



Erling J. Hjelmeng og Lars Sørgard

KONKURRANSEPOLITIKK

Rettslig og økonomisk analyse



FAGBOKFORLAGET

Konkurransepolitikk

Erling J. Hjelmeng og Lars Sørgard

Konkurransopolitikk

Rettslig og økonomisk analyse



FAGBOKFORLAGET

Copyright © 2019 by
Vigmostad & Bjørke AS
All Rights Reserved

1. utgave 2014 / 1. opplag 2014

ISBN: 978-82-450-3161-4
ISBN (trykt): 978-82-450-1582-9

Tilrettelagt for e-bok: John Grieg, Bergen
Forsidedesign ved forlaget
Forsidebilde: iStock Vectors / Getty Images

Sideombrekking er utført av Laboremus Sandefjord AS

Spørsmål om denne boken kan rettes til:
Fagbokforlaget
Kanalveien 51
5068 Bergen
Tlf.: 55 38 88 00 Faks: 55 38 88 01
E-post: fagbokforlaget@fagbokforlaget.no
www.fagbokforlaget.no

Materialet er vernet etter åndsverkloven.
Uten uttrykkelig samtykke er eksemplarframstilling
bare tillatt når det er hjemlet i lov eller avtale med
Kopinor.

Forord

Denne boken er resultatet av et samarbeid vi har hatt gjennom en årrekke. Vi har i flere år undervist kurset «Konkurranserett» på masterstudiet ved Norges Handelshøyskole. I dette kurset har hver av oss gjennomgått henholdsvis jus og økonomi, og i tillegg har vi vært sammen om en rekke forelesninger og drøftet konkrete konkurransesaker. Dette har tvunget Lars til å lære jus og Erling til å lære økonomi, og slik sett har vi begge fått en bedre forståelse for samspillet mellom jus og økonomi. Strukturen på denne boken følger langt på vei den vi har hatt i dette kurset.

Vi har henholdsvis konkurransepolitikk og konkurranserett som vårt mest sentrale forskningsområde, og har begge vært aktivt involvert i både utforming av konkurransepolitikken og i konkrete konkurransesaker. Lars var for eksempel sjefføkonom i Konkurransetilsynet i perioden 2004–07, og Erling var leder for utvalget som la frem forslag til en revidert konkurranselov i 2012. Vi har også vært engasjert som rådgivere i en rekke konkurransesaker, både for parter og for Konkurransetilsynet, og i noen saker har vi endog vært på hver vår side. I de to kanskje mest sentrale sakene, som vi vil kalle henholdsvis SAS-saken og Tine-saken, var vi begge engasjert som rådgivere for staten/Konkurransetilsynet. Det betyr at vi ikke kan hevde å se alle saker fra utsiden. Vi har imidlertid etter beste evne forsøkt å få frem et objektivt bilde av sakene.

Vi har hatt stor nytte av å være del av et aktivt fagmiljø hvor konkurransepolitiske spørsmål ofte debatteres. Det er særlig grunn til å trekke frem BECCLE (Bergen Center for Competition Law and Economics), som vi begge er tilknyttet. En stor takk også til studentene på kurset «Konkurranserett», som tidlige utkast til boken er blitt testet ut på. Eirik Østerud har lest utkast til hele boken og gitt gode kommentarer, og fortjener en stor takk. Takk også til Tommy S. Gabrielsen og Andreas Jørgensen Tveito som har kommentert deler av et tidligere utkast og gitt svært nyttige kommentarer. Eventuelle gjenværende feil og mangler er selvsagt ingen av dem ansvarlig for, kun vi alene. Til slutt en stor takk til Norges forskningsråd som gjennom prosjektet «Improving Competition Policy» har støttet dette bokprosjektet.

Og helt til slutt, til hverandre: Takk for godt samarbeid. Dette har vært lærerikt!

Oslo/Bergen, februar 2014

Erling J. Hjelmeng

Lars Sørgard

Innhold

Del I: Introduksjon og oversikt

Kapittel 1: Introduksjon	15
1.1 Hvorfor lære om konkurransereglene?	15
1.2 Regulering av konkurranse	17
1.3 Formålet med konkurransereglene	20
1.4 Konkurranseregler som disiplinerer	22
1.5 Virkninger av markedsrett	25
1.6 Konkurransereglenes utforming	27
1.7 Bokens idé og struktur	31
Kapittel 2: Institusjoner og oversikt over regelverket	33
2.1 Konkurransereglene – presentasjon	33
2.1.1 Et kort tilbakeblikk	34
2.1.2 De tre hovedpilarene	35
2.2 Aktører og kompetanse	38
2.2.1 Europakommisjonen	38
2.2.2 EFTAs overvåkingsorgan (ESA)	39
2.2.3 Konkurransetilsynet	40
2.2.4 Nærings- og fiskeridepartementet	41
2.2.5 Andre organer	42
2.2.6 Øvrige kompetansegrunnlag under krrl.	43
2.3 Geografisk anvendelse og avgrensning mellom regelsettene	46
2.3.1 Påvirkningen av samhandelen og adferdsreglene	47
2.3.2 Fusjonskontroll	50

Del II: Et metodisk rammeverk

Kapittel 3: Markedsrett	52
3.1 Introduksjon	52
3.2 Begrepet «markedsrett»	53
3.3 Virkninger av markedsrett	59
3.3.1 Dødvettstap	60
3.3.2 Uproduktiv profittsøking («rent seeking»)	62

3.3.3 Høyere kostnader	65
3.3.4 Redusert innovasjon	67
3.3.5 Kvalitet og mangfold	69
3.3.5.1 Lavere kvalitet?	70
3.3.5.2 Mindre mangfold?	73
3.3.6 En oppsummering så langt	75
3.4 Konkurransmessige begrensninger	76
3.4.1 Hard konkurranse fra eksisterende konkurrenter	76
3.4.2 Betydelig kjøpermakt	80
3.4.3 Lave etableringshindringer	83
3.4.3.1 Ugjenkallelige kostnader («sunk costs»)	84
3.4.3.2 Stordrifts- og samdriftsfordeler	86
3.4.3.3 Kundelojalitet	87
3.5 Hvordan måle markedspekt?	88
3.5.1 Pris-kostnad-margin	88
3.5.2 Vedvarende profitt	90
3.5.3 Egenpriselasitet	90
3.5.4 Adferd	91
3.6 Markedsdynamikk	94
3.6.1 Vedvarende markedspekt?	94
3.6.1.1 Eksogene sunkne kostnader	96
3.6.1.2 Endogene sunkne kostnader	99
3.6.1.3 Matvareindustrien som eksempel	104
3.6.2 Monopolist for et varig gode	107
3.6.2.1 Monopolisten konkurrerer med seg selv	107
3.6.2.2 Monopolistens mulige respons	111
3.6.2.3 Implikasjoner for konkurransepolitikken	113
3.6.2.4 Bokmarkedet som eksempel	115
3.6.3 Temporære monopoler?	118
3.6.3.1 Nettverkseffekter på etterspørselssiden	118
3.6.3.2 Implikasjoner for konkurransepolitikken	121
3.6.3.3 Dataindustrien som eksempel	124
3.6.3.4 Microsoft – temporært monopol?	128
Kapittel 4: Markedsavgrensning	134
4.1 Introduksjon	134
4.2 Hva er markedsavgrensning?	136
4.2.1 Fire mulige momenter	136
4.2.2 Hvilke momenter er relevante?	138
4.2.3 Advarsel I: «Toothless fallacy»	140
4.3 SSNIP	142
4.3.1 Hva er SSNIP-testen?	142
4.3.2 Relevante opplysninger	144
4.3.3 Advarsel II: «Cellophane fallacy»	145
4.4 Kritisk tap-analyse	147
4.4.1 Den tradisjonelle kritisk tap-analysen	148

4.4.1.1	Hva er kritisk tap-analyse?	148
4.4.1.2	Utgjør ett produkt det relevante marked?	150
4.4.1.3	Utgjør to produkter det relevante markedet?	154
4.4.1.4	Avgrensning av det geografiske markedet	155
4.4.1.5	Komplementære produkter	157
4.4.2	Fra kritisk tap til diversjonsrater	158
4.4.2.1	Hvorfor er diversjonsrater nyttige?	158
4.4.2.2	Utleddning av et vilkår med diversjonsrater	160
4.4.3	Den asymmetriske SSNIP-testen	162
4.4.3.1	Hvorfor asymmetrisk SSNIP-test?	162
4.4.3.2	Utleddning av vilkåret i det asymmetriske tilfellet	164
4.4.4	Symmetrisk eller asymmetrisk SSNIP-test?	165
4.4.4.1	Hvorfor velge mellom ulike tester?	165
4.4.4.2	En sammenligning	166
4.5	Markedsavgrensning i praksis	168
4.5.1	To eksempler på markedsavgrensning	169
4.5.1.1	Priors oppkjøp av Norgården	169
4.5.1.2	Kystbussen	171
4.5.2	Prisforskjeller og priskorrelasjon	173
4.5.3	Spørreundersøkelser	176
4.5.3.1	Respons på prisøkning	176
4.5.3.2	Andrevalget (diversjonsrater)	178
4.5.3.2.1	Den symmetriske testen	178
4.5.3.2.2	Den asymmetriske testen	182
4.5.4	Etterspørselsstudier	185
4.5.4.1	Anvendelse av egenpriselasititeter	185
4.5.4.2	Hvordan anvende krysspriselasititeter?	188
4.5.5	Sjokkanalyse	190
4.6	Metodiske utfordringer	194
4.6.1	«Svart boks»-problemet	194
4.6.2	Fallgruver ved spørreundersøkelser	195
4.6.3	Hvordan finne pris-kostnadsmarginen?	198
4.7	Markedsavgrensning versus konkurranseanalyse	199
Kapittel 5: Konkurranseanalyse		202
5.1	Introduksjon	202
5.2	Ikke-koordinert adferd	203
5.2.1	Hvorfor konkurrerer bedrifter?	203
5.2.2	Kapasitetskonkurranse	204
5.2.2.1	Prisdannelsen	205
5.2.2.2	Konkurrentenes respons	207
5.2.2.3	Effekten av antallet bedrifter	208
5.2.2.4	Herfindahl-Hirschmann-indeks (HHI)	210
5.2.2.5	Hemmelige markedsandeler?	212
5.2.3	Priskonkurranse	214
5.2.3.1	Identiske produkter	214

5.2.3.1.1	Prediksjoner fra teorien	214
5.2.3.1.2	Implikasjoner for konkurranseanalysen	216
5.2.3.2	Differensierte produkter	217
5.2.3.2.1	Prisdannelsen	217
5.2.3.2.2	Konkurrentenes respons	220
5.2.3.2.3	Modellens relevans	222
5.3	Koordinert adferd	222
5.3.1	Hvorfor konkurrerer ikke bedrifter?	223
5.3.2	Teori for koordinert adferd	225
5.3.3	Er koordinert adferd opprettholdbar?	231
5.3.3.1	Antallet bedrifter og størrelsesfordelingen	231
5.3.3.2	Grunnleggende asymmetrier	232
5.3.3.3	Gjennomsiktighet og periodelengde	236
5.3.3.4	Endringer i etterspørselen	237
5.3.3.5	Graden av innovasjon	239
5.3.3.6	Etableringshindringer	241
5.3.3.7	Flermarkedskontakt	241
5.3.3.8	Produktdifferensiering	242
5.3.3.9	Strukturelle og organisatoriske bindinger	243
5.3.4	En oppsummering	244
5.4	Implikasjoner for konkurransesaker	246

Del III: De tre hovedpilarene

Kapittel 6:	Misbruk av dominerende stilling	248
6.1	Oversikt	248
6.2	Rettslig rammeverk og økonomisk analyse	249
6.2.1	Dominerende stilling	249
6.2.1.1	Begrepet «dominans»	249
6.2.1.2	Markedsavgrensning	252
6.2.1.3	Ensidig dominans	255
6.2.1.4	Kollektiv dominans	256
6.2.2	Misbruksvurderingen og effektivitetsforsvar	259
6.2.2.1	Rettspraksis	259
6.2.2.2	En økonomisk tilnærming	264
6.2.2.2.1	Signalene fra EU-kommisjonen	265
6.2.2.2.2	Når bør adferd karakteriseres som misbruk?	266
6.2.2.2.3	Effektivitetsforsvar	271
6.3	Utnyttende misbruk	271
6.3.1	Økonomisk analyse	272
6.3.2	Rettspraksis	275
6.4	Diskriminerende misbruk	277
6.4.1	Økonomisk analyse	278
6.4.1.1	Prisdiskriminering fører til økt profitt?	279
6.4.1.2	Prisdiskriminering fører til økt konkurranse?	282

6.4.1.3	Eksempel: Produktkobling	284
6.4.1.4	Relevansen for misbruksvurderingen	287
6.4.2	Rettspraksis	288
6.5	Utvalgte former for utestengende misbruk	292
6.5.1	En økonomisk tilnærming til utestengende misbruk	293
6.5.2	Rovprising	297
6.5.2.1	Det økonomiske rasjonalet for rovprising	297
6.5.2.2	Rettspraksis	300
6.5.2.2.1	Innledning	300
6.5.2.2.2	AKZO-testen	301
6.5.2.2.3	Alternative kostnadskonsepter	306
6.5.3	Marginskvis	312
6.5.3.1	Økonomisk analyse	312
6.5.3.2	Rettspraksis	318
6.5.3.2.1	Utgangspunkter	318
6.5.3.2.2	«Benchmark» for kostnader	320
6.5.3.2.3	Relevant kostnadsgrunnlag	322
6.5.3.2.4	Profittanalysen	324
6.5.3.3	Oppsummering	325
6.5.4	Eksklusivavtaler	325
6.5.4.1	Økonomisk analyse	326
6.5.4.2	Rettspraksis	333
6.5.4.3	En oppsummering	339
6.5.5	Lojalitetsrabatter	339
6.5.5.1	Økonomisk analyse	340
6.5.5.2	Rettspraksis	349
6.5.5.3	Økonomisk analyse versus rettspraksis	356
6.5.6	Forretningsnektelser	360
6.5.6.1	Økonomisk analyse	360
6.5.6.2	Rettspraksis	363
6.5.7	Produktkobling	371
6.5.7.1	Økonomiske virkninger	372
6.5.7.1.1	Utestengende virkninger	372
6.5.7.1.2	Effektivitetsgevinster?	378
6.5.7.2	Koblinger omfattet av misbruksforbudet	379
6.5.7.3	Testen for ulovlig kobling	382
6.5.8	Andre former for misbruk	388
Appendiks A: Teori for strategiske bindinger		389
A.1	Avskrekking	390
A.2	Tilpasning	392
A.3	Eksempler på strategiske bindinger	395
Kapittel 7: Konkurranseregulering og samarbeid		397
7.1	Introduksjon	397
7.1.1	Horisontalt versus vertikalt samarbeid	398

7.1.2	Noen sentrale begreper	399
7.1.3	Effektivitetsforsvaret	401
7.2	Økonomisk analyse av horisontalt samarbeid	407
7.2.1	Hvorfor forbud mot visse typer horisontalt samarbeid?	408
7.2.1.1	Incentivene til koordinert adferd	408
7.2.1.2	Bidrar kartellforbudet til hardere konkurranse?	409
7.2.2	Kartellsamarbeid i praksis	415
7.2.2.1	Hvor skadelig er kartelladferd?	415
7.2.2.2	Hva kjennetegner karteller?	418
7.2.2.3	Hvor stort er kundenes tap? (særlig om <i>passing-on</i>)	423
7.2.3	Horisontal samarbeid som er gunstig for forbrukerne?	428
7.2.3.1	Potensial for ødeleggende konkurranse	428
7.2.3.2	FoU-konkurranse	429
7.2.3.3	Komplementære produkter	431
7.2.4	Semikartell: samarbeid og konkurranse	433
7.2.5	Teori for kartellbekjempelse	437
7.2.5.1	Per se kartellforbud versus virkningsanalyse	437
7.2.5.2	Hvordan avskrekke karteller?	440
7.2.5.3	Hvordan avdekke karteller?	445
7.2.5.4	Avskrekking versus avdekking	447
7.3	Forbudet mot karteller	452
7.3.1	Grunnvilkår i kartellforbudet	452
7.3.1.1	Samordnet praksis	452
7.3.1.2	Konkurransebegrensende formål/virkning	455
7.3.1.3	Må det påvises markedsvirkninger?	463
7.3.1.4	Uavhengige foretak	465
7.3.2	Kartellovertredelser: enkeltspørsmål	466
7.3.2.1	Enkeltforetaks ansvar	466
7.3.2.2	Medvirkning til overtredelse – «facilitating practices»	470
7.3.2.3	Forsøk på overtredelse?	471
7.3.2.4	Samordning i regi av bransjeforeninger	474
7.3.2.5	Bevis for samordning	478
7.3.3	Kartellpolitikk – kan sanksjonene forbedres?	480
7.3.3.1	Bøter	481
7.3.3.1.1	Reglene for bøteutmåling	481
7.3.3.1.2	Er bøtene for lave?	487
7.3.3.1.3	Er bøtene for lite differensierte?	489
7.3.3.2	Lempning	491
7.3.3.2.1	Implementering av lempning	491
7.3.3.2.2	Bidrar lempning til avdekking av karteller?	494
7.3.3.3	Private søksmål – et tveegget sverd?	497
7.3.3.4	Forlik i kartellsaker	501
7.3.3.5	Et helhetlig perspektiv	503
7.3.4	Informasjonsutveksling	505
7.3.4.1	En økonomisk analyse	505
7.3.4.1.1	Historiske og nåværende priser og kvanta	505

7.3.4.1.2	Fremtidige priser og kvanta	509
7.3.4.2	Rettspraksis	511
7.3.4.2.1	Informasjon om fremtidig adferd	511
7.3.4.2.2	Annen informasjon (historisk og nåtidig)	513
7.3.5	Andre former for horisontalt samarbeid	521
7.4	Økonomisk analyse av vertikalt samarbeid	524
7.4.1	Ulike former for vertikale restriksjoner	525
7.4.2	Mulige motiver for vertikal integrasjon	530
7.4.3	Intramerkekonkurranse	531
7.4.3.1	Problemet med dobbelt prispåslag	532
7.4.3.1.1	Suksessivt monopol	532
7.4.3.1.2	Konkurranse nedstrøms	537
7.4.3.2	Serviceproblemet	540
7.4.3.2.1	Suksessivt monopol	540
7.4.3.2.2	Konkurranse nedstrøms – gratispassasjerproblemet	541
7.4.3.3	Opportunismeproblemet	542
7.4.3.3.1	Fare for underinvestering?	542
7.4.3.3.2	Forsterket priskonkurranse?	543
7.4.4	Intermerkekonkurranse	546
7.4.4.1	Gratispassasjerproblemet på produsentleddet	546
7.4.4.2	Konkurransedempende effekter?	547
7.4.4.2.1	Strategisk delegering	547
7.4.4.2.2	Bindende videresalgspris (RPM)	548
7.4.4.2.3	Eksklusivavtaler («single branding»)	550
7.4.4.2.4	Områdebeskyttelse (eneforhandleravtaler)	550
7.4.5	Utestenging	551
7.4.6	Kjøpermakt	553
7.4.6.1	Kjøpermakt forsterker konkurransen?	553
7.4.6.2	Kjøpermakt er skadelig?	555
7.4.7	Hvilke vertikale restriksjoner er mest realistiske?	556
7.4.8	En oppsummering	558
7.5	Regulering av vertikalt samarbeid	563
7.5.1	Oversikt	563
7.5.2	Når foreligger et vertikalt «samarbeid»?	564
7.5.3	Utviklingen i praksis & policy	567
7.5.4	Konkurranserettslig vurdering av vertikalt samarbeid	571
7.5.4.1	Gangen i analysen	571
7.5.4.2	Gruppefritaket	572
7.5.4.3	Vertikalt samarbeid og begrensning i konkurransen	577
7.5.4.4	Effektivitetsforsvar etter tredje ledd	582
7.5.4.5	«Ancillary restraints»/karensklausuler	583
7.5.5	Utvalgte vertikale restriksjoner	585
7.5.5.1	«Single branding» (eksklusivavtale)	585
7.5.5.2	Områdebeskyttelse (eneforhandleravtale)	588
7.5.5.3	Selektiv distribusjon	589

7.5.6 Agentavtaler	591
Kapittel 8: Fusjoner og oppkjøp	594
8.1 Introduksjon	594
8.2 Rettslig rammeverk	596
8.2.1 Regelsettene	596
8.2.2 Hvilke transaksjoner omfattes?	598
8.2.3 Terskelverdier, meldeplikt og prosess	601
8.2.4 Inngrepsvilkår	608
8.2.5 Inngrepskompetanse	609
8.2.6 Politisk overprøving	612
8.3 Vilkår 1: Konkurransbegrensning	613
8.3.1 Innledning	613
8.3.2 Definisjon av inngrepsvilkår 1	614
8.3.3 Gangen i analysen	619
8.3.3.1 Den tradisjonelle tilnærmingen	619
8.3.3.2 Kritikk av den tradisjonelle tilnærmingen	621
8.3.4 Horisontale fusjoner	623
8.3.4.1 Ensidede virkninger?	625
8.3.4.1.1 Homogene produkter	626
8.3.4.1.2 En pivotal aktør	627
8.3.4.1.3 Auksjonsmarkeder	630
8.3.4.1.4 Differensierte produkter	634
8.3.4.1.5 Tosidige markeder	644
8.3.4.1.6 Oppstrøms fusjoner	650
8.3.4.2 Koordinerte virkninger?	653
8.3.4.2.1 Den økonomiske analysen	654
8.3.4.2.2 Praksis	660
8.3.5 Ikke-horisontale fusjoner	667
8.3.5.1 Koordineringsproblemet	667
8.3.5.1.1 Koordinering innen den vertikale kjeden	667
8.3.5.1.2 Relevansen for horisontale fusjoner	674
8.3.5.2 Faren for utestengelse	677
8.4 Vilkår 2: Tap	681
8.4.1 Innledning	681
8.4.2 Definisjon av inngrepsvilkår 2	681
8.4.2.1 Velferdsstandard	682
8.4.2.2 Hvem skal medregnes?	686
8.4.2.3 Hva er tidsperspektivet?	688
8.4.3 Ulike typer tap	690
8.4.3.1 Dødvektstap	690
8.4.3.1.1 Hvordan beregne tapet?	690
8.4.3.1.2 Hvor stor er priselastisiteten?	693
8.4.3.1.3 Hvor stor er pris-kostnadsmarginen?	694
8.4.3.1.4 Hvor stor er prisøkningen?	695
8.4.3.2 Sløsing	701

8.4.3.3 Andre former for tap	710
8.4.3.3.1 Omfordeling av produksjonen i næringen	710
8.4.3.3.2 Endret innovasjonstakt	712
8.4.3.3.3 Endret produktutvalg	712
8.4.3.3.4 Endret kvalitet	713
8.4.4 Effektivitetsforsvaret	721
8.4.4.1 Kan økt utnyttelse av markedsrett fører til en gevinst? ...	721
8.4.4.1.1 Økt mangfold?	722
8.4.4.1.2 Gunstige prisendringer?	725
8.4.4.2 Hvilke kostnadsbesparelser er relevante?	730
8.4.4.2.1 Totalvelferdsstandarden	730
8.4.4.2.2 Konsumentvelferdsstandarden	733
8.4.5 Fusjon godkjent på vilkår	735
8.4.5.1 Innledning	735
8.4.5.2 Strukturelle vilkår	736
8.4.5.3 Adferdsvilkår	739
Referanser	741
Bøker og artikler	741
Guidelines/offentlige dokumenter	759
Saksregistre	761
EU-domstolen	761
Underretten	765
EFTA-domstolen	767
Norske domstoler	768
US Supreme Court	769
Kommisjonsvedtak	770
Vedtak fra ESA	772
Vedtak fra Konkurransetilsynet	773
Stikkord	774

Kapittel 1

Introduksjon

Tittelen på denne boken er *Konkurransopolitikk*. Det mest sentrale konkurransepolitiske anliggende er å legge til rette for å beskytte konkurransen i markedene. Dette skjer primært gjennom konkurranselovgivningen, i Norge konkurranseloven og konkurransereglene for foretak i EØS-avtalen. Dette rettsområdet – konkurranseretten – representerer en ganske unik kombinasjon av jus og økonomi. Det er ikke bare fordi vurderingene i enkeltsaker ofte innebærer økonomiske vurderinger og analyse, men også ved at den økonomiske analysen ligger til grunn for selve utformingen av konkurransepolitikken. Dette gjelder både spørsmålet om hva som skal forbys eller tillates, og spørsmålet om utforming av virkemidler og sanksjoner. Innenfor konkurranseretten lever jusen og økonomien i en slags symbiose, der vellykket konkurransepolitikk er et produkt av begge fagdisipliner. I denne boken vil samspillet mellom jus og økonomi være helt sentralt når vi drøfter utformingen av konkurransepolitiske regler og det faglige grunnlaget for inngrep i enkeltsaker.

1.1 HVORFOR LÆRE OM KONKURRANSEREGLENE?

Konkurransereglene kan ha stor betydning for bedriftene. Da det er en rekke forbudsregler, betyr det at bedriftene selv må vurdere om det de gjør, er en overtrødelse. Hvis de bryter loven, enten i Norge eller i andre land, kan det få store konsekvenser. En rekke bedrifter har fått erfare det, for eksempel Odfjell, Stolt-Nielsen og Jo Tankers i markedet for kjemikalietankfart. De hadde i perioden 1998–2002 møter der de ble enige om fordeling av kunder (markedsdeling), en type kontakt som er et klart brudd på konkurransereglene. Stolt-Nielsen samarbeidet med amerikanske myndigheter om å avsløre det ulovlige samarbeidet. Selskapet fikk av den grunn immunitet, og slapp bøter og andre reaksjoner fra amerikanske myndigheter. Odfjell og Jo Tankers fikk henholdsvis 300 og 130

MNOK i bot.¹ To Odfjell-ansatte i Norge måtte i fengsel i USA i henholdsvis tre og fire måneder, mens en Jo Tankers-ansatt i Nederland måtte tre måneder i fengsel i USA. Selskapene betalte i tillegg til bøtene store beløp i erstatning til kunder og i saksomkostninger.

Det finnes en rekke andre eksempler på norske selskaper som har blitt ilagt store bøter. EU-kommisjonen har for eksempel to ganger ilagt SAS bøter på til sammen over 800 MNOK for ulovlig samarbeid med konkurrenter.² Tomra fikk en bot på om lag 200 MNOK for å ha misbrukt sin dominans ved å stenge ute konkurrenter i en rekke nasjonale markeder, blant annet Norge.³ Posten Norge og Color Line har fått bøter av ESA (European Surveillance Authority) på henholdsvis 100 MNOK og 145 MNOK for utestengelse av konkurrenter.⁴

Det er også en rekke eksempler på bedrifter som har ønsket å fusjonere, men har blitt stoppet av konkurransemyndighetene eller tvunget til å modifisere fusjonen. Ett eksempel er Falck-Viking.⁵ Selskapet ønsket å kjøpe Viking redningstjeneste, men Konkurransetilsynet nedla forbud. I andre tilfeller er fusjonen godkjent på vilkår, for eksempel et krav om at deler av virksomheten selges ut. Det var for eksempel tilfellet ved A-pressens oppkjøp av Edda Media, som ble godkjent av Konkurransetilsynet under forutsetning av at to aviser ble solgt ut.⁶

På den annen side er det også en rekke eksempler på tilfeller der konkurransemyndighetene har lidd nederlag i saker de har ført mot bedrifter. Slik sett har de også behov for en bedre forståelse for hvordan konkurransereglene praktiseres og da særlig i rettssystemet.⁷ SAS ble for eksempel ilagt en bot på 20 MNOK av Konkurransetilsynet for å ha presset Coast Air ut av ruten Oslo–Haugesund, men ble frikjent i tingretten.⁸ Tine ble ilagt en bot på 45 MNOK av Konkurransetilsynet for å ha stengt Synnøve Finden ute fra Rema 1000,

1. Se <http://www.justice.gov/atr/cases/odfjell.htm> og <http://www.justice.gov/atr/cases/tankers.htm>.

2. Kommisjonens vedtak 2001/716/EC av 18. juli 2001 (SAS/Maersk, [2001] OJ L 265/15) og vedtak av 9. november 2010 i sak COMP/39258 – Airfreight.

3. Sak C-549/10 P Tomra vs. Kommisjonen [2012] ECR I-____ (19. april 2012).

4. EFTA-domstolens dom i sak E-15/10 Posten Norge (18. april 2012), der boten ble satt ned til € 11 112 000, og ESAs vedtak 387/11/COL i sak 59120.

5. Fornyings- og administrasjonsdepartementets klagevedtak av 17. januar 2007, som omhandler Konkurransetilsynets vedtak V2006-490 av 22. september 2006.

6. Konkurransetilsynets vedtak V2012-11.

7. For en nærmere analyse av konkurransesaker i norske domstoler, se Hjelmeng og Sørgard (2014).

8. Dom i Oslo tingrett av 27. juli 2006, TOSLO-2005-111347 om vedtak 2005-9 (6. juni 2005). Avgjørelsen ble anket inn for lagmannsretten, men før saken kom til behandling, fattet tilsynet et nytt vedtak der overtredelsesgebyret ble opphevet. Tilsynet fastholdt likevel at loven var overtrådt, og slo dette fast i vedtaket (vedtak 2007-28, 7. desember 2007).

men ble frikjent i tingretten, delvis dømt i lagmannsretten og frikjent i Høyesterett.⁹ EU-kommisjonen led nederlag i Retten i tre fusjonssaker i 2002/03, hvilket var en viktig årsak til at EU lagde nye retningslinjer for fusjonskontroll.¹⁰ Konkurransetilsynet vedtok at selskapet Nettbuss måtte opphøre å anvende en tur-retur-rabatt på strekningen Oslo–Kristiansand. Dette vedtaket opphevet Konkurransetilsynet på et senere tidspunkt.¹¹ Et siste, mer kuriøst eksempel – dog med stor betydning for de berørte bedrifter – er Konkurransetilsynets forbud mot fusjonen mellom Swarco og Peek. Vedtaket ble kjent ugyldig fordi det ble gjort én dag for sent.¹²

Eksemplene illustrerer hvor viktig det er for ikke bare bedriftene, men også konkurransemyndighetene å ha detaljert kunnskap om konkurransereglene og hvordan de tolkes. I denne boken ønsker vi å bidra til økt kunnskap og forståelse av dette fagfeltet. Vi vil i dette kapittelet gi en første oversikt over problemstillingene som tas opp til debatt i denne boken. Vi starter med en kort beskrivelse av konkurransereglene, herunder en kort beskrivelse av det som kalles de tre hovedpilarene (avsnitt 1.2). Deretter forklares formålet med konkurransereglene (avsnitt 1.3), konkurransereglenes disiplinerende rolle (avsnitt 1.4), på hvilken måte utøvelse av markedsrett kan være skadelig (avsnitt 1.5), før vi kort forklarer hvordan regelverket er utformet (avsnitt 1.6). Til slutt forklarer vi hvorfor en forståelse av samspillet mellom jus og økonomi er helt sentralt for å forstå konkurransepolitikken, hvilket gir en motivasjon for bokens struktur (avsnitt 1.7).

1.2 REGULERING AV KONKURRANSE

Regulering av konkurranse kan skje på en rekke ulike måter. Ytterpunktene er på den ene siden en *laissez faire*-politikk hvor ikke noe reguleres, og på den annen side det vi kan kalle en kommandoøkonomi der enhver næring er detaljert regulert hva angår alt fra nyetablering til produkter som tilbys og priser som settes. Ingen av de to ytterpunktene er av særlig praktisk interesse i dag. La oss i stedet fokusere direkte på det mer realistiske tilfellet der en eller annen form for regulering av konkurranse er aktuelt, dog langt fra så altomfattende som det vi kalte

9. Se dommen inntatt i Rt. 2011 s. 910.

10. Sak T-342/99 *Airtours plc vs. Kommisjonen* [2002] ECR II-2585, sak T-310/01 *Schneider Electric SA vs. Kommisjonen* [2002] ECR II-4071 og sak T-5/02 *Tetra Laval BV vs. Kommisjonen* [2002] ECR II-4381, opprettholdt i sak C-12/03 P *Kommisjonen vs. Tetra Laval* [2005] ECR I-987. Også lovgivningen ble oppdatert, ff. nedenfor.

11. Vedtak V2004-29 av 19.07.2004 og vedtak V2004-34 av 22.12.2004.

12. Konkurransetilsynets vedtak V2005-3, opphevet av departementet ved vedtak av 24. mai 2005.

kommandoøkonomi. I tillegg snevrer vi inn ved å fokusere på det vi vil kalle de konkurranserettslige reglene, som kan ses på som en undergruppe av de formene for regulering som påvirker graden av konkurranse i enkeltmarkeder. Den konkurranserettslige regulering kan da tenkes å skje på tre nivåer.

For det første – og mest grunnleggende – regulering av markedets struktur. Markedsstrukturen (med ytterpunktene monopol med én bedrift og frikonkurranse med svært mange bedrifter) utgjør ofte en avgjørende faktor for hvilken konkurranseintensitet man kan forvente i markedet. Myndighetene kan påvirke markedsstrukturen ved å legge til rette for nyetableringer (for eksempel ved å fjerne tollmurer eller offentlig regulering), eller bryte opp gamle offentlige monopoler (liberalisering). I konkurranseretten er det imidlertid strukturkontroll gjennom kontroll med fusjoner og oppkjøp som står i sentrum. Poenget er altså at konkurranselovgivningen hindrer foretakssammenslutninger som påvirker markedsstrukturen negativt.

For det andre kan det tenkes inngrep mot visse former for adferd i markedet, der adferden har eller kan ha skadelige virkninger for samfunnet generelt og kundene spesielt. Slik regulering, dvs. å motvirke konkurransebegrensende adferd, utgjør et hovedområde i moderne konkurranserett. Eksempler er koordinering mellom konkurrenter (karteller) og avtaler som utestenger konkurrenter fra markedet.

For det tredje kan myndighetene overprøve markedet gjennom resultatregulering. Direkte prisregulering, som innebærer at man overstyrer markedsmekanismen og regulerer resultatet direkte, har vært utbredt i Norge tidligere, men i moderne konkurranselovgivning er slike inngrep svært sjeldne. En viktig grunn er at slike inngrep ikke avhjelper den underliggende markedssvikten. Det har imidlertid også sin årsak i at myndighetene ikke finner det hensiktsmessig å opptre som prisregulator, og fordi slik regulering er lite effektiv og krever betydelige tilsynsressurser.

Moderne konkurranselovgivning intervenserer altså primært på de to første nivåene. Her kan vi skille mellom det som karakteriseres som de tre hovedpilarene:

- 1) strukturkontroll gjennom kontroll med konkurranseskadelige fusjoner og oppkjøp
- 2) adferdsregulering gjennom forbud mot konkurranseskadelig misbruk av enkeltforetaks markedsrett
- 3) adferdsregulering gjennom forbud mot konkurranseskadelig samarbeid og koordinering mellom foretak.

Inngrep mot fusjoner og oppkjøp er hjemlet i konkurranselovens § 16, forbudet mot misbruk av enkeltforetaks markedsrett er hjemlet i § 11, mens forbudet mot konkurranseskadelig samarbeid er hjemlet i § 10. Tilsvarende regler, dog med en viss forskjell hva angår fusjoner og oppkjøp, finnes i EØS og EU. På et mer overordnet plan er de tre hovedpilarene det sentrale i de fleste lands konkurranseregler. I denne boken vil vi gå grundig inn på hver av de tre hovedpilarene, og belyse rettsreglene både fra en økonomisk og en juridisk synsvinkel.

Ordet *regulering* kan, som allerede antydnet, gi feil assosiasjoner. Det er ikke slik at konkurransereglene gir myndighetene fullmakter til å detaljregulere enkeltforetaks beslutninger. Det er heller slik at konkurransereglene lukker noen dører for hva bedriftene kan gjøre. Gitt at foretakene holder seg innenfor regelverket, står de helt fritt til å opptre slik de ønsker. Slik sett er det tale om kjøreregler for hvordan foretakene skal opptre, som legger noen skranker snarere enn pålegg om hva de faktisk skal gjøre.

Mangelen på detaljregulering ved hjelp av konkurransereglene illustreres kanskje mest tydelig når det gjelder inngrep, eller rettere sagt mangel på inngrep, mot bedrifter som utnytter sin sterke stilling til rett og slett å sette en for høy pris. Dette er den klassiske formen for utnyttelse av markedsrett, som er det første en møter i en lærebok i økonomi når en studerer mulige virkninger av utnyttelse av markedsrett. Høye priser er imidlertid et symptom på at det er noe mer fundamentalt galt i det aktuelle marked, for eksempel etableringshindringer som bidrar til å opprettholde et monopol. Konkurransereglene kan benyttes til å hindre at en kommer i en slik situasjon, ved for eksempel regler om mulig inngrep mot fusjoner, eller regler som innebærer sanksjoner mot bedrifter som presser ut sine konkurrenter. Men gitt at en først er havnet i en slik situasjon der en bedrift er alene i markedet, er det ikke lenger konkurransereglene som er løsningen. Da er det mer naturlig med mer direkte regulering hjemlet i andre lovregler, slik vi har sett i blant annet markedene for telekommunikasjon.

De mest sentrale konkurransereglene ble først introdusert i USA for mer enn 100 år tilbake. Over tid har de ulike lands regler blitt mer likeartet, og USAs syn har uten tvil influert konkurransereglene i mange land. De norske reglene er, med visse viktige unntak, harmonisert med EUs konkurranseregler. Dette betyr at vi kan trekke vekslers på praksisen fra EU når vi skal tolke og anvende våre egne konkurranseregler etter konkurranseloven. Nettopp dette vil bli tydelig når vi går inn på en nærmere beskrivelse av hver av de tre hovedpilarene.

Det har skjedd en til dels betydelig endring i noen av de viktigste konkurransereglene i løpet av de siste tiårene. Reglene har beveget seg mer i retning av

det en ville anbefale basert på økonomisk analyse. Det er for eksempel tydelig når det gjelder reglene for avtaler mellom bedrifter på ulike ledd i verdikjeden (såkalte vertikale avtaler). Mens det i EU frem til 2000 var et relativt firkantet system, der noen handlinger var lov og andre forbudt, er det nå langt på vei et system der en foretar en sak-til-sak-analyse av hvert enkelt tilfelle og avgjør lovligheten ut fra om avtalen er skadelig for forbrukerne. Den økonomiske tilnærmingen har også hatt stor betydning for blant annet hvordan en avgrenser markedet (finner ut hvem som konkurrerer med hvem), og nå de siste årene gradvis også fått større betydning for tolkningen av hva som utgjør et misbruk av en enkeltbedrifts dominerende stilling. Slik sett har økonomisk analyse blitt mer og mer fremtredende. Dette betyr at konkurranseretten blir en stadig tettere symbiose mellom jus og økonomi. Vi håper med denne boken å bidra til en økt forståelse av og kunnskap om hvordan dette samspillet kan påvirke både utformingen av rettsreglene og håndhevingen av dem. Det vil både peke fremover, mot hvordan rettsreglene kan utvikle seg videre, og gi innsikt i hvordan dagens regelverk og håndheving er et samspill mellom jus og økonomi.

1.3 FORMÅLET MED KONKURRANSEREGLENE

En skulle kanskje tro at konkurransereglenes viktigste rolle er å sikre konkurranse, og slik sett at målet er å sikre mest mulig konkurranse. Det er ikke riktig. Konkurransereglene betrakter konkurranse som et virkemiddel, ikke som et mål i seg selv. Det betyr at i visse tilfeller er konkurranse et dårlig virkemiddel, og bør ikke brukes. Det er for eksempel liten grunn til å bygge parallelle nett for distribusjon av kraft for å sikre konkurranse om å distribuere kraft. I det tilfellet er det åpenbart at kostnadene blir lavere ved å bygge kun ett kraftnett, og en kan benytte regulering i stedet for konkurranse for å sikre kostnadsbaserte priser.

I de tilfeller der konkurranse benyttes som virkemiddel, er hovedideen at konkurranse skal gi bedriftene incentiver til å utvikle attraktive produkter, produsere til lavest mulig kostnader og lede til kostnadsbaserte priser. Det er ikke noe galt i at bedriftene strever etter å oppnå profitt, ei heller at de lykkes med det. Snarere tvert imot. Ønsket om profitt er nettopp det som kan få bedrifter til å utvikle attraktive produkter og senke sine kostnader. Men hvis de oppnår profitt ved å kunne sette høye priser som følge av konkurransebegrensende opptreden, kan det straks bli mer problematisk. Det er nettopp i de tilfellene en ønsker å benytte konkurransereglene til å lukke noen dører, og tvinge bedriften til å streve etter økt profitt på måter som er gunstig både for bedriftens kunder

og samfunnet som helhet. En skal ikke få anledning til å ta høye priser fordi en har fusjonert med sin nærmeste konkurrent, avtalt høye priser med sine nærmeste konkurrenter, eller presset sine konkurrenter ut av markedet.

Når en skal utforme konkurransereglene og anvende dem til å gripe inn i enkeltsaker, må en ta eksplisitt stilling til hva den overordnede målsettingen med disse reglene er. Mange økonomer vil mene at en bør legge til grunn det som kalles en totalvelferdsstandard, hvilket betyr at en streber etter størst mulig samfunnsøkonomisk overskudd. Det innebærer at en tar hensyn til alle aktører i økonomien, og har som mål å gjøre den totale kaken størst mulig. Motsatsen er en konsumentvelferdsstandard, som tilstreber et høyest mulig overskudd for etterspørselssiden i markedet. Ved å la konkurransereglene bidra til størst mulig kake i hvert enkelt marked kan en benytte andre instrumenter – som for eksempel skattepolitikken – til å sikre at kaken fordeles på en mest mulig rettferdig måte. Selv om en ser på dette som en fornuftig tilnærming, finnes det argumenter for at motsetningen mellom totalvelferdsstandard og konsumentvelferdsstandard kanskje ikke er så stor. Det skyldes at en kan bevege seg i retning størst mulig samfunnsøkonomisk overskudd når konkurransemyndighetene er gitt i oppdrag kun å være opptatt av konsumentene, og dermed er bedt om å følge en konsumentvelferdsstandard.¹³ Det er flere grunner til at en slik binding til masten *kan* lede mot økt effektivitet:

- Det kan oppveie for bedriftenes fordel i form av at de har mer kjennskap til detaljert informasjon om sine kostnader enn det konkurransemyndighetene har, og derigjennom hindre at konkurransemyndighetene blir overforsiktige.
- Det kan redusere mulighetene for at bedriftene driver ressurskrevende lobbyvirksomhet, da kun fokus på kundens ve og vel kan hindre bedriftene i å forsvare seg med at de for eksempel kan senke sine kostnader og dermed øke sin profitt.
- Det kan stoppe noen handlinger som er konkurranseskadelige og samtidig gunstig for bedriftene, og derigjennom vri bedriftenes handlinger mot handlinger som er mindre konkurranseskadelige og fortsatt gunstige for bedriften.

13. De generelle poengene er nærmere drøftet av blant annet Pittman (2007) og Farrell og Katz (2006), og fremhevet av utvalget som i 2012 fremmet forslag til endringer i konkurranseloven, se NOU 2012: 7 s. 9–12. For mer spesifikk analyse av de enkelte argumentene, se blant annet Besanko og Spulber (1993), Fridolfsson (2007) og Neven og Röller (2005).

Men dette bildet er ikke entydig. Ved å binde konkurransemyndighetene til kun å fokusere på kundenes ve og vel vil en for eksempel kunne ende opp med å stoppe en fusjon som er skadelig for kundene og som samtidig gir store besparelser i faste kostnader til fordel for bedriftene.¹⁴ I alle land som har introdusert en konkurranselov, er det imidlertid konsumentvelferdsstandarden som er valgt som mål for konkurransemyndighetenes arbeid – med ett unntak, og det er norsk fusjonskontroll. I prinsippet gir det større mulighet for et effektivitetsforsvar i norsk fusjonskontroll enn i andre lands fusjonskontroll. Vi vil vise hvorfor det i prinsippet er tilfellet, men samtidig stille spørsmålet om det i praksis allikevel er slik at norsk fusjonskontroll *de facto* benytter en tilnærmet konsumentvelferdsstandard.

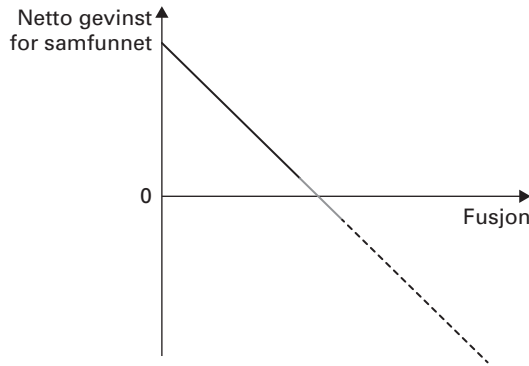
1.4 KONKURRANSEREGLER SOM DISIPLINERER

Konkurransereglene har som hovedformål å hindre bedrifter fra å handle på en måte som er skadelig for kundene og for samfunnet. Det betyr imidlertid ikke at en kan måle suksessen i form av antallet inngrep. Det ideelle er at konkurransereglene mest mulig disiplinere bedriftene til å holde seg på riktig side av loven. Slik sett kan færrest mulig inngrep like gjerne være et godt mål på at konkurransereglene etterleves av bedriftene. Videre er det heller ikke slik at et inngrep som kun har en begrenset positiv effekt, nødvendigvis er et tegn på at håndhevingen er lite vellykket. Tenk for eksempel på fusjonskontrollen. Det finnes en rekke potensielle fusjoner som bedrifter kan gjennomføre, og de varierer fra å være svært bra for kunder og samfunnet til å være svært skadelige. Dette er illustrert i figur 1.1, hvor potensielle fusjoner og oppkjøp er rangert etter hvor skadelige de er for samfunnet.

Fusjoner med klart positive effekter klareres tidlig av myndighetene, vist med fusjoner i den svarte delen av linjen i figuren. De mest skadelige avskrekkes og blir derfor aldri forsøkt implementert, vist ved den stiplede delen av linjen i figuren. Da gjenstår et bokstavelig talt grått areal, der det er relativt små netto virkninger for samfunnet av den foreslåtte fusjonen.

Vi kan trekke to lærdommer fra dette. For det første vil det, som allerede antydnet, ikke nødvendigvis være noen stor direkte effekt av selve håndhevin-

14. Valg av velferdsstandard har vært et omstridt tema i blant annet USA. Kommisjonen som drøftet valg av velferdsstandard, ble ikke enige om et forslag til velferdsstandard, se Antitrust Modernization Commission (2007). Se for eksempel Carlton (2007), som var medlem av kommisjonen i USA, og som argumenterte for å benytte en totalvelferdsstandard.



Figur 1.1: Netto gevinst for samfunnet av fusjoner og oppkjøp

gen. Det gir grunn til varsomhet med tolkningen av studier som måler effekter av håndhevingen.¹⁵ Kanskje det ikke er så stor grunn til bekymring dersom det viser seg at håndhevingen av for eksempel fusjonskontrollen i seg selv har begrensede effekter. Det viktigste er kanskje at konkurransemyndighetene gjør minst mulig feil. Feil kan som kjent skje på to måter, enten at det er feilaktige vedtak om inngrep, eller det er feilaktige avgjørelser om ikke å gripe inn.

I stedet for å være bekymret for at håndhevingen av fusjonskontrollen har kun en begrenset direkte effekt, bør en kanskje heller være bekymret når det synes som at enkelte priskarteller som avsløres, har vist seg å ha svært høye prispåslag. Når det avdekkes karteller med svært høye prispåslag er det en indikasjon på at de mest skadelige kartellene ikke avskrekkes. Vi stiller spørsmålet om dagens regelverk er utformet på en slik måte at en ikke lykkes med å avskrekke de verste tilfellene av priskarteller.

For det andre er konkurransereglens preventive effekt sannsynligvis svært viktig, ved at bedrifter avstår fra handlinger av frykt for inngrep fra konkurransemyndighetene. Det gjelder alt fra fusjoner som skrinlegges, til priskarteller som ikke dannes. Hvor viktig reglens avskrekkende effekt er, kan vi ikke fastslå med sikkerhet da dette er handlinger som vi ikke har sett. Studier anty-

15. Dette er nærmere forklart i Sørgard (2009 og 2013). Det er vist at det kan endog tenkes at en i prinsippet skal være så aktiv at den siste fusjonen det gripes inn mot, i forventning gir et tap for samfunnet. Det skyldes at den aktive håndhevingen har en positiv avskrekkende effekt, og det gir grunnlag for å gå lenger i retning aktiv håndheving enn det den direkte effekt tilsier. Juridisk er det selvsagt vanskelig å tenke seg en så aktiv politikk, da en kun har et inngrepsgrunnlag dersom de to vilkårene for å gripe inn er oppfylt i den konkrete saken.

der imidlertid at den preventive virkningen langt kan overstige de direkte virkningene av selve håndhevingen.¹⁶ Slik sett er konkurransemyndighetenes blotte tilstedeværelse av stor verdi i seg selv, og de vedtak og avgjørelser som fattes, kan ha positive ringvirkninger langt utover den konkrete saken. Sett i et slikt perspektiv blir det enda viktigere med riktige beslutninger. Feilbeslutninger, enten det er vedtak mot konkrete handlinger eller avgjørelser om ikke å gripe inn, kan sende feilaktige signaler og påvirke bedrifters adferd i en feil retning. Hvis det for eksempel er slik at konkurransereglene er for strenge hva angår visse typer rabatter, som enkelte økonomer og jurister vil hevde, kan det tvinge bedriftene til å foreta andre handlinger som ikke nødvendigvis er verken i bedriftens eller forbrukernes interesse.¹⁷

Stor aktivitet fra konkurransemyndighetene er følgelig ikke et mål i seg selv, men det er imidlertid en hårfin balanse. Ingen håndheving vil etter hvert skape inntrykk av at regelen ikke praktiseres, og gi signaler om at det er fritt frem. Slik sett kan det være grunn til bekymring for Konkurransetilsynets svært begrensede håndheving av forbudet mot misbruk av dominans etter at et slikt forbud ble innført i norsk konkurranselovgivning i 2004.

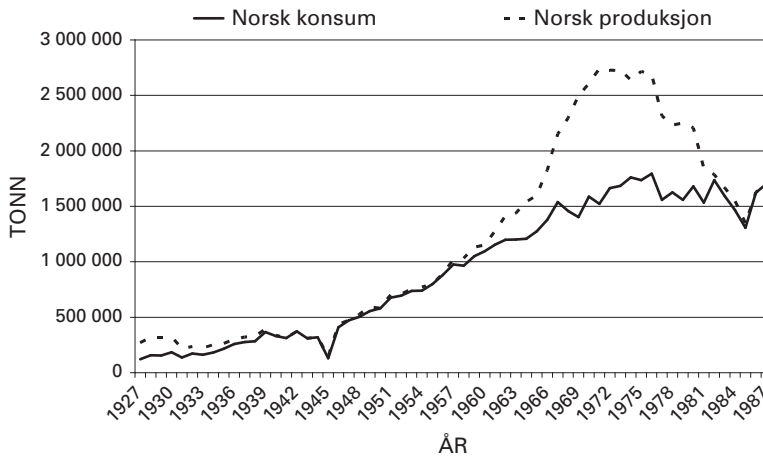
Et eksempel kan illustrere hvor galt det kan gå.¹⁸ Det var i praksis fritt frem for kartelldannelse i Norge frem til begynnelsen av 1980-tallet. Fra begynnelsen av 1920-tallet og frem til slutten av 60-tallet hadde de tre produsentene av sement i Norge et priskartell i det innenlandske markedet. De fordelte det innenlandske salget ut fra hver bedrifts andel av total kapasitet i Norge. Etter andre verdenskrig var sementmarkedet i Norge blitt relativt stort. Det gjorde det attraktivt for hver av de tre sementprodusentene å øke sin kapasitet, for derved å kapre en større andel av hjemmemarkedet. Dette gjorde de alle tre, med oppbygging av kapasitet på 50- og 60-tallet langt utover behovet i det norske markedet. Det er illustrert i figur 1.2.

Overkapasiteten ble brukt til å selge sement på verdensmarkedet. Det lyder som en suksesshistorie, der en næring ekspanderte svært raskt og økte sin eksport dramatisk fra slutten av 50-tallet til slutten av 60-tallet. Men det var ingen suksesshistorie. Næringen eksporterte til en pris som langt fra dekket kostnadene ved å bygge opp ekstra kapasitet. Følgelig førte priskartellet til to former for tap: for

16. Se for eksempel Seldeslacht et al. (2009) angående Europa og Clougherty og Seldeslacht (2010) angående USA når det gjelder mulig avskrekkende effekt av inngrep mot fusjoner.

17. Når det er tilstrekkelig stor usikkerhet, for eksempel angående domstolens praksis, kan økt aktivitet av konkurransemyndighetene føre til økte incentiver for bedriftene til å handle på en måte som er skadelig for konkurransen, eller ikke handle på en måte som er gunstig for forbrukerne. Dette er nærmere drøftet av Schinkel og Tuinstra (2006).

18. Eksempelet er hentet fra Røller og Steen (2006).



Figur 1.2: Norsk produksjon og konsum av sement 1927–87

det første det tradisjonelle tapet forbundet med for høye priser i hjemmemarkedet, og for det andre et tap forbundet med oppbyggingen av for stor kapasitet. En studie har antydnet at det året kartellet ble avsluttet, påførte det det norske samfunnet et tap som målt i dagens kroneverdi utgjør over 300 MNOK.

1.5 VIRKNINGER AV MARKEDSMAKT

Vi har allerede antydnet en mulig skadelig form for bedriftsadferd. Når bedrifter kommer sammen og avtaler priser eller avlyser konkurransen på andre måter, kan det føre til for høye priser og tap ikke bare for kundene, men også for samfunnet som helhet. Dette er det vi karakteriserer som koordinert adferd, og det kan lede til det vi kaller koordinerte virkninger. Bedriftene innser at det er i deres egeninteresse å ikke konkurrere så hardt som de kunne ønske kun sett ut fra dagens situasjon. Grunnen er at de frykter tøff fremtidig konkurranse hvis de i innværende periode hadde falt for fristelsen til for eksempel å bryte ut av et priskartell og derved oppnå en kortsiktig gevinst i form av økt salg.

Koordinert adferd kan følgelig være skadelig i de tilfeller der bedrifter som i utgangspunktet konkurrerer med hverandre, har kontakt og derigjennom lykkes med å dempe konkurransen. Det er slik sett naturlig at det er et forbud mot den type kontakt. Men det er ikke sikkert at bedrifter må ha en eller annen form for kontakt for å skjønne at de ikke skal starte å konkurrere hardt med hverandre. Kanskje forholdene i en næring er slik at de på egen hånd innser at de vil straffe seg selv på lang sikt hvis de i dag velger å sette en pris under konkurren-

tens pris og derved utløser hard priskonkurranse. Få bedrifter i en næring vil kunne øke sannsynligheten for at hver enkelt bedrift innser at de bør avstå fra å konkurrere hardt. Det vil innebære at en fusjon, som jo fører til færre bedrifter, kan gjøre koordinert adferd lettere å opprettholde. Av den grunn er det forståelig at dersom en fusjon øker potensialet for å lykkes med koordinerte virkninger, vil det kunne gi grunnlag for inngrep mot denne fusjonen.

Det er altså i prinsippet mulig at bedrifter kollektivt kan ha mulighet for å oppnå en koordinert adferd, uten at de har overtrådt forbudet mot kontakt. I prinsippet kan det da også gripes inn mot handlinger de gjør uten noen form for kontakt, men som styrker potensialet for koordinert adferd. Et eksempel kan være økt kryssseierskap, som kan gi incentiver til ikke å konkurrere med hverandre, og et annet er bruk av møt-konkurransen-klausuler. I praksis er det imidlertid få eksempler på slike inngrep. Vi påpeker at dette er et område hvor det kan være potensial for en mer aktiv bruk av de gjeldende rettsreglene.

I tilfeller der det ikke er potensial for å koordinere sin adferd, kan konkurransen svekkes som følge av ensidige tiltak iverksatt av en bedrift alene. Dette er det vi karakteriserer som ikke-koordinert (eller ensidig) adferd. Da er det en bedrift alene som foretar en bestemt handling, og dens konkurrenter har ikke koordinert sin adferd med denne bedriften. Konkurrentene prøver i stedet å konkurrere på en måte som er best for dem isolert sett. Hvis en bedrift har en sterk posisjon i markedet, kan det tenkes at den opptrer på en slik måte at den stenger potensielle konkurrenter ute fra markedet. Det kan for eksempel skje ved at den sikrer seg eksklusiv tilgang til en detaljist som konkurrentene må gå via for å nå frem til sluttkundene. Slik ensidig adferd gir denne ene bedriften en sterkere stilling i markedet som den kan utnytte til skade for forbrukerne. I lys av dette er det naturlig at konkurranseretten gir hjemmel for inngrep mot ensidig adferd av bedrifter med en sterk markedsstilling.

Også i tilfellet med ikke-koordinert adferd kan en fusjon påvirke graden av konkurranse. De to foretakene som fusjonerer, vil åpenbart avlyse konkurransen seg imellom. Når den fusjonerte enheten dermed opptrer enhetlig, vil den etter fusjonen på egen hånd kunne dempe konkurransen, for eksempel ved ensidig å øke prisen til kundene. Av den grunn er det naturlig at det er grunnlag for inngrep mot fusjoner og oppkjøp, selv i de tilfeller der en ikke frykter at bedriftene etter fusjon har større potensial for koordinert adferd. Denne typen konkurranseskade ligger til grunn for de fleste inngrep mot fusjoner og oppkjøp etter norsk konkurranselov.

Det er imidlertid, med noen få unntak, ikke så enkelt å konstatere om en bestemt handling av en eller flere bedrifter er skadelig. Bildet er ofte sammen-

satt. Det kan for eksempel tenkes at bedriftens handling også gir kostnadsbesparelser. Det kan for eksempel skje som følge av en fusjon, og under bestemte forutsetninger kan det komme også forbrukerne til gode i form av lavere priser. Det kan endog tenkes at økt potensial for utnyttelse av markedsrett kan lede til lavere priser, til gunst for forbrukerne. Videre kan det for eksempel tenkes at selv det å ekskludere en konkurrent fra markedet er i kundenes interesse. Vi ser følgelig at bedriftene kan forsvare seg ved å vise til at deres handling har virkninger som er positive for forbrukerne, og kan benytte det som er kalt effektivitetsforsvaret. Det er mulig å fremme effektivitetsforsvaret uansett hvilken konkurranseregel en er anklaget for å bryte. Slik sett er det et stort potensial for bedriften å forsvare seg ved hjelp av økonomiske analyser, såfremt de peker mot mulige gevinster som følge av adferden. Det er dog, som vi skal se, svært vanskelig å nå frem med effektivitetsforsvaret i noen tilfeller, mens det i andre tilfeller er et stort rom for den type forsvar for bedriftens handlinger.

I det store bildet er effektivitetsforsvaret utformet på en måte som synes fornuftig vurdert ut fra en økonomisk tilnærming. I de tilfeller der det er liten sjanse for at en adferd kan komme forbrukerne til gode, for eksempel når konkurrenter avtaler priser, er det svært lite rom for et slikt forsvar. Men det finnes områder hvor det kan drøftes om det er for lite rom for et effektivitetsforsvar, jf. nedenfor angående rabatter.

1.6 KONKURRANSEREGLERES UTFORMING

Teknisk sett kan et konkurranseregelverk utformes på flere måter, enten gjennom forbudsbestemmelser (ev. med dispensasjonsadgang) eller inngrepsbestemmelser (ev. kombinert med meldeplikt). Norsk konkurranserett har inneholdt samtlige alternativer. Per i dag er det imidlertid to modeller: Adferdsreglene bygger på forbudsbestemmelser med tilhørende sanksjoner (såkalt *ex post* regulering), mens strukturkontrollen (fusjonskontrollen) bygger på inngrepsbestemmelser kombinert med meldeplikt og krav om forhåndsgodkjenning (såkalt *ex ante* regulering eller «prescreening»). De økonomiske effektene vi er opptatt av, og de juridiske tilnærmingene, kan illustreres ved hjelp av tabell 1.1.

Tabell 1.1: Ex ante versus ex post regulering.

EX ANTE REGULERING (FUSJONSKONTROLL – § 16)	KONKURRANSESKADELIG FENOMEN	EX POST REGULERING (ADFERDSREGLER – § 10 OG 11)
Koordinerte virkninger av et oppkjøp eller en fusjon kan gi forbud (selv om adferd ikke er ulovlig ex post).	Koordinerte virkninger (<i>collusion</i> i økonomisk betydning)	<i>Kartellforbudet</i> forbyr: skadelig samordning mellom foretak («kartell» i juridisk forstand) [<i>Misbruksforbudet</i> forbyr: misbruk av flere foretaks kollektivt dominerende stilling]
Etablering av ensidig markedsrett ved oppkjøp eller fusjon kan gi forbud (selv om adferd ikke er ulovlig ex post).	Ikke-koordinerte (ensidige) virkninger mot andre i markedet (utøvelse av markedsrett)	<i>Misbruksforbudet</i> forbyr: misbruk av enkeltforetaks dominerende stilling [<i>Kartellforbudet</i> forbyr: samarbeid som leder til skadelige ensidige virkninger]

På den ene siden, i tabell 1.1 vist med kolonnen helt til venstre, har vi ex ante-reglene. Det er regler som gir mulighet for å være fremadskuende, da det gir mulighet for å stoppe en adferd fordi den forventes å lede til en skadelig adferd i fremtiden. Dette er fusjonskontrollen, som gir mulighet for å gripe inn enten det fryktes ikke-koordinerte (ensidige) virkninger eller koordinerte virkninger. Dette karakteriseres ofte som strukturkontrollen da det er den fremtidige strukturen i markedet som påvirkes.

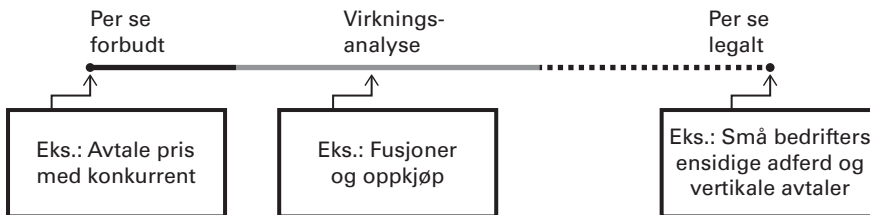
På den annen side, vist i tabell 1.1. med kolonnen helt til høyre, har vi ex post-regler. Det er regler som gir mulighet for å sanksjonere overtredelse av forbud mot visse typer adferd, og følgelig mulighet for å gripe inn etter at handlingen er utført. Ideen er at trusselen om sanksjoner skal få bedriftene til å avstå fra slike handlinger. Igjen skiller vi mellom ikke-koordinert (ensidig) og koordinert adferd. Hovedbildet er at konkurransebegrensende samarbeid omhandler koordinerte virkninger, og misbruk av dominans omhandler ikke-koordinerte virkninger.

En sentral del av forbudet mot konkurranseskadelig samarbeid er karakterisert som kartellforbudet. I det tilfellet er vi opptatt av om bedriftene gjennom kontakt har koordinert sin adferd og derigjennom langt på vei avlyst konkurransen i markedet (koordinert adferd). Men det kan også tenkes at to bedrifter inngår et samarbeid, og fortsatt konkurrerer mot de andre bedriftene i marke-

det. I så fall kan samarbeidet mellom de to lede til dempet konkurranse i hele markedet, selv om det er konkurranse også etter at samarbeidet er inngått. Dette vil vi karakterisere som ikke-koordinerte virkninger, da de som samarbeider, ikke har koordinert sin adferd med de andre bedriftene i markedet.

Misbruksforbudet gjelder primært tilfellet der en bedrift alene utnytter sin markedsrett, for eksempel ved å stenge ute en potensiell konkurrent. I det tilfellet skyldes konkurranseskaden ikke-koordinerte (eller ensidige) virkninger. I prinsippet kan det også gripes inn mot flere foretaks misbruk av sin kollektive stilling i markedet, det vil si at de koordinerer sin adferd uten at de har kontakt. Som vi vil påpeke, kan for eksempel flere bedrifters bruk av en såkalt møt-konkurransen-klausul være ett eksempel på mulig misbruk av en kollektivt dominerende stilling. Det er dog i praksis svært sjelden det gripes inn mot misbruk av kollektiv dominans.

Som allerede antydnet kan det være stor forskjell mellom ulike handlingers potensial for skade for samfunnet og for kundene. Det avspeiler seg i hvordan de ulike rettsreglene håndheves i betydningen analyse som kreves for å fastslå om det er en overtredelse eller ikke. I visse situasjoner er analysen så enkel: Noen handlinger er alltid lov (tilnærmet per se legale), mens andre handlinger er (nesten) alltid forbudt (tilnærmet per se forbudt). Dette er illustrert i figur 1.3.



Figur 1.3: Ulike typer rettsregler for ulike typer handlinger

Til venstre i figuren er handlinger som er per se forbudt og vist i sort, til høyre er handlinger som er per se legale og vist stiplet. Et eksempel på det førstnevnte er en bedrift som avtaler pris med en konkurrent, mens et eksempel på det som er per se legalt, er bedrifter som er små og foretar ensidige handlinger i konkurranse med en dominerende bedrift. I det sistnevnte tilfellet står bedriften fritt til å konkurrere så hardt den ønsker, og sette pris under sine egne kostnader om det er ønskelig, mens derimot den dominerende bedriften den konkurrerer mot, står i fare for å misbruke sin dominans om den gjør det samme. Mellomtilfellet er vist med grått i figuren, og er tilfeller der en må foreta en konkret vurdering, hvilket betyr at det må foretas en analyse av mulige virkninger.

Fusjoner og oppkjøp er et typisk eksempel på virkningsanalyse, der den økonomiske analysen er helt avgjørende for beslutningen om å gripe inn. Selve rettsreglene blir i det tilfellet viktig for å forstå og ha kunnskap om selve prosedyren, mens den materielle vurderingen – som vi skal se – er tungt fundert på en stadig mer velutviklet økonomisk virkningsanalyse.

Figur 1.3 kan illustrere skillet mellom det som er kalt form-basert, og det som er kalt virkningsbasert analyse. I det førstnevnte tilfellet ser en på formen, nærmere bestemt bedriftens adferd eller egenskapene ved den aktuelle bedriften. De to yttertilfellene i figur 1.3 er eksempel på en formbasert tilnærming, der en ut fra egenskaper ved enten handlingen og/eller hvem som gjør den, avgjør at det enten er lovlig eller forbudt. Motsatsen er at en ser på virkningen av bedriftens handling, og dermed foretar en virkningsanalyse i hvert enkelt tilfelle. Historisk har vi sett en utvikling der stadig flere typer adferd må klassifiseres i den gule kategorien i figur 1.3, det vil si er underlagt en virkningsanalyse. Som nevnt ovenfor har reglene for vertikale avtaler beveget seg i den retning.

Distinksjonen mellom en form- og en virkningsbasert tilnærming kan i en del tilfeller forsvares ut fra en økonomisk tilnærming. Noen handlinger er nesten alltid skadelige. Slik sett er det fornuftig med et per se forbud mot kartellvirksomhet, selv om det gjenstår et potensielt problem med å skille mellom det som er de minst og de mest alvorlige tilfellene vurdert ut fra skade som er forvoldt. Tilsvarende er det liten grunn til å tro at bedrifter med en ubetydelig posisjon i et enkeltmarked kan volde skade gjennom sin ensidige adferd, og ensidige handlinger fra deres side kan slik sett være per se legale.

Men distinksjonen mellom form- og virkningsbasert analyse vil i andre tilfeller avspeile et spenningsforhold mellom den juridiske og den økonomiske tilnærmingen. Dette er særlig tydelig i spørsmålet om når en bedrift som er dominerende (sterk markedsstilling), har overtrådt misbruksforbudet. Ut fra en økonomisk tilnærming er det i det tilfellet vanskelig å forsvare noen per se regler, verken per se forbudt eller per se legal adferd. Domstolens praksis fra EU er imidlertid til dels formbasert, for eksempel svært streng mot eksklusivavtaler av dominerende foretak og deres bruk av visse typer rabatter (retroaktive rabatter), i den forstand at det i liten grad kreves en virkningsanalyse for å fastslå at det har vært en overtredelse. Det er imidlertid også på dette området en bevegelse i retning av en mer virkningsbasert tilnærming, illustrert ved at EU-kommisjonen har klart signalisert at de er opptatt av hvorvidt forbrukerne er skadelidende. Det gjenstår imidlertid å se om Domstolen følger opp disse signalene.

1.7 BOKENS IDÉ OG STRUKTUR

Bokens hovedidé er å gi en introduksjon til både økonomisk analyse og det juridiske rammeverket. Vi har valgt den metoden at vi i de fleste tilfeller først forklarer fenomenene og sammenhengene med bruk av økonomisk teori. Dessuten viser vi hvordan økonomisk teori benyttes til å analysere enkelte saksforhold for å avdekke både skadevirkninger og effektivitetsgevinster. Deretter introduserer vi rettsreglene og forklarer de juridiske resonnementene som til syvende og sist avgjør hva som er lovlig og ikke. Rettsreglene er, blant annet av hensyn til klarhet og forutberegnelighet, ofte preget av en viss standardisering. Det betyr at resultatet i enkeltsaker kan kritiseres ut fra en konkret økonomisk vurdering.

Formålet med fremstillingen er imidlertid ikke å påvise hvor jusen «tar feil» og rammer for vidt eller for snevert, men snarere å vise hvorfor og hvordan ikke alle regler og resultater er i full harmoni med økonomisk teori. På den måten ønsker vi å anspore til kritisk og selvstendig tenkning rundt gjeldende konkurranserett, og ikke minst legge frem argumenter for nyanseringer både innenfor gjeldende rett og for endringer i rettstilstanden. Disse sammenhengene virker dessuten begge veier; fremstillingen vil vise at det er et potensial for å bruke konkurransereglene på områder der jusen kanskje har vært vel defensiv.

Vår fremstilling gir også en mulighet til å sette de tre hovedpilarene inn i et mer helhetlig perspektiv. Vi viser for eksempel at teori for koordinert adferd er en viktig byggekloss for å forstå kartellforbudet, misbruk av kollektiv domians og en bestemt form for konkurranseskade som følge av fusjoner og oppkjøp. Ved å ta utgangspunkt i en grunnleggende forståelse for hvorfor bedrifter opptrer som de gjør i de tilfellene, får en mulighet til å trekke lærdommer på tvers av de tre hovedpilarene, og derigjennom få økt innsikt i hvordan analysen kan utføres innen hver hovedpilar. Det gir grunnlag for å spørre hvorfor koordinerte virkninger anvendes så sjelden som inngrepsgrunnlag i fusjonskontrollen i Norge, og hvorfor det nærmest er fraværende i saker vedrørende misbruksforbudet. Tilsvarende viser vi at det er én og samme økonomiske tilnærming som ligger til grunn for å forstå eksklusivavtaler som det gripes inn mot ut fra misbruksforbudet, og eksklusivavtaler som det gripes inn mot ut fra reglene om vertikale avtaler. Den typen overlappende fundament for den økonomiske analysen i ulike typer konkurransesaker gir grunn til refleksjon, ikke minst om utsiktene til at ulike rettsregler over tid vil i større grad harmoniseres. Det gir også viktige innspill til analysen i den enkelte konkrete sak, da en forståelse av nettopp disse sammenhengene kan sette analysen i den konkrete saken i et helt nytt lys.

Vi vil i neste kapittel gi en beskrivelse av de relevante institusjoner som er involvert i håndhevingen av konkurransereglene, og en første oversikt over rettsreglene. Sammen med dette kapitlet gir det en første og helt overordnet oversikt over konkurransereglene. Det utgjør del I av boken.

I del II av boken vil vi forklare en del av det metodiske rammeverket som ligger til grunn for analyse av konkurransepolitikk og konkurransesaker. Vi gir først en beskrivelse av hva som menes med markedsrett, og en første tilnærming til hvordan den skal analyseres (se kapittel 3). Deretter drøfter vi markedsavgrensning, som er et viktig element i alle konkurransesaker (se kapittel 4). Til slutt i del II drøfter vi konkurranseanalysen, og med et spesielt fokus på skillet mellom ikke-koordinert (ensidig) og koordinert adferd (kapittel 5). Hele denne delen kan betraktes som en byggekloss som er nødvendig for å få en økonomisk forståelse av analysen som gjøres i konkrete konkurransesaker, og som drøftes i del III av boken.

I del III, som utgjør hoveddelen av boken, drøfter vi hver av de tre hovedpilarene. Som forklart legger vi vekt på å kombinere en økonomisk og en juridisk tilnærming både når det gjelder misbruk av dominans (kapittel 6), konkurransebegrensende samarbeid (kapittel 7) og fusjoner og oppkjøp (kapittel 8). Vi gir en rekke kryssreferanser til andre deler av boken, både de andre pilarene i del III og til det metodiske grunnlaget i del II, som gir mulighet for å få et helhetlig perspektiv og trekke lærdommer på tvers av de ulike pilarene.

Kapittel 2

Institusjoner og oversikt over regelverket

I dette kapitlet er formålet å gi en overordnet oversikt over både institusjoner og rettsregler. Vi starter med et kort tilbakeblikk på fremveksten av rettsregler, før vi beskriver de tre hovedpilarene (avsnitt 1). Deretter beskriver vi ulike aktører og deres kompetanse (avsnitt 2), og til slutt avgrensningen mellom de ulike rettsreglene (avsnitt 3).

2.1 KONKURRANSEREGLENE – PRESENTASJON

Et stort antall rettsregler sikter mot å skape og ivareta konkurranse på markedene. Dette gjelder for eksempel liberaliseringslovgivning, typisk energiloven om omsetning av elektrisk kraft og ekomloven om elektronisk kommunikasjon. Felles for begge er at eksisterende enerettigheter er avvirket, og markeder er åpnet for konkurranse. I et litt annet plan ligger regler som motvirker offentlige begrensninger i konkurransen. På dette punkt er nok EØS-avtalen det mest overgripende regelverket i Norge, gjennom bestemmelser om fri bevegelse for varer, tjenester, personer og kapital, samt forbud mot konkurransevridende statsstøtte. Løftes blikket enda mer, har en lang rekke regelverk konkurransepolitiske over- og undertoner, ikke minst regler om skatt og avgift.

Fokuset her er konkurransereglene for foretak (også kalt konkurransebegrensningsrett, kartellrett, (anti-)trustrett og monopolrett). Dette regelverket griper inn mot kunstige begrensninger i konkurransen iverksatt av foretakene selv. Regelverket har ikke som formål å skape konkurranse på nye markeder, men å beskytte den konkurransen som allerede naturlig eksisterer. Bak dette ligger det en effektivitetsbetraktning; konkurranse ska-

per effektivitet i produksjon og distribusjon, bidrar til innovasjon og sikrer lave priser.¹

2.1.1 ET KORT TILBAKEBLIKK

Moderne konkurranserett er i stor grad inspirert av amerikansk antitrustlovgivning: Sherman Act som ble vedtatt i 1890 (opprinnelig vedtatt som Sherman Antitrust Act). Denne gjelder fremdeles i USA, og har tjent som forbilde for de fleste konkurranserettsregimer rundt i verden. Fremdeles er US Supreme Court og de føderale myndighetene i USA toneangivende i utviklingen av konkurranseretten, noe vi skal se en rekke eksempler på senere.

Etter innføringen av prisregulering under første verdenskrig, og etableringen av et «kartellregister» i 1920, fikk Norge sin første «konkurranselovgivning» i 1926 med trustloven. Etter krigen ble denne erstattet av midlertidig prisreguleringslovgivning, før prisloven ble vedtatt i 1953. Prisloven ble etter hvert utvidet med konkurranseregler, først i forskrifter (på 1960-tallet), deretter fikk vi regler om fusjonskontroll i 1988. Prisloven ble erstattet av en konkurranselov i 1994, da også Konkurransetilsynet ble opprettet.² Gjeldende konkurranselov – en betydelig modernisering – erstattet denne loven i 2004.³ Konkurranseloven er senest revidert ved lovendringer av 3. juni 2013, med ikrafttredelse 1. januar 2014.⁴

Endringene i konkurranselovgivningen i Norge over tid er langt fra kun kosmetiske. Den politikk som ble ført i mellomkrigstiden, står i sterk kontrast til dagens konkurransepolitiske regime. Selv om trustloven i ordlyd hadde likheter med amerikansk lovgivning, var den i praksis sterkt inspirert av den tyske tradisjonen hvor en så positivt på kartellvirksomhet og dannelsen av store bedrifter. På 30-tallet hadde datidens konkurransemyndighet, det vil si Prisdirektoratet, en ledende rolle i å oppmuntre til samarbeid mellom bedrifter i en rekke næringer.⁵ Selv om det på 50- og 60-tallet vokste frem en mer moderne konkurranselovgivning, var tiltak for å fremme konkurransen slik vi i dag kjenner det, i praksis lite prioritert, og fokus var mer rettet mot prisregulering. Fra begynnelsen av 80-tallet endret bildet seg gradvis mer i retning av håndheving av regler som sikret konkurransen, ikke minst ved at konkurransemyndighetene begynner å gripe inn mot kartellvirksomhet.⁶

1. Lovens formål og valg av velferdsstandard diskuteres bl.a. kort i kapittel 1 og i kapittel 8 om fusjonskontroll.

2. Se NOU 1991: 27 Konkurransen for effektiv ressursbruk, og Ot.prp. nr. 41 (1992–1993).

3. Se NOU 2003: 12 Ny konkurranselov og Ot.prp. nr. 6 (2003–2004).

4. Se NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov, og Prop. 75 L (2012–2013).

5. Se Nordvik (1995) for en beskrivelse av norsk konkurransepolitikk før andre verdenskrig.

I senere år er det først og fremst EU (gjennom EØS-avtalen) som har drevet frem utviklingen av en konkurranserett i Norge. Da det daværende EEC ble opprettet ved Roma-traktaten (1957), ble det inntatt konkurranseregler i traktaten. Dette var en konsekvens av at administrasjonen i etterkrigstidens Vest-Tyskland hadde innført amerikanskinspirert «Dekartellierungs-lovgivning». Reglene i traktaten ble lagt opp mot den amerikanske Sherman Act. Bestemmelsene er videreført i uendret form i det som nå heter Traktaten om Den europeiske unions virkemåte.⁷

Konkurransereglene for foretak var ett av flere områder som ble inntatt i EØS-avtalen da den ble fremforhandlet tidlig på 90-tallet. Den daværende EF-traktatens konkurranseregler ble inntatt uforandret i EØS-avtalen, og fikk dermed full virkning i Norge og de øvrige EFTA-landene. I 2004 ble også den norske konkurranseloven harmonisert med EØS-reglene, slik at det nå går en historisk linje fra den amerikanske Sherman Act 1890, via EF/EU- og EØS-regelverket og til dagens norske konkurranselov. Forholdet mellom disse regelsettene behandles nedenfor.

2.1.2 DE TRE HOVEDPILARENE

Moderne konkurranserett er bygget på tre pilarer, som relaterer seg til adferd og struktur, jf. kapittel 1 ovenfor. Dette viser seg tydelig i konkurranseloven med delingen mellom kapittel 3 «Forbudte konkurransebegrensninger» og kapittel 4 «Kontroll med foretakssammenslutninger».

Adferd reguleres for det første gjennom forbudet mot misbruk av markeds-makt (misbruksforbudet). Dette forbudet følger av TEUV art 102⁸, EØS art. 54 og krrl. § 11. Forbudsregelen har en ganske enkel struktur, med forbud mot «misbruk» av «dominerende stilling». Forbudet retter seg mot det enkelte foretaks forretningspolitikk/markedshandlinger, og setter ganske omfattende skranker for tillatelig adferd. Den kanskje mest kjente saken som er avgjort under dette forbudet, er Microsoft-saken.⁹ Misbruksforbudet er bygget over samme lest som Sherman Act Sect. 2, som setter forbud mot å «monopolize, or attempt to monopolize [...] the trade or commerce among the several States».¹⁰

6. For en beskrivelse av norsk konkurransepolitikk i perioden etter krigen og frem til 90-tallet, se Halvorsen og Undrum 1995.

7. På engelsk forkortet til TFEU (Treaty on the Functioning of the European Union). Traktaten var del av en større reform av EUs traktatverk, som ble gjennomført ved Lisboa-traktaten (i kraft 1. desember 2009).

8. Nummereringen i EUs regelverk har blitt endret ved to anledninger (Lisboa-traktaten 2009 og Amsterdam-traktaten 1998), noe som skaper visse utfordringer ved studier av eldre rettspraksis og litteratur. Art. 102 var tidligere art. 82, og før det igjen art 86.

9. Sak T-201/04 Microsoft vs. Kommisjonen [2007] ECR II-3601.

10. 15 U.S.C. 2.