 og ikke fra konkurranse-loven § 11 som gjelder misbruk av dominerende stilling. Aktører med dominerende markedsstilling vil imidlertid uansett som hovedregel ikke være dekket av gruppefritaket på grunn av grensen på 30 prosent markedsandel.

VERTIKALE SAMARBEIDSFORMER SOM NESTEN ALLTID ER FORBUDT

Bindende videresalgspriser: Pålegg fra leverandørene om faste priser eller minstepriser ved videresalg.

Forbud mot passivt salg: Med passivt salg menes salg som svar på uoppfordret henvendelse fra kunder. En leverandør kan ikke forby sine forhandlere å selge til kunder i områder der andre forhandlere av leverandøren er etablert, når slikt salg er resultat av uoppfordret henvendelse fra slike kunder.

VERTIKALE SAMARBEIDSFORMER SOM KAN VÆRE FORBUDT

Eneforhandleravtaler: Avtalesfestet enerett til å selge en leverandørs produkter i et bestemt område overfor en kundegruppe eller liknende. Generelt tillatt når leverandørens markedsandel er under 30 prosent, og varigheten er kortere enn 5 år. Konkret vurdering må foretas ved markedsandel over 30 prosent.

Restriksjoner på aktivt videresalg: Restriksjoner på aktivt videresalg ut over definerte områder, på grossisters salg til sluttbrukere og på videresalg til andre forhandlere kan være forbudt når selger har markedsandel over 30 prosent. Med aktivt salg menes aktive henvendelser til kunder, for eksempel ved brev, besøk, reklame eller andre salgsmetoder.

Eneleverandøravtaler: Avtaler som hindrer en forhandler å kjøpe produkter fra konkurrerende leverandører. Generelt tillatt når leverandørens markedsandel er under 30 prosent, og varigheten er kortere enn 5 år. Konkret vurdering må foretas ved markedsandel over 30 prosent.

Rett til å møte konkurrerende tilbud: Kan påvirke konkurransen negativt fordi det gir leverandøren oversikt over konkurrerende tilbud og leverandørens konkurranter svekkede motiver til å utfordre leverandøren.

3.4.2 Gruppefritaket

Gruppefritakets kjerne

Gruppefritaket omfatter vertikale avtaler om kjøp eller salg av varer eller tjenester mellom foretak som ikke er konkurranter, mellom visse konkurrerende foretak og mellom visse sammenslutninger av varedetaljister. Vertikale avtaler mellom to foretak som er konkurranter, omfattes bare av gruppefritaket dersom avtalen er ensidig, og

- Kjøperen har en samlet årsomsetning som ikke overstiger 800 millioner kroner, eller
- Leverandøren er produsent og distributør av varer, mens kjøperen er en distributør som ikke produserer varer som konkurrerer med avtalevarerne, eller
- Leverandøren yter tjenester innenfor flere omsetningsledd, mens kjøperen ikke yter konkurrerende tjenester innen det omsetningsledd der vedkommende kjøper avtale-tjenestene.

Vilkår for unntak

Det er et vilkår for gruppefritakets anvendelse at leverandørens markedsandel på det marked hvor avtalevarerne eller -tjenestene selges, ikke overstiger 30 prosent.

For avtaler som inneholder eksklusive leveringsforpliktelser, er det et vilkår at kjøperens markedsandel på det markedet hvor kjøperen kjøper avtalevarerne eller -tjenestene, ikke overstiger 30 prosent.

Avtaler som ikke omfattes av gruppefritaket

Selv om gruppefritakets markedsandelsterskler ikke er overskredet, er en vertikal avtale ikke omfattet av gruppefritaket dersom den inneholder visse typer alvorlige konkurransebegrensninger. Slike alvorlige konkurransebegrensninger er bestemmelser om minste eller faste videresalgspriser, og, med visse unntak, begrensninger med hensyn til hvilket område og til hvilke kunder varer eller tjenester kan selges.

Avtaleforpliktelser som ikke omfattes av gruppefritaket

Visse nærmere angitte avtaleforpliktelser er også unntatt fra gruppefritakets anvendelsesområde. I disse tilfellene er det bare vedkommende avtaleforpliktelse i seg selv som faller utenfor gruppefritaket. Resten av avtalen vil – såfremt det er mulig å skille denne fra den aktuelle avtaleforpliktelsen – fremdeles nyte godt av gruppefritaket, dersom fritakets øvrige betingelser er oppfylt. Følgende avtaleforpliktelser faller inn under denne kategorien:

- **Konkurransklausuler**

Konkurransklausuler med en varighet på over fem år (med mindre kjøperen videregjør avtalevarerne eller -tjenestene fra leverandørens lokaler) omfattes ikke av gruppefritaket. Med konkurransklausul menes enhver forpliktelse for kjøperen til ikke å produsere, kjøpe eller selge varer eller tjenester som konkurrerer med avtalevarerne eller -tjenestene, eller til å dekke mer enn 80 prosent av sitt behov for avtalevarerne eller -tjenestene, og varer eller tjenester som konkurrerer med avtalevarerne eller -tjenestene, ved kjøp fra leverandøren. At klausulen ikke må ha en varighet på mer enn fem år, er ikke til hinder for at den kan fornyes, dersom begge parter uttrykkelig samtykker. Partene må imidlertid stå helt fritt, både juridisk og faktisk, til å velge ikke å fornye klausulen.

- **Karanteneklausuler**

Bestemmelser som hindrer kjøperen i å produsere eller omsette varer eller tjenester som konkurrerer med avtalevarerne eller -tjenestene etter avtalens opphør, er som hovedregel ikke omfattet av gruppefritaket.

- **Salg av konkurrerende produkter i et selektivt distribusjonssystem**

Forpliktelser pålagt medlemmene i et selektivt distribusjonssystem til ikke å selge bestemte konkurrerende leverandørers merker er ikke tillatt. Med selektivt distribusjonssystem menes et distribusjonssystem der leverandøren har begrenset antall forhandlere ut fra gitte kriterier.

3.4.3 Eneforhandleravtaler

I en eneforhandleravtale gir leverandøren forhandleren enerett til å selge bestemte varer innenfor et bestemt geografisk område. Som gjenytelse plikter eneforhandleren ofte å arbeide aktivt for å fremme salget av de aktuelle produktene i det aktuelle området. Leverandøren vil normalt kreve at eneforhandleren rapporterer om sitt salg i markedet, sin planlegging av distribusjonen og lignende.

Vurderingskriterier

En eneforhandleravtale er omfattet av gruppefritaket for vertikale avtaler såfremt:

- Leverandørens markedsandel ikke overstiger 30 prosent i det relevante marked
- Leverandøren og eneforhandleren ikke er faktiske eller potensielle konkurrenter på det relevante produktmarked (med unntak for visse ensidige avtaler)
- Avtalen ikke inneholder noen av de alvorlige konkurransebegrensningene som er opplistet i gruppefritaket, og som er beskrevet under punkt 3.4.2

Dersom avtalen gir enerett til hele Norge, dvs. at det er tale om en eksklusiv leveringsforpliktelse, gjelder ikke kravet til markedsandel under 30 prosent for leverandørene. Eneforhandlerens markedsandel må derimot ikke overstige 30 prosent for innkjøp av de aktuelle produktene.

Videre må konkurranseklausuler i eneforhandleravtalen oppfylle gruppefritakets vilkår for slike klausuler. Det innebærer at en konkurranseklausul som hovedregel ikke må ha en varighet på mer enn fem år.

En eneforhandleravtale vil normalt inneholde bestemmelser om at eneforhandleren ikke kan selge avtalevarene eller -tjenestene utenfor det geografiske område hvor han eller hun er gitt en eksklusiv rett til videresalg. En begrensning av eneforhandlerens rett til passivt salg – dvs. retten til å svare på uoppfordrede henvendelser fra individuelle kunder og levere varer eller tjenester til disse kundene – i områder som er tildelt andre eneforhandlere, eller som leverandøren har forbeholdt seg selv, vil være en alvorlig konkurransebegrensning som gjør at avtalen faller utenfor gruppefritakets anvendelsesområde.

Videre vil en eneforhandleravtale eksempelvis falle utenfor gruppefritaket dersom eneforhandleren pålegges enten en bindende minimums videresalgspris eller bindende faste priser for videresalg av avtalevarene eller -tjenestene.

Eksempel på eneforhandleravtale

Leverandør A produserer hagemøbler og har en markedsandel på 15 prosent på det relevante marked. Leverandør A har utpekt forhandler B som sin eneforhandler i Bergens-området. I resten av landet har leverandør A utpekt andre eneforhandlere.

Forhandler B er gjennom eneforhandleravtalen for det første forpliktet til ikke å markedsføre eller selge leverandør As hagemøbler utenfor Bergens-området (aktivt salg). For det andre følger det av eneforhandleravtalen at leverandør A skal fastsette veiledende priser for forhandler Bs videresalg av hagemøblene.

Siden leverandør As markedsandel ikke overstiger gruppefritakets markedsandels terskel på 30 prosent, vil eneforhandleravtalen i utgangspunktet falle inn under gruppefritaket. Det må imidlertid undersøkes om avtalen inneholder noen alvorlige konkurransebegrensninger som gjør at den likevel ikke vil nyte godt av gruppefritaket, eller om den inneholder forpliktelser som faller utenfor gruppefritaket.

Siden forhandler B er forpliktet til ikke å selge hagemøblene utenfor sitt eneforhandlerområde, legges det en begrensning på hans adgang til aktivt salg av avtalevarene. Dersom det ikke samtidig innebærer en begrensning i adgangen til å respondere på forespørsler fra kunder i andre områder, dvs. begrensninger i adgangen til passivt salg, vil slike konkurransebegrensninger normalt nyte godt av gruppefritaket.

Leverandør As fastsettelse av veiledende videresalgspriser vil ikke være en alvorlig konkurransebegrensning. En bestemmelse om dette vil derfor ikke i seg selv bringe eneforhandleravtalen utenfor gruppefritaket. Det følger eksplisitt av gruppefritaket at en leverandørs mulighet til å fastsette veiledende priser ikke har betydning for gruppefritakets anvendelse, såfremt de veiledende prisene ikke får karakter av faste priser eller minimumspriser som følge av påtrykk (press eller insentiver) fra den ene av partene.

3.4.4 Enekjøpsavtaler

Begrepet

En enekjøpsavtale forplikter en kjøper til å dekke hele, eller tilnærmet hele, sitt behov for et bestemt produkt hos én leverandør.

Vurderingskriterier

En enekjøpsavtale vil falle inn under gruppefritaket dersom:

- Leverandørens markedsandel ikke overstiger 30 prosent.
- Leverandøren og kjøperen ikke er faktiske eller potensielle konkurrenter på det samme produktmarked (med unntak for visse ensidige avtaler).
- Avtalen ikke inneholder noen alvorlige konkurransebegrensninger.

En forpliktelse til å dekke hele, eller praktisk talt hele, sitt behov for et bestemt produkt hos leverandøren, er et eksempel på en konkurranseklausul. Som hovedregel vil en slik konkurranseklausul falle utenfor gruppefritaket dersom dens varighet overstiger fem år. I en enekjøpsavtale vil konkurransebegrensningen trolig være så tett knyttet til den øvrige avtalen at hele avtalen faller utenfor gruppefritaket dersom konkurranseklausulens varighet overstiger fem år.

Eksempel på enekjøpsavtale

Leverandør A inngår en avtale om salg av et bestemt produkt med forhandler B. Det fremgår av avtalen at forhandler B skal dekke hele sitt behov på det aktuelle produktmarkedet hos leverandør A. Avtalen har en varighet på ti år.

Avtalen er en enekjøpsavtale siden forhandler B er forpliktet til å dekke hele sitt behov for produktet hos leverandør A. Siden enekjøpsavtalen (og dermed konkurranseklausulen) har en varighet på ti år, vil den ikke nyte godt av gruppefritaket. Det må da foretas en konkret vurdering av om avtalen rammes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10.

3.4.5 Selektiv distribusjon

Begrepet

Et selektivt distribusjonssystem er et system hvor leverandøren av en vare eller en tjeneste begrenser antallet forhandlere av varen eller tjenesten basert på visse kriterier. Leverandøren forplikter seg til ikke å selge varene eller tjenestene til andre forhandlere enn de som er utvalgt på bakgrunn av de aktuelle kriteriene. Samtidig pålegges også de utvalgte forhandlerne visse begrensninger. For eksempel vil de normalt ikke kunne selge produktet til forhandlere som ikke er en del av systemet.

Det er vanlig å skille mellom to hovedtyper av selektive distribusjonssystemer – kvalitativt selektive systemer og kvantitativt selektive systemer.

I rene kvalitative selektive distribusjonssystemer velges forhandlere av et produkt på bakgrunn av objektive kriterier som er nødvendige på grunn av produktets egenskaper. Et produkt kan for eksempel være laget slik at det er nødvendig at forhandlerne kan utføre service på produktet. Det kan videre være nødvendig at de ansatte hos forhandlerne gjennomgår en spesiell opplæring, eller at de har en spesiell utdanning.

I kvantitative, selektive distribusjonssystemer begrenses antallet forhandlere ved hjelp av kvantitative kriterier, for eksempel minimums- eller maksimumskrav til forhandlerens salg eller ved direkte fastsettelse av antall forhandlere i systemet eller i visse geografiske områder.

Selektive distribusjonsavtaler innenfor gruppefritaket

Både kvalitative og kvantitative selektive distribusjonssystemer er omfattet av gruppefritaket og dermed tillatt såfremt:

- Leverandørens markedsandel på det aktuelle produktmarkedet ikke overstiger gruppefritakets terskelverdi på 30 prosent.
- Leverandøren og forhandlerne ikke er aktuelle eller potensielle konkurrenter på det relevante produktmarkedet (med unntak for visse ensidige distribusjonsavtaler).
- Distribusjonsavtalene ikke inneholder noen alvorlige konkurransebegrensninger.

Dersom forhandlerne i et selektivt distribusjonssystem driver salg på detaljistnivå, vil en begrensning av deres adgang til å drive salg til sluttbrukere være en alvorlig konkurransebegrensning i gruppefritakets forstand. Det samme gjelder begrensninger pålagt forhandlere i et slikt system med hensyn til kryssleveranser mellom forhandlerne i systemet. Avtaler som inneholder slike begrensninger, faller derfor utenfor gruppefritaket.

Videre vil en forpliktelse som pålegger medlemmene i et selektivt distribusjonssystem til ikke å selge merkene til bestemte konkurrerende leverandører, falle utenfor gruppefritaket. Dersom en distribusjonsavtale inneholder en slik begrensning, er det imidlertid i utgangspunktet kun begrensningen som faller utenfor gruppefritaket og ikke avtalen for øvrig.

Selektive distribusjonsavtaler utenfor gruppefritaket

Dersom en leverandørs markedsandel overstiger 30 prosent, slik at en selektiv distribusjonsavtale faller utenfor gruppefritaket, må det vurderes om avtalen rammes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10 første ledd. Ved denne vurderingen vil skillet mellom kvalitativ og kvantitativ distribusjon være av betydning.

Rene kvalitative, selektive distribusjonssystemer vil som hovedregel falle utenfor forbudet, såfremt tre vilkår er oppfylt:

- 1) Produktets egenskaper må nødvendiggjøre selektiv distribusjon.
- 2) Forhandlerne skal utpekes på grunnlag av objektive, kvalitative kriterier som fastsettes på samme måte for alle potensielle forhandlere, og som anvendes uten forskjellsbehandling.
- 3) Seleksjonskriteriene må ikke gå lenger enn det som er høyst nødvendig.

Eksempel på selektiv distribusjonsavtale

En produsent av datamaskiner selger maskinene gjennom forhandlere organisert i et selektivt distribusjonssystem. Produsenten har en markedsandel på 35 prosent på det relevante marked. Forhandlerne i det selektive distribusjonssystemet velges på grunnlag av følgende kriterier:

- Forhandleren skal ha personale med spesialkunnskap om datamaskiner.
- Forhandleren skal sørge for at personalet gjennomgår tilstrekkelig opplæring og kursing, både internt og eksternt.
- Forhandleren skal yte før- og ettersalgsservice.

Videre følger det av distribusjonsavtalene at forhandlerne ikke kan selge datamaskinene til forhandlere som ikke er en del av systemet.

Siden produsentens markedsandel overstiger gruppefritaketets markedsandelster-skel, vil systemet falle utenfor gruppefritaket.

Ettersom datamaskiner kan sies å være av en slik beskaffenhet at det er nødvendig at forhandlerne har personale med en viss spesialkunnskap, også for at de kan yte service på maskinene, synes de aktuelle seleksjonskriteriene å være objektive kriterier som kan være nødvendige på grunn av produktets egenskaper. Distribu-sjonssystemet vil da være et kvalitativt selektivt system, og det vil ikke rammes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranse-loven § 10 første ledd, såfremt seleksjonskriteriene anvendes uten forskjellsbehandling.

3.4.6 Franchiser

Begrepet

En franchiseavtale er en avtale hvor franchisegiveren gir franchisetakeren rett til å benytte visse immaterielle rettigheter, som varemerker, logoer o.l. i forbindelse med distribusjon av en vare eller tjeneste. Dette uttrykkes ofte slik at franchisegiveren gir franchisetakeren rett til å benytte et markedsføringssystem. I tillegg yter franchise-giveren gjerne kommersiell og teknisk bistand til franchisetakeren. Som gjenytelse betaler franchisetakeren en franchiseavgift til franchisegiveren. Franchisetakeren vil også være pålagt mer eller mindre omfattende begrensninger. For eksempel vil franchi-setaker gjerne være forhindret fra å selge avtalevarene eller -tjenestene til uautoriserte forhandlere, da dette vil kunne ødelegge franchisenettverkets felles identitet.

Vurderingskriterier

Gruppefritaket får anvendelse på vertikale avtaler som inneholder bestemmelser om overdragelse av immaterielle rettigheter til kjøperen samt bestemmelser om kjøperens bruk av rettighetene, såfremt de ikke utgjør avtalens hovedgjenstand, og såfremt de er direkte knyttet til avtalevarene eller -tjenestene. Det er også et vilkår at avtalene ikke

omfatter vertikale begrensninger som har samme formål eller virkning som alvorlige konkurransebegrensninger som faller utenfor gruppefritaket.

Eksempler på slike begrensninger er:

- Bindende videresalgspriser og minste videresalgspriser.
- En begrensning av detaljistfranchisetakeres salg til slutt kunder.
- En begrensning av franchisetakernes adgang til å drive med kryssleveranser.

Selv om franchiseavtalen inneholder begrensninger av denne art, kommer gruppefritaket til anvendelse såfremt:

- Markedsandelsterskelen på 30 prosent ikke overskrides av franchisegiveren eller en leverandør utpekt av franchisegiveren.
- Franchisegiver og franchisetaker ikke er aktuelle eller potensielle konkurrenter på det relevante produktmarkedet.
- Franchiseavtalen ikke inneholder alvorlige konkurransebegrensninger.

En del typer forpliktelser i franchiseavtaler vil kunne være nødvendige for å beskytte franchisegivers immaterielle rettigheter. Slike forpliktelser vil derfor ofte ikke være konkurransebegrensende. Eksempler på slike bestemmelser er:

- En plikt for franchisetakeren til ikke å erverve økonomiske interesser i en konkurrerende virksomhet, slik at han får innflytelse på denne virksomhetens økonomiske atferd.
- En plikt for franchisetakeren til å informere franchisegiver om krenkelse av de immaterielle rettigheter han har fått rett til å benytte.
- En plikt for franchisetakeren til ikke å utnytte den knowhow han eller hun har fått rett til å benytte, til andre formål enn utnyttelsen av franchisen.

En konkurranseklausul knyttet til de varer og tjenester som franchisetakeren kjøper, vil ikke rammes av forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd når den er nødvendig for å beskytte franchisenettverkets felles identitet og omdømme. I slike tilfeller er konkurranseforbudets varighet også uten betydning, så lenge varigheten ikke overstiger selve franchiseavtalens varighet. Dersom en konkurranseklausul ikke er nødvendig for å beskytte franchisenettverkets identitet og omdømme, vil den bare være tillatt dersom den har en varighet som ikke overstiger fem år.

Dersom vilkårene for gruppefritakets anvendelse ikke er oppfylt, må det vurderes om en franchiseavtale rammes av forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i konkurranseloven § 10. Det gjøres i denne forbindelse oppmerksom på at jo viktigere overførselen av knowhow fra franchisegiver til franchisetaker er, jo mindre skal til for at de vertikale begrensningene i franchiseavtalen oppfyller unntaksvilkårene i konkurranseloven § 10.

Eksempel på franchiseavtale

Produsent A er franchisegiver i et franchisenettverk som selger hudpleieprodukter. Franchisetakerne forbys i franchiseavtalen å bruke den knowhow de får rett til å benytte som følge av deltakelsen i franchisenettverket, til andre formål enn utnyttelsen av franchisen. Videre forbys franchisetakerne å produsere, kjøpe, selge eller videreselge produkter som konkurrerer med de aktuelle hudpleieproduktene fra de lokaler forhandleren nå selger hudpleieproduktene fra, i ett år etter franchiseavtalens opphør. De kan heller ikke selge avtalevarene til andre franchisetakere i franchisenettverket.

Forpliktelser som faller innenfor gruppefritaket:

En forpliktelse til ikke å benytte den knowhow franchisetakerne får tilgang til gjennom nettverket til andre formål, vil falle innenfor gruppefritaket. Videre vil en forpliktelse til ikke å produsere, kjøpe, selge eller videreselge produkter som konkurrerer med de aktuelle hudpleieproduktene fra de lokaler forhandleren nå selger hudpleieproduktene fra, falle innenfor gruppefritaket såfremt varigheten er begrenset til ett år etter avtalens opphør, og såfremt forpliktelsen er absolutt nødvendig for å beskytte knowhow overført fra franchisegiver til franchisetaker.

Forpliktelser som faller utenfor gruppefritaket:

En bestemmelse om at franchisetakerne ikke kan selge hudpleieproduktene til andre medlemmer i franchisenettverket, vil imidlertid være en alvorlig konkurransebegrensning i gruppefritakets forstand. Avtalene mellom franchisegiver og franchisetakerne vil av denne grunn falle utenfor gruppefritaket, og det må vurderes om de strider mot forbudet i konkurranseloven § 10 første ledd. Dersom dette er tilfellet, er neste skritt å vurdere om avtalene oppfyller vilkårene for unntak i konkurranseloven § 10 tredje ledd.

4. FORBUD MOT UTILBØRLIG UTNYTTELSE AV DOMINERENDE MARKEDSSTILLING - § 11

4.1 Innledning

Konkurranseloven § 11 forbyr dominerende foretak å misbruke sin sterke markedsposisjon.

Det er ikke i seg selv forbudt å ha en dominerende stilling (også kalt «markedsmakt»). Foretak med en dominerende stilling vil imidlertid kunne misbruke sin markedsposisjon for å forhindre konkurranse fra andre aktører i markedet. Dette er årsaken til at § 11 medfører enkelte begrensninger på den kommersielle handlefriheten for bedrifter som har en slik markedsposisjon.

KONKURRANSELOVEN § 11:

«Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt.

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

- a. å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,
- b. å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,
- c. å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
- d. å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at avtalepartene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.»

Forhold som kan synes å være i strid med § 11, kan likevel være tillatt, dersom det foreligger en legitim begrunnelse for atferden. Et eksempel kan være dersom sikkerhetshensyn kan forklare det dominerende foretakets handlemåte.

EU-kommisjonen har publisert et diskusjonsnotat som muligens vil munne ut i retningslinjer for anvendelsen av forbudet mot misbruk av dominerende stilling. Dokumentet gir en nyttig oversikt over reglene slik de følger av praksis, men går på en del punkter utover det som er klar gjeldende rett.

Misbruk av dominerende stilling er uttrykkelig forbudt etter gjeldende konkurranselov. Dette i motsetning til det som var regelen etter den tidligere konkurranseloven hvor misbruk av dominerende stilling var tillatt inntil Konkurransetilsynet traff en avgjørelse som forbød den aktuelle praksis. Dette betyr at foretaket selv må vurdere om det har en dominerende stilling i markedet, og om dets praksis innebærer misbruk i strid med loven.

4.2 Forbudet gjelder bare for «dominerende foretak»

4.2.1 Dominansbegrepet

Et foretak er dominerende hvis det har en markedsposisjon som til en viss grad setter det i stand til å fastsette priser og vilkår uavhengig av motreaksjoner fra markedets øvrige aktører (dvs. konkurrenter, leverandører, kunder og i siste instans forbrukere). I praksis vil dette innebære at foretaket i noen grad er i stand til å fastsette sine kommersielle vilkår uten at disse er tilpasset konkurrentene, for eksempel i form av å diktere ubalanserte kontrakter eller å kreve høyere priser enn sine konkurrenter.

I vurderingen av om et foretak har slik uavhengighet, er det flere faktorer som må tas i betraktning. En kort redegjørelse for disse følger nedenfor.

4.2.2 Markedsandel

Ofte kan foretakets markedsandel, som normalt måles som foretakets andel av den totale omsetningen i det relevante markedet, i seg selv gi tilstrekkelige indikasjoner på et foretaks uavhengighet og styrke på markedet.

Som et utgangspunkt vil et foretak være dominerende dersom det har en markedsandel på minst 50 prosent over tid, og det ikke finnes ekstraordinære omstendigheter som peker i retning av at dominans ikke foreligger. Også foretak med markedsandeler under 50 prosent kan være dominerende, forutsatt at dette bekreftes av andre omstendigheter som peker i retning av at foretaket har den nødvendige uavhengighet på markedet. Det finnes få eksempler fra praksis på at foretak med markedsandel under 40 prosent har blitt ansett som dominerende.

Som en tommelfingerregel vil et foretak være «i faresonen» for å kunne bli vurdert som dominerende dersom det har en markedsandel på opp imot 40 prosent. Det kan imidlertid ikke utelukkes at Konkurransetilsynet vil komme til at et foretak med markedsandel under 40 prosent har dominerende markedsstilling, særlig dersom foretaket er aktivt på et forbrukermarked hvor de øvrige aktører er relativt små.

Dersom foretaket har en markedsandel på under 25 prosent, vil det normalt ikke anses for å ha en dominerende markedsstilling.

4.2.3 Øvrige faktorer av betydning

Hvorvidt et foretak med mindre enn 50 prosent markedsandel er i posisjon til å opptre uavhengig av de andre markedsaktørene, eller hvorvidt et foretak med mer enn 50 prosent markedsandel likevel ikke har slik uavhengighet, vil imidlertid alltid måtte bero på en konkret vurdering både av foretaket selv og markedet det opererer på.

Faktorer relatert til foretaket selv

Forhold av betydning som gjelder foretaket selv, kan bl.a. være:

- Om foretaket sitter på knapphetsgoder som for eksempel ledende teknologi eller beskyttede immaterielle rettigheter.
- Om foretaket er vertikalt integrert eller har velutviklede distribusjonssystemer.
- Om foretaket har sterke varemerker.
- Foretakets generelle størrelse og finansielle styrke, og/eller
- Om foretakets egen opptreden peker i retning av faktisk uavhengighet.

Faktorer relatert til markedet

Forhold ved det relevante markedet som er av betydning kan bl.a. være:

- De øvrige aktørenes styrke. I et marked med mange små aktører, med for eksempel 5 prosent markedsandel eller mindre, kan det tenkes at den eneste store aktøren må sies å være dominerende, til tross for at dennes markedsandel bare er for eksempel 35 prosent. Motsatt er det ikke sikkert at markedsandeler over 40 prosent gir markedsrett i markeder dersom konkurrentene er færre, men større.
- I hvilken grad det foreligger etableringshindringer for nye konkurrenter. Slike etableringshindringer vil for eksempel kunne være regulatoriske begrensninger, store etablerings-/transaksjonskostnader eller begrenset tilgang til råvarer/innsatsfaktorer. Ved lave etableringshindringer vil selv ikke høye markedsandeler innebære dominerende stilling.

EKSEMPEL

Det er ikke bare de «store» foretakene som kan ha dominerende markedsstilling. Det kan godt tenkes tilfeller der også foretak med begrenset omsetning har dominans. Dette gjelder der det relevante marked som foretaket opererer på er «smalt», i den forstand at det kun omfatter ett eller få produkter som etter sine egenskaper, bruksformål og pris ikke fremstår som ombyttelige med andre produkter.

Bl.a. har Konkurransetilsynet i en sak funnet at Husfliden Tromsø AS hadde markedsrett (det samme som dominerende markedsstilling) på markedet for forkle- og stakkestoff til tromsibunaden. Husfliden Tromsø AS var riktignok en mindre virksomhet med begrenset omsetning. Akkurat dette produktet var det imidlertid ingen andre som hadde for salg, og det lot seg ikke gjøre å sy tromsibunader med annet stoff. Konkurransetilsynet kom derfor til at Husfliden Tromsø AS hadde markedsrett på akkurat dette markedet for salg av forkle- og stakkestoff til tromsibunaden.

Kollektiv dominans

Det følger av § 11 første ledd at «et eller flere foretaks» utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt. Det mest praktiske er at det er ett foretak som alene har en slik posisjon. Det kan imidlertid tenkes situasjoner hvor to eller flere uavhengige foretak sammen har slik dominerende markedsinnflytelse. Dette betegnes gjerne som «kollektiv dominans».

Kollektiv dominans kan foreligge i markeder som er så gjennomskjulte at to eller flere ledende aktører lett kan observere hverandres handlinger og stilltiende tilpasse seg hverandre over tid. De ledende aktørene kan dermed opptre overfor de øvrige aktørene i markedet med tilnærmet like vilkår. Markedets øvrige aktører vil derfor ikke kunne oppnå bedre vilkår om de henvender seg til den ene eller andre av disse foretakene. På denne måten vil de kollektivt dominerende foretakene i fellesskap kontrollere en vesentlig del av markedet, selv om de ikke samarbeider på en måte som er i strid med konkurranseloven § 10.

4.3 Adferd som kan anses som misbruk

4.3.1 Misbruksbegrepet

Det er ikke forbudt å ha en dominerende markedsstilling. Dominerende foretak skal også kunne delta fullt ut i konkurransen med markedets øvrige aktører, så lenge de konkurrerer på rettferdige premisser.

Forbudet rammer et dominerende foretaks utilbørlige utnyttelse (misbruk) av sin stilling. Misbruk foreligger når det dominerende foretaket bruker sin styrke til å oppnå urimelige fordeler i konkurransen med de øvrige aktørene på markedet. Slike handlinger kan for eksempel gå ut på:

- Å binde til seg kunder eller leverandører med eksklusive avtaler for å stenge konkurrenter ute fra (deler av) markedet.
- Å underprise varer eller tjenester for på sikt å presse konkurrenter ut av markedet.
- Usaklig forskjellsbehandling av kunder eller leverandører på en måte som stiller noen av disse svakere i konkurransen, og/eller
- Å begrense forsyninger av innsatsvarer for å gi en konkurrent svekkede muligheter til å produsere konkurrerende produkter.

Misbruk er et objektivt begrep. Det har derfor ingen betydning for vurderingen av lovligheten av det dominerende foretakets konkurransebegrensende handlinger at foretaket har hatt gode intensjoner med handlingen, og ikke har ment å påvirke konkurransen. Det har heller ingen betydning for vurderingen av lovligheten at den aktuelle adferden, for eksempel en rabatt, er ønsket eller initiert av kundene.

Misbruk kan finne sted både i form av ensidige handlinger foretatt av det dominerende foretaket selv, og gjennom avtaler mellom det dominerende foretaket og andre foretak eller forbrukere.

Det kan være vanskelig å fastslå hvor grensene for misbruk går. Adferd som er tillatt for ikke-dominerende foretak og som ofte er vanlige på markedet, kan være «misbruk» dersom det er det dominerende foretaket som står bak. Generelt er det å si at dominerende foretak må avstå fra å benytte en konkurransepraksis som har til formål eller virkning å:

- 1) Stenge ute eller drive ut konkurrenter fra markedet ved hjelp av andre virkemidler enn rettferdig konkurranse på parameterne pris, kvalitet, service, sortiment og innovasjon, eller å
- 2) Utnytte foretakets sterke stilling til å oppnå urimelige fordeler hos leverandører og kunder.

En kundebonusordning som ikke gjenspeiler faktiske kostnadsbesparelser hos det dominerende foretaket vil normalt anses som misbruk, fordi det dominerende foretaket bruker den kostnaden bonusen medfører til å «betale» for kundelojalitet. På den annen side vil en rabatt som tilsvarer det dominerende foretakets sparte kostnader, være legitimt. En slik rabatt, begrunnet i foretakets kostnadsbesparelser, vil ikke anses som misbruk. Prisdiskriminering eller (antatt urimelige) høye priser vil også kunne legitimeres der prisforskjellen skyldes for eksempel økte transportkostnader ved levering til de aktuelle kundene. På den annen side vil et ønske om å øke sin egen lønnsomhet ved å stille en konkurrent dårligere i konkurransen, ikke være en legitim begrunnelse for å ta høye eller diskriminerende priser.

Nedenfor følger typiske eksempler på adferd som kan anses som misbruk av dominerende stilling.

4.3.2 Eksempler på handlinger/vilkår som kan anses som misbruk

Eksklusive avtaler

Når et dominerende foretak inngår eksklusive avtaler, for eksempel med leverandører eller avtakere/kunder, innebærer dette at disse kundene og leverandørene hindres fra å inngå avtaler med det dominerende foretakets konkurrenter. Eksempelvis vil en eksklusiv leveringsavtale mellom en dominerende kjøttprodusent og en dagligvarekjede være til hinder for at dagligvarekjeden inngår tilsvarende avtaler med andre kjøttprodusenter. De andre kjøttprodusentene vil da stenges ute fra den delen av markedet som dagligvarekjeden representerer. Den utestengende virkningen vil forsterkes jo flere parallelle eksklusive avtaler det dominerende foretaket inngår, og jo lenger varighet avtalen(e) har.

Avtaler hvor dominerende foretak binder til seg kunder eller leverandører, har derfor en utestengende virkning på det dominerende foretakets konkurrenter.

Det anses normalt som misbruk av dominerende stilling at et dominerende foretak inngår avtaler hvor det pålegger sine avtaleparter eksklusivitet, i den forstand at avtaleparten ikke gis anledning til å handle samme/tilsvarende produkt fra andre enn det dominerende foretaket.

KONKURRANSETILSYNETS PRAKSIS: TINE

I TINE-saken kom Konkurransetilsynet i sitt vedtak til at Tine hadde misbrukt sin dominerende stilling i ostemarkedet ved å presse konkurrenter ut av daglivarekjer. Tilsynet ila TINE en bot (overtredelsesgebyr) på 45 millioner kroner.

Tilsynet fant at TINE hadde betalt millionbeløp i økte rabattytelser til REMA for eneleverandørposisjon i butikkene. Årsforhandlingene i 2004 endte med at partene ble enige om de økonomiske rammene for 2005 og 2006, og at TINE ble eneleverandør av hvitost og brunost ved at Synnøve Finden ble fjernet fra REMAs vareutvalg i januar 2005. Det dreide seg med andre ord ifølge tilsynet om en eksklusivavtale. Videre fant tilsynet at TINE i årsforhandlingene med ICA Norge AS i 2004 på tilsvarende måte forsøkte å få en eneleverandørposisjon i Rimi-kjeden.

Konkurransetilsynet mente det var en stor fare for at TINEs eneste konkurrent, Synnøve Finden, kunne bli presset ut av markedet på grunn av TINEs ekskluderende atferd. Resultatet ville ifølge tilsynet blitt redusert konkurranse og skadelige virkninger for forbrukerne i form av høyere priser, reduserte valgmuligheter og for lite innovasjon.

TINE har valgt å bringe tilsynets vedtak inn for domstolene, og saken kommer opp for tingretten i løpet av 2008.

- Konkurransetilsynets vedtak V2007-2.

Lojalitetsordninger, herunder rabatter

Det finnes mange typer lojalitetsordninger, bl.a. lojalitetsrabatter og bonusordninger. Felles for ordningene er at de gir en kjøper eller leverandør av varer eller tjenester en motivasjon til å konsentrere sine leveranser eller innkjøp hos én enkelt avtalemotpart. For eksempel vil en volumrabatt bli større jo mer som kjøpes fra samme leverandør. Dette innebærer at det blir billigere og billigere å holde seg til én leverandør jo mer som kjøpes, mens alternativkostnaden ved å bytte leverandør blir større og større. Ordningen har derfor den virkning at den binder kunden eller leverandøren til den som tilbyr bonus-, rabatt- eller insentivordningen.

Slike lojalitetsordninger er fullt ut tillatt blant ikke-dominerende foretak, akkurat som eksklusive avtaler er det. Et dominerende foretak kan derimot som utgangspunkt ikke tilby slike ordninger til sine handelspartnere uten å komme i konflikt med forbudet mot misbruk av dominerende stilling. Årsaken til dette er at slike lojalitetsordninger i praksis ofte har samme virkning som en eksklusivitetsforpliktelse. Det er med andre ord liten forskjell på en avtaleforpliktelse som sier at kjøperen bare kan kjøpe varer hos det dominerende foretaket, og en avtale som ikke har noen uttrykkelig eksklusivitetsforpliktelse, men som i praksis innebærer at kjøperen, pga. tap av for eksempel rabatt, taper penger på å spre sine innkjøp hos flere leverandører.

Rabatter, bonuser og andre kundefordeler som gjenspeiler faktiske kostnadsbesparelser på det dominerende foretakets hånd, er imidlertid normalt legitime. Dette gjelder for eksempel:

- Kontantrabatt som tilsvarer det dominerende foretakets sparte kredittkostnader, og/eller
- Kvantumsrabatt som tilsvarer det dominerende foretakets reduserte logistikk- og lagerkostnader osv.

For at slike rabatter skal være lovlige, må de vilkår som stilles for opptjening av slike fordeler imidlertid ikke virke mer innlåsende på kunden enn det som er absolutt nødvendig for å oppnå besparelsen som rabatten gjenspeiler.

Dominerende foretak kan normalt ikke tilby rabatter og andre lojalitetsordninger som ikke gjenspeiler faktiske kostnadsbesparelser, uten å bryte forbudet mot misbruk av dominerende stilling.

Eksempler på ulovlige lojalitetsrabatter er:

- Kumulative volumrabatter basert på årsomsetning
- Rabatter gitt forutsatt at konkurrenters merker ikke føres
- Rabatter gitt forutsatt at omsetning øker i forhold til året før
- Rabatter gitt på skjønnsmessige kriterier

Rene trappetrinnsrabatter, der rabatten gis bare for omsetning over et forhåndsdefinert beløp og ordrerabatter er som regel akseptable dersom de praktiseres ikke-diskriminerende og kan motiveres ut fra kostnadsbesparelser hos den dominerende aktøren.

KONKURRANSETILSYNETS PRAKSIS: NETTBUSS SØR

I Nettbuss Sør fattet Konkurransetilsynet først vedtak om at Nettbuss Sør måtte slutte å tilby tur-retur-rabatt og kundekortrabatt på ekspressbussrutene mellom Kristiansand og Oslo, fordi tilsynet mente dette var i strid med konkurranselovens forbud mot misbruk av dominerende stilling.

Nettbuss Sør klaget på vedtaket, og etter en ny gjennomgang kom tilsynet til at rabattene ikke var ulovlige etter konkurranseloven likevel. Tilsynet fastholdt at Nettbuss Sør hadde en dominerende stilling i det aktuelle markedet, men den utestengende effekten av rabattene var ikke så sterk at rabattene innebar et misbruk av Nettbuss' dominerende stilling. Konkurransetilsynet omgjorde derfor sitt eget vedtak.

Tilsynet fant at tur-retur-rabatten ikke hadde tilstrekkelig ekskluderende virkning i markedet, blant annet fordi den reisende stod fritt til å velge å reise med konkurrenten Risdal ved neste reise. Hva gjelder kundekortrabatten, fant tilsynet at kunden ikke hadde økonomiske insentiver til å kjøpe en ytterligere reise hos Nettbuss etter at kortet er kjøpt, dersom konkurrentens pris var lavere enn Nettbuss' pris fratrukket kundekortrabatten. Kundekortrabatten hadde følgelig ingen lojalitetsskapende virkning.

- Konkurransetilsynets vedtak V2004-29.

«Predasjonsprising»

En annen form for misbruk er såkalt «predasjonsprising», eller underprising. Predasjonsprising kjennetegnes ved at et dominerende foretak over tid setter sine utsalgspriser så lavt at foretaket selv går med tap. For å følge med i konkurransen, må konkurrentene følge etter. Mindre konkurrenter vil ofte ikke ha økonomisk styrke til å tåle underprising over tid. Resultatet av priskrigen kan derfor bli at konkurrentenes posisjon svekkes ytterligere i forhold til det dominerende foretaket, eller at konkurrenter går konkurs eller trekker seg fra markedet med den konsekvens at det dominerende foretakets markedsandel øker.

Det er bare underprising over tid som er forbudt. Underprising som et ledd i kortvarige kampanjer og spesialtilbud, er derimot lovlig. Kortvarige kampanjer vil ikke, med mindre de er så hyppige at den ene kampanjen avløser den andre, medføre at prisnivået generelt synker. Konkurrentene vil derfor ikke presses til å redusere sine (faste) utsalgspriser over tid som følge av slike kampanjer.

Hva som i praksis er å anse som predasjonsprising, dvs. hvor lave priser et dominerende foretak kan ta, uten å bryte forbudet mot misbruk av dominerende stilling, beror på en konkret vurdering. Som tommelfingerregel bør et dominerende foretak ikke tilby en utsalgspris som ligger under den gjennomsnittlige, variable enhetskostnad.

Også utsalgspriser over variabel enhetskostnad, men under total enhetskostnad kan anses som misbruk, dersom det dominerende foretaket beviselig setter prisene lavt for å presse sine konkurrenter ut av markedet.

KONKURRANSETILSYNETS PRAKSIS: SAS BRAATHENS (HAUGESUND)

I SAS Braathens (Haugesund) fattet Konkurransetilsynet først vedtak om at SAS Braathens hadde drevet ulovlig underprising med den virkning at konkurrenten Coast Air ble presset ut på ruten Oslo – Haugesund. Tilsynet ila SAS Braathens en bot (overtredelsesgebyr) på 20 millioner kroner.

Tilsynet baserte sin vurdering på at SAS Braathens i den aktuelle perioden hadde benyttet gjennomsnittlige priser som var lavere enn gjennomsnittlige variable kostnader. I henhold til praksis fra EF-domstolen var det dermed en klar presumsjon for at det forelå ulovlig underprising. Tilsynet kom også til at SAS Braathens hadde hatt som intensjon å presse Coast Air ut av det aktuelle markedet, selv om det ikke var nødvendig for konklusjonen.

SAS Braathens tok tilsynets vedtak inn for domstolene og vant i første instans. Vedtaket ble kjent ugyldig, og boten opphevet. Retten fant at det var andre akseptable forklaringer på SAS Braathens' handlemåte enn det som kunne karakteriseres som kritikkverdig og lovbrytende når det gjaldt blant annet priser, avgangs- endring og manglende markedstilpasning i form av nedjustering av kapasitet.

Konkurransetilsynet anket tingrettens dom inn for lagmannsretten, men trakk anken like før ankebehandlingen i forbindelse med at det ble inngått forlik i saken. Tilsynet fastholdt at SAS hadde overtrådt konkurranseloven, men endret konklusjon med hensyn til å gi overtredelsesgebyr. Tilsynet la bl.a. vekt på at overtredelsen skjedde like etter at dagens konkurranselov hadde trådt i kraft, og at overtredelsen bare varte noen uker. Forliket innebar videre at hver av partene dekket sine egne saksomkostninger.

- Konkurransetilsynets vedtak V2005-9.

Prisdiskriminering

Det kan også innebære misbruk av dominerende stilling å diskriminere mellom ulike handelspartnere.

Dette vil for eksempel være tilfelle hvor en dominerende grossist av frukt selger epler til noen av sine kunder for 5 kroner per kilo, men tar 7 kroner per kilo når han selger til en konkurrerende grossist (og dette ikke har noen legitim begrunnelse knyttet til det dominerende foretakets produksjon og omsetning av varen).

Videre kan det innebære misbruk når et dominerende foretak driver prisdiskriminering til ulempe for et foretak det selv konkurrerer med i et påfølgende marked i omsetningskjeden.

Leveringsnektelse/Begrensning av tilbud av innsatsvarer til konkurrenter

I utgangspunktet har bedrifter stor frihet i å velge hvem en vil handle med. Leveringsnektelser fra dominerende foretak kan likevel anses som misbruk, dersom leveranser er absolutt nødvendige for at andre kjøpere skal kunne konkurrere i sitt marked, og det ikke foreligger objektive grunner for nektelsen. Slike objektive grunner kan for eksempel være mislighold av kontrakten eller tiltak fra kunden som reduserer verdien av en merkevare.

En leveringsnektelse kan eksempelvis innebære et misbruk når det dominerende foretak både er leverandør av en råvare og produsent av varer hvor denne råvaren inngår. Dersom det dominerende foretaket stanser eller begrenser leveranser av råvarer til konkurrerende produsenter som det tidligere har levert til, kan dette vanskeliggjøre eller umuliggjøre konkurrentenes tilgang til nødvendige råvarer og anses som misbruk. Hvorvidt en leveringsnektelse utgjør et misbruk av dominerende stilling, må avgjøres konkret.

Urimelig høye priser

Dominerende foretak kan noen ganger være i posisjon til å kreve urimelig høye priser fra sine kunder. Dette vil for eksempel være tilfelle der foretaket har en så sterk markedsposisjon at kundene har begrensede andre innkjøpsmuligheter og må «finne seg i» de priser det dominerende foretaket dikterer. Å utnytte en dominerende stilling til å oppnå slike priser, kan være misbruk.

I praksis beror det på en konkret vurdering hvor grensen for urimelig høye priser går, dvs. hvor høye priser et dominerende foretak kan ta uten å bryte forbudet mot misbruk av dominerende stilling. Utgangspunktet er at en pris er urimelig høy når den ikke har noen rimelig sammenheng med den økonomiske verdien av det aktuelle produktet.

Som tommelfingerregel vil prisen kunne bli ansett som urimelig høy, dersom den er merkbart høyere enn den pris det dominerende foretaket tar for samme produkt i et annet geografisk (og konkurranseutsatt) marked, eller merkbart høyere enn den pris konkurrenter tar for samme produkt. Forutsetningen er at denne prisdifferansen ikke har noen legitim begrunnelse knyttet til det dominerende foretakets produksjon og omsetning av varen.

Koblingshandel

En annen form for misbruk av dominerende stilling er koblingshandel. Koblingshandel foreligger når det dominerende foretaket gjør sine kontrakter avhengig av at avtaleparter godtar tilleggsytelser som etter sin art eller vanlig forretningspraksis ikke har noen naturlig sammenheng med kontraktsgjenstanden.

EKSEMPEL

Det vil kunne foreligge ulovlig koblingshandel dersom en dominerende leverandør av sykler krever at avtakerne kjøper én sykkelhjelme per sykkel, for i det hele tatt å få kjøpt sykler. Sykkelhjelmer har for så vidt en naturlig tilknytning til sykler, men er verken etter sin art eller vanlig forretningspraksis en vare som det ville være naturlig å gjøre kjøp av sykler avhengig av. Dersom leverandøren har en dominerende markedsstilling og kundenes alternative innkjøpsmuligheter er begrensede, vil enkelte kunder være tvunget til å kjøpe et gitt antall sykkelhjelmer for å få tilgang til sykler for videresalg. Resultatet blir derfor at det dominerende foretaket skaffer seg en fordel – mersalg av sykkelhjelmer – ved å utnytte sin sterke posisjon på markedet for sykler. Slik utnyttelse vil normalt anses som misbruk av dominerende markedsstilling.

EU-KOMMISSJONENS PRAKSIS: MICROSOFT

I 2004 ila Kommisjonen Microsoft en bot på 497 millioner euro for å utvide sin dominans innen operativsystemer for PC'er til operativsystemer for arbeidsgruppeservere (nettverksservere) og til media players.

Microsoft ble pålagt å gi sine konkurrenter de opplysninger som var nødvendige for at deres produkter kunne fungere sammen med Windows (interoperabilitet). Videre ble Microsoft pålagt å tilby en versjon av Windows uten Windows Media Player til PC-produsenter (unbundling).

Kommisjonen mente at Microsoft misbrukte sin markedsrett ved bevisst å begrense interoperabiliteten mellom Windows PC'er og arbeidsgruppeservere som ikke har Microsofts operativsystem for slike servere, og ved å binde det konkurranseutsatte produktet Windows Media Player med selskapets svært dominerende operativsystem for PC'er, Windows.

Kommisjonen mente den ulovlige atferden hadde gitt Microsoft en dominerende stilling på markedet for operativsystemer for arbeidsgruppeservere, som er kjernen i bedrifters IT-nettverk. Kommisjonen fryktet at det var risiko for at konkurransen på dette markedet kunne bli fjernet helt, og at konkurransen på markedet for media players kunne bli vesentlig svekket.

Kommisjonen har senere ilagt Microsoft bøter på henholdsvis 280,5 og 899 millioner euro for å ha unnlatt å etterleve Kommisjonens vedtak. EF-domstolen ved Førsteinstansretten opprettholdt i 2007 i all hovedsak Kommisjonens opprinnelige vedtak, og Microsoft varslet at de ikke kom til å anke avgjørelsen.

- Kommisjonens avgjørelse av 24. mars 2004.

5. FUSJONSKONTROLL

5.1 Innledning

Konkurranseloven gir Konkurransetilsynet adgang til å gripe inn mot oppkjøp og fusjoner («foretakssammenslutninger») som fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Kontrollen med slike (strukturelle) transaksjoner i den nye konkurranseloven er hovedsakelig en videreføring av tilsvarende inngrepsbestemmelse i den tidligere loven. Det er imidlertid gjort betydelige endringer i saksbehandlingsreglene. I tillegg er flere sentrale begreper harmonisert med konkurransereglene i EU/EØS.

Det skal ganske mye til før vilkårene for å gripe inn anses oppfylt, og inngrepsadgangen er i praksis ikke benyttet ofte, sjelden mer enn ca. fem ganger årlig. Det følger av forarbeidene, og konkurransemyndighetene har gitt uttrykk for at fusjonskontrollen etter gjeldende konkurranselov er mer ambisiøs enn etter den tidligere loven. Særlig har det vært fokus på såkalte «lokale» og «smale» markeder. De relativt sett svært lave meldeplikttersklene etter den norske konkurranseloven kan ses som et uttrykk for denne ambisjonen.

Et inngrep kan gå ut på alt fra forbud mot transaksjonen, til at transaksjonen tillates på vilkår. Slike vilkår kan gå ut på pålegg om salg av virksomhet eller være relatert til utøvelsen av virksomhet i fremtiden, for eksempel pålegg om salg av produkter/tjenester til konkurrenter på ikke-diskriminerende vilkår. Konkurransetilsynet benytter sjelden muligheten til å forby en transaksjon. Normalt blir den tillatt på vilkår.

Nytt i loven av 2004 var at det kan utnevnes en ekstern, uavhengig forvalter, som skal bistå ved gjennomføringen av inngrepsvedtak. Det kan for eksempel være aktuelt å oppnevne en slik medhjelper for å bistå i forbindelse med gjennomføringen av et pålegg om å selge deler av virksomheten. Dette for å sikre at den delen som må selges ut, bevarer sin uavhengighet, økonomiske levedyktighet, salgbarhet og konkurranseevne inntil utskillelsen har funnet sted. Forvalteren vil ha kompetanse til å inngå bindende avtaler på vegne av partene.

Som nevnt medfører den nye loven relativt store endringer i saksbehandlingsreglene knyttet til vurderingen av fusjoner og oppkjøp, særlig ved at det er innført meldeplikt, automatisk gjennomføringsforbud og mer detaljerte saksbehandlingsfrister.

Vedtaket om inngrep kan, som tidligere, påklages til Konkurransetilsynets overordnede departement, for tiden Fornyings- og administrasjonsdepartementet.

I den nye loven er det videre gitt en egen bestemmelse som gir Kongen i statsråd (dvs. regjeringen) adgang til å overprøve Konkurransetilsynets vurdering av et oppkjøp eller en fusjon på grunnlag av andre politiske hensyn. Slike hensyn kan for eksempel være hensyn til distriktsarbeidsplasser. Konkurransetilsynet og Fornyings- og administrasjonsdepartementet kan ikke ta slike hensyn i sine avgjørelser.

MINISTERTILLATELSE I SAKER AV PRINSIPIELL ELLER STOR SAMFUNNMESSIG BETYDNING

Både Konkurransetilsynet og klageinstansen (dvs. tilsynets overordnede departement, for tiden Fornyings- og administrasjonsdepartementet), skal bare ta konkurransefaglige og ikke politiske hensyn i sin saksbehandling. Begge instanser skal altså opptre uavhengig av politikerne i sin saksbehandling.

Kongen i statsråd (dvs. Regjeringen) har imidlertid i visse saker anledning til å overprøve Konkurransetilsynets vurdering, både ut fra konkurransefaglige og politiske hensyn. Vilkåret er at det dreier seg om en sak av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning. Regjeringen kan for det første tillate et konkurransebegrensende samarbeid eller et foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling, som Konkurransetilsynet og/eller klageinstansen (dvs. departementet) har funnet vil være i strid med konkurranselovens bestemmelser. Dersom tiltaket er gjennomført før en eventuell tillatelse foreligger fra Regjeringen, kan forholdet like fullt sanksjoneres. En senere tillatelse «reparerer» ikke lovovertrедelsen. Regjeringen kan uansett ikke tillate adferd i strid med EØS-avtalens konkurranseregler.

For det andre har Regjeringen mulighet til å tillate foretakssammenslutninger som Konkurransetilsynet og/eller klageinstansen ikke har villet akseptere, og kan også forby erverv som tilsynet ikke har funnet grunn til å gripe inn mot. Regjeringen har imidlertid ikke mulighet til å treffe vedtak om inngrep, dersom det er gått mer enn ett år siden endelig avtale om ervervet ble inngått.

REGJERINGENS PRAKSIS: PRIOR/NORGÅRDEN

I Prior/Norgården forbød Konkurransetilsynet i første instans Prior å kjøpe alle aksjene i Norgården. Norgårdens aksjepost på 70 prosent i selskapet Eggprodukter var en del av oppkjøpet. Norgården var Prior sin største konkurrent i markedet for konsumegg. Prior ville dermed øke sin del av markedet for salg av slike egg fra rundt 60 til 75 prosent. I markedene for eggprodukt ville Prior få kontroll med nær 100 prosent av omsetningen av egg som ble benyttet i næringsmiddelindustrien.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet opprettholdt tilsynets vedtak i klagerunden, og var enig i at Priors oppkjøp av Norgården forsterket en allerede sterkt begrenset konkurranse i begge disse markedene. Regjeringen (Kongen i statsråd) valgte imidlertid å godkjenne oppkjøpet av landbrukspolitiske hensyn og la avgjørende vekt på målet om norsk produksjon av egg og tilstrekkelig inntekt til norske eggprodusenter.

For å redusere de konkurranseskadelige virkningene av Priors oppkjøp, satte Regjeringen som vilkår at Prior måtte sørge for at Norgårdens aksjer i selskapet Eggprodukter AS ble solgt. I tillegg ble Prior pålagt å forsyne Eggprodukter AS med råstoff som erstatning for råstoff fra Norgården.

- Kongelig resolusjon av 8. februar 2006.

5.2 Transaksjoner som omfattes av fusjonsreglene

Loven gir Konkurransetilsynet hjemmel til å gripe inn mot «foretakssammenslutninger». Foretakssammenslutningsbegrepet er hentet fra EU/EØS-rettens fusjonsregler, og innholdet er ment å tilsvare EU/EØS-reglene på dette punkt. Praksis og retningslinjer fra EU/EØS-retten vil derfor gi veiledning. EU-kommisjonen har gitt retningslinjer for jurisdiksjonsspørsmål hvor bl.a. begrepet «foretakssammenslutninger» (engelsk: «concentrations») er nærmere definert.

Med foretakssammenslutninger menes både fusjoner og det at én eller flere aktører får direkte eller indirekte kontroll i et annet foretak. Dvs. transaksjoner hvor det skjer en varig endring i de aktuelle foretakenes struktur. Konserninterne transaksjoner og konsolideringer utgjør ikke foretakssammenslutninger, da de ikke innebærer noen strukturendring utenfor vedkommende økonomiske enhet i konkurranserettslig forstand.

Med «kontroll» menes muligheten til å utøve avgjørende innflytelse over den forretningsmessige virksomheten i et annet foretak. Slik kontroll kan oppnås gjennom rettigheter, avtaler eller på annen måte.

En rekke både faktiske og rettslige forhold kan tilsi at det foreligger erverv av kontroll. Eksempler på rettslige forhold som kan gi kontroll, er eiendomsrett og bruksrett til aktiva i et foretak, samt rettigheter og avtaler som gir avgjørende innflytelse over sammensetningen, stemmegivningen eller beslutninger i foretakets besluttede organer. En minoritetsaksjonær kan for eksempel oppnå kontroll hvis aksjonæren er tillagt en rett til å ivareta driften i foretaket og fastlegge dets forretningspolitikk. En slik rett kan for eksempel bygge på aksjonæravtale eller vedtekter, men kan i praksis også følge av at resterende aksjer er spredt. Såfremt det er stor sannsynlighet for at en minoritetsaksjonær regelmessig vil kunne oppnå flertall på generalforsamlinger, for eksempel fordi mange mindre aksjonærer ikke møter eller lar seg representere, vil vedkommende minoritetsaksjonær normalt anses å ha kontroll på faktisk grunnlag.

Overføring av aktiva vil være en foretakssammenslutning, dersom det klart kan knyttes omsetning i et marked til det som er gjenstand for overføring. Konkurransetilsynet har publisert en veiledningsuttalelse som gjelder overføring av næringseiendom, men som har generell interesse for avgrensningen av når overføring av aktiva utgjør en foretakssammenslutning.

Kontroll kan erverves ikke bare av ett foretak alene (enkontroll), men også av flere foretak i fellesskap. Det innebærer at opprettelsen av enkelte joint ventures (fellesforetak) omfattes av fusjonsreglene. En forutsetning er at det foreligger felles kontroll, dvs. at aksjonærene (morselskapene) er nødt til å komme til enighet om viktige strategiske beslutninger vedrørende fellesforetakets drift. En annen er at fellesforetaket i en viss grad er økonomisk uavhengig av eierne.

Konkurransetilsynet kan (på samme vilkår) også gripe inn mot kjøp av andeler i et foretak, selv om kjøpet ikke fører til at kjøperen får kontroll over foretaket (minoritetserverv). Det er likevel nødvendig å ta stilling til om en transaksjon innebærer en «foretakssammenslutning» i lovens forstand fordi det bare er slike transaksjoner som er meldepliktige.

Konkurransbegrensninger som er direkte knyttet til en foretakssammenslutning eller et minoritetserverv er ikke i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Forutsetningen er at begrensningen er nødvendig for gjennomføringen av foretakssammenslutningen eller ervervet og, sammen med ervervet, heller ikke fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen. Eksempler på slike tilknyttede begrensninger er konkurranseklausuler som forbyr selger å starte med konkurrerende virksomhet til den han akkurat har solgt i en kortere periode etter salget av virksomheten. Slike klausuler kan være nødvendige for å gi kjøper en mulighet til å etablere seg i markedet.

EU-kommisjonens retningslinjer for tilknyttede begrensninger gir nyttig veiledning. Ifølge retningslinjene kan konkurranseforbud på selger normalt aksepteres i inntil tre år, dersom overføringen inkluderer både knowhow og goodwill.

5.3 Nærmere om når det vil være aktuelt for Konkurransetilsynet å gripe inn

Konkurranseloven § 16 første ledd:

«Konkurransetilsynet skal gripe inn mot en foretakssammenslutning dersom tilsynet finner at den vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål.»

Det første vilkåret som må være oppfylt for at Konkurransetilsynet skal kunne gripe inn mot en transaksjon, er at denne vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. Når Konkurransetilsynet skal vurdere om dette vilkåret er oppfylt, må tilsynet foreta en analyse av de virkninger transaksjonen vil få på de markedene som berøres. I første omgang vil Konkurransetilsynet avgrense det såkalte relevante marked. Det relevante marked defineres på grunnlag av hvilke produkter som konkurrerer med hverandre (dvs. som kunden/etterspøreren anser som ombyttelige med hverandre), og i hvilket geografisk område disse produktene etterspørres. Analysen for avgrensning av det relevante marked er den samme som for vurderingene etter lovens §§ 10 og 11 om forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og utnyttelse av dominerende stilling og er nærmere beskrevet i punkt 1.6.

Deretter vurderes hvilken posisjon for eksempel en fusjon vil gi det nye foretaket på de(t) relevante marked(er) som er definert. Det sentrale vurderingstemaet vil være om den nye enheten vil være i stand til å utøve markedsmakt, eventuelt om transak-

sjonen forsterker en viss grad av allerede eksisterende markedsrett. Markedsrett vil si at foretaket i stor grad kan oppføre uavhengig av kunder og konkurrenter, dvs. at det vil kunne øke prisene uten at det i særlig grad mister salget. Dominerende foretak har gjerne markedsrett. Se mer om dette under punkt 4.2.1.

I denne vurderingen vil det for det første være av betydning hvilken markedsandel den nye enheten vil få. Dersom den nye enheten får en markedsandel under 40 prosent, vil Konkurransetilsynet normalt ikke se nærmere på ervervet. Det samme gjelder dersom de tre største aktørene på markedet har en samlet markedsandel på under 60 prosent. Et annet sentralt moment er om det er vanskelig for nye aktører å etablere seg i markedet eller ikke. Det skyldes at trusselen om nyetableringer vil virke disiplinerende på den mulighet et foretak som har en sterk markedsposisjon har til å øke prisene eller på annen måte utøve markedsrett.

Det andre vilkåret som må være oppfylt for at Konkurransetilsynet skal kunne gripe inn, er at den vesentlige konkurransebegrensningen må være i strid med lovens formål om effektiv ressursbruk. Det betyr at de såkalte samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster ved en foretakssammenslutning må veies mot ulempene ved redusert konkurranse. Et typisk eksempel på effektivitetsgevinster er kostnadsbesparelser på grunn av stordriftsfordeler.

Under den tidligere konkurranseloven ble det, som følge av dette vilkåret, lagt til grunn at dersom en foretakssammenslutning medførte samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster som var store nok til å oppveie ulempene ved redusert konkurranse, skulle foretakssammenslutningen godkjennes, til tross for at den virket negativt på konkurransen. Det samme gjelder etter nåværende konkurranselov.

Ifølge formålsbestemmelsen til gjeldende konkurranselov skal det ved anvendelse av loven tas særlig hensyn til forbrukernes interesser. Det har vært hevdet at dette betyr at effektivitetsgevinster i tilstrekkelig grad må kunne komme forbrukerne til gode for at de skal kunne få avgjørende betydning i en sak. Denne tolkningen ble avvist av Fornyings- og administrasjonsdepartementet i Prior/Norgården.

Konkurransetilsynet har utstedt retningslinjer for vurdering av bedriftserverv etter den tidligere konkurranseloven av 1993. Ettersom vilkårene for inngrep i den nye loven i stor utstrekning tilsvarer vilkårene i den tidligere loven, vil disse retningslinjene kunne gi veiledning med hensyn til når inngrep fra Konkurransetilsynet vil kunne være aktuelt også etter den nye loven. I tillegg har EU-kommisjonen utstedt retningslinjer for vurdering av henholdsvis horisontale og ikke-horisontale foretakssammenslutninger, som også vil kunne gi nyttig veiledning i denne sammenheng.

I motsetning til det som var tilfellet under konkurranseloven av 1993, har Konkurransetilsynet under konkurranseloven av 2004 en plikt til å gripe inn mot fusjoner og oppkjøp der vilkårene for inngrep er oppfylt. Denne plikten gjelder også i forhold til erverv av minoritetsandeler som ikke medfører kontroll (minoritetserverv).

DEPARTEMENTETS PRAKSIS: TICNET

I Ticketmaster/Ticnet forbød Moderniseringsdepartementet (nå Fornyings- og administrasjonsdepartementet) Ticketmaster, som fra før eide Billettservice AS, å kjøpe Ticnet AS. Departementet mente vedtaket var nødvendig for å sikre konkurransen i markedet for formidling av billetter til kultur- og sportsarrangementer.

Det som var noe spesielt i denne saken, var at departementets vedtak var strengere enn det opprinnelige vedtaket til Konkurransetilsynet, som hadde godkjent oppkjøpet på nærmere bestemte vilkår.

Vilkårene forbød partene å anvende eksklusivitetsklausuler i distribusjonsavtalen mellom Ticnet og Narvesen, og partene ble også pålagt å gi andre billettformidlere tilgang til Ticnets skrivere hos Narvesen. Videre ble partene nektet å inngå kontrakter med arrangører med lengre varighet enn 24 måneder, og kontraktene kunne ikke inneholde eksklusivitetsklausuler. Endelig ble partene pålagt å fristille alle arrangører under kontrakt med Ticnet i seks måneder fra 1. januar 2005.

Moderniseringsdepartementet fant altså at dette ikke var tilstrekkelig og valgte å forby oppkjøpet i sin helhet. Konkurransen i markedet for billettformidling var ifølge både Konkurransetilsynet og departementet vesentlig begrenset allerede før oppkjøpet. Ticnet og Billettservice hadde til sammen nesten hele det norske markedet. Ved et oppkjøp ville selskaper tilknyttet Ticketmaster bli tilnærmet enerådende i Norge.

Ticketmaster hevdet at den sterke posisjonen i markedet var uproblematisk fordi nyetablering likevel var enkelt. I sin avgjørelse fastslo departementet at det bare hadde vært én vellykket etablering de siste 12 årene, og at en ytterligere monopolisering åpenbart ville begrense konkurransen ytterligere. På bakgrunn av dette påla departementet Ticketmaster å selge Ticnet.

- Moderniseringsdepartementets vedtak av 31. mars 2005.

KONKURRANSETILSYNETS PRAKSIS: MEDIA NORGE

I 2007 godtok Konkurransetilsynet fusjonen mellom Bergens Tidende, Fædrelandsvennen og Stavanger Aftenblad og Aftenposten på vilkår. Det var klart at Schibsted ville få en kontrollerende eierpost i det nye selskapet. Schibsted kontrollerte fra før bl.a. VG og finn.no (Finn).

Fusjonen ville medføre at Schibsted fikk kontroll over trykkeriene til Bergens Tidende, Fædrelandsvennen og Stavanger Aftenblad. I bergensområdet ville Media Norge få kontroll over trykkingen av blant annet Dagbladet, som er Schibstedkontrollerte VGs nærmeste konkurrent. I Vest-Agder og Sør-Rogaland ville Media Norge og Schibsted overta trykkeriene til Fædrelandsvennen og Stavanger Aftenblad, som før fusjonen var konkurrenter. Også her ville Schibsted og Media Norge få kontroll over trykkingen av blant annet Dagbladet.

I markedet for rubrikkannonser var Konkurransetilsynet først skeptisk til at regionavisene etter fusjonen ikke lenger ville være potensielle eller faktiske konkurrenter til Finn, og at Finn ikke heller ville være en potensiell eller faktisk konkurrent til regionavisene. Tilsynet var derfor bekymret for konkurransen innenfor rubrikkannonsering av eiendom, motor og stilling.

I det endelige vedtaket nøyde Konkurransetilsynet seg med å konstatere at fusjonen ville føre til mindre konkurranse i markedet for trykkeritjenester på Sør- og Vestlandet. For å godkjenne fusjonen, satte tilsynet derfor vilkår som var ment å sikre daværende og fremtidige kunder levering av trykkeritjenester. Vilkårene skulle motvirke de konkurransemessige problemene som fusjonen var antatt å medføre. Media Norge fikk dessuten pålegg om å videreføre daværende avtaler om trykking av riks- og større regionaviser med de kundene som ønsket dette. Eventuelle nye kunder skulle få tilbud om trykking på tilsvarende vilkår som de eksisterende.

- Konkurransetilsynets vedtak V2007-13.

5.4 Meldeplikt

5.4.1 Innledning

Konkurranseloven av 2004 innførte en meldeplikt for alle foretakssammenslutninger (fusjoner og oppkjøp av foretak). Utfyllende bestemmelser om meldeplikten er gitt i forskrift om melding av foretakssammenslutninger mv. Minoritetserverv som ikke gir kontroll over foretaket det er ervervet eierandeler i, er ikke meldepliktige. Slike erverv kan imidlertid meldes frivillig.

Loven har bestemmelser om to ulike typer meldinger: alminnelig melding og fullstendig melding. Meldeplikten er knyttet til alminnelig melding. Den alminnelige

meldingen skal gi Konkurransetilsynet grunnlag for å ta stilling til om det er behov for å foreta en nærmere vurdering av et erverv eller ikke. Hvis Konkurransetilsynet finner at et erverv bør vurderes nærmere, vil Konkurransetilsynet gi pålegg om såkalt «fullstendig melding».

Meldeplikten inntreder bare for foretakssammenslutninger hvor de involverte foretak har en omsetning som overstiger visse terskelverdier.

5.4.2 Foretakssammenslutninger som er unntatt meldeplikt

Den alminnelige meldeplikten gjelder ikke dersom:

- De involverte foretak har en samlet årlig omsetning i Norge under 50 millioner kroner, eller
- Bare ett av de involverte foretak har en årlig omsetning i Norge over 20 millioner kroner.

Det er tilstrekkelig at ett av de to vilkårene er oppfylt for at foretakssammenslutningen skal være unntatt fra meldeplikten.

Begrepet «årlig omsetning» tilsvare regnskapslovens regler om beregning av salgsinntekt. Dermed kan de fleste foretakene hente tallene fra forrige års regnskaper når de skal vurdere om de er omfattet av den alminnelige meldeplikten. Som hovedregel vil omsetningen tilsvare summen av de varer og tjenester som er solgt som ledd i foretakets alminnelige virksomhet i løpet av fjoråret. Kravet til omsetning «i Norge» innebærer at det bare skal tas hensyn til salg til kunder i Norge.

Ved erverv av kontroll skal for det første omsetningen til det/de foretak som erverver kontroll tas med ved beregningen av årlig omsetning, herunder omsetningen til alle selskaper som inngår i samme konsern som det/de ervervende foretak. På selgersiden er det kun det solgte selskapet eller delen av selskapet som er ervervet, som skal regnes med. Salg mellom foretak i samme konsern (konsernintern omsetning) skal trekkes fra ved beregning av omsetning.

Videre er også foretakssammenslutninger som skal meldes til EFTAs overvåkningsorgan eller Kommisjonen i henhold til EØS-avtalens artikkel 57, unntatt fra konkurranselovens alminnelige meldeplikt.

5.4.3 Alminnelig melding

For foretakssammenslutninger som overstiger de fastsatte terskelverdiene, skal det inngis en såkalt alminnelig melding. En alminnelig melding er en relativt kort redegjørelse for transaksjonen. Den skal bl.a. inneholde en beskrivelse av de foretak som berøres av transaksjonen, en beskrivelse av de markeder hvor disse foretakene har overlappende virksomhet og dermed får økt markedsandel som følge av transaksjonen,

herunder navnet på foretakenes fem viktigste konkurrenter, kunder og leverandører i hvert av disse markedene.

Konkurransetilsynet har utarbeidet et skjema med tilhørende retningslinjer som skal benyttes ved inngivelse av alminnelig melding. Alminnelig melding kan også innleveres elektronisk gjennom nettstedet Altinn.

Det er opp til partene selv å bestemme når meldingen skal gis til Konkurransetilsynet, og det tidligere kravet om at meldingen måtte inngis senest når endelig avtale var inngått, eller kontroll ervervet, ble opphevet i 2008. Det er imidlertid forbudt å gjennomføre meldepliktige fusjoner og oppkjøp, før Konkurransetilsynet har behandlet saken, jf punkt 5.6 nedenfor.

Konkurransetilsynet må senest innen åtte virkedager informere partene dersom tilsynet finner at kravene til alminnelig melding ikke er oppfylt.

5.4.4 Fullstendig melding

Innen 15 virkedager etter at Konkurransetilsynet har mottatt en alminnelig melding, kan tilsynet pålegge de involverte foretak å inngi en fullstendig melding, dvs. en mer detaljert redegjørelse for transaksjonen og konkurranseforholdene på de markeder som berøres av transaksjonen. Konkurransetilsynet har utarbeidet et skjema og retningslinjer for innberetning av fullstendig melding. For å forhindre at meldeplikten blir unødvendig formalistisk og omfattende, kan Konkurransetilsynet i enkeltsaker lempe på kravene til fullstendig melding.

Inngivelse av fullstendig melding utløser visse saksbehandlingsfrister for Konkurransetilsynet, jf. punkt 5.5 nedenfor. For å korte ned på saksbehandlingstiden, kan partene i en foretakssammenslutning velge å inngi fullstendig melding i stedet for alminnelig melding, slik at Konkurransetilsynets frister begynner å løpe. I de aller fleste tilfeller vil det imidlertid være å foretrekke å gå veien om alminnelig melding. Å gå rett på fullstendig melding vil være et tydelig signal til Konkurransetilsynet om at dette er en sak de bør se grundig på. I tillegg kommer at det som regel vil være en fordel å ha en alminnelig melding og tilsynets behandling av den som utgangspunkt for arbeidet med en fullstendig melding.

Det er også anledning til frivillig å inngi fullstendig melding av minoritetserverv som ikke gir kontroll over foretaket det er ervervet eierandeler i. Det er normalt kun aktuelt dersom det er en viss risiko for at Konkurransetilsynet vil gi slikt pålegg, noe tilsynet har tre måneder på seg til å gjøre etter endelig avtale om ervervet.

Dersom Konkurransetilsynet ikke pålegger partene å inngi fullstendig melding i løpet av de 15 første virkedagene etter at den alminnelige meldingen er mottatt, vil Konkurransetilsynet være avskåret fra å gripe inn mot transaksjonen.

5.5 Saksbehandlingsfrister

Når partene i en foretakssammenslutning inngir en fullstendig melding, enten frivillig eller etter pålegg fra Konkurransetilsynet, utløses visse saksbehandlingsfrister for Konkurransetilsynet.

Konkurransetilsynet har **25 virkedager** fra mottak av fullstendig melding til å sende varsel om at inngrep kan bli aktuelt. Et slikt varsel inneholder som regel ikke noen nærmere begrunnelse for hvorfor tilsynet går videre med sine undersøkelser. Dersom varsel ikke sendes i løpet av denne perioden, vil Konkurransetilsynet være avskåret fra å gripe inn mot transaksjonen.

Dersom Konkurransetilsynet sender varsel om at inngrep kan bli aktuelt, går saksbehandlingen over i neste fase. Følgende saksbehandlingsfrister gjelder i denne fasen:

- Konkurransetilsynet må senest **70 virkedager** etter mottak av den fullstendige meldingen legge frem et begrunnet forslag til inngrepsvedtak.
- Partene får så **15 virkedager** på seg til å komme med kommentarer til inngrepsvedtaket.
- Etter at partene har presentert sine kommentarer, har Konkurransetilsynet **15 virkedager** til å treffe sitt endelige vedtak. Dersom partene tilbyr avhjelpende tiltak, dvs. forslag til alternative løsninger for å avverge et mer inngripende vedtak, kan denne fristen forlenges med 25 virkedager.

Dersom både Konkurransetilsynet og partene benytter seg av lovens lengste frister, vil Konkurransetilsynets frist for å treffe endelig vedtak være 100 virkedager fra mottak av fullstendig melding. Dersom partene har tilbudt avhjelpende tiltak, vil fristen for å treffe endelig vedtak kunne bli 125 virkedager fra mottak av fullstendig melding.

Et vedtak om inngrep kan påklages innen 15 virkedager. Konkurransetilsynet må da innen 15 virkedager bringe klagen inn for tilsynets overordnede departement (for tiden Fornyings- og administrasjonsdepartementet). Dersom et inngrepsvedtak påklages, må departementet treffe vedtak i klagesaken innen 60 virkedager etter at klagen er mottatt.

Dersom noen av de involverte foretakene ikke fremskaffer informasjon som tilsynet eller departementet har etterspurt innen en fastsatt frist, og dette skyldes forhold på partenes side, vil de ovennevnte frister normalt slutte å løpe inntil informasjonen fremskaffes.

5.6 Gjennomføringsforbud

Konkurranseloven av 2004 innførte et automatisk gjennomføringsforbud for foretakssammenslutninger. Forbudet ble utløst ved frivillig eller pålagt inngivelse av fullstendig melding, som er aktuelt kun i et fåtall saker. Ved lovendring i 2008 ble gjennomføringsforbudet utvidet, slik at det nå gjelder fra alminnelig melding er inngitt. Dette betyr at alle meldepliktige foretakssammenslutninger er underlagt gjennomførings-

forbudet i § 19. Brudd på meldeplikt og gjennomføringsforbud kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr eller straff etter §§ 29 og 30.

Gjennomføringsforbudet opphører dersom det ikke blir gitt pålegg om inngivelse av fullstendig melding i løpet av de 15 første virkedagene etter at den alminnelige meldingen er mottatt. Dersom pålegg om fullstendig melding derimot blir gitt, gjelder det automatiske gjennomføringsforbudet frem til Konkurransetilsynet varsler at inngrep kan bli aktuelt (dvs. innen 25 virkedager etter at Konkurransetilsynet har mottatt fullstendig melding). Etter dette tidspunktet gjelder ikke et automatisk gjennomføringsforbud. Konkurransetilsynet kan imidlertid pålegge partene et konkret gjennomføringsforbud, dersom tilsynet mener det er rimelig grunn til å anta at vilkårene for inngrep vil være oppfylt, og tilsynet anser det nødvendig med et gjennomføringsforbud for å sikre at et eventuelt senere inngrep kan gjennomføres.

Så lenge et gjennomføringsforbud gjelder, vil enhver form for (ytterligere) fysisk eller juridisk integrasjon og overføring av aktiva normalt være forbudt. Videre vil eierbeføyelser som innebærer utøvelse av kontroll, normalt være omfattet av forbudet. Partene må derfor fortsette å opptre uavhengig av hverandre i markedet i denne perioden, også i forhold til kunder og leverandører. Følgelig vil partene for eksempel ikke kunne samarbeide om priser og anbud, koordinere forretningsstrategier, gjennomføre felles markedsførings- eller salgsfremstøt eller på annen måte opptre felles utad, for eksempel i fellesskap forhandle og slutte avtaler med kunder eller leverandører.

Partene vil i denne perioden heller ikke kunne utveksle konkurransesensitiv informasjon, for eksempel om gjeldende eller fremtidige priser på produkter eller tjenester som kjøpes eller selges, rabatter, kostnadsstruktur og særlige strategier, dele markeder eller kunder, overføre aktiva eller ansatte mellom foretakene, samordne drifts- og regnskapsmessige forhold eller for øvrig etablere eller iverksette felles funksjoner. Som et utgangspunkt kan det legges til grunn at alle disposisjoner som det ikke ville være faktisk mulig eller kommersielt forsvarlig å foreta, dersom transaksjonen ikke hadde kommet i stand, kan anses som ulovlig gjennomføring i denne perioden.

Gjennomføringsforbudet stenger ikke for planlegging og konkrete forberedelser med sikte på en sammenslåing av de to virksomhetene. Utveksling av informasjon og drøftelse mellom ledelsen i de aktuelle selskapene kan derfor foretas for å forberede en fremtidig gjennomføring av en transaksjon. Dette betinger imidlertid at planlagte tiltak ikke blir iverksatt så lenge gjennomføringsforbudet gjelder. Hovedregelen er følgelig at partene fritt kan avtale og planlegge hva de skal gjøre, men at de ikke kan gjennomføre/iverksette dette så lenge gjennomføringsforbudet gjelder.

Konkurransetilsynet kan gi unntak fra gjennomføringsforbudet i den enkelte sak og ved forskrift for enkelte grupper av foretak.

6. KONKURRANSETILSYNETS SAKSBEHANDLING

6.1 Innledning

Konkurransetilsynet forholder seg i sin saksbehandling som andre offentlige organer til forvaltningsloven. I tillegg inneholder konkurranseloven en del særskilte regler for saksbehandlingen i konkurranse saker. Som redegjort for i punkt 5.5 om fusjonsreglene, gjelder det for eksempel en rekke nærmere angitte frister for konkurransemyndighetenes behandling av fusjonssaker.

Konkurranselovens kapittel 6 inneholder enkelte særskilte saksbehandlingsregler som gjelder generelt for konkurranse loven. Konkurransetilsynet har vidtgående informasjonsinnhentingshjemler. Bestemmelsene om dette finnes i konkurranse loven §§ 24 og 25. Selv om disse bestemmelsene også får anvendelse på fusjonssaker, er det særlig i overtredelsessaker etter §§ 10 og 11 at de har størst praktisk betydning, og av og til blir satt på spissen.

Forskrift om opplysningsplikt, bevissikring og behandling av overskuddsinformasjon i konkurranse saker inneholder regler som presiserer og utfyller reglene i konkurranse loven §§ 24 og 25.

6.2 Opplysningsplikt (§ 24)

6.2.1 Generelt

Både fysiske og juridiske personer har plikt til å gi konkurransemyndighetene de opplysninger de krever for å kunne utføre sine oppgaver etter konkurranse loven. Dette innebærer at pålegg om å gi informasjon – skriftlig eller muntlig – kan rettes ikke bare mot den som er omfattet av undersøkelsen, men også mot bl.a. leverandører, konkurranter, kunder og forbrukere.

Bestemmelsen er i hovedsak en videreføring av tilsvarende bestemmelse i tidligere konkurranse lov. Den er nødvendig for at myndighetene skal kunne utføre sine oppgaver etter loven. Dette skyldes bl.a. at konkurransemyndighetene ikke får tilgang til den informasjon som er nødvendig gjennom ulike former for rapporterings- og oppgaveplikter. Erfaring fra tidligere overtredelsessaker viser dessuten at relevant informasjon ofte ikke fremgår av bedriftens ordinære forretningsdokumenter, og derfor heller ikke befinner seg i bedriftens ordinære arkiver.

Konkurransemyndighetenes adgang til å innhente informasjon gjelder ikke bare der det foreligger konkret mistanke om overtredelse av forbudene. Informasjonsinnhentingsbestemmelsen kan også benyttes der myndighetene ønsker å foreta undersøkelser av en enkelt bransje, uten at det foreligger noen konkret mistanke om overtredelse, samt i fusjonssaker.

Bestemmelsen oppstiller en utleveringsplikt for den pålegget rettes mot. Dette forutsetter imidlertid at myndighetene til en viss grad spesifiserer hva slags informasjon som ønskes utlevert. Utleveringsplikten gjelder ikke bare fysisk lagrede opplysninger, men også opplysninger som er lagret elektronisk eller på annen måte. I disse tilfellene kan myndighetene kreve både utlevering av opplysningene og bærere av slik informasjon, for eksempel en PC.

Konkurransemyndighetene kan med hjemmel i bestemmelsen pålegge fremlagt originaldokumenter. Det er m.a.o. ikke bare når Konkurransetilsynet gjennomfører bevissikring, se punkt 6.3, at det er en plikt til å utlevere originaldokumenter. Som hovedregel krever imidlertid tilsynet kun kopier av dokumenter utlevert med hjemmel i denne bestemmelsen.

Konkurransemyndighetene kan kreve de etterspurte opplysninger oversendt, eller ta dokumentene med seg, for granskning. Opplysningene kan kreves skriftlig eller muntlig innen en fastsatt frist. Muntlige opplysninger kan nedtegnes skriftlig, og de kan lagres som lydopptak. Lydopptak vil særlig være aktuelt i forbindelse med forklaringer som opptas i tilknytning til bevissikringer og kontrollundersøkelser.

6.2.2 Unntak for taushetsbelagte dokumenter, særlig om advokatkorrespondanse

Både bedrifters og privatpersoners opplysnings- og utleveringsplikt er begrenset av regler om lovbestemt taushetsplikt. Bestemmelsen gjelder tilsvarende i forbindelse med kontrollbesøk/bevissikring.

Etter straffeprosessloven, som gis tilsvarende anvendelse, kan det ikke tas beslag i dokumenter som inneholder opplysninger som er betrodd advokater i deres stilling. Unntaket gjelder dersom dokumentene enten besittes av advokaten eller den som har interesse av hemmelighold. I praksis er det lagt til grunn at unntaket gjelder for opplysninger som advokaten er betrodd fra klienter som ledd i advokatvirksomheten, dvs. som juridisk rådgiver eller prosessfullmektig. Det avgjørende er hvilken funksjon advokaten hadde da han mottok informasjonen, ikke om advokaten er ekstern eller ansatt i virksomheten.

Opplysninger som er betrodd advokatens «medhjelpere» er også dekket av unntaket. Typisk vil det dreie seg om advokatfullmektiger og sekretærer som er ansatt hos advokaten eller vedkommende advokatfirma. I SAS Braathens/RBB kom lagmannsretten til at et økonomisk rådgivningsfirma som var benyttet i tilknytning til konkurranserettslig rådgivning fra advokat ikke var å anse som «medhjelper», og Konkurransetilsynet fikk følgelig innsyn i de aktuelle dokumentene.

6.2.3 Forholdet til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)

Straffesaksjonert opplysningsplikt overfor forvaltningen kan komme i konflikt med vernet mot selvkriminering, slik dette bl.a. er fortolket i EMK. Kjernen i selvkrimineringsvernet er at ingen må tvinges til å bidra til egen domfellelse gjennom vitnemål eller erkjennelse av skyld. I straffesaker er vernet mot å bli tvunget til å inkriminere

seg selv, ved å måtte vitne mot seg selv eller erkjenne seg skyldig, godt innarbeidet. På forvaltningsstadiet, dvs. mens Konkurransetilsynet behandler en sak, er rekkevidden av vernet mot selvinkriminering mer komplisert og usikkert.

Under tidligere konkurranselovgivning er det av Konkurransetilsynet lagt til grunn at selvinkrimineringsvernet ikke gjelder så lenge tilsynet behandler en sak, dvs. før den eventuelt oversendes til påtalemyndigheten. Høyesterett har lagt til grunn at forklaringer opptatt med hjemmel i den tidligere prisloven, som ble erstattet av den forrige konkurranseloven, ikke kan fremlegges som ordinære bevis under en straffeprosess, men kun som konfrontasjonsbevis. Dvs. at dersom en person nekter å forklare seg om et punkt, kan påtalemyndigheten vise til tidligere forklaringer og spørre om det er korrekt at dette er forklart tidligere. Vernet innebærer videre at opplysninger innhentet under forklaringsplikt overfor forvaltningen heller ikke kan benyttes som hovedgrunnlag for domfellelse i en straffesak.

Selvinkrimineringsproblemet antas å kunne komme mer på spissen i gjeldende konkurranselov, fordi tilsynet har fått hjemmel til selv å sanksjonere overtredelser ved å utstede forelegg på sivilrettslig bot. I tillegg er det grunn til å anta at den nye loven, som i større grad er basert på forbudsbestemmelser, har som konsekvens at konkurransemyndighetenes arbeid i større grad enn etter tidligere lov er rettet mot avdekking av overtredelser. Også dette forhold vil kunne føre til at spørsmålet om rekkevidden av selvinkrimineringsspørsmålet vil bli ytterligere aktualisert, selv om det foreløpig ikke er satt på spissen.

Sivilrettslige bøter kan kun ilegges foretak og ikke privatpersoner. Fysiske personers vern og stilling endres derfor ikke som følge av loven. For fysiske personer må det følgelig, og inntil spørsmålet får en avklaring for norske domstoler, legges til grunn at tidligere rettstilstand videreføres. Det vil noe forenklet si at fysiske personer, som ansatte i et foretak, vil ha plikt til å forklare seg for Konkurransetilsynet, men at en slik forklaring bare kan benyttes som bevis i begrenset utstrekning i en senere straffesak mot vedkommende.

I foreleggssaker mot foretak vil Konkurransetilsynet, reelt, om ikke formelt, kunne avgjøre en straffesiktelse. Selvinkrimineringsvernet vil også gjelde der forvaltningen treffer avgjørelse om straff, og der overprøving skjer etter de alminnelige sivilrettslige regler. Tidspunktet for inntreden av vernet må da bero på en konkret vurdering i den enkelte sak.

6.3 Bevisikring (§ 25)

6.3.1 Generelt

I tillegg til å kreve opplysninger fra bedrifter, har Konkurransetilsynet hjemmel til, på visse vilkår, å foreta kontrollundersøkelser for selv å søke etter bevis, såkalt bevisikring. Konkurransetilsynet kan selv ta med seg dokumenter og andre ting som kan

ha betydning som bevis for nærmere gransking. Formålet med slike kontrollundersøkelser er å få avkreftet eller bekreftet mistanke om overtredelse av lovens forbudsbestemmelser eller vedtak truffet i medhold av loven. Bestemmelsen er i all hovedsak en videreføring av tilsvarende bestemmelse i den tidligere konkurranseloven.

6.3.2 Vilkårene for bevissikring

Bevissikring kan kreves dersom det foreligger «rimelig grunn til å anta» at enten lovens forbudsbestemmelser eller vedtak truffet i medhold av loven er overtrådt. Det er ikke nødvendig med mistanke om at det foreligger en straffbar handling. Det er tilstrekkelig at det er rimelig grunn til å anta at loven objektivt sett er overtrådt. Det er heller ikke krav om sannsynlighetsovervekt for at det foreligger en overtredelse. Praksis viser at det skal relativt lite til for at vilkåret anses oppfylt. Det er for eksempel tilstrekkelig at konkurransemyndighetene har mistanke om ulovligheter basert på observasjoner om at markedet preges av prislikhet, for eksempel ved at kunder klager til konkurransemyndighetene over at det er vanskelig å oppnå avvikende rabatter eller tilbud.

Konkurransetilsynet må fremsette en begjæring om bevissikring for tingretten, som tar stilling til om begjæringen skal etterkommes eller ikke. Tilsynet har ingen adgang til å foreta bevissikring uten at det foreligger en beslutning fra tingretten om adgang til bevissikring. Den bedrift som rammes av beslutningen, har ingen adgang til å uttale seg før retten tar sin beslutning og blir heller ikke informert om beslutningen før Konkurransetilsynet er på kontrollstedet.

Dersom det ikke er tid til å avvete tingrettens beslutning, kan Konkurransetilsynet kreve at politiet avstenger et område frem til rettens beslutning foreligger.

6.3.3 Hvor bevissikring kan gjennomføres

Når det foreligger en beslutning fra tingretten om adgang til bevissikring, kan Konkurransetilsynet kreve adgang til både fast eiendom, kontorer, inventar og annet løsøre, transportmidler og andre oppbevaringssteder. I tillegg har Konkurransetilsynet en viss adgang til å søke etter bevis i private hjem. Denne adgangen kommenteres i punkt 6.3.4 nedenfor.

Beslutningen fra retten knytter seg normalt til et konkret rettssubjekt og deres kontoradresse. Beslutningen gir da ikke hjemmel til å foreta bevissikring og søking etter bevis på andre kontoradresser som selskapet måtte ha eller hos andre selskaper i samme konsern. For å søke etter bevis på slike steder, må Konkurransetilsynet enten få samtykke fra bedriften eller innhente ny beslutning fra tingretten, som også omfatter den angjeldende adresse eller angjeldende rettssubjekt. Normalt sørger tilsynet for at formuleringene i beslutningen åpner for bevissikring på alle tenkelige adresser av interesse.

Videre kan Konkurransetilsynet begjære bevissikring hos andre aktører enn de som mistenkes for overtredelse, for eksempel kunder, dersom det er grunn til å tro at det kan foreligge bevismateriale hos disse.

6.3.4 Særlig om bevissikring i private hjem

Adgangen til å foreta bevissikring i private hjem er også videreført i gjeldende konkurranselov. Dette til tross for at det er en meget inngripende bestemmelse på bekostning av hensynet til borgerens behov for beskyttelse av og respekt for sitt hjem og sitt privatliv, ikke minst fordi bevissikring i private hjem også vil kunne ramme andre familiemedlemmer. Begrunnelsen er at bevissikring i private hjem har vært et effektivt virkemiddel for å avdekke alvorlige overtredelser av konkurranseloven. Erfaring tyder dessuten på at ettersom næringslivet får større kunnskap om konkurransereglene, har inkriminerende informasjon i større grad blitt oppbevart i private hjem i stedet for i bedriftens lokaler.

Imidlertid er det, av hensyn til slike kontrollers særlig inngripende karakter, innført et strengere krav for å foreta bevissikring i private hjem. Det må foreligge særlig grunn til å anta at bevis oppbevares i boligen. Dette i motsetning til under tidligere konkurranselov, hvor det ikke var noe skille mellom vilkårene for å kreve bevissikring i bedriftens lokaler og i private hjem.

Det er ikke noe krav om at den som eier eller disponerer boligen er mistenkt for å være involvert i en overtredelse. Imidlertid medfører kravet om det må være særlig grunn til å anta at bevis finnes i boligen, at for eksempel kunder og andre tredjepersoner normalt vil være forskånet fra kontroller i sine private hjem.

6.3.5 Bevissikringens gjenstand

Konkurransetilsynet kan under kontrollen kreve å gjennomgå alle typer forretningspapirer, møtereferater og andre skriftlige nedtegnelser. Videre kan de gå gjennom elektronisk lagret informasjon. Konkurransetilsynet kan videre ta med seg slike dokumenter og andre ting som kan ha betydning som bevis for nærmere gransking. Adgangen til å ta beslag i elektronisk lagret informasjon behandles nærmere under punkt 6.3.8.

6.3.6 Unntak for taushetsbelagt informasjon

Adgangen til å foreta bevissikring er på samme måte som opplysningsplikten, med noen mindre unntak, begrenset av den lovbestemte taushetsplikten. Det vises til punkt 6.2.2 ovenfor. Konkurransetilsynet vil ha adgang til å kontrollere om de aktuelle dokumenter (eller eventuelt andre ting) faktisk er unntatt fra beslag, såfremt dette kan gjøres uten at det nærmere innhold i dokumentet (av korrespondansen) blir kjent. Ved uenighet om innhold eller fremgangsmåte, kan dokumentene forsegles i lukket konvolutt og forelegges tingretten som tar stilling til om det er adgang til å ta beslag i dokumentene.

6.3.7 Gjennomføringen av bevissikringen

Konkurransetilsynet kan under bevissikringen bistås av politiet. Slik bistand er bl.a. påkrevet hvis Konkurransetilsynet anser det nødvendig å avstenge bedriftens område i påvente av en beslutning om bevissikring fra tingretten. Videre kan Konkurransetilsynet med politiets bistand få forseglede forretningslokaler samt bøker og forretningspapi-

rer så lenge undersøkelsen varer, og dette anses nødvendig. Det vil særlig kunne være aktuelt der Konkurransetilsynet ikke klarer å gjøre seg ferdig i løpet av én dag, men må fortsette med kontrollundersøkelsen dagen etter. Begrunnelsen er at det skal forhindre at dokumenter eventuelt forsvinner under kontrollundersøkelsen. Konkurransetilsynet kan også foreta slik forsegling på egen hånd.

Konkurransetilsynet har anledning til å ta med seg dokumenter og andre ting for nærmere granskning. Konkurransetilsynet kan i utgangspunktet ta med seg originaldokumentene. Bedriften har heller ikke krav på å få kopi av de dokumenter som Konkurransetilsynet tar med seg for nærmere granskning. Imidlertid må det fra myndighetenes side foretas en forholdsmessighetsvurdering i forhold til behovet for å ta med originaldokumenter og anledningen for bedriften til å ta kopi. Når det gjelder dokumenter som bedriften trenger i sitt daglige virke, vil tilsynet som regel la bedriften få beholde kopier, eventuelt at bedriften beholder originaldokumentet, mens Konkurransetilsynet tar med kopi.

Konkurransetilsynet plikter å levere tilbake dokumenter så snart behovet for beviset bortfaller. Videre skal Konkurransetilsynet tilbakelevere overskuddsinformasjon, dvs. opplysninger om forhold som ikke har noen tilknytning til Konkurransetilsynets gjøremål, straks innholdet er brakt på det rene.

Bedriften har anledning til å la seg bistå med advokat under bevissikringen. Bedriften har imidlertid ikke krav på at Konkurransetilsynet venter med å påbegynne selve kontrollundersøkelsen før advokaten er til stede.

6.3.8 Særlig om elektronisk lagrede opplysninger

Ved bevissikring i elektronisk lagret materiale, har Konkurransetilsynet adgang til å ta kopi av hele datafiler uten på forhånd å sortere ut overskuddsinformasjon, som for eksempel privat materiale eller advokatkorrespondanse. Dette innebærer bl.a. at Konkurransetilsynet kan ta såkalte speilkopier av harddisker på PC'er, og på denne måten få tilgang til allerede slettede data.

6.3.9 Kontroll på vegne av annen stats konkurransemyndighet

I den nye loven er det innført en bestemmelse om at Konkurransetilsynet kan gjennomføre bevissikring på vegne av annen stats konkurransemyndighet. Forutsetningen er at det er inngått en avtale med vedkommende stat om denne typen myndighetsbistand. Begjæring om slik bevissikring fremsettes på vanlig måte for tingretten, som vil foreta en selvstendig vurdering av om bevissikringer er nødvendig for å oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor annen stat.

6.4 Rett til innsyn i dokumenter

Konkurranseloven inneholder særregler for innsyn i dokumenter som Konkurransetilsynet besitter i overtredelsessaker.

For det første er det gjort unntak fra offentlighetsloven for saker om overtredelser. Så lenge slike saker ikke er avsluttet, har ikke allmennheten krav på innsyn i sakens dokumenter. En sak anses som avsluttet når det er truffet vedtak om overtredelsesgebyr (sivilrettslig bot), vedtak om å bringe en overtredelse til opphør eller hvis Konkurransetilsynet beslutter ikke å gå videre med en sak. Hvis en sak anmeldes til påtalemyndigheten, anses ikke saken som avsluttet før påtalemyndigheten har avsluttet saken.

Foretak og personer som etterforskes for overtredelser skal imidlertid gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter. Innsynsretten for slike parter forutsetter at innsyn kan gis uten skade eller fare for etterforskningen eller tredjemann. Faren for bevisforspillelse vil være sentralt i en slik vurdering. Videre vil myndighetenes taushetsplikt om andres forretningshemmeligheter, som tidligere, legge begrensninger med hensyn til hvilke opplysninger også en part kan gis innsyn i. I motsetning til tidligere, skal myndighetenes avslag på forespørsel om innsyn fra en part som etterforskes for overtredelse bringes inn for domstolene, og ikke overordnet forvaltningsorgan, departementet.

Loven inneholder videre særregler om rett til innsyn i sakens dokumenter for tredjeparter med særlig interesse i saken. Slikt innsyn gis kun etter at saken er avsluttet. Imidlertid kan det da også, i en viss utstrekning, gis innsyn i informasjon underlagt taushetsplikt. Innsyn i taushetsbelagt informasjon forutsetter at den opplysningen gjelder, og som i utgangspunktet har krav på taushet, varsles, og gis anledning til å uttale seg innen en gitt frist. Hvorvidt slike opplysninger skal utleveres, vil bero på en interesseavveining. Bestemmelsen er særlig tenkt å kunne komme til anvendelse i forhold til kunder eller andre tredjemenn som mener å ha lidt et økonomisk tap som følge av en overtredelse av konkurranseloven. Disse vil kunne benytte opplysningene i en erstatningssak mot vedkommende, herunder i vurderingen av om søksmål skal anlegges.

6.5 Klageadgangen

Gjeldende klageordning er opprettholdt i den nye loven. Det innebærer at enkeltvedtak etter den nye konkurranseloven kan påklages til Konkurransetilsynets overordnede departement, for tiden Fornyings- og administrasjonsdepartementet, etter forvaltningslovens alminnelige regler. Følgelig vil berørte foretak kunne påklage pålegg om å bringe overtredelser til opphør samt vedtak om inngrep mot en foretakssammenlutning eller et minoritetsserv. Vedtak om overtredelsesgebyr kan imidlertid ikke påklages. Dersom slike gebyr ikke vedtas, må foretaket gå til søksmål mot staten for domstolene.

Etter den tidligere konkurranseloven hadde ikke tredjeparter adgang til å påklage Konkurransetilsynets avgjørelser om ikke å gripe inn mot konkurransebegrensende adferd. I den nye loven er det innført en utvidet klageadgang for tredjeparter som mener seg berørt av konkurransebegrensende adferd. Dersom Konkurransetilsynet ikke etterkommer en anmodning om å treffe vedtak med pålegg om å bringe en overtredelse av forbudet i henholdsvis konkurranseloven § 10 eller § 11 til opphør, kan et slikt avslag påklages til departementet. Dette følger av konkurranseloven § 12 tredje ledd. Konkurransetilsynet må begrunne en avgjørelse om ikke å etterkomme en anmodning om å treffe et slikt vedtak. Imidlertid har Konkurransetilsynet adgang til å avslå en slik anmodning med grunnlag i en prioritetsvurdering, som må begrunnes.

6.6 Konkurransetilsynets veiledningsplikt

KONKURRANSETILSYNETS VEILEDNINGSPLIKT

Konkurransetilsynet kan utgi generelle retningslinjer og veiledninger av mer generell karakter for å hjelpe folk flest til å få økt forståelse for reglene i konkurranseloven.

Det er også mulig å ta kontakt med Konkurransetilsynet for å få tilsynets syn på hvordan loven skal anvendes i en konkret sak. Det er viktig å være klar over at en slik uttalelse bare er ment som en veiledning. Tilsynet vil ikke være rettslig bundet av en slik uttalelse dersom de ved en eventuell senere vurdering av forholdet kommer til motsatt konklusjon.

En slik ikke-bindende forhåndsuttalelse kan derimot være av betydning ved en eventuell senere utmåling av overtredelsesgebyr (se punkt 7.5 om dette). Dersom et foretak har innrettet seg i tillit til en veiledende uttalelse fra Konkurransetilsynet i en konkret sak om at et forhold er lovlig, og de faktiske forhold ikke har endret seg siden uttalelsen ble gitt, må tilsynet ta hensyn til dette som en formidende omstendighet når størrelsen på overtredelsesgebyret skal fastsettes.

Konkurransetilsynet har så langt vært restriktiv når det gjelder å uttale seg på forhånd om anvendelsen av konkurranseloven i enkeltsaker. I de tilfeller hvor det er gjort, er uttalelsene holdt på et såpass generelt nivå, at det nok mer har vært snakk om tolkningsuttalelser av mer generell art enn forhåndsuttalelser i enkeltsaker.

7. KONSEKVENSER AV BRUDD PÅ REGLENE - SANKSJONER

7.1 Ugyldighet

7.1.1 Overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i § 10

Det følger av § 10, andre ledd at avtaler eller beslutninger i strid med § 10 «ikke skal ha noen rettsvirkning». Dette er det samme som at avtalen eller beslutningen er ugyldig.

At en avtale er ugyldig, medfører at partenes rettigheter og plikter etter avtalen bortfaller (eller mer korrekt: rettighetene og pliktene har aldri eksistert fordi de ikke var gyldig avtalt). Dette innebærer at hver av partene i avtalen, enten parten har «skyld» i eller visste at avtalen er ugyldig eller ikke, kan si seg fri fra avtalen og velge ikke å oppfylle sine forpliktelser etter den. Tilsvarende har partene ikke rett til ytelser i henhold til avtalen. Ugyldigheten har også virkning overfor eventuelle tredjeparter som direkte eller indirekte mener å ha en rett som følge av avtaleforholdet.

Avtalen er bare ugyldig så langt den strider mot § 10. Det er derfor ikke slik at hele avtalen automatisk bortfaller som ugyldig fordi det er én bestemmelse i avtalen som er i strid med § 10. Det er i utgangspunktet bare den lovstridige bestemmelsen som blir ugyldig. Resten av avtalen vil være gyldig og bestå til den utløper eller sies opp av partene, med mindre det vil være urimelig å gjøre resten av avtalen gjeldende.

7.1.2 Overtredelse av forbudet mot misbruk av dominerende stilling i § 11

Avtaler eller adferd som innebærer misbruk av dominerende stilling i strid med forbudet i § 11, er også ugyldige. Ugyldighet som konsekvens er mest praktisk der det dominerende foretaket har inngått en avtale i strid med § 11. Det er vanskeligere å tenke seg eksempler på ugyldig adferd. På samme måte som etter § 10 gjelder det at så vel partene i avtalen som tredjemenn kan påberope seg ugyldigheten.

Som etter § 10 er avtalen bare ugyldig så langt den strider mot § 11.

7.1.3 Overtredelse av reglene om meldeplikt og kontroll med foretakssammenslutninger

Overtredelse av reglene om meldeplikt og kontroll med foretakssammenslutninger har ingen ugyldighetsvirkninger. Dette innebærer at avtaler om overdragelse av virksomhet, fusjon eller etablering av fellesforetak/joint ventures er gyldige, selv om partene ikke oppfyller meldeplikten til Konkurransetilsynet eller unnlater å respektere tilsynets eventuelle forbud mot transaksjonen. Slike overtredelser kan imidlertid medføre tvangsmulkt, overtredelsesgebyr eller straff.

7.2 Erstatningsansvar

Ved brudd på § 10, § 11 eller vedtak fattet med hjemmel i reglene om kontroll med foretakssammenslutninger, vil både avtaleparter og tredjeparter som lider økonomisk tap som følge av overtredelsen, kunne kreve dette tapet dekket gjennom erstatnings-søksmål for domstolene.

Det er ingen særskilte regler om dette i konkurranseloven. Imidlertid følger det av ulovfestet norsk erstatningsrett at den som ved en uaktsom eller forsettlig rettsstridig handling påfører andre et økonomisk tap, er forpliktet til å dekke dette tapet. Dette gjelder også i forhold til økonomisk tap som følger av brudd på konkurransereglene.

For at en overtredelse av konkurransereglene skal medføre erstatningsansvar, må tre vilkår være oppfylt:

- 1) Overtredelsen må være uaktsom eller forsettlig.
- 2) Den skadelidte må kunne sannsynliggjøre at han har lidt et økonomisk tap.
- 3) Det må være en tilstrekkelig nær årsakssammenheng mellom overtredelsen og det økonomiske tapet.

Brudd på konkurransereglene vil i de aller fleste tilfeller anses som uaktsomt, da det er foretakenes eget ansvar å gjøre seg kjent med og overholde de regler som til enhver tid gjelder for deres virksomhet. Vilkåret om uaktsomhet vil derfor oftest være oppfylt. Hvorvidt det overtredende foretaket blir idømt erstatningsansvar i det enkelte tilfellet, vil derfor normalt avhenge av hvorvidt skadelidte klarer å dokumentere et økonomisk tap og en tilstrekkelig nær sammenheng mellom overtredelsen og tapet.

7.3 Pålegg fra Konkurransetilsynet

Overtredelse av forbudene i § 10 og § 11 er ulovlig i seg selv, dvs. uten at Konkurransetilsynet uttrykkelig forbyr avtalen eller adferden i det enkelte tilfellet.

Dersom et overtredende foretak ikke tar hensyn til forbudet på eget initiativ, kan Konkurransetilsynet med hjemmel i § 12 pålegge foretaket å bringe avtaler eller annen adferd i strid med § 10 og § 11 til opphør.

Pålegget kan omfatte «ethvert tiltak» som av Konkurransetilsynet anses nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør. Dette kan omfatte pålegg om å avvikle en eksklusiv avtale, pålegg om å avslutte lovstridig informasjonsutveksling mellom konkurrenter, eller et pålegg til et dominerende foretak om å levere varer til en kunde det tidligere har nektet å levere til. Alle disse tiltakene regulerer adferden til de involverte aktørene, og kalles gjerne adferdsmessige tiltak.

«Ethvert tiltak» innebærer også at såkalte strukturelle tiltak kan pålegges. Et struktu-

relt tiltak vil gå ut på at foretaket som pålegget retter seg mot, må omorganisere hele eller deler av sin virksomhet. Pålegget kan også gå ut på at en eller flere deler av virksomheten må selges.

Strukturelle tiltak er svært inngripende, og det skal mye til før Konkurransetilsynet kan pålegge slike tiltak. Dersom tilsynet like effektivt kan bringe den ulovlige adferd til opphør gjennom adferdsregulerende tiltak, har tilsynet ikke lov til å benytte seg av strukturelle tiltak.

Konkurransetilsynet kan gi pålegg om opphør av den ulovlige handlingen, selv om det også har vedtatt overtredelsesgebyr eller gått til anmeldelse for samme overtredelse. Pålegg kan påklages til departementet i henhold til forvaltningslovens vanlige regler.

7.4 Tvangsmulkt

Dersom et foretak ikke retter seg etter et enkeltvedtak eller pålegg fra Konkurransetilsynet, kan tilsynet med hjemmel i konkurranseloven § 28 bestemme at den som vedtaket retter seg mot, skal betale en løpende mulkt til staten inntil forholdet er rettet.

7.5 Overtredelsesgebyr

I medhold av konkurranseloven § 29 kan Konkurransetilsynet ilegge et foretak overtredelsesgebyr dersom foretaket, eller noen som handler på dets vegne, forsettlig eller uaktsomt handler i strid med konkurranseloven eller forskrifter eller vedtak gitt i medhold av loven.

Konkurransetilsynet kan ilegge overtredelsesgebyr ved brudd på en rekke av lovens bestemmelser. De mest praktiske eksemplene er:

- Overtredelse av forbudene i § 10 eller § 11.
- Brudd på meldeplikten for foretakssammenslutninger, jf. § 18, første ledd.
- Gjennomføring av en transaksjon i strid med gjennomføringsforbudet i § 19, første ledd.
- Overtredelse av tilsynets pålegg om opphør av overtredelser, jf. § 12.
- Overtredelse av tilsynets vedtak mot en foretakssammenslutning, jf. § 16, første ledd.
- Avgivelse av uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene.

Ved fastsettelse av gebyrets størrelse vil Konkurransetilsynet særlig legge vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet. Det er gitt nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr i forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.

Det er grunn til å merke seg at overtredelsesgebyr som ilegges med hjemmel i gjel-

dende konkurranselov, kan være langt høyere enn de bøter som ble ilagt med hjemmel i den gamle konkurranseloven av 1993. Etter gjeldende lov kan det ilegges overtredelsesgebyr på inntil 10 prosent av det overtredende foretaks omsetning (beregnet på grunnlag av tall fra forrige regnskapsår). Så høye gebyrer vil normalt være forbeholdt alvorlige og langvarige overtredelser, som for eksempel samarbeid mellom konkurrenter om utsalgspriser, markedsdeling eller fordeling av anbud over flere år.

Det høyeste overtredelsesgebyret så langt etter gjeldende konkurranselov ble ilagt TINE for overtredelse av forbudet i konkurranseloven § 11 mot misbruk av dominerende stilling (se nærmere omtale av denne saken i punkt 4.3.2.)

Konkurransetilsynet sanksjonerer systematisk overtredelse av meldeplikten for foretakssammenslutninger med overtredelsesgebyr. Tilsynet opererer i praksis med et minimumsgebyr på 10 000 kroner, og det høyeste gebyret for denne typen overtredelse er så langt på 90 000 kroner.

Et vedtak fra Konkurransetilsynet om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg og kan ikke påklages. Dersom foretaket mener at vedtaket om illeggelse av overtredelsesgebyr er helt eller delvis ugyldig, må foretaket selv saksøke Konkurransetilsynet for å få vedtaket opphevet.

Overtredelsesgebyr er i utgangspunktet ikke ansett som straff i straffelovens forstand. Som følge av at overtredelsesgebyr anses som en sivilrettslig sanksjon, er det ifølge lovens forarbeider ikke et vilkår for illeggelse at det er hevet over enhver rimelig tvil at foretaket uaktsomt eller forsettlig har gjort seg skyld i den aktuelle overtredelsen. Dette ville vært kravet dersom gebyret var å anse som straff i lovens forstand. For at Konkurransetilsynet skal kunne ilegge overtredelsesgebyr, er det som følge av ovennevnte uttalelse hevdet at det er tilstrekkelig at det er sannsynlighetsovervekt for at foretaket uaktsomt eller forsettlig har gjort seg skyld i den aktuelle overtredelsen. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om overtredelsesgebyr i realiteten er straff i forhold til den europeiske menneskerettskonvensjonen. I så fall kan det tenkes at det likevel gjelder et krav om bevis utover enhver rimelig tvil, eller i hvert fall kvalifisert sannsynlighetsovervekt.

Dersom foretaket har bistått konkurransemyndighetene i oppklaringen av egen eller andres overtredelse av konkurranseloven, kan gebyret lempes/redueres etter konkurranseloven § 31. Dette innebærer at den som varsler Konkurransetilsynet om en overtredelse den selv, enten alene eller sammen med andre, er skyldig i, kan få lavere eller intet overtredelsesgebyr. De nærmere reglene om dette følger av forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.

Det er mulig å ta kontakt med Konkurransetilsynet for å få en ikke-bindende forhåndsuttalelse om hvordan loven skal anvendes i en konkret sak. Dersom foretaket har innrettet seg etter en slik uttalelse fra tilsynet om at det aktuelle forhold ikke vil være i strid med konkurranseloven, skal tilsynet ta hensyn til dette som en formildende

omstendighet når størrelsen på overtredelsesgebyret skal fastsettes, dersom det senere viser seg at forholdet faktisk er forbudt. Forutsetningen er imidlertid at det ikke har skjedd endringer i de faktiske forhold siden uttalelsen ble gitt. Tilsynet gir i praksis sjelden slike uttalelser.

7.6 Bøter og fengselsstraff

Det følger av konkurranseloven § 30 at den som forsettlig eller grovt uaktsomt:

- Overtrer forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i § 10
- Bryter reglene om meldeplikt og gjennomføringsforbud ved foretakssammenslutninger (§ 16, § 18, første ledd og § 19, tredje ledd)
- Overtrer Konkurransetilsynets pålegg om opphør av overtredelse av § 10 og § 11
- Overtrer Konkurransetilsynets vedtak om inngrep mot en foretakssammenslutning (§ 16, første ledd)
- Gir uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene
- Bryter forsegling foretatt under en bevissikring i regi av Konkurransetilsynet
- Overtrer lovens forskrifter

kan straffes med bøter eller fengsel inntil tre år. Både foretaket som sådan og enkeltpersoner som handler på foretakets vegne, kan straffes etter bestemmelsen.

Er en overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i § 10 utført under særdeles skjerpene omstendigheter, er strafferammen inntil seks år. Ved avgjørelse av om særdeles skjerpene omstendigheter foreligger, vil det legges vekt på om overtredelsen har vært søkt holdt skjult, om den har voldt betydelig økonomisk skade, om den har gitt betydelig økonomisk fordel og grovheten av overtredelsen for øvrig. Det er særlig alvorlige kartellovertredelser (for eksempel samarbeid mellom konkurranter om utsalgspriser, markedsdeling eller fordeling av anbud) som kan tenkes å medføre slik utvidet strafferamme.

Medvirkning straffes på samme måte som overtredelse.

Det er bare grovt uaktsomme og forsettlige overtredelser som kan straffes. Dette i motsetning til overtredelsesgebyr som kan ilegges allerede når det er utvist vanlig/simpel uaktsomhet.

Bestemmelsene om straff får ikke anvendelse på alle overtredelser av konkurranseloven. Bl.a. er det ikke straffbart å overtre forbudet mot misbruk av dominerende stilling i § 11. Slik overtredelse kan bare sanksjoneres med overtredelsesgebyr. Har Konkurransetilsynet imidlertid pålagt foretaket å bringe overtredelsen til opphør med hjemmel i § 12, vil fortsatt overtredelse av § 11 være straffbart.

I motsetning til overtredelsesgebyr, er bøter og fengsel å anse som «straff» i straffelovens forstand. Dette innebærer at det ikke er tilsynet selv som ilegger straffen. Tilsynet vil derimot, dersom det mener at det har funnet sted en straffbar overtredelse av konkurranseloven, normalt anmelde forholdet til Økokrim. Dersom Økokrim finner at vilkårene for straff er oppfylt, vil Økokrim normalt ilegge de(t) aktuelle foretak et forelegg. Fengselsstraff har til nå aldri vært idømt. Dersom foretaket ikke vedtar forelegget, vil saken behandles av de ordinære domstoler. Økokrim/påtalemyndigheten vil da nedlegge påstand om en viss straff (bot), og det er opp til domstolen å avgjøre om vilkårene for straff er oppfylt, og om Økokrims vurdering av botens størrelse er riktig. Domstolen vil deretter avsi fellende eller frifinnende dom.

Den høyeste straffen som er ilagt ett enkelt foretak for brudd på den norske konkurranseloven, er 13,5 millioner kroner. Dette gjaldt deltakelse i et prissamarbeid. Det er imidlertid grunn til å merke seg at dette forelegget ble gitt etter den gamle konkurranseloven. Etter den nye loven kan det ikke utelukkes at bøtene blir høyere dersom domstolene finner det naturlig å følge den utvikling som skjer for overtredelsesgebyr. Det vises her til punkt 7.5.

Siden forelegg og bøter er straff, gjelder det strengere beviskrav for dom eller forelegg enn det som er tilfellet ved ileggelse av overtredelsesgebyr. Straff kan bare ilegges eller idømmes dersom henholdsvis Økokrim eller domstolen finner at det er hevet over enhver rimelig tvil at foretaket grovt uaktsomt eller forsettlig har overtrådt konkurransereglene. Som nevnt foran, kan overtredelsesgebyr ifølge lovens forarbeider derimot ilegges, dersom det er sannsynlighetsovervekt for at foretaket uaktsomt eller forsettlig har gjort seg skyld i den aktuelle overtredelsen. Som også nevnt, er det imidlertid et spørsmål om dette er rettslig holdbart.

Dersom foretaket har bistått konkurransemyndighetene i oppklaringen av egen eller andres overtredelse av konkurranseloven, kan størrelsen på boten lempes/reduseres, etter konkurranseloven § 31. Dette innebærer at et foretak som varsler Konkurransetilsynet om en overtredelse det selv, enten alene eller sammen med andre, er skyldig i, kan få lavere eller ingen bot. Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr gjelder ikke for lempning i straffesaker.

Som nevnt foran under punktet om overtredelsesgebyr, er det mulig å ta kontakt med Konkurransetilsynet for å få en ikke-bindende forhåndsuttalelse om hvordan loven skal anvendes i en konkret sak. Dersom foretaket har innrettet seg etter en slik uttalelse fra tilsynet om at det aktuelle forhold ikke vil være i strid med konkurranseloven, skal det tas hensyn til dette som en formildende omstendighet også ved utmåling av en eventuell straff, dersom det senere viser seg at forholdet faktisk er forbudt. Forutsetningen er imidlertid at det ikke har skjedd endringer i de faktiske forhold siden uttalelsen ble gitt.

7.7 Inndragning

Selv om det ikke står noe om inndragning av vinning i konkurranse-loven, gjelder de alminnelige regler om inndragning i straffeloven, også ved brudd på konkurranse-loven.

Det følger av straffeloven § 34 til § 38 at «utbytte av en straffbar handling skal inn-dras». Inndragning anses imidlertid ikke som «straff» i straffelovens forstand. Dette fordi inndragning bare medfører at det overtredende foretaket må «gi tilbake» det som det urettmessig har tjent ved overtredelsen.

Det er et vilkår for inndragning at den aktuelle vinningen skyldes en straffbar handling, for eksempel en overtredelse av konkurranse-loven § 10. Inndragning kan skje til tross for at det ikke er påvist at foretaket, eller den som har handlet på dets vegne, har utvist skyld (dvs. uaktsomhet eller forsett) ved overtredelsen. Inndragning kan dermed bestemmes selv om verken foretaket eller noen som handler på dets vegne kan straffes eller ilegges overtredelsesgebyr for overtredelsen.

Det er påtalemyndigheten (Økokrim), og ikke Konkurransetilsynet som treffer beslutning om inndragning. Dette gjøres i form av forelegg. Dersom foretaket ikke vedtar forelegget, behandles saken av de ordinære domstoler etter straffeprosesslovens regler.

Inndragning kan ilegges/idømmes som eneste sanksjon, eller i kombinasjon med andre sanksjoner (for eksempel bøter).

STIKKORDSLISTE

Begrep	Side	Kapittel/punkt
Agentavtaler	26	3.1.2
Aktuelle konkurrenter	34	3.3.1
Alminnelig melding	78, 79	5.4.1, 5.4.3
Bedriftserrerv (se Foretakssammenslutninger)	7, 76	1.1, 5.3
Bevissikring	83, 84	6.1, 6.2.1
Bundling (se Koblingshandel)	71	4.3.2
Bøter	24	2.4
Dominans	22	2.2.1
Effektivitetsgevinster.....	31, 76	3.2.2, 5.3
Eksklusive avtaler	64	4.3.1
Endelig avtale	73	5.1
Eneforhandleravtaler	21	2.1.3
Enekjøpsavtaler	55	3.4.4
Enekontroll	74	5.2
Erstatningsansvar	92	7.2
Ervervsvirksomhet	8, 12	1.3.1, 1.3.5
EØS-konkurranseloven	12	1.3.4
Felles kontroll	74	5.2
Fellesforetak (se Joint Ventures)	38	3.3.3
Fengselsstraff	95	7.6
Foretak	13	1.4.1
Foretakssammenslutninger (se Fusjoner og Oppkjøp).....	11	1.3.3
Forrang	12	1.3.3, 1.3.4
Forvalter	72	5.1
FoU-samarbeid	37	3.3.3
Franchiseavtaler	28	3.1.4
Fullstendig melding	78, 80	5.4, 5.4.4
Fusjoner (se Foretakssammenslutninger)	72, 74	5.1, 5.2
Fusjonskontroll	72	5
Gjennomføringsforbud	24, 81	2.3, 5.6
Horisontalt samarbeid	20	2.1.2
Informasjonsutveksling	20	2.1.2
Inndragning	97	7.7
Innkjøpsamarbeid	20	2.1.2
Innsyn i dokumenter	89	6.4
Joint Ventures (se Fellesforetak)	74	5.2
Karanteneklausuler	53	3.4.2
Klageordning	89	6.5
Koblingshandel (se Bundling)	70	4.3.2
Kollektiv dominans	64	4.2.3
Konkurransbegrensende formål	25	3.1.1

Begrep	Side	Kapittel/punkt
Konkurransbegrensende virkning	28	3.1.4
Konkurranserklauseul	53, 54	3.4.2, 3.4.3
Kontroll	74	5.2
Lempning	93	7.5
Leveringsnektelse	70	4.3.2
Lojalitetsordninger	66	4.3.2
Lojalitetsrabatter	23	2.2.2
Lovens formål	8	1.2
Lyddopptak	84	6.2.1
Markedsføringsamarbeid	28	3.1.4
Medvirkning	95	7.6
Meldeplikt	72	5.1
Merkbarhetskravet	25	3.1.1
Miljøamarbeid	49	3.3.8
Ministertillatelse	73	5.1
Minoritetsserverv	75	5.2
Misbruk (se Utilbørlig utnyttelse)	13, 15, 61	1.4.2, 1.5, 4
Offentlige reguleringer	12	1.3.5
Oppkjøp (se Foretakssammenslutninger)	11	1.3.3
Opplysningsplikt	83	6.2
Overskuddsinformasjon	83	6.1
Overtredelsesgebyr	24	2.4
Potensiell konkurrent	35	3.3.1
Predasjonsprising (se Underprising)	68	4.3.2
Prisdiskriminering	65	4.3.2
Produksjonssamarbeid	28	3.1.4
Pålegg om å bringe overtredelse til opphør	89	6.5
Relevante markeder	18	1.6
Relevante geografiske markeder	18	1.6
Relevante produktmarkeder	18	1.6
Saklig anvendelsesområde	8	1.3.1
Samarbeid	26	3.1.3
Samordnet opptreden	25	3.1.1
Samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster	76	5.3
Sanksjoner	11	1.3.3
Selektiv distribusjon	56	3.4.5
Selvinkriminering	84	6.2.3
Spesialiseringsavtaler	20	2.1.2
Standardiseringsamarbeid	47	3.3.7
Taushetsplikt	84, 87, 89	6.2.2, 6.3.6, 6.4
Terskelverdier	79	5.4.1

Begrep	Side	Kapittel/punkt
Tvangsmulkt	93	7.4
Ugyldighet	91	7.1
Underleveranseavtaler	39, 40	3.3.4
Underprising (se Predasjonsprising)	68	4.3.2
Urimelig høye priser	70	4.3.2
Utilbørlig utnyttelse (se Misbruk)	13	1.4.2
Utilbørlig utnyttelse av dominerende markedsstilling	61	4.1
Vertikale avtaler	21	2.1.3
Vesentlig konkurransebegrensning	17	1.6
Årlig omsetning	79	5.4.2

Forklaring av ord og uttrykk/definisjonsliste

Aktivt salg

Aktiv henvendelse til individuelle kunder, f.eks. ved brev, besøk, reklame eller andre salgsfremstøt.

Bevissikring

Kontrollbesøk fra Konkurransetilsynet med det formål å søke etter bevis.

Eksklusive leveringsavtaler

Leverandøren leverer til bare en avtaker.

EMK

Den europeiske Menneskerettighetskonvensjon.

Enekjøpsavtale

Avtale som forplikter kjøper til å dekke hele, eller tilnærmet hele, sitt behov for et bestemt produkt hos én leverandør.

Foretak

Enhver som utøver virksomhet av økonomisk art, uten hensyn til rettslig status eller organisering.

Foretakssammenslutning

Fusjoner og oppkjøp av foretak. Se også foretak.

Forrang

En regel/regelsett går foran en annen.

Forsettlig

Gjøre noe med vilje (for å oppnå et bestemt resultat)

FoU

Forskning og utvikling.

Franchiseavtale

Avtale der franchisegiver gir franchise-taker rett til å benytte visse immaterielle rettigheter i forbindelse med distribusjon av varer/tjenester, mot at franchisetaker betaler en avgift.

Gjennomføringsforbud

Forbud mot å gjennomføre en transaksjon som innebærer en fusjon eller et oppkjøp.

Gruppefritak

Fritak fra forbudsbestemmelsene, som gjelder generelt for visse typer avtaler.

Horisontal avtale

Avtale mellom aktører på samme omsetningstrinn.

Joint venture

Fellesforetak, dvs samarbeid gjennom en felles enhet.

Karanteneklausul/karensklausul

Konkurransklausul som gjelder utover kontraktsperioden. Se også konkurransklausul.

Kartell

Avtale/samarbeid mellom flere uavhengige foretak på samme omsetningstrinn for å vareta fellesinteresser (f.eks. et visst prisnivå).

Koblingshandel

Kontraktsinngåelsen avhenger av at avtalepart godtar også å kjøpe en tilleggsytelse som ikke har noen sammenheng med hovedytelsen.

Konfrontasjonsbevis

Bevis som fremlegges under en retts-sak, og som man kan konfronteres med dersom man nekter å forklare seg om noe. Kan ikke benyttes som hovedgrunnlag for en eventuell domfellelse.

Konkurransesklausul

Avtaleforpliktelse til ikke å produsere, kjøpe eller selge varer/tjenester som konkurrerer med avtalevarene eller -tjenester fra leverandøren.

Konkurransesparameter

Parameter som det konkurreres på, f. eks. pris, kvalitet, service.

Kvalitativ selektiv distribusjon

Forhandlerne av et produkt velges på bakgrunn av objektive kriterier som er nødvendige pga produktets egenskaper. Se også selektivt distribusjonssystem.

Kvantitativ selektiv distribusjon

Forhandlerne av et produkt velges på bakgrunn av kvantitative kriterier, f.eks. minimums- eller maksimumskrav til forhandlerens salg, eller ved direkte fastsettelse av antall forhandlere i distribusjonsnettverket som helhet eller innenfor et begrenset geografisk område.

Se også selektivt distribusjonssystem.

Markedsandel

Andel av det relevante marked.
Se også relevante marked.

Markedsmakt

Et foretaks posisjon i markedet som gjør at det kan opptre uavhengig av kunder og konkurrenter, dvs. at det kan øke prisene uten at det i særlig grad mister salget.

Ministertillatelse

Vedtak truffet av regjeringen som overprøver konkurransemyndighetenes vedtak.

Minoritetserverv

Erverv av (minoritets) andeler i et foretak, som ikke gir kontroll over foretaket.

Overskuddsinformasjon

Opplysninger om forhold som ikke har noen tilknytning til Konkurransetilsynets gjøremål.

Overtredelsesgebyr

Bot ilagt av Konkurransetilsynet i medhold av konkurranseloven § 29, som følge av brudd på konkurranselovens bestemmelser.

Passivt salg

Salg som svar på uoppfordrede henvendelser fra individuelle kunder, herunder levering av varer og tjenester til disse kundene.

Potensielle konkurrenter

Mulige fremtidige konkurrenter.

Predasjonsprising

En form for underprising

Relevant marked

Avgrenses på grunnlag av hvilke produkter som konkurrerer med hverandre, dvs. som kunden anser som ombyttelige med hverandre.

Sammenslutninger av foretak

For eksempel bransjeorganisasjoner.

Samordnet opptreden

Flere foretaks opptreden i forståelse med hverandre uten at det foreligger noen formell avtale mellom dem.

Selektiv distribusjon

Distribusjonsnettverk der leverandøren av en vare eller tjeneste begrenser antallet forhandlere av vare/tjenesten, basert på visse kriterier.

Se også kvantitativ selektiv distribusjon og kvalitativ selektiv distribusjon.

Selvinkriminere

Bidra til sin egen straffedom.

SMB

Små og mellomstore bedrifter.

Substituerbarhet

Ombyttelighet

Total enhetskostnad

Total enhetskostnad (gjennomsnittlige totale kostnader) er summen av samtlige variable og faste produksjonskostnader delt på antall produserte enheter. Derav følger det at totale enhetskostnader alltid er større enn variable enhetskostnader. Faste produksjonskostnader er kostnader som ikke er avhengige av produsert volum. Eksempler på faste kostnader kan være kostnader knyttet til infrastruktur, bygninger, visse administrasjonskostnader, drift av datasystem osv.

Hvilke typer kostnader som anses som produksjonsavhengige, og hvilke kostnader som anses som faste, avhenger av tidsperspektivet. På veldig kort sikt kan f.eks. bare råvare- og energikostnader anses som variable, mens på veldig lang sikt kan nær sagt alle kostnader anses som variable. I forbindelse med saker knyttet til mulig rovadferd, kan antatt responstid på endringer i markedet være avgjørende for det tidsperspektivet en legger til grunn ved allokering av kostnader.

Uaktsom

Uforsiktig eller forsømmelig handlemåte.

Utilbørlig utnyttelse

Misbruk

Variabel enhetskostnad

Variabel enhetskostnad (gjennomsnittlige variable kostnader) er samtlige produksjonsavhengige kostnader delt på antall produserte enheter. Produksjonsavhengige kostnader kan for eksempel være råvarebruk, arbeidskraft, energibruk osv.

Vertikal avtale

Avtale mellom aktører på ulike omsetningstrinn.

Volumrabatt

Rabatt som øker etter hvert som det kjøpes mer.

