



Konkurransopolitikk under en rødgrønn regjering

Konkurransopolitikk under en rødgrønn regjering

Av Nils-Ola Widme¹

1. opplag, mai 2008

Utgiver: CIVITA AS

Formgivning, omslag og sats: Therese Thomassen

Produksjon: F. J. Stenersen, Oslo

ISBN 978-82-92581-23-0

Adresse: Civita AS, Akersgaten 20, 0158 Oslo

www.civita.no

Utgivers forord

Hvorfor er konkurransepolitikken viktig, og hva vil Regjeringen med den? Hvilken rolle spiller skiftende regjeringer? Hvilke interesser gjør seg gjeldende? Er området for konkurransepolitikken for snevert?

Dette er spørsmål Nils Ola Widme ser nærmere på i denne analysen av de siste årenes konkurransepolitikk.

Nils Ola Widme er advokat og jobber med konkurranserett. Han var politisk rådgiver for arbeids- og administrasjonsminister Victor Norman i Bondevik II -regjeringen.

For Civita er det et mål å fremme forståelse for betydningen av konkurranse. Velfungerende konkurranse fremmer effektiv ressursutnyttelse i samfunnet, gir valgmuligheter for borgerne og incentiver til utvikling og forbedring. Konkurranse virker altså både skjerpene og stimulerende. Derfor er konkurransepolitikk viktig.

Civita er en uavhengig liberal tankesmie. Vi gir våre forfattere betydelig frihet, og innholdet står for forfatterens regning.

Oslo, mai 2008

Dag Ekelberg
nestleder Civita

Innhold

Utgivers forord	3
Sammendrag	7
1. Innledning	8
2. Hvorfor er konkurransepolitikk viktig?	9
3. Hvorfor er politikerne uenige om konkurransepolitikken?	18
4. Bondevik-regjeringens konkurransepolitikk	23
5. Hvilke endringer har skjedd under dagens regjering?	26
6. Oppsummering og konklusjon	44

Sammendrag

Det er ingen som for alvor betviler at bedrifter og personer som må konkurrere for å få solgt sine varer og tjenester tvinges til å bli mer effektive enn de som slipper å konkurrere. Likevel fungerer ikke konkurransen like bra i alle markeder, og på noen samfunnsområder er konkurranse i tradisjonell forstand verken mulig eller hensiktsmessig. Og selv når konkurransen virker bra er det mange problemer som ikke kan løses uten bruk av ulike former for markedsreguleringer. Konkurransespolitikkenes oppgave er å bidra til effektiv ressursbruk i samfunnet ved å sikre at konkurransen fungerer best mulig.

Bondevik II-regjeringen førte en vesentlig mer offensiv konkurransepolitikk enn tidligere regjeringer. Hovedgrepene var offensiv bruk av konkurranse som virkemiddel i en rekke reformer i offentlig sektor, en nokså streng praktisering av inngrepsbestemmelsene i konkurranseloven, og innføring av en svært streng konkurranselov.

Stoltenberg II-regjeringen har reversert flere av den forrige regjeringens konkurransepolitiske tiltak, og den har vist at konkurransehensyn tillegges mindre vekt når de er i konflikt med interessene til statskontrollerte foretak eller andre politiske hensyn.

Regjeringen har likevel understreket at konkurranseloven skal videreføres, og at håndheving av konkurranseloven fortsatt er en prioritert oppgave for konkurransemyndighetene. Praktiseringen av fusjonskontrollreglene har imidlertid påført Regjeringen mye kritikk. Noe av kritikken er berettiget, men ikke all. Også under Bondevik-regjeringen ble det lagt vekt på andre hensyn enn konkurranse i fusjonssaker. Felles for begge de to siste regjeringers omgjøring av inngrepsvedtak mot fusjoner og oppkjøp på grunnlag av andre hensyn enn konkurransehensyn, er at vedtakene har svake begrunnelser for hvorfor inngrepet må omgjøres for

å ivareta de andre hensynene.

Konkurransen stimulerer til innovasjon og næringsutvikling, og bidrar til å hindre maktkonsentrasjon og maktmisbruk i næringslivet. Det er derfor vanskelig å forstå hvorfor ikke sosialdemokratiske politikere arbeider for en streng konkurransepolitikk. Dette skyldes dels historiske og ideologiske forhold, men også at det er sterke motkrefter mot en streng konkurransepolitikk.

Selv om konkurransepolitikken står sterkt i EU, er det også der stadige brytninger mellom hensynet til et velfungerende indre marked og nasjonalstatenes ønske om å støtte viktige nasjonale foretak og næringer.

1. Innledning

Det er opplagt at en rødgrønn regjering prioriterer annerledes enn en borgerlig regjering, og det er ikke overraskende at konkurransepolitikken er et av områdene der politikken endres. Formålet med dette notatet er å se nærmere på hvordan politikken egentlig har endret seg på dette området under den nåværende regjering, og å si noe om konsekvensene omleggingen vil få utover den enkelte sak. I tillegg vil jeg vurdere om Regjeringens politikk på området er konsekvent og sammenhengende, og hva/hvem som påvirker de valg Regjeringen gjør. Et viktig spørsmål er om Konkurransetilsynet er utsatt for mer eller mindre politisk styring enn før, og om endringene rammer noen samfunnsområder mer enn andre.

Avsnitt 2 forklarer konkurransepolitikkenes betydning og rolle, mens avsnitt 3 forsøker å vise årsakene til den politiske uenigheten på dette området. Avsnitt 4 gir en kort oversikt over de viktigste deler av Bondevik II-regjeringens (heretter omtalt som "Bondevik-regjeringen") konkurransepolitikk. Avsnitt 5 er en sammenlignende gjennomgang av de viktigste konkurransepolitiske saker under Stoltenberg II-regjeringen (heretter omtalt som "Stoltenberg-regjeringen"), mens notatet oppsummeres i avsnitt 6.

Dette notatet behandler først og fremst Regjeringens bruk av konkurranse som politisk virkemiddel, forslag til nye konkurranseregler

og Fornyings- og administrasjonsdepartementets praksis som klage- og omgjøringmyndighet i fusjonssaker etter konkurranselovens § 16. Regjeringen har i praksis ingen rolle i håndhevingen av konkurranselovens viktigste regler, forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid og mot misbruk av dominerende stilling. Konkurransetilsynets og domstolenes praksis på disse områdene faller derfor utenfor dette notatets ramme og beskrives ikke nærmere.

2. Hvorfor er konkurransepolitikk viktig?

2.1 Grunnleggende utgangspunkt

Det grunnleggende spørsmålet for en konkurransepolitisk diskusjon er hvorfor konkurranse er viktig. Svaret på spørsmålet – og begrunnelsen for svaret – kan vanskelig uttrykkes enklere enn dette:

”Konkurranse er verdifullt fordi det tvinger bedrifter og personer til å skjerpe seg, slik at vi får maksimalt ut av ressursene de forvalter. Bak svaret ligger en antagelse om at det å skjerpe seg er slitsomt og ubehagelig; derfor gjør vi det ikke med mindre vi er nødt. [...] Bedrifter og individer maksimerer hvis de er nødt til det, og mekanismen som gjør at de blir nødt, er konkurranse.”²

Dette trenger ikke nærmere forklaring her. Det er ingen som for alvor betviler at bedrifter og personer som må konkurrere for å få solgt sine varer og tjenester tvinges til å bli mer effektive enn de som slipper å konkurrere. Fortsettelsen fra sitatet ovenfor fortjener likevel å bli gjengitt for å nyansere bildet:

”Det sentrale ved konkurransen er altså at den driver den enkelte til maksimal prestasjon. For å få det til, kan det være nødvendig at man vinner over andre – det er ofte en nødvendig drivkraft; det kan også være en viktig motivasjonsfaktor. I likhet med det olympiske ideal, og i kontrast til den olympiske realitet, er imidlertid det viktige ved økonomisk konkurranse ikke å vinne, men å delta. Det har klare implikasjoner for typen konkurranse som er økonomisk verdifull. I motsetning til hva mange markedspopulister vil ha oss til å tro, er det nemlig ikke slik at all

konkurransen er like verdifull.”

Selv om konkurranse mellom foretak og individer altså er egnet til å ”bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser”, som det heter i konkurranselovens formålsbestemmelse, er det viktig å være klar over at konkurransen slett ikke alltid fungerer, og at konkurranse i tradisjonell forstand verken er mulig eller hensiktsmessig på alle samfunnsområder. Og selv om konkurransen virker godt, er det ikke slik at alle problemer kan løses gjennom konkurranse. Disse innvendingene gjennomgås kort i de neste tre avsnittene, for å utdype svaret på spørsmålet i overskriften.

2.2 Oppgaver som ikke løses gjennom konkurranse

En vanlig innvending mot konkurranse, særlig i forbindelse med diskusjoner om liberalisering eller deregulering av markeder, er at konkurransen ikke sikrer en rettferdig – eller lik – fordeling. Innvendingen er riktig i den forstand at konkurranse ikke i særlig grad påvirker fordelingen av inntekter og tilgangen på viktige varer og tjenester i samfunnet. Dette må reguleres dels ved omfordeling gjennom skatte- og trygdesystemet, og dels ved at det offentlige sikrer både etablering av tilbud og finansierer etterspørselen etter viktige tjenester innen for eksempel utdanning, sosial- og helsetjenester og mange andre områder. Konkurransen påvirker derimot inntektsfordelingen mellom markedsaktørene, slik at kundene normalt tjener på økt konkurranse, men det er en annen sak.

Behovet for offentlig finansiering av en rekke viktige tjenester kan også forklares med en annen innvending mot konkurranse som virkemiddel. I situasjoner med større eller mindre grad av markedssvikt, vil ”fri” konkurranse alene føre til at det produseres for lite av en rekke sentrale tjenester i et moderne samfunn. Politi og rettsvesen er et typisk eksempel. Etterspørselen etter og betalingsviljen for disse tjenestene er så lav, at vi er avhengig av statlig finansiering og drift, for å opprettholde trygghet og rettssikkerhet for alle. Veier, strømmnett, og finansiering av kulturtilbud, helse og utdanning er tjenester der graden av markedssvikt vel er noe mindre, men hvor det offentlige likevel sikrer både en høyere produksjon, og ikke minst at alle får nytte godt av disse tilbudene på om lag like vilkår.

Konkurransen i en fri markedsøkonomi vil også lett føre til for høyt tilbud av en rekke varer og tjenester, gjerne uten at prisen reflekterer samfunnets kostnader. Derfor må myndighetene regulere forurensende virksomhet og vedta miljø- og helsekrav til farlige produkter. Et annet eksempel på regulering av tilbudssiden i markedet er alkoholovens krav om at bare de som har bevilling kan produsere, importere eller skjenke alkoholholdige drikkevarer. Den videre distribusjonen av vin, brennevin og sterkøl har staten monopolisert gjennom Vinmonopolet. Formålet med disse inngrepene i konkurransesituasjonen i markedet for alkoholvarer er åpenbart å begrense skadevirkningene av alkohol for både enkeltindivider og samfunnet.

2.3 Noen eksempler på at konkurransen begrenses av markedsaktørene

Innledning

For at bedrifter og individer skal tvinges til å skjerpe seg, må det altså være en viss konkurranse om å selge de varer eller tjenester som bedriftene og individene produserer. Som vi har sett de siste årene i norsk innenriks luftfart, kan konkurransen gjerne virke effektivt selv med bare to deltagere. I dette avsnittet behandles noen enkle eksempler på hvordan konkurransen i markedene kan bli svekket som følge av markedsaktørenes strategiske handlinger. Eksemplene illustrerer konkurranselovens viktigste regler for å beskytte konkurransen; forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid (kartellforbudet), forbudet mot misbruk av dominerende stilling, og reglene om kontroll med fusjoner og oppkjøp.

Konkurransebegrensende samarbeid

Den mest alvorlige formen for konkurransebegrensende opptreden er at konkurrentene inngår kartellsamarbeid for å koordinere prissetting og annen forretningsstrategi til felles beste; typisk gjennom enten prissamarbeid, markeds- og kundedeling, anbudssamarbeid eller informasjonsutveksling. Foretakene vil i slike tilfeller regne med at de

ved å begrense konkurransen seg imellom kan tjene mer på økte priser, selv om de kanskje vil selge et noe lavere volum.

Alle moderne konkurranselover forbyr nå slike konkurransebegrensende samarbeid. I Norge kan slik kartellvirksomhet føre til bøter på inntil 10 % av foretakenes samlede omsetning, og involverte personer kan få fengselsstraff på inntil 6 år i de mest alvorlige tilfellene. I EU påla Kommisjonen i februar 2007 bøter på til sammen 992 millioner Euro i et kartell mellom heisprodusentene Otis, KONE, Schindler og ThyssenKrupp.³

Fusjoner og oppkjøp

En annen og langt mindre problematisk metode for å påvirke konkurransesituasjonen er å slå konkurrentene sammen gjennom fusjoner, oppkjøp eller etablering av fellesforetak ("joint ventures"). I konkurranseloven betegnes dette i fellesskap som "foretakssammenlutninger".

Virkningen for konkurransen er gjerne minst like ille som om partene samarbeider om pris. Så lenge prissamarbeid også straffes med fengsel og høye bøter er det klart at en fusjon er mer attraktivt. Fusjonen er heller ikke avhengig av at konkurrentene fortsetter å være enige om å samarbeide. Kontroll med foretakssammenlutninger er derfor ett sentralt virkemiddel for konkurransemyndighetene i Norge og de aller fleste moderne land. Flere slike saker blir omtalt senere.

Misbruk av et foretaks dominerende markedsstilling

Oftest ser man at enkeltforetak kan opptre uavhengig av kunder og konkurrenter i forhold til prissetting, kundeservice og produktutvikling. I konkurranseloven er dette omtalt som at foretaket har en "dominerende stilling". Dersom slike foretak bruker posisjonen sin for å beskytte seg mot konkurranse vil det kunne rammes av forbudet mot utilbørlig misbruk av sin dominerende stilling.

Et viktig poeng er at det er fullt lovlig å etablere dominerende stilling, for eksempel gjennom å vinne konkurransen ved å være best på pris og kvalitet. Forbudet i konkurranseloven slår først inn som en begrensning

på handlefriheten til foretak som har oppnådd en slik posisjon. Disse kan dermed oppleve at forretningspraksis som var lovlig når foretaket var i utfordrerposisjon plutselig kan bli ulovlig når konkurrentene er slått ut av markedet.

Det klareste tilfellet av dominerende stilling, er der et foretak av en eller annen grunn har monopol. I slike tilfeller vil konkurransen kunne være mer eller mindre eliminert. Vinmonopolet har som nevnt et såkalt *rettslig* monopol på omsetning av vin og brennevin i Norge, mens nettselskapene i kraftforsyningen er eksempler på *naturlige* monopoler, fordi det ikke er lønnsomt å etablere konkurrerende nett. I andre tilfeller kan det være en viss konkurranse, selv om den dominerende aktøren i realiteten har en nokså beskyttet tilværelse. Selv om flere aktører produserer og selger ost i Norge, har Konkurransetilsynet konkludert med at Tine likevel har dominerende stilling i konkurranselovens forstand. Dominerende stilling eller mindre alvorlige former for markedsrett kan lett oppstå i markeder med offentlige krav til vare- eller tjenesteleverandøren, dersom kravene bidrar til å stenge nye aktører ute av markedet.

Konkurranseloven setter forbud mot at foretak med slik dominerende stilling forsøker å styrke denne posisjonen ved å beskytte seg mot konkurranse. I den nevnte Tine-saken hadde selskapet inngått avtale med Reitan-gruppen om eksklusiv rett til å selge visse osteprodukter i deres forretninger. Konkurransetilsynet mente at dette var et misbruk av Tines dominerende stilling, fordi det gav Tine beskyttelse mot konkurranse innenfor Reitan-gruppens forretninger. Tine fikk en bot på 45 millioner kroner, men saken ble brakt inn for domstolene og er ikke avgjort ennå.

2.4 Bruk av konkurranse som virkemiddel i modernisering av offentlig sektor - privatisering, liberalisering, konkurranseutsetting, brukervalg og benchmarking

Utgangspunkt; konkurransen virker ikke av seg selv og må skapes kunstig av politikerne.

Som nevnt ovenfor er den konkurransepolitiske begrunnelsen for at en mengde ulike offentlige tjenester tilbys og finansieres av det offentlige at

markedet alene ville produsere altfor lite, og at bare de mest bemidlede ville kunne få tilgang til tjenestene. Selv om det er høy temperatur i den politiske debatten om konkurranseutsetting som virkemiddel, er det i realiteten bred enighet blant alle ansvarlige politiske partier i Norge om at det offentlige skal ta ansvaret for å finansiere de ulike velferdstjenestene. Alle er også enige om at det offentlige må være den viktigste produsent av for eksempel helsetjenester og utdanningstjenester. Diskusjonen dreier seg om man skal bruke konkurranse som virkemiddel for å produsere de offentlig finansierte tjenestene, og i så fall om hvordan dette skal skje.

Det er en betydelig utfordring å skape konkurranse i markeder der man er prisgitt offentlig sektor som tilbyder, hva enten det er staten innen høyere utdanning og spesialisthelsetjenesten, eller den enkelte kommune innen eldreomsorg og sykehjem. Selv om man åpner for etablering av private alternativer, vil det offentlige gjennom rollene som eier av det meste av produksjonskapasiteten, markedsregulator og finansieringskilde, stort sett være skjermet for konkurranse i vanlig forstand. Dersom politikerne ønsker å øke effektiviteten innen slike sektorer gjennom bruk av konkurranse, må konkurransen sikres på ”kunstig” vis. Noen grunnleggende teknikker for å skape konkurranse innen offentlig tjenesteproduksjon blir kort beskrevet nedenfor.⁴

Konkurranseutsetting gjennom anbud

Debatten om konkurranseutsetting dreier seg i stor grad om hvorvidt det er riktig å sette driften av kommunale omsorgstjenester ut på anbud, slik at kommunen kan velge mellom offentlige og private aktører basert på kvalitet og pris. De aller fleste offentlige investeringer i bygg og anlegg blir konkurranseutsatt, siden verken staten eller kommunene lenger har egne organisasjoner for bygging av veier, kontorbygg eller institusjoner. Konkurranseutsetting av tekniske tjenester i kommunene er også blitt svært vanlig.

Konkurranseutsetting gjennom anbud er derimot ikke aktuelt innen de statlige helsetjenestene, og heller ikke innen verken de statlige eller kommunale utdanningstjenestene. På disse områdene er brukervalg en mer aktuell metode for å skape konkurranse, se neste avsnitt.

Konkurransen skapes i anbudssituasjonen, ved at kommunen som bestiller fastsetter krav til kvalitet og innhold – utover det som følger av lover og forskrifter på området – og sammenligner tilbud fra egen organisasjon med de som eventuelt kommer fra private aktører. Forutsetningen for at konkurransen skal virke er at tilbyderne – selv om det ender opp med bare å være en – regner det for sannsynlig at det vil komme andre tilbud, og at innholdet i disse er ukjent og usikkert på forhånd for hver tilbyder.

En viktig forutsetning for at konkurransesituasjonen skal bli reell er at den offentlige organisasjonen deltar, men uten å være subsidiert fra kommunale midler. Dette kan best sikres ved at driften av enheten – for eksempel sykehjemmet – på forhånd er skilt ut fra kommunen til et eget rettssubjekt. Slik utskilling av virksomhet fra stat eller kommune til egne selskaper omtales gjerne som ”fristilling”. Politiske motstandere av slike reformer bruker gjerne uttrykket ”privatisering” om det samme. Dette er misvisende, siden begrepet privatisering først er dekkende dersom det fristilte selskapet selges til private.

En annen viktig forutsetning er at kommunen har tilstrekkelig bestillerkompetanse til å kunne definere nøyaktig hva tjenesten går ut på, og hvilke kvalitetskrav som skal gjelde for konkurransen. I tillegg må kommunen opparbeide kompetanse på kontraktsstyring av den tjenesteproduzenten som vinner anbudet. Dette kan by på helt andre utfordringer enn den etatsstyring som kommunen er vant med i forhold til når sykehjemmet drives av en underliggende etat.

Et tredje moment er at kommunen må tenke langsiktig og sikre at konkurransen virker også i neste runde, etter at anbudsperioden er utløpt. Det kan derfor være fornuftig å ikke konkurranseutsette driften av alle produksjonseenhetene, slik at kommunen sikrer at det alltid vil komme ett tilbud fra egen organisasjon.

Denne overforenklede gjennomgangen viser at konkurranseutsetting er en meget krevende øvelse når kommunen gjør det for første gang, selv om verdien av organisasjonsendringer og kompetanseoppbygging vil kunne gi betydelige gevinster etter hvert. Samtidig er det viktig å minne om at konkurranseutsetting er en konkurranse *om* en gitt tjeneste,

og den som vinner er nokså beskyttet fra konkurranse gjennom hele kontraksperioden. En svakhet ved denne konkurranseformen er at den ikke gir et løpende daglig konkurransepress på tjenesteleverandøren. For å få til dette kan kommunen eventuelt supplere med brukervalg eller målestokkonkurranse, som beskrives i de neste avsnittene.

Brukervalg og brukerstyrt finansiering av tjenesteleverandøren

Brukervalg er på mange måter en enklere form for konkurranseeksponering av offentlig tjenesteproduksjon, som i prinsippet kan skje uten at det finnes private leverandører som konkurrerer mot det offentlige. Brukervalg innebærer at det offentlige gir brukeren adgang til å velge mellom alternative tilbud eller tjenesteleverandører hva enten de tilbys av det offentlige selv eller private aktører. Fritt skolevalg og fritt sykehusvalg er vanlige eksempler på denne konkurranseformen. Det offentlige kan fortsatt beholde rollen som tjenesteproducent, og vil fortsatt være ansvarlig overfor brukeren for at tjenesten tilbys og tilfredsstillende de myndighetsfastsatte kvalitetskrav på området.

For at brukervalg skal utløse et konkurransepress på de ulike tjenesteleverandørene, må finansieringen av tjenesten i en viss grad følge brukeren, slik at de ulike leverandørene tjener på å tiltrekke seg flest mulig brukere eller ”kunder”. Dette kan rendyrkes gjennom en ren stykkprisfinansiering, eller ved mellomformer som den modellen for innsatsstyrt finansiering man har valgt for sykehusene, med en kombinasjon av grunnfinansiering og en komponent som utløses ved behandling av pasienten.

Leverandørens inntektsøkning ved å vinne en ny kunde – prisen – vil i slike konkurranseformer måtte fastsettes av det offentlige selv. Dette kan være komplisert, noe debatten om finansiering av sykehusene har vist. Det er klart at det er noe galt med prisfastsettelsen, dersom det er riktig at sykehusene og legene ”koder” pasientjournalene feil med det formål å få mest mulig penger til virksomheten.⁵

Målestokkonkurranse eller ”benchmarking”

Målestokkonkurranse består i systematisk sammenstilling av ulike

virksomhetsinformasjon, slik at man kan måle de enkelte virksomhetenes prestasjoner opp mot hverandre. Slik rangering stimulerer i seg selv til konkurranse mellom aktørene, i tillegg til at slike ordninger kan være en effektiv metode for å heve kompetansen og effektiviteten i offentlige virksomheter fordi de mindre effektive lett kan lære av de som gjør det best. Konkurransereformen kan også suppleres med brukervalg eller ulike former for økonomisk premiering av ”vinnerne”, for å styrke konkurranseelementet.

Kommunal- og regionaldepartementet har gjennom flere år arbeidet aktivt for å legge til rette for benchmarking i kommunal sektor (KOSTRA), gjennom å sammenstille ulik virksomhetsinformasjon fra kommunene for å måle og sammenlikne kommunenes prestasjoner med hverandre og over tid.

Et eksempel på målestokkonkurranse i en stor statlig etat er de tiltakene som ble gjennomført for å fjerne køer i Aetat under Bondevik-regjeringen. I 2002 og 2003 bygget det seg opp betydelige køer på arbeidskontorene av yrkeshemmede, som trengte avklaring av hvilke arbeidsmuligheter og attføringsbehov de hadde. Dette bidro – i tillegg til å kaste bort tiden til de yrkeshemmede – til betydelig negativ omtale av etaten og politisk kritikk av regjeringen. Køene ble fjernet ved å gi det enkelte lokale Aetat kontor en liten økonomisk bonus, dersom de greide å overoppfylle kontorets normaltall for hvor mange yrkeshemmede de normalt skulle kunne ”avklare”. Tiltaket kostet om lag fem millioner kroner, og fjernet køene i løpet av noen få måneder.

En innvending mot bruk av målestokkonkurranse er at virksomhetens oppmerksomhet rettes mot å oppfylle de kriteriene som måles, slik at det oppstår fare for at andre viktige oppgaver nedprioriteres. Slik konkurranse bør derfor brukes med forsiktighet, og konkurransereformen passer antagelig best i store komplekse offentlige virksomheter, og i kommunesektoren. Her kan man måle og sammenlikne de mest sentrale indikatorene på virksomhetenes effektivitet, men uten å pretendere at målingen gir et helhetlig uttrykk for virksomhetens samlede produksjon og effektivitet.

3. Hvorfor er politikerne uenige om konkurransepolitikken?

3.1 Konkurranspolitikken har fått et videre nedslagsfelt

Tradisjonelt har det vært vanlig å skille mellom konkurransepolitikk i vid og snever forstand, der den snevre konkurransepolitikken handler om hva som er riktig håndheving av konkurranseloven, og hva som eventuelt er fornuftige endringer i konkurranselovgivningen. Spørsmål om konkurransemyndighetene bør gripe inn mot en konkret fusjon, eller om det bør være lettere eller vanskeligere for politikerne å overprøve konkurransemyndighetenes faglige vurderinger, er konkurransepolitikk i snever forstand. Formålet med konkurransepolitikken i vid forstand er etter tradisjonell terminologi å sikre at konkurransehensyn vektlegges på linje med andre hensyn ved utformingen av offentlige reguleringer, og ved det offentliges atferd i markedene som eier av foretak.

Debatten om bruk av konkurranse som virkemiddel i effektiviseringen av det offentliges tjenesteytelse har utviklet seg litt på siden av den tradisjonelle konkurransepolitikken, slik at konkurransepolitikken i vid forstand nok er utvidet i forhold til tidligere.⁶ Dette har nok også bidratt til å øke fokuset på den mer tradisjonelle konkurransepolitikken.

De politiske forskjellene i konkurransepolitikken følger likevel omlag de samme linjer på alle disse områdene. At politikerne har så ulike syn på konkurransepolitikken til tross for at de fleste påberoper seg å ville ha effektiv ressursbruk i samfunnet, kan forklares ut ifra partienes ulike ideologiske utgangspunkter og hensynet til de særinteresser de enkelte partiene forvalter. Den kanskje viktigste ”driveren” bak politikernes syn på konkurransepolitikk er likevel utviklingen i samfunnsøkonomenes syn på konkurransepolitikk over tid. Dette utdypes nedenfor.

3.2 Synet på konkurransepolitikk i fagmiljøer og byråkratiet har variert betydelig over tid

Norsk konkurransepolitikk har siden de første lovreglene om trustkontroll ble vedtatt i 1926 vært preget av store svingninger.⁷ Den viktigste forklaringen på dette ligger nok i at de faglige begrunnelsene for

konkurranspolitikken har endret seg betydelig gjennom de siste hundre årene. Tidlig i forrige århundre hadde konkurransereglene til formål å verne konkurransen til fellesskapets beste, men det tok ikke lang tid før byråkratene endret oppfatning og brukte datidens konkurranseregler til å beskytte viktige norske bedrifter mot konkurranse. Gjennom praksis og lovendringer i mellomkrigstiden ble konkurranspolitikkenes fokus ganske annerledes enn det vi er vant til i dag, å verne bedriftene mot det man oppfattet som ”usunn” konkurranse. Hovedmannen bak dette skiftet var den nærmest legendariske direktøren for pris- og konkurranseforvaltningen, Wilhelm Thagaard, som satt i denne posisjonen fra 1920 til 1960.

Synet på konkurranspolitikken i denne perioden hang også sammen med rådende oppfatninger om myndighetenes evne til å planlegge og å styre den økonomiske utviklingen i samfunnet. I hovedsak holdt denne linjen seg gjennom etterkrigstiden, selv om lovgrunnlaget for konkurranspolitikken utviklet seg mer i retning av dagens konkurranseregler. Frem til 70-tallet sto verdien av – og troen på – prisregulering høyt i kurs, slik at man fikk en rekke detaljerte bestemmelser om priser på ulike varer og på ulike omsetningsledd – omtrent slik man fortsatt har det på landbrukssektoren i dag. Parallelt med dette ble det gitt en rekke tillatelser til konkurransebegrensende samarbeid i ulike bransjer og markeder.

På 70 og 80-tallet hadde man mistet troen på prisreguleringer og planøkonomi i de toneangivende økonomiske fagmiljøer. Det er likevel et lite paradoks at det var under Gro Harlem Brundtlands første regjering at norske myndigheter gikk over fra tradisjonell prisreguleringspolitikk til tro på at velfungerende konkurranse er det beste virkemiddelet for å holde prisene nede.⁸ Dette skiftet ble – mindre overraskende – fulgt opp under Kåre Willochs regjeringer fra 1981-1986, og i denne perioden fjernet man de aller fleste tillatelser til konkurransebegrensende samarbeid og markedsregulering.

3.3 Ideologiske forskjeller i konkurranspolitikken

De aller fleste politikere vil akseptere at konkurranse fører til effektiv

ressursbruk. Få – om noen – seriøse politikere i Norge er i dag uenige i at bedrifter og individer skjerper seg når de bli utsatt for konkurranse, og at samfunnet er tjent med velfungerende konkurranse. Men selv om politikernes syn på konkurransepolitikken i stor grad formes av vekslende syn i fagmiljøene, er ideologiske forskjeller mellom partiene også en viktig forklaring på politikernes ulike holdninger på dette området. Det gjennomgående mer negative syn på konkurransepolitikk i AP, SV og SP kan nok forklares med partienes tradisjonelle skepsis til kapitalisme og frie markedskrefter. Disse partiene har også hatt større tro på planøkonomiske virkemidler og reguleringer av markedsmekanismene enn de borgerlige partiene, selv om styrken i denne troen har avtatt betydelig de siste årene.

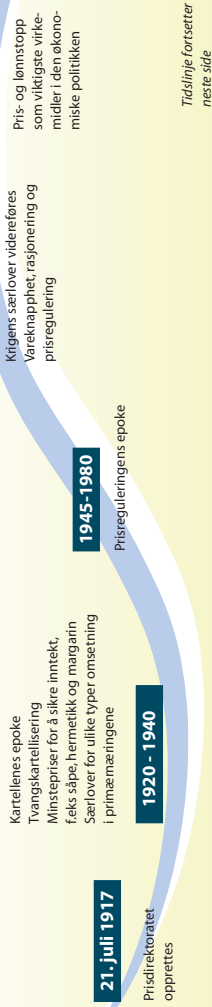
De borgerlige partiene og Fremskrittspartiet har på den annen side hatt en langt mer positiv holdning til den moderne konkurransepolitikken, i tråd med disse partienes tro på markedsløsninger og motstand mot planøkonomi og skepsis til offentlige reguleringer. Som dette notatet vil vise, er heller ikke disse partiene helt konsekvente i sin konkurransepolitikk. Dette henger nok sammen med en annen forklaring på hva som styrer partienes syn på konkurransepolitikken; hensynet til de ulike særinteresser som partiene har som velgergrunnlag. Dersom partienes velgergrunnlag er tjent med å opprettholde konkurransebegrensende reguleringer eller markedsstrukturer, vil partiene normalt bli skeptiske til en offensiv konkurransepolitikk. Det fremste eksemplet på dette er klart nok SP, som er skeptiske til konkurranse selv om partiet må sies å være et næringslivsvennlig parti. Dette må kunne forklares med partiets bakgrunn i landbruket og landbruksnæringene, som er avhengige av å beholde de pris- og markedsreguleringene som utgjør kjernen i norsk landbrukspolitik.

I tillegg til ideologi, kan AP og SVs skepsis i denne sammenhengen også forklares med at partiene har en betydelig del av sitt velgergrunnlag blant ansatte i offentlig sektor. Disse er motstandere av at offentlig tjenesteproduksjon eksponeres for konkurranse. Stortingsdebatten om konkurranseloven og de rødgrønne partienes merknader i komitéinnstillingen til konkurranseloven⁹ viser at motstand mot

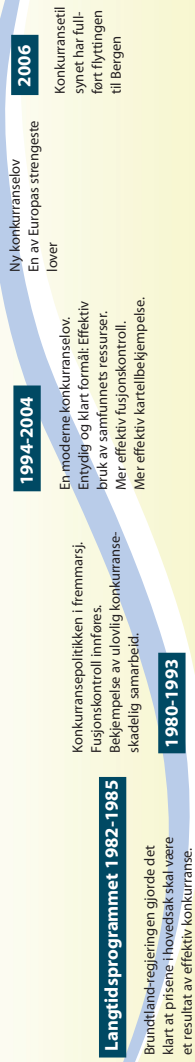
konkurranseutsetting og markedsløsninger for offentlig tjeneste produksjon var det sentrale temaet for representantene fra dagens regjeringspartier. En annen sak er at spørsmålet om konkurranseutsetting ikke har noe relevans ved behandlingen av en lov om konkurranse mellom foretak, slik som konkurranseloven. Konkurranseloven krever på ingen måte at offentlige tjenester eksponeres for konkurranse fra private.

Selv om partiene på borgerlig side er tilhengere av en offensiv konkurransepolitikk, preges også disse partienes konkurransepolitiske linje av at partiene er avhengige av et godt forhold til næringslivet. Konkurranspolitikken fører som regel til at den kommersielle handlefriheten til store tunge selskaper blir begrenset i strid med foretakenes interesser. De som berøres direkte vil også som regel komme lettere til orde i den offentlige debatten, enn summen av de bedrifter og forbrukere som tjener på at det fattes strenge vedtak i konkurransesaker. Særlig gjelder det når de bedriftene som rammes er selskaper med stor nasjonal symbolverdi og tyngde i den offentlige debatten. Dette smitter naturlig nok lett over på næringslivsorienterte partier som Høyre og Fremskrittspartiet.

TIDSLINJE



TIDSLINJE forts.



(Grafikk utarbeidet av konkurransetilsynet 2007)

4. Bondevik-regjeringens konkurransepolitikk

4.1 Konkurransopolitisk handlingsplan

Noen uker etter at Bondevik-regjeringen tiltrådte høsten 2001, vedtok den en konkurransepolitisk handlingsplan, som dannet en overordnet ramme for en rekke konkurransepolitiske tiltak de påfølgende årene. Hovedpunktene i planen var å:

- Styrke konkurransemyndighetene.
- Gjennomgå offentlige reguleringer og avtaler som kan virke konkurransebegrensende.
- Sikre at offentlige innkjøp bidrar til å stimulere konkurranse og etableringsmuligheter.
- Påse at salg av statlige selskaper ikke bidrar til konkurransebegrensninger.
- Sørge for at offentlig virksomhet blir organisert og drevet på en måte som fremmer konkurranse.

4.2 Ny konkurranselov

Det klart viktigste i oppfølgingen av planen var styrkingen av konkurransemyndighetenes uavhengighet og rolle ved å innføre en av verdens strengeste konkurranselover. Konkurranseloven av 2004 trådte i kraft 1. mai 2004 og erstattet da konkurranseloven av 1993. De viktigste reformene var mer omfattende forbudsregler og styrket fusjonskontroll, i tillegg til et langt strengere og mer effektivt saksbehandlings- og sanksjonssystem. Den nye loven forbyr alle former for konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling, og den gir Konkurransetilsynet hjemmel til å sanksjonere overtredelser gjennom å fastsette overtredelsesgebyrer på inntil 10 % av foretakenes samlede årlige omsetning. Fusjonskontrollen ble styrket ved innføring av alminnelig meldeplikt for alle foretakssammenslutninger. Den nye loven slår i § 8 fast at Konkurransetilsynet ikke lenger kan instrueres om avgjørelsen av enkeltsaker.

Overprøving av Konkurransetilsynets vedtak skjer nå ved at foretak

som er ilagt administrative bøter ("overtredelsesgebyr") for brudd på forbudsreglene må bringe saken inn for domstolene, slik ordningen er i EU. Vedtak om inngrep mot fusjoner og oppkjøp overprøves fortsatt av departementet. Dette gir Konkurransetilsynet samlet sett en sterkere og mer uavhengig rolle enn etter Konkurranseloven av 1993. Denne loven hadde "snevre" forbud mot alvorlig konkurranseskadelig samarbeid, men samtidig vid adgang til å dispensere fra forbudene. I tillegg kunne Konkurransetilsynet gripe inn mot andre former for konkurranseskadelig atferd i § 3-10. Loven forutsatte at Konkurransetilsynet kunne og måtte prioritere hvilke saker de ville gripe inn mot, samtidig som alle inngrepsvedtak kunne omgjøres på politisk nivå gjennom klagebehandling i departementet.

Uten å ta stilling til en sak som nå står for domstolene, kan Tine-saken nevnes som illustrasjon av forskjellen mellom den nye og den gamle loven. Tines krav om eksklusiv tilgang til Reitan-gruppens hyller ville ikke vært forbudt etter den gamle konkurranseloven, med mindre Konkurransetilsynet hadde valgt å gripe inn med hjemmel i § 3-10. Et slikt inngrepsvedtak ville Tine sannsynligvis klaget inn for faglig og politisk overprøving i departementet. Som det fremgår nedenfor, er det liten grunn til å tro at konkurransehensynene ville gå seirende ut av en slik overprøving.

4.3 Håndheving av konkurransereglene og konkurransefremmende innkjøpspolitikk

Selv om konkurranseloven av 1993 var et svakere våpen for konkurransemyndighetene enn den nye loven, var bruken av lovens inngrepshjemler et sentralt ledd i Bondevik-regjeringens konkurransepolitikk. Ett viktig eksempel var at regjeringen til tross for sterk motstand i opposisjonen på Stortinget – unntatt SV – opprettholdt Konkurransetilsynets forbud mot SAS Braathens lojalitetsprogram, Eurobonus. Dette var avgjørende for at selskapet Norwegian kunne etablere seg som en konkurrent på innenriks flytrafikk i Norge, med betydelig prisreduksjon på innenlandske flyreiser som resultat. Saken kom også opp som følge av at departementet instruerte Konkurransetilsynet

om å behandle spørsmålet.

Et annet viktig eksempel var at regjeringen til tross for betydelig politisk press opprettholdt Konkurransetilsynets inngrep mot Statkraft SFs erverv av 45,5 % av aksjene i Agder Energi AS, og senere av Trondheim Energiverk AS. Det siste av disse to vedtakene ble omgjort av Stoltenberg-regjeringen, se nedenfor.

Bondevik-regjeringen brukte også statens kjøpermakt i markedet for innenlands flyreiser for å fremme konkurranse i dette markedet. Tidligere la staten ut ett anbud for statens samlede kjøp av flyreiser innenlands – som i praksis bare SAS Braathens hadde mulighet til å by på. Anbudene ble nå splittet opp i de viktigste enkeltstrekningene, slik at selv en nyetablert aktør kunne konkurrere på like vilkår med SAS Braathens. Strategien virket, og Norwegian fikk en viktig kontrakt i oppstartsfasen fordi de var best på pris.

4.4 Bruk av konkurranse som virkemiddel i moderniseringen av offentlig sektor

Bondevik-regjeringen brukte i en helt annen grad enn dagens regjering konkurranse som politisk virkemiddel i moderniseringen av offentlig sektor. Dette skjedde blant annet gjennom reformene innen helse-sektoren, utdanningssektoren, kommunesektoren og andre viktige samfunnsområder. Ulike metoder for å skape konkurranse ble brukt,¹⁰ særlig ved tilrettelegging for fritt brukervalg og etablering av private alternativer til offentlig tjenesteproduksjon, og flere av reformene var ikke primært begrunnet med konkurransehensyn.

Ett sentralt poeng i Bondevik-regjeringens moderniseringspolitikk var å skille mellom forvaltningsoppgaver og tjenesteproduksjon. Forvaltning av brukerrettigheter, budsjettmidler og fastsettelse av kvalitetskrav skulle ligge igjen i stat og kommune, mens tjenesteproduksjonen skulle skilles ut og eksponeres for konkurranse på alminnelige markedsvilkår. Formålet med dette var å sikre likebehandling og politisk styring av kvalitetsnivå og samlet ressursbruk, samtidig som konkurransen om produksjon av tjenestene ville lede til kontinuerlig heving av kvalitet og bedre ressursutnyttelse, både for de tidligere offentlige virksomhetene og

for de private alternativene. De viktigste vedtakene på dette feltet var:

- Utskillelse av produksjonsdelen av Statens Vegvesen til Mesta AS.
- Omdanning av Luftfartsverket til Avinor AS.
- Utskillelse av produksjonsdelen av Kystverket til Secora AS.
- Vedtak om utskillelse av produksjonsdelen av Jernbaneverket, som senere ble omgjort av Stoltenberg-regjeringen.
- Omdanning av direktoratet Statskonsult til aksjeselskap, som nå også er omgjort av Stoltenberg-regjeringen.
- Omdanning av Arbeidsforskningsinstituttet til aksjeselskap.
- Endringer i merverdiavgiftsreglene for å fremme konkurranseutsetting av offentlig tjenesteproduksjon.

Andre profilerte konkurransepolitiske tiltak under den forrige regjeringen var liberaliseringen av bokbransjen og fjerning av særordninger for bokklubbene, og gradvis oppheving av Postens lovfestede monopol på forsendelse av brev. Det siste ble omgjort av dagens regjering. Også på landbrukssektoren ble det gjort enkelte regulatoriske tiltak for å styrke konkurransen, blant annet gjennom innføring av ”ny markedsordning for melk” fra 2004.

5. Hvilke endringer har skjedd under dagens regjering?

5.1 Innledning

Formålet med dette avsnittet er å gjennomgå og vurdere de viktigste endringene i konkurransepolitikken under dagens regjering. Regjeringens behandling av klager over Konkurransetilsynets inngrep mot foretakssammenslutninger har fått klart mest oppmerksomhet i den offentlige debatten. De viktigste klage- og omgjøringsvedtakene under de to siste regjeringene behandles under pkt 5.7 og 5.8 nedenfor.

Klagesakene er imidlertid bare en del av de konkurransepolitiske begivenheter under den sittende regjering. Regjeringen har også på andre

områder vist at den har vesentlig mindre tro på konkurranse som virkemiddel enn den forrige regjeringen. Et par unntak fra dette igjen kan også spores, noe som behandles i pkt 5.3 nedenfor.

5.2 Aktiv bruk av konkurranse er erstattet av motvilje

Flere vedtak om reversering av Bondevik-regjeringens politikk

Den viktigste forskjellen på konkurransepolitikken under dagens regjering sammenlignet med den forrige regjeringen, er at bruken av konkurranse som virkemiddel i moderniseringen av offentlig sektor og på andre politikkområder er stanset helt opp. Regjeringens strategi for fornying av offentlig sektor¹¹ gjør ingen bruk av de teknikkene for å skape konkurranse som er gjennomgått ovenfor. Med andre ord er konkurranse som virkemiddel for effektivisering og brukerretting av offentlig sektor blitt lagt helt til side.

Skadevirkningene ved denne politikkomlegningen er sannsynligvis langt større enn virkningen av de klagesakene som har stått sentralt i den offentlige debatten om Stoltenberg-regjeringens konkurransepolitikk. Noen illustrerende eksempler kan nevnes, uten at dette er en fullstendig oversikt:

- Reversering av to konkrete saker om konkurranseutsetting av statlig tjenesteproduksjon, som nevnt ovenfor. Det kan ikke ventes at Regjeringen vil komme med noen nye forslag om fristilling og konkurranseutsetting.
- Postens monopol på distribusjon av de minste brevsendingene ble som nevnt besluttet opphevet av den forrige regjeringen fra 1. januar 2006. Dette vedtaket ble opphevet nokså umiddelbart etter Stoltenberg-regjeringens tiltredelse.
- Endringer i friskoleloven gjør det betydelig vanskeligere å etablere private alternativer til offentlige skoler. De eneste som nå får etablere seg er i hovedsak skoler som representerer religiøse eller pedagogiske alternativer til den offentlige skolen.
- Regjeringen har avvist videre bruk av OPS (offentlig privat samarbeid) i forbindelse med store anleggsprosjekter, som veibygging.

- Oppfølgingen av den forrige regjeringens konkurransepolitiske handlingsplan, med sikte på å gjennomgå konkurransebegrensende reguleringer, og å sikre konkurranse på like vilkår mellom offentlige og private aktører er lagt på is.
- Arbeiderpartiets Martin Kolberg gjorde det før kommunevalget klart at det vil bli gitt sentralt pålegg til kommunepolitikere om å stanse eller reversere alle konkurranseutsatte velferdstjenester i de kommuner der regjeringspartiene får makten etter kommunevalget. Som kjent var sterk motstand mot konkurranse om offentlige velferdstjenester en av hovedsakene for de rødgrønne partiene i fjorårets kommunevalgkamp.

Forslag om å tillate karteller mv. i skogbruket

Det er flere eksempler fra andre områder på at Stoltenberg-regjeringen systematisk unnlater å prioritere konkurransehensyn uten noen særlig vurdering av skadevirkningene. Ett symptomatisk eksempel er Landbruksdepartementets forslag om å unnta skogbruket fra konkurranselovens virkeområde.¹² Forslaget gir blankofullmakt til etablering av karteller og annen konkurransebegrensende aktivitet innen skogbruksnæringen.

Skogbruket vil uansett være omfattet av EØS-avtalens konkurranse-regler, som har samme forbudsregler som konkurranse-loven. Det er derfor usikkert om skadevirkningene av forslaget vil bli så store, men så lenge verdiskapningen i de næringer som berøres er på om lag 40 milliarder årlig, er det klart at enhver svekkelse av konkurransen i disse markedene vil føre til betydelige samfunnsøkonomiske tap. Dette var ikke berørt i Regjeringens forslag.

Det vil også være svært uheldig å ha regler i en norsk forskrift som gir inntrykk av at karteller i disse næringene er lovlig, når de i virkeligheten fortsatt vil være forbudte etter EØS-avtalen.

Konkurransehensyn ignoreres i eierskapspolitikken

Videre legger Regjeringen tilsynelatende liten eller ingen vekt på konkurransehensyn i utøvelsen av statlig eierskap. For Bondevik-regjeringen var ett viktig hensyn ved utformingen av statens

eierskapspolitikk å sørge for at ikke statens rolle som aksjonær skulle være til hinder for at Konkurransetilsynet kunne foreta en normal saksbehandling av fusjoner og oppkjøp der Staten var eier i ett av de involverte foretakene. Dette ble fastslått i Bondevik-regjeringens eierskapsmelding.¹³

Da næringsminister Ansgar Gabrielsen la frem forslag for Stortinget om at staten som aksjonær skulle gi sin tilslutning til fusjonen mellom DnB og Gjensidige NOR, ble det tatt uttrykkelig forbehold om at Konkurransetilsynet skulle gjøre en normal saksbehandling av fusjonen, slik at Stortingets godkjenning ikke skulle påvirke Konkurransetilsynets praktisering av konkurranseloven.¹⁴

Stoltenberg-regjeringen har på sin side ikke nevnt konkurransehensyn som føring på statens eierskap med ett ord i sin eierskapsmelding.¹⁵ Det til nå mest omdiskuterte eksemplet på at dette er behandlingen av Statoils oppkjøp av petroleumsvirksomheten til Norsk Hydro. Regjeringen la selv til grunn at sammenslåingen kan føre til redusert mangfold og mindre kreative løsninger, men foreslo ingen tiltak for å kompensere for dette.¹⁶ I tillegg unnlot regjeringen å viderebringe Konkurransetilsynets syn på hvilke markeder som burde undersøkes nærmere av EU-kommisjonen, som skulle behandle saken.¹⁷

Selv om denne saken påførte regjeringen betydelig kritikk, er det mye som tyder på at den konkurransepolitisk sett likevel ikke var så problematisk. EU-kommisjonen godkjente fusjonen allerede i den innledende fase av sin saksbehandling, og det er ikke grunn til å tro at saken ville falt annerledes ut om Konkurransetilsynets brev hadde kommet frem.¹⁸ Kommisjonen pleier ikke å ha behov for innspill fra nasjonale konkurransemyndigheter i slike saker, og det er ingen grunn til å tro at kommisjonen manglet sentral informasjon om de berørte markedene. Regjeringens opptreden viser uansett klart at den ikke ønsket fokus på konkurransemessige innvendinger mot fusjonen.

Omgjøringsvedtakene til fordel for Statkraft og Posten som nevnes ovenfor, viser også den samme tendensen til at Regjeringen konsekvent lar konkurrenter og forbrukere tape når konkurransehensyn strider mot interessene til statskontrollerte foretak.

5.3 Noen eksempler på offensive konkurransepolitiske tiltak fra Stoltenberg-regjeringen

Forskrift mot bonusprogrammer i luftfarten

En kontroversiell bestemmelse i den nye konkurranseloven er § 14, som gir departementet adgang til å vedta forskrifter om konkurransefremmende tiltak. Bestemmelsen ble kritisert fra næringslivet under debatten om den nye loven blant annet fordi den gir konkurransemyndighetene større fullmakter enn de fleste konkurranselover i andre sammenlignbare land.

Regjeringen har imidlertid brukt bestemmelsen for første gang i forbindelse med vedtaket om å forby opptjening av bonuspoenger i innenriks luftfart i Norge.¹⁹ Forslaget ble begrunnet med at konkurransen mellom SAS Braathens og Norwegian vil bli skadelidende om slike programmer igjen tillates på innenlands flyreiser i Norge. Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i Konkurranselovens § 11 ville antagelig vært til hinder for at SAS igjen lot flyreiser innenlands i Norge omfattes av selskapets Eurobonus program. Norwegian har derimot ikke dominerende stilling, og vil i utgangspunktet kunne lage et lojalitetsprogram uten hinder av konkurranseloven. Departementet vurderte imidlertid dette markedet slik at selv dersom bare Norwegian innfører et bonusprogram, vil konkurransen svekkes.

Fortsatt omfattende meldeplikt for fusjoner og oppkjøp

Som tidligere nevnt, fastslår § 18 i konkurranseloven av 2004 alminnelig meldeplikt for alle fusjoner og oppkjøp som berører markeder i Norge. I forskrift om melding av foretakssammenslutninger ble meldeplikten avgrenset til saker der partenes samlede omsetning i Norge oversteg 20 millioner kroner. Dette er en svært lav meldepliktsterskel, som gjør at Norge sannsynligvis har verdens mest omfattende meldeplikt for fusjoner og oppkjøp.

Reglene har blitt kritisert av både næringslivet, advokatstanden og ikke minst Konkurransetilsynet selv, som nå har fått et betydelig antall meldinger om foretakssammenslutning å håndtere som følge av reglene. Bondevik-regjeringen la da også opp til at terskelen for meldeplikt skulle

evalueres etter to års praksis, og meldepliktsterskelen fra 2007 ble hevet fra 20 til 50 millioner kroner.

Det interessante i denne sammenheng er at Stoltenberg-regjeringen ikke hevet terskelen langt mer. Dette ville gjort Regjeringen populær i næringslivet, og sannsynligvis hos Konkurransetilsynet. At Regjeringen velger å opprettholde verdens laveste meldepliktsterskler, må kunne tas til inntekt for at den faktisk ønsker en streng fusjonskontroll i små geografiske markeder og nisjemarkeder, slik den forrige regjeringen var opptatt av.

5.4 Konkurranseloven ligger fast, men regjeringen vil ha enklere politisk overprøving av inngrep mot foretakssammenslutninger

Til tross for at de rødgrønne stemte imot konkurranseloven av 2004, har Regjeringen klart uttrykt at loven ligger fast, og at effektiv håndheving av forbudsbestemmelsene er en av Konkurransetilsynets og konkurransepolitikkenes viktigste oppgaver.²⁰ Dette er betryggende, men kanskje ikke så overraskende. Det var vanskelig å forstå begrunnelsen for hvorfor AP, SV og SP stemte imot den nye konkurranseloven i Stortinget, og det tok ikke lang tid før loven ble omfavnet også av disse partiene. Jens Stoltenberg var for eksempel raskt ute og kritiserte samarbeidet mellom Tine og Reitan-gruppen om å ekskludere enkelte av Synnøve Findens produkter fra Reitan-gruppens dagligvareforretninger.

Regjeringen har imidlertid foreslått å gjøre det enklere å omgjøre Konkurransetilsynets inngrep mot fusjoner og oppkjøp. Kjernen i forslaget er at dersom det under klagebehandlingen viser seg at regjeringen ønsker å legge vekt på andre politiske hensyn enn konkurransehensyn, skal man ikke som nå måtte ferdigbehandle klagesaken før omgjøring av Konkurransetilsynets inngrepsvedtak skal kunne skje. Departementet begrunnet forslaget dels med hensyn til raskere saksbehandling, dels med at det har vist seg å være enkelte pedagogiske utfordringer knyttet til saksbehandlingen for politisk omgjøring i fusjonssaker etter § 21. Begrunnelsene er lite treffende.²¹

Bakgrunnen for forslaget er at reglene om omgjøring av inngrep mot fusjoner og oppkjøp er vesentlig endret i den nye konkurranseloven,

for å sikre en rent faglig klagebehandling med begrenset adgang til å legge vekt på andre hensyn enn konkurransehensyn. Etter den gamle lovens § 3-11 kunne konkurransemyndighetene velge å la være å gripe inn mot en foretakssammenslutning som var konkurranseskadelig. Denne friheten ble omgjort til en ”skal”-regel i den nye lovens § 16, slik at konkurransemyndighetene nå er forpliktet til å gripe inn mot foretakssammenslutninger der vilkårene for inngrep er oppfylt. Dette er det samme systemet som i EU.

Omgjøring på politisk grunnlag er i den nye loven regulert i § 21, som åpner for overprøving av Kongen i Statsråd, i ”saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning”. Bestemmelsen gir ingen føringer på hvilke hensyn som kan begrunne en omgjøring, eller for hvor viktige/tungtveiende de aktuelle hensynene må være. Omgjøringsvedtak kan først skje etter at klagesaksbehandlingen er avsluttet, og bestemmelsen er dermed først og fremst en prosedyreregulering for å sikre at avveiningen konkurransehensyn mot andre hensyn synliggjøres. Ordningen er inspirert av den tyske konkurranseloven.²²

Dersom reglene om politisk overprøving endres, blir skillet mellom faglige og politiske vurderinger mer uklart, og partene vil lett fokusere like mye på politiske argumenter overfor regjeringen som på konkurranserettslige argumenter overfor Konkurransetilsynet i saksforberedelsen. Dessuten får man ikke en vanlig toinstansbehandling av de saker som berører slike særinteresser at regjeringen beslutter å omgjøre inngrepsvedtaket. Politisk overprøving skaper i tillegg en ulikhet for loven, der ellers like saker lett kan bli behandlet ulikt, avhengig av om de berører en politisk populær særinteresse eller ikke. Systemet åpner for enklere saksbehandling for parter med gode politiske kontakter, eller som har ressurser til å holde seg med dyktige rådgivere.

5.5 Nei til uavhengig klagenemnd

Gjennom stortingsmeldingen om statlige tilsyn²³ foreslo Bondevik-regjeringen at den faglige overprøvingen av tilsynsmyndighetenes vedtak skulle skje gjennom uavhengige klagenemnder, og ikke av de aktuelle tilsynenes overordnede departement. Tankegangen var at politikerne

skal utforme lover og regler som gir rettslige og faglige normer for de ulike virksomhetsområder, mens tilsynene skal håndheve disse reglene etter sitt beste faglige skjønn, og innenfor de fullmakter og økonomiske rammer tilsynsmyndigheten har. Behandling av klager over tilsynenes vedtak skulle skje på de samme faglige kriterier, og uten å påvirkes av skiftende politiske prioriteringer. Dette skaper uavhengighet og autoritet for tilsynet.

SV, SP og AP var sterke motstandere av dette prinsippet, og satte som vilkår for å gi sin tilslutning til de øvrige deler av stortingsmeldingen – særlig kapitlet om lokalisering – at det ikke ble opprettet noen uavhengige klagenemnder i stortingsperioden. Forliket ble først og fremst utslagsgivende for den nye konkurranseloven, som var under forberedelse da tilsynsmeldingen ble vedtatt. Som beskrevet ovenfor, er systemet i denne loven at klager på Konkurransetilsynets vedtak behandles av departementet. I praksis gjelder dette bare saker om inngrep mot fusjoner og oppkjøp, og saker der Konkurransetilsynet har vedtatt et pålegg om opphør mot et konkurransebegrensende samarbeid eller misbruk av dominerende stilling, men uten å ilegge overtredelsesgebyr. Der et slikt pålegg om opphør skjer i kombinasjon med ileggelse av overtredelsesgebyr, kan vedtaket ikke påklages, men må eventuelt bringes inn for domstolene.

På denne bakgrunn foreslo stortingsrepresentantene Torbjørn Hansen, Petter Løvik, Ivar Kristiansen og Erna Solberg i oktober 2006 opprettelse av en uavhengig klagenemnd for behandling av klager over Konkurransetilsynets vedtak.²⁴ SV, SP og AP stemte imot, slik at forslaget falt.

Det er imidlertid viktig å ikke overvurdere betydningen av en uavhengig klagenemnd. Politisk omgjøring er som nevnt først og fremst relevant i forhold til klage over inngrep mot fusjoner og oppkjøp. Politisk overprøving er mindre problematisk i de få sakene som kun gjelder pålegg om opphør etter § 12, siden dette typisk vil være saker der det er usikkerhet om hvordan konkurransereglene skal forstås.

En uavhengig klagenemnd ville uansett ikke hindre regjeringen fra politisk omgjøring i saker som Statkraft/Trondheim Energiverk og Prior/

Nordgården. Også Bondevik-regjeringen anerkjente at mer uavhengige tilsyn ikke måtte hindre skiftende politiske flertall fra å prioritere annerledes i enkeltsaker enn de rene faglige hensyn tilsier. Dagens regjering ville med andre ord uansett hatt muligheten til å gjøre akkurat de samme politisk begrunnede omgjøringsvedtak som de har gjort, selv om klagebehandlingen hadde skjedd i en uavhengig klagenemnd. Det kan riktignok tenkes at en uavhengig klagenemnd ville hatt et annet faglig syn i sakene om Gilde/Prior og National Oilwell/Varco, men det ville uansett ikke hindret omgjøring på politisk grunnlag etter § 21 i konkurranseloven.

5.6 ”Særlig hensyn til forbrukernes interesser” er opphevet gjennom forvaltningspraksis

En viktig del av det politiske forliket mellom H, Krf og V og Frp om konkurranseloven av 2004 var at lovens formålsparagraf ble gitt et tillegg om at forbrukerhensyn skal tillegges særskilt vekt ved saksbehandlingen.

Endringen har ført til en viss debatt blant økonomer og jurister om hva bestemmelsen konkret innebærer i praksis. Det vil føre for langt å gå inn i debatten og problemstillingene her,²⁵ men antagelig er den riktige tolkningen av bestemmelsen at konkurransemyndighetene gis et visst grunnlag for en mer restriktiv politikk ved behandling av enkeltsaker, ved økte krav til bevis for synergieffekter, men uten at tillegget gjør en grunnleggende endring i lovens formål.²⁶

Det interessante i denne sammenhengen er imidlertid at Fornyings- og administrasjonsdepartementet i saken om Prior/Nordgården slo fast at endringen som ble gjort i Stortinget ikke var ment å ha noen som helst betydning for terskelen for inngrep mot foretakssammenslutninger. Dette er i og for seg en nyttig klargjøring, men samtidig en klar overkjøring av Stortingets lovgivervilje. Selv om det er tvil om nøyaktig hva endringen betyr, er det nokså spesielt at forvaltningen i et klagevedtak fastslår at Stortinget ikke mente noe som helst med å endre loven i forhold til Bondevik-regjeringens forslag.

5.7 Politisk begrunnet omgjøring av inngrep mot foretakssammenslutninger

Innledning

Mye av den konkurransepolitiske debatten de siste årene har dreid seg om Stoltenberg-regjeringens omgjøring av Konkurransetilsynets inngrep mot foretakssammenslutninger. I dette avsnittet behandles vedtak der departementet på grunnlag av klar politisk omprioritering har omgjort Konkurransetilsynets vedtak om inngrep mot fusjoner og oppkjøp. Gjennomgangen her er konsentrert om de viktigste politiske poengene. Sakenes faktum, partenes argumenter og Konkurransetilsynets vurderinger gjengis derfor bare i begrenset grad.

I debatten om Stoltenberg-regjeringens konkurransepolitikk har det vært lite oppmerksomhet om at også den forrige regjeringen opphevet inngrepsvedtak på grunnlag av andre hensyn enn konkurransehensyn. Eksempelene vil bli gjennomgått på side 37.

Omgjøringsvedtak under Stoltenberg-regjeringen

Stoltenberg-regjeringens første konkurransepolitiske handling var omgjøring av Bondevik-regjeringens pålegg til Statkraft om at foretaket måtte reversere oppkjøpet av Trondheim Energiverk AS.²⁷

Omgjøringsvedtaket gjorde det klart at Regjeringen ikke satte spørsmålstegn ved de faglige grunnene for inngrepsvedtaket, men fant at industrielle hensyn måtte vektlegges. Nærmere bestemt at "[g]ode industrielle løysingar i kraftsektoren som mellom anna vil virke til å utveksle kompetanse og spreie innovasjon" måtte tillegges stor vekt i saken. I tillegg ble det lagt vekt på at Statnett – som alltid – har plikt til å investere i overføringsnett etter samfunnsøkonomiske kriterier. Dermed vil "flaskehalsene" i strømmettet, som skaper konkurranseproblemene i dette markedet, etter hvert bortfalle.

Begrunnelsen er så kortfattet og overfladisk at det er vanskelig å ta den alvorlig. Vedtaket gir ikke en politisk avveining av argumenter og hensyn som trekker i ulik retning. Slik vedtaket er utformet, fremstår det som en ren tilsidesetting av fusjonskontrollreglene til fordel for Statkraft.

Selv om Regjeringen klart sier seg enig i at ervervet har skadevirkninger som følge av begrenset konkurranse, tar den seg ikke bryet med å forklare hvorfor gjennomføring av ervervet er viktig for å ”utveksle kompetanse og spreie innovasjon”. Antagelig er grunnen til dette at ervervet egentlig ikke har særlig betydning for kompetanseutvikling og innovasjon. Det er sikkert riktig at Statnett over tid vil sørge for bedre nettkapasitet, men de kapasitetsbegrensninger som begrunnet selve inngrepsvedtaket er på ingen måte løst, og omgjøringsvedtaket sier ingenting om at de er i ferd med å bli løst. Det man kanskje kunne forvente av Regjeringen i en slik sak, var at den påla Statnett å fjerne de flaskehalsene som skaper konkurranseproblemene i dette markedet. Det har man ikke gjort.

Det andre tilsvarende eksemplet er fusjonen mellom Prior og Nordgården, som ble stanset av Konkurransetilsynet fordi den ytterligere ville redusere en allerede begrenset konkurranse i de berørte eggmarkedene.

Departementet var i all hovedsak enig i Konkurransetilsynets vedtak og avsto klagen. Klagevedtaket ble imidlertid omgjort av Kongen i Statsråd iht. konkurranselovens § 21, parallelt med at departementet satte vilkår for gjennomføringen av ervervet. Regjeringen gjorde det dermed helt klart at landbrukspolitiske hensyn veide tyngre enn hensynet til forbrukerne og samfunnet for øvrig. Selv om det er lett å se skadevirkningen av denne omgjøringen for forbrukerne, er det ikke like klart hva som ligger i de landbrukspolitiske hensynene. Vedtaket gjør det ikke klart hvilke interesser som tjente på omgjøringen – utover selskapenes interesse i økt markedsmakt – og hvorfor det er nødvendig å godkjenne foretakssammenslutningen for å ivareta disse hensynene. Vedtaket viser særlig til at konkurransesituasjonen i markedet vil endres dersom WTO-forhandlingene fører frem, og at det er avgjørende å opprettholde norsk produksjon av egg.

Dersom partene skulle få rett i at markedet kommer til å endres noen år frem i tid som følge av WTO-forhandlingene, vil de berørte markeder bli mer internasjonale, og skaden ved en foretakssammenslutning mindre. Det er derfor vanskelig å se hvorfor ikke foretakssammenslutningen kunne vente til markedet eventuelt blir endret. En foretakssammenslutning kan i prinsippet gjennomføres når som helst. Godkjenning av strukturendringen er derimot et irreversibelt vedtak, og forbrukerinteressene vil lide helt til

markedet eventuelt åpnes som følge av WTO-forhandlingene. Departementet har ingen begrunnelse for hvorfor hensynet til å sikre norsk eggproduksjon trues dersom fusjonen stanses.

Omgjøringsvedtak under Bondevik-regjeringen

Også under Bondevik-regjeringen ble det lagt vekt på andre politiske hensyn enn konkurransehensyn i to saker som førte til omgjøring av inngrep mot fusjoner og oppkjøp. På lik linje med eksemplene som gjennomgås ovenfor er det også i disse sakene vanskelig å se hvorfor de påberopte hensynene krever at inngrepsvedtaket oppheves.

Den første saken gjaldt Nobø Electro AS' erverv av Siemens Electrical Heating AS – senere Dimplex AS, som begge var aktive blant annet innen produksjon og salg av elektriske panelovner. Både Konkurransetilsynet og departementet la til grunn at sammenslåingen førte til en vesentlig begrensning av konkurransen i dette markedet.

I klageomgangen valgte likevel departementet å omgjøre inngrepsvedtaket. Departementet begrunnet omgjøringen med at det samfunnsøkonomiske tapet ("dødvektstapet") var lite, at det ikke hadde vært mulig å finne frem til effektive vilkår for vedtaket, og at det berørte marked utgjorde en liten andel av de involverte foretakenes totale omsetning. I tillegg var departementet enig med partene i at et inngrep mot ervervet kunne ha betydelige negative virkninger for foretakenes eksportmuligheter og for sysselsettingen i industrien i Trøndelag.

Vedtaket viser imidlertid ikke hvorfor foretakssammenslutningen har positive virkninger på eksportmuligheter og sysselsettingen i Trøndelagsregionen. Klager viste til at Siemens Electrical Heating AS vil styrkes ved å bli en del av en gruppering som har elektrovarme som sin kjernevirksomhet, men det er uklart hvorfor eksportmuligheter og sysselsetting i Trøndelag var bedre tjent med at bedriften ble overdratt fra ett internasjonalt konsern til ett annet. Holdbarheten i klagerens argumentasjon blir ikke etterprøvd av departementet.

Den faglige delen av omgjøringsvedtaket er også nokså uklar. At foretakssammenslutningen ikke ledet til et stort tap i kroner og øre, bør normalt ikke være relevant, så lenge tapet ikke blir utlignet av relevante

samfunnsøkonomiske gevinster. Behovet for å styrke konkurransepolitikken i nisjemarkeder ble stadig understreket av den forrige regjeringen. Dette ble blant annet klart vektlagt i tildelingsbrev til Konkurransetilsynet, i forarbeidene til konkurranseloven av 2004 og i stortingsmeldingen om konkurransepolitikken.²⁸ En nødvendig konsekvens av dette er at konkurranselovens bestemmelser vil komme til anvendelse også i saker der skadevirkningene av den enkelte foretakssammenslutning er små, målt i absolutte verdier.

Det er videre irrelevant at det berørte markedet i konkurranserettslig forstand utgjør en liten del av partenes samlede omsetning, så lenge departementet klart kunne slå fast at sammenslåingen av foretakene ikke førte til samfunnsøkonomiske gevinster. Departementets påstand om at det ikke var mulig å finne avbøtende tiltak for å ivareta hensynet til konkurransen i de berørte markeder, er vanskelig å vurdere nærmere. Påstanden er imidlertid kun begrunnet med en konstatering av at verken partene eller Konkurransetilsynet har fremsatt forslag til avhjelpende tiltak. Vedtaket er klart tynnere på dette punktet enn man kunne forvente i en sak der departementet som klageorgan omgjør et inngrepsvedtak.

Den andre saken gjaldt Felleskjøpets to datterselskaper C.A. Thoresen AS og Stormøllen AS' erverv av alle selskapsandelene i Norgesmøllene DA. Konkurransetilsynet mente at ervervet reduserte en allerede begrenset konkurranse i markedene for kornhandel, matmel og kraftfôr. Departementet var i klageomgangen enig med Konkurransetilsynet i at ervervet ville svekke den allerede begrensede konkurransen i de berørte markedene, uten at det utløste nevneverdige positive samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster. Vilkårene for inngrep var dermed oppfylt.

Departementet valgte likevel å oppheve inngrepsvedtaket og satte isteden vilkår for å tillate gjennomføring av ervervet. Begrunnelsen for omgjøringen var dels at de negative virkningene på konkurransen var begrensede, dels at vilkårene bidro i positiv retning og dels at landbrukspolitiske hensyn talte for å tillate ervervet.

Også denne avgjørelsen er vanskelig å forene med Bondevik-regjeringens høye ambisjoner for konkurransepolitikken. Etter min vurdering er det en svakhet ved vedtaket at analysen av ervervets skadevirkninger er lettere å

følge enn argumentasjonen for hvorfor vilkårene og de landbrukspolitiske hensynene oppveier skadevirkningene.

Lovens utgangspunkt er at desto mer begrenset konkurransen er i utgangspunktet, desto verre er det at konkurransen blir ytterligere svekket. Både Konkurransetilsynet og departementet fastslo at så lenge konkurransen i de berørte markedene allerede var vesentlig begrenset før oppkjøpet, så er selv en marginal forverring nok til å begrunne et inngrep. Det er derfor selvmotsigende når departementet likevel begrunner omgjøringen med at de negative virkningene av ervervet ikke er veldig store. Departementet har også en tynn begrunnelse for at de avbøtende vilkårene var tilstrekkelige, tatt i betraktning at Konkurransetilsynet hadde vurdert de samme vilkårene og funnet at de ikke var tilstrekkelige til å hindre at sammenslåingen var konkurranseskadelig.

De landbrukspolitiske hensyn som ble påberopt var hensynet til å sikre avsetningsmulighetene for norsk kornproduksjon, sikkerhet for at de 160 arbeidsplassene i Norgesmøllene også i fremtiden skulle lokaliseres i Norge, og hensynet til å sikre norsk eierskap av Norgesmøllene. Departementet gjør det klart at disse hensynene blir tillagt betydning ”etter en samlet vurdering”, men uten å begrunne hvorfor et inngrep vil øke faren for at arbeidsplassene nedlegges.

Vurdering og oppsummering

Felles for begge de to siste regjeringers omgjøring av inngrepsvedtak mot fusjoner og oppkjøp på grunnlag av andre hensyn enn konkurransehensyn, er at vedtakene har svært svake begrunnelser for hvorfor inngrepet må omgjøres for å ivareta de andre hensynene.

Normalt vil offentlige myndigheter kreve grundig dokumentasjon, kompenserende tiltak og etterprøvbare begrunnelser, for å godta en virksomhet som motvirker hensynene bak et offentlig regelverk. Innen konkurranseforvaltningen er det imidlertid i visse saker nok å ”vise til” ett eller annet hensyn, for å få tillatelse til å gjennomføre samfunnsskadelige foretakssammenslutninger. Dette fører til at sannsynligheten for å nå frem med en klage over Konkurransetilsynets vedtak er langt større for selskaper som har politisk goodwill, og i saker der politiske myndigheter er godt kjent

med de berørte markedene.

Svakt begrunnede omgjøringsvedtak er et rettssikkerhetsproblem, fordi de fører til at konkurranseloven praktiseres ulikt for ellers like tilfeller. Det er også et samfunnsproblem at departementet til stadighet godkjenner skadelige fusjoner og oppkjøp uten å foreslå å endre loven. Det er uproblematisk at ulike politiske flertall har ulikt syn på fusjonskontrollen i konkurranseloven, men det eneste ryddige er i så fall å endre på regelverket, slik at den nye politikken blir lik for alle.

5.8 Faglig begrunnede vedtak om omgjøring av inngrep

Innledning

Det klagevedtak som nok har ført til mest kritikk mot Stoltenberg-regjeringen er behandlingen av fusjonen mellom Gilde Norsk Kjøtt BA og Prior Norge BA. I dette vedtaket la departementet ikke vekt på andre samfunnspolitiske hensyn, men opphevet Konkurransetilsynets vedtak utelukkende på grunnlag av faglig uenighet. Det samme var tilfellet i saken om National Oilwell og Varco, som også har fått en del omtale. Vedtakene gjennomgås nedenfor.

Stoltenberg-regjeringen har opphevet to vedtak på grunnlag av faglig uenighet med Konkurransetilsynet. Vedtakene har imidlertid vært kritisert for at faglig uenighet er et skalkeskjul for en politisk nedprioritering av konkurransepolitikken. Det er etter min vurdering ikke klart at denne kritikken er velbegrunnet. Kritikken skyldes nok mest at den profilerte Gilde/Prior saken kom like etter de politisk begrunnede omgjøringsvedtakene som er behandlet ovenfor, og dermed gav inntrykk av et mønster.

Politisk kritikk av faglig begrunnede omgjøringsvedtak kan lett bli urimelig. Omgjøring av inngrepsvedtak på faglig grunnlag er i seg selv normalt og egentlig et sunnhetstegn. Klagebehandlingens formål er jo nettopp å sikre en ny behandling av Konkurransetilsynets juridiske og økonomiske vurderinger. Politisk kritikk i slike saker er først berettiget hvis den faglige begrunnelsen er klart mangelfull, eller vedtaket mer eller mindre klart er begrunnet med utenforliggende hensyn.

Vedtak under Stoltenberg-regjeringen

Den første klagesaken som ble behandlet av den sittende regjeringen var fusjonen mellom offshore-leverandørene National Oilwell og Varco.

Konkurransetilsynet la til grunn at de berørte markedene for fjernoperert rørhånderingsutstyr og bølgekompenseringsutstyr var regionalt avgrenset slik at Nordsjøen var avsondret fra andre deler av verden. Departementet var uenig i den geografiske markedsavgrensningen, men begrunnelsen er likevel uklar. Vedtaket nevner en del konkurrenter som departementet mener må medregnes i et større internasjonalt marked. Problemet med vedtaket er at i hvert fall to av de konkurrentene som må tas med i et globalt marked var norske eller allerede etablert i Nordsjøen. Det er litt uklart ut fra vedtaket hvorfor ikke også Konkurransetilsynet anså disse selskapene som konkurrenter eller potensielle konkurrenter selv med en snevrere markedsavgrensning.

Departementets pressemelding om saken viser imidlertid til hensynet til sysselsettingen i området, men uten å utdype hvorfor sysselsettingen styrkes. Når departementet på denne måten viser til hensyn som ikke er relevante ved vurderingen av de konkurransemessige virkninger,²⁹ og som ikke er behandlet i selve vedtaket, er det grunn til å frykte at departementet egentlig har lagt mindre vekt på konkurransesituasjonen enn det loven krever.

Regjeringens klart mest omdiskuterte vedtak så langt gjelder fusjonen mellom Gilde Norsk Kjøtt BA og Prior Norge BA. Departementets vedtak om å omgjøre Konkurransetilsynets inngrepsvedtak i saken er en ren faglig overprøving, og det er ikke vist til landbrukspolitiske hensyn i saken.

Konkurransetilsynet konkluderte med at partene ikke var aktuelle konkurrenter i noen av de berørte markedene, som var markedene for levende dyr, hele slakt, skåret kjøtt og markedet for omsetning av foredlede kjøtt- og fjørfeprodukter. Grunnlaget for tilsynets inngrep var imidlertid at man anså det sannsynlig at Gilde ville etablere seg med et begrenset vareutvalg i markedet for foredlet fjørfe, om fusjonen ikke hadde kommet i stand. Gilde måtte dermed oppfattes som en potensiell konkurrent til Prior innen omsetning av foredlede fjørfeprodukter. Siden konkurransen i dette markedet allerede er vesentlig begrenset, konkluderte Konkurransetilsynet med at det var grunnlag for, og nødvendig med, et inngrep mot fusjonen.

Mye av debatten bygger egentlig på uenighet om et av hovedpremissene

i saken, nemlig at det ikke var et direkte konkurranseforhold mellom de to foretakene. Både Konkurransetilsynet og departementet konkluderte med at det ikke var et konkurranseforhold mellom partenes foredlede kjøttprodukter. Partene underbygget dette ved såkalte priskorrelasjonsanalyser mellom ulike produkter, som tilsynelatende burde være i konkurranse med hverandre. Dette er en metode for å analysere om to produkter er konkurrenter i samme relevante produktmarked. Undersøkelsene viste at endringer i prisen på et ”hvitt” kjøttprodukt ikke fører til endring i prisen eller etterspørselen på et ”rødt” kjøttprodukt, og motsatt. Praksis fra EU-kommisjonen støttet konklusjonen.³⁰

Departementet mente i motsetning til Konkurransetilsynet at partene heller ikke var potensielle konkurrenter i konkurranselovens forstand, selv om Gilde både ville ha kapasitet og insentiv til en begrenset etablering i fjørfemarkedet, dersom fusjonen ikke hadde kommet i stand. Dermed var det ikke hjemmel for inngrep etter konkurranselovens § 16. Departementet la dels vekt på at en slik etablering fra Gildes side ville være avhengig av råvarer fra enten Prior eller Cardinal Foods/Den Stolte Hane, til priser som gjorde det lønnsomt for disse å selge til en ny konkurrent. Dette ville redusere Gildes evne til å øve et effektivt konkurransestrykk mot Prior i markedet for foredlede fjørfeprodukter, og blant annet innebære at Gilde ikke ville kunne disiplinere Priors prissetting. Departementet mente også at tilsynet hadde overvurdert Gildes muligheter til å gjøre et mer omfattende innrykk i fjørfemarkedet på litt lengre sikt, om selskapet først hadde fått et fotfeste gjennom en begrenset etablering i markedet for foredlede produkter. Departementet fant at Gilde ikke hadde insentiv til en slik ekspansjon på grunn av etableringshindre, i form av investeringsbehov for produksjonskapasitet i markeder der det allerede var en viss overkapasitet.

Det er vanskelig å se noe klart grunnlag for den bastante kritikken mot vedtaket som er kommet fra ulike hold. Mange har stilt spørsmålstegn ved om ikke en del av partenes foredlede kjøttprodukter var i direkte konkurranse forut for ervervet. Konkurransetilsynet åpner for dette, men uten å konkludere, siden partene uansett ble ansett som potensielle konkurrenter. Det er imidlertid vanskelig å se at departementets vedtak er feil på dette punktet, når ikke engang Konkurransetilsynet har funnet bevis for at partene var aktuelle konkurrenter forut for ervervet.

Departementets begrunnelse for at Gilde ikke var en potensiell konkurrent til Prior forut for ervervet, er imidlertid ikke like overbevisende, selv om bevisene også på dette punktet gjorde det vanskelig å forsvare et inngrep. Så lenge konkurransen i markedet for foredlet fjørfekjøtt allerede forut for fusjonen var vesentlig begrenset, følger det imidlertid av departementets egen praksis at enhver ytterligere svekkelse gir grunnlag for inngrep.³¹ Riktignok vil Gildes evne til å disiplinere Prior begrenses av at Gilde ikke har egen råvaretilgang, men det er vanskelig å se at dette skal eliminere fordelene ved en viss konkurranse i markedet for foredledede produkter.

Vedtak under Bondevik II-regjeringen

Den forrige regjeringens aller viktigste vedtak i klagesaker over Konkurransetilsynets vedtak om inngrep mot foretakssammenslutninger var vedtakene i 2002 og 2003 om å opprettholde Konkurransetilsynets inngrep mot Statkrafts erverv av 45, 5 % av aksjene i Agder Energi, og senere mot selskapets erverv av alle aksjene i Trondheim Energiverk (TEV).

I Agder Energi-saken ble inngrepsvedtaket endret fra et forbud mot ervervet til at ervervet ble godkjent på vilkår om at Statkraft innen en viss frist måtte selge like stor produksjonskapasitet som de fikk ved oppkjøpet av Agder Energi. Departementet gjorde en meget grundig faglig overprøving av Konkurransetilsynets vedtak. Særlig viktig var spørsmålet om såkalte ”flaskehals” i strømmettet mellom ulike regioner i Norge og Sverige gjorde at Statkraft ville kunne øke prisene i perioder da stort forbruk skaper kapasitetsbegrensninger for overføring av kraft mellom ulike geografiske regioner. Saken om ervervet av TEV bygget på om lag samme analyse, og også der ble Statkraft gitt et pålegg om å selge TEV innen en frist, uten at klagevedtaket kan sies å innebære en omgjøring av Konkurransetilsynets vedtak.

De andre klagesakene som ble behandlet under Bondevik-regjeringen³² er uinteressante i denne sammenhengen og gjennomgås ikke nærmere.

6. Oppsummering og konklusjon

6.1 Konkurranspolitikken har få venner og sterke motkrefter

Gjennomgangen ovenfor viser at fellesskapets interesse i velfungerende konkurranse ofte taper mot hensynet til de særinteresser som er tjent med å slippe å konkurrere. Særinteressene kan være representert ved alt fra enkeltforetak i en sammenslåingsprosess, til bransjer eller næringer som ønsker å beskyttes mot konkurranse, eller fagforeninger og andre som er imot å bruke konkurranse for å effektivisere offentlig tjenesteproduksjon.

Også Bondevik-regjeringens konkurransepolitikk møtte sterke motkrefter, stort sett representert ved landbruksnæringen, energiprodusenter og tunge statsdominerte bedrifter, som riktignok får litt lettere gjennomslag nå enn under forrige regjering.

Landbrukspolitiske hensyn står for eksempel klart sterkere i norsk politikk enn konkurransepolitiske hensyn. Under forberedelsen av den nye konkurranseloven, var alle enige om at heller ikke den nye loven skulle kunne påberopes til å slå bena under målene og virkemidlene i landbruks- og fiskeripolitikken. Dette ble gjort klart i lovens § 3, som gir regjeringen hjemmel til å avgrense konkurranselovens virkeområde i forhold til den til enhver tid gjeldende landbruks- og fiskeripolitikk. Et noenlunde tilsvarende unntak gjaldt i den forrige konkurranselovens § 3-8. Landbruksprodukter er også helt unntatt fra EØS-avtalen, jf artikkel 8 nr. 3 med henvisninger. Likevel truet Krfs stortingsgruppe, anført av stortingsrepresentant Ola T. Lånke, med å stemme mot lovforslaget fra sin egen regjering, pga motstanden mot konkurranseloven i landbruksnæringene. Motstanderne var blant annet redde for at konkurranseloven skulle være til hinder for etablering og drift av samvirkeforetak. Det er umulig å se noe saklig grunnlag for denne motstanden.

Et annet eksempel er at en samlet opposisjon holdt på å instruere Arbeids- og administrasjonsdepartementet til å omgjøre Konkurransetilsynets inngrep mot SAS Braathens bonusprogram. SAS drev naturlig nok et meget aktivt arbeid i Stortinget for å hindre at vedtaket ble stående. SV snudde, sannsynligvis pga bråket om SAS' håndtering av overtallig bakkepersonell. Hadde opposisjonen stått samlet i den saken, ville vi antagelig fortsatt hatt

monopol på innenriks flyreiser i Norge.

Behandlingen av klagesaken over Konkurransetilsynets inngrep mot Statkrafts erverv av 45,5 % av aksjene i Agder Energi var også meget kontroversiell innad i Bondevik-regjeringen, og flere av regjeringsmedlemmene gikk inn for å godkjenne ervervet. I Stortinget gjorde Frp og AP flere forsøk på å få opphevet inngrepene mot Statkrafts oppkjøp i Agder Energi og Trondheim Energiverk. Opposisjonen gikk til og med til det skritt å vedta en ny bestemmelse i konkurranselovens § 3-12, nå § 16 fjerde ledd, som skulle hindre inngrep i den typen foretakssammenslutninger i fremtiden. Bestemmelsen var imidlertid så dårlig utformet at den uansett ikke kunne ført til en annen konklusjon i Statkraft-sakene, på tross av at det nettopp var det som var forslagsstillernes mål. Etter at lovendringen var vedtatt, ba Stortinget om at regjeringen gjennomgikk sakene på ny.³³ Regjeringen tolket bestemmelsen på grunnlag av ordlyd og forarbeider, og konkluderte med at den ikke gjør noen endringer i den markeds- og konkurranseanalyse som ligger til grunn for et eventuelt inngrep mot en foretakssammenslutning.³⁴ Spørsmålet ble ikke kommentert ytterligere fra opposisjonens side, som vel dermed aksepterte regjeringens lovtolkning.

6.2 Kampen for ”national champions” er ikke særnorsk

Også i andre land i Europa er det brytninger mellom hensynet til velfungerende konkurranse og andre politiske mål. EF og senere EU har hele tiden hatt som formål blant annet å sikre et indre marked med fri konkurranse. Under sluttbehandlingen av den nylig vedtatte reformtraktaten, som skal erstatte den gamle EF-traktaten, ble konkurranse fjernet fra EUs formålsbestemmelse. Hvilken praktisk betydning dette vil få er usikkert, siden blant annet konkurransereglene i traktaten ikke er endret. Også vår egen konkurranselov bygger på at konkurranse bare er et virkemiddel og ikke et mål i seg selv. Likevel viser domstolene i EU ofte til samarbeidets formålsbestemmelser i domsbegrunnelsene.

Konkurransekommissær Neelie Kroes har vært bekymret for at nasjonale myndigheter i EU forsøker å stanse utenlandske oppkjøp i særlig finanssektoren og energisektoren. Kritikken har særlig vært rettet mot nasjonale myndigheters hang til å beskytte såkalte ”national champions”

i politisk viktige sektorer som energi- og finanssektoren.³⁵ Kommisjonens forslag til reformer i energisektoren møter jevnlig store protester fra blant annet Frankrike og Tyskland, som vil verne om markedsstillingen til sine nasjonale energigiganter.

Som nevnt er ordningen med omgjøring av klagevedtak av Kongen i Statsråd hentet fra den tyske konkurranseloven. Det mest kjente eksemplet fra tysk praksis de senere årene er ikke overraskende også fra energisektoren, der E.Ons erverv av Ruhrgas først ble godkjent etter politisk overprøving av vedtaket fra Bundeskartellamt. Bestemmelsen er flere ganger benyttet til fordel for viktige tyske foretak, blant annet Daimler Benz.

En mye omtalt sak er spanske myndigheters kamp mot at det tyske energikonsernet E.On får kjøpe det spanske Endesa. Foretakssammenlutningen er ikke konkurransebegrensende, men ble likevel møtt med strenge vilkår fra spanske myndigheter som et forsøk på å stanse ervervet. Spanske myndigheter ville heller at Endesa skulle slå sammen med det spanske Gas Natural. Kommisjonen har som følge av dette innledet traktatbruddssøksmål mot Spania for EF-domstolen. Saken er ett av flere eksempler på at nasjonale myndigheter i EU søker å hindre utenlandske foretak fra å komme inn på markeder med stor politisk betydning. Saken illustrerer at motstanden mot utenlandske oppkjøp av energiselskaper slett ikke er noe særnorsk fenomen.

Likheten mellom disse sakene og de hjemlige eksemplene som er behandlet i dette notatet er at også Statkraft-saken må antas i en viss grad å ha vært begrunnet i frykt for at Trondheim Energiverk skulle bli solgt til utenlandske eiere. Det samme ser man ved norske politikeres positive holdning til andre fusjoner mellom store norske foretak de siste årene. DnB NOR fusjonen ble umiddelbart omfavnet av både en samlet opposisjon, og av ulike talsmenn for Bondevik-regjeringen, selv om det som nevnt ble tatt forbehold om at både Konkurransetilsynet og Kredittilsynet skulle behandle saken. Det samme skjedde i Statoil/Hydro-fusjonen, på tross av at et nokså samlet politisk miljø i Norge var motstandere av en slik sammenslåing tidligere.

6.3 Det er uklart hvorfor sosialdemokratiet ikke har omfavnet konkurransepolitikken

Selv om AP, SV og SP både har en ideologisk forankret motstand mot en

offensiv konkurransepolitikk og er avhengige av å ivareta særinteressene til både offentlig ansatte og landbruksnæringene, er det en viss inkonsistens i at disse partiene fører en såpass defensiv konkurransepolitikk. Også på dette området kan det synes som om norske sosialdemokrater står fast på ideologiske dogmer, selv om meningsfeller i andre europeiske land for lengst har tatt i bruk konkurranse som politisk virkemiddel, både i privat næringsliv, og innen offentlig tjenesteproduksjon.

Det er allment akseptert at velfungerende konkurranse gir lavere priser for forbrukere, næringsliv og det offentlige. Det er også temmelig ukontroversielt at konkurranse stimulerer til innovasjon og næringsutvikling og hindrer maktkonsentrasjon og maktmisbruk i næringslivet. Konkurranse om offentlige tjenester vil også – dersom forholdene ligger til rette for det – skape bedre tjenester for brukerne til lavere pris for det offentlige. Dette er verdier ved konkurransepolitikken som også dagens regjering støtter på generelt grunnlag, men som ikke tillegges vekt i konkrete politiske avveininger.

Det er imidlertid et positivt trekk at konkurransehensyn i større grad får oppmerksomhet i den offentlige debatten, og at de enkelte sakene påkaller sterkere engasjement. Oppmerksomheten omkring Tine-saken, regjeringens behandling av Statoil/Hydro-fusjonen og de klagesakene som er behandlet ovenfor, viser at både politikere og medier er opptatt av konkurransesaker. Forhåpentligvis vil dette gjøre det noe vanskeligere for Regjeringen å drive ubegrunnet politisk overprøving i fusjonssaker fremover.

6.4 Konklusjoner

Konkurranse er et politisk virkemiddel, og ikke et mål i seg selv. Den viktigste konkurransepolitiske endringen under den nåværende regjeringen er ikke først og fremst behandlingen av de fusjoner og oppkjøp som har fått stor oppmerksomhet i offentligheten, men det at regjeringen nokså systematisk unnlater å bruke konkurranse som virkemiddel, og unnlater å legge vekt på konkurransehensyn i de løpende politiske valg regjeringen gjør. Mindre konkurranse innen ulike deler av offentlig tjenesteproduksjon er langt mer skadelig for det norske samfunnet, enn mindre konkurranse i deler av energisektoren og matvaresektoren.

Den viktigste konsekvensen av regjeringens konkurransepolitikk er først og fremst mer sløsing med offentlige og private ressurser, mindre nyskaping og innovasjon, og dyrere varer og tjenester for både forbrukerne og det offentlige. Politisk begrunnet omgjøring av inngrep mot foretakssammenslutninger er også skadelig for rettssikkerheten, fordi det fører til ulik behandling av ellers like saker. Politiske vedtak som bare begrunnes med enkle henvisninger til ulike hensyn svekker respekten for konkurranseloven og Konkurransetilsynet.

Det er likevel interessant å merke seg at regjeringen på noen mindre områder fortsetter den forrige regjeringens ambisiøse linje, særlig ved å forby bonuspoeng i luftfarten, og ved å opprettholde en meget omfattende meldeplikt for foretakssammenslutninger. Det siste er imidlertid problematisk dersom Regjeringen gjør alvor av trusselen om å gjøre det lettere å drive politisk overprøving av vedtak om inngrep mot fusjoner og oppkjøp. Streng meldeplikt påfører Konkurransetilsynet og partene i fusjoner og oppkjøp administrative byrder som er bortkastede dersom regjeringen samtidig gjør det lettere å overprøve Konkurransetilsynets inngrepsvedtak på politisk grunnlag.

Sluttnoter

¹ Nils-Ola Widme arbeider i Næringslivets Hovedorganisasjon, og har tidligere vært advokat i Advokatfirma DLA Piper, politisk rådgiver for Arbeids- og administrasjonsminister Victor D. Norman, og Lawyer-linguist ved EFTA-domstolen i Luxembourg. Synspunktene i notatet er forfatterens egne og skal ikke identifiseres med Næringslivets Hovedorganisasjon.

² Se Victor D. Norman ”Internasjonal konkurranse og nasjonale prestasjoner” i Hope m.fl. ”Marked, Konkurranse og Politikk – Festskrift til Egil Bakke”.

³ Se Kommissjonens pressemelding IP/07/209, 21. februar 2007.

⁴ Eksemplene er hentet fra Stortingsmelding nr. 15 (2004-2005) Om konkurransepolitikken, særlig meldingens kapittel 6.

⁵ Se blant annet NOU 2003: 1 Behovsbasert finansiering av spesialisthelsetjenesten, og løpende oppdatert behandling av spørsmålet på Sosial- og helsedirektoratets nettsider: http://www.shdir.no/finansieringsordninger/innsatsstyrt_finansiering/

⁶ Ot.prp. nr 6 (2003-2004) om konkurranseloven har formuleringer som tyder på et mer begrenset handlingsrom for konkurransepolitikken (se avsnitt 3.1), enn det som legges til grunn i St.meld. nr 15 (2004-2005) om konkurransepolitikken. Forskjellen skyldes

nok mer de to dokumentenes litt ulike funksjon enn at synet på konkurransepolitikken ble endret mellom de to dokumentene.

⁷ Harald Espeli viser i artikkelen ”Fra Wilhelm Thagaard til Victor Norman – Norsk konkurransepolitikk gjennom knapt 100 år” i Konkurransetilsynets Jubileumsskrift 2004, at konkurransepolitikken har stått høyt på den politiske dagsorden i Norge i flere perioder tidligere. Se også Helge W. Nordvik ”Mellom marked og kartell: amerikanske og tyske forbilder i norsk konkurransepolitikk før 1940” som behandler mellomkrigstiden, og Jan A. Halvorsen og Steinar Undrum ”Fra prisregulering til konkurransepolitikk”, som behandler etterkrigstiden. Begge artiklene står i Hope m.fl. ”Marked, Konkurranse og Politikk – Festskrift til Egil Bakke”. En kortfattet og poengtert oversikt over norsk konkurransepolitikks historie finnes også i Konkurransetilsynets Årsmelding for 2006.

⁸ Se Halvorsen og Undrum ”Fra prisregulering til konkurransepolitikk” avsnitt 3.

⁹ Inst. O. nr. 50 (2003-2004).

¹⁰ Stortingsmelding nr 15 (2004-2005) om konkurransepolitikken, særlig kapitlene 6 og 8.

¹¹ Se dokumentet ”Fornyng for økt velferd og bedre tjenester”, fremlagt 4. oktober 2007.

¹² Landbruksdepartementets forslag til forskrift om konkurransebegrensende virksomhet i skogbruket er foreløpig ikke vedtatt. Konkurransetilsynet har kritiske merknader til forslaget i brev til Fornyings- og administrasjonsdepartementet den 3. januar 2007. Forslaget gjelder forskrift til lov om skogbruk av 27. mai 2005 nr. 31.

¹³ Stortingsmelding nr. 22 (2001-2002) Et mindre og bedre statlig eierskap, særlig pkt 4.3.5

¹⁴ St.prp. 59 (2002-2003) Fusjon mellom DnB Holding ASA og Gjensidige NOR ASA, kapittel 5.

¹⁵ Stortingsmelding nr. 13 (2006-2007) Et aktivt og langsiktig eierskap.

¹⁶ Stortingsproposisjon nr. 60 (2006-2007) Sammenslåing av Statoil og Hydros petroleumsvirksomhet, kapittel 8.7.

¹⁷ Saken er var meldepliktig til EU kommisjonen under EØS-avtalens fusjonskontrollregler, og behandles derfor ikke av norske konkurransemyndigheter. Konkurransetilsynets forslag til brev til EU kommisjonen og andre dokumenter om denne siden av fusjonssaken ligger på <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/pressester/pressemeldinger/2007/Statsrad-Heidi-Grande-Roys-tilbakeviser-.html?id=468221>

¹⁸ Se Kommissjonens sak M.4545 Statoil/Hydro, og pressemelding IP/07/606.

¹⁹ Se forskrift om forbod mot bonusprogram i innanriks luftfart av 20. juni 2007.

²⁰ Statssekretær Wenche Lyngholm, Foredrag om regjeringens konkurransepolitikk, Det årlige konkurranserettsskuret i Sandefjord, 14. september 2006.

²¹ Se NHOs høringsuttalelse i saken: http://www.nho.no/files/Endring_i_konkurranseloven_2.pdf

²² Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen § 24.

²³ Stortingsmelding nr. 17 (2002-2003) om statlige tilsyn.

²⁴ Dokument nr. 8:8 (2006-2007)

²⁵ En grundig behandling gis av Olav Kolstad i ”Norsk Konkurranserett”, Bind I, kapittel 8 og 9.

²⁶ Se Lasse Ekeberg, Jostein Skaar og Lars Sørgard i artikkelen ”Formålsbestemmelsen i konkurranseloven”, i Konkurransetilsynets Jubileumsskrift 2004.

²⁷ Kongelig resolusjon 23. november 2005 Omstøyting av vedtak etter konkurranselova Statkraft Holding AS sitt erverv av Trondheim Energiverk AS

²⁸ Stortingsmelding nr 15 (2004-2005) om konkurransepolitikken, s 31-32.

²⁹ En grundig behandling av hvilke hensyn som er relevante ved anvendelsen av konkurranseloven gis av Olav Kolstad i ”Norsk Konkurranserett”, Bind I, kapittel 10

³⁰ Sak M.1313 Danish Crown/Vestjyske slagterier.

³¹ Statkraft Holding AS, Agder Energi AS. V-2002-26. Inngrep mot erverv av 45.525 prosent av aksjene i Agder Energi.

³² Swarco Norge AS/Peek Trafikk AS, Ticketmaster New Venture Holding II AB/ Ticknet AS og NorBetong AS/NCC Roads AS.

³³ Stortingsproposisjon nr 1 (2003-2004) Arbeids- og administrasjonsdepartementet, s 80-85.

³⁴ Stortingsproposisjon nr 1 (2003-2004) Arbeids- og administrasjonsdepartementet, s 80-85.

³⁵ Se blant annet diskusjonen om temaet mellom Kroes og Nicolas Sarkozy under den franske presidentvalgkampen, jf oppslag på FT.com: http://www.ft.com/cms/s/e5c7e6ec-deea-11db-b5c9-000b5df10621_dwp_uuid=70662e7c-3027-11da-ba9f-00000e2511c8.html. Se også Kroes tale ved Universitetet i St Gallen den 11. mai 2007 om ”European Competition policy facing a renaissance for protectionism – which strategy for the future?”, Speech/07/301.

