



DET KONGELIGE  
NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENT

# Prop. 118 L

(2023–2024)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

---

Endringer i konkurranseloven  
(innføring av markedsetterforskning)





DET KONGELIGE  
NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENT

# Prop. 118 L

(2023–2024)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

---

Endringer i konkurranseloven  
(innføring av markedsetterforskning)



# Innhold

<b>1</b>	<b>Proposisjonens hovedinnhold</b> .....	5	3.2.2	Forholdet til unntaket fra konkurranse- loven for samarbeid innen landbruk og fiske (primærnærings-unntaket) .....	30
1.1	Bakgrunn og overordnede hensyn .....	5	3.2.3	Forholdet til sektormyndigheter og sektorregelverk .....	30
<b>2</b>	<b>Bakgrunnen for lovforslaget</b> ....	7	3.3	Terskel for igangsetting av markedsetterforskning .....	33
2.1	Forslagets bakgrunn og høringen .....	7	3.3.1	Forslaget i høringsnotatet .....	33
2.1.1	Bakgrunnen for forslaget .....	7	3.3.2	Høringsinstansenes syn .....	34
2.1.2	Høringene .....	7	3.3.3	Departementets vurdering .....	35
2.1.3	Overordnede innspill i høringene .....	9	3.4	Terskel for å treffe vedtak om avhjelpende tiltak .....	36
2.2	Gjeldende rett .....	10	3.4.1	Forslaget i høringsnotatet .....	36
2.2.1	Forbudene i konkurranse- loven §§ 10 og 11 .....	10	3.4.2	Høringsinstansenes syn .....	37
2.2.2	Fusjonskontrollreglene .....	11	3.4.3	Departementets vurdering .....	39
2.2.3	Markedsundersøkelser .....	12	3.5	Nærmere om formene for avhjelpende tiltak .....	43
2.2.4	Forskrift om konkurranse- fremmende tiltak etter konkurranse- loven § 14 .....	12	3.5.1	Endelig vedtak om avhjelpende tiltak .....	43
2.2.5	Grunnloven .....	12	3.5.2	Midlertidig vedtak om avhjelpende tiltak .....	54
2.2.6	Den europeiske menneskeretts- konvensjon .....	13	3.5.3	Særlig om oppnevning av forvalter .....	56
2.2.7	ODA-avtalen og EØS-konkurranse- loven .....	14	3.5.4	Reglene om Kommisjonens eksklusive kompetanse i fusjonssaker .....	59
2.3	Markedsetterforskning i andre jurisdiksjoner .....	14	<b>4</b>	<b>Saksbehandlingen i markedsetterforsknings- saker</b> .....	62
2.3.1	EU .....	14	4.1	Hensynet til rettssikkerhet og forutsigbarhet .....	62
2.3.2	Storbritannia .....	15	4.1.1	Forslaget i høringsnotatet .....	62
2.3.3	Island .....	16	4.1.2	Høringsinstansenes syn .....	63
2.3.4	Tyskland .....	17	4.1.3	Departementets vurdering .....	65
2.3.5	Danmark .....	18	4.2	Opplysningsplikt og utleveringsplikt .....	66
2.3.6	Andre land som er i ferd med eller vurderer å innføre markedsetterforskning .....	19	4.2.1	Forslaget i høringsnotatet .....	66
2.4	Behovet for markedsetter- forskning .....	19	4.2.2	Høringsinstansenes syn .....	67
2.4.1	Gjennomgangen i høringsnotatet .....	19	4.2.3	Departementets vurdering .....	68
2.4.2	Høringsinstansenes syn .....	21	4.3	Forberedende fase .....	68
2.4.3	Departementets vurdering .....	24	4.3.1	Forslaget i høringsnotatet .....	68
<b>3</b>	<b>Forslag om å innføre markedsetterforskning</b> .....	28	4.3.2	Høringsinstansenes syn .....	69
3.1	Overordnet om forslag til markedsetterforskning .....	28	4.3.3	Departementets vurdering .....	69
3.1.1	Forslaget i høringsnotatet .....	28	4.4	Åpning av markedsetter- forskning .....	70
3.1.2	Høringsinstansenes syn .....	28	4.4.1	Forslaget i høringsnotatet .....	70
3.1.3	Departementets vurdering .....	29	4.4.2	Høringsinstansenes syn .....	71
3.2	Virkeområde .....	29	4.4.3	Departementets vurdering .....	73
3.2.1	Overordnet om rekkevidden av markedsetterforskning .....	29	4.5	Markedsetterforskning – kartleggingsfasen .....	75

4.5.1	Forslaget i høringsnotatet .....	75	4.9.3	Departementets vurdering .....	86
4.5.2	Høringsinstansenes syn .....	75	4.10	Sanksjoner .....	88
4.5.3	Departementets vurdering .....	76	4.10.1	Forslaget i høringsnotatet .....	88
4.6	Markedsetterforskning – vedtaksfasen .....	76	4.10.2	Høringsinstansenes syn .....	88
4.6.1	Forslaget i høringsnotatet .....	76	4.10.3	Departementets vurdering .....	89
4.6.2	Høringsinstansenes syn .....	77	<b>5</b>	<b>Økonomiske og administrative</b>	
4.6.3	Departementets vurdering .....	78		<b>konsekvenser</b> .....	91
4.7	Særlig om tidsfrister .....	80	5.1	Samfunnsøkonomiske virkninger	91
4.7.1	Forslaget i høringsnotatet .....	80	5.2	Konsekvenser for det offentlige ...	91
4.7.2	Høringsinstansenes syn .....	81	5.3	Konsekvenser for næringslivet ....	92
4.7.3	Departementets vurdering .....	81	<b>6</b>	<b>Merknader til de enkelte</b>	
4.8	Innsyn .....	82		<b>bestemmelsene i lovforslaget ..</b>	94
4.8.1	Forslaget i høringsnotatet .....	82	6.1	Endringer i konkurranse-loven ....	94
4.8.2	Høringsinstansenes syn .....	83			
4.8.3	Departementets vurdering .....	84			
4.9	Klage på vedtak om avhjelpende tiltak .....	85		<b>Forslag til lov om endringer i</b>	
4.9.1	Forslaget i høringsnotatet .....	85		<b>konkurranse-loven (innføring av</b>	
4.9.2	Høringsinstansenes syn .....	85		<b>markedsetterforskning)</b> .....	101



DET KONGELIGE  
NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENT

# Prop. 118 L

(2023–2024)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

## Endringer i konkurranseloven (innføring av markedsetterforskning)

*Tilråding fra Nærings- og fiskeridepartementet 6. september 2024,  
godkjent i statsråd samme dag.  
(Regjeringen Støre)*

### 1 Proposisjonens hovedinnhold

#### 1.1 Bakgrunn og overordnede hensyn

Nærings- og fiskeridepartementet fremmer i denne proposisjonen forslag om å innføre markedsetterforskning i konkurranseloven. Formålet med lovforslaget er å gi Konkurransetilsynet en inngrepshjemmel som gir Konkurransetilsynet mulighet til å fatte vedtak om avhjelpende tiltak der tilsynet avdekker forhold som vesentlig begrenser konkurransen eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen. Det foreslås også enkelte andre endringer i konkurranseloven som følge av forslaget om markedsetterforskning.

Norge og verden står overfor en stor og ressurskrevende omstilling. Et sentralt virkemiddel på veien mot målet om effektiv ressursutnyttelse, er god og effektiv konkurranse. Et effektivt konkurransereguleringssystem som er i stand til å håndtere både kjente og nye konkurranseutfordringer er en forutsetning for god konkurranse.

Konkurransetilsynet har flere virkemidler for å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Konkurranseloven §§ 10 og 11 forbyr henholds-

vis konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling. Reglene om kontroll med foretakssammenslutninger i konkurranseloven § 16 gir Konkurransetilsynet mulighet til å stanse foretakssammenslutninger som i betydelig grad vil skade konkurransen. Noe av bakgrunnen for forslaget om markedsetterforskning er imidlertid at konkurransebegrensninger ikke utelukkende oppstår som følge av brudd på forbudsbestemmelsene eller foretakssammenslutninger som vurderes av Konkurransetilsynet. Konkurransen kan også bli begrenset på grunn av forhold som ikke er direkte forårsaket av den enkelte aktørs adferd i markedet. Det kan for eksempel være måten verdikjeder i et marked er strukturert på, høy grad av markedskonsentrasjon uten at enkeltaktører oppfyller kravene for å ha en dominerende stilling, betydelig asymmetri i tilgangen på informasjon, eller markeder som er preget av nettverkseffekter og stordriftsfordeler. I slike markeder er det en økt risiko for at konkurransen ikke fungerer som den skal, samtidig som problemene ikke alltid kan løses i tilstrekkelig

grad ved håndheving av konkurranseloven §§ 10, 11 eller 16.

Regjeringen ønsker derfor å gi Konkurransetilsynet ytterligere virkemidler for å håndtere slike konkurransebegrensninger. Den samme

utviklingen skjer i flere land i Europa, hvor det også er en økende erkjennelse av at gjeldende konkurranseregelverk ikke alltid kan håndtere alvorlige konkurransebegrensninger.



## 2 Bakgrunnen for lovforslaget

### 2.1 Forslagets bakgrunn og høringen

#### 2.1.1 Bakgrunnen for forslaget

Bakgrunnen for departementets forslag er et behov for å supplere virkemidlene i dagens lov for å løse eksisterende og fremtidige konkurranseutfordringer. Forslaget vil gi Konkurransetilsynet muligheter til å gjennomføre mer presise tiltak, noe som vil føre til en mer effektiv bruk av samfunnets ressurser.

#### 2.1.2 Høringene

##### 2.1.2.1 Høringen 25. oktober 2022

En mulig innføring av markedsetterforskning i konkurranseloven ble først introdusert i høringen av forslag til forskrift om forbud mot usaklige forskjeller i innkjøpspriser i verdikjeden for mat og dagligvarer høsten 2022. Bakgrunnen var at markedsetterforskning kan være et alternativ til en forskrift som forbyr forskjeller i innkjøpspriser. Høringsnotatet ga kun en kort og overordnet beskrivelse av markedsetterforskning, og det ble forutsatt at en mer detaljert utforming av lovforslaget ville bli behandlet i et eget høringsnotat. Departementet mottok merknader til forslaget om markedsetterforskning fra 20 høringsinstanser.

##### 2.1.2.2 Høringen 31. mars 2023

Nærings- og fiskeridepartementet sendte 31. mars 2023 på høring et forslag om endringer i konkurranseloven mv. om markedsetterforskning. I høringsnotatet foreslo departementet at Konkurransetilsynet kan åpne en markedsetterforskning hvis det eksisterer forhold som tilsier at konkurransen i markedet er begrenset eller står i fare for å bli begrenset. Hvis tilsynet gjennomfører en markedsetterforskning, og identifiserer forhold som vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen, kan det treffe vedtak om adferdsregulerende eller strukturelle avhjelpende tiltak. Det ble foreslått

et nytt kapittel i konkurranseloven om markedsetterforskning, samt endringer i andre bestemmelser i konkurranseloven for å tilpasse loven til forslaget. I tillegg ble det foreslått en endring i forskrift 11. desember 2013 nr. 1465 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr (utmålingsforskriften), som gir nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven, slik at den også omfatter overtredelse av vedtak om avhjelpende tiltak som følge av en markedsetterforskning. Fristen for innspill til høringen var 30. juni 2023.

Høringsnotatet ble sendt til følgende høringsinstanser:

Departementene

Datatilsynet  
Finanstilsynet  
Forbrukerklageutvalget  
Forbrukerrådet  
Forbrukertilsynet  
Klagenemndssekretariatet  
Konkurranseskjennemnda  
Konkurransetilsynet  
Norges Bank  
Regelrådet  
Registerenheten i Brønnøysund  
Regjeringsadvokaten  
Riksadvokaten  
Statistisk Sentralbyrå  
Tolletaten  
Økokrim

Domstolene i Norge  
Riksrevisjonen  
Sivilombudet

Innovasjon Norge  
Siva – Selskapet for industrivekst SF

Bergen Center for Competition Law and Economics  
Nord universitet  
Norges Handelshøyskole

Norges miljø- og biovitenskapelige universitet (NMBU)	Aabø-Evensen & Co Advokatfirma AS
Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet (NTNU)	Advokatfirma DLA Piper Norway DA
NIBIO – Norsk institutt for bioøkonomi	Advokatfirmaet BAHR AS
OsloMet – storbyuniversitetet	Advokatfirmaet CLP DA
Statens institutt for forbruksforskning	Advokatfirmaet Føyen AS
Stiftelsen Handelshøyskolen BI	Advokatfirmaet Grette AS
Universitetet i Agder	Advokatfirmaet Hjort AS
Universitetet i Bergen	Advokatfirmaet Haavind AS
Universitetet i Oslo	Advokatfirmaet PricewaterhouseCoopers AS
Universitetet i Stavanger	Advokatfirmaet Schjødt AS
Universitetet i Tromsø	Advokatfirmaet Selmer AS
Akademikerne	Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS
Arbeidsgiverforeningen Spekter	Advokatfirmaet Thommessen AS
Baker- og Konditorbransjens Landsforening	Advokatfirmaet Wiersholm AS
Bryggeri- og drikkevareforeningen	Advokatfirmaet Østgård DA
Dagligvareleverandørenes forening (DLF)	AGP Advokater AS
Den norske advokatforening	Arntzen de Besche Advokatfirma AS
Fornybar Norge	Brækhus Advokatfirma DA
Gartnerhallen SA	Bull & Co Advokatfirma AS
Grøntprodusentenes Samarbeidsråd (GPS)	CMS Kluge Advokatfirma AS
Handel og Kontor i Norge	Deloitte Advokatfirma AS
Hovedorganisasjonen Virke	Ernst & Young Advokatfirma AS
Kjøtt- og Fjørfebransjens Landsforbund	Garmann, Mitchell & Co Advokatfirma DA
KS – Kommunesektorens organisasjon	KPMG Law Advokatfirma AS
Kontraktdyrkernes landslag	Kvale Advokatfirma DA
Kvalitetssystem i landbruket – KSL	Menon Economics AS
Landsorganisasjonen i Norge (LO)	Oslo Economics AS
Markedsforbundet	Samfunnsøkonomisk Analyse AS
NHO Mat og Drikke	SANDS Advokatfirma DA
Norges Bondelag	Wikborg Rein Advokatfirma AS
Norges Fiskarlag	Arendals Bryggeri AS
Norges Frukt- og Grønnsaksgrossisters Forbund	BAMA Gruppen AS
Norges Juristforbund	Berentsens Brygghus AS
Norges Kreditorforbund	Coca-Cola Europacific Partners Norge AS
Norges Sildesalgslag SA	Coop Norge SA
Norges sjømatråd AS	Danish Crown Norway AS
Norsk Bonde- og Småbrukarlag	Den Stolte Hane AS
Norsk Gartnerforbund	E.C. Dahls Bryggeri AS
Norsk Industri	Fatland AS
Norsk Landbrukssamvirke	Felleskjøpet Agri SA
Norsk Nærings- og Nytelsesmiddelarbeiderforbund	Finsbråten AS
Norske Sjømatbedrifters landsforening	Foodora Norway AS
Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)	Freia og Mondelēz Norge AS
Regnskap Norge	Furuseth AS
Rettspolitisk forening	Grilstad AS
Skatterevisorernes forening	Hansa Borg AS
SMB Norge	Haugen-Gruppen AS
Sparebankforeningen i Norge	Hval Sjokoladefabrikk ASA
Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund	Iceland Mat AS
	I.K. Lykke AS
	Leiv Vidar AS
	Lerum AS

Mack Ølbryggeri AS  
 Mere Mat AS  
 Mills AS  
 Nordfjord Kjøtt AS  
 Nordisk Kellogg Norge  
 NorgesGruppen ASA  
 Nortura SA  
 Nøgne Ø Det Kompromissløse Bryggeri AS  
 Oda Norway AS  
 Orkla ASA  
 Oskar Sylte Mineralvannsfabrikk AS  
 Picard Norge  
 Q-Meieriene AS  
 Rema 1000 AS  
 Ringnes AS  
 Scandza AS  
 Spesialgrossisten AS  
 Stiftelsen Bondens Marked Norge  
 Synnøve Finden AS  
 TINE SA  
 Wolt Norway AS

BN Bank ASA  
 Danske Bank  
 DNB Bank ASA  
 Handelsbanken  
 Landkreditt Bank AS  
 Nordea Bank Abp, Filial i Norge  
 Pareto Bank ASA  
 SpareBank 1 Gruppen AS  
 Sparebanken Sør

Følgende høringsinstanser hadde realitetsmerknader:

Advokatforeningen  
 Apotekforeningen  
 Arbeidsgiverforeningen Spekter  
 Circle K Norge AS  
 Coop Norge SA  
 Dagligvareleverandørenes Forening (DLF)  
 Finans Norge  
 Forbrukerrådet  
 Freia og Mondelēz Norge  
 Hennig-Olsen Is AS  
 Hovedorganisasjonen Virke  
 Konkurransetilsynet  
 Landbruksdirektoratet  
 NHO  
 NHO Mat og Drikke  
 NHO Service og Handel  
 Norges Bondelag  
 NorgesGruppen ASA  
 Norsk Hydro ASA  
 Norsk Presseforbund

Nortura SA  
 Orkla ASA  
 Regelrådet  
 Reitan Retail AS  
 Schibsted ASA  
 TINE SA

Følgende instanser har inngitt som høringsinnspill at de ikke hadde merknader:

Brønnøysundregistrene  
 Domstoladministrasjonen  
 Forsvarsdepartementet  
 Justis- og beredskapsdepartementet  
 Landbruks- og matdepartementet  
 Norsk Nærings- og Nytelsesmiddelarbeiderforbund  
 Statistisk sentralbyrå

Hovedsynspunkter i sentrale høringsinnspill gjengis i proposisjonen. Høringsinnspillene er tilgjengelige i sin helhet på [regjeringen.no](http://regjeringen.no).

### 2.1.3 Overordnede innspill i høringene

Nærings- og fiskeridepartementet mottok 26 høringsinnspill med materielle merknader. Overordnet mente flere av høringsinstansene at forslaget om markedsetterforskning burde vært utredet grundigere, og flere tok til orde for at forslaget burde vært vurdert av et offentlig oppnevnt utvalg gjennom en NOU. De fleste mente også at forslaget er for inngripende for næringslivet, gir Konkurransetilsynet for vide inngrepsmuligheter, og kan sette tilsynets politiske uavhengighet i fare. Mange var spesielt kritiske til at forslaget medfører at vedtak kan fattes uten at det foreligger et brudd på konkurranseloven.

Høringsinstansene var kritiske til flere sider ved forslaget om å innføre markedsetterforskning. De mente blant annet at forslaget kunne være i strid med eller være en omgåelse av konkurransereglene i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen). I tillegg ble de foreslåtte tersklene for både igangsetting av markedsetterforskning og for å treffe vedtak om avhjelpende tiltak, samt foreslåtte regler for saksbehandling og innsyn kritisert. Flere av høringsinstansene mente også at partsrettigheter og rettssikkerhetsgarantier ikke var tilstrekkelig utredet og ivaretatt.

Enkelt høringsinstanser var positive til forslaget. *Konkurransetilsynet* støttet forslaget om innføring av markedsetterforskning, fordi det vil føre til mer effektivt tilsyn med konkurransen. *Forbruker-*

*rådet* uttrykte støtte til et virkemiddel for å gripe inn mot forhold som er konkurransebegrensende, men som ikke faller inn under eksisterende forbudsbestemmelser. Regelrådets vurdering var at forslaget var tilstrekkelig utredet, og at dagens situasjon, problemstillinger og mål kommer klart frem og at alternative tiltak er vurdert. Det er også gjennomført en grundig nabosjekk som beskriver hvordan markedsetterforskning brukes i andre land.

Under høringen av forskrift om usaklige forskjeller i innkjøpspriser høsten 2022 var merkene mer positive, sammenlignet med den senere høringen av markedsetterforskning i 2023. Flere mente at forslaget var å foretrekke sammenlignet med det alternative forslaget om forbud mot forskjeller i innkjøpspriser. Innspillene inneholdt likevel merknader til flere av de samme forholdene, herunder rettssikkerhet, forutberegnelighet og behovet for ytterligere virkemidler for Konkurransetilsynet.

## 2.2 Gjeldende rett

### 2.2.1 Forbudene i konkurranseloven §§ 10 og 11

#### 2.2.1.1 Konkurranseloven § 10 – forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid

Konkurranseloven § 10 forbyr samarbeid mellom foretak som har til formål eller virkning å begrense konkurransen. Et tilsvarende forbud finnes i EØS-avtalen artikkel 53. Konkurransetilsynet håndhever begge bestemmelsene. Bestemmelsene tilsvarende artikkel 101 i Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV) og skal forstås på samme måte.

Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid gjelder ikke bare avtaler, men også mer uformelt samarbeid, som for eksempel at to konkurrenter samordner sin opptreden. For at det skal være tale om en avtale eller samordnet opptreden, kreves det imidlertid at det har vært en eller annen form for kontakt mellom de involverte foretakene. Stiltiende samarbeid som er kjenneetegnet ved at aktørene finner det lønnsomt å koordinere sin adferd i markedet, for eksempel ved å sette høyere priser, uten at det etableres en avtale eller en samordnet opptreden i konkurranserettslig forstand, er ikke forbudt etter denne bestemmelsen.

#### 2.2.1.2 Konkurranseloven § 11 – forbudet mot misbruk av dominerende stilling

Konkurranseloven § 11 forbyr et dominerende foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling, gjerne omtalt som misbruk av dominerende stilling eller markedsrett. Et tilsvarende forbud finnes i EØS-avtalen artikkel 54. Bestemmelsene tilsvarende artikkel 102 TEUV, og skal forstås på samme måte. Misbruksbegrepet er i utgangspunktet objektivt, slik at det ikke kreves bevis for at foretaket faktisk har til hensikt å skade konkurransen. Bevis for slik hensikt kan likevel underbygge at det foreligger et misbruk.

Et foretak har en dominerende stilling hvis det i betydelig grad kan opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og sluttbrukere. En dominerende stilling vil typisk foreligge der et foretak har høye markedsandeler, både isolert sett og sammenlignet med sine konkurrenter. Antallet konkurrenter i markedet, deres markedsandeler og mulighet for å vokse, mulige etableringshindringer<sup>1</sup> og kunders kjøpermakt<sup>2</sup> er andre faktorer i vurderingen av om et foretak er dominerende.

Når et foretak er dominerende, er det en premissjon for at konkurransen på det aktuelle markedet er begrenset. Markedsadferd som begrenser konkurransen ytterligere, kan da skade forbrukerne gjennom enda høyere priser, lavere kvalitet, færre valgmuligheter eller mindre innovasjon.

<sup>1</sup> Etableringshindringer har betydning for strukturen på tilbudssiden i et marked fordi de påvirker hvor mange aktører som konkurrerer om forbrukernes gunst, og om det finnes potensiell konkurranse fra aktører som ikke allerede har etablert seg i markedet. Potensielle konkurrenter utøver konkurransepress på de faktiske konkurrentene selv om de ikke har etablert seg i markedet. I sum betyr dette at etableringshindringer også påvirker i hvilken grad faktiske konkurrenter i et marked kan utnytte eventuell markedsrett. Normalt skilles det mellom strukturelle og strategiske etableringshindringer. Eksempler på strukturelle etableringshindringer er stordrifts- og samdriftsfordeler, vertikal integrasjon, nettverksfordeler og kostnadsmessige fortrinn. Strategiske etableringshindringer er forhold som helt eller delvis er skapt av faktiske konkurrenter i et marked med sikte på å hindre etablering eller prøve å tvinge nye aktører ut av markedet. Strategiske etableringshindringer kan skapes gjennom kontinuerlig å tilpasse sin adferd på måter som gjør det lite attraktivt å etablere seg. Videre kan faktiske konkurrenter velge å opptre aggressivt overfor nyetablerte aktører. Etableringshindringer finnes i større eller mindre grad i de fleste markeder. Det er omfanget av de ulike etableringshindringene, summen av dem og hvordan de virker sammen som er avgjørende for potensielle konkurrenters mulighet til å tre inn i et marked.

<sup>2</sup> Kjøpermakt innebærer at én eller flere etterspørere i et marked er i stand til å påvirke betingelsene de kjøper inn et produkt for, som for eksempel pris og kvalitet. Kunder med kjøpermakt kan benytte sin markedsposisjon til å motvirke tilbyderens utøvelse av eventuell markedsrett og presse dem til å senke prisen og øke produktkvaliteten.

Dominerende foretak står fritt til å konkurrere på ytelser som pris, kvalitet, utvalg og produktutvikling. Samtidig har dominerende foretak et særlig ansvar for at markedsadferden deres ikke skader konkurransen eller skaper risiko for slik skade.

### 2.2.1.3 Reaksjoner på overtredelse av konkurranseloven

Konkurransetilsynet kan ilegge overtredelsesgebyr mot foretak ved overtredelse av konkurranseloven, jf. § 29. Overtredelsesgebyret kan være på inntil 10 prosent av foretakets omsetning, jf. forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr § 2.

Hvis konkurranseloven §§ 10, 11 eller en forskrift etter § 14 brytes, kan Konkurransetilsynet i henhold til § 12 pålegge foretaket å stoppe den ulovlige adferden. Pålegget om opphør kan omfatte alle nødvendige tiltak for å stanse overtredelsen. Dette kan omfatte både adferdsregulerende og strukturelle tiltak. Strukturelle tiltak kan imidlertid kun pålegges hvis det ikke finnes like effektive adferdsregulerende tiltak, eller hvis et adferdsregulerende tiltak vil være mer byrdefullt for foretaket. For å sikre at et pålegg om opphør etterleveres kan det ilegges tvangsmulkt, jf. konkurranseloven § 28. Hvis foretaket bryter et pålegg om opphør kan det ilegges overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 eller straff etter § 32.

### 2.2.1.4 Vedtak om avhjelpende tiltak

Ved behandlingen av en sak om overtredelse av forbudene i konkurranseloven §§ 10, 11 eller forskrift etter § 14 kan foretakene tilby avhjelpende tiltak, jf. § 12 tredje ledd. Hvis Konkurransetilsynet finner at disse er akseptable, kan tilsynet avslutte saken ved å treffe vedtak som gjør de avhjelpende tiltakene bindende for partene.

Konkurransetilsynet kan etter forslag fra partene oppnevne en forvalter til å bistå ved gjennomføringen av tiltaket. Forvalter skal godkjennes av Konkurransetilsynet, og oppnevningen skal fremgå av vedtaket om avhjelpende tiltak. Brudd på vedtak om avhjelpende tiltak kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 29 første ledd bokstav b, jf. § 12.

## 2.2.2 Fusjonskontrollreglene

Konkurransetilsynet skal ifølge konkurranseloven § 16 forby foretakssammenslutninger som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse,

særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes.

For å sikre at Konkurransetilsynet får informasjon om foretakssammenslutninger som utgjør størst risiko for konkurranseskade, er bedrifter og andre næringsdrivende pålagt å melde fusjoner, oppkjøp og avtaler som resulterer i kontroll over andre selskaper til tilsynet, hvis foretakenes omsetning overstiger bestemte terskelverdier, jf. konkurranseloven § 18.

Konkurransetilsynet kan ifølge konkurranseloven § 18 pålegge meldeplikt for en foretakssammenslutning også under terskelverdiene, hvis tilsynet finner rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes eller hvis andre særlige hensyn tilsier at tilsynet bør undersøke saken nærmere. Et slikt pålegg kan ikke gis senere enn tre måneder etter at endelig avtale er inngått eller kontroll er ervervet, jf. § 18 tredje ledd. Foretakssammenslutninger som er unntatt fra meldeplikten kan meldes frivillig for å avklare om det er aktuelt med inngrep.

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

Konkurransetilsynet kan avslutte saken ved å fatte vedtak om at foretakssammenslutningen godkjennes på vilkår foreslått av melder, hvis forslaget vil avhjelpe de konkurransebegrensende virkningene som transaksjonen kan føre til. Det er partene selv som har ansvar for å foreslå eventuelle avhjelpende tiltak. Konkurransetilsynet kan ikke treffe vedtak om andre vilkår enn de som er foreslått av melder. Tiltakene kan være av strukturell og/eller adferdsmessig art. Konkurransetilsynet kan knytte forpliktelser til vedtaket for å sikre at vilkår foreslått av melder blir oppfylt.

Hvis en foretakssammenslutning allerede er gjennomført, enten i strid med gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19 eller fordi den ikke er omfattet av meldeplikten i utgangspunktet, kan Konkurransetilsynet ifølge § 16 tredje ledd fatte ulike vedtak. Disse kan omfatte påbud om avhen-

delse av aksjer eller andeler som er ervervet som ledd i foretakssammenslutningen, eller andre tiltak som er egnet til å gjenopprette den konkurransemessige situasjonen som forelå før foretakssammenslutningen ble gjennomført.

### 2.2.3 Markedsundersøkelser

Ifølge konkurranseloven § 9 skal Konkurransetilsynet føre tilsyn med konkurransen i forskjellige markeder. Dette omfatter blant annet å kartlegge konkurransesituasjonen i ulike markeder.

Etter konkurranseloven § 24 kan konkurransemyndighetene kreve de opplysningene de trenger fra enhver fysisk eller juridisk person, for å utføre sine gjøremål etter loven eller for å oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor en fremmed stat eller en internasjonal organisasjon. Bestemmelsen gjelder for alle sakstyper og på alle trinn i saksbehandlingen, herunder ved vurdering av foretakssammenslutninger, i saker om mulig overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser, og når tilsynet gjennomfører generelle markedsundersøkelser.

Det følger av forarbeidene til § 24 om opplysningsplikt at bestemmelsen blant annet kan brukes til å «innhente informasjon ved generelle markedsundersøkelser. Slike undersøkelser kan særlig være aktuelle hvis utviklingen innen handel, prissvingninger, prisstivhet eller andre forhold i en bransje gir grunn til å anta at konkurransen i vedkommende bransje begrenses eller vris».

Konkurransetilsynet kan kreve opplysningene gitt skriftlig eller muntlig innen en fastsatt frist, og informasjonen kan nedtegnes og lagres som forklaringsopptak. Tilsynet kan også kreve utlevert *bærere* av informasjon. Det gis utfyllende regler i forskrift 11. desember 2013 nr. 1491 om opplysningsplikt og granskning.

Pålegg om å gi opplysninger er ikke enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand, men kan påklegges etter reglene i forvaltningsloven § 14 fjerde ledd.

### 2.2.4 Forskrift om konkurransefremmende tiltak etter konkurranseloven § 14

Hvis det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene, kan Nærings- og fiskeridepartementet ved forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål, jf. konkurranseloven § 14.<sup>3</sup>

Forskriftshjemmelen har foreløpig vært benyttet til å gi forskrift om tilgang til boligannonsering

på internett og den nå opphevede forskrift om forbud mot bonusprogram i innenriks luftfart. Departementet har ved forskrift nylig forbudt bruk av negative servitutter i dagligvaremarkedet, og vurderer for tiden ytterligere én forskrift med hjemmel i § 14, mot usaklige forskjeller i innkjøpsbetingelser i verdikjeden for mat og dagligvarer.

Forskriftshjemmelen i § 14 er en delvis videreføring av inngrepshjemmelen i konkurranseloven av 1993 § 3-10. Den bestemmelsen ga Konkurransetilsynet hjemmel til, ved enkeltvedtak eller forskrift, å gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger hvis tilsynet fant at disse hadde til formål, virkning eller var egnet til å begrense konkurransen. Ved overgangen fra en blandet inngreps- og forbudslov til en mer rendyrket forbudslov, harmonisert med konkurransereglene i EU/EØS, ble bare forskriftshjemmelen videreført. Kompetansen ble lagt til Kongen i statsråd, senere delegert til departementet. Bakgrunnen for forskriftshjemmelen var en bekymring for at det kunne tenkes tilfeller som ikke rammes av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 eller 11, men hvor det likevel var behov for en regulering.

Som eksempler på tilfeller hvor forskriften kan anvendes, nevner forarbeidene markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende uten å bli rammet av forbudene i konkurranseloven §§ 10 eller 11, eller hvor det er vanskelig å bevise at forbudene brytes. Forarbeidene nevner videre salgsvilkår som hindrer nye aktører å komme inn på markedet, eller lojalitetsordninger som hindrer kundene å bytte mellom ulike leverandører. Bestemmelsen kan også brukes i markeder der et dominerende foretak bryter konkurranseloven § 11, og mindre aktører benytter samme konkurransebegrensende forretningsmetoder uten å rammes av forbudene, fordi de ikke har en dominerende posisjon i markedet.<sup>4</sup>

### 2.2.5 Grunnloven

#### Grunnloven § 97

Grunnloven § 97 regulerer forbudet mot å gi lover med tilbakevirkende kraft. Rettspraksis og teori opererer typisk med to kategorier av tilbake-

<sup>3</sup> Forskrift 14. juni 2013 nr. 634 om delegering av myndighet til Nærings- og fiskeridepartementet etter konkurranseloven.

<sup>4</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranse-loven), kapittel 17, side 228.

virkning: *egentlig* tilbakevirkning og *uegentlig* tilbakevirkning. Ifølge rettspraksis må *egentlig* tilbakevirkning som ikke dreier seg om å knytte straff til tidligere handlinger, være nødvendiggjort av «sterke samfunnsmessige hensyn», mens *uegentlig* tilbakevirkning typisk må aksepteres hvis den ikke er «klart urimelig eller urettferdig», jf. blant annet HR–2016–389–A premiss 76-77. I Rt. 2013 side 1345 premiss 99 la Høyesteretts flertall til grunn at «[h]vordan inngrepet rammer den enkelte, kommer [...] inn ved den konkrete forholdsmessighetsvurderingen, som naturlig inngår i avgjørelsen av om inngrepet er særlig urimelig eller urettferdig». Dette følges opp i HR–2016–389–A premiss 87, hvor Høyesterett understreker at «Borthen-normen» er «relativ [...] fleksibel og skjønsmessig», og at det ved anvendelsen av normen skal foretas en «konkret forholdsmessighetsvurdering».

For at et inngrep eller en lov skal anses for å være i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97, er det ikke nok at det er tale om tilbakevirkning som får betydning for den som tilbakevirkningen rammer – det må også være tale om et inngrep i en rettighet som nyter et tilstrekkelig vern etter bestemmelsen, typisk i form av at den aktuelle rettigheten gir opphav til en berettiget forventning om hvordan en etablert posisjon skal kunne forvaltes i fremtiden.<sup>5</sup>

#### Grunnloven § 105

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

På samme måte som Grunnloven § 97, verner bestemmelsen mot inngrep i etablerte rettigheter. Den har imidlertid et snevrere virkeområde, fordi den kun gjelder inngrep i *eiendomsretten*. I motsetning til spørsmål om tilbakevirkning, er det ikke nødvendig å vurdere hvilken norm inngrepet må vurderes i lys av, fordi et eventuelt ansvar etter bestemmelsen er objektivt. De aktuelle spørsmålene som anvendelsen av Grunnloven § 105 reiser er dermed 1) om det er tale om et inngrep, 2) om inngrepet er rettet mot *eiendomsretten*, jf. vilkåret «avgi sin rørlige eller urørlige eiendom», og 3) om denne avgivelsen er «til offentlig bruk». Deretter blir det et spørsmål om omfanget av en eventuell erstatning.

<sup>5</sup> Se blant annet Rt. 1996, side 1415–1424 og Vernet av økonomiske og rettigheter mot regulering under Grl. §§ 97 og 105 og EMK P1–1 (Alvik), TfR nr. 2-3 (2021) side 10.

#### 2.2.6 Den europeiske menneskerettskonvensjon

Retten til eiendom er vernet i den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) første tilleggsprotokoll artikkel 1 (P1-1). Artikkelen lyder:

Art. 1 vern om eiendom

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

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

For å være forenlig med kravene etter EMK P1-1 må derfor inngrep i eiendomsretten oppfylle tre vilkår: Tiltaket må ha lovhjemmel, ha et legitimt formål, og være forholdsmessig.

Den europeiske menneskerettskonvensjon første tilleggsprotokoll artikkel 1 (EMK P1–1) gir rettigheter til «enhver», og likestiller fysiske og juridiske personer. For at EMK P1–1 skal komme til anvendelse er det et vilkår at en rettighet til en eiendom er negativt påvirket av et inngrep. For å kategorisere inngrepet, deles EMK P1–1 gjerne opp i tre regler: 1) kontrollregelen, 2) avståelsesregelen og 3) prinsippregelen.<sup>6</sup>

Avståelsesregelen utledes av artikkelens første ledd andre punktum, og tilsvarer langt på vei regelen som kommer til uttrykk i Grunnloven § 105, uten at den direkte angir et krav på erstatning for inngrep i rettigheten. At et inngrep vurderes i lys av avståelsesregelen forutsetter at den faktiske og rettslige disposisjonsretten frates eieren helt eller delvis.

Kontrollregelen utledes av artikkelens andre ledd. For at et inngrep skal subsumeres under denne regelen er det ikke et krav om at eiendomsretten avgis, men en forutsetning at det er tale om en rådighetsinnskrenkning som følge av offentlig regulering.

Prinsippregelen, som utledes av artikkelens første ledd første punktum, formulerer derimot det overordnede prinsippet om frihet fra inngrep i eiendomsretten, og åpner for å ta stilling til inn-

<sup>6</sup> Se blant annet Erik Møse Menneskerettigheter (2002) side 500 flg.

grep som ikke uten videre kan kategoriseres enten som avståelse eller som kontroll. Dette gir bestemmelsen et bredere anvendelsesområde enn for eksempel grunnloven § 105, og tar høyde for mange ulike typer inngrep. At bestemmelsen dreier seg om frihet fra inngrep i eiendomsretten, innebærer at regelens tolkning og anvendelse vil måtte skje med utgangspunkt i de aktuelle nasjonale reglene, fordi omfanget av eiendomsretten i det enkelte tilfelle må utledes av disse.<sup>7</sup>

### 2.2.7 ODA-avtalen og EØS-konkurranse-loven

EØS-avtalens konkurranseregler kommer til anvendelse på konkurransebegrensende adferd som merkbart kan påvirke samhandelen mellom EØS-stater. Både konkurranse-loven og EØS-avtalens konkurranseregler kan få anvendelse på ett og samme forhold, og kan anvendes parallelt. EØS-avtalen legger imidlertid begrensninger på anvendelsen av norske konkurranseregler, hvis samhandelsvilkåret er oppfylt. Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA-avtalen) fra 2. mai 1992, protokoll 4 kapittel II artikkel 3 nr. 2 (heretter ODA artikkel 3), gjennomført i norsk rett ved EØS-konkurranse-loven § 7, regulerer forholdet mellom nasjonale konkurranseregler og EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Hensikten bak reglene er å sørge for et mest mulig ensartet konkurranseregulering og håndheving av dette i hele EØS-området.

ODA artikkel 3 andre ledd og EØS-konkurranse-loven § 7 andre ledd slår fast at håndhevingen av nasjonal konkurranse-lovgivning ikke må føre til forbud mot avtaler og ordninger mv. som påvirker samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1. Det vil si at nasjonale konkurranseregler ikke kan forby avtaler og annet samarbeid som ikke er i strid med artikkel 53. Unntaket er hvis det gjelder nasjonale forhold hvor samhandelen ikke er påvirket og regler som har et annet formål enn konkurransereglene. Bestemmelsen er heller ikke til hinder for strengere regulering av ensidig adferd.

<sup>7</sup> Se blant annet Henrik Jorem, *Eiendomsvernet i EMK* (2021) Jussens venner nr. 3 side 83.

## 2.3 Markedsetterforskning i andre jurisdiksjoner

### 2.3.1 EU

#### 2.3.1.1 Arbeidet med et nytt konkurranseverktøy i EU

Kommisjonen gjennomførte i 2020 offentlige høringer og innspillsmøter om blant annet et nytt konkurranseverktøy (New Competition Tool) som skulle gjøre det mulig for Kommisjonen å håndtere strukturelle problemer i markeder og markedssvikt, uten at det var konstatert brudd på konkurransereglene. Bakgrunnen var at erfaringen med håndheving av EUs konkurranseregler tyder på at det er strukturelle konkurranseproblemer som ikke i tilstrekkelig grad kan løses gjennom håndheving av eksisterende regelverk. Et av hovedtemaene i høringen var om verktøyet skulle gjelde generelt for alle sektorer eller kun bestemte sektorer, da særlig digital sektor. På oppdrag fra Kommisjonen ble det også utarbeidet ekspertrapporter, blant annet om behovet for et slikt verktøy, og hvilke prosessuelle regler som i så fall skulle gjelde ved gjennomføringen av en markedsetterforskning.<sup>8</sup> Flere av rapportene anbefaler at det innføres et slikt regelverk, fordi dagens lovgivning ikke er tilstrekkelig for å hindre konkurranseskadelig adferd og markedsstrukturer. Kommisjonen mottok høringsinnspill fra en rekke nasjonale konkurransemyndigheter og markedsaktører.

Høsten 2020 kunngjorde Kommisjonen at den ville fremme to forslag til regulering på det digitale området: forordningen om digitale markeder ('Digital Markets Act' – DMA)<sup>9</sup> og forordningen om digitale tjenester ('Digital Services Act' – DSA).<sup>10</sup> Kommisjonen valgte samtidig å ikke gå

<sup>8</sup> Gregory S. Crawford et al., *An Economic Evaluation of the ECs Proposed «New Competition Tool»*. (2020)

Heike Schweitzer, *The New Competition Tool: Its institutional set up and procedural design* (2020).

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

De tre ekspertutredningene er utarbeidet på oppdrag fra Kommisjonen.

<sup>9</sup> Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2022/1925 av 14. september 2022 om åpne og rettferdige markeder i den digitale sektoren og om endring av direktiv (EU) 2019/1937 og (EU) 2020/1828 (forordning om digitale markeder).

<sup>10</sup> Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2022/2065 av 19. oktober 2022 om digitale tjenester i det indre marked og om endring av direktiv 2000/31/EF (forordning om digitale tjenester).



videre med et generelt markedsetterforskningsverktøy i form av New Competition Tool. Foreløpig har markedsetterforskning bare blitt gjennomført for digitale plattformmarkeder, gjennom DMA.

### 2.3.1.2 Forordningen om digitale markeder (DMA)

DMA fastsetter en forhåndskontroll av adferden til digitale plattformer som tilbyr «sentrale plattformtjenester» ('core platform services') og som fungerer som «portvoktere» ('gatekeepers') for foretak og sluttbrukere. En portvokter er et foretak som tilbyr sentrale plattformtjenester, og som har en betydelig innvirkning på markedene de opererer i. Ifølge forordningen utpeker Kommisjonen hvilke plattformer som får portvokterstatus i henhold til DMA. Dette gjelder i første rekke aktører som oppfyller kvantitative terskelverdier for omsetning, markedsverdi eller antall brukere. I tillegg til utpeking på grunnlag av de kvantitative tersklene, kan Kommisjonen ilegge eller oppheve portvokterstatus basert på en kvalitativ vurdering. Formålet med forordningen er å sørge for en åpen og rettferdig plattformøkonomi, og å forhindre konkurranseskadelig adferd. Aktører som har portvokterstatus, er dermed pålagt visse begrensninger i sin markedsadferd. I september 2023 utpekte Kommisjonen seks selskaper som portvoktere for 22 ulike sentrale plattformtjenester.<sup>11</sup> Utpekinger er ikke permanente, og portvoktere og tjenester skal ikke omfattes av reglene hvis vilkårene ikke lenger er oppfylt.

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

Kommisjonen kan pålegge foretakene adferdsregulerende eller strukturelle tiltak som er proporsjonale og nødvendige for å sikre effektiv overholdelse av forordningen, herunder tidsbegrenset forbud mot foretakssammenslutninger. Kommisjonen skal regelmessig vurdere de pålagte tiltakene, og kan endre dem hvis en ny markedsetter-

forskning viser at tiltakene ikke er tilstrekkelig effektive.

Det prosessuelle regelverket bygger på Kommisjonens prosessuelle kompetanse i saker om overtredelse av forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling i rådsforordning (EU) nr. 1/2003. Dette innebærer at Kommisjonen har vide fullmakter til å kreve opplysninger fra foretak og sammenslutninger av foretak, gjennomføre kontrollbesøk og ta opp muntlige forklaringer.

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

## 2.3.2 Storbritannia

### 2.3.2.1 'Market investigations'

De britiske konkurransemyndighetene har siden 2002 hatt kompetanse til å gjennomføre markedsetterforskninger ('market investigations'). En markedsetterforskning tar sikte på å undersøke om det er egenskaper ved et marked som har en skadelig virkning på konkurransen ('adverse effect on competition' – AEC). Verktøyet kan benyttes i alle markeder. En markedsetterforskning fokuserer typisk på forhold som ikke rammes av bestemmelsene om forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling. Verktøyet muliggjør en helhetlig analyse av konkurransebegrensende forhold i det aktuelle markedet, heller enn å fokusere på enkeltsselskapers adferd. Prosessen kjennetegnes av å være åpen og transparent, og markedsaktørene har gode muligheter for å uttale seg underveis i prosessen. Dette skal sikre forutberegnelighet og kontradiksjon.

Det britiske konkurransetilsynet Competition and Markets Authority (CMA) har gjort beregninger som viser at gjennomføring av markedsundersøkelser og -etterforskninger har ført til besparelser for forbrukerne på 839,5 millioner britiske pund i gjennomsnitt per år i perioden 2017–2020.<sup>12</sup> Dette er langt høyere enn de direkte gjen-

<sup>11</sup> Portvokterne og plattformtjenestene Kommisjonen utpekte er Alphabet (for Googles annonsetjeneste, Google Maps, Google Play, Google Shopping, Google Search, Google Android, Chrome og YouTube), Amazon (for Amazons annonsetjeneste og Amazon Marketplace), Apple (for App Store, Safari og iOS), ByteDance (for TikTok), Meta (for Metas annonsetjeneste, Meta Marketplace, Facebook, Instagram, Messenger og WhatsApp) og Microsoft (for LinkedIn og Windows PC OS).

<sup>12</sup> Competition and Markets Authority, *CMA impact assessment 2019/20* (2020).

nomsnittlige årlige besparelsene som følge av håndheving av forbudsbestemmelsene i konkurranselovgevingen i samme periode, som var 45,2 millioner britiske pund.

### 2.3.2.2 *Nærmere om prosessen*

Før en formell markedsetterforskning starter, gjør CMA eller en annen relevant sektormyndighet en markedsstudie (fase 1). Denne kan settes i gang på eget initiativ eller etter en klage. Over 100 slike markedsstudier har blitt gjennomført de siste 20 årene. Når en markedsstudie igangsettes, må myndigheten offentliggjøre dette. Innen 12 måneder må de lage en rapport som beskriver funnene og foreslåtte tiltak, inkludert om det om det bør åpnes en markedsetterforskning. Markedsstudien kan også resultere i at markedet erklæres velfungerende, at det åpnes en sak om overtredelse av regelverket, eller at det tas andre tiltak, som å godta avhjelpende tiltak fra foretakene, eller gi anbefalinger til myndigheter eller foretak.

Hvis markedsstudien viser at det kan være konkurranseproblemer, kan CMA starte en formell markedsetterforskning (fase 2). Da ser de på markedsstrukturen, aktørenes adferd eller kundenes adferd. Flere vilkår være oppfylt for å gå videre til fase 2, som at det ikke finnes andre mer hensiktsmessige tiltak, problemet er alvorlig nok og det er mulig å iverksette egnede tiltak.

Styret i CMA beslutter om en markedsetterforskning skal åpnes, og utpeker et panel som leder etterforskningen. Panelet formulerer skadehypoteser om potensielle problemer som skal undersøkes.<sup>13</sup> En skadehypotese beskriver hvordan en adferd eller struktur kan begrense konkurransen. Markedsetterforskningen skal være ferdig innen 18 måneder, med en mulighet for forlengelse på seks måneder.

### 2.3.2.3 *Avhjelpende tiltak*

For å styrke konkurransen kan CMA vedta adferdsregulerende eller strukturelle tiltak rettet mot markedsaktørene, akseptere tilbud om avhjelpende tiltak fra markedsaktører, eller gi ikke-bindende anbefalinger til andre offentlige organer om å iverksette tiltak. CMA vurderer om tiltakene er effektive, gjennomførbare og rimelige. Dette inkluderer å sjekke om tiltakene er forholdsmes-

sige, om de går lenger enn nødvendig, om mindre inngripende tiltak kunne oppnådd det samme, og om tiltakene fører til uforholdsmessige ulemper. Offentligheten får uttale seg om tiltakene i en høringsrunde. Beslutninger om tiltak kan ankes til Competition Appeal Tribunal, som er ankedomstolen for konkurransesaker.

## 2.3.3 **Island**

### 2.3.3.1 *Markedsetterforskning på Island*

I 2011 ble artikkel 16 i den islandske konkurranseloven endret for å innføre markedsetterforskning. Lovendringen gav det islandske konkurransetilsynet (Samkeppnisefirlitið) myndighet til å gripe inn mot omstendigheter eller adferd som hindrer, begrenser eller påvirker konkurransen til skade for den offentlige interesse. Dette innebærer at islandske konkurransemyndigheter kan håndtere konkurranseutfordringer som har sitt opphav i strukturelle forhold på samme måte som britiske konkurransemyndigheter.

«Omstendigheter» er nærmere beskrevet som blant annet faktorer knyttet til egenskaper ved det berørte marked. Dette inkluderer organisering eller utvikling av selskaper som opererer i det aktuelle markedet. «Adferd» omfatter både handlinger og unnlatelser av å handle, som er skadelige for konkurransen, uten å være i strid med lovens forbudsbestemmelser.

Verktøyet er generelt, og ikke knyttet til bestemte markeder. Det islandske konkurransetilsynet kan innta et bredere perspektiv enn det tradisjonell håndheving av forbudsbestemmelsene muliggjør. Det innebærer at konkurranseutfordringer i et gitt marked kan håndteres selv om markedsaktørene ikke nødvendigvis opptrer på en konkurransebegrensende måte.

### 2.3.3.2 *Nærmere om prosessen*

Før det eventuelt vedtas avhjelpende tiltak må det gjennomføres en markedsetterforskning. Tilsynet utarbeider en plan for gjennomføringen av markedsetterforskningen. Planen må godkjennes av tilsynets styre, som består av tre medlemmer utnevnt av handelsministeren. Styret oppnevner også en rådgivende komité bestående av minst to tredjeparter, som bistår tilsynet under markedsetterforskningen. Det er fastsatt nærmere regler for gjennomføring av markedsetterforskninger, herunder omfanget, målsetting, transparens, krav til gjennomføring og møter med partene, samt vedtakskompetanse og rettslig prøving.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Office of Fair Trading, Market investigation references. Guidance about the making of references under Part 4 of the Enterprise Act (2006) side 6-8 avsnitt 2.4-2.7.

Basert på markedsetterforskningen kan tilsynet vedta ethvert adferdsregulerende eller strukturelt tiltak som er nødvendig for å fremme konkurranse eller reagere mot offentlige myndigheters konkurransebegrensende praksis. Tiltakene må være proporsjonale med de problemene de skal løse. Vilåret for å ilegge strukturelle tiltak er at effektive adferdsregulerende tiltak ikke finnes eller vil være mer tyngende for foretaket.

### 2.3.3.3 Erfaringer

Foreløpig har islandske konkurransemyndigheter kun gjennomført én markedsetterforskning. Denne var rettet mot import-, grossist-, lagrings- og distribusjonstjenester av drivstoff. De foreløpige analysene viste at det var gode grunner til å tro at drivstoffselskapene hadde etablert et stilltende samarbeid ("tacit collusion") i detaljistmarkedet for drivstoff til kjøretøy. På grunnlag av analysen ble det antydnet at sikring av tredjepartstilgang til lagring og grossistmarkedet, og av de etablerte selskapenes uavhengighet, kunne vurderes for å bedre markedets virkemåte. Det ble også anbefalt å fokusere på rammevilkårene, blant annet for å sikre at konkurransen ikke ble vridd gjennom begrensninger i arealdisponering. Etter vedtaket av avhjelpende tiltak i to fusjonssaker i markedet, samt etablering av en nykommer (Costco), ble det besluttet at funnene fra markedsetterforskningen ikke lenger kunne benyttes som grunnlag for inngrep, da endringene i markedsforholdene var for omfattende.

## 2.3.4 Tyskland

### 2.3.4.1 Innføring av markedsetterforskning

Markedsetterforskning ble innført ved en endring i lov mot konkurranserestriksjoner (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung – GWB) som trådte i kraft 7. november 2023.<sup>14</sup> Bestemmelsen gir det tyske konkurransetilsynet (Bundeskartellamt) hjemmel til å iverksette bindende adferdsregulerende eller strukturelle avhjelpende tiltak på grunnlag av en sektorundersøkelse.

Bundeskartellamt har siden 2005 kunnet gjennomføre sektorundersøkelser ved mistanke om at et marked ikke fungerer som det skal. De har gjennomført sektorundersøkelser blant annet i markedene for dagligvarer, drivstoff, strøm, mei-

eri, sykehus og gassooverføringer.<sup>16</sup> Som regel har sektorundersøkelsene blitt avsluttet med en rapport. Ifølge det føderale departementet for økonomi og klimabeskyttelse (Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz) var det to mangler ved ordningen: sektorundersøkelsene tok for lang tid og Bundeskartellamt manglet fullmakter til å gripe inn mot potensielle konkurranseproblemer som ikke skyldtes overtredelser av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Regelverket ble derfor ikke ansett for å være tilstrekkelig til å løse konkurranseutfordringer som for eksempel skyldes at markeder har blitt svært konsentrerte gjennom foretakssammenslutninger som faller utenfor fusjonskontrollregelverket, uttreden fra markeder, intern vekst eller lav (potensiell) konkurranse grunnet høye etableringshindringer. Det ble derfor foreslått at Bundeskartellamt skulle få hjemmel til å pålegge avhjelpende tiltak, uten at det forelå brudd på konkurransereglene.

### 2.3.4.2 Nærmere om prosessen

#### Sektorundersøkelse

Bundeskartellamt kan iverksette en sektorundersøkelse hvis det foreligger omstendigheter som tilsier at konkurransen kan være begrenset eller vridd. Undersøkelsen kan gjelde bestemte sektorer eller på tvers av sektorer. Bundeskartellamt skal offentliggjøre resultatene av undersøkelsen i en rapport, og kan også be om innspill fra tredjeparter til denne. Hvis rapporten inneholder konkurransepolitiske anbefalinger, må den oversendes til regjeringen.

#### Iverksettelse av tiltak

Etter at rapporten er publisert, kan Bundeskartellamt iverksette en rekke tiltak for å avhjelpe konkurranseproblemer i markedet.

For det første kan de pålegge selskaper meldepplikt for foretakssammenslutninger hvor kjøper og målselskapets omsetning i Tyskland ikke oppfyller meldepliktstersklene. Vilåret er at det foreligger objektive indikasjoner på at fremtidige foretakssammenslutninger vesentlig kan hindre effektiv konkurranse.

For det andre kan Bundeskartellamt pålegge adferdsregulerende eller strukturelle avhjelpende tiltak. Vilåret er at Bundeskartellamt har fastslått

<sup>14</sup> Samkeppniseftirlitið, *Rules on the market investigations carried out by the Competition Authority* (2013).

<sup>15</sup> GWB § 32f om tiltak etter sektorundersøkelse.

<sup>16</sup> En oversikt over sektorundersøkelsene er tilgjengelig på Bundeskartellamts nettsider.

at det foreligger en betydelig og vedvarende konkurransebegrensning, samt at tiltak(ene) er rettet mot foretak som gjennom sin adferd bidrar til å vesentlig begrense konkurransen. Ved valget av tiltak og hvilke foretak disse skal rette seg mot, skal Bundeskartellamt ta hensyn til foretakets markedsposisjon. Bundeskartellamt kan senere utvide tiltakene til også å gjelde for andre foretak.

De avhjelpende tiltakene må være nødvendige for å fjerne eller redusere konkurransebegrensningen, og kan særlig gjelde

- tilgang til data, grensesnitt, nettverk eller andre fasiliteter,
- føringer for forretningsforbindelser mellom foretak i de undersøkte markedene og på ulike markedsnivåer,
- forpliktelse til å etablere transparente, ikke-diskriminerende og åpne normer og standarder
- krav om bruk av visse typer kontrakter eller til utforming av kontrakter, inkludert vilkår om informasjonsdeling,
- forbud mot ensidig utlevering av informasjon som oppmuntrer til parallell adferd mellom foretak, og
- regnskapsmessig eller organisatorisk skille mellom bedrifts- eller virksomhetsområder.

I tilfeller hvor det ikke finnes andre tiltak, eller disse ikke er like effektive eller er mer tyngende for foretaket, kan tilsynet pålegge foretak med dominerende markedsposisjon å selge aksjer eller eiendeler. Bundeskartellamt kan bare pålegge salg av eiendeler som et foretak har ervervet ved en foretakssammenslutning, hvis det har gått minst 10 år siden ervervet ble klarert av Bundeskartellamt, Europakommisjonen eller etter godkjenning av Ministeren for økonomi og klimabeskyttelse. Foretaket må vente minst 5 år før det eventuelt gjenerver eiendelene, med mindre de kan bevise at markedsforholdene er endret slik at det ikke lenger foreligger en betydelig og vedvarende konkurransebegrensning.

Konkurransemyndighetene har en frist på 18 måneder for å avslutte markedsetterforskningen og offentliggjøre en sektorundersøkelsesrapport. Eventuelle avhjelpende tiltak må vedtas innen 18 måneder etter at rapporten ble publisert. Fristene er ikke bindende, men en fristoverskridelse må begrunnes.

## 2.3.5 Danmark

### 2.3.5.1 Innføring av markedsetterforskning

Folketinget vedtok 21. mai 2024 regler om markedsetterforskning i den danske konkurranseloven. Lovendringen trådte i kraft 1. juli 2024.

I november 2023 sendte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Danmarks konkurransetilsyn, et forslag om endringer i den danske konkurranseloven på høring. Forslaget inkluderte blant annet innføringen av markedsetterforskning basert på den engelske ordningen.<sup>17</sup> Begrunnelsen for forslaget sammenfaller i stor grad med forslaget fra Nærings- og fiskeridepartementet i mars 2023. I sitt høringsnotat fremhevet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen viktigheten av å ha virkemidler som er tilpasset og effektive i møte med endringer i konkurranseforholdene. De påpekte spesielt økt digitalisering av markeder, som kan føre til større risiko for markedskonsentrasjon, asymmetrisk tilgang til informasjon og stilltiende samarbeid.

### 2.3.5.2 Nærmere om prosessen

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan undersøke adferd eller strukturer i ett eller flere markeder, hvis det er tegn på at det er forhold som svekker effektiv konkurranse i de aktuelle markedene.

Det er Konkurrencerådet som må godkjenne åpningen av en markedsetterforskning. Konkurrencerådet har det overordnede ansvar for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens håndheving av konkurranseloven. For å sikre stor grad av åpenhet, skal Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gjennomføre en offentlig høring av utkast til beslutning om å iverksette markedsundersøkelse før Konkurrencerådets avgjørelse. Høringen skal sørge for at relevante markedsaktører og myndigheter kan gi innspill, blant annet om konkurranseforholdene på markedet og omfanget av en eventuell markedsundersøkelse.

Hvis Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen under markedsetterforskningen finner at det er adferd eller strukturer i markedet som tydelig svekker effektiv konkurranse, kan de etter å ha rådført seg med relevante markedsaktører og myndigheter, gi pålegg om adferdsregulerende tiltak for å avhjelpe den identifiserte konkurransebegrensningen og fremme effektiv konkurranse. Vedtaket må være rimelig, proporsjonalt og nød-

<sup>17</sup> Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Høring over utkast til forslag til lov om ændring af konkurrenceloven (Krav om anmeldelse af visse fusioner under omsætningstærsklerne, indførelse af mulighed for markedsetterforskning og bødemåling m.v.)* (2023).

vendig for å sikre effektiv konkurranse. Hvis markedsaktører tilbyr avhjelpende tiltak, kan tilsynet treffe vedtak som gjør disse bindende.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen må fatte vedtak om avhjelpende tiltak, gjøre avhjelpende tiltak bindende eller avslutte markedsetterforskningen, senest to år etter at Konkurrencerådets godkjenning av åpningen av markedsetterforskningen ble offentliggjort. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan imidlertid forlenge fristen med inntil seks måneder.

### 2.3.6 Andre land som er i ferd med eller vurderer å innføre markedsetterforskning

Det er flere land som vurderer å innføre en form for markedsetterforskning i sin nasjonale konkurranselovgeving. Dette gjelder blant annet Sverige. Den svenske regjeringen besluttet 28. september 2023 at en særskilt oppnevnt utreder skal vurdere behovet for, og eventuell utforming av, markedsetterforskning. Utredningen skal ferdigstilles innen 28. februar 2025.<sup>18</sup>

Det tsjekkiske konkurransetilsynet har gitt uttrykk for et ønske om en rekke endringer i konkurranseloven, herunder innføring av et verktøy som gir adgang til å iverksette adferdsmessige eller strukturelle tiltak uten at det foreligger brudd på konkurransereglene.<sup>19</sup>

## 2.4 Behovet for markedsetterforskning

### 2.4.1 Gjennomgangen i høringsnotatet

#### 2.4.1.1 Digitale plattformmarkeder og økt bruk av digitale hjelpemidler

Digitalisering av næringslivet bidrar til at tradisjonelle markedsstrukturer utfordres, noe som i flere tilfeller kan gi positive virkninger for konkurransen – og dermed for forbrukerne. Velfungerende konkurranse i digitale markeder er viktig for å realisere disse gevinstene. Som det fremgår av punkt 7.2 i høringsnotatet, kan digitaliseringen i næringslivet også føre til konkurranseutfordringer på grunn av stordriftsfordeler<sup>20</sup> knyttet til til-

gang på betydelige mengder informasjon, samdriftsfordeler<sup>21</sup> gjennom produksjon av flere komplementære produkter og nettverkseffekter.<sup>22</sup>

En annen konsekvens av den teknologiske utviklingen er økt bruk av algoritmer,<sup>23</sup> som kan skade konkurransen i markedet. Økt gjennomslipptid i markedet grunnet bruk av overvåkningsalgoritmer vil for eksempel gjøre det lettere for aktører å koordinere adferd, og kan dermed svekke konkurransen. De kan også gjøre det enklere å samarbeide og gjøre ulovlig samarbeid vanskeligere å avdekke og bevise. Algoritmer forenkler markedsaktørenes innhenting, bearbeiding og tilgjengeliggjøring av store datamengder. Tilgang på store datamengder kan i kombinasjon med maskinlæring, gi aktører et konkurransefortrinn i form av dypere innsikt i markedsforhold og konkurrenters strategier.<sup>24</sup>

Gitt dagens raske teknologiske utvikling forventes foretakenes bruk av digitale hjelpemidler å øke, og det er behov for at Konkurransetilsynet har tilstrekkelige verktøy til å møte potensielle konkurranseutfordringer som følge av digitalisering på en effektiv måte.

#### 2.4.1.2 Utfordringer i markeder for klima- og miljøvennlige produkter

Effektiv håndheving av konkurranseloven er et viktig virkemiddel for omstillingen av norsk økonomi i en bærekraftig retning. Velfungerende konkurranse stimulerer bedrifter både til å bruke ressursene mer effektivt og til innovasjon, som er viktig for grønn omstilling. Effektiv konkurranse kan gi lavere priser på klima- og miljøvennlige varer og tjenester, samt bedre utvalg og kvalitet på produktene. Bærekraftig omstilling i næringslivet vil være sentralt i årene fremover, og det er sentralt at Konkurransetilsynet effektivt kan håndtere potensielle konkurranseutfordringer i markeder for klima- og miljøvennlige produkter.

<sup>18</sup> Folketinget samling 2023-24, L 121 Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven.

<sup>19</sup> Jan Kupčík, *The Czech Competition Authority Acquires New Competition Tool and Call-In Powers Over Merger Transactions* (2024).

CMS Law-Now, *New antitrust tools in the Czech Republic – the Antimonopoly Office requests new powers* (2024).

<sup>20</sup> Stordriftsfordeler betegner situasjoner hvor produksjonskostnadene per enhet faller i antall produserte enheter.

<sup>21</sup> Samdriftsfordeler betegner situasjoner hvor produksjonskostnadene blir lavere når en produsent driver to eller flere aktiviteter i samme foretak framfor å drive hver aktivitet adskilt i hvert sitt foretak.

<sup>22</sup> Nettverkseffekter er egenskaper ved produkter som gjør at verdien av produktet for en kunde avhenger av antallet andre kunder som anvender produktet.

<sup>23</sup> Algoritmer er et sett med operasjoner som, hvis de følges, gir et bestemt resultat, det vil si en oppskrift for å utføre en oppgave eller løse et problem.

<sup>24</sup> Konkurransetilsynet, *Hvilken effekt kan algoritmer ha på konkurransen?* (2021).

### 2.4.1.3 Verdikjeden for mat og dagligvarer

Av høringsnotatets punkt 7.2.3 fremgår det at på lik linje med digitale plattformmarkeder, så er det flere grunner til konkurranseproblemene i dagligvarebransjen. Myndighetenes kartlegging av dagligvarebransjen de siste årene har avdekket utfordringer knyttet til blant annet konsentrerte markeder, vertikal integrasjon, adferd som prisdiskriminering, økt bruk av egne merkevarer og negative servitutter. Disse forholdene kan hver for seg og sammen, føre til at konkurransen mellom de eksisterende dagligvarekjedene svekkes, og at det blir vanskeligere for nye aktører å etablere seg. Innføring av markedsetterforskning i konkurranseloven kan være godt egnet for å håndtere konkurranseutfordringer i dagligvarebransjen. Bakgrunnen er at markedsetterforskning gjør det mulig å se alle ledd i dagligvarebransjen og dens konkurranseutfordringer i sammenheng, i stedet for å fokusere på den enkelte dagligvareaktørs adferd.

### 2.4.1.4 Ensidig adferd fra aktører som ikke er dominerende

Departementet viser i høringsnotatets punkt 7.2.2 til hvordan ensidig adferd fra aktører som ikke er å anse som dominerende i konkurranserettslig forstand kan begrense konkurransen.<sup>25</sup> Dette kan dreie seg om markedsadferd som øker kundenes byttekostnader, for eksempel gjennom bruk av «win-back klausuler»<sup>26</sup> eller lojalitetsprogrammer. Generelt vil markedsadferd som øker kundenes byttekostnader kunne føre til at markedsandelene til eksisterende aktører sementeres, og at det blir vanskeligere for nye aktører å etablere seg.

I konsentrerte markeder er det relativt vanlig at to eller flere produkter selges samlet; for eksempel TV og bredbånd eller mobiltelefon og mobilabonnement. Dette omtales som koblingsalg, og kan ha både positive og negative virkninger for forbrukerne. Hvis det ikke er mulig å kjøpe produktene hver for seg, viser økonomisk teori at koblingsalg kan føre til høyere forbrukerpriser og dermed være uheldig for kundene.

<sup>25</sup> Se Massimo Motta et al., *Intervention triggers and underlying theories of harm. Expert advice for the Impact Assessment of a New Competition Tool*. Ekspertutredning på oppdrag for Kommisjonen (2020).

<sup>26</sup> Win-back klausuler brukes for å tiltrekke tidligere kunder og kunder som vurderer å gå over til en konkurrent. Disse kundene kan tilbys lavere priser og andre fordeler mot at de ikke bytter til en konkurrent. På lik linje med lojalitetsprogrammer kan win-back klausuler bidra til innlåsing ved at berørte kunders byttekostnader øker.

Enkelte bedrifter bruker dessuten prisgarantier der de lover å ha minst like lave priser som konkurrentene. I konsentrerte markeder kan slik markedsadferd føre til at prisene går opp, fordi bedriftene innser at konkurrentene deres raskt vil gjennomføre tilsvarende prisreduksjoner, og derfor ikke ser seg tjent med å sette ned prisene.

### 2.4.1.5 Øvrige utfordringer for konkurransen fremover

Som beskrevet i punkt 7.2.4 i høringsnotatet, gjennomfører aktører i enkelte markeder en rekke oppkjøp av mindre konkurrenter. Hvis en aktør overtar kontroll over flere mindre aktører kan det være vanskelig for Konkurransetilsynet å gripe inn mot den enkelte foretakssammenslutning, fordi det kan være utfordrende å vise at inngrepsvilkåret er oppfylt. Mange oppkjøp over relativt kort tid kan føre til en betydelig økning av markedskonsentrasjonen, uten at Konkurransetilsynet kan gripe inn.

En annen utfordring som ble beskrevet i høringsnotatet punkt 7.2.4 er relatert til paritetsklausuler.<sup>27</sup> Slike klausuler er kontraktsbestemmelser som forplikter en selger eller leverandør til å tilby en vare eller tjeneste til samme pris på tvers av ulike salgskanaler eller ulike kjøpere, og kan ha betydelige konkurransemessige konsekvenser. Mens noen hevder at de sikrer like konkurransevilkår og forhindrer urettferdig prisdiskriminering, mener kritikere at de kan begrense konkurransen og opprettholde høyere prisnivåer for forbrukerne.

To nye EU-regelverk vil påvirke plattformsskapers bruk av paritetsklausuler. Forordning (EU) 2022/1925 om digitale markeder (DMA) forbyr portvoktere å ta i bruk paritetsklausuler. Forordningen er beskrevet ovenfor i punkt 2.3.1. Oppdatert forordning (EU) nr. 2022/720 om gruppefritak for vertikale avtaler (VBER) gir på sin side ikke lenger en trygg havn for såkalte vide paritetsklausuler, og derfor må disse nå vurderes konkret.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Praksisen med paritetsklausuler er utbredt, og anvendes i markeder for elektronikk, hotell- og overnattings tjenester, bilutleie, restauranttjenester m.m. Ved salg til forbruker anvender tilbyderne i disse markedene både egne nettsider og internasjonale teknologiselskapers plattformer. I tillegg til provisjon, regulerer teknologiselskapene priser, kvalitet og andre vilkår ved produktene som omsettes på deres plattformer gjennom ulike typer paritetsklausuler. Horisontale (vide) paritetsklausuler forbyr en produsent å tilby lavere pris eller bedre vilkår uavhengig av alternativ salgskanal. Vertikale (smale) paritetsklausuler åpner for at en produsent kan tilby lavere pris eller bedre tilgjengelighet på konkurrerende teknologiselskapers plattformer, men forbyr leverandøren å gjøre det samme på egen nettside.

## 2.4.2 Høringsinstansenes syn

### 2.4.2.1 Generelt

I høringen av forslaget om markedsetterforskning var flere høringsinstanser kritiske til redegjørelsen i høringsnotatet av aktuelle konkurranseutfordringer, og dette gjelder særlig andre bransjer enn dagligvaremarkedet og digitale markeder. *Advokatforeningen, Arbeidsgiverforeningen Spekter, Coop Norge SA (Coop), Circle K Norge AS (Circle K), Advokatfirmaet Schjødt AS (Schjødt)* på vegne av *Dagligvareleverandørenes Forening (DLF), Norsk Hydro ASA, Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)* og *Schibsted ASA* etterlyser en konkretisering av problemer markedsetterforskning er ment å løse. Det vises til at utfordringene og problemstillingene er teoretiske, nokså overordnet beskrevet i høringsnotatet, og for dårlig utredet når det gjelder alternative tiltak.

Advokatforeningen savner en vurdering av i hvilken grad problemene kunne vært løst ved bruk av forskriftshjemmelen. Markedsetterforskning er generelt utformet, men behovet for virkemiddelet ut over dagligvaremarkedet er etter deres vurdering ikke tilstrekkelig utredet.

Schibsted er kritiske til at dagligvaremarkedet, slik de ser det, fremstår som premissleverandør for forslaget, til tross for at markedsetterforskning er ment å være sektornøytralt. Schibsted presiserer at det er uklart hvordan forskrifter knyttet til prisdiskriminering og servitutter vil redusere konkurranseutfordringene i dagligvaremarkedet, og det er derfor for tidlig å vurdere behovet for innføring av markedsetterforskning.

Circle K, *Finans Norge* og *professor Ronny Gjendemsjø* på vegne av *NorgesGruppen ASA*, etterlyser flere eksempler på markeder med konkurransemessige utfordringer i tillegg til dagligvaremarkedet og digitale markeder. *Finans Norge* mener at markeder med særlige konkurranseutfordringer bør reguleres ved alminnelige lov- eller forskriftsprosesser for det konkrete markedet. Circle K fremhever på sin side at departementet ikke har vist til tilfeller, verken i dagligvaresektoren eller i andre markeder, der Konkurransetilsynet har ønsket å gripe inn, men ikke har hatt hjemmel til å gjøre det. Circle K skriver videre at høringsnotatet i liten grad har gjort en avveining av tilsynets behov og næringslivsaktørens interesser.

Coop viser til at Konkurransetilsynet allerede har omfattende hjemler for å sikre konkurranse, som i likhet med markedsetterforskning er svært ressurskrevende både for tilsynet og markedsaktørene. At Konkurransetilsynet får mulighet til en raskere og mer fleksibel tilnærming er etter Coops syn neppe tilstrekkelig viktig for å veie opp for konsekvensene for berørte aktører.

DLF/Schjødt uttrykker at dagens forbudsbestemmelser og forskriftsregulering er tilstrekkelig for å håndtere både utfordringer knyttet til enkeltaktørens konkurransebegrensende adferd, samt sektorovergrepene i markeder. DLF/Schjødt mener at det bør utredes nærmere hvilke sektorer man eventuelt ser behov for å regulere ved bruk av markedsetterforskning, og at markedsetterforskning må reguleres på en måte som ivaretar berørte markedsaktørens rettsikkerhet. Konkurranseutfordringer som ikke rammes av konkurranselovens forbudsbestemmelser skyldes ifølge DLF/Schjødt forhold i markedet, og ikke enkeltaktørens adferd. Av den grunn mener de at sektorregulering som omfatter alle aktører i et marked er et mer egnet virkemiddel. DLF/Schjødt etterlyser i tillegg en vurdering av hvordan forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14 kan benyttes på de omtalte konkurranseutfordringene, før markedsetterforskning eventuelt innføres.

DLF/Schjødt er også kritiske til det de mener er et brudd med det gjeldende regulerings- og håndhevingsregimet i konkurransepolitikken, og at inngrepshjemmelen i realiteten innebærer en overføring av reguleringsmyndighet fra departementet og regjeringen til Konkurransetilsynet. DLF/Schjødt skriver blant annet at forskrifter «normalt [er] et resultat av en demokratisk prosess, hvor ulike interessenter og eksperter kan bidra gjennom høringer og deltakelse». Videre påpeker de at hensynet til forutsigbarhet ivaretas bedre gjennom dagens reguleringsform, fordi «[r]egulering i forskrift gir klare og generelle retningslinjer som gjelder for alle aktører på markedet» og at dette «gir bedre forutsigbarhet, fordi markedsaktører lettere kan innrette seg i samsvar med de fastsatte reglene».

*Forbrukerrådet* mener at forslaget utfyller forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14, og viser til høringsnotatets eksempler på konkurransekadelig adferd som ikke faller inn under konkurranseloven §§ 10 eller 11. Forbrukerrådet viser til inngrepshjemmelen i konkurranseloven av 1993, og det de anser som en vellykket inngripen i bonusprogrammer i flybransjen med hjemmel i denne.

<sup>28</sup> Kommissjonsforordning (EU) nr. 2022/720 av 10. mai 2022 om anvendelsen av traktatens artikkel 101 nr. 3 på grupper av vertikale avtaler og samordnet opptreden (VBER).

*Freia og Mondelēz Norge (Freia)* mener at fokuset i begrunnelsen for markedsetterforskning fremstår som frakoblet konkurranselovens tiltenkte formål. Freia uttrykker også bekymring for at departementet og/eller Stortinget mister oversikt over de mange ulike vidtrekkende reguleringsforslagene, med en alvorlig risiko for at helheten av slike reguleringer går langt ut over det som er nødvendig for å avhjelpe konkurranseproblemer.

*Konkurransetilsynet* mener at det foreslåtte verktøyet er et viktig supplement til dagens lovgivning, fordi det gir anledning til å korrigere markedssvikt som ikke håndteres effektivt gjennom dagens lovverk. De viser til at utviklingen i digitaliserte og mer komplekse markeder bekrefter behovet for et regelverk som også gir mulighet for å håndtere fremtidige utfordringer. Videre påpeker tilsynet at markedsetterforskning kan håndtere utfordringene i dagligvaremarkedet mer målrettet enn generelle forskrifter.

*Hovedorganisasjonen Virke (Virke)* mener at behovet for markedsetterforskning ikke er til stede. De viser til at Konkurransetilsynet vil kunne treffe bindende vedtak mot markedsaktører uten at det foreligger overtredelse av forbudene i konkurranseloven. En vid inngrepshjemmel vil redusere aktørenes insentiver til å konkurrere, fordi den fører til usikkerhet for om det å konkurrere seg til høye markedsandeler på lovlig måte kan føre til inngrep.

Videre retter Virke kritikk mot at høringsnotatet legger stor vekt på at det finnes tilsvarende verktøy i andre jurisdiksjoner, uten at omtalen er dekkende for hva som faktisk er innført, status for prosessene eller hvor omdiskuterte de er i de aktuelle landene.

#### 2.4.2.2 Digitale plattformmarkeder og økt bruk av digitale hjelpemidler

Advokatforeningen, Circle K, Coop, Finans Norge, NHO, Norsk Hydro og Schibsted mener at innføring av forordning (EU) 2022/1925 om digitale markeder (DMA) er et bedre alternativ enn innføring av markedsetterforskning. Schibsted og DLF/Schjødt mener dessuten at det ikke er redegjort for om problemstillingene er særnorske og dermed ikke reguleres av annen relevant europeisk lovgivning. I markeder med internasjonal utstrekning vil det gi mer forutberegnelighet for markedsaktørene med en harmonisert lovgivning i stedet for norske særreguleringer.

Høringsnotatet viser til tilsvarende verktøy i andre jurisdiksjoner, men Advokatforeningen

påpeker at EU har begrenset seg til DMA, og at ordningen i Storbritannia synes å ha bedre rettsikkerhetsgarantier gjennom at forslags- og vedtakskompetanse ligger hos ulike organer.

Circle K etterlyser en redegjørelse for bekymringene som de nordiske konkurransemyndighetene hadde i forbindelse med Europakommisjonens forslag til 'New Competition Tool'.<sup>29</sup> Også Norsk Hydro viser til at de nordiske konkurransemyndighetene i en rapport fra 2020 framhever viktigheten av et harmonisert internasjonalt regelverk om digitale plattformer, som er transparent og forutberegnelig. Sett fra disse høringsinstansenes ståsted taler hensynet til regelharmonisering i EU/EØS mot innføring av et særnorsk markedsetterforskningsverktøy.

DLF/Schjødt mener at innføring av markedsetterforskning bør avvendes inntil man vet om DMA vil bli implementert i norsk rett, og at utfordringene knyttet til digitale markeder ikke gir grunnlag for å innføre markedsetterforskning. En eventuell særregulering som resulterer i enkeltvedtak fra Konkurransetilsynets side vil, slik DLF/Schjødt ser det, fort kunne være i strid med DMA-systemet.

NHO mener at det er nødvendig med en nærmere analyse av digitaliseringens rolle i norsk konkurransepolitikk før utforming av ny politikk.

NorgesGruppen/Gjendemsjø mener at det er få holdepunkter for at det er reelle konkurranseproblemer i markeder utenfor de digitale markedene, hvor gjeldende konkurranseregler ikke strekker til.

Konkurransetilsynet mener at eksistensen av stor- og samdriftsfordeler samt nettverkseffekter og behov for data, kan føre til konkurranseutfordringer som det kan være utfordrende å håndtere innenfor dagens lovverk. Konkurransetilsynet deler departementets bekymring om at økt bruk av algoritmer kan legge til rette for stilltiende samarbeid, og at dagens lovgivning ikke i tilstrekkelig grad er egnet til å løse slike utfordringer. Etter tilsynets oppfatning legger departementets forslag opp til at positive effekter ved digitalisering også skal inngå i vurderingen av om et gitt avhjelpende tiltak er forholdsmessig for å avhjelpe en vesentlig konkurransebegrensning.

*Regelrådet* mener at departementet utredet godt om hvordan blant annet moderne teknologi kan føre til uheldige konkurransesituasjoner i

<sup>29</sup> Se for eksempel rapporten *Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level* fra de nordiske konkurransetilsynene (2020).



digitale markeder som er vanskelig å føre tilsyn med etter dagens regulering.

DLF/Schjødt mener at eventuelle utfordringer knyttet til bruk av algoritmer ikke begrunner innføring av markedsetterforskning, og at det ikke vises til konkrete eksempler på tilfeller der forbudsbestemmelsene eller forskriftshjemmelen i konkurranseloven ikke kan anvendes for å håndtere berørte konkurranseutfordringer. De mener at man vet lite om aktuelle konkurranseutfordringer knyttet til algoritmebruk, og bør avvente utvikling i EU-praksis. DLF/Schjødt mener også at det vil kunne være i strid med EØS-retten å forby algoritmebruk. Videre viser de til Kommisjonens oppdaterte horisontale retningslinjer, som flere steder behandler spørsmålet om når bruk av algoritmer kan rammes av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.<sup>30</sup> Etter DLF/Schjødts syn fordrer konkurranseutfordringer med opphav i algoritmebruk langt grundigere utredning, før Konkurransetilsynet gis adgang til på rent skjønnsmessig grunnlag å gjøre inngrep gjennom markedsetterforskning.

#### 2.4.2.3 *Utfordringer i markeder for klima- og miljøvennlige produkter*

DLF/Schjødt mener at departementet ikke forklarer hvordan markedsetterforskning konkret kan bidra til å fremme grønn omstilling. DLF/Schjødt etterlyser konkrete eksempler på sektorer med bærekraftsutfordringer og hevder at forslaget om å innføre et markedsetterforskningsverktøy er lite egnet til å imøtegå miljø- og bærekraftsutfordringer. Slik DLF/Schjødt ser det vil ikke økt regulering eller inngrep bidra til å fremme bærekraft i næringslivet, men snarere forhindre grønne omstillingsinitiativ. DLF/Schjødt peker på at reglene om fusjonskontroll ikke åpner for inngrep utelukkende for å fremme bærekraftsinitiativ i næringslivet. Videre viser DLF/Schjødt til et konkurransepolitisk notat fra Kommisjonen der Kommisjonen, ifølge DLF/Schjødt, argumenterer for at mer lempelig regulering er nødvendig for å fremme bærekraftsinitiativ i næringslivet.<sup>31</sup> DLF/Schjødt peker dessuten på at verken Kommisjonen eller Konkurransetilsynet har kompetanse til å gripe inn i en foretakssammenslutning utelukkende fordi det er sannsynlig at den vil kunne være miljøskadelig.

<sup>30</sup> European Commission, *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements* (2023/C 259/01).

<sup>31</sup> Kommisjonen, *Competition policy brief* (2021).

#### 2.4.2.4 *Verdikjeden for mat og dagligvarer*

Advokatforeningen og Coop fremhever at hvis departementet ønsker å styrke konkurransen i dagligvaremarkedet, er det etter deres syn nødvendig med en bred utredning hvor alle igangsatte tiltak vurderes og ses under ett, slik at det sikres en helhetlig, treffsikker og god tilnærming. Dette bør gjøres før det vurderes å innføre et nytt og inngripende verktøy, i hvert fall hvis en vesentlig del av begrunnelsen for innføring av markedsetterforskning i konkurranseloven er at det skal brukes i dagligvaremarkedet. Hvis Konkurransetilsynet allerede har identifisert aktuelle problemstillinger i dagligvaremarkedet hvor verktøyet er tenkt benyttet, mener Coop at et generelt verktøy – som skaper usikkerhet for aktører i alle markeder – ikke er veien å gå. I stedet bør det utformes spesifikke tiltak rettet mot de aktuelle identifiserte problemområdene.

Circle K mener at effekten av forskrifter rettet mot dagligvaresektoren må klarlegges før en går videre med forslaget om markedsetterforskning.

Finans Norge, Freia, *Hennig-Olsen Is AS (Hennig-Olsen)* og Norsk Hydro mener at en bør avvente effektene av andre tiltak og forslag innen dagligvare før et bransjenøytralt markedsetterforskningsverktøy innføres.

Konkurransetilsynets vurdering er at markedsetterforskning, sammenlignet med dagens lovgivning, kan være en mer effektiv måte å redusere eventuelle etableringshindringer med opphav i ulike innkjøpspriser. Markedsetterforskning legger bedre til rette for en samlet og helhetlig analyse av etableringshindringene for å oppnå mest mulig formålstjenlige tiltak for sektoren.

*Orkla AS* mener at en større del av rabatter og ytelser som fremforhandles mellom dagligvarekjeder og leverandører må komme forbrukerne til gode. I dag er det liten sammenheng mellom priser fra leverandørene og prisene som forbrukerne betaler i butikkene. Det er også viktig at tjenester som transport, lagring osv. som utføres i grossistleddet prises likt for leverandørenes merkevarer og dagligvarekjedenes egne merkevarer. Videre mener Orkla at det bør iverksettes reguleringer av egne merkevarer og kjedespesifikke leveranser.

*NHO Service og Handel* trekker frem forslaget om en prisdiskrimineringsforskrift som et mer direkte og bransjetilpasset virkemiddel enn markedsetterforskning hvis mulige rettskraftige tiltak uansett vil ligge langt frem i tid. En forskrift er etter deres syn bedre egnet til å treffe målgruppen, og vil effektivt avbøte dokumenterte konkurranseproblemer slik at eventuelle leverandørers

prisdiskriminering ikke videreføres. En forskrift vil sikre likebehandling av leverandører med betydelig markedsmakt, samt være mindre ressurskrevende og dessuten hørt offentlig. Ut fra Konkurransetilsynets egne tidligere undersøkelser og effekter av prisleforskjeller, vurderer NHO Service og Handel en prisdiskrimineringsforskrift som det mest målrettede tiltaket for dagligvaresektoren.

Norsk Hydro mener at departementet bør avvente virkningen av bransjespesifikke tiltak som inngår i regjeringens tipunksplan for markedsetterforskning eventuelt innføres.

*Reitan Retail AS* mener at en forskrift er et bedre egnet virkemiddel enn markedsetterforskning, og understreker at det er nødvendig med innføring av et forbud mot usaklig prisdiskriminering.

### 2.4.3 Departementets vurdering

#### 2.4.3.1 Innledning

Etter departementets vurdering viser konkurranseutfordringene beskrevet i punkt 2.4.1 behovet for markedsetterforskning. For eksempel kan utfordringer i forbindelse med bruk av digitale hjelpemidler og en økende grad av digitalisering, gjøre seg gjeldende i en rekke ulike markeder. Begrunnelsen for at markedsetterforskning skal være sektornøytralt, er at det skal kunne gjennomføres markedsetterforskning uavhengig av marked og bransje, for å håndtere fremtidige konkurranseutfordringer som ikke håndteres effektivt med dagens konkurranseregler. Etter departementets syn er det derfor nødvendig med nye virkemidler i konkurranseloven for å gjøre den mer effektiv i møte med eksisterende og fremtidige konkurranseutfordringer.

Departementet reiste spørsmålet om markedsetterforskning i konkurranseloven i forbindelse med høringen av forslaget til forskrift om forskjeller i innkjøpspriser i dagligvarehandelen høsten 2022. Markedsetterforskning er imidlertid ikke innrettet spesielt mot dagligvarebransjen, og det har ikke vært intensjonen å begrense det til enkelt markeder. Det fremgår også av begrunnelsen for, og anvendelsen av, markedsetterforskning i andre land som har eller vurderer å innføre tilsvarende verktøy. Særlig utfordringer knyttet til digitaliseringen av ulike markeder er vektlagt i andre land som har innført eller vurderer tilsvarende verktøy.

#### 2.4.3.2 Digitale plattformmarkeder og økt bruk av digitale hjelpemidler

DMA retter seg mot globale teknologiselskap. Etter departementets syn kan det imidlertid også være andre aktører som ikke omfattes av DMA, som kan bidra til konkurranseutfordringer i nasjonale markeder. Utviklingen i samfunnet og næringslivet skjer i en hastighet som øker behovet for et fleksible verktøy, og viktigheten av å være i forkant av problemene. Dette gjør seg særlig gjeldende i digitale markeder. Departementets vurdering er derfor at markedsetterforskning vil være et godt supplement til DMA.

Mange forbrukere verdsetter tjenestene teknologiselskaper tilbyr gjennom sine digitale plattformer, og opplever dem som nyttige hjelpemidler som bidrar til å redusere deres søkekostnader. Et eksempel er ved kjøp av restaurant-, hotell- og overnattingstjenester over nett. Tall for 2020 viser for eksempel at 38 prosent av alle europeiske hotellreservasjoner foretatt på nett, ble gjort via digitale bookingplattformer som *Hotels.com* og *Booking.com*.<sup>32</sup> Teknologiselskapers praksis med paritetsklausuler<sup>33</sup> trenger ikke være i strid med konkurranseloven, DMA, eller den oppdaterte gruppefritaksforordningen for vertikale avtaler med tilhørende retningslinjer. Departementet mener derfor at det er et behov for markedsetterforskning som gjør det mulig til å treffe tilpassede tiltak basert på praksisens potensielle konkurransemessige utfordringer og effektivitetsgevinster.

Flere høringsinstanser mener det er behov for grundigere utredning av algoritmers effekt på konkurransen. Etter departementets syn underbygger dette behovet for markedsetterforskning. Hensikten med markedsetterforskning er å gi Konkurransetilsynet mulighet til å håndtere konkurranseutfordringer mer målrettet og fleksibelt når de oppstår. Dette gjelder særlig for eventuelle nye og fremtidige utfordringer, for eksempel knyttet til algoritmebruk.

Etter departementets syn vil markedsetterforskning også fungere bedre til å håndtere konkurranseutfordringer i digitale markeder enn regulering gjennom forskrifter. En fordel med inngrep i form av enkeltvedtak sammenholdt med inngrep i form av forskrift, er at førstnevnte kan utformes mer presist og treffende.

<sup>32</sup> Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, *Forbrugerne lader algoritmen velge hotelopholdet* (2023).

<sup>33</sup> Se punkt 2.4.1.5 og fotnote 27.

For eksempel kan det være vanskelig å regulere bruken av algoritmer som legger til rette for stilltende samarbeid på en treffsikker måte i forskrift. Økt bruk av algoritmer kan ha negative virkninger på konkurransen, men det kan også være fordeler forbundet med algoritmer, jf. punkt 2.4.1.1 over. Algoritmer kan blant annet gjøre det lettere for forbrukere å sammenligne priser og produkter fra ulike tilbydere. For bedrifter kan algoritmer gjøre det enklere å reagere effektivt på endrede markedsforhold. Videre vil bruken av algoritmer og selve teknologien også kunne utvikle seg raskt. De konkurransemessige konsekvensene ved bruk av algoritmer vil derfor også kunne endre seg hurtig. Gitt kompleksiteten ved bruk av algoritmer, kan det være vanskelig å utforme en generell forskrift som bare rammer problematisk bruk av algoritmer, og som samtidig er tilstrekkelig fleksibel til å ta høyde for videre utvikling.

I digitale plattformmarkeder vil muligheten til å fatte enkeltvedtak ofte være en forutsetning for at konkurranseutfordringene skal kunne løses. Som beskrevet i punkt 2.4.2.1, oppstår konkurranseutfordringer i digitale plattformmarkeder ofte på grunn av komplekse markedsforhold som kan føre til en varig uheldig markedsstruktur. Disse grunnleggende utfordringene kan være et resultat av en kombinasjon av faktorer, inkludert bedriftenes adferd, teknologiske forhold og forbrukeradferd.<sup>34</sup>

Samtidig vil det også i digitale plattformmarkeder kunne være viktig å iverksette tiltak raskt, blant annet fordi slike markeder kan «tippe».<sup>35</sup>

#### 2.4.3.3 *Utfordringer i markeder for klima- og miljøvennlige produkter*

Departementet vurderer at forslaget om å innføre markedsetterforskning kan føre til økt effektivitet ved å oppnå bærekraftsgevinster. Målrrettede konkurransefremmende tiltak i relevante markeder, pålagt i en markedsetterforskning, kan bidra til å oppnå disse gevinstene. Markedet for hurtiglading av el-biler er et eksempel på et marked som Konkurransetilsynet følger nøye. Effektiv konkurranse i dette markedet er viktig for omstillingen til en mer klima- og miljøvennlig bilpark.

<sup>34</sup> Se blant annet Heike Schweitzer, *The New Competition Tool: Its institutional set up and procedural design* (2020). Ekspertutredning på oppdrag for Europakommisjonen.

<sup>35</sup> At et marked «tipper», innebærer typisk at én eller flere aktørers fordel i et marked forsterker og forplanter seg på en slik måte at disse aktørene etter hvert sitter igjen alene i markedet, med tilhørende markedsrett.

DLF/Schjødt gir i sitt høringssvar uttrykk for at departementet ikke forklarer hvordan markedsetterforskning konkret kan bidra til å fremme grønn omstilling, og at forslaget ikke egner seg til å imøtegå utfordringer i markeder knyttet til miljø og bærekraft. Til dette vil departementet vise til at velfungerende konkurranse bidrar til å stimulere bedriftenes insentiver til kostnads-effektiv drift, innovasjon og omstilling. Bærekraftshensyn preger i dag store deler av næringslivet, og bedrifter som ikke tilpasser seg forbrukernes preferanser for klima- og miljøvennlige produkter vil bli utkonkurrert. I tråd med sin strategiske målsetting «bærekraft gjennom konkurranse», prioriterer Konkurransetilsynet håndhevingssaker som berører nøkkelnæringer med viktige bærekraftsaspekter. Markedsetterforskning vil bidra til å styrke tilsynets arbeid med å fremme konkurransen i markeder generelt – ikke minst i nøkkelnæringer for grønn omstilling som energi- og transportsektoren – og kan på den måten bidra til grønn omstilling.

#### 2.4.3.4 *Verdikjeden for mat og dagligvarer*

Forslaget om forskrift om prisdiskriminering omhandler en avgrenset del av konkurranseutfordringene som er aktuelle for dagligvaremarkedet. Det er derfor departementets vurdering at en forskrift ikke vil være et alternativ til markedsetterforskning, som vil ha et videre virkeområde. Departementet er også enig i at eventuelle ytterligere tiltak i dagligvarebransjen ikke bør gjennomføres uten en grundig utredning. Innføring av markedsetterforskning bidrar til at Konkurransetilsynet kan analysere dagligvaremarkedet og mulige relevante tiltak på en mer helhetlig måte. Hvis markedsetterforskning tas i bruk i dagligvaremarkedet, vil virkningene av øvrige tiltak nødvendigvis måtte inngå i en slik analyse. Videre vil markedsetterforskning, i motsetning til en forskrift, gi adgang til å treffe vedtak rettet mot én eller et fåtall aktører i et marked, noe som kan gjøre det mulig å innføre mer målrrettede og treffsikre tiltak. Dette vil bidra til å redusere risikoen for at tiltakene får utilsiktede negative virkninger. Departementet er enig når Konkurransetilsynet i sitt høringssvar fremhever at markedsetterforskning vil legge til rette for en helhetlig analyse for å oppnå treffsikre tiltak for dagligvarebransjen.

Departementet vurderer at utfordringene i dagligvaremarkedet viser hvordan markedsetterforskning kan være et godt supplement til sektorregulering gjennom forskrift.

I departementets høring av forslag til forskrift mot usaklige forskjeller i innkjøpspriser i dagligvaremarkedet, viste flere av høringsinstansene til at muligheten for å fatte enkeltvedtak hvis markedsetterforskning blir innført, kan være en mer egnet tilnærming for å håndtere denne problemstillingen.

I tillegg til utfordringer knyttet til prisdiskriminering, er regjeringen også bekymret for en rekke andre forhold som kan svekke konkurransen i dagligvaremarkedet, herunder utbredelsen av egne merkevarer og vertikal integrasjon.

#### 2.4.3.5 *Ensidig adferd og øvrige konkurranseutfordringer*

Høringsinstansene har ikke hatt innspill til omtalen i høringsnotatet av henholdsvis ensidig adferd fra aktører som ikke er dominerende og øvrige konkurranseutfordringer som ikke kan håndheves ved bruk av dagens forbuds- og inngrepsbestemmelser. Departementet vurderer at markedsetterforskning vil gjøre det mulig for Konkurransetilsynet å håndtere disse konkurranseutfordringene mer helhetlig og effektivt. Flere aktører mener imidlertid at høringsnotatet ikke gjør det klart hvor skillet mellom ensidige handlinger og samarbeid går. Dette har særlig betydning for tilfeller der samhandelskriteriet er oppfylt og EØS-avtalens regler om forholdet mellom nasjonal konkurranselovgivning og EØS-konkurransereglene får anvendelse. Se punkt 3.5.1 for en nærmere redegjørelse om dette.

#### 2.4.3.6 *Særlig om behovet for markedsetterforskning i lys av forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14*

Departementet merker seg at flere høringsinstanser mener at dagens konkurranselov, og særlig forskriftshjemmelen i § 14, er tilstrekkelig til å løse de problemstillingene som høringsnotatet beskriver, og at markedsetterforskning vil overføre lovgivningsmyndighet fra departementet til Konkurransetilsynet.

Innføring av markedsetterforskning i konkurranseloven vil ikke erstatte eller endre departementets forskriftskompetanse. Markedsetterforskning vil være et virkemiddel til bruk ved alvorlige konkurranseproblemer i markeder som ikke kan løses effektivt gjennom håndhevelse av forbudsbestemmelsene eller ved generell regulering gjennom forskrift etter § 14.

Konkurransetilsynet gjennomfører allerede i dag markedsundersøkelser og publiserer rappor-

ter o.l. om funnene. Hvis tilsynet finner at offentlige reguleringer skader konkurransen, kan de påpeke dette overfor dem det gjelder. Hvis tilsynet finner at det er behov for regelverksendringer, kan de foreslå at det gis en forskrift etter § 14 eller foreslå endringer i annet regelverk. Forslaget til regler om markedsetterforskning vil ikke endre dette, men gi tilsynet en mulighet til å treffe enkeltvedtak rettet mot enkeltaktører i tilfeller hvor dette er det mest effektive virkemiddelet.

Innføring av markedsetterforskning endrer heller ikke på rollefordelingen mellom regjering/departement og Konkurransetilsynet. Det er fremdeles regjeringen som har ansvar for konkurransepolitikken. Markedsetterforskning vil gi Konkurransetilsynet mulighet til å gripe inn mot adferd eller andre forhold i et marked som ikke generelt er konkurranseskadelig, men som sett på bakgrunn av markedsforholdene fører til eller er egnet til å føre til en vesentlig begrensning av konkurransen i det konkrete tilfellet. Verktøyet vil også gjøre det mulig å tilpasse tiltaket, slik at det i størst mulig grad løser konkurranseproblemene uten at det går lenger enn nødvendig, og reduserer dermed faren for utilsiktede negative virkninger.

Forskriftshjemmelen i § 14 er rettet mot tilfeller hvor det er markedsaktørenes adferd som begrenser konkurransen, jf. ordlyden «vilkår, avtaler og handlinger», mens markedsetterforskning primært vil rette seg mot «forhold» i markedet. Begrepet «forhold» kan omfatte adferd, men tar hovedsakelig sikte på strukturelle problemer i markedet knyttet til for eksempel etableringshindringer, horisontal konsentrasjon, vertikal integrasjon m.m.

Utgangspunktet er at en forskrift regulerer rettigheter eller plikter til «et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer», jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c. En forskrift med hjemmel i konkurranseloven § 14 vil derfor, avhengig av hvordan den utformes, i utgangspunktet gjelde generelt for alle eller en stor andel av aktørene i et marked.

Saksbehandlingsreglene er også forskjellige for enkeltvedtak og forskrifter. Saksbehandlingsreglene ved enkeltvedtak gir en sterkere stilling for den som er part i medhold av forvaltningsloven. Blant disse rettighetene, som også vil få anvendelse ved vedtak om avhjelpende tiltak i markedsetterforskningssaker, er retten til forhåndsvarsel, utrednings- og informasjonsplikt for forvaltningsorganet (forvaltningsloven § 17), innsynsrett (forvaltningsloven §§ 18 til 21), begrunnelsesplikt (forvaltningsloven §§ 24 til 25), samt

klage- og søksmålsadgang (forvaltningsloven § 27 b og kapittel VI).

Hvis Konkurransetilsynet etter å ha gjennomført en markedsetterforskning ser at det er behov for en generell regulering av (forhold i) markedet, vil det fremdeles være en forskrift som er det riktige virkemiddelet. Vedtak om avhjelpende tiltak er derimot tenkt for de tilfellene hvor tiltak rettet mot bestemte foretak er det beste virkemiddelet. Markedsetterforskning gir med andre ord Konkurransetilsynet både mer fleksibilitet og treffsikkerhet.

Et enkeltvedtak gir mulighet for større detaljeringsgrad, samtidig som vedtaket ikke går lenger enn nødvendig slik at det er fare for å regulere forhold som ikke er konkurransebegrensende.

På den annen side kan det også være aspekter ved en forskrift etter § 14 som gjør en slik tilnærming godt egnet til å forhindre at markeder tipper og etableringshindringene blir betydelige. En forskrift åpner for ex-ante regulering, for eksempel ved å legge til rette for at selskaper må dele informasjon for å hindre at markeder tipper. En forskriftsregulering kan derfor legge til rette for at problematisk adferd ikke oppstår, noe som er bedre enn å reparere en konkurranseskade som allerede er skjedd. Forutsetningen er imidlertid at forskriftsreguleringen er klar og tydelig, og at den etterlevs.

Partenes adgang til å foreslå avhjelpende tiltak i forbindelse med en markedsetterforskning vil utvide partenes mulighet til å påvirke utfallet av en markedsetterforskning, sammenlignet med en forskriftsregulering etter § 14, se lovforslaget § 42 andre ledd.

Departementet deler ikke vurderingen til høringsinstansene som mener at inngrepshjemmelen innebærer en overføring av reguleringsmyndighet fra departementet til Konkurransetilsynet. For det første er inngrepsterskelen høyere i markedsetterforskningssaker, hvor forutsetningen for å fatte vedtak er at det foreligger forhold som vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen i strid med lovens formål. Til sammenligning er det ikke noe vesentlighetskrav i forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14, men kun et krav om at det eksisterer «vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurranse i strid med lovens formål».

For det andre viser departementet til at flere endringer i konkurranseloven har hatt til hensikt å øke Konkurransetilsynets uavhengighet ved håndheving av konkurranseloven. Eksempler på dette er regelen i konkurranseloven § 8 tredje ledd som slår fast at Konkurransetilsynet ikke kan instrueres i enkeltsaker, opprettelsen av Konkurranseskagenemnda, og at muligheten til politisk overprøving av Konkurransetilsynets avgjørelse i foretakssammenslutninger av prinsipiell eller med stor samfunnsmessig betydning ble fjernet. Disse endringene har blant annet vært begrunnet i at det utelukkende skal være konkurransefaglige vurderinger som ligger til grunn for Konkurransetilsynets virksomhet. At Konkurransetilsynet gis nye hjemler for å håndtere alvorlige konkurransebegrensninger, er etter departementets syn ikke å overføre reguleringsmyndighet, men en erkjennelse av at Konkurransetilsynet trenger nye og mer fleksible virkemidler.

## 3 Forslag om å innføre markedsetterforskning

### 3.1 Overordnet om forslag til markedsetterforskning

---

#### 3.1.1 Forslaget i høringsnotatet

Departementet foreslo i høringsnotatet at Konkurransetilsynet skulle gis mulighet til å iverksette markedsetterforskning hvis det er forhold som tilsier at konkurransen er begrenset eller står i fare for å bli begrenset. Departementet viste til at Konkurransetilsynet allerede gjennomfører markedsundersøkelser som en del av tilsynet med konkurransen i ulike markeder, og har en generell hjemmel til å innhente informasjon som er nødvendig for å utføre sine gjøremål etter konkurranseloven.

Departementet viste til at den viktigste endringen i forslaget derfor var at Konkurransetilsynet i en markedsetterforskning, gis hjemmel til å treffe bindende konkurransefremmende vedtak mot markedsaktører uten at (det foreligger mistanke om at) én eller flere aktører har brutt forbudsbestemmelsene, eller er part i en foretakssammenslutning som behandles av Konkurransetilsynet.

Departementet påpekte i høringsnotatet at selve informasjonsinnhentingsdelen av markedsetterforskningen ikke vil skille seg markant fra Konkurransetilsynets arbeid i dag. Fordi en markedsetterforskning kan resultere i inngripende tiltak mot foretak som opptrer i overensstemmelse med konkurranseloven, mente imidlertid departementet at det burde gis regler om gjennomføring av en markedsetterforskning som i størst mulig grad sikrer forutsigbarhet og gjennomsiktighet for markedsaktørene. Departementet vurderte derfor at det er viktig at det eksisterer rettslige terskler for å åpne og gripe inn etter en markedsetterforskning, og at det burde gjelde en høyere terskel for å gripe inn i markedet enn for å åpne markedsetterforskning.

Departementet viste i høringsnotatet til at markedsetterforskning kan ha ulike utfall, herunder pålegg om avhjelpende tiltak rettet mot ett eller flere foretak, avhjelpende tiltak som foreslås av foretakene, påpekning av behov for endring av offentlige myndigheters konkurransebegrensende tiltak, eller forslag om ny regulering som vil gjelde

generelt, eksempelvis i sektoren som er undersøkt. Videre påpekte departementet at Konkurransetilsynet også kan anvende en kombinasjon av de nevnte virkemidlene, når dette er formålstjenlig. I høringsnotatet foreslo departementet at tilsynet også kan fatte midlertidige vedtak om avhjelpende tiltak, når dette foreslås av partene eller når det vurderes nødvendig for å sikre konkurransen.

#### 3.1.2 Høringsinstansenes syn

Flere av høringsinstansene mener at forslaget om markedsetterforskning burde vært utredet grundigere. *Advokatforeningen, Circle K Norge AS, Finans Norge, Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO), Norges Bondelag, NHO Mat og Drikke, Norsk Hydro ASA, Nortura SA, Orkla AS, Reitan Retail AS og TINE SA* tok til orde for at forslaget burde vært vurdert av et offentlig oppnevnt utvalg gjennom en NOU. En hovedinnvending fra de fleste av høringsinstansene er at forslaget er for inngripende for næringslivet, at Konkurransetilsynet får en for vid inngrephjemmel, i tillegg til at forslaget vil true tilsynets politiske uavhengighet. Flere er også kritiske til at forslaget ikke inneholdt noen krav om faktisk brudd på konkurranseloven for at vedtak kan treffes.

Advokatforeningen har også uttalt følgende om begrepsbruken: Gitt at verktøyet ikke skal benyttes til å etterforske mulige lovbrudd, ville det etter Advokatforeningens vurdering være mer persist, og mindre belastende, å omtale det foreslåtte verktøyet som et markedsundersøkelsesverktøy, og ikke markedsetterforskningsverktøy. Også NHO mener at verktøyet burde ha et annet navn, fordi begrepet «etterforskning» etter NHOs mening vil gi inntrykk av at det er mistanke om ulovligheter. Nortura mener også at navnet er misvisende, og at slik de oppfatter forslaget er det i realiteten et markedsreguleringsverktøy.

*Professor Ronny Gjendemsjø* sier i sin høringsuttalelse på vegne av *NorgesGruppen ASA* at forutsatt at rammene for et nytt etterforskningsverktøy er riktige, er NorgesGruppen positiv til at det innføres. De har imidlertid innspill til flere endringer i den foreslåtte ordningen.

Det er kun et fåtall av høringsinstansene som har overveiende positive merknader til forslaget. *Konkurransetilsynet* støtter behovet for markedsetterforskning da det vil kunne adressere konkurranseutfordringer mer effektivt. *Forbrukerrådet* uttrykker i sin høringsuttalelse også støtte til forslaget om markedsetterforskning, og mener at det er et godt virkemiddel for å gripe inn mot forhold som er konkurransebegrensende, men som ikke faller inn under eksisterende forbudsbestemmelser. *Landbruksdirektoratet* sier i sin høringsuttalelse at de er positive til og støtter forslaget om markedsetterforskning, men understreker at lovforslagets forhold til landbrukspolitikken tydelig må avklares.

*Regelrådet* har gitt høringsuttalelse under henvisning til at innføringen av markedsetterforskning vil kunne påvirke mange aktører innen flere bransjer, og at tiltak iverksatt etter markedsetterforskning potensielt kan medføre store kostnader for næringslivet. Regelrådet uttaler også at forslaget vil kunne begrense næringslivets forutberegnelighet, da Konkurransetilsynet gis mulighet til å gripe inn i konkurranseforhold som ikke faller inn under konkurranselovens forbuds- og inngrepsbestemmelser. Regelrådet mener at det er viktig at innføringen av et såpass inngripende verktøy gjøres på grunnlag av en grundig utredning. Samlet mener Regelrådet at forslaget er tilstrekkelig utredet.

### 3.1.3 Departementets vurdering

Departementet opprettholder sitt forslag om å gi Konkurransetilsynet mulighet til å starte markedsetterforskning. Markedsetterforskning skal kunne igangsettes når det foreligger mulige konkurransebegrensende forhold som ikke omfattes av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven. Departementet opprettholder også forslaget om at tilsynet kan gripe inn med avhjelpende tiltak som bedrer konkurransen.

Departementet har justert forslaget på flere punkter etter høringsinstansenes innspill. Dette gjelder blant annet terskelen for å igangsette markedsetterforskning. Departementet går ikke videre med forslagene i høringsnotatet om at Konkurransetilsynet skal kunne fatte midlertidige vedtak om avhjelpende tiltak, at partene skal dekke utgifter til forvalter, eller at allmennhetens rett til innsyn er begrenset under markedsetterforskningsaken. Departementet foreslår å lovfeste enkelte krav til innholdet i en beslutning om å åpne markedsetterforskning, og til utkastet til beslutning. Videre foreslår departementet å lovfeste at det skal offentliggjøres hvis markedsetter-

forskningen lukkes uten at det treffes vedtak om avhjelpende tiltak. Departementet foreslår også en snevrere adgang til å omgjøre vedtak om avhjelpende tiltak enn det som ble foreslått i høringsnotatet. Detaljene i departementets forslag fremkommer nedenfor.

Departementet har vurdert begrepsbruken «markedsetterforskning», og har merket seg innspillene fra Advokatforeningen og NHO om at det ikke er et dekkende begrep når det er snakk om undersøkelse av adferd som ikke er i strid med lovens forbudsbestemmelser, eller strukturelle markedsforhold som gir opphav til konkurransebegrensninger. Etter departementets vurdering er begrepet innarbeidet i det konkurransefaglige miljøet, og tilsvarende også begrepsbruken i andre land som har innført eller vurderer å innføre lignende regelverk. Departementet foreslår derfor å beholde begrepet «markedsetterforskning».

## 3.2 Virkeområde

### 3.2.1 Overordnet om rekkevidden av markedsetterforskning

Markedsetterforskning vil i utgangspunktet kunne anvendes i alle markeder, og er dermed sektornøytralt. I høringsnotatets punkt 2 begrunnet departementet rekkevidden med at utfordringene markedsetterforskning tar sikte på å løse i prinsippet kan gjøre seg gjeldende i alle industrier og næringer.

Utgangspunktet om markedsnøytralitet modereres imidlertid av en rekke særregler og eksplisitte unntak fra konkurransereglene. Konkurranseloven § 3 første ledd slår for eksempel fast at loven ikke gjelder for «arbeids- og ansettelsesvilkår». Dette unntaket gjelder også for anvendelsen av markedsetterforskning. I § 3 andre ledd står det også at det kan gjøres «unntak fra hele eller deler av denne lov for bestemte markeder eller næringer». Der det er gjort slike unntak vil Konkurransetilsynet være avskåret fra å anvende markedsetterforskning.

### 3.2.2 Forholdet til unntaket fra konkurranseloven for samarbeid innen landbruk og fiske (primærnæringsunntaket)

#### 3.2.2.1 Forslaget i høringsnotatet

Høringsnotatet inneholdt ingen omtale av forholdet mellom forslaget til markedsetterforskning og vedtak om avhjelpende tiltak, og forskrift 23. april

2004 nr. 651 om samarbeid mv. innen landbruk og fiske (primærnæringsunntaket).

### 3.2.2.2 Høringsinstansenes syn

Flere høringsinstanser uttaler seg om forholdet mellom forslaget til markedsetterforskning og landbrukspolitikken. *Landbruksdirektoratet* mener at lovforslagets forhold til landbrukspolitikken må avklares, og *NHO* påpeker at Konkurransetilsynets vedtakskompetanse, i blant annet sektorer som landbruks-, fiskeri- og matproduksjon, må avklares. Landbruksdirektoratet viser til at det har blitt fremhevet gjentatte ganger i arbeidet med lovendringer at konkurranseloven må utformes i tråd med den til enhver tid gjeldende norske landbrukspolitikken. Både *Landbruks- og matdepartementet*, *Landbruksdirektoratet*, *Norges Bondelag*, *TINE* og *Nortura* mener at primærnæringsunntaket bør gis tilsvarende anvendelse på de foreslåtte reglene om markedsetterforskning og vedtak om avhjelpende tiltak. *Nortura* foreslår at et slikt unntak kan tas inn i lovteksten, mens Landbruksdirektoratet mener at det må innføres endringer i forskriften om samarbeid mv. innen landbruk og fiske. Landbruksdirektoratet anbefaler videre å klargjøre forholdet mellom landbrukspolitikken og konkurransepolitikken i forarbeidene til loven.

### 3.2.2.3 Departementets vurdering

Av konkurranseloven § 3 fremgår det at Kongen i statsråd ved forskrift skal fastsette de unntak fra §§ 10 og 11 som er nødvendige for å gjennomføre landbruks- og fiskeripolitikken. Et slikt unntak er gitt i forskrift 23. april 2004 nr. 651 om samarbeid mv. innen landbruk og fiske. Det fremgår av forskriften at forbudene i konkurranseloven §§ 10 og 11 ikke kommer til anvendelse på avtaler, beslutninger, samordnet opptreden mellom, eller ensidige handlinger foretatt av, primærprodusenter eller deres organisasjoner som er i samsvar med lov eller forskrift som regulerer produksjon eller omsetning av landbruks- og fiskeriprodukter, eller avtale mellom staten og næringsorganisasjoner som regulerer produksjon eller omsetning av landbruks- og fiskeriprodukter. Dette omtales ofte som primærnæringsunntaket.

Departementet ser at det er behov for å avklare forholdet mellom markedsetterforskning og primærnæringsunntaket. Forslaget om å innføre markedsetterforskning var ikke ment å gjøre noen endringer i forholdet mellom konkurransepolitikken og landbrukspolitikken. Dette ble blant annet tydeliggjort i forarbeidene til gjeldende konkurran-

selov, hvor departementet uttaler at «innholdet i landbruks- og fiskeripolitikken skal imidlertid ikke endres gjennom endringer i konkurranselovgivningen».<sup>1</sup> Dette gjelder også ved innføringen av markedsetterforskning. Det har ikke vært hensikten med forslaget at Konkurransetilsynet skal kunne foreta markedsetterforskning og vedta avhjelpende tiltak for produksjon og omsetning som er regulert i lov, forskrift eller i avtale mellom staten og næringsorganisasjoner, og som dermed er unntatt fra forbudene i konkurranseloven.

Etter departementets vurdering samsvarer det best med systematikken i konkurranseregelverket for øvrig at markedsetterforskning inkluderes i forskriften om samarbeid mv. innenfor landbruk og fiske. Dette krever også at hjemmelen i konkurranseloven § 3 til å gi forskrift om de unntak fra konkurranseloven som er nødvendige for å gjennomføre landbruks- og fiskeripolitikken utvides til å omfatte unntak fra igangsetting av markedsetterforskning etter konkurranseloven § 41 og vedtak om avhjelpende tiltak etter konkurranseloven § 42. Departementet foreslår derfor endringer i konkurranseloven § 3, og vil sørge for endringer i forskriften om primærnæringsunntaket hvis lovforslaget blir vedtatt.

## 3.2.3 Forholdet til sektormyndigheter og sektorregelverk

### 3.2.3.1 Gjennomgang i høringsnotatet

Ordlyden i lovforslaget i høringsnotatet begrenset ikke Konkurransetilsynets kompetanse til å anvende markedsetterforskning i markeder som er underlagt sektorlovgivning eller faller inn under sektormyndigheters ansvarsområde.

Departementet la opp til at samhandling med sektormyndigheter kan være aktuelt der Konkurransetilsynet vurderer dette som nødvendig eller hensiktsmessig. I redegjørelsen for den uformelle og forberedende fasen i høringsnotatet punkt 9.3, påpekte departementet at Konkurransetilsynet vil innhente og vurdere informasjon internt, før de vurderer om det skal igangsettes en formell markedsetterforskning. Slike undersøkelser kan gjøres på grunnlag av henvendelser fra sektormyndigheter. Beslutningsgrunnlaget for en markedsetterforskning skal blant annet inneholde informasjon om hvilke aktører, markeder og sektorer som er omfattet av markedsetterforskning. Departementet la derfor til grunn at det ofte vil være relevant å sende utkastet til beslutnings-

<sup>1</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 39.



grunnlag på høring til berørte sektormyndigheter, eksempelvis Forbrukertilsynet, Finanstilsynet, Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (NKOM) eller andre myndigheter med tilgrensende håndhevingsoppgaver og ansvarsområder.

### 3.2.3.2 Høringsinstansenes syn

Flere høringsinstanser har etterspurt ytterligere utredning av forholdet til sektorpolitikk, sektormyndigheter og sektorregelverk.

Fordi markedsetterforskning også vil gjelde i markeder underlagt sektorregulering, påpeker *Advokatforeningen* at det burde vært drøftet i utredningen om overlappende ex ante reguleringskompetanse øker risikoen for manglende helhetstenkning og utilsiktede virkninger. Også *NHO* bemerker at forholdet mellom sektorpolitikk og konkurransepolitikk ikke er drøftet i høringsnotatet. De viser til at visse avhjelpende tiltak, som pålegg om salg av flyplasser eller oppsplitting av leverandører i matvarekjeder, griper rett inn i sektorpolitikk og er mer enn snever konkurransepolitikk.

*Finans Norge* er kritiske til at høringsnotatet ikke begrunnet hvorfor dagens konkurranselov kommer til kort i sektorer som bank og finans, som allerede er underlagt sektorregulering fra fagmyndigheter. De påpeker at vide hjemler vil kunne føre til uforutsigbarhet for næringslivet, særlig de som allerede er underlagt streng regulering. Og at overlappende kompetanse mellom ulike myndigheter vil kunne medføre motstrid og en mindre helhetlig sektorregulering. *Finans Norge* viser videre til at en stor del av reguleringen i bank- og finansmarkedet er basert på konkurransehensyn, som for eksempel betalingstjenedirektivet (PSD2)<sup>2</sup> som skal bidra til tilgang for tredjeparter, og forbudet mot produktpakking i forskrift 9. desember 2016 nr. 1502 om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksforskriften). Ytterligere inngrepskompetanse vil etter deres vurdering kunne føre til uforutsigbare rammevilkår og utilsiktede konsekvenser ved overlappende eller motstridende reguleringer.

*Freia og Mondelēz Norge AS (Freia)* påpeker at forslaget skaper avvikende regulatoriske rammer innenfor EØS og påvirker forutberegneligheten i Norge. Flere bekymringer som verktøyet kan brukes for å håndtere faller etter deres vurdering mer

naturlig innenfor Forbrukertilsynets mandat, og de påpeker at man må sikre at Konkurransetilsynet ikke mister fokus på dets tiltenkte rolle og samfunnsoppdrag.

*TINE* viser til at sektormyndigheter eller -tilsyn har ansvar for å overvåke flere av markedene som nevnes i høringsnotatet, og uttaler at Konkurransetilsynet bør samarbeide tett med sektormyndighetene hvis det gjennomføres markedsetterforskning i disse markedene. Etter deres vurdering må eventuelle avhjelpende tiltak vurderes i sammenheng med summen av alle relevante sektorregulatoriske tiltak.

### 3.2.3.3 Departementets vurdering

#### *Anvendelse av markedsetterforskning i markeder underlagt særskilt sektorregulering*

Sektorspesifikke reguleringer innføres blant annet fordi det ikke er grunnlag for effektiv konkurranse, eller fordi det foreligger andre former for markedssvikt i det aktuelle markedet. Samfunns-hensyn krever derfor målrettede virkemidler, herunder adgang til å pålegge avhjelpende tiltak eller andre inngrep i markedet. Markedsetterforskning skal være et generelt virkemiddel som kan benyttes i alle markeder når vilkårene er oppfylt. Dette medfører at Konkurransetilsynet i utgangspunktet kan starte markedsetterforskning og pålegge avhjelpende tiltak også i markeder underlagt sektormyndigheter og sektorlovgivning.

Dette er for øvrig ikke særegent for markedsetterforskning, men er noe Konkurransetilsynet ofte støter på i sin virksomhet. Konkurranselovens øvrige bestemmelser håndheves også i markeder underlagt sektormyndigheter og sektorlovgivning. Telekommunikasjonssektoren er et typisk eksempel på et marked som er omfattet av det generelle konkurranseregelverket på lik linje med andre markeder, men hvor særtrekk ved markedet gjør at det i tillegg er sektorreguleringer som også skal ivareta konkurransehensyn. Behovet for sektorspesifikk regulering er nært knyttet til etablerte operatørers kontroll over infrastruktur av sentral betydning for aktørers/konkurrenters evne til å tilby tjenester i sluttbrukermarkeder. I fravær av regulert tilgang til de etablerte operatørenes infrastruktur vil aktører bare kunne komme inn på markedet ved å bygge ny infrastruktur, som ville gjøre etableringshindringene tilnærmet uoverstigelige.

Ved anvendelsen av markedsetterforskning i markeder som er underlagt sektorregulering, kan Konkurransetilsynet ha overlappende jurisdiksjon

<sup>2</sup> Forordning (EU) 2015/2366 av 25. november 2015 om betalingstjenester i det indre marked, om endring av direktiv 2002/65/EF, 2013/36/EU og 2009/110/EF og forordning (EU) nr. 1093/2010 om oppheving av direktiv 2007/64/EF.

med andre myndighetsorganer som har kompetanse til å håndheve sektorlovgivning. Samhandling med sektormyndigheter i forbindelse med håndhevingen av konkurranseloven er allerede en naturlig og viktig del av tilsynets arbeid. Vurderingene Konkurransetilsynet innhenter fra sektormyndighetene i enkeltsaker, bidrar til å styrke tilsynets vurdering av konkurranseutfordringene i markedet, og kan dermed bidra til å sikre at de treffer gode tiltak som ivaretar sektorspesifikke hensyn. Konkurransetilsynet har erfaring med å samarbeide med en rekke sektormyndigheter, blant annet Dagligvaretilsynet, Finanstilsynet, Forbrukertilsynet, Forbrukerrådet, Havindustri-tilsynet (tidligere Petroleumstilsynet), Landbruksdirektoratet, Legemiddelverket, Miljødirektoratet, Medietilsynet, Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (NKOM) og Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE).

Departementet presiserer at Konkurransetilsynet, i forbindelse med markedsetterforskning, ikke vil ha hjemmel til å fastsette avhjelpende tiltak som endrer eller omgjør regulering i særlovgivning.

#### *Samhandling og kompetansefordeling i markedsetterforskningsaker*

Departementet understreker at det er viktig at Konkurransetilsynet samarbeider med relevante sektormyndigheter, hvis de vurderer tiltak i et marked underlagt sektorregulering eller i markeder som også faller inn under andre myndigheters ansvarsområde. Konkurransetilsynet bør tidlig i prosessen ha dialog med den aktuelle sektormyndigheten, med sikte på å identifisere løsninger som forener konkurransemessige hensyn med sektormyndighetens målsettinger og ansvar. Utkast til beslutning om å åpne markedsetterforskning, skal forelegges relevante sektormyndigheter før tilsynet fatter beslutningen, jf. lovforslaget § 41 andre ledd. Dette øker gjennomsiktigheten i prosessen og styrker beslutningens legitimitet, samtidig som det bidrar til at relevante hensyn blir ivare tatt og grunnlaget for beslutningen blir best mulig. Sektormyndighetenes spesialkompetanse og erfaring med markedet gjør at det er viktig at Konkurransetilsynet legger vekt på deres synspunkter gjennom hele markedsetterforskningen. Konkurransetilsynet kan også ha plikt til å innhente sektormyndighetenes vurderinger før å påse at saken er så godt opplyst som mulig før det eventuelt treffes vedtak om avhjelpende tiltak, jf. forvaltningsloven § 17 første ledd.

Det er etter departementets vurdering ikke behov for å regulere særskilt hvordan Konkurransetilsynet skal samarbeide med sektormyndighetene, eller gjennomføre markedsetterforskning i markeder underlagt sektorregulering. I punkt 2.3 i sin høringsuttalelse viser Konkurransetilsynet til betydningen av at konkurransepolitikken har høy grad av legitimitet i næringslivet og samfunnet for øvrig. De påpeker at Konkurransetilsynets uavhengighet bidrar til at etatens rolle tydeliggjøres, og sørger for at næringslivet og offentligheten har tillit til at utenforliggende hensyn ikke påvirker tilsynets avgjørelser. Etter departementets syn er det derfor ikke ønskelig å pålegge Konkurransetilsynet plikt til å inngå avtaler med andre sektormyndigheter knyttet til myndighetsutøvelsen. Konkurransetilsynet bør på samme måte som i andre saker vurdere behovet for å involvere andre sektormyndigheter.

Som nevnt i punkt 3.5.1 nedenfor, må ethvert tiltak som vedtas som ledd i en markedsetterforskning være forholdsmessig. Hvis et avhjelpende tiltak kan ha uheldige virkninger for sektorregulering som har som formål å effektivt håndtere konkurranseutfordringer, sektorpolitiske målsetninger eller politiske beslutninger, påvirker dette forholdsmessighetsvurderingen. Utgangspunktet er at markedsetterforskning ikke skal anvendes på en måte som strider mot faglige eller politiske beslutninger som er fattet av regjeringen eller andre myndighetsorganer.

Etter departementets vurdering er det heller ikke hensiktsmessig å regulere hvordan uenigheter mellom Konkurransetilsynet og sektormyndighetene skal håndteres. En naturlig konsekvens av at markedsetterforskning er sektorovergripende, og at andre tilsynsmyndigheter derfor kan ha delvis overlappende jurisdiksjon, er at det er utfordrende å fastsette hvor grensene for myndighetsutøvelsen skal trekkes. Videre er det vanskelig å forutse hva eventuell uenighet mellom ulike sektormyndigheter i markedsetterforskningsaker kan gå ut på. Hvis Konkurransetilsynet og sektormyndigheten har ulike syn, bør utfordringen i utgangspunktet løses gjennom dialog mellom etatene. I tillegg kan spørsmålet vurderes av klageinstansen, som kan vurdere alle sider av saken, samt av rettsapparatet hvis klageinstansens vedtak blir bragt inn for domstolene.

Som et alternativ til å ilegge avhjelpende tiltak, kan Konkurransetilsynet gi en anbefaling om endring av rammebetingelsene eller lovgivningen i den aktuelle sektoren. Konkurransetilsynet gir i dag høringsuttalelser og påpekninger om forslag til offentlige reguleringer og endringer i eksisterende

reguleringer, som vil kunne skade konkurransen i berørte markeder. Tilsynet kan dessuten gi skriftlige veiledningsuttalelser hvis særlige grunner tilsier det. Et mulig utfall av en markedsetterforskning kan være en påpekning til relevant sektormyndighet om behov for endring av offentlige myndigheters konkurranseskadelige tiltak, jf. konkurranseloven § 9e. Ved å beskytte konkurransen på denne måten bidrar tilsynet til å fremme effektiv ressursbruk og forbrukervelferd.

### 3.3 Terskel for igangsetting av markedsetterforskning

#### 3.3.1 Forslaget i høringsnotatet

Departementet foreslo i høringsnotatet at en markedsetterforskning kan igangsettes hvis det er forhold som tilsier at konkurransen er begrenset eller står i fare for å bli begrenset, uten at håndheving av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven § 10 eller § 11 synes egnet til å løse utfordringene. Departementet viste til at dette innebærer at tilsynet i utkastet til beslutning om igangsetting av markedsetterforskning må redegjøre nærmere for hvilke forhold som tilsier at konkurransen begrenses slik at en markedsetterforskning bør igangsettes.

Departementet viste til at det kan være relevant for tilsynet å vurdere forhold av strukturell eller adferdsmessig art, eller en kombinasjon av disse. Eksempler på førstnevnte kan være høy markedskonsentrasjon, store etableringshindringer, kjøpermakt eller stor grad av minoritetseierskap. Adferdsmessige faktorer kan omfatte blant annet aktive handlinger, passivitet, forbrukernes handlinger eller begrensninger i forbrukernes valgmuligheter. Sistnevnte forhold kan eksempelvis være relevant hvis kundene har begrenset tilgang på informasjon, eller hvis nettverkseffekter eller andre elementer gjør at kundene kobles mot en leverandør på en slik måte at konkurransen begrenses. En markedsetterforskning kan være særlig aktuelt der hvor konkurranseutfordringene har sin opprinnelse i en kombinasjon av strukturelle og adferdsmessige forhold.

Et eksempel på konkurranseutfordringer som kan skyldes flere faktorer, som ble nevnt i høringsnotatet, er når stordriftsfordeler skaper betydelige etableringshindringer, samtidig som nettverkseffekter gjør at kunder sjelden bytter leverandør. I slike markeder kan effektiv konkurranse på for eksempel pris, kvalitet, utvalg, service og produktutvikling føre til at de minst effektive leverandørene forsvinner. Over tid kan dette

resultere i en høy konsentrasjon av tilbydere, som kan utnytte markedsrett til å redusere forbrukervelferden og bruke samfunnets ressurser mindre effektivt.

I høringsnotatet uttalte departementet at når det vurderes om den rettslige terskelen for å starte en markedsetterforskning er oppfylt, kan det være relevant å vurdere om markedet er kjennetegnet av vedvarende høye priser og marginer, eller lav kvalitet, service og produktutvikling. Det ble understreket at eksemplene ikke er uttømmende, og at Konkurransetilsynet ikke nødvendigvis må ta hensyn til alle disse momentene i vurderingen av om en markedsetterforskning skal åpnes. Departementet skrev videre at i denne vurderingen bør det ikke være et krav om gjennomføring av en fullstendig markedsavgrensning, men at tilsynet bør beskrive sektoren og markedsaktørene.<sup>3</sup>

Den rettslige terskelen for å starte en markedsetterforskning som departementet foreslo i høringsnotatet var relativt lav, jf. ordlyden om at «Konkurransetilsynet kan foreta en markedsetterforskning i ett eller flere markeder eller deler av markeder dersom det er forhold som tilsier at konkurransen er begrenset eller står i fare for å bli begrenset». I høringsnotatet vurderte departementet derfor om Konkurransetilsynet i utkastet til beslutning om å starte en markedsetterforskning, i tillegg til å påvise at vilkårene for inngrep er oppfylt, også bør formulere foreløpige hypoteser om hvordan forholdene eller adferden vesentlig begrenser eller er egnet til vesentlig å begrense konkurransen. Dette vil bidra til å sikre forutsigbarhet for de involverte partene og gi markedsaktørene mulighet til å gi innspill tidlig i prosessen.

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

<sup>3</sup> I en sak knyttet til konkurranselovens forbuds- eller inngrepsbestemmelser avgrensner Konkurransetilsynet normalt det relevante markedet, som har både en produktmessig og geografisk dimensjon. Formålet er å identifisere hvilke faktiske konkurrenter som utøver konkurransepress på hverandre og derigjennom forhindrer hverandre fra å utøve eventuell markedsrett.

Departementet understreket i høringsnotatet at skadehypotesene vil danne grunnlaget for videre saksbehandling hvis det iverksettes en markedsetterforskning, men at Konkurransetilsynet må kunne undersøke andre skadehypoteser hvis etterforskningen tilsier at det er hensiktsmessig.

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

Et argument for å innarbeide et vesentlighetskrav for å starte en markedsetterforskning, var etter departementets syn at det vil skape større samsvar mellom kravene for oppstart og vilkårene for å vedta avhjelpende tiltak som følge av markedsetterforskningen. Dette vil redusere risikoen for at man gjennomfører en markedsetterforskning selv om vilkårene for å vedta avhjelpende tiltak ikke er oppfylt, siden det er et vesentlighetskrav for å treffe avhjelpende tiltak, jf. punkt 3.4 om terskelen for å treffe vedtak om avhjelpende tiltak. Departementet la i høringsnotatet uansett til grunn at Konkurransetilsynet i utkastet til beslutning om igangsetting bør formulere foreløpige skadehypoteser som beskriver hvordan omstendigheter eller adferd vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen. Videre la departementet til grunn at blant annet høy konsentrasjon, liten grad av nyetablering eller ekspansjon av eksisterende aktører og høy grad av vertikal integrasjon kan danne grunnlag for markedsetterforskning, uansett hvordan terskelen utformes.

I høringsnotatet uttalte departementet at det i forlengelsen av dette var naturlig å se nærmere på hvilket beviskrav som skal gjelde på oppstartstidspunktet. I forslaget til § 41 i høringsnotatet la departementet opp til et beviskrav som er lavere enn det alminnelige utgangspunktet i sivilprosessen om sannsynlighetsovervekt. Departementet viste til sammenligning til at det i dag også gjelder et lavere beviskrav ved gjennomføring av en bevisikring i en overtredelsessak, jf. vilkåret «rimelig grunn til å anta» i konkurranseloven § 25 første ledd.

### 3.3.2 Høringsinstansenes syn

De fleste av høringsinstansene mener at den foreslåtte terskelen for igangsetting av markedsetterforskning er for lav og at terskelen bør settes høyere ved at det innføres et vesentlighetskrav. Blant annet anbefaler *Konkurransetilsynet* at det inn-

føres et vesentlighetskrav for oppstart av en markedsetterforskning for å sikre samsvar mellom regulering og praksis. Konkurransetilsynet mener at dette vil gi større forutsigbarhet i håndhevingen, redusere usikkerhet for markedsaktørene og bidra til å sikre mer effektiv ressursbruk ved at markedsetterforskning forbeholdes markeder der det synes å foreligge vesentlige konkurransebegrensninger. *Schibsted ASA* mener at det bør være et vesentlighetskrav også for å starte en markedsetterforskning, og begrunner dette med at det virker lite hensiktsmessig – både hensett til retts tekniske hensyn og effektivitet – å skulle knytte igangsettelse til en materialitetsterskel som ikke senere kan begrunne avhjelpende tiltak.

*Advokatforeningen* foreslår å benytte samme terskel som for inngrep mot foretakssammenslutninger i konkurranseloven § 16, da de mener det er uklart hvor terskelen «vesentlig» i høringsnotatet ligger i forhold til «i betydelig grad» i konkurranseloven § 16. Videre mener Advokatforeningen at det bør presiseres hvilken inngrepsstandard (SIEC vs. totalvelferdsstandard) som bør legges til grunn. *Hovedorganisasjonen Virke (Virke)* mener at terskelen bør heves til «svært vesentlig». *Nortura* mener at det bør oppstilles et vilkår for igangsetting av markedsetterforskning at saken har «stor samfunnsmessig betydning».

*NHO* er enige med departementet at det kan være usikkert om en igangsettingsterskel skal være lavere eller den samme som en inngrepsterskel. *NHO* skriver:

Med en identisk terskel vil tilsynet allerede ved igangsetting av en markedsetterforskning nær ha konkludert med at inngrepsterskelen er oversteget. Det kan – i alle fall for omverdenen, også den politiske – skape sterke forventninger til at tilsynet både beslutter en markedsetterforskning og at det ender med vedtak. Det kan også bli stilt spørsmål ved om tilsynet kan opptre nøytralt i den eventuelle vedtaksfasen, hvis de to tersklene er like. Bli det lagt opp til en betryggende saksbehandling i igangsettingsfasen (§ 41) med klare krav til utredning og bevis, antar vi at terskelen for igangsetting kan være lavere enn for inngrep.

Når det gjelder beviskravet for å igangsette markedsetterforskning, er det ikke alle høringsinstansene som uttaler seg spesifikt om dette. Høringsinstanser som for eksempel *NHO* og Konkurransetilsynet er enige med departementets forslag i høringsnotatet om at beviskravet bør være lavere enn alminnelig sannsynlighetsover-

vekt. Advokatforeningen foreslår at beviskravet utformes etter mønster av konkurranseloven § 25, der Konkurransetilsynet må ha «rimelig grunn til å anta» for å gå på bevissikring. Circle K mener at beviskravet bør være sannsynlighetsovervekt.

### 3.3.3 Departementets vurdering

Etter departementets vurdering er flere hensyn relevante ved valget av terskel for å starte en markedsetterforskning. På den ene siden skal markedsetterforskning være et effektivt verktøy for å undersøke og eventuelt gripe inn mot forhold som kan begrense konkurransen. På tidspunktet for oppstart vil Konkurransetilsynet ikke ha den fulle oversikten over mulige konkurranseproblemer og virkningen disse har på konkurransen. Dette tilsier at terskelen ikke bør settes for høyt. På den andre siden kan en markedsetterforskning skape usikkerhet i markedet, og prosessen vil være ressurskrevende både for markedssaktørene og konkurransemyndighetene. Dette tilsier at terskelen ikke bør settes for lavt. Departementet vurderer, som i høringsnotatet, at et samsvar mellom tersklene for igangsetting og inngrep vil redusere risikoen for at Konkurransetilsynet starter en markedsetterforskning i tilfeller hvor de materielle vilkårene for å vedta avhjelpende tiltak ikke er oppfylt. Departementet har også lagt vekt på at de fleste av høringsinstansene, inkludert Konkurransetilsynet, mener at det bør oppstilles en vesentlighetsterskel også for å starte en markedsetterforskning. Departementet viser særlig til Konkurransetilsynets uttalelse om at en høyere terskel vil gi større forutsigbarhet i håndhevingen og redusere usikkerheten for markedssaktørene. Den vil også bidra til mer effektiv ressursbruk, ved at markedsetterforskning forbeholdes tilfeller der det er grunn til å tro at det foreligger vesentlige konkurransebegrensninger.

Samtidig vil det at beviskravet er lavere for å starte en markedsetterforskning enn for å treffe vedtak om avhjelpende tiltak, jf. nedenfor, gjøre at terskelen fortsatt vil være tilstrekkelig lav til at markedsetterforskning vil være et effektivt verktøy for å undersøke om det er konkurranseproblemer i markedet som ikke skyldes brudd på forbudsbestemmelsene.

Departementet foreslår derfor at markedsetterforskning skal kunne åpnes hvis det foreligger forhold som tilsier at konkurransen er vesentlig begrenset eller står i fare for å bli vesentlig begrenset. Dette vil bidra til å unngå unødig ressursbruk både for aktørene og Konkurransetilsynet, samt øke forutsigbarheten for foretakene.

NHO påpeker i sin høringsuttalelse at hvis terskelen for å starte en markedsetterforskning tilsvarende terskelen for å fatte vedtak om avhjelpende tiltak, men beviskravene er forskjellige, kan det gi inntrykk av at inngrepsterskelen er oversteget allerede ved innledningen av markedsetterforskningen. Dette kan da skape en forventning om at markedsetterforskningen ender med vedtak om avhjelpende tiltak.

Departementet anser det som usannsynlig at det vil få store konsekvenser å sette de samme materielle tersklene for igangsetting av markedsetterforskning og vedtak om avhjelpende tiltak, så lenge beviskravet er ulikt. Situasjonen er sammenlignbar med tilfeller der Konkurransetilsynet gjennomfører bevissikring i henhold til konkurranseloven § 25, fordi det er rimelig grunn til å anta at lovens forbudsbestemmelser er brutt. Tilsvarende gjelder når tilsynet varsler om at det er aktuelt å gripe inn mot en foretakssammenslutning i henhold til konkurranseloven § 20 andre ledd, fordi det er rimelig grunn til å anta at sammenslutningen vil hindre effektiv konkurranse. I begge tilfeller er den foreløpige vurderingen den samme som for et endelig vedtak, men beviskravene er strengere for å fatte endelig vedtak i saken. Det er heller ikke gitt at tilsynet vil fatte et endelig vedtak i disse sakene, da formålet med den videre saksbehandlingen er å avgjøre om det er grunnlag for vedtak, på samme måte som ved en markedsetterforskning.

Etter departementets vurdering er det hensiktsmessig å henvise til lovens formål i bestemmelsen om oppstart av markedsetterforskning, på samme måte som i forslaget til § 42 om vedtak om avhjelpende tiltak. Dette bidrar til å tydeliggjøre inngrepsstandarden også for oppstart av markedsetterforskning. Departementet forutsetter imidlertid på samme måte som i høringsnotatet at beviskravet ved oppstart av markedsetterforskning er lavere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, da beslutningen treffes før Konkurransetilsynet har undersøkt konkurransesituasjonen i markedet. Det er derfor nødvendig å stille lavere krav ved oppstart enn ved vedtak om avhjelpende tiltak. Departementet opprettholder begrunnelsen for dette fra høringsnotatet. Beviskravet kommer til uttrykk i forslaget til konkurranseloven § 41 ved at det foreslås at Konkurransetilsynet kan gjennomføre en markedsetterforskning i ett eller flere markeder eller deler av markeder hvis det er forhold som «tilsier» at konkurransen er vesentlig begrenset eller står i fare for å bli vesentlig begrenset i strid med lovens formål. Se nær-

mere om forslaget under merknadene til bestemmelsen i kapittel 6.

Når det gjelder hvilke forhold som er relevante i denne vurderingen, viser departementet til momentene som ble trukket frem i høringsnotatet. Selv om terskelen foreslås hevet sammenlignet med terskelen i høringsnotatet, er disse momentene fortsatt relevante i vurderingen av om det foreligger forhold som tilsier at konkurransen er vesentlig begrenset eller står i fare for å bli vesentlig begrenset i strid med lovens formål. Dette kan inkludere strukturelle markedsforhold, tilbyders ensidige adferd, og adferden til de som etterspør varer og tjenester. Det kan også være en kombinasjon av disse faktorene. Departementet viser for øvrig til omtalen i høringsnotatet punkt 8.2. Konkurransetilsynet må vise at det er sannsynlig at disse forholdene kan føre til at konkurransen blir «vesentlig» begrenset, i strid med lovens formål før de starter en markedsetterforskning. Forholdene som kan begrunne igangsetting av markedsetterforskning må danne grunnlag for en foreløpig skadehypotese, som beskriver hvordan disse forholdene vesentlig begrenser eller står i fare for å vesentlig begrense konkurransen. Dette betyr at Konkurransetilsynet kun kan igangsette markedsetterforskning i markeder hvor den aktuelle eller potensielle konkurransebegrensningen er alvorlig nok til å ha en kvalifisert virkning på konkurransen. For at dette skal være tilfellet må tilsynet vise at de strukturelle og/eller atferdsmessige forholdene som undersøkes, sannsynligvis har ført til eller kan føre til for eksempel høye etableringshindringer, relativt høyt prisnivå, høy fortjeneste, dårlig produktkvalitet og kundeservice, begrenset utvalg og produktutvikling. Andre forhold som kan føre til at vesentlighetsterskelen er oppfylt kan være høy markedskonsentrasjon, liten grad av nyetablering eller ekspansjon av eksisterende aktører, og høy grad av vertikal integrasjon. For en nærmere beskrivelse av kravene til innholdet i beslutningen om igangsetting av markedsetterforskning, vises det til punkt 4.4.3.

### **3.4 Terskel for å treffe vedtak om avhjelpende tiltak**

#### **3.4.1 Forslaget i høringsnotatet**

Departementet foreslo i høringsnotatet at en markedsetterforskning kan munne ut i et vedtak som pålegger avhjelpende tiltak. Slike pålegg kunne gjelde både adferdsmessige og strukturelle forhold, og vil dermed gripe inn i markedsaktørenes alminnelige handlefrihet. Departementet

understreket at det derfor var av stor betydning at prosessen i tilstrekkelig grad sikrer partenes rettigheter, og at utredningen gjennomføres på en måte som fører til at saken er tilstrekkelig opplyst og at berørte aktører har tillit til dette.

I høringsnotatet foreslo departementet at terskelen for å gripe inn med avhjelpende tiltak som ledd i en markedsetterforskning bør være en annen enn i forbudsbestemmelsene §§ 10 og 11, eller fusjonsbestemmelsen i § 16, for å synliggjøre at dette er et nytt og eget verktøy ved siden av eksisterende bestemmelser. I tillegg er det et inngrepende verktøy som kan anvendes, selv om det ikke foreligger overtredelse av konkurranselovens øvrige bestemmelser. Konkurransbegrensningen som markedsetterforskningen avdekker må derfor være så alvorlig at den rettferdiggjør inngrep i markedsaktørenes frihet til å drive næringsvirksomhet innenfor rammene av gjeldende regelverk. Departementet foreslo at det oppstilles et vilkår om at Konkurransetilsynet bare kan pålegge avhjelpende tiltak «dersom det foreligger omstendigheter eller adferd som vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen i strid med lovens formål.

Departementet viste til at vesentlighetskriteriet sikrer at fullmaktene til å gripe inn begrenses til konkurransebegrensninger av en viss betydning. Det tilsier at det ikke gripes inn mot forhold som bare medfører begrensede negative virkninger på konkurransen. Videre innebærer dette at Konkurransetilsynet i et eventuelt pålegg om avhjelpende tiltak må begrunne hvorfor konkurransebegrensningen vurderes som «vesentlig». For at konkurransebegrensningen skal kunne regnes som «vesentlig» må den ikke ha en kortvarig eller midlertidig karakter, men fremstå som vedvarende eller gjentakende. I tillegg må begrunnelsen vise at pålegget er nødvendig for å redusere eller eliminere konkurransebegrensningen.

Departementet uttalte i høringsnotatet at vurderingen av om vilkåret for inngrep er oppfylt krever en grundig gjennomgang av skadehypotesene i beslutningsgrunnlaget. Konkurransetilsynet som departementet beskrev i høringsnotatet, er eksempler på omstendigheter eller adferd som det kan være særlig relevant å undersøke i en markedsetterforskning. Departementet understreket imidlertid at de nevnte eksemplene ikke er uttømmende, og at Konkurransetilsynet derfor også kan undersøke andre forhold i en konkret markedsetterforskning.

Det fremgikk videre av høringsnotatet at tilsynet har anledning til å utforme nye eller justerte skadehypoteser hvis faktagrunnlaget frem-

skaffet under markedsetterforskningen tilsier det. I slike tilfeller bør de involverte partene informeres og få mulighet til å gi innspill til de nye skadehypotesene. Slike innspill kan gi verdifull informasjon som er relevant for utredningen av saken. Åpenhet og dialog med markedsaktørene underveis i prosessen bidrar til å sikre forsvarlig utredning av saken, i samsvar med forvaltningsloven § 17 første ledd.

Departementet understreket i høringsnotatet at Konkurransetilsynet må vurdere den faktiske situasjonen i markedet opp mot en alternativsituasjon for å vurdere om inngrepsvilkårene er oppfylt. Alternativsituasjonen skal være et marked med velfungerende konkurranse. Dette betyr ikke nødvendigvis et marked som fungerer «perfekt» i økonomisk forstand, men et marked hvor de identifiserte omstendighetene eller den påviste adferden som begrenser konkurransen ikke eksisterer.

Departementet skrev at Konkurransetilsynet også kan ta hensyn til faktorer som kan motvirke konkurranseskader, som effektivitetsgevinster relatert til situasjonen eller adferden som undersøkes. Hvis tilsynet finner at konkurransen er vesentlig begrenset, kan det vurdere effektivitetsgevinstene når det avgjør hvilke avhjelpende tiltak som er nødvendige og forholdsmessige, som nevnt i punkt 8.4.1.2 i høringsnotatet. I tillegg til effektivitetsgevinster er det også relevant å vurdere andre forhold som kan motvirke utøvelse av markedsrett, som etableringshindringer og graden av kjøperrett.

Når det gjelder beviskravet for at inngrepster-skelen er oppfylt, viste departementet i høringsnotatet til at alminnelig sannsynlighetsovervekt er utgangspunktet ved domstolskontroll med administrative vedtak. Dette innebærer at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn.

Departementet trakk frem at loven som ligger til grunn for et forvaltningsvedtak kan fastsette beviskrav som avviker fra dette utgangspunktet. Hvis beviskravet ikke er særskilt regulert, er utgangspunktet at det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt legges til grunn.

Videre viste departementet til redegjørelsen i forarbeidene til gjeldende konkurranselov om hva som kan begrunne unntak fra utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsovervekt.<sup>4</sup> Avvik fra hovedregelen forekommer på enkelte rettsområder hvor det er særlige hensyn som taler for et

strengere beviskrav. Dette gjelder særlig i sakstyper der uriktig dom i en retning er verre enn uriktig dom i motsatt retning, eller der faktum slått fast av forvaltnings- eller rettssystemet kan stille en part i et uheldig lys.

Departementet påpekte i høringsnotatet at pålegg om avhjelpende tiltak etter § 42 i forslaget ikke vil være av strafferettlig karakter. Et viktig formål med slike vedtak er å legge til rette for velfungerende konkurranse fremover. Vedtaket vil heller ikke utgjøre en administrativ sanksjon.

På bakgrunn av dette mente departementet at det ikke foreligger særlige hensyn som tilsier avvik fra hovedregelen i sivilprosessen. Departementet la dermed til grunn at beviskravet for vedtak om avhjelpende tiltak skulle være alminnelig sannsynlighetsovervekt, og at beviskravet dermed blir det samme som ved pålegg etter konkurranseloven § 12 første ledd.

### 3.4.2 Høringsinstansenes syn

De fleste høringsinstansene uttaler at det bør være en høy terskel for å gripe inn i et marked, og flere av høringsinstansene begrunner dette med at markedsetterforskning vil brukes mot virksomhet som er lovlig etter konkurranseregelverket, og at tiltakene potensielt kan ha vidtrekkende konsekvenser. Enkelte høringsinstanser som *NHO*, *Coop Norge SA (Coop)* og *Konkurransetilsynet* støtter at det oppstilles en vesentlighetsterskel for vedtak om avhjelpende tiltak, men *Coop* stiller spørsmål ved om kontrollmekanismene og tersklene for å fatte vedtak er tilstrekkelige til å ivareta prinsipper som forutberegnelighet og rettsikkerhet for berørte aktører.

*Schibsted* uttaler at en terskel utformet i tråd med konkurranseloven § 16, som sier at Konkurransetilsynet skal forby foretakssammenslutninger som i «betydelig grad» vil hindre effektiv konkurranse, skaper større forutberegnelighet, da Konkurransetilsynet i saksbehandlingen vil kunne trekke på relevant praksis under fusjonskontrollen. *Nortura* mener at det bør oppstilles et uttrykkelig vilkår i lovteksten om at saken har «stor samfunnsmessig betydning».

Flere høringsinstanser mener at innholdet i vesentlighetskravet må konkretiseres bedre enn i høringsnotatet. *NHO* mener at det er nødvendig med tydeligere premisser for hva som materielt sett ligger i «vesentlig» og hva som faller utenfor, da dette vil øke forutberegneligheten. *Norges-Gruppen/Gjendemsjø* mener at det må klargjøres hva som ligger i vilkåret om at det foreligger en «vesentlig konkurransebegrensning», og at det er

<sup>4</sup> Se blant annet NOU 2003: 15 Fra bot til bedring, side 81, NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov, side 66, samt Rt. 1999, side 14.

uklart hva departementet mener er terskelen. De viser til at ordlyden «vesentlig» antyder en høy terskel, mens andre uttalelser i høringsnotatet antyder at høy markedskonsentrasjon og høye etableringshindringer kan være tilstrekkelig. Videre mener NorgesGruppen/Gjendemsjø at det bør presiseres at det må være nødvendig for å gripe inn at konkurransebegrensningen er vedvarende eller gjentatt, men at dette ikke i seg selv er tilstrekkelig. *Advokatforeningen* mener også at innholdet i vesentlighetskravet bør klargjøres, og viser til merknadene til terskelen for igangsetting av markedsetterforskning. Av disse merknadene fremgår det at Advokatforeningen mener at momentene som trekkes frem av departementet som eksempler på forhold som tilsier at konkurransen er begrenset, må presiseres og utdypes, og at eksempelvis «høy markedskonsentrasjon» bør kvantifiseres nærmere.

*Advokatfirmaet Schjødt AS (Schjødt)* på vegne av *Dagligvareleverandørenes Forening (DLF)*, viser til Grunnloven § 113 om at myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov, og skriver at bestemmelsen gjør seg særlig gjeldende der det er tale om å ilegge administrative sanksjoner. Etter DLF/Schjødts syn må muligheten til å kunne ilegge overtredelsesgebyr for manglende etterlevelse av vedtak om tiltak ses i sammenheng med lovkravet som følger av Den europeiske menneskerettskonvensjon første tilleggsprotokoll artikkel 1 (EMK P1-1) og Grunnloven § 113, noe som etter DLF/Schjødts syn tilsier at inngrepshjemmelen må utformes tilstrekkelig klart. DLF/Schjødt mener at verken ordlyden i inngrepshjemmelen eller departementets redegjørelse for innholdet i hjemmelen klargjør når vilkåret for inngrep er oppfylt. Dette gjelder etter deres syn særlig begrepet «forhold» i utkastet til ny § 42 og skillet mellom forhold som «vesentlig begrenser konkurransen» og forhold som kun er «egnet til å vesentlig begrense konkurransen». DLF/Schjødt skriver at [b]estemmelsen overlater til Konkurransetilsynets skjønn å avgjøre om det foreligger relevante «forhold» som «begrenser» eller «er egnet til å begrense» konkurransen, og om den eventuelle konkurransebegrensning er «vesentlig». Med dette oppstilles en inngrepshjemmel med så godt som ubegrenset skjønn [...], og som følgelig ikke tilfredsstillende lovkravet i EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1.

Etter DLF/Schjødts syn innebærer inngrepshjemmelen at det utelukkende er opp til Konkurransetilsynets skjønn å avgjøre om vilkårene for å fatte vedtak om inngrep er oppfylt, og de understreker at markedsetterforskning vil måtte for-

holde seg til skrankene i Grunnlovens eiendomsvern, herunder Grunnloven § 105.

Videre er DLF/Schjødt kritisk til departementets omtale av egnethetsvilkåret i utkastet til ny § 42. Schjødt mener det er en manglende indre sammenheng mellom omtalen i høringsnotatet om at eventuelle konkurransebegrensninger «[i]kke må ha en kortvarig eller midlertidig karakter, men fremstå som vedvarende eller gjentatt», og at det er tilstrekkelig å vise at det er forhold som er *egnet* til å vesentlig begrense konkurransen for at det kan fattes vedtak om tiltak, jf. forslag til ny § 42.

Også andre høringsinstanser uttaler seg om at den foreslåtte inngrepshjemmelen skal gjelde både hvis det foreligger forhold som vesentlig «begrenser» konkurransen og forhold som «er egnet til» å vesentlig begrense konkurransen.

NorgesGruppen/Gjendemsjø mener at inngrep bør begrenses til å gjelde observerbare konkurransebegrensninger i markedet, ikke mulige fremtidige virkninger, da dette etter NorgesGruppen/Gjendemsjøs mening vil være altfor inngripende, samt innebære risiko for feilaktige inngrep. Schibsted mener også at adgangen til å vedta avhjelpende tiltak bør begrenses til tilfeller der det foreligger sannsynlighetsovervekt for at konkurransen i det relevante markedet er vesentlig begrenset på vedtakstidspunktet, da det er tvilsomt om det er nødvendig eller forholdsmessig å pålegge tiltak basert på en vurdering av om det foreligger forhold som er «egnet til» å ha en bestemt virkning. DLF/Schjødt uttaler at det er ingen gode grunner til å gi et forvaltningsorgan adgang til å regulere markeder eller markedsadferd basert på en rent hypotetisk og fremtidig sannsynlighet for konkurranseskade. Videre skriver DLF/Schjødt at uten at det stilles krav om å påvise en reell, aktuell og konkret konkurransebegrensning i markedet blir kravet om å påvise vesentlighet illusorisk. *Virke* mener også at det må være et krav om at Konkurransetilsynet beviser at det faktisk er begrenset konkurranse i markedet. De viser til at det etter forslaget er tilstrekkelig at det er forhold som er «egnet til» å begrense konkurransen, og mener at slike mulige virkninger ikke bør gi grunnlag for så inngripende vedtak. *Finans Norge* er bekymret for at forslaget kan medføre svekket forutberegnelighet for berørte aktører, og departementet bør vurdere å innføre rettssikkerhetsmessige tiltak.

Advokatforeningen mener at spørsmål om forutberegnelighet, forholdsmessighet og rettssikkerhet er for svakt utredet, og at de drøftelsene departementet har gjort er for generelle. Advokat-



foreningen er kritisk til at departementet mener at alminnelig sannsynlighetsovervekt vil være tilstrekkelig, særlig hvis tilsynet skal kunne ilegge strukturelle tiltak. Også NorgesGruppen/Gjendemsjø mener at det bør være et langt høyere beviskrav for strukturelle tiltak. NHO uttaler at kravene til bevis for de økonomiske karakteristika ved markeder som det senere vil bli aktuelt å følge opp gjennom regulatoriske tiltak, må ligge på linje med de beviskrav som Høyesterett la til grunn i Nettbil-saken.<sup>5</sup> NHO innvender mot departementets forslag at virkninger av uforutsigbarhet ikke er tilstrekkelig utredet, og etter deres syn kan ikke rettssikkerhetsmekanismer avhjelpe risikoen som oppstår som følge av uforutsigbarheten som medfølger forslaget.

### 3.4.3 Departementets vurdering

#### 3.4.3.1 Inngrepsterskelen

Departementet opprettholder forslaget om å innføre en hjemmel som gir Konkurransetilsynet mulighet til å gripe inn mot forhold som vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål.

Gjennom markedsetterforskning vil Konkurransetilsynet innhente informasjon som gir grunnlag for å vurdere om konkurransen er begrenset, hvor alvorlig konkurransebegrensningen i såfall er og årsakene til begrensningen. Basert på denne informasjonen kan Konkurransetilsynet utforme tiltak for å avhjelpe konkurransebegrensningene. Konkurransetilsynet kan ta hensyn til alle relevante forhold, diskutere tiltak med parter og tredjeparter, og justere tilnærmingen hvis markedsforholdene endrer seg. Når saken er tilstrekkelig utredet vil tilsynet vurdere om det er grunnlag for å treffe vedtak om avhjelpende tiltak, eller om andre tiltak vil være bedre egnet.

Departementet opprettholder også forslaget om at tilsynet bare kan gripe inn med vedtak om avhjelpende tiltak hvis det foreligger forhold som «vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen i strid med lovens formål». De fleste høringsinstansene støtter at det innføres en vesentlighetsterskel. Vesentlighetskriteriet bidrar til at vedtak om avhjelpende tiltak begrenses til konkurranseproblemer av en viss størrelse.

Departementet deler ikke Schibsteds syn om at inngrepsterskelen bør endres til «betydelig», til

svarende terskelen for å gripe inn i foretakssammenslutninger iht. § 16. Som det fremgår av høringsnotatet vurderer departementet at terskelen bør være en annen enn etter forbudsbestemmelsene i §§ 10 og 11 eller fusjonsbestemmelsen i § 16, blant annet for å understreke at markedsetterforskning er et nytt virkemiddel som skiller seg fra de øvrige virkemidlene i konkurranseloven. Når det gjelder innholdet i vesentlighetskriteriet, understreker departementet at bruken av ordet «vesentlig» innebærer at det er en høy terskel for å gripe inn med avhjelpende tiltak. Forholdene som det gripes inn mot, må enten ha ført til eller være egnet til å føre til en kvalifisert begrensning av konkurransen på det eller de markedene markedsetterforskningen gjelder.

Når Konkurransetilsynet skal ta stilling til om et bestemt forhold vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen, må tilsynet ta utgangspunkt i de konkrete skadehypotesene utledet som ledd i markedsetterforskningen. Skadehypotesene må redegjøre for hvordan forholdet kan gjøre det vanskeligere for aktørene å etablere seg eller vokse i markedet, øke forbrukernes byttekostnader, øke forbrukerprisene, svekke kostnadseffektiviteten og innovasjonen i markedet, eller på andre måter vesentlig begrense konkurransen. For at en konkurransebegrensning skal kunne regnes som vesentlig må den ikke ha en kortvarig eller midlertidig karakter, men fremstå som et vedvarende eller tilbakevendende problem.

Konkurranse er en dynamisk prosess hvor usikkerhet om konkurrenters fremtidige adferd tvinger bedriftene til kontinuerlig å strekke seg lengst mulig for å vinne kundenes gunst. Det finnes ikke én enkelt metode som måler graden av konkurranse i et marked. I markedsetterforskningssaker må Konkurransetilsynet derfor vurdere ulike forhold ved markedet for å belyse konkurranseproblemer i den aktuelle skadehypotesen. Eksempler er markedskonsentrasjon, overskudd, produktivitet, etableringshindringer og innovasjon. Slike indikatorer kan reflektere graden av konkurranse i et marked. Jo mer konsentrert et marked er, jo større etableringshindre det finnes, jo lavere produktiviteten er og jo høyere overskuddet er, desto mindre effektiv vil konkurransen normalt være.<sup>6</sup>

Flere av de nevnte forholdene er kvantifiserbare, noe som innebærer at det kan måles hvor-

<sup>5</sup> HR-2023-299-A.

<sup>6</sup> Copenhagen Economics, *Ekstern utredning om konkurransendikatorer og andre relevante analysemetoder* (2007). Utredning på oppdrag fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet.

dan disse, og dermed konkurransen i markedet, har endret seg over tid. Ved å sammenligne markedskonsentrasjon, etableringshindringer, innovasjonstakt, produktkvalitet og lignende på tvers av sammenlignbare markeder, kan man vurdere om markedsforholdene har svekket konkurransen tilstrekkelig til å oppfylle vesentlighetskravet.

Departementet opprettholder forslaget fra høringsnotatet om at Konkurransetilsynet også skal kunne gripe inn mot forhold som er *egnet* til å vesentlig begrense konkurransen.

For å sikre at markedsetterforskning er effektivt og bidrar til å fremme virksom konkurranse i tråd med formålet i konkurranseloven, bør det etter departementets vurdering ikke begrenses til de tilfellene hvor konkurranseskaden allerede har skjedd. Konkurransetilsynet bør også kunne forebygge fremtidige konkurranseskader ved å gripe inn mot forhold som tilsynet kan sannsynliggjøre vil føre til vesentlige begrensninger av konkurransen. Konkurransetilsynet vil da gjennom avhjelpende tiltak kunne beskytte og bevare effektiv konkurranse i markedet og hindre mulige fremtidige effektivitetstap. Det vil være mer effektivt å forhindre et effektivitetstap før det oppstår, enn å måtte vente til skaden er skjedd. Det kan også være vanskeligere å finne effektive tiltak som retter opp skade som allerede har oppstått, enn å forebygge at en skade oppstår.

DLF/Schjødt uttaler i sitt høringssvar at beskrivelsen av innholdet i vesentlighetskravet ikke er forenelig med muligheten til å pålegge avhjelpende tiltak mot forhold som kun er *egnet til* å begrense konkurransen, jf. formuleringen «vedvarende eller gjentatt». Departementet ser at omtalen i høringsnotatet isolert kan tolkes som at selve konkurransebegrensningen må være vedvarende eller gjentatt for at vesentlighetsterskelen er oppfylt. Det er imidlertid ikke slik forslaget skal forstås. Departementet understreker at selve konkurransebegrensningen ikke må være vedvarende eller gjentatt for at egnethetsalternativet skal kunne anvendes. Hvis egnethetsalternativet begrunner et pålegg om avhjelpende tiltak, må de *forholdene* som er *egnet* til å vesentlig begrense konkurransen ha et slikt vedvarende eller gjentagende preg. At ett eller flere forhold er *egnet* til å kunne ha vesentlige konkurransebegrensende virkninger kan for eksempel være tilfellet i markeder med høy konsentrasjon, og med høye etableringshindringer. Hvis en markedsetterforskning avdekker at et foretak er på vei til å forlate et slikt marked, kan det være grunnlag for å iverksette avhjelpende tiltak, blant annet for å forsøke å senke etableringshindringene. På den måten kan

tiltakene forhindre eller redusere de mulige konkurransebegrensningene av de aktuelle forholdene.

For sammenhengens skyld nevner departementet at også forbudsbestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 og 11 rammer samarbeid eller ensidig adferd fra dominerende foretak som er egnet til å begrense konkurransen. Disse bestemmelsene bruker ikke begrepet «egnet til», men det kreves ikke at adferden rent faktisk har hatt konkurransebegrensende virkning. Det sentrale er at en konkurranseskadelig virkning ikke må være hypotetisk eller teoretisk, se for eksempel lagmannsrettens dom i den såkalte Telenor-saken (LG-2019-127886-2) avsnitt 4.3, hvor retten gjennomgår innholdet i kravet til «egnet til», i relasjon til misbruksforbudet i konkurranseloven § 11. Dette innebærer at Konkurransetilsynet må kunne sannsynliggjøre at forholdene som begrunner avhjelpende tiltak kan føre til en vesentlig begrensning i konkurransen, og denne virkningen må være mer enn hypotetisk eller teoretisk.

I Nettbil-saken (HR-2023-299-A) premiss 68 understreket Høyesterett at bevisbedømmelse vedrørende forhold som ligger inn i fremtiden er krevende, og at det «[i] alminnelighet gjelder et krav om at prognoser må være forsvarlige på det tidspunkt de blir foretatt [...]». Høyesterett viser videre til Kommisjonens utkast til reviderte retningslinjer for markedsavgrensning avsnitt 77, som sammenfatter praksis fra EU-domstolen vedrørende krav til fremtidsvurderinger på følgende måte:

Hvis sagen kræver en fremadrettet vurdering, og når markedsafgrænsningen er baseret på endringer i konkurrencedynamikken i den vurderende periode, skal sådanne ændringer understøttes af pålidelige oplysninger, der med en tilstrækkelig grad af sikkerhed viser, at de forventede ændringer rent faktisk vil blive virkelighed.<sup>7</sup>

Kravene til at de avhjelpende tiltakene må være nødvendige, innebærer også at det må stilles strengere krav til hvordan Konkurransetilsynet underbygger skadehypotesen i tilfeller hvor skaden ennå ikke har skjedd. Jo mindre sannsynlig det er at forholdene vil ha konkurransebegrensende virkninger, desto vanskeligere vil det være å oppfylle kravene til nødvendighet og forholds-

<sup>7</sup> Merk at retningslinjene nå er vedtatt. Commission, *Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Union competition law* (C/2024/1645).

messighet. Samtidig er departementets vurdering at det også bør være mulig å se hen til alvorlighetsgraden av den mulige konkurranseskaden, slik at jo mer alvorlig en mulig konkurransebegrensning er, desto mer inngripende kan et tiltak være. En forutsetning er imidlertid at tiltaket er nødvendig, og at de alminnelige beviskravene for å fatte vedtak er oppfylt. Se ellers punkt 3.5.1.3 om kravet til at tiltak må være forholdsmessige.

Når det gjelder kravet til bevis for at inngrepsterskelen er oppfylt, opprettholder departementet vurderingen fra høringsnotatet om at beviskravet bør være alminnelig sannsynlighetsovervekt som er hovedregelen i norsk rett, og viser til omtalen i punkt 3.4.1. Etter departementets vurdering bør beviskravet være det samme for alle tiltak, herunder både adferdsregulerende og strukturelle tiltak. Departementet deler dermed ikke synet til de høringsinstansene som ønsker et høyere beviskrav for strukturelle tiltak. Samtidig er departementet enig i vurderingen til høringsinstansene om at strukturelle tiltak vil være særlig inngripende for foretakene. Hensynet til foretakene vil imidlertid ivaretas ved et strukturelle tiltak bare kan brukes der hvor andre tiltak ikke er tilstrekkelige eller er mer inngripende. Hensynet ivaretas også ved at kravene til forholdsmessighet og nødvendighet innebærer at jo mer inngripende tiltaket er, desto mer skal det til for at disse kravene er oppfylte. Det vises til punkt 3.5.1.3 for en nærmere omtale av når det kan være aktuelt å pålegge avhjelpende strukturelle tiltak.

#### 3.4.3.2 Lovkravet i Den europeiske menneskerettskonvensjon første tilleggsprotokoll artikkel 1 (EMK P1-1) og Grunnloven § 113

Departementet redegjorde kort for innholdet i EMK P1-1 i høringsnotatet. Noen høringsinstanser mener at forslaget til inngrepshjemmel ikke tilfredsstiller lovskravet i EMK P1-1. De mener at den foreslåtte ordlyden ikke var tilstrekkelig klar med hensyn til når vilkårene for inngrep vil være oppfylt, og at forslaget heller ikke ga noen føringer for Konkurransetilsynets valg av tiltak. Departementet omtalte ikke kravet til lovhjemmel i høringsnotatet, da det ble ansett som klart at det var oppfylt. Hensynet til klarhet og forutberegnelighet, som er en viktig del av vurderingen av om kravet er oppfylt, er imidlertid grundig drøftet.

Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har ved flere anledninger uttalt seg om innholdet i lovkravet etter EMK P1-1.

EMD har uttalt at det ikke er tilstrekkelig at et inngrep eller tiltak har et rettslig grunnlag i intern rett. Det stilles også krav til at lovbestemmelsen er forenlig med generelle rettsstatsprinsipper, herunder at den er tilgjengelig og må beskytte eller garantere mot vilkårlighet, jf. blant annet *East West Alliance Limited mot Ukraina* (2014) premiss 167 og *Ünspeđ Paket Servísi SaN. Ve TíC. A.Ş. mot Bulgaria* (2015) premiss 37.

Det stilles også krav til utformingen av de aktuelle bestemmelsene, herunder at en bestemmelse må være «tilstrekkelig tilgjengelig», «presis» og «forutsigbar i sin anvendelse», jf. blant annet *Lekić mot Slovenia* (2018) premiss 95 og *Beyeler mot Italia* (2000) premiss 109.

Når det gjelder kravet til forutsigbarhet, har EMD uttalt at en norm ikke kan karakteriseres som en «lov» i konvensjonens forstand, med mindre den er «formulated with sufficient precision to enable citizens to regulate their conduct; they must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail», jf. *Centro Europa 7 S.r.l. og Di Stefano mot Italia* (2012) premiss 141. Det stilles imidlertid ikke krav om at egen rettsstilling skal kunne beregnes nøyaktig. I samme avgjørelse uttaler domstolen i premiss 141–143 at:

141. [...] Such consequences need not be foreseeable with absolute certainty: [...] the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice [...].

142. The level of precision required of domestic legislation – which cannot in any case provide for every eventuality – depends to a considerable degree on the content of the law in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed [...].

143. In particular, a rule is «foreseeable» when it affords a measure of protection against arbitrary interferences by the public authorities [...], and against the extensive application of a restriction to any party's detriment.

I *Lekić mot Slovenia* (2018) slo EMD fast at det faktisk at det er nødvendig å be om juridisk bistand for å vite – med en rimelig grad av sikkerhet – hva konsekvensene av en gitt handling vil være, ikke er i strid med kravet til forutsigbarhet.

Det gjelder særlig for dem som driver profesjonell aktivitet, og som er vant til å gjøre det med en høy grad av forsiktighet under utøvelsen av den aktiviteten. Slike aktører kan forventes å ta ekstra steg for å avgjøre hva slags risiko aktiviteten deres medfører, jf. premiss 97.

I samme avgjørelse ga EMD i premiss 95 uttrykk for at et element i klarhetskravet, herunder en beskyttelse fra vilkårlige inngrep, er at det eksisterer «procedural guarantees affording to the individual or entity concerned a reasonable opportunity of presenting their case to the responsible authorities for the purpose of effectively challenging the measures interfering with the rights guaranteed by that provision».

For å sikre kravet til forutsigbarhet, er det viktig at Konkurransetilsynet fra starten av en markedsetterforskning legger opp til en åpen og inkluderende dialog og prosess med berørte markedsaktører. Ved en markedsetterforskning innebærer dette at tilsynet allerede på et tidlig stadium bør vise åpenhet og legge opp til dialog med relevante aktører om sentrale sider ved etterforskningen, herunder relevante skadehypoteser, utformingen av mulige avhjelpende tiltak og betydningen av effektivtetsgevinster. Forutberegnelighet bør etter departementets syn også søkes ivarett ved å inkludere berørte markedsaktører både før og under markedsetterforskningen. Departementet understreker at det er dette hensynet de ulike stadiene i markedsetterforskningen skal ivareta, jf. omtalen i punkt 4 nedenfor om saksbehandlingen i markedsetterforskningssaker. Etter departementets syn oppfylder forslaget til § 42 de kravene som kan utledes fra EMDs praksis vedrørende EMK P1-1.

Grunnloven § 113 bestemmer at «Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.» Dette omtales også som legalitetsprinsippet, og det krever at inngrep overfor enkeltindivider må ha et formelt rettslig grunnlag, og oppfylle visse krav til klarhet, jf. HR-2020-1967 premiss 35, med henvisning til Rt. 2014 s. 1105 premiss 30. Hvor strenge krav som stilles til lovhjemmelen, vil variere etter arten av inngrepet og hvor hardt det rammer, jf. Rt. 2006 s. 1382 premiss 51.

I HR-2020-1967-A premiss 38 uttalte Høyesterett om innholdet i klarhetskravet at:

lover nødvendigvis også må tolkes i tråd med samfunnsutviklingen. Det kan bety at inngrep som ikke var aktuelle da loven ble gitt, likevel kan ha hjemmel i dag. Forutsetningen er at loven har en ordlyd som åpner for en slik gradvis tilpasning til samfunnsutviklingen. Den

europiske menneskerettsdomstolen (EMD) har gitt uttrykk for tilsvarende vurderinger. Ifølge domstolen må det gis muligheter for å tolke lovverket i lys av endrede livsforhold, selv om det til en viss grad kan gå ut over forutberegneligheten.

Høyesterett viste i samme sak til sitatet gjengitt ovenfor fra *Centro Europa 7 S.r.l. og Di Stefano mot Italia* (2012) premiss 141.<sup>8</sup> Departementet tolker uttalelsen slik at lovkravet i Grunnloven § 113 langt på vei korresponderer til lovkravet slik det kommer til uttrykk i EMK.

Departementet er enig i at forslaget til ny § 42 første ledd er vidt formulert, og ser at det kan skape noe uforutsigbarhet om hvordan hjemmelen for pålegg om tiltak kan brukes. Markedsetterforskning skal imidlertid kunne fungere på tvers av markeder, i tillegg til å kunne ta høyde for en utvikling i både markeder og skadehypoteser. Behovet for fleksibilitet er med andre ord sentralt. For at hensynet til fleksibilitet skal ivaretas, er det nødvendig at hjemmelen for å fatte vedtak om tiltak er tilstrekkelig vidt formulert.

Departementet viser i den forbindelse til at også de gjeldende forbudsbestemmelsene i konkurranseloven er vidt formulert. Noe av begrunnelsen for det har vært at behovene og praksisen hjemlene skal være i stand til å håndtere kan utvikle seg over tid, blant annet som følge av nye skadehypoteser og empiriske studier av effekten av ulike typer markedsadferd. En konsekvens av dette er at bestemmelsene har et språk som kan ta høyde for disse utviklingene. Slik departementet tolker uttalelsene fra Den europeiske menneskerettsdomstolen i sakene referert til ovenfor, tas det høyde for dette i tolkningen av klarhetskravet i EMK P1-1 og Grunnloven § 113.

Departementet deler NHOs vurdering om at Konkurransetilsynet må sørge for at både Grunnloven og EMK blir overholdt i enkeltsaker. Departementet er derimot ikke enig med DLF/Schjødt, som i sin høringsuttalelse viser til at måten inngrepshjemmelen er formulert på gir Konkurransetilsynet et ubegrenset skjønn i rettsanvendelsen.

Departementet tolker innvendingen fra DLF/Schjødt og NHO som at lovforslaget er formulert slik at det ikke vil være mulig å gjøre noen reell etterhåndskontroll av om vilkårene er oppfylt. Departementet deler ikke denne vurderingen.

<sup>8</sup> Uttalelsen kom først i EMDs avgjørelse i saken *Sunday Times mot Storbritannia* (1979), og er gjengitt ordrett i *Centro Europa 7 S.r.l. og Di Stefano mot Italia* (2012) premiss 141.

Om det er mulig å gripe inn mot en gitt adferd eller et sett med omstendigheter, avhenger av at det er avdekket forhold som «vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen». Inngrep forutsetter dermed at et vilkår med et bestemt innhold er oppfylt. Om det er oppfylt i et gitt tilfelle kan etterprøves av både klageinstansen og domstolene, på samme måte som vilkårene om konkurransebegrensning i konkurranseloven §§ 10, 11 og 16. Departementet understreker at det også kan være krevende å slå fast hvor grensene for lovlig markedsadferd går etter de gjeldende forbudsreglene i konkurranseloven.

Etter departementets syn er forslaget til ny § 42 i samsvar med kravene til forutsigbarhet i vilkåret om lovhjemmel i både EMK og Grunnloven § 113, og departementet opprettholder derfor formuleringen til vedtakshjemmel slik den fremgår av forslag til ny § 42.

#### 3.4.3.3 *Vilkåret om at inngrep må forfølge et legitimt formål*

Departementet legger til grunn at konkurransepolitiske formål er et legitimt formål jf. EMK P1-1, se for eksempel *Kurban mot Tyrkia* (2020) og henvisningen til «promotion of fair competition» i premiss 78.

#### 3.4.3.4 *Kravet til forholdsmessighet*

Ethvert inngrep i rettigheter som er beskyttet av EMK P1-1 må være forholdsmessig. I det ligger det et krav om at inngrepet må balansere hensynet til de interessene som skal ivaretas ved inngrepet, og interessene til den som må tåle inngrepet. Ifølge forslaget til inngrepshjemmel i § 42 må tiltaket være nødvendig og egnet til å redusere eller fjerne konkurransebegrensningen, se nærmere om forholdsmessighetskravet i punkt 3.5.1.3.

## 3.5 Nærmere om formene for avhjelpende tiltak

---

### 3.5.1 Endelig vedtak om avhjelpende tiltak

#### 3.5.1.1 *Forslaget i høringsnotatet*

Den viktigste endringen i forslaget til markedsetterforskning var å gi Konkurransetilsynet adgang til å treffe vedtak om avhjelpende tiltak, etter å ha gjennomført en grundig undersøkelse av konkurranseforholdene i det aktuelle markedet.

Departementet foreslo at Konkurransetilsynet skulle kunne pålegge både adferdsmessige og strukturelle avhjelpende tiltak. Begrepene «adferdsmessige» og «strukturelle» omfatter de fleste aspekter ved en virksomhet, herunder foretakenes drift, nødvendig infrastruktur og organisering/selskapsstruktur.

Departementet påpekte i punkt 8.4.1.2 at ethvert pålegg som begrenser foretakenes forretningsfrihet er inngripende. Derfor er det viktig med tydelige prosessuelle krav for gjennomføringen av en markedsetterforskning, blant annet for å sikre at eventuelle tiltak er nødvendige og forholdsmessige. Departementet understreket blant annet at forbigående problemer ikke bør håndteres med markedsetterforskning. I omtalen av nødvendighetskravet understreket departementet at det minst inngripende effektive tiltaket skal anvendes. Departementet fremhevet også betydningen av relevante Grunnlovs- og menneskerettslige bestemmelser, herunder Grunnloven §§ 97 og 105, og Den europeiske menneskerettskonvensjon første tilleggsprotokoll artikkel 1 (EMK P1–1).

Departementet understreket at Konkurransetilsynet må foreta en helhetsvurdering av om et tiltak totalt sett fremmer konkurransen og bidrar til effektiv ressursbruk til fordel for forbrukerne. Et tiltak kan for eksempel tilsynelatende ha positive virkninger for konkurransen på kort sikt, men samtidig føre til at markedsaktørenes insentiv til å investere eller utvikle nye og bedre produkter svekkes. Konkurransetilsynet må i slike tilfeller veie disse hensynene opp mot hverandre.

Det ble videre vist til at det er relevant å vurdere om markedsaktørenes adferd skaper spesifikke effektivitetsgevinster. Vurderingen av effektivitetsgevinster bør ta utgangspunkt i tilsvarende analyser ved vurderingen av foretakssammenslutninger og håndheving av forbudsbestemmelsene. Det innebærer at det først og fremst vil være samfunnsøkonomiske gevinster som kan dokumenteres, kommer kundene til gode og som ikke kan oppnås på andre måter, som er aktuelle.

Departementet viste også til at Konkurransetilsynet, helt fra starten av en markedsetterforskning og gjennom hele prosessen, må legge til rette for en åpen og inkluderende dialog med berørte markedsaktører. Dette innebærer at tilsynet fra et tidlig stadium bør legge vekt på åpenhet og be om innspill fra relevante aktører om sentrale sider ved markedsetterforskningen, herunder relevante skadehypoteser, utformingen av avhjelpende tiltak og betydningen av effektivitetsgevinster.

I tillegg til vedtak om adferdsregulerende eller strukturelle tiltak rettet mot bestemte foretak, kan det være aktuelt med anbefalinger om regelverks- eller praksisendringer til relevante myndigheter på deres områder eller anbefaling til departementet om å vedta forskrift etter konkurranseloven § 14.

Tiltakene være nødvendige og forholdsmessige. At tiltak anses nødvendig vil ofte allerede følge av at inngrepsterskelen er oppfylt og at tiltaket er egnet til å avhjelpe konkurransebegrensningen. Konkurransetilsynet må imidlertid også ta hensyn til den forventede markedsutviklingen og eventuelle andre relevante forhold. Hvis det er sannsynlig at markedet selv vil løse konkurranseproblemet, kan det være unødvendig å pålegge tiltak.

Det ble understreket at Konkurransetilsynet skal velge mindre inngripende alternativer hvis disse finnes og effektivt kan løse de aktuelle konkurranseproblemene. Dette fremgikk av forslaget til ny § 42 første ledd andre punktum om at Konkurransetilsynet skal kunne vedta pålegg om ethvert tiltak som er «[n]ødvendig for å eliminere eller redusere begrensningen av konkurransen». Denne formuleringen innebærer også at det ikke kreves at konkurransebegrensningen kan fjernes fullstendig. Selv om det skulle eksistere slike tiltak, kan de ikke pålegges hvis de ikke er forholdsmessige. I slike tilfeller kan det bli aktuelt med tiltak som kun *reduserer* konkurransebegrensningen uten å fjerne den fullstendig. Tilsynet må dermed veie de positive og negative virkningene av tiltakene som vurderes opp mot hverandre, herunder hvor byrdefullt tiltaket er overfor foretak som rammes. Det må særlig vurderes om andre mindre inngripende virkemidler kan avhjelpe konkurranseutfordringene like eller tilnærmet like effektivt. For tiltak som kan karakteriseres som *strukturelle* er denne forholdsmessighetsvurderingen sentral.

Spørsmålet om forholdsmessighet blir særlig aktuelt for myndighetsutøvelse som faller inn under Grunnloven og EMK, nærmere bestemt Grunnloven §§ 97, 105 og 113, og EMK P1–1. Tiltak som griper inn i rettigheter som følger av disse bestemmelsene *må* være forholdsmessige, jf. praksis fra Høyesterett og Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD). Høringsnotatet understreket at om et tiltak er i tråd med Grunnloven eller EMK vil avhenge av om tiltaket må anses som et inngrep, og deretter hvilken rettighet tiltaket griper inn i, måten det griper inn på, og hvor alvorlig inngrepet er sett i sammenheng med formålet for inngrepet.

### *Særlig om adferdsmessige tiltak*

Tiltak som tar sikte på å regulere et foretaks adferd kan overordnet inndeles i 1) tiltak som legger til rette for konkurranse og 2) adferdskontrollerende tiltak som forhindrer forstyrrelser i konkurransen. Tilretteleggende tiltak kan for eksempel være en forpliktelse til å gi tilgang til fasiliteter, leveringsforpliktelser, tiltak for å begrense virkningene av vertikale bindinger, forby koblingsalg, og regulere bruk av visse kontraktsvilkår. Kontrollerende tiltak kan være å begrense informasjonsutveksling, tilpasse kundeforhold eller andre begrensninger for en bedrifts adferd. Avhengig av hvilke omstendigheter som anses å begrense konkurransen, kan de aktuelle tiltakene være alt fra justeringer i virksomheten til mer omfattende praksisendring. Det må vurderes om det aktuelle tiltaket er forholdsmessig.

I høringsnotatet fremhevet departementet at pålegg om avhjelpende tiltak kan være hensiktsmessig hvis det oppstår konkurranseproblemer som ikke direkte er knyttet til markedsaktørens adferd. Eksempler på slike forhold er stordriftsfordeler, nettverkseffekter, asymmetrisk informasjon og byttekostnader.

Videre viste departementet til at det ofte kan være høye etableringshindringer i markeder som er preget av stordriftsfordeler og nettverkseffekter. Det vil da kunne være fare for at konkurransen i markedet utvikler seg i en retning der konkurransen blir begrenset, og i verste fall tipper, slik at få aktører opererer i et marked hvor barrierene for å etablere seg er for høye til at effektiv konkurranse kan etableres eller opprettholdes. Høringsnotatet understreket at i slike markeder vil hensikten med et avhjelpende tiltak som regel være å legge til rette for at nye aktører kommer inn eller at aktører ikke forlater markedet. Dette kan være tiltak knyttet til produktenes eller tjenestenes interoperabilitet eller tilgang til nødvendige innsatsfaktorer som data, grensesnitt, lisenser eller distribusjonsnettverk.

Departementet viste imidlertid også til at det er viktig at Konkurransetilsynet, i vurderingen av om slike tiltak er egnet for å hindre en vesentlig konkurransebegrensning, tar med i vurderingen at eksistensen av stordriftsfordeler og nettverkseffekter, samt tilgang til informasjon om et høyt antall kunder (data), også kan være effektivitetsfremmende. Sistnevnte kan for eksempel innebære at store bedrifter tilbyr bedre produkter som er tilpasset behovene i ulike kundesegmenter. Ifølge høringsnotatet er det derfor viktig at tilsynet ved utformingen av avhjelpende tiltak sørger

for at slike effektivitetsfremmende elementer ikke hindres eller reduseres.

Ifølge høringsnotatet vil store bedrifter kunne hevde at eierskap til data er en konsekvens av målrettede investeringer, og at et pålegg om å gi øvrige aktører tilgang vil frata dem en rettmessig konkurransefordel. Konkurransetilsynet bør derfor ta hensyn til dette ved utforming av avhjelpende tiltak, for eksempel ved å legge til rette for at en aktør som eier data og informasjon får en rimelig kompensasjon fra konkurrenter for tilgang til disse.

Når det gjelder konkurransebegrensende virkninger på grunn av store byttekostnader eller informasjonsasymmetri, vil adferdsmessige tiltak for eksempel inkludere endringer i avtalebestemmelser eller forpliktelse til å opplyse om produktenskaper (priser, produktkvalitet osv.) Slike tiltak vil vanligvis ikke føre til utilsiktede konsekvenser for markedsaktørene eller forbrukere.

Videre kan adferdsmessige tiltak også være aktuelt hvis en konkurransebegrensning skyldes adferd som ikke rammes av forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid eller misbruk av dominerende stilling, for eksempel hvis bruk av algoritmer legger til rette for stilltiende samarbeid.

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

Høringsnotatet viste til at det er viktig at et avhjelpende tiltak blir effektivt. En ulempe med adferdsregulerende tiltak er at de som oftest krever kontroll med etterlevelsen, noe som er ressurskrevende.

#### *Særlig om strukturelle tiltak*

Ifølge høringsnotatet vil strukturelle tiltak typisk være engangstiltak som tar sikte på å gjenopprette konkurransen i det aktuelle markedet. De vil typisk være salg av virksomhet eller deler av virksomhet, eiendeler eller andre rettigheter og immaterielle rettigheter. Slike tiltak tar sikte på å løse eller avbøte konkurranseproblemer ved å legge til rette for at nye konkurrenter etablerer seg, eller at eksisterende konkurrenter kan konkurrere effektivt.

Strukturelle tiltak blir ofte regnet som mer inngripende enn adferdsmessige tiltak, fordi de

griper inn i eiendomsrettigheter. I høringsnotatet ble det understreket at hvorvidt et strukturelt tiltak er mer eller mindre inngripende enn et adferdsmessig tiltak, må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Strukturelle tiltak kan i dag pålegges både i fusjonssaker og i overtredelsessaker, jf. henholdsvis konkurranseloven § 16 andre ledd og § 12. I fusjonssaker er strukturelle tiltak i utgangspunktet det foretrukne tiltaket. Særlig gjelder dette tilfeller hvor de fusjonerende foretakene er faktiske eller potensielle konkurrenter. Strukturelle tiltak er aktuelt hvis transaksjonen anses å være tilstrekkelig skadelig for konkurransen, slik at alternativet vil være å forby fusjonen. Det er partene som må foreslå tiltak, herunder hva det er aktuelt å selge, og det er opp til partene å avgjøre om ulempen ved tiltaket oppveies av verdien av å få gjennomført foretakssammenslutningen. Et avhjelpende tiltak som innebærer salg av en del av virksomheten i en fusjonssak, vil derfor kunne oppleves mindre inngripende, enn når slikt salg blir pålagt av konkurransemyndighetene som ledd i en markedsetterforskning. Videre handler fusjonskontrollen nettopp om strukturendringer, der transaksjonen typisk fører til at det blir én aktør mindre i markedet. Det er dermed naturlig at det i slike saker ofte benyttes strukturelle tiltak, som legger til rette for etablering av en ny konkurrent eller styrker eksisterende konkurrenter.

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

Atferdsregulerende tiltak har til hensikt å bestemme og kontrollere bedriftens atferd, og dermed sikre at bedriften opptre i samsvar med lovens bestemmelser. Strukturelle tiltak søker å endre bedriftens strukturelle organisering og på denne måten sikre ønsket atferd gjennom at bedriften forfølger sine egne økonomiske interesser. Denne forskjellen har stor betydning for konkurransemyndighetenes håndheving av eventuelle pålegg. Mens atferdsregulerende tiltak krever kontinuerlig oppfølging, vil strukturelle tiltak normalt fun-

gere uten at konkurransemyndighetene behøver detaljert kjennskap til bedriftens aktiviteter. Derfor fremstår strukturelle tiltak som mer effektive enn tilsvarende atferdsregulerende tiltak.

Det ble samtidig understreket at dette er et inngripende virkemiddel, og at konkurransemyndighetene derfor bør forsøke å unngå tiltak som er unødvendig tyngende for foretakene. Det ble understreket at strukturelle tiltak derfor bare bør benyttes ved overtredelser der det er en vesentlig fare for vedvarende eller gjentatte overtredelser, som følge av strukturen til det eller de aktuelle foretak.

I høringsnotatet uttalte departementet at vurderingen av strukturelle tiltak i markedsetterforskningssaker er forskjellig fra overtredelsessaker ved at foretakene ikke har brutt konkurranseloven, men innrettet seg etter den. Dette fører til at strukturelle tiltak fremstår som mer inngripende i markedsetterforskningssaker. I fusjonssaker er det partene som har tatt initiativ til transaksjonen og de har derfor større kontroll over saken, ved at de kan foreslå avhjelpende tiltak eller la være å gjennomføre transaksjonen.

På den annen side, kan det være tilfeller der adferdsmessige tiltak ikke er tilstrekkelige til å løse problemene som er avdekket under markedsetterforskningen. Der konkurranseutfordringene er strukturelle, og adferdsmessige tiltak ikke i tilstrekkelig grad løser problemet, vil det ifølge høringsnotatet være uheldig hvis Konkurransetilsynet ikke har kompetanse til å treffe strukturelle tiltak. Det er også tilfeller hvor strukturelle tiltak er bedre egnet enn adferdsmessige tiltak, fordi de fører til en varig endring i markedsstruktur og bedriftenes insentiver. I enkelte tilfeller kan strukturelle tiltak også være mer fordelaktige for partene, fordi de ikke legger begrensninger i deres markedsadferd etter at tiltaket er gjennomført slik adferdstiltak vil gjøre.

Konklusjonen var derfor at det bør være mulig å pålegge strukturelle tiltak i markedsetterforskningssaker, med samme begrensninger som etter konkurranseloven § 12, nemlig at strukturelle tiltak kun kan pålegges hvis adferdsregulerende tiltak ikke er tilstrekkelig.

For øvrig har konkurransemyndighetene i både Storbritannia og Island kompetanse til å pålegge strukturelle tiltak i markedsetterforskningssaker. CMA har kun ilagt strukturelle tiltak i to markedsetterforskningssaker, mens Island foreløpig ikke har fattet vedtak i en markedsetterforskningssak, se også punkt 2.3.3.3 i denne pro-

posisjonen. Høringsnotatet nevner videre at det per 31. mars 2023 også er foreslått i Tyskland at det kan pålegges «eierskapsrettslige tiltak», herunder å selge aksjer eller eiendeler. Se punkt 2.3.4.2 i dette dokumentet for en omtale av avhjelpende tiltak i den tyske loven, som nå er vedtatt.

Departementet påpekte også at det internasjonalt kan spores en økt vilje til å gripe inn med strukturelle tiltak. I OECD-sammenheng har det blant annet nylig vært diskutert om konkurransemyndigheter bør ha mulighet til å gripe inn mot gjennomførte foretakssammenslutninger hvis de viser seg å ha konkurransebegrensende virkninger. Videre har amerikanske konkurransemyndigheter nylig tatt ut søksmål mot Google med sikte på å dele opp selskapet. I fortalen til direktiv (EU) 2019/1 om en mer effektiv nasjonal håndheving av EU-traktatens konkurranselovgivning (ECN+), viser EU til at det er viktig for nasjonale konkurransemyndigheter å kunne pålegge strukturelle tiltak ved brudd på forbudsbestemmelsene.

Dersom konkurransemyndighetene skal ha kompetanse til å pålegge strukturelle tiltak, må det også tas hensyn til fusjonskontrollen, og til Europakommisjonens eksklusive kompetanse til å behandle foretakssammenslutninger som faller inn under rådsforordning EF nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger (fusjonsforordningen). Det vises til punkt 3.5.4 nedenfor for nærmere omtale av dette spørsmålet.

Departementet foreslo videre at det ikke bør være anledning til å pålegge salg eller oppløsning av et foretak innen en nærmere bestemt periode etter at Konkurransetilsynet, Konkurransklagenemnda eller domstolene har avsluttet behandlingen av en sak om foretakssammenslutning som gjelder dette foretaket. Grensen ble foreslått satt til 5 år.

På bakgrunn av dette ble det foreslått at Konkurransetilsynet skulle gis adgang til å pålegge strukturelle tiltak. Det fremgikk videre at strukturelle tiltak kun vil være aktuelt hvis adferdsmessige vedtak ikke er egnet eller er mer tyngende. Departementet foreslo i høringsnotatet at dette burde tydeliggjøres i loven.

#### *Forslag om avhjelpende tiltak fra partene*

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



Departementet viste til at pålegg om avhjelpende tiltak i overtredelsessaker, jf. konkurranse-loven § 12 tredje ledd, skal bidra til å effektivisere håndhevingen av konkurranse-lovens forbudsbestemmelser og ivareta fremtidig konkurranse. I disse tilfellene har både foretakene og Konkurransetilsynet mulighet til å spare ressurser gjennom en raskere og enklere saksbehandling. I tillegg vil det være en fordel for foretakene at Konkurransetilsynet avslutter etterforskningen av en mulig overtredelse.

Ifølge høringsnotatet gjør de samme hensyn til dels gjør seg gjeldende i markedsetterforsknings-saker. Departementet uttalte at også i slike saker vil partenes adgang til å foreslå avhjelpende tiltak kunne virke ressursbesparende og gi partene større mulighet til å påvirke hvilke løsninger som velges. Tilsynet må foreta en selvstendig vurdering av om tiltaket vil være nødvendige for å fjerne eller redusere konkurransebegrensningen, også for avhjelpende tiltak som foretaket foreslår. Dette er nødvendig for at saken skal være tilstrekkelig utredet før det fattes vedtak.

Loven bør ikke inneholde en uttømmende liste over mulige tiltak da dette må vurderes konkret i den enkelte sak. Hvis Konkurransetilsynet ikke får kompetanse til å pålegge strukturelle tiltak, bør markedsaktørene likevel kunne tilby slike tiltak og få dem stadfestet i et vedtak fra tilsynet. Det kan også tenkes tilfeller der strukturelle tiltak vil være mindre inngripende overfor et foretak enn adferdsmessige tiltak, slik at partene vil foretrekke dette. Partene kan også foreslå at det oppnevnes forvalter.

Ifølge forslaget var det opp til Konkurransetilsynet å vurdere om de tilbudte tiltakene er egnet til å møte konkurransebekymringene. Tiltakene bør være effektive, og kunne iverksettes innen en kort tidsperiode. Det kan i den forbindelse være naturlig å se hen til Kommissjonens retningslinjer om avhjelpende tiltak i fusjonssaker, så langt de passer.<sup>9</sup> Det bør imidlertid ikke være noen generell preferanse for strukturelle tiltak, slik som i fusjonssaker.

Departementet uttalte også at det vanligvis ikke vil være nødvendig å sende forhåndsvarsel etter forvaltningsloven § 16 før det treffes vedtak som gjør forslag om avhjelpende tiltak bindende for foretaket etter § 42 tredje ledd. Det ble vist til at det er foretaket som fremmer forslag til avhjelpende tiltak og at varslingsplikten må anses ivare-

tatt ved at foretaket er i dialog med Konkurransetilsynet om utformingen av vedtaket. Tilsvarende gjelder etter konkurranse-loven § 12 tredje ledd ved at varslingsplikten ikke gjelder ved pålegg om avhjelpende tiltak som foreslås av partene i overtredelsessaker.

### 3.5.1.2 Høringsinstansenes syn

Flere av høringsinstansene er i sine uttalelser opp-tatt av at avhjelpende tiltak må være nødvendige og forholdsmessige. *NHO* sier i sin uttalelse at de forstår høringsnotatet slik at kravet til forholdsmessighet er en del av nødvendighetskriteriet. *NHO* mener at forholdsmessighetskriteriet bør fremgå uttrykkelig av lovteksten, og presiserer at hvis markedsetterforskning innføres i norsk rett, må det følges av et klart krav til forholdsmessighet, og at dette må være en forutsetning for et gyldig vedtak. Selv om *NHO* ser behovet for at myndighetene skal kunne gripe inn i markeder, mener de likevel at grensene for hvor langt muligheten strekker seg er uklar slik forslaget er formulert. *NHO* skriver blant annet at forholdet til vernet av eiendomsretten etter Grunnloven ikke er klart. Etter *NHOs* syn er det større risiko for at strukturelle tiltak vil nærme seg Grunnlovens beskyttelsesterskler enn adferdsmessige tiltak, og at forslaget forhold til EMK P1-1 burde vært utredet nærmere. *NHO* mener at det må inntas et krav om at tiltak skal være proporsjonale i lovteksten, herunder en tydeliggjøring av at tiltak må være nødvendige, egnet og effektive for å oppnå det resultat som ønskes. *Schibsted* uttaler at de ikke er negative til avhjelpende atferdsmessige tiltak hvis markedsetterforskning først skal innføres. De mener likevel at det er helt sentralt at det etableres kontroll med at vedtakene ivaretar kravet til nødvendighet og forholdsmessighet. Dette krever en kontrafaktisk analyse, som bør klargjøres i § 42. I tillegg må det lovfestes en robust overprøvingsadgang. *Virke* mener at kravet om forholdsmessighet er en lite håndgripelig terskel for Konkurransetilsynets valg av tiltak. De viser til at de negative effektene av feil valg av tiltak ikke er beskrevet i høringsnotatet og må utredes av departementet. De mener videre at det må implementeres terskler og rettslige skranker i lovforslaget knyttet til Konkurransetilsynets valg av tiltak. Videre støtter *Virke* at et inngrep kan være unødvendig hvis det er sannsynlig at et marked vil reparere seg selv, og at det minst inngripende tiltaket skal velges.

Svært mange høringsinstanser er kritiske til at Konkurransetilsynet skal kunne fatte vedtak om

<sup>9</sup> Commission, *Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004* (2008/C 267/01).

strukturelle avhjelpende tiltak. *Advokatforeningen* mener at hvis det innføres et generelt markedsetterforskningsverktøy uten en grundigere og bredere utredning, bør Konkurransetilsynet kun få hjemmel til å vedta adferdsmessige og ikke strukturelle tiltak. Advokatforeningen viser i sin høringsuttalelse til at strukturelle tiltak er særdeles inngripende fordi foretakene vil kunne tvinges til å selge ut sentrale virksomheter eller infrastruktur som foretakene har brukt betydelige ressurser på å (videre)utvikle eller etablere, uten at de har opptrådt lovstridig. Advokatforeningen mener at konsekvenser av å kunne ilegge strukturelle tiltak og forholdet til forholdsmessighetsprinsippet ikke er tilstrekkelig utredet. Foreningen stiller også spørsmål ved om strukturelle tiltak, særlig de som rammer foretatte investeringer med tilbakevirkende kraft, vil kunne være forholdsmessige. Hvis det likevel gis adgang til å fatte vedtak om strukturelle tiltak, mener Advokatforeningen at det må lovfestes at strukturelle tiltak er siste løsning, og kun kan være aktuelt hvis det er klart at adferdsmessige tiltak ikke er egnet til å løse identifiserte konkurranseproblemer. Advokatforeningen skriver videre at høringsnotatet viser til Grunnloven § 105, men at det ikke inneholder noen drøftelse av om bestemmelsen kommer til anvendelse. Advokatforeningen stiller også spørsmål om hvordan eventuell kompensasjon skal utmåles hvis et foretak lider økonomisk tap som følge av adferdsmessige eller strukturelle tiltak.

NHO mener at strukturelle tiltak ikke bør være mulige i en markedsetterforskning, og at de i praksis blir så kompliserte å gjennomføre at det ikke er realistisk at de blir brukt. Alternativt foreslår de å vurdere om vilkårene for å pålegge strukturtiltak bør være strengere enn dem som gjelder for adferdstiltak, og at en mulighet er at det stilles strengere beviskrav for disse.

*DLF/Schjødt* skriver i sin høringsuttalelse at proporsjonalitetsbegrensningen ikke fremgår av den foreslåtte ordlyden til lovbestemmelse, samtidig som det åpnes for inngrep når det foreligger forhold som er «egnet til» å vesentlig begrense konkurransen. *DLF/Schjødt* mener at dette vil gjøre det vanskeligere å vurdere eller overprøve om et tiltak som skal imøtegå et fremtidig potensial for konkurranseskade faktisk er proporsjonalt. De mener at anvendelsen av markedsetterforskning vil måtte forholde seg til skrankene i Grunnloven, herunder tilbakevirkningsforbudet. *DLF/Schjødt* mener også at forslaget til ny § 42 gir en adgang til etterhåndskontroll av eksempelvis foretakssammenslutninger, og at dette reiser

betydelige rettssikkerhetsspørsmål, herunder om forutberegnelighet av egen rettsstilling og tilbakevirkning. Etter *DLF/Schjødt*s syn sikrer ikke de foreslåtte hjemlene for tiltak at inngrepene vil være proporsjonale eller nødvendige. Oppsummert uttaler de at forslaget til lovbestemmelse slik det er formulert i høringsnotatet mangler enhver forutberegnelighet med hensyn til både terskelen for inngrep og hvilke inngrep som Konkurransetilsynet gis kompetanse til å iverksette.

*Apotekforeningen* viser til *Virkes* hørings svar, og sier at de støtter synspunktene som kommer frem der. *Virke* viser i sin høringsuttalelse til at de har notert seg at strukturelle tiltak kun skal benyttes hvis atferdsmessige tiltak ikke er tilstrekkelige. Av høringsuttalelsen fremgår det at *Virke* imidlertid mener at begrunnelsen ikke er god nok til at Konkurransetilsynet skal kunne bruke de mest ytterliggående og alvorlige tiltakene, og *Virke* ber derfor departementet begrense tiltakene til mindre inngripende tiltak (dvs. atferdsmessige tiltak) for å sikre en viss forholdsmessighet. Alternativt mener *Virke* at kun atferdsmessige tiltak kan benyttes ved markedssvikt, slik at strukturelle tiltak forbeholdes tilfeller der foretaket har gjort noe som har bidratt til konkurransebegrensningen.

*TINE* mener at det bør gjøres en nærmere utredning av forholdet mellom kostnadene for foretak som berøres av vedtak om adferdsmessige tiltak og de mulige positive samfunnsøkonomiske gevinstene av slike tiltak. *TINE* skriver også at forholdet til Grunnloven er mangelfullt utredet, og at dette særlig gjelder spørsmål om forholdet mellom eiendomsretten som er beskyttet av Grunnloven § 105 og EMK P1-1, og hjemmelen til å fatte vedtak om strukturelle tiltak. *Tine* etterlyser en konkret utredning av de økonomiske konsekvensene av å pålegge foretak plikter og rettigheter i forbindelse med en markedsetterforskning, herunder hvilke kostnader staten kan pådra seg ved å gjennomføre tiltak som krever en erstatning eller annen kompensasjon til berørte foretak.

*NorgesGruppen/Gjendemsjø* mener at det ikke bør innføres en hjemmel til å pålegge enkeltaktører salg av virksomhet eller andre strukturelle tiltak. De mener det er altfor inngripende i en situasjon hvor enkeltbedrifter har opptrådt innenfor rammene av konkurranseloven. *NorgesGruppen/Gjendemsjø* uttaler at det i det minste bør være et langt høyere beviskrav for å pålegge strukturelle tiltak, og det må kreves at bedriften kan bebreides for at konkurransen er vesentlig begrenset. *NorgesGruppen/Gjendemsjø* mener også at lovtøk-

sten kunne vært tydeligere på at avhjelpende tiltak i medhold av en markedsetterforskning kun kan pålegges hvis en håndhevelse av konkurranse-loven §§ 10 eller 11 ikke er egnet til å løse utfordringene. De uttaler at det kan argumenteres med at dette kan innfortolkes i kravet til nødvendighet, men viser til at det ikke synes presisert i omtalen av kravet til nødvendighet i høringsnotatet. NorgesGruppen/Gjendemsjø mener også at det bør stilles krav om at pålegg om tiltak er nødvendige og forholdsmessige, og at dette kravet må komme tydelig frem i lovteksten. Gjendemsjø skriver også at strukturelle tiltak gjennomgående må vurderes opp mot en høy terskel for vesentlighet, blant annet på grunn av det ekspropriasjonslignende ved slike tiltak.

*Konkurransetilsynet* er enig i at adgangen til å vedta avhjelpende tiltak bør omfatte både atferdsmessige og strukturelle tiltak, og viser i denne sammenheng til departementets begrunnelse i høringsnotatet. Videre støtter Konkurransetilsynet forslaget om at nødvendigheten av tiltakene må vurderes.

Når det gjelder forslaget om at partene skal ha adgang til å tilby avhjelpende tiltak, uttaler Konkurransetilsynet at de er enig i at det bør foreligge en mulighet for å avslutte saken ved at forslag om avhjelpende tiltak som fremsettes av partene gjøres bindende. Utover dette er det ingen av høringsinstansene som uttaler seg spesifikt om adgangen for partene til å tilby avhjelpende tiltak som inntas i et endelig vedtak. NHO uttaler imidlertid, i forbindelse med midlertidige vedtak, at de er enige i at den et vedtak kan bli rettet mot, skal ha adgang til å tilby midlertidige avhjelpende tiltak. NHO kommenterer videre at det i en del saker som gjelder flere parter, med ulike interesser, likevel kan være ganske urealistisk med tilbud om avhjelpende tiltak.

*Nortura* skriver at forslaget kan støte an mot Grunnloven og menneskerettighetene, og fordi disse regelsettene ikke klart beskriver hvor grensene går for hvilke tiltak som er akseptable, bør lovteksten i større grad tydeliggjøre disse grensene. *Nortura* skriver at det ikke kommer frem i lovteksten at avhjelpende tiltak må være forholdsmessige, og stiller spørsmål til om dette bør endres. *Nortura* presiserer at en rettslig prøving av vedtak om inngrep trolig vil måtte ta stilling til om tiltakene er forholdsmessige og nødvendige. *Norges Bondelag* slutter seg til høringsinnspillene gitt av TINE og *Nortura*.

*Reitan Retail* savner en konkret drøftelse av forholdet til grunnlovens regler om ekspropriasjonsersatning, og skriver at et eventuelt pålegg

om strukturelt tiltak kan påføre en virksomhet et betydelig økonomisk tap som den tiltaket rettes mot helt eller delvis kan ha krav på erstatning for, jf. Grunnloven § 105. Spørsmålet om erstatning nevnes heller ikke i høringsnotatets drøfting av økonomiske og administrative konsekvenser, og *Reitan* savner en vurdering av hvordan eventuelle utgifter til erstatning skal dekkes inn.

Schibsted stiller seg svært negativ til at markedsetterforskninger skal kunne lede til strukturelle tiltak, og understreker at irreversibiliteten av et strukturelt tiltak vil kreve en svært konkret og streng forholdsmessighetsvurdering i det enkelte tilfelle. Videre skriver Schibsted at selv om spørsmål knyttet til effektivitet, Grunnloven, menneskerettigheter og forholdsmessighet til en viss grad er behandlet i høringsnotatet, så etterlyser de en nærmere konkretisering av hvilke rettslige begrensninger disse rettskildene legger for muligheten til å fatte vedtak om strukturelle tiltak. I den forbindelse etterspør Schibsted særlig en problematisering av hvilken rolle usikkerhet om videre markedsutvikling vil ha, og hva slags betydning slik usikkerhet skal få for bruken av strukturelle tiltak. I tillegg stiller Schibsted spørsmål om det bør foreligge særskilte utredningskrav for å kunne iverksette slike tiltak.

#### *Om forholdet til EØS-retten*

Om forholdet til ODA-avtalen artikkel 3 og EØS-konkurranse-loven § 7 skriver Advokatforeningen at departementets beskrivelse av Konkurransetilsynets plikt til å anvende konkurranse-loven §§ 10 og 11 parallelt med artikkel 53 og 54 EØS, jf. EØS-konkurranse-loven § 7 første ledd, er korrekt, men at høringsnotatet ikke avklarer hvilke skranker sistnevnte bestemmelse setter for anvendelsen av markedsetterforskning. At departementet slår fast nødvendigheten av å ha et bevisst forhold til de skrankene som følger av EØS-konkurranse-loven § 7, gir etter Advokatforeningens syn ikke tilstrekkelig forutsigbarhet og avklaring av hvor grensene går.

Advokatforeningen mener at forholdet til EØS-konkurranse-loven § 7 andre ledd ikke er tilstrekkelig utredet, og viser i den forbindelse til at departementet har mottatt en utredning fra Advokatfirmaet Grette om handlingsrommet etter EØS-konkurranseretten. Etter Advokatforeningens syn burde utredningen vært hensyntatt, ved at relevante vurderinger ble innarbeidet i høringsnotatet som danner grunnlaget for dette lovforslaget.

DLF/Schjødt understreker at «EØS-avtalen er til hinder for at man forbyr adferd som er tillatt etter forbudsbestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 53, jf. ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 3 nr. 2.», og at det betyr at det ikke er tillatt med strengere regulering av avtaler som er tillatt etter artikkel 53 EØS.

*Finans Norge* og Reitan Retail viser til at konkurranseretten i Norge i stor grad er harmonisert gjennom EU/EØS-retten. *Finans Norge* mener det stiller særlige krav til utredning av lovgrunnlaget, mens Reitan Retail mener harmoniseringshensyn tilsier at Konkurransetilsynet kun bør ha kompetanse til å håndheve forbudsbestemmelsene og føre kontroll med foretakssammenlutninger, fordi det ikke er vedtatt noe generelt markedsetterforskningsverktøy i EU/EØS-retten.

NorgesGruppen/Gjendemsjø er tilsynelatende enig i departementets overordnede beskrivelse av innholdet i EØS-konkurranse-loven § 7 og forholdet mellom nasjonal konkurranserett og konkurranseretten i EØS. Gjendemsjø viser i sin betenkning til at anvendelsen av markedsetterforskning må forholde seg til EØS-avtalens grunnleggende regler om fri bevegelighet. I den forbindelse viser Gjendemsjø til forbudet mot opptjening av bonuspoeng i luftfarten, som ble innført som et konkurransefremmende tiltak, og at ESAs foreløpige vurdering i saken var at konkurranse-hensyn ikke kunne rettferdiggjøre tiltak som begrenset etableringsretten etter EØS-avtalen.

### 3.5.1.3 Departementets vurdering

Departementet opprettholder forslaget i høringsnotatet om at Konkurransetilsynet, etter å ha gjennomført en markedsetterforskning som sannsynliggjør at det foreligger forhold som vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen i strid med lovens formål, kan pålegge ethvert nødvendig tiltak for å eliminere eller redusere konkurransebegrensningen. Dette omfatter både adferdsregulerende og strukturelle tiltak. Departementet viser til begrunnelsen i høringsnotatet. Begrepet «adferdsmessige» er i lovforslaget endret til «adferdsregulerende» for å ha en så lik begrepsbruk som mulig i loven. Departementet viser også til høringsnotatet for en nærmere beskrivelse av aktuelle tiltak. Etter departementets syn er det ikke hensiktsmessig å ta disse eksemplene inn i selve lovteksten, da disse lett kan oppfattes som uttømmende og sette skranker for utformingen av vedtak og derfor virke misvisende.

Som det fremgår av punkt 3.4.3, foreslås det at Konkurransetilsynet også skal kunne pålegge avhjelpende tiltak mot forhold som er *egnet til* å vesentlig begrense konkurransen. I disse tilfellene må de avhjelpende tiltakene være nødvendige for å eliminere eller redusere en mulig konkurransebegrensning. De avhjelpende tiltakene kan i slike tilfeller være tiltak som forhindrer at konkurransebegrensningen oppstår, eller reduserer omfanget eller alvorlighetsgraden av den mulige konkurransebegrensningen.

Der de avhjelpende tiltakene består i forpliktelser om å gi tilgang til data og informasjon, la departementet i høringsnotatet til grunn at Konkurransetilsynet skal legge til rette for at aktørene får en rimelig kompensasjon fra de som får tilgang. Etter departementets vurdering vil det gjelde generelt for tilgangsforpliktelser som følge av en markedsetterforskning, at den pålegget reter seg mot bare bør pålegges å gi tilgang på rettferdige, rimelige og ikke-diskriminerende vilkår.

I kravet om at tiltaket må være *nødvendig*, ligger det også et krav til forholdsmessighet. Dette fremgår også av høringsnotatet, hvor departementet uttaler at Konkurransetilsynet før de velger tiltak må vurdere om det er forholdsmessig. På bakgrunn av innspillene fra høringsinstansene har departementet vurdert om forholdsmessighetskravet bør fremgå eksplisitt av lovteksten, utover de særlige kravene som stilles til strukturelle tiltak i forslaget til § 42 første ledd siste setning. Departementets vurdering er imidlertid at det er tilstrekkelig at dette skal innfortolkes som en del av nødvendighetsvilkåret. Departementet viser her til adgangen til å pålegge avhjelpende tiltak etter konkurranse-loven § 12 første ledd, som følge av brudd på forbudsbestemmelsene i konkurranse-loven. Det fremgår av § 12 første ledd at pålegget kan omfatte ethvert tiltak som er «nødvendig» for å bringe overtredelsen til opphør. Av forarbeidene til konkurranse-loven fremgår det at de «alminnelige reglene om forholdsmessighet vil legge begrensninger på hvilke tiltak som tilsynet kan pålegge foretaket».<sup>10</sup> Med andre ord må det også ved pålegg om avhjelpende tiltak ved brudd på forbudsbestemmelsene, innfortolkes et krav om forholdsmessighet. I utformingen av bestemmelsen om avhjelpende tiltak etter en markedsetterforskning, har departementet sett hen til bestemmelsen om avhjelpende tiltak i konkurranse-loven § 12. På den bakgrunn er det etter departementets syn hensiktsmessig at lovteksten utformes på samme måte, og at kravet til nødvendighet

<sup>10</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 70.

forstås på samme måte. Hensynet til sammenheng i loven tilsier også en slik løsning, da forskjellig ordlyd kan gi inntrykk av at bestemmelsene har forskjellig innhold. Av samme grunn har departementet ikke tatt inn eksempler på tiltak Konkurransetilsynet kan pålegge i lovteksten. Forslag til § 42 understreker imidlertid på samme måte som i § 12 første ledd tredje punktum at strukturelle tiltak kun vil være aktuelt hvis det ikke finnes andre mindre byrdefulle tiltak. Som i høringsnotatet, legger departementet likevel til grunn at det hovedsakelig vil være adferdsregulerende og strukturelle tiltak som er aktuelle.

Strukturelle tiltak vil typisk være engangstiltak som tar sikte på å gjenopprette konkurransestrukturen i et marked. Dette vil vanligvis være salg av virksomhet eller deler av virksomhet, eiendeler eller andre rettigheter, inkludert immaterielle rettigheter. Fordi denne type tiltak kan være svært inngripende for foretakene, understreker departementet at terskelen for å pålegge dette skal være høy. Som det fremgår av høringsnotatet, bør strukturelle tiltak være en siste løsning, og kun hvis andre tiltak ikke er egnet. Av forslaget til lovtekst fremgår det derfor at strukturelle tiltak bare kan pålegges der det ikke finnes like effektive adferdsregulerende tiltak, eller hvis adferdsregulerende tiltak vil være mer byrdefullt for foretaket. En tilsvarende begrensning gjelder for strukturelle tiltak som pålegges for å bringe en overtredelse av konkurranseloven til opphør i konkurranseloven § 12 første ledd. Lovforslaget i § 42 er utformet etter mønster av denne bestemmelsen og skal forstås på samme måte. Konkurransetilsynet har så langt ikke pålagt strukturelle tiltak etter konkurranseloven § 12 første ledd.

Forslaget innebærer at Konkurransetilsynet skal velge adferdsregulerende tiltak der dette er nødvendig og tilstrekkelig for å eliminere eller redusere den påviste konkurransebegrensningen. Departementets vurdering er imidlertid at det kan være tilfeller hvor det ikke finnes effektive adferdsregulerende tiltak, og hvor det i lys av omfanget, alvorligheten eller konsekvensene av konkurransebegrensningene i markedet kan være forholdsmessig å pålegge strukturelle tiltak. For å sikre at Konkurransetilsynet har tilstrekkelige verktøy også i disse tilfellene, mener departementet derfor at det bør være mulig for Konkurransetilsynet å pålegge strukturelle tiltak.

Som det fremgår av høringsnotatet, må det tas hensyn til fusjonskontrollen og Kommisjonens eksklusive kompetanse til å behandle foretakssammenslutninger som omfattes av fusjonsforordningen, når det foreslås at konkurransemyndighetene

skal kunne vedta strukturelle tiltak. Departementet viser til punkt 3.5.4.3 om forholdet til Europakommisjonens kompetanse. Av hensyn til forutsigbarhet for partene, bør ikke Konkurransetilsynet kunne pålegge salg eller oppløsning av et foretak som er ervervet i en godkjent foretakssammenslutning kort tid etter at denne ble godkjent. Jo lengre tid som er gått siden foretakssammenslutningen ble godkjent, jo mer sannsynlig er det også at konkurranseproblemene som begrunner avhjelpende tiltak, ikke ble vurdert under behandlingen av foretakssammenslutningen. Dette tilsier at det bør være mulig å pålegge salg av eiendeler som er ervervet etter en godkjent foretakssammenslutning. Etter departementets vurdering bør det, i tråd med forslaget i høringsnotatet, ha gått mer enn ti år fra behandlingen av foretakssammenslutningen ble avsluttet, før et slikt salg kan pålegges i en markedsetterforskningssak. Dette er tatt inn i lovforslaget § 43 første ledd.

Som det fremgår av punkt 3.5.4.3, foreslås det at samme tidsavgrensning skal gjelde for foretakssammenslutninger som er behandlet av henholdsvis Kommisjonen og norske myndigheter. Etter departementets vurdering er det en fordel at det er samme regler som gjelder uavhengig av hvilken konkurransemyndighet som har behandlet foretakssammenslutningen. Dette vil føre til likebehandling av foretak, uansett om de oppfyller omsetningstersklene i fusjonsforordningen.

Departementet opprettholder forslaget om at partene som ledd i en markedsetterforskning, kan fremme forslag om avhjelpende tiltak, og at Konkurransetilsynet kan fatte vedtak som gjør disse tiltakene bindende. Dette vil være ressursbesparende både for Konkurransetilsynet og partene, samtidig som tiltak foreslått av partene kan være mer presise og enklere å håndheve. Konkurransetilsynet må imidlertid foreta en selvstendig vurdering av om de foreslåtte tiltakene er nødvendige for å eliminere eller redusere konkurransebegrensningen. Markedsetterforskningen vil da kunne avsluttes ved at tilsynet fatter vedtak som gjør tiltakene bindende for partene. Departementet har merket seg at ingen høringsinstanser har uttalt seg negativt til at partene skal kunne foreslå avhjelpende tiltak. For øvrig vises det til begrunnelsen i høringsnotatet. I og med at departementet ikke opprettholder forslaget om at Konkurransetilsynet skal kunne pålegge bruk av forvalter for partenes regning, jf. punkt 3.5.3.3, er det heller ikke naturlig at partene selv kan foreslå bruk av forvalter. Departementet foreslår derfor ikke å videreføre dette forslaget fra høringsnotatet.

### *Tilbakevirkning*

Departementet legger til grunn at det å innføre en mulighet for Konkurransetilsynet til å gjennomføre markedsetterforskning ikke i seg selv vil være i strid med tilbakevirkningsforbudet. Derimot kan bruken av inngrepshjemmelen i konkrete tilfeller utgjøre uegentlig tilbakevirkning. Bakgrunnen er at vedtak om avhjelpende tiltak kan begrense hvordan en etablert rettighet kan utøves i fremtiden. Om en slik tilbakevirkning vil være rettmessig eller ikke, avhenger av om tilbakevirkningen er akseptabel ifølge kriteriene som går frem av Høyesteretts praksis. Dette gjelder blant annet hva slags type tilbakevirkning det er snakk om, og hvilken samfunnsmessig interesse som skal ivaretas ved inngrepet.

Departementet ser at selve inngrepshjemmelen kan skape usikkerhet fordi markedsaktører blir bekymret for om en markedsetterforskning vil igangsettes og at det kan gripes inn mot adferd som ikke er i strid med konkurranseloven. At adferd på et tidspunkt er akseptert, ansett som uproblematisk eller det ikke har vært mulig å gripe inn mot den, er imidlertid etter departementets syn ikke til hinder for at synet på den aktuelle adferden kan endres, eller at kompetansen til å fatte vedtak utvides. Dette skiller seg heller ikke prinsipielt fra muligheten for særregulering i forskrift med hjemmel i konkurranseloven § 14.

For omtale av tilbakevirkningsforbudet ved inngrep mot foretak som tidligere har vært del av en sak etter reglene om kontroll med foretaks-sammenslutninger, viser departementet til forslaget til ny § 43 og omtalen nedenfor i punkt 3.5.4.3.

### *Eiendomsvernet i Grunnloven § 105 og EMK P1-1*

Departementet er enig med de av høringsinstansene som påpeker at særlig strukturelle tiltak kan ha en side til Grunnloven § 105 og EMK P1-1, men understreker at også adferdsregulerende tiltak kan måtte vurderes i lys av Grunnloven og EMK. Departementet viser i den forbindelse til at både adferdsregulerende og strukturelle tiltak skal vurderes i lys av en streng vesentlighets-terkel, jf. forslaget til ny § 42. Om et konkret tiltak kan aksepteres eller ikke, må ta utgangspunkt i en avveining av det aktuelle problemet tiltaket skal løse, og de mulige negative effektene av tiltaket for den/de som berøres.

Som det fremgår av forslaget til inngrepshjemmel gjelder det et skjerpet forholdsmessighetskrav for strukturelle tiltak, nettopp fordi inngrep i eiendomsretten må rettfærdiggjøres ut fra

andre tungtveiende hensyn. Det er inngrepets karakter som er relevant i vurderingen av om et tiltak skal anses som «strukturelt» i konkurranse-lovens forstand.

Departementet deler på generelt grunnlag TINEs vurdering om at økonomiske konsekvenser av forslag som kan forutsette erstatningsansvar for staten bør komme tydelig frem i proposisjonen. Dette er særlig viktig for forslag som kan medføre direkte budsjettmessige konsekvenser, som for eksempel behov for stortingsvedtak. Departementet vil samtidig understreke at det er viktig å skille mellom lovendringer som forutsetter eller antageligvis vil ha slike direkte budsjettmessige effekter, og lovendringer som gir hjemmel til å treffe vedtak som igjen kan føre til erstatningsansvar, eksempelvis hvis vedtakene fattes på feilaktig faktisk eller juridisk grunnlag. Et erstatningsansvar som staten pådrar seg hvis det fattes vedtak som innebærer ekspropriasjon vil falle inn i førstnevnte kategori, og departementet er enig i at konsekvensen av å fatte slike vedtak bør komme klart frem. Etter departementets syn er imidlertid de mulige budsjettmessige konsekvensene forbundet med vedtak i markedsetterforskningssaker begrensede, og vil kun bli aktuelle i spesielle tilfeller. Risikoen for erstatningsansvar ved feilaktige vedtak eller saksbehandlingsfeil eksisterer derimot alltid når forvaltningen treffer vedtak som kan føre til tap for private parter, og er ikke spesielt for vedtak i markedsetterforsknings-saker. Om et vedtak i en markedsetterforsknings-sak som fører til tap for et foretak er erstatnings-betingende, må etter departementets syn derfor avgjøres på bakgrunn av alminnelige erstatnings-rettslige regler.

### *Forholdsmessighet*

Departementets vurdering er fortsatt at avhjelpende tiltak som ledd i en markedsetterforskning må være forholdsmessige. Det betyr at de må være nødvendige, og egnet til å avhjelpe den konkrete konkurransebegrensningen markedsetterforskningen har avdekket. Etter departementets syn forutsetter forholdsmessighet også et minste-inngreps-prinsipp, som går ut på at hvis to eller flere tiltak er aktuelle for å avhjelpe konkurransebegrensningen, så skal det tiltaket som samlet sett vil være minst inngripende velges. Dette innebærer at forholdsmessighetsprinsippet krever at inngrepet ikke går lenger enn det som er nødvendig for å avhjelpe konkurransebegrensningen. Konkurransetilsynet må også ta hensyn til den forventede markedsutviklingen og eventuelle

andre relevante forhold. Hvis det er sannsynlig at markedet vil reparere seg selv, kan det være unødvendig å pålegge tiltak.

Etter ordlyden i den foreslåtte inngrepshjemmelen for markedsetterforskning, er det ikke noe krav for å kunne iverksette tiltak, at tiltaket vil eliminere konkurransebegrensningen fullstendig, jf. «[n]ødvendig for å eliminere eller *redusere* begrensningen av konkurransen». Departementet understreker i den forbindelse at selv om det skulle eksistere tiltak som eliminerer en konkurransebegrensning fullstendig, kan ikke dette velges hvis det påfører foretaket uforholdsmessige store byrder. I slike tilfeller kan det i stedet bli aktuelt med tiltak som kun *reduserer* konkurransebegrensningen. Det må dermed gjøres en avveining mellom de positive og negative virkningene av aktuelle tiltak, herunder hvor byrdefullt dette inngrepet er for foretak som rammes, og det må særlig vurderes om andre mindre inngripende virkemidler kan avhjelpe konkurranseutfordringene tilstrekkelig effektivt.

#### ODA-artikkel 3 og EØS-konkurranseloven § 7

Departementet er enig med flere av høringsinstansene i at ODA artikkel 3/EØS-konkurranseloven § 7 andre ledd setter grenser for anvendelsesområdet for nasjonal konkurranselovgivning. Dette vil også gjelde markedsetterforskning. Departementet understreker samtidig at begrensningen kun gjelder «forbud» mot adferd som omfattes av EØS-avtalen artikkel 53, men som er tillatt etter bestemmelsen. Det innebærer at forholdene både må regnes for å «være avtaler eller samordnet opptreden» i EØS-avtalens forstand, at de må påvirke samhandelen mellom EØS-landene merkbart (samhandelskriteriet), og at det aktuelle inngrepet må karakteriseres som et «forbud» for at inngrepshjemmelen i en markedsetterforskning ikke skal kunne brukes. For slike forhold må Konkurransetilsynet anvende de andre virkemidlene i konkurranseloven og EØS-avtalen, herunder artikkel 53 og 54 og konkurranseloven §§ 10 og 11.

Terskelen for når en adferd antas å påvirke samhandelen merkbart, er lav, jf. blant annet Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) punkt 13.5, og kravet om at samhandelen kan påvirkes, enten «direkte eller indirekte». Ordet «indirekte» innebærer blant annet at det ikke er noe krav om at en avtale er mellom foretak i forskjellige land. Det er heller ikke noe krav om at samhandelen *faktisk* blir påvirket for at et samarbeid eller samordnet opp-

tredden rammes av EØS-avtalen artikkel 53, kun at det er *egnet* til å ha slik påvirkning.

Fordi terskelen for at samhandelskriteriet skal anses som oppfylt er såpass lav, er det etter departementets syn nærliggende å anta at det er distinksjonen mellom «avtaler og samordnet opptreden» og «ensidig adferd» som vil ha den største betydningen for hvilke forhold Konkurransetilsynet kan rette avhjelpende tiltak mot.

Begrensningen i ODA artikkel 3 og EØS-konkurranseloven § 7 gjelder «forbud». Etter departementets syn er det ikke uten videre klart at et vedtak som retter seg mot adferd som omfattes av artikkel 53 i EØS-avtalen alltid vil innebære et «forbud» i den bestemmelsens forstand. Om et tiltak faktisk skal regnes som et «forbud» etter disse bestemmelsene må etter departementets syn vurderes konkret fra sak til sak.

Departementet understreker også at vilkårene i ODA artikkel 3/EØS-konkurranseloven § 7 andre ledd, sammenholdt med vilkåret om vesentlig konkurransebegrensning i forslaget til ny § 42, etterlater et forholdsvis snevert virkeområde hvor begrensningen i ODA artikkel 3/EØS-konkurranseloven § 7 andre ledd får anvendelse. Årsaken til det er at de forholdene som både oppfyller kriteriet om å «vesentlig begrense konkurransen» og vilkåret om å være en avtale eller samordnet opptreden, uansett vil være forbudt etter artikkel 53 i EØS-avtalen og konkurranseloven § 10, og dermed faller utenfor de konkurransebegrensninger markedsetterforskning vil anvendes på.

Selv om det kan sies at avtalevilkår er ensidig fastsatt av én avtalepart, enten gjennom tvang eller fordi avtalepartneren ikke anser avtalevilkåret for vesentlig, så vil det faktum at adferden kommer til uttrykk i en avtale kunne skape tvil om om avtalevilkåret gir uttrykk for en felles eller kun den ene partens vilje. I tvilstilfeller må det trolig avgjøres på bakgrunn av en konkret vurdering.

Inngrepshjemmelen i forslaget til ny § 42 skiller ikke mellom avtaler/samordnet opptreden og ensidig adferd. Én grunn til det er for det første at begrensningen i EØS-konkurranseloven kun kommer til anvendelse på avtaler og samordnet opptreden som er egnet til å påvirke samhandelen i EØS. Hvis samhandelskriteriet ikke er oppfylt, betyr det at ODA artikkel 3 og EØS-konkurranseloven § 7 ikke setter noen begrensninger på hvilke forhold markedsetterforskning kan anvendes på.

Departementet understreker også at en rekke europeiske land, som er underlagt de samme begrensningene som fremgår av ODA artikkel 3/EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd, har

innført eller har planer om å innføre regler om markedsetterforskning i sin konkurranselovgivning. Dette tyder på at denne begrensningen ikke i større grad anses å hindre innføring eller bruk av markedsetterforskning i nasjonal rett.

### 3.5.2 Midlertidig vedtak om avhjelpende tiltak

#### 3.5.2.1 Forslaget i høringsnotatet

Departementet foreslo i høringsnotatet at Konkurransetilsynet skulle ha hjemmel til å fatte midlertidig vedtak om avhjelpende tiltak, frem til markedsetterforskningen er fullført. Forslaget gikk ut på at partene skulle ha mulighet til å foreslå midlertidige avhjelpende tiltak, men også at Konkurransetilsynet skulle ha adgang til å pålegge midlertidige avhjelpende tiltak dersom partene ikke foreslo slike tiltak.

Departementet mente også at midlertidige avhjelpende tiltak kan være en måte å legge til rette for hurtigere reaksjoner, etter en foreløpig vurdering. Departementet understreket at siden markedsetterforskningen ikke er fullført, vil det fremdeles gjenstå arbeid med å utrede årsakene til konkurransebegrensningen.

Ifølge høringsnotatet kunne midlertidig avhjelpende tiltak også gi mulighet til å analysere hvordan tiltaket virker i praksis. På den måten kan man bedre ivareta hensynet til presisjon, ved at man får innsikt i hvordan et vedtak vil fungere. Dette kan gi bedre grunnlag for vurderingen av eventuelle endelige vedtak om avhjelpende tiltak.

Det fremgikk av høringsnotatet at hvis Konkurransetilsynet vedtar midlertidig pålegg om avhjelpende tiltak, som foreslått av partene, kan ikke tilsynet på eget grunnlag vedta avhjelpende tiltak i samme periode. I likhet med avhjelpende tiltak foreslått av partene som gjøres bindende i et endelig vedtak, mente departementet i høringsnotatet at det ikke vil være nødvendig å sende forhåndsvarsel etter forvaltningsloven § 16 før det treffes vedtak som gjør forslag om midlertidig avhjelpende tiltak bindende for foretaket.

Av høringsnotatet fremgikk det også at bruk av midlertidige avhjelpende tiltak kan føre til at fristen for å treffe endelig vedtak forlenges med seks måneder, i samsvar med høringsnotatets forslag til regulering i § 42 andre ledd. En slik forlengelse kan være nødvendig for å gi tilsynet mulighet til å vurdere hvordan vedtaket fungerer i praksis. Det fremgår også av høringsnotatet at det er grunn til å forvente at det vil være ressurskrevende å fatte midlertidige avhjelpende tiltak, og at

det derfor kan være behov for en forlengelse slik at det er tilstrekkelige ressurser til utrednings- og analysefasen av markedsetterforskningen.

Departementet foreslo videre at Konkurransetilsynet skulle ha adgang til å pålegge midlertidige avhjelpende tiltak i situasjoner hvor det ikke er partene som tar initiativet til dette, hvis slike tiltak vurderes «nødvendig», jf. forslaget til regulering § 42 andre ledd. Det fremgår at dette vilkåret innebærer at det er risiko for at konkurransen skades hvis man venter til markedsetterforskningen er fullført før avhjelpende tiltak pålegges. Videre kan det også være nødvendig hvis midlertidig vedtak er en forutsetning for å bevare fremtidige valgmuligheter. Dette kan være aktuelt hvis midlertidig tiltak er nødvendig for å unngå mer inngripende tiltak etter gjennomført markedsetterforskning. Midlertidige tiltak kan også være nødvendig for å stanse en pågående skade på konkurransen.

Vurderingen av midlertidige pålegg vil være ressurskrevende, og bruken av dette virkemiddelet gir sannsynligvis behov for å utvide fristen for endelige pålegg om avhjelpende tiltak med 6 måneder. Departementet foreslo derfor at bruken av midlertidige pålegg begrenses til særlige tilfeller hvor dette er nødvendig, og at Konkurransetilsynet må begrunne dette.

Videre vil det gjelde et lavere beviskrav for midlertidige vedtak. Begrunnelsen for dette var at et midlertidig vedtak vil fungere som en sikkerhetsventil, frem til saken er tilstrekkelig utredet og endelig vedtak kan fattes. En vurdering av om det skal fattes midlertidig vedtak må nødvendigvis foretas på bakgrunn av opplysningene som foreligger på tidspunktet for det midlertidige vedtaket, hvor saken ikke er fullt utredet.

#### 3.5.2.2 Høringsinstansenes syn

Det er kun enkelte av høringsinstansene som uttaler seg spesifikt om forslaget om midlertidige vedtak. Av de høringsinstansene som uttaler seg om forslaget, er de fleste negative til at Konkurransetilsynet skal kunne treffe midlertidige vedtak. *Advokatforeningen* sier i sin høringsuttalelse at de mener at det ikke kan innføres hjemmel til å treffe midlertidige vedtak uten en grundigere utredning av behovet og konsekvensene ved ileggelse av midlertidige vedtak, særlig fordi foretakene ikke har brutt noen lovregler. De viser til at midlertidige tiltak vil kunne være svært inngripende og ha irreversible virkninger. Advokatforeningen mener også at det er svært uklart hvilke rettigheter partene vil ha ved midlertidige vedtak.



NHO sier i sin høringsuttalelse, som også nevnt i punkt 3.5.1.2, at de er enig i at den vedtaket er rettet mot skal kunne ha adgang til å tilby midlertidige avhjelpende tiltak, men at det kan være ganske urealistisk med slike tilbud der det er flere parter med ulike interesser. NHO uttaler at mulighetene til å analysere virkningen av en midlertidig ordning da faller bort. Videre sier NHO i sin uttalelse at man da er overlatt til å bruke hjemmelen til midlertidige tiltak i § 41 annet ledd, der begrunnelsen ikke kan være at man ønsker å kunne analysere virkningen. *Nortura* sier i sin høringsuttalelse at de er skeptiske til at skal være mulig å pålegge midlertidige, avhjelpende tiltak uten at det har vært en grundig prosess som sikrer at tiltakene er forholdsmessige. Videre mener *Nortura* at et midlertidig tiltak også vil kunne være inngripende, i praksis irreversibelt og støte an mot både Grunnloven og menneskerettighetene. *Freia* uttaler at de mener at den foreslåtte terskelen for å kreve foreløpige tiltak er for lav, og at den normale bevisstandard (dvs. sannsynlighetsovervekt) bør som et minimum benyttes.

*Schibsted* sier i sin høringsuttalelse at det er en fare for at adgangen til midlertidige tiltak under gjennomføringen av en markedsetterforskning blir et verktøy for Konkurransetilsynet til å gripe inn i markeder underveis i markedsetterforskningen for å få en raskere prosess. *Schibsted* har blant annet følgende overordnede uttalelse:

Overordnet sett innebærer forslaget til ny § 42 annet ledd om midlertidige vedtak – utover de konkrete tolkningsspørsmål, uklarheter og problemer som redegjøres for ovenfor – at Konkurransetilsynet gis svært vide hjemler, kombinert med potensielt lave bevisterskler – til å foregripe utfallet av markedsetterforskninger og derved forhåndsregulere markeder under en pågående markedsetterforskning. Gitt bestemmelsens utforming er det vanskelig å se konkrete bånd på tilsynets skjønnsutøvelse i det konkrete tilfellet, og partene og markedene vil i stor utstrekning være prisgitt at Konkurransetilsynets vurderinger er riktige og ikke får skadelige virkninger i markedene. Det er påfallende og betenkelig at Konkurransetilsynet skal utstyres med så vidt mer potente hjemler for å avbøte konkurransebegrensninger som ikke knytter seg til brudd på konkurranseloven enn det som er tilfelle for etterforskning for brudd på atferdsreglene i §§ 10 og 11. Det savnes i høringsnotatet en reell drøftelse av problematiske sider ved forslag til § 42 annet ledd. Det er *Schibsted* klare oppfatning at det vil være

svært problematisk om forslaget videreføres i nåværende form.

*NorgesGruppen/Gjendemsjø* påpeker at den foreslåtte adgangen til å pålegge midlertidige tiltak går klart lengre enn den gjeldende adgangen til å pålegge midlertidige tiltak etter konkurranseloven § 12. Mens det i § 12 kreves at det er en fare for at konkurransen utsettes for varig og uopprettelig skade, stiller det første alternativet i høringsnotatets lovforslag krav om alvorlig eller varig skade, uten at denne endringen synes begrunnet i høringsnotatet. Etter deres syn er det vanskelig å se for seg at det skal være nødvendig med midlertidig tiltak hvis det ikke er fare for en varig og uopprettelig skade. Videre uttaler de at alternativ c) om at det kan pålegges midlertidige vedtak hvis dette er nødvendig for å hindre en pågående skade for konkurransen, som dårlig begrunnet, og at dette fremstår som en tilnærmet blankofullmakt til å pålegge midlertidige tiltak. *NorgesGruppen/Gjendemsjø* mener derfor at adgangen til å vedta midlertidig tiltak bør reguleres etter modell av konkurranseloven § 12 femte ledd, og at den vidtgående utvidelsen til å fatte midlertidige tiltak fremstår som ubegrunnet og uheldig.

*TINE* sier i sin høringsuttalelse at de ser at det kan være et saklig behov for midlertidige avhjelpende tiltak mens en markedsetterforskning pågår. *TINE* mener imidlertid at terskelen for at Konkurransetilsynet skal kunne pålegge midlertidige avhjelpende tiltak må heves, ved at vilkårene kvalifiseres. Dette må ifølge *TINEs* uttalelse også ses i lys av at midlertidige tiltak vil kunne være svært inngripende, og påføre partene og andre foretak uopprettelig skade og påfølgende økonomisk tap.

*Konkurransetilsynet* er enig med departementet at det kan foreligge behov for å vedta midlertidige avhjelpende tiltak, og at det da må legges til grunn et lavere beviskrav enn et vedtak etter at markedsetterforskningen er gjennomført. Når det gjelder det konkrete lovforslaget i § 42, ønsker Konkurransetilsynet å bemerke enkelte forhold ved selve utkastet til ordlyd. Det kan vurderes å flytte reguleringen av midlertidige vedtak ut i en egen lovbestemmelse som gjør regelverket mer oversiktlig. Konkurransetilsynet antar at midlertidige vedtak er ment regulert i andre ledd, men dette er noe uklart siden det mangler et innrykk som tydeliggjør at det er tale om et nytt ledd. Videre stiller tilsynet spørsmål ved om alternativene a), b) og c) skulle komme etter teksten «Konkurransetilsynet kan pålegge midlertidige avhjelpende tiltak mens markedsetterforskningen

pågår dersom det er nødvendig. Midlertidig avhjelpende tiltak kan være nødvendig dersom:». I forslaget i høringsnotatet fremgår den nevnte teksten som en del av alternativ a).

Videre påpeker Konkurransetilsynet at et midlertidig vedtak i sin natur vil være en foreløpig avgjørelse. Det innebærer at et slikt vedtak vil gjelde frem til markedsetterforskningssaken er avsluttet og det midlertidige vedtaket utløper og eventuelt erstattes av et vedtak om avhjelpende tiltak etter § 42 første eller tredje ledd. Konkurransetilsynet forstår dermed ordlyden i lovforslaget § 42 tredje ledd siste punktum (avhjelpende tiltak som foreslås av partene) slik at denne må sees i sammenheng med de forslag som fremsettes, herunder om dette gjelder forslag om avhjelpende tiltak etter første ledd, eller alternativt et forslag om midlertidige avhjelpende tiltak etter andre ledd. For å få dette tydeligere frem foreslår tilsynet at ordlyden justeres, eksempelvis slik: «Vedtaket skal fastslå at Konkurransetilsynet ikke vil gå videre med saken etter første ledd eller etter annet ledd dersom tiltakene gjennomføres». Slik bestemmelsen nå er foreslått regulert ser det ut til at et midlertidig vedtak om avhjelpende tiltak etter forslag fra partene skal slå fast at «Konkurransetilsynet ikke vil gå videre med saken etter første ledd». Dette vil ikke være i samsvar med det som er rammene for et midlertidig vedtak, nemlig å være en foreløpig avgjørelse i påvente av at markedsetterforskningen fullføres.

### 3.5.2.3 Departementets vurdering

I likhet med det som ble lagt til grunn for forslaget i høringsnotatet, ser departementet at det kan være tilfeller der det kan være behov for relativt hurtige reaksjoner i saker om markedsetterforskning, for å hindre at det oppstår konkurranseproblemer eller at disse forsterkes underveis i den ordinære saksbehandlingen til Konkurransetilsynet.

Samtidig er det flere høringsinstanser som har tungtveiende innvendinger, både til selve muligheten til å treffe midlertidige vedtak i disse sakene, og til hvilke vilkår som må være oppfylt for å treffe slike vedtak. Departementet er enig med disse høringsinstansene i at adgangen til midlertidige tiltak kan være svært inngripende, og at det i seg selv kan ha skadevirkninger og påføre foretakene et økonomisk tap. Midlertidig vedtak om avhjelpende tiltak vil nødvendigvis måtte fattes før Konkurransetilsynet har utredet

saken ferdig. Det kan innebære en risiko for at et midlertidig vedtak fattes på feil grunnlag. Dette gjelder også fordi beviskravene vil være lavere enn for et endelig vedtak.

Prosesen frem til et midlertidig vedtak fattes vil være ressurskrevende både for Konkurransetilsynet og foretakene, og vil ta ressurser som kunne blitt brukt til å gjennomføre den ordinære saksbehandlingen raskere og mer effektivt. Selv om saksbehandlingstiden for en markedsetterforskning nominelt sett er lang, er det likevel ikke snakk om lang tidsbruk sammenlignet med tiden som ofte går med i overtredelsessaker. Hvis Konkurransetilsynet i løpet av saksbehandlingstiden også skal bruke tid på å utrede, varsle og fatte midlertidige vedtak, som så kan påklages til Konkurransklagenemnda, er det etter departementets vurdering en risiko for at prosessen trekker ut i tid, og at det vil være behov for utvidet saksbehandlingsfrist. Hvis Konkurransetilsynet er bekymret for skade på konkurransen hvis tiltak ikke iverksettes raskt, vurderer departementet derfor at dette heller bør føre til at Konkurransetilsynet setter inn ressurser på å få gjennomført den ordinære saksbehandlingen så raskt som mulig, med sikte på å kunne treffe avgjørelse i saken i god tid før fristen for å gjennomføre markedsetterforskningen går ut.

På bakgrunn av redegjørelsen ovenfor vil departementet derfor ikke videreføre forslaget i høringsnotatet om å gi Konkurransetilsynet myndighet til å fatte midlertidig vedtak om avhjelpende tiltak i markedsetterforskningssaker. Hvis det etter at markedsetterforskning har fått virke i praksis en stund likevel viser seg at behovet for dette er større enn antatt, utelukker ikke departementet å åpne for at spørsmålet vurderes på nytt på et senere tidspunkt.

## 3.5.3 Særlig om oppnevning av forvalter

### 3.5.3.1 Forslaget i høringsnotatet

Departementet foreslo i høringsnotatet at Konkurransetilsynet kunne oppnevne forvalter til å bistå med gjennomføringen av vedtak om avhjelpende tiltak. Hjemmelen ble foreslått tatt inn i utkastet til § 42 femte ledd, hvor det fremgikk at Konkurransetilsynet kunne oppnevne en forvalter til å bistå med gjennomføringen av både vedtak hvor Konkurransetilsynet pålegger avhjelpende tiltak etter forslaget til § 42 første ledd, og vedtak etter forslaget til § 42 tredje ledd. Sistnevnte innebærer tilfeller hvor Konkurransetilsynet fatter vedtak som

gjør avhjelpende tiltak foreslått av foretaket, bindende for foretaket. Forslaget innebar at forvalteren skal få godtgjørelsen dekket av, og kan inngå avtaler på vegne av, dem vedtakene retter seg mot. Videre ble det foreslått en endring i forskrift 15. desember 2008 nr. 1012 (forvalterforskriften) som innebærer at forvalterforskriften også gjelder forvalter som oppnevnes etter lovforslaget § 42 femte ledd, og som slo fast at Konkurransetilsynet kan oppnevne forvalter, enten etter forslag fra partene eller av eget tiltak, til å bistå ved gjennomføring av vedtak om avhjelpende tiltak i markedsetterforskningssaker.

### 3.5.3.2 Høringsinstansenes syn

Det er kun enkelte av høringsinstansene som uttaler seg om adgangen til å oppnevne forvalter, og de er gjennomgående kritiske til at foretakene som blir pålagt tiltak selv skal dekke kostnadene til forvalter.

*Advokatforeningen* sier i sin høringsuttalelse at den er kritisk til departementets forslag til at foretak som blir pålagt tiltak skal dekke kostnadene ved bruk av forvalter for å sikre etterlevelse av tiltakene. De viser til at avhjelpende tiltak etter lovforslaget § 42 ikke er begrunnet i lovovertridelser fra foretakene, men andre, og for foretakene, utenforliggende forhold. Advokatforeningen mener at det for eksempel kan tenkes at et identifisert konkurranseproblem skyldes svak eller manglende fusjonskontroll fra Konkurransetilsynet eller feilslått offentlig regulering, og mener at det i slike tilfeller fremstår som høyst urimelig og uforholdsmessig at foretak skal bære kostnader til forvalter.

*Freia* mener at forslaget om at forvalter kan inngå avtaler på vegne av enkeltforetak er «ekstremt, høyst alarmerende og unødvendig», og de er fundamentalt imot en slik løsning. De mener at en forvalter i alle tilfeller ikke bør ha mer omfattende fullmakter enn det som allerede følger av forvalterforskriften.

*NHO* sier i sin høringsuttalelse at departementet bør vurdere hvilken betydning det har for markedsetterforskningens effektivitet at saksbehandlingen et stykke på vei vil bære preg av avveining av sterke motstridende interesser, og at det også vil gjelde ved bruk av forvalter. NHO stiller seg spørrende til om en forvalterordning i det hele tatt er egnet ved gjennomføringen av adferds-tiltak.

*Nortura* sier i sin høringsuttalelse at det etter deres syn blir feil å legge opp til at det er partene som pålegges avhjelpende tiltak uten å ha gjort noe ulovlig, som også skal dekke kostnadene ved

forvalter. De mener at staten bør bære disse kostnadene. Videre uttaler Nortura at de heller ikke kan se begrunnelsen eller behovet for at lovforslaget legger opp til at forvalter skal kunne inngå avtaler på vegne av dem som vedtaket retter seg mot.

### 3.5.3.3 Departementets vurdering

Den normale ordningen i forvaltningen er at forvaltningsorganet som fatter et enkeltvedtak, også fører tilsyn med om partene innretter seg i samsvar med vedtaket. Oppfølgingen kan blant annet foregå ved hjelp av andre offentlige instanser som namsmann, politi og domstoler, avhengig av hva vedtaket går ut på og hva bruddet består i.

Etter departementets vurdering er det mest nærliggende å sammenligne en eventuell mulighet til å oppnevne forvalter i vedtak om avhjelpende tiltak i saker om markedsetterforskning, med den eksisterende muligheten i saker om overtredelse av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven. I disse sakene er det bare mulig for Konkurransetilsynet å oppnevne forvalter, der hvor partene selv har foreslått dette som en del av de avhjelpende tiltakene de har foreslått for å avslutte saken. Samtidig er det da partene som må dekke kostnaden ved forvalter, jf. forvalterforskriften. I forarbeidene til lovendringen ble foretakenes dekning av kostnadene begrunnet med at det er «en naturlig følge av systemet med avhjelpende tiltak, der bruk av forvalter er en del av tiltakene foretakene frivillig foreslår».<sup>11</sup> Dette innebærer at partene i overtredelsessakene kan unngå at forvalter oppnevnes – og dermed unngå å bli ansvarlig for forvalterkostnadene – ved å la være å tilby avhjelpende tiltak. Hvis det skjer må Konkurransetilsynet vurdere om det er grunnlag for å pålegge opphør av overtredelsen etter § 12 første ledd, og i så tilfelle kan det ikke oppnevnes forvalter som må dekkes av partene. I slike tilfeller kan dermed partene vurdere om de ønsker å tilby avhjelpende tiltak og samtidig ta kostnadene ved forvalter, eller å risikere å bli pålagt opphør av overtredelsen.

Det kan argumenteres for at foretakene, på samme måte som de må ta kostnadene ved å gjennomføre de avhjelpende tiltakene i markedsetterforskningssaker, også må dekke de tilhørende kostnadene til forvalter der hvor det er behov for forvalter for å sikre at de avhjelpende tiltakene blir gjennomført. Hvis forholdene som begrunner de avhjelpende tiltakene innebærer at foretakene har

<sup>11</sup> Prop. 75 L (2012–2013) side 30.

utnyttet en viss grad av markedsrett, og som har ført til gevinster for foretakene, kan det videre fremstå som rimelig at det er foretakene som belastes kostnaden ved forvalter, når det er nødvendig for å redusere eller fjerne konkurransebegrensningen. Dette argumentet vil imidlertid ikke være gyldig der hvor forholdene det gripes inn mot ikke innebærer utnyttelse av en grad av markedsrett, eller der det gripes inn mot forhold som er «egnet til» å begrense konkurransen vesentlig. I sistnevnte tilfelle har skaden på konkurransen og gevinster for foretaket ennå ikke oppstått. Samtidig er det ikke uten videre klart at det er foretakene selv som bør bære kostnadene ved en forvalter, selv om det kan slås fast at foretakene har tjent på å utnytte markedsretten det har eller den svake konkurransen i det aktuelle markedet. I lys av at den praksisen det gripes inn mot ikke rammes av forbudsbestemmelsene, må det legges til grunn at forholdene det gripes inn mot – i alle fall i konkurranserettslig forstand – er lovlige. Under forutsetning av at tiltakene bidrar til å avhjelpe konkurransebegrensningen, virker det derfor rimelig at det er det offentlige som dekker kostnaden ved at konkurransebegrensningen avhjelpes. Dette poenget forsterkes etter departementets syn av at det er forvaltningen og lovgiver som har som oppgave og er nærmest til å identifisere og avhjelpe konkurransebegrensende forhold i et marked. Når det deretter påløper en kostnad ved å håndtere en eventuell underregulering, anser departementet det som rimelig at det offentlige dekker kostnaden ved å følge opp vedtak som skal avhjelpe den underreguleringen, jf. også Advokatforeningens høringsuttalelse om forvalterkostnadene ved manglende eller feilslått offentlig regulering. På samme måte som partene foretar en vurdering av å tilby avhjelpende tiltak og samtidig ta forvalterkostnadene, vil det være opp til Konkurransetilsynet å vurdere om kostnadene til en forvalter er nødvendig for å avhjelpe de aktuelle konkurransebegrensningene under en markedsetterforskning.

På bakgrunn av ovennevnte er departementets vurdering, i likhet med høringsinstansene, at det fremstår inngripende å pålegge foretakene selv å dekke kostnadene ved bistand av forvalter til å håndheve vedtak i markedsetterforskningssaker.

I overtredelsessaker kan foretakene som nevnt unngå kostnadene ved å la være å tilby avhjelpende tiltak. I fusjonssaker er det også partene som foreslår avhjelpende tiltak og kan påvirke bruken av forvalter. Kostnadene til forvalter kan hensyntas som en del av kostnadene ved fusjonen, og det vil da være opp til partene å vurdere om gevinstene ved fusjonen vil forsvare

kostnadene til forvalter. Forvalterkostnadene vil ofte også utgjøre en mindre del av de totale fusjonskostnadene. I markedsetterforskningsaker vil partene derimot ikke kunne påvirke bruk av forvalter på samme måte. I og med at markedsetterforskning kan anvendes på alle forhold som vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen, er det også vanskeligere for partene å beregne risikoen for oppnevning av forvalter og for at de må dekke denne kostnaden, og tilsvarende vanskeligere for partene å gjøre tiltak for å unngå kostnaden. Også dette tilsier at pålegg om forvalter for partenes kostnad i markedsetterforskningssaker kan være urimelig.

Det finnes også andre mekanismer for å gi partene tilstrekkelig insentiver til å etterleve de avhjelpende tiltakene enn gjennom pålegg om forvalter som foretakene selv må betale for. For eksempel er det sentralt at brudd på vedtaket kan føre til overtredelsesgebyr for partene, jf. lovforlaget § 29 første ledd bokstav b. Hvis overtredelsesgebyrene er tilstrekkelig høye, vil dette virke avskrekkende for partene og bidra til at de avhjelpende tiltakene i vedtaket etterleveres. Overtredelsesgebyrer er tilstrekkelig høye hvis partene er tjent med å etterleve vedtaket fremfor å godta gebyret fordi gevinsten overgår kostnaden. Konkurransetilsynet kan også pålegge tvangsmulkt hvis vedtak om avhjelpende tiltak ikke etterleveres, jf. konkurranseloven § 28. Se punkt 4.10 for en nærmere omtale av departementets forslag til sanksjoner.

Etter en samlet vurdering vil departementet ikke gå videre med høringsnotatets forslag om oppnevning av forvalter for partenes kostnad. Departementet har vurdert om partene kan pålegges å dekke kostnadene hvis de selv foreslår avhjelpende tiltak i markedsetterforskningssaker som inkluderer oppnevning av forvalter. Etter departementets vurdering er det imidlertid lite trolig at partene selv vil ønske å foreslå forvalter i disse sakene, hvis de selv må dekke kostnadene. Dette kan også føre til at partene er mer avholdne til å foreslå avhjelpende tiltak generelt, hvis partene er bekymret for om forslaget i så tilfelle også må inkludere bruk av forvalter for at Konkurransetilsynet skal akseptere de avhjelpende tiltakene. Dette kan være til hinder for at partene og Konkurransetilsynet i dialog kan finne gode løsninger til avhjelpende tiltak i markedsetterforskningssaker.

Departementet ser at det kan være tilfeller hvor det er hensiktsmessig for Konkurransetilsynet å få bistand fra en forvalter i håndhevingen av vedtak om tiltak i markedsetterforskningssaker.

Departementet foreslår derfor at Konkurransetilsynet gis hjemmel til å oppnevne forvalter, men at Konkurransetilsynet i slike tilfeller må dekke kostnaden til dette. Videre foreslår departementet at partene ikke kan foreslå oppnevning av forvalter i avhjelpende tiltak som de selv tilbyr, men at dette kun er opp til tilsynet.

Når det gjelder forslaget i høringsnotatet om at forvalter skal kunne inngå avtaler på vegne av de vedtaket retter seg mot, går forslaget på dette området lenger enn det som følger av ordlyden i § 12 fjerde ledd om forvalters kompetanse i saker om overtredelse av forbudene i konkurranseloven. Departementet vurderer at det ikke er behov for å gi forvalter som følger opp vedtak i en markedsetterforskningssak videre fullmakter enn i overtredelsessaker, og foreslår derfor ikke å gå videre med dette forslaget.

Departementets forslag til oppnevning av forvalter er tatt inn i forslaget til § 42 fjerde ledd. Av § 42 fjerde ledd tredje punktum fremgår det at nærmere regler om forvalter kan gis i forskrift. Hvis lovforslaget blir vedtatt, vil departementet også foreslå endringer i forvalterforskriften i tråd med omtalen her.

### 3.5.4 Reglene om Kommisjonens eksklusive kompetanse i fusjonssaker

#### 3.5.4.1 Gjennomgang i høringsnotatet

I høringsnotatets punkt 8.4.3 redegjorde departementet for ileggelse av strukturelle tiltak i saker om foretakssammenslutninger. Departementet påpekte at hvis konkurransemyndighetene skal ha kompetanse til å treffe strukturelle vedtak i forbindelse med en markedsetterforskning, må det også tas hensyn til fusjonskontrollen. Herunder ble det vist til Kommisjonens eksklusive kompetanse til å behandle foretakssammenslutninger som faller inn under rådsforordning 139/2004/EF («fusjonsforordningen»). Forordningen er innlemmet i norsk rett ved forskrift 21. desember 2011 nr. 1518 om gjennomføring av konkurransereglene i EØS-avtalen mv. § 12. Etter departementets vurdering ville det undergrave EUs fusjonskontroll hvis norske konkurransemyndigheter, kort tid etter at en foretakssammenslutning godkjennes av Kommisjonen, bestemmer at det fusjonerte foretaket skal deles opp igjen.

Deretter påpekte departementet at reverse-ring av Konkurransetilsynets beslutning om å godkjenne en foretakssammenslutning vil stride med forutberegnelighetshensynet. Departementet viste til at det bør gjelde en minimumsperiode

for pålegg om salg eller oppløsning etter at en foretakssammenslutning er godkjent av Konkurransetilsynet, Konkurransklagenemnda eller domstolene. Problemstillingen ble løst gjennom forslag til ny § 43 første ledd, som fastslo at avhjelpende tiltak «ikke [kan] omfatte salg av eiendeler ervervet som ledd i en foretakssammenslutning der Konkurransetilsynet, Konkurransklagenemnda eller domstolene har avsluttet behandlingen av saken», men at dette ikke gjelder «når det er gått mer enn 5 år etter at behandlingen av foretakssammenslutningen ble avsluttet».

#### 3.5.4.2 Høringsinstansenes syn

I høringsrunden etterspurte enkelte høringsinstanser nærmere avklaring av hvilke grenser Kommisjonens vedtak i forbindelse med behandlingen av en foretakssammenslutning, setter for etterfølgende pålegg om avhjelpende tiltak som resultat av en markedsetterforskning. Dette spørsmålet vil særlig være aktuelt der Kommisjonen har godkjent en foretakssammenslutning.

DLF/Schjødt gir uttrykk for at bruk av strukturelle tiltak for å løse konkurranseutfordringer som er avdekket i forbindelse med en markedsetterforskning, reiser utfordringer knyttet til EUs fusjonskontrollregime «dersom norske konkurransemyndigheter pålegger deling av et selskap, etter at Europakommisjonen har godkjent en sammenslutning». I disse tilfellene vil Konkurransetilsynets inngrepsvedtak etter deres vurdering innebære en omgåelse av EUs fusjonskontrollregler. DLF/Schjødt viser til at Kommisjonens vedtak ikke er tidsbegrensede, slik at en eventuell tidsbegrensning på fem år, tilsvarende lovforslaget § 43 som er sitert ovenfor, heller ikke vil anses å gi en løsning. DLF/Schjødt konkluderer med at Konkurransetilsynet ikke har adgang til å gripe inn i foretakssammenslutninger som er godkjent av Kommisjonen. På bakgrunn av dette, påpeker de også at inngrepshjemmelen vil måtte anvendes ulikt på virksomheter som grunnet omsetningsterskler har vært behandlet på EU-nivå, enn på andre virksomheter med omsetning i Norge.

#### 3.5.4.3 Departementets vurdering

Forholdet til EUs fusjonskontroll er ikke eksplisitt regulert i det islandske eller britiske markedsetterforskningsregelverket, og departementet er ikke kjent med at dette har vært satt på spissen ved bruken av markedsetterforskning i disse jurisdiksjonene. Som nevnt under punkt 2.3.4.2 ovenfor, er det

i den tyske lovbestemmelsen fastsatt en minimumsperiode på ti år mellom godkjenning av en foretakssammenslutning og pålegg om strukturelle tiltak, jf. lov mot konkurransestriksjoner (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) 32f (4). Det følger av denne bestemmelsen at pålegg om avhjelpende tiltak som omfatter eiendeler som foretaket ervervet i forbindelse med en foretakssammenslutning som er klarert av Bundeskartellamt, Kommisjonen eller etter godkjenning av Ministeren for økonomi og klimabeskyttelse, kun er tillatt hvis perioden mellom godkjenningen og pålegget om avhjelpende tiltak er lengre enn ti år. Minimumsperioden er fastsatt for å beskytte markedsaktørenes berettigede forventninger, ivareta rettssikkerheten og gi markedsetterforskning en viss avstand fra fusjonskontrollen.<sup>12</sup>

Departementet opprettholder vurderingen i høringsnotatet om at innføringen av markedsetterforskning i praksis ikke må undergrave fusjonsforordningen. Partenes behov for forutberegnelighet og tiltakenes forholdsmessighet er viktige vurderingsmomenter ved ileggelse av avhjelpende tiltak som berører transaksjoner som Kommisjonen tidligere har godkjent, jf. departementets vurdering i punkt 8.4.1.2 i høringsnotatet. Departementet er ikke kjent med at EU-domstolen har tatt stilling til denne grensedragningen, men påpeker at nasjonale konkurransemyndigheters handlinger som er i strid med EØS-regelverket vil kunne gi grunnlag for et traktatbruddsøksmål.<sup>13</sup> På bakgrunn av dette ser departementet et behov for å uttrykkelig regulere forholdet til Kommisjonens eksklusive kompetanse etter EU/EØS-fusjonskontrollregelverket i lovteksten.

Når det gjelder Konkurransetilsynets kompetanse til å fatte vedtak om avhjelpende tiltak i forbindelse med en markedsetterforskning, må det sondres mellom forhold som har vært behandlet av Kommisjonen etter fusjonskontrollregelverket, og andre eller nye forhold som Kommisjonen ikke har behandlet.

I det førstnevnte tilfellet må det ha gått tilstrekkelig lang tid fra Kommisjonens vedtak ble endelig for at et eventuelt pålegg fra Konkurransetilsynet ikke skal utgjøre et inngrep i Kommisjonens eksklusive kompetanse etter fusjonsforordningen. Tidsperioden må være lang nok til at strukturelle endringer i markedet som tilsier at forholdet

behandles på nytt, kan ha funnet sted. Av hensyn til forutberegnelighet, bør det etter departementets vurdering fastsettes et konkret skjæringspunkt i lovteksten, fordi dette vil utelukke skjønnsmessige vurderinger av om det har gått tilstrekkelig lang tid eller ikke. Departementet foreslår derfor en minimumsperiode på ti år fra tidspunktet en fusjon er endelig klarert av konkurransemyndighetene og frem til Konkurransetilsynets kan fatte vedtak i en markedsetterforsknings-sak som går ut på at et foretak må selge eiendeler som ble ervervet i fusjonen. Etter departementets syn vil en periode på ti år være tilstrekkelig til at vedtak ikke vil utgjøre et inngrep i Kommisjonens eksklusive kompetanse etter fusjonsforordningen.

Bakgrunnen for at departementet foreslår å forlenge minimumsperioden sammenlignet med det som ble foreslått i høringsnotatet, er av hensyn til forutsigbarhet for berørte markedsaktører. Det er en risiko for at en minimumsperiode på fem år fra behandlingen av en foretakssammenslutning er ferdig og Konkurransetilsynet kan fatte vedtak om strukturelle tiltak, vil føre til at samfunnsøkonomisk lønnsomme fusjoner ikke blir gjennomført. Departementet vurderer at selv om det er en høy terskel for å fatte vedtak om strukturelle tiltak, vil det at det er en slik risiko kunne ha en uønsket nedkjølende effekt. Departementet understreker samtidig at det fortsatt vil være mulig å fatte vedtak om andre typer avhjelpende tiltak, ettersom minimumsperioden kun gjelder vedtak om pålegg av salg av ervervede eiendeler.

Tiårsfristen innebærer at muligheten til å gripe inn i foretakssammenslutninger som er godkjent av Kommisjonen, likestilles med muligheten til å gripe inn i foretakssammenslutninger som norske myndigheter har godkjent. Ny § 43 suppleres derfor med «Europakommisjonen» og «Den europeiske unions domstol», hvor sistnevnte omfatter både Underretten og EU-domstolen. Departementet vurderer det imidlertid ikke som hensiktsmessig å oppføre ESA i § 43, da foretakssammenslutninger som er meldt av EFTA-statene som er part i EØS-avtalen i praksis behandles av Kommisjonen og ikke ESA. Konkurransetilsynet vil dermed ikke kunne pålegge salg eller oppløsning av det samme foretaket som er ervervet som ledd i en foretakssammenslutning som EUs konkurransemyndigheter har godkjent, inntil tiårsfristen er utløpt.

I de sistnevnte tilfellene legger hensynet til Kommisjonens eksklusive kompetanse ikke skranker for Konkurransetilsynets kompetanse til å treffe vedtak om avhjelpende tiltak. Konkurransetilsynet har i disse tilfellene et mulighetsrom for å treffe vedtak rettet mot virksomheter

<sup>12</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze (2023). Se side 31 i lovutkastet.

<sup>13</sup> Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA) artikkel 31.

som har vært del av en foretakssammenslutning som Kommisjonen har behandlet, før det har gått ti år fra vedtakstidspunktet. Om tilsynet kan gjøre inngrep, beror på en konkret vurdering av om illeggelsen av bindende avhjelpende tiltak mot de aktuelle foretakene fremstår som en omkamp mot foretakssammenslutningen, eller om markedsetterforskningssaken omhandler nye eller andre aspekter ved konkurranseforholdene. Et sentralt moment i denne vurderingen vil

være om bekymringene knyttet til foretakenes adferd eller konkurranseproblemene i markedet som Konkurransetilsynet reiser, er de samme som Kommisjonen behandlet i forbindelse med foretakssammenslutningen. Videre er tidsaspektet av sentral betydning – jo lenger tid som har gått fra vedtaket ble truffet, desto lavere er risikoen for at tilsynets vedtak griper inn i samme forhold som Kommisjonens behandling av foretakssammenslutningen.

## 4 Saksbehandlingen i markedsetterforskningsaker

### 4.1 Hensynet til rettssikkerhet og forutsigbarhet

---

#### 4.1.1 Forslaget i høringsnotatet

Departementet gjennomgikk i høringsnotatet punkt 7.3.5 behovet for å ivareta rettssikkerhet og forutsigbarhet i saker om markedsetterforskning. Departementet viste til at reglene for saksforberedelse og utredning er forskjellige for en prosess som leder frem mot enkeltvedtak sammenlignet med prosessen før vedtakelse av en forskrift, siden ulike hensyn gjør seg gjeldende. Forvaltningsloven kapittel IV til VI gir sentrale plikter og rettigheter i saker om enkeltvedtak. Bestemmelsene ivaretar partenes rettssikkerhet og legger til rette for riktige vedtak. Denne lovgivningen kommer også til anvendelse hvis det skal pålegges avhjelpende tiltak gjennom enkeltvedtak etter en markedsetterforskning.

Departementet viste også til at gjeldende konkurranselov forbyr samarbeid eller ensidig adferd som erfaringsmessig vil ha konkurransebegrensende virkninger. Det foreligger en omfattende praksis både i Norge og EU om grensene for overtredelse av konkurransereglene. Dette bidrar til forutberegnelighet for private parter, fordi de kan tilpasse sin adferd på en måte som ikke vil komme i konflikt med konkurranseloven. Det fremgikk av høringsnotatet at innføringen av markedsetterforskning vil medføre større usikkerhet hos private aktører om hvilke forhold det kan være aktuelt for myndighetene å gripe inn mot. Regler om markedsetterforskning som gir en høy grad av fleksibilitet for myndighetene, vil dermed gi mindre forutberegnelighet for næringslivet, fordi man kan gripe inn der lovens forbud ikke er overtrådt. Mangel på forutberegnelighet kan ifølge høringsnotatet i ytterste konsekvens føre til at insentivene til å innovere eller utvikle nye produkter reduseres. Dette gjelder særlig hvis det skapes usikkerhet om beskyttelse av egne immaterielle rettigheter. Høringsnotatet uttalte at denne usikkerheten bør søkes redusert blant annet gjennom terskler for inngrep, samt veiledning fra Konkurransetilsynet,

for å tydeliggjøre hvilke situasjoner en markedsetterforskning er aktuelt for. Samtidig fremgikk det av høringsnotatet at saksbehandlingsregler og bestemmelser om inngrep må utformes på en måte som ivaretar hensynet til de private partene som faktisk omfattes av en markedsetterforskning.

Departementet understreket i høringsnotatet også at det er viktig at innføringen av markedsetterforskning i praksis ikke fører til en uthuling av fusjonskontrollen. Departementet viste til at det under dagens fusjonskontroll i enkelte tilfeller vil kunne være utfordrende for Konkurransetilsynet å gripe inn, for eksempel hvis et foretak kjøper opp en rekke mindre konkurrenter i løpet av en kort tidsperiode. Hvis det pålegges avhjelpende tiltak for å avhjelpe denne type problemstillinger må det tas hensyn til partenes behov for forutberegnelighet.

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

Departementet la i høringsnotatet vekt på at hensynet til forutberegnelighet må hensyntas både i de prosessuelle og i de materielle reglene ved bruk av markedsetterforskning. Som eksempel på dette, viste høringsnotatet til at de foreslåtte rettslige tersklene både for å igangsette en markedsetterforskning og for å treffe vedtak om avhjelpende tiltak, vil være høyere enn ved innføring av en forskrift etter konkurranseloven § 14. Departementet viste samtidig til at Konkurransetilsynet må utforme tiltak på en slik måte at det er



forholdsmessighet mellom de inngrep som gjøres og inngrepets formål, og hvor behovet for fleksibilitet avstemmes med behovet for forutberegnelighet.

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

Departementet understreket videre at pålegg om avhjelpende tiltak i forlengelsen av en markedsetterforskning, bare vil være aktuelt ved behov for å avhjelpe forhold som *vesentlig* begrenser eller er *egnet til å vesentlig* begrense konkurransen. Innføring av markedsetterforskning kan dermed redusere insentivene til å investere i virkemidler som reduserer graden av konkurranse (eksempelvis økninger i kundenes byttekostnader), siden muligheten for inngrep kan føre til at slike investeringer blir mer usikre.

I høringsnotatet uttalte departementet at eksemplene på aktuelle konkurranseproblemer vil gi en veiledning om når det vil være aktuelt å ta i bruk verktøyet. For å sikre forutberegnelighet, uttalte departementet at det også bør legges opp til at konkurransemyndighetene aktivt veileder og informerer om hvilke typer utfordringer som kan være særlig aktuelle, for eksempel ved å gi skriftlig veiledning gjennom retningslinjer.

Departementet uttalte videre at hensynet til private parter som omfattes av en markedsetterforskning også må ivaretas, blant annet fordi tiltak i en markedsetterforskning kan gripe inn i friheten til å drive næringsvirksomhet innenfor gjeldende lovverk og i eiendomsretten. Gitt de potensielt vidtrekkende og inngripende fullmaktene som markedsetterforskning vil gi Konkurransetilsynet, må det utformes og anvendes et prosessuelt rammeverk som hensyntar proporsjonalitet og rettssikkerhet. Dette gjelder grunnleggende rettigheter som rett til å bli hørt, rett til innsyn, begrunnelsesplikt og rett til klage og domstolsprøving. Videre er retten til beskyttelse av forretningshemmeligheter og annen konfidensiell informasjon og beskyttelse mot vilkårlig eller uforholdsmessig inngripen fra offentlige myndigheter i forretnings- og privatsfæren sentralt. Hvordan disse forholdene skal håndteres er nærmere vurdert i de konkrete forslagene nedenfor.

#### 4.1.2 Høringsinstansenes syn

Noen høringsinstanser har reist spørsmål om Konkurransetilsynets uavhengighet og risiko for politisk press og styring i saker om markedsetterforskning. *Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)* viser til at konkurranseloven § 8 tredje ledd, om politiske pålegg om å ta en sak opp til behandling, ikke synes behandlet i høringsnotatet. NHO mener at denne adgangen får et nytt innhold ved innføring av markedsetterforskning i konkurranseloven. De viser til at hvis poenget er at Konkurransetilsynet skal opptre uavhengig, vil en politisk påleggsadgang ha konsekvenser for uavhengigheten. Videre mener de at markedsetterforskning vil eksponere tilsynet mot press, og at det bør gis klarere uttrykk for hvordan det er tenkt at tilsynet skal forholde seg til politiske signaler og beslutninger om bruk av markedsetterforskning.

*Hovedorganisasjonen Virke (Virke)* sier i sin høringsuttalelse at markedsetterforskning er et virkemiddel som åpner for politisk press, ved at det er fare for at politisk aktualitet kan styre tilsynets prioriteringer, fremfor reelle og faglige behov.

*Konkurransetilsynet* har i sin høringsuttalelse knyttet noen kommentarer til forholdet mellom politiske føringer og konkurransefaglige vurderinger. Konkurransetilsynet viser til at det fremgår av forslaget i høringsnotatet at igangsetting og gjennomføring av markedsetterforskning skal være fundert på konkurransefaglige vurderinger. Tilsynet viser til konkurranseloven § 8 tredje ledd siste punktum, hvor det slås fast at «Kongen kan pålegge Konkurransetilsynet å ta en sak opp til behandling». Konkurransetilsynet uttaler at ved et slikt pålegg, kan tilsynet bli bedt om å vurdere muligheten for å igangsette en markedsetterforskning. Tilsynet viser i sin høringsuttalelse til at pålegget ikke kan instruere utfallet av vurderingen, siden beslutningen skal baseres på et konkurransefaglig skjønn. Videre viser tilsynet til at beslutningsmyndigheten i høringsforslaget ligger til tilsynet, og at forslaget stiller konkrete krav til prosessen frem til beslutningen. Tilsynet oppfatter forslaget slik at hvis tilsynet kommer til at det ikke er faglig grunnlag for å starte en markedsetterforskning, vil tilsynet ha anledning til å legge bort saken uten å innlede prosess med høring av beslutningsgrunnlag. Videre forstår Konkurransetilsynet lovforslaget slik at tilsynet på ethvert tidspunkt vil kunne avslutte en påbegynt markedsetterforskning, hvis det ikke lenger er faglig grunnlag for å fortsette denne. I forlengelsen av

dette uttaler tilsynet at uavhengigheten til Konkurransetilsynet og Konkurranseskjennemnda, bidrar til å gi konkurransepolitikken nødvendig faglig tyngde og posisjon i offentligheten og næringslivet, og at politisk styring er ivarettatt ved lovgiveransvaret.

I sitt hørings svar på vegne av *NorgesGruppen ASA* uttaler professor Ronny Gjendemsjø at det er helt avgjørende å sikre Konkurransetilsynets uavhengighet fra innblanding og påvirkning fra aktører med særinteresser i en bestemt regulering av markedet. *NorgesGruppen/Gjendemsjø* mener at Konkurransetilsynets vedtak må baseres på rene konkurransefaglige vurderinger og prosessen som leder opp til vedtakene må skjermes mot utilbørlig press. Det fremgår videre av uttalelsen fra *NorgesGruppen/Gjendemsjø* at det er usikkert om muligheten til å pålegge Konkurransetilsynet å ta en sak opp til behandling iht. konkurranseloven § 8 også vil omfatte å iverksette en markedsetterforskning. I så tilfelle kan det hevdes at det kan føre til en politisering av norsk konkurranse rett som synes å være i strid med formålet bak konkurranse loven § 8. *NorgesGruppen/Gjendemsjø* uttaler at forholdet til Konkurransetilsynets uavhengighet er noe som bør avklares i et eventuelt lovforslag.

*Reitan Retail AS* legger i sin høringsuttalelse til grunn at regjeringen eller departementet kan pålegge Konkurransetilsynet å iverksette en markedsetterforskning, men viser også til at Konkurransetilsynet ikke kan instrueres av departementet eller regjeringen om behandlingen av enkeltsaker og gis instruks om hvordan Konkurransetilsynets myndighet skal utøves.

Mange av høringsinstansene uttaler seg om hvordan de ser på forslaget i lys av hensynene til forutberegnelighet og rettssikkerhet, og stiller seg kritiske til hvordan disse hensynene konkret blir ivarettatt i forslaget i høringsnotatet. Vi vil her trekke frem noen mer generelle uttalelser fra høringsinstansene, mens konkrete uttalelser knyttet til de enkelte delene av forslagene gjengis i tilknytning til de konkrete forslagene.

*Advokatforeningen* påpeker i sin høringsuttalelse at forutberegnelighet og forholdsmessighet er helt sentrale rettssikkerhetsgarantier, som etter Advokatforeningens mening ikke synes tilstrekkelig utredet og ivarettatt i forslaget. De viser til at det av høringsnotatet fremgår at rettssikkerhet og forutsigbarhet er viktige hensyn, men Advokatforeningen uttaler at utredningen fremstår som generell og preges av manglende utredning av disse hensynene, som «i liten grad synes ivarettatt i de konkrete lovforslagene». *Coop Norge*

*SA (Coop)* sier i sin høringsuttalelse at de ønsker å fremheve betydningen av forutberegnelighet og ikke minst rettssikkerheten til berørte aktører. De uttaler at de er i tvil om de foreslåtte mekanismene for kontroll med ordningen samt tersklene for inngrep, særlig ved strukturelle tiltak, er sterke nok til å ivareta disse viktige prinsippene. På vegne av *Dagligvareleverandørenes forening (DLF)* uttaler *Advokatfirmaet Schjødt AS (Schjødt)* at de foreslåtte lovhjemplene ikke ivaretar markedsaktørenes rettssikkerhet i tilstrekkelig grad. De peker på at forslaget gir et forvaltningsorgan kompetanse til omfattende undersøkelser og inngrep gjennom enkeltvedtak, overfor fullt ut lovlig markedsadferd. Videre uttaler de at de mener hjemlene etterlater det til Konkurransetilsynets nærmeste frie skjønn om inngrep skal iverksettes og hvilke tiltak som skal pålegges. *DLF/Schjødt* spiller inn at det bør stilles krav om innholdet i konkrete utredningsplikter, bevisbyrde til å påvise en eksisterende og aktuell konkurransebegrensning samt klarere føringer for vurdering av om et tiltak er egnet og proporsjonalt. *Finans Norge* mener at det bør gjøres vesentlige endringer i gjeldende forslag for å sikre grunnleggende rettssikkerhetsgarantier og forutberegnelighet for næringslivet.

Konkurransetilsynet viser til at departementet i høringsnotatet uttaler at mangel på forutberegnelighet i verste fall kan føre til at insentivene til å innovere eller utvikle nye produkter reduseres. Konkurransetilsynet viser i den forbindelse til at tilsynet etter lovforslaget kun skal pålegge avhjelpende tiltak hvis tilsynet finner at konkurransen blir begrenset vesentlig slik at forbrukerne blir skadelidende. Tilsynet mener derfor at avskrekkingseffekten knyttet til markedsetterforskning, vil kunne være positiv fordi markedsaktørene kan velge å endre skadelig adferd eller ikke investere/innovere i potensielt skadelig adferd. Tilsynet uttaler videre at forslagens avskrekkingseffekt kan ha negative effekter hvis aktørene forventer at markedsetterforskning med tiltak vil skje også der den aktuelle adferden ikke er konkurranseskadelig. Konkurransetilsynet mener at en negativ avskrekkingseffekt derfor vil kunne oppstå hvis markedsaktørene forventer at tilsynet gjør en feilaktig vurdering av om forhold begrenser konkurransen i vesentlig grad, eller om det avhjelpende tiltaket samlet sett er forholdsmessig og effektivt.

NHO viser i sin høringsuttalelse til at inngrep mot foretak når det ikke foreligger brudd på konkurranse loven kan være svært inngripende og skape stor usikkerhet, både for bedrifter og markedet. Det vil etter NHOs mening, være vanskelig

for bedriftene å beregne risikoen for inngrep mot noe som ikke representerer noe lovbrudd. NHO uttaler at innføring av markedsetterforskning dermed i seg selv skaper uforutsigbarhet, selv uten at tilsynet ender opp med igangsetting eller inngrep. NHOs hovedinnvending mot forslaget, er at virkninger av uforutsigbarhet ikke er tilstrekkelig utredet. *NHO Mat og Drikke* og *NHO Service og Handel* kommer med tilsvarende overordnede synspunkter som NHO i sine høringsuttalelser. NHO viser også til at selv om forutsigbarhet og rettssikkerhet henger sammen, kan ikke rettssikkerhet avhjelpe den risikoen som oppstår alene av den grunn at markedsetterforskning blir innført. De mener at hvis departementet følger opp utkastet, må det være en betingelse at tilsynet utarbeider skriftlige retningslinjer om aktuelle utfordringer, før en lovendring kan tre i kraft. Videre viser NHO til departementets uttalelse om at det ikke vil være aktuelt å vedta pålegg som skader etablert beskyttelse av immaterielle rettigheter. NHO mener at dette bør fremgå av en eventuell lovttekst.

*Norsk Hydro ASA* mener i sin uttalelse at tersklene for både etterforskning og inngrep er uklare og relativt lave. De viser til at departementet i forslaget erkjenner at forslaget kan medføre usikkerhet og uforutsigbarhet, men at departementet legger til grunn at usikkerheten vil reduseres etter hvert som Konkurransetilsynet gjennomfører markedsetterforskninger. *Norsk Hydro* mener at innføring av markedsetterforskning ikke kan baseres på en slik antagelse, da det trolig vil ta mange år før det foreligger endelige vedtak, og markedene gjerne er forskjellige med hensyn til struktur, konkurranseutfordringer mv. De uttaler videre at usikkerheten uansett ikke vil knytte seg til tilsynets rettsanvendelse alene, men vel så mye til markedsregulering som sådan og tilsynets rolle som selvstendig konkurransepolitisk aktør. *Norsk Hydro* viser også til at tiltak i form av tilgangsppliktelser (for eksempel inngrep i patentrettigheter), vil berøre selve grensesnittet mellom konkurranse retten og immaterialretten slik dette er trukket opp i dag.

*Nortura SA* uttaler at usikkerhet og uforutsigbarhet om rammevilkår i et marked generelt er svært uheldig for næringslivet. Usikkerhet påvirker investeringsvilje, innovasjon og konkurranstrykk negativt. *Nortura* mener at størst mulig forutsigbarhet dermed må ligge til grunn for markedsetterforskning, både vilkårene for igangsetting, gjennomføring og vilkårene for inngrep. *Nortura* mener at slik forslaget foreligger er dette for utydelig.

*Schibsted ASA* mener at bruk av markedsetterforskning vil være belastende for næringslivet allerede ved en eventuell innføring. De mener at aktører som driver virksomhet i dynamiske og fremvoksende markedet, herunder digitale, vil måtte håndtere en løpende regulatorisk og strategisk usikkerhet knyttet til rammevilkårene for virksomheten. Etter Schibsteds syn er det en klar risiko for at denne usikkerheten vil kunne påvirke insentiver til investeringer og innovasjon, med negative virkninger på utvikling av hele markeder gjennom redusert produktutvikling og investeringsvilje. Schibsted mener videre at usikkerheten for næringslivet, vil forsterkes av at det ikke legges opp til detaljerte retningslinjer eller saksbehandlingsregler for gjennomføring og bruk av markedsetterforskning allerede fra en eventuell innføring.

#### 4.1.3 Departementets vurdering

Departementet understreker at innføring av markedsetterforskning ikke er ment å endre Konkurransetilsynets rolle og uavhengighet, og at konkurranse loven § 8 også gjelder i disse sakene. I henhold til konkurranse loven § 8 første ledd er Konkurransetilsynet et uavhengig forvaltningsorgan som er administrativt underordnet Kongen og departementet. Videre følger det av § 8 andre ledd at Kongen eller departementet ikke kan instruere Konkurransetilsynet om behandlingen av enkelt saker. Kongen kan imidlertid, i henhold til samme bestemmelse, pålegge Konkurransetilsynet å ta en sak opp til behandling. Endelig følger det av konkurranse loven § 8 tredje ledd at Kongen eller departementet ikke av eget tiltak kan omgjøre Konkurransetilsynets vedtak. Konkurranseskjennemnda kan heller ikke av eget tiltak omgjøre Konkurransetilsynets vedtak.

Konkurransetilsynets beslutning om igangsetting og gjennomføring av markedsetterforskning, skal bygge på konkurransefaglige vurderinger. Konkurranseloven § 8 tredje ledd, som bestemmer at «Kongen kan pålegge Konkurransetilsynet å ta en sak opp til behandling», innebærer etter departementets vurdering at tilsynet som følge av denne bestemmelsen, bare kan pålegges å vurdere å sette i gang en markedsetterforskning. Siden instruksjonsmyndigheten i § 8 tredje ledd bare omfatter pålegg om å ta en sak opp til behandling, ligger det i dette at Konkurransetilsynet ikke kan instrueres i utfallet av sine vurderinger, herunder til å fatte en bestemt beslutning eller vedtak. Departementet («Kongen») kan dermed ikke instruere Konkurransetilsynet til å gjen-

nomføre en høring, igangsette en markedsetterforskning eller om utfallet av en markedsetterforskning. Konkurransetilsynet kan når som helst avslutte en pågående markedsetterforskning, hvis tilsynet mener at det ikke lenger er faglig grunnlag for å fortsette. Departementet deler høringsinstansenes syn på at det er avgjørende å sikre Konkurransetilsynets uavhengighet også i saker om markedsetterforskning, og det må derfor ikke være tvil om hvordan dette skal forstås.

Departementet vurderer at gjennomgangen av hensynene til rettssikkerhet og forutberegnelighet i punkt 4.4 gir dekkende uttrykk for hvordan markedsetterforskning kan slå ut for disse hensynene. På samme måte beskriver høringsnotatet hvordan hensynene kan ivaretas på best mulig måte gjennom både de prosessuelle og materielle reglene. Hensynene ivaretas blant annet gjennom de prosessuelle reglene i forvaltningsloven som gjelder for enkeltvedtak og lovforslagets særskilte prosesskrav, for eksempel om høring før igangsetting av markedsetterforskning, og de materielle reglene i lovforslaget, for eksempel knyttet til terskler for igangsetting og pålegg om avhjelpende tiltak. Disse er omtalt mer i detalj i de relevante punktene av proposisjonen (punkt 3.4 og 3.5). Forholdet til fusjonskontrollen er nærmere omtalt under punkt 3.5.4. Kravet til nødvendighet og forholdsmessighet er også sentralt for å ivareta disse hensynene. Som det fremgår av høringsnotatet, vil det i lys av dette ikke være aktuelt å vedta pålegg som skader etablert beskyttelse av immaterielle rettigheter, slik enkelte høringsinstanser uttrykker bekymring for.

Departementet legger også til grunn at Konkurransetilsynet aktivt vil veilede og informere om hvilke typer utfordringer som kan være særlig aktuelle for bruk av markedsetterforskning, inkludert gjennom utarbeidelse av retningslinjer. Dette vil bidra til forutberegnelighet for næringslivet.

## 4.2 Opplysningsplikt og utleveringsplikt

### 4.2.1 Forslaget i høringsnotatet

#### 4.2.1.1 *Opplysnings- og utleveringsplikt*

I høringsnotatet punkt 9.2 vurderte departementet at Konkurransetilsynets rett til å innhente – og markedsaktørenes plikt til å gi – opplysninger og utlevere informasjon i forbindelse med en markedsetterforskning, var omfattet av konkurranseloven § 24. Departementet foreslo derfor

ingen særregler om opplysnings- og utleveringsplikt knyttet til markedsetterforskning.

Departementet viste til at Konkurransetilsynet under gjeldende rett fører generelt tilsyn med konkurranseforholdene i forskjellige markeder. Konkurranseloven § 24 gir regler om opplysningsplikt og granskning, og hjemler tilsynets adgang til å innhente informasjonen de trenger. Etter § 24 første ledd plikter «enhver» å gi konkurransemyndighetene de opplysninger som de krever for «å kunne utføre sine gjøremål etter loven». Og etter § 24 andre ledd, kan konkurransemyndighetene kreve utlevert «alle typer informasjon og bærere av slik informasjon» for granskning.

Opplysnings- og utleveringsplikten etter konkurranseloven § 24 gjelder for både fysiske og juridiske personer, og er ikke begrenset til parter i en sak. Konkurransemyndighetene kan pålegge enhver å gi opplysninger eller kreve utlevert informasjon for å utføre sine gjøremål etter loven. Det er dermed ikke krav om at det foreligger en mistanke om overtredelse av loven eller at det pågår en etterforskning av konkrete saker. Departementet viste videre til at opplysnings- og utleveringsplikten både gjelder ved etterforskning av mulige overtredelser av loven, og ved undersøkelser av pris- og markedsforhold ellers. I forarbeidene til gjeldende konkurranselov er det lagt til grunn at konkurransemyndighetene har en vid skjønnsmargin ved avgjørelsen av om det er nødvendig å pålegge opplysningsplikt eller kreve utlevert informasjon.<sup>1</sup> Det er i forarbeidene også vist til at et pålegg om opplysninger, kan gis som ledd i en undersøkelse av markedsutviklingen i enkelte bransjer.<sup>2</sup>

Videre viste departementet til at det kan være nødvendig med supplerende forklaringer i tillegg til opplysningene, for at tilsynet kan foreta en effektiv analyse. Da kan det være nødvendig med muntlig gjennomgang og forklaring, eventuelt i kombinasjon med skriftlige svar på informasjonspålegg. Dette gjelder særlig når informasjonen knytter seg til digitale tjenester.

Departementet påpekte også at retten til å fremsette klage over pålegg om å gi opplysninger etter forvaltningsloven § 14, vil gjelde i forbindelse med opplysningspålegg i markedsetterforskningssaker. Det følger av forvaltningsloven § 14 at klagen må fremsettes straks hvis den pålegget gjelder er til stede, og ellers innen tre dager. Hvis det er påtrengende nødvendig, kan forvaltningsorganet kreve at opplysningene gis

<sup>1</sup> Ot.prp.nr.6 (2003–2004) side 265.

<sup>2</sup> Ibid.

før klagen er avgjort. Klagen følger den til enhver tid gjeldende klageordning for konkurransesaker, og departementet påpekte at en klage over pålegg om opplysningsplikt derfor vil behandles av Konkurranseskjennemnda.

#### 4.2.1.2 *Selvinkrimineringsvernet*

I høringsnotatet punkt 9.2.1 viste departementet til at det vil kunne være en konflikt mellom plikten til å gi opplysninger, og retten til å ikke måtte bidra til egen domfellelse (vernet mot tvungen selvinkriminering), i saker hvor det er mistanke om overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser eller andre brudd på konkurranselovgivningen.

Departementets vurdering var at dette i utgangspunktet ikke ville skape problemer i markedsetterforskningssaker fordi Konkurransetilsynet, før de starter en markedsetterforskning, skal ha foretatt en vurdering av at det ikke er aktuelt å etterforske brudd på konkurranseloven i det aktuelle markedet. Hvis det derimot er mistanke om at konkurranseproblemene i et marked skyldes overtredelse av enten konkurranseloven § 10 eller § 11, vil tilsynet i utgangspunktet starte en etterforskningssak, noe som også gir tilsynet mulighet til å foreta bevissikring.

Tilfeller hvor det likevel kan oppstå spørsmål om opplysninger innhentet i markedsetterforskningssaken kan brukes i en overtredelsessak, skisseres i høringsnotatets punkt 9.2.1. En avgjørelse om å starte en markedsetterforskning bygger på en foreløpig vurdering av markedet, markedsaktørens adferd og bakgrunnen for konkurranseproblemene. Departementet påpekte at det derfor ikke kan utelukkes at saken kan skifte karakter underveis, og at tilsynet får informasjon som tilsier at det kan foreligge en overtredelse av loven. Etter departementets syn ville det i slike tilfeller være mest hensiktsmessig å overføre denne delen av markedsetterforskningssaken til overtredelsessporet. I henhold til EØS-konkurranseloven § 7, har tilsynet også plikt til å håndheve forbudsreglene i EØS-avtalen artikkel 52 og 53, som speiler konkurranseloven §§ 10 og 11, hvis overtredelsen kan ha en innvirkning på konkurransen i det indre markedet. Det er også mulig at det åpnes overtredelsessak etter at markedsetterforskningssaken er avsluttet.

Hvis det oppstår mistanke om brudd på forbudsbestemmelsene, foreslo departementet at Konkurransetilsynet må behandle dette på vanlig måte, og foreta en vurdering av om de ønsker å prioritere å avdekke en eventuell overtredelse.

Hvis det kan være aktuelt å ilegge straffereaksjon eller overtredelsesgebyr, må Konkurransetilsynet informere om selvinkrimineringsvernet, jf. forskrift 11. desember 2013 nr. 1491 om opplysningsplikt og bevissikring § 4. Denne bestemmelsen slår fast at det foreligger en slik informasjonsplikt før det gis pålegg om å avgi muntlig forklaring som ledd i Konkurransetilsynets undersøkelse av mulige overtredelser. Departementet skrev at selvinkrimineringsvernet aktualiseres ved straffesaker, og viste til at overtredelsessaker etter konkurranseloven og EØS/EU-konkurransereglene, er kvasi-straffesaker etter EMK hvor selvinkrimineringsvernet får anvendelse.

For de tilfeller Konkurransetilsynet, etter å ha gjennomført en markedsetterforskning, kommer til at saken burde vært eller bør etterforskes som en overtredelsessak, påpekte departementet at selvinkrimineringsvernet kan få betydning i forbindelse med spørsmålet om informasjon innhentet under markedsetterforskningen kan benyttes som bevis i den senere overtredelsessaken. Departementet skisserte ulike løsninger basert på informasjonens tilknytning til markedsetterforskning. Informasjon som eksisterer uavhengig av markedsetterforskningssaken og blir krevd utlevert, kan benyttes uten restriksjoner. Slik informasjon kan også kreves i overtredelsessaker. Opplysninger som er gitt muntlig eller skriftlig i anledning markedsetterforskningen, må derimot vurderes konkret etter opplysningenes innhold og hvordan de ble gitt. I tillegg må Konkurransetilsynet vurdere om de skal gjøre den aktuelle aktøren oppmerksom på vernet mot selvinkriminering under innhenting av informasjon i forbindelse med markedsetterforskningen, og hvilke konsekvenser det vil ha hvis det ikke er gjort.

#### 4.2.2 *Høringsinstansenes syn*

Departementet mottok få høringsinnspill om opplysnings- og utredningsplikt. Noen høringsinstanser stilte imidlertid spørsmål knyttet til selvinkrimineringsvernet og Konkurransetilsynets bruk av de innhentede opplysningene, og innvirkningene dette kunne ha for markedsaktørens samhandling med tilsynet.

*Advokatforeningen* mener at forholdet til selvinkrimineringsvernet og Konkurransetilsynets bruk av opplysninger innhentet som ledd i en markedsetterforskning i en etterforskningssak for brudd på konkurranseloven, primært bør lovfestes og subsidiært bør reguleres i en forskrift.

*Virke* viser til vurderingen i høringsnotatet om at opplysnings- og utleveringsplikten i markeds-

etterforskningssaker skal omfattes av konkurranse-loven § 24 og kan påklages etter forvaltnings-loven § 14, og legger til at de ikke har noen kommentarer til dette.

*Nortura* påpeker at risikoen for at det i forbindelse med en markedsetterforskning kommer frem opplysninger som reiser spørsmål om det foreligger lovbrudd, kan medføre at markedsaktørens dialog med tilsynet ikke blir åpen og samarbeidende. De foreslår å løse denne utfordringen ved å utvide lempningsinstituttet, slik at parter som er involvert i en markedsetterforskning får adgang til å søke om lempning selv om tilsynet allerede er kjent med saken, og uten at lempnings-søknaden ekskluderer andre som også er involvert i markedsetterforskningen fra senere å søke om det samme.

*Schibsted* fremmer ikke konkrete innspill knyttet til reguleringen av opplysnings- og utredningsplikten i markedsetterforskningssaker. De bemerker imidlertid at markedsetterforskning ikke antas å tilføre tilsynet ytterligere fullmakter når det gjelder deres adgang og mulighet til å skaffe seg informasjon om bestemte markeder, fordi konkurranse-loven § 24 allerede benyttes til dette.

### 4.2.3 Departementets vurdering

#### 4.2.3.1 Opplysnings- og utleveringsplikt

Etter departementets syn utgjør konkurranse-loven § 24, supplert av forskriften om opplysningsplikt og granskning og forvaltnings-loven § 14 om klageadgang, et tilstrekkelig rettslig grunnlag for informasjonsinnhenting i markedsetterforskningssaker.

Det vises til punkt 2.2.3 ovenfor for en generell omtale av konkurranse-loven § 24. Bestemmelsen er fleksibel, blant annet fordi den ikke inneholder et krav om at det er åpnet en formell sak og heller ikke er begrenset til konkrete aktører. Det gjør den derfor egnet til å fungere som rettslig grunnlag for informasjonsinnhenting i markedsetterforskningssaker.

Etter departementets vurdering er det en god lovteknisk løsning å anvende samme bestemmelse for alle tilfeller der Konkurransetilsynet har behov for innhenting av informasjon for å oppfylle sine plikter etter konkurranse-loven. En særskilt bestemmelse om opplysnings- og utleveringsplikt knyttet til markedsetterforskning, vil måtte ha et like vidt virkeområde som konkurranse-loven § 24, og ved å anvende denne bestemmelsen unngås repetisjon av regler som ligner på hverandre og har overlappende virkeområde.

#### 4.2.3.2 Selvinkrimineringsvernet

Selvinkrimineringsvernet utledes av kravet til rettferdig rettergang i Grunnloven § 95 og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6. EMK gjelder som norsk lov og har ved motstrid forrang foran annen norsk lovgivning, jf. lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) §§ 2 og 3.

Departementets vurdering er at selvinkrimineringsvernet i tilstrekkelig grad vil ivaretas av Konkurransetilsynet hvis det skulle oppstå tilfeller hvor informasjonen som er inngitt i markedsetterforskningssaker, kan få betydning for ileggelse av overtredelsesgebyr for brudd på konkurransereglene. Grensene for å bruke informasjonen et foretak gir Konkurransetilsynet for å etterleve et informasjonsspålegg i en senere sak, er de samme uavhengig av om informasjonen er innhentet i forbindelse med en alminnelig markedsundersøkelse, etterforskningssak om overtredelse av konkurranse-lovens forbudsbestemmelser, behandling av foretakssammenslutning eller en markeds-etterforskningssak. Etter departementets vurdering anses det derfor ikke som hensiktsmessig å fastsette en særskilt bestemmelse om forholdet til selvinkrimineringsvernet for senere bruk av informasjon innhentet i forbindelse med en markeds-etterforskning.

## 4.3 Forberedende fase

---

### 4.3.1 Forslaget i høringsnotatet

Departementet uttalte i høringsnotatet at en markedsetterforskning som regel vil være en ressurskrevende prosess både for aktørene i det markedet markedsetterforskningen retter seg mot, og for Konkurransetilsynet. Det kan legges til grunn at Konkurransetilsynet i utgangspunktet ikke vil starte en markedsetterforskning uten tilstrekkelig kunnskap om markedet til å vurdere om det er konkurranseutfordringer som gir grunnlag for å åpne en markedsetterforskning. Dette innebærer også å vurdere om en markedsetterforskning kan føre til tiltak som i tilstrekkelig grad vil avhjelpe konkurranseproblemene, og at ikke andre virkemidler er bedre egnet til å løse problemene. Eksempler på slike virkemidler er etterforskning av mulige brudd på forbudsbestemmelsene, påpekning av konkurransevirkninger av offentlige tiltak eller forslag om lov- og forskriftsreguleringer.

På bakgrunn av dette fremgikk det av høringsnotatet at det før igangsettelsen av en markedsetterforskning, kan forventes at det vil være en mer eller mindre omfattende fase med informasjonsinnhenting og vurdering av denne informasjonen internt i tilsynet. Dette er i tråd med det tilsynet allerede foretar seg i dag i markedsundersøkelser i forskjellige markeder, som kan munne ut i en rapport eller lignende eller som brukes som underlag i fremtidige saker. Det er viktig at tilsynet gjør en grundig vurdering i den innledende og uformelle fasen slik at det ikke igangsettes markedsetterforskning, med de konsekvensene det får for markedsaktørene og samfunnet ellers, der dette ikke er nødvendig eller hensiktsmessig. Det fremgår av høringsnotatet at dette også kan tale for at det innarbeides et «vesentlighetskrav» som en del av den materielle terskelen for oppstart, se mer om dette i punkt 3.3.

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

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

Høringsnotatet viste også til prosessen i Storbritannia, som det er redegjort for i punkt 2.3.2 i proposisjonen. I Storbritannia er prosessen regulert slik at CMA, eller en annen relevant sektormyndighet, gjennomfører en markedsstudie før de eventuelt åpner en formell markedsetterforskning. Høringsnotatet pekte på at fordelene med en slik formalisert prosessuell to-delning, er at man vil ha et fast system når det gjelder prosessen som leder til mulige markedsundersøkelser, og at dette kan styrke forutberegneligheten. Ulempene er ifølge høringsnotatet imidlertid at dette kan bli unødig ressurskrevende og vil gi mindre rom for fleksibilitet. Det kan også føre til at selve utredningen av markeds-situasjonen og de konkurransemessige utfordringene blir unødig tidkrevende. På denne bakgrunn foreslo departementet i høringsnotatet at det ikke stilles et for-

melt vilkår om gjennomføring av en markedsstudie i forkant av en markedsetterforskning. Konkurransetilsynet kan likevel gjennomføre forberedende undersøkelser og i denne forbindelse pålegge opplysningsplikt i medhold av konkurranseloven § 24, slik det fremgår over.

#### 4.3.2 Høringsinstansenes syn

En av høringsinstansene kommenterer den innledende fasen og om det bør stilles formelle krav i loven til gjennomføring av markedsstudie før åpning av markedsetterforskning besluttet. *DLF/Schjødt* viser til det britiske systemet og anser det som hensiktsmessig å stille krav om et mindre inngripende markedsstudium før formell etterforskning igangsettes. De uttaler at et markedsstudium vil forhindre at unødig dyre, inngripende og tidkrevende etterforskningssaker igangsettes uten at det foreligger et adekvat beslutningsgrunnlag. Ressursene knyttet til etterforskning vil dermed konsentreres om de tilfeller hvor det faktisk er grunn til å tro at etterforskningen vil avdekke konkurranseskade. De viser også til at det islandske regelverket gir støtte for en slik tilnærming, ved at det i loven listes opp konkret hvilke forhold som konkurransemyndigheten bør hensynta i vurderingen av om etterforskning skal igangsettes.

*NHO* reiser i sin høringsuttalelse spørsmål om tilsynet allerede før en høring må ha brukt muligheten til å skaffe seg kunnskap som følger av konkurranseloven § 24 om «forhold» som kan begrunne en igangsettelse.

#### 4.3.3 Departementets vurdering

Departementet opprettholder forslaget fra høringsnotatet om at det ikke skal stilles formelt krav om gjennomføring av en markedsstudie i forkant av beslutning om å åpne en markedsetterforskning, og viser blant annet til omtalen i punkt 4.3.1. Dette må også sees i sammenheng med at departementet foreslår en vesentlighetsterskel for åpning av en markedsetterforskning. Konkurransetilsynet må begrunne i åpningsbeslutningen at vilkårene for igangsettelse av markedsetterforskning er oppfylt, altså at det er forhold som tilsier at konkurransen er vesentlig begrenset eller står i fare for å bli vesentlig begrenset i strid med lovens formål. Konkurransetilsynet må derfor ha kunnskap om markedet og potensielle konkurranseproblemer i forkant av åpningsbeslutningen, for å kunne utforme en skadehypotese som begrunner at vil-

kårene er oppfylt. I lys av dette må Konkurransetilsynet normalt gjennomføre en forundersøkelse, kartlegging av markedet eller lignende undersøkelser for å skaffe seg denne kunnskapen. I tillegg skal utkast til beslutning om åpning av markedsundersøkelse høres før beslutning kan fattes. Også dette bidrar til at Konkurransetilsynet får informasjon om markedet og markedsforholdene i forkant av åpningsbeslutningen, noe som vil bidra til å hindre at Konkurransetilsynet åpner markedsetterforskning uten grunnlag for det. Videre må det legges til grunn at Konkurransetilsynet vil bruke ressursene sine mest mulig effektivt, slik at de ikke vil sette i gang en markedsetterforskning uten å ha et tilstrekkelig grunnlag for de aktuelle konkurransemessige bekymringene.

På bakgrunn av dette ser ikke departementet behov for å stille formelle krav til gjennomføring av markedsstudier i forkant av beslutning om åpning av markedsetterforskning.

## **4.4 Åpning av markedsetterforskning**

### **4.4.1 Forslaget i høringsnotatet**

#### *4.4.1.1 Beslutning om å åpne markedsetterforskning*

Departementet uttalte i høringsnotatet at det er nødvendig med et beslutningsgrunnlag som redegjør nærmere for begrunnelsen for at en markedsetterforskning bør igangsettes. Departementet uttalte at innspillene fra høringen vil tas inn i det videre arbeidet med beslutningsgrunnlaget. Det fremgikk av forslaget i høringsnotatet at grunnlaget skal redegjøre nærmere for faktiske forhold og økonomiske vurderinger som ligger til grunn for beslutningen. Nærmere bestemt skal beslutningsgrunnlaget inneholde informasjon om hvilke sektorer, aktører og markeder som vil være omfattet av markedsetterforskningen. Departementet foreslo at redegjørelsen vil være på et overordnet nivå, og at det ikke stilles krav til gjennomføring av en konkret markedsavgrensning. Redegjørelsen vil heller ikke begrense Konkurransetilsynets mulighet til å etterspørre informasjon fra andre relevante aktører når undersøkelsen er igangsatt. Det fremgikk videre av høringsnotatet at beslutningsgrunnlaget må gi en foreløpig vurdering av hvilke konkurransebegrensninger som tilsier at markedsetterforskning bør gjennomføres, samt om begrensningene synes å være relatert til strukturelle eller adferdsmessige forhold (eller begge).

#### *4.4.1.2 Høringsprosess før beslutning om igangsetting*

Departementet viste i høringsnotatet til at markedsetterforskning skiller seg fra overtredelsessaker, ved at det i utgangspunktet ikke foreligger mistanke om brudd på konkurranselovgevingen. Den tar derfor ikke utgangspunkt i én eller flere aktørers adferd i markedet, men egenskaper ved markedet. I markedsetterforskningssaker er fokuset på å få mest mulig kunnskap om hvordan konkurransen i markedet fungerer og eventuelt finne egnede tiltak for å styrke denne. Dette tilsier en åpen og transparent prosess vis á vis markedsaktørene og andre interesserte.

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

Departementet foreslo at høringen i markedsetterforskningssaker skal gjennomføres ved at utkastet til beslutningsgrunnlag sendes ut til på forhånd identifiserte aktører. Både enkeltaktører, bransjeorganisasjoner, forbrukerorganisasjoner, sektormyndigheter, aktuelle interesseorganisasjoner og andre interessenter vil være aktuelle. Høringsnotatet nevnte eksempelvis at det ofte kan være relevant å sende høringen til Forbrukertilsynet, Finanstilsynet, NKOM eller andre myndigheter med tilgrensende håndhevingsoppgaver og ansvarsområder. I høringsnotatet foreslo departementet også at høringen skulle publiseres på Konkurransetilsynets nettside. Høringsfristen ble foreslått å være minimum tre uker, men at den ellers må tilpasses blant annet beslutningsgrunnlagets kompleksitet og omfang.

Departementet foreslo at utkastet til åpningsbeslutning i markedsetterforskningssaker skal gi informasjon om bakgrunnen for markedsetterforskningen, herunder om Konkurransetilsynet har mottatt pålegg eller anmodninger om å vurdere oppstart av en markedsetterforskning.



Videre skal det gis en overordnet beskrivelse av de markeder som omfattes. Dette innebærer som nevnt ikke at det skal foretas en markedsavgrensning, men det skal gis en overordnet beskrivelse av hvilke varer, tjenester og markedsaktører som vil omfattes. Videre fremgikk det av forslaget at høringsnotatet i markedsetterforsknings saker skal gi en beskrivelse av hvilke forhold som tilsier at konkurransen er begrenset eller står i fare for å bli begrenset, jf. den materielle terskelen for å åpne en markedsetterforskning i § 41 første ledd i lovforslaget. Det skal også gis en foreløpig beskrivelse av hvilke tiltak som kan være aktuelle for å bedre konkurransen.

Etter høringen vil Konkurransetilsynet ta stilling til om det skal åpnes en markedsetterforskning. Hvis innspillene eller andre forhold gjør at omfanget eller gjenstanden for markedsetterforskningen vil bli vesentlig endret, bør tilsynet gjennomføre en ny høring. Vurderingen skal gjøres uten ugrunnet opphold. Fristen for Konkurransetilsynets beslutning om å igangsette en markedsetterforskning, vil etter departementets forslag løpe ut fire måneder etter høringsfristens utløp. Videre uttalte departementet at en beslutning om igangsettelse av markedsetterforskning er en prosessledende avgjørelse som ikke utløser klagerett.

#### 4.4.1.3 *Beslutningsmyndighet*

Departementet foreslo at det er Konkurransetilsynet som treffer beslutningen om at en markeds etterforskning skal gjennomføres.

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

Departementet viste til at det i Storbritannia er styret i CMA som treffer beslutningen om å hen vise en sak til markedsetterforskning (fase II), etter at markedsstudien (fase I) er avsluttet. På Island er det Konkurransetilsynets styre som tref fer avgjørelsen om å innlede en markedsetterforskning, basert på en innstilling fra Konkurransetilsynet.

I motsetning til for eksempel Storbritannia, Island og Danmark, har ikke Norge i dag en alternativ myndighet, styre eller lignende som det er naturlig å legge beslutningsmyndigheten for å starte en markedsetterforskning til. Departementet mente derfor at det vil være lite hensiktsmessig å opprette et slikt organ utelukkende for markedsetterforskningsaker. Videre er Konkur-

ransetilsynets avgjørelse om å beslutte å igangsette en etterforsknings sak, tilsvarende inngripende, og det er konkurransedirektøren som tref fer den endelige beslutningen i disse sakene.

Videre ble det vist til at tilsynets beslutning om å innlede eller unnlate å innlede en markedsetterforskning ikke vil være et enkeltvedtak som utløser klagerett.

#### 4.4.1.4 *Publisering av informasjon om igangsettelse av markedsetterforskning*

Det fremgikk av departementets forslag at en beslutning om å åpne markedsetterforskningen skal legges ut på tilsynets nettside og eventuelt informeres om på annen egnet måte. Beslutningen vil gi en overordnet beskrivelse av rammene for markedsetterforskningen og konkurransebegrensningene som vil bli nærmere utredet.

Videre fremgikk det av høringsnotatet at datoen for offentliggjøring av beslutning om gjennomføring av markedsetterforskning danner utgangspunktet for beregning av tidsfristen for å treffe vedtak om avhjelpende tiltak, jf. forslaget til § 42.

#### 4.4.1.5 *Adgang til å iverksette ny markedsetterforskning*

I høringsnotatet foreslo departementet begrensninger i adgangen til å iverksette en ny markeds etterforskning i markeder hvor det tidligere er gjennomført en markedsetterforskning. I forslaget til § 44 første ledd ble det foreslått at Konkurransetilsynet ikke kan åpne markedsetterforskning i et marked som i det vesentlige tilsvarer et marked hvor det i løpet av de tre siste årene er gjennomført markedsetterforskning. Videre ble det presisert i forslaget til § 44 andre ledd at dette ikke var til hinder for at det åpnes markedsetterforskning i samme eller deler av samme marked hvor det har vært foretatt en markedsetterforskning i løpet av de tre siste årene, hvis formålet med markedsetterforskningen ikke er det samme. I merknadene fremgår det at det også kan åpnes ny etterforskning hvis den omfatter andre aktører.

#### 4.4.2 *Høringsinstansenes syn*

Enkelte høringsinstanser har merknader til prosessen for igangsetting av en markedsundersøkelse, og særlig til beslutningsmyndighet og klagemulighet. Det er få av høringsinstansene som kommenterer særskilt at det skal gjennomføres en høringsprosess før beslutning om igangsetting

av markedsetterforskning, og ingen høringsinstanser uttaler seg negativt om dette forslaget.

*Advokatforeningen* støtter at det må gjennomføres en høring av tilsynets utkast til beslutning. Videre mener de at det bør reguleres i lov eller forskrift hvilke innholdskrav som bør stilles til utkastet, og at det ikke er tilstrekkelig at departementet nevner momenter som «bør» være med. Når det gjelder adgangen til å åpne ny markedsetterforskning, uttaler Advokatforeningen at forslaget til bestemmelsen i § 44 er uklar og gir svak forutberegnelighet for foretakene. De mener at en beskyttelsesperiode på tre år fremstår som svært kort. Videre mener Advokatforeningen at det er uklart hvilke momenter og hva som skal til for at to markeder ikke i det vesentlige er tilsvarende like, og spør om det er tilstrekkelig at det er kommet til nye konkurrenter, leverandører eller kunder, at markedskonsentrasjonen har endret seg eller om det er vedtatt nye, offentlige reguleringer. Advokatforeningen mener at terskelen for at formålet ikke er det samme fremstår som lav, og at det er uklart hva den innebærer. Advokatforeningen mener også at det er motstrid mellom ordlyden i forslaget til § 44 og merknadene til forslaget, idet merknadene uttaler at det kan åpnes ny etterforskning enten hvis den nye etterforskningen har et nytt formål eller den dreier seg om andre aktører. Advokatforeningen uttaler at ordlyden i forslaget til § 44 ikke synes å åpne for dette siste alternativet.

*Circle K Norge AS (Circle K)* viser i sin høringsuttalelse til at det er konkurransedirektøren alene som fatter beslutningen om at det skal åpnes en markedsetterforskning, og mener at det innebærer at Konkurransetilsynet får videre fullmakter enn tilsvarende myndigheter i andre sammenlignbare land som Storbritannia og Island. Circle K mener at det må utredes nærmere om det bør etableres et kontrollorgan som sikrer kontroll med Konkurransetilsynet i prosessen frem til det treffes vedtak. Circle K mener også at forslaget rettssikkerhet svekkes ved at Konkurransetilsynets beslutning om å innlede markedsetterforskning ikke kan påklages.

*Coop* sier i sin høringsuttalelse at de forstår forslaget slik at det skal gi Konkurransetilsynet mer omfattende fullmakter enn det som er gitt håndhevere av tilsvarende verktøy i sammenlignbare jurisdiksjoner. Coop uttaler at de ser at dette kan ha sin årsak i at det i Norge per i dag er en annen organisering av håndhevingen av konkurranselovgivningen, og at vårt system dermed ikke legger til rette for innføring av tilsvarende sikkerhetsmekanismer. Coop mener derfor at det bør

vurderes hvilke andre verktøy som kan innføres for å føre større kontroll med bruken av markedsetterforskning.

*Finans Norge* trekker frem at det norske forslaget legger opp til at Konkurransetilsynet både kan beslutte om markedsetterforskning skal iverksettes og eventuelt ilegge foretakene avhjelpende tiltak, i motsetning til reglene i Storbritannia og Island. Finans Norge mener at fordi iverksettelse og vedtak i forbindelse med en markedsetterforskning beror på Konkurransetilsynets skjønn, og ikke etablerte forbuds- og fusjonskontrollregler, er det særlig viktig med prosessuelle regler som sikrer kontroll og objektivitet i beslutningene. De mener at en etterfølgende klageprosess ikke vil være tilstrekkelig. Langvarige og omfattende prosesser frem til vedtak om inngrep vil skade de involverte foretakenes omdømme og virksomhet, og det er risiko for at mulige skadevirkninger økes ved at klage til Konkurranseskjennemnda ikke har oppsettende virkning. Finans Norge mener derfor at det som minstekrav må vurderes å innføre rettssikkerhetsmessige tiltak i form av involvering av en tredjepart i prosessen knyttet til beslutning om å iverksette en markedsetterforskning.

*Freia og Mondelez Norge AS (Freia)* mener at det for å sikre rettssikkerhet, må være mulig å påklage alle avgjørelser fattet av Konkurransetilsynet, inkludert beslutning om å starte en markedsundersøkelse.

*Konkurransetilsynet* støtter forslaget om å gjennomføre en offentlig høring som bidrar til å utrede grunnlaget for beslutningen om å starte en markedsetterforskning. De uttaler at det vil kunne bidra til å fremskaffe relevant informasjon, og kan redusere risiko for oppstart av prosess med markedsetterforskning i tilfeller hvor dette ikke er hensiktsmessig.

*NHO* viser til departementets uttalelse i høringsnotatet om at markedsetterforskning kan igangsettes hvis forbudsbestemmelsene ikke er egnet, og at departementet vurderer markedsetterforskningsverktøyet som et bedre virkemiddel enn konkurranseloven § 14. De mener at det bør være en forutsetning at Konkurransetilsynet må vurdere dette forholdet, allerede før en høring settes i gang, og at vurderingene bør fremgå av beslutningsgrunnlaget. Videre mener NHO at det ikke gir tilstrekkelig rettssikkerhet at konkurransedirektøren beslutter igangsetting, og at beslutningen ikke kan påklages. De uttaler at det er nødvendig med en form for etterprøving av at vilkåret er oppfylt, hvis departementet går videre med det forholdsvis lave inngrepvilkåret i høringsnotatet.

Etter deres vurdering er det hensiktsmessig å etablere en kontrollmekanisme for å sikre en uavhengig vurdering av om en markedsetterforskning skal settes i gang.

*Nortura* viser til at en markedsetterforskning i realiteten involverer en eller flere parter som fremstår utsatt for å bli rammet av pålegg om avhjelpende tiltak, og at usikkerheten og risikoen som oppstår ved å være involvert i en markedsetterforskning blant annet vil kunne påvirke finansieringsmuligheter og investeringsevne/-vilje. Ifølge *Nortura* tilsier dette at iverksettelse av markedsetterforskning bør gjøres i form av enkeltvedtak som kan påklages og rettslig overprøves. De mener også at det bør vurderes om tilsynets hensiktsmessighetskjønn skal kunne overprøves fullt ut av klageinstansen og domstolene.

*Orkla ASA* uttaler i sin høringsuttalelse at beslutning om igangsetting av markedsetterforskning bør kunne påklages og overprøves.

*Schibsted* mener at beslutningen om å igangsette en markedsetterforskning som et minimum bør kunne klages inn for et overordnet forvaltningsorgan, med full overprøving av forvaltningskjønnet. Videre mener de at det bør stilles klarere krav til innholdet i beslutningen om å åpne en markedsetterforskning. Kravene bør ikke være lempeligere enn de krav som stilles til innholdet av høringen som skal sendes ut i forkant av beslutningen om å åpne markedsetterforskning. Etter *Schibsteds* syn bør beslutningen gi en presis angivelse av etterforskningens formål og omfang, relevante markedsaktører, markedsatferd og/eller markedsstrukturer og behandle aktuelle skadehypoteser i en viss dybde. De uttaler at en slik konkretisering vil gi bedre forutberegnelighet, og er en nødvendig forutsetning for effektiv overprøving ved klage eller i domstolene. Videre mener *Schibsted* at et tydelig og konkret beslutningsgrunnlag er nødvendig for å legge rammene for den enkelte markedsetterforskning samt for å vurdere når det kan gjennomføres ny markedsetterforskning i henhold til forslaget til ny § 44.

#### 4.4.3 Departementets vurdering

Departementet opprettholder i det vesentlige forslagene fra høringsnotatet til prosessen i den innledende fasen av markedsetterforskningen, men med enkelte justeringer som fremkommer nedenfor. Departementet viser til begrunnelsene for forslagene som er gjengitt i punkt 4.4.1 ovenfor og til vurderingene nedenfor.

I lys av NHOs høringsuttalelse understreker departementet at markedsetterforskning ikke er ment å erstatte Konkurransetilsynets etterforskning av brudd på konkurranseloven. Der konkurranseproblemene skyldes adferd som kan rammes av forbudene i konkurranseloven, etterforskes dette på vanlig måte. Det er imidlertid ikke utelukket at Konkurransetilsynet for eksempel starter markedsetterforskning ut fra en skadehypotese som ikke har sin årsak i brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser, men hvor det senere i saken viser seg at det er grunnlag for å etterforske brudd på forbudsbestemmelsene. I så tilfelle må saken, eller den aktuelle delen av saken, overføres til et etterforskningsspor. Videre følger det av EØS-konkurranseloven § 7 at når konkurransemyndighetene anvender norsk konkurranselovgivning på forhold som omfattes av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, så skal de også anvende sistnevnte bestemmelser.

Markedsetterforskning skal heller ikke igangsettes hvis det allerede fra begynnelsen av er klart at konkurranseproblemene best lar seg løse gjennom en forskrift fastsatt etter konkurranseloven § 14. Hvis det i løpet av kartleggingsfasen viser seg at en forskrift etter § 14 er en bedre og mer effektiv måte å løse konkurranseproblemene på enn avhjelpende tiltak fra konkrete aktører, kan Konkurransetilsynet avslutte markedsetterforskningen med en anbefaling om forskrift til departementet.

Når det gjelder høringsprosessen før igangsetting av markedsetterforskningen, understreker departementet at det er viktig at utkastet til beslutning gir så godt grunnlag som mulig til at berørte aktører og andre interessenter har mulighet til å gi innspill til grunnlaget for markedsetterforskningen og innretningen av denne. Grunnlaget skal redegjøre nærmere for faktiske forhold og økonomiske vurderinger som ligger til grunn for beslutningen. Departementet foreslår at fristen for å komme med innspill før Konkurransetilsynet beslutter at det skal åpnes en markedsetterforskning forlenges sammenlignet med den som ble foreslått i høringsnotatet. Departementet foreslår at fristen skal være minimum seks uker, istedenfor tre uker. Det vil gi flere aktører en mulighet til å komme med bedre innspill, noe som vil forbedre beslutningsgrunnlaget for Konkurransetilsynet.

Selve beslutningsgrunnlaget skal inneholde informasjon om hvilke sektorer, aktører, og markeder som er omfattet av markedsetterforskningen. Departementet beskrev i høringsnotatet at redegjørelsen vil være på et overordnet nivå, og at

det ikke stilles krav til gjennomføring av en konkret markedsavgrensning. I høringsnotatet ble det imidlertid ikke foreslått å lovfeste krav til innholdet av utkast til beslutning, og heller ikke til selve åpningsbeslutningen. Departementet har merket seg at flere av høringsinstansene, som Advokatforeningen og Schibsted, mener at det bør stilles konkrete krav til innholdet av disse beslutningene, enten i lov eller forskrift, og at det ikke er tilstrekkelig at det fremgår av forarbeidene at et visst innhold bør tas med. Høringsinstansene begrunner dette blant annet med at det vil gi økt forutberegnelighet for foretakene. Departementet deler denne vurderingen, og er av den oppfatning at dette kan sammenlignes med konkurranseloven § 25 fjerde ledd, som stiller krav til innholdet av rettens beslutning om bevisikring. Dette gir partene mer forutberegnelighet i saker om etterforskning av brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser.

Departementet ser det derfor som hensiktsmessig å lovfeste enkelte minimumskrav til innholdet av utkastet til åpningsbeslutning, og tilsvarende til selve åpningsbeslutningen. Departementet foreslår dermed at utkastet til beslutning samt åpningsbeslutningen skal inneholde informasjon om hvilke varer og tjenester, aktører og markeder som vil være omfattet av markedsetterforskningen, men uten at det må gjennomføres en konkret markedsavgrensning. Departementet foreslår at dette tas inn i forslaget til § 41 fjerde ledd.

Departementet understreker imidlertid at innholdskravene skal styrke informasjonen til partene, men ikke medføre begrensninger med hensyn til muligheten for å endre skadehypoteser underveis i etterforskningen der den gir grunnlag for dette, herunder at andre (deler av) markeder og aktører kan trekkes inn i etterforskningen. Hvis skadehypotesen, markedene eller aktørene som er omfattet av etterforskningen, endrer seg på en måte som gjør at markedsetterforskningen blir vesentlig endret fra det som fremgår av åpningsbeslutningen, må det imidlertid åpnes en ny markedsetterforskning.

I tråd med forslaget i høringsnotatet, foreslås det at beslutning om å igangsette markedsetterforskning skal offentliggjøres. For å understreke at dette skal skje så snart som det er praktisk mulig, foreslår departementet at det presiseres i lovteksten at offentliggjøring skal skje uten ugrunnet opphold etter at beslutningen er fattet. Dette er viktig blant annet fordi fristen for å fatte vedtak om avhjelpende tiltak i § 42 beregnes fra tidspunktet for offentliggjøring.

Departementet opprettholder forslaget om at det er Konkurransetilsynet som treffer beslutning om å igangsette en markedsetterforskning. Dette er i tråd med hvordan øvrige beslutninger og vedtak fattes i Konkurransetilsynet, inkludert i etterforskningssaker som kan ende med vedtak om overtredelsesgebyr, som er langt mer inngripende enn beslutning om å åpne markedsetterforskning. Også innenfor andre områder av forvaltningsretten er forslagskompetanse og beslutningsmyndighet lagt til samme instans. For eksempel er det Datatilsynet som er tilsynsmyndighet og fatter vedtak innenfor personopplysningslovens område, og Forbrukertilsynet som er tilsynsmyndighet og fatter vedtak innenfor markedsføringslovens område. Også disse organene har kompetanse til både å utrede sakene og fatte vedtak som kan ha inngripende virkning for foretak, inkludert vedtak om overtredelsesgebyr.

Departementet understreker også at det i dag ikke finnes et annet organ som det ville vært naturlig å legge beslutningsmyndigheten til å igangsette en markedsetterforskning til. Konkurranseskjemenemnda er innrettet som et klageorgan og det ville oppstått habilitetsproblemer ved etterfølgende klagebehandling av vedtak om avhjelpende tiltak hvis nemnda skulle fått beslutningsmyndigheten. Det er etter departementets vurdering heller ikke et alternativ å legge beslutningsmyndigheten til departementet. Det vil både kunne ha konsekvenser for Konkurransetilsynets uavhengighet, og svekke tilliten til at det er rene konkurransefaglige vurderinger som ligger til grunn for åpning av markedsetterforskninger. Departementet ser det heller ikke som aktuelt å opprette et beslutningsorgan kun for disse sakene. Beslutning om åpning av markedsetterforskning er dessuten prosessledende og skaper i seg selv ikke rettigheter eller plikter for foretakene. Etter departementets vurdering er beslutningen om å åpne markedsetterforskning i seg selv ikke en inngripende beslutning som tilsier at den alminnelige beslutningsmyndigheten i konkurranse saker skal fravikes. Departementet understreker imidlertid at det er viktig at Konkurransetilsynet innretter sin interne beslutningsprosess på en slik måte at beslutningen fattes på et tilstrekkelig grunnlag.

Når det gjelder klage på åpningsbeslutningen, opprettholder departementet forslaget om at det ikke er klagerett. Dette er en prosessledende beslutning som i seg selv ikke skaper rettigheter eller plikter for foretakene som er involvert i markedsetterforskningen. Etterfølgende informasjonspålegg som gis som ledd i en markedsetter-

forskning kan dessuten påklages etter de vanlige reglene i forvaltningsloven. Departementet ser derfor ikke behov for å gi klagerett på selve åpningsbeslutningen. I tillegg vil en klagerett på åpningsbeslutning til Konkurranssekragenemnda, kunne medført problemstillinger rundt habilitet i nemnda ved en etterfølgende klage på vedtak om avhjelpende tiltak, da de samme medlemmene som hadde behandlet en klage på åpningsbeslutningen trolig ville vært inhabile til å behandle klagen på vedtak om avhjelpende tiltak i samme markedsetterforskning.

Departementet opprettholder forslaget fra høringsnotatet om adgangen til å iverksette ny etterforskning etter en beskyttelsesperiode på tre år. Tidsfristen vil begynne å løpe fra den tidligere markedsetterforskningen er avsluttet, uavhengig av hvordan dette skjer. Det understrekes også at avslutning av markedsetterforskningen skal offentliggjøres, jf. forslaget til § 46. Departementet opprettholder også forslaget om at det i visse tilfeller kan åpnes ny markedsetterforskning uten hinder av tidsfristen. I tråd med innspillet fra Advokatforeningen foreslår departementet å presisere at dette kan skje hvis formålet med markedsetterforskningen ikke er det samme eller den omfatter andre aktører. At formålet ikke er det samme omfatter blant annet at markedsetterforskningen gjelder andre aspekter ved markedet, konkurranseproblemer eller skadehypoteser. Også det forhold at markedsforholdene har endret seg siden forrige markedsetterforskning kan føre til at formålet med etterforskningen ikke er det samme.

## 4.5 Markedsetterforskning – kartleggingsfasen

### 4.5.1 Forslaget i høringsnotatet

Departementet viste til at den innledende fasen i markedsetterforskningen i prinsippet skiller seg lite fra Konkurransetilsynets vanlige markedsovervåkning. Kartlegging og analyse av markeder er aktiviteter som tilsynet allerede har erfaring med og har effektive virkemidler for å gjennomføre. Her står særlig reglene om opplysningsplikt sentralt. Videre viste departementet til at tilsynet allerede har en vidtrekkende hjemmel til å kreve opplysninger og utlevering av dokumentasjon for å utføre sine gjøremål etter konkurranseloven. Denne opplysningsplikten er generell og gjelder alle saker og stadier i saksbehandlingen. Departementet uttalte at den foreslåtte tilføyelsen av

markedsetterforskning under Konkurransetilsynets oppgaver i konkurranseloven § 9, samt tilføyelsen av et nytt kapittel 9 i loven, synliggjør at markedsetterforskning vil være et av Konkurransetilsynets «gjøremål etter loven», jf. § 24. Bestemmelsen om opplysningsplikt og gransking får dermed anvendelse i markedsetterforskningssaker.

I kartleggingsfasen kan det være aktuelt å holde møter med enkeltaktører, samt å holde åpne innspills- og orienteringsmøter for markedsaktører og andre interesserte. Departementet foreslo ikke å lovfeste dette, fordi virkemidlene må tilpasses forholdene i og omfanget av den enkelte sak. Departementet fremhevet imidlertid at formålet med en markedsetterforskning ikke er å avdekke overtredelser, men å avhjelpe konkurranseproblemer som ikke har slikt opphav. Prosessen skal derfor være åpen og inkluderende, med stort fokus på å la markedsaktørene bidra med sin markeds kunnskap og erfaringer. Departementet uttalte i høringsnotatet at informasjon fra markedsaktørene kan bidra til å opplyse saken i samsvar med forvaltningsloven § 17.

Departementet vurderte at det ikke var behov for noen særregulering av opplysnings- og utleveringsplikt i markedsetterforskningssaker.

Videre viste departementet til at konkurranseloven og forvaltningsloven også har regler om veiledning som vil gjelde tilsvarende for denne type saker.

### 4.5.2 Høringsinstansenes syn

Ingen av høringsinstansene kommenterer forslaget til saksbehandlingsprosess i kartleggingsfasen konkret. Uttalelsene fra høringsinstansene knyttet til prosessuelle rettigheter, innsyn, partsrettigheter, forutberegnelighet, retningslinjer for saksbehandlingen og liknende, er imidlertid relevante også i denne fasen. Disse innspillene er omtalt i andre deler av proposisjonen.

*Konkurransetilsynet* er enig med departementet i at forvaltningsloven gir et godt utgangspunkt for ivaretagelse og avveining av grunnleggende hensyn når det gjelder prosessen frem til et eventuelt vedtak om avhjelpende tiltak. Tilsynet viser til at reglene i forvaltningsloven kapittel IV til VI inneholder sentrale plikter og rettigheter i saker om enkeltvedtak, som ivaretar partenes rettssikkerhet og legger til rette for riktige vedtak. Konkurransetilsynet uttaler videre at prosessen etter forvaltningsloven er godt kjent, og at det i praksis er gitt avklaringer som bidrar til å styrke forutberegneligheten.

### 4.5.3 Departementets vurdering

Departementet opprettholder vurderingen av at det ikke er behov for særskilt regulering av kartleggingsfasen i markedsetterforskningsaker. Det er viktig at prosessen i kartleggingsfasen er så åpen og inkluderende som mulig, men dette må tilpasses den enkelte sak. For øvrig viser departementet til beskrivelsen og vurderingene fra høringsnotatet, som er gjengitt i punkt 4.5.1 over.

## 4.6 Markedsetterforskning – vedtaksfasen

### 4.6.1 Forslaget i høringsnotatet

#### 4.6.1.1 Beslutningsmyndighet

Tilsvarende som for beslutning om åpning av markedsetterforskning, foreslo departementet at det er Konkurransetilsynet som skal fatte vedtak om avhjelpende tiltak i saker om markedsetterforskning.

#### 4.6.1.2 Varsel om vedtak

Departementet uttalte at markedsetterforskningen går over i en ny fase hvis Konkurransetilsynet etter å ha innhentet og vurdert informasjon, kommer til at det er grunnlag for å treffe vedtak om avhjelpende tiltak mot en eller flere markedsaktører. I denne fasen gjelder reglene i forvaltningsloven kapittel IV og V om enkeltvedtak. Dette innebærer at plikten til å varsle at det er aktuelt å treffe vedtak, jf. forvaltningsloven § 16, i utgangspunktet kommer til anvendelse for avhjelpende tiltak som pålegges med hjemmel i forslaget til § 42 første eller andre ledd. Parter skal varsles før vedtak treffes, og gis anledning til å uttale seg innen en nærmere angitt frist. Forhåndsvarslet skal gjøre rede for saken og ellers inneholde det som anses påkrevd for at parten på forsvarlig måte kan ivareta sine rettigheter. For vedtak om avhjelpende tiltak som foreslått av partene med hjemmel i forslaget til § 42 tredje ledd, var imidlertid utgangspunktet at det normalt ikke vil være nødvendig å sende forhåndsvarsel etter forvaltningsloven § 16. Dette fremgår også av omtalen av forslaget i punkt 3.5.1.1 om at partene skal kunne foreslå avhjelpende tiltak.

#### 4.6.1.3 Partsrettigheter

Det fremgikk av høringsnotatet at hvis det under en markedsetterforskning blir aktuelt å treffe ved-

tak som forbyr eller påbyr en bestemt adferd, eller strukturelle tiltak som påbud om salg av eiendeler eller interesser, vil det utgjøre enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Markedsaktørene som det er aktuelt å rette et vedtak mot skal da regnes som parter. Dette medfører at de får flere rettigheter enn aktører omfattet av en generell kartlegging og undersøkelse av et marked.

Videre uttalte departementet i høringsnotatet at det vil variere fra sak til sak og fra part til part hvor tidlig i en markedsetterforskning aktører vil bli ansett som parter.

Det følger av forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e at en part er en person som en forvaltningsavgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder. Dette avgjøres på bakgrunn av en konkret vurdering. Det ble lagt til grunn at partsrettigheter senest vil oppstå ved utferdigelse av varsel om vedtak for den eller de varselet er rettet mot. Den eller de et vedtak om avhjelpende tiltak er rettet mot vil ha partsstatus. I enkelte saker kan det være klart helt fra åpningen av markedsetterforskningen at den er rettet mot eller berører konkrete aktører på en slik måte at de må få partsrettigheter allerede fra dette tidspunktet. Om dette er tilfellet er avhengig av hvordan beslutningen om å åpne markedsetterforskning er utformet, eller hvordan markedet er. Videre fremgikk det av høringsnotatet at også andre kan få partsrettigheter etter en vurdering av hvor store konsekvenser saken har for dem.

En part i en forvaltningssak får større rettigheter enn andre markedsaktører. Parter får blant annet rett til å bli varslet før det treffes vedtak i saken, innsyn i sakens dokumenter og rett til å klage på vedtaket.

Departementet vurderte at det ikke var grunn til å gjøre unntak eller lage særbestemmelser for markedsetterforskning når det gjelder hvem som har partsrettigheter. Departementet mente at reglene i forvaltningsloven er tilstrekkelig fleksible og godt kjent og det er knyttet mye relevant rettspraksis til grenseoppgangen.

#### 4.6.1.4 Omgjøring av vedtak

Departementet foreslo i lovutkastet § 42 sjettede ledd en utvidet omgjøringsadgang sammenlignet med den alminnelige omgjøringsadgangen etter forvaltningsloven § 35. I henhold til forslaget vil Konkurransetilsynet kunne omgjøre et vedtak om avhjelpende tiltak hvis faktiske forhold som var vesentlig for vedtaket endrer seg, foretakene handler i strid med vedtaket eller vedtaket bygger på ufullstendige, uriktige eller villedende opplys-

ninger fra foretakene. Forslaget var formulert på samme måte som i konkurranseloven § 12 fjerde ledd, som gjelder adgangen til å omgjøre vedtak om pålegg om opphør av ulovlig adferd etter § 12 tredje ledd.

#### 4.6.1.5 Avslutning av saker om markedsetterforskning

Departementet foreslo i ny § 46 at avslutning av markedsetterforskningen skal offentliggjøres. I merknadene til bestemmelsen uttalte departementet at bestemmelsen først får selvstendig betydning hvis en sak om markedsetterforskning avsluttes på annen måte enn ved pålegg om avhjelpende tiltak, siden tilsynet plikter å offentliggjøre sine vedtak i henhold til konkurranseloven § 22. Departementet uttalte at formålet med lovutkastet § 46 var å sikre at markedsaktørene blir gjort oppmerksom på at saken er avsluttet uten vedtak. Plikten til å offentliggjøre at markedsetterforskningen er avsluttet gjelder også hvis muligheten til å fatte vedtak om avhjelpende tiltak er bortfalt som følge av at fristen på 18 måneder, eller opptil 24 måneder i særlige tilfeller, er utløpt. Departementet foreslo ikke noen innholds krav til offentliggjøringen av at markedsetterforskningen er avsluttet.

#### 4.6.2 Høringsinstansenes syn

Seks høringsinstanser har kommentarer til høringsnotatets forslag om prosessen i vedtaksfasen av markedsetterforskningen.

*Advokatforeningen* mener at det bør innføres en modell der Konkurransetilsynet kun har forslagskompetanse, men ikke beslutningsmyndighet, og at beslutningsmyndigheten for eksempel kan legges til departementet eller Konkurransklagenemnda. Videre kommenterer Advokatforeningen at det er uklart på hvilket tidspunkt aktørene får partsrettigheter og innholdet i disse, og at det er behov for at dette utdypes i lovtekst og/eller forskrift.

*Virke* støtter at beslutningsmyndigheten legges til Konkurransetilsynet.

*Konkurransetilsynet* er enige med departementet om at det ikke er hensiktsmessig med en særlig regulering av partsstatus i markedsetterforskningssaker. Tilsynet viser også til at prosessen etter forvaltningsloven er godt kjent, og at det i praksis er gitt avklaringer som bidrar til å styrke forutberegneligheten.

*NHO* kommenterer at enkeltvedtak i en markedsetterforskningssak, vil gi partsrettigheter

til dem det er aktuelt å rette vedtak mot. Videre kommenterer de at selv om plikter blir pålagt dem vedtak er direkte rettet mot, kan det oppstå partsrettigheter for dem som har rettigheter etter vedtaket. *NHO* mener at i praksis kan særlig adferdstiltak gå ut på at noen gis rettigheter, formelt eller reelt, men det kan også tenkes å gjelde ved strukturtiltak, hvis det bare er én eller få aktuelle kjøpere. De påpeker at for partene som kan bli pålagt plikter, vil det åpenbart være av betydning om det også er en eller flere parter som gis rettigheter. *NHO* mener at det er nødvendig med en vurdering av hvem som er parter og hvilke rettigheter de kan ha. De uttaler at dette kanskje særlig gjelder ved tilbud om avhjelpende tiltak etter forslaget til § 41 tredje ledd, der det er uklart om og når formelt eller reelt begunstigede aktører kan ha partsrettigheter.

*NHO* uttaler videre at det er behov for å kunne omgjøre et vedtak. De mener likevel det er grunn til å vurdere om omgjøringsvilkårene for vedtak om avhjelpende tiltak i saker om markedsetterforskning, bør være de samme som for vedtak om pålegg etter konkurranseloven § 12. De uttaler at etter § 12 vil det gjerne være snakk om pålegg som følge av brudd på lov eller forskrift, og det er sannsynlig at det i tilfeller med flere parter er et stort sammenfall mellom deres interesser. *NHO* uttaler at dette trolig vil være annerledes i en del saker med vedtak etter en markedsetterforskning. Videre framgår det at de er usikre på om manglende etterlevelse av ethvert vedtak skal kunne begrunne omgjøring.

*Nortura* viser i sin høringsuttalelse til at markeder vil forandre seg over tid og det som utgjorde en begrunnelse for nødvendig avhjelpende tiltak på et gitt tidspunkt, ikke trenger å være nødvendig etter at markedet har utviklet seg. De legger til grunn at konkurranseloven § 6 også vil legge begrensninger på varigheten av avhjelpende tiltak som følge av en markedsetterforskning. *Nortura* mener at det bør vurderes om dette er tilstrekkelig til å sikre at avhjelpende tiltak ikke legger begrensninger for parters handlefrihet i lengre tid enn hva som er nødvendig og forholdsmessig. Videre uttaler de at det også bør vurderes å avklare nærmere hva som skal til for å forlenge avhjelpende tiltak, jf. § 6 andre ledd; om det kreves full ny markedsetterforskning, eventuelt om partene som rammes skal kunne kreve dette.

*Schibsted* uttaler at loven, etter deres oppfatning, bør gi konkret og uttrykkelig anvisning på hvilket mulig utfall en markedsetterforskning kan ha, og hvilke krav som stilles til vedtakets innhold

og begrunnelse. I forlengelsen av dette uttaler de at det blir et spørsmål om og i hvilken utstrekning Konkurransetilsynet vil være pliktig til å redegjøre for konklusjoner og funn i markedsetterforskningen. De viser til at slik forslaget er presentert i høringsnotatet, er det bare hvis markedsetterforskningen ender i vedtak om avhjelpende tiltak at tilsynet må redegjøre for slike funn. Etter Schibsteds oppfatning bør det lovfestes et krav om at Konkurransetilsynet ved avslutning av markedsetterforskning alltid skal gjøre rede for funn og konklusjoner. Det vises til at dette vil gi bedre transparens overfor markedsaktører og myndigheter og også bidra til at kunnskap om funn gjøres tilgjengelig for offentligheten. Unntak kan tenkes i særlige tilfeller, for eksempel der markedsetterforskning avsluttes fordi Konkurransetilsynet har funnet grunnlag for etterforskning av konkurranseloven §§ 10 eller 11.

### 4.6.3 Departementets vurdering

#### 4.6.3.1 Beslutningsmyndighet

Generelt er det Konkurransetilsynet selv (ved konkurransedirektøren) som har myndighet til å fatte vedtak i første instans i saker etter konkurranseloven. Dette gjelder selv svært inngripende vedtak, som vedtak om overtredelsesgebyr i saker om overtredelse av konkurranseloven, og forbud eller avhjelpende tiltak i saker om foretaks-sammenslutninger. Etter departementets vurdering er vedtak om avhjelpende tiltak i markedsetterforskningssaker ikke av en så særegen karakter at det er grunnlag for å avvike fra den beslutningsmyndigheten som ellers gjelder for vedtak etter konkurranseloven. Den eksisterende ordningen er også den normale når det gjelder vedtak fra sammenlignbare tilsynsmyndigheter. Departementet viser her til begrunnelsen som er gitt i punkt 4.4.3 når det gjelder myndigheten til å beslutte åpning av markedsetterforskning, og vurderer at de samme argumentene gjør seg gjeldende her. Departementet opprettholder dermed forslaget om at det er Konkurransetilsynet som skal fatte vedtak om avhjelpende tiltak i markedsetterforskningssaker.

#### 4.6.3.2 Varsel om vedtak

Der det er aktuelt å treffe vedtak om avhjelpende tiltak mot en eller flere markedsaktører, må Konkurransetilsynet varsle partene om dette i tråd med reglene i forvaltningsloven. Varsel er normalt

ikke nødvendig i saker hvor de avhjelpende tiltakene er foreslått av partene.

#### 4.6.3.3 Partsrettigheter

NHO og Advokatforeningen har fremhevet i høringen at det er behov for å avklare hvem som er parter i saker om markedsetterforskning, og på hvilket tidspunkt slik partsstatus vil inntre. Departementet peker på at dette kan variere avhengig av det enkelte markedet og hva de aktuelle tiltakene kan gå ut på. Det er risiko for at en særskilt regulering av partsstatus i saker om markedsetterforskning, heller kan skape mer usikkerhet enn å bidra til avklaring. Etter departementets vurdering er forvaltningslovens generelle regler om partsstatus tilstrekkelig generelle og fleksible til å ivareta markedsaktørenes prosessuelle rettigheter også i saker om markedsetterforskning. Som Konkurransetilsynet viser til er også forvaltningslovens regler godt kjent, og forvaltnings- og rettspraksis om partsbegrepet i forvaltningsloven vil også bidra til å styrke forutberegneligheten i markedsetterforskningssaker. Det er også mest vanlig innenfor forvaltningsretten at partsstatus beror på forvaltningslovens definisjon, og ikke er definert i den enkelte særlov. Departementet legger til grunn at Konkurransetilsynet i sin saksbehandling løpende vurderer hvilke aktører som berøres av saksbehandlingen i en slik grad at de har krav på status som parter, med de prosessuelle rettigheter som dette innebærer.

#### 4.6.3.4 Omgjøringsadgang

Som det fremgår av redegjørelsen i punkt 4.6.1.4 over, foreslo departementet en omgjøringsadgang for vedtak i saker om markedsetterforskning som var formulert tilsvarende som omgjøringsadgangen for vedtak om avhjelpende tiltak i saker om overtredelse av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven, jf. konkurranseloven § 12 fjerde ledd. Forslaget innebar en videre omgjøringsadgang enn det som ellers gjelder for vedtak i henhold til de generelle reglene i forvaltningsloven. NHO kommenterte dette i høringen og mente at det kunne være behov for en omgjøringsadgang, men at det burde vurderes om omgjøringsvilkårene i disse sakene burde være de samme som for pålegg etter konkurranseloven § 12. NHO viser til at det i forbudssakene gjerne vil være flere parter som i stor grad har sammenfallende interesser, og at dette kan være annerledes i saker om markedsetterforskning. Videre var NHO usikre på om



manglende etterlevelse av ethvert vedtak skal kunne begrunne omgjøring.

Departementet deler NHO sitt syn om at det er grunn til å vurdere omgjøringsadgangen for vedtak om avhjelpende tiltak i markedsetterforskningssaker nærmere. Mens vedtak etter § 12 tredje ledd skal bidra til å rette opp et mulig brudd på konkurranseloven, skal tiltak som pålegges gjennom vedtak i markedsetterforskningssaker bidra til å bøte på et konkurranseproblem som ikke skyldes ulovlig adferd fra partene. Dette kan tilsi at manglende etterlevelse av vedtaket i markedsetterforskningssaker ikke bør lede til en omgjøring av vedtaket, men heller bør følges opp gjennom håndheving av vedtaket. Departementet opprettholder derfor ikke forslaget om at vedtaket kan omgjøres hvis foretakene handler i strid med vedtaket.

Videre deler departementet NHOs vurdering av at omgjøring av et vedtak om avhjelpende tiltak kan fremstå som fordelaktig for enkelte parter, men tilsvarende uheldig for andre parter eller interessenter. Hvordan dette slår ut er avhengig av hvordan det opprinnelige konkurranseproblemet som begrunnet vedtaket har påvirket de som berøres. Dette kan tilsi en viss forsiktighet med å omgjøre det opprinnelige vedtaket. Samtidig kan det være et reelt behov for å omgjøre vedtaket før varigheten utløper, særlig hvis faktiske forhold som var vesentlige for vedtaket endrer seg, eller vedtaket bygger på ufullstendige, uriktige eller villedende opplysninger fra foretakene. I en slik situasjon er det uheldig om vedtaket ikke kan omgjøres. Der hvor de faktiske forholdene som var vesentlige for vedtaket endrer seg, kan det også bli uforholdsmessig å opprettholde vedtaket. Hvis vedtaket bygger på opplysninger som viser seg å være feil, kan det føre til at hele grunnlaget for det opprinnelige vedtaket bortfaller. Departementet opprettholder dermed forslaget om at vedtak om avhjelpende tiltak i saker om markedsetterforskning, skal kunne omgjøres hvis faktiske forhold som var vesentlige for vedtaket endrer seg, eller vedtaket bygger på ufullstendige, uriktige eller villedende opplysninger fra foretakene. Se forslaget til § 42 femte ledd. For øvrig gjelder den generelle omgjøringsadgangen i forvaltningsloven § 35.

Varigheten av vedtak om avhjelpende tiltak eller muligheten for å forlenge de avhjelpende tiltakene ble ikke omtalt i høringsnotatet. Nortura påpekte i høringen at dette bør avklares. Det følger av konkurranseloven § 6 første ledd at enkeltvedtak etter loven normalt skal gjelde for et bestemt tidsrom. Videre fremgår det av bestemmelsen at enkeltvedtak normalt ikke skal gjelde

mer enn fem år og aldri i mer enn ti år, og at virkningstiden bør fremgå av vedtaket. Det fremgår videre av konkurranseloven § 6 andre ledd at regelen i § 6 første ledd ikke er til hinder for at enkeltvedtak kan fornyes.

Departementet ser ikke grunn til å regulere varigheten av vedtak i markedsetterforskningsaker særskilt. Den generelle bestemmelsen i konkurranseloven § 6 innebærer at vedtak om avhjelpende tiltak normalt skal tidsbegrenses, at vedtakene normalt ikke skal gjelde mer enn fem år og aldri mer enn ti år, og at varigheten av vedtak om avhjelpende tiltak bør fremgå av selve vedtaket.

Vedtak kan fornyes i medhold av konkurranseloven § 6 andre ledd. Når det gjelder hva som skal til for at et vedtak skal kunne fornyes, er det uttalt følgende i forarbeidene til bestemmelsen:<sup>3</sup>

Hvis situasjonen ikke har endret seg i særlig grad, og dermed ført til at grunnlaget for et fornyelsesvedtak ikke er vesensforskjellig fra grunnlaget for det opprinnelige vedtaket, må kravene til det nye vedtakets begrunnelse være lempeligere enn det som ellers gjelder for vedtak. Begrunnelsen for vedtaket vil da i det vesentlige følge av det opprinnelige vedtaket. Videre vil den maksimale virkningstiden på ti år kun gjelde i forhold til det opprinnelige vedtaket, som vil kunne bli fornyet ved nytt vedtak i en ny tiårsperiode. Fornyelsesvedtak må treffes før virkningstiden for det gamle vedtaket utløper.

Etter departementets vurdering vil det samme gjelde for fornyelse av vedtak om avhjelpende tiltak i markedsetterforskningssaker. Der hvor situasjonen ikke har endret seg i særlig grad, kan fornyelse i stor grad begrunnes ved å henvise til begrunnelsen for det opprinnelige vedtaket. Det vil dermed ikke være nødvendig å gjennomføre en full ny markedsetterforskning, og partene kan heller ikke kreve dette. Fornyelsen av vedtaket må imidlertid være forholdsmessig. Det må fremgå av vedtaket om fornyelse at de avhjelpende tiltakene fremdeles er egnet og nødvendige for å fjerne eller redusere begrensningen i konkurransen.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 223

<sup>4</sup> Til sammenligning kan det for eksempel vises til drøftelsen i Konkurransetilsynets vedtak V2021-5 av 26. april 2021, om fornyelse av vilkårene for å tillate foretakssammenslutningen mellom m Vipps AS, BankAxept AS og BankID Norge AS («BankID»)

Et vedtak om fornyelse vil også være et enkeltvedtak. Reglene om enkeltvedtak i forvaltningsloven må dermed følges, inkludert forhåndsvarsling av partene. Vedtaket kan påklages på vanlig måte.

#### 4.6.3.5 Avslutning av saker om markedsetterforskning

Departementet har merket seg Schibsteds høringsuttalelse, hvor de mener at det bør lovfestes et krav om at Konkurransetilsynet skal redegjøre for sine konklusjoner og funn i markedsetterforskningen. Etter Schibsteds mening vil dette gi bedre transparens overfor markedsaktører og myndigheter, og også bidra til at kunnskap om funnene gjøres tilgjengelig.

Det kan være ønskelig at offentligheten får mer informasjon om hvilke vurderinger Konkurransetilsynet har gjort i saker som ikke leder til vedtak om avhjelpende tiltak. Departementet ser at dette kan gi økt forutberegnelighet for markedsaktørene med hensyn til hvilke momenter Konkurransetilsynet vil legge vekt på i slike saker i fremtiden. Samtidig kan det være ressurskrevende for Konkurransetilsynet å gjøre omfattende rede for funn og konklusjoner i saker som ikke leder til vedtak. Strengt krav til innholdet av Konkurransetilsynets offentliggjøring i disse sakene kan gå på bekostning av ressursbruk i andre, mer viktige saker for konkurransen. En sak kan også avsluttes på grunnlag av foreløpige funn og konklusjoner som ikke er egnet for offentliggjøring.

Departementet har sett på innholdskrav i andre tilfeller der Konkurransetilsynet avslutter en sak uten vedtak. Når Konkurransetilsynet avslutter saker etter reglene om kontroll med foretakssammenslutninger eller minoritetserverv hvor tilsynet finner at det ikke foreligger grunnlag for inngrep etter konkurranseloven § 16 eller § 16a, skal melderne underrettes om at saken henlegges, jf. konkurranseloven § 20 syvende ledd. Hvis tilsynet i slike saker har varslet at inngrep kan bli aktuelt, skal underretningen kort angi hvorfor det ikke foreligger grunnlag for inngrep. Denne bestemmelsen ble innført ved endringslov 14. juni 2013 nr. 35. I forarbeidene til lovendringen uttalte departementet at det var «naturlig både av hensynet til åpenhet i forvaltningen og av hensynet til forutberegnelighet for aktører i senere foretakssammenslutninger at tilsynet kort begrunner også utad hvorfor saken legges bort».<sup>5</sup> Etter departementets vurdering gjør de samme hensynene seg gjeldende i markedsetter-

forskingssaker. Departementet foreslår derfor å lovfeste at Konkurransetilsynet ved offentliggjøringen av at saken avsluttes, skal angi hvorfor det ikke foreligger grunnlag for å gå videre med saken. Se forslag til § 46.

Konkurransetilsynets avgjørelse om å avslutte saken uten avhjelpende tiltak vil ikke være et enkeltvedtak, og kan dermed ikke påklages.

## 4.7 Særlig om tidsfrister

### 4.7.1 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet punkt 9.7 og lovutkastet § 42 fjerde ledd foreslo departementet en tidsfrist for å fatte vedtak om avhjelpende tiltak. Den foreslåtte fristen var 18 måneder fra beslutning om å gjennomføre en markedsetterforskning ble fattet, med en mulighet for forlengelse på inntil seks måneder i særlige tilfeller.

Om fristforlengelse i «særlige tilfeller» viste departementet til tre typetilfeller som kan gi grunnlag for fristforlengelse. Det første er tilfeller hvor særlige omstendigheter har forsinket utredningsprosessen, eksempelvis forsinkelser som gjelder svar på pålegg om opplysninger eller der partene etterspør utsatt frist for tilbakemelding på varsel om vedtak. Det andre tilfellet er hvis utredningsprosessen har avdekket at det er nødvendig med mer tidkrevende analyser enn først antatt for å sikre at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Det tredje typetilfellet departementet viste til er når det fattes midlertidige vedtak om avhjelpende tiltak i henhold til lovutkastet § 42 andre ledd.

I høringsnotatet skrev departementet at en beslutning om å forlenge fristen vil være en prosessledende avgjørelse som ikke kan påklages, og at beslutningen skal offentliggjøres på samme måte som beslutningen om å igangsette en markedsetterforskning.

Departementet viste også til forvaltningsloven § 11 a om saksbehandlingstid og foreløpig svar, samt eventuelle forskrifter etter forvaltningsloven § 11 b om fastsettelse av frister. Disse reglene gjelder ved alle saker som behandles etter konkurranseloven og som ikke har særskilte tidsfrister. Forvaltningsloven § 11 a fastsetter at forvaltningsorganet skal forberede og avgjøre saken uten ugrunnet opphold. Videre skal organet snarest mulig gi et foreløpig svar hvis saken vil ta uforholdsmessig lang tid. I svaret skal det gjøres rede for grunnen til at henvendelsen ikke kan behandles tidligere, og når svar kan ventes. Foreløpig svar kan unnlates hvis det må anses som åpenbart unødvendig. I

<sup>5</sup> Prop. 75 L (2012–2013) side 110.

saker som gjelder enkeltvedtak, skal det gis foreløpig svar hvis en henvendelse ikke kan besvares i løpet av en måned etter at den er mottatt. Forskrift 15. desember 2006 nr. 1456 til forvaltningsloven (forvaltningslovforskriften), som er fastsatt med hjemmel i forvaltningsloven § 11 b, gir nærmere regler om beregningen av frister for forvaltningens behandling av enkeltsaker.

#### 4.7.2 Høringsinstansenes syn

*Freia* påpeker at en markedsetterforskning kan være svært tidkrevende og kostbart for de berørte virksomhetene, fordi den potensielt kan pågå i ett og et halvt år etter beslutningen om iverksettelse er fattet, med mulighet for Konkurransetilsynet til å forlenge fristen med ytterligere seks måneder.

*Virke* mener at tidsfristen for å fatte vedtak om avhjelpende tiltak bør vurderes redusert til tolv måneder, med mulighet for seks måneders forlengelse. De viser til at det er viktig med en frist som er så romslig at den muliggjør en god og grundig saksbehandling fordi avhjelpende tiltak er inngripende, men at to år er en svært lang tid å stå i en ressurskrevende prosess for virksomhetene.

*Konkurransetilsynet* er enig i forslaget om å fastsette en tidsfrist på 18 måneder for gjennomføring av markedsetterforskning i lovutkastet § 42 fjerde ledd. De viser til at en frist er hensiktsmessig av hensyn til prioritering og effektivisering av prosessen, og for å gi forutsigbarhet for tidsperspektivet for mulige inngrep. Videre støtter tilsynet forslaget om å innarbeide en adgang til å forlenge fristen hvis utredningsprosessen er forsinket av spesielle omstendigheter, prosess med midlertidig vedtak, eller hvis utredningsprosessen har avdekket behov for grundigere og mer tidkrevende analyser.

#### 4.7.3 Departementets vurdering

##### 4.7.3.1 Frister for Konkurransetilsynets saksbehandling

Etter departementets vurdering er det viktig at det lovfestes klare saksbehandlingsfrister for markedsetterforskningen. Dette er særlig begrunnet i markedsaktørenes behov for forutberegnelighet knyttet til markedsetterforskningssakens varighet og hensynet til effektiv saksgang i forvaltningen. Etter departementets vurdering er hensynet til forutberegnelighet i saksgangen viktig.

En annen grunn til å ha saksbehandlingsfrister, er at konkurranseutfordringene i et marked

kan forverres eller låse seg hvis det går lang tid før de håndteres. En frist vil tilrettelegge for at Konkurransetilsynet finner avhjelpende tiltak så raskt som mulig i markedsetterforskningsaker. Gjennomføring av en markedsetterforskning er ressurskrevende for både Konkurransetilsynet og markedsaktørene, og en klar tidsfrist forhindrer samtidig at ressurser beslaglegges i uforholdsmessig lang tid.

Etter departementets vurdering er 18 måneder fra beslutning om å åpne markedsetterforskning offentliggjøres en hensiktsmessig tidsramme for gjennomføringen av en markedsetterforskning. En kortere frist vil kunne gå på bekostning av etterforskningens kvalitet og hensynet til forsvarlig saksbehandling. For at en markedsetterforsknings sak skal ha tilsiktede virkninger og kunne håndtere utfordringer i et marked med svekket konkurranse, er det nødvendig at Konkurransetilsynet har et solid beslutningsgrunnlag. Dette forutsetter at de får god nok tid til å innhente og behandle informasjon, foreta grundige analyser av markedet, og finne treffsikre tiltak. Departementet viser i den forbindelse til at fristene for å gjennomføre en markedsetterforskning i Storbritannia og Tyskland også er 18 måneder, med mulighet for forlengelse, jf. punkt 2.3.2.2 og 2.3.4.2 over. I Danmark skal avhjelpende tiltak fastsettes senest to år etter at beslutningen om å innlede en markedsetterforskning er truffet, med mulighet for seks måneders forlengelse, se punkt 2.3.5.2.

Departementet opprettholder derfor forslaget om å fastsette en frist på 18 måneder for å treffe vedtak om avhjelpende tiltak eller avslutte saken. Fristen regnes fra beslutningen om å åpne markedsetterforskningen er offentliggjort. Se forslag til ny § 42 tredje ledd første punktum i lovforslaget.

##### 4.7.3.2 Adgang til å forlenge fristen i særlige tilfeller

Departementet opprettholder vurderingen av at saksbehandlingsfristen i markedsetterforskningsaker bør kunne forlenges utover 18 måneder i særlige tilfeller. Dette ivaretar Konkurransetilsynets behov for fleksibilitet hvis tilsynet trenger mer tid i en konkret sak. Departementet foreslår at fristen kan forlenges med seks måneder. For å imøtekomme høringsinstansenes innspill til tidsperspektivet, bør imidlertid tilsynets skjønnsmessige adgang til å forlenge saksbehandlingsfristen presiseres ytterligere i lovbestemmelsen. Departementet foreslår derfor å justere forslaget slik at

fristen kan forlenges med «inntil» seks måneder. Etter departementets vurdering vil dette ivareta hensynene til forutberegnelighet og effektivitet, ved å forhindre at fristen ikke utvides der det ikke er grunnlag for det, og sikre at en eventuell ny frist ikke blir uforholdsmessig lang. Bestemmelsen blir ny § 42 tredje ledd andre punktum i lovforslaget.

Presiseringen om at fristen kan forlenges med «inntil» seks måneder, klargjør at seks måneder er maksimum utvidelsestid og at utvidelsen kan være kortere enn dette. Fristen skal ikke utvides mer enn det som er nødvendig ut fra omstendighetene som begrunner forlengelsen. Hvis tilfellene som begrunner fristforlengelsen eksempelvis har medført at Konkurransetilsynet trenger ytterligere tre måneder til saksbehandlingen, kan fristen bare forlenges med tre måneder, selv om lovens øvre grense for fristforlengelse er seks måneder.

Forslaget i høringsnotatet punkt 9.7 om at beslutningen om fristforlengelse skal offentliggjøres, og at det er en prosessledende avgjørelse som ikke kan påklages, følges opp. I denne beslutningen skal tilsynet redegjøre for hvorfor omstendighetene som utløser behovet for å utvide saksbehandlingstiden utover 18 måneder utgjør et særlig tilfelle.

Vilkåret om at det må foreligge «særlige tilfeller» for at fristen kan forlenges, viser at det gjelder en viss terskel for å utvide fristen. Når det gjelder hvilke forhold som kan utgjøre «særlige tilfeller» vurderer departementet at det må foreligge omstendigheter som tilsynet ikke hadde grunnlag for å ta høyde for da markedsetterforskningen ble igangsatt, og som medfører at den gjenværende saksbehandlingstiden ikke er tilstrekkelig. Departementet presiserer at prioriteringer og ressursmangel hos Konkurransetilsynet ikke kan gi grunnlag for fristforlengelse. Etter departementets vurdering bør også forhold hos et foretak kunne gi grunnlag for å utvide fristen. I så tilfelle skal fristforlengelsen ikke skje på bekostning av øvrige berørte foretaks interesser.

Omstendigheter som har forsinket utredningsprosessen kan utgjøre «særlige tilfeller», eksempelvis ved at svar på pålegg om opplysningsplikt er forsinket eller, at partene ber om utsatt frist for tilbakemelding på varsel om vedtak. Fristforlengelse kan også være aktuelt hvis utredningsprosessen har avdekket at det kreves dypere og mer tidkrevende analyser for å sikre at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Andre eksempler er at forslag til avhjelpende tiltak fra partene, jf. lovforslaget § 42

andre ledd, kommer sent i prosessen, og at tilsynet derfor ikke får mulighet til å foreta en grundig vurdering av tiltakene innenfor tiden de har til disposisjon. Fristutsettelse kan også gis hvis et foretak som er part i saken henvender seg til Konkurransetilsynet og ber om at fristen skal utvides grunnet forhold på foretakets side, og de andre berørte foretakene ikke motsetter seg det. Det presiseres at de nevnte omstendighetene kun er eksempler, og at opplistingen ikke er uttømmende.

Tidsfristene som er beskrevet i dette punktet regnes fra beslutning om å åpne markedsetterforskning er offentliggjort og frem til vedtak er fattet av Konkurransetilsynet i første instans. Fristene gjelder ikke i saker der Konkurransklagenemnda i klageomgangen har sendt saken tilbake til Konkurransetilsynet for en ny vurdering av de avhjelpende tiltakene. Konkurransetilsynets frist i slike tilfeller er beskrevet under i punkt 4.9.3.

## 4.8 Innsyn

### 4.8.1 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet punkt 9.8 viste departementet til at forvaltningsloven og offentleglovas regler kan gi grunnlag for innsyn i markedsetterforskningsaker. De som er direkte berørt av et vedtak eller en markedsetterforskning får partsstilling etter forvaltningsloven. De har dermed krav på partsinnsyn etter forvaltningsloven § 18. For allmennheten og aktører som ikke oppfyller kravene til partsstilling etter forvaltningsloven avgjøres innsynsretten etter offentleglovas regler, hvis det ikke er gjort unntak eller gitt egne regler i særlovgivning.

Konkurranseloven § 26 gjør unntak fra offentleglovas innsynsregler for visse overtredelsesaker frem til de er avsluttet. Departementet foreslo at unntaket også bør gjelde for saker om overtredelse av vedtak om avhjelpende tiltak etter en markedsetterforskning. Departementet viste til konkurranselovutvalgets begrunnelse for unntaket i forarbeidene til konkurranseloven § 26. Konkurranselovutvalget vurderte at saker om overtredelser av forbudsbestemmelsene og vedtak i medhold av konkurranseloven skulle unntas fra offentleglovas regler, fordi de hadde likhetstrekk med saker som behandles etter straffeprosessloven, som allerede var unntatt fra innsynsreglene i offentleglova. Når behandlingen av saken var avsluttet av konkurransemyndighetene, påtalemyndighetene eller retten, mente utvalget imidlertid at det ikke lenger var noen tungtveiende

grunner som talte for å unnta Konkurransetilsynets dokumenter fra offentlighet.<sup>6</sup>

Departementet foreslo også en særregulering i lovforslaget § 45, om at innsyn i saker om markedsetterforskning skulle utsettes til saken er avsluttet.

Departementet påpekte at offentligheten får innsyn i sentrale deler av markedsetterforskningen i perioden denne pågår. Eksempelvis ved at det legges opp til en høring av utkast til beslutningsgrunnlag og forslag om at beslutning om igangsetting av markedsetterforskning skal offentliggjøres. Departementet viste videre til at konkurranseloven § 22 om at Konkurransetilsynet skal offentliggjøre sine vedtak, innebærer at vedtak som fattes i markedsetterforskningssaker skal offentliggjøres på tilsynets nettsider. Plikten til offentliggjøring vil i utgangspunktet ikke gjelde for forhåndsvarsel om vedtak, men Konkurransetilsynet kan likevel vurdere om hensynet til merinnsyn tilsier at varsel i markedsetterforskningssaker også skal publiseres.

Det følger videre av høringsnotatet at offentleglova vil gjelde så snart saken er avsluttet, fordi lovforslaget § 45 er en bestemmelse om utsatt innsyn. Forslaget var begrunnet i behovet for en effektiv prosess, særlig tatt i betraktning at det kan være tidkrevende å avgjøre saken innenfor lovens frister hvis offentlig innsyn skal håndteres parallelt. Dokumentasjonen som gjennomgås i en sak om markedsetterforskning vil typisk inneholde en stor andel forretningshemmeligheter og prosessen for å avklare taushetsplikt i forbindelse med innsynskrav tar erfaringsmessig mye tid. I høringsnotatet presiserte departementet at offentligheten likevel vil få informasjon om prosessen, blant annet ved aktiv publisering av avgjørelser og vedtak, slik at det ikke vil være nødvendig å etterspørre innsyn i disse.

#### 4.8.2 Høringsinstansenes syn

Departementet har mottatt en rekke innspill knyttet til bestemmelsene om utsatt innsyn, særlig § 45 om unntak fra offentleglovas innsynsregler under pågående markedsetterforskningssaker.

*Advokatforeningen* viser til at innskrenkning i innsynsretten ikke er vurdert opp mot Grunnloven § 100 femte ledd. De kan ikke se at hensynet til Konkurransetilsynets arbeidsbelastning er relevant i å begrunne et unntak fra offentleglova. At Konkurransetilsynet får plikt til å gjennomføre høringer fremstår heller ikke som tilstrekkelig til

å avbøte ulempene ved å fravike prinsippet om innsyn. De påpeker at den foreslåtte ordningen gir tilsynet betydelig innflytelse på hvilken informasjon som skal tilkomme allmenheten. Videre viser de til at unntaket i konkurranseloven § 26 primært er begrunnet i fare for bevisforspillelse og likheten disse sakene har med straffeprosesslovgivningen, og at disse hensynene ikke gjør seg gjeldende for markedsetterforskninger da det ikke foreligger lovbrudd i disse tilfellene.

*Freia* påpeker at usikkerheten som følger av at markedsaktørene ikke skal ha tilgang til relevante dokumenter om etterforskningen, vil gjøre det vanskelig å navigere i markedet og ta strategiske beslutninger knyttet til fremtidig vekst og investeringer. De viser til at forslaget stiller markedsaktørene uten innsikt i egen situasjon. Etter deres vurdering underbygger dette behovet for en høyere terskel for igangsetting av markedsetterforskning.

*Konkurransetilsynet* er enig i departementets forslag om særskilt regulering av offentlig innsyn. Tilsynet støtter forslaget om at innsynsretten etter offentleglova ikke skal gjelde før markedsetterforskningssaken er avsluttet, og departementets begrunnelse for dette.

*Norsk Presseforbund* har gitt merknader knyttet til lovutkastet § 45 om at offentleglova ikke skal gjelde frem til markedsetterforskningen er avsluttet. Etter deres vurdering er ikke kravet i Grunnloven § 100 femte ledd om at begrensninger i innsynsretten krever «tungtveiende grunner» oppfylt for lovforslagets vedkommende. Heller ikke hensynet til arbeidsbelastning vurderes som en god nok begrunnelse for at offentleglova ikke skal gjelde. Forbundet viser til at det heller ikke er et generelt unntak for innsyn i straffesaksdokumenter, og at spørsmålet ved vurderingen av innsyn er om det kan være skadelig for etterforskningen, ikke om det er tidkrevende å behandle innsynskrav. Deres mening er at offentleglovas hovedregel må gjelde, og at hemmelighold må vurderes opp mot lovens unntaksbestemmelser. Norsk Presseforbund mener også at publisering av avgjørelser og vedtak alene ikke vil ivareta pressens mulighet til å føre kontroll med offentlig myndighetsutøvelse, og presiserer at de trenger innsyn i underlaget til avgjørelsene. De slutter seg til Advokatforeningens merknader om innsyn i deres høringsinnspill.

*Reitan Retail* er kritiske til at høringsnotatet ikke drøfter forholdet til Grunnloven § 100 og betydningen av offentlig innsyn for å sikre aktørenes tillit og transparente prosesser. De påpeker at behovet for transparens og innsyn i markedsetterforskningssaker særlig er stort fordi det er et nytt

<sup>6</sup> NOU 2003: 12 *Ny konkurranselov*. Se punkt 8.11 side 211.

virkemiddel som kan medføre inngrep overfor foretak som ikke opptrer i strid med lov eller forskrift, og det er usikkerhet om når partsrettigheter oppstår i disse sakene. Videre viser Reitan Retail til Konkurransetilsynets erfaring med å behandle innsynskrav under korte frister, blant annet i saker om foretakssammenslutninger. De mener at det er tvilsomt om ressurs hensynene som påberopes i høringsnotatet kan anses som tilstrekkelig tungtveiende grunner til å begrunne et unntak fra innsynsretten i Grunnloven § 100 femte ledd.

Ifølge *Schibsted* reiser mangel på innsyn i prosessen før det eventuelt varsles tiltak alvorlige problemstillinger knyttet til kontradiksjon og forutberegnelighet. De påpeker at det kan føre til at Konkurransetilsynet får dårligere beslutningsgrunnlag, for eksempel ved at skadehypoteser og slutninger om relevant faktum ikke utfordres med partenes supplerende dokumentasjon eller alternative perspektiver.

### 4.8.3 Departementets vurdering

#### 4.8.3.1 Utsatt innsyn i saker om overtredelse av vedtak om avhjelpende tiltak

Departementet er enig med høringsinstansene i at begrensninger i innsynsretten krever særskilt begrunnelse. Det følger av Grunnloven § 100 femte ledd at «[e]nhver har rett til innsyn i statens [...] dokumenter», men at det i lov kan «fastsettes begrensninger i denne rett ut fra hensyn til personvern og av andre tungtveiende grunner». Innsynsretten er en grunnleggende rettighet i norsk forvaltningsrett, og terskelen for unntak er høy. Departementets vurdering er at Grunnloven § 100 femte ledd åpner for en regel om utsatt innsyn for saker om overtredelse av vedtak om avhjelpende tiltak pålagt etter en markedsetterforskning. Departementet viderefører derfor forslaget i lovutkastet § 26 første ledd bokstav c.

Offentleglova § 3 regulerer allmennhetens rett til innsyn i forvaltningens dokumenter. Bestemmelsen fastsetter at innsynsrett er hovedregelen og skal gis «hvis ikkje anna følgjer av lov eller forskrift med heimel i lov». Unntak fra innsynsretten er for det første angitt i offentliglova kapittel 3. Ytterligere unntakshjemler er gitt i særlovgivningen, herunder i konkurranseloven § 26. Etter § 26 gjelder ikke offentliglova for de sakstypene bestemmelsen lister opp. Disse er:

- § 10 om forbud mot konkurransebegrensende avtaler,
- § 11 om forbud mot misbruk av dominerende stilling,

- § 18 første ledd om plikt til å inngi melding om foretakssammenslutninger som overstiger terskelverdiene,
- § 19 første ledd om plikt til å ikke gjennomføre en meldepliktig foretakssammenslutning inntil saken er godkjent av Konkurransetilsynet,
- pålegg gitt etter § 18 tredje ledd om melding av foretakssammenslutninger som ikke overstiger terskelverdiene eller femte ledd om erverv av minoritetsandeler,
- pålegg om opplysnings- og utleveringsplikt etter § 24 første ledd og gransking etter andre ledd,
- pålegg om bevissikring etter § 25 andre ledd,
- vedtak truffet i medhold av § 12 om å bringe ulovlig adferd til opphør, og
- forskrift gitt i medhold av § 14.

Etter departementets vurdering foreligger det tungtveiende grunner for å oppstille en regel om utsatt innsyn i dokumenter som er knyttet til saker om overtredelse av vedtak om avhjelpende tiltak etter lovforslaget § 42. I disse sakene vil Konkurransetilsynets etterforskning være utledet av mistanke om at foretakene handler i strid med de adferdsregulerende eller strukturelle tiltakene de er pålagt å følge for å forbedre konkurranseforholdene i et marked. Videre vil overtredelse av et vedtak etter lovforslaget § 42 kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr på inntil 5 prosent av foretakets omsetning, jf. lovforslaget § 29 første ledd bokstav b. På bakgrunn av disse omstendighetene, vil etterforskningshensyn og faren for bevisforspillelse etter departementets vurdering veie tyngre enn allmennhetens interesse av å få dokumentinnsyn før saken er avsluttet.

#### 4.8.3.2 Forslag om utsatt innsyn i markedsetterforskningssaker

Det foreligger etter departementets vurdering ikke tungtveiende grunner for å gjøre unntak fra hovedregelen om innsyn i offentliglova § 3 i markedsetterforskningssaker, og departementet går derfor ikke videre med forslaget.

Departementet vurderer at vilkårene i Grunnloven § 100 femte ledd ikke vil være oppfylt for pågående markedsetterforskningssaker, blant annet fordi forholdene som utløser en markedsetterforskning, ikke er et resultat av ulovlig adferd fra markedsaktørenes side. Derfor vil også faren for bevisforspillelse være lavere i markedsetterforskningssaker, sammenlignet med sakene som konkurranseloven § 26 fastsetter utsatt innsyn for.

Departementet deler Advokatforeningens og Norsk Presseforbunds vurdering om at tidsbruk og økt arbeidsbelastning for Konkurransetilsynet i forbindelse med behandling av innsynsforespørsler ikke er tungtveiende grunner for å oppstille unntak fra innsynsretten.

Departementet viser også til uttalelsene fra Schibsted og Freia om uheldige konsekvenser ved at kun partsinnsynsreglene etter forvaltningsloven skulle gjelde. For det første ville muligheten til å styrke markedsetterforskningen ved å gi supplerende opplysninger vært begrenset frem til noen utløser partsrettigheter. For det andre kunne det medført betydelig informasjonsasymmetri mellom foretakene som får partsstatus og de som ikke får det, noe som igjen ville gitt enkelte foretak bedre forutsetninger til å innrette sin markedsadferd enn andre.

På dette grunnlaget opprettholder departementet ikke forslaget om utsatt innsyn i markedsetterforskningssaker.

## 4.9 Klage på vedtak om avhjelpende tiltak

### 4.9.1 Forslaget i høringsnotatet

Vedtak som retter seg mot enkeltaktører utgjør enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2. I høringsnotatet la departementet til grunn at klager på slike vedtak behandles på samme måte som klager på andre vedtak etter konkurranseloven. For å ha klagerett på vedtak om avhjelpende tiltak må foretaket være part i saken eller ha rettslig klageinteresse, jf. forvaltningsloven § 28.

Fordi det er opp til Konkurransetilsynets skjønn å fatte vedtak i markedsetterforskningssaker på bakgrunn av konkurransefaglige vurderinger, vurderte departementet at det ikke burde være mulig å påklage beslutninger om å *ikke* pålegge tiltak.

Departementet viste i høringsnotatet til den alminnelige klagefristen som følger av forvaltningsloven § 29 og til de særskilte klagefristene som følger av konkurranseloven § 39, herunder klagefristen på seks måneder i saker om overtredelsesgebyr og to måneder i saker om pålegg om opphør. Departementet viste til at disse sakene har utvidet klagefrist fordi de ofte er omfattende og kompliserte. Departementet mente at de samme hensynene ville gjøre seg gjeldende i markedsetterforskningssaker, og foreslo derfor en klagefrist på to måneder.

Departementet viste til at klageinstanser, som et utgangspunkt, kan prøve alle sider av saken og

ta i betraktning nye omstendigheter etter vedtakstidspunktet, jf. forvaltningsloven § 34 andre ledd. Konkurranseloven § 12 tredje ledd begrenser klageinstansens kompetanse ved avhjelpende tiltak i mulige overtredelsessaker. I slike saker er Konkurranselagenemndas (klageorganets) kompetanse begrenset til å «*oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak.*» Bakgrunnen for unntaket er blant annet at vedtaket i sakene som behandles etter § 12 tredje ledd tar utgangspunkt i tilbud om avhjelpende tiltak fra det aktuelle foretaket, som godkjennes av Konkurransetilsynet etter en faglig vurdering. Hvis et slikt vedtak er ugyldig, men uten at et nytt vedtak er utelukket, er det opp til foretaket om det vil komme med tilbud om nye tiltak. Tilsynet må deretter kunne bestemme om det vil prioritere fortsatt utredning av saken, eller gå inn i nye drøftinger med foretaket. Departementet argumenterte for at dette burde gjelde også der foretaket tilbyr avhjelpende tiltak i markedsetterforskningssaker. Departementet ba om høringsinstansenes syn på om en slik begrensning på klageinstansens overprøvingskompetanse også burde gjelde for klager på avhjelpende tiltak som Konkurransetilsynet har pålagt. Et argument for denne begrensningen er at det er Konkurransetilsynet, ikke klageinstansen, som gjennomfører markedsetterforskning. På den andre siden kan blant annet ressurshensyn tilsi at klageinstansen bør kunne fatte nytt vedtak i saken.

### 4.9.2 Høringsinstansenes syn

Etter *Advokatforeningens* syn fremstår forslaget om klagefrist på to måneder for vedtak om avhjelpende tiltak som uforholdsmessig kort. De viser blant annet til at Konkurransetilsynet samlet sett kan ha brukt over ett år på saksbehandlingen før vedtak fattes. Videre skriver Advokatforeningen at hvis Konkurranselagenemnda skal være klageinstans, så bør nemnda bare ha kompetanse til å oppheve eller stadfeste tilsynets vedtak. Hvis nemnda skal kunne fatte nytt vedtak, mener Advokatforeningen at vedtakskompetansen må begrenses til å fatte nytt vedtak basert på eventuelle forslag fra partene.

*Circle K* viser til departementets spørsmål om det er behov for å begrense klageinstansens kompetanse i markedsetterforskningssaker generelt, og ikke bare i saker om avhjelpende tiltak. Circle K er av den oppfatning at forvaltningslovens alminnelige regler bør gjelde, og at det ikke bør være noen begrensning på klageinstansens overprøvingskompetanse.

*Finans Norge* mener at omfanget av mulige skadevirkninger som følge av tiltak forsterkes av at departementets forslag ikke legger opp til at en klage til Konkurransklagenemnda vil gi vedtak oppsettende virkning. *Finans Norge* mener derfor at det «som et minstekrav må vurderes innføring av rettssikkerhetsmessige tiltak i form av involvering av en tredjepart i prosessen med beslutning av markedsetterforskning».

*Virke* støtter ikke forslaget om at klageinstansens overprøvningskompetanse innskrenkes, og mener at de alminnelige reglene i forvaltningsloven bør gjelde.

*Konkurransetilsynet* støtter ikke forslaget om å begrense klageinstansens overprøvningskompetanse. Konkurransetilsynet vedgår at markedsetterforskningssaker ofte vil gjelde vurderinger som er framoverskuende og ikke av allerede begåtte handlinger, og at det er et omfattende og informasjonsinnhentings- og analysearbeid som danner grunnlag for vedtak om avhjelpende tiltak. Disse momentene taler i utgangspunktet for en begrenset overprøvningskompetanse. Konkurransetilsynet viser imidlertid til uttalelser i NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov*, hvor utvalget drøftet om den alminnelige regelen om full overprøvningskompetanse for klageinstansen burde videreføres. Utvalget pekte blant annet på forhold som taler for en begrenset overprøvningskompetanse heller bør innebære at klageinstansen viser tilbakeholdenhet i overprøvingen, uten at kompetansen begrenses. Etter utvalgets syn gjorde dette seg gjeldende også der klageinstansen var en klagenemnd med særlig fagkunnskap. Videre mener Konkurransetilsynet det kan argumenteres for at prøvingsintensiteten for domstolene bør begrenses til en lovlighetskontroll, blant annet fordi «[v]ide rammer for skjønnsmessig overprøving vil redusere forutsigbarheten for parter og andre involverte aktører.» Tilsynet peker også på at en vid overprøvningsadgang reduserer muligheten for å få raske avgjørelser, og at tidsperspektivet i tradisjonelle håndhevingssaker ble trukket frem av departementet som en begrunnelse for markedsetterforskning.

*NHO* skriver at det vil være ressurskrevende å få overprøvd Konkurransetilsynets vedtak, og at ressursene som vil medgå i slike prosesser må være en del av grunnlaget for nødvendig- og forholdsmessighetsvurderingene som lovforslaget forutsetter.

*NorgesGruppen/Gjendemsjø* mener at kun en mulighet til å klage på vedtak om tiltak ikke ivaretar markedssaktørenes rettigheter på samme måte

som et system hvor et annet organ vedtar tiltakene på bakgrunn av en anbefaling fra tilsynet. NG/Gjendemsjø mener dette flytter ansvaret for en prøving av tiltakene til markedssaktørene selv, og at fraværet av et eksisterende organ som kan fylle en funksjon i vedtaksfasen ikke fremstår som en tilstrekkelig begrunnelse for den valgte løsningen.

*Schibsted* mener mulighetene for en effektiv domstolskontroll og klageadgang er essensielle instrumenter for å korrigere uriktige avgjørelser.

### 4.9.3 Departementets vurdering

#### 4.9.3.1 Klagerett og klagefrist

Departementet opprettholder forslaget om at klageretten på vedtak om avhjelpende tiltak i markedsetterforskningssaker følger av de alminnelige reglene i forvaltningsloven § 28. Dette innebærer at enkeltvedtak kan påklages av parter i saken eller andre med rettslig klageinteresse. Departementet ser ikke grunn til å fravike dette utgangspunktet i markedsetterforskningssaker. Beslutninger fra Konkurransetilsynet om at det ikke skal pålegges avhjelpende tiltak, vil ikke utgjøre enkeltvedtak og kan dermed heller ikke påklages.

Departementet opprettholder også forslaget om at klagefristen på vedtak om avhjelpende tiltak skal være to måneder fra partene mottar vedtaket. At Konkurransetilsynet kan ha jobbet lenge med en sak, tilsier etter departementets vurdering ikke at klagefristen bør være lenger. Parter og andre berørte vil uansett få innsikt i sakens kjerne og problemene Konkurransetilsynet er opptatt av underveis i saken. Det vil blant annet skje som følge av høringsrunden i forkant av enhver markedsetterforskning, som følge av rett til partsinnsyn etter forvaltningsloven § 18, som følge av rett til innsyn etter offentleglova, eller som følge av varsel om vedtak etter forvaltningsloven § 16. Departementet legger derfor til grunn at en klagefrist på to måneder vil være tilstrekkelig for aktørene.

#### 4.9.3.2 Klageinstansens kompetanse

##### *Prøvningskompetanse*

I NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov* viste utvalget i punkt 24.12.3 til at utgangspunktet om full prøvningskompetanse i noen tilfeller bør modereres. Utvalget skrev blant annet at:



Hvis klageinstansen er en særskilt klagenemnd som ikke kan instrueres, kan styringshensyn være et argument for at klageinstansen ikke bør kunne overprøve underinstansens skjønnsutøving. I motsatt fall vil klagenemnda få endelig hånd over forvaltningsskjønnet. Det vil føre til at den politiske kontrollen med – og dermed det politiske ansvaret for – skjønnsutøvingen blir svekket.

Begrunnelsen for at det ble opprettet en uavhengig nemnd for å håndtere klager på konkurransefeltet, var imidlertid å unngå at politiske hensyn virket inn på det som skulle være rene konkurransefaglige vurderinger. Denne begrunnelsen gjør seg etter departementets syn fortsatt gjeldende, og tilsier derfor at styringshensyn ikke bør være avgjørende for hva slags forvaltningsmessig kontroll det bør være av vedtak i håndhevingen av konkurransereglene.

Departementet deler vurderingen til flere av høringsinstansene om at det ikke bør være noen begrensninger på klageinstansens og domstolens mulighet til å prøve både faktum og rettsanvendelsen i markedsetterforskningssaker. En reell kontroll med vedtak i markedsetterforskningssaker tilsier etter departementets syn at det er adgang for klageinstansen til å undersøke både om loven er anvendt riktig, og om det er bevismessig og konkurransefaglig dekning for å fatte vedtak om de aktuelle tiltakene. Dette tilsvarer den kompetansen klageinstansen har i dag, og departementet ser ingen grunner til å fravike den ordningen.

#### *Vedtakskompetanse*

For vedtakskompetansen stiller saken seg annerledes. Departementet opprettholder forslaget om å begrense klageinstansens vedtakskompetanse, men med visse endringer sammenlignet med forslaget i høringsnotatet.

I høringsnotatet viste departementet blant annet til at klageinstansen selv ikke vil gjennomføre markedsetterforskninger, og dermed ikke har de samme forutsetningene for å fatte nye realitetsvedtak i klageomgangen. Selv om klageinstansen skal kunne ta omstendighetene på vedtakstidspunktet i betraktning, tilsier ikke det uten videre at klageinstansen vil ha grunnlag for å fatte realitetsvedtak i markedsetterforskningssaker. Som flere høringsinstanser har påpekt, kan en markedsetterforskning foregå i lang tid, og det ligger omfattende analyser til grunn for de tiltakene som iverksettes. Det tilsier etter departementets

syn at det bør være en høy terskel for å fatte nye realitetsvedtak i sakene.

Markedene foretakene opererer i er komplekse. Tiltakene som iverksettes kan både være omfattende eller spissede, avhengig av hvilke forhold det aktuelle tiltaket skal avhjelpe. På dette grunnlaget, vurderer departementet at klageinstansen ikke bør kunne fatte vedtak om andre tiltak enn de som er vedtatt av Konkurransetilsynet. Departementet foreslår derfor at klageinstansen kun skal ha mulighet til å stadfeste eller oppheve Konkurransetilsynets vedtak.

Departementet vurderer imidlertid at det bør være en mulighet for klageinstansen til å rette opp i deler av vedtaket, uten at saken dermed skal anses som avsluttet, jf. forslaget til ny § 42 sjette ledd. Det kan for eksempel tenkes tilfeller hvor klageinstansen kommer frem til at konkurransen i det aktuelle markedet er vesentlig begrenset eller at det er forhold som er egnet til å vesentlig begrense konkurransen, men hvor klageinstansen likevel mener at de foreslåtte tiltakene enten ikke er nødvendige, egnede eller forholdsmessige. I slike tilfeller bør klageinstansen kunne oppheve vedtaket og treffe avgjørelse om å henvise saken tilbake til Konkurransetilsynet for en ny vurdering, herunder av hvilke andre tiltak som kan pålegges. En slik mulighet vil imidlertid medføre at det tar lenger tid å avgjøre saken, og etter departementets syn bør det derfor gjelde en frist for Konkurransetilsynet til å fatte nytt vedtak i saken. Av hensyn til partenes behov for avklaring, og sett i lys av at saksbehandlingen hos Konkurransetilsynet og klageinstansen kan ha tatt lang tid, bør fristen ikke være for lang. Samtidig bør den ikke være så kort at ikke det er praktisk mulig for Konkurransetilsynet å utrede og eventuelt varsle og fatte vedtak om alternative tiltak. Departementet legger imidlertid til grunn at Konkurransetilsynet underveis i markedsetterforskningen har utredet og vurdert en rekke aktuelle tiltak, og at det dermed ikke er nødvendig med veldig lang tid for å kunne fatte et nytt vedtak. Hensynet til at den samlede saksbehandlingstiden ikke skal bli for lang tilsier også at fristen for å fatte nytt vedtak ikke blir lenger enn strengt nødvendig. Fristen bør etter departementets vurdering derfor settes til tre måneder etter at klageinstansen fattet avgjørelse om å henvise saken tilbake til Konkurransetilsynet.

#### *4.9.3.3 Oppsettende virkning*

Utgangspunktet etter forvaltningsloven er at vedtak ikke gis oppsettende virkning ved søksmål

eller klage, med mindre forvaltningsorganet som fattet vedtaket beslutter det, jf. forvaltningsloven § 42. Etter departementets syn bør klager på vedtak i markedsetterforskningssaker innebære oppsettende virkning. Det er det flere grunner til. For det første vil tiltak generelt være inngripende, og selv om et vedtak endres eller oppheves i klageomgangen kan det få betydelige konsekvenser for de foretakene som det påklagede vedtaket gjelder hvis det gjennomføres. Både adferdsregulerende tiltak og strukturelle tiltak kan føre til irreversible virkninger som ikke nødvendigvis kan gjenopprettes etter en klagebehandling. Oppsettende virkning kan redusere risikoen for dette. For det andre, fordi foretakene i markedsetterforskningssaker heller ikke har overtrådt forbudsreglene, er det etter departementets syn rimelig at saken avsluttes i forvaltningssporet før et tiltak gjennomføres. Disse hensynene gjør seg etter departementets vurdering gjeldende både for adferdstiltak og strukturelle tiltak, og det er derfor ikke noen grunn til å skille mellom type tiltak i denne sammenheng.

Selv om vedtak om tiltak i en markedsetterforskning som hovedregel skal ha oppsettende virkning, er det departementets vurdering at det bør kunne gjøres unntak fra denne hovedregelen hvis det er sterke grunner for det. Det kan for eksempel være tilfellet hvis en påvist konkurransebegrensning vil forverres eller ikke kan avhjelpes med mindre vedtakene iverksettes straks. Departementet har derfor foreslått at Konkurransetilsynet kan vedta at et tiltak skal iverksettes uten opphold, hvis det er klart at konkurransebegrensningen som begrunner vedtaket om avhjelpende tiltak vil forverres hvis vedtaket gis oppsettende virkning.

## 4.10 Sanksjoner

### 4.10.1 Forslaget i høringsnotatet

I høringsnotatet vises det til reglene i konkurranseloven kapittel 7 om sanksjoner og tvangsmulkt for overtredelser av konkurranseloven.

Adgangen til å pålegge overtredelsesgebyr reguleres av konkurranseloven § 29. Bestemmelsen lister opp hvilke overtredelser som gir grunnlag for overtredelsesgebyr. Departementet foreslo å inkludere overtredelse av vedtak i markedsetterforskningssaker i § 29 første ledd bokstav b. De samme hensynene som tilsier at det bør være adgang til å ilegge overtredelsesgebyr for brudd på andre vedtak etter loven, gjør seg gjeldende

også for vedtak om avhjelpende tiltak i en markedsetterforskningssak.

Når det gjelder utmålingen av overtredelsesgebyret, foreslo departementet en endring i forskrift 11. desember 2013 nr. 1465 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr § 2 andre ledd for å inkludere overtredelser av vedtak om avhjelpende tiltak i saker om markedsetterforskning. Forskriften § 2 andre ledd omhandler de mest alvorlige overtredelsene av konkurranseloven og omfatter også overtredelse av vedtak om pålegg om opphør etter § 12.

Tvangsmulkt reguleres i § 28, og sier at tvangsmulkt kan pålegges hvis enkeltvedtak etter loven eller pålegg etter § 24 ikke overholdes. Denne bestemmelsen kan også anvendes i saker om markedsetterforskning og vedtak om avhjelpende tiltak.

### 4.10.2 Høringsinstansenes syn

*Advokatforeningen* stiller spørsmål ved behovet og forholdsmessigheten av at Konkurransetilsynet skal ha samme kompetanse til å ilegge tilsvarende svært høye overtredelsesgebyr som de har der foretak bryter forbudsbestemmelser (10 prosent av omsetning).

*Freia og Mondelēz Norge AS (Freia)* fraråder forslaget om å gi Konkurransetilsynet myndighet til å ilegge administrative bøter, fordi ileggelse av sanksjoner mot adferd uten påviselig brudd på europeisk konkurranselovgivning vil avvike betydelig fra resten av EU og ha forstyrrende negative effekter på det felles europeiske markedet. I likhet med Forbrukertilsynet bør Konkurransetilsynets fullmakter til å påvirke markedsaktører basert på beslutninger om å bringe en bestemt praksis til opphør ikke omfatte en fullmakt til å ilegge bøter. Bøter bør etter deres mening kreve et beviselig brudd på konkurranseloven §§ 10 eller 11.

*Nortura SA* har et innspill om forholdet mellom markedsetterforskning og muligheten for lempning etter konkurranseloven §§ 30 og 31. At det ifm. en markedsetterforskning kan komme frem opplysninger som reiser spørsmål om det foreligger lovbrudd, kan oppleves som en risiko for markedsaktørene og medføre at dialogen med Konkurransetilsynet ikke blir åpen og samarbeidende. *Nortura* reiser spørsmål ved om bedre dialog og samhandling kan oppnås ved å utvide lempingsinstituttet ved at parter som er involvert i markedsetterforskning får adgang til å søke lemping selv om tilsynet er kjent med saken, og uten at lempingsøknaden ekskluderer andre som

også er involvert i markedsetterforskningen fra senere å søke om det samme.

#### 4.10.3 Departementets vurdering

For at markedsetterforskning skal ha den ønskede effekt er det nødvendig at brudd på vedtak om avhjelpende tiltak har konsekvenser.

I praksis vil ofte effektiviteten av vedtak avhenge av pliktsubjektene vurdering av fordeler og ulemper ved å etterleve vedtaket. Her vil oppdagelsesrisikoen, fare for økonomisk tap som følge av negativ publisitet, erstatningssøksmål fra medkontrahenter og sanksjoner spille inn.

I konkurranseloven har disse hensynene medført at overtredelser av forbudsbestemmelsene og forskrifter i medhold av § 14, manglende etterlevelse av vedtak og brudd på opplysningsplikten m.m. kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr for foretak. Det kan ikke ilegges overtredelsesgebyr mot fysiske personer for deres deltagelse i overtredelse av konkurranseloven. Fysiske personer kan dømmes til bøter eller fengsel for sin deltagelse i overtredelser av nærmere angitte bestemmelser i loven.

Det vil således være et brudd på lovens system om det ikke gis adgang til å sanksjonere brudd på vedtak om avhjelpende tiltak gitt som ledd i en markedsetterforskning. En markedsetterforskning er et ressurskrevende virkemiddel både for tilsynet og berørte parter. Det vil bare treffes vedtak om avhjelpende tiltak der det foreligger forhold som vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen, noe som gir mindre effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser. Det må derfor legges til rette for at vedtakene etterleves på en effektiv måte. Dette tilsier at brudd på vedtakene bør kunne sanksjoneres.

Markedsetterforskning er et nytt virkemiddel. Frem til det foreligger praksis fra Konkurransetilsynet, vil det være en del usikkerhet hos aktørene om hvordan bestemmelsene skal tolkes og praktiseres. Departementet understreker at aktørene ikke sanksjoneres som konsekvens av brudd på en ny lovbestemmelse. De vil få et vedtak med de kravene som stilles til veiledning, kontradiksjon og klagerett som følger av forvaltningsretten. Sanksjoner vil ikke bli aktuelt før en eventuell overtredelse av vedtaket. Departementet vurderer derfor at både partenes rettigheter og hensynet til forutberegnelighet er ivaretatt.

Departementet vurderer at administrative sanksjoner er mer hensiktsmessig enn straff ved overtredelse av vedtak om avhjelpende tiltak i markedsetterforskningssaker. I valget av sank-

sjonsform taler det meste for administrative sanksjoner i form av overtredelsesgebyr, fremfor straff. Det legges normalt til grunn at administrative sanksjoner er mindre belastende og stigmatiserende for den enkelte enn straff. I tillegg vil det som regel være ressursbesparende i form av tid og kostnader. I motsatt retning fremheves ofte hensynet til rettssikkerheten til den som ilegges en sanksjon, da denne kan ivaretas bedre i det strafferettslige systemet. Ved illeggelse av overtredelsesgebyr er det samme organ, Konkurransetilsynet, som etterforsker og ilegger sanksjon. Politiet som har etterforskning av lovbrudd som en av sine fremste oppgaver, kan ha mer erfaring og kunnskap om etterforskning og dokumentasjons- og beviskrav. Konkurransetilsynet har imidlertid avdekking og sanksjonering av brudd på konkurransereglene blant sine fremste oppgaver, og er derfor godt kvalifisert til denne oppgaven. Konkurransetilsynet har i dag myndighet til å ilegge høye overtredelsesgebyr i svært omfattende og kompliserte saker, og det er derfor i samsvar med dagens system at de også kan sanksjonere brudd på vedtak om avhjelpende tiltak gitt i forbindelse med en markedsetterforskning.

Etter gjeldende rett kan det ilegges overtredelsesgebyr på opptil ti prosent av foretakets omsetning for de mest alvorlige overtredelsene av konkurransereglene, jf. forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr § 2 andre ledd. Dette omfatter foruten overtredelse av forbudsbestemmelsene i § 10 og § 11, overtredelse av vedtak om opphør etter konkurranseloven § 12, forskrift etter § 14, vedtak om inngrep mot foretakssammenslutning etter § 16, vedtak om inngrep mot minoritetserverv etter § 16a og brudd på gjennomføringsforbud etter § 19 første ledd. Det samme gjelder for medvirkning til slike overtredelser.

For mindre alvorlige overtredelser kan Konkurransetilsynet ilegge overtredelsesgebyr på inntil én prosent av foretakets omsetning, jf. forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr § 2 første ledd. Dette gjelder brudd på meldeplikt og andre overtredelser av konkurranseloven § 18, pålegg om prisopplysning i medhold av § 23, overtredelse av forskrift om prisopplysning etter § 23, brudd på opplysningsplikten i § 24 og plikter i forbindelse med gjennomføring av kontroll etter § 25. Det samme gjelder for medvirkning.

Advokatforeningen mener i høringen at det er uforholdsmessig med bøter på inntil 10 prosent av foretakenes omsetning i markedsetterforskningssaker.

Vilkårene for å gripe inn med avhjelpende tiltak i markedsetterforskningssaker er strenge, og det er først og fremst i tilfeller hvor konkurranseproblemene er store og de samfunnsøkonomiske konsekvensene blir tilsvarende store at det er aktuelt å gripe inn. Dette tilsier at størrelsen på overtredelsesgebyret bør avspeile alvorlighetsgraden. På den annen side retter et vedtak om avhjelpende tiltak seg mot foretak som i utgangspunktet opptrer i samsvar med konkurranseregelverket. Markedsetterforskning skal bidra til å styrke konkurransen i markeder hvor det er store og sammensatte, ofte strukturelle, konkurranseutfordringer. Virkemiddelet skal gjøre det mulig å treffe vedtak tilpasset problemene i det enkelte markedet og målet er ikke å sanksjonere uønsket adferd. Gebyrene for overtredelse av vedtak om avhjelpende tiltak bør derfor være høye nok til at de gir insentiver til å følge vedtaket, men skal ikke

bære preg av straff utover dette. Dette kan tilsi et noe lavere nivå enn etter for eksempel forbudsbestemmelsene hvor det slås ned på adferd som i utgangspunktet er skadelig og derfor uønsket.

Etter departementets syn kan et hensiktsmessig nivå på overtredelsesgebyret derfor være maksimalt fem prosent av foretakets omsetning, beregnet på samme som måte som de øvrige overtredelsene. Hvis den manglende etterlevelsen vedvarer eller gjentas, kan overtredelsesgebyret økes til en maksimal sats på ti prosent av omsetning. Adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr for overtredelse av vedtak om avhjelpende tiltak etter § 42 følger av departementets forslag til endring av § 29 første ledd bokstav b. Hvis forslaget blir vedtatt, vil departementet foreslå endringer i utmålingsforskriften i tråd med det som er beskrevet ovenfor.

## 5 Økonomiske og administrative konsekvenser

### 5.1 Samfunnsøkonomiske virkninger

Konkurranse bidrar til velfungerende markeder hvor foretak blir mer effektive og innovative. På den måten bidrar effektiv konkurranse til omstilling, økt økonomisk vekst og sysselsetting, og til at foretak blir mer konkurransedyktige i internasjonale markeder. Svekket konkurranse bidrar til at mindre effektive aktører forblir i markedet, og til å svekke insentiver til å investere i kostnadsreduksjoner.

Konkurranselovens formål er å fremme konkurranse, for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. For at dette formålet skal oppnås, er det viktig med et godt utformet konkurranseregulering, en effektiv sanksjonering av brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser om konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling og en velfungerende fusjonskontroll.

Innføring av markedsetterforskning kan bidra til et mer effektivt tilsyn med konkurransen, ved at Konkurransetilsynet gis anledning til å gripe inn i markeder med store og komplekse konkurranseutfordringer, selv om det ikke har skjedd brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser.

En av de viktigste effektene av konkurranseloven og Konkurransetilsynets håndheving, er den allmennpreventive virkningen. Når andre foretak observerer hvordan tilsynet sanksjonerer overtredelser av konkurranselovens forbudsbestemmelser, vil dette bidra til at andre foretak avskrekkes fra adferd som utgjør brudd på konkurranseloven. Markedsetterforskningssaker omfatter ikke brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser, og eventuelle vedtak vil derfor ikke omfatte bruk av tilsynets reaksjonsmidler, som overtredelsesgebyr og påbud om opphør, på samme måte. Av den grunn vil markedsetterforskningssaker i mindre grad enn overtredelsesaker gi opphav til allmennpreventive virkninger. Dette gjelder først og fremst på kort sikt, før markedsetterforskning har virket en stund og Konkurransetilsynet har fattet eventuelle vedtak om avhjelpende tiltak.

For at Konkurransetilsynets samlede virksomhet skal bidra til størst mulig samfunnsøkonomisk overskudd, er det viktig at tilsynet anvender sine ressurser der de forventede samfunnsøkonomiske gevinstene er størst. Innføringen av markedsetterforskning endrer etter departementets vurdering ikke dette. Etter departementets vurdering vil markedsetterforskning kunne bidra til å øke summen av de samfunnsøkonomiske gevinstene ved Konkurransetilsynets samlede virksomhet, siden tilsynet kan treffe avhjelpende tiltak mot flere konkurransebegrensninger i markeder enn hva som er tilfelle med nåværende regler.

### 5.2 Konsekvenser for det offentlige

Konkurransetilsynet har stor frihet til å prioritere hvilke saker det tar opp til behandling innenfor rammene i departementets styringsdokumenter, og kan ikke instrueres i enkeltsaker. Markedsetterforskningssaker vil være ressurskrevende for tilsynet. Hvis markedsetterforskning gjør at Konkurransetilsynet må nedprioritere håndheving av forbudsbestemmelsene eller fusjonskontrollen, kan dette totalt sett innebære negative virkninger for konkurransen og forbrukerne. Fordeling av tilgjengelige ressurser på ulike håndhevsaktiviteter, markedsetterforskning m.m., er imidlertid alltid en prioriteringssak for tilsynet. Det er derfor viktig at Konkurransetilsynet selv kan velge når en markedsetterforskning skal prioriteres.

Konsekvensene av forslaget for Konkurransetilsynet vil avhenge av hvor mange markedsetterforskningssaker Konkurransetilsynet behandler, og utfallet i de enkelte sakene. Konsekvensene omfatter ressursbruk benyttet i markedsetterforskningssaker med mulige påfølgende kostnader i forbindelse med klage- og domstolsbehandling av klagesaker, samt til oppfølging av eventuelle vedtak. I tillegg vil Konkurransetilsynet ha kostnader til forvalter, hvis det inngår i oppfølgingen av et vedtak.

Det vil også gå med ressurser til veiledning og utarbeidelse av retningslinjer, som informerer

næringslivet om hvilke typer konkurranseutfordringer og adferd som kan være særlig aktuelle å gripe inn mot ved implementering av markedsetterforskning.

En markedsetterforskning vil kreve ressurser knyttet til informasjonsinnhenting. Ressursbehovet vil etter departementets syn ikke være større enn ressursbruken ved informasjonsinnhenting hjemlet i konkurranseloven § 24 knyttet til håndheving av forbuds- og inngrepsbestemmelsene, eller øvrige tiltak.

Eventuelle klagesaker vil medføre økt ressursbruk i Konkurransklagenemda, og i domstolene hvis klagen tas videre fra nemnda. Omfanget av dette avhenger av antall saker som påklages og størrelsen på sakene. Dette er tilsvarende som for andre vedtak Konkurransetilsynet fatter. Departementet understreker samtidig at klagesaker på vedtak av en markedsetterforskning kan kreve en annen type kompetanse, og dermed ressursbruk, i klagegangen fordi det kan innebære komplekse vurderinger av markedsforhold som ikke er i strid med loven. Ved eventuell omgjøring av vedtak vil også klagepart på vanlig måte kunne ha rett på å få sakskostnader dekket, etter forvaltningslovens regler.

I ekstraordinære tilfeller kan anvendelsen av markedsetterforskning medføre at staten blir erstatningsansvarlig. Det kan oppstå krav om erstatning eller kompensasjon hvis et tiltak utgjør et inngrep i eiendomsretten. Det kan være tilfellet hvis et tiltak anses som et ekspropriasjonsinngrep etter Grunnloven § 105, eller hvis kompensasjon anses som nødvendig for at et tiltak skal være forholdsmessig, jf. EMK P1-1. Omfanget av denne mulige kostnaden er vanskelig å anslå, og departementet legger til grunn at et erstatningsansvar for staten som følge av rettmessige pålagte tiltak etter en markedsetterforskning kun vil bli aktuelt i ekstraordinære tilfeller. Inndekning av et eventuelt erstatningsansvar for staten vil bli fulgt opp i de ordinære budsjettprosessene.

### **5.3 Konsekvenser for næringslivet**

Departementet vurderer at forslag om markedsetterforskning kan være til fordel for de deler av næringslivet som får sin konkurransekraft styrket som følge av at konkurransebegrensende adferd opphører eller konkurranseskadelige strukturer fjernes. Mindre eller potensielle nye aktører i markedet vil for eksempel tjene på at etableringshindringer i et marked blir redusert som følge av tiltak etter en markedsetterforskning.

Tiltak som følge av en markedsetterforskning er ment å bidra til å redusere etableringshindringer i et marked. Isolert sett stimulerer det til nyetablering, også for eventuelle utenlandske aktører som ønsker å etablere seg. Det er departementets vurdering at forslaget kan virke positivt også for eventuelle utenlandske konkurrenter. Departementet viser i denne sammenheng til at markedsetterforskning er innført eller foreslått innført i flere andre jurisdiksjoner, og at det derfor er forhold aktører må forholde seg til også utenfor Norge.

Innføring av markedsetterforskning kan medføre økte kostnader for næringslivet. Særlig rettslige prosesser forbundet med vedtak i en markedsetterforskningssak kan medføre kostnader for næringslivet. Videre vil det være kostnader knyttet til oppfølging av selve markedsetterforskningen, til etterlevelse av eventuelle vedtak, og til en eventuell påfølgende klagebehandling.

Fordi tiltak iverksatt i forbindelse med en markedsetterforskningssak kan begrense forretningsatferd som i dag er tillatt innenfor gjeldende konkurranseregelverk, vil bruken av markedsetterforskning bygge på nye vurderinger som ikke nødvendigvis fullt ut sammenfaller med dem som følger av konkurranselovens forbuds- og inngrepsbestemmelser. Å vurdere risikoen for å bli en del av en markedsetterforskning kan kreve omfattende vurderinger for næringslivsaktører, med høye krav til juridisk og økonomisk kompetanse. Usikkerhet rundt hvilke forhold det kan være aktuelt for Konkurransetilsynet å gripe inn mot, kan svekke forutberegneligheten for næringslivet.

Etter hvert som markedsetterforskninger blir gjennomført, er det rimelig å anta at usikkerheten rundt anvendelsen av regelverket vil reduseres. Usikkerheten er videre søkt gjort så liten som mulig ved utformingen av reglene om markedsetterforskning, blant annet gjennom forslagets vesentlighetsterskel. I tillegg er forslaget lagt opp til å innebære en så åpen prosess som mulig, blant annet gjennom lovforslagets krav til innhold i utkast til åpningsbeslutning av en markedsetterforskning og høringen av denne. Videre vil også veiledningsplikten etter forvaltningsloven § 11 gjelde i markedsetterforskningssaker.

Vesentlighetsterskelen gjelder også for markedsetterforskninger av forhold som er egnet til å vesentlig begrense konkurransen i strid med lovens formål. Når vurderinger gjelder framover-skuede forhold, innebærer det svekket forutberegnelighet for næringslivet. Det er likevel departementets vurdering at å ikke gi Konkur-

ransetilsynet mulighet til å gripe inn i forhold som er egnet til å begrense konkurransen fremover i tid, vil bidra til å svekke de positive konsekvensene dette kan ha for konkurranse og effektiv ressursbruk. Dette kan for eksempel være tilfellet når det å finne tiltak som retter opp en inntruffet konkurranseskade i et marked, er mer kostbart enn å treffe tiltak som forhindrer at konkurransebegrensninger oppstår.

Departementet viser dessuten til at det ikke foreslås å gi Konkurransetilsynet mulighet til å treffe midlertidige avhjelpende tiltak. Dette vil fjerne noe av usikkerheten i en pågående markedsetterforskning, i tillegg til partenes

eventuelle kostnader i forbindelse med et midlertidig vedtak.

At en markedsetterforskning kan være en langvarig prosess kan i seg selv utgjøre en belastning. For partene kan prosessen innebære kostnader knyttet til overlevering av data og informasjon, samt kostnader knyttet til eventuelle vedtak rettet mot partene. Partene vil også ha kostnader i forbindelse med en eventuell klagebehandling i etterkant av et vedtak. Vedtak kan videre omgjøres i klageomgangen eller i domstolene. Omfanget og størrelsen av relevante kostnader vil avhenge av størrelsen på og hvor langt en klagesak går.

## 6 Merknader til de enkelte bestemmelsene i lovforslaget

### 6.1 Endringer i konkurranseloven

#### Til § 3

Endringene i andre ledd første punktum innebærer ikke noen endring i rettstilstanden.

Endringen i bestemmelsens andre ledd andre punktum gir hjemmel for Kongen i statsråd til å fastsette forskrift om unntak fra adgangen i § 41 til å igangsette markedsetterforskning og fra adgangen i § 42 til å pålegge avhjelpende tiltak i markedsetterforskningssakene, som er nødvendige for å gjennomføre landbruks- og fiskeripolitikken. Unntaket fra konkurranseloven for samarbeid innen landbruk og fiske (primærnæringsunntaket) skal ha samme rekkevidde overfor markedsetterforskning som overfor forbudsbestemmelsene i §§ 10 og 11.

#### Til § 9

Det legges til en ny bokstav f i første ledd, slik at markedsetterforskning fremgår som en av Konkurransetilsynets oppgaver.

For å beholde systematikken og sammenhengen i bestemmelsen, er nåværende første ledd bokstav e andre punktum flyttet til første ledd andre punktum. Dette endrer ikke på rettstilstanden.

#### Til § 26

Endringen i § 26 første ledd bokstav c medfører at utsatt offentlighet også gjelder i saker om overtredelse av vedtak om avhjelpende tiltak etter § 42.

Endringen i andre ledd andre punktum retter opp i en inkurie som oppsto under behandlingen av Prop. 136 L (2021–2022) Endringer i konkurranseloven m.m. (unntak fra offentliglova og beregning av renter). Ved en feil ble tidligere § 26 første ledd tredje punktum om påtalebegjæring opphevet.

#### Til § 29 første ledd

Første ledd bokstav b endres slik at det kan gis overtredelsesgebyr ved overtredelse av vedtak

om avhjelpende tiltak fattet som et ledd i en markedsetterforskning, jf. § 42.

#### Til § 39

Første ledd får et tillegg om at fristen for å klage på vedtak om avhjelpende tiltak i markedsetterforskningssaker er to måneder. Dette er et unntak fra den alminnelige fristen i forvaltningsloven på tre uker. Fristen er den samme som fristen for å klage på pålegg om opphør etter konkurranseloven § 12 første ledd.

Paragrafen får et nytt andre ledd om oppsettende virkning. Andre ledd første punktum innebærer at vedtak om avhjelpende tiltak etter § 42 skal gis oppsettende virkning frem til en klage er ferdig behandlet i klageinstansen. Oppsettende virkning innebærer at vedtaket ikke kan iverksettes før klagen er avgjort. Dette er et unntak fra forvaltningsloven, der utgangspunktet er at organet som fatter vedtaket har hjemmel til å beslutte om det skal ha oppsettende virkning. Vedtak etter § 42 gis oppsettende virkning fordi gjennomføring kan føre til irreversible skadevirkninger selv om vedtaket omgjøres eller oppheves i klageomgangen. Oppsettende virkning gjelder uavhengig av type tiltak. Andre punktum gjør unntak fra utgangspunktet i første punktum for tilfeller der konkurransebegrensningen klart forverres hvis vedtaket gis oppsettende virkning.

#### Til § 41

Paragrafen er ny og regulerer Konkurransetilsynets åpning av markedsetterforskninger. *Første ledd* oppgir vilkårene for når en markedsetterforskning kan igangsettes.

Konkurransetilsynet kan gjennomføre en markedsetterforskning i ett eller flere markeder eller deler av markeder hvis det er forhold som tilsier at konkurransen er vesentlig begrenset eller står i fare for å bli vesentlig begrenset i strid med lovens formål.

Begrepet «forhold» skal tolkes vidt, og kan etter sin ordlyd omfatte samtlige omstendigheter ved et marked som kan påvirke konkurransen.



Disse kan for eksempel gjelde et markeds struktur, virkemåte, eller aktørenes adferd i markedet.

Eksempler på forhold som kan være relevante ved vurderingen av om en markedsetterforskning bør åpnes, er høy konsentrasjon i et marked, betydelige etableringshindringer, sterk kjøpermakt eller stor grad av minoritetseierskap. Det kan også dreie seg om forbrukermønstre eller forbrukeres valgmuligheter, eksempelvis der kundene har begrenset tilgang på informasjon av betydning for å vurdere utbyttet av handelen (asymmetrisk informasjonstilgang) eller hvor nettverkseffekter eller andre elementer gjør at kundene kobles mot en leverandør på en slik måte at konkurransen begrenses.

Stordriftsfordeler og høye byttekostnader kan også være relevante forhold. Dette er markedstrekk som kan virke forstyrrende, og dermed bidra til at konkurransen ikke fungerer tilfredsstillende. En markedsetterforskning kan særlig være aktuelt hvor konkurranseutfordringene har sin opprinnelse i en kombinasjon av strukturelle og adferdsmessige forhold, jf. omtale av terskelen for å igangsette markedsetterforskning i punkt 3.3.3.

I tillegg til momentene nevnt ovenfor, er det i vurderingen av om den rettslige terskelen for igangsetting er oppfylt, relevant å se hen til om markedet er kjennetegnet av vedvarende høye priser og høye marginer, eller lav grad av kvalitet, service, produktutvikling og innovasjon. Eksempelene som nevnes her er ikke uttømmende. Konkurransetilsynet må ikke ta hensyn til samtlige momenter i vurderingen av om det skal iverksettes en markedsetterforskning. Se punkt 2.4.3 for en nærmere redegjørelse for typer forhold som kan begrunne åpning av en markedsetterforskning.

Begrepet «tilsier» innebærer at det kreves en antatt årsakssammenheng mellom de forholdene som det er aktuelt å undersøke, og den konkurransebegrensningen som er et resultat av et eller flere av disse forholdene. For å åpne en markedsetterforskning er det imidlertid ikke et krav om at Konkurransetilsynet påviser en faktisk årsakssammenheng. Det er tilstrekkelig å redegjøre for en antatt sammenheng.

Beviskravene for igangsetting av markedsetterforskning er lavere enn beviskravet for å fatte vedtak om avhjelpende tiltak, jf. «tilsier». I dette ligger at beviskravet er lavere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Begrepet «markeder» skal tolkes vidt, og det er ikke noe krav om en markedsavgrensning før en markedsetterforskning igangsettes. Som ledd i at Konkurransetilsynet må utarbeide et utkast til

beslutning som deretter skal høres, jf. andre ledd, må likevel tilsynet beskrive de aktuelle forholdene som skal undersøkes, og sammenhengen med konkurransebegrensningen de resulterer eller kan resultere i.

Ordlyden «står i fare for» antyder at det ikke er et krav om at en konkret konkurransebegrensning allerede har materialisert seg som følge av de forholdene som skal undersøkes i en markedsetterforskning. Det er dermed mulig å starte en markedsetterforskning for å undersøke om et eller flere forhold tilsier at en konkurransebegrensning kan oppstå i fremtiden, og ikke kun for å undersøke om forholdene har ført til konkurransebegrensninger.

Det er et vilkår at den aktuelle konkurransebegrensningen er «vesentlig». Det innebærer at Konkurransetilsynet bare kan igangsette markedsetterforskning i markeder hvor forholdene kan ha en kvalifisert virkning på konkurransen. I det ligger et krav om at den aktuelle konkurransebegrensningen har et visst omfang eller alvorlighet, for eksempel ved at den berører mange aktører, utgjør en betydelig etableringshindring, eller at den fører til vedvarende høye priser eller lite innovasjon. Relevante forhold kan gjelde både adferd og andre omstendigheter, samt en kombinasjon av adferd og øvrige omstendigheter. Vesentlighetsterskelen som gjelder for å igangsette markedsetterforskning tilsvarer terskelen for å fatte vedtak om avhjelpende tiltak etter § 42 første ledd. Det stilles dermed samme krav til den antatte og den konstaterte konkurransebegrensningens alvorlighetsgrad.

Etter *andre* ledd skal Konkurransetilsynet gjennomføre en høring av utkast til beslutning om markedsetterforskning før det treffes endelig beslutning. Se nærmere beskrivelse av høringsprosessen i punkt 4.4.3.

I utkastet til beslutning, bør tilsynet konkretisere forholdene som er relevante i vurderingen av om omstendigheter eller adferd kan vesentlig begrense konkurransen.

Høringen gjennomføres ved at utkastet til beslutningsgrunnlag sendes ut til et utvalg aktører som er identifisert på forhånd. Både enkeltaktører, bransjeorganisasjoner, forbrukerorganisasjoner, sektormyndigheter, interesseorganisasjoner og andre interessenter er aktuelle. I tillegg publiseres høringen på Konkurransetilsynets nettside.

Formålet med offentlig høring av utkastet til beslutning, er å gi markedsaktørene og øvrige interessegrupper informasjon og mulighet til å komme med innspill til Konkurransetilsynets foreløpige vurdering. Høringsprosessen skal dermed

bidra til å styrke beslutningsgrunnlaget, slik at Konkurransetilsynet får et så godt grunnlag som mulig ved avgjørelsen av om markedsetterforskning skal igangsettes og hva den skal omfatte. En offentlig høring vil også øke gjennomslutningskraften i prosessen og dermed styrke beslutningens legitimitet.

Utkast til beslutning skal gi informasjon om bakgrunnen for markedsetterforskningen, herunder om Konkurransetilsynet har mottatt pålegg eller anmodninger om å vurdere oppstart av en markedsetterforskning. Videre skal det gis en overordnet beskrivelse av markedene som omfattes, jf. også kravene i § 41 fjerde ledd, se nedenfor. Hvilke forhold som tilsier at konkurransen er vesentlig begrenset eller står i fare for å bli vesentlig begrenset skal også beskrives, jf. den materielle terskelen for å åpne en markedsetterforskning i § 41 første ledd. Konkurransetilsynet skal foreløpig skissere hvilke tiltak som kan være aktuelle for å bedre konkurransen. Fristen for å gi innspill til høringen skal være minimum seks uker fra høringsnotatet ble publisert.

Det følger av bestemmelsens *tredje ledd* at det er Konkurransetilsynet som beslutter om en markedsetterforskning skal gjennomføres. Slik beslutning skal treffes uten ugrunnet opphold etter at høringen er avsluttet, og senest innen fire måneder etter høringsfristens utløp. Hvis innspillene eller andre forhold gjør at omfanget av eller gjenstanden for markedsetterforskningen vil bli vesentlig endret, bør tilsynet gjennomføre en ny høring.

Beslutning om å gjennomføre en markedsetterforskning skal offentliggjøres, jf. *tredje ledd tredje punktum*. Tidspunktet for offentliggjøring danner utgangspunktet for beregning av fristen for å pålegge avhjelpende tiltak etter § 42 tredje ledd. Offentliggjøring av beslutningen skal skje uten ugrunnet opphold etter at den ble truffet. Etter *tredje ledd fjerde punktum* er beslutning om oppstart av en markedsetterforskning en prosessledende avgjørelse som ikke kan påklages. Der hvor aktørene blir pålagt å gi opplysninger etter konkurranseloven § 24 som ledd i markedsetterforskningen, kan aktørene imidlertid klage på dette pålegget, jf. forskrift om opplysningsplikt og bevissikring § 1 jf. forvaltningsloven § 14.

*Fjerde ledd* stiller opp minimumskrav til innholdet av både utkastet til beslutning om å gjennomføre markedsetterforskning, og til selve beslutningen. Både utkastet og beslutningen skal inneholde informasjon om hvilke varer og tjenester, aktører og markeder som vil være omfattet av markedsetterforskningen. Dette innebærer at

Konkurransetilsynet må gi en overordnet beskrivelse av disse forholdene, men det er ikke nødvendig å foreta en konkret markedsavgrensning. Selv om det ikke stilles uttrykkelig krav om det i lovteksten, bør åpningsbeslutningen på samme måte som utkastet også beskrive hvilke forhold som tilsier at konkurransen er vesentlig begrenset eller står i fare for å bli vesentlig begrenset, og som dermed begrunner at vilkårene for å åpne markedsetterforskning er oppfylt. Videre skal det også gis en foreløpig beskrivelse av hvilke tiltak som kan være aktuelle for å bøte på konkurranseproblemer.

#### Til § 42

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

Bestemmelsens *første ledd* angir vilkårene for pålegg om avhjelpende tiltak. Tiltak kan bare ilegges hvis det foreligger forhold som «vesentlig begrenser» eller «er egnet til å vesentlig begrense konkurransen».

Begrepet «foreligger» innebærer et krav om at de forholdene det skal gripes inn mot er reelle. Beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Begrepet «forhold» omfatter det samme som etter § 41 første ledd. Forhold som begrunner konkrete avhjelpende tiltak etter en markedsetterforskning, må ikke ha vært en del av begrunnelsen for markedsetterforskningen. Forholdet kan dermed ha blitt oppdaget underveis i markedsetterforskningen. Etter omstendighetene kan det imidlertid være nødvendig å gjøre mulig berørte markedsaktører oppmerksomme på de nye forholdene, jf. blant annet forvaltningsloven § 17 tredje ledd. For en nærmere beskrivelse av typen forhold som kan begrunne en markedsetterforskning og påfølgende pålegg om tiltak, viser departementet til den ikke-uttømmende gjennomgangen i merknaden til § 41 og punkt 2.4.4 og 3.4.3.1.

I ordlyden «vesentlig begrenser» ligger en forutsetning om at forholdene tilsynet griper inn mot er en årsaksfaktor til konkurransebegrensningen tiltaket skal avhjelpe.

Vesentlighetskravet innebærer at konkurransebegrensningen må fremstå som vedvarende eller gjentatt. Den må ikke ha en kortvarig eller

midlertidig karakter. Konkurransetilsynet kan dermed bare pålegge avhjelpende tiltak der forholdene som begrunner tiltakene har eller er egnet til å ha en kvalifisert virkning på konkurransen, og at konkurransebegrensningen har et visst omfang eller alvorlighet. Både adferd og andre omstendigheter, samt en kombinasjon av disse, kan være relevante forhold. Konkurransetilsynet må i et eventuelt vedtak begrunne hvorfor den aktuelle eller potensielle konkurransebegrensningen vurderes som «vesentlig».

De avhjelpende tiltakene kan omfatte ethvert tiltak som er nødvendig for å fjerne eller redusere begrensningen av konkurransen. Der hvor tiltakene retter seg mot forhold som er egnet til å vesentlig begrense konkurransen, må de avhjelpende tiltakene være nødvendige for å eliminere eller redusere den potensielle konkurransebegrensningen. De avhjelpende tiltakene kan i slike tilfeller være tiltak som forhindrer at konkurransebegrensningen oppstår, eller reduserer den potensielle konkurransebegrensningen. Departementet understreker at ordlyden «begrensningen av konkurransen» i bestemmelsen omfatter både aktuelle og potensielle konkurransebegrensninger.

Begrepet «egnet til» innebærer for det første at Konkurransetilsynet kan pålegge tiltak uten at forholdene det gripes inn mot faktisk har ført til en vesentlig konkurransebegrensning. For det andre innebærer det et krav om at de aktuelle forholdene både kan, og med en viss grad av sannsynlighet *vil*, føre til vesentlige konkurransebegrensninger hvis det ikke pålegges avhjelpende tiltak. Se punkt 3.4.3.1 for en nærmere redegjørelse av begrepet «egnet til».

Konkurransetilsynet kan pålegge alle typer tiltak, jf. begrepet «ethvert». De mulige tiltakene er imidlertid begrenset til de som er «nødvendige for å redusere eller fjerne konkurransebegrensningen». Det innebærer at tilsynet må sannsynliggjøre at et tiltak vil redusere eller fjerne de aktuelle konkurransebegrensningene, og at tiltaket er nødvendig for at det vil skje.

I kravet om at tiltakene må være nødvendige, ligger det også et krav om forholdsmessighet. Konkurransetilsynet kan etter *tredje punktum* bare pålegge strukturelle tiltak hvis det ikke finnes like effektive adferdsregulerende tiltak, eller hvis adferdsregulerende tiltak vil være mer byrdefullt for foretaket. Dette innebærer at strukturelle tiltak, typisk salg av virksomhet eller deler av virksomhet, eiendeler eller andre rettigheter, er en siste løsning som bare kan pålegges hvis adferdsregulerende tiltak ikke er egnet.

Bestemmelsens *andre ledd* hjemler adgangen til å vedta avhjelpende tiltak et foretak selv har foreslått, se omtale i punkt 3.5.1.3.

Bestemmelsen åpner for at et foretak kan foreslå avhjelpende tiltak til Konkurransetilsynet. Tilsynet kan gjøre slike foreslåtte tiltak bindende for foretaket. Hvis Konkurransetilsynet fatter vedtak om å gjøre et foreslått tiltak bindende, skal vedtaket slå fast at tilsynet ikke kan gå videre med saken etter første ledd. Forutsetningen er at tiltaket eller tiltakene gjennomføres. Det innebærer i praksis at saken for det aktuelle foretaket avsluttes, og at foretaket ikke kan pålegges ytterligere tiltak på bakgrunn av den aktuelle markedsetterforskningen.

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

Bestemmelsens *tredje ledd* regulerer fristen for å pålegge avhjelpende tiltak, både ved tiltak som Konkurransetilsynet selv utformer og tiltak som foreslås av partene. Det følger av *tredje ledd første punktum* at fristen løper ut etter 18 måneder. Utgangspunktet for beregning av fristen er tidspunktet da beslutning om markedsetterforskning offentliggjøres i henhold til § 41 tredje ledd.

Av *tredje ledd andre punktum* fremgår det imidlertid at fristen kan forlenges med «inntil» seks måneder i «særlige tilfeller».

At fristen kan forlenges med «inntil» seks måneder, skal forstås som at fristen ikke kan utvides mer enn det som er nødvendig som følge av de omstendighetene som begrunner fristforlengelsen, og uansett ikke med mer enn seks måneder.

Tilfeller hvor spesielle omstendigheter har forsinket utredningsprosessen, eksempelvis forsinkelser som gjelder svar på pålegg om opplysningsplikt eller der partene har etterspurt utsatt frist for tilbakemelding på varsel om vedtak, kan gi grunnlag for forlenget frist. Et annet eksempel er hvis utredningsprosessen har avdekket at dypere og mer tidkrevende analyser kreves for å sikre at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Fristen kan også utvides hvis et foretaks forslag til avhjelpende tiltak etter § 42 andre ledd kommer sent i prosessen, og tilsynet derfor ikke får mulighet til å foreta en grundig vurdering av tiltakene innenfor tiden de har til disposisjon. Videre kan fristen utvides hvis et foretak som er part i saken ber om fristutsettelse og de øvrige berørte foretakene ikke motsetter seg det eller

samtykker til det. Prioriteringer og kapasitetshensyn hos Konkurransetilsynet kan derimot ikke begrunne fristforlengelse.

Konkurransetilsynets beslutning om å forlenge fristen vil være en prosessledende avgjørelse som ikke kan påklages. Beslutningen om fristforlengelse skal offentliggjøres.

Av *fjerde ledd* fremgår at Konkurransetilsynet kan oppnevne en forvalter til å bistå ved gjennomføringen av vedtak etter første eller andre ledd. Markedsetterforskningssakene skiller seg fra fusjonssaker og overtredelsessaker, og det er derfor opp til Konkurransetilsynet å vurdere om det er behov for forvalter i disse sakene. Hvis det oppnevnes forvalter, følger det av *andre punktum* at Konkurransetilsynet skal dekke forvalters godtgjørelse. Se omtale i punkt. 3.5.3.3. Tredje punktum gir hjemmel for at Kongen kan gi forskrift om nærmere regler om oppnevning og forvalters oppgaver etter § 42 fjerde ledd.

Bestemmelsens *femte ledd* regulerer omgjøring av vedtak etter første og andre ledd. Omgjøringsadgangen er utvidet sammenlignet med den alminnelige adgangen til omgjøring etter forvaltningsloven § 35. Bestemmelsen er utformet etter inspirasjon fra § 12 fjerde ledd, men gir en snævrere adgang til omgjøring enn det som gjelder for avhjelpende tiltak fra partene i overtredelsessakene. Til forskjell fra § 12 fjerde ledd, kan ikke vedtak om avhjelpende tiltak i markedsetterforskningssaker omgjøres hvis foretakene handler i strid med vedtaket. I slike tilfeller må Konkurransetilsynet heller håndheve vedtaket om avhjelpende tiltak overfor foretakene. Omgjøringsadgangen i forvaltningsloven § 35 gjelder i tillegg til omgjøringsadgangen etter § 42 femte ledd.

Bestemmelsens *sjette ledd* regulerer klageinstansens kompetanse. Konkurranseskjemenemnda er klageinstans. Ved klager på vedtak etter bestemmelsen kan klageinstansen oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak. Alternativt kan klageinstansen beslutte at saken skal sendes tilbake til Konkurransetilsynet for en ny vurdering. Å sende saken tilbake til tilsynet kan være aktuelt hvis klageinstansen er enig i at vilkårene for å fatte vedtak om inngrep er oppfylt, men at de vedtatte tiltakene ikke kan opprettholdes, enten fordi de ikke er nødvendige, egnede eller forholdsmessige. Konkurransetilsynet får da muligheten til å fatte et nytt vedtak innen tre måneder. Av bestemmelsen følger det at fristen i tredje ledd, som slår fast at Konkurransetilsynet må treffe vedtak innen 18 måneder fra markedsetterforskningen ble åpnet, med mulighet for forlengelse i seks måneder i særlige tilfeller, ikke gjelder når

Konkurransetilsynet treffer et nytt vedtak etter en klagebehandling.

Klageinstansens kompetanse i klager på vedtak som fattes med grunnlag i avhjelpende tiltak som foreslås av partene begrenses dermed etter denne bestemmelsen i forhold til alminnelig klagebehandling etter forvaltningsloven, der klageorganet kan erstatte førsteinstansens vedtak med sitt eget. Denne løsningen er en følge av systemet i ordningen med avhjelpende tiltak, på tilsvarende måte som reguleringen i § 12 tredje ledd syvende punktum er det. Det påklagede vedtaket hviler på tilbud om avhjelpende tiltak fra foretaket, som fremkommer i et samarbeid med Konkurransetilsynet og underlegges Konkurransetilsynets faglige skjønn med hensyn til om tiltakene skal vedtas som bindende eller ikke. Hvis et slikt vedtak er ugyldig, men uten at et nytt vedtak er utelukket, må foretaket kunne bestemme om det vil komme med tilbud om nye tiltak og tilsynet må kunne bestemme om det vil prioritere pålegg etter § 42 første ledd, eller gå inn i nye drøftinger med foretaket. Selv der ugyldighetsgrunnene kan repareres i klageomgangen er det etter departementets vurdering mer hensiktsmessig at saken avgjøres av Konkurransetilsynet.

#### Til § 43

Bestemmelsen regulerer forholdet til reglene om kontroll med foretakssammenslutninger. Det fremgår av bestemmelsens *første ledd* at avhjelpende tiltak etter § 42 ikke kan omfatte salg av eiendeler ervervet som ledd i en foretakssammenslutning der Konkurransetilsynet, Konkurranseskjemenemnda, norske domstoler, Europakommisjonen eller Den europeiske unions domstol har avsluttet saken, med mindre det er gått mer enn ti år etter at saken ble avsluttet. Henvisningen til Den europeiske unions domstol omfatter både Underretten og Domstolen. Tiårsfristen gjelder fra datoen foretakssammenslutningen blir godkjent, og frem til Konkurransetilsynet fatter vedtak i medhold av § 42.

#### Til § 44

Bestemmelsen begrenser et foretaks mulighet til å gjenerverve eiendeler som er solgt på grunnlag av avhjelpende tiltak etter § 42, før det er gått fem år. Dette gjelder ikke hvis foretaket kan bevise at markedsforholdene har endret seg i en slik grad at det ikke lenger er grunnlag for vedtak. Det er foretaket som har bevisbyrden for å påvise at forholdene har endret seg. Beviskravet er alminnelig

sannsynlighetsovervekt. Bestemmelsen skal hindre at et vedtak om avhjelpende tiltak kan omgå ved gjennerverv, og dermed at det skjer en reetablering av forholdene som begrunnet vedtaket om avhjelpende tiltak.

#### *Til § 45*

Bestemmelsen begrenser adgangen til å igangsette en ny markedsetterforskning i et marked som tidligere har vært en del av en markedsetterforskning.

Begrensningen gjelder for markeder som i det vesentlige tilsvarende et marked som har vært omfattet av en markedsetterforskning i løpet av de siste 3 årene. Fristen løper fra det tidspunktet markedsetterforskningen er avsluttet. Bestemmelsen er ikke til hinder for at det åpnes markedsetterforskning som omfatter markeder eller aktører som har vært del av en markedsetterforskning i løpet av de siste tre årene, så lenge formålet med markedsetterforskningen ikke er det samme, eller etterforskningen i det vesentlige ikke rettes mot de samme aktørene. Kravet om at markedsetterforskningen må ha «et annet formål», innebærer for eksempel at markedsetterforskningen må gjelde andre aspekter ved markedet, andre konkurranseproblemer eller skadehypoteser. Også det forhold at markedsforholdene har endret seg siden forrige markedsetterforskning kan føre til at formålet med etterforskningen ikke er det samme.

#### *Til § 46*

Bestemmelsen regulerer plikten til å offentliggjøre avslutning av en markedsetterforskning.

Det følger allerede av § 22 at Konkurransetilsynet skal offentliggjøre sine vedtak. Dette innebærer at vedtak som Konkurransetilsynet fatter etter § 42 vil offentliggjøres på tilsynets nettsider. Bestemmelsen i § 46 får dermed først selvstendig betydning hvis en markedsetterforskning avsluttes på annen måte enn ved pålegg om avhjelpende tiltak i medhold av § 42. Dette er for eksempel der saken legges bort etter gjennomført markedsetterforskning uten videre tiltak, at Konkurransetilsynet mener det er mer egnet med en forskrift etter § 14 og kommer med en anbefaling om dette, eller at tilsynet mener at det er mest hensiktsmessig med en påpekning til andre myndigheter etter konkurranseloven § 9 første ledd bokstav e. Formålet med § 46 er å sikre at en avslutning av en markedsetterforskning som ikke resulterer i et vedtak om avhjelpende tiltak også skal offentliggjøres, slik at markedsaktørene blir gjort oppmerksom på at saken er avsluttet. Av hensyn til åpenhet i forvaltningen og forutberegnelighet for aktørene i markedet, skal tilsynet begrunne offentlig hvorfor saken legges bort. Det stilles ikke krav om noen omfattende begrunnelse. Plikten til å offentliggjøre at markedsetterforskningen er avsluttet gjelder uavhengig av måten saken avsluttes på.

#### *Til § 47*

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

Nærings- og fiskeridepartementet

t i l r å r :

At Deres Majestet godkjenner og skriver under et framlagt forslag til proposisjon til Stortinget om endringer i konkurranseloven (innføring av markedsetterforskning).

---

Vi **HARALD**, Norges Konge,

s t a d f e s t e r :

Stortinget blir bedt om å gjøre vedtak til lov om endringer i konkurranseloven (innføring av markedsetterforskning) i samsvar med et vedlagt forslag.

## Forslag til lov om endringer i konkurranseloven (innføring av markedsetterforskning)

### I

**I lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretaks-sammenslutninger gjøres følgende endringer:**

§ 3 andre ledd skal lyde:

Kongen kan *gi* forskrift om unntak fra hele eller deler av denne loven for bestemte markeder eller næringer. Kongen i statsråd skal *gi* forskrift om unntak fra §§ 10, 11, 41 og 42 som er nødvendige for å gjennomføre landbruks- og fiskeripolitikken.

§ 9 første ledd skal lyde:

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

- a) kontrollere at lovens forbud og påbud overholdes
- b) foreta nødvendige inngrep mot foretakssammenslutninger
- c) iverksette tiltak for å øke markedenes gjennomsiktighet
- d) håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54
- e) påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak, eventuelt ved å fremme forslag med sikte på å styrke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter
- f) gjennomføre markedsetterforskning i samsvar med kapittel 9.

*Hvis Konkurransetilsynet krever det, skal organet som forestår tiltaket som nevnt i første punktum bokstav e, svare tilsynet innen en nærmere angitt frist. I svaret skal det blant annet redegjøres for hvordan konkurransemessige hensyn vil bli ivaretatt.*

§ 26 første ledd bokstav c skal lyde:

- c) vedtak truffet i medhold av §§ 12 eller 42

§ 26 andre ledd andre punktum skal lyde:

*En sak som behandles av påtalemyndigheten, regnes ikke som avsluttet for påtalemyndigheten har avsluttet saken.*

§ 29 første ledd bokstav b skal lyde:

- b) overtrer vedtak etter §§ 12, 16, 16 a, 23 eller 42,

§ 39 første ledd andre punktum skal lyde:

Fristen for å klage på vedtak om pålegg om å bringe ulovlig adferd til opphør etter § 12 første ledd og vedtak om pålegg om avhjelpende tiltak etter § 42 er to måneder fra partene mottok vedtaket.

§ 39 andre ledd skal lyde:

*I saker hvor Konkurransetilsynet har fattet vedtak om avhjelpende tiltak etter § 42 skal vedtaket gis oppsettende virkning frem til klageinstansen har ferdigbehandlet klagen. Første punktum gjelder ikke hvis konkurransebegrensningen klart vil forverres ved at vedtaket gis oppsettende virkning.*

Nåværende § 39 andre til femte ledd blir tredje til nytt sjette ledd.

Nytt kapittel 9 med §§ 41 til 46 skal lyde:

### **Kapittel 9 Markedsetterforskning**

*§ 41 Igangsetting av markedsetterforskning*

Konkurransetilsynet kan gjennomføre en markedsetterforskning i ett eller flere markeder eller deler av markeder hvis det foreligger forhold som tilsier at konkurransen er eller står i fare for å bli vesentlig begrenset i strid med lovens formål.

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

Etter at høringen er avsluttet, skal Konkurransetilsynet beslutte om det skal gjennomføres en markedsetterforskning. Beslutningen skal tas uten ugrunnet opphold, og senest innen fire måneder etter høringsfristens utløp. En beslutning om å gjennomføre en markedsetterforskning skal offent-

liggjøres uten ugrunnet opphold etter at beslutningen ble truffet. Beslutningen kan ikke påklages.

Utkast til beslutning etter andre ledd og beslutning etter tredje ledd om å gjennomføre en markedsetterforskning skal inneholde informasjon om hvilke varer, tjenester, aktører og markeder som vil være omfattet av markedsetterforskningen.

#### *§ 42 Avhjelpende tiltak i saker om markedsetterforskning*

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

I saker som omfattes av første ledd, kan et foretak selv foreslå avhjelpende tiltak. Konkurransetilsynet kan da avslutte saken med et vedtak som gjør tiltakene bindende for foretaket. Vedtaket skal fastslå at Konkurransetilsynet ikke går videre med saken etter første ledd hvis tiltakene gjennomføres.

Pålegg om avhjelpende tiltak etter første og andre ledd kan treffes senest 18 måneder etter at beslutningen om å gjennomføre en markedsetterforskning er offentliggjort etter § 41 tredje ledd. I særlige tilfeller kan Konkurransetilsynet forlenge fristen med inntil seks måneder.

Konkurransetilsynet kan oppnevne en forvalter til å bistå ved gjennomføringen av vedtak etter første eller andre ledd. Forvalteren skal få sin godtgjørelse dekket av Konkurransetilsynet. Kongen kan gi forskrift om forvalterens stilling og oppgaver.

Konkurransetilsynet kan etter anmodning eller av eget tiltak omgjøre et vedtak etter første eller andre ledd hvis

- a) sentrale faktiske forhold som var vesentlige for vedtaket, endrer seg
- b) det viser seg at vedtaket bygger på ufullstendige, uriktige, eller villedende opplysninger fra foretakene.

Ved klage på vedtak etter denne bestemmelsen kan Konkurransklagenemnda oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak. Konkurransklagenemnda kan ikke fatte nytt vedtak om avhjelpende tiltak. Hvis klageinstansen kommer til at vil-

kårene i første ledd første punktum er oppfylt, men at Konkurransetilsynets tiltak ikke er nødvendige, forholdsmessige eller egnet til å avhjelpe konkurransebegrensningen, kan vedtaket oppheves, og saken sendes tilbake til tilsynet for en ny vurdering. Et nytt vedtak i saken må da fattes innen tre måneder. Fristen i tredje ledd gjelder ikke når Konkurransetilsynet fatter nytt vedtak etter en klagebehandling.

#### *§ 43 Forholdet til reglene om kontroll med foretakssammenslutninger*

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

#### *§ 44 Adgangen til gjenerverv av eiendeler som selges som følge av pålegg om avhjelpende tiltak*

Et foretak kan ikke gjenerverve eiendeler som har blitt solgt som følge av et pålegg om avhjelpende tiltak etter § 42, før fem år etter salget, med mindre markedsforholdene har endret seg i en slik grad at det ikke lenger er grunnlag for vedtaket.

#### *§ 45 Adgang til å iverksette ny markedsetterforskning*

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

Første ledd gjelder ikke hvis en ny markedsetterforskning har et annet formål, eller omfatter andre aktører enn den gjennomførte markedsetterforskningen.

#### *§ 46 Avslutning av saker om markedsetterforskning*

Det skal offentliggjøres at en markedsetterforskning avsluttes. Når saken avsluttes uten at det fattes et vedtak om pålegg om avhjelpende tiltak, skal Konkurransetilsynet angi hvorfor tilsynet ikke finner grunnlag for å gå videre med saken.

#### *§ 47 Forskrifter*

Kongen kan gi forskrift om Konkurransetilsynets gjennomføring av markedsetterforskning etter dette kapitlet.



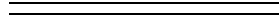
I nytt kapittel 10 med §§ 48 til 50 skal overskriften lyde:

II

Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer.  
Departementet kan gi overgangsregler.

**Kapittel 10 Ikrafttredelse m.m.**

Nåværende §§ 41 til 43 blir nye §§ 48 til 50.





Bestilling av publikasjoner

Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon  
publikasjoner.dep.no  
Telefon: 22 24 00 00

Publikasjonene er også tilgjengelige på  
[www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no)

Trykk: Departementenes sikkerhets- og  
serviceorganisasjon – 09/2024

