



DET KONGELIGE FORNYINGS-,  
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

# Prop. 75 L

(2012–2013)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

---

## Endringer i konkurranseloven



## Innhold

<b>1</b>	<b>Proposisjonens hovedinnhold</b>	<b>7</b>			
1.1	Sammendrag av hovedinnholdet	7	4.2.4	Foretaksstraff og lempning	39
1.2	Temaer som ikke behandles i lovproposisjonen	11	4.2.5	Personstraff og lempning	41
			4.2.6	Lempning og vertikale avtaler	44
			4.2.7	Lempning og erstatning	44
			4.2.8	Foreldelsesregler for erstatningsansvar	45
<b>2</b>	<b>Bakgrunn</b>	<b>12</b>	4.3	Høringsinstansene	45
2.1	Utvalgets oppnevning og sammensetning	12	4.4	Departementets vurderinger	51
2.2	Utvalgets mandat	12	4.4.1	Innledning	51
2.3	Utvalgets arbeid	15	4.4.2	Det foreslås ikke å innføre straffebortfall for personer ved hel lempning hos foretaket	52
2.4	Høringsinstansene	15	4.4.3	Prioritering av personstraff ved overtredelser av konkurranseloven	55
<b>3</b>	<b>Håndheving ved ulovlig atferd</b>	<b>18</b>	4.4.4	Bortfall av foretaksstraffen ved hel lempning hos foretaket	56
3.1	Endring i reglene om pålegg om opphør	18	4.4.5	Lovfesting av reglene om lempning og innholdet i lempningssøknader	60
3.1.1	Gjeldende rett	18	4.4.6	Foreldelsesregler for ansvar etter konkurranseloven	60
3.1.2	Utvalgets forslag	18	4.5	Konkurransetilsynets adgang til å ilegge overtredelsesgebyr	62
3.1.3	Høringsinstansene	19	4.5.1	Gjeldende rett	62
3.1.4	Departementets vurderinger	19	4.5.2	Kan dagens ordning videreføres?	62
3.2	Oppheving av klagerett ved nedprioritering av saker	19	4.5.3	Utvalgets forslag	64
3.2.1	Gjeldende rett	19	4.5.4	Høringsinstansene	66
3.2.2	Utvalgets forslag	19	4.5.5	Departementets vurderinger	66
3.2.3	Høringsinstansene	20	4.6	Beviskrav	66
3.2.4	Departementets vurderinger	20	4.6.1	Gjeldende rett	66
3.3	Hjemmel for Konkurransetilsynet til å vedta bindende avhjelpende tiltak	21	4.6.2	Utvalgets forslag	67
3.3.1	EU/EØS og andre nordiske land	21	4.6.3	Høringsinstansene	67
3.3.2	Utvalgets forslag	23	4.6.4	Departementets vurderinger	68
3.3.3	Høringsinstansene	25	4.7	Andre saksbehandlingsregler	68
3.3.4	Departementets vurderinger	27	4.7.1	Rett til møte med Konkurransetilsynet	68
<b>4</b>	<b>Sanksjoner i atferdssaker</b>	<b>33</b>	4.7.2	Egne saksbehandlingsregler for domstolene	69
4.1	Gjeldende rett	33	4.7.3	Innføring av særskilt søksmålsfrist i saker om overtredelsesgebyr	70
4.1.1	Overtredelsesgebyr	33	<b>5</b>	<b>Prosess og etterforskning</b>	<b>72</b>
4.1.2	Straff	33	5.1	Innledning	72
4.1.3	Forholdet mellom straffesanksjonering og administrativt overtredelsesgebyr	34	5.2	Opplysningsplikt og gransking	72
4.1.4	Lempning	34	5.2.1	Gjeldende rett	72
4.1.5	Tvangsmulkt	37	5.2.2	Utvalgets forslag	75
4.1.6	Foreldelsesregler for erstatningsansvar	37	5.2.3	Høringsinstansene	78
4.2	Utvalgets forslag	37	5.2.4	Departementets vurderinger	79
4.2.1	Innledning	37	5.3	Bevissikring	81
4.2.2	Oppsummering av utvalgets forslag om sanksjoner og lempning	38	5.3.1	Gjeldende rett	81
4.2.3	Innhold i og behandling av lempningssøknader	39	5.3.2	Utvalgets forslag	83

5.3.3	Høringsinstansene .....	89	6.10	Velfungerende nordisk eller europeisk marked .....	117
5.3.4	Departementets vurderinger .....	90	6.10.1	Gjeldende rett .....	117
5.4	Partsinnsyn .....	92	6.10.2	Utvalgets forslag .....	117
<b>6</b>	<b>Kontroll med foretakssammenslutninger</b> .....	<b>93</b>	6.10.3	Høringsinstansene .....	118
6.1	Innledning .....	93	6.10.4	Departementets vurderinger .....	118
6.2	Nærmere om forslag fra utvalget som ikke følges .....	94	<b>7</b>	<b>Minoritetserverv</b> .....	<b>119</b>
6.2.1	Lovens formål og materielle inngrepvilkår .....	94	7.1	Gjeldende rett .....	119
6.2.2	Utvalgets forslag .....	94	7.2	Utvalgets forslag .....	119
6.2.3	Høringsinstansene .....	95	7.3	Høringsinstansene .....	119
6.2.4	Departementets vurderinger .....	95	7.4	Departementets vurderinger .....	121
6.3	Inngrepskompetanse – avhjelpende tiltak .....	95	<b>8</b>	<b>Offentlighet og veiledningsplikt</b> .....	<b>122</b>
6.3.1	Gjeldende rett .....	95	8.1	Begrenset innsyn i lempningssøknader .....	122
6.3.2	Utvalgets forslag .....	96	8.1.1	Innledning .....	122
6.3.3	Høringsinstansene .....	96	8.1.2	Gjeldende rett .....	122
6.3.4	Departementets vurderinger .....	97	8.1.3	EU/EØS og andre nordiske land .	123
6.4	Meldepliktskjer .....	99	8.1.4	Utvalgets forslag .....	124
6.4.1	Gjeldende rett .....	99	8.1.5	Høringsinstansene .....	125
6.4.2	Utvalgets forslag .....	100	8.1.6	Departementets vurderinger .....	125
6.4.3	Høringsinstansene .....	102	8.2	Taushetsplikt om tipsers identitet	129
6.4.4	Departementets vurderinger .....	104	8.2.1	Innledning .....	129
6.5	Meldepliktsordningen .....	104	8.2.2	Gjeldende rett .....	129
6.5.1	Gjeldende rett .....	104	8.2.3	EU/EØS og andre nordiske land .	130
6.5.2	Utvalgets forslag .....	105	8.2.4	Utvalgets forslag .....	130
6.5.3	Høringsinstansene .....	106	8.2.5	Høringsinstansene .....	131
6.5.4	Departementets vurderinger .....	106	8.2.6	Departementets vurderinger .....	131
6.6	Saksbehandlingsreglene .....	107	8.3	Omstrukturering av innsynsreglene i konkurranseloven .....	133
6.6.1	Gjeldende rett .....	107	8.4	Konkurransetilsynets veiledningsplikt .....	134
6.6.2	Utvalgets forslag .....	108	8.4.1	Gjeldende rett .....	134
6.6.3	Høringsinstansene .....	109	8.4.2	Utvalgets vurderinger .....	135
6.6.4	Departementets vurderinger .....	110	8.4.3	Høringsinstansene .....	136
6.7	Krav til merking av forretningshemmeligheter .....	111	8.4.4	Departementets vurderinger .....	136
6.7.1	Bakgrunn .....	111	<b>9</b>	<b>Økonomiske og administrative konsekvenser</b> .....	<b>137</b>
6.7.2	Utvalgets forslag .....	111	9.1	Utvalgets forslag .....	137
6.7.3	Høringsinstansene .....	111	9.1.1	Generelt .....	137
6.7.4	Departementets vurderinger .....	112	9.1.2	Konsekvenser for næringslivet ....	137
6.8	Tilknyttede begrensninger .....	113	9.1.3	Konsekvenser for konkurransemyndighetene .....	138
6.8.1	Gjeldende rett .....	113	9.2	Høringsinstansene .....	139
6.8.2	Utvalgets forslag .....	114	9.3	Departementets vurderinger .....	139
6.8.3	Høringsinstansene .....	114	9.3.1	Generelt .....	139
6.8.4	Departementets vurderinger .....	114	9.3.2	Konsekvenser for næringslivet ....	139
6.9	Atferdsmessige virkninger av fellesforetak .....	115	9.3.3	Konsekvenser for forvaltningen ..	140
6.9.1	Gjeldende rett .....	115			
6.9.2	Utvalgets forslag .....	116			
6.9.3	Høringsinstansene .....	116			
6.9.4	Departementets vurderinger .....	116			







DET KONGELIGE FORNYINGS-,  
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

# Prop. 75 L

(2012–2013)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

---

## Endringer i konkurranseloven

*Tilråding fra Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet 15. mars 2013,  
godkjent i statsråd samme dag.  
(Regjeringen Stoltenberg II)*

### 1 Proposisjonens hovedinnhold

#### 1.1 Sammendrag av hovedinnholdet

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet legger med dette frem forslag til lov om endringer i lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

Proposisjonen bygger på utredningen fra Konkurranselovutvalget i NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov og tilhørende høringsuttalelser.

Nedenfor følger en gjennomgang av hovedtrekkene i de enkelte kapitlene i lovproposisjonen.

*Kapittel 2* redegjør for bakgrunnen for proposisjonen. Det gis en gjennomgang av Konkurranselovutvalgets mandat og arbeid, om høringen og om høringsinstansene.

*Kapittel 3* behandler konkurransemyndighetenes kompetanse til å treffe vedtak i saker om brudd på forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Slike saker omtales gjerne som atferdssaker. Konkurransetilsynet kan i dag pålegge tiltak som er nødvendige for å bringe en overtredelse av disse forbudene til opphør. Depar-

tementet foreslår ingen endringer i denne kompetansen til Konkurransetilsynet.

Dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene, kan det etter gjeldende konkurranselov gis forskrifter om å gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål. Departementet foreslår en tilføyelse i loven som gir Konkurransetilsynet en adgang til å pålegge tiltak som er nødvendige for å avslutte en overtredelse av disse forskriftene.

Konkurransetilsynet kan etter dagens konkurranselov treffe midlertidige vedtak om at konkurransebegrensende handlinger skal opphøre når det er rimelig grunn til å anta at de nevnte forbudene i konkurranseloven er overtrådt, og det er en fare for at konkurransen utsettes for en varig eller uopprettelig skade. Departementet foreslår at Konkurransetilsynet på samme betingelser også skal kunne treffe slike midlertidige vedtak om opphør når det er rimelig grunn til å anta at forskrifter som nevnt over er overtrådt.

Videre foreslår departementet å oppheve adgangen til å klage over at Konkurransetilsynet, ut fra en prioritering, velger å ikke gå videre med

en anmodning om å påby opphør av påståtte brudd på de nevnte forbudene i konkurranse-loven. En slik anmodning kan eksempelvis komme fra en annen aktør i markedet. Konkurransetilsynet har en vid adgang til å foreta prioriteringer i og mellom enkeltsaker. Denne prioriteringen bør ikke overstyres ved en klagebehandling. Selv om klageretten nå foreslås opphevet, vil parter med rettslig interesse i en sak om påstått overtredelse av forbudene i konkurranse-loven fortsatt ha en mulighet til å bringe sin sak inn for de alminnelige domstolene. Således vil det fortsatt være adgang til å få prøvet en antatt overtredelse selv om tilsynet ikke har villet forfølge den. For øvrig legges til grunn at den som er misfornøyd med at Konkurransetilsynet ikke tar opp en sak til behandling likevel bør få en forklaring fra tilsynet om hvorfor det ikke ønsker å gå videre med hen- vendelsen.

Det foreslås også å innføre en mulighet for Konkurransetilsynet til å fatte vedtak om bin- dende avhjelpende tiltak i atferdssaker. Tiltak kan inkludere bruk av forvalter til å bistå i gjennom- føringen av tiltakene. Konkurransetilsynets ved- tak vil være basert på en foreløpig vurdering. For at saken skal kunne avsluttes er det ikke noe krav om en fullstendig saksutredning, med påvisning av brudd på forbudene eller forskrifter etter kon- kurranse-loven. Et slikt vedtak om avhjelpende til- tak kan bare fattes av Konkurransetilsynet der- som foretakene selv har foreslått disse for på denne måten å få avsluttet atferdssaken på en enklere og raskere måte.

Departementet mener at ordningen med bin- dende avhjelpende tiltak i atferdssaker vil være en effektivisering. Den åpner for mer fleksible kon- kurransepolitiske løsninger enn dagens ordning. Forslaget om å innføre et system med bindende avhjelpende tiltak tar utgangspunkt i tilsvarende ordninger i EU og EØS.

De som er adressater for vedtaket om bin- dende avhjelpende tiltak og tredjeparter som berøres tilstrekkelig av dette, vil få en mulighet til å klage over vedtaket etter de alminnelige kla- gereglene i forvaltningsloven. I klagebehandlin- gen vil departementet bare kunne oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak. Departe- mentet vil derfor ikke kunne erstatte Konkurran- setilsynets vedtak med sitt eget. Forslaget vil inn- bære en begrensning i departementets kompe- tanse i klagesaken i forhold til de alminnelige klagebehandlingsreglene etter forvaltningslo- ven, der forvaltningsorganet normalt vil kunne fatte eget vedtak til erstatning for underinstan- sens vedtak.

*Kapittel 4* behandler utformingen av sanksjons- systemet for brudd på konkurranse-loven. Departe- mentet foreslår at det personlige straffansvaret gjø- res betinget av en påtalebegjæring fra Konkurran- setilsynet, med mindre offentlig påtale kreves av sterke allmenne hensyn. Samtidig vil departemen- tet utarbeide en instruks som regulerer det nær- mere innholdet i en slik betinget påtaleordning, blant annet om hvilke typer overtredelser som bør forfølges strafferettslig. Det foreslås også å opp- heve foretaksstraffen etter konkurranse-loven. Disse forslagene vil blant annet kunne bidra til økt forutsigbarhet knyttet til strafferettslige conse- kvenser for dem som søker om lempning av over- tredelsesgebyr på vegne av et foretak.

For øvrig foreslås det egne regler om forel- delse av krav på erstatning som følge av brudd på konkurranse-loven.

Departementet foreslår også at de nærmere vilkårene for lempning av overtredelsesgebyr, som i dag finnes i forskrift, tas inn i selve konkurranse-loven. Formålet er å synliggjøre bestemmel- sene om lempning på en bedre måte enn i dag. Overtredelsesgebyr er en administrativ sanksjon som kan ilegges foretak som bryter konkurranse- loven. Dersom foretak bryter ut av det ulovlige samarbeidet og avslører egen deltagelse i dette gjennom en lempningssøknad til Konkurransetil- synet, kan overtredelsesgebyret settes ned eller bortfalle. Dette kalles lempning. Ordningen med lempning er utformet slik at det foretaket som først avslører ulovligheter, gis større reduksjoner i gebyr sammenlignet med de som litt senere i prosessen innrømmer ulovligheter til tilsynet.

Samtidig foreslås å innta en ny bestemmelse i konkurranse-loven om en såkalt «markørordning» i lempningsprogrammet. Markørordningen inne- bærer at et foretak som søker om lempning kan beholde sin plass i lempningskøen hos Konkurransetilsynet samtidig som det fortsetter å samle inn bevis for å dokumentere at det oppfyller vil- kårene for lempning. En tilsvarende ordning fin- nes i EU og EØS. Forslaget vil bedre forutberegn- ligheten for aktører som søker om lempning hos Konkurransetilsynet. Øvrige saksbehandlingsre- gler knyttet til en søknad om lempning fra foreta- kene vil fortsatt reguleres i forskrift.

Departementet mener for øvrig at Konkurran- setilsynet fortsatt bør ilegge overtredelsesge- byr for brudd på konkurranse-loven, slik tilsynet allerede gjør i dag. Ordningen med at Konkurran- setilsynet legger slike overtredelsesgebyrer vil ikke være i strid med Grunnloven § 96 eller Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK). Det er heller ikke andre tungtveiende hensyn som



taler for å endre dagens ordning hvor Konkurransetilsynet ilegger overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven.

Videre har departementet vurdert hvilket beviskrav som skal gjelde ved ileggelsen av et overtredelsesgebyr etter konkurranseloven. Det er også sett nærmere på om beviskravet bør tas inn i selve loven. I lys av praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) og Høyesterett mener departementet at det ikke er hensiktsmessig å foreslå en lovfesting av beviskravet i konkurranseloven.

Det er for øvrig behov for å klargjøre når saker om brudd på konkurranseloven er endelig avsluttet. Derfor foreslås at et søksmål mot tilsynets vedtak om overtredelsesgebyr må reises innen seks måneder fra partene mottok Konkurransetilsynets vedtak.

*Kapittel 5* behandler reglene om opplysningsplikt og etterforskning i overtredelsessaker etter konkurranseloven. Utgangspunktet etter loven er at enhver har en straffsanksjonert plikt til å gi Konkurransetilsynet de opplysninger som tilsynet ber dem om. Samtidig har enhver krav på beskyttelse mot å bli tvunget til å bidra til egen domfellelse (det såkalte selvinkrimineringsvernet) gjennom å gi Konkurransetilsynet opplysninger som medfører en innrømmelse av brudd på konkurranseloven. Departementet mener at det ikke er nødvendig å regulere dette vernet mot selvinkriminering i konkurranseloven. Vernet følger uansett av EMK som er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven.<sup>1</sup> Praktiseringen av selvinkrimineringsvernet for individer og foretak må derfor skje ved at konkurranseloven tolkes og praktiseres i tråd med EMK og praksis fra EMD på samme måte som i dag.

Departementet har også vurdert om bestemmelsene for bevissikring og beslag i konkurranseloven er hensiktsmessige slik de er utformet i dag. Det foreslås flere endringer i reglene om bevissikring.

Rettsens beslutning om bevissikring må etter forslaget angi hva formålet med Konkurransetilsynets kontroll skal være, hvilken type overtredelse som er aktuell for tilsynets kontroll og hvilket marked tilsynet undersøker i saken. Videre foreslår departementet visse endringer i adgangen til å ta beslag. Beslag skal som hovedregel tas i form av kopier, ikke originale dokumenter som i dag. Dette er i samsvar med rettstilstanden i EU og EØS. Konkurransemyndighetene skal likevel ha en anledning til å ta beslag i originaldokumenter

hvis disse har en særskilt bevisverdi, eller der bevisverdien vil reduseres ved kopiering. Dette vil typisk kunne gjelde for håndskrevne dokumenter. I slike tilfeller skal den kontrollerte likevel få en kopi av det beslaglagte materialet, med mindre det å gi en slik kopi vil kunne skade etterforskningen.

Departementet foreslår også særlige regler for beslag av elektronisk lagret materiale (først og fremst med hensyn til speilkopiering av servere, harddisker mv.). Den kontrollerte skal ha rett til å være representert når Konkurransetilsynet begynner gjennomgangen av slike databeslag. På denne måten får den kontrollerte en mulighet å identifisere opplysninger som er taushetsbelagte, og som tilsynet ikke kan ta beslag i. Betydningen av databeslag ventes å øke, fordi en stadig større del av foretaks og enkeltpersoners dokumenter bare finnes i elektroniske lagringsmedier. Lovforslaget gjør det klart at der det oppstår uenighet om dokumenter er omfattet av beslagsfriheten eller ikke, skal spørsmålet bringes inn for tingretten.

*Kapittel 6* omhandler regler for kontroll med foretakssammenslutninger (fusjoner). Departementet har ikke fulgt opp utvalgets forslag om å harmonisere vilkårene for inngrep mot en foretakssammenslutning med kriteriene for dette i EU og EØS. Den norske fusjonskontrollen fungerer godt slik den er utformet i dag når det gjelder inngrepvilkårene. Departementet ser derfor ikke behov for å endre på dette.

Som nytt foreslår departementet at foretak selv skal ha ansvaret for å foreslå tiltak som kan avhjelpe de konkurransemessige problemene som foretakssammenslutningen kan føre til. Konkurransetilsynets kompetanse i disse sakene vil være begrenset til enten å stadfeste forslagene til avhjulpende tiltak som partene har tilbudt eller å forby foretakssammenslutningen. Tilsynet kan således ikke lenger selv foreslå hvordan konkurransesituasjonen kan bedres slik at foretakssammenslutningen kan godkjennes på vilkårene som tilsynet har fremsatt. Det foreslås også flere prosessuelle endringer for å legge til rette for en raskere klarering av foretakssammenslutninger.

Departementet foreslår videre at terskelene for når en foretakssammenslutning må meldes til Konkurransetilsynet, skal heves betydelig. Foretakssammenslutninger skal være meldepliktige hvis de berørte foretak har en samlet omsetning over 1 milliard kroner og minst to foretak hver har en omsetning på minst 100 millioner kroner. Det forventes at hevingen av terskelverdiene vil redusere antallet meldepliktige foretakssammenslut-

<sup>1</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30.

ninger vesentlig. Sammenlignes departementets forslag med praksis etter gjeldende lov, er det likevel et fåtall av de foretakssammenslutningene som til nå har reist konkurransemessige problemer som vil falle utenfor de nye meldepliktstersklene. For øvrig foreslås at terskelverdiene tas inn i konkurranseloven. I dag følger terskelverdiene av forskrift.

Meldepliktstersklene får ikke betydning for Konkurransetilsynets kompetanse til å kunne forby sammenslåinger av foretak med omsetning under de nye verdiene. Loven åpner således for at Konkurransetilsynet på nærmere bestemte vilkår kan pålegge meldeplikt for foretakssammenslutninger som er unntatt fra meldeplikten. Videre innebærer lovforslaget at det på nærmere bestemte vilkår kan gis forskrifter om meldeplikt for foretakssammenslutninger som i utgangspunktet er unntatt fra meldeplikten.

Det foreslås også at reglene for beregning av foretakenes omsetning harmoniseres med rettstilstanden i EU og EØS. Beregning av omsetningen vil ha betydning for om foretakene vil være meldepliktige eller ikke. Selv om disse reglene kan fremstå som kompliserte, finnes det omfattende veiledning i praksis og retningslinjer i EU og EØS på dette området. Videre vil departementet foreslå en regel som skal motvirke at meldeplikten omgås ved å stykke opp transaksjonen.

Det foreslås også at ordningene med en alminnelig melding til Konkurransetilsynet og pålegg om en mer omfattende (fullstendig) melding på to ulike tidspunkter i saksbehandlingen, skal oppheves. Alle meldepliktige foretakssammenslutninger skal nå underlegges én felles melding. Det åpnes likevel for at det i forskrift kan fastsettes at enkelte typer foretakssammenslutninger som er lite egnet til å påvirke konkurransen, kan gi en forenklet melding, selv om transaksjonen overstiger terskelverdiene.

Departementet foreslår videre en tydeligere deling mellom den første og andre fasen i saksbehandlingen hos Konkurransetilsynet ved behandlingen av foretakssammenslutninger. Det foreslås også noe strammere tidsfrister for saksbehandlingen. For å legge til rette for at partene tidlig kan komme med forslag til avhjelpende tiltak slik at foretakssammenslutningen kan godkjennes på vilkår, foreslås det at Konkurransetilsynet etter 25 virkedager må varsle at inngrep kan bli aktuelt og gi en begrunnelse for dette. Konkurransetilsynet må vise at det er «rimelig grunn til å anta» at transaksjonen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen.

Hvis saken går over i den andre fasen, vil neste milepæl være at Konkurransetilsynet legger fram forslag til endelig vedtak i saken. Saksbehandlingsfristene er kompliserte, men som etter gjeldende rett, skal forslaget til Konkurransetilsynets endelige vedtak gis innen 70 virkedager etter at en melding om foretakssammenslutningen ble mottatt av tilsynet. I den utstrekning partene foreslår avhjelpende tiltak overfor Konkurransetilsynet mindre enn 15 virkedager før fristen på 70 virkedager er utløpt, skal tidsfristen forskyves tilsvarende. Departementet mener at dette systemet vil gi insentiver for partene til å fremlegge tiltak for å avhjelpe konkurranseproblemer ved foretakssammenslutningen så tidlig som mulig. Etter at tilsynet har fremmet forslag til endelig vedtak beholdes gjeldende saksbehandlingsfristene med et unntak. Ved forslag til avhjelpende tiltak etter at forslag til endelig vedtak er gitt, reduseres tilsynets fristforlengelse til 15 virkedager. Det foreslås også en særlig fristregel for å legge til rette for at foretakene legger fram forslag til avhjelpende tiltak i første fase av saksbehandlingen, altså før tilsynet har varslet at inngrep mot foretakssammenslutningen kan bli aktuelt.

Samlet vil disse forslagene korte ned på den maksimale saksbehandlingstiden for fusjoner med 15 virkedager og samtidig legge opp til at saker kan løses så tidlig som mulig. Utover de prosessuelle grepene som er foreslått, legger departementet også opp til at det skal avholdes møter mellom Konkurransetilsynet og melder. Slike møter er også ønskelig i forkant av at sammenslutningen blir meldt.

Saker som ikke ender med inngrep, foreslås avsluttet ved at Konkurransetilsynet sender en orientering til melder om at saken er avsluttet. Det foreslås også enkelte justeringer knyttet til offentlighet i fusjonssaker.

Konkurranseloven har en bestemmelse om tilknyttede begrensninger (såkalte «ancillary restraints»). Denne innebærer at konkurransemessige problemer som er nødvendige for å gjennomføre foretakssammenslutningen er lovlige. Bestemmelsen foreslås opphevet, fordi denne ikke har selvstendig betydning utover det som følger av en tolkning av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven.

Under bestemte forutsetninger vil det at to eller flere foretak etablerer et fellesforetak (såkalte «joint ventures») behandles som en foretakssammenslutning. Departementet foreslår en særbestemmelse om at atferdsmessige virkninger av et slikt fellesforetak, skal behandles og klare-

res samtidig med foretakssammenslutningen. Dette er likt systemet i EU og EØS.

For øvrig har departementet foreslått å omstrukturere noen av bestemmelsene i lovens kapittel om kontroll med foretakssammenslutninger for å bedre systematikken og oversikten i disse bestemmelsene.

I *kapittel 7* vurderes problemstillinger knyttet til minoritetsserverv. Dette er kjøp av andeler i foretak uten at det oppnås kontroll over foretaket gjennom ervervet. Det foreslås at adgangen til å gripe inn i slike minoritetsserverv videreføres, men i en egen bestemmelse.

I *kapittel 8* behandles offentlighet og veiledningsplikt i konkurransesaker. Her foreslås å styrke vernet til lempningssøkere i en overtredelsessak. Blant annet foreslår departementet at opplysninger i erklæringer om foretakenes deltakelse i karteller (skylderklæringer) i forbindelse med en lempningssøknad skal være taushetsbelagte. Videre foreslås å styrke vernet til konkurransemyndighetenes kilder ved å lovfeste taushetsplikt om deres identitet.

Reglene om innsyn i konkurranseloven omstruktureres for å bedre oversikten og systematikken i disse bestemmelsene.

Særbestemmelsen i loven om Konkurransetilsynets veiledningsplikt foreslås videreført. Bestemmelsen har ikke selvstendig betydning ved siden av gjeldende forvaltningsrett, men det er ønskelig å synliggjøre den for foretakene.

I *kapittel 9* vurderes lovforslagets administrative og økonomiske konsekvenser som samlet sett vil være beskjedne. Departementet mener at endringene vil ha positive administrative og økonomiske konsekvenser for næringslivet. Dette gjelder spesielt den betydelige hevingen av terskelverdiene for når en fusjon må meldes til Konkurransetilsynet. Det forventes ingen budsjettmessige endringer verken for Konkurransetilsynet, departementet eller andre deler av forvaltningen som følge av forslagene.

## 1.2 Temaer som ikke behandles i lovproposisjonen

---

Europakommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan (ESA) fikk i 2008 kompetanse til å inngå forlik med foretak i kartellsaker. Utvalget ble bedt om å vurdere å innføre en tilsvarende forlikprosedyre i kartellsaker i norsk rett. På grunn av begrensninger i tilgjengelig tid og ressurser har ikke utvalget utredet dette nærmere. Da utvalgets innstilling ble sendt på høring 22. februar 2012 ba departementet høringsinstansene om synspunkter på en slik forliksordning i norsk rett. Høringssvarene kommenterer ikke dette temaet i særlig grad. Departementet mener derfor at en slik ordning ikke er tilstrekkelig utredet i forhold til norsk konkurranseret. Dette temaet er derfor ikke behandlet nærmere i denne proposisjonen.

Utvalget drøfter i kapittel 10 i utredningen om det er grunnlag for å klargjøre rettsstillingen i forbindelse med offentlige pålegg, ved en ny bestemmelse om forholdet mellom konkurranselovens forbudsbestemmelser og annen regulering, eventuelt atferd pålagt foretakene gjennom enkeltvedtak eller avtaler med stat og kommuner etc. Utvalget finner at det ikke er et behov for slike løsninger. Det foreslås derfor ingen endringer i konkurranseloven når det gjelder dette spørsmålet. Departementet er enig i denne vurderingen og har ikke behandlet dette nærmere i denne proposisjonen.

Videre i kapittel 10 i utredningen drøfter utvalget behovet for å gjøre endringer i Konkurransetilsynets adgang etter konkurranseloven til å påpeke konkurransebegrensende virkninger av offentlige tiltak m.m. Utvalget finner ikke grunn til å foreslå endringer i dagens praksis og regelverk. Dette er departementet enig i og problemstillingen behandles ikke ytterligere i denne proposisjonen.

I høringen ba departementet også høringsinstansene om å vurdere behovet for endringer i EØS-konkurranseloven 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven). Ingen av høringsinstansene har påpekt noen slike behov. Dette behandles ikke nærmere i denne proposisjonen.

## 2 Bakgrunn

### 2.1 Utvalgets oppnevning og sammensetning

---

Konkurranselovutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 17. desember 2010. Professor dr. juris. Erling J. Hjelmeng, Universitetet i Oslo, ble oppnevnt som leder av utvalget.

Følgende medlemmer ble oppnevnt til utvalget:  
Avdelingsdirektør dr. oecon Jostein Skaar,

Konkurransetilsynet,  
Seniorrådgiver Birgitte Istad,  
Justisdepartementet,  
Professor dr. oecon Lars Sørgard,  
Norges Handelshøyskole,  
Underdirektør Anne Beate Saga Hammerstad,  
Forbrukerrådet,  
Advokat Beret Sundet, Advokatfirma Bugge,  
Arentz-Hansen & Rasmussen,  
Advokat Mona Søyland, Simonsen Advokatfirma DA.

I brev til departementet av 17. februar 2011 ba medlemmet Birgitte Istad om å bli fritatt for utvalgsarbeidet. Seniorrådgiver Jan Eivind Norheim ble i brev av 4. mars 2011 fra Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet oppnevnt som nytt medlem. Medlemmet Anne Beate Saga Hammerstad gikk i oktober 2011 over i ny stilling som advokat i Advokatfirmaet Haavind AS, men fortsatte som utvalgsmember.

Konkurransetilsynet og Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet har vært sekretariat for utvalget. Sekretariatet har bestått av: Håkon A. Cosma (sekretariatsleder), juridisk direktør, Konkurransetilsynet,  
Katrine Knudsen Mæle, seniorrådgiver,  
Konkurransetilsynet,  
Ronny Gjendemsjø, seniorrådgiver,  
Konkurransetilsynet (fra juni 2011),  
Linn Kristin Nyvold Roti, rådgiver,  
Konkurransetilsynet (fra september 2011),  
Nina Gørrissen, seniorrådgiver, Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet

I tillegg har rådgiver Arvid Senhaji, Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartement bistått sekretariatet.

### 2.2 Utvalgets mandat

---

I utvalgets mandat heter det:

#### «Mandat for utvalget

Regjeringen har besluttet å oppnevne et offentlig utvalg som skal foreta en gjennomgang av lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og fremme forslag til eventuelle lovendringer. Konkurranseloven trådte i kraft 1. mai 2004, og er blitt endret flere ganger på avgrensede områder. Erfaringene med loven og EØS-avtalens konkurranseregler, utviklingen i konkurransepolitikken i EU og EØS og behovet for å legge til rette for et effektivt samarbeid i håndhevingen av konkurransereglene mellom norske konkurransemyndigheter og overvåkningsorganene i EØS og konkurransemyndighetene i EØS-landene, gjør at det nå er behov for en bredere og mer helhetlig gjennomgang av loven.

#### I. Relevante hensyn ved revisjonen

Et generelt trekk ved utviklingen av konkurransepolitikken de senere årene er et økende behov for samarbeid mellom konkurransemyndigheter på tvers av jurisdiksjoner, og at det i større grad skjer en harmonisering av regelverk mellom jurisdiksjoner. For Norges vedkommende gjelder dette særlig innenfor EØS-området. Også samarbeid eller regelverksutvikling utenfor EØS kan imidlertid være relevant for utformingen av konkurranseloven.

Konkurranseloven skal sikre en mest mulig effektiv konkurranse på det norske markedet, og bør således i utformingen ivareta eventuelle særnorske behov/forhold. Samtidig vil konkurransebegrensende atferd og foretakssammenslutninger som har virkning på norsk territorium, svært ofte også være omfattet av EØS-avtalens konkurranseregler og/eller konkurranselovgivningen i andre EØS-land. Hensynet til eventuelle særlige norske behov må derfor avveies mot den interesse foretakene kan ha i å kunne forholde seg til et mest mulig homogent konkurranseregulativ innenfor EØS-området.

EØS-avtalen fastsetter ikke krav til innholdet i konkurranseloven, men kan legge begrensninger på anvendelsen av loven i en konkret sak dersom også EØS-avtalens konkurranseregler kommer til anvendelse på det aktuelle forholdet. Det faktiske handlingsrommet for eventuelle særnorske bestemmelser kan derfor i praksis være begrenset.

Foretakssammenslutninger og overtredelse av konkurransereglene er i økende grad grenseoverskridende. En effektiv håndheving av konkurransereglene kan derfor forutsette et mer utstrakt samarbeid med overvåkningsorganene i EØS og/eller nasjonale konkurransemyndigheter i EØS-landene.

Utviklingen av konkurransepolitikken i EU og EØS kan gå mot en større grad av rettslig eller faktisk harmonisering av konkurranseregler og konkurransepolitikk på nasjonalt nivå. Utvalget må i sitt arbeid ta hensyn til eventuell utvikling av konkurranseregler og konkurransepolitikk i EU og EØS som er relevant for utformingen av konkurranseloven.

EØS-konkurranseloven (lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll med EØS-avtalens konkurranseregler mv.) gjennomfører Norges forpliktelser etter EØS-avtalen på konkurranseområdet. Utvalgets mandat omfatter ikke endringer i EØS-konkurranseloven. Det er imidlertid ønskelig at utvalget peker på eventuelle behov for endringer i EØS-konkurranseloven som følge av endringer i konkurranseloven eller som fremkommer ellers av utvalgets utredningsarbeid.

## II. Oppgaver

Utvalget står fritt til å utrede de spørsmål som det selv finner hensiktsmessig og nødvendig å ta opp under arbeidets gang. Utvalget skal imidlertid vurdere følgende problemstillinger:

### *Lovens innledende bestemmelser (kapittel 1):*

Konkurranseloven § 1 annet ledd, som gjelder lovens formålsbestemmelse, kom inn i loven ved Stortingets behandling av lovproposisjonen. Erfaringene med loven viser at det er reist spørsmål ved om bestemmelsen innebærer at lovens formål nå er å sikre forbrukervelferd, og hvilken betydning dette eventuelt får for håndhevingen av konkurranseloven. Fornøyings-, administrasjons- og kirkedepartementet har gitt uttrykk for at lovens formål slik formålsbestemmelsen nå lyder er totalvelferd, og at annet ledd ikke innebærer at loven har en

konsumentvelferdsstandard. Utvalget bes likevel å vurdere formålsbestemmelsen og eventuelt behov for lovendring for å klargjøre bestemmelsens innhold.

### *Regelverket for kontroll med foretakssammenslutninger (kapittel 4):*

Erfaringene med reglene for kontroll med foretakssammenslutninger i konkurranseloven kapittel 4 viser at det er ønskelig å foreta en bred gjennomgang av fusjonskontrollen i Norge, herunder forholdet mellom konkurranselovens fusjonskontroll og EØS-avtalens konkurranseregler. Dette gjelder både lovens materielle og prosessuelle bestemmelser. Det kan særlig være grunn til å se på om reglene for saksbehandling er hensiktsmessige og fungerer tilstrekkelig effektivt.

Terskelverdiene for når en foretakssammenslutning er meldepliktig i Norge er relativt lave, sammenlignet med andre land.<sup>1</sup> Det er blitt reist kritikk mot at fusjonskontrollen i Norge derfor er for omfattende.

Lovens kapittel 4 er ikke harmonisert med EØS-avtalens regler for tilsyn med foretakssammenslutninger. Dette gjelder både den materielle inngrepstesten, Konkurransetilsynets inngrepskompetanse og saksbehandlingsreglene. Det kan på den ene side anføres at foretakssammenslutningenes ofte grenseoverskridende karakter og hensynet til et mest mulig homogent regelverk for foretakssammenslutninger innenfor EØS-området, tilsier en større grad av harmonisering med EØS-avtalen. På den annen side kan en slik harmonisering påføre foretak større byrder enn behovet for kontroll med foretakssammenslutninger i Norge tilsier.

Av Europakommisjonens rapport om fusjonsforordningens virkemåte<sup>2</sup> fremgår det at markedsaktørene opplever at ulike regimer for kontroll med foretakssammenslutninger i EU og medlemsstatene er problematisk. Det forventes at slike problemstillinger vil bli behandlet innenfor rammen av EU/EØS i løpet av de nærmeste årene. Utvalget må i sitt arbeid se hen til utviklingen i fusjonskontrollen i EØS.

På denne bakgrunn bes utvalget om å vurdere:

<sup>1</sup> Se forskrift 28. april 2004 nr. 673 om melding av foretakssammenslutninger mv.

<sup>2</sup> [http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/studies\\_reports.html](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/studies_reports.html).

- om regler for kontroll med foretakssammenslutninger i konkurranseloven er hensiktsmessige og effektive, herunder omfanget av meldeplikten for foretakssammenslutninger og om reglene helt eller delvis bør harmoniseres med EØS-avtalens bestemmelser om slik kontroll.

*Håndheving av konkurranseloven § 10 og § 11 – atferdsbestemmelsene (kapittel 3):*

Utvalget bes vurdere om bestemmelsene i konkurranseloven kapittel 3 er hensiktsmessige og tilstrekkelige til å sikre en effektiv håndheving av konkurranseloven § 10 og § 11. I den forbindelse bes utvalget bl.a. se på:

- om Konkurransetilsynet bør ha en tilsvarende kompetanse som overvåkningsorganene i EØS til å treffe bindende vedtak om avhjelpende tiltak i overtredelsessaker og om forlik med en eller flere parter i kartellsaker.<sup>3</sup>
- Konkurranseloven § 12 tredje ledd er innført bl.a. for å gi departementet en mulighet til å kontrollere Konkurransetilsynets praksis og prioriteringer i saker om overtredelse av konkurranseloven § 10 og § 11. Utvalget bes vurdere om dette formålet kan oppnås med andre virkemidler.
- Konkurranseloven § 14 gir Kongen i statsråd (delegert til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet) hjemmel til ved forskrift å gripe inn mot atferd som er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål. Bestemmelsen utfyller forbudsbestemmelsene i lovens § 10 og § 11. Handlingsrommet etter § 14 vil imidlertid være begrenset dersom EØS-avtalens konkurranseregler kommer til anvendelse på forholdet. Utvalget bes vurdere bestemmelsen, herunder hensiktsmessighet, handlingsrom og eventuelle sanksjoner ved overtredelse av forskrifter gitt med hjemmel i bestemmelsen.

*Opplysningsplikt/kontrollfullmakter/innsyn:*

Det er blitt stilt spørsmål ved flere problemstillinger knyttet til konkurransemyndighetenes hjemmel til å kreve opplysninger, kontrollfullmakt og beslagsrett, omfanget av selvinkrimineringsver-

net og andre rettssikkerhetsgarantier, og om det er ønskelig å harmonisere konkurransemyndighetenes kompetanse på dette området med EØS-avtalens konkurranseregler. Videre er det et spørsmål om hvor vid innsynsretten bør være særlig i enkeltsaker etter konkurranseloven, og tidspunktet for eventuelt innsyn. Sistnevnte har en side også til effektiviteten av konkurransemyndighetenes lempningsprogram, ved at omfattende innsynsrett kan virke negativt på foretakenes incentiver til å søke lempning. Utvalget bes på denne bakgrunn vurdere omfanget av konkurransemyndighetenes prosessuelle kompetanse på disse områdene, og i hvilken grad det er ønskelig at denne kompetansen harmoniseres med EØS-avtalens konkurranseregler.

*Sanksjoner:*

Overtredelse av konkurranseloven kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr og straff, jf. lovens § 29 og § 30. Konkurranseloven § 31 gir konkurransemyndighetene hjemmel til å vedta lempning i overtredelsesgebyr etter § 29 eller bøter til foretak etter § 30 i loven.<sup>4</sup> Loven gir i dag ikke adgang til lempning av personstraff. En utvidelse av lempningsadgangen til å omfatte personstraff vil være kontroversielt. Hensynet til en effektiv håndheving av konkurransereglene i saker av grenseoverskridende art kan tilsi at lempningsordningen harmoniseres så langt som mulig med lempningsordningene i EØS og EØS-landene. Utvalget bes vurdere alle sider ved lovens sanksjonssystem, herunder hensiktsmessigheten ved et tosporet sanksjonssystem og grensedragningen mellom et administrativt og et straffeprosessuelt system samt lempningsordningen.

*Beviskrav og bevisbyrde:*

Forarbeidene til konkurranseloven<sup>5</sup> fastslår at beviskravet ved overtredelse av konkurranseloven og i saker om foretakssammenslutninger er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Beviskravet er blitt behandlet bl.a. av Borgarting lagmannsrett.<sup>6</sup> Dommen er anket til Høyesterett. Utvalget bes vurdere hva beviskravet bør være i saker etter konkurranseloven, og om beviskravet bør inntas i loven.

<sup>3</sup> Jf. henholdsvis rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 9/ ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9 og kommisjonsforordning (EF) nr. 773/2004 artikkel 2/ODA protokoll 4 kapittel 3 artikkel 2.

<sup>4</sup> Jf. forskrift 22. august 2005 nr. 909.

<sup>5</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 117.

<sup>6</sup> LB -2009-089085 (Staten v/Konkurransetilsynet mot Tine Ba). <http://www.lovdataba.no/lr/lrb/lb-2009-089085.html>.

### III. Lovforslag

Utvalget skal fremme et samlet forslag til lovbestemmelser som gjennomfører utvalgets forslag til endringer i konkurranseloven.

### IV. Arbeidsform

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet og Konkurransetilsynet vil fungere som sekretariat for utvalget.

Utvalget bør konferere med berørte aktører i markedet, herunder nærings- og arbeidstakerorganisasjoner.

### V. Offentlighet

Utvalgets rapport skal offentliggjøres i skriftserien for Norges offentlige utredninger (NOU).

### VI. Tidsramme

Utvalget skal levere sin rapport til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet innen 1. februar 2012.

### VII. Endring av mandatet

Utvalgets mandat og sammensetning kan endres av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet.

Eventuelle forslag til vesentlige avvik fra mandatet som fremsettes av utvalget, skal godkjennes av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet.

### VIII. Økonomiske og administrative konsekvenser

Utvalget må utrede de økonomiske og administrative konsekvenser av sine forslag.»

Utvalget ble den 16. desember 2011 innrømmet en utsettelse med levering av innstillingen til 14. februar 2012.

## 2.3 Utvalgets arbeid

Utvalget avholdt sitt første møte 24. januar 2011, og leverte NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov 14. februar 2012. Utvalget har hatt 11 møter. Utvalget holdt også 11. april 2011 et åpent dialogmøte med interesserte parter. Møtet ble avholdt i Oslo. Utvalget har videre hatt en egen fane på Konkurransetilsynets hjemmeside hvor utvalget har åpnet for innspill og synspunkter til konkurranselovutvalg@kt.no. Utvalget har motatt få henvendelser og innspill via dette kontaktpunktet.

Utvalgets mandat er bredt og omfattende. Utvalget har foretatt en grundig gjennomgang av de problemstillinger som reises i mandatet og øvrige forhold som utvalget ellers mener det har vært hensiktsmessig å behandle. Den korte fristen og ressurs hensyn har likevel gjort at utvalget ikke har kunnet ta opp eller gå like dypt inn i alle problemstillinger. Utvalget har således i begrenset grad hatt anledning til å gjennomføre internasjonale undersøkelser.

Parallelt med utvalgets arbeid har Justisdepartementet arbeidet med oppfølgingen av Sanksjonslovutvalgets utredning NOU 2003: 15 Fra bot til bedring. Utvalget har sett hen til de løsninger som er foreslått her, men har ikke foreslått direkte oppfølging av forslaget gjennom særbestemmelser i konkurranseloven. Utvalgets forslag vil likevel ikke være til hinder for at det gjennomføres generelle bestemmelser om forvaltningsprosess og forvaltningssanksjoner som også gjelder for konkurranseloven. Der utvalget mener at Sanksjonslovutvalgets forslag ikke bør gjelde for konkurranseloven, er dette omtalt særskilt.

Matkjedeutvalget avga sin utredning NOU 2011: 4 Mat, makt og avmakt den 13. april 2011. Utvalget har ikke gått nærmere inn i denne utredningen, som primært gjelder andre aspekter ved konkurransepolitikken enn det som ligger innenfor utvalgets mandat. Utvalget har imidlertid tatt de konklusjoner Matkjedeutvalget trekker særlig i forbindelse med strukturkontroll til orientering.

Endelig har Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet i 2011 vedtatt en revisjon av forskriften om utmåling av overtredelsesgebyr. Endringer i forskriften, som bringer den i samsvar med endringer i utmålingspraksis i EU/EØS, trådte i kraft 1. januar 2012. Av denne grunn har utvalget heller ikke gått inn på spørsmål knyttet til utmåling av gebyr. Utvalget har heller ikke tatt opp spørsmålet om behovet for lovregulering av solidarisk ansvar for overtredelsesgebyr eller spørsmålet om ansvar for medlemsbedrifter ved overtredelser begått av bransjeorganisasjoner, jf. det subsidiære ansvaret for medlemsbedrifter etter rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 23 nr. 4 og den tilsvarende bestemmelsen i ODA<sup>7</sup> protokoll 4 artikkel 23 nr. 4.

## 2.4 Høringsinstansene

Konkurranselovutvalgets innstilling i NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov ble, sammen med

<sup>7</sup> Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol.

departementets høringsbrev, gjort elektronisk tilgjengelig på departementets hjemmesider og samtidig sendt med vanlig post på høring 23. februar 2012.

I tillegg til utvalgets innstilling tok høringsbrevet opp spørsmålet om eventuell innføring og utforming av en forliksadgang i konkurranseloven. Europakommisjonen (Kommissjonen) og EFTAs overvåkningsorgan (ESA) fikk i 2008 kompetanse til å inngå forlik med foretak i saker om overtredelse av TEUV artikkel 101/EØS-avtalen artikkel 53 i kartellsaker.<sup>8</sup> Utvalget ble i mandatet bedt om å vurdere innføringen av en tilsvarende forliksadgang i konkurranseloven. Utvalget hadde, på bakgrunn av tidsrammen og ressursituasjonen for utredningen, prioritert å utrede andre mulige endringer i konkurranseloven fremfor å foreta en egen utredning av behovet for og eventuelle fordeler ved en forliksprosedyre.

Videre ba departementet om høringsinstansenes synspunkter på mulige konkurransebegrensende virkninger av minoritetseierskap og hvilke regulatoriske virkemidler som kan være hensiktsmessige for eventuelt å avbøte slike virkninger. Utvalget hadde av hensyn til tid og ressurser ikke prioritert en nærmere utredning av dette spørsmålet.

Endelig ba departementet om høringsinstansene syn på om lovendringene foreslått av utvalget medfører behov for endring i EØS-konkurranse-loven, eller om det for øvrig er behov for endringer eller presiseringer i loven. Utvalgets mandat omfattet ikke endringer i lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranse-regler mv. (EØS-konkurranse-loven). Departementet varslet at det parallelt med revisjonen av konkurranse-loven ville vurdere behovet for revisjon av EØS-konkurranse-loven.

Følgende instanser fikk ovennevnte på høring:  
Statsministerens kontor  
Departementene

Brønnøysundregistrene  
Datatilsynet  
Domstolsadministrasjonen  
Finanstilsynet  
Forbrukerombudet  
Konkurransetilsynet  
Regjeringsadvokaten  
Riksadvokatembetet

Riksrevisjonen  
ØKOKRIM

Det juridiske Fakultet UiB  
Det juridiske Fakultet UiO  
Det juridiske Fakultet UiT  
Det samfunnsvitenskapelige fakultet UiO  
Det samfunnsvitenskapelige fakultet UiB  
Fakultet for biovitenskap, fiskeri og økonomi UiT  
Forbrukerrådet  
Forbrukertvistutvalget  
Sivilombudsmannen

Advokatfirmaet Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen

Advokatfirmaet Grette DA  
Advokatfirmaet Haavind AS  
Advokatfirmaet HJORT DA  
Advokatfirmaet Kluge DA

Advokatfirmaet Schjødt AS  
Advokatfirmaet Selmer DA

Advokatfirma Steenstrup Stordrange DA  
Advokatfirmaet Thommessen AS

Advokatfirmaet Wiersholm, Mellbye & Bech AS  
Advokatfirmaet Wikborg Rein

Akademikerne

Apotekerforeningen

Arbeidsgiverforeningen Spekter

Arntzen de Besche Advokatfirma AS

Bedriftsforbundet

Bergen Center for Competition Law and Economics

Brækhus Dege Advokatfirma DA

Bull & Co Advokatfirma AS

Dagligvareleverandørenes forening

Deloitte Advokatfirma AS

Den norske Advokatforening

Den norske Dommerforening

Den norske Fagpresses Forening

Den norske Forleggerforening

Den norske Revisorforening

DLA Piper Norway DA

Finans Norge (FNO)

Fono Den norske platebransjen

Føyen Advokatfirma DA

Handelshøyskolen BI

Hovedorganisasjonen Virke

Kjøtt- og fjørfebransjens Landsforbund

Kopinor, Interesseorganisasjon for rettighets-  
havere til åndsverk

KS

Kvale Advokatfirma DA

Landsorganisasjonen i Norge

Maskinentreprenørenes Forbund

Norges Bondelag

<sup>8</sup> Se forordning (EF) nr. 773/2004 artikkel 10a, som endret ved forordning (EF) nr. 622/2008. Se også Kommissjonens kunngjøring om forliksprosedyrer EUT C 167 av 2.7.2008, s. 1.



Norges Colonialgrossisters Forbund  
Norges Eiendomsmeglerforbund  
Norges Frukt- og Grønnsaksgrossisters Forbund  
Norges Gullsmed Forbund  
Norges Handelshøyskole  
Norges Juristforbund  
Norges Rederiforbund  
Norges Skogeierforbund  
Norges Taxiforbund  
Norsk Bonde- og Småbrukarlag  
Norsk Gartnerforbund  
Norsk Industriforening for Generiske legemidler  
Norsk Landbrukssamvirke Servicekontor  
Norske Sjømatbedrifters Landsforening  
NORWACO  
Næringslivets Hovedorganisasjon

Rådgivende Ingeniørers Forening (RIF)  
Simonsen Advokatfirma DA  
Skatterevisorenes Forening  
Sparebankforeningen i Norge  
Tono  
Transportbrukerenes Fellesorganisasjon  
Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund

Høringsfristen var 16. mai 2012. Departementet har mottatt 33 høringssvar. Det nærmere innholdet i og merknadene til disse vil bli behandlet under de respektive avsnitt i proposisjonen. Hovedinntrykket fra høringen er at høringsinstansene i det alt vesentlige er positive til utvalgets forslag til endringer i konkurranseloven.

## 3 Håndheving ved ulovlig atferd

### 3.1 Endring i reglene om pålegg om opphør

---

#### 3.1.1 Gjeldende rett

Konkurransetilsynet kan etter konkurranseloven § 12 første ledd pålegge foretak og sammenslutninger av foretak som overtrer forbudsreglene i § 10 og § 11 «ethvert tiltak som er nødvendig» for å bringe overtredelsen til opphør. Bestemmelsen får også anvendelse ved Konkurransetilsynets håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Pålegg etter konkurranseloven § 12 første ledd er et verktøy for å forhindre fremtidige overtredelser. Hjemmelen til å gi pålegg omfatter både atferdstiltak og strukturelle tiltak. Atferdstiltak kan innebære et pålegg om opphør av den ulovlige atferden, eksempelvis markedsdeling. Strukturelle tiltak kan eksempelvis være pålegg om å skille ut deler av en dominerende virksomhet, dersom krysssubsidiert setter foretaket i stand til utilbørlig å utnytte sin markedsstilling. Slike tiltak kan bare pålegges dersom det ikke finnes like effektive atferdsregulerende tiltak, eller dersom et atferdsregulerende tiltak vil være mer byrdefullt for foretaket. Konkurransetilsynet har hittil ikke påbudt strukturelle tiltak. Vedtak etter hjemmelen i § 12 første ledd som går ut på at en nærmere definert overtredelse må bringes til opphør er mest vanlige og uproblematisk. Paragraf 12 første ledd gir som et utgangspunkt ikke hjemmel til å pålegge foretakene å etterleve forbudene på bestemte måter.<sup>1</sup>

Konkurransetilsynet har etter § 12 fjerde ledd også kompetanse til å fatte midlertidig vedtak, når det er rimelig grunn til å anta at § 10 eller § 11 er overtrådt og det er fare for varig og uopprettelig skade på konkurransen. Slike vedtak er på samme måte som vedtak etter første ledd underlagt en nødvendighetsvurdering. Det følger av forarbeidene at intensjonen med fjerde ledd har vært å gi

tilsynet tilsvarende myndighet som ESA og Kommisjonen har etter rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 8 og den tilsvarende bestemmelsen i ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 8.<sup>2</sup> Verken Konkurransetilsynet, ESA eller Kommisjonen har benyttet adgangen til å fastsette slike midlertidige tiltak.

#### 3.1.2 Utvalgets forslag

Utvalget har i NOU 2012: 7 kapittel 5.3 vurdert om konkurransemyndighetene bør gis utvidede fullmakter til å pålegge tiltak av preventiv karakter, for eventuelt å unngå fremtidige overtredelser av forbudet i § 10 mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak og forbudet i § 11 mot foretaks utilbørlige utnyttelse av dominerende stilling. Videre er det vurdert om det bør gis fullmakt til å gi pålegg for å legge til rette for mer konkurranse i markeder hvor denne er begrenset. Det kan gjelde markeder hvor overtredelsen følger av strukturelle forhold som det etter gjeldende rett ikke kan gripes inn mot, eksempelvis stilltiende samforstand i oligopolmarkeder. Utvalget finner imidlertid at nåværende § 14 om konkurransefremmende tiltak allerede gir det nødvendige verktøyet for å bedre konkurransen i enkeltmarkeder, jf. kapittel 11 i NOU 2012: 7.

Utvalget ser derfor ikke grunn til å foreslå grunnleggende endringer i § 12 første ledd. Det foreslås imidlertid en tilføyelse om en adgang for tilsynet til å påby opphør ved overtredelser av forskrift gitt i medhold av § 14.

For å sikre sammenheng med den foreslåtte endringen i første ledd, foreslår utvalget en tilsvarende tilføyelse i § 12 nytt femte ledd om midlertidig vedtak. *Konkurransetilsynet* gis ved forslaget hjemmel til å treffe midlertidig vedtak om pålegg etter § 12 første ledd, også der det er rimelig grunn til å anta at forskrift i medhold av § 14 er overtrådt, forutsatt at de øvrige vilkårene for midlertidig vedtak foreligger.

<sup>1</sup> Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 70. For EU/EØS-retten se sak T-24/90 *Automec Srl* mot Kommisjonen, Samlingen 1992 side II-2223 premiss 52.

<sup>2</sup> NOU 2003: 12 s. 68 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 72.

### 3.1.3 Høringsinstansene

Bare *Konkurransetilsynet* har uttalt seg om utvalgets forslag på dette punkt. Tilsynet er enig med utvalget i at konkurranseloven § 12 første og annet ledd bør videreføres og er videre enig i at det foreligger et praktisk behov for at Konkurransetilsynet kan påby opphør av atferd ved overtredelser av forskrift gitt i medhold av § 14.

### 3.1.4 Departementets vurderinger

Departementet er enig med utvalget i at nåværende § 14 om konkurransefremmende tiltak gir det nødvendige virkemiddelet for å fremme konkurransen i enkeltmarkeder. Videre er departementet enig i utvalgets forslag om en tilføyelse i § 12 første ledd om at adgangen til å pålegge opphør av ulovlig atferd også skal gjelde for brudd på forskrifter vedtatt med hjemmel i konkurranseloven § 14. Departementet er likeledes enig i tilføyelsen i tidligere fjerde ledd, nå nytt femte ledd, om adgangen til å treffe midlertidig vedtak ved brudd på forskrifter vedtatt med hjemmel i konkurranseloven § 14.

## 3.2 Oppheving av klagerett ved nedprioritering av saker

### 3.2.1 Gjeldende rett

Konkurransetilsynet har vid adgang til å prioritere saker. Derfor vil tilsynet kunne avslå å følge opp enkelte henvendelser om å gripe inn mot en påstått overtredelse av konkurranseloven. I konkurranseloven 2004 ble det særlig av hensyn til tredjemenn, men også for å gi departementet kontroll med tilsynets prioriteringer,<sup>3</sup> i § 12 tredje ledd innført en særskilt adgang til å klage over slike avgjørelser. Dette er som regel ikke enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand som er underlagt klagerett etter forvaltningsloven § 28.

### 3.2.2 Utvalgets forslag

I utvalgets mandat ble det pekt på at konkurranseloven § 12 tredje ledd er innført blant annet for å gi departementet en mulighet til å kontrollere Konkurransetilsynets praksis og prioriteringer i saker om overtredelse av konkurranseloven § 10 og § 11. Utvalget ble i sitt mandat bedt om å vurdere om dette formålet kan oppnås med andre

virkemidler. Utvalget har i punkt 5.2, s. 27 og 28 og punkt 5.3, s. 37 og 38 sett på praksis etter bestemmelsen. Utvalget konstaterer at departementet har fattet 40 vedtak i saker etter § 12 tredje ledd i perioden 2005-2011. Imidlertid har ingen saker ført til endring i realiteten, det vil si inngrep mot den atferd det er klaget over. Det er dessuten en tendens til at det fremmes færre klager.

Utvalget viser til at drøftelsen i forarbeidene til gjeldende § 12 tredje ledd, om behovet for bestemmelsen, må ses på bakgrunn av diskusjonen om tredjepersoners rettsstilling etter bestemmelsen i 1993-loven § 3-10. Utvalget viser til at denne bestemmelsen ga rett til å gripe inn mot praksis med konkurransebegrensende virkninger. Konkurranselovens atferdsregler er derimot gitt i form av materielle forbudsregler som gjelder direkte og som kan anvendes av de alminnelige domstolene.

Foretak som utsettes for forretningsnektelser eller andre former for atferd som kan være overtredelser, vil derfor selv kunne bringe saken inn for de alminnelige domstoler. De kan legge ned påstand om at atferden er forbudt og kreve den stanset gjennom midlertidig forføyning eller forbudsdom. Etter forholdene vil det også kunne kreves erstatning. Berørte tredjepersoner har derfor etter dagens lov reelle muligheter til å ivareta sine interesser på annen måte enn etter gjeldende § 12 tredje ledd. Utvalget mener derfor at det samlet sett ikke er grunnlag for å opprettholde § 12 tredje ledd av hensyn til disse.

Utvalget har også vurdert om departementets behov for å styre ressursbruk og prioriteringer i Konkurransetilsynet kan forsvare den særlige klageadgangen. Av praksis som foreligger, har utvalget vanskelig for å se at kompetansen har tjent dette formålet.

Utvalget viser til at departementet styrer og kontrollerer Konkurransetilsynet på andre måter enn gjennom klager etter § 12 tredje ledd. Det skjer blant annet gjennom budsjettdokumenter og etatsstyringsdialog. I tillegg kan departementet etter § 8 pålegge tilsynet å ta opp saker til behandling. Utvalget konkluderer derfor med at § 12 tredje ledd ikke ser ut til å fylle et styringsbehov slik det var forutsatt.

Videre mener utvalget at tilsynet må ha en vid adgang til prioritering av ressurser i enkeltsaker. Det pekes på at klagebehandlingen har liten praktisk realitet og er unødig ressursbruk, særlig for tilsynet. Samtidig vil klageadgangen forlenge saksbehandlingstiden og være en ekstra byrde for foretaket som anklages for lovbrudd.

Utvalget ser imidlertid på side 38 i utredningen at det i noen tilfeller kan være ønskelig for pri-

<sup>3</sup> NOU 2003: 12 side 159-161 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 72.

vate parter at Konkurransetilsynet som ekspertorgan involveres i saker om mulige brudd på konkurranseloven. Konkurransetilsynet må imidlertid stå fritt til å vurdere om det skal bruke ressurser på saken. I motsatt fall vil det være naturlig at Konkurransetilsynet gir partene tilbakemelding om at saken ikke prioriteres av ressurs hensyn.

Utvalget konkluderer med at det ikke er behov for å videreføre gjeldende § 12 tredje ledd og foreslår å oppheve bestemmelsen.

### 3.2.3 Høringsinstansene

Syv høringsinstanser har uttalt seg om utvalgets forslag på dette punkt. En går imot forslaget.

*Konkurransetilsynet* støtter utvalget. Det er ikke behov for å utvide klageretten i forhold til forvaltningslovens system. Verken hensynet til tredjepersoner eller departementets behov for styring av tilsynets ressursbruk tilsier at den særlige klageadgangen videreføres. Bestemmelsen åpner også for strategisk bruk av loven overfor konkurrenter og avtaleparter og binder opp konkurransemyndighetenes ressurser, selv med et synkende antall saker.

*Arbeidsgiverforeningen Spekter, Forbrukerombudet og Forbrukerrådet* støtter utvalgets forslag. Forbrukerrådet uttaler at det er viktig at Konkurransetilsynet som faginstans får anledning til å behandle og prioritere saker basert på den kunnskapen tilsynet har om de ulike markedene og behovet for inngrep. Med henblikk på departementets styring foreslås i tillegg at det utvikles en rapporteringsordning, der tilsynet informerer om saker som legges bort uten vedtak om påbud om opphør. Videre foreslås at tilsynet skal gi en begrunnelse for at slike saker henlegges.

*Advokatforeningen* støtter utvalgets forslag. Det er ryddig at bestemmelsen fjernes, fordi den kan gi et uriktig bilde av hvilke virkemidler som reelt sett er tilgjengelige.

*Advokatfirmaet Haavind AS* er, av hensyn til tredjepersoner, uenig i utvalgets forslag. Aktører som opplever konkurransebegrensende virksomhet, ønsker at saken blir grundig vurdert av konkurransemyndighetene. Å bringe en sak inn for domstolene er som regel meget ressurskrevende. Terskelen kan derfor bli for høy dersom tredjeparter må ta rettslige skritt. Firmaet har heller ikke erfaring for at bestemmelsen brukes strategisk av konkurrenter.

*Domstolsadministrasjonen* etterlyser en vurdering av konsekvensene for domstolene ved opphevingen av klageadgangen til departementet. Det gis for øvrig tilslutning til utvalgets forslag om

ikke å innføre særskilte prosessuelle regler i disse sakene for domstolen, siden tvistelovens saksbehandlingsregler vil være tilstrekkelige.

### 3.2.4 Departementets vurderinger

Det er ulike grunner til at Konkurransetilsynet ikke finner det hensiktsmessig å prioritere fullstendig utredning og ferdigbehandling av en sak om mulig brudd på konkurranseloven. Det kan bero på at tilsynet, ut fra tilgjengelig informasjon, mener at en overtredelse er lite sannsynlig og at videre utredning vil være unødvendig ressursbruk. I andre saker kreves det utredning og bevisinnhenting i slikt omfang for å konstatere at forbudene er overtrådt, at det ikke vil være mulig eller hensiktsmessig å prioritere saken fremfor behandlingen av andre saker. Det er avgjørelsen om ikke å gå videre med saken blant annet i nevnte tilfeller, som i dag kan påklages etter gjeldende § 12 tredje ledd.

Departementet slutter seg til utvalgets forslag om å oppheve klageadgangen i § 12 tredje ledd. Erfaringer fra tidligere lov, usikkerheten med hensyn til virkningene av ny «forbudslov» og intensjonen om å gi Konkurransetilsynet mer uavhengighet, ga argumenter for klagerett i 2004 større vekt enn det kanskje var grunnlag for.

Konkurransetilsynet har stor frihet etter lovens forarbeider til å prioritere ressurser. Praxis ved klagesaksbehandling har dermed utviklet seg til prøving av begrunnelsen for å legge en sak til side. Tredjemenn fratas ved oppheving av klageadgangen, etter departementets oppfatning, ikke noen reell fordel.

I denne sammenheng viser departementet til at konkurranselovens materielle forbudsregler gjelder direkte, slik at de kan påberopes i tvister mellom private og for de alminnelige domstoler. Derfor har tredjepersoner som mener seg særlig berørte av en påstått konkurransebegrensende atferd, men uten at saken blir prioritert av Konkurransetilsynet, andre reelle muligheter for å ivareta sine interesser enn ved klage. Saker som hovedsakelig er en tvist mellom klager og innklagede, mener departementet best ivaretas av alminnelige konfliktløsningsordninger. Departementet antar at virkningene for domstolene vil bli små.

Videre mener departementet at informasjon om praktiske konkurransemessige problemstillinger i dag ivaretas på andre måter enn gjennom klagesaker etter § 12 tredje ledd, blant annet ved praksis og veiledning fra EU/EØS. Departementet har for øvrig gjennom etatsstyringen av Kon-

kurransetilsynet andre og tilstrekkelige virkemidler for styring av faglige prioriteringer. Dessuten gir konkurranseloven § 8 departementet adgang til å pålegge tilsynet å ta opp saker til behandling og Kongen i statsråd kan, i medhold av § 13, gi pålegg om opphør etter § 12 første ledd.

Departementets konklusjon er at det ovenstående, og særlig Konkurransetilsynets frihet til å prioritere saker tilsier at klageordningen oppheves. Departementet vil peke på at selv om klageretten blir opphevet, kan foretakene fortsatt kontakte Konkurransetilsynet som ekspertorgan i saker om mulige brudd på loven, eller tipse tilsynet om lovbrudd. Tilsynet må imidlertid stå fritt i vurderingen av om det er hensiktsmessig å bruke ressurser på saken. Den som er misfornøyd med at Konkurransetilsynet ikke tar opp en sak, bør imidlertid i tråd med god forvaltnings-skikk, få en forklaring fra Konkurransetilsynet, som enten viser at klagen ikke var relevant for tilsynet eller som viser hva som mangler for at Konkurransetilsynet skulle fatte interesse for saken.

For øvrig vil departementet vurdere å følge opp forslaget fra Forbrukerrådet om en særlig rapporteringsordning om saker som er avsluttet uten pålegg om opphør.

### 3.3 Hjemmel for Konkurransetilsynet til å vedta bindende avhjelpende tiltak

#### 3.3.1 EU/EØS og andre nordiske land

Hvis Europakommisjonen (Kommisjonen) eller EFTAs overvåkningsorgan (ESA) konstaterer at forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid eller misbruk av dominerende stilling er overtrådt, kan overvåkningsorganene etter rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 7 nr. 1, pålegge foretakene å bringe overtredelsen til opphør. Reglene tilsvarende konkurranse-loven § 12 første ledd som er beskrevet ovenfor i punkt 3.1. Artikkel 7 gir hjemmel til å pålegge enhver forpliktelse av atferdsregulerende eller strukturell karakter som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør. Det vil si at Kommisjonen/ESA både kan gi et såkalt negativt pålegg, om å slutte med en bestemt atferd eller tiltak, og/eller foreskrive positive tiltak for å stanse overtredelsen.

I slike saker kan Kommisjonen og ESA også legge saken bort mot at foretakene forplikter seg til å etterleve tiltak som de selv har tilbudt. Dette er regulert i rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9 nr. 1. Tiltakene som fremsettes må kunne avbøte de konkurranse-

messige bekymringene som overvåkningsorganet har gitt uttrykk for i sin foreløpige vurdering i saken. Partene kan på et hvert tidspunkt i saksbehandlingen foreslå slike tiltak.<sup>4</sup> I praksis vil imidlertid Kommisjonen/ESA kunne signalisere at saken vil kunne løses etter artikkel 9, og på den måten starte en dialog om hvordan konkurranseproblemene kan avhjelpest. Foretakene har ikke krav på at Kommisjonen/ESA aksepterer tilsagn, og et avslag på å akseptere tilsagn kan ikke bringes inn for EU-domstolen.

Når overvåkningsorganet har til hensikt å gjøre tilsagnene bindende, og slik avslutte saken, må tilbudet om avhjelpende tiltak høres/markedstestes hos interesserte tredjeparter, jf. rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 27 nr. 4.

Det er ingen forutsetning for å bruke ordningen i artikkel 9 at det føres bevis for en overtredelse av TEUV artikkel 101 eller 102.<sup>5</sup> Vedtak om bindende tilsagn skiller seg også fra vedtak etter rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 7 nr. 1, ved at tiltakene ikke må stanse en påvist overtredelse. Vilkåret etter artikkel 9 er kun at Kommisjonen må ha gitt uttrykk for konkurransemessige bekymringer, enten i en meddelelse om innsigelser (Statement of Objections) eller ved en foreløpig vurdering på annen måte. Både en meddelelse om innsigelser og en foreløpig vurdering til en part tilfredsstiller kravet til at det skal være åpnet en prosedyre<sup>6</sup> som kan ende med vedtak etter artikkel 7.

Det kreves ikke det samme for at et tiltak som pålegges parter gjennom Kommisjonens vedtak etter artikkel 9 skal anses som forholdsmessig som etter artikkel 7. Se premiss 38 i sak C-441/07 P Kommisjonen mot Alrosa. Dette innebærer at overvåkningsorganet i saker etter artikkel 9 ikke trenger å kvalifisere og konstatere overtredelsen. Det er bare nødvendig å undersøke de foreslåtte tiltakene og eventuelt akseptere dem på bakgrunn av de konkurransemessige problemstillingene som er identifisert. Vurderingen av forholdsmessigheten for disse vedtakene begrenser seg til å kontrollere at foretakene ikke har foreslått mindre

<sup>4</sup> Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU, avsnitt 104.

<sup>5</sup> Kommisjonens vedtak 22. februar 2006 i sak COMP/38381, ble først opphevet av Førsteinstansdomstolen i sak T-170/06 Alrosa mot Kommisjonen, Samlingen 2007 side II-2601, men senere opprettholdt ved EU-domstolens dom i sak C-441/07 P Kommisjonen mot Alrosa 29. juni 2010.

<sup>6</sup> Det fremgår eksplisitt av forordning 773/2004 artikkel 2 nr. 1 at prosedyren kan innledes samme dag som oversendelse av en foreløpig vurdering i henhold til artikkel 9 nr. 1.

tyngende tiltak enn det som gjøres bindende ved Kommisjonens vedtak. Dernest må det vurderes om tiltaket avhjelper de konkurransemessige problemene som Kommisjonen har påpekt overfor foretaket, det vil si om de er egnet og tilstrekkelige. Det skal tas hensyn til tredjepersoners interesser. Men bedømt ut fra saksforholdet i sak C-441/07 P Kommisjonen mot Alrosa premiss 42, er terskelen høy for at negativ innvirkning på tredjepersoners interesser skal føre til at vedtaket anses uforholdsmessig.

Det følger av fortalen til rådsforordning (EF) nr. 1/2003 avsnitt 13 (i den danske versjonen) at vedtak om tilsagn ikke er «på sin plass» hvis Kommisjonen «agter» å pålegge en bot. Det er uklart hvilke føringer uttalelsen legger på Kommisjonens vedtak når det gjelder bruk av avhjelpende tiltak i saker der bøter er aktuelt. Men den gir antakelig få begrensninger.<sup>7</sup>

Ifølge artikkel 263 nr. 1 i Traktat om Den europeiske unions virkeområde (TEUV) prøver EU-domstolen lovligheten av forskjellige typer «rettsakter».<sup>8</sup> Det fremgår i 7. utgave av «Competition Law»<sup>9</sup> at Kommisjonens vedtak ved anvendelsen av TEUV artikkel 101 og 102 er en slik rettsakt som ifølge bestemmelsen kan påankes. Ifølge TEUV artikkel 263 nr. 4 har enhver fysisk eller juridisk person som berøres «direkte og personlig» søksmålsrett. Det er to måneders søksmålsfrist fra saksøker fikk kjennskap til den nevnte rettsakten. Det fremgår videre av TEUV artikkel 263 nr. 2 at det kan påstås «manglende kompetanse, vesentlige saksbehandlingsfeil, brudd på traktatene eller på rettsregler som gjelder anvendelsen av dem eller av myndighetsmisbruk.»

Det vil si at både de som et vedtak om bindende avhjelpende tiltak er rettet mot og tilstrekkelig berørte tredjeparter, vil kunne reise søksmål mot vedtak om avhjelpende tiltak. Det frivillige aspektet ved tilsagn bør, ifølge Domstolen, ikke trekkes så langt som til at partene selv ikke bør ha søksmålsadgang.<sup>10</sup> Per mai 2011 er det tre avgjørelser fra Domstolen i anker over vedtak om bindende avhjelpende tiltak.<sup>11</sup> Saksøkerne var alle såkalte tredjepersoner.

<sup>7</sup> Se SNF Arbeidsnotat A13/11 fra professor Erling Hjemeng.

<sup>8</sup> Konsolidert utgave av traktaten til den europeiske unions virkeområde, publisert på Utenriksdepartementets hjemmesider.

<sup>9</sup> Richard Wish & David Bailey, *Competition Law*, Oxford, side 291 «Acts».

<sup>10</sup> Premiss 86 i sak T-170/06 Alrosa mot Kommisjonen, Samlingen 2007 side II-2601.

Både svensk og dansk konkurranselov inneholder bestemmelser om tilsagn, etter mønster fra rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 9. I svensk rett har Konkursverket hjemmel i konkurranselagen (SFS 2008:579 3 kapittel 4 § «Åtagande från företag») til å fatte beslutning om at det ikke er grunn til å gripe inn som følge av løfte om avhjelpende tiltak fra foretak. Av ordlyden fremgår at det kan treffes bindende vedtak om avhjelpende tiltak uten at det er nødvendig å fastslå at det foreligger en overtredelse. Det er nok at «frågan uppkommit». I samsvar med artikkel 9 i forordning (EF) nr. 1/2003, innebærer et vedtak om avhjelpende tiltak ikke at Konkursverket fastslår at det har foreligget eller fortsatt pågår en overtredelse. Et vedtak innebærer kun at Konkursverket ikke lenger mener det er grunnlag for å gripe inn mot atferden. Se Regeringens proposition 2007/08:135, s. 177-179. I praksis vil Konkursverket bare vedta avhjelpende tiltak når det er kommet tilstrekkelig langt i saksbehandlingen til at konkurranseproblemet er klart identifisert. Avhjelpende tiltak kan være tidsbegrenset, og vedtak om avhjelpende tiltak kan trekkes tilbake på gitte vilkår. I praksis skjer utformingen av avhjelpende tiltak i dialog mellom Konkursverket og partene.<sup>12</sup> Vedtak som gjør avhjelpende tiltak i atferdssaker bindende kan ikke påklages av partene i henhold til konkurranselagen (7 Kapittel 1 § annet ledd jf. første ledd). Klageadgang i konkurransesaker må imidlertid sees i sammenheng med svensk forvaltningsrett. Der som vedtaket anses å ha negative rettsvirkninger for partene, kan det ikke utelukkes at forvaltningsloven eller uskreven forvaltningsrett likevel gir klageadgang. Vedtak om å trekke tilbake vedtak om avhjelpende tiltak kan derimot ankes til Marknadsdomstolen (7 kapittel 1 § nr. 3).

Etter den danske konkurrenseloven (lovbekendtgørelse nr. 972 av 13. august 2010) § 16 a kan Konkurrencerådet gjøre tilsagn, som imøtekommer «betænkeligheder» i relasjon til forbudsbestemmelsene, bindende for foretak. Konkurrencerådet kan deretter utstede påbud som er nødvendige for å gjennomføre tilsagnene.<sup>13</sup> Konkurrencerådets vedtak om å gjøre avhjelpende tiltak bindende kan ikke påklages til Konkurrenceankenævnet, jf. § 19 første ledd. Begrunnelsen for

<sup>11</sup> C - 441/07 P Alrosa, T-45/08 Molina og Hynix/Rambus T-148/10 og T-149/10.

<sup>12</sup> Se Regeringens proposition 2003/04:80, side 100-103.

<sup>13</sup> Kirsten Levinsen: *Konkurrenseloven med kommentarer*, 3. utgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2009, side 1266 flg.

dette er at partene har forhandlet frem tiltakene i reelle forhandlinger med Konkurrencestyrelsen, og at de derfor ikke skal kunne fragå dem i ettertid.<sup>14</sup> Konkurrencerådets vedtak om å avslutte en sak på grunnlag av avhjelpende tiltak kan imidlertid prøves for domstolene, jf. Grundloven § 63. Det synes å være aktuelt for eksempel dersom påstanden er at konkurransemyndighetene har utøvd myndighetsmisbruk i saken.<sup>15</sup> Det er klagerett for vedtak om påbud for å sikre overholdelsen av avhjelpende tiltak jf. § 16 a nr. 2. Vedtak om avhjelpende tiltak kan på fastsatte vilkår dessuten trekkes tilbake, jf. § 16 a nr. 3. Tilbakekallingsvedtaket kan påklages.

### 3.3.2 Utvalgets forslag

Utvalget viser til at Konkurransetilsynet i to tilfeller har gjort uformelle avtaler med aktører om tiltak som reparerer konkurransebegrensninger, uten å gripe inn mot de aktuelle foretakene. Adgangen til å inngå slike avtaler følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler. Utvalget mener at løsningen er utilfredsstillende, blant annet fordi betydningen for senere saker er usikker, brudd på foretakenes tilbud om tiltak ikke kan sanksjoneres særskilt, og fordi uformelle løsninger kan åpne for forskjellsbehandling og etterlate tvil om rettsvirkninger.

Utvalget foreslår derfor i § 12 nytt tredje til fjerde ledd i konkurranseloven bestemmelser om avhjelpende tiltak i atferdssaker, så langt som mulig tilsvarende forordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 9/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9. Forslaget i nytt tredje ledd innebærer at tilsynets behandling i saker om atferd som kan være i strid med § 10 eller § 11 samt forskrift gitt med hjemmel i § 14, skal kunne avsluttes med et vedtak om avhjelpende tiltak som er tilbudt av partene. Vedtaket gjør tiltakene bindende for foretakene. Det skal fremgå av vedtaket at Konkurransetilsynet ikke vil gripe inn i saken. Det er ikke nødvendig at det er ført bevis for at det foreligger en overtredelse. I vedtaket må Konkurransetilsynet heller ikke ta stilling til om det har vært, eller fremdeles pågår, en overtredelse av atferdsreglene.

Konkurransetilsynets kompetanse til å fatte vedtak om bindende avhjelpende tiltak etter for-

slaget til § 12 nytt tredje ledd er avhengig av at partene etter eget valg kommer med tilbud om tiltak. Utvalget understreker imidlertid behovet for utvidet dialog med tilsynet.

Utvalget foreslår i nytt fjerde ledd at det gis særskilte regler om gjenåpning av saken, i likhet med rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9 nr. 2. Saken kan etter EU/EØS-bestemmelsene gjenåpnes dersom de faktiske forholdene endrer seg vesentlig, foretakene opptrer i strid med vedtaket om bindende tiltak, eller dersom vedtaket er bygget på ufullstendige, feilaktige eller villedende opplysninger. Utvalget kaller ordningen omgjøring. Det er forutsatt at omgjøringsadgangen er videre enn forvaltningsloven § 35, og at begrensningene i denne bestemmelsen ikke gjelder for denne typen vedtak. Resultatet av omgjøring blir at tilsynet kan fortsette utredningen av saken.

Det er etter utvalgets oppfatning vanskelig å utelukke bestemte typer overtredelser fra muligheten til å bruke den foreslåtte hjemmelen til å avslutte saken. Siden det er innført en generell hjemmel for overtredelsesgebyr, vil det ikke kunne utelukkes at gebyr og avhjelpende tiltak kan bli sett i sammenheng. Utvalget mener imidlertid at tilsagn om avhjelpende tiltak normalt ikke vil være aktuelt i kartellsaker. Det vises i denne sammenheng til at det i fortalen punkt 13 til rådsforordning (EF) nr. 1/2003 fremgår at vedtak om avhjelpende tiltak ikke er velegnet der overvåkningsorganene akter å ilegge bot.<sup>16</sup> I praksis synes likevel ikke denne begrensningen å ha utelukket slike vedtak, også ved saker om overtredelser som typisk ville blitt bøtelagt. Men utvalget legger til grunn at vedtak om tiltak ikke skal kunne kombineres med vedtak om overtredelsesgebyr (det vil si at det ilegges et redusert gebyr mot tiltak fra foretaket). Utvalget antar imidlertid at det er relevant for utmålingen, hvis foretakene har avsluttet overtredelsen med umiddelbar virkning. Som andre vedtak i henhold til § 12, vil brudd på et vilkår om avhjelpende tiltak ved utvalgets forslag også kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr etter § 29, og det vil kunne ilegges et tvangsgebyr etter § 28.

Som i EU/EØS, Sverige og Danmark har foretak som vedtaket er rettet mot og tredjepersoner med rettslig interesse søksmålsrett for vedtak om bindende tiltak. Det kreves altså ikke full utredning av overtredelsessaken, i motsetning til ved

<sup>14</sup> Se NOU 2012: 7, side 36 med sitat fra Lovforslag L 63, Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven.

<sup>15</sup> Se i denne forbindelse «Notat om klageadgang i relation til tilsagnsaftaler» på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside <http://www.kfst.dk/index.php?id=27876>

<sup>16</sup> Rådsforordning (EF) 1/2003, fortalen punkt 13: «Commitment decisions are not appropriate in cases where the Commission intends to impose a fine.»

vedtak etter § 12 første ledd. Som i EU/EØS vil imidlertid domstolene fortsatt kunne avsi dom for at atferden både før og etter tiltaket innebærer en overtredelse.

Utvalget har ikke funnet grunn til å begrense klagemulighetene på samme måte som i dansk og svensk rett, som omtalt ovenfor i kapittel 3.3.1. Derfor skal Konkurransetilsynets vedtak om bindende tiltak etter forslaget til § 12 nytt femte ledd fra utvalget også kunne påklages til departementet. Utvalget omtaler klagebehandlingen som en «lovlighetskontroll». I utvalgets forslag til lovtekst heter det at departementet bare kan prøve «om tiltakene foreslått av de involverte foretakene er tilstrekkelige».

Utvalget har i sin vurdering av en eventuell adgang til forvaltningsklage sitert fra forarbeidene til den danske bestemmelsen om avhjelpende tiltak, der det verken er gitt klagemulighet for foretak som vedtaket retter seg mot eller for tredjepersoner.<sup>17</sup> Det fremgår av sitatet at begrunnelsen for manglende klagerett for parter etter den danske loven, er at de selv har medvirket til avgjørelsen. Tredjepersoner antas sjelden å ha rettslig interesse i en klage, siden vedtaket er rettet fremover. Tilsvarende avskjæring av klage fra tredjepersoner gjelder i Danmark ved fusjonsvedtak.

Både partene, i den utstrekning de måtte angre, og tredjepersoner som berøres tilstrekkelig direkte skal, etter utvalgets forslag, kunne påklage vedtaket etter vanlige regler.

Utvalget har lagt til grunn at spørsmålet om de aktuelle foretakene og eventuelle tredjeparter har rettslig klageinteresse i forhold til tiltakene som gjøres bindende for foretakene, må løses på bakgrunn av de generelle reglene om dette i forvaltningsloven. Der en tredjeperson mener at tiltakene ikke går langt nok for å bringe en overtredelse til opphør, legger utvalget til grunn at saken kan bringes inn for de alminnelige domstoler med påstand om at det fortsatt pågår en overtredelse.

Utvalget utdyper forslaget ved å påpeke at vurderingstemaet for departementet i klagesaken vil knytte seg til om de foreslåtte tilsagnene fra foretaket er tilstrekkelige til å avhjelpe de konkurransemessige problemene som Konkurransetilsynet påviste på vedtakstidspunktet. Et sentralt element i en effektiv tilsagnsordning er nettopp at tilsynets vurdering av de konkurransemessige problemene som saken reiser ikke er endelig på vedtakstids-

punktet. For å ivareta hensynet til en effektiv tilsagnsordning, er det etter utvalgets syn viktig at dette foreløpige aspektet «speiles» ved utformingen av departementets kompetanse i klagebehandlingen. Siden tilsagnene er foreslått av partene selv, mener utvalget det er naturlig å begrense klageadgangen til en «lovlighetskontroll.»

Utvalget peker videre på både argumenter for ordningen og potensielt negative sider ved bruk av ordningen som foreslås, men mener det er flest positive argumenter, både for foretakene og Konkurransetilsynet.

Det har vært avgjørende for utvalgets forslag at tilbud om tiltak ikke forutsetter at det føres bevis for at det foreligger en overtredelse, og dermed representerer en mulighet for effektivisering av saksbehandlingen. Bestemmelsen om adgangen for Konkurransetilsynet til å gjøre tilsagn om avhjelpende tiltak bindende for foretakene fremstår for utvalget mer som en måte å avslutte en sak på et tidlig tidspunkt enn en mulighet til å forhandle bort en forestående sanksjon. Utvalget understreker imidlertid at kompetansens egenart uansett gjør at ordningen får et visst forhandlingspreg. Det er vist til at ordningen innebærer en mulighet for både foretaket og tilsynet til å avslutte saker raskt. Avhjelpende tiltak er fleksible med hensyn til de identifiserte konkurranseproblemer og vel tilpasset det enkelte foretak, uten de begrensningene i den alminnelige opphørshjemmelen i § 12 første ledd som er beskrevet under kapittel 3.1 ovenfor. Ordningen vil etter utvalgets oppfatning langt på vei gi foretakene trygghet for at tilsynet ikke vil gripe inn, samtidig som tilsynet får iverksatt mer spesifikke tiltak for å ivareta konkurransen i markedet. At saken formelt avsluttes med et vedtak uten at det tas stilling til overtredelse, vil også kunne oppfattes som positivt for foretakene.

Utvalget viser for øvrig til sitt forslag under reglene om foretakssammenslutninger, jf. utredningen punkt 8.5.3.2 om å rendyrke foretakenes ansvar for å tilby avhjelpende tiltak. Utvalget viser til at en tilsvarende hjemmel under atferdsreglene vil sikre sammenhengen i lovens bestemmelser på dette punktet.

Uten at det synes å ha vært avgjørende for utvalgets forslag, legger utvalget til grunn at Norge er folkerettslig forpliktet til å gjennomføre en bestemmelse som oppfyller kravene i rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 5 nr. 1, for så vidt gjelder håndhevingen av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Denne bestemmelsen lyder: «EFTA-statenes konkurransemyn-

<sup>17</sup> Lovforslag L 63, Forslag til lov om ændring af konkurrence-loven, Samling 2004-05 (1. samling), merknader til § 19 stk. 1.



digheter skal ha myndighet til å anvende EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i enkeltsaker. For dette formål kan de av eget tiltak eller på grunnlag av en klage gjøre følgende vedtak: [...] godta tilbud om forpliktende tilsagn.»

Utvalget viser til at en hjemmel for Konkurransetilsynet til å vedta bindende avhjelpende tiltak må anvendes med forsiktighet. Det kan reises spørsmål ved en løsning der foretak som risikerer sanksjoner, forhandler med Konkurransetilsynet om å gjøre innrømmelser. Dels kan dette føre til at foretakene strekker seg lengre enn det rettslig sett er grunnlag for, dels kan det ses på som uheldig at det å forplikte seg til å opptre på bestemte måter «belønnes» med fritak for sanksjoner. Denne muligheten mener imidlertid utvalget eksisterer allerede i dag, selv om utvalget legger til grunn at en spesifikk hjemmel vil gjøre muligheten mer aktuell. Videre legger utvalget til grunn at en utstrakt bruk av bindende tiltak vil kunne påvirke den preventive effekten av sanksjonsregimet i negativ retning, i den forstand at det kan oppfattes som mindre risikabelt å overtre konkurransereglene.

Det er også pekt på at det i USA er reist til dels sterke innvendinger mot den liknende ordningen med «consent decrees». Melamed kommenterer i *The New Regulation*, 10 *Antitrust* 13 (1995-96), på side 13-14 til den økende bruken av «consent decrees» at de gjør det mulig for «government officials to address issues that are politically or economically important but legally ambiguous.» Han fortsetter «Indeed, some consent decree remedies appear to go beyond what the government could realistically anticipate as a remedy in a contested case.» Tilsvarende kritikk er reist av Georgiev mot regimet i rådsforordning (EF) nr. 1/2003.<sup>18</sup> Utvalget har også vurdert virkninger av forslaget om bindende tiltak for den private håndhevingen av konkurranseloven, men mener at hensynet til en effektiv offentlig håndheving av loven må tillegges større vekt enn mulighetene for privat håndheving.

Utvalget peker også på at det vil kunne oppstå spørsmål om omfanget av utredningsplikten og hensynet til forsvarlig saksopplysning i Konkurransetilsynets saksbehandling, jf. forvaltningsloven § 17. Utvalget viser til forarbeidene til den svenske bestemmelsen som redegjort for ovenfor. Utvalget mener at forvaltningsloven § 17 er fleksibel og må tilpasses det enkelte rettsområdet.

Saksutredningen må derfor kunne gjennomføres ut fra en avveining av hensynet til en mest mulig korrekt avgjørelse, hensynet til effektiv saksbehandling, forvaltningens ressurser og partenes interesse i en rask avklaring. Utvalget mener at i konkurranseretten vil særlig hensynet til en fleksibel og effektiv avslutning av saken være sentralt, likevel slik at dette må avveies mot hensynet til partenes rettssikkerhet. Kravet til saksutredning og begrunnelse må også ses i lys av at det vil være partene selv som velger å foreslå tiltak, på bakgrunn av tilsynets foreløpige redegjørelse for konkurransemessige problemer. Utvalget mener derfor at så lenge tilsynets vedtak beskriver hva problemstillingene består i, og hvorfor disse avhjelpest som følge av partenes tilsagn, er dette tilstrekkelig i forhold til forvaltningslovens krav, uten at det må tas stilling til om og på hvilken måte loven eventuelt er overtrådt.

Utvalget har også vurdert om det bør legges inn en kontrollmekanisme i hjemmelen, for eksempel slik at vedtaket om bindende avhjelpende tiltak må stadfestes av departementet. I amerikansk rett stadfestes for eksempel «consent decrees» av en domstol. Utvalget vil likevel ikke anbefale en slik løsning, som reelt sett ville representere en automatisk prøving av Konkurransetilsynets faglige vurdering. Med hensyn til proporsjonalitet, ser utvalget heller ikke behov for en slik stadfestelse, idet tilsagnene vil være foreslått av partene selv. I den utstrekning partene måtte angre, vil de kunne påklage vedtaket etter vanlige regler, selv om dette er et lite sannsynlig scenario. En slik mulighet har også tredjepersoner som berøres tilstrekkelig direkte til å ha rettslig klageinteresse.

### 3.3.3 Høringsinstansene

De ti høringsinstansene som har uttalt seg om forslaget uttrykker gjennomgående støtte til forslaget om å gi Konkurransetilsynet adgang til å vedta bindende avhjelpende tiltak. Samtidig peker alle på uklarheter ved forslaget og behov for endringer på enkelte punkter.

*Konkurransetilsynet* støtter utvalgets forslag. Foruten å bidra til effektivitet og fleksibilitet i saksbehandlingen, vil ordningen ha klare fordeler sammenlignet med uformelle løsninger fordi den utløser rettsvirkninger og kan sanksjoneres særskilt. Bestemmelsen vil dessuten sikre god sammenheng i regelverket, jf. regler om avhjelpende tiltak ved foretakssammenslutninger. Det er også en fordel med en ytterligere harmonisering med EU/EØS-retten. Tilsynet mener at utfordringene

<sup>18</sup> *Contagious Efficiency: The growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law*, [2007] *Utah L. Rev.* 971, 1028.

som utvalget peker på ved innføring av en bestemmelse som foreslått, må ivaretas gjennom praksis. Tilsynet er enig i at kompetansen må brukes med forsiktighet. Praksis må ikke etterlate et inntrykk av at det ikke er alvorlig å overtre konkurranselovens atferdsbestemmelser. Tilsynet er enig i at kartellsaker normalt ikke vil være egnet for denne typen løsning. Men det er vanskelig å utelukke at tilsagn kan være aktuelt i saker der overtredelse også kunne vært sanksjonert med overtredelsesgebyr. Det er ikke aktuelt å kombinere gebyr med tilsagn i samme sak.

For øvrig mener tilsynet at utvalgets forslag tilfredsstillende kravene i forvaltningsloven § 17. Det vil være frivillig for partene å fremsette tiltak, og tilsynets vedtak vil beskrive hva de konkurransemessige problemstillingene består i, samt hvorfor de avbøtes som følge av partenes tilsagn om avhjelpende tiltak. Tilsynet er også enig i at vedtaket bør kunne påklages etter vanlige forvaltningsrettslige regler. Videre bør departementets kompetanse i klagesakene, av hensyn til sammenheng i regelverket og en effektiv ordning, begrenses på tilsvarende måte som etter fusjonskontrollen. Tilsynet slutter seg til utformingen av forslaget i § 12 tredje til femte ledd.

*Advokatforeningen* støtter utvalgets forslag, som foreningen mener åpner for mer fleksible løsninger som kan legge til rette for mer konkurranse og en mer effektiv og rask løsning for de involverte parter enn et forbudsvedtak. Det pekes imidlertid på at partene kan føle seg presset til å avgi tilsagn, selv om det ikke foreligger reelle grunner for dette, eller til å tilby mer tyngende tiltak enn det er behov for. Det er viktig at tilsynet er dette bevisst. Forvaltningsloven § 17 bør gjelde fullt ut, slik at tilsynet skal utrede om det foreligger problemstillinger av den art konkurranseloven er ment å adressere, om det er nødvendig med tilsagn av den art det er snakk om for å avhjelpe disse, og om tilsagnene er egnet til å avhjelpe de konkurransemessige problemene. Foreningen mener at tilsynet, i motsetning til det som er tilfellet i EU, har et selvstendig ansvar for å vurdere om tilsagnene er nødvendige, det vil si om det er andre, mindre inngripende tiltak som kunne være aktuelle for å avbøte påviste konkurransemessige problemer. Dette er etter Advokatforeningens oppfatning også en del av det «alminnelige norske forholdsmessighetsprinsippet». Foreningen legger for øvrig til grunn at tilsynet bør foreta markedstesting av foreslåtte tiltak.

*Arbeidsgiverforeningen Spekter og Finans Norge* mener at forslaget vil åpne for raskere og smidigere ordninger.

*NHO* er enig i at det bør innføres en bestemmelse etter mønster av rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 9 og tiltrer utvalgets begrunnelse. Bestemmelsen kan åpne for raskere og kanskje smidigere løsninger for foretakene enn dagens ordning. Det er viktig at en slik regel ikke brukes til å presse frem tiltak fra partene hvor det ikke er grunnlag for inngrep.

*Arntzen de Besche Advokatfirma AS* er i utgangspunktet positive til forslaget. Det bør imidlertid stilles krav til tilsynet for å unngå at foretakene føler seg presset til å påta seg forpliktelser som går lenger enn nødvendig. For å unngå dette, bør tilsynet klart identifisere hva som kan være konkurransebegrensende og forbudt og veilede partene tett ved utformingen av tiltakene. Arntzen de Besche mener at utvalgets forslag er uklart på en rekke punkter. Det må ligge et strengere krav til vurdering av om det foreligger en overtredelse i uttrykket «har til hensikt å påby opphør» enn for eksempel «rimelig grunn til å anta at det foreligger en overtredelse». Det bør også være helt klart at vilkårene i nytt tredje ledd § 12 er kumulative. Videre bør det være klart at tilsynet har plikt til å foreta en rettslig vurdering av forbudsbestemmelsene, selv om partene tilbyr tiltak. Videre er uttrykket «foreløpig orientering om saken» i § 12 nytt tredje ledd vagt, og det bør presiseres hva orienteringen skal inneholde. Rettsikkerhetshensyn tilsier at Konkurransetilsynet er forpliktet til å foreta en «foreløpig vurdering». Det må også foretas en avklaring i forhold til begrepet «foreløpig vurdering» i § 12 nytt femte ledd. Det bør også presiseres at nytt tredje ledd i § 12 ikke er ment å gi unntak fra det alminnelige forvaltningsrettslige kravet til forholdsmessighet.

Arntzen de Besche peker videre på at selv om forslaget bygger på tilsvarende bestemmelser i EU, er det ikke lagt opp til markedstesting av tiltak slik kravet er i rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 27 nr. 4. Hensynet til sakens opplysning og «unntaket fra den alminnelige forvaltningsprosessen ved enkeltvedtak» tilsier at tiltakene bør sendes på høring før de vedtas.

Videre er det foreslått at tilsynet skal kunne omgjøre alle vedtak etter tredje ledd etter eget skjønn, jf. § 12 fjerde ledd «kan» omgjøres etter eget tiltak eller etter anmodning fra de involverte foretakene i situasjoner som opplistet i bokstavene a – c. I forhold til forslaget i § 12 fjerde ledd bokstav a (faktiske forhold som var vesentlige for vedtaket endrer seg), vil «kan» skjønnen kunne sette foretakene i en vanskelig situasjon. Det bør vurderes om bestemmelsen bør endres slik at tilsynet etter anmodning fra parten har plikt til å

omgjøre vedtaket om vilkårene i bokstav a er oppfylt.

*Advokatfirmaet Haavind AS* er enig i at det bør innføres en bestemmelse om tilsagn etter modell av EU-reglene. Forslaget innebærer at Konkurransetilsynet først må gi en foreløpig orientering til de involverte foretakene om saken. I denne sammenheng understrekes at det er viktig at Konkurransetilsynet har en åpen og god dialog med foretakene.

*Forbrukerombudet og Forbrukerrådet* slutter seg til utvalgets forslag. Det vil bidra til effektivisering av saksprosess og mer målrettede tiltak enn det tilsynet ensidig kan pålegge. Forslaget om at klagebehandling begrenses til en lovlighetskontroll støttes også. Forbrukerombudet støtter, av preventive hensyn, bruk av tvangsmulkt og gebyr for brudd på tilsagnsvedtaket. Siden partene selv har foreslått tiltak er ombudet enig i at klagebehandling begrenses til en lovlighetskontroll. Forbrukerrådet er svært opptatt av at Konkurransetilsynet gis effektive verktøy for håndheving av konkurranseloven. Rådet mener at utredningen har en god og nyansert drøftelse av fordeler og ulemper ved tilsagnskompetanse. Det fremheves som viktig at vedtaket kontrolleres med henblikk på om tiltakene virkelig avhjelper de konkurransemessige problemene som er avdekket.

*Regjeringsadvokaten* peker på behov for en del avklaringer. Regjeringsadvokaten ser blant annet en viss uklarhet i utvalgets uttalelser på side 36 om at departementet skal foreta en «lovlighetskontroll». Regjeringsadvokaten tolker uttalelsene slik at prøvingsintensiteten skal være begrenset med hensyn til tilsynets faglige vurderinger. Det kan ikke utelukkes at tilsagnsvedtaket bringes inn for domstolene for gyldighetskontroll. Regjeringsadvokaten mener det er gode grunner for at domstolenes prøvingsrett bør være begrenset i slike saksanlegg. Det bør være styrende at partene selv har foreslått tiltakene. Det fremheves særlig at hovedformålet med ordningen, om effektivisering av håndhevingen, tilsier en lav prøvingsintensitet. Fordi tilsagnsvedtak ofte vil fattes før de faktiske forhold som er identifisert som problematiske er fullt ut avklart, antas at prøving må skje på basis av faktum slik det forelå for tilsynet på vedtakstidspunktet. Departementet bør vurdere å kommentere prøvingskompetansen for domstolen. Etter Regjeringsadvokatens syn vil den begrensede domstolsprøvingen komme klarere frem i loven ved en henvisning til at Konkurransetilsynet kan fatte tilsagnsvedtak når «det finner at tiltakene er tilstrekkelige».

Regjeringsadvokaten registrerer, uten å ta stilling til, at utvalget mener det ligger en folkerettslig forpliktelse til å innføre en bestemmelse om tilsagnsvedtak for håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 5 nr. 1. Det pekes på at dette ikke er utdypet, men at utvalget uansett viser til hensynet til harmonisering, og at det bør tilstrebes å utnytte handlingsrommet som foreligger for «å komme nær den foretrukne internrettslige rettstilstand».

### 3.3.4 Departementets vurderinger

#### 3.3.4.1 Innledning

Konkurransetilsynet kan gripe inn mot lovbrudd ved å pålegge foretakene å stanse den ulovlige atferden, jf. § 12 første ledd og/eller fastsette overtredelsesgebyr, jf. § 29. Departementet er enig i utvalgets forslag om at en ordning med vedtak om avhjelpende tiltak bør innføres som et nytt virkemiddel i håndhevingen av konkurranseloven.

Slike vedtak vil komme i stand etter at partene frivillig har fremsatt forslag om atferdsmessige eller strukturelle tiltak som skal avhjelpe de antatt konkurransemessige problemene ved deres atferd. Poenget med ordningen, slik departementet ser det, er først og fremst å effektivisere håndhevingen av konkurranselovens forbudsbestemmelser og ivareta fremtidig konkurranse. Både foretakene og Konkurransetilsynet vil spare ressurser gjennom en betydelig forenkling og nedkorting av saksbehandlingen. Dessuten vil Konkurransetilsynet kunne sanksjonere manglende etterlevelse av vedtaket. For foretaket ligger det en gevinst i å avslutte saken med et tiltak som uansett er kommersielt forsvarlig. Det vil være hensiktsmessig for partene å akseptere et vedtak de selv har foreslått som ikke samtidig fastslår at atferden har vært ulovlig. Samtidig er det i vedtaket gitt sikkerhet for at tilsynet ikke vil gå videre med saken etter § 12 første ledd eller § 29, så lenge vedtaket etterleves og ingen av vilkårene i nytt fjerde ledd for gjenåpning av saken foreligger.

Spillerrommet for utforming av tiltak vil være videre enn etter § 12 første ledd. Partene som kjenner markedet best, kan normalt best forutse de økonomiske konsekvensene av tiltakene. De er derfor nærmest til å fremsette forslag om avhjelpende tiltak.

Forslaget til ny bestemmelse innebærer at Konkurransetilsynet ikke vil ha hjemmel til å fatte vedtak om avhjelpende tiltak der foretakene ikke selv foreslår slike tiltak. I motsetning til muligheten for en avtale om tiltak under dagens

bestemmelse i § 12 første ledd, vil Konkurransetilsynets vedtak om avhjelpende tiltak kunne gi presedensvirkninger for senere saker, sikre likebehandling og avklare rettsvirkninger, se omtalen av gjeldende rett foran i punkt 3.1. Dessuten vil tilsynet kunne sanksjonere manglende etterlevelse av vedtaket.

Departementet mener for øvrig at tendensen til stadig større harmonisering av nasjonalt regelverk i EU/EØS er et selvstendig argument for å følge opp utvalgets forslag. Dette fremheves også av Konkurransetilsynet i høringen. Men departementet støtter ikke utvalgets oppfatning om at det kan utledes en EØS-rettslig plikt til å gjennomføre artikkel 9 av rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 5. Harmoniseringsargumentet innebærer ikke at innholdet i den norske ordningen må være helt likt artikkel 9.

Det er også sider ved ordningen som etter departementets oppfatning ikke svekker ovenstående argumenter for å innføre den foreslåtte ordningen, men som tilsier at den praktiseres med forsiktighet.

For eksempel vil et forslag om avhjelpende tiltak før Konkurransetilsynet har ferdigbehandlet saken, kunne føre til at foretakene tilbyr avhjelpende tiltak som ikke er nødvendige eller går lenger enn det konkurransebegrensningen tilsier. Dette kan tenkes dersom konkurransebegrensningen overvurderes, eller dersom foretakets forslag til tiltak søker å ivareta kommersielle eller strategiske hensyn, utover hensynet til å fremme konkurransen. Videre kan det være en fare at forbudene utvides ved at vedtak om avhjelpende tiltak brukes i tilfeller der rettstilstanden er uklar, eller ved at det vedtas avhjelpende tiltak som ligger nærmere regulering enn håndheving av spesifikke forbud.

Departementet ser for øvrig at ordningen som nå foreslås innført, vil ha likhetstrekk med avtaler og forliksordninger på andre rettsområder. Likevel mener departementet at vedtakene er å anse som utøvelse av forvaltningsmyndighet. Dette gir føringer for saksbehandlingen og myndighetenes vedtakskompetanse.

Departementets forslag innebærer derfor at Konkurransetilsynet må foreta en selvstendig prøving av de foreslåtte tiltakene ved å vurdere om de er nødvendige, og at det er adgang til å påklage vedtakene etter forvaltningslovens regler, både for dem vedtakene retter seg mot og tredjeparter med rettslig interesse.

### 3.3.4.2 Konkurransetilsynets adgang til å fatte vedtak om bindende avhjelpende tiltak

Bestemmelsene som departementet foreslår i nytt tredje ledd i § 12, innebærer på samme måte som utvalgets forslag at Konkurransetilsynet kan fatte vedtak om bindende avhjelpende tiltak, i saker hvor det er spørsmål om overtredelse av § 10, § 11 eller forskrift etter § 14. I motsetning til vedtak etter § 12 første ledd eller § 29, kreves det ikke full utredning og bevisførsel for overtredelsen når tilsynet fatter vedtak. Vedtaket kan fattes etter at Konkurransetilsynet har gitt en foreløpig vurdering av de konkurransemessige virkningene av foretakets atferd. Dette fremgår av departementets forslag til nytt tredje ledd annet punktum. Ifølge fjerde punktum må det fremgå av Konkurransetilsynets begrunnelse at tiltaket som gjøres bindende, er egnet og nødvendig. Dette ivaretar etter departementets vurdering innsigelser i høringen, jf. ovenfor i punkt 3.3.3.

Foretak som får sin atferd gransket av tilsynet, kan altså i saker om mulige overtredelser av § 10 eller § 11 velge å foreslå avhjelpende tiltak, og slik medvirke til at saken avsluttes med et vedtak som begrenser foretakets egen handlefrihet, uten at det er ført bevis for at foretaket har overtrådt loven. I vedtaket skal Konkurransetilsynet ikke ta stilling til om det har vært, eller fremdeles pågår, en overtredelse av atferdsreglene. Det skal imidlertid fremgå av vedtaket at Konkurransetilsynet ikke vil gå videre med saken etter § 12 første ledd eller § 29, jf. forslaget til nytt tredje ledd femte punktum. Dette må ses som en beslutning fra Konkurransetilsynet om ikke å prioritere videre utredning av saken. Vedtaket er ikke et uttrykk for at tilsynet mener det ikke lenger kan foreligge en overtredelse. Dette er i samsvar med lovutvalgets forslag og ordningen etter rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9.

På bakgrunn av den generelle bestemmelsen om varigheten av enkeltvedtak i gjeldende konkurranselov § 6, er det for øvrig ansett som overflødig å foreslå særskilte regler om tidsbegrensning av vedtak om bindende tiltak. Konkurranseloven § 6 innebærer at et enkeltvedtak normalt ikke skal gjelde mer enn fem år og aldri i mer enn 10 år. Virkningstiden bør imidlertid fremgå av vedtaket. Bestemmelsen er nærmere omtalt i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 222-223.

At kompetansen etter § 12 tredje ledd gjelder saker etter § 10 og § 11 og forskrifter etter § 14, innebærer at prosedyren i utgangspunktet kan tenkes benyttet ved spørsmål om alle typer over-

tredder av disse bestemmelsene. Departementet vil, som utvalget, ikke utelukke bestemte typer overtredelser fra kompetansen til å fatte vedtak. Vedtak om bindende avhjelpende tiltak vil imidlertid, som hovedregel, ikke være aktuelt i alvorlige overtredelsessaker. De mest alvorlige lovbruddene bør sanksjoneres på en streng måte, og avhjelpest normalt bare ved at de avsluttes.

Departementet vil påpeke at selv om det etter forslaget ikke er et krav om full utredning av om det foreligger en overtredelse, må det likevel legges til grunn at det alminnelige kravet til forsvarlighet i saksbehandlingen vil gjelde. Departementet vil ikke sette noen formelle krav til Konkurransetilsynets utredning vedrørende de konkurransemessige problemene tilsynet finner at foretakenes atferd kan skape. Konkurransetilsynet må selv bedømme når det er forsvarlig å drøfte og vedta avhjelpende tiltak.

I EU/EØS-retten er overvåkningsorganenes «preliminary assessment»<sup>19</sup> et prosessuelt skritt for å åpne en sak om avhjelpende tiltak. Alternativt kan saken være kommet så langt at det er sendt en meddelelse om innsigelser. I departementets forslag vil kravet til vurderingen som skal danne grunnlaget for tilbud om avhjelpende tiltak på vanlig måte være knyttet til prinsippet om forsvarlighet, som er kommet til uttrykk ved utredningsplikten i forvaltningsloven § 17 og varslingsplikten i forvaltningsloven § 16. Som utgangspunkt er departementet enig med utvalget i at forvaltningsloven § 17 er fleksibel. Kravene til saksutredning og begrunnelse må ses i lys av at det vil være partene selv som velger å foreslå tiltak. Varslingsplikten må anses ivaretatt ved at partene vil være i dialog med Konkurransetilsynet og i stor grad medvirker i utformingen av vedtaket. Tilsynet må likevel på et relativt tidlig tidspunkt i saken kunne informere om hva problemstillingene består i, og det må være styrende for tilsynet at det skal fattes materielt riktige avgjørelser og tas hensyn til foretakenes rettssikkerhet. Det må få konsekvenser for hvor langt saksutredningen må være kommet før fremsatte forslag om avhjelpende tiltak kan aksepteres. Konkurransetilsynet må vurdere dette konkret.

Departementet mener videre at det må kreves av tilsynets foreløpige vurdering at konkurranseproblemer klart identifiseres og begrunnes. Konkurransetilsynet må foreta en rettslig vurdering av atferden i forhold til forbudsbestemmelsene selv om partene tilbyr tiltak.

Hensynet til partenes rettssikkerhet og riktige avgjørelser bør også få konsekvenser for hvilke saker som Konkurransetilsynet velger å løse gjennom vedtak om bindende avhjelpende tiltak. Konkurransetilsynet kan ikke bruke bestemmelsen i § 12 tredje ledd til å utvide nedslagsfeltet for § 10, § 11 eller forskrift etter § 14, og ordningen bør heller ikke benyttes til å ivareta regulatoriske eller konkurransepolitiske mål som ligger utenfor forbudene.

Slik det fremstilles i Kommisjonens kunngjøring om tiltak i fusjonssaker, er det forutsatt at «konkurrenceproblemet er let identifiserbart og let kan løses» for at avhjelpende tiltak i fase I skal være aktuelt.<sup>20</sup> Departementet mener det er naturlig å legge dette til grunn også for bruk av avhjelpende tiltak i § 12.

Departementet følger også ønsket fra flere av høringsinstansene, om at Konkurransetilsynet skal foreta en selvstendig vurdering av om de foreslåtte tiltakene går lenger enn nødvendig, selv om tiltakene er frivillig foreslått fra foretaket. Vurderingen må fremgå av tilsynets vedtak om bindende avhjelpende tiltak. Det kan tenkes at vedtaket blir urimelig tyngende for tredjemenn. Dette vil for eksempel kunne gjelde samarbeidsforhold, der avtalen endres på en måte som er optimal for forslagsstilleren, men negativ for andre. Tilsynet må være bevisst på tilbyderens kommersielle motivasjon, ved vurderingen av om en sak bør løses på denne måten. Tilsynet har en skjønnsmargin ved disse vurderingene av tiltakene.

Som grunnlag for vurderingen kan også andre aktørers oppfatning om tiltakene inngå. Konkurransetilsynet har en praksis for å høre relevante aktører der det er hensiktsmessig. Departementet antar at dette vil bli fulgt opp også i saker etter de nye bestemmelsene i § 12, uten noen lovpålagt plikt om såkalt markedstesting, slik enkelte høringsinstanser ønsker.

Det kan etter departementets oppfatning ikke utelukkes at det er et behov for å kontrollere at vedtak etter § 12 tredje ledd om bindende avhjelpende tiltak etterleves, og departementet mener derfor at det bør være adgang for partene til å tilby bistand fra en forvalter som en del av tilbud om avhjelpende tiltak. En slik mulighet foreligger etter konkurranseloven § 16 nytt fjerde ledd ved avhjelpende tiltak i forbindelse med foretakssammenslutninger.

Utvalget har ikke berørt dette spørsmålet i sitt forslag. Men av Kommisjonens retningslinjer for

<sup>19</sup> Rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9 (1).

<sup>20</sup> Off. Journal 2008/C 267/18 pkt. 81 i Kommisjonens kunngjøring om avhjelpende tiltak i fusjonssaker.

beste praksis ved behandlingen av saker etter TEUV artikkel 101 og 102 fremgår at det, om nødvendig, kan utpekes en forvalter til å bistå Kommissjonen med gjennomføring av bindende tiltak etter rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 9.

Etter departementets oppfatning bør det også kunne brukes forvalter i forbindelse med vedtak om bindende avhjelpende tiltak etter § 12 nytt tredje ledd, dersom foretakene foreslår dette. Men spørsmålet om oppnevning og hvem som skal velges, bør løses i dialogen mellom Konkurransetilsynet og partene i saken. Oppnevningen skal fremgå av vedtaket om bindende avhjelpende tiltak. Selv om oppnevning skjer gjennom en dialog tilknyttet et forslag fra partene, bør tilsynet kunne si nei til den som partene har foreslått. Dette kan dermed resultere i at tilbudte tiltak ikke aksepteres. Det er forutsatt, men ikke direkte regulert i § 12, at foretakene dekker forvalters godtgjørelse. Departementet mener at foretakenes dekning av kostnadene ved eventuell bruk av forvalter er en naturlig følge av systemet med avhjelpende tiltak, der bruk av forvalter er en del av tiltakene foretakene frivillig foreslår.

Forvalter og dennes virksomhet ved tiltak etter § 12 tredje ledd har, i likhet med det som er tilfellet for forvaltere etter § 16 nytt fjerde ledd, behov for visse rammer. Departementet foreslår derfor en egen forskriftshjemmel i § 12 tredje ledd sjuende punktum, med tilsvarende ordlyd som § 16 nytt fjerde ledd siste punktum. Mange av de samme hensyn vil gjøre seg gjeldende for forvaltere i begge ordninger.

Departementet har for øvrig gjort noen språklige endringer i utvalgets forslag til tekst til tredje ledd. Tilsynets kompetanse til å avslutte en påbegynt sak med bindende tiltak er i utvalgets tekst knyttet opp til situasjonen at tilsynet «har til hensikt» å fatte et vedtak etter § 12 første ledd. Departementet mener at teksten feilaktig kan tolkes som et krav til saksutredning. Tilsynet skal etter departementets tekstforslag kunne fatte vedtak om bindende tiltak i «saker som kan ende med» et vedtak etter § 12 første ledd. Videre har departementet valgt uttrykket «tilbud» om avhjelpende tiltak istedenfor «tilsagn» om avhjelpende tiltak. Departementet mener denne terminologien gir en mer dekkende beskrivelse av foretakenes forslag til løsning av saken. For øvrig er bestemmelsen i departementets forslag til tredje ledd bygget noe ut, for å gi en mer umiddelbar forståelse om hva ordningen går ut på og for å fastslå at Konkurransetilsynet skal ha et selvstendig ansvar med hensyn til å vurdere om tiltakene er nødvendige.

Departementet følger opp utvalgets forslag til nytt fjerde ledd, med en mindre endring i innledningen. Konkurransetilsynet kan etter forslaget ta sin egen beslutning om å avslutte saken med avhjelpende tiltak opp til ny vurdering, eventuelt etter henvendelse fra andre. Bestemmelsen gir Konkurransetilsynet en særskilt omgjøringsadgang dersom faktiske forhold som var vesentlige for vedtaket endrer seg, foretakene handler i strid med vedtaket, eller vedtaket bygger på ufullstendige, uriktige, eller villedende opplysninger fra foretakene.

Dersom omgjøring skjer, vil den praktiske konsekvensen være at Konkurransetilsynet kan fortsette undersøkelsene med sikte på å avdekke om det foreligger en overtredelse. Selv om saksbehandlingen etter § 12 første ledd gjenopptas, vil ikke dette i seg selv innebære at det opprinnelige vedtaket etter § 12 nytt tredje ledd uten videre oppheves. Formålet med gjenopptagelsen må være å bringe på det rene om det er nødvendig å foreta endringer i vedtaket om bindende tiltak eller erstatte vedtaket med, for eksempel, opphørsvedtak etter § 12 første ledd.

Bestemmelsen innebærer at de begrensningene som gjelder etter den alminnelige omgjøringsadgangen for enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 35, ikke kommer til anvendelse, jf. forvaltningsloven § 35 siste ledd. Omgjøring kan skje etter initiativ fra Konkurransetilsynet selv, part eller tredjepersoner.

Omgjøringsfullmakten er knyttet opp mot tre nokså forskjellige situasjoner, som det fremgår av de forskjellige rettsgrunnlagene i bokstav a til c. Ved vurdering og praktisering av vilkårene er det et betydelig rom for skjønn eller uenighet mellom Konkurransetilsynet og foretakene om hva som skal til for at vesentlige faktiske forhold har endret seg, eller for at foretakene skal kunne sies å ha handlet i strid med vedtaket, eller om foretakene har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger under saksbehandlingen. Etter departementets vurdering er det riktig å gi Konkurransetilsynet en viss skjønnsmargin ved bruken av hjemmelen, uttrykt gjennom at et vedtak «kan» omgjøres.

Graden av skjønnsfrihet på dette punktet vil naturlig variere med hvilke av de aktuelle grunnlagene saken gjelder, og med i hvilken grad for eksempel en endring i vesentlige faktiske forhold går i retning av å påvirke hjemmelen for vedtaket eller ikke. Dersom konkurranseforholdene har utviklet seg negativt slik at tiltakene blir mindre virkningsfulle, bør tilsynet ha adgang til å avstå fra endring etter eget skjønn. Dette henger sammen

med det skjønnset Konkurransetilsynet har både i den alminnelige prioriteringen av saker og ressurser, og til å akseptere tiltak etter § 12 tredje ledd som ikke fullt ut løser alle konkurranseskadelige virkninger av atferden. Motsatt, dersom konkurransen har styrket seg slik at virkningen av den atferden vilkårene er rettet inn mot blir mindre skadelig, kan skjønnset fremstå mer som en plikt til å vurdere om vedtaket fortsatt har hjemmel. På denne bakgrunn vil departementet ikke etterkomme ønsket som er fremmet i høringen, om at det skal være en plikt til å omgjøre vedtaket dersom de faktiske forholdene endrer seg med hensyn til et punkt som var vesentlig i forhold til vedtaket om bindende tiltak.

Ordlyden i bestemmelsen departementet foreslår i fjerde ledd tilsvarer rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9 nr. 2 bokstav a til c, og skal tolkes og praktiseres på tilsvarende måte som i EU/EØS.

### 3.3.4.3 Klageadgangen

Det fremgår av departementets forslag i tredje ledd siste punktum at det er klageadgang over Konkurransetilsynets vedtak om bindende avhjelpende tiltak. Konkurransetilsynet har imidlertid skjønnset frihet med hensyn til om det vil godta de tilbudte tiltakene. Dersom Konkurransetilsynet ikke godtar et tilbudt avhjelpende tiltak, skal avgjørelsen ikke kunne påklages, jf. praksis etter rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9.

Klage fra parter i vedtak etter nytt § 12 tredje ledd fremstår ikke som særlig nærliggende, da vedtaket er fattet etter en dialog mellom foretakene og Konkurransetilsynet, og klager selv har foreslått avhjelpende tiltak som ligger til grunn for vedtaket. Departementet går ut fra at foretakene normalt ikke vil fremlegge forslag til tiltak, uten å ha en rimelig sikkerhet for at atferden som er utvist vil kunne føre til et opphørsvedtak eller en sanksjon fra tilsynet og at tiltakene er tilpasset foretakenes kommersielle interesser. Departementet anser likevel at det, prinsipielt sett, ikke er grunnlag for å avskjære klageretten til den eller de et vedtak retter seg imot.

Departementet skal etter forslaget prøve alle klagegrunner som kan lede til at vedtaket blir ugyldig. Dette innebærer at departementet skal kunne prøve om atferden tiltaket er rettet mot vil kunne ende med et vedtak etter § 12 første ledd, om vedtaket lider av saksbehandlingsfeil, eller lider av andre mangler som leder til ugyldighet, blant annet om tiltakene går for langt. Konkurransetilsynet skal imidlertid ha en betydelig frihet til å avslutte saker gjennom å vedta avhjelpende tiltak, selv om tiltaket ikke nødvendigvis er egnet til å løse alle konkurranseproblemer. Dette er en konsekvens av tilsynets adgang til å prioritere hvilke saker som forfølges og hvor mye ressurser som settes inn i den enkelte sak.

Departementet vil i sin prøving også kontrollere at Konkurransetilsynet har vurdert virkningene for tredjepersoner av tiltakene som partene har foreslått og har vurdert om tiltakene er egnet og nødvendige samt at denne vurderingen fremkommer i tilsynets begrunnelse. Ut fra saksforholdet i sak C-441/07 P Kommisjonen mot Alrosa, antar departementet imidlertid at det generelt skal mye til for at et tiltak som er egnet til å avbøte en konkurranseskadelig atferd, og som forutsetningsvis ikke lider av innholdsmangler, skal være så urimelig overfor en tredjeperson at vedtaket blir ugyldig. Der en tredjeperson mener at tiltakene ikke går langt nok i å eliminere skadevirkninger på konkurransen, kan saken for øvrig bringes inn for de alminnelige domstolene med påstand om at det fortsatt foreligger en overtredelse.

Rammen for klagebehandlingen ligger i den hjemmelen til å fatte vedtak som Konkurransetilsynet har etter § 12 tredje ledd, herunder den begrensede utredningsplikten som følger av bestemmelsen. Den vil også måtte ses i lys av at parten selv har fremmet tilbudet om avhjelpende tiltak, og at tilsynet selv kan avgjøre prioritering av sakene. Departementet ser ikke grunnlag for en regel, slik Regjeringsadvokaten foreslår, om at klagesaksbehandlingen må skje på grunnlag av det faktum som forelå for Konkurransetilsynet når vedtak ble fattet. Dersom klager anfører at atferden ikke har konkurransebegrensende virkninger, må dette vurderes på grunnlag av det faktum som er tilgjengelig for departementet i klagebehandlingen, slik som ved annen klagesaksbehandling etter loven.

En følge av systemet med den foreslåtte ordningen om avhjelpende tiltak er derfor, slik departementet ser det, at vedtaket til departementet i klagebehandlingen enten kan gå ut på å oppheve Konkurransetilsynets vedtak eller stadfeste dette. Departementet mener således at det er mer hensiktsmessig at sakens videre skjebne der en klage har ført frem, avgjøres av Konkurransetilsynet enn av departementet, også for å unngå at klagebehandlingen i realiteten blir en førsteinstansvurdering av saken. Kompetansen i klagebehandlingen vil dermed være mer begrenset enn hva som følger av forvaltningsloven, der klageorganet kan erstatte førsteinstansens ved-

tak med sitt eget nye og i prinsippet både strengere og mildere vedtak.

Dersom departementets vedtak går ut på å oppheve Konkurransetilsynets vedtak, må partene i vedtaket kunne velge om de vil presentere et nytt tilbud om tiltak for tilsynet hvis vedtaket er ugyldig, men uten at et nytt vedtak er uteluk-

ket. Videre må tilsynet kunne bestemme om det vil prioritere fortsatt utredning av saken, herunder om det eventuelt skal gå inn i nye drøftinger med parter i vedtaket. Blir resultatet av klagebehandlingen at Konkurransetilsynets vedtak stadfestes, er derimot rettsstilstanden til de berørte uendret.



## 4 Sanksjoner i atferdssaker

### 4.1 Gjeldende rett

Konkurranseloven fra 2004 innførte et system med offentlige sanksjoner i to spor. Den videreførte sanksjonssystemet i konkurranseloven fra 1993<sup>1</sup> som fastsatte straff (bøter og fengsel) for forsettlig eller uaktsom overtredelse av loven samt innførte et administrativt sanksjonsspor med hjemmel til å ilegge foretak overtredelsesgebyr. Loven av 2004 innførte også en hjemmel for Konkurransetilsynet til å vedta lempning av sanksjonene. Konkurranseloven § 31 gir hjemmel til lempning både av overtredelsesgebyr og bøter til foretak. Loven gir ikke hjemmel for lempning av personstraff. I tillegg ble bestemmelsene i 1993-loven om tvangsmulkt videreført. Konkurranselovens sanksjonssystem får også anvendelse for Konkurransetilsynets håndhevelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, jf. EØS-konkurranseloven § 6.

#### 4.1.1 Overtredelsesgebyr

Det administrative sanksjonssporet ble innført for å effektivisere håndhevingen av konkurranseloven. Loven av 2004 utvidet forbudsbestemmelsene, ved at bestemmelsene i § 10 og § 11 ble harmonisert med forbudsbestemmelsene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Overgangen fra et tilsynsregime til en forbudslov medførte etter lovgivers mening behov for et mer fleksibelt og finmasket reaksjonssystem som var egnet til å fange opp alle typer overtredelser, ikke bare de mest alvorlige. Det var også et ønske om en harmonisering med sanksjonssystemet i EU/EØS og flere andre land, samt et behov for en strengere utmålingspraksis. Overtredelsesgebyr i henhold til konkurranseloven § 29 kan ilegges foretak både for materielle og prosessuelle overtredelser av loven, jf. § 29 første ledd bokstav a til f. Sanksjoner mot fysiske personer ilegges etter straffeprosessuelle regler. Skyldkravet etter konkurranseloven § 29 er forsett eller uaktsomhet fra foretaket eller en som handler på vegne av foretaket. Loven fastsetter

ikke direkte hvilket beviskrav som gjelder ved overtredelse av bestemmelsen. Lovens beviskrav er nærmere omtalt nedenfor under punkt 4.6.

Konkurranseloven § 29 tredje ledd fastsetter prinsippene for utmåling av overtredelsesgebyr. Det skal særlig legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet, samt lempning etter § 31. Det er forutsatt i forarbeidene at utmålingen av overtredelsesgebyr så langt som mulig skal være i samsvar med prinsippene for utmåling av bøter i EU/EØS. Nærmere regler om utmåling av og lempning i overtredelsesgebyr er gitt i forskrift av 22. august 2005 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr. Overtredelsesgebyr etter § 29 vedtas av Konkurransetilsynet. Vedtak om overtredelsesgebyr er enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2. Vedtaket kan ikke påklages til departementet, men kan bringes inn for domstolene. Retten kan prøve alle sider av saken og treffe realitetsavgjørelse. Tilsynet har vedtatt overtredelsesgebyr med hjemmel i konkurranseloven § 29 for brudd på loven § 10 og § 11 i ni saker. Til sammenligning har tilsynet ilagt overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven § 18 og § 19 om henholdsvis meldeplikten og gjennomføringsforbudet i til sammen 104 saker. Videre er tilsynets vedtak om overtredelsesgebyr brakt inn for domstolen i fem saker. I konkurranseloven § 29 femte ledd er det gitt en foreldelsesfrist på 10 år for å ilegge gebyr ved overtredelse av loven § 10 eller § 11. Andre overtredelser foreldes etter 5 år.

#### 4.1.2 Straff

Konkurranseloven § 30 er en delvis videreføring av straffebestemmelsen i konkurranseloven av 1993 § 6-6. Departementets begrunnelse for å opprettholde det strafferettslige sanksjonssporet parallelt med administrativ sanksjon i loven av 2004, var at overtredelse av konkurransereglene er alvorlig økonomisk kriminalitet. Departementet mente at å fjerne straffesanksjonen kunne oppfattes som et signal om at overtredelse av konkurranseloven er mindre alvorlig enn andre former for grov økonomisk kriminalitet. Departementet

<sup>1</sup> Lov 11. juni 1993 nr. 65.

mente også at det var viktig å opprettholde et personlig straffansvar i tillegg til foretaksstraff, for å sikre tilstrekkelig avskrekkende virkning for de personer som opptrer på vegne av foretaket. Straff kan ilegges for overtredelse av materielle og prosessuelle bestemmelser i konkurranseloven, jf. § 30 første ledd bokstav a til f. Straffehjemmelen omfatter også medvirkning, jf. § 30 tredje ledd. De straffbelagte handlingene i § 30 er i stor grad sammenfallende med de overtredelser som kan føre til overtredelsesgebyr etter § 29, med unntak av overtredelser av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling i § 11, som ikke kan straffes. Strafferammen for overtredelse av konkurranseloven § 30 er bøter eller fengsel i inntil 3 år. For overtredelse av loven § 10 er strafferammen fengsel i inntil 6 år dersom det foreligger særdeles skjerpene omstendigheter. Straffesanksjonssporet er til nå ikke blitt anvendt under konkurranseloven av 2004.

#### **4.1.3 Forholdet mellom straffesanksjonering og administrativt overtredelsesgebyr**

Straff etter konkurranseloven § 30 kan ilegges både foretak og enkeltpersoner, mens overtredelsesgebyr etter § 29 bare kan ilegges foretak. Stortinget har lagt til grunn at et overtredelsesgebyr i konkurranseloven § 29 er å anse som straff etter EMK artikkel 6. Forbudet mot dobbeltstraff i EMKs tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 nr. 1 innebærer at det ikke kan ilegges straff etter konkurranseloven § 30 for samme forhold og overfor samme foretak i en sak der Konkurransetilsynet har ilagt overtredelsesgebyr.

Konkurranseloven har ikke fastsatt en nærmere avgrensning mellom de to sanksjonssporene. Departementet påpekte i forarbeidene til konkurranseloven av 2004 at overtredelsesgebyr etter § 29 bør innføres som et supplement til, og ikke til fortregning for gjeldende strafferettslige sanksjoner ved overtredelser av konkurranseloven.<sup>2</sup> Det ble lagt til grunn at det vil stride mot kriminalpolitiske hensyn dersom sanksjonen mot alvorlige brudd på konkurranselovgivningen bare skulle være en sivilrettslig reaksjon mot foretaket, mens de som har begått lovbruddene går fri. Departementet mente at selv om praktiske hensyn kan tillegges vekt ved valg av reaksjon, gir det ikke grunnlag for en generell innskrenkning av det personlige straffansvaret. Departementet antok likevel at innføringen av et nytt sivilrettslig

sanksjonsspor ville kunne effektivisere håndhevelsen av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven. Dette kunne innebære at foretaksstraff og individuelt straffansvar gis en noe mer tilbaketrukket rolle der det er rimelig og hensiktsmessig. Departementet uttalte videre at det kan være hensiktsmessig å innføre klarere retningslinjer for hvilke saker som skal anmeldes til politi og påtalemyndighet, for eksempel i form av en anmeldelsesinstruks. Departementet pekte på at Konkurransetilsynet må gis et betydelig skjønn ved vurderingen av når anmeldelse er nødvendig for å ivareta hensynene bak forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Det er ikke innført slike retningslinjer i dag.

Det tosporede sanksjonssystemet i konkurranseloven innebærer at Konkurransetilsynet og påtalemyndigheten har parallell kompetanse. Hvis det blir aktuelt med strafferettslige sanksjoner, vil påtalemyndigheten normalt først etterforske saken etter at Konkurransetilsynet har anmeldt forholdet.<sup>3</sup> En sak kan likevel i prinsippet etterforskes samtidig i begge spor. Således kan påtalemyndigheten innlede strafferettslig forfølgning selv om saken behandles av konkurransemyndighetene. Konkurransemyndighetene kan også fortsette å behandle en sak etter at den er sendt til påtalemyndigheten. Skjæringspunktet for vernet mot dobbeltstraff inntreder ved vedtatt overtredelsesgebyr eller, dersom overtredelsesgebyret ikke blir vedtatt, når det foreligger dom i saken. Dersom påtalemyndigheten henlegger saken, kan Konkurransetilsynet fremdeles forfølge saken i det sivile sporet. Dersom saken behandles parallelt i begge spor, følger det av Rt. 1976 s. 1447 at når påtalemyndigheten har reist siktelse for overtredelse av konkurranseloven, må Konkurransetilsynets videre undersøkelser foretas i samsvar med straffeprosessloven. Som påpekt ovenfor har disse problemstillingene ikke blitt aktualisert i praksis.

#### **4.1.4 Lempning**

Konkurranseloven § 31 åpner for lempning i overtredelsesgebyr eller bøter for overtredelse av § 10. Bestemmelsen omfatter ikke personstraff. Etter § 31 skal det ved utmålingen tas i betraktning om foretaket har bistått konkurransemyndighetene med oppklaringen av egen eller andres overtredelse. Etter annet ledd i § 31 er det vedtatt forskrifter som gir nærmere regler om lempning

<sup>2</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 124.

<sup>3</sup> Konkurransetilsynets uttalelse om unnlattelse av å anmelde i saker om lempning av 6. mars 2008.

ved utmåling av gebyr.<sup>4</sup> Dersom saken behandles i straffesporet, gir straffeloven § 59 hjemmel til straffnedsettelse.

Lempning innebærer at foretak som innrømmer overtredelse av forbudsbestemmelsen i konkurranseloven § 10, fremlegger bevis for egen skyld i det ulovlige samarbeidet og samarbeider med Konkurransetilsynet om avdekking av saken, har krav på bortfall eller nedsettelse av sanksjon for overtredelsen. Formålet med lempningsordningen er å gi deltakerne i et konkurransebegrensende samarbeid tilstrekkelige insentiver til å bistå konkurransemyndighetene med å avdekke overtredelsen. Økt risiko for avsløringer fra «egne rekker» vil redusere insentivene til å etablere nye karteller og skape ustabilitet i eksisterende samarbeid. Anvendelsesområdet til forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10 omfatter mer enn de alvorligste kartellsakene, det vil si skjult konkurransebegrensende samarbeid som horisontalt pris-, anbuds- og markedsdelingssamarbeid. Lempning er i prinsippet også mulig i andre tilfeller enn kartellsaker, selv om ordningen primært tar sikte på å øke oppdagelsesrisikoen for karteller. At slikt samarbeid er skjult og lønnsomt for deltakerne, gjør at oppdagelse og innsamling av tilstrekkelige bevis er en vanskelig oppgave for Konkurransetilsynet. Forutberegnelighet med hensyn til innvilgning av lempning anses som avgjørende for en vellykket lempningsordning.<sup>5</sup>

Økonomisk teori anser karteller som grunnleggende ustabile. Å bryte ut av karteller vil kunne være lønnsomt ved at foretaket kan øke sin markedsandel på bekostning av øvrige kartelldeltakere. Andre grunner til å bryte ut kan være nye eiere eller nøkkelpersoner som vil kunne ønske å avslutte overtredelsen. En sanksjonstrussel vil imidlertid sammen med ikke-rettslige sanksjoner fra øvrige kartelldeltakere kunne virke som et hinder mot å bryte ut av kartellet. Det er antatt at lempningsordninger bidrar til at det blir mer fristende å bryte ut, og slik forsterker ustabiliteten i karteller.

En rekke jurisdiksjoner har positive erfaringer med lempning som effektivt virkemiddel i bekjempelse av karteller. Dette gjelder blant annet USA og i EU/EØS. Både Kommisjonen og ESA har vedtatt lempningsprogram. Fordi karteller ofte kan være grenseoverskridende og det vil være nødvendig å søke om lempning i alle berørte juris-

diksjoner for å oppnå full beskyttelse, er det et viktig hensyn at lempningsprogrammene er tilstrekkelig samordnet mellom jurisdiksjonene. Medlemmene i European Competition Network (ECN), som består av konkurransetilsynene i EU og Kommisjonen, er enige om å arbeide for en slik samordning av lempningsprogrammene innenfor EU-området. ECN har derfor utarbeidet et «ECN Model Leniency Programme», som fastsetter hvordan lempningssøkere kan forvente at en lempningssøknad vil bli behandlet i enhver jurisdiksjon i EU, når en slik samordning er gjennomført.<sup>6</sup> ECN Model Leniency programmet er ikke til hinder for at en medlemsstat vedtar regler som er mer fordelaktige for lempningssøkere.

Konkurransetilsynet har sluttet seg til Model Leniency Programme. Det er også andre internasjonale føringer blant annet fra International Competition Network (ICN) og OECDs konkurransekomité, på at landene bør legge til rette for lempning av hensyn til den totale effekten av programmene internasjonalt.

Lempningsregler medfører således en økt oppdagelsesrisiko for eksisterende karteller og virker avskrekkende på etableringen av nye karteller. Forutsigbare lempningsordninger både i Norge og internasjonalt er derfor viktige bidrag til å avdekke og motvirke alvorlig og skjult konkurransekriminalitet som karteller.

Grunnvilkåret for at et foretak skal kvalifisere for lempning er fastsatt i konkurranseloven § 31. Det følger av § 31 at ved utmålingen av gebyr eller bot «skal det tas i betraktning om foretaket har bistått konkurransemyndighetene med oppklaringen av egen eller andres overtredelse». De nærmere regler for lempning er gitt i utmålingsforskriften kapittel 3. Forskriften gir foretaket krav på hel eller delvis lempning dersom de nærmere vilkårene i forskriften er oppfylt. I forarbeidene til konkurranseloven av 2004 er det forutsatt at forskriften skal bygge på ESAs retningslinjer for lempning, og forskriften speiler derfor disse. Forskriften, som er vedtatt før endringene i overvåkningsorganets lempningsordning i 2009, reflekterer imidlertid ikke alle sider ved ESAs lempningsprogram, herunder ikke «markørordningen» som regulerer søkers plass i køen dersom det er flere som søker om lempning, jf. punkt 15 i kunngjøringen. Hel lempning, det vil si fullt gebyrbortfall, gis til foretak som bidrar til å avsløre et kartell før tilsynet har oppdaget det, og bare til det foretaket som av eget tiltak først gir tilstrekkelig informa-

<sup>4</sup> Forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr (utmålingsforskriften).

<sup>5</sup> NOU 2003: 12 side 139.

<sup>6</sup> En revidert utgave av ECN Model Leniency Programme ble publisert på Kommisjonens hjemmeside 22. november 2012.

sjon. For foretak som ikke er først ute med å fremlegge bevis, kan samarbeid med Konkurransetilsynet føre til delvis lempning, forutsatt at de bevis foretaket kommer med representerer en reell merverdi for tilsynet. For helt bortfall av gebyr oppstiller forskriften § 4 fem kumulative vilkår: (i) foretaket må bidra med nye opplysninger, (ii) materialet som fremlegges må være tilstrekkelig til å bevise en overtredelse eller til å kreve bevis-sikringsbeslutning, (iii) foretaket må samarbeide med Konkurransetilsynet under hele prosessen, (iv) foretaket må opphøre med overtredelsen senest på tidspunktet for fremleggelse av opplysninger og (v) foretaket må ikke ha prøvd å tvinge andre foretak til å delta i overtredelsen. Øvrige foretak som samarbeider med konkurransemyn-dighetene kan oppnå delvis reduksjon i gebyret på to vilkår, jf. forskriften § 6: (i) fremlagt materiale må vesentlig styrke Konkurransetilsynets mulig-heter til å bevise en overtredelse, og (ii) foretaket må opphøre med overtredelsen senest på det tids-punktet bevisene fremlegges.

Etter ordlyden i konkurranseloven § 31 første ledd gir bestemmelsen hjemmel for lempning både av overtredelsesgebyr og straff for foretak. Utmålingsforskriften gjelder imidlertid kun for overtredelsesgebyr. Det er ikke gitt andre bestemmelser om den nærmere gjennomføringen av lempning av foretaksstraff.

Konkurranselovutvalget av 2003 mente at det burde lempes i både det sivile sporet og i straffe-spolet, og fremla forslag til bestemmelser for å kunne gjennomføre og skape forutberegnelighet ved lempning i begge spor, se NOU 2003: 12 side 44 og 45. Konkurransetilsynet offentliggjorde i mars 2008 en uttalelse om unnlattelse av å anmelde i saker om lempning.<sup>7</sup> Formålet med uttalelsen var å skape større forutberegnelighet for at foretak som søker om lempning, og enkeltpersoner i dette foretaket, ikke vil bli strafforfulgt dersom det oppfyller vilkårene for lempning. Konkurransetilsynet uttaler at det normalt ikke vil anmelde enkeltpersoner som er ansatt i et foretak som oppfyller vilkårene for hel eller delvis lempning, for det samme forhold som foretaket søker om lempning for. Foretaket vil forut for søknaden kunne søke å klarlegge med Konkurransetilsynet om anmeldelse av enkeltpersoner i saken er utelukket. For det tilfellet at påtalemyndigheten mottar anmeldelse eller opplysninger om overtredelse av konkurranseloven fra andre enn Konkur-

ransetilsynet, redegjør tilsynet i sin uttalelse for hvordan det oppfatter at påtalemyndigheten vil forholde seg til slike anmeldelser eller opplysninger. Konkurransetilsynet mener at påtaleinstruk-sen § 7-3 i praksis vil innebære at påtalemyndighe-ten ikke vil åpne etterforskning i slike saker uten først å ha oversendt saken til Konkurransetilsynet for nærmere undersøkelse, etterforskning eller vurdering. Tilsynet peker på at det i praksis aldri har skjedd at påtalemyndigheten har igangsatt straffeprosessuell etterforskning i tilfeller hvor tilsynet har gitt uttrykk for at straffeprosessuell etterforskning ikke er ønskelig. Straffeprosessuell etterforskning av enkeltpersoner for brudd på konkurranseloven § 10 vil ikke være ønskelig, hvor disse personene er ansatt i et foretak som oppfyller vilkårene for lempning for samme over-tredelse. Konkurransetilsynet viser i sin uttalelse til at ØKOKRIM, overfor tilsynet, har gjort det klart at det normalt ikke vil iverksette etterforskning i saker om overtredelse av konkurranse-lovens bestemmelser uten at forholdet er anmeldt av Konkurransetilsynet, eller at tilsynet er forelagt anmeldelsen eller mistanken etter påtaleinstruk-sen § 7-3 annet ledd og har stilt seg positiv til etter-forskningen. Tilsynet peker også på at forbudet mot dobbeltstraff i EMK tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 nr. 1, medfører at et vedtak om lempning i det sivilrettslige sporet vil sperre for ny sak i straffespolet for foretak.

Straffeloven åpner som nevnt ovenfor for lempning av straff. Straffeloven § 59 gir domstolene en skjønnsmessig adgang til å ta hensyn til tiltaltes rolle i oppklaringen av saken. Viktige momenter ved skjønnen er hvilken betydning til-ståelsen har hatt for fornærmedes situasjon og hvor stor prosessøkonomisk gevinst den har med-ført. Likeledes er det adgang til å legge vekt på hvilken betydning tilståelsen har for oppklaring og domfellelse av saken mot eventuelle medskyl-dige. Konkurranselovutvalget fra 2003 forutsatte at påtalemyndigheten og domstolen fullt ut utnyt-ter eksisterende muligheter for straffnedsettelse i de tilfeller en tiltalt har bidratt til en vesentlig opp-klaring av kartellet. På samme måte ble det forut-satt at det ved utmåling av personstraff tas hensyn til om foretaket har fått lempning, fordi det kan virke tilfeldig om det formelt sett er foretaket eller den ansatte som har samarbeidet.<sup>8</sup> Rettspraksis viser at det gis straffereduksjon etter straffeloven § 59 i betydelig utstrekning.

<sup>7</sup> Konkurransetilsynets uttalelse om unnlattelse av å anmelde i saker om lempning av 6. mars 2008.

<sup>8</sup> NOU 2003: 12 side 138.

#### 4.1.5 Tvangsmulkt

Etter konkurranseloven § 28 kan Konkurransetilsynet ilegge tvangsmulkt for å sikre at enkeltvedtak i medhold av loven og pålegg etter § 24 overholdes. Det er ikke fastsatt nærmere regler om mulktens størrelse. Tredje ledd i § 28 gir hjemmel til å fastsette nærmere regler i forskrift om ilegelse av tvangsmulkt. Det er ikke vedtatt slike forskrifter. I forarbeidene til dagens konkurranselov drøftes om selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6 nr. 1 setter skranker for bruk av tvangsmulkt i saker om opplysnings- og utleveringsplikt. Departementet viste til at selvinkrimineringsvernet er i utvikling, og at det derfor ikke var hensiktsmessig å ta inn nærmere bestemmelser om dette i konkurranseloven. Videre ble det fremhevet at Konkurransetilsynet selv må vurdere når tvangsmulkt kan brukes for å fremtvinge opplysninger. Hvis noen mener at Konkurransetilsynet har vurdert dette spørsmålet feil, blir det opp til domstolene å trekke den eksakte grensen.<sup>9</sup> Selvinkrimineringsvernet er nærmere behandlet i kapittel 5 nedenfor.

#### 4.1.6 Foreldelsesregler for erstatningsansvar

Erstatning for brudd på konkurransereglene foreldes etter de alminnelige reglene i foreldelsesloven.<sup>10</sup> Hovedregelen er at krav foreldes tre år etter at skadelidte fikk eller burde fått kjennskap til kravet, jf. foreldelsesloven § 9 nr. 1. Foreldelsesloven inneholder også en særregel i straffesaker om at kravet foreldes tidligst ett år etter at straffesak ble avsluttet, jf. § 11. Der en overtredelse av konkurranseloven blir påtalt og straffet, vil kravet således ikke foreldes før tidligst ett år etter at dom i straffesaken er rettskraftig eller forelegg er vedtatt. Dette gjelder imidlertid ikke der Konkurransetilsynet ilegger overtredelsesgebyr, som senere blir stadfestet av en domstol. I disse tilfellene vil foreldelsesfristen løpe fra skadelidte ble kjent med kravet, eller burde ha blitt kjent med det i tråd med lovens hovedregel.

## 4.2 Utvalgets forslag

### 4.2.1 Innledning

Utvalget viser i punkt 6.3.2 til at slik lempningsordningen er utformet i dag, kan en ledende ansatt i et foretak oppsøke Konkurransetilsynet eller påtalemyndigheten med opplysninger om at foretaket er delaktig i et kartellsamarbeid, og oppnå at foretaket får lempning av sitt ansvar for det aktuelle lovbruddet. Samtidig kan den som oppsøkte myndighetene og ga informasjon selv bli tiltalt og dømt for deltakelse i lovbruddet på bakgrunn av den samme informasjonen. Overtredelse av konkurranseloven § 10 har en straffesamme på inntil seks års fengsel. Dersom det reises straffesak, må en eventuell strafferabatt på grunnlag av samarbeid med og bistand til myndighetene i oppklaring og bevisføring, skje etter de til enhver tid gjeldende bestemmelser i straffelovgivningen.

Utvalget viser til at de norske reglene for lempning har medført relativt få lempningssøknader til Konkurransetilsynet. I følge utvalget kan det være flere årsaker til dette, men det er likevel grunn til å anta at det er en sammenheng mellom effektiviteten i lempningsordningen og risikoen for personstraff.<sup>11</sup> Det vises til undersøkelser og erfaringer fra Konkurransetilsynet og enkelte andre land som Tyskland, Storbritannia og Danmark som utvalget mener underbygger dette. Utvalget viser også til internasjonale signaler og erfaringer fra fagpersoner og fagmyndigheter som indikerer at bare kombinasjonen av økonomiske sanksjoner overfor foretaket og individuell personstraff gir tilstrekkelig avskrekkende virkning. For å kombinere de håndhevingsmessige gevinstene ved lempning og straffansvar, fremstår det som nødvendig at ordningen med lempning også omfatter det personlige straffansvaret. Utvalget peker på at lempning av personstraff både vil styrke den norske håndhevelsen og det internasjonale samarbeidet om bekjempelse av grenseoverskridende karteller.<sup>12</sup>

Utvalget viser til at Fornyings- og administrasjonsdepartementet i desember 2008 sendte et forslag til endringer i konkurranseloven på høring, der hovedformålet var å utvide nedslagsfeltet for lempning til å gjelde fullt ut i begge sanksjonsspor.<sup>13</sup> Utvalget viser til at departementets

<sup>9</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 131-132.

<sup>10</sup> Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven).

<sup>11</sup> NOU 2012: 7 side 45 annen spalte.

<sup>12</sup> NOU 2012: 7 side 46.

<sup>13</sup> Fornyings- og administrasjonsdepartementets høringsbrev av 12. desember 2008.

forslag fra 2008 møtte motstand i høringen. Blant annet var Riksadvokaten sterkt kritisk til forslaget, fordi det er helt ukjent i norsk rett å oppnå straffritak (amnesti) for ellers straffbare handlinger ved å bistå myndighetene. Riksadvokaten understreket at selv ikke for alvorlige forbrytelser som drap, narkotikaforbrytelser eller alvorlig organisert kriminalitet, har det vært aktuelt at en offentlig myndighet skal ha mulighet til å inngå avtaler om fritak for straff i bytte mot viktig informasjon. Riksadvokaten mente således at en eventuell utvidelse av adgangen til å ta hensyn til tilståelser og bistand til de rettshåndhevende myndigheter ut over det som følger av straffeloven § 59 annet ledd og alminnelige straffutmålingsprinsipper, måtte ses i en videre sammenheng og krevde nøye overveielser. Riksadvokaten hadde imidlertid forståelse for at det kunne være behov for ytterligere insitament til å gi konkurransemyndighetene informasjon. Dette måtte imidlertid søkes oppnådd gjennom andre virkemidler. Som en mulighet nevnte Riksadvokaten å klargjøre gjennom forskrift eller instruks når anmeldelse kan unnlates, fordi den mistenkte har gitt verdifull bistand til konkurransemyndighetene. Men Riksadvokaten understreket at dette ikke kan binde påtalemyndigheten. Justisdepartementet hadde også innvendinger mot høringsforslaget, fordi det reiste prinsipielle spørsmål om forholdet mellom forvaltningen og påtalemyndigheten. Videre mente Justisdepartementet at gjeldende straffeprosessuelle og strafferettslige regelverk ivaretok det som departementet ønsket å oppnå gjennom forslaget. Det ble vist til straffeprosessloven § 69 om påtaleunntatelse, som kan være aktuell når noen angir seg selv og andre for straffbare forhold som til da ikke har vært oppdaget. Videre ble det vist til at en uforbeholden tilståelse skal «tas i betraktning» ved straffutmålingen. Det ble i denne forbindelse pekt på muligheten for betinget dom, eventuelt i form av straffenedsettelse etter straffeloven § 52 nr. 1. Det ble også vist til den nye bestemmelsen om frafall av straffutmåling i straffeloven av 2005 § 61, som innebærer at den tiltalte kjennes skyldig, men at straff ikke utmåles.

Uvalget viser til at Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet konkluderte med at problemstillingene som begrunnet forslaget til lovendringene i konkurranseloven § 31 burde inngå i en bredere utredning knyttet til behovet for endringer i konkurranseloven.<sup>14</sup>

Som det fremgår nedenfor har utvalget en noe annen oppfatning, enn det departementet hadde i

høringssaken fra 2008, av hvordan en ordning med bortfall av personstraff mest hensiktsmessig kan utformes for å øke foretakenes insentiver til å søke om lempning.

#### **4.2.2 Oppsummering av utvalgets forslag om sanksjoner og lempning**

Utvalget foreslår i punkt 6.3.3 i utredningen at overtredelsesgebyr videreføres som sanksjon for overtredelser av konkurranselovens forbudsbestemmelser. Det foreslår også en videreføring av hjemmelen for lempning av overtredelsesgebyr for foretak som bistår konkurransemyndighetene med oppklaring av saken.<sup>15</sup> Utvalget peker også på de utfordringer det tosporede sanksjonssystemet medfører for lempningsinstituttet. På bakgrunn av disse utfordringene, og særlig for å øke forutberegneligheten forbundet med det å søke om lempning, foreslår utvalget straffbortfall for foretak som oppfylder vilkårene for hel lempning, og for ansatte i disse foretakene. Et mindretall i utvalget går inn for en ordning med lempning også av erstatningsansvaret, jf. utredningens punkt 12.2.4. Videre foreslår et samlet utvalg i punkt 12.2.4 i utredningen innføring av en særregel for foreldelse av erstatningskrav etter konkurranseloven som domstolsbehandles.

Utvalget foreslår også at det stilles krav til innholdet i en lempningssøknad, for at søknaden skal oppfylle sitt formål og for å redusere eventuell tvil om et foretak har søkt lempning eller ikke. For å synliggjøre bestemmelsene om lempning, som i dag finnes i forskrift, foreslår utvalget også at disse tas inn i konkurranseloven.

Utvalget har også vurdert forholdet mellom lempning og vertikale avtaler og har konkludert med at lempning normalt bare vil være aktuelt for karteller og lignende horisontale overtredelser av loven. Horisontale avtaler er avtaler mellom aktører på samme omsetningsledd, mens vertikale avtaler er avtaler mellom aktører i ulike omsetningsledd, for eksempel mellom produsent og distributør.

Forslagene med begrunnelse presenteres nærmere nedenfor i punktene 4.2.3 – 4.2.8.

<sup>14</sup> Prop. 1 S (2010-2011) Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet.

<sup>15</sup> Utvalget viser til den begrunnelse for lempningsordningen som er gitt i NOU 2003: 12 side 136 flg. og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 125 flg.

### 4.2.3 Innhold i og behandling av lempningssøknader

For å synliggjøre bestemmelsene om lempning, som i dag finnes i forskrift, foreslår utvalget i punkt 6.3.3.2 i utredningen at disse reglene tas inn i konkurranseloven.

Det følger av utmålingsforskriften § 4 at foretaket må fremlegge bevis som enten er tilstrekkelig til å få beslutning om bevissikring eller tilstrekkelig til å bevise overtredelse av konkurranseloven § 10. Det følger videre av utmålingsforskriften § 5 at foretaket enten umiddelbart skal fremlegge alle bevis det er i besittelse av eller gi en klar beskrivelse av bevismaterialets art og innhold. Delvis lempning er regulert i forskriften § 6.

Ut over disse reglene angir ikke regelverket nærmere hvilken informasjon som skal gis i søknaden. Etter utvalgets syn bør det presiseres ytterligere hva slags informasjon som skal gis for at en lempningssøknad skal anses komplett. Utvalget anbefaler at kravet til informasjon i lempningssøknaden utformes etter modell fra ESAs og Kommisjonens retningslinjer for lempning.<sup>16</sup> En lempningssøknad bør således inneholde informasjon om foretakets navn og adresse, identiteten til de øvrige foretak som har deltatt i overtredelsen, de berørte produkter og geografiske områder samt overtredelsens varighet og art. Videre bør lempningssøker gi informasjon om kontakt med andre konkurransemyndigheter angående overtredelsen. Utvalgets forslag til en ny § 30 oppstiller i annet ledd nye krav til innholdet i en lempningssøknad. Det foreslås at bevis først skal anses fremlagt når foretaket har gitt informasjon om identiteten til foretakene som har deltatt i overtredelsen, en konkret beskrivelse av overtredelsens art og omfang, herunder geografisk omfang, varighet, hvilke produkter som omfattes, og om foretaket har hatt kontakt med andre konkurransemyndigheter om overtredelsen.

I merknadene til lovforslaget omtales noen av vilkårene som fremgår av forskriften i dag. Blant annet at foretaket må legge frem alle bevis som det besitter. Dersom det i ettertid avdekkes at foretaket ikke har lagt frem alt bevismateriale, er ikke vilkåret for hel lempning oppfylt. Foretaket må i så tilfelle godtgjøre at det var i aktsom god tro med hensyn til relevansen eller eksistensen av bevismaterialet som ikke ble lagt frem for fremdeles å kunne kvalifisere for hel lempning. Denne

<sup>16</sup> Kommisjonens kunngjøring om bøtefritak eller bøtenedsettelse punkt 9 og ESAs kunngjøring om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartelsaker punkt 9.

presiseringen følger også av Konkurransetilsynets utkast til veileder om utmåling og lempning.

Utvalget foreslår en egen bestemmelse om delvis lempning, som viser til vilkårene i første og annet ledd i forslaget til bestemmelse om hel lempning. Ved denne henvisningen foreslås det at kravet om å fremlegge «alle bevis» som gjelder for å få krav om hel lempning, også skal gjelde for delvis lempning. Dette forslaget er nytt i forhold til gjeldende rett.

Utvalget foreslår også å ta saksbehandlingsreglene om lempning inn i en egen lovbestemmelse. I utvalgets forslag til ny § 32 annet ledd tas også «markørordningen» i EU og ESAs retningslinjer inn i norsk rett. Denne ordningen innebærer at et foretak kan søke om lempning, før det faktisk er i besittelse av bevis for overtredelsen. Når lempningssøknaden blir registrert hos Konkurransetilsynet, vil foretaket få en prioritert rett til lempning. Konkurransetilsynet vil gi foretaket en frist for når foretaket må ha fremskaffet bevisene for å beholde sin prioritet. Dersom foretaket har levert inn bevis som tilfredsstillende vilkårene for lempning innen fristen og vilkårene ellers er oppfylt, vil foretaket få rett til hel lempning. Videre foreslår utvalget at det skal reguleres i lovteksten når tilsynet skal gi skriftlige underrettelser om lempning blir innvilget eller ikke, og om tilbakelevering av bevis som ikke oppfyller vilkårene i lempningsordningen.

### 4.2.4 Foretaksstraff og lempning

Utvalget mener, jf. punkt 6.3.3.3 i utredningen, at risikoen for foretaksstraff og usikkerheten knyttet til om man kan straffes etter å ha fått innvilget lempning, reduserer insentivene for å søke om lempning. Etter gjeldende regelverk vil innvilget lempning for overtredelsesgebyr ikke gi foretakene noen sikkerhet mot straff, ettersom spørsmålet om påtale avgjøres av påtalemyndigheten og ikke av Konkurransetilsynet. Selv om det i dag finnes prosedyrer som søker å bøte på dette, gir ikke disse foretakene full sikkerhet fordi de ikke er rettslig bindende. Utvalget foreslår derfor endringer som reduserer foretakets risiko for en strafferettslig forfølgning etter at foretaket er innvilget lempning. En slik endring vil øke forutberegneligheten for et foretak som vurderer å søke lempning, og dermed også øke insentivene til å søke lempning.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> NOU 2012: 7 side 49.

Utvalget har vurdert to ulike måter å oppnå dette på. Det ene alternativet er å oppheve foretaksstraffen for overtredelser av konkurranse-loven. Det andre alternativet er å la lempningen også gjelde foretaksstraffen ved at hel lempning fører til straffbortfall.

Når det gjelder foretaksstraffen for overtredelser av konkurranse-loven, drøfter utvalget først en rekke momenter som taler for å oppheve denne. Utvalget peker på at det må vurderes om muligheten for straff har en særlig preventiv virkning som kommer i tillegg til risikoen for å bli ilagt et overtredelsesgebyr. Utvalget mener her at det er kombinasjonen av økonomiske sanksjoner overfor foretaket og individuell personstraff som bidrar til den nødvendige avskrekkende effekt.<sup>18</sup> Når det gjelder den avskrekkende virkningen av en økonomisk sanksjon som sådan, peker utvalget på at et overtredelsesgebyr vil ha samme effekt som en strafferettslig bot. Dersom det er størrelsen på den økonomiske sanksjonen og risikoen for å bli ilagt en slik sanksjon som er avgjørende, har det således etter utvalgets mening mindre å si om en økonomisk sanksjon blir ilagt gjennom et strafferettslig system eller som et overtredelsesgebyr.

Utvalget fremhever også at i praksis har ikke foretaksstraff vært benyttet etter gjeldende konkurranselov. Dette kan i følge utvalget tyde på at foretaksstraff er en mindre aktuell sanksjonsform, noe som i seg selv tilsier at foretaksstraffens avskrekkende effekt kan være avtagende. Det er derfor utvalgets oppfatning at dersom en velger å oppheve foretaksstraffen, vil ikke dette i særlig grad redusere den preventive effekten av forbudet i konkurranse-loven § 10.<sup>19</sup>

Utvalget peker også på at dersom foretaksstraffen oppheves, vil ikke dette oppfattes som et signal om at eksempelvis kartell-deltagelse ikke er like alvorlig som andre former for grov økonomisk kriminalitet, ettersom utvalget vil foreslå å videreføre det personlige straffansvaret, jf. omtalen nedenfor i punkt 4.2.5. Utvalget mener således at en videreføring av personstraffen fortsatt innebærer et signal om at overtredelser av konkurranse-loven er en alvorlig form for økonomisk kriminalitet. Utvalget fremhever videre at Konkurransetilsynets adgang til å ilegge gebyrer av en betydelig størrelse også er et klart signal om at overtredelser av konkurranse-loven er en alvorlig form for økonomisk kriminalitet. Utvalget viser her til at gebyrstørrelsen ved overtredelser av konkur-

ranse-loven ikke står tilbake for bøtenivået ved foretaksstraff.

Utvalget mener likevel at straffehjemmelen i seg selv signaliserer at overtredelser av konkurranse-loven er en alvorlig form for økonomisk kriminalitet. Det vises til at en av begrunnelsene som gjerne anføres for et tosporet system, er at foretaksstraffen bør benyttes i de mest alvorlige tilfellene.<sup>20</sup> Utvalget viser til at hvis foretaksstraffen skal anvendes i de mest alvorlige tilfellene, forutsetter dette at foretaksstraffen er en strengere sanksjon enn overtredelsesgebyret. Når det gjelder konkurransesaker, er ikke dette nødvendigvis tilfellet etter utvalgets mening. En straff anses normalt som en strengere sanksjon. Dette gjør seg ikke gjeldende overfor foretak ettersom både overtredelsesgebyret og straffen er en økonomisk sanksjon. Det er heller ikke grunn til å tro at bøtenivået vil ligge høyere enn nivået på overtredelsesgebyrene.

Utvalget viser til at de argumentene som er tatt opp så langt, kan indikere at foretaksstraffen ikke har noen betydelig preventiv verdi ved siden av overtredelsesgebyret som sanksjonsform. Argumentene er etter utvalgets syn likevel ikke i seg selv tilstrekkelige for å oppheve foretaksstraffen og vil ikke være utslagsgivende i valget mellom å oppheve foretaksstraffen eller å la hel lempning føre til straffbortfall.

Utvalget fremhever videre at dagens ordning med et tosporet sanksjonssystem for foretak som overtrer konkurranse-loven, har noen uheldige konsekvenser som kan løses ved å oppheve foretaksstraffen. For det første vil en oppheving av foretaksstraffen føre til at en unngår utfordringer med hensyn til dobbeltstraffforbudet som følger av EMK. For det andre har risikoen for forfølgning i det strafferettslige sporet betydning for effektiviteten av lempningsordningen. Etter utvalgets oppfatning kan denne risikoen imidlertid reduseres ved å oppheve foretaksstraffen, eller ved å utvide virkningen av hel lempning til å omfatte foretakets straffansvar.

Utvalget peker også på at å oppheve foretaksstraffen vil kunne løse noen av utfordringene knyttet til kompetanseforholdet mellom konkurransemyndighetene og påtalemyndigheten som under gjeldende regler preger lempningsordningen. Uten det tosporede sanksjonssystemet vil ikke konkurransemyndighetenes avgjørelser være noe inngrep i påtalemyndighetens kompetanse. Etter utvalgets oppfatning kan utfordringen

<sup>18</sup> NOU 2012: 7 side 49.

<sup>19</sup> NOU 2012: 7 side 49.

<sup>20</sup> Dette har blant annet blitt fremhevet av Sanksjonsutvalget i NOU 2003: 15 side 150.



imidlertid løses uten å oppheve foretaksstraffen ved at straffbortfall for foretaket skjer på de samme objektive vilkår som lempning av overtredelsesgebyret.

På den annen side mener utvalget at å oppheve foretaksstraffen vil kunne medføre noen prosessuelle ulemper i enkeltsaker. I de alvorligste sakene hvor det er aktuelt med straff mot enkeltpersoner, vil prosessen mot foretaket bli håndtert av konkurransemyndighetene og prosessen mot personene bli håndtert av påtalemyndigheten. Dersom foretaksstraffen opprettholdes, kan begge prosessene bli håndtert av påtalemyndigheten.

Utvalget peker videre på at etter gjeldende rett kan foretak bli idømt tap av retten til å delta i anbudskonkurranser ved brudd på konkurranseloven, jf. straffeloven § 29. Det vises til at dette er en strafferettslig sanksjon som Konkurransetilsynet ikke har hjemmel til å ilegge. Utvalget stiller derfor spørsmål om det å oppheve foretaksstraffen, og dermed også det strafferettslige sporet overfor foretak, fører til at rettighetstap som sanksjonsform faller bort for overtredelser av konkurranseloven. Dette beror i følge utvalget i stor grad på om kompetansen til å ilegge rettighetstap kan overføres til Konkurransetilsynet. Dersom rettighetstap anses som straff etter Grunnloven § 96, kan kompetansen ikke overføres til Konkurransetilsynet. Utvalget viser til at Sanksjonsutvalget foreslo i NOU 2003: 15 side 232 en bestemmelse om administrativ ileggelse av rettighetstap. På bakgrunn av sanksjonsutvalgets vurderinger legger utvalget til grunn at et slikt rettighetstap må anses som straff og derfor ikke kan ilegges administrativt.

Utvalget mener som følge av ovennevnte at å oppheve foretaksstraffen kan få som konsekvens at adgangen til å idømme tap av retten til å delta i anbudskonkurranser faller bort. En alternativ løsning er ifølge utvalget å ha med et tillegg om rettighetstap i lovens straffehjemmel. Rettighetstap må i så fall ilegges av en domstol etter tiltale fra påtalemyndigheten. En slik adgang må imidlertid antas å bli lite praktisk ifølge utvalget.

Utvalget påpeker også i denne sammenheng at den som utlyser et anbud etter anskaffelsesforskriften § 20-12 annet ledd bokstav c og d, kan avvise tilbydere som er dømt for straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel eller har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i bransjen.<sup>21</sup> Etter utvalgets oppfatning kan det ikke utelukkes at disse hjemlene gir den som lyser ut et anbud muligheten til å

avvise et tilbud fra et foretak som har overtrådt konkurranselovens forbudsbestemmelser. Departement har i en tolkningsuttalelse til anskaffelsesforskriften uttalt at overtredelse av konkurranseloven er omfattet av denne bestemmelsen.<sup>22</sup>

Utvalget foreslår etter dette at lempningsordningen utvides til også å ha virkning for foretaksstraffen. Begrunnelsen er i følge utvalget at en ved denne løsningen oppnår de formål som er ønskelige og at å oppheve foretaksstraffen kan tolkes som et uheldig signal om alvorligheten av brudd på konkurranseloven § 10. Videre vil en opphevelse av foretaksstraffen kunne føre til at rettighetstap faller bort som en mulig sanksjonsform og til prosessuelle ulemper i saker hvor påtalemyndigheten forfølger enkeltpersoner og Konkurransetilsynet forfølger foretakene.

Utvalget foreslår at dersom vilkårene for lempning av overtredelsesgebyr er oppfylt, skal foretakets straffansvar bortfalle. Utvidelsen av lempningsordningen foreslås dermed innført som et straffbortfall for foretak som oppfyller vilkårene for hel lempning. Den fremste fordelene ved en slik regulering er, ifølge utvalget, at dersom vilkårene for hel lempning er oppfylt, er det ikke tvilsomt hvilke konsekvenser dette har for straffen. Ifølge utvalget vil risikoen for foretaksstraff da ikke være noen tilleggsrisiko for foretaket, slik som i dag.

Utvalget viser for øvrig til sitt forslag til ny § 33 fjerde ledd, som inneholder bestemmelsen om straffbortfall.

#### 4.2.5 Personstraff og lempning

Utvalget starter i utredningens punkt 6.3.3.4 med å vise til en undersøkelse foretatt av Konkurransetilsynet i 2008, som indikerer at det personlige straffansvaret har betydelig preventiv effekt. Videre vil det etter utvalgets oppfatning stride mot kriminalpolitiske hensyn om personer som er ansvarlige for lovovertrедelsen, som hovedregel går fri i saker som anses som alvorlig økonomisk kriminalitet. Utvalget foreslår derfor å videreføre det personlige straffansvaret for overtredelser av konkurranseloven hovedsakelig slik som det er i dag.

Utvalget har vurdert om det kan gjøres endringer i forholdet mellom personstraff og lempnings-

<sup>21</sup> Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser.

<sup>22</sup> Fornynings-, administrasjons- og kirke departementets tolkningsuttalelse 12. januar 2011 om avvising av straffedømte leverandører m.v. i forbindelse med offentlige anskaffelser side 3. [http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse\\_avvisning\\_straffedomte\\_lev.pdf](http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_avvisning_straffedomte_lev.pdf)

ordningen for å øke lempningsordningens effektivitet. Utvalget viser til at som et forsøk på å øke forutberegneligheten for ansatte i foretak som deltar i overtredelser av § 10, har Konkurransetilsynet publisert en uttalelse om at det ikke vil anmelde personer i foretak som innvilges hel lempning.<sup>23</sup> Utvalget er imidlertid av den oppfatning at dette ikke i tilstrekkelig grad avklarer situasjonen for de aktuelle personene, fordi påtalemyndigheten på egenhånd kan iverksette etterforskning overfor enkeltpersoner.

Utvalget foreslår derfor at det gjøres endringer i loven for å øke forutberegneligheten for personer med tanke på risikoen for straff. Utvalget ønsker ikke å foreslå en egen lempningsordning for personer som innebærer at personer må søke om lempning. Dette har sammenheng med at fysiske persons lempningssøknader vil reise en rekke vanskelige spørsmål om motivasjon og fare for misbruk, og om hvilke instanser som skal kunne motta lempningssøknader (for eksempel politiet, Arbeidstilsynet eller Konkurransetilsynet).

Samtidig har utvalget lagt vekt på å foreslå en løsning som avhjelper de problemer som er identifisert ved dagens ordning uten å gå inn på mer omfattende endringer enn strengt nødvendig. Utvalget har således vurdert to ulike alternativer som kan bidra til å øke lempningsordningens effektivitet. Det ene alternativet er å gjøre offentlig påtale betinget av begjæring fra Konkurransetilsynet. Det andre alternativet er å innføre straffbortfall for ansatte og styremedlemmer i et foretak som er innvilget hel lempning.

Utvalget viser til at ordningen med at offentlig påtale skal være betinget av påtalebegjæring fra Konkurransetilsynet, er inspirert av Sanksjonsutvalgets forslag i NOU 2003: 15.<sup>24</sup> Sanksjonsutvalget foreslo en ny § 81 a i straffeprosessloven med følgende ordlyd:

«Når ikke annet er bestemt, er overtredelser som etter loven kan medføre administrativ sanksjon som nevnt i forvaltningsloven § 44, bare undergitt offentlig påtale når forholdet er anmeldt av forvaltningen eller det kreves av allmenne hensyn.

Anmeldelse må være fremsatt senest 1 år etter at forvaltningen er kommet til kunnskap om den straffbare handling og om hvem som har foretatt den.»

Utvalget viser til at begrunnelsen for dette forslaget hovedsakelig var at en slik betinget påtalekompetanse var i overensstemmelse med prinsippet om at det primært er forvaltningen som skal velge mellom et administrativt eller strafferettslig spor i disse sakene. Det at det må foretas et valg mellom sporene, er videre begrunnet i blant annet ønsket om å unngå parallelle etterforskninger. Et krav om anmeldelse fra forvaltningen ville ifølge Sanksjonsutvalget også føre til bedre samsvar mellom praksis og den formelle hovedregelen. Sanksjonsutvalget valgte anmeldelse som betingelse for offentlig påtale i stedet for påtalebegjæring. Hovedbegrunnelsen er at en påtalebegjæring krever at det må tas stilling til skyldspørsmålet, og at det kunne være problematisk for forvaltningen å måtte ta stilling til skyldspørsmålet på et tidlig tidspunkt i etterforskningen. Det vises for øvrig til Sanksjonsutvalgets utredning for en nærmere beskrivelse av begrunnelsen.<sup>25</sup> Begrunnelsen for at også allmenne hensyn kan begrunne offentlig påtale, er ifølge Sanksjonsutvalget behovet for en sikkerhetsventil dersom forvaltningen skulle forholde seg passiv ved alvorlige overtredelser.

Utvalget viser videre til at den foreslåtte fristen i straffeprosessloven § 81 a annet ledd hovedsakelig er begrunnet i et ønske om at valget av hvilket spor saken forfølges i, bør avklares så raskt som mulig. At fristen er foreslått til å være ett år, er begrunnet i at en skal være sikker på at forvaltningsorganet for egen del har etterforsket saken tilstrekkelig til å kunne avgjøre om saken skal anmeldes. Sanksjonsutvalget har påpekt at det kan være vanskelig å avgjøre når fristen begynner å løpe, ettersom formuleringen «kunnskap om den straffbare handling» krever at det anses som sannsynlig at de objektive og subjektive vilkår for straff er oppfylt. Disse vanskelighetene utgjør en del av begrunnelsen for fristens lengde. Begrunnelsen for ikke å foreslå en annen friststart, var at det ikke er lett å finne andre tidspunkter som er egnet og som enklere kan fastslås.

Utvalget ønsker ikke å foreslå en ordning med betinget påtalekompetanse som beskrevet ovenfor, men foreslår i stedet straffbortfall for ansatte i foretak som oppfyller vilkårene for hel lempning. Det foreslås ikke straffbortfall for ansatte i foretak som kun kvalifiserer for delvis lempning.

Utvalget mener at en ordning med straffbortfall i større grad vil øke forutberegneligheten for potensielle lempningssøkere med tanke på mulig personlig straffeforfølgning enn regler om betin-

<sup>23</sup> Konkurransetilsynets uttalelse om unnlattelse av å anmelde i saker om lempning av 6. mars 2008.

<sup>24</sup> NOU 2003: 15 side 160-163.

<sup>25</sup> NOU 2003: 15 side. 161.

get påtale.<sup>26</sup> Etter utvalgets oppfatning kompliserer risikoen for å bli strafforfulgt personlig dagens lempningsordning. Utvalget mener at lempningsordningens effektivitet økes dersom en person i et foretak som ønsker å søke lempning på vegne av foretaket, ikke selv risikerer straff.

Utvalget mener videre at straffbortfall for personer i foretaket sikrer et godt samarbeid med ansatte i det foretaket som søker om lempning. Endelig mener utvalget at bortfall av et personlig straffansvar vil kunne bidra til å lette intern varsling av overtredelser som foretak vil kunne inkorporere i sine varslerprogrammer (compliance).

Det fremheves av utvalget at disse hensynene kun begrunner straffbortfall for ansatte i foretak som innvilges hel lempning. Det er overfor foretak som vurderer å bryte ut av et konkurransebegrensende samarbeid, at det er viktig å bedre forutberegneligheten for å øke insentivene for å søke om lempning. Videre mener utvalget at strafferettens regler om strafferabatt, som følge av samarbeid for å oppklare overtredelsen, ivaretar interessene til ansatte i de øvrige foretakene.

Utvalget viser også til at det i tidligere høring om lempningsordningen har blitt reist kritiske innvendinger mot å gi et forvaltningsorgan kompetanse over påtalespørsmålet. Dette reiser prinsipielle spørsmål om forholdet mellom forvaltningen og påtalemyndigheten. Utvalget mener at ved å innføre straffbortfall for ansatte i foretak som innvilges full lempning, unngår en at et forvaltningsorgan gis kompetanse på et område som tradisjonelt tilhører påtalemyndigheten. Dette skyldes at straffbortfallet vil følge av lov og være betinget av at foretaket oppfyller nærmere bestemte vilkår.

Utvalget viser til at forslaget om straffbortfall vil innebære at den som kvalifiserer for det, ikke kan straffes etter den aktuelle straffehjemmel. Videre peker utvalget på at en viktig forskjell på straffbortfall og lempning er at dersom en skulle innføre lempning av personstraff, eller gjøre påtale betinget av anmeldelse fra Konkurransetilsynet, ville det til en viss grad bero på påtalemyndighetens eller Konkurransetilsynets skjønn om det skal innvilges lempning for straffansvaret. Ved innføringen av straffbortfall vil derimot straffansvaret falle bort etter mer objektive vilkår. En annen forskjell er at ved lempning stadfestes det en overtredelse, og det utmåles et gebyr som det gjøres unntak fra. Ved straffbortfall vil det derimot ikke utmåles noen straff overfor personen, som det så gjøres unntak fra, fordi personen ikke kan straffes for overtredelsen. En siste forskjell er at

et straffbortfall ikke vil være betinget av at personen har søkt om lempning. Personer ansatt i foretaket vil oppnå straffbortfall som en følge av at vilkårene for hel lempning er oppfylt.

Utvalget foreslår at ordningen også skal omfatte tidligere ansatte. Begrunnelsen for dette er i følge utvalget langt på vei den samme som for nåværende ansatte. Tidligere ansattes samarbeid kan ofte være viktig i Konkurransetilsynets etterforskning av karteller og andre former for horisontalt samarbeid. Dersom den tidligere ansatte risikerer straff for sin deltagelse i samarbeidet, vil dette redusere samarbeidsviljen. Et skille mellom nåværende og tidligere ansatte, hvor begge har vært aktive i foretakets deltakelse i et horisontalt samarbeid, vil etter utvalgets oppfatning også kunne innebære en uheldig forskjellsbehandling av to like straffverdige forhold. En kan for eksempel få en situasjon hvor den som har opptrådt mest straffverdig, men fortsatt er ansatt i foretaket går fri, mens en tidligere ansatt som har deltatt i overtredelsen straffes. Utvalget mener også at foretaket ikke gjennom oppsigelser eller avskjedigelse skal kunne styre hvem som kan straffes og hvem som ikke kan straffes.

Utvalget peker videre på at tidligere ansatte og tidligere styremedlemmer senere kan ha blitt ansatt eller utnevnt som styremedlem i andre foretak som deltar i overtredelsen. Spørsmålet er om disse personene, dersom de i et senere ansettelsesforhold eller som styremedlemmer i et nytt foretak deltar i overtredelsen, skal innvilges straffbortfall. Utvalget foreslår at straffbortfallet kun gjelder for det foretaket som innvilges full lempning.

Utvalget har også vurdert om det skal stilles krav til den enkelte ansattes samarbeidsplikt for at vedkommende skal være omfattet av lempningen og kommet til at det ikke bør oppstilles et slikt krav. Begrunnelsen for ikke å stille krav til samarbeidsplikten er for det første et ønske om en enklest mulig ordning. En viktig begrunnelse for innføringen av straffbortfall er å øke insentivene til å søke om lempning. Dette oppnås i større grad med klare regler for foretakets ansatte. En annen begrunnelse er at foretakets samarbeidsplikt, som er vilkår for innvilgelse av lempning av foretakets ansvar, også stiller krav til de ansattes samarbeid.

Utvalget viser til at som ansatte i foretaket regnes alle arbeidstakere i det aktuelle foretaket og ikke bare personer i ledende stillinger. Straffbortfall bør i følge utvalget også omfatte personer i foretakets styre, fordi styremedlemmer kan ha vært aktive i foretakets deltagelse i et horisontalt samarbeid.

<sup>26</sup> NOU 2012: 7 side. 52.

Utvalget viser for øvrig til sitt forslag til ny § 33 fjerde ledd som inneholder bestemmelsen om straffbortfall.

#### 4.2.6 Lempning og vertikale avtaler

Utvalget viser i utredningens punkt 6.3.3.5 til at konkurranseloven § 31 gir adgang til lempning av overtredelsesgebyr for overtredelser av § 10. Det pekes på at bestemmelsen ikke sier noe om at lempning kun gjelder gebyrer for horisontalt samarbeid (samarbeid mellom foretak i samme omsetningsledd), eller om det også kan innvilges lempning av gebyrer for vertikalt samarbeid (samarbeid mellom foretak i ulike omsetningsledd). Utvalget viser til at det i NOU 2003: 12 s. 138 er det påpekt at lempning bør rettes mot alvorlige karteller. Samtidig påpekes det her at det ikke kan utelukkes å anvende lempningsadgangen i andre tilfeller. Videre viser utvalget til at det etter utmålingsforskriften § 4 på nærmere angitte vilkår skal gis hel lempning dersom et foretak fremlegger bevis for en overtredelse av § 10. Bestemmelsens ordlyd avgrenser ikke mot andre overtredelser enn karteller. Heller ikke merknadene til forskriften tilsier at lempning kun skal gis i alvorlige kartellsaker. I høringsnotatet til forskriften er det imidlertid pekt på at lempning hovedsakelig vil være aktuelt i alvorlige kartellsaker.<sup>27</sup> Forskriftens ordlyd synes likevel å gi rett til lempning i vertikale forhold. Etter utvalgets oppfatning kan det stilles spørsmål ved om det bør være adgang til lempning i vertikale forhold. Behovet for lempning som insentiv til å avdekke vertikale konkurransebegrensende forhold er begrenset, siden denne typen bindinger ofte vil være offentlig kjent i markedene. Utvalget mener videre at lempning i vertikale relasjoner kan være uheldig, fordi lempningssøker kan være det ledende foretaket i samarbeidet. Dette gjelder for eksempel en produsent som pålegger sine distributører å anvende bestemte priser. Utvalget viser til at forskrift om overtredelsesgebyr § 4 annet ledd bokstav c riktignok åpner for å gjøre unntak fra lempningen dersom foretaket har «søkt å tvinge» andre foretak til å delta i overtredelsen. Men utvalget mener imidlertid at det ikke er sikkert at kravet om å søke å tvinge, er oppfylt selv om en produsent får sine distributører til å anvende bestemte priser, å dele markedet eller lignende.

På den annen side mener utvalget at et samarbeid kan både ha horisontale og vertikale elementer, uten at det bør føre til at lempning er uaktuelt.

Utvalget legger etter dette til grunn at lempning normalt bare vil være aktuelt for karteller og lignende overtredelser av loven, men har ikke funnet grunn til å avgrense mot vertikale relasjoner i lovteksten.

#### 4.2.7 Lempning og erstatning

Utvalget har i utredningens punkt 12.2.4 vurdert om innvilget hel lempning også bør omfatte erstatningsansvar.

Utvalgets *flertall*, bestående av medlemmene *Hammerstad, Sundet, Søyland og Norheim*, mener at det ikke er grunnlag for å innføre en ordning med lempning av erstatningsansvar. Det er på det rene at bruken av lempning øker både i Norge og ikke minst i EU, til tross for en potensiell risiko for erstatningssøksmål. Det synes således usikkert hvilken virkning et slikt forslag faktisk vil ha for lempningsinstituttet. Samtidig er det viktige hensyn som taler mot lempning av erstatningsansvar. Forskjellen mellom lempning av overtredelsesgebyr/straff og erstatning, er at i det første tilfellet frasier staten seg en rett til å påføre overtrederen gebyr og straff for å oppnå større avdekking av lovbrudd, mens en lempning av erstatningsansvar fratar en tredjepart en mulighet til å kreve erstatning for sitt tap fra den som får full lempning.

*Flertallet* mener også at andre viktige hensyn taler mot en slik lempning. Ved lempning av både overtredelsesgebyr og erstatningsansvar vil et foretak som søker lempning ikke bare gå fri fra straff og gebyr, men også kunne sitte igjen med en betydelig gevinst som følge av det ulovlige samarbeidet. Det ulovlige samarbeidet kan da fremstå som risikofritt, noe som kan gi foretakene uheldige insentiver til slikt samarbeid. En slik «premiering» av lempningssøker kan også fremstå som støtende for den alminnelige rettsfølelsen. Lemping av erstatningsansvar kan også få uheldige konsekvenser for den etterfølgende konkurransen i markedet. Hvis et kartellsamarbeid består av et stort og et lite foretak, og det store foretaket søker lempning, kan det lille foretaket gjennom solidaransvaret risikere å måtte dekke hele tapet for kundene i tillegg til overtredelsesgebyret. Dette foretaket kan da bli svært svekket økonomisk eller i verste fall gå konkurs. Det vil kunne redusere konkurransen i markedet i strid med konkurranselovens formål.

Flertallet legger også vekt på at det er usikkert i hvilken retning EU vil gå i dette spørsmålet.

<sup>27</sup> Høringsnotat 29. juni 2004 om forslag til forskrift om lempning av overtredelsesgebyr s. 3.

Utvalget er i mandatet bedt om å ta hensyn til harmonisering av norsk rett med EU/EØS-retten. Det synes uansett naturlig å avvente en ytterligere vurdering av dette spørsmålet inntil det foreligger en avklaring på EU/EØS-nivå.

*Mindretallet*, bestående av utvalgsleder *Hjelmeng* og medlemmene *Sørgard* og *Skaar* foreslår at lempningsinstituttet utvides til også å gjelde sivilrettslig ansvar. Mindretallets forslag søker å avbøte en mangel i lempningssystemet som skyldes koordineringsproblemer mellom ulike former for håndhevelse av loven. Mindretallet er også av den oppfatning at mindre vidtgående løsninger, for eksempel at et foretak som er innvilget hel lempning bare skjermes for solidaransvaret og bare blir ansvarlig overfor egne kunder, ikke går langt nok i å ta konsekvensene av logikken bak lempningsordningen. Skal ordningen virke etter sin hensikt, må den utover erstatningsansvar også omfatte eventuelle restitusjonskrav. Utvalgets mindretall legger til grunn at en overpris betalt til et kartell også vil kunne kreves tilbakebetalt på avtalerettslig grunnlag, basert på delvis ugyldighet og alminnelige prinsipper om restitusjon ved lovstrid, eventuelt gjennom en anvendelse av andre avtalerettslige regler som avtaleloven § 33 og § 36 eventuelt pristiltaksloven § 2, jf. § 6. Disse vil utgjøre alternative hjemler for tilbakeføring av overprisen.

På denne bakgrunn foreslår mindretallet at det inntas i konkurranseloven § 30 nytt siste ledd:

«Foretak som er innvilget hel lempning, er ikke forpliktet til å tilbakebetale overpris eller betale annen erstatning grunnet på den overtredelsen det er innvilget lempning for.»

Der EØS-reglene er overtrådt, vil det kunne være i strid med EØS-avtalens prinsipper om effektiv rettighetsbeskyttelse å innskrenke erstatningsmuligheten. Utvalgets *mindretall* anser ikke at forslaget gjør det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å oppnå erstatningsdekning, idet forslaget bare innebærer at kravet kanaliseres til de øvrige kartelldeltakerne. Mindretallet vil likevel ikke foreslå at lempning skal omfatte erstatningskrav etter EØS-retten. I denne vurderingen spiller det også inn at med det iboende grenseoverskridende elementet som er til stede i saker hvor EØS-reglene kommer til anvendelse, vil det uansett ikke oppnås full sikkerhet mot erstatningskrav. Dette fordi foretak risikerer søksmål også i jurisdiksjoner utenfor Norge.

#### 4.2.8 Foreldelsesregler for erstatningsansvar

Utvalget har i utredningens punkt 12.2.4 vurdert regler om foreldelse, som også har vært gjenstand for behandling i EU. Erstatning for brudd på konkurransereglene foreldes etter de alminnelige reglene i foreldelsesloven. Hovedregelen er at krav foreldes tre år etter at skadelidte fikk eller burde fått kjennskap til kravet. Utvalget ser ikke grunn til å foreslå endringer i denne regelen. Foreldelsesloven inneholder også en særregel i straffesaker om at kravet foreldes tidligst ett år etter at straffesak ble avsluttet, jf. foreldelsesloven § 11. Utvalget viser til at der en overtredelse av konkurranseloven blir påtalt og straffet, vil kravet således ikke foreldes før tidligst ett år etter at straffesaken er avsluttet/forelegg vedtatt. Dette gjelder imidlertid ikke der Konkurransetilsynet ilegger overtredelsesgebyr, som senere blir stadfestet av en domstol.

Et samlet utvalg ser det som uheldig at konkurransemyndighetenes valg av sanksjonsspor skal påvirke foreldesspørsmålet. Utgangspunktet må være at private skal ha de samme dekningsmuligheter uavhengig av hvordan myndighetene velger å håndtere saken, med mindre eksistensen av private krav representerer en hindring for effektiv offentlig håndheving. Samtidig kan det ikke utelukkes at muligheten for private søksmål vil kunne føre til at private selv velger å anmelde, eller at det legges press på Konkurransetilsynet vedrørende valg av sanksjonsspor. Et samlet utvalg vil derfor foreslå at krav om erstatning for brudd på konkurranseloven tidligst foreldes ett år etter at saken er rettskraftig avgjort, uavhengig av hvilket sanksjonsspor som følges. Hvis Konkurransetilsynet velger å ikke forfølge saken, vil de alminnelige foreldelsesreglene gjelde.

Utvalget foreslår at det inntas en ny særbestemmelse om foreldelse i ny konkurranseloven § 34:

«Foreldelse

For erstatningskrav etter denne lov gjelder foreldelsesloven § 11 tilsvarende så langt den passer.»

### 4.3 Høringsinstansene

I dette avsnittet vil departementet redegjøre for hovedtrekkene i høringsinstansenes syn på utvalgets forslag som beskrevet ovenfor i punkt 4.2. I all hovedsak støtter høringsinstansene lovutvalgets forslag.

ØKOKRIM kan ikke slutte seg til utvalgets forslag om å innføre hel lempning av straffansvar i form av straffbortfall. Det pekes innledningsvis på at det på side 47 i utredningen om departementets høringsnotat av desember 2008 med forslag om å utvide nedslagsfeltet for lempning fullt ut i begge sanksjonsspør er vist til at «ØKOKRIM støttet forslaget til endring av § 31, selv om det vil utgjøre et radikalt avvik fra det som ellers gjelder i strafferetten». Forholdet er imidlertid at Økokrim i sin høringsuttalelse av 2. mars 2009 skrev følgende: «... en adgang til lempning av straffansvar slik som foreslått, vil utgjøre et radikalt avvik fra det som ellers gjelder i strafferetten, jf. blant annet bestemmelsen om såkalt strafferabatt ved tilståelser med videre i straffeloven § 59 andre ledd. Det kan kanskje også være spørsmål om behovet for adgang til lempning som foreslått, nødvendigvis er så kvalifisert annerledes på dette området enn i forhold til avdekking av for eksempel korrupsjon. Vi lar disse mer prinsipielle sidene ved høringssaken ligge, og inntar et mer praktisk ståsted i den følgende.» Når ØKOKRIM støttet departementets forslag, var det altså uten å gå inn i de spørsmålene som reiser seg ut fra det ovenfor siterte.

Videre påpeker ØKOKRIM at begrepet straffbortfall er innarbeidet i strafferetten, hvor det knyttes opp mot omstendigheter i selve begivenhetsforløpet rundt det straffbare forholdet. Eksempler er jevnbyrdighet i alder og utvikling ved enkelte seksualovertrædelser, jf. blant annet straffeloven § 195 siste ledd, og tilbaketreden fra straffbart forsøk, jf. straffeloven § 50. I forslaget her derimot, knyttes begrepet opp mot en etterfølgende omstendighet i forholdet til de offentlige myndighetene som håndhever regelverket. Slik sett er det ikke gitt at begrepet er det beste.

ØKOKRIM antar, som i utredningen, at en økt formell sikkerhet og forutberegnelighet for potensielle lempningssøkere vil styrke lempningsprogrammet og derigjennom kartellbekjempelsen. Men ØKOKRIM stiller spørsmål ved hvor stor denne styrkingen vil bli med de foreslåtte reglene contra dagens tilstand.

ØKOKRIM uttaler at i denne sammenheng er det av interesse at Konkurransetilsynet skal ha mottatt to lempningssøknader i løpet av de fire første årene etter at lempningsinstituttet ble innført i Norge, mens det skal ha mottatt ni lempningssøknader mellom 2008, da orienteringen fra Konkurransetilsynet av 6. mars d.å. ble gjort kjent, og 2011. ØKOKRIM savner en nærmere utredning av dette. Det har antakelig også en viss interesse i hvilken grad den gjeldende danske ordningen

med lempning, også av straffansvar, har ført til flere lempningssøknader.

Uansett mener ØKOKRIM at det ikke kan bli tale om noen fullstendig forutberegnelig sikkerhet for potensielle lempningssøkere for at de vil unngå strafforfølgning i forbindelse med et kartell. På samme måte som dagens praksis begrenser seg til overtredelser av konkurranseloven, vil den foreslåtte ordningen med straffbortfall være begrenset til overtredelser av konkurranseloven. For andre straffbare handlinger som eventuelt har funnet sted i forbindelse med kartellet, vil straffansvaret bestå. Ut fra det ØKOKRIM kan se, vil det i store kartellsaker neppe være urealistisk at det i tillegg til konkurranselovovertrædelser kan forekomme overtredelser av straffeloven, regnskapslovgivning med mere. ØKOKRIM viser til at det grunnleggende problemet med det dobbeltsporede systemet er forholdet mellom lempning og straffansvar. For så vidt gjelder det strafferettslige foretaksansvaret, er ØKOKRIM enig med utvalget i at en opphevelse av foretaksstraff ikke i særlig grad vil redusere den preventive effekten av de forbud som i dag kan medføre straff ved overtrædelse.<sup>28</sup> ØKOKRIMs vurdering i dag er at en avkriminalisering av konkurranseloven for foretaks vedkommende neppe vil oppfattes som noe viktig signal om at kartell ikke er like alvorlig som andre former for grov økonomisk kriminalitet. At en oppheving av foretakstraffen vil kunne medføre noen prosessuelle ulemper i enkeltsaker hvor påtalemyndigheten etterforsker med tanke på straffansvar for fysiske personer (utredningen side 50), står derimot klarere for Økokrim. Spørsmålet er imidlertid hvor mye dette bør vektlegges. I alle fall er det lite praktisk i dag å se for seg at politiet etterforsker en kartellsak uten tett samarbeid med og omfattende involvering fra Konkurransetilsynet. For så vidt gjelder utestengelse fra anbudskonkurranser og andre avledede reaksjoner burde man etter Økokrim sitt syn først finne riktig løsning med hensyn til spørsmålet om straffansvar eller ikke for så å vurdere endringer i reglene om slike avledede sanksjoner – ikke omvendt. Etter ØKOKRIMs syn er det grunn til å vurdere om ikke problemet – for så vidt gjelder foretaksstraffansvaret – løses best ved at det fjernes.

ØKOKRIM mener at det vil stride mot kriminalpolitiske hensyn om de personer som er ansvarlig for lovovertrædelsen som hovedregel går fri i saker som anses som alvorlig økonomisk kriminalitet<sup>29</sup> selv om den preventive effekten

<sup>28</sup> Utredningen side 49.

også kan diskuteres i lys av at ingen personer så langt er idømt fengselsstraff for konkurranselovbrudd i Norge. Men etter ØKOKRIMs syn kunne de ovennevnte spørsmålene om hvor mye mer forutberegnelighet lempningsordningen bør gis, vært utredet dypere og mer konkret før en innfører en ordning som avviker så radikalt fra straffetretten for øvrig.

ØKOKRIM ser også spørsmålene i forlengelsen av at en (tidligere) ansatt som er ansvarlig som hovedmann for alvorlige straffbare handlinger, skal unngå straffansvar uten at vedkommende selv har villet samarbeide med myndighetene om oppklaring av saken (men kanskje snarere har motarbeidet slike undersøkelser), fordi foretaket gjennom andre ansattes innsats har kommet i posisjon for hel lempning.

ØKOKRIM har videre vanskelig for å se at det alternativet som utvalget drøfter på side 51, med en ordning hvor offentlig påtale av konkurranseovertrедelser gjøres betinget av Konkurransetilsynets påtalebegjæring, ikke kan være et vel så godt alternativ som lempning av personstraff.

*Justis- og politidepartementet (JD)* har ingen klare preferanser med hensyn til de ulike alternativer som utvalget skisserer for å effektivisere lempningsinstituttet og styrke Konkurransetilsynets mulighet til å avdekke overtrедelser av konkurranseloven § 10 (utredningen punkt 6.3.3). En avkriminalisering vil fjerne problemet med dobbeltforfølgning og avklare kompetanseforholdet mellom påtalemyndigheten og Konkurransetilsynet og har også ellers noen retts tekniske fordeler.

JD påpeker videre at når det gjelder alternativet bortfall av straffansvar for foretak som innrømmes hel lempning, så synes ikke utvalget å ha tatt klar stilling til om et vedtak om lempning skal sperre for etterfølgende straffeforfølgning for samme forhold. Hvis dette undersøkes nærmere og besvares positivt, har JD ikke innvendinger mot at konsekvensen tydeliggjøres (utkastet til § 33). JD mener imidlertid at ordlyden i § 33 «Foretaksstraff idømmes ikke» er noe uklar. Det bør fremgå av bestemmelsen at virkningen er straffbortfall. Videre viser JD til at etter forslaget vil et foretak som søker om lempning ha et rettskrav på dette dersom de oppfyller vilkårene. Derfor bør det gis en beskrivelse av de regler som vil gjelde for informasjonsutveksling og koordinering mellom konkurransemyndighetene og påtalemyndigheten med hensyn til innkomne søknader om

lempning. Dette vil særlig gjelde forholdet til Konkurransetilsynets taushetsplikt.

Endelig mener JD i tilknytning til utredningen punkt 6.3.3.4 at det ikke er åpenbart, slik som utvalget foreslår, at reglene om straffbortfall bør være de samme for tidligere som for nåværende ansatte. Bare nåværende ansatte kan søke om lempning på vegne av foretaket. Resonnementet om at personer kan avstå fra å søke om lempning på grunn av risiko for personlig ansvar er således ikke nødvendigvis helt treffende for tidligere ansatte. JD ser at det etter forslaget fra utvalget skal være et vilkår for hel lempning at foretaket fullt ut samarbeider med Konkurransetilsynet, og slik at «nåværende, og om mulig tidligere ansatte og ledere i foretaket (holdes) tilgjengelig for forklaringsopptak». Med en forutsetningsvis begrenset samarbeidsplikt for tidligere ansatte, er det muligens noe urimelig at denne gruppen skal nyte godt av straffbortfall. JD er videre positiv til at lempningsreglene tas inn i lovteksten. De mener også saksbehandlingsreglene bør inn i loven.

*Konkurransetilsynet* støtter utvalgets forslag. Forslaget vil effektivt kunne motvirke at trusselen om straff hindrer personer i å søke om lempning på vegne av foretaket. Konkurransetilsynet har søkt å øke insentivene for lempning gjennom en uttalelse om at det normalt ikke vil anmelde enkeltpersoner som er ansatt i et foretak som oppfyller vilkårene for lempning, hel eller delvis lempning. En utrykkelig regel om straffbortfall vil gi forutberegnelighet på dette området på en helt annen måte enn etter gjeldende rett. Dersom vilkårene er oppfylt, vil det etter forslaget ikke lenger være tvilsomt hvilke konsekvenser dette har for et eventuelt straffansvar. Etter forslaget inntreffer straffbortfall automatisk etter mer objektive kriterier. At bestemmelsen utformes som en regel om straffbortfall, sikrer dessuten at man unngår den prinsipielle diskusjonen knyttet til forholdet mellom forvaltningens og påtalemyndighetens kompetanse. Innvendingene mot dette ble reist fra flere av høringsinstansene i forbindelse med departementets høring av forslag til nye regler om lempning i 2008.

Når det gjelder forslaget om å løfte lempningsreglene inn i loven peker Konkurransetilsynet på at lempning blir et stadig viktigere verktøy i arbeidet med å håndheve konkurranselovgivningen. Det vil derfor fremstå naturlig dersom disse reglene fremgår av loven. Når det gjelder vurderingen av lempning i vertikale forhold, deler Konkurransetilsynet utvalgets oppfatning av at lempning normalt bare vil være aktuelt for karteller og lignende overtrедelser av loven.

<sup>29</sup> Utredningen side 51.

For spørsmålet om det foretaket som innvilges hel lempning også skal gis lempning i erstatningsansvaret, ser tilsynet at forslaget har potensial til å kunne bidra til et mer effektivt lempningsinstitutt. Konkurransetilsynet er imidlertid ikke overbevist om at en slik utvidelse av lempningsinstituttet faktisk vil gi slike gevinster. Det viser til at antallet lempningssøknader stiger til tross for risikoen for erstatningssøksmål. Videre foreslår utvalget andre og mer målrettede tiltak for å effektivisere lempningsinstituttet, og det kan argumenteres med at det ikke er behov for ytterligere tiltak med mer usikre virkninger. Det kan også reises prinsipielle innvendinger mot en ordning som kan påvirke private parters mulighet til å få dekket sine tap. Videre er tilsynet bekymret for den signaleffekt ordningen kan gi og at ulovlig samarbeid kan fremstå som tilnærmet risikofritt. Tilsynet mener at det på det nåværende tidspunkt ikke foreligger tilstrekkelig behov for å utvide lempningsinstituttet til å omfatte erstatningsansvar. Det vil være fornuftig å avvete virkningen av de øvrige tiltakene samt utviklingen i EU før det eventuelt vurderes å innføre en slik særregel.

Tilsynet er for øvrig enig i at det er uheldig at myndighetenes valg av sanksjonsspor påvirker hvilken foreldelsesfrist som gjelder for private erstatningskrav. Tilsynet støtter derfor forslaget fra utvalget om at foreldelsesfristen for erstatningskrav for overtredelse av konkurranseloven tidligst utløper ett år etter at saken er rettskraftig avgjort slik det er i straffesaker.

*Forbrukerrådet* fremhever at samfunnet må se alvorlig på overtredelse av konkurranseloven fordi de alvorlige tilfellene av brudd fører til at enkelte aktører beriker seg illojalt på kundenes og samfunnets bekostning. Slike brudd må derfor likestilles med annen økonomisk kriminalitet. Forbrukerrådet mener derfor at det er behov for reaksjoner på overtredelser og at disse må være strenge. Trenden internasjonalt går også i retning av økt kriminalisering av brudd på konkurranseregler. Forbrukerrådet er derfor tilfreds med at det foreslås en videreføring av konkurranselovens sanksjonssystem med noen justeringer.

Forbrukerrådet støtter utvalgets forslag som vil øke lempningsordningens effektivitet. Dette vil føre til oppklaring av flere lovbrudd og på sikt også redusere insentivene til å bryte konkurranseloven.

Videre mener Forbrukerrådet at det ikke er grunnlag for å utvide lempningsordningen til å omfatte erstatningsplikt. Hensynet til tredjemanns krav må veie langt tyngre enn potensielle forbe-

dringer i muligheten til å avdekke flere brudd på konkurranseloven.

*Forbrukerombudet* deler utvalgets syn om at overtredelsesgebyr bør videreføres som sanksjon for overtredelser av konkurranseloven. Behovet for å innføre et tosporet system på konkurranserettens område ble utførlig behandlet i punkt 8.3 i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004). Forbrukerombudet legger til grunn at de samme behovene i stor grad begrunner utvalgets forslag om en videreføring av dette systemet og viser spesielt til redegjørelsen i punkt 6.2.1 i NOU 2012: 7. Videre er det avgjørende at dagens tosporede sanksjonssystem videreføres fordi forvaltningen, herunder Forbrukerombudet og Konkurransetilsynet, har et behov for at lovbrudd kan håndheves og sanksjoneres raskt og effektivt. En effektiv og reell håndhevingsmulighet av regelverket var også hovedformålet med innføring av det tosporede sanksjonssystemet både i konkurranseloven og markedsføringsloven.

Forbrukerombudet støtter en samordning av foreldelsesfristen i de to sanksjonssporene, men stiller spørsmål ved om ett år er tilstrekkelig, eller om det bør settes en lengre minstefrist. Videre bør det være en naturlig følge av at forbrukerwelferdsstandarden legges til grunn for konkurranseloven at forbrukerne skal kunne kreve erstatning for påførte tap. Utvalget har ikke foreslått særregulering i konkurranseloven. Forbrukerombudet mener at det bør utredes nærmere og ses i sammenheng med arbeidet i EU.

*Finans Norge (FNO) og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)* støtter utvalgets forslag. NHO mener at lempningsinstituttet har en positiv effekt og gir bedrifter mulighet til å ta ansvar og bryte ut av et ulovlig samarbeid. Lempningsinstituttet, slik det er i dag, gir både bedrifter og personer en viss uforutsigbarhet i forhold til straffesvaret som kan påløpe. Dette vil kunne redusere insentivene til å søke om lempning. NHO er positive til utvalgets forslag som vil forenkle sameksistensen mellom straffesporet og det administrative sporet (overtredelsesgebyr). Det fremheves også at fordelene med utvalgets forslag er at dersom vilkårene for hel lempning er oppfylt, vil det ikke være tvilsomt hvilke konsekvenser dette har for straffen.

NHO fremmer også et nytt forslag som utvalget ikke har tatt opp om en lovfesting av at avvisning fra anbudskontrakter bortfaller ved hel lempning. I dag kan et foretak bli idømt tap av retten til å delta i anbudskonkurranser, jf. straffeloven § 29. Som utvalget har pekt på, kan også en oppdragsgiver etter anskaffelsesforskriften § 11-10 (2), bok-



stav c og d og § 20-12 (2) bokstav c og d avvise tilbydere som er dømt for straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel, eller har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i bransjen. NHO er enig med utvalget i at det ikke kan utelukkes at disse hjemlene gir oppdragsgiver muligheten til å avvise et tilbud fra et foretak som har overtrådt konkurranselovens bestemmelser. Bedrifter som lever av å levere tilbud til det offentlige, vil kunne være svært tilbakeholdne med å be om lempning fordi tap av muligheten til å delta i anbudskonkurranser oppfattes som en alvorlig situasjon hvor bedriften i verste fall kan risikere å gå konkurs. NHO ser denne sammenblandingen som svært uheldig. NHO viser for øvrig til at det pågår en diskusjon i EU om privat håndheving, og mener det er fornuftig å avvente eventuelle lovregler til man ser hva forslaget blir der. For øvrig støtter FNO forslaget om å løfte vilkårene for lempning fra forskrift til lov.

*Arbeidsgiverforeningen Spekter* er positiv til at utvalget har gjort en så omfattende drøfting av sanksjonssystemet.

*Den Norske Advokatforening* er skeptiske til forslaget om at det tosporede sanksjonsregimet opprettholdes. Med innføringen av adgangen for Konkurransetilsynet til å ilegge administrative sanksjoner, har riktignok straffesanksjonen trådt mer i bakgrunnen. Men dagens regime skaper en rekke utfordringer i forhold til alminnelige strafferettslige prinsipper. Dette gjelder for eksempel i forhold til lempningsinstituttet og forbudet mot selvinkriminering. Det er mer ryddig om ett sanksjonsspor blir valgt.

Under forutsetning av at dagens tosporede system opprettholdes, har Advokatforeningen noen merknader. Erfaringer fra utlandet viser at en lempningsadgang medfører at en rekke ulovlige forhold kommer frem i lyset og blir brakt til opphør. I Norge synes imidlertid ikke innføringen av lempningsinstituttet å ha hatt samme effekt. Det tosporede sanksjonssystemet kan ha vært en medvirkende årsak til dette. Advokatforeningen støtter derfor forslaget om straffbortfall for foretak. De prinsipielle innvendingene som har vært reist tidligere i denne sammenheng, bør ikke medføre at en ordning som dette ikke kan innføres i Norge. Det administrative sporet er det primære sporet i konkurransesaker i dag. En lempningssøknad vil i dag normalt føre til administrativ etterforskning og sanksjonering, eventuelt i form av et lempningsvedtak. Etter Advokatforeningens syn medfører forbudet mot dobbeltstraff i EMK at et vedtak om lempning i administrativ bot, sperrer

for foretakstraff. Er det først gjort et lempningsvedtak er det strafferettslige sporet avskåret. Sanksjonssporet overfor foretak er dermed allerede begrenset til tilfeller der en lempningssøknad blir innvilget. Det synes imidlertid ikke å være noe reelt behov for at myndighetene etter å ha mottatt en lempningssøknad som oppfyller lovens krav til hel lempning, skal kunne velge å forfølge denne enten administrativt med nevnte følger eller strafferettslig. Et slikt system medfører tvert om at den rettslige virkningen av en lempningssøknad blir usikker selv der foretaket oppfyller lovens krav til lempningssøknader. Det vil gjøre det mindre attraktivt å søke lempning og dermed vanskeligere å oppnå de positive virkningene lempningsinstituttet er ment å fremme.

Det er Advokatforeningens erfaring at det personlige straffansvaret tillegges stor betydning av ledere og ansatte i forbindelse med konkurransesaker, herunder i forbindelse med spørsmålet om en lempningssøknad. Ledere og ansatte i foretak som søker om lempning, er ikke på samme måte som foretaket selv beskyttet mot straffeforfølgning i kraft av forbudet mot dobbeltstraff hvis lempning innvilges. De tiltak som allerede er implementert, blant annet i form at Konkurransetilsynets uttalelse fra 2008, medfører at den faktiske risiko for personlig strafforfølgning av ledere og ansatte i foretak som søker om lempning, antagelig er begrenset. Men det gjenstår en usikkerhet som kan påvirke valget av å søke lempning eller ei. Dette skyldes at de enkeltpersoner som løper risiko for straff samtidig kan være beslutningstakere i forbindelse med en eventuell lempningssøknad. Utvalget har i utredningen gjengitt erfaringer fra Tyskland om forskjellen i antall lempningssøknader i situasjoner der overtredelsen er straffesanksjonert og der den ikke er det. Dette kan tyde på at det begrensede antallet lempningssøknader i Norge kan ha en direkte sammenheng med det personlige straffansvaret. Advokatforeningen er derfor enig i utvalgets forslag om bortfall av det personlige straffansvaret. Innføringen av en slik regel vil medføre at forholdet til risiko for det personlige straffansvaret i foretakets interesseavveining i forbindelse med en beslutning om å søke lempning, vil gå fra et moment som taler mot lempning til et argument for å søke om lempning.

Når det gjelder den nærmere avgrensningen av personkretsen for straffbortfall, er Advokatforeningen enig i at ovennevnte hensyn veier tyngst i forhold til foretak som søker om hel lempning, selv om tilsvarende insitament kan være relevante for foretak som søker delvis lempning.

Følgelig er det ikke like sterke grunner til å utvide straffritaket til ansatte i foretak som kun kvalifiserer til delvis lempning. Advokatforeningen legger imidlertid til grunn at et samarbeid med Konkurransetilsynet med hensyn til å avdekke egne eller eget foretaks ulovlige forhold, blir tatt hensyn til både i relasjon til hvilke saker tilsynet overlater til strafferettslig forfølgning og ved straffeutmåling etter alminnelige prinsipper. Advokatforeningen støtter videre forslaget om at straffrihet også innrømmes tidligere ansatte og styremedlemmer. Å skille mellom disse gruppene vil være kunstig fordi medvirkning fra tidligere ansatte og tillitsvalgte også vil kunne være avgjørende for at foretaket kan oppfylle vilkårene for hel lempning og dermed også for nåværende ansattes og styremedlemmers straffrihet.

For øvrig støtter ikke Advokatforeningen forslaget om å utvide lempningsinstituttet til å omfatte erstatningsansvar. Det vil innebære et betydelig inngrep i skadelidtes interesser, og vil kunne føre til at foretaket beholder sin gevinst ved overtredelsen mens skadelidte i verste fall ikke får erstatning for sitt tap. En slik konsekvens vil være uheldig og i strid med den alminnelige rettsfølelse.

*Arntzen de Besche Advokatfirma AS* støtter forslaget fra utvalget. Arntzen de Besche er enig i at det tosporede sanksjonssystemet er med på å svekke lempningsinstituttet og at det er behov for en opprydning. Utvalgets forslag vil «tette hullet» og gi foretakene og ansatte tilstrekkelig trygghet for at det ikke blir ilagt sanksjoner der vilkårene for full lempning er oppfylt. Arntzen de Besche mener videre at det er riktig at retten til straffbortfall er avledet fra foretaket og at det ikke stilles særskilte krav til den enkelte for å oppnå lempning. Ordlyden i forslaget kan imidlertid være noe uklar med hensyn til om også personene må oppfylle vilkårene for hel lempning. Teksten bør derfor klargjøres for å unngå tvil.

Arntzen de Besche påpeker videre at basert på tidligere høringsuttalelser vedrørende forslag for å løse spenningsforholdet mellom lempning og straff, kan det ikke utelukkes at enkelte av disse nå også er kritiske til en slik særregulering på konkurranserettens område. Dersom det viser seg vanskelig å innføre en slik særbestemmelse, bør det vurderes å ta bort straffespolet i konkurranseloven. At straffesanksjoner ikke er benyttet under 2004-loven, viser også at straff muligens ikke er avgjørende for en effektiv konkurranselov. Hensynet til et effektivt lempningssystem kan derfor tale for et rendyrket system med administrative bøter.

I tillegg til risikoen for straff, mener Arntzen de Besche at det er flere andre forhold som kan dempe insentivene til å søke om lempning. Eksempelvis kan offentlige innkjøpere avvise foretak som har søkt om lempning fra en senere anbudskonkurranse. Bestemmelsen gir ingen tidsbegrensning for utestengelse, som kan ha alvorlige konsekvenser for de foretak det gjelder. Dette svekker foretakets økonomiske insentiver til å søke om lempning. Arntzen de Besche oppfordrer derfor departementet til å utrede sammenhengen mellom disse bestemmelsene. En mulighet kan være å gjøre et unntak for adgangen til å avvise for de tilfeller det er søkt om eller innvilget full lempning.

Arntzen de Besche støtter forslaget om å samordne foreldelsesfristen i den administrative prosedyren med fristen i straffesaker. Dette vil innebære at foreldelsesfristen harmoniseres med det strafferettslige sporet. En mer praktisk konsekvens er at søksmålsfristen for erstatningskrav utvides betydelig. Skadelidte vil dermed kunne avvente endelig domstolsbehandling av tilsynets vedtak.

Arntzen de Besche går i mot mindretallets forslag om å utvide lempningsinstituttet til å omfatte erstatningsplikt. En slik regel vil påvirke tredjeparters dekningsadgang. Utviklingen i antall søknader om lempning tilsier ikke at et erstatningsansvar hemmer insentivene til å søke om lempning. En slik utvidelse bør forventes til man ser virkningene av de øvrige forslagene for å styrke lempningsinstituttet. Det bør også ses an hvordan dette blir håndtert i den pågående lovgivningsprosessen i EU.

*Advokatfirmaet Haavind AS* støtter utvalgets forslag om straffbortfall for foretak som oppfyller vilkårene for hel lempning. En slik utvidelse er nødvendig for å skape tilstrekkelig forutberegnelighet, slik at lempningsinstituttet kan fungere effektivt. Forutberegnelighet vil også medføre at rådgivere i større grad kan anbefale foretak å søke om lempning. Tilsvarende støtter Haavind forslaget om at lempning må omfatte nåværende og tidligere ansatte i det aktuelle foretaket.

Advokatfirmaet Haavind AS går i mot mindretallets forslag om å utvide lempningsinstituttet til å omfatte erstatningsplikt. Det vises til at det er få erstatningssøksmål, og det antas at utsiktene til erstatningssøksmål derfor ikke avholder kartelldeltagerne fra å søke om lempning. Dette underbygges av at antallet lempningssøknader i Norge og EU er økende. Det vil stride mot mangets rettsbevissthet om skadelidte skal få begrenset mulighet til søke erstatning for tapet. Det

synes mest rimelig at samfunnet fordeler byrdene med å effektivisere håndhevingen av kartellforbudet, og at dette ikke legges på det enkelte skadelidte foretak.

## 4.4 Departementets vurderinger

### 4.4.1 Innledning

Overtredelsesgebyret skal reduseres eller bortfalle for foretak som avslører ulovlig samarbeid (lempning). For å øke effektiviteten av lempningsordningen, foreslår lovutvalget at det personlige straffansvaret skal bortfalle for nåværende og tidligere ansatte samt styremedlemmer i foretak som oppfyller vilkårene for hel lempning. Departementet vil ikke gå videre med dette forslaget. Etter departementets syn vil det være galt å innføre en ordning som innebærer at personer som har begått alvorlig økonomisk kriminalitet, går fri. Det vil stride mot kriminalpolitiske hensyn og avvike fra norsk strafferett ellers. Departementet foreslår isteden en ny bestemmelse i konkurranseloven om at det personlige straffeansvaret ved brudd på konkurranseloven gjøres betinget av en formell påtalebegjæring fra Konkurransetilsynet med mindre påtale kreves av sterke allmenne hensyn. En slik bestemmelse vil være i samsvar med den praksis som i dag foreligger mellom påtalemyndigheten og Konkurransetilsynet i saker hvor det er aktuelt med personstraff. Samtidig vil departementet få utarbeidet en instruks som regulerer det nærmere innholdet i en slik betinget påtaleordning på konkurranserettens område, heretter omtalt som «instruks om påtale for overtredelser av konkurranseloven» eller «påtaleinstruks».

I nevnte instruks vil departementet også gi føringer for Konkurransetilsynets saksbehandling i saker om personstraff, for å bidra til forutsigbarhet omkring når Konkurransetilsynet skal begjære påtale av individer for brudd på konkurranseloven. Departementet vil med dette sørge for at personer som har vært aktive i overtredelsen, eller ledere som har kjent til den uten å gripe inn, vil bli anmeldt i større grad enn det som er praksis i slike saker i dag. Formålet med dette er dels å sikre at det personlige straffeansvaret oppleves som en reell trussel for deltakere i ulovlig kartellvirksomhet, og dels å skape økt forutsigbarhet om eget straffansvar for de som skal ta stilling til om det skal søkes om lempning. Tilsynet må for øvrig gis et betydelig skjønn ved vurderingen av når en påtalebegjæring er nødvendig for å ivareta hensynene bak de aktuelle

bestemmelsene. Disse endringene vil samtidig styrke bedriftsledernes insentiver til å overholde loven.

For å øke forutberegnligheten ved lempningsordningen, foreslår utvalget også bortfall av straff for foretak som oppfyller vilkårene for hel lempning, et forslag departementet heller ikke vil gå videre med. Departementet vil derimot foreslå å oppheve foretaksstraffen etter konkurranseloven. En slik avkriminalisering kan være kontroversiell, men er etter departementets vurdering ikke problematisk så lenge Konkurransetilsynet kan ilegge like store overtredelsesgebyr som foretakene ville kunne få som bøtestraff. Videre legger departementet vekt på at dagens adgang til å anmelde og straffeforfølge foretakene i praksis ikke har blitt benyttet. Forslaget bidrar til at loven samsvarer bedre med hvordan sanksjonsreglene praktiseres.

Videre vil departementet, som flertallet i utvalget, ikke foreslå en ordning med lempning av erstatningsansvar. En slik regel vil gå for langt i retning av å effektivisere lempningsordningen på bekostning av andre beskyttelsesverdige hensyn. En så effektiv lempningsordning er ingen ønsket løsning på konkurranserettens område.

Når det gjelder spørsmålet om foreldelsesregler for erstatningsansvar, foreslår departementet i likhet med et samlet utvalg at krav som oppstår ved brudd på konkurranseloven tidligst foreldes ett år etter at saken er endelig avgjort. Forslaget vil være i samsvar med særregelen i straffesaker, der kravet tidligst foreldes ett år etter at straffesak ble avsluttet, jf. foreldelsesloven § 11.

Videre, for å synliggjøre bestemmelsene om lempning som i dag er å finne i forskrift, foreslår departementet at disse reglene tas inn i konkurranseloven. I likhet med utvalget foreslår departementet også at det stilles krav til innholdet i en lempningssøknad for at søknaden skal oppfylle sitt formål og for å redusere eventuell tvil om et foretak har søkt lempning eller ikke. Innholdskrav til lempningssøknaden foreslår departementet at reguleres i forskrift.

Tvangsmulkt regnes ikke som en sanksjon i Sanksjonsutvalgets terminologi, noe som gjenspeiles i lovendringer de siste årene. Departementet foreslår å endre overskriften i kapittel 7 i konkurranseloven, slik at denne harmoniseres med terminologien i annen lovgivning. Kapittel 7 vil da hete «Sanksjoner og tvangsmulkt». Denne endringen vil ikke bli omtalt nærmere.

En nærmere omtale av departementets øvrige vurderinger og forslag til videre oppfølging gis nedenfor i punktene 4.4.2 til 4.4.6.

#### 4.4.2 Det foreslås ikke å innføre straffebortfall for personer ved hel lempning hos foretaket

Foretak som bryter konkurranseloven, kan i dag sanksjoneres med overtredelsesgebyr ilagt av Konkurransetilsynet og med formell straff i form av bøter. Personer som overtrer loven, kan derimot bare ilegges strafferettslige bøter eller fengsel, men ingen administrativ sanksjon. Således kan ikke personer ilegges overtredelsesgebyr.

Foretak som avslører samarbeidet, skal få lempning i overtredelsesgebyret. Lempning innebærer bortfall eller reduksjon av gebyret. Etter konkurranseloven § 31 kan det også lempes i foretakstraff, men det kan ikke gis lempning i det personlige straffeansvaret etter konkurranseloven. Derimot åpner straffeloven § 59 for en skjønnsmessig reduksjon av personstraff der lovbryteren har gitt en uforbeholden tilståelse.

Departementet ser innvendingene fra utvalget mot dagens lempningsordning for personer som redegjort for ovenfor i punkt 4.2.5. Disse har vært fremmet tidligere, blant annet i forbindelse med departementets egen høring i 2008 for å effektivisere lempningsordningen. På den annen side mener departementet at det som utvalget nå foreslår om bortfall av personstraff, er å gå for langt. Det vil etter departementets mening være galt å gi et generelt straffebortfall for enkeltpersoner som er ansvarlige for kartellvirksomheten, bare fordi arbeidsgiveren fyller vilkårene for lempning. Som påpekt av Økokrim i høringen, vil en slik ordning på konkurranserettens område stride mot kriminalpolitiske hensyn og avvike radikalt fra norsk strafferett ellers. Etter departementets mening gir forslaget klart gale signaler om kollektivt fritak for et personlig straffansvar i foretak for det formål å oppnå en mest mulig effektiv lempningsordning. En så effektiv lempningsordning, der helt sentrale allmennpreventive og individualpreventive hensyn settes til side, er etter departementets mening ingen ønsket løsning på konkurranserettens område.

Departementet er likevel enig i utvalgets intensjon om å øke forutberegneligheten for personer forbundet med det å søke om lempning. Samtidig minner departementet om at det allerede i dag eksisterer et samarbeid mellom Konkurransetilsynet og Økokrim som er ment å ivareta forutberegneligheten for lempningssøkere. Detaljene i dette er publisert i en uttalelse på Konkurransetilsynets hjemmeside, som er nærmere beskrevet ovenfor i punkt 4.1.4. Det er også verdt å merke seg at utvalget selv vurderer et alternativ

til straffebortfall, for å øke forutberegneligheten til lempningssøkere, gjennom forslaget om at offentlig påtale av konkurranseovertrедelser gjøres betinget av Konkurransetilsynets begjæring. Departementet mener at betenkelighetene som utvalget peker på ved å innføre en slik ordning, er langt mindre enn de som oppstår ved å innføre en bestemmelse om straffebortfall for personer i tråd med utvalgets forslag. Løsningen med betinget påtale vil også ligge nært det som allerede i dag er realitetene i den uformelle løsningen mellom Konkurransetilsynet og Økokrim, jf. ovenfor.

Departementet mener derfor at gode grunner taler for å lovfeste en regel om at offentlig påtale av overtredelser av konkurranselovens straffebestemmelse gjøres betinget av Konkurransetilsynets begjæring. En slik regel foreslås derfor i ny § 33 i loven. Det presiseres at en slik regel bare vil ha betydning for det personlige straffeansvaret etter konkurranseloven, ettersom departementet foreslår å oppheve foretakstraffen, jf. nedenfor i punkt 4.4.4.

En regel om betinget påtale etter konkurranseloven vil innebære et unntak fra hovedreglen i både straffeloven og spesiallovgivningen om at lovbrudd er undergitt ubetinget offentlig påtale, jf. straffeloven § 77. Regelen om ubetinget påtale innebærer at påtalemyndigheten har rett til å reise tiltale når straffbarhetsvilkårene er oppfylt, uavhengig av om det foreligger en begjæring om dette fra fornærmede eller berørt myndighet.

Departementet mener at et slikt unntak kan begrunnes med den allerede etablerte praksis på konkurranseområdet som redegjort for ovenfor i punkt 4.1.4, samt med behovet for forutsigbarhet om personlig straffansvar for de som søker om lempning på vegne av foretak. Alle straffesaker om overtredelser av konkurranseloven av 1993 ble initiert av en anmeldelse fra Konkurransetilsynet. Å gjøre påtale betinget av en begjæring fra Konkurransetilsynet vil derfor bringe den formelle påtaleregelen i samsvar med den reelle. Videre vil en slik bestemmelse på en bedre måte enn dagens ulovfestede praksis gi parter som vurderer å samarbeide med konkurransemyndighetene forutberegnelighet med hensyn til om det er grunn til å tro at saken vil bli forfulgt strafferettslig eller ikke. Samtidig trekker hensynet til likebehandling i sanksjonssystemet i retning av en slik bestemmelse. En slik regel vil også gi bedre klarhet i forholdet mellom konkurransemyndighetene på den ene siden og politi- og påtalemyndighet på den andre.

Det er flere spørsmål som reises i forhold til det nærmere innholdet i og utformingen av depar-

tementets forslag. Departementet har i denne forbindelse sett nærmere på forslaget fra Sanksjonsutvalget i NOU 2003: 15 om en ny § 81 a i straffeloven om betinget offentlig påtale. Videre har departementet vurdert forslaget til en ny påtaloregel i § 62 a i straffeprosessloven fra Straffelovkomisjonen i delutredning VII, jf. NOU 2002: 4 Ny straffelov og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004). Disse bestemmelsene har tjent som inspirasjon ved utformingen av bestemmelsen som foreslås om betinget påtale for det personlige straffeansvaret etter konkurranseloven. Samtidig vil departementet understreke at bestemmelsen som nå foreslås i konkurranseloven, vil innebære en annerledes løsning enn det som følger av disse lovforslagene.

Departementet mener at en regel om påtalebegjæring fra Konkurransetilsynet vil være den mest egnede regel på konkurranserettsområdet. En påtalebegjæring er noe annet enn en anmeldelse som Sanksjonsutvalget legger opp til i sitt forslag. En anmeldelse kan ses på som en anmodning eller et krav om at politiet skal iverksette etterforskning. En påtalebegjæring derimot er et krav om tiltale og straff for den skyldige. En påtalebegjæring innebærer derfor i større grad enn en anmeldelse at forvaltningen gir uttrykk for en oppfatning om straffskyld. Siden Konkurransetilsynet som regel uansett etterforsker samme sakskompleks i forhold til foretak, så vil det i praksis ikke være vanskelig for tilsynet å identifisere enkeltpersoner og handlinger i slik grad at det er mest korrekt å benevne tilsynets anmodning til påtalemyndigheten som en påtalebegjæring.

Departementet har også vurdert om det skal settes en frist for Konkurransetilsynets påtalebegjæring, i tråd med Sanksjonsutvalgets forslag om 1 år. Departementet vil ikke foreslå å innføre en slik frist. Dette skyldes først og fremst at etterforskningen i kartellsaker normalt vil kreve omfattende og kompliserte undersøkelser før det kan tas stilling til om det er tilstrekkelig grunn til å sende saken over til politiet. I disse sakene vil en ettårsfrist i mange tilfeller kunne bli for kort. Dersom påtalebegjæringen fremsettes for sent, skal straffesaken avvises med mindre påtalemyndigheten finner at sterke allmenne hensyn krever påtale. Konsekvensen av å innføre en fristregel vil etter departementets vurdering kunne bli at flere individer anmeldes for å unngå fristbrudd, enn om det ikke gjelder noen frist. Individenes behov for avklaring må her veies mot behovet for å kunne gjøre veloverveide påtalebegjæringer og behovet for å unngå at påtalebegjæringer må inngis for å hindre fristutløp mens etterforskningen pågår.

Ved praktiseringen av den nye påtalereglen er det imidlertid viktig å ivareta privatpersoners rettssikkerhet. Etter dagens praksis er det slik at enkeltpersoner som utgangspunkt ikke kan påberope seg selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6 nr. 1 overfor Konkurransetilsynet, fordi tilsynet ikke har anledning til å straffeforfølge enkeltpersoner. Ved departementets forslag vil straffeforfølgning som hovedregel være avhengig av en begjæring fra Konkurransetilsynet. En straffesanksjonert forklaringsplikt, jf. konkurranseloven § 24, overfor tilsynet vil derfor i realiteten i mange tilfeller være det som danner grunnlaget for påtalespørsmålet. Som følge av dette mener departementet at selvinkrimineringsvernet vil kunne slå inn fra et tidligere tidspunkt enn det som er gjeldende praksis hos tilsynet i dag. Det avgjørende i denne sammenheng er om innhenting av opplysninger som tilsynet foretar i saken er ledd i en behandling som reelt sett dreier seg om utredning og avgjørelse av en «straffesiktelse». Spørsmålet om selvinkrimineringsvernet etter konkurranseloven er for øvrig behandlet i kapittel 5 i proposisjonen.

Under tilsynets undersøkelser av et mulig brudd på konkurranseloven vil enkelte personer i saken kunne gå fra å være informasjonsgivere til å bli mistenkt i strafferettslig forstand. Dersom en person får status som mistenkt i etterforskningen til Konkurransetilsynet, må behandlingen av denne foregå i samsvar med straffeprosesslovens bestemmelser. Videre, dersom påtalemyndigheten har tatt ut siktelse eller mistenkte på annen måte har fått status som siktet, jf. straffeprosessloven § 82, må Konkurransetilsynets videre undersøkelser, med det formål å klargjøre det eller de forhold siktelsen gjelder, foretas i samsvar med straffeprosessloven.<sup>30</sup> Behovet for koordinering mellom påtalemyndigheten og Konkurransetilsynet kan ivaretas gjennom etablering av samarbeidsrutiner.

Etterforskning, særlig i kartellsaker, vil normalt kreve omfattende og kompliserte undersøkelser før det kan tas stilling til om det er tilstrekkelig grunn til å sende saken over til politiet. Det er derfor viktig at Konkurransetilsynet får den nødvendige tid til å utrede saken, før den sendes over til påtalemyndigheten med en begjæring om påtale. Samtidig er det viktig at dersom det blir innledet strafforfølgning mot privatpersoner, at dette skjer på et så tidlig stadium som mulig. Det faktum at politiet overtar etterforskningen vil gi mistenkte rettssikkerhetsgarantier ved at straffe-

<sup>30</sup> Rt. 1976 s. 1447.

prosessloven kommer til anvendelse. Faren for bevisforspillelse tilsier også at politiet allerede på et tidlig stadium bør komme i gang med etterforskningen. Også det faktum av enkelte bevis som tilsynet har ervervet som ledd i etterforskningen mot foretak, på grunn av vernet mot selvinkriminering kan anses som ulovlig ervervede bevis i en straffesak mot enkeltpersoner, tilsier at politiet bør kobles inn på et så tidlig stadium som mulig.

Konkurransetilsynet vil ikke ha en rettslig plikt til å begjære påtale. Tilsynet må ha et betydelig skjønn ved vurderingen av når en påtalebegjæring er nødvendig for å ivareta hensyn som de aktuelle bestemmelser skal beskytte. Departementet vil imidlertid klargjøre i en påtaleinstruks hvilke tilfeller Konkurransetilsynet særlig skal begjære påtale av individer, og når påtale kan unnlates, for eksempel på grunn av at individet har samarbeidet med myndighetene under etterforskningen, jf. omtalen nedenfor i punkt 4.4.3.

Departementet vil videre sikre muligheten for offentlig påtale gjennom en sikkerhetsventil, ved å foreslå at dette kan kreves dersom det foreligger «sterke allmenne hensyn». Reglene som foreslås om betinget påtale på konkurranserettens område, vil dermed ikke stenge helt for at politi- og påtalemyndigheten kan iverksette straffeprosessuell etterforskning i en konkurransesak, selv om Konkurransetilsynet ikke har påtalt forholdet. Således får ikke Konkurransetilsynet et eneansvar for å påtale straffbare brudd på konkurranseloven.

Gjennom ordlyden «sterke» allmenne hensyn i forslaget vil departementet signalisere at det skal være en høy terskel for at påtalemyndigheten vil påtale forholdet, dersom det ikke foreligger en begjæring om dette fra Konkurransetilsynet. Presiseringen er således ment å sikre størst mulig grad av forutberegnelighet for de individer som kan risikere å bli ilagt et personlig straffansvar gjennom dialogen med Konkurransetilsynet. Samtidig skal alternativet om sterke allmenne hensyn sikre offentlig påtale og ivareta allmennhetens tilitt til at Konkurransetilsynet påtaler riktige saker, gjennom at dette kan overprøves av politi- og påtalemyndigheten. Eksempelvis åpner alternativet om «sterke allmenne hensyn» for at politi- og påtalemyndigheten skal kunne påtale og etterforske forholdet dersom Konkurransetilsynet skulle forholde seg passive ved alvorlige overtredelser av loven. Dersom påtalemyndigheten finner at slike sterke allmenne hensyn foreligger, kan dette ikke overprøves av retten.

Departementet viser også til at det kan finnes veiledning for begrepet «allmenne hensyn» i

Straffelovkommisjonens vurderinger i delutredning V, jf. NOU 1992: 23 Ny straffelov side 245, jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004). Samtidig vil terskelen for offentlig påtale være høyere etter konkurranseloven, jf. forslaget om at det må foreligge «sterke» allmenne hensyn i departementets forslag.

Departementet vil også vise til at det er påpekt at den uformelle ordningen mellom tilsynet og Økokrim kan ha uønskede virkninger. I en rapport fra Transparency International Norge av 14. juni 2012 er det vist til at:

«et foretak vil kunne unngå å komme i Økokrims søkelys i forhold til andre former for kriminalitet fordi Konkurransetilsynet i praksis saksbehandler hele sakskomplekset knyttet til mulig ulovlig kartellvirksomhet (men ser bare etter konkurranselovbrudd). [...] Implisitt kan aktørene ende opp med å oppnå de facto amnesti for lovbrudd som avdekkes under etterforskningen av kartellsamarbeidet. Denne uformelle praksisen bidrar til en gjeldende rett som fremstår som fragmentert og inkonsekvent».<sup>31</sup>

Gjennom en betinget påtaleordning som foreslått vil departementet derfor unngå at slike situasjoner eventuelt kan oppstå. Dette vil også søkes unngått gjennom økt fokus på personstraff på konkurranserettens område. Sistnevnte omtales nærmere nedenfor i punkt 4.4.3.

Departementet vil som nevnt se nærmere på hvilke kriterier som skal gjelde for når saker skal påtales av Konkurransetilsynet, og den nærmere saksbehandlingen knyttet til dette. Herunder er det viktig å tydeliggjøre i hvilke tilfeller det normalt er aktuelt med en begjæring om påtale fra Konkurransetilsynet, og hvilke tilfeller dette normalt ikke vil være aktuelt. Det er særlig viktig at påtalereglene bidrar til å gi tilstrekkelige insentiver til å avdekke karteller blant aktørene. Det må således sikres tilstrekkelig forutberegnelighet og gjennomsigtighet samt likebehandling av personer som velger å stå frem med opplysninger til Konkurransetilsynet. Som et ledd i klargjøringen av det nærmere innholdet i regelen om betinget påtale, vil departementet utarbeide en instruks om betinget påtale for overtredelser av konkurranseloven. I annet punktum i forslag til ny § 33 åpnes det opp for at en slik instruks kan gis i forskrift.

<sup>31</sup> Studien Norges Integritetssystem – ikke helt perfekt?, Transparency International Norge 14. juni 2012 s. 166, se link: <http://www.transparency.no/article.php?id=331>

Som følge av den foreslåtte bestemmelsen vil departementet også foreslå en redaksjonell endring i § 12 annet ledd og § 26 første ledd som i dag viser til en anmeldelse av forholdet til påtalemyndigheten. Dette er nærmere omtalt i særmerkningene til disse bestemmelsene i kapittel 10.

#### 4.4.3 Prioritering av personstraff ved overtredelser av konkurranseloven

Håndhevingen av brudd på konkurranselovens straffebestemmelser skal fungere mest mulig optimalt. For å oppnå en effektiv håndheving av konkurranseloven, er det viktig å finne den riktige balansen mellom de ulike virkemidlene som loven stiller til rådighet. I dag er konkurranseloven ustyrt med administrative sanksjoner og straff overfor foretak, samt straffansvar i form av bøter eller fengsel overfor enkeltindivider. I tillegg har loven et virkemiddel for å avdekke og bekjempe karteller gjennom lempningsordningen som ble innført i konkurranseloven i 2004.

I denne sammenheng er det verdt å merke seg at i Konkurransetilsynets omdømmeundersøkelse fra 2008, mener hovedvekten av advokatene som ble intervjuet at det viktigste virkemidlet for ikke å bryte konkurranseloven er trusselen om personstraff.<sup>32</sup> Det er også indikasjoner i undersøkelsen på at aktørene mener at en bedre lempningsordning med personlige straffer i større omfang vil bedre avskrekkings-effekten etter norsk konkurranselov.<sup>33</sup>

Departementet har også sett på undersøkelser fra andre land, for å undersøke nærmere hva som anses som de viktigste verktøy for effektiv etterlevelse av konkurranselov-givningen. Av særlig interesse er de empiriske undersøkelsene gjort av Office of Fair Trading (OFT) i England fra 2011.<sup>34</sup> I følge rapporten er trusselen om personstraff en av de viktigste elementene for å overholde konkurranseregelverket.<sup>35</sup> Det samme følger av en tidligere rapport fra OFT<sup>36</sup> og i en liknende undersøkelse fra Deloitte fra 2007.<sup>37</sup> Et annet forhold som OFT-rapporten fremhever, er at lempnings-

programmer blir ansett for å være mindre viktig blant virkemidlene. Sistnevnte kan i følge OFT skyldes at det kan være lav kunnskap om lempningsmulighetene hos bedriftene.<sup>38</sup> Samtidig fremheves viktigheten av at OFT spiller en sentral rolle i tilretteleggingen for at bedriftene kan utarbeide frivillige etterlevelsprogrammer, omtalt som «Voluntary Compliance measures».<sup>39</sup>

Også i Danmark er det gjort vurderinger av et personlig straffansvar i form av fengsel. I rapporten fra Udvalget om Konkurrenancelovgivningen fra mars 2012, foreslås innført fengselstraff i kartellsaker i Danmark.<sup>40</sup> Til nå har Danmark kun hatt muligheten til å ilegge strafferettslige bøter og ikke fengsel overfor personer som bryter konkurranseloven. Som i Norge har Danmark allerede innført fengselstraff for andre typer av økonomisk kriminalitet, som eksempelvis bedrageri og brudd på enkelte bestemmelser i markedsføringsloven.<sup>41</sup> Det danske utvalget mener at en innføring av fengselstraff for personer i kartellsaker vil bidra til en styrket håndheving av konkurranselov-givningen i Danmark.<sup>42</sup> Forslaget om fengselsstraff i kartellsaker er vedtatt med ikrafttredelse 1. mars 2013.

Det danske utvalget mener videre at en innføring av fengselstraff vil kunne styrke straffelemplingsreglene, og dermed både minske kartellaktiviteter og øke oppdagelsesrisikoen. Risikoen for fengselstraff vil styrke det personlige insitament til å søke om lempning – ikke minst for personer som ikke lenger er ansatt i den aktuelle virksomheten og personer i ledelsen eller styret som er nytilsatte. Det danske utvalget mener således at motivasjonen til selv å unngå fengselstraff må antas å være sterkere enn motivasjonen til å unngå å påføre andre straff gjennom å søke om lempning. Utvalget mener videre at årsaken til at de danske straffelemplingsreglene hittil ikke har vist seg som effektive virkemidler i avsløringen av karteller, i høy grad skyldes at den forventede straff ikke har vært avskrekkende.<sup>43</sup> Det fremheves også viktigheten av informasjonsinnsats i

<sup>32</sup> Undersøkelse blant advokater liten gruppe 2008 – utarbeidet for Konkurransetilsynet av Synovate, s. 25. Undersøkelsen omtales som Konkurransetilsynets omdømmeundersøkelse fra 2008.

<sup>33</sup> Omdømmeundersøkelsen s. 28.

<sup>34</sup> The impact of competition interventions on compliance and deterrence – Final Report (OFT 1391), Office of Fair Trading (OFT), Desember 2011, Heretter omtalt som «OFT-rapporten».

<sup>35</sup> OFT-rapporten s. 11 punkt 1.19 og s. 72 punkt 6.5.

<sup>36</sup> OFT 2010c Drivers of compliance and non-compliance with Competition Law.

<sup>37</sup> At funnene i disse rapportene er sammenfallende, bekrefte i OFT-rapporten, særlig på s. 75 punkt 6.13-6.14.

<sup>38</sup> OFT-rapporten s. 11 punkt 1.21, s. 75 punkt. 6.11 samt s. 129 punkt 10.8.

<sup>39</sup> OFT-rapporten s. 9 punkt 1.14 og s. 132 punkt 10.25-10.26.

<sup>40</sup> Se Rapport fra udvalget om Konkurrenancelovgivningen fra mars 2012 s. 38. Heretter omtalt som rapporten fra det danske utvalget.

<sup>41</sup> Rapporten fra det danske utvalget s. 33 og 35.

<sup>42</sup> Rapporten fra det danske utvalget s. 38.

<sup>43</sup> Rapporten fra det danske utvalget s. 40.

forbindelse med innføringen av et personlig straffansvar.<sup>44</sup>

Et annet moment departementet vil peke på er at det blir fremhevet i ulike sammenhenger at Norge har relativt få søknader om lempning. Departementet har innhentet data som viser at Norge ikke er spesielt annerledes når det gjelder lempningsomfang enn andre land det er vanlig å sammenlikne seg med. Således er det ikke grunnlag for å mene at den norske ordningen i dag for å avdekke karteller er spesielt dårligere, eller for den saks skyld bedre, enn andre land som det er vanlig å sammenlikne med.

Departementet mener at dagens lempningsordning er viktig for å avdekke konkurransekriminalitet. Samtidig mener departementet at straffesanksjonene overfor enkeltindivider bør benyttes i større grad enn det som er tilfellet i dag. Situasjonen i dag er slik at det ikke ilegges et personlig straffansvar for brudd på konkurranseloven, verken for ansatte i foretak som har søkt om lempning eller ansatte i foretak som ikke har søkt om lempning. Departementet mener at en økt bruk av straff vil virke avskrekkende på personer som vurderer å bryte konkurranseloven. Departementet vil derfor effektivisere sanksjons- og lempningsreglene ved å sikre at personstraff blir en reell trussel for individer som har vært aktive i ulovlig atferd, samtidig som foretaket og andre ansatte kan være trygge på at en lempningssøknad ikke skaper fare for straffeforfølgning. Således vil departementet i påtaleinstruksen gi en avklaring av hvilke tilfeller Konkurransetilsynet særlig skal begjære påtale av individer for overtredelser av konkurranseloven. Departementet vil med dette særlig sørge for at personer som har vært aktive i overtredelsen, eller ledere som har kjent til den uten å gripe inn, vil bli anmeldt i større grad enn det som er praksis i slike saker i dag.

Departementet mener i denne sammenheng at det ikke bør gjøres noe prinsipielt skille med hensyn til risikoen for påtale og et eventuelt straffansvar for ansatte eller ledere i foretak som har søkt om lempning og foretak som ikke har søkt om slik lempning hos Konkurransetilsynet. Hensynet bak personstraff for individet gjør seg i utgangspunktet like sterkt gjeldende der arbeidsgiver/foretak har søkt om lempning som ellers. Formålet med lempning er å destabilisere og avsløre karteller og ikke å gi noe signal om at lovbruddet er mindre alvorlig bare foretaket er først til å avsløre overtredelsen. Samtidig mener departementet at det er viktig å sikre at hensynet bak lempningsordnin-

gen ikke motvirkes av at personstraffen blir en viktigere del av håndhevingen av konkurranseloven. Det vil også bli ivare tatt i påtaleinstruksen.

Tilsynet må derfor ha et betydelig skjønn ved vurderingen av når en påtalebegjæring er nødvendig for å ivareta de hensyn som begrunner straffansvaret for brudd på konkurranseloven.

Departementet ser i denne sammenheng også viktigheten av at Konkurransetilsynet aktivt legger til rette for at foretak i Norge i størst mulig grad selv sørger for å etterleve regelverket. Tilrettelegging for såkalte «Compliance programs» og andre informasjonstiltak vil stå sentralt i dette arbeidet.

#### 4.4.4 Bortfall av foretaksstraffen ved hel lempning hos foretaket

Etter konkurranseloven kan foretak i dag enten ilegges et overtredelsesgebyr etter vedtak av Konkurransetilsynet eller straff etter påtale og dom ved brudd på blant annet kartellforbudet i § 10. I praksis er det kun overtredelsesgebyr som benyttes som sanksjon. I andre lovverk med slik «dobbel» sanksjonssystem er det vanlig at overtredelsesgebyr brukes for de mindre alvorlige lovbruddene, mens straff brukes for grove eller mer langvarige lovbrudd.

Utvalget foreslår endringer som vil øke forutberegneligheten for et foretak som vurderer å søke om lempning, for å øke insentivene for foretakene til å søke om lempning. Utvalget har vurdert to ulike måter å oppnå dette på. Det ene alternativet er å oppheve foretaksstraffen for overtredelser av konkurranseloven. Det andre alternativet er å la lempningen også gjelde foretakstraffen slik at hel lempning fører til straffebortfall.

Et mindretall i utvalget går inn for en ytterligere effektivisering, ved at det foretaket som innvilges lempning, også blir fritatt for det eventuelle erstatningsansvar foretaket har pådratt seg ved lovbruddet. Ansvar skal i så fall spres solidarisk på de øvrige deltagerne i kartellet.

Departementet mener i motsetning til utvalget at argumentasjonen for forslaget om å oppheve foretaksstraffen, som gjengitt ovenfor i punkt 4.2.4, er sterkere enn argumentene for utvalgets forslag. Det er også verdt å merke seg at sentrale høringsinstanser som ØKOKRIM antyder en slik løsning. Heller ikke Justis- og politidepartementet (JD) har klare preferanser med hensyn til de ulike alternativer som utvalget skisserer for å effektivisere lempningsinstituttet og styrke Konkurransetilsynets mulighet til å avdekke overtredelser av konkurranseloven § 10 (utredningen punkt 6.3.3).

<sup>44</sup> Rapporten fra det danske utvalget s. 41.



JD påpeker i denne sammenheng at en avkriminalisering vil fjerne problemet med dobbeltforfølgning og avklare kompetanseforholdet mellom påtalemyndigheten og Konkurransetilsynet og har også ellers noen retts tekniske fordeler. Også Den Norske Advokatforening er skeptisk til forslaget om å videreføre det tosporede sanksjonssystemet.

Departementet legger vekt på at å oppheve foretaksstraffen ikke vil redusere den preventive virkningen av sanksjonsreglene. Dette skyldes først og fremst at for foretakene er det størrelsen på den økonomiske sanksjonen og risikoen for å bli ilagt en slik sanksjon som er det avgjørende. For foretak er det således av mindre betydning om en økonomisk sanksjon blir ilagt gjennom et strafferettslig system eller som et administrativt overtredelsesgebyr. Som utvalget har pekt på, er en begrunnelse for å ha et tosporet system at foretaksstraffen bør benyttes i de mest alvorlige tilfellene. Dette er blant annet fremhevet av Sanksjonsutvalget i NOU 2003: 15 på side 150. At foretaksstraffen skal anvendes i de mest alvorlige tilfellene, forutsetter imidlertid at foretaksstraffen er en strengere sanksjon enn overtredelsesgebyret. En straff anses normalt som en strengere sanksjon etter sitt innhold. Dette gjør seg ikke gjeldende overfor foretak, ettersom både overtredelsesgebyr og straffen er økonomiske sanksjoner. I konkurransesaker er overtredelsesgebyret normalt høyere enn en bot. Det er heller ikke aktuelt med strengere utmåling av bøter enn av overtredelsesgebyr.

Videre mener departementet at et eventuelt omdømmetap eller lignende vil være relativt likt uavhengig av om reaksjonen er en straff eller et gebyr. Det er også slik som utvalget har fremhevet at foretakstraffen ikke har vært benyttet etter konkurranseloven av 2004. Dette i seg selv tilsier at å oppheve foretakstraffen ikke i særlig grad vil redusere den preventive effekten av de forbud som i dag kan medføre straff ved overtredelse.

Departementet deler også utvalgets oppfatning om at det er kombinasjonen av økonomiske sanksjoner overfor foretaket og individuell personstraff, som bidrar til den nødvendige avskrekkende effekt. Således er Konkurransetilsynets adgang til å ilegge gebyrer av en betydelig størrelse et klart signal om at overtredelser etter konkurranseloven er en alvorlig form for økonomisk kriminalitet. Det er også slik, som utvalget har fremhevet, at å oppheve foretakstraffen ikke vil føre til at konkurranseloven avkriminaliseres som

sådan, fordi det personlige straffeansvaret foreslås videreført, jf. ovenfor i punkt 4.4.2.

I tillegg mener departementet, som fremført av utvalget, at å oppheve foretaksstraffen vil kunne løse noen sentrale innvendinger mot dagens dobbeltsporede sanksjonssystem. Ved å oppheve foretakstraffen unngås utfordringer med hensyn til forbudet mot dobbeltstraff som følger av EMK tilleggsprotokoll nr. 7 artikkel 4. Videre vil det å oppheve foretaksstraffen kunne løse utfordringer knyttet til kompetanseforholdet mellom konkurransemyndighetene og påtalemyndighetene.

Utover dette vil departementet også vise til den opprinnelige begrunnelsen for innføringen av et generelt straffansvar for foretak i straffeloven, jf. Ot.prp. nr. 27 (1990-91) side 6. Her fremkommer at:

«Det viktigste argumentet for å gjøre et foretak strafferettslig ansvarlig er at dette vil kunne gi straffebestemmelsene en økt preventiv virkning. Straffetruelsen vil kunne bidra til å skjerpe bedriftsledelsens aktsomhet. Dessuten vil straffen i slike tilfelle normalt ramme den som har hatt fordel av lovbruddet – det vil si foretaket. Hvis ikke foretaket kan gjøres ansvarlig, kan bare én eller flere av de ansatte i foretaket straffes dersom de oppfyller lovens skyldkrav. En eventuell bot må i så fall fastsettes etter den skyldiges økonomi. Straffer man derimot selve foretaket, kan boten bedre tilpasses overtredelsens grovhet, jf. for eksempel Rt. 1988 side 789 (790). Vi har eksempler på at en bot på to millioner kroner er blitt ilagt. Et annet viktig argument for å kunne gjøre foretaket ansvarlig, er at det iblant ikke lar seg gjøre å finne fram til den eller de personene som har utført den uaktsomme (eventuelt forsettlig) handlingen (anonyme feil). I slike tilfelle kan ingen gjøres strafferettslig ansvarlig hvis ikke foretaket kan straffes. Et lovbrudd kan dessuten skyldes flere mindre feil som samlet må karakteriseres som uaktsomme – feil begått av forskjellige personer – uten at noen av feilene er grove nok til å medføre straffansvar for noen enkeltperson (kumulative feil). Gjøres foretaket som sådant ansvarlig, unngår man at forholdet blir ustraffet.»

Dette sitatet fra forarbeidene i straffeloven er også omtalt i forarbeidene til gjeldende konkurranselov, jf. NOU 2003: 12 Ny konkurranselov side 125. Her fremkommer at utvalget legger til grunn at:

«Hensynene som er nevnt i forarbeidene til de generelle bestemmelser om foretaksstraff i straffeloven slår til i konkurransesaker. Det er foretaket som sådan som i utgangspunktet har økonomiske insentiver til å overtre loven. Ved utmåling av personbøter tas det normalt hensyn til den straffedømtes personlige økonomi, jf. straffeloven § 27. I tillegg kan det også være slik at foretaket betaler den personlige boten på vegne av den ansvarlige. Dersom det bare er adgang til å straffe fysiske personer som har handlet på vegne av foretaket, kan reaksjonen blir svært beskjeden i forhold til handlingens skadevirkninger. I Ot.prp. nr. 27 (1990-91) side 7 fremheves det at foretaksstraff også kan ha en preventiv effekt på den enkelte arbeidstaker:

«Foretaket som sådant kan riktignok ikke utvise skyld og kan følgelig ikke motiveres av noen straffetrussel. Men foretaksstraff forutsetter at det er utvist en klanderverdig atferd innen foretaket, og muligheten for slik straff må antas å bidra til å skjerpe aktsomheten hos dem som handler på foretakets vegne.»

Hensynet til harmonisering med reglene EU/EØS og mange andre lands sanksjoner ved brudd på konkurransereglene taler for en styrking av foretaksstraffen, herunder en strengere utmålingspraksis. Sammenlignet med andre land er foretaksstraffene ilagt etter den norske konkurranseloven lave.»

Departementet mener at disse argumentene, som i sin tid ble fremført for å innføre et foretaksansvar i straffeloven og konkurranseloven jf. sitatene ovenfor, blir tilstrekkelig ivaretatt gjennom Konkurransetilsynets adgang til å ilegge foretak overtredelsesgebyr etter gjeldende bestemmelse i konkurranseloven § 29. Adgangen for Konkurransetilsynet til å ilegge gebyrer av en betydelig størrelse er således et klart signal om at overtredelser av konkurranseloven er en alvorlig form for økonomisk kriminalitet. Departementet viser for øvrig til at foretak etter konkurranseloven § 29 om overtredelsesgebyr, i likhet med foretaksansvaret etter straffeloven, svarer for anonyme og kumulative feil.

Departementet vil for øvrig peke på at straffeloven § 34 om vinningsavståelse ikke lenger vil være en aktuell sanksjonsform overfor foretak ved departementets forslag om å oppheve foretaksstraffen etter konkurranseloven. Det skyldes at det eventuelle utbyttet for foretaket ikke lenger vil være knyttet til en straffbar handling. På den annen side er det viktig å være klar over at den tid-

ligere konkurranseloven fra 1994 hadde en egen bestemmelse om vinningsavståelse i § 6-5. Dette var et sivilrettslig virkemiddel som et alternativ til politianmeldelse og eventuell inndragning av vinning etter straffeloven § 34. Bestemmelsen ble nesten ikke anvendt i praksis. Konkurranselovutvalget fra 2003 vurderte om det var hensiktsmessig å beholde hjemmelen for å utferdige forelegg på vinningsavståelse i en konkurranselov som inneholdt sivilrettslige bøter. Dette utvalget foreslo imidlertid å oppheve det sivilrettslige virkemidlet om vinningsavståelse i § 6-5, blant annet fordi forslaget om innføringen av sivilrettslige bøter (les overtredelsesgebyr) ville være et tilstrekkelig sivilrettslig sanksjonsmiddel.<sup>45</sup> Departementet sluttet seg i det alt vesentlige til utvalgets vurderinger av dette, slik at bestemmelsen om vinningsavståelse ikke ble videreført i den nye konkurranseloven av 2004.<sup>46</sup>

På denne bakgrunn mener departementet at bestemmelsene om overtredelsesgebyr i konkurranseloven § 29 vil være tilstrekkelig til å sikre inndragning av ulovlig berikelse som følge av brudd på konkurranseloven.

Departementet vil for øvrig knytte noen kommentarer til de to tilleggsargumentene som utvalget påpeker mot en opphevelse av foretakstraffen etter konkurranseloven, jf. punkt 4.2.4 ovenfor. Eventuelle prosessuelle ulemper mener departementet at kan ivaretas gjennom samarbeidsrutiner mellom Konkurransetilsynet og påtalemyndigheten i forslaget om ordningen med betinget påtale etter konkurranseloven, jf. ovenfor i punkt 4.4.2. Som påpekt av Økokrim er det lite praktisk å se for seg at politiet etterforsker en kartellsak uten tett samarbeid med og omfattende involvering fra Konkurransetilsynet. Samlet mener derfor departementet at eventuelle prosessuelle sider av forslaget vil være av underordnet betydning og ikke bør tillegges avgjørende vekt ved utforming av sanksjonsreglene i konkurranseloven.

Videre mener departementet at et bortfall av muligheten til å idømme tap av retten til å delta i offentlige anbud etter straffeloven § 29 som mulig rettsfølge av brudd på konkurranseloven, ikke vil være en ubetinget negativ effekt av forslaget om å oppheve foretaksstraffen. Slikt rettighetstap som sanksjonsform er etter departementets mening ikke en særlig egnet sanksjon på konkurranseretens område. Som påpekt av utvalget vil et slikt rettighetstap kunne få store konsekvenser for

<sup>45</sup> NOU 2003: 12 Ny konkurranselov punkt 6.1.4 s. 114 og 115 og punkt 6.8 s. 140.

<sup>46</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 8.6 s. 129.

foretak som opptrer i markeder hvor anbudskonkurranser er den vanlige formen for kontraktsinngåelse. Disse foretakene kan i verste fall gå konkurs som følge av å miste retten til å delta i anbudskonkurranser. Videre mener departementet at en slik idømmelse innebærer at domstolen begrenser konkurransen i markedet som reaksjon på en ulovlig konkurransebegrensning.

Videre har de enkelte offentlige kunder, som utvalget har pekt på, adgang til å avvise tilbud fra leverandører som ved en rettskraftig dom er «kjent skyldig i straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel», etter forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) § 11-10 annet ledd bokstav c og § 20-12 annet ledd bokstav c.<sup>47</sup> Dersom en leverandør er straffet etter konkurranseloven, vil dette være en avvisningsgrunn etter ovennevnte bestemmelser, siden slike forhold vil angå den yrkesmessige vandel. Overtredelsesgebyret ilegges derimot administrativt av Konkurransetilsynet, og er ingen straff slik ordet benyttes i anskaffelsesregelverket. Dette betyr at dersom foretakstraffen oppheves, så kan ikke de ovennevnte avvisningsbestemmelser anvendes som rettslig grunnlag, selv om det skulle være på det rene at leverandøren har brutt konkurranseloven, og til og med har blitt ilagt et overtredelsesgebyr.

Departementet vil imidlertid peke på at det finnes andre bestemmelser i anskaffelsesregelverket som gir hjemmel til å avvise en leverandør som har overtrådt konkurranselovens bestemmelser. I følge anskaffelsesforskriften § 11-10 annet ledd bokstav d og § 20-12 annet ledd bokstav d kan en oppdragsgiver avvise leverandører som «i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje». I denne sammenheng blir spørsmålet om det faktisk at en leverandør har brutt en eller flere bestemmelser i konkurranseloven, eksempelvis har inngått i et anbudssamarbeid og har blitt ilagt et overtredelsesgebyr for dette, har gjort seg skyldig i alvorlig forsømmelse mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje som nevnt her. Det er ikke tvilsomt at et lovbrudd i seg selv kvalifiserer til «alvorlig forsømmelse» i forskriftsbestemmelsens forstand. Etter bestemmelsen kreves det heller ikke at foretaket må være rettskraftig dømt. Det må imidlertid foreligge bevis for lovbruddet. Det holder altså ikke at oppdragsgiveren har mistanke om at det foreligger et slikt lovbrudd. I det tilfellet Konkurransetilsynet har fattet vedtak om at det foreligger brudd på konkurran-

selovens bestemmelser, må det antas at kravet om bevis er tilstrekkelig oppfylt. Til grunn for vedtaket fra Konkurransetilsynet ligger en grundig kontradiktorisk prosess, som innebærer at de faktiske forhold rundt overtredelsen er grundig behandlet.

Videre nevner departementet at det fremgår av veiledning til anskaffelsesregelverket at forsømmelsen etter anskaffelsesforskriften § 11-10 annet ledd bokstav d og § 20-12 annet ledd bokstav d må være relevant for den konkrete anskaffelsen. Siden avvisningsbestemmelsen i bokstav d er en kan-regel, beror spørsmålet om en oppdragsgiver kan avvise leverandøren i den aktuelle anskaffelsesprosessen på en forholdsmessighetsvurdering. Departementet bemerker i denne sammenheng at det vil kunne være i strid med forholdsmessighetsprinsippet dersom en leverandør blir utelukket fra alle fremtidige anskaffelsesprosesser, fordi eksempelvis denne har inngått et ulovlig samarbeid i en tidligere anskaffelsesprosess. I forholdsmessighetsvurderingen må det således tas hensyn til hvor alvorlig forsømmelsen er. Videre er det for forholdsmessighetsvurderingen avgjørende om den alvorlige forsømmelsen etter bokstav d har skjedd en eller flere ganger, og hvor lenge det er siden dette har skjedd. Endelig er det av betydning for vurderingen etter bokstav d hvilke tiltak leverandøren har satt i verk for å unngå fremtidige forsømmelser, såkalt «self-cleaning».

I tillegg nevner departementet at i forslag til nytt anskaffelsesdirektiv, artikkel 55 tredje ledd bokstav d, er det i EU foreslått å ta inn en bestemmelse om at oppdragsgiver kan avvise en leverandør som har inngått et samarbeid med andre leverandører som har til hensikt å undergrave konkurransen, typisk et ulovlig prissamarbeid. Bestemmelsen må således sees på som en presisering av gjeldende rett.

Departementet vil videre knytte noen kommentarer til NHO sitt forslag om at foretak som er innvilget full lempning i tråd med utvalgets forslag, ikke skal kunne avvises fra offentlige anskaffelser. Også Arntzen de Besche Advokatfirma AS har påpekt dette forholdet. Høringsuttalelsene er gjengitt ovenfor i punkt 4.3. Departementet er ikke enig i dette forslaget. Faren for avvisning fra offentlige anbud etter å ha deltatt i kartellvirksomhet er en påregnelig konsekvens av lovbruddet. Departementet ser derfor ingen grunn til at innkjøpere i offentlig sektor ikke skal kunne ha en viss adgang til å nekte å handle med kartelldelta-tagere. Hensynet til lempningsordningens effektivitet kan ikke strekkes så langt som til å oppheve rene kommersielle konsekvenser av lovbruddet.

<sup>47</sup> Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser.

Departementet vil endelig knytte noen kommentarer til utvalgets mindretallsforslag om å gi foretak som innvilges full lempning fritak for plikten til å svare erstatning overfor dem som har blitt påført tap ved lovbruddet. Det er verdt å merke seg at forslaget fra mindretallet får så godt som ingen støtte blant høringsinstansene som blant annet mener at dette vil stride mot den alminnelige rettsfølelse. For nærmere om dette forslaget vises til omtalen av utvalgets forslag og høringsinstansens vurderinger ovenfor i punktene 4.2.7 og 4.3. Departementet ser at en slik lovregel vil kunne styrke foretakets økonomiske insentiver til å søke lempning. Departementet mener likevel at en slik regel vil være å gå for langt. En så effektiv lempningsordning er etter departementets mening ingen ønsket løsning på konkurranserettens område. Den vil blant annet kunne lede til at de andre deltagerne får et ansvar som går utover det som følger av alminnelig norsk erstatningsrett. I noen tilfeller kan en slik regel også gjøre det vanskeligere eller mer kostbart å kreve erstatning, for eksempel der kundene til det foretaket som har fått full lempning ikke har handlet med noen av de andre, eller der en eller flere erstatningspliktige foretak må saksøkes i andre land.

Departementet har vurdert om det er behov for en egen henvisning i konkurranselovens straffebestemmelse om at foretak ikke kan straffes etter straffeloven § 48 a for overtredelser av konkurranseloven. For å sørge for at foretakstraffen oppheves, og at det ikke etterlates tvil om at denne ikke gjelder, mener departementet at løsningen bør være å ta inn en slik henvisning i konkurranselovens straffebestemmelse.

Dagens straffebestemmelse følger av konkurranseloven § 30. Den blir ny § 32 i loven, som følge av endringene i bestemmelsen om lempning, jf. nedenfor i punkt 4.4.5.

I tillegg endres konkurranseloven § 31 første ledd slik at bestemmelsen ikke lenger viser til utmåling av bøter til foretak etter straffebestemmelsen i gjeldende konkurranselov § 30. For nærmere om endringene i konkurranseloven § 30 og § 31 om hel og delvis lempning vises til punkt 4.4.5 nedenfor.

#### **4.4.5 Lovfesting av reglene om lempning og innholdet i lempningssøknader**

Departementet foreslår å velge en mellomløsning mellom utvalgets forslag og dagens løsning for utformingen av regelverket om lempning. Forslaget fra utvalget om at personstraff skal kunne lempes følges ikke opp. Dette er nærmere behandlet i

proposisjonen punkt 4.4.2. Det medfører at det ikke lenger er nødvendig å ta inn vilkårene for lempning i lovteksten for å tilfredsstille legalitetsprinsippet i norsk rett.

Utvalget foreslår å ta alle vilkår og saksbehandlingsregler om lempning inn i loven. Dette vil etter departementets vurdering gi en skjevhet i loven, siden den ikke behandler alle reglene om utmåling av overtredelsesgebyr. Om vilkårene for utmåling av overtredelsesgebyr også inntas i lovteksten, vil loven bli svært omfangsrik og lite oversiktlig. Departementet foreslår derfor en mellomløsning hvor vilkårene for hel og delvis lempning blir tatt inn i lovteksten, etter mønster fra § 29 om overtredelsesgebyr og § 33 om straff, i forslag til ny § 30 og § 31 i konkurranseloven.

Regler om saksbehandling, utforming av søknad også videre foreslås fortsatt regulert i forskrift. Med en slik løsning vil lempningsordningen komme mer frem i loven og det vil tydeliggjøres for foretakene hva som kreves for å oppnå lempning. Samtidig vil ikke loven bli så omfattende som om alle vilkår og saksbehandlingsregler tas inn i lovteksten.

Selv om departementet kun foreslår å innføre vilkårene for lempning i loven, er departementet enig i at innholdet i lempningssøknadene bør presiseres. En slik presisering vil gjøre det lettere for foretakene å gi Konkurransetilsynet den informasjonen det trenger for å få saken behandlet. Etter departementets vurdering vil en slik presisering gi bedre kvalitet på lempningssøknadene, og det vil være lettere for foretakene å vite om det de har levert til Konkurransetilsynet kan regnes som en lempningssøknad eller ikke. I tillegg vil det gjøre det enklere å vurdere om vilkårene for lempning er oppfylt. Harmoniseringen med EU/EØS-retten som forslaget innebærer vil også øke forutberegneligheten for foretak som opererer i ulike jurisdiksjoner. Departementet foreslår derfor at nærmere krav til innholdet i en lempningssøknad presiseres i forskrift. Forskriften vil også følge opp endringene som ble gjort 22. november 2012 i ECN Model Leniency Programme.

#### **4.4.6 Foreldelsesregler for ansvar etter konkurranseloven**

Departementet er enig med utvalget i at det ikke er en god løsning med ulike regler om foreldelse av erstatningsansvar for saker som behandles av domstolen avhengig av myndighetenes valg av sanksjonsspor. Dagens regler innebærer at saker som behandles i det sivilrettslige sporet kan få en vesentlig kortere foreldelsesfrist, enn saker i det

strafferettslige sporet. Ettersom departementet foreslår å avskaffe foretaksstraffen for overtredelser av konkurranseloven vil det ikke lenger være ulike regler for foreldelse, da det strafferettslige sporet ikke vil benyttes for foretak. I tilfeller hvor det kun idømmes personstraff, vil foreldelsesfristen reguleres av foreldelsesloven § 11.<sup>48</sup>

Departementet mener likevel at det er gode grunner for å innføre en særregel for konkurranse saker etter mønster fra foreldelsesloven § 11 annet punktum. Saksbehandlingen i konkurranse saker kan ta flere år. Krav som springer ut av overtredelsen vil foreldes etter hovedregelen i foreldelsesloven, det vil si tre år etter at skadelidte fikk eller burde fått kjennskap til kravet, jf. foreldelsesloven § 9 nr. 1. Krav kan i slike tilfeller være foreldet før det finnes en rettskraftig dom som stadfester Konkurransetilsynets vedtak, eller i verste fall allerede før det er fattet vedtak i saken, i de mest krevende sakene. Krav omfatter både erstatningskrav og eventuelle andre krav på penger, for eksempel restitusjonskrav, som kan oppstå som følge av brudd på konkurranse loven.

En regel etter mønster fra foreldelsesloven § 11 annet punktum vil gjøre at skadelidte kan vente med å ta ut søksmål til ansvaret er klarlagt gjennom tilsynets og domstolenes behandling av saken. Dette kan være tids- og prosessbesparende for alle parter. Departementet mener derfor at en slik regel vil legge til rette for privat håndhevelse, ved at unødige søksmål unngås, og ved at velbegrunnede søksmål kan basere seg på den utredning som er gjort gjennom konkurransemyndighetenes og domstolenes behandling av saken.

På denne bakgrunn vil departementet foreslå at krav etter konkurranse loven foreldes ett år etter at det er fattet endelig vedtak om overtredelse av konkurranse loven, uavhengig av om det ilegges overtredelsesgebyr, stadfestes avhjelpende tiltak, eller om det pålegges å bringe en ulovlig atferd til opphør, dersom vedtaket fattes etter at den alminnelige foreldelsesfristen i § 9 er gått ut. Hvis Konkurransetilsynet derimot ikke velger å forfølge saken videre i et administrativt spor eller med en begjæring om påtale, og påtale heller ikke kreves av sterke allmenne hensyn, jf. ovenfor i punkt 4.4.2 om departementets forslag til endringer knyttet til det personlige straffansvaret, vil de alminnelige foreldelsesreglene gjelde. Utvalget har foreslått at for erstatningskrav etter konkurranse loven gjelder foreldelsesloven § 11 «tilsva-

rende så langt den passer» i forslag til ny § 34. Departementet vil foreslå en noe mer presis utforming av regelen om foreldelse av erstatningskrav etter konkurranse loven.

Det foreslås på denne bakgrunn en ny § 34 om foreldelse i konkurranse loven. I første ledd vises det til hovedregelen i foreldelsesloven § 9, og særregelen for krav i forbindelse med straffesaker i foreldelsesloven § 11, som også gjelder for foreldelse av erstatningskrav som springer ut av brudd på konkurranse loven. I den nye bestemmelsens annet ledd tas det inn en særregulering av foreldelse av administrative vedtak etter konkurranse loven, som er bygget på foreldelsesloven § 11 annet punktum. Denne presiserer at selv om foreldelsesfristen etter hovedregelen i foreldelsesloven § 9 er ute, kan det settes frem krav på erstatning som følge av brudd på konkurranse loven ved særskilt søksmål innen ett år etter at saken er avgjort ved endelig vedtak eller rettskraftig dom.

Foreldelsesfristen vil i disse tilfellene løpe fra et vedtak er endelig eller en dom er rettskraftig. Bestemmelsen er utformet for å sikre at fristen ikke løper mens saken er under administrativ behandling, eller gebyrsakene er til domstolsprøving. Forslaget er dermed ment å skulle innebære at for vedtak som ilegger overtredelsesgebyr løper foreldelsesfristen fra utløpet av søksmålsfristen i nytt femte punktum i § 29 tredje ledd, eller fra rettskraftig dom dersom vedtaket bringes inn for domstolene. En dom regnes som rettskraftig dersom ankefristen er utløpt og dommen ikke er anket, eller Høyesterett har avgitt dom i saken, jf. tvisteloven<sup>49</sup> § 19-14 og straffeprosessloven<sup>50</sup> § 50. Eventuell oppfriskning ved oversittelse av søksmålsfristen, må få tilsvarende virkning for beregning av ettårsfristen i § 34.

For vedtak etter konkurranse loven § 12 som pålegger opphør av ulovlig atferd eller som gjør avhjelpende tiltak bindende, løper ettårsfristen fra endelig vedtak. Dette betyr i denne sammenhengen at ettårsfristen løper fra utløp av fristen etter forvaltningsloven kapittel VI for å påklage vedtaket til departementet er utløpt, dersom vedtaket ikke påklages, eller i motsatt fall fra klagevedtak foreligger. Domstolsprøving av slike vedtak er ikke ment å skulle utvide ettårsfristen, eller føre til at den begynner å løpe på nytt.

<sup>48</sup> Lov av 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven).

<sup>49</sup> Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker.

<sup>50</sup> Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

## 4.5 Konkurransetilsynets adgang til å ilegge overtredelsesgebyr

### 4.5.1 Gjeldende rett

Etter gjeldende rett fattes vedtak om overtredelsesgebyr av Konkurransetilsynet, uten domstolsbehandling, jf. konkurranseloven § 29 tredje ledd. Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr, kan etter konkurranseloven § 29 fjerde ledd ikke påklages til departementet. Foretak som er ilagt overtredelsesgebyr kan gå til søksmål mot staten for å få prøvet vedtaket. Gebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtak er fattet. Et vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg, men tvangskraften suspenderes dersom foretaket tar ut søksmål mot staten. Dagens ordning kom i stand gjennom konkurranseloven av 2004. Den var begrunnet i et behov for et fleksibelt og finmasket sanksjonssystem for at konkurranseloven skulle kunne håndheves effektivt. Bakgrunnen for denne er nærmere behandlet i punkt 6.4.1.3 i NOU 2003: 12. Overtredelsesgebyr skiller seg fra straff etter Grunnloven § 96. Dette vil omtales nærmere i punkt 4.5.2 nedenfor. Sanksjoner for overtredelser av konkurransereglene behandles på forskjellige måter både i EU og Norden. Sverige har for eksempel en konkurranse-skadeavgift som ilegges av Stockholms tingsrett etter begjæring fra Konkurrentverket.

Ved en domstolsprøving av Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr har retten adgang til å prøve alle sider av saken. Retten kan treffe realitetsavgjørelse i saken. Rettens kompetanse tilsvarende departementets kompetanse som klageorgan i tradisjonelle forvaltningssaker. Løsningen avviker dermed fra den alminnelige domstolsprøvingen av vedtak i forvaltningsretten.<sup>51</sup> Hjemmelen for Konkurransetilsynet til å ilegge overtredelsesgebyr får tilsvarende anvendelse ved overtredelser av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, jf. EØS-konkurranseloven § 6.

Konkurransetilsynet ila overtredelsesgebyr i 6 saker i 2011 og 4 saker i 2012. Overtredelsesgebyr ilegges for ulike typer brudd på konkurranse-loven; fra brudd på gjennomføringsforbud etter fusjonskontrollreglene til alvorlig konkurranse-skadelig samarbeid i strid med § 10.

Det har vært reist kritikk mot dagens ordning, blant annet fordi Konkurransetilsynet får en dobbeltrolle ved at både etterforskningen og sanksjoneringen skjer ved samme organ. Det argumente-

res for at ordningen er et inngrep i grunnleggende prosessuelle rettssikkerhetskrav.<sup>52</sup>

### 4.5.2 Kan dagens ordning videreføres?

#### 4.5.2.1 Innledning

Spørsmålet om det er adgang til å videreføre dagens ordning beror på en vurdering av om overtredelsesgebyret kommer inn under straffebegrepet i Grunnloven § 96 og EMK artikkel 6. Særlig må det vurderes om disse bestemmelsene setter skranker for Konkurransetilsynets adgang til å ilegge overtredelsesgebyr.

#### 4.5.2.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget har vurdert om dagens ordning er i strid med Grunnloven § 96 eller EMK artikkel 6 i utredningens punkt 6.4.2.1.

Grunnloven § 96 setter rettslige skranker for ileggelse av straff. Etter bestemmelsen kreves det hjemmel i lov for at noen skal kunne dømmes, og straff kan kun gis etter dom. I forarbeidene til konkurranseloven<sup>53</sup> ble det konkludert med at overtredelsesgebyr ikke var «straff» etter Grunnloven § 96. Utvalget viser til konkurranse-lovens forarbeider og slutter seg til disse. Videre peker utvalget på at de ikke ser at det foreligger nyere rettspraksis eller andre endringer i rettskildetilstanden som tilsier en annen konklusjon. Det vises også til at det er innebygd vesentlige rettssikkerhetsgarantier i den etterfølgende domstolskontrollen i konkurranse-loven § 29 fjerde ledd.

EMK artikkel 6 gir også visse rettslige skranker for straffesaker. Hva som regnes som straff etter denne bestemmelsen favner videre enn etter Grunnloven § 96. Etter utvalgets vurdering er det klart at konkurranse-lovens overtredelsesgebyr omfattes av straffebegrepet i EMK, slik dette er utviklet i praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD). EMK åpner imidlertid for at visse saker som regnes som straffesaker kan behandles av administrative myndigheter i første instans, forutsatt at avgjørelsen kan bringes inn for domstolene, og domstolsprøvingen tilfredsstillende følger kravene som utledes av artikkel 6. Dette følger

<sup>51</sup> Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 241.

<sup>52</sup> Se Siri Teigum, Konkurranseloven og rettssikkerhet – Behovet for revisjon av konkurranse-loven, publisert i Konkurranseloven fem år. Erfaringer og reformbehov, NHO 2009 og Knut Høivik, Er konkurranse-lovens tosporede sanksjonssystem overfor foretak hensiktsmessig? LoR 2006 s. 360.

<sup>53</sup> NOU 2003: 12 punkt 6.4.5.3 s. 131-132 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 8.3.3 s. 116-117.

blant annet av en EMD-dom avsagt 27. september 2011 om det italienske systemet med konkurranserettslige sanksjoner. Selv om EMD-dommen kun gjelder konkret for det italienske konkurranserettslige sanksjonssystemet, mener utvalget at dette skaper klarhet for om konkurranserettslige overtredelser kan ilegges administrativt uten å være i strid med garantiene i EMK artikkel 6. I denne dommen ble det fastslått at så lenge de nasjonale domstolene har kompetanse til å overprøve konkurransemyndighetenes beslutning om både faktum og rettsregler, vil de sanksjonerte foretakene ha et tilfredsstillende grunnlag for å kunne angripe beslutningen og dermed være sikret en rettfærdig rettergang. Utvalget viser videre til Rt. 2011 s. 910 (Tine-dommen) hvor det legges til grunn at Høyesterett kan «prøve både faktum, saksbehandling, rettsanvendelse og skjønn. Den kan fatte nytt vedtak dersom tilsynets vedtak er ugyldig, eller dersom den mener det ikke bør ilegges gebyr eller gebyrets størrelse bør endres.»

Videre viser utvalget til EU-domstolens avgjørelse i KME-saken,<sup>54</sup> hvor domstolen konkluderte med at Underrettens prøvelsesadgang av Kommisjonens beslutninger i bøtesaker verken er i strid med EU-retten eller EMK.

Utvalget konkluderer med at Grunnloven § 96 og EMK artikkel 6 ikke er til hinder for at dagens ordning videreføres.

#### 4.5.2.3 Departementets vurderinger

Det er ikke kommet noen synspunkter i høringsuttalelsene om vurderingen av om overtredelsesgebyret er i strid med Grunnloven § 96 eller EMK artikkel 6. Dette har heller ikke etter departementets kjennskap blitt anført for norske domstoler.

Departementet er uansett enig i at overtredelsesgebyret ikke kan anses som straff etter Grunnloven § 96, og at det derfor ikke gjelder et krav om at sanksjonen må ilegges av en domstol.

Svært inngripende og omfattende administrative økonomiske sanksjoner kan imidlertid befinne seg i randsonen til, og kan etter omstendighetene stride mot Grunnloven § 96. Departementet viser til rapporten Administrative sanksjoner, reaksjoner og straff i akvakulturloven<sup>55</sup> som på side 63-66 behandler grensen mellom straff etter Grunnloven § 96 og overtredelsesgebyr. Det vises også til Sanksjonsutvalgets drøftelse av

skrankene Grunnloven § 96 setter for sanksjoner ilagt av forvaltningen i NOU 2003: 15 s. 54 flg.<sup>56</sup>

I vurderingen av om sanksjonen er grunnlovsmessig vil følgende momenter være relevante: lovgivers klassifisering, reaksjonens art, hvor inngripende den er, hva slags overtredelse det dreier seg om, om ordningen er saklig begrunnet og om rettsikkerheten til lovovertrederen er tilstrekkelig ivarett.<sup>57</sup>

Lovgiver har klassifisert konkurranselovens sanksjon som et administrativt overtredelsesgebyr. Gebyret er en økonomisk sanksjon som kun kan ilegges foretak. Da overtredelsesgebyret ble tatt inn i loven ble det vist til behovet for et finmasket og fleksibelt sanksjonssystem for å effektivisere håndhevelsen av konkurranseloven. Sanksjonen kan ilegges for flere typer overtredelser; fra brudd på meldeplikt eller gjennomføringsforbud for foretakssammenslutninger, til grov konkurransekriminalitet. Størrelsen på gebyret varierer avhengig av overtredelsen og har et stort spenn. Gebyrene som i 2012 ble ilagt for brudd på meldeplikten i § 18 første ledd varierte fra 250 000 til 350 000 kroner, mens Konkurransetilsynet i 2011 varslet et overtredelsesgebyr på 270 millioner kroner for ulovlig anbudssamarbeid.<sup>58</sup> Gebyrene i sistnevnte sak ble i Konkurransetilsynets vedtak<sup>59</sup> satt til henholdsvis 220 millioner kroner til Veidekke og 140 millioner kroner til NCC. Veidekke bistod tilsynet ved oppklaringen av saken og fikk derfor full lempning for gebyret på 220 millioner kroner. Det er fastsatt en øvre grense for overtredelsesgebyrets størrelse, og Konkurransetilsynet som legger sanksjonen, er forpliktet til å følge en rekke saksbehandlingsregler som ivaretar foretakenes rettsikkerhet. Vedtak om overtredelsesgebyr kan prøves for retten, og retten har som nevnt ovenfor kompetanse til å prøve alle sider, og fatte realitetsavgjørelse av saken, jf. § 29 fjerde ledd femte punktum, og Rt. 2011 s. 910 (Tine-dommen).

På denne bakgrunn er departementet enig i at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven ikke er å regne som straff etter Grunnloven § 96. Det er derfor ikke et krav om at en domstol må idømme sanksjonen.

Når det gjelder overtredelsesgebyrets forhold til den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, viser departementet i likhet med utvalget til

<sup>54</sup> Dom av 8. desember 2011 i sak C-389/10 P KME Germany m.fl. mot Kommisjonen.

<sup>55</sup> Rapporten med lovforslag er utarbeidet av en arbeidsgruppe nedsatt av Fiskeri- og kystdepartementet.

<sup>56</sup> NOU 2003: 15 Fra bot til bedring.

<sup>57</sup> NOU 2003: 15 s. 57-58, Administrative sanksjoner, reaksjoner og straff i akvakulturloven s. 63-66 med henvisninger.

<sup>58</sup> Varsel av 14.10.2011 til Veidekke ASA/Veidekke Industri AS – NCC AB/NCC Roads AS.

<sup>59</sup> Vedtak V2013-3 av 4. mars 2013.

at administrative overtredelsesgebyr er utenfor kjerneområdet til EMK artikkel 6. Det betyr at selv om sanksjonen som sådan regnes som straff, vil ikke alle rettssikkerhetsgarantiene i bestemmelsen gjøre seg gjeldende. EMK artikkel 6 oppstiller i slike tilfeller noen minstegarantier til forsvarlig saksbehandling. Departementet er enig i utvalgets vurdering av at dagens ordning tilfredsstiller kravene EMK setter for straffesanksjoner av en slik karakter som overtredelsesgebyret er.

Departementet er derfor enig i at det ikke eksisterer noen rettslig forpliktelser til å endre dagens ordning.

### 4.5.3 Utvalgets forslag

#### 4.5.3.1 Bakgrunn

Utvalget har i utredningens punkt 6.4.2.2 vurdert om dagens system i tilstrekkelig grad ivaretar behovet for rettssikkerhet. Bakgrunnen for denne vurderingen er blant annet den pågående parallelle diskusjonen internt i EU/EØS vedrørende Kommisjonens kompetanse i konkurransesaker og forholdet til grunnleggende menneskerettigheter nedfelt i EMK. I tillegg har det vært reist kritikk i Norge mot Konkurransetilsynets rolle som både etterforsker og vedtaksmyndighet i saker vedrørende overtredelsesgebyr.

Utvalget har vurdert tre hovedmodeller: (i) å videreføre dagens system uendret, (ii) å innføre et system med omvendt søksmålsbyrde eller (iii) å innføre et system som legger seg tettere opp til løsningen i EU/EØS.

Innledningsvis peker utvalget på at dagens ordning er på linje med det som er den vanlige løsningen i norsk forvaltningslovgivning. Dette fremheves også i NOU 2003: 15 Fra bot til bedring, der Sanksjonsutvalget legger opp til at domstolsprøving av forvaltningens vedtak om sanksjoner (herunder overtredelsesgebyr) skal være hovedregelen. Dette taler etter utvalgets syn for at det skal tungtveiende grunner til for å innføre et nytt system.

Utvalget viser også til at dagens ordning har mange likhetstrekk med ordningen i EU/EØS og at nettopp hensynet til harmonisering med EU/EØS-retten ble trukket frem både av Konkurranselovutvalget og departementet ved innføringen av overtredelsesgebyr som sanksjonsform i 2004.<sup>60</sup> Det kan fortsatt argumenteres for at like prosessuelle regler og sanksjoner i Norge og i

EU/EØS vil kunne bidra til likebehandling og økt forutsigbarhet.

Videre kan det etter utvalgets syn pekes på at dagens ordning særlig ivaretar behovet for spesi- fikk fagkompetanse i det leddet som treffer avgjørelser i første instans og at dette vanskelig kan sikres på samme måte dersom kompetansen til å treffe avgjørelser om overtredelsesgebyr i konkurransesaker overføres til en domstol. Behovet for fagkompetanse var sterkt fremme i departementets argumentasjon for Konkurransetilsynets vedtakskompetanse ved lovrevisjonen i 2004, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 117. I forlengelsen av dette kan det argumenteres for at dagens ordning ivaretar behovet for en effektiv saksbehandling, idet det ikke foreligger noe «mellomledd» i fasen mellom etterforskning og vedtak om overtredelsesgebyr.

Et annet argument til støtte for det systemet som gjelder i dag, er at det er innebygd vesentlige rettssikkerhetsgarantier både i reglene om tilsynets egen saksbehandling og i reglene om domstolens overprøving av tilsynets vedtak om overtredelsesgebyr. Det oppstilles krav til et detaljert og grundig forhåndsvarsel til de berørte partene i saker om overtredelsesgebyr, og domstolene har kompetanse til å prøve alle sider av saken og til å treffe realitetsavgjørelse.

En gjentatt innvending mot dagens ordning er at den setter Konkurransetilsynet i en dobbeltrolle og at denne kan være egnet til å skape tvil om tilsynets objektivitet og uavhengighet. Det kan argumenteres for at rettssikkerheten ville vært bedre ivaretatt dersom det var et annet organ enn det som etterforsket saken som hadde kompetanse til å treffe bindende vedtak om overtredelsesgebyr i første instans. Det kan i denne sammenheng dessuten hevdes at en oppsplitting av kompetansen ville gi tilsynet en friere rolle og en mulighet til å «rendyrke» rollen som etterforsker.

Videre kan det innvendes mot dagens ordning at den begrunnelsen som ble gitt i forbindelse med lovrevisjonen i 2004, ikke er særlig velfundert. I teorien har det vært påpekt at det ikke er helt treffende å argumentere ut fra hensynet til harmonisering med EU/EØS-retten, all den tid dette hensynet også kunne vært ivaretatt gjennom en videreføring av foretaksstraffen uten en supplerende administrativ sanksjon. Det er fremhevet at EU/EØS-konkurranseretten ikke krever at sanksjonen skal være administrativ, og at bakgrunnen for det ensprede systemet innenfor EU/EØS blant annet er at medlemsstatene ikke har villet vedta overnasjonale håndhevingsorganer som kan ilegge borgerne straff. Selv om denne kritikken først og fremst har vært reist mot innføringen av

<sup>60</sup> Jf. bl.a. NOU 2003: 12 s. 124 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 116 flg.



overtredelsesgebyr som sanksjonsform, kan den også sies å ha en side til spørsmålet om vedtakskompetanse.

En annen innvendig mot den ordningen som gjelder i dag, kan være at hensynet til en effektiv håndhevelse har blitt ivaretatt på bekostning av partenes behov for kontradiksjon og åpenhet i den prosessen som eventuelt munner ut i et bindende vedtak om overtredelsesgebyr. Det er med andre ord ikke bare valget av organiseringen av virksomheten knyttet til håndhevelse av loven som kan kritiseres, men også utformingen av de saksbehandlingsreglene som gjelder i saker om ileggelse av overtredelsesgebyr. Det kan argumenteres for at systemet innenfor EU/EØS-retten, både med hensyn til den interne organiseringen av saksbehandlerrollen/vedtakskompetansen og saksbehandlingsreglene i forkant av beslutning om administrativ sanksjon, er bedre egnet enn det norske systemet til å ivareta partenes grunnleggende krav til rettsikkerhet.

På bakgrunn av innvendingene over har utvalget derfor vurdert om det bør innføres en ordning med forelegg tilsvarende forslaget i NOU 2003: 12 punkt 6.4.5.4 s. 132. Flertallsforslaget gikk den gang ut på at Konkurransetilsynet skulle ha kompetanse til å utstede forelegg på bot, og at Konkurransetilsynet skulle ha søksmålsbyrden dersom forelegget ikke ble vedtatt innen to måneder. Kompetansen til å treffe bindende avgjørelse om overtredelsesgebyr/sivilrettslig bot skulle etter utvalgets forslag legges til Oslo tingrett som tvunget vernetting, på bakgrunn av stevning fra Konkurransetilsynet. En ordning der beslutningen om ileggelse av overtredelsesgebyr treffes av domstolen etter stevning fra konkurransemyndighetene er for øvrig den løsningen som er valgt i svensk og finsk rett.

En slik omlegging av dagens ordning til et system med utferdigelse av forelegg vil kunne imøtekomme flere av de innvendinger som har vært reist mot Konkurransetilsynets dobbeltrolle i saker om overtredelsesgebyr. Omleggingen vil gjøre det mulig for tilsynet å stå friere til å drive etterforskning, mens kompetansen til å ilegge bindende overtredelsesgebyr blir lagt til en nøytral og uavhengig domstol. Videre kan et argument i favør av en slik løsning være at partenes behov for kontradiksjon og åpenhet i prosessen blir bedre ivaretatt når tilsynet i realiteten skal fremsette et «tilbud» overfor lovovertrедeren om å få gjort opp sitt ansvar på en enkel måte. Det kan også hevdes at i den grad det hersker usikkerhet omkring forholdet mellom dagens ordning og de skrankene som følger av Grunnloven og EMK, vil

denne usikkerheten elimineres dersom kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr overføres til domstolene i første instans.

Utvalget har likevel ikke valgt å fremme et forslag om en slik løsning i loven. Begrunnelsen er at en slik omlegging av systemet vil være lite forenlig med det som er det tradisjonelle utgangspunktet om fordelingen av kompetanse mellom forvaltningen og domstolene i norsk rett. Utvalget peker i denne sammenheng på at Konkurransetilsynet som fagmyndighet har den kompetansen som er nødvendig for å sikre en effektiv håndhevelse av saker om overtredelsesgebyr i første instans, og at vårt domstolsapparat ikke er tilpasset til å overta denne oppgaven.

#### 4.5.3.2 Omvendt søksmålsbyrde

Utvalget har i utredningen på sidene 62-63 vurdert en annen modell hvor søksmålsbyrden overføres fra foretakene til Konkurransetilsynet. Etter en slik løsning må Konkurransetilsynet ta ut søksmål mot foretaket dersom det ikke godtar vedtaket som ilegger overtredelsesgebyr.

*Utvalgets flertall* støtter ikke et forslag om snudd søksmålsbyrde. Disse medlemmene frykter at det lett vil kunne bli en diskusjon om og/eller forhandlinger om størrelsen på overtredelsesgebyret. Dette vil kunne sette Konkurransetilsynet i en vanskelig situasjon, og det vil dessuten være en fare for at tilliten til overtredelsesgebyret som sanksjonsform svekkes. Utvalgets flertall mener at det ikke foreligger argumenter som er tungtveiende nok til å foreslå et annet system enn det som følger av gjeldende rett. Etter flertallets syn er dagens modell godt tilpasset det systemet som ellers gjelder ved ileggelse og overprøving av administrative sanksjoner i norsk rett. Den har dessuten mange likhetstrekk med den løsningen som er valgt innenfor EU/EØS. Videre er utvalgets flertall av den oppfatning at dagens modell balanserer godt hensynet til effektiv håndhevelse på den ene side og hensynet til rettsikkerhet på den annen side.

*Utvalgets mindretall* mener at konkurranseloven bør endres slik at søksmålsbyrden for Konkurransetilsynets vedtak overføres fra parten(e) til Konkurransetilsynet. Dette innebærer at Konkurransetilsynet treffer vedtak om overtredelsesgebyr som i dag, men at dersom partene ikke aksepterer vedtaket, er det Konkurransetilsynet som må bringe saken inn for domstolene for å få stadfestet vedtaket. Disse medlemmene viser til at overtredelsesgebyr er en inngripende sanksjon, og at det har store likhetstrekk med foretaks-

straff. I tillegg kommer sanksjonens størrelse. Denne løsningen vil også ligge noe nærmere anklageprinsippet ved at ansvaret for å fremme saken for domstolene overføres til Konkurransetilsynet, samtidig som forslaget ikke nødvendigvis gjør noen endringer i organiseringen av Konkurransetilsynet. Mindretallet vektlegger at det å ha søksmålsbyrden i konkurransesaker som kan reise svært kompliserte spørsmål og kreve omfattende arbeid, er svært inngripende for en privat part. Det er da mer naturlig at byrden ligger hos Konkurransetilsynet. For en nærmere begrunnelse for forslaget vises det til utredningen sidene 62-63.

#### 4.5.4 Høringsinstansene

Flere høringsinstanser er enig i at dagens ordning med at Konkurransetilsynet ilegger overtredelsesgebyr bør videreføres. *Advokatforeningen, Forbrukerrådet, Arbeidsgiverforeningen Spekter, Advokatfirmaet Haavind AS og Arntzen de Besche Advokatfirma AS* støtter imidlertid mindretallets forslag og peker på at overtredelsesgebyr er en inngripende sanksjon som har store likheter med foretaksstraff.

#### 4.5.5 Departementets vurderinger

Departementet er enig i utvalgets anbefaling om å videreføre dagens ordning. Dagens vedtaksadgang er i tråd med den alminnelige ordningen for forvaltningsorganer som ilegger forvaltningsrettslige sanksjoner. Departementet viser også til at Sanksjonsutvalget anbefaler å videreføre dette systemet i NOU 2003: 15 Fra bot til bedring.

Departementet mener det ikke foreligger sterke grunner for å fravike det tradisjonelle forvaltningssporet. En omlegging av søksmålsbyrden vil dessuten kun utgjøre en praktisk endring av hvem som må ta ut søksmål. Det er vanskelig å se at det er stor forskjell på å forsvare seg mot et søksmål anlagt for å stadfeste et vedtak, enn det er å angripe et vedtak. Domstolen vil ha samme mulighet til å prøve alle sider ved vedtaket og på den måten ivareta rettssikkerheten til partene på samme måte som etter dagens ordning. Det er også usikkert om en slik endring fører til at Konkurransetilsynet blir friere og tester ut flere saker for domstolen, eller om det vil føre til en mer restriktiv praksis for å ilegge overtredelsesgebyr av frykt for domstolssensur. Etter departementets vurdering er det lite trolig at Konkurransetilsynet vil endre kvaliteten på saksbehandlingen ved en omlegging, ettersom tilsynet også i dag risikerer

at vedtak om overtredelsesgebyr blir prøvet for domstolen. Flere av forslagene i denne lovproposisjonen vil også bidra til å øke kontradiksjon og åpenhet i prosessen.

## 4.6 Beviskrav

### 4.6.1 Gjeldende rett

Utgangspunktet i norsk rett er at domstolskontroll av administrative vedtak behandles etter tvistelovens regler. Tradisjonelt er kravene til bevisets styrke forskjellig i sivil- og straffeprosessen. I straffesaker skal enhver rimelig og fornuftig tvil komme tiltalte til gode. I sivile saker er hovedregelen alminnelig sannsynlighetsovervekt. Begrunnelsen for at det sivilprosessuelle kravet til bevisets styrke i utgangspunktet er «alminnelig sannsynlighetsovervekt» er at partene normalt er likeverdige og har motstridende interesser, og at ved å nøye seg med sannsynlighetsovervekt totalt sett sikrer flest riktige avgjørelser.

Selv om forvaltningssanksjoner avgjøres i sivilprosessuelle former, er overvektsprinsippet fraveket i en rekke tilfeller. Ved ileggelse av forvaltningssanksjoner er partenes interesser av vidt forskjellig karakter. Her står borgernes behov for beskyttelse mot sanksjoner på uriktig grunnlag mot det offentliges interesse i effektiv håndhevelse av forvaltningslovgivningen. Borgernes beskyttelsesbehov tilsier at det for ileggelse av slike sanksjoner stilles krav om mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Spørsmålet er hvor strengt beviskravet kan være uten at det går ut over det offentliges behov for effektiv rettshåndhevelse.

Konkurranseloven regulerer ikke spørsmålet om hvilket beviskrav som gjelder ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter § 29. Beviskravet er imidlertid drøftet i forarbeidene til loven. Det daværende konkurranselovutvalget la til grunn at det burde gjelde et krav om klar sannsynlighetsovervekt.<sup>61</sup> Utvalget viste til Rt. 1999 s. 14 og påpekte at likhetene med strafferettslige bøter kunne tale for at kravet skulle legges høyere enn klar sannsynlighetsovervekt. Dette utvalget viste imidlertid til at strenge krav til bevisets styrke kunne vanskeliggjøre håndheving av loven og pekte på at behovet for effektiv håndheving må holdes opp mot hensynet til rettssikkerhet.

Departementet var imidlertid uenig i at beviskravet for overtredelsesgebyr skulle avvike fra det sivilprosessuelle beviskravet, men tok ikke ekspli-

<sup>61</sup> NOU 2003: 12 s. 130-131.

sitt stilling til spørsmålet utover å vise til at alminnelige bevisregler, som var nærmere beskrevet i utvalgets innstilling, skulle gjelde. Det ble understreket at overtredelsesgebyr er ment å være en fleksibel sanksjon som kunne ilegges både for alvorlige brudd på konkurranseloven og for mindre alvorlige tilfeller, som for eksempel brudd på gjennomføringsforbudet etter alminnelig melding. Mindre overtredelsesgebyrer for brudd på gjennomføringsforbud vil ikke være like inngripende og tyngende som et overtredelsesgebyr ilagt for grov konkurransekriminalitet.

Det har vært mye diskusjon i juridisk teori om hva beviskravet for overtredelsesgebyr etter konkurranseloven er, og ikke minst hva det burde være.

Utvalget har gjennomgått sentral rettspraksis på området, blant annet storkammeravgjørelsen Rt. 2008 s. 1409. Her ble spørsmålet om hvilket beviskrav som gjelder ved ileggelse av ordinær tilleggsatt etter ligningsloven § 10-2, jf. § 10-4 avgjort etter en tolkning av lovteksten sammenholdt med forarbeidene. Et flertall på syv dommere kom til at beviskravet for ileggelse av ordinær tilleggsatt er klar sannsynlighetsovervekt.

Høyesterett har videre den siste tiden behandlet spørsmålet i to saker om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven, Rt 2011 s.910 (Tine-dommen) og Rt. 2012 s. 1556 (Gran & Ekran/Grunnarbeid).

I Rt. 2012 s. 1556 ble beviskravet prosedert for Høyesterett, og førstevoterende uttrykker at «for ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, jf. § 10 kreves klar sannsynlighetsovervekt. Det samme beviskravet gjelder ved vurderingen av skyldgraden som ledd i utmålingen av reaksjonen.» Tre av dommerne sluttet seg til dette, og dommer Noer var enig i at for ileggelse av gebyr etter konkurranseloven «må kreves klar sannsynlighetsovervekt», men var uenig i at dette var avklart før Tine-dommen. Mindretallet, dommer Endresen, fant ikke grunnlag for å «sette til side den løsning lovgiver har valgt for norsk rett». Med denne avgjørelsen må det kunne sies at beviskravet for ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven er avklart.

#### 4.6.2 Utvalgets forslag

I utredningens punkt 6.5.5 har utvalget etter en samlet vurdering kommet til at det bør gjelde et krav om klar sannsynlighetsovervekt ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29. Utvalget mener at dette bør gjelde selv om et strengere krav til bevisets styrke i noen

grad kan vanskeliggjøre en effektiv håndhevelse av loven, jf. departementets vurderinger i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004).

Utvalget har i tråd med prinsippene lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 1999 s. 14 og Rt. 2007 s. 1217, ved vurderingen lagt vekt på at overtredelsesgebyr er en inngripende sanksjon og at overtredelsesgebyr har store likhetstrekk med foretaksstraff. Videre har utvalget vektlagt at grunnlaget for å ilegge overtredelsesgebyr er en konstatering av at foretaket eller noen som handler på vegne av foretaket, forsettlig eller uaktsomt har overtrådt konkurranseloven § 10 eller § 11. Dette tilsier at beviskravet settes høyere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Utvalget (som avga innstilling før Høyesteretts behandling av den nevnte saken om Gran & Ekran/Grunnarbeid) har lagt vekt på at Høyesteretts avgjørelse i Tine-saken klargjør at det gjelder et krav om klar sannsynlighetsovervekt ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven. Utvalget har også sett hen til kravene etter EMK artikkel 6 nr. 2, og hensynet til harmonisering med EU/EØS som opererer med et beviskrav som er skjerpet i forhold til et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Utvalget finner det viktig å understreke at kravet om klar sannsynlighetsovervekt bare refererer seg til faktiske omstendigheter. Ved avgjørelsen av rettslige og økonomiske vurderinger skal konkurransemyndighetene og domstolen legge til grunn den løsning som de finner at alt i alt har de beste grunner for seg. Det stilles ikke krav om at det må foreligge klar sannsynlighetsovervekt for det resultatet som legges til grunn.

Utvalget har vurdert om konkurranseloven direkte bør regulere hvilket beviskrav som gjelder ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29. Det strenge beviskravet i straffetretten er ikke lovfestet. Utvalget har heller ikke funnet eksempler på at det i særlovgivningen fremkommer uttrykkelig lovfestede beviskrav for å kunne ilegge administrative sanksjoner. Utvalget finner under henvisning til at det ikke er tradisjon for slik lovregulering i norsk rett, at det ikke er hensiktsmessig å foreslå en regulering av beviskravet i konkurranseloven.

#### 4.6.3 Høringsinstansene

De fleste høringsinstansene er enige i utvalgets vurdering av beviskravet og at det ikke bør lovfestes. *Advokatforeningen* og *Arntzen de Besche Advokatfirma AS* mener imidlertid at beviskravet bør lovfestes for å gi foretakene større forutberegnet

lighet. *Konkurransetilsynet* mener at bevisituasjonen ikke er helt klarlagt, og anbefaler et lavere beviskrav («alminnelig sannsynlighetsovervekt») for å sikre en effektiv håndhevelse fra tilsynets side. *Regjeringsadvokaten* anbefaler departementet å gjøre en mer nyansert beskrivelse av hva dagens beviskrav er, fordi spørsmålet ikke ble prosedert for Høyesterett i *Tine*-saken.

#### 4.6.4 Departementets vurderinger

Departementet foreslår å følge utvalgets anbefaling om at beviskravet for overtredelsesgebyr i konkurransesaker fortsatt ikke skal lovfestes. Det er ikke tradisjon for slik lovregulering i norsk rett, der ikke engang det strenge beviskravet i straffetretten er lovfestet. I tillegg mener departementet at beviskravet i norsk konkurranserett bør følge rettstilstanden i EU/EØS og praksis fra EMD om EMK artikkel 6 nr. 2. Siden dette er dynamiske rettsområder mener departementet at det er lite hensiktsmessig å utforme et statisk beviskrav i norsk konkurranserett gjennom lovfesting.

Når det gjelder det nærmere innholdet i beviskravet for overtredelsesgebyr i konkurransesaker, viser departementet til omtalen ovenfor i punkt 4.6.1 om gjeldende rett.

### 4.7 Andre saksbehandlingsregler

Nedenfor behandles utvalgets forslag til særskilte saksbehandlingsregler i overtredelsessaker.

#### 4.7.1 Rett til møte med Konkurransetilsynet

Utvalget har på sidene 63-65 i utredningen vurdert om det bør lovfestes en rett for foretak som etterforskes for mulige brudd på konkurranse-loven til å ha møter med beslutningstakere i Konkurransetilsynet.

Utvalget har i denne forbindelse diskutert om det i etterforskningssaker bør innføres ett eller flere obligatoriske møter der foretakene som etterforskes kan få treffe beslutningstakerne og fremføre sin sak. I de prosedyrene som gjelder for Europakommisjonen i dens håndhevelse av TEUV artikkel 101 og 102/EØS-avtalen artikkel 53 og 54, er det til sammenligning fastsatt at Kommisjonen skal tilby partene som etterforskes statusmøter (*State of Play meetings*) på nærmere fastsatte trinn i prosessen. Etter Kommisjonens retningslinjer tilbys møter på tre stadier i prosessen; etter formell åpning av saksbehandlingen, på et mer fremskredet punkt i etterforskningen hvor Kom-

misjonen kan redegjøre for sine foreløpige konklusjoner og etter partenes tilsvarende til Kommisjonens meddelelse om innsigelser (*Statement of Objections*) eller formell høring. Deltakelse på disse møtene er frivillig for partene, og hensikten med møtene er å bedre kvaliteten og effektiviteten i beslutningsfasen samt å sikre gjennom-siktighet og god kommunikasjon mellom DG Konkurransen og partene.

Utvalget har også vurdert om det etter mønster av systemet i EU/EØS bør innføres en form for muntlig høring i prosessen før vedtak treffes. Utvalget kommer imidlertid til at et system der det oppnevnes en «høringsoffiser» og der det gjennomføres vitneavhør, vil være en svært unorsk løsning som ikke passer særlig godt inn i det tradisjonelle synet på forvaltningens oppgaver og rolle. Utvalget anser det som en mer hensiktsmessig løsning at Konkurransetilsynet møter partene direkte etter mønster av statusmøter/*State of Play meetings*. Det kan ikke sies å foreligge noe behov for muntlige høringer i tillegg til dette.

*Utvalgets flertall* mener at det kan være hensiktsmessig å legge opp til et system der partene som etterforskes for mulige overtredelser av konkurranse-lovgivningen skal tilbys ett eller flere møter med beslutningstakerne i Konkurransetilsynet underveis i prosessen frem mot endelig vedtak. Utvalget innser at en slik prosedyre vil kreve visse ressurser fra tilsynets side. Samtidig pekes det på at denne typen møter vil kunne gi Konkurransetilsynet verdifull informasjon som både vil kunne effektivisere beslutningsprosessen, bedre kvaliteten på de beslutninger som treffes og legitimere prosessen overfor private parter. Når det gjelder spørsmålet om hvordan den foreslåtte prosedyren skal reguleres, mener utvalget at dette best kan gjennomføres ved at Konkurransetilsynet fastsetter retningslinjer etter mønster av Kommisjonens «Best Practices» knyttet til prosedyrene etter TEUV artikkel 101 og 102/EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Et særlig spørsmål i relasjon til innføringen av en slik ny prosedyre er på hvilket tidspunkt i prosessen det er mest hensiktsmessig å ha slike møter med partene. Utvalget har i denne forbindelse vurdert om møtene skal avholdes før eller etter at det er sendt varsel om vedtak i saken. Utvalgets flertall mener at det må anses som mest hensiktsmessig å gjennomføre møtene etter at varsel om vedtak er sendt. Utvalgets flertall er videre av den oppfatningen at denne typen møter, etter mønster av «*State of Play meetings*» i EU/EØS, bare skal tilbys de foretakene som etterforskes. Dette innebærer at klager og tredjeparter

ikke skal delta på møtene. Utvalgets flertall understreker at det vil være frivillig for foretakene om de ønsker å benytte seg av adgangen til å gjennomføre denne typen møter med beslutningstakerne i Konkurransetilsynet.

*Utvalgets mindretall* foreslår at det lovfestes en rett for en part til å kreve at det avholdes et møte hvor endelig beslutningstaker i Konkurransetilsynet plikter å være til stede, og hvor parten får presentere sin sak muntlig, i rimelig tid etter at forhåndsvarsel er sendt. Det foreslås videre at de nærmere detaljer knyttet til avviklingen av møtet reguleres i forskrift. For mindretallets fullstendige forslag vises det til utredningen side 64-65.

*Høringsinstansene* er positive til at foretakene kan tilbys møter med Konkurransetilsynet, uten at dette lovreguleres. *Arntzen de Besche Advokatfirma AS* støtter mindretallets forslag om en lovfestet rett for foretak som etterforskes for mulig brudd på konkurranseloven til å ha møter med beslutningstakere i Konkurransetilsynet.

*Departementet* er av den oppfatning at alle hensynene som har vært fremhevet av utvalget vil kunne ivaretas ved å følge flertallets forslag. Det anbefales derfor at Konkurransetilsynet utarbeider retningslinjer for møtepraksis i overtredelsessaker, slik de allerede har gjort blant annet for saksbehandlingen i fusjonssaker. Dette vil også samsvare med systemet i EU/EØS hvor saksbehandlingsrutiner er publisert som såkalte «best practices».

#### 4.7.2 Egne saksbehandlingsregler for domstolene

Utvalget har videre vurdert om det kan gjøres grep for å sette norske domstoler bedre i stand til å føre kontroll med Konkurransetilsynets vedtak. Etter den gjeldende ordningen kan det slik utvalget oppfatter det til tider oppleves som en utfordring å få domstolene til i tilstrekkelig grad å følge de konkurranserettslige resonnementene som partene og tilsynet fremfører i konkrete saker. Dette kan etter utvalgets syn både forklares med at tilfanget av konkurranserettssaker for domstolene er relativt beskjedent, og at konkurranserettslige vurderinger i stor grad henger sammen med økonomiske analyser. Dette særpreget ved konkurranserettssaker kan etter utvalgets syn tilsi at avgjørelsene i større grad bør baseres på skriftlig saksbehandling og at innslaget av fagkyndige meddommere med fordel kan være sterkere enn det er per i dag. Her har utvalget vurdert om det er behov for å foreslå prosessuelle særregler for å oppnå dette, eller om det er tilstrekkelig å

peke på de mulighetene som ligger i å bruke de generelle saksbehandlingsreglene i tvisteloven mer aktivt enn det som gjøres i dag.

Det følger av konkurranseloven § 29 fjerde ledd at tvisteloven gjelder så langt den passer ved rettens prøving av vedtak om overtredelsesgebyr. Tvisteloven § 9-9 jf. § 11-1 innebærer at det også i konkurranserettssaker gjelder et muntlighets- og umiddelbarhetsprinsipp. Det innebærer at som hovedregel må dommeren bygge sin avgjørelse på det som fremkommer i retten. Bestemmelsen åpner imidlertid for at avgjørelsen helt eller delvis kan treffes på grunnlag av skriftlig behandling, jf. tvisteloven § 9-9 annet ledd. En slik behandlingsform forutsetter at partene er enige om det, og at retten samtykker til dette. Det følger av annet punktum at retten bare kan samtykke til skriftlig behandling der dette «vil gi en mer effektiv og prosessøkonomisk behandling». Videre åpner tvisteloven § 9-9 tredje ledd for at partene kan inngi skriftlige redegjørelser for særlig kompliserte rettslige eller faktiske spørsmål. Slike skriftlige redegjørelser kan bare kreves dersom det er nødvendig for å få et vesentlig sikrere avgjørelsesgrunnlag og prosessøkonomiske hensyn ikke taler mot det. Det er retten som treffer beslutningen om det skal åpnes for å inngi skriftlige redegjørelser. Hvis en part motsetter seg å gi skriftlig redegjørelse, avgjøres spørsmålet ved kjennelse. Det fremgår av tvisteloven § 9-9 første ledd annet punktum at i saker som skal avgjøres etter hovedforhandling inngår skriftlige redegjørelser etter tredje ledd i avgjørelsesgrunnlaget. Når det gjelder adgangen til å få oppnevnt fagkyndige meddommere, reguleres dette i tvisteloven § 9-12 og § 29-17. Retten kan settes med to fagkyndige meddommere dersom det kreves av en part eller retten finner det ønskelig. Videre er det anledning til å be om å få oppnevnt en juridisk fagkyndig meddommer dersom begge parter har foreslått vedkommende. For øvrig kan fagkyndighet tilføres saken gjennom rettsoppnevnte sakkyndige eller sakkyndige vitner. Det følger dessuten av tvisteloven § 21-12 at det er anledning til å føre som bevis skriftlige erklæringer fra blant annet sakkyndige som er avgitt i anledning saken.

Utvalget peker på at tvisteloven allerede i dag inneholder bestemmelser som gir mulighet for at domstolenes behandling av konkurranserettssaker kan skje på et bredere grunnlag. Likevel er inntrykket at disse mulighetene til å påvirke prosessen i retning av økt innslag av skriftlighet og fagkyndighet bare i liten utstrekning blir benyttet. Utvalget mener at dette henger nært sammen med at det i de fleste tilfellene kreves enighet mel-

lom partene for å få påvirket prosessen i denne retningen, og/eller at partene av ulike taktiske hensyn ser seg bedre tjent med å utpeke sakkyndige vitner enn å be om at det oppnevnes fagkyndige meddommere. Det vurderes om det ikke ville vært hensiktsmessig å gjøre det obligatorisk med fagkyndige meddommere i konkurranse-rettssaker, og at det i konkurranserettssaker ikke skal være anledning for en part å motsette seg å inngi skriftlig redegjørelse etter tvisteloven § 9-9 tredje ledd. Slike særregler vil kunne sette domstolene bedre i stand til å behandle konkurranse-rettssaker. De fagkyndige meddommerne vil som regel være økonomer med spesialisering innen konkurranseøkonomi. Disse vil kunne bidra til at fagdommeren får et bedre grunnlag for å forstå og vurdere de økonomiske sidene av saken. Videre vil en særregel om at en part ikke kan motsette seg å inngi en skriftlig redegjørelse kunne føre til at domstolene får et mer solid grunnlag å bygge sine avgjørelser på. Konkurranserettssaker vil dels på grunn av det svært omfangsrike rettskildet bildet som følge av harmoniseringen med EU/EØS-retten og dels på grunn av den nære koblingen med konkurranseøkonomien, gjennomgående reise særlig kompliserte rettslige og/eller faktiske spørsmål. Det kan hevdes at dersom domstolen mener det er grunn til å få et særlig komplisert konkurranserettslig spørsmål nærmere belyst gjennom skriftlige redegjørelser, bør ikke en part ut fra sine særinteresser kunne motsette seg dette.

Utvalget mener etter en samlet vurdering at det ikke er behov for en slik særregulering. For det første er det relativt beskjedne tilfanget av konkurranserettssaker for domstolene i seg selv et argument for at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å foreslå særegne prosessregler for denne sakstypen. Som påpekt ovenfor, gir de generelle reglene i tvisteloven muligheter for domstolen og sakens parter til å tilføre saken større innslag av fagkyndighet og skriftlighet dersom det anses hensiktsmessig i den enkelte sak. Det kan også pekes på at dagens system har en innebygget fleksibilitet, og at en overgang til en mer obligatorisk ordning naturlig nok vil gjøre det vanskeligere å tilpasse prosessen til den enkelte sak. Selv om fagkyndige meddommere og skriftlige redegjørelser gjennomgående vil kunne heve domstolenes kompetanse, er det ikke opplagt at dette alltid vil være tilfellet. Det kan dessuten pekes på at nasjonale domstoler kan forelegge spørsmål etter harmoniserte bestemmelser i konkurranse- loven for EFTA-domstolen for rådgivende uttalelse.

Utvalget understreker imidlertid viktigheten av at det fokuseres på de særskilte utfordringene som domstolsprøving av konkurranserettslige vedtak reiser. En økt bevisstgjøring blant aktørene med hensyn til mulighetene for å påvirke prosessene i retning av større innslag av fagkyndighet og skriftlighet vil derfor være viktig.

*Regjeringsadvokaten, Konkurransetilsynet og Domstolsadministrasjonen* er enig i utvalgets vurderinger, og mener aktiv bruk av dagens saksbehandlingsregler i tvisteloven imøtekommer partenes behov for å få saken belyst på et bredere grunnlag. *Arntzen de Besche Advokatfirma AS* foreslår at utfordringene utvalget har pekt på kan løses ved at alle konkurransesaker behandles hos Oslo tingrett som førsteinstans. På denne måten kan det bygges kompetanse i slike saker uten større organisatoriske grep. Forslaget tilsvare systemet for domstolsbehandling av Patentstyrets vedtak.

Departementet er enig med utvalget i at dagens regler kan brukes mer aktivt for konkurransesakene i domstolene. Som utvalget har pekt på, gir tvisteloven en rekke muligheter som vil kunne gi grunnlag for en bredere vurdering av disse sakene. Departementet ønsker derfor at dagens regelverk er forsøkt benyttet i større grad før det vurderes å særregulere rettergangsordningen for konkurransesaker.

#### **4.7.3 Innføring av særskilt søksmålsfrist i saker om overtredelsesgebyr**

I dag er det ingen særskilt søksmålsfrist for domstolskontroll av Konkurransetilsynets vedtak som illegger overtredelsesgebyr. Det må avgjøres etter tvistelovens regler om søksmål skal tillates fremmet. Dersom det er svært lang tid siden vedtaket ble fattet, vil dette bli en del av vurderingen av om saksøker har rettslig interesse i å få prøvet vedtaket for domstolen.

I praksis vil foretaket gjerne ta ut søksmål innen utløpet av betalingsfristen, slik at tvangskraften suspenderes.

Utvalget har i merknadene til lovforslagene foreslått at det skal innføres en særskilt søksmålsfrist for vedtak som illegger overtredelsesgebyr. Dette vil etter utvalgets vurdering gi foretakene tilstrekkelig tid til å sette seg inn i saken og vurdere prosessrisikoen, samtidig som Konkurransetilsynet kan sette en endelig sluttstrek i saken. Dette vil frigjøre ressurser til andre oppgaver. Det foreslås at fristen skal løpe fra underretning om vedtaket er mottatt.

Det er kun *Finans Norge* og *Konkurransetilsynet* som har uttalt seg om forslaget. Begge høringsinstansene mener dette er et godt forslag som ivaretar hensynet til både foretakene og Konkurransetilsynet på en god måte. Konkurransetilsynet peker på at fristen både vil gi foretakene tilstrekkelig tid til å gjøre seg kjent med innholdet i vedtaket og vurdere prosessrisikoen, samt at Konkurransetilsynet kan sette en «sluttstrek» i saken, og frigjøre ressurser til andre oppgaver. Det vises også til at dette er relativt vanlig i særlovgivning.

Departementet slutter seg til utvalgets forslag om å ta inn en søksmålsfrist på 6 måneder for vedtak om overtredelsesgebyr. En slik bestemmelse foreslås inntatt i nytt femte punktum i § 29 tredje ledd. Det vises til at tilsvarende frister blant annet finnes i tolloven, merverdiavgiftsloven og ligningsloven. Departementet er enig i utvalgets vurderinger og høringsinstansenes synspunkter. En søksmålsfrist på 6 måneder vil legge til rette for en mer effektiv saksbehandling, samtidig som foretakene får tilstrekkelig tid og anledning til å vurdere om det bør tas ut søksmål. Tas søksmål ut innen seks måneder etter at det er truffet vedtak om overtredelsesgebyr, vil det være mindre ressurskrevende å sette seg inn i saken og forberede saken til domstolsbehandling, enn dersom dette skjer på et senere tidspunkt. Det vil også være mulig for Konkurransetilsynet å sette sluttstrek for saken og benytte ressursene til annen saksbehandling.

Forvaltningsloven § 27 tredje ledd åpner for slike særskilte frister, og de er ikke uvanlige i sær-

lovgivningen, som vist over. Vedtak om tilleggs-skatt, som også regnes som straff etter EMK, har en søksmålsfrist på 6 måneder. En søksmålsfrist for vedtak som ilegger overtredelsesgebyr, vil ikke være mer inngripende enn fristene som gjelder for andre sanksjoner som regnes som straff.

Departementet foreslår at fristen skal løpe fra vedtaket er mottatt. En avskjæring av foretakenes rett til domstolskontroll er inngripende. Foretakene bør derfor ha hele fristen til disposisjon for å vurdere om det er aktuelt å reise søksmål. Dette taler for at fristen ikke skal løpe fra før foretakene har mulighet til å sette seg inn i vedtaket. Konkurransetilsynet kan med enkle grep utvikle saksbehandlingsrutiner som gjør at tilsynet er kjent med når vedtaket er mottatt. Mottakskvittering, rekommandert sending eller bekreftelse på mottak ved elektronisk kommunikasjon er eksempler på dette. Dersom Konkurransetilsynet eksempelvis sender vedtaket både per e-post og vanlig post, vil fristen løpe fra det første tidspunktet vedtaket ble mottatt, uavhengig av om dette skjer elektronisk eller per post.

For å ivareta foretakenes interesser i situasjoner hvor de ikke kan bebreides for å ha oversittet søksmålsfristen, foreslår departementet i nytt sjette punktum i § 29 tredje ledd at det skal presiseres at tvistelovens regler om oppfriskning i §§ 16-12 til 16-14 gjelder.

Det foreslås også i nytt annet punktum i § 29 tredje ledd at betalingsfristen for overtredelsesgebyr endres, slik at fristene løper fra samme tidspunkt. Dette vil gjøre bestemmelsen mer oversiktlig.

## 5 Prosess og etterforskning

### 5.1 Innledning

Konkurranseloven har regler om opplysningsplikt i § 24, bevissikring og beslag i § 25 og partsinnsyn i § 27. Lovutvalget har vurdert disse bestemmelsene og foreslått endringer i § 25 om bevissikring og beslag. Utvalget foretar også en grundig drøfting av opplysningspliktsbestemmelsen med særlig fokus på de kontrollerte foretaks og personers krav på beskyttelse mot å bli tvunget til å bidra til egen straffeløse, det såkalte selvinkrimineringsvernet. Utvalget foreslår imidlertid ikke å endre § 24 om opplysningsplikt, noe departementet slutter seg til. Det foreslås heller ingen endringer i § 27 om partsinnsyn.

I tillegg til ovennevnte særregler er konkurransemyndighetenes saksbehandling underlagt de alminnelige regler i forvaltningsloven om saksopplysning, varsel, innsyn og begrunnelse.

Av relevans for opplysningsplikten er også Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene (EMK) og domspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD).

Reglene gjelder tilsvarende ved Konkurransetilsynets håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Konkurranseloven § 24 om opplysningsplikt og granskning behandles nedenfor under punkt 5.2 og § 25 om bevissikring og beslag under punkt 5.3.

### 5.2 Opplysningsplikt og granskning

#### 5.2.1 Gjeldende rett

##### 5.2.1.1 Bakgrunn

Konkurranseloven § 24 om opplysningsplikt og granskning regulerer den enkeltes opplysningsplikt og utleveringsplikt overfor konkurransemyndighetene. Bestemmelsen er i det vesentlige en videreføring av 1993-konkurranseloven § 6-1. Det følger av konkurranseloven § 24 første ledd at enhver plikter å gi konkurransemyndighetene de opplysninger som disse myndighetene krever for å utføre sine gjøremål etter loven eller for å kunne

oppfylle Norges avtaleforpliktelse overfor en fremmed stat eller internasjonal organisasjon. Etter konkurranseloven § 24 annet ledd kan konkurransemyndighetene på samme vilkår som i første ledd, kreve utlevert alle typer informasjon og bærere av slik informasjon for granskning.

Opplysnings- og utleveringsplikten påligger «enhver». Plikten gjelder således både fysiske og juridiske personer og er heller ikke begrenset til partene i en sak.

Opplysnings- og utleveringsplikten er ikke begrenset til tilfeller hvor det foreligger en mistanke om overtredelse av loven eller til etterforskning av konkrete saker, men gjelder både ved etterforskning av mulige overtredelser av loven og ved undersøkelser av pris- og markedsforhold for øvrig. I forarbeidene til gjeldende konkurranselov la departementet til grunn at konkurransemyndighetene har en vid skjønnsmargin ved avgjørelsen av om det er nødvendig å pålegge opplysningsplikt eller kreve utlevert informasjon.<sup>1</sup>

Konkurransemyndighetene kan også kreve opplysninger eller utlevering av informasjon eller informasjonsbærere for å oppfylle Norges avtaleforpliktelse overfor fremmed stat eller internasjonal organisasjon. Dette forutsetter at det foreligger en bindende folkerettslig avtale om slik bistand med den aktuelle jurisdiksjonen.

Konkurransemyndighetene kan i utgangspunktet kreve alle typer informasjon. Opplysnings- og utleveringsplikten er imidlertid begrenset av visse typer taushetsplikt. Etter konkurranseloven § 24 tredje ledd er det gjort unntak for lovbestemt taushetsplikt som ellers påhviler ligningsmyndigheter, andre skatte- og avgiftsmyndigheter og myndigheter som har til oppgave å overvåke offentlig regulering av ervervsvirksomhet. Utover dette er det antatt at kun informasjon som er underlagt såkalt kvalifisert taushetsplikt er unntatt fra opplysnings- og utleveringsplikten og at dette ikke omfatter såkalt ukvalifisert taushetsplikt. For eksempel er revisorer og banker ikke unntatt fra opplysningsplikten. Kvalifisert taushetsplikt vil si taushetsplikt som går foran vitneplikten etter straf-

<sup>1</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 144.



feprosessens og sivilprosessens regler. Det mest praktiske her er unntaket for advokatkorrespondanse. Unntaket for advokatkorrespondanse vil bli nærmere omtalt i punkt 5.3 om begrensninger i beslagsretten. Plikten til å gi opplysninger inntre ved pålegg fra konkurransemyndighetene. Unnlattelse av å etterkomme pålegg om å gi opplysninger eller å gi uriktige eller ufullstendige opplysninger kan sanksjoneres ved tvangsmulkt etter konkurranseloven § 28, overtredelsesgebyr etter § 29 eller straff etter § 30.

Det spørsmålet som har vært mest omdiskutert i forhold til opplysningsplikten overfor konkurransemyndighetene er hvilke begrensninger som selvinkrimineringsvernet, det vil si den kontrollertes rett til ikke å bli tvunget til å medvirke til egen straffefellelse, legger på anvendelsen av bestemmelsen. Dette vernet som er en av de grunnleggende rettigheter for den som er i søkelyset for lovbrudd, er i norsk rett blant annet kommet til uttrykk i straffeprosessloven § 90 som sier at siktede i en straffesak ikke har plikt til å forklare seg og at utleveringspålegg ikke kan rettes mot vedkommende. Gjeldende konkurranselov stiller ikke opp noen tilsvarende begrensninger for den som er i Konkurransetilsynets søkelys for brudd på konkurranseloven. Dette er i samsvar med norsk rett for øvrig, hvor det i regler om opplysningsplikt overfor forvaltningen bare unntaksvis er gjort slike begrensninger. Opplysningsplikten gjelder derfor i utgangspunktet fullt ut selv om opplysningene som blir gitt skulle føre til at det treffes et tyngende vedtak mot parten eller at de avdekker forhold som gir grunnlag for straffeforfølgning.

I EMK artikkel 6, som gjelder som norsk lov med forrang foran annen norsk lovgivning, jf. menneskerettsloven § 2 og § 3, er det imidlertid blitt innfortolket et vern mot selvinkriminering i kravet til rettfærdig rettergang, «fair trial». Dette vernet inntre når det foreligger en «straffesiktelse» i konvensjonens forstand. Det følger av konvensjonspraksis at spørsmålet om det gjelder et selvinkrimineringsvern må avgjøres ut fra et materielt og ikke et formelt straffebegrep. Det avgjørende er ikke om opplysningsplikten gjelder overfor påtalemyndigheten eller forvaltningen, men om innhentingen av opplysninger er ledd i en behandling som reelt sett dreier seg om utredning og avgjørelse av en «straffesiktelse» i betydningen til EMK artikkel 6.<sup>2</sup> Det er ikke omstridt at over-

tredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 omfattes av det materielle straffebegrepet som EMD har lagt til grunn ved tolkningen av EMK artikkel 6 nr. 1.<sup>3</sup>

De viktigste spørsmålene dette reiser er om fysiske personer kan påberope seg et selvinkrimineringsvern allerede under Konkurransetilsynets etterforskning av mulige brudd på konkurranseloven og i så fall når vernet inntreffer og for det andre om også foretak har et selvstendig vern mot selvinkriminering etter EMK artikkel 6.

### 5.2.1.2 Fysiske personer

Konkurranselovutvalget la i forarbeidene til gjeldende konkurranselov til grunn at fysiske personer ikke kan påberope seg selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6 nr. 1 som grunnlag for å nekte å gi opplysninger eller utlevere dokumenter til Konkurransetilsynet.

Departementet delte utvalgets oppfatning om at det er bruken av informasjon innhentet i en overtredelsessak som utgjør kjernen i vernet mot selvinkriminering, og sluttet seg til utvalgets vurderinger på dette punktet.<sup>4</sup>

I henhold til forarbeidene kan fysiske personer som hovedregel ikke påberope seg selvinkrimineringsvernet som grunnlag for å nekte å gi opplysninger eller utlevere dokumenter til Konkurransetilsynet. Bakgrunnen for dette er at selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6 ikke inntre før den anklagede er straffesiktet i konvensjonens forstand. Når fysiske personer ikke kan påberope selvinkrimineringsvernet i kontrollfasen, skyldes dette at vedkommende ikke kan anses å være straffesiktet på dette tidspunktet. Oppfatningen har vært at det må trekkes et skille mellom tilfeller der tilsynet selv har kompetanse til å avgjøre straffesiktelse i EMKs forstand, og tilfeller hvor tilsynet bare har kompetanse til å anmelde et forhold til påtalemyndigheten. Loven forutsetter således at forbudet mot selvinkriminering er ivarettatt ved at opplysninger personen har vært pålagt å gi etter konkurranseloven § 24 ikke kan anvendes som fellende bevis i en eventuell senere straffesak mot personen.

Konkurransetilsynets praksis i forhold til at personer ikke kan påberope seg selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6 nr. 1 under tilsynets behandling av en overtredelsessak, har til dels vært omstridt. Det har vært anført at EMK artikkel 6 nr. 1 må tolkes slik at personer kan påberope seg

<sup>2</sup> NOU 2003: 12 Ny konkurranselov s. 185, EMDs dom av 23. juli 2002 Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige og Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 1976 s. 1447 (Reksten-kjennelsen).

<sup>3</sup> NOU 2003: 12 s. 185.

<sup>4</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 145-146.

vernet mot selvinkriminering allerede under Konkurransetilsynets undersøkelse av mulige brudd på konkurranseloven, forutsatt at det er en konkret mistanke om at vedkommende har begått lovbrudd som kan lede til politianmeldelse.

Det kan i praksis være vanskelig å avgjøre når en person er å anse som straffesiktet i EMKs forstand, fordi begrepet ikke samsvarer med straffesiktet etter norsk rett, men har et selvstendig innhold uavhengig av nasjonal lovgivning. EMD har i sin praksis definert straffesiktet som en offisiell tilkjenning fra en dertil kompetent myndighet overfor en person, som inneholder en stadfestelse av at personen har begått et straffbart forhold. Dette tilsvarer en vurdering av om personens situasjon er «merkbar påvirket».<sup>5</sup>

Gjennomgang av praksis fra EMD viser at det ikke kan utelukkes at en person vil kunne være straffesiktet når Konkurransetilsynet innhenter informasjon etter konkurranseloven § 24, selv om dette skjer på et tidspunkt hvor påtalemyndigheten ikke er koblet inn i saken, for eksempel der det er klart at Konkurransetilsynets undersøkelser retter seg mot å fastslå at personen har begått et brudd på konkurranseloven. Ut fra de prinsipper som kan etableres på grunnlag av EMDs praksis, vil det neppe kunne oppstilles en generell konklusjon på spørsmålet. I stedet vil konklusjonen bero på en konkret helhetsvurdering av den aktuelle saken og på den enkelte personens stilling i etterforskningen.

### 5.2.1.3 Foretak

Det har også vært reist spørsmål om en juridisk person kan påberope seg vernet mot selvinkriminering, slik at vernet også gjelder når en fysisk person pålegges å avgi forklaring om et forhold som vedrører et foretak. Ved denne vurderingen må det sondres mellom to ulike situasjoner: For det første hvor en fysisk person pålegges å gi opplysninger om et forhold som vedrører en juridisk person, men der den fysiske personen som skal avgi forklaring på den fysiske personens vegne selv risikerer å bli straffet for det aktuelle forholdet og således må anses som straffsiktet i EMKs forstand. For det andre hvor en fysisk person pålegges å gi opplysninger om et forhold som vedrører en juridisk person, hvor det utelukkende er den juridiske personen som risikerer straff. I det førstnevnte tilfellet må den fysiske personen kunne påberope seg retten til ikke å forklare seg og vernet mot selvinkriminering. I den andre situasjonen er det sentrale

spørsmålet i hvilken utstrekning juridiske personer kan påberope seg retten til ikke å forklare seg og vernet mot selvinkriminering.

Foretak vil etter gjeldende rett både kunne være gjenstand for administrative sanksjoner etter § 29 og straff etter § 30. Dette skiller seg fra fysiske personer som kun kan straffefølges for overtredelse av loven og ikke ilegges administrative sanksjoner. Det er på det rene at overtredelsesgebyr omfattes av det materielle straffebegrep som EMD lar være avgjørende ved anvendelsen av EMK. Spørsmålet om selvinkrimineringsvernet er derfor enda mer praktisk for foretak. Om foretak kan påberope seg et selvinkrimineringsvern i forhold til den opplysningsplikt foretaket har overfor Konkurransetilsynet, avhenger av om foretak i det hele tatt er omfattet av selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6 nr. 1.

Det foreligger ikke rettspraksis fra EMD som direkte omhandler spørsmålet om vernet mot selvinkriminering omfatter juridiske personer. EMD har imidlertid avsagt en rekke dommer om juridiske personers rettigheter, og det følger av domstolens praksis at juridiske personer i hvert fall i et visst omfang kan påberope seg EMK artikkel 6 om rettferdig rettergang. I saken *Fortum Oil and Gaz Oy mot Finland*, som gjaldt kontradiksjonsprinsippet, uttalte EMD at «Article 6 applies to legal persons in the same way as it does to individuals».<sup>6</sup> Ingen av dommene har imidlertid slått uttrykkelig fast at vernet mot selvinkriminering gjelder for juridiske personer. Selvinkrimineringsvernet er i henhold til praksis fra EMD begrunnet i hensynet til den tiltaltes personlige integritet og frie vilje, hensyn som tradisjonelt har vært ansett for ikke å gjøre seg like sterkt gjeldende for foretak som for fysiske personer.

I forarbeidene til gjeldende konkurranselov, NOU 2003: 12, foreslo utvalgets flertall at foretakenes selvinkrimineringsvern ved håndheving av den norske loven skulle utformes etter mønster fra EU-domstolens praksis. Utvalgets mindretall var imidlertid ikke enig i at foretakenes selvinkrimineringsvern skulle utformes etter EU-domstolens praksis i de tilfellene det ikke var aktuelt med nasjonal håndheving av EØS-avtalens konkurranseregler, noe departementet sluttet seg til.<sup>7</sup> Departementet antok at også juridiske personer til en viss grad er beskyttet av selvinkrimineringsvernet etter EMK, i motsetning til konkurranselovutvalget som uttrykte noe mer usikkerhet på dette punkt.

<sup>5</sup> EMDs dom i *Serves mot Frankrike* av 20. oktober 1997 premiss 42.

<sup>6</sup> EMDs dom i *Fortum Oil and Gaz Oy mot Finland* av 12. november 2002.

<sup>7</sup> NOU 2003: 12 s. 187-188.

Konkurransetilsynet har i sin praksis innrømmet foretak et visst selvinkrimineringsvern i forbindelse med forklaringsopptak. Slikt vern er tilstått styreleder og daglig leder på vegne av foretaket. I følge tilsynet er vernet praktisert slik at foretakets daglige leder og styreformann (som selskaps representanter) kan nekte å svare på spørsmål der svaret kan medføre at foretaket risikerer å bli ilagt et overtredelsesgebyr for brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser.

Høyesterett har i en nylig avsagt kjennelse inntatt i Rt. 2011 s. 800 konkludert med at juridiske personer kan påberope seg vernet mot selvinkriminering etter EMK artikkel 6 nr. 1. Saken gjaldt pålegg til selskaper om å utlevere bevis etter straffeprosessloven § 210. Hovedspørsmålet for Høyesterett var om vernet mot selvinkriminering i EMK også gjelder for juridiske personer.

Ved vurderingen støtter Høyesterett seg også på det EU/EØS-rettslige vernet mot selvinkriminering forankret i kontradiksjonsprinsippet som etter EU-domstolens praksis også kan påberopes av foretak. Videre viser Høyesterett til at det i forbindelse med norske lovrevisjoner har vært antatt at EMK gir juridiske personer vern mot selvinkriminering, jf. Sanksjonslovutvalgets syn i NOU 2003: 15 s. 191 og departementets uttalelse i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 146.

Det foreligger også en kjennelse fra Høyesterett inntatt i Rt. 2011 s. 487 som angir at terskelen for at krav om fremleggelse av realbevis skal rammes av vernet mot selvinkriminering er svært høy. Denne saken gjaldt pålegg om å medvirke til undersøkelse av en virksomhets arkiv i medhold av ligningsloven § 4-10 nr. 1. Høyesterett fant det i denne saken ikke nødvendig å avgjøre om foretak har et selvinkrimineringsvern etter EMK artikkel 6, fordi retten fant det klart at den plikt en skattyter har til å gi adgang til arkivmateriale etter ligningsloven ikke rammes av forbudet mot selvinkriminering etter EMK artikkel 6.

Etter Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 2011 s. 800 vil foretak etter intern rett ha et visst vern mot selvinkriminering. Vernets utstrekning er imidlertid usikkert. Høyesterett har imidlertid gjort det klart at selvinkrimineringsvernet ikke rekker like langt for foretak som for enkeltpersoner. Videre er det slått fast både i Rt. 2011 s. 800 og i Rt. 2011 s. 487 at terskelen for at krav om fremleggelse av realbevis som eksisterer uavhengig av foretakenes vilje, skal rammes av selvinkrimineringsvernet er høyere enn for fremtvinge av forklaring. Det er etter Høyesteretts avgjørelse ikke avklart hvilken personkrets som kan påberope seg selvinkrimineringsvernet på vegne av foretaket.

## 5.2.2 Utvalgets forslag

### 5.2.2.1 Sammendrag

Utvalget er bedt om å vurdere omfanget av konkurransemyndighetenes kompetanse til å kreve opplysninger. Utvalget foreslår ingen endringer i konkurranseloven § 24 om opplysningsplikt, men foretar en grundig gjennomgang og vurdering av forholdet mellom lovpålagt og straffesanksjonert opplysningsplikt og vernet mot selvinkriminering. Dette er behandlet i utredningen punkt 7.3.2 og 7.3.3.

For fysiske personer finner utvalget ikke grunn til å foreslå endringer. Det vises til at vernet mot bruk av forklaringer må anses som tilfredsstillende, og at et vern på kontrollstadiet som en konsekvens av at det foreligger en «straffesiktelse» uansett følger av EMK og gjennomføringen av denne i norsk rett. Det vises også til at spørsmålet om en person må anses som «straffesiktet» må vurderes konkret ut fra den enkelte saken og personens stilling i etterforskningen.

For foretak er det på det rene at Høyesterett nylig har innrømmet foretak et visst vern mot selvinkriminering, og utvalget legger til grunn at det samme må gjelde etter konkurranseloven. Utvalget legger til grunn at foretakets vern ikke går så langt som til en generell taushetsrett. Utvalget foreslår på dette punktet at vernet etter konkurranseloven gis samme utstrekning som foretaks vern mot selvinkriminering etter EU/EØS-retten. Dette innebærer at foretak kan nekte å besvare visse spørsmål som ville tvunget det til å innrømme en overtredelse av loven. Vernet i EU/EØS har vist seg som et praktiskabelt kompromiss mellom rettssikkerhet og effektiv etterforskning, og det foreligger utstrakt praksis det kan søkes veiledning i. Utvalget anser det ikke som nødvendig å gi en særlig bestemmelse om dette, siden foretakene uansett vil kunne påberope vern etter EMK og høyesterettspraksis. Utvalget har imidlertid formulert forslag til lovtekst for det tilfelle lovgiver vil tydeliggjøre harmoniseringen med EU/EØS-retten på dette punktet.

### 5.2.2.2 Fysiske personer

Utvalget anser at det er noe usikkert om fysiske personer kan anses som straffesiktet i EMK artikkel 6 forstand allerede under Konkurransetilsynets behandling av saken der påtalemyndigheten ikke er involvert. Utvalget finner imidlertid ikke grunn til å foreslå at dette reguleres nærmere i konkurranseloven.

Utvalget legger til grunn at dagens løsning, hvor fysiske personer vernes gjennom begrensninger på bruken av forklaringer, må anses til-

fredsstillende i henhold til EMK. Utvalget er enig i departementets uttalelse i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) om at konkurranseloven ikke bør ha spesielle regler om selvinkriminering. Vernet vil uansett komme til anvendelse med det innhold og i den utstrekning som fastlegges gjennom EMDs praksis, som er under stadig utvikling. Tidspunktet for inntreden av vernet vil da avhenge av en konkret vurdering i den enkelte sak og må som i dag finne sin løsning gjennom praksis.

### 5.2.2.3 Foretak

Utvalget har tatt utgangspunkt i at Høyesterett har slått fast at foretak har et selvinkrimineringsvern, men at det foreløpig er uavklart hvor langt vernet rekker og hvilken personkrets som kan påberope seg vernet på vegne av foretaket. For utvalget har spørsmålet derfor først og fremst vært i hvilken utstrekning det er hensiktsmessig og ønskelig å formulere regler om slikt vern i konkurranseloven.

Utvalget har videre vurdert om foretakenes selvinkrimineringsvern ved håndheving av konkurranseloven bør praktiseres i samsvar med EU-domstolens praksis.

Et første spørsmål i denne sammenheng er forholdet mellom EU/EØS-retten og EMK. Det følger av TEUV artikkel 6 nr. 2 og 3 at EU vil tiltre EMK og at de prinsippene den gir uttrykk for, utgjør generelle prinsipper i EU-retten. En utfordring knyttet til selvinkrimineringsvernet er likevel at EU-domstolen i sin praksis har lagt til grunn at EMK artikkel 6 ikke gir foretak et selvinkrimineringsvern og at det EU-rettslige prinsippet således er etablert uavhengig av denne bestemmelsen.<sup>8</sup> Utvalget viser imidlertid til at EU-domstolens praksis bygger på en avveining av tilsvarende verdier som dem man finner reflektert i EMK. EU-domstolen har også selv vurdert Orkem-prinsippene som innenfor EMK.<sup>9</sup> Utvalget peker også på Borgarting lagmannsretts vurdering av hvilket beviskrav som skulle legges til grunn i Tine-saken. Her kom lagmannsretten under henvisning til TEUV artikkel 6 nr. 2 og 3 til at det hadde formodningen mot seg at det forelå motstrid mellom den europeiske konkurranseretten og EMK.<sup>10</sup>

Utvalget legger etter dette til grunn at en løsning som følger EU/EØS-retten også vil være i samsvar med de krav norsk rett er underlagt etter EMK. I den forbindelse vises det også til at EU-domstolen har en omfattende konkurranserettslig praksis som vil kunne ha innflytelse på hvordan EMD vil nærme seg problemet.<sup>11</sup>

Utvalget finner at det er gode grunner for å praktisere selvinkrimineringsvernet på samme måte som i EU/EØS. For det første fremstår denne løsningen som en praktikabel avveining mellom hensynet til foretakene og hensynet til etterforskningens effektivitet. For det andre vil det være fordelaktig at konkurransemyndighetene kan benytte de samme retningslinjene ved håndheving av de norske konkurransereglene og ved håndheving av EØS-avtalens konkurransereglene. Dette vil bidra til økt forutsigbarhet både for foretakene og for konkurransemyndighetene. For det tredje vil parallelle regler kunne forenkle de vurderingene som må foretas i forbindelse med samarbeid og utveksling av informasjon.

Et slikt mindre utstrakt vern er dessuten i samsvar med uttalelsene i Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 2011 s. 800. At beskyttelsen ikke omfatter utlevering av dokumentbevis er også i tråd med Høyesteretts vurderinger i Rt. 2011 s. 487: «For at fremtvingelse eller bruk av fremtvungne selvinkriminerende realbevis skal rammes, må tvangen være umenneskelig eller på annen måte ha karakter av overgrep mot siktede.» Med den terskelen Høyesterett oppstiller her, finner utvalget det svært vanskelig å tenke seg situasjoner der et krav om utlevering av dokumentbevis fra et foretak vil være problematisk i forhold til selvinkrimineringsvernet etter EMK.

For spørsmålet om hvilken personkrets som skal omfattes av foretakets selvinkrimineringsvern, finner utvalget i likhet med Sanksjonslovutvalget at denne kretsen bør begrenses til de selskapsorganer eller personer som i kraft av lov, stilling eller fullmakt lovlig kan representere foretaket. Det er foretaket som er gitt et selvinkrimineringsvern, og det er følgelig innrømmelser som skjer på vegne av foretaket, vernet skal beskytte mot. Dette er også i samsvar med løsningen i EU/EØS.

Utvalget har videre vurdert hvordan det vernet som er innrømmet i EU/EØS-retten best kan innpasses i konkurranselovens system. Dette spørsmålet reiser to litt ulike problemstillinger. For det første er spørsmålet om vernet bør følge av en særlig bestemmelse i loven eller om en hen-

<sup>8</sup> Sak 374/87 Orkem mot Kommissjonen Samlingen 1989 s. 3283.

<sup>9</sup> Forente saker C-238 etc./99 P Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot Kommissjonen, [2002] ECR -8375, premiss 275-76, sak C-301/04 P Kommissjonen mot SGL Carbon, [2006] ECR I-5943, premiss 43.

<sup>10</sup> Se utredningen punkt 6.5.2 og LB-2009-89085 s. 21-23.

<sup>11</sup> Se tilsvarende vurderinger fra utvalgets flertall i NOU 2003: 12 s. 188.

visning til EU/EØS-praksis er tilstrekkelig. For det andre er spørsmålet om prosessuelle ulikheter mellom norsk rett og EU/EØS-retten gjør det nødvendig å foreta tilpasninger.

Utvalget ser først på det siste spørsmålet, som særlig aktualiseres fordi vernet i EU/EØS-retten har blitt formulert som en begrensning i hvilke spørsmål overvåkningsorganene lovlig kan stille, og gjerne i tilknytning til prøving av skriftlige anmodninger om opplysninger. Etter konkurranseloven vil vernet mest praktisk være aktuelt i muntlige avhørssituasjoner.

I Norge har det i de senere år utviklet seg en avhørspraksis som går ut på at mistenkte i størst mulig grad skal forklare seg fritt om de forhold han er anklaget for, for å redusere faren for fremprovoserte tilståelser.<sup>12</sup> Påtaleinstruksen har regler om gjennomføring av avhør av mistenkte i § 8-2. Selv om straffeprosesslovens og påtaleinstruksens regler om gjennomføring av avhør ikke gjelder direkte i konkurransesaker, vil den praksis som har utviklet seg etter disse regelsettene, også legge føringer for gjennomføring av avhør i konkurransesaker.

Det fremgår av påtaleinstruksen § 8-2 annet ledd at avhøret skal skje på en måte som er egnet til å få en så vidt mulig sammenhengende forklaring om det forhold saken gjelder. Videre fremgår det at mistenkte skal gis anledning til å gjendrive de grunner mistanken beror på, og anføre de omstendigheter som taler til fordel for ham. Det skal normalt ikke stilles ledende spørsmål. Direkte spørsmål og konfrontasjon med manglende sammenheng i forklaringen og motstrid med foreliggende bevis vil imidlertid benyttes etter at mistenkte er gitt anledning til å forklare seg fritt. Det vil kunne stride mot denne avhørspraksisen å være avskåret fra for eksempel å stille spørsmål om formål med møter og hvilke beslutninger som ble truffet der. Utvalget har på denne bakgrunn vurdert om løsningsmodellen i EU/EØS bør tilpasses norsk avhørspraksis. Utvalget finner imidlertid ikke grunn til å gå inn for å gjøre særlige tilpasninger i formuleringen av vernet i EU/EØS på dette punktet.

Utvalget understreker at betydningen av denne problemstillingen ikke bør overdrives. Også i EU/EØS-retten er det på det rene at foretakene har et vern som består i at de kan nekte å besvare visse spørsmål.

Utvalget vil også påpeke at det uansett vil kunne være utfordrende å håndtere et selvinkrimineringsvern som ikke er absolutt, men som refererer seg til enkeltopplysninger og spørsmål fra myndighe-

tene, i en muntlig avhørssituasjon. I den forbindelse understreker utvalget at også påtaleinstruksen direkte oppstiller restriksjoner på hvilke spørsmål som kan stilles, jf. for eksempel § 8-2 tredje ledd som sier at «[s]pørsmål må ikke stilles slik at noe som ikke er innrømmet forutsettes som erkjent av mistenkte». Selv om det vil være opp til foretaket å påberope selvinkrimineringsvernet i en avhørssituasjon, ved å vise til at det ikke er forpliktet til å besvare visse spørsmål, legger utvalget til grunn at også konkurransemyndighetene har et selvstendig ansvar for å opplyse foretaket om dets rettigheter og unngå å stille spørsmål som foretaket åpenbart ikke er forpliktet til å svare på. Utvalget legger også til grunn at der foretak besvarer spørsmål det etter disse prinsipper ikke er forpliktet til å besvare, vil dette kunne komme foretaket til gode ved utmålingen av overtredelsesgebyr.

Utvalget ser imidlertid at det vil kunne være behov for en nærmere regulering av hvordan selvinkrimineringsvernet skal kunne sikres i konkurransesaker. Etter utvalgets oppfatning er dette imidlertid noe som best kan reguleres i forskrift. Utvalget antar at den eksisterende forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 24 femte ledd vil være tilstrekkelig for dette formålet.

På denne bakgrunn foreslår utvalget at foretakenes selvinkrimineringsvern ved håndhevelse av den norske loven skal fortolkes i samsvar med EU-domstolens praksis. Spørsmålet er om vernet også bør lovfestes i konkurranseloven.

En slik lovfesting vil by på visse utfordringer. Vernet i EU/EØS er utviklet i rettspraksis, gjennom en tolkning av Europakommisjonens kompetanse etter tidligere forordning nr. 17/62 og nåværende rådsforordning (EF) nr. 1/2003.

Utvalget antar heller ikke at en slik lovfesting er nødvendig for at foretakene faktisk skal oppnå den tiltenkte beskyttelse, siden denne uansett er forankret i EMK. Utvalget legger til grunn at vernet vil praktiseres i samsvar med rettstilstanden i EU/EØS, og at en tydelig føring i forarbeidene vil gi tilstrekkelig rettskildemessig forankring til en slik praksis.

Et alternativ kan være å innta en formulering etter modell av Orkem-prinsippet i konkurranseloven § 24 for å tydeliggjøre at foretakene er innrømmet et selvstendig vern etter modell av EU/EØS-retten. En slik bestemmelse kan for eksempel formuleres som følger:

«Et foretak er ikke forpliktet til å besvare spørsmål som vil tvinge det til å innrømme en overtredelse av bestemmelser i denne lov.»

<sup>12</sup> Se for eksempel Prop. 141 L (2009-2010) Endringer i straffeprosessloven mv., punkt 7.3.1.1.

Utvalget fremmer imidlertid ikke konkret forslag om en slik bestemmelse, idet det som nevnt anser det som tilstrekkelig at vernet kommer til uttrykk i forarbeidene.

### 5.2.3 Høringsinstansene

Fem høringsinstanser uttaler seg om utvalgets omtale av selvinkrimineringsvernet og utvalgets vurdering av at vernet ikke bør lovfestes i konkurranseloven.

*Advokatforeningen* deler ikke utvalgets syn på at selvinkrimineringsvernet for fysiske personer i konkurransesaker er tilfredsstillende i dag. Foreningen mener at dagens lovgivning avviker fra de rettigheter fysiske personer har i straffesaker generelt. Advokatforeningen kan ikke se at konkurransesaker utgjør noen særegen form for økonomisk kriminalitet som gjør det nødvendig å fra-vike grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper, herunder at ingen skal være forpliktet til å bidra til egen domfellelse. Dette gjelder selv om forklaringen ikke kan anvendes i en senere straffesak. Foreningen anser at siden det er en viss usikkerhet knyttet til om en person kan anses straffesiktet i EMKs forstand allerede under Konkurransetilsynets saksbehandling, bør rettsstillingen klargjøres på dette punkt. Foreningen mener derfor at det bør innføres en regel om selvinkrimineringsvern i konkurranselovgivningen, som foreslått av Sanksjonslovutvalget som ny § 53 i forvaltningsloven, og at konkurranseloven § 24 bør tilpasses dette. Dette bør gjøres uavhengig av om det gjøres endringer i de generelle reglene i forvaltningsloven.

Advokatforeningen ser ikke behov for å lovfeste et spesielt selvinkrimineringsvern for foretak. Foreningen vil tvert om advare mot å innføre en lovregel etter mønster av EU-domstolens prinsipper i norsk rett, jf. utvalgets subsidiære forslag til ny ordlyd i konkurranseloven § 24. Dette er en regel som er utviklet under den presumpsjon at EMK ikke gjelder, mens det er fastslått at administrative sanksjoner etter konkurranseloven er straff i EMKs forstand. Overtredelser av den norske konkurranseloven er dertil straffesanksjonert. Advokatforeningen er derfor ikke enig med Konkurranselovutvalget i at dette er en regel som kan eller bør innføres i norsk rett, ei heller via konkurranselovens forarbeider. I den grad foretaks selvinkrimineringsvern skal adskilles fra fysiske personers selvinkrimineringsvern, bør prinsippene for dette utvikles via rettspraksis. Det er under enhver omstendighet heller ikke noe behov for å lage særlige regler for foretaks selv-

inkrimineringsvern i konkurransesaker sammenlignet med andre økonomiske straffesaker.

*NHO, Arbeidsgiverforeningen Spekter og Arntzen de Besche Advokatfirma AS* foreslår at selvinkrimineringsvernet for foretak lovfestes i tråd med utvalgets alternative forslag.

Arntzen de Besche er enig med utvalget i at det skal gjelde et selvinkrimineringsvern for foretak på konkurranserettens område. Prinsippet innebærer en harmonisering med EU/EØS-retten og en viktig styrking av foretaks vern. Arntzen de Besche mener også at det er nødvendig med en lovfesting av vernet. Dette begrunnes med at selvinkrimineringsvernet utgjør en endring i forhold til departementets syn i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 146, som gikk inn for at det ikke skulle innføres et særskilt vern for foretak. Ettersom innholdet i selvinkrimineringsvernet nå foreslås endret, mener Arntzen de Besche at det ikke er tilstrekkelig å hjemle vernet i uttalelser fra forarbeider og nasjonal og internasjonal rettspraksis. Formuleringen i utredningen som er basert på Orkem-prinsippet bør derfor tas inn i selve lovteksten. Arntzen de Besche mener også, i motsetning til utvalget, at samtlige ansatte i et foretak skal være omfattet av den personkretsen som er vernet mot å inkriminere foretaket. Bakgrunnen er at det er hensynet til foretaket som er det sentrale hensynet bak vernet. I praksis vil ofte andre personer enn de som sitter i ledende og representerende stillinger ha informasjon som virker inkriminerende for foretaket, noe som tilsier at vernet også bør gjelde for disse.

*Konkurransetilsynet og Forbrukerombudet* slutter seg i hovedsak til utvalgets vurderinger. Forbrukerombudet mener at vernet må praktiseres slik at ilegging av overtredelsesgebyr blir en effektiv og reell håndhevingsmulighet for forvaltningen. Ombudet mener også at forvaltningen har et behov for å kunne be om opplysninger, i form av realbevis eller forklaring, fra foretak som det er aktuelt å ilegge overtredelsesgebyr. Videre viser ombudet til at praksis har vist at overtredelsessaker kan være vanskelige å bevise og at det vil kunne være svært arbeidskrevende for forvaltningen å fremskaffe disse opplysningene på egen hånd.

Når det gjelder vernet for foretak mener Forbrukerombudet at Sanksjonslovutvalgets forslag er for strengt og ikke lenger gir uttrykk for gjeldende rett. Forbrukerombudet slutter seg for øvrig til utvalgets vurdering av at det er tilstrekkelig at vernet og dets utstrekning fremgår av forarbeidene.

*Konkurransetilsynet* slutter seg til utvalgets vurdering av fysiske personers vern mot selvinkriminering etter gjeldende rett og til utvalgets begrunnelse for ikke å regulere vernet i konkurranse-

ven. Når det gjelder foretak er tilsynet enig med utvalget i at det med utgangspunkt i nyere høyesterettspraksis må legges til grunn at også disse har et visst vern mot selvinkriminering. I likhet med utvalget finner Konkurransetilsynet at det kan være gode grunner for å praktisere dette vernet på samme måte som i EU/EØS-retten, blant annet ved at anvendelsen av de samme retningslinjene i ulike land vil kunne bidra til økt forutsigbarhet både for foretakene og konkurransemyndighetene.

Ved vurderingen av hvordan et vern basert på EU/EØS-retten best skal innpasses i konkurranselovens system, er tilsynet enig med utvalget i at det ikke er behov for å lovfeste vernet. Når det gjelder spørsmålet om det foreligger prosessuelle ulikheter mellom norsk rett og EU/EØS-retten som kan tilsi at det bør gjøres visse tilpasninger er tilsynet enig med utvalget i at det kan være problematisk å oppstille begrensninger på hvilke spørsmål myndighetene har lov til å stille. Konkurransetilsynet anser at det ikke er behov for å fastsette absolutte skranker med hensyn til hvilke spørsmål som lovlig kan stilles og at dersom det skulle være behov for en nærmere regulering av den praktiske ivaretagelsen av selvinkrimineringsvernet vil forskriftshjemmelen i § 24 femte ledd kunne benyttes.

## 5.2.4 Departementets vurderinger

### 5.2.4.1 Innledning

Spørsmålet om forklaringsplikts omfang i konkurransesaker og særlig om de begrensninger som følger av retten til ikke å bli tvunget til å bidra til egen straffeløse – selvinkrimineringsvernet – reiser etter departementets vurdering flere litt ulike spørsmål. For det første på hvilke vilkår retten til taushet går foran forklaringsplikten etter konkurranseloven § 24, det vil si når det å pålegge forklaringsplikt er i strid med overordnede krav til norsk lovgivning som EMK og EØS-avtalen stiller. For det andre er det et spørsmål om hvilket konkret innhold retten til ikke å forklare seg har, for personer og foretak, på de ulike stadiene av saker etter konkurranselovgivningen. Dernest følger spørsmålet om retten til ikke å forklare seg for konkurransemyndighetene skal utvides eller presiseres i forhold til hva som følger av EMK eller EØS-avtalen. Til sist kommer spørsmålet om hvordan disse reglene konkret skal gjennomføres i behandlingen av enkelt saker etter konkurranselovgivningen, og i hvilken grad den konkrete anvendelsen av selvinkrimineringsvernet egner seg for regulering i konkurranseloven.

### 5.2.4.2 Selvinkrimineringsvernets stilling i konkurransesaker

Straffesanksjonert opplysningsplikt overfor forvaltningen kan komme i konflikt med selvinkrimineringsvernet slik det er innfortolket i EMK artikkel 6 nr. 1. For siktede i straffesaker er retten til ikke å forklare seg eller innrømme skyld lovfestet i straffeprosessloven. På forvaltningsstadiet har det imidlertid vært omfattende diskusjon om omfanget av vernet mot å bli tvunget til å inkriminere seg selv. Tvilen har omfattet både om vernet gjelder på forvaltningsstadiet og i så fall under hvilke omstendigheter det gjelder og på hvilken måte det skal praktiseres. Gjeldende konkurranselov inneholder etter sin ordlyd ingen begrensninger i plikten til å forklare seg overfor Konkurransetilsynet.

Departementet ser at det er kryssende og motstridende interesser mellom plikten til å forklare seg sannferdig på forvaltningsstadiet og mistenktes rett til å nekte å forklare seg etter straffeprosessloven. Straffesanksjonert opplysningsplikt medfører at den som har overtrådt konkurranseloven, kommer i et krysspenn mellom å innrømme overtredelse og å bli straffet for dette og å nekte å forklare seg eller å lyve for myndighetene. Sistnevnte er et selvstendig straffbart forhold. Fører forvaltningsorganets undersøkelser til en anmeldelse, vil personen straffritt kunne nekte å forklare seg eller forklare seg usant, men den forutgående forvaltningsprosessen kan da ha bundet vedkommende. Har mistenkte løyet til Konkurransetilsynet, er dette i seg selv straffbart. Har han snakket sant kan dette innebære en tilståelse. Tilsvarende vil gjelde for den som uttaler seg på vegne av et foretak i en prosess som ender med overtredelsesgebyr.

Vernet mot selvinkriminering følger av menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30, som sier at EMK gjelder som norsk lov og at ved motstrid skal loven gå foran andre lovbestemmelser. Dersom vernet etter EMK kommer til anvendelse, vil derfor retten til å forholde seg taus gå foran forklaringsplikten etter konkurranseloven § 24. Det er således ikke behov for regulering av selvinkrimineringsvernet i konkurranseloven for å sikre at retten etter EMK kan påberopes i konkurransesaker. Etter Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2011 s. 800 er det klart at også foretak har et vern mot tvungen selvinkriminering etter norsk rett.

#### 5.2.4.3 *Spørsmålet om regulering av selvinkrimineringsvernets nærmere innhold*

I henhold til forarbeidene til gjeldende konkurranselov kan fysiske personer som hovedregel ikke påberope seg selvinkrimineringsvernet som grunnlag for å nekte å forklare seg eller nekte å utlevere dokumenter. Begrunnelsen for dette er at de normalt ikke vil være å anse som «siktete» i EMKs forstand på dette stadiet. Man har gått ut fra at det går et skille mellom tilfeller hvor Konkurransetilsynet selv kan avgjøre en «straffesiktelse» i EMKs forstand, som ved vedtak av overtredelsesgebyr, og tilfeller hvor tilsynet kun kan anmelde forholdet til påtalemyndigheten. Siden overtredelsesgebyr ikke kan ilegges fysiske personer har man ansett at fysiske personer er tilstrekkelig beskyttet ved at opplysninger vedkommende har gitt etter pålegg etter § 24 ikke kan brukes som fellende bevis i en eventuell straffesak.

Denne oppfatningen har til dels vært kritisert da det har vært anført at EMK artikkel 6 må tolkes slik at en person kan påberope seg vernet allerede under tilsynets undersøkelser dersom det foreligger en konkret mistanke mot vedkommende.

Departementet anser at det kan være vanskelig å avgjøre når vernet inntreer i det konkrete tilfellet, men at det ikke er tvilsomt at det etter omstendighetene kan inntre allerede under tilsynets saksbehandling. Problemet er at straffesiktet etter EMK ikke er sammenfallende med begrepet siktet etter straffeprosessloven. Dette gjør at det kan være vanskelig å avgjøre når i en etterforskningsprosess vernet mot selvinkriminering inntreer for den enkelte. Dette er imidlertid en usikkerhet det er vanskelig å lovfeste seg bort fra, uten å utvide vernet. En person kan være straffesiktet i EMKs forstand, allerede på forvaltningsstadiet, dersom etterforskningen kan sies å være rettet mot å fastslå om vedkommende har overtrådt loven. Dette kan for eksempel være tilfellet dersom tilsynet ransaker en persons bolig i forbindelse med en bevissikring. Det er imidlertid ikke noe formelt krav om mistanke mot en konkret person, for å få rettens beslutning om å foreta bevissikring hjemme hos vedkommende, slik at også dette må vurderes konkret. Det beror etter departementets vurdering på en helhetsvurdering av saken og personens eller foretakets stilling i etterforskningen om personen eller foretaket skal anses som «siktet» i EMKs forstand slik at vernet kommer til anvendelse, og på hvilket stadium vernet i så tilfelle inntreer.

Som det fremgår under punkt 4.4.3 i denne proposisjonen, vil departementet effektivisere

bruken av personstraff for overtredelser av konkurranselovens forbudsbestemmelser. Hittil har det ikke vært idømt straff for personer for overtredelse av konkurranselovens forbud. Departementet foreslår også å gjøre det personlige straffansvaret avhengig av en formell påtalebegjæring fra Konkurransetilsynet. Dette vil gjøre at spørsmålet om selvinkrimineringsvernet for fysiske personer som er i søkelyset for konkurranseovertrædelser, blir enda mer aktuelt. Når tilsynet krever påtale av en bestemt person, vil i hvert fall selvinkrimineringsvernet komme til anvendelse. Spørsmålet er på hvilket tidligere tidspunkt vernet eventuelt kommer til anvendelse. Dersom det på et tidspunkt er klart at det går mot en påtalebegjæring mot en eller flere bestemte personer eller undersøkelser kan sies å være rettet inn mot å samle bevis mot disse personer, vil vernet komme til anvendelse. Det er imidlertid ikke mulig å gi noen generell regel om når opplysningsplikten etter § 24 må vike for retten til ikke å inkriminere seg selv. Dette vil fortsatt avhenge av en konkret vurdering i den enkelte sak. Departementet mener at det er vanskelig å klargjøre dette gjennom en egen bestemmelse i konkurranseloven, og verken utvalget eller høringsinstansene har gitt forslag som bidrar til slik avklaring i forhold til gjeldende rett. Departementet viser til Advokatforeningens anbefaling om ikke å regulere selvinkrimineringsvernet for foretak særskilt i loven, men heller overlate dette til praksis. Departementet mener at dette er en fornuftig tilnærming også når det gjelder individers vern.

Det er samtidig slik at det ikke er ønskelig å utvide retten til å nekte å gi opplysninger på konkurranserettens område. Det er ikke behov for en særregulering av disse spørsmålene på dette rettsområdet, og en slik utvidelse vil svekke muligheten til effektiv håndheving av konkurransereglene uten at det er nødvendig for å ivareta grunnleggende menneskerettigheter.

Det som gjenstår er dermed om man gjennom lov eller forskrift bør regulere nærmere de prosedyrer eller metoder Konkurransetilsynet må anvende for å sikre at selvinkrimineringsvernet til enhver tid respekteres overfor de som nyter godt av vernet. Departementet vil vurdere om dette av informasjons- og tilgjengelighetshensyn for dem det gjelder, bør reguleres nærmere i forskrift.

#### 5.2.4.4 *Vern mot selvinkriminering for foretak – spørsmålet om særskilt lovregulering*

Som det fremgår ovenfor ser departementet det slik at Høyesterett gjennom kjennelsen i Rt. 2011



s. 800 har avgjort også for konkurranserettens vedkommende at det gjelder et visst vern mot selvinkriminering også for foretak. Vernet er nedfelt i EMK, som er gjennomført i norsk lov og har forrang fremfor konkurranseloven.

Det er imidlertid uavklart når vernet inntreier i en konkret sak og hvilken utstrekning vernet har med hensyn til hvilke av foretakets ansatte eller tillitsvalgte som omfattes. Videre er det uavklart hvor grensen går mellom vernet mot selvinkriminering og plikten til utlevering av realbevis. Men som påpekt ovenfor, er det vanskelig å se for seg en lovregulering som avklarer dette, og utvalgets alternative forslag til lovtekst bidrar ikke til slik avklaring. Departementet vil derfor i tråd med vurderingene ovenfor ikke foreslå noen egen lovbestemmelse om vern mot selvinkriminering for foretak.

Utvalget og flere av høringsinstansene vurderer om gjennomføringen av vernet mot selvinkriminering slik det er utviklet i EU og EØS-retten gjennom det såkalte Orkem-prinsippet, er en hensiktsmessig måte å praktisere vernet på også i norsk rett. Departementet viser til gjennomgangen ovenfor som viser at det er uklart hvor langt vernet mot selvinkriminering for foretak strekker seg, og hva det nærmere innholdet er. En regulering av dette vil derfor kunne ha uoversiktlige konsekvenser, enten ved at det går for langt i forhold til kravet som følger av EMK, eller vil komme til kort, ettersom EMK utvikles og klargjøres. Departementet er derfor enig med Advokatforeningen og utvalget i at det nærmere innholdet i selvinkrimineringsvernet for foretak fortsatt bør utvikles gjennom praksis. Dette medfører at Konkurransetilsynet må tilstrebe å praktisere konkurranselovens regler slik at foretakenes grunnleggende rettigheter respekteres. Ved den nærmere praktiseringen av selvinkrimineringsvernet vil EU/EØS-retten gi veiledning, særlig i de tilfeller hvor det foreligger lite eller ingen relevant praksis i forhold til EMK. Departementet ser det som naturlig at tilsynet har samme praktisering av selvinkrimineringsvernet uavhengig av om EØS-reglene kommer til anvendelse i den konkrete saken eller ikke.

## 5.3 Bevissikring

### 5.3.1 Gjeldende rett

Etter konkurranseloven § 25 kan Konkurransetilsynet foreta bevissikring når det er rimelig grunn til å anta at loven eller vedtak i medhold av loven er overtrådt, eller det er nødvendig for å kunne

oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor en fremmed stat eller en internasjonal organisasjon. Bestemmelsen er langt på vei en videreføring av § 6-2 i konkurranseloven av 1993, men gir i noen grad Konkurransetilsynet utvidet kompetanse i forhold til den tidligere loven. Bestemmelsen er til dels harmonisert med reglene om kontrollbesøk og bevissikring i EU/EØS. På enkelte punkter har imidlertid Konkurransetilsynet videre fullmakter etter § 25 enn Kommisjonen og ESA har etter EU/EØS-reglene.

Under en bevissikring kan Konkurransetilsynet kreve adgang til lokaler, eiendommer, transportmidler og andre oppbevaringssteder hvor det kan finnes bevis for overtredelse. Konkurransetilsynet kan videre kreve å ta med ting som kan ha betydning som bevis for nærmere granskning. Konkurransetilsynet kan også, på samme vilkår, kreve å forsegle forretningslokaler, bøker eller forretningspapirer så lenge undersøkelsen varer og dette anses nødvendig. Etter konkurranseloven § 25 kan Konkurransetilsynet også kreve å få adgang til bolig dersom det er særlig grunn til å anta at bevis oppbevares der.

Konkurransetilsynets adgang til å foreta bevissikring har betydelige likhetsstrekk med politiets adgang til å foreta ransaking og beslag etter straffeprosessloven. I henhold til § 25 annet ledd får derfor en rekke straffeprosessuelle bestemmelser og prinsipper anvendelse når Konkurransetilsynet gjennomfører kontrollbesøk og bevissikring.

Bevissikring kan kreves når det er «rimelig grunn til å anta» at loven eller vedtak i medhold av loven er overtrådt. Det følger av lovens formulering og av forarbeidene at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt for lovbrudd.<sup>13</sup> Det kreves heller ikke at det foreligger mistanke om en straffbar handling. Videre fremgår det av forarbeidene at:

«Det vil være tilstrekkelig for bevissikring at Konkurransetilsynet har indikasjoner på ulovligheter i markedet, ved at markedet for eksempel preges av prislikhet eller at det foreligger opplysninger om at prisspørsmål har vært diskutert i næringsorganisasjoner eller lignende.»<sup>14</sup>

«Rimelig grunn til å anta» representerer en lavere terskel for når bevissikring kan foretas enn «skjellig grunn til mistanke», som er kravet for å gjennomføre ransaking og beslag etter straffeprosessloven § 192 og § 203.

<sup>13</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 162.

<sup>14</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 237.

Bevissikring kan også kreves når det er nødvendig for å kunne oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor en fremmed stat eller en internasjonal organisasjon. På samme måte som ved pålegg om opplysninger eller utlevering av informasjon, forutsetter bevissikringen at det foreligger en bindende folkerettslig avtale om slik bistand.

Etter ordlyden i § 25 er ikke muligheten for bevissikring eller kontrollbesøk begrenset til å gjelde overfor mistenkte foretak. Konkurransetilsynet har derfor i utgangspunktet mulighet til å komme på uanmeldt kontrollbesøk hos kunder, leverandører og konkurrenter, og andre tredjemenn. Forarbeidene legger til grunn at Konkurransetilsynet kan komme på kontrollbesøk hos tredjemenn der dette er nødvendig.<sup>15</sup> Adgangen til bevissikring hos tredjemenn vil imidlertid være begrenset av forholdsmessighetsprinsippet.

Konkurransetilsynet kan etter § 25 første ledd bokstav a kreve å få tilgang til lokaler, eiendommer, transportmidler og oppbevaringssteder. «Oppbevaringssteder» inkluderer oppbevaringsbokser, servere og annet elektronisk lagringsmedium. Konkurransetilsynet kan videre kreve tilgang til permer, PCer, låste arkiver og øvrige steder hvor bevis kan tenkes å være. Undersøkelse av personer faller i utgangspunktet utenfor det Konkurransetilsynet kan kreve under et kontrollbesøk. Som en følge av dette vil også gjenstander en person bærer på seg ligge utenfor det Konkurransetilsynet kan kreve tilgang til. Slike gjenstander vil imidlertid kunne kreves utlevert etter § 24, og et slikt krav kan fremsettes under bevissikringen.

Etter § 25 første ledd bokstav b kan Konkurransetilsynet kreve tilgang til bolig. Erfaring kan tyde på at etter hvert som næringslivet har fått større kunnskap om konkurransereglene og håndhevingen av disse, har deltakerne i ulovlig samarbeid i større utstrekning oppbevart inkrimerende informasjon hjemme istedenfor i foretakets lokaler.<sup>16</sup> For å kreve adgang til bolig må det være «særlig grunn til å anta» at bevis oppbevares der. Dette tilleggskravet er begrunnet i forholdsmessighetsprinsippet og EMK artikkel 8. Adgangen til å foreta bevissikring i bolig er først og fremst aktuell i større kartellsaker og andre saker av tilsvarende alvorlighetsgrad. I forarbeidene til konkurranseloven er det nevnt at det ikke er et krav at boligens eier selv er mistenkt for å være

involvert i en overtredelse.<sup>17</sup> Det avgjørende er om det er særlig grunn til å anta at det oppbevares bevis der.

Etter rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 21 kan også overvåkningsorganene gjennomføre kontrollundersøkelser i private hjem og andre lokaler som ikke er virksomhetens lokaler. Vilkåret her er imidlertid ikke «særlig grunn til å anta», men at det foreligger «en rimelig mistanke» om at dokumenter oppbevares der. Ifølge forarbeidene vil dette kunne innebære at Konkurransetilsynets adgang til bevissikring i privat bolig vil være snevrere enn ESA og Kommisjonens adgang til bevissikring ved mistanke om overtredelse av EU/EØS-reglene.<sup>18</sup>

Etter konkurranseloven § 25 første ledd bokstav c kan Konkurransetilsynet ta med «ting som kan ha betydning som bevis». Det som skal tas med må være relevant for vurderingen av om det er begått en overtredelse av konkurranseloven. Konkurransetilsynet har anledning til å ta med originaldokumenter. På dette området går den norske bestemmelsen lengre enn EU/EØS-retten. Kommisjonen og ESA har kun anledning til å ta med kopier av dokumenter. Mye av den relevante informasjonen vil ofte finnes i elektroniske lagringsmedier som harddisker og servere. Etter Borgarting lagmannsretts kjennelse 15. mars 2004 er det klart at Konkurransetilsynet har adgang til å ta fullstendige kopier av elektroniske lagringsmedier.<sup>19</sup> Ved et beslag vil Konkurransetilsynet ofte kunne ende opp med overskuddsinformasjon. Behandlingen av slik overskuddsinformasjon er nærmere regulert i forskrift om opplysningsplikt, bevissikring og behandling av overskuddsinformasjon kapittel 4.<sup>20</sup>

Bevissikring skjer etter tingrettens beslutning. Beslutning treffes på grunnlag av begjæring fra tilsynet uten at den som begjæringen retter seg mot varsles om dette eller får mulighet til å uttale seg. Begrunnelsen for dette er at et bevis erfaringsmessig ikke finnes i offisielle regnskaper og dokumenter som oppbevares i foretakenes ordinære arkiver. Bevisene finnes derimot gjerne i notater og oppteignelser som holdes utenfor foretakets vanlige skriftlige materiale. De kan også være blandet sammen med personlige dokumen-

<sup>15</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 237.

<sup>16</sup> Se for eksempel Kommisjonens vedtak 2001/716/EF SAS Mærsk, EFT L 265 av 5.10.2001, s. 15 punkt 89. Se videre NOU 2003: 12 s. 193-194 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 163.

<sup>17</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 163.

<sup>18</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 164.

<sup>19</sup> LB-2004-3207.

<sup>20</sup> Forskrift 22. desember 2005 nr. 1645 om opplysningsplikt, bevissikring og behandling av overskuddsinformasjon i konkurranse saker.

ter, for eksempel i private mapper, skuffer eller notisbøker. Bevisenes art gjør at de lett kan ødelegges dersom de berørte får mistanke om at de vil bli gjenstand for kontroll. Tingrettens beslutning kan ankes, men anken har ikke oppsettende virkning.

Den som er gjenstand for en bevissikring, kan kreve innbrakt for retten spørsmål om beslagets lovlighet og om opprettholdelse av beslag.

Etter konkurranseloven § 25 tredje ledd kan Konkurransetilsynet «kreve bistand av politiet til å iverksette beslutningen om bevissikring». I praksis er det ofte slik at politiet er orientert om kontrollen når bevissikringen innledes, og at politiet er klare til å bistå dersom det blir nødvendig. Det hører imidlertid med til sjeldenhetene at myndighetene møter motstand i kontrollsituasjoner, i alle fall i den utstrekning at det er behov for politiets inngripen.

Informasjon eller opplysninger som er unntatt fra opplysnings- og utleveringsplikten som følge av taushetsplikt, vil også være unntatt fra beslagsretten. Henvisningen til straffeprosessloven §§ 117 til 120, jf. § 204, viser at det ikke kan tas beslag i dokumenter med et innhold den kontrollerte kan nekte å forklare seg om etter de nevnte bestemmelsene. Avtalebasert taushetsplikt er derimot ikke til hinder for beslagsretten, ettersom det i § 25 ikke henvises til straffeprosessloven §§ 12, 124 og 125.

### 5.3.2 Utvalgets forslag

Utvalget vurderer Konkurransetilsynets kompetanse til å foreta bevissikring og beslag i punkt 7.4 i utredningen. Utvalget viser til at i forarbeidene til konkurranseloven 1993 ble konkurransemyndighetenes vidtgående fullmakt til å foreta kontroller begrunnet med det særlige behovet for å sikre bevis for konkurranserettsovertredelser. Lovutvalget for konkurranseloven 2004 fant at disse hensynene fortsatt var aktuelle, og gikk derfor inn for at det fortsatt skulle være adgang til å foreta bevissikring når det er «rimelig grunn til å anta» at konkurranseloven eller vedtak i medhold av konkurranseloven er overtrådt. Etter utvalgets vurdering gjør de samme hensynene seg fortsatt gjeldende. Etter hvert som foretak som er villige til å ta risikoen på kartellsamarbeid er blitt mer bevisst på konkurransemyndighetenes håndheving, vil behovet for omfattende etterforskningshemler være vel så stort, og kanskje større, enn tidligere.

Utvalget vurderer det derfor slik at det ikke er behov for endringer i kompetansebestemmelsene

om bevissikring. I praksis har reglene vist seg å fungere godt. Dette gjelder både vilkårene for bevissikring, gjennomføringen av bevissikringen samt hva bevissikringen gjelder. Selv om Konkurransetilsynet ikke benytter muligheten til å foreta bevissikring i private hjem ofte, understreker utvalget at denne adgangen representerer et viktig verktøy som er med å effektivisere tilsynets håndheving av konkurranseloven.

Utvalget har også vurdert om det skal gis egne regler om retten til advokatbistand. Retten til å la seg bistå av advokat på ethvert tidspunkt av saksbehandlingen er grunnleggende, og følger av forvaltningsloven § 12 samt straffeprosessloven § 94. I forarbeidene til gjeldende konkurranselov var det et særlig fokus på spørsmålet om kontrollundersøkelsen skulle kunne innledes før advokat var til stede. Daværende utvalg delte seg i et flertall og et mindretall, der flertallet gikk inn for at myndighetene måtte vente med å iverksette kontrollen til advokat var til stede. Departementet fant ikke grunnlag for å innføre en slik bestemmelse. Departementet fulgte dermed mindretallets forslag.

Selv om utvalget er av den oppfatning at den som utsettes for en bevissikring skal ha rett til å ha advokat til stede, er utvalget enig i departementets synspunkter om at det neppe er særlig mye vunnet ved å innføre en bestemmelse om at kontrollen må utsettes inntil advokaten har ankommet, samt at kontrollundersøkelser i så fall vil kunne forsinkes.<sup>21</sup> Utvalgets oppfatning er også at Konkurransetilsynet i praksis avventer kontrollundersøkelsen noe, dersom advokaten kan komme til kontrollstedet relativt raskt. Av disse grunner foreslås det ikke en bestemmelse om at Konkurransetilsynet skal måtte vente på at advokaten kommer til kontrollstedet.

Bevissikring skjer etter tingrettens beslutning. Beslutning treffes på grunnlag av begjæring fra Konkurransetilsynet, jf. konkurranseloven § 25 annet ledd. Rettens beslutning angir i liten grad bakgrunnen for bevissikringen, herunder grunnlaget for tilsynets mistanke. I praksis angis det kun hvilken bestemmelse i loven som kan være overtrådt. En bevissikring oppleves som inngripende for foretakene. Foretaket vil derfor ha et behov for å vite hva det er mistenkt for. Utvalget vurderer det derfor slik at dersom beslutningen i noe større grad angir hva saken gjelder, vil dette bedre ivareta den kontrollertes informasjonsbehov.

Videre kan dette blant annet gjøre foretakene bedre i stand til å vurdere om det skal søkes om

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 166-167.

lempning. I EU/EØS-retten stiller rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 20 krav til hvilken informasjon overvåkningsorganenes beslutning om bevissikring skal inneholde. I praksis er overvåkningsorganenes beslutning langt mer utfyllende enn rettens beslutning i Norge. Utvalget ønsker imidlertid ikke å innføre de samme kravene til beslutningen som gjelder for overvåkningsorganenes beslutning om bevissikring. Begrunnelsen er at overvåkningsorganene selv treffer beslutningen om gjennomføring av bevissikring, mens det i norsk rett stilles krav om beslutning fra retten. Kravet om rettens beslutning i norsk rett innebærer at det finnes en kontroll med Konkurransetilsynets avgjørelse om bevissikring som ikke finnes i EU/EØS-retten. Dette reduserer behovet for en begrunnelse av bevissikringsbeslutningen sammenlignet med EU/EØS-retten. Det er likevel slik at foretakenes informasjonsbehov fremdeles gjør seg gjeldende.

På bakgrunn av argumentene ovenfor er det utvalgets oppfatning at bevissikringsbeslutningen bør angi hvilket marked (produkt og geografisk område) som er gjenstand for tilsynets undersøkelse, hvilken bestemmelse i konkurranseloven det foreligger mistanke om overtredelse av og hvilken type overtredelse det er mistanke om. Denne informasjonen vil etter utvalgets oppfatning både imøtekomme foretakets informasjonsbehov og kunne gjøre det enklere for foretakene å vurdere om det skal søkes om lempning. Etter utvalgets oppfatning strekker imidlertid ikke denne begrunnelsen seg til at også andre forhold ved saken, som for eksempel den mulige overtredelsens varighet, øvrige deltakere eller lignende, bør angis. Videre taler også hensynet til en effektiv etterforskning mot at flere detaljer vedrørende saken angis i rettens beslutning.

En beslutning om bevissikring som angir kontrollens gjenstand, vil kunne forstås som en begrensning av tilsynets kompetanse med tanke på hvilke dokumenter som kan beslaglegges. Utvalget understreker at dette ikke er formålet med forslaget.

På bakgrunn av denne vurderingen foreslår utvalget at det tas inn en setning i konkurranseloven § 25 nytt tredje ledd om at rettens beslutning skal angi kontrollens gjenstand. Angivelsen av kontrollens gjenstand skal ikke innebære noen begrensning på gjennomføringen av kontrollen.

Utvalget foreslår en viktig endring i § 25 når det gjelder beslagsform. Utvalget går inn for at beslag som hovedregel skal tas i form av kopier, ikke originale dokumenter. Dette er i samsvar med rettstilstanden i EU/EØS. Utvalget mener

likevel at konkurransemyndighetene skal ha anledning til å ta beslag i originaldokumenter der de antas å ha en særskilt bevisverdi, eller der bevisverdien vil reduseres ved kopiering. Dette vil typisk kunne gjelde håndskrevne dokumenter. I slike tilfeller skal imidlertid foretaket ha rett til å beholde en kopi.

Etter konkurranseloven § 25 første ledd bokstav c kan Konkurransetilsynet ta med seg «ting» som kan få betydning som bevis for nærmere granskning. Utformingen av bestemmelsen avviker fra reguleringen i rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 20 nr. 2 bokstav b som gir overvåkningsorganene rett til å ta med kopier av eller fra bøker og andre forretningspapirer, uansett informasjonsmedium. Konkurransetilsynet kan ta med originaldokumenter, harddisker, CD-/DVD-rom og ethvert annet løseøre som vil kunne ha betydning som bevis.

Tar Konkurransetilsynet med seg originaldokumenter har den kontrollerte krav på at beslaget blir nøyaktig nedtegnet, men tilsynet har etter gjeldende rett ingen plikt til å etterlate kopi av dokumentene.<sup>22</sup> Forutsetningen i forarbeidene til nåværende regler er imidlertid at tilsynet «bør» nøye seg med å ta kopier der etterforskningen ikke vil kunne skades og der originaldokumentet heller ikke har noen selvstendig bevisverdi utover en kopi. På dette punktet har Konkurransetilsynet imidlertid en videre kompetanse enn Kommisjonen og ESA, som ikke har adgang til å ta beslag i originaldokumenter.

Adgangen til å ta beslag i originaldokumenter var et særlig diskusjonstema under forberedelsen av 2004-loven. Lovutvalgets flertall gikk inn for å videreføre ordningen etter konkurranseloven 1993, som ga tilsynet rett til å ta beslag i originaldokumenter uten at den kontrollerte hadde rett til kopi. Mindretallet var enig i at Konkurransetilsynet skulle ha rett til å ta beslag i originaldokumenter, men argumenterte for at sakens parter burde få beholde et kopesett av de beslaglagte dokumentene. Departementet sluttet seg til utvalgets flertall. I sin vurdering la departementet avgjørende vekt på hensynet til å sikre Konkurransetilsynet så gode bevis som mulig, og at kopiering av beslaglagte originaldokumenter er svært tidkrevende.

Utvalget legger til grunn at beslag av originale dokumenter – uten at foretaket får beholde en kopi – fremstår som inngripende. Løsningen avviker fra rettstilstanden i EU/EØS og øvrige nordiske land, samtidig som den er omstridt.

<sup>22</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 165-166.

Utvalget oppfatter Konkurransetilsynets praksis slik at tilsynet tilstreber at foretakene skal kunne være operative både under og etter bevisikringen. Det er også slik at beslaget, etter gjeldende regler, kan prøves for retten på ethvert tidspunkt. Både tilsynets praksis med fortløpende vurdering og tilbakelevering av originaldokumenter/kopier, samt at beslaget kan prøves på ethvert tidspunkt, er forhold som gjør adgangen til å ta originalbeslag noe mindre inngripende. Beslagsadgangen etter gjeldende rett fremstår etter utvalgets oppfatning likevel som svært tyngende for foretak, både av hensyn til utsatt partsinnsyn og fordi foretaket ikke får beholde kopi. Utvalget har derfor foretatt en kritisk gjennomgang av beslagsadgangen for å vurdere om foretakenes vern kan utvides uten at dette går på bekostning av etterforskningens effektivitet.

Adgangen til å ta beslag i originaldokumenter er begrunnet i flere forhold, blant annet den selvstendige bevisverdien originale dokumenter kan ha, i tillegg til at hensynet til etterforskningen tilsier at foretaket heller ikke får beholde kopi av materialet.<sup>23</sup> Utvalget er noe i tvil om rekkevidden av hensynet til etterforskningen. Det vil ofte være aktuelt å ta beslag i materiale som foretaket har flere kopier av, for eksempel møtereferater. Som oftest vil foretaket også ha en viss oversikt over innholdet i det materiale tilsynet har tatt beslag i, jf. også plikten til å nedtegne nøyaktig hvilke dokumenter som er beslaglagt. Dette innebærer at foretaket normalt ganske enkelt vil kunne skaffe seg oversikt over hva saken gjelder.

Det er på det rene at kopiering av dokumenter hos foretakene vil kunne være tidkrevende, noe som også er fremhevet i forarbeidene. Originalbeslag representerer normalt den fordel at Konkurransetilsynet kan gjennomføre bevissikringen på kortere tid. Skal adgangen begrenses til kopier, fordrer dette en mer inngående gjennomgang av materialet på kontrollstedet, og dermed økt tidsbruk. I praksis vil enhver slik økt tidsbruk representere en merbelastning for foretaket, idet Konkurransetilsynets tilstedeværelse nødvendigvis vil påvirke foretakets normale drift. Utvalget kan imidlertid ikke se at dette hensynet er særlig tungtveiende vurdert opp mot foretakenes rett til å forberede sitt forsvar, ei heller tilsynsmyndighetenes ressursbruk. Utvalget viser også til at et effektivt strukturert kopibeslag vil kunne effektivisere den senere behandlingen av saken. Dette kan rettferdiggjøre at det benyttes noe mer ressurser på kontrollen.

Det kan også anføres at det på et tidlig tidspunkt kan være vanskelig å ha full oversikt over hvilke dokumenter som er avgjørende i saken. Under etterforskningen kan nye vinklinger og funn gjøre at fokus endres. I et slikt perspektiv vil originalmapper og annet originalmateriale tilsynet sitter på kunne få ny betydning når beslaget blir gjennomgått i sin helhet. Utvalget vurderer imidlertid dette mer som et spørsmål om beslagets omfang enn beslagets form. I praksis er det ikke uvanlig at Kommisjonen ved kontrollundersøkelser kopierer flere tusen sider dokumenter. Samtidig må det legges til grunn at innslaget av elektronisk lagret dokumentasjon er økende, og at denne andelen må forventes å stige i fremtiden.

På denne bakgrunn foreslår utvalget en tilnærming til EU/EØS-reglene, slik at det innføres en hovedregel om dokumentbeslag i form av kopier. Dette er også løsningen i Sverige og Danmark.

Utvalget vil imidlertid ikke avskjære Konkurransetilsynets adgang til å ta originalbeslag fullstendig.

Det må være klart at konkurransemyndighetene av etterforskningmessige hensyn vil kunne ha behov for å ta med seg originalmateriale der originalgjenstanden har en særlig bevisverdi. Ofte vil det ikke foreligge klare og tydelige dokumenter som utgjør de avgjørende bevisene, men gjerne håndskrevne notater som kan være vanskelige å lese, og som lett mister sin bevisverdi ved kopiering. Dersom et dokument enten er håndskrevet eller er påført håndskrevne notater, kan man få ytterligere informasjon ved å beslaglegge et originaldokument enn man får av en kopi. Det vil for eksempel ikke fremgå av en kopi hvilken type penn det er skrevet med. En detalj som at det er skrevet med både blyant og kulepenn, eller med ulike pener, kan indikere at påtegningene er gjort på forskjellige tidspunkter. Dersom blyantskrift er visket bort vil det i noen tilfeller være mulig å lese hva som opprinnelig sto skrevet dersom Konkurransetilsynet besitter originaldokumentet. Videre vil håndskrift som er vanskelig å lese kunne bli enda vanskeligere å tyde på en kopi. Tilsvarende vil ord som er strøket ut være vanskeligere å se på en kopi enn på originaldokumentet. Det vil også kunne være slik at markerpenn i mørke farger blir svarte felt på kopiene, og dermed skjuler teksten. Behovet for å ta med dokumenter eller gjenstander kan også omfatte nyere elektroniske lagringsmedier, når det ikke er mulig å foreta speilkopiering av lagret materiale på det aktuelle mediet. Det forekommer en stadig utvikling av nye former for elektroniske lagringsmedier, og utvalget ser derfor at det er et behov for en mulighet til å ta med slike lagringsmedier når speilkopiering ikke er mulig.

<sup>23</sup> NOU 2003: 12 s. 197-198 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 166.

Der det beslaglegges originaldokumenter er utvalget av den oppfatning at foretakene må kunne beholde en kopi. Det vises til det som er sagt ovenfor om rekkevidden av hensynet til etterforskningen. En slik rett til kopi vil være i samsvar med forholdsmessighetshensynet, og vil samtidig bidra til å dempe prosesser om beslagets omfang for domstolene.

En adgang til å ta med originaler der dette er nødvendig vil sammen med en adgang til speilkopiering av elektroniske lagringsmedier innebære et avvik fra reguleringen i EU/EØS. Overvåkningsorganene har som nevnt ovenfor, kun adgang til å ta med kopier.<sup>24</sup> På bakgrunn av de argumenter for å kunne ta med originaler som er presentert her, og de effektivitetsgevinster det gir å kunne foreta speilkopiering, mener utvalget at det er gode grunner for å ha en noe avvikende regulering på dette området.

Utvalget foreslår derfor å videreføre lovens ordlyd om at tilsynet kan ta med «ting», jf. konkurranseloven § 25 første ledd bokstav c. Utvalget foreslår likevel følgende tillegg som nytt annet ledd i bestemmelsen: «Originale dokumenter kan bare tas med når originalen i seg selv antas å ha en særskilt bevisverdi, eller der bevisverdien vil reduseres ved kopiering. Foretaket har i tilfelle rett til å få kopi av dokumentet». Når hovedregelen på denne måten snus slik at foretak skal ha krav på å beholde originale dokumenter, må Konkurransetilsynet samtidig innrømmes et visst skjønn med hensyn til å vurdere når det er nødvendig å beslaglegge originale dokumenter. Der det dreier seg om håndskrevne notater, må tilsynet for eksempel kunne høres med at bruken av penn kan ha betydning for blant annet tidfestingen av dokumentet.

Utvalget viser i denne sammenheng til at et beslag vil kunne prøves for retten på ethvert tidspunkt. Utvalget foreslår ingen endringer i denne bestemmelsen.

Begrepet «ting» i konkurranseloven § 25 første ledd bokstav c omfatter også datalagret informasjon.<sup>25</sup> Elektroniske dokumenter lagres gjerne på lokale eller sentrale servere. Elektroniske lagringsmedier med omfattende lagret informasjon

vil i praksis ikke kunne gjennomgås i forbindelse med selve bevissikringen. En metode for å ta med seg den elektronisk lagrede informasjonen, er å speilkopiere en harddisk. Slik kopiering gir grunnlag også for å rekonstruere slettede data og avdekke skjulte dokumenter.

Ved speilkopiering vil Konkurransetilsynet også kunne få med seg dokumenter som er underlagt et beslagsforbud og således ikke kan tjene som bevis i saken. I praksis har det oppstått en del problemstillinger i forhold til det såkalte advokatprivilegiet, samt hvordan beslagsfritt materiale skal håndteres i en bevissikringssituasjon. Beslagsadgangen etter konkurranseloven omfatter ikke opplysninger som er undergitt lovbestemt taushetsplikt, med de unntak som følger av loven selv, jf. konkurranseloven § 24 tredje ledd. Utvalget ser ikke behov for endringer i denne avgrensningen av beslagsadgangen. Omfanget av beslagsfrihet er innarbeidet, samt tilpasset straffeprosessens regler. Vedrørende håndteringen av privilegerte opplysninger, er dette først og fremst et praktisk spørsmål knyttet til myndighetenes identifisering av beslagsfritt materiale, det vil si om tilsynet selv kan gjennomgå dokumenter for å bringe på det rene om de er omfattet av taushetsplikt. I forarbeidene er det lagt til grunn at prinsippet i straffeprosessloven § 205 tredje ledd gjelder tilsvarende ved bevissikring etter konkurranseloven. § 205 tredje ledd lyder:

«Dokumenter eller annet som besitteren ikke plikter å forklare seg om uten etter særskilt pålegg fra retten, kan ikke beslaglegges uten rettens kjennelse, hvis ikke slikt pålegg allerede er gitt. Dersom politiet vil ta med dokumenter til retten for avgjørelse av om beslag kan tas, skal dokumentene forsegles i lukket konvolutt i nærvær av en representant for besitteren.»

Man har likevel forstått dette slik at Konkurransetilsynet selv må kunne kontrollere at de aktuelle dokumentene faktisk er omfattet av taushetsplikt, så fremt dette kan gjøres uten at det nærmere innholdet blir kjent.<sup>26</sup>

Et praktisk viktig spørsmål er hvor langt Konkurransetilsynet kan gå i å undersøke om elektroniske beslag inneholder opplysninger som gjør dokumentene beslagsfrie. Dette har særlig betydning i forhold til advokatkorrespondanse.

Utvalget ser ikke grunn til å stramme inn på Konkurransetilsynets prinsipielle adgang til å ta

<sup>24</sup> Kommisjonens adgang til å ta speilkopier er brakt inn for Underretten i sak T-135/09 Nexans France og Nexans mot Kommisjonen, der Underretten er bedt om å ta stilling til om Kommisjonens beslutning «om at fjerne fire DVD-ROM'er og en kopi af hele harddisken fra en af Nexans Frances ansattes bærbare computer med henblik på en senere gjennomgang i dens bygninger i Bruxelles» var ulovlig, og sak T-140/09 Prysmian og Prysmian Cavi e Sistemi Energia mot Kommisjonen, som gjelder samme saksforhold (sak COMP/39610 – Surge).

<sup>25</sup> NOU 2003: 12 s. 195 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 166.

<sup>26</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 165.

beslag i datalagret materiale, eventuelt gjennom speilkopiering. Utvalget legger til grunn at det følger av formuleringen «ting som kan ha betydning som bevis» at kopieringen må være målrettet, for eksempel rettet mot hjemmeområdet til bestemte ansatte, deres PC/telefoner mv. Speiling av større deler av for eksempel servere vil imidlertid kunne være nødvendig for å kunne rekonstruere slettede dokumenter.

Fordi speilkopiering er inngripende og fordi det er en nærliggende fare for at beslagsfri korrespondanse vil kunne følge med, foreslår utvalget særlige regler for håndteringen av slike beslag. Utvalget finner det lite hensiktsmessig om det beslaglagte materialet fullt ut skal gjennomgås av tingretten. I praksis vil det kunne være nødvendig med spesialutstyr for å kartlegge slettede elementer, slik at gjennomgangen best skjer hos Konkurransetilsynet. Utvalget viser til at det i Danmark er gitt regler om dette i konkurranseloven § 18 fjerde ledd. Bestemmelsen om databeslag lyder:

«Konkurrencestyrelsen kan tage identiske elektroniske kopier (spejlinger) af dataindholdet af elektroniske medier, der er omfattet af kontrolundersøgelsen, og kan medtage det kopierede materiale med henblik på efterfølgende at gennemgå dette. Det spejlede materiale skal forsegles, når styrelsen forlader virksomhedens eller sammenslutningens lokaliteter. Den, der er genstand for kontrolundersøgelsen, kan kræve, at denne selv eller en af denne udpeget repræsentant skal være til stede, når forseglingen brydes, og ved styrelsens gennemgang af det spejlede materiale. Konkurrencestyrelsen har pligt til senest 25 hverdage efter kontrolundersøgelsen at give et sæt kopier af de oplysninger, som styrelsen måtte have taget fra det spejlede materiale, til den, der er genstand for kontrolundersøgelsen. Når gennemgangen af det spejlede materiale er gennemført, skal det spejlede materiale opbevares i forseglet stand. Det spejlede materiale skal slettes, hvis styrelsen vurderer, at materialet ikke indeholder beviser for en overtrædelse af konkurrencereglerne. Beslutter styrelsen at gå videre med sagen, skal det spejlede materiale slettes, når sagen er endeligt afgjort.»

Etter inspirasjon fra den danske løsningen, foreslår utvalget at den kontrollerte eller dennes representant skal ha rett til å være til stede når Konkurransetilsynet starter sin gjennomgang av det beslaglagte elektroniske materialet. Utvalget foreslår imidlertid ikke at tidspunktet for når den kontrollerte skal være til stede settes til når for-

seglingen brytes, slik som den danske reguleringen innebærer. Etter utvalgets oppfatning kan det være behov for at materialet i noen grad bearbejdes teknisk før man begynner på gjennomgangen av dokumentene. Innholdet i det speilkopierte materialet må for eksempel gjøres lesbart og søkbart før gjennomgangen av dokumentene kan starte. Utvalgets forslag innebærer at den kontrollerte eller dennes representant skal ha en rett til å være til stede når Konkurransetilsynet begynner sin gjennomgang av dokumentene, altså etter at den innledende tekniske bearbejdingen er ferdig. Konkurransetilsynet skal ikke begynne å søke i dokumentene før den kontrollerte har fått anledning til å være til stede.

Formålet med å gi den kontrollerte rett til å være til stede, er at Konkurransetilsynet og den kontrollerte kan gjennomgå materialet for å fjerne taushetsbelagt informasjon før Konkurransetilsynet foretar mer målrettede søk i materialet. Dokumenter som det er enighet om at skal unntas fra beslagsretten på grunn av taushetsplikt, skal gjøres utilgjengelig for Konkurransetilsynet i fremtidige søk. Dersom partene er uenige om beslagsretten i noen dokumenter, skal disse forelegges tingretten for avgjørelse av om dokumentet er unntatt fra beslagsretten.

Fordelen med den foreslåtte løsningen er at en raskt kan få identifisert dokumenter som er underlagt taushetsplikt, uten at dette i særlig grad forsinker etterforskningen. Denne løsningen er derfor å foretrekke fremfor en løsning der Konkurransetilsynet må avvente den kontrollertes innsendelse av en liste over dokumenter som ifølge denne er unntatt beslagsretten. Ettersom en slik løsning vil forsinke etterforskningen. Den foreslåtte løsningen innebærer også en styrking av den kontrollertes rettigheter sammenlignet med dagens løsning, ved at vedkommende får delta i identifiseringen av dokumenter underlagt taushetsplikt før Konkurransetilsynet starter sin gjennomgang av dokumentene.

Utvalget har vurdert om det skal settes en frist for når Konkurransetilsynet tidligst kan starte gjennomgangen av dokumentene. En slik frist kan gi den kontrollerte og dennes representant mulighet til å gå gjennom materialet før den felles gjennomgangen av materialet skjer hos Konkurransetilsynet. Utvalget foreslår ikke en slik frist. Det er utvalgets oppfatning at en frist for å gi den kontrollerte en realistisk mulighet til å gjennomgå materialet må være minimum tre uker, og ofte lenger. En slik frist vil etter utvalgets oppfatning forsinke etterforskningen i for stor grad. Det er etter utvalgets oppfatning viktig at Konkurransetilsynet så raskt som

mulig kan iverksette sitt arbeid med det beslaglagte materialet, for tidlig å kunne foreta avhør av sentrale personer og ikke minst for å kunne avgjøre om og eventuelt hvor det bør foretas andre bevis-sikringer. Utvalget foreslår derfor at Konkurransetilsynet fastsetter et tidspunkt for når gjennomgangen av dokumentene vil begynne. Den kontrollerte eller dennes representant får rett til å være til stede fra dette tidspunktet. Utvalget understreker at dersom den kontrollerte velger ikke å benytte seg av denne retten, skal Konkurransetilsynet av eget initiativ fjerne dokumenter som inneholder informasjon underlagt taushetsplikt.

Den kontrollerte vil også ha adgang til å sende inn en liste over dokumenter som denne mener er underlagt taushetsplikt, samt nærmere begrunne hvorfor dokumentene er underlagt taushetsplikt. Utvalget legger til grunn at det ikke er nødvendig å lovfeste en slik rett. Den kontrollerte vil uansett ha rett til å orientere Konkurransetilsynet om hvilke dokumenter denne mener er unntatt fra beslag som følge av taushetsplikten. Dersom det er uenighet om noen av dokumentene er beslagsfrie, skal disse skrives ut og forelegges tingretten for avgjørelse av om beslag kan tas. Den kontrollerte kan både være til stede under gjennomgangen av dokumentene og sende inn en slik liste, eller vedkommende kan velge den løsning som anses som mest hensiktsmessig. Muligheten til å sette opp en slik liste krever at den kontrollerte umiddelbart får en kopi av det speilkopierte materialet for gjennomgang. Utvalget vil derfor foreslå at ved speilkopiering skal den kontrollerte få en egen kopi av det speilkopierte materialet.

Utvalget foreslår at reguleringen av gjennomgangen av elektronisk lagret materialet tas inn som nytt fjerde ledd i konkurranseloven § 25. Dersom det skulle være behov for en nærmere regulering av hvordan gjennomgangen av dokumentene skal foretas, foreslår utvalget at dette reguleres i forskrift. Det vises for øvrig til lovforslaget § 25 tredje ledd.

Det foreligger to kjennelser fra Høyesteretts kjæremålsutvalg – Rt. 1986 s. 1149 og Rt. 2000 s. 531 – der det konkluderes med at gjennomgang av materiale som hevdes å inneholde taushetsbelagt informasjon, må foretas av tingretten. Motsetningsvis konkluderer Borgarting lagmannsrett i NMD-kjennelsen med at praktiske hensyn ved gjennomgang av store mengder elektronisk lagret materiale tilsier at Konkurransetilsynet må gis anledning til selv å sortere beslaget.<sup>27</sup> Videre følger det av forskrift om opplysningsplikt mv. § 8

tredje ledd at «dokumenter eller annet som faller inn under straffeprosessloven § 204 kan gjennomgås så langt det er nødvendig for å bringe på det rene om de er unntatt fra beslag. Dersom Konkurransetilsynet er i tvil, skal tilsynet ta med dokumenter eller annet til retten for avgjørelse av om beslag kan tas».<sup>28</sup>

Utvalget er enig i den regel som ble lagt til grunn i forarbeidene til gjeldende konkurranselov og NMD-kjennelsen om at Konkurransetilsynet i utgangspunktet må kunne foreta en rask sjekk av dokumenter for å konstatere om de er omfattet av beslagsfrihet. I denne sammenheng vises det til at representanter for foretaket vil være til stede ved bevissikringen. Der det dreier seg om originale brev eller kopier av brev med eksterne advokaters brevhode, virker dette også umiddelbart praktisk. Der det er tale om notater fra interne advokater, der beslagsfriheten er avhengig av advokatens rolle, vil imidlertid en gjennomgang kunne være mer problematisk. Spørsmålet om beslagsfrihet vil her kunne være avhengig av de konkrete omstendigheter dokumentet ble til under. Tilsvarende gjelder notater tatt av ansatte i det foretaket som kontrolleres, for eksempel under telefonsamtaler med advokater eller som grunnlag for samtaler med ekstern advokat.

Der det ikke umiddelbart kan konstateres at det dreier seg om beslagsfritt materiale (for eksempel ut fra brevhode, avsender og lignende), men foretaket hevder at opplysningene er underlagt taushetsplikt, vil man måtte falle ned på den løsning at materialet forsegles og bringes inn for tingretten. Dette er løsningen i Sverige (konkurrenslagen 5 kapittel 11 § ), og i EU/EØS. Løsningen i dansk rett fremstår som mindre klar, likevel slik at det antas at praksis fra EU/EØS vil være retningsgivende.

Hvis det er nødvendig med en nærmere gjennomgang av dokumentet for å vurdere beslagsfrihet, vil Konkurransetilsynet være forpliktet etter straffeprosessloven § 205 til å ta materialet til tingretten. Utvalget legger til grunn at en foreløpig gjennomlesning av dokumentet vil være i strid med bestemmelsen.

Utvalget har vurdert om henvisningen til straffeprosessloven § 205 bør tas ut av konkurranseloven, og om det i stedet bør formuleres egne regler. Utvalget ser ikke grunn til å gå inn på et slikt forslag idet det antas at den løsningen som skisseres er i samsvar med denne bestemmelsen.

<sup>27</sup> LB-2004-3207 RG 2004 side 799.

<sup>28</sup> Forskrift om opplysningsplikt, bevissikring og behandling av overskuddsinformasjon i konkurranse saker av 22. desember 2005 nr 1645 § 8 tredje ledd.



Avvikende regler vil også kunne skape problemer for gjennomføringen av straffesaker.

Utvalget finner formuleringen i forskriften om opplysningsplikt mv. i konkurransesaker § 8 tredje ledd om at «[d]ersom Konkurransetilsynet er i tvil» noe uklar som grunnlag for plikten til å bringe beslaget inn for retten. Dreier det seg for eksempel om enkelt dokumenter innenfor større beslag, og foretaket påberoper at opplysningene er beslagsfrie, må Konkurransetilsynet ha en plikt til å forsegle dokumentene og bringe saken inn for retten. Utvalget mener dette må tydeliggjøres i forskriften.

### 5.3.3 Høringsinstansene

I alt syv høringsinstanser uttaler seg om utvalgets forslag til endringer i konkurranseloven § 25 om bevissikring og beslag.

NHO støtter utvalgets forslag om at hovedregelen skal være at foretakene beholder originaldokumentene ved en bevissikring, og at tilsynet bare kan ta med originaler der disse antas å ha en bevisverdi, eller der bevisverdien ved kopiering vil reduseres. NHO mener at dagens regel om beslag av originale dokumenter uten at foretakene får beholde kopi, er svært inngripende. Dette skyldes særlig hensynet til bedriftens daglige virke. Uten verken original eller kopi vil bedriften kunne være handlingslammet.

Når det gjelder databeslag støtter NHO forslaget om at foretaket ved speilkopiering skal motta en kopi av beslaget. NHO mener at dette er vel så viktig som for papirdokumenter, da størsteparten av dokumentene i dag forefinnes elektronisk i bedriften.

Advokatforeningen støtter forslaget fra lovutvalget om at rettens beslutning om bevissikring skal angi kontrollens gjenstand slik at det i fremtiden blir enklere for foretak som undergis bevissikring å forstå hva saken dreier seg om. Dagens regler er etter Advokatforeningens oppfatning ikke tilfredsstillende og det bør minst stilles slike krav til bevissikringsbeslutningers innhold som det som gjelder og praktiseres for ESA og Kommisjonens tilsvarende bevissikringsvedtak. Advokatforeningen støtter de foreslåtte endringer i beslagsform og de foreslåtte regler om håndtering av databeslag.

Finans Norge støtter forslaget om endring av hovedregelen om beslagsform. Det er også viktig at foretak som er gjenstand for bevissikring, skal kunne være representert når tilsynet går gjennom det beslaglagte materiale. Reglene som foreslås om dette synes å være balanserte og hensiktsmessige.

Arbeidsgiverforeningen Spekter støtter også utvalgets forslag til endringer i § 25.

Advokatfirmaet Haavind AS støtter utvalgets forslag til endringer i § 25. Slik det er i dag får ikke foretaket som utsettes for bevissikring vite bakgrunnen for Konkurransetilsynets kontroll, herunder hva foretaket er mistenkt for. En bevissikring er svært inngripende for den som blir utsatt for det. Når en i tillegg ikke får informasjon om hva foretaket og den enkelte er mistenkt for, oppleves det som en «Kafka-prosess». Haavind støtter også utvalgets øvrige forslag til endringer.

Arntzen de Besche Advokatfirma AS mener at forslaget ikke går langt nok, og anser at det ikke er behov for regelen om at det kan tas beslag i originaldokumenter som i seg selv antas å ha særlig bevisverdi. Arntzen de Besche mener at dersom en vanlig kopi av et slikt dokument forringer lesbarheten, kan Konkurransetilsynet ta digitale fotografier av dokumentet, eventuelt skalere det opp slik at det blir enklere å lese. Arntzen de Besche mener at en fortsatt adgang til å ta beslag i originale dokumenter av denne type vil gi opphav til unødige mange avgrensingsproblemer under bevissikringen. Det vil også representere en fortsatt avvikende linje fra regelverket i EU/EØS-retten. Det samme gjelder utvalgets vurdering av at det skal være adgang til å ta med lagringsmedier dersom databeslag i form av speilkopiering ikke er mulig. Arntzen de Besche mener at det ikke er behov for denne regelen, og viser til at Konkurransetilsynet har datakyndige personer til stede på bevissikringer. Arntzen de Besche er ikke kjent med at det finnes datalagringsmedier det ikke kan speilkopieres fra forutsatt at man er kjent med eventuelle krypteringer eller adgangskoder. Arntzen de Besche ber derfor departementet gå inn for en full harmonisering med EU/EØS-retten.

Konkurransetilsynet mener at den kontrollertes behov for informasjon om bakgrunnen for en bevissikring må avveies mot hensynet til etterforskningen. Tilsynet anser at utvalgets forslag balanserer disse hensynene på en god måte og støtter derfor forslaget om krav til innhold i rettens bevissikringsbeslutning. Konkurransetilsynet presiserer imidlertid viktigheten av at bestemmelsen ikke skal medføre en begrensning av tilsynets beslagskompetanse. Når det gjelder spørsmålet om beslagsform mener tilsynet at dette spørsmålet er av særlig stor praktisk betydning for tilsynet, siden det legger rammer for etterforskning og håndheving i enkeltsaker. Tilsynet anser at dagens regler opplagt har flere fordeler både sett fra tilsynets og foretakenes ståsted. Tilsynet mener at ved å beslaglegge originaldokumenter sikres den selvstendige

bevisverdien som kan ligge i slike dokumenter, og etterforskningen beskyttes ved at foretaket ikke har krav på en kopi av de beslaglagte dokumentene. Et særlig viktig argument for dagens løsning er at originalbeslag muliggjør at foretakene langt på vei kan være operative både under og etter bevissikringen, idet et originalbeslag normalt innebærer at bevissikringen kan gjennomføres på kortere tid enn et kopibeslag. Tilsynet anser også at en regel om at Konkurransetilsynet som hovedregel skal ta beslag i form av kopi, medfører at risikoen øker for at det går glipp av bevis som senere i etterforskningen viser seg å være viktige for saken. Imidlertid anser tilsynet at når berettigelsen av en særnorsk regel på dette området er omstridt og et samlet utvalg går inn for en tilnærming til EU/EØS-retten kommer man vanskelig utenom en endring i rettsstilstanden på dette punktet. Når dette er situasjonen mener tilsynet at utvalgets lovforslag er utformet på en måte som gjør at noen av hovedinnvendingene er søkt imøtegått. Tilsynet mener at det er viktig at det presiseres i forarbeidene at unntaket som gir adgang til å ta beslag i originaldokumenter ikke skal praktiseres strengt, og at typisk håndskrevne notater, notatblokker, almanakker mv. normalt må anses å ha en slik bevisverdi som loven krever. I flere av Konkurransetilsynets saker har slike dokumenter utgjort sentrale bevis for at overtredelse av konkurransereglene har skjedd, og det er derfor viktig at slike dokumenter i stor utstrekning fortsatt kan beslaglegges i original. I tillegg går tilsynet inn for at i de tilfeller hvor det er anledning til å ta originalbeslag skal foretaket ikke ha krav på kopi av hensyn til etterforskningen.

Konkurransetilsynet anser at de nye reglene om beslagsform vil få store praktiske konsekvenser for gjennomføringen av bevissikringer, særlig vil tidsbruken øke. Tilsynet legger til grunn at omleggingen vil medføre behov for nærmere regler for den praktiske avviklingen av kopibeslag og at forskriftshjemmelen i § 25 kan anvendes for dette formålet.

Konkurransetilsynet støtter utvalgets forslag til en egen prosedyre for gjennomgang av beslaglagt elektronisk materiale. Tilsynet mener at den foreslåtte prosedyren vil kunne bidra til at håndteringen av denne type beslag blir mer smidig. Dette vil kunne frigjøre ressurser både hos tilsynet og foretakene.

### **5.3.4 Departementets vurderinger**

#### *5.3.4.1 Krav til rettens beslutning*

Konkurranseloven § 25 gir Konkurransetilsynet adgang til, etter beslutning av tingretten, å foreta

bevissikring for selv å lete etter og beslaglegge eventuelle bevis på overtredelser av konkurranse-lovens forbudsbestemmelser. Det stilles lave krav til bevisene for overtredelse for å få en beslutning av retten. Det er tilstrekkelig at det foreligger rimelig grunn til å anta at loven eller vedtak i medhold av loven er overtrådt. Det kreves således ikke sannsynlighetsovervekt for lovbrudd.

Dagens lovgivning setter heller ingen krav til innholdet i tingrettens beslutning. Utvalget foreslår å lovfeste at rettens beslutning skal beskrive kontrollens gjenstand, herunder angi hvilket forbud og hvilket marked som tilsynets undersøkelser gjelder.

Formålet er å gi mer informasjon om saken til den som blir utsatt for en bevissikring.

Departementet er enig i at en bevissikring vil oppleves som et svært inngripende tiltak overfor de foretak eller personer som berøres. Det at det stilles lave krav til sannsynligheten for at en overtredelse har funnet sted samtidig med at kontrollobjektet ikke har noen krav på informasjon om bakgrunnen for bevissikringen, gjør at en bevissikring fort kan oppleves som et urimelig tiltak for den kontrollerte. De foretak og personer som blir gjenstand for en bevissikring, vil derfor ha et beskyttelsesverdig behov for informasjon om hva man er mistenkt for og hva saken gjelder. Informasjon om bakgrunnen for bevissikringen er avgjørende for å utøve retten til kontradiksjon og vil kunne gjøre det enklere for foretakene å samarbeide med tilsynet for å opplyse saken eller eventuelt gi anledning til å vurdere en lempningssøknad.

Samtidig er det viktig å være klar over at en bevissikring ofte foretas på et tidlig stadium av saken, hvor det vil kunne være avgjørende for sakens oppklaring og kontrollens effektivitet at de som mistenkes for en overtredelse, ikke gis informasjon som gir dem anledning til å tilpasse forklaringer, ødelegge bevis eller varsle eventuelle andre deltagere i en overtredelse slik at forklaringer samordnes eller bevis ødelegges.

Departementet slutter seg til utvalgets forslag til endring, da den etter departementets vurdering balanserer de motstridende hensynene på en god og hensiktsmessig måte. Departementet vil likevel understreke, slik også utvalget gjør i utredningens punkt 7.4.3, at det ikke skal ligge noen begrensning av Konkurransetilsynets kompetanse til å foreta beslag i bevissikringsbeslutningens angivelse av kontrollens gjenstand. Departementets forslag er tatt inn som et nytt tredje punktum i § 25 tredje ledd (nåværende annet ledd).

#### 5.3.4.2 Dokumentbeslag

Utvalget foreslår videre å oppheve den generelle adgangen til å beslaglegge originaldokumenter, slik at dokumentbeslag skal skje ved at det tas kopi av dokumentene. Konkurransetilsynet skal bare kunne ta med seg originaldokumenter der originalene i seg selv anses å ha særskilt bevisverdi. Den kontrollerte skal i slike tilfeller ha et ubetinget krav på kopi.

Departementet er enig i at hovedregelen bør være at tilsynet skal ta beslag i form av kopier. Konkurransetilsynets adgang til å ta med originaler har lenge vært omstridt, og departementet mener at reglene også på dette området bør harmoniseres med reglene i EU/EØS og de andre nordiske land. Departementet forstår at dagens regel hvor tilsynet kan ta med originaldokumenter uten å gi kopi, kan virke svært inngripende for foretakene. I tillegg kan disse reglene dersom de praktiseres strengt, begrense foretakets mulighet til å komme med oppklaringer eller innvendinger i en tidlig fase av etterforskningen. Departementet vil imidlertid ikke overdrive betydningen av dette argumentet. De dokumenter som er sentrale bevis i en overtredelsessak, vil ofte ikke være dokumenter som er sentrale i foretakets daglige drift. I tillegg vil hovedtyngden både av informasjon i et foretak og hovedtyngden av tilsynets beslag bestå av elektronisk lagret materiale, se nedenfor om denne typen beslag. Her vil foretakene i praksis alltid ha tilgang til kopi. Tilsynet tilstreber også i sin praksis at foretakene skal kunne være operative mens en kontroll pågår og vil derfor gi kopi av beslag der dette ikke er til skade for etterforskningen. Departementet legger derfor til grunn at en overgang til kopibeslag ikke medfører en stor praktisk endring.

Mot endringen kan det anføres at den vil føre til at kontrollen vil ta lenger tid, at tilsynet vil oppholde seg lenger i foretakenes lokaler og at forstyrrelsen i den daglige drift derfor vil bli større. Departementet kan imidlertid ikke se at noen av de høringsinstansene som representerer næringslivets interesser, har lagt vekt på dette. Departementet anser derfor at hensynet til å beholde dokumentene i foretaket til bruk i den daglige drift eller behovet for kontradiksjon veier tyngre for foretakene enn ulempen ved at kontrollen tar lenger tid. Foretakene kan også dersom de ikke har motforestillinger til det, gi samtykke til at tilsynet tar med originaldokumenter dersom foretaket anser dette mindre inngripende.

Departementet er derfor enig i at hovedregelen bør være at dokumentbeslag tas i form av kopier. Departementet er også enig i at det skal

være anledning til å ta med originaldokumenter dersom disse har særskilt bevisverdi eller bevisverdien av et dokument synker ved kopiering. Det siste kan særlig være aktuelt for håndskrevne notater og notisbøker, kalendre osv.

Departementet er imidlertid ikke enig med utvalget i at den kontrollerte skal ha et ubetinget krav på kopi der originalbeslag unntaksvis skjer. Departementet anser at Konkurransetilsynet unntaksvis bør ha adgang til å ta beslag i originaler, ikke bare i tilfeller der bevisverdien synker ved kopiering, men også i dokumenter som antas å være sentrale bevis for overtredelse.

Bevissikring foretas ofte tidlig i saken, på et tidspunkt hvor tilsynet ikke har fullstendig oversikt over bevisene og faktum i saken. Tilsynet kan derfor ha behov for å gå gjennom dokumenter innhentet fra flere kontrollobjekter før de eventuelt innhenter mer informasjon fra de involverte foretak/personer ved forklaringsopptak eller ytterligere kontroller. Dersom den kontrollerte får et ubetinget krav på kopi i de tilfeller tilsynet tar originalbeslag, øker dette faren for tilpasning av egne forklaringer, samordning av forklaringer blant kartellmedlemmer, vitnepåvirkning og ødeleggelse av bevis. Dette vil kunne hindre etterforskningen og oppklaringen av saken i betydelig grad.

Dersom Konkurransetilsynet må gi kopi i de tilfeller hvor de tar med originaldokumenter, vil dette også gjøre det mulig for kontrollobjektet å utlede hvilke bevis tilsynet ser som sentrale. Dette vil være en fordel for den kontrollertes kontradiksjon, men kan være uheldig for etterforskningen dersom det skjer tidlig i etterforskningen før tilsynet har opptatt forklaringer.

Departementet vil understreke at den klare hovedregelen skal være at beslag tas i form av kopi. Unntaket fra hovedregelen om beslag i form av kopier vil kun gjelde helt sentrale bevis i saken. Dokumentbevisene dette gjelder vil typisk være notater i almanakker, møteinnkallinger/møtereferater med personlige notater og lignende, som foretakene normalt ikke trenger i sin daglige drift. Foretakene kan uansett ivareta sine interesser ved å be retten om enten å oppheve beslaget eller pålegge tilsynet å gi kopi av beslaglagte originaler. Departementet vil også understreke at tilsynet i de tilfeller hvor det tas med originaler, og det ikke gis kopi, har et særlig ansvar for fortløpende å vurdere tilbakelevering av dokumentene eller om det kan gis kopi til kontrollobjektet. Tilsynet må her legge vekt på ikke bare hensynet til etterforskningen, men også foretakenes krav på kontradiksjon og deres muligheter til å avdekke en overtredelse for eventuelt å søke om lempning.

Departementet slutter seg til utvalgets forslag til endringer i § 25 om bevissikring, med unntak av at departementet mener at tilsynet bør kunne nekte å gi kopi av originalbeslag i tilfeller hvor det å gi kopi vil kunne skade etterforskningen. Departementets forslag er tatt inn i nytt annet ledd i § 25.

#### 5.3.4.3 Beslag av elektronisk lagret materiale

Utvalget foreslår også visse endringer i § 25 når det gjelder beslag i elektronisk lagret materiale. Denne beslagsformen har naturlig nok blitt stadig mer dominerende ettersom stadig mer av et foretaks dokumentasjon oppbevares elektronisk. Utvalget foreslår en rett til kopi av alt beslaglagt elektronisk materiale, for å kunne identifisere dokumenter det ikke kan tas beslag i. I tillegg skal foretaket ha rett til å være til stede ved Konkurransetilsynets første gjennomgang av materialet for å sikre at beslagsfritt materiale blir fjernet. Departementet er enig med utvalget i at det er viktig at beslagsfritt materiale, i praksis særlig kommunikasjon mellom foretaket og dets advokat, kan identifiseres raskt og skilles fra resten av beslaget. Det samme gjelder personlig og privat informasjon hos de ansatte som ikke vedkommer tilsynet. Ved omfattende databeslag, slik som speilkopiering av elektroniske lagringsmedier, vil det være svært vanskelig å unngå at beslagsfritt materiale følger med. Foretakene har her en legitim interesse i å forsikre seg om at tilsynet identifiserer og fjerner materialet raskt, samt at tilsynets gjennomgang ikke går lengre enn nødvendig for å forsikre seg om at materialet faktisk er beslagsfritt. Foretaket kan selv velge om det ønsker å være til stede ved gjennomgangen av dokumentene og/eller gi tilsynet en liste over dokumenter som det mener er beslagsfrie. Ved uenighet må spørsmålet avgjøres av retten.

Departementet anser at de foreslåtte endringene balanserer hensynet til en effektiv håndheving av konkurransereglene med hensynet til den kontrollertes behov for å beskytte sine interesser på en god måte. Reglene vil nok føre til at gjennomgangen av elektronisk lagret materiale vil ta noe lenger tid. På den annen side vil hensynet til å identifisere beslagsfritt materiale veie tungt og representanter for foretakene vil også kunne bistå Konkurransetilsynet med å sortere og identifisere de relevante delene av et ofte stort og u håndterlig beslag. Departementets forslag er tatt inn i nytt fjerde ledd i § 25.

## 5.4 Partsinnsyn

Reglene om partsinnsyn finnes i gjeldende § 27 i konkurranseloven, som lyder:

«Foretak eller personer som Konkurransetilsynet etterforsker for overtredelse av konkurranseloven, skal på begjæring gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, såfremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningen eller tredjemann. Forvaltningsloven § 19 får tilsvarende anvendelse. Bli begjæringen avslått, kan spørsmålet kreves avgjort av retten ved kjennelse. Dersom etterforskningen omfatter flere foretak eller personer, gjelder innsynsretten ikke dokumenter som bare gjelder andre foretak eller personer.»

Bestemmelsen om innsyn er utformet etter modell av straffeprosessloven § 242. I forarbeidene til den gjeldende konkurranselov ble det vurdert å fastsette nærmere regler om tidspunkt for innsyn, noe som ble avvist.<sup>29</sup> Som det fremgår av punkt 7.4.4 i utredningen, foreslår utvalget som en hovedregel at Konkurransetilsynet bare skal kunne ta med kopier av dokumenter, og at foretaket skal ha krav på kopi der det medtas originale dokumenter. Dette forslaget begrenser nødvendigvis betydningen av innsynsbestemmelsen, for så vidt gjelder beslaglagt eller kopiert materiale. Bestemmelsen vil imidlertid ha selvstendig betydning ved vurderingen av innsyn i hvilke elektroniske dokumenter som tas ut fra en speilkopi. Videre vil bestemmelsen kunne ha betydning for dokumenter som ikke er del av beslaget fra foretaket, for eksempel vitneavhør eller for innsynsbe-  
gjæring fra andre enn kontrollobjektet.

Departementet er enig med utvalget i at bestemmelsen fremstår som balansert, at den er på linje med straffeprosessens regler, og at det ikke er grunn til å foreslå realitetsendringer i bestemmelsen.

På grunn av forslagene til endringer og omstrukturering av innsynsbestemmelsene i konkurranseloven jf. nedenfor under punkt 8.3 vil bestemmelsen imidlertid bli flyttet til § 26 annet ledd og det er gjort noen språklige endringer.

<sup>29</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 174-175.

## 6 Kontroll med foretakssammenslutninger

### 6.1 Innledning

Konkurranselovens regler om kontroll med fusjoner og oppkjøp – foretakssammenslutninger – finnes i § 16 til § 21 a, som utgjør lovens kapittel 4. Konkurranseloven § 16 slår fast at Konkurransetilsynet skal gripe inn mot foretakssammenslutninger som vil «føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål»; som i § 1 defineres som å «fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser.» Lovens § 16 behandler videre hva vedtak om inngrep kan gå ut på.

For å sikre at foretakssammenslutninger fanges opp har lovens § 18 regler om meldeplikt, i utgangspunktet for alle foretakssammenslutninger. Men i forskrift er det fastsatt omsetningsterskler som unntar foretakssammenslutninger der minst to av partene hver har en omsetning på minst 20 millioner og partene til sammen har en omsetning på minst 50 millioner kroner. Konkurranseloven § 19 fastslår at det gjelder et gjennomføringsforbud for alle meldepliktige foretakssammenslutninger. Lovens § 20 fastsetter frister for de ulike stegene i saksbehandlingen, herunder for departementets behandling av klager over inngrepsvedtak. Lovens § 21 gir Kongen i statsråd adgang til å omgjøre et inngrepsvedtak eller gripe inn mot en foretakssammenslutning på nærmere bestemte vilkår.

Departementet slutter seg i hovedsak til utvalgets forslag til endringer av reglene for meldeplikt og saksbehandlingsreglene for kontroll med foretakssammenslutninger. En vesentlig heving av meldepliktsterskelen og innføring av et system med forenklet melding vil effektivisere meldepliktsordningen og føre til at næringslivet og Konkurransetilsynet bruker mindre ressurser på uproblematisk foretakssammenslutninger. De foreslåtte endringene i reglene for beregning av omsetning som skal legges til grunn ved vurderingen av om foretakssammenslutninger er over meldepliktstersklene, er etter departementets syn også vel begrunnet, og de gjør at avgrensningen blir mer i tråd med de økonomiske realitetene ved transaksjonene.

Videre slutter departementet seg til utvalgets forslag om å avvikle det gjeldende systemet med

almennelige og fullstendige meldinger på to ulike stadier av saksbehandlingen og gå over til et system med én melding. Dette vil redusere saksbehandlingstiden og legge til rette for vedtak om avhjelpende tiltak på et tidligere tidspunkt enn hva praksis har vært frem til i dag. I tillegg vil utvalgets forslag til endringer i reglene for saksbehandlingsfrister etter departementets syn gi melder incentiv til å fremme forslag om avhjelpende tiltak på et tidligere tidspunkt enn det som har vært vanlig under gjeldende regler. Departementet slutter seg også til føringene utvalget legger for en mer utstrakt kontakt mellom partene og Konkurransetilsynet under saksbehandlingen.

Departementet slutter seg til utvalgets forslag til endring av Konkurransetilsynets inngreps hjemmel, hvor Konkurransetilsynet kun får hjemmel til å gripe inn mot foretakssammenslutninger ved forbudsvedtak, eller ved vedtak om avhjelpende tiltak der partene har foreslått det avhjelpende tiltaket. Endringen tydeliggjør at partene har ansvaret for å foreslå avhjelpende tiltak som kan avbøte de konkurransebegrensningene foretakssammenslutningen leder til.

Departementet slutter seg også til utvalgets forslag om en ny bestemmelse om offentlighet i fusjonssaker, som krever at avsender i dokumentene som sendes Konkurransetilsynet avmerker opplysninger unntatt offentlighet og begrunner hvorfor opplysningene skal unntas offentlighet.

Samlet sett anser departementet at utvalgets forslag vil gi en mer målrettet og effektiv saksbehandling i kontrollen med foretakssammenslutninger.

Departementet slutter seg derimot ikke til utvalgets forslag om å harmonisere inngrepskriteriene med EU/EØS, ved en innføring av den såkalte SIEC-testen (significant impediment of effective competition) som konkurransebegrensningskriteriet, og ved at det legges en konsumentvelferdsstandard til grunn ved vurderingen av foretakssammenslutninger.

Departementet foreslår å dele utvalgets forslag til § 18 inn i to bestemmelser, henholdsvis § 18 og ny § 18 a, hvor sistnevnte bestemmelse inneholder regler om hva melding om foretakssammenslut-

ning skal inneholde. Utvalgets forslag til ny bestemmelse om taushetsbelagte opplysninger i ny § 18 a blir, som en følge av dette, departementets forslag til ny § 18 b. Videre foreslår departementet at reglene om klagebehandling i utvalgets forslag til § 20, skilles ut til en ny bestemmelse i § 20 a.

## 6.2 Nærmere om forslag fra utvalget som ikke følges

### 6.2.1 Lovens formål og materielle inngrepsvilkår

Harmoniseringen med EU-regelverket i 2004 omfattet ikke de materielle vilkårene for inngrep mot foretakssammenslutninger. I henhold til konkurranseloven § 16 første ledd skal Konkurransetilsynet gripe inn mot en foretakssammenslutning dersom følgende to kumulative vilkår er oppfylt:

- i. «foretakssammenslutningen [...] vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen»
- ii. «i strid med lovens formål»

Lovens formål, slik det følger av § 1, er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. I tillegg skal det ved anvendelse av loven tas særlig hensyn til forbrukernes interesser. Det andre vilkåret innebærer at man ikke kan gripe inn mot foretakssammenslutninger som fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen, men som samlet sett likevel gir økt samfunnsøkonomisk overskudd. Dette praktiseres i dag ved at det legges en totalvelferdsstandard til grunn for vurderingen av effektivitetsgevinster.

Begge inngrepsvilkårene adskiller seg fra vilkårene for inngrep mot foretakssammenslutninger i EU.

For en nærmere omtale av gjeldende rett vises det til utvalgets omtale i punkt 3.1, punkt 8.2.2 og punkt 8.5.2.1 i utredningen.

### 6.2.2 Utvalgets forslag

Utvalget har vurdert om lovens formålsbestemmelse bør endres. Etter utvalgets oppfatning bør lovens hovedformål fortsatt være å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Den overordnede målsetningen bør være å sikre et størst mulig samfunnsøkonomisk overskudd.

Selv om utvalget legger til grunn at det overordnede målet er størst mulig samfunnsøkonomisk overskudd, er det etter utvalgets syn flere

forhold som tilsier at dette best kan oppnås ved å legge til grunn en konsumentvelferdsstandard ved håndheving av de enkelte bestemmelsene i loven. Utvalget viser i denne sammenheng til drøftingen i punkt 3.1 i utredningen, hvor det fremgår at størst mulig total velferd kan oppnås ved å benytte en konsumentvelferdsstandard ved vurderingen av inngrep, enten det er tale om konkurransebegrensende samarbeid, misbruk av dominerende stilling eller foretakserverv.

Utvalget finner det derfor naturlig å forstå formålsbestemmelsen slik at den fastsetter størst mulig samfunnsøkonomisk overskudd som et overordnet mål i første ledd, samtidig som annet ledd innebærer at konkurransemyndighetene skal legge en konsumentvelferdsstandard til grunn ved håndheving av de enkelte bestemmelsene i konkurranseloven.

Ettersom lovens formålsbestemmelse allerede er utformet på en måte som gir uttrykk for utvalgets oppfatning, er det etter utvalgets syn ikke behov for å endre § 1. Utvalgets forslag vil innebære en endring av hvilken velferdsstandard som skal benyttes ved vurderingen av foretakssammenslutninger og for forskrifter gitt med hjemmel i konkurranseloven § 14 sammenlignet med gjeldende rett. For en nærmere begrunnelse vises det til punkt 8.5.2.2.4 og 11.4 i utredningen.

Utvalget foreslår også en endring av det første inngrepsvilkåret i § 16 som lyder «vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen». Utvalget anbefaler en overgang til SIEC-testen, og foreslår at lovteksten endres til å ha «i betydelig grad hindre effektiv konkurranse, særlig som resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes» som konkurransebegrensningskriteriet. Forskjellen på de to inngrepsvilkårene er hovedsakelig hvordan fusjoner som fører til en liten økning i konsentrasjonen i allerede konsentrerte markeder, blir vurdert.

Konkurransemyndighetene har tolket § 16 første ledd slik at det i de tilfeller hvor konkurransen allerede før foretakssammenslutningen er vesentlig begrenset, ikke stilles noe minimumskrav til hvor mye ervervet må forsterke denne begrensningen for at inngrepsvilkåret er oppfylt.

Dette skiller seg fra fusjonsforordningen artikkel 2 nr. 3 som krever at foretakssammenslutningen må ha en mer kvalifisert virkning for å kunne erklære den uforenlig med det indre markedet/EØS-avtalens virkemåte selv om konkurransen er vesentlig begrenset før foretakssammenslutningen. I sin praksis har Kommisjonen lagt til grunn at en svært liten økning i konsentrerte markeder ikke kan lede til eller forsterke en dominerende stilling.

Utvalget begrunner forslaget blant annet med at hensynet til harmonisering gjør seg særlig gjeldende for de materielle inngrepsvilkårene. Harmonisering vil føre til økt forutberegnelighet for foretakene. Videre foreligger det omfattende praksis og veiledning fra EU som vil være relevant ved anvendelsen av reglene.

### 6.2.3 Høringsinstansene

*Landbruks- og matdepartementet (LMD), Norsk Landbrukssamvirke og Arbeidsgiverforeningen Spekter (Spekter)* støtter ikke forslaget om uendret formålsbestemmelse i § 1 og innføringen av en konsumentvelferdsstandard i §§ 14 og 16. Gjeldende formålsbestemmelse § 1 gir tilstrekkelig grunnlag for å fremme forbrukerhensyn. Det er problematisk om det bare skal tas hensyn til effektivitetsgevinster som kommer konsumentene til gode.

*Arntzen de Besche Advokatfirma AS og Advokatfirmaet Haavind AS* støtter innføringen av en konsumentvelferdsstandard i § 16. Men dette er en tilstramming, som flere, deriblant *NHO* mener bør fremgå direkte av ordlyden. *Haavind* mener utvalgets forslag skaper uklarheter og at forbrukerbegrepet i § 1 annet ledd derfor burde vært presisert. *Forbrukerrådet* er ikke enig i en uendret formålsbestemmelse. Det argumenteres for at lovens overordnede mål bør være effektiv ressursbruk som kommer konsumentene til gode. *Konkurransetilsynet* er enig med utvalget i at det ikke er behov for å endre lovens formålsbestemmelse. Dette gjelder selv om forslaget til endringer i §§ 14 og 16 om overgang til en konsumentvelferdsstandard skulle bli vedtatt. *Forbrukerombudet* mener at konkurranseloven er en forbrukerbeskyttelseslov og at den bør videreutvikles i dette sporet.

Høringsinstansene som har uttalt seg om forslaget om å endre inngrepsvilkåret i fusjonskontrollen i § 16 første ledd, støtter i utgangspunktet tilpasningen av det materielle inngrepsvilkåret til gjeldende EU/EØS-rett. *Konkurransetilsynet* mener imidlertid at det ikke er hensiktsmessig med en full harmonisering av ordlyden. *Forbrukerrådet* er skeptisk til hvordan dette vil virke i markedet hvor det i dag har vist seg å være konsentrasjonsproblemer, som dagligvaremarkedet.

### 6.2.4 Departementets vurderinger

Departementet har valgt ikke å følge utvalgets anbefaling på disse områdene. Departementet foreslår dermed ingen endringer i § 1 lovens formål, § 14 konkurransefremmende tiltak eller de

materielle inngrepsvilkårene i fusjonskontrollen i § 16. Departementet legger til grunn at dagens praksis videreføres.

Hensynet til forenkling og samordning av konkurransereglene bør etter departementets syn ikke gå på bekostning av mulighetene til å utøve en effektiv konkurransepolitikk. Konkurranspolitikken har som mål at praktiseringen av konkurranseloven skal bidra til mer effektiv bruk av samfunnets ressurser. Det er departementets vurdering at fusjonskontrollen fungerer godt slik inngrepsvilkårene er utformet i dag, og departementet ser ikke behov for å endre på dette. Departementet deler heller ikke utvalgets vurderinger av harmoniseringshensynet og mener at det ikke er like relevant her fordi EØS-avtalen ikke åpner for behandling av en foretakssammenslutning etter EØS-avtalen og nasjonale regler samtidig, slik tilfellet er for atferdsreglene. En foretakssammenslutning behandles enten av et overvåkningsorgan etter EU/EØS-reglene eller av Konkurransetilsynet etter konkurranseloven § 16. Ved en overtredelse av § 10 eller § 11 skal Konkurransetilsynet også anvende artikkel 53 eller artikkel 54 dersom samhandelen i EØS er merkbart påvirket, og EFTAs overvåkningsorgan kan overta behandlingen av saken.

## 6.3 Inngrepskompetanse – avhjelpende tiltak

### 6.3.1 Gjeldende rett

Konkurranseloven § 16 fastsetter at et inngrep kan gå ut på forbud, påbud og tillatelse på vilkår, herunder vilkår som er nødvendige for å motvirke begrensning av konkurransen.<sup>1</sup> Vilkår som avbøter konkurransebegrensende virkninger utgjør avhjelpende tiltak.

Bestemmelsen er utformet på basis av vilkårlæren, der et forvaltningsorgan kan sette vilkår for begunstigende vedtak. Det fremgår ikke av bestemmelsen om det er Konkurransetilsynet eller foretakene som har ansvaret for å foreslå de avhjelpende tiltakene. Det fremkommer heller ikke hvilken utredning som kreves av tilsynet for å kunne akseptere tiltak som gir grunnlag for gjennomføring av en sammenslutning på vilkår. Det er krevende for tilsynet å utforme balanserte vilkår som sikrer tilfredsstillende konkurranse. Slik saksbehandlingsreglene er innrettet har foretakene svake insentiver til å foreslå avhjelpende tiltak tidlig i prosessen.

<sup>1</sup> Jf. § 16 tredje ledd bokstav c.

Konkurransetilsynet kan oppnevne forvalter til å bistå ved gjennomføringen av inngrepsvedtak. Forvalteren får sin godtgjørelse dekket av dem vedtaket retter seg mot og kan inngå avtaler på deres vegne.<sup>2</sup>

I EU/EØS er ordningen at er det opp til partene å fremlegge forslag til avhjelpende tiltak, som kan gjøres bindende for partene ved et kommisjonsvedtak. Ordningen gir partene insentiver til å fremlegge forslag om avhjelpende tiltak så tidlig som mulig i prosessen, siden saken ikke vil trenge en full og tidkrevende utredning hvis Kommisjonen finner at det foreslåtte avhjelpende tiltaket er egnet til å avhjelpe det identifiserte konkurranseproblemet. Det store flertallet av saker der Kommisjonen har innvendinger, løses ved at det fastsettes avhjelpende tiltak. Kun et fåtall foretaks-sammenslutninger forbyes.

### 6.3.2 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår i utredningens punkt 8.5.3.2 en tilsvarende ordning som i EU/EØS. Etter utvalgets forslag vil det være opp til melder å foreslå avhjelpende tiltak som Konkurransetilsynet kan gjøre bindende for partene ved et vedtak. Konkurransetilsynet vil etter utvalgets forslag ha hjemmel til å godta tilbud om avhjelpende tiltak fra melder uten at saken har vært gjenstand for en full utredning. Det avgjørende er om tilsynet «finner» at tiltakene vil avhjelpe de konkurransebegrensende virkningene. Forslaget innebærer en styrking av mulighetene for avhjelpende tiltak, og avklarer forutsetningene for slike ordninger.

Forslaget vil etter utvalgets syn legge til rette for at saker om avhjelpende tiltak kan løses på et tidligere tidspunkt i saksbehandlingen enn i dag. Det er ofte av avgjørende betydning for partene at fusjonssaker kan løses raskt slik at transaksjonen kan gjennomføres uten opphold. Videre vil forslaget være ressursbesparende for Konkurransetilsynet, siden det klargjøres at tilsynet kan fatte vedtak om avhjelpende tiltak uten at saken har vært gjennom en full utredning. Etter utvalgets vurdering vil en slik ordning ikke komme i konflikt med forvaltningslovens utredningsplikt.

Etter utvalgets forslag vil Konkurransetilsynets vedtakskompetanse være begrenset til enten å fatte forbudsvedtak, eller å fatte vedtak om avhjelpende tiltak foreslått av melder. Konkurransetilsynet vil ikke selv kunne fatte vedtak om avhjelpende tiltak når dette ikke foreslås av melder.

Utvalget legger også til grunn at det vil være en god dialog mellom tilsynet og partene i denne prosessen. Der melder selv foreslår avhjelpende tiltak for å få godkjent en transaksjon, må kravene til forhåndsvarsel være beskjedne. Det foreslås samtidig endringer i saksbehandlingsreglene, for å gi foretakene insentiver til å fremlegge forslag om tiltak så tidlig som mulig i prosessen. Saksbehandlingsreglene omtales nedenfor i punkt 6.5.

Utvalget behandler bruk av forvalter i utredningens punkt 8.5.3.3. Etter utvalgets syn bør Konkurransetilsynet ikke ha adgang til ensidig å pålegge partene en forvalterordning. Det vil være opp til melder å foreslå forvalter som en del av et avhjelpende tiltak. Tilsynet vil eventuelt kunne påpeke at forvalter er nødvendig og i siste instans avvise et foreslått avhjelpende tiltak som ikke omfatter en forvalter. Utvalget presiserer at der tilsynet pålegger en reversering av en transaksjon foretatt i strid med gjennomføringsforbudet, så vil tilsynet kunne oppnevne en forvalter til å forestå avhendelse av aksjer, andeler eller eiendeler.

Utvalget behandler reglene for klage over vedtak om avhjelpende tiltak i utredningens punkt 8.5.7. Det foreslås at klagebehandlingen skal være begrenset der det er fattet vedtak som godkjenner vilkår foreslått av melder etter forslaget til ny § 16 annet ledd. Klagebehandlingen vil etter utvalgets forslag i slike saker være begrenset til en lovlig-hetskontroll. Hvis vedtaket kjennes ugyldig vil Konkurransetilsynet måtte gjenåpne saken. Dette gjelder likevel ikke hvis departementet kommer til at de materielle inngrepsvilkårene ikke var oppfylt.

### 6.3.3 Høringsinstansene

Av høringsinstansene støtter *Konkurransetilsynet*, *Nærings- og handelsdepartementet*, *Forbrukerrådet*, *Finans Norge* og *Advokatfirmaet Haavind AS* forslaget. *Advokatforeningen* og *Arntzen de Besche Advokatfirma AS* har innvendinger mot forslaget, og mener at tilsynet må ha plikt til å fatte vedtak om avhjelpende tiltak der dette er tilstrekkelig, uavhengig av om melder foreslår avhjelpende tiltak.

*Konkurransetilsynet* er positiv til forslaget om å legge ansvaret for avhjelpende tiltak på partene i foretakssammenslutningen og at avhjelpende tiltak gjøres bindende for disse gjennom Konkurransetilsynets vedtak. Dette kan føre til en effektivisering av prosessen og gi insentiv til mer dialog i prosessen til fordel for næringslivet og tilsynet. Vedtak om avhjelpende tiltak er allerede fattet i flere saker, men først etter begrunnet varsel (70-dagersvarselet). Tilsynet har da måttet utvide fris-

<sup>2</sup> Jf. § 16 femte ledd.



ten for å kunne markedsteste de fremsatte tiltakene. Det pekes på at markedstesting vil bli enda viktigere som følge av utvalgets forslag, fordi tilsynet ikke vil kunne vedta vilkår som ikke er foreslått av partene. Det er også viktig at forslag til slike tiltak blir fremsatt tidlig i prosessen.

Tilsynet deler også utvalgets oppfatning om at kravet til forhåndsvarsel må være beskjedent i saker der tiltak foreslått av partene gjøres bindende. Vedrørende utvalgets forslag til endring av reglene for forvalter, bemerker tilsynet at det vil være viktig at tilsynet har anledning til å påpeke at det avhjelpende tiltaket ikke vil kunne godkjennes uten oppnevning av forvalter. Videre at det er adgang for tilsynet til å nekte å godkjenne forvalter, for eksempel av hensyn til habilitet. Tilsynet er for øvrig enig i utvalgets forslag om å begrense omfanget av departementets prøving til en lovlighetskontroll ved klage over vedtak som godkjenner en transaksjon på vilkår.

*Advokatforeningen* har innvendinger mot forslaget. De mener at forslaget innebærer at kravet om forholdsmessighet ikke lenger skal gjelde, siden tilsynet ikke lenger vil være forpliktet til å vurdere om de konkurransebegrensende virkningene av foretakssammenslutningen kan forhindres ved mindre inngripende vedtak enn forbud. Dette er særlig bekymringsfullt der partene ikke ser seg tjent med å foreslå avhjelpende tiltak eller evner å vurdere og fremsette slike forslag. Dette er betenkelig hvis resultatet da blir at tilsynet blir tvunget til å forby sammenslutningen, selv om et avhjelpende tiltak hadde vært tilstrekkelig. For øvrig bør det presiseres i lovproposisjonen at når virkningstiden av et avhjelpende tiltak er utløpt skal det ikke kunne fornyes. En fornying etter utløpstiden er det neppe hjemmel til etter gjeldende lov § 6.

*Arntzen de Besche Advokatfirma AS* mener også at forslaget går for langt. Tilsynet bør være forpliktet til å løse saken på minst inngripende måte, det vil si ved vedtak om avhjelpende tiltak og ikke forbudsvedtak der det er tilstrekkelig. Dette må gjelde uavhengig av om partene foreslår avhjelpende tiltak.

*Advokatfirmaet Haavind AS* er positiv til at Konkurransetilsynets kompetanse til å vedta avhjelpende tiltak begrenses til tiltak som partene selv har foreslått. Ordningen forutsetter at tilsynet på et tidlig stadium i saken har en åpen og konstruktiv dialog med partene. Det foreslås at tilsynet må gi en orientering med begrunnelse innen 70 virkedager dersom tiltak ikke godkjennes.

*Nærings- og handelsdepartementet* støtter forslaget og mener det kan bidra til forenkling og redusert ressursbruk.

*Finans Norge* mener det er hensiktsmessig å legge ansvaret for å foreslå og utforme vilkår på melder og at tilsynet kan gjøre disse bindende.

*Forbrukerrådet* er i utgangspunktet positive til avhjelpende tiltak og mener slike tiltak anvendt på en god måte kan bidra til mer smidig saksbehandling og mer treffsikre vedtak, som er fordelaktig både av forbrukerhensyn og hensynet til konkurransen.

### 6.3.4 Departementets vurderinger

#### 6.3.4.1 Vedtak om avhjelpende tiltak

Departementet mener at utvalgets forslag til ny bestemmelse om avhjelpende tiltak i § 16 annet ledd virker avklarende i forhold til dagens ordning. Det vil tydeliggjøre at melder har det hele og fulle ansvaret for å foreslå avhjelpende tiltak, og vil fjerne uklarhetene rundt tilsynets utredningsplikt. Forslaget er en lignende ordning som utvalgets forslag til ny § 12 tredje ledd, tilsagn om avhjelpende tiltak. For en nærmere redegjørelse for denne bestemmelsen, se kapittel 3.3.

Ordningen vil legge til rette for at fusjonssaker avsluttes raskere og gi melder i saken mer styring over saksgangen. Forslaget innebærer at Konkurransetilsynet får hjemmel til å fatte vedtak om avhjelpende tiltak, der dette foreslås av melder, uten at tilsynet fullt ut har utredet saken og har gjennomført en full analyse av transaksjonens konkurransemessige virkninger. Det er tilstrekkelig at Konkurransetilsynet finner at det foreslåtte avhjelpende tiltaket avbøter de konkurransebegrensende virkninger foretakssammenslutningen kan føre til. Bestemmelsen innebærer således en begrensning av Konkurransetilsynets utredningsplikt i disse sakene.

På samme måte som utvalget, anser ikke departementet at den foreslåtte hjemmelen er i konflikt med forvaltningens generelle utredningsplikt. Utredningspliktens innhold vil variere mellom ulike saksområder og må ses i sammenheng med partenes behov for en rask avklaring. Videre er departementet enig i at kravet til forhåndsvarsel vil være begrenset i saker hvor melder selv foreslår det avhjelpende tiltaket. Det vil i utgangspunktet ikke stilles noe krav til varsel utover den kontakt som er mellom melder og tilsynet under saksbehandlingen, og de krav til varsel som følger av saksbehandlingsreglene i § 20. For nærmere om dette vises til punkt 6.6 nedenfor om saksbehandlingsreglene.

Dersom de konkurransemessige problematiske sidene ved en foretakssammenslutning kan avbøtes ved et avhjelpende tiltak, bør fusjonen kunne

gjennomføres med disse endringene. Det er normalt melder som er nærmest til å fremlegge forslag til slike avhjelpende tiltak. Partene har som regel også en interesse i at fusjonen kan gjennomføres uten unødig opphold. Samtidig vil et forslag om avhjelpende tiltak før konkurransemyndighetene har fattet endelig beslutning om de antatte konkurransebegrensningene, kunne føre til at foretakene tilbyr avhjelpende tiltak som ikke er nødvendig eller går lengre enn det konkurransebegrensningen tilsier. En slik ordning må derfor brukes med varsomhet.

Utvalgets forslag innebærer at Konkurransetilsynet ikke vil ha hjemmel til å fatte vedtak om avhjelpende tiltak der melder ikke selv foreslår avhjelpende tiltak. Konkurransetilsynet vil kun ha hjemmel til å forby en foretakssammenslutning, der denne fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål, hvis melder ikke selv foreslår avhjelpende tiltak.

Enkelte av høringsinstansene har uttrykt bekymring for at den foreslåtte ordningen vil medføre en fare for at Konkurransetilsynet fatter vedtak som forbyr foretakssammenslutninger, selv om tillatelse på vilkår ville være tilstrekkelig og et mer forholdsmessig inngrep. Advokatforeningen peker blant annet på at dette kan bli resultatet der melder ikke selv evner å fremme forslag om vilkår.

Departementet forutsetter at det at det vil være dialog mellom melder og Konkurransetilsynet underveis i prosessen, selv om melder vil ha ansvaret for å fremme forslag om vilkår. Der det er ønskelig fra melders side vil det være dialog med Konkurransetilsynet både før og etter at det er sendt melding om foretakssammenslutningen. Videre vil det der saken behandles utover 25-dagersfristen i den første fasen av saksbehandlingen, foreligge et begrunnet varsel fra Konkurransetilsynet hvor konkurranseproblem knyttet til transaksjonen som tilsynet har identifisert, er beskrevet.

Departementet peker også på at Konkurransetilsynet har en veiledningsplikt,<sup>3</sup> og at det vil være naturlig at tilsynet i dialogen med melder kommuniserer sitt syn dersom tilsynet er av den oppfatning at de aktuelle konkurransebegrensningene kan avbøtes ved avhjelpende tiltak.

Departementet bemerker videre at man også etter dagens system i stor grad er avhengig av samarbeid mellom melder og Konkurransetilsynet i saksbehandlingen, for at det skal kunne fat-

tes vedtak med vilkår som er egnet til å avhjelpe konkurranseproblem og som er forholdsmessige.

Det er etter departementets vurdering liten fare for at den foreslåtte endringen vil medføre at det fattes vedtak som forbyr foretakssammenslutninger når det finnes mindre inngripende alternativ. Departementet anser at endringen, sett i sammenheng med øvrige endringer av saksbehandlingsreglene og frister under Konkurransetilsynets behandling, vil medføre at forholdene legges til rette for at saker kan løses ved vedtak om avhjelpende tiltak, og at disse sakene vil avvikles raskere enn hva tilfellet er etter gjeldende regler.

I utvalgets forslag brukes ordlyden «skal den godkjennes på disse vilkår». En foretakssammenslutning vil etter norsk rett være tillatt med mindre tilsynet fatter vedtak om inngrep. Dette er forskjellig fra EU-retten hvor Kommisjonen klarer meldepliktige foretakssammenslutninger ved å fatte vedtak som tillater transaksjonen. Departementet foreslår å bruke ordlyden «skal tilsynet fatte vedtak om inngrep hvor foretakssammenslutningen tillates på disse vilkår», som etter departementets syn bedre passer med systemet i de norske reglene for kontroll med foretakssammenslutninger. Dette er kun en språklig endring og innebærer ikke en endring av realitetene i utvalgets forslag.

Avhjelpende tiltak tilbudt av melder vil kunne omfatte bruk av forvalter. På samme måte som for andre typer avhjelpende tiltak etter forslaget til § 16 annet ledd, vil bruk av forvalter ikke være noe Konkurransetilsynet ensidig kan pålegge. Konkurransetilsynet vil derimot kunne kommunisere i dialogmøter med melder at bruk av forvalter etter tilsynets vurdering er nødvendig, og eventuelt om en aktuell forvalter etter tilsynets vurdering fremstår som egnet. Tilsynet vil i siste instans kunne nekte å godta et forslag om avhjelpende tiltak fordi tiltaket ikke omfatter forvalter, eller fordi den foreslåtte forvalteren vurderes uegnet. Departementet foreslår å videreføre tilsynets hjemmel til å ensidig oppnevne forvalter i saker hvor en foretakssammenslutning forbys, og det påbys at transaksjonen reverseres, se departementets forslag til § 16 fjerde ledd.

Advokatforeningen har i sin høringsuttalelse gitt uttrykk for at det neppe er hjemmel til å fornye vedtak som pålegger atferdsregulerende vilkår, fordi tidsfristen for inngrep etter reglene for kontroll med foretakssammenslutninger er utløpt. Departementet viser i denne sammenheng til Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) på side 223, hvor departementet uttalte at «[v]ed fornyelse av vedtak som gjelder vilkår satt i forbindelse med inngrep over-

<sup>3</sup> Jf. § 9 annet ledd.

for foretakssammenslutninger, kan saksbehandlingsfristene som gjelder etter §§ 18 og 20 ikke ha betydning for adgangen til å treffe vedtak om fornyelse.» Departementet ser ikke grunn til å fra-vike dette standpunktet.

#### 6.3.4.2 Klagebehandlingen

Hensynet til rask saksavvikling taler isolert sett for å gi Konkurransetilsynet en hjemmel til inngå bindende forlik om avhjelpende tiltak med melder, og avskjære enhver klageadgang over et slikt forlik. Mot en slik ordning taler hensynet til å sikre at Konkurransetilsynet fatter materielt riktige avgjørelser og hensynet til melders rettssikkerhet. Det kan ikke utelukkes at det kan oppstå tilfeller hvor melder foreslår et avhjelpende tiltak uten at foretakssammenslutningen fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Departementet anser på denne bakgrunn at partene bør ha klageadgang over vedtak fattet etter forslaget til § 16 annet ledd, selv om vedtaket bygger på melders forslag til avhjelpende tiltak. Dette er i tråd med utvalgets forslag. For øvrig vises det til omtalen i kapittel 3 av den tilsvarende klagebehandlingen for vedtak fattet etter § 12 tredje ledd.

Departementet foreslår at reglene om klage skiller ut til en ny bestemmelse i § 20 a. Reglene for departementets klagebehandling over vedtak som forbyr foretakssammenslutninger etter forslaget til § 16 første ledd, videreføres uten materielle endringer, jf. gjeldende § 20 fjerde ledd. I saker om avhjelpende tiltak etter forslaget til § 16 annet ledd, vil departementet foreslå en begrenset klagebehandling hvor vedtaket enten oppheves eller stadfestes av departementet, jf. forslaget til § 20 a første ledd.

Tredjepart vil etter departementets syn ikke ha klagerett mot en beslutning fra konkurransemyndighetene om ikke å gripe inn mot en foretakssammenslutning.<sup>4</sup> Departementet anser på samme måte at tredjeparter heller ikke har klagerett mot et vedtak om avhjelpende tiltak etter forslaget til § 16 annet ledd på grunnlag av at inngrepet mot melder ikke går langt nok i å avbøte konkurranseproblemet. Departementet bemerker for alle tilfeller at dersom en tredjepart skulle gis en klagerett på et slikt grunnlag, så må Konkurransetilsynet uansett ha et betydelig skjønn når det gjelder vurderingen av om et forslag til avhjelpende tiltak er tilstrekkelig til å avbøte konkurranseproblemet.

Klage fra melder fremstår heller ikke som særlig nærliggende, da vedtaket er fattet etter en dialog mellom melder og Konkurransetilsynet og hvor klager selv har foreslått det avhjelpende tiltaket som ligger til grunn for vedtaket. Departementet anser likevel, som beskrevet ovenfor, at det prinsipielt sett ikke er grunnlag for å avskjære klageretten til den eller de et vedtak om avhjelpende tiltak er rettet mot.

Klage over et vedtak om avhjelpende tiltak vil kunne være begrunnet i at Konkurransetilsynet ikke hadde hjemmel til å gripe inn fordi transaksjonen ikke kan føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen, saksbehandlingsfeil, og eller at det avhjelpende tiltaket er mer inn-gripende overfor melder enn det som er forholdsmessig.

Rammen for klagebehandlingen ligger i den hjemmel til å fatte vedtak tilsynet vil ha etter forslaget til § 16 annet ledd, herunder den begrensede utredningsplikten som følger av bestemmelsen og må også ses i lys av at parten selv har fremmet tilbudet om det avhjelpende tiltak som ligger til grunn for vedtaket. Departementets klagebehandling vil være begrenset til å prøve om Konkurransetilsynets vedtak er gyldig. Klagevedtaket vil kunne gå ut på å oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak.

Saken vil være endelig avgjort der departementet opphever vedtaket på grunnlag av at transaksjonen ikke kan føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Der vedtaket oppheves på et annet grunnlag, vil Konkurransetilsynet kunne fatte et nytt vedtak, jf. departementets forslag til § 20 a annet ledd. Saksbehandlingsfristene tilsvarende fase II behandlingen, det vil si fra 25-dagersvarslet er sendt, vil gjelde ved en slik gjenåpning.

## 6.4 Meldepliktsterskler

### 6.4.1 Gjeldende rett

Ved konkurranseloven av 2004 ble det innført regler om plikt til å informere Konkurransetilsynet om foretakssammenslutninger ved en *alminnelig melding*. Innholdet av meldeplikten er nærmere behandlet i punkt 6.5 nedenfor.

Konkurranse-loven § 18 pålegger i utgangspunktet alle foretakssammenslutninger meldeplikt, men gir hjemmel for å fastsette nærmere regler om meldeplikten ved forskrift. I forskrift av 28. april 2004 nr. 673 om melding av foretakssammenslutninger (meldepliktsforskriften) er det

<sup>4</sup> Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 83 og 230.

gjort unntak for meldeplikten basert på omsetningen til de involverte foretak. Etter forskriftens § 2 første ledd er en foretakssammenslutning meldepliktig kun der minst to av partene hver har en omsetning på minst 20 millioner og partene til sammen har en omsetning på minst 50 millioner kroner. Meldepliktstærsklene ble hevet fra henholdsvis 5 og 20 millioner kroner til henholdsvis 20 og 50 millioner kroner i 2007. En hovedbegrunnelse ved fastsettelse av terskelverdiene var ønsket om å sikre kontroll med konkurransen i smale markeder, markeder for innsatsvarer/tjenester og lokale markeder.<sup>5</sup> Konkurransetilsynet har til nå ikke grepet inn mot foretakssammenslutninger som kun involverte rent lokale virksomheter. Derimot har tilsynet grepet inn mot lokale virkninger av landsdekkende fusjoner, og i tilfeller der nasjonale aktører har kjøpt opp lokale eller regionale konkurrenter.

Meldepliktsforskriften § 2 annet og tredje ledd og § 3 regulerer hvilke foretaks omsetning som er relevant, og beregningen av omsetningen som skal legges til grunn ved vurderingen av om transaksjonen overstiger terskelverdiene. Beregningen tar utgangspunkt i «involverte foretak», og fastsetter i § 2 tredje ledd hvilke foretak som skal medregnes i beregningen av omsetningen. Regnskapslovens konserndefinisjon og regnskapslovens regler om beregning av salgsinntekt skal legges til grunn. Begrunnelsen for denne modellen var i hovedsak at man ønsket å unngå den detaljerte og mer krevende avgrensningen som følger av reglene i EU/EØS.

#### 6.4.2 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår i utredningens punkt 8.5.4.2 at meldepliktstærsklene heves betydelig, slik at kun foretakssammenslutninger hvor minst to av foretakene hver har en omsetning på minst 100 millioner og de involverte foretakene til sammen har en omsetning på minst 1 milliard kroner er omfattet av meldeplikten. Det foreslås at meldepliktstærsklene skal fremgå av loven, jf. utvalgets forslag til § 18 annet ledd. Videre foreslår utvalget at prinsippene for beregning av omsetning harmoniseres med reglene i EU/EØS. Det foreslås samtidig at det gis en forskriftshjemmel for å pålegge meldeplikt i særskilte markeder som er ekstra utsatt ved ytterligere konsentrasjonøkning.

Utvalget presiserer at forslaget til terskelverdier må sees i sammenheng med forslaget til justering av beregningen av omsetning og forslagene

til prosessuelle endringer. Utvalgets forslag vil på noen punkter være mer ressurskrevende for både konkurransemyndighetene og partene og hviler på en forutsetning om at antallet meldinger vil reduseres.

For å simulere virkningene av alternative terskelverdier har utvalget gått gjennom meldte fusjoner i perioden 2007-2010. Utvalgets oversikt viser at i perioden 2007-2010 ble det pålagt fullstendig melding i 3,7 prosent av sakene hvor det ble levert alminnelig melding. Av de meldte foretakssammenslutningene gikk 1,2 prosent av sakene videre til den andre fasen av saksbehandlingen og bare 0,7 prosent av meldingene førte til inngrepsvedtak.

Utvalget har analysert virkningene av alternative terskelverdier for innkomne meldinger i perioden 2008-2010. Analysen viser at det primært er den nedre terskelen som gir utslag. En økning av terskelen for samlet omsetning til 1 milliard kroner ville påvirket antallet saker behandlet i den andre fasen marginalt og ville ikke avskåret noen saker hvor det er sendt begrunnet varsel eller fattet vedtak. Endring av den nedre terskelverdien, den individuelle omsetningen til minst to av foretakene, til 50 millioner kroner ville ført til bortfall av 10 fullstendige meldinger, men ingen saker som gikk videre til behandling i den andre fasen og ingen begrunnede varsel ville falt bort. Der som den nedre terskelen var 75 eller 100 millioner kroner, ville det ført til bortfall av henholdsvis ett eller to begrunnede varsel.

I sin diskusjon konsentrerte utvalget seg om 75 og 100 millioner kroner som mulige nye terskelverdier for den individuelle omsetningen til minst to av foretakene. Utvalget har falt ned på å foreslå 100 millioner kroner som den nedre terskel for meldeplikten. Ett argument for dette nivået er at det tilsvarer nivåene i Danmark og Sverige. Utvalget understreker at forslaget ikke er ment som en harmonisering med disse landene. Det er ikke naturlig å knytte de norske tærsklene direkte opp mot svensk og dansk rett, men det gir et viktig signal om konkurransepolitiske prioriteringer at terskelverdiene og prinsippene for beregning av omsetning er så vidt like. Med de foreslåtte terskelverdiene ville ca. 70 prosent av meldingene i perioden 2008-2010 bortfalt.

Når det gjelder lokale markeder, viser utvalget til at en vesentlig heving av tærsklene kan innebære en risiko for at det i lokale markeder kan gjennomføres foretakssammenslutninger med skadelige virkninger for konkurransen uten at tilsynet blir kjent med disse. Fraværet av meldeplikt vil også kunne lede til at den avskrekkende virkningen av at

<sup>5</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 90.

tilsynet kan gripe inn reduseres. En reduksjon av den preventive virkningen på lokale markeder vil etter utvalgets mening fravike den logiske sammenhengen som er en del av regelverket i dag ved at både forbudsbestemmelsene og fusjonskontrollen har en preventiv virkning på lokale markeder. Utvalget har likevel kommet til at hensynet til at nivået for terskelverdiene i Norge ikke bør avvike mye fra terskelverdiene i Sverige og Danmark bør veie tyngre enn hensynet til at lokale fusjoner skal fanges opp av tilsynet. Det understrekes at tilsynets inngrepskompetanse under terskelverdiene vil bestå, og det forutsettes at tilsynet vil følge aktivt med på fusjoner i lokale markeder slik at den avskrekkende virkningen opprettholdes.

En viktig forutsetning for utvalgets forslag om å heve tersklene så vidt betydelig, er at tilsynets adgang til å gripe inn under terskelverdiene opprettholdes, jf. utredningens punkt 8.5.4.8. Det forutsetter at tilsynet kan pålegge fullstendig melding av en potensielt problematisk foretakssammenslutning. Av hensyn til forutberegneligheten for foretakene, foreslår utvalget at et slikt pålegg bare skal kunne gis i saker der tilsynet finner at det er rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes, eller der andre særlige hensyn tilsier at tilsynet undersøker saken nærmere. Etter meldepliktsforskriften § 4 kan i dag et slikt pålegg ikke gis senere enn tre måneder etter at endelig avtale er inngått eller kontroll er ervervet. Utvalget foreslår å opprettholde denne bestemmelsen, men at det presiseres at vilkårene er alternative og at fristen løper fra det først inntrufne tidspunktet.

Utvalget foreslår videre at departementet gis forskriftshjemmel for å pålegge meldeplikt under meldepliktstersklene for foretakssammenslutninger i særskilte markeder, hvor strukturelle forhold i markedet gjør det ekstra utsatt for ytterligere konsentrasjon.

Utvalget har vurdert om det er hensiktsmessig å innføre et sett sekundære terskelverdier for å fange opp foretakssammenslutninger i typiske oligopolmarkeder, der aktørene kan være jevnstore uten at de samlet sett når opp til terskelverdien på 1 milliard kroner. En sekundær terskel kan for eksempel være at minst to foretak har en omsetning på 250 millioner kroner. Utvalget har likevel ikke foreslått sekundær terskelverdi av hensyn til at regelverket ikke bør være for komplisert. Videre peker utvalget på at det ikke er noen direkte sammenheng mellom foretakenes omsetning og mulige skadevirkninger. I oligopolmarkeder kan det for eksempel være mer alvorlig om en mindre utfordrer blir kjøpt opp enn om to jevn-

store aktører fusjonerer og dermed øker asymmetrien i markedet.

Utvalget behandler reglene for beregning av omsetning i utredningens punkt 8.5.4.3. Etter utvalgets vurdering er gjeldene regler om beregning av omsetning i meldepliktsforskriften<sup>6</sup> både uklare og lite treffsikre i forhold til en målsetning om å fange opp mulig problematiske foretakssammenslutninger.

Utvalget foreslår å harmonisere reglene for omsetningen som skal legges til grunn med reglene i EU/EØS.<sup>7</sup> En slik endring vil også påvirke hvilke foretakssammenslutninger som omfattes av meldeplikten. Utvalget mener at det er hensiktsmessig fortsatt å regulere prinsippene for beregning av omsetning i forskrift, men ser at det er nødvendig å gi en anbefaling om hvordan regelverket bør utformes. Utvalget foreslår å innta fusjonsforordningen artikkel 5 i meldepliktsforskriften. Artikkel 5 nr. 2 om gjennomføring av erverv i flere transaksjoner bør imidlertid inntas i lovens § 18.<sup>8</sup> Utvalget presiserer at det er en forutsetning for forslaget at terskelverdiene heves i den størrelsesorden utvalget har foreslått. Hvis tersklene ikke heves, anbefaler utvalget at regnskapslovens konserndefinisjon legges til grunn.

I EU/EØS er kriteriene for beregning av omsetning regulert i fusjonsforordningen artikkel 5.<sup>9</sup> Utgangspunktet for vurderingen er «berørte foretak».<sup>10</sup> Deretter vurderes tilknytningen mellom disse foretakene og andre foretak. Grunnlaget for vurderingen er en kontrollvurdering basert på juridiske rettigheter og faktisk innflytelse. Etter kontrollvurderingen vil også selskap hvor de berørte foretakene har en eierandel på mindre enn 50 prosent kunne regnes med i den relevante omsetningen, dersom de berørte foretakene på spesifiserte grunnlag har en faktisk innflytelse som gir kontroll. Eksempler på en slik faktisk innflytelse som gir kontroll er «ret til at lede virksomhedens forretninger»<sup>11</sup>, eller at de berørte foretak «kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i tilsyns- eller ledelsesorganet eller et andet repræsentativt organ.»<sup>12</sup>

Kontrollvurderingen ved beregningen av omsetning er lempeligere og mer formalisert enn

<sup>6</sup> Forskrift 28. april 2004 nr. 673 om melding av foretakssammenslutninger mv. § 2 og § 3.

<sup>7</sup> Fusjonsforordningen artikkel 5.

<sup>8</sup> Se utvalgets forslag til ny § 18 tredje ledd.

<sup>9</sup> Jf. ODA protokoll 4 kapittel IV artikkel 5.

<sup>10</sup> I den danske oversettelsen av fusjonsforordningen artikkel 5 brukes begrepet «deltagende virksomhed».

<sup>11</sup> Fusjonsforordningen artikkel 5 nr. 4 (iv).

<sup>12</sup> Fusjonsforordningen artikkel 5 nr. 4 (iii).

kontrollbegrepet i fusjonsforordningen artikkel 3 nr. 2. Reglene for beregning av omsetning i EU/EØS har et todelt formål; omsetning har betydning både for overvåkningsorganenes jurisdiksjon og som en identifisering av de reelle verdier som omfattes av transaksjonen.

Utvalget mener at gjeldende regler i meldepliktsforskriften er uklare og lite treffsikre for en målsetning om å fange opp mulige problematiske foretakssammenslutninger. For det første reiser meldepliktsforskriften tvil om hva som er relevant omsetning ved fusjon kontra erverv av kontroll. For det andre knytter det seg tvil til hva som ligger i begrepet «kontroll» i § 2 tredje ledd første punktum sett i sammenheng med begrepet «samme konsern» i annet punktum. For det tredje fremstår forskriften som uklar ved at det benyttes ulike kriterier for henholdsvis fysiske personer og foretak. Ved erverv av kontroll viser forskriften etter sin ordlyd bare til hvem som anses som «involvert foretak» når det er et foretak som erverver kontroll, men er taus med hensyn til fysiske personers erverv. Selv om merknaden til forskriften viser til at reglene om «berørt foretak» i EU/EØS skal legges til grunn så langt de passer, mener utvalget at forskriften er tvetydig på dette punktet. For det fjerde ekskluderer forskriften i utgangspunktet morselskapers omsetning.

Utvalget peker på at valg av modell for beregning først og fremst vil være et valg mellom en funksjonell fremgangsmåte, som i EU/EØS, og en mer formell modell basert på regnskapstall, formell innflytelse i foretak, med videre, som etter gjeldende rett. Utvalget mener at regnskapslovens konsernbegrep ikke er tilpasset det konkurranserettslige behovet, der det først og fremst er viktig å fange opp de reelle økonomiske verdiene som påvirkes av transaksjonen. Definisjonen i regnskapslovgivningen forutsetter juridisk kontroll. Dette konseptet er for snevert til å fange opp de konkurransemessig relevante verdiene. Som ellers i konkurranseretten, bør ikke foretakenes organisering være avgjørende for hvordan regelverket praktiseres. Utvalget foreslår derfor at omsetningen beregnes etter funksjonelle kriterier.

Utvalget mener at harmonisering med EU/EØS fremstår som et nærliggende alternativ. Under EU/EØS fremstår rettstilstanden som rimelig godt avklart for de fleste spørsmål, dels gjennom praksis og dels gjennom omfattende retningslinjer. Siktemålet med reglene i EU/EØS er å fange opp de reelle økonomiske verdier som er gjenstand for transaksjonen. I tillegg benyttes det en funksjonell tilnærming der det er de økonomiske realitetene som er avgjørende, og ikke nød-

vendigvis form eller organisering. På den annen side mener utvalget at detaljene i EU/EØS-reglene fremstår som kompliserte og at det ikke er opplagt at det er nødvendig å gå så langt for å ivareta behovet til norske konkurransemyndigheter. Detaljerte og treffsikre regler er viktigere i EU/EØS, hvor de også er avgjørende for overvåkningsorganenes kompetanse/jurisdiksjon.

Uklarhetene i dagens regelverk kan fjernes ved å innføre kontrollvurderingen som gjelder i EU/EØS, ved avgrensningen av hvilke foretaks omsetning som er relevant. EU/EØS-retten kan etter utvalgets mening tjene som et hensiktsmessig kompromiss mellom full vurdering av rettslig og faktisk kontroll og en rent formell test. Det vil også innebære at Kommisjonens vedtakspraksis og veiledning kan legges til grunn. Også Sverige og Danmark har harmonisert beregningen av omsetning med EU/EØS. Utvalget mener det vil være en umiddelbar fordel at reglene er identiske i de skandinaviske land.

Flere transaksjoner vil bli meldepliktige etter de foreslåtte reglene for beregning av omsetning enn etter gjeldende rett. Forslaget må imidlertid ses i sammenheng med forslaget om økning av terskelverdiene. Samlet sett anser utvalget at meldeplikten vil bli mer målrettet.

#### 6.4.3 Høringsinstansene

Av høringsinstansene er *Konkurransetilsynet* enig i heving av terskelverdiene, men mener utvalgets forslag ikke gir tilstrekkelig kontroll med mindre markeder. De negative virkningene kan motvirkes ved et system med forenklet melding (notifikasjon). Hvis en slik notifikasjonsplikt ikke innføres, bør tersklene ikke settes høyere enn henholdsvis 50 og 500 millioner kroner. *Arntzen de Besche Advokatfirma AS* støtter en heving, men mener at terskler på henholdsvis 50 og 500 millioner kroner er tilstrekkelig. *Næringslivets Hovedorganisasjon*, *Finans Norge*, *Spekter*, *Advokatforeningen* og *Advokatfirmaet Haavind AS* støtter en heving av terskelverdiene som foreslått av utvalget.

*Konkurransetilsynet* har gitt sine merknader i høringsuttalelsen samt i et etterfølgende notat av 13. juni 2012 til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet. Det er etter tilsynets oppfatning grunnlag for å heve dagens terskler, men ikke i et slikt omfang som utvalget foreslår. Tilsynet viser til faren for at flere problematiske fusjoner og oppkjøp blir gjennomført uten at de oppdages, og at det typisk vil gjelde i lokale eller smale markeder. Tilsynet mener at det fortsatt er behov for å ha fokus på lokale markeder. Effektiv kon-

troll må innebære høy oppdagelsesrisiko, og en betydelig heving av tersklene kan være særlig betenkelig i et land som Norge, hvor større deler av økonomien består av smale og lokale markeder og aktører med relativt lav omsetning. På dette punktet skiller Norges seg fra Sverige og Danmark. Lav oppdagelsesrisiko svekker reglens preventive virkning. De negative virkningene kan til en viss grad motvirkes ved pålegg om utvidet meldeplikt for enkelte typer markeder eller foretak og markedsovervåkning, men disse virkemidlene vil etter tilsynets vurdering ikke være tilstrekkelige. Tilsynet foreslår derfor en ordning med «notifikasjonsplikt» for alle foretakssammenslutninger over dagens terskelverdier. Notifikasjonsplikten skal være forenklet i forhold til dagens alminnelige melding og vil ikke innebære at gjennomføringsforbudet gjelder. Dersom det innføres et slikt notifikasjonssystem, kan terskelverdiene fastsettes høyt, slik utvalget foreslår.

Dersom det ikke innføres en slik notifikasjonsplikt, anser tilsynet at tersklene ikke bør settes høyere enn henholdsvis 50 og 500 millioner kroner for å unngå at det oppstår betydelig risiko for at skadelige fusjoner gjennomføres i lokale og/eller små markeder.

Dersom utvalgets forslag til terskler gjennomføres, mener tilsynet at reglene for beregning av omsetning bør harmoniseres med EU/EØS. Et komplekst regelverk vil i noen grad avbøtes av omfattende retningslinjer og praksis. Dersom terskelverdiene ikke vedtas, bør regnskapsloven legges til grunn ved beregning av foretakenes omsetning.

*Arntzen de Besche Advokatfirma AS* er enige i at tersklene bør heves, men mener utvalget går for langt. Det bør være tilstrekkelig med terskelverdier for omsetning på henholdsvis 50 og 500 millioner kroner. Det bør settes en kort frist for tilsynets mulighet til gi pålegg om melding for foretakssammenslutninger som er under terskelverdiene. Tre måneder, som er utvalgets forslag for minoritetserverv, er en for lang frist. Videre bør Konkurransetilsynet bare kunne pålegge melding om ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger når det er rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes eller andre særlige hensyn tilsier at tilsynet undersøker saken nærmere. Tilsynet bør være forpliktet til å forklare i pålegget hvorfor det er rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes eller hvilke andre særlige hensyn som tilsier at tilsynet undersøker saken nærmere. Partene bør også ha mulighet til å sende en frivillig melding om ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger til Konkurransetilsynet, for å avklare om det er aktuelt med inngrep.

*Næringslivets Hovedorganisasjon* støtter utvalgets forslag om å heve terskelverdiene. Dette vil være et riktig nivå, som vil virke ressursparende både for bedrifter og Konkurransetilsynet. De foreslåtte økningene av meldepliktstersklene innskrenker ikke Konkurransetilsynet inngrepskompetanse. Et pålegg om levering av melding om transaksjoner som ikke oppfyller terskelverdiene bør bare kunne gis når Konkurransetilsynet finner at det er rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes, eller andre hensyn tilsier at tilsynet undersøker saken nærmere. En frist for Konkurransetilsynet på tre måneder fra avtale er inngått eller kontroll er ervervet, er lang tid, og det må derfor av hensyn til forutberegneligheten til foretakene lovfestes kriterier for når tilsynet kan gi slike pålegg. Videre bør det være adgang for partene i ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger til å sende en frivillig melding, slik at partene kan få avklart om tilsynet vil gripe inn.

*Finans Norge* mener at utvalgets forslag om å heve terskelverdiene imøtekommer et langvarig ønske. Det vil være ressursbesparende både for bedrifter og Konkurransetilsynet.

*Advokatforeningen* støtter forslaget om å heve terskelverdiene. Det vil eliminere en byrde for partene i mange små og mellomstore transaksjoner. Utvalget har også overbevisende redegjort for at en slik heving ikke vil ha vesentlige negative virkninger. Det er også positivt at reglene for beregning av omsetning foreslås harmonisert med EU/EØS. Av hensyn til partenes forutberegnelighet mener Advokatforeningen at det bør settes en frist på én måned for Konkurransetilsynet til å gi pålegg om melding av ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger. Alternativt kan fristen settes til det tidligste av (i) én måned etter at partene offentliggjør foretakssammenslutningen ved børsmelding, pressemelding eller lignende, og (ii) tre måneder etter endelig avtale. Advokatforeningen mener også at det bør inn i lovteksten at tilsynet bare skal kunne pålegge melding om transaksjoner under terskelverdiene i saker der tilsynet finner at det er rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes eller der andre særlige hensyn tilsier at tilsynet undersøker saken nærmere. Advokatforeningen forutsetter at tilsynet i et pålegg forklarer hvorfor det er rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes, eller at det er særlige hensyn som tilsier at tilsynet undersøker saken nærmere.

*Advokatfirmaet Haavind AS* mener det er hensiktsmessig å heve terskelverdiene. Det vil gi Konkurransetilsynet mulighet til å bruke tid og ressurser på de foretakssammenslutningene som kan ha stor betydning for konkurransen.

*Nærings- og handelsdepartementet* mener at forslaget om redusert meldeplikt kan bidra til forenkling, redusert ressursbruk og økt verdiskaping.

*Spekter* antar at den foreslåtte hevingen av meldepliktstersklene sammen med de foreslåtte endringene i saksbehandlingsreglene vil gjøre konkurransemyndighetenes behandling av slike saker bedre og mer effektiv. Hevingen av terskelverdiene vil også bidra til at antall meldepliktige foretakssammenslutninger reduseres.

*Oppgaverregisteret i Brønnøysund* ser positivt på at forslaget innebærer en reduksjon av oppgavebyrden for foretak som omfattes av meldeplikten.

*Forbrukerrådet* anser at utvalgets avveininger og vurderinger er grundige og vel funderte, men understreker at det er viktig at tilsynet bruker sin kompetanse til å gripe inn uavhengig av om foretakssammenslutningen er meldepliktig.

#### 6.4.4 Departementets vurderinger

Departementet anser at en heving av meldepliktstersklene i tråd med utvalgets forslag vil innebære en ressursbesparelse og forenkling for næringslivet ved at færre transaksjoner utløser meldeplikt. Samtidig vil det medføre at mindre av Konkurransetilsynets ressurser brukes på å vurdere uproblematisk transaksjoner til fortrenghet for andre oppgaver. Departementet anser som utvalget at det er naturlig at de nye meldepliktstersklene fremgår av lovteksten, jf. forslaget til § 18 annet ledd.

Departementet legger særlig vekt på at det med gjeldende lave meldepliktsterskler frem til 2012 ikke var grepet inn mot foretakssammenslutninger som kun involverte rent lokale virksomheter. Der Konkurransetilsynet har grepet inn mot lokale virkninger har dette vært i saker der en av partene har hatt landsdekkende virksomhet.

Endringen av meldepliktstersklene må videre ses i sammenheng med at Konkurransetilsynet vil ha adgang til å pålegge meldeplikt for en transaksjon under meldepliktstersklene, der tilsynet finner rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes eller andre særlige hensyn tilsier at tilsynet undersøker saken nærmere, jf. departementets forslag til § 18 tredje ledd. Terskelen for at særlige hensyn kan begrunne et pålegg om melding for en ikke-meldepliktig foretakssammenslutning uten at det er rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes, vil være høy. Hensynet til foretakenes forutberegnelighet gjør seg sterkt gjeldene, og adgangen til å gi pålegg om melding av særlige hensyn er en snever unntaksbestemmelse. Et særlig hensyn som kan begrunne et pålegg om melding vil være at tilsynet har grunn til å anta at meldepliktsreglene er forsøkt

omgått. Det kreves at tilsynet i et pålegg om å gi melding kort redegjør for grunnen til at konkurransen antas å bli påvirket eller at særlige hensyn tilsier at tilsynet undersøker saken nærmere.

Av hensyn til forutberegneligheten for partene i slike transaksjoner vil Konkurransetilsynets adgang til å pålegge melding være begrenset til en periode på tre måneder etter endelig avtale er inngått eller kontroll er ervervet. Hensynet til partenes forutberegnelighet er også ivarettatt ved at det kan inngis en frivillig melding, jf. forslaget til § 18 sjettede ledd.

Departementet påpeker at Konkurransetilsynets inngrepskompetanse er uavhengig av og ikke vil bli begrenset ved de nye tersklene for meldeplikt. Videre vil departementet etter forslaget til § 18 niende ledd ha hjemmel til å innføre forskrift om meldeplikt for transaksjoner under lovens meldepliktsterskler for foretak i markeder hvor særlige hensyn gjør seg gjeldene. Dette vil blant annet kunne gjelde markeder som er særlig sårbare for ytterligere konsentrasjonsøkninger.

Departementet slutter seg også til utvalgets forslag om at reglene for beregning av omsetning ved vurdering av om meldepliktstersklene er oppfylt, bør endres slik at de blir mer i tråd med tilsvarende regler i EU/EØS. De nærmere reglene om beregning av omsetning vil som i dag være fastsatt i forskrift. Fusjonsforordningen artikkel 5 nr. 2 bør i tråd med utvalgets forslag inntas i lovteksten, jf. departementets forslag til § 18 fjerde ledd. Bestemmelsen gjør det for det første klart at det ved erverv av kontroll for selgers vedkommende kun er omsetningen til de deler som inngår i foretakssammenslutningen som er relevant. For det andre fastsetter bestemmelsen at det ved successive erverv av deler av foretak mellom de samme parter innen et tidsrom på to år, skal ervervene betraktes som én foretakssammenslutning. Det sistnevnte er ment å hindre at transaksjoner stykkes opp for å gå klar av meldepliktstersklene i § 18 annet ledd.

Omsetningen beregnet etter reglene i EU/EØS vil gi et bedre uttrykk for de økonomiske realitetene i transaksjonen enn hva tilfellet er etter gjeldende regler. Videre vil en harmonisering med reglene i EU/EØS øke foretakenes forutberegnelighet ved at regelverket blir klarere.

## 6.5 Meldepliktsordningen

### 6.5.1 Gjeldende rett

Konkurranse-loven § 18, jf. meldepliktsforskriften §§ 1, 4 og 5, fastsetter plikt til å inngi melding og



krav til meldingens innhold. Alle foretakssammenslutninger som oppfyller terskelverdiene må meldes ved en *alminnelig melding*, jf. § 18 første ledd. Begrunnelsen for å innføre meldepliktsordningen var konkurransemyndighetenes behov for å oppdage foretakssammenslutninger.<sup>13</sup>

Kravene til innholdet av en alminnelig melding er gitt i § 18 annet ledd. I den alminnelige meldingen skal melder blant annet gi opplysninger om de involverte foretakene, beskrive produkter/tjenester som tilbys, beskrive markeder hvor de involverte foretakene som følge av foretakssammenslutningen får en markedsandel på 20 prosent eller mer, samt opplyse om de involverte foretakenes fem viktigste konkurrenter, kunder og leverandører.<sup>14</sup> Kravene til alminnelig melding ble utvidet i 2008. Etter utvidelsen kreves det etter § 18 annet ledd bokstav e at melder opplyser om «navn på de fem viktigste konkurrenter, kunder og leverandører i markeder i Norge, eller som Norge er del av, hvor de involverte foretakene og foretak i samme konsern har overlappende virksomhet».<sup>15</sup> Konkurransetilsynet kan i den enkelte sak lempe kravene til den alminnelige meldingen, jf. § 18 sjettede ledd.

Opplysningene i den alminnelige meldingen danner utgangspunktet for Konkurransetilsynets vurdering av om det er behov for å undersøke nærmere om foretakssammenslutningen forsterker eller fører til en vesentlig begrensning av konkurransen.

Der Konkurransetilsynet finner grunn til å undersøke de konkurransemessige virkningene av en foretakssammenslutning nærmere, vil tilsynet pålegge partene å inngi en *fullstendig melding* om foretakssammenslutningen som gir mer utfyllende opplysninger om transaksjonen.<sup>16</sup> Et pålegg om at partene skal inngi en fullstendig melding kan senest gis 15 virkedager etter at Konkurransetilsynet mottok den alminnelige meldingen.

Innholdskravet til fullstendig melding følger av meldepliktsforskriften § 4. Forskriften § 5 fastsetter at tilsynet kan lempe på kravene til fullstendig melding. Saksbehandlingsfristene begynner å løpe først når fullstendig melding er mottatt, jf. konkurranseloven § 20. Videre kan Konkurransetilsynet med hjemmel i konkurranseloven § 24 og § 25 innhente ytterligere opplysninger fra partene.

Den todelte meldeplikten, hvor det først inngis en alminnelig melding og senere eventuelt inngis

mer omfattende opplysninger i en fullstendig melding, er begrunnet i at konkurranseloven fastsetter svært lave meldeplikts terskler for å fange opp fusjoner i lokale markeder, smale markeder og markeder for innsatsvarer/tjenester. For å unngå at ordningen skulle bli for byrdefull for næringslivet, ble det satt begrensende krav til hvilke opplysninger som skal gis i den alminnelige meldingen. Utformingen av meldepliktsordningen krever således at det gjøres en avveining mellom tilsynets informasjonsbehov og hensynet til at meldeplikten ikke skal være for omfattende.<sup>17</sup>

Loven fastsetter ikke tidspunkt for når melding senest må være inngitt eller tidligste tidspunkt for melding. Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet fant i sak 10/2546 Nibe Industrier at loven ikke oppstilte noen tidligste frist for melding. Dersom foretakssammenslutningen meldes så lang tid i forveien at konkurransemyndighetene ikke har mulighet til å vurdere de konkurransemessige virkningene, må tilsynet enten angi at alminnelig melding er ufullstendig eller pålegge fullstendig melding, for så å konstatere at den fullstendige meldingen er ufullstendig. Saksbehandlingsfristene blir da suspendert.

### 6.5.2 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår i utredningens punkt 8.5.4.4 å avvikle den todelte meldepliktsordningen med alminnelig og fullstendig melding, og innføre et system med én melding. Utvalget legger også opp til en mer intensivert forhåndskontakt mellom melder og tilsynet. Forslaget må sees i sammenheng med at utvalget foreslår en vesentlig økning av meldeplikts tersklene. Utvalget viser til at de nye tersklene ventelig vil føre til en reduksjon i antall meldinger på ca. 70 prosent. Beregninger foretatt av utvalget viser at selv om flere transaksjoner vil bli underlagt en mer omfattende melding, vil kostnadene for næringslivet totalt sett reduseres som følge av økningen i terskelverdiene.

Det automatiske gjennomføringsforbudet som følger av § 19, jf. punkt 6.5 nedenfor, innebærer at samtlige transaksjoner hvor det er plikt til å inngi en alminnelig melding, settes «på vent» i inntil 15 virkedager. En oppheving av alminnelig melding vil føre til en innsparing i saksbehandlingstiden på minst 15 virkedager. I kombinasjon med en ordning med forenklet meldeplikt for uproblematiske fusjoner, mener utvalget at en avskaffelse av alminnelig melding ikke vil påføre foretakene en uforholdsmessig byrde. På den annen side vil det

<sup>13</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 90.

<sup>14</sup> § 18 annet ledd.

<sup>15</sup> Se nærmere Ot.prp. nr. 35 (2007-2008) s. 6-8.

<sup>16</sup> § 18 tredje ledd.

<sup>17</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 90.

føre til at transaksjoner som etter dagens ordning ville blitt klarert allerede i løpet av 15-dagersfristen for pålegg om fullstendig melding, ikke blir klarert før ved utløpet av 25-dagersfristen i fase I av saksbehandlingen.<sup>18</sup> Utvalget mener imidlertid at fordelene ved det foreslåtte systemet oppveier ulempene ved at enkelte transaksjoner som i dagens system blir klarert etter 15 virkedager, først vil bli klarert etter 25 virkedager.

Det anslås at avskaffelse av alminnelig melding og økningen av meldepliktsterskelene vil kunne frigjøre ressurser i tilsynet med anslagsvis 7 årsverk. Samtidig vil tilsynet måtte bruke mer ressurser på å behandle et større antall fullstendige meldinger enn i dag. Det er derfor vanskelig å fastslå hva virkningen på tilsynets samlede ressursbruk vil bli.

Når det gjelder kravet til meldingens innhold, foreslås det i utredningens punkt 8.5.4.5 å bygge på gjeldende innholds krav for fullstendig melding, jf. meldepliktsforskriften § 4, som et naturlig utgangspunkt, og at bestemmelsen inntas i loven. Videre foreslås det at det settes terskelverdier i form av markedsandelsgrenser for hvilke markeder som skal anses som «berørte markeder» etter modell fra EU/EØS-retten,<sup>19</sup> og at plikten til å gi omfattende informasjon avgrenses til disse markedene. Utvalget foreslår at øvrige krav til meldingens innhold fastsettes i forskrift.

Utvalget foreslår i utredningens punkt 8.5.4.6 å innføre et standardisert system med forenklet melding for transaksjoner som det er lite sannsynlig vil medføre konkurransemessige problemer, etter mønster av bl.a. EU/EØS og dansk rett. I Danmark er innholds kravet til forenklet melding i det vesentligste identisk med «Short Form CO» som brukes i fusjonskontrollen i EU. Finland har i sine regler et system med forenklet melding med en annen ordlyd enn «Short Form CO», men innholds kravet er i praksis omtrent det samme. Sverige har ikke en ordning med forenklet melding som sådan, men for noen transaksjoner kreves det bare deler av opplysningene til fullstendig melding.

Forenklet melding skiller seg fra dagens todelte meldeplikt ved at det er en målrettet lempning av meldeplikt for enkelte transaksjoner, bestemt etter transaksjonstype og visse markeds-messige karakteristika. Utvalget viser til at en stor del av de transaksjoner som etter forslaget vil

være underlagt meldeplikt vil være uproblematisk. Dette kan for eksempel gjelde transaksjoner der partene ikke har overlappende virksomhet og som kanskje heller ikke er etablert i Norge, men som selger til norske kunder («foreign-to-foreign»). De nærmere kravene til forenklet melding bør fastsettes i forskrift.

### 6.5.3 Høringsinstansene

*Finans Norge* og *Advokatfirmaet Haavind AS* støtter et system med én melding. Advokatfirmaet Haavind AS forutsetter at krav til innhold av meldingen varierer med partenes markedsandel, som foreslått av utvalget. Videre støtter Advokatfirmaet Haavind AS innføring av forenklet melding, og bemerker at det er avgjørende at forskriftsreguleringen av forenklet melding kommer på plass samtidig med lovendringene.

*Konkurransetilsynet* er positiv til forslaget om regler om forenklet melding for enkelte typer saker som vil være uproblematisk. Tilsynet mener at det i tillegg bør innføres et forenklet meldesystem («notifikasjon») for alle fusjoner mellom dagens terskelverdier og utvalgets forslag til terskler. Hensikten er å gjøre tilsynet oppmerksom på transaksjonen, og notifikasjonen bør derfor ikke kobles til et automatisk gjennomføringsforbud. Brudd på notifikasjonsplikten bør sanksjoneres med overtredelsesgebyr, og det bør settes en siste frist for notifikasjon.

### 6.5.4 Departementets vurderinger

Departementet slutter seg til utvalgets forslag om å utvikle systemet med alminnelig og fullstendig melding på to ulike stadier av saksbehandlingen, og at det innføres et system med én melding som innholdsmessig i stor grad tilsvarende dagens fullstendige melding. Departementet foreslår at innholds kravet til melding om foretakssammenslutning fastsettes i en ny § 18 a, mens øvrige regler om meldeplikten som i dag fremgår av § 18.

Endringen må ses i sammenheng med at meldepliktstersklene heves vesentlig, og at et flertall av de foretakssammenslutninger som etter gjeldende regler skal meldes til Konkurransetilsynet, ikke lenger vil være meldepliktige. Innføringen av en alternativ forenklet melding for grupper av antatt uproblematisk foretakssammenslutninger som overstiger terskelverdiene, reduserer også byrden for næringslivet ytterligere, se nedenfor om dette.

Videre vil endringen legge til rette for en raskere avklaring av de saker som behandles av Kon-

<sup>18</sup> Jf. § 20 annet ledd, se nærmere om saksbehandlingsreglene i punkt 6.5.

<sup>19</sup> Sml. «affected markets» i Form CO, i vedlegg 1 til Kommisjonens forordning 802/2004.

kurransetilsynet. For å få til en effektiv saksbehandling kreves det at Konkurransetilsynet har tilgang til tilstrekkelig med opplysninger fra dag én i saksbehandlingen, som er ved mottak av melding om foretakssammenslutning. Avviklingen av systemet med alminnelige og fullstendige meldinger på to ulike tidspunkt i saksbehandlingen vil, dersom man ser bort fra de tilfeller hvor det inngis frivillig fullstendig melding etter dagens regler, også medføre at saksbehandlingsfristene til Konkurransetilsynet kortes ned med 15 virkedager.

Når det gjelder innholdskravet til meldingen om foretakssammenslutning, slutter departementet seg til utvalgets forslag om å ta utgangspunkt i innholdskravet til gjeldende fullstendig melding og at denne justeres noe basert på meldepliktsystemet i EU/EØS. En identifisering av «berørte markeder» basert på markedsandelsterskler, jf. begrepet «affected markets» i meldepliktsystemet i EU, hvor det er særlig viktig at Konkurransetilsynet tidlig får utfyllende opplysninger, fremstår etter departementets syn som hensiktsmessig.

Departementet anser at utvalgets forslag om å innføre et system med *forenklete meldinger* for spesifiserte kategorier av foretakssammenslutninger som er lite egnet til å begrense konkurransen, er vel begrunnet og gjør utformingen av meldepliktsordningen mer målrettet. De nærmere reglene for hvilke foretakssammenslutninger som kan inngi forenklet melding, og krav til innholdet av forenklet melding, fastsettes ved forskrift. Departementet vil som utvalget ta utgangspunkt i de kategorier av foretakssammenslutninger som kan inngi forenklet melding i form av en «Short Form CO» etter meldepliktsreglene i EU/EØS, men også andre kategorier kan bli unntatt.

Departementet slutter seg ikke til Konkurransetilsynets forslag til «notifikasjon», som har likhetstrekk med gjeldende system med alminnelige meldinger. Konkurransetilsynets forslag til notifikasjon vil slik departementet ser det, svekke gevinstene av ordningen foreslått av utvalget, og den ønskede forenklingen og innsparingen for næringslivet. Departementet peker på at tilsynets adgang til å gripe inn under tersklene vil bestå og viser videre til forslaget om å gi en forskriftshjemmel for utvidet meldeplikt i markeder når konkurransemessige eller andre særlige hensyn begrunner dette.

## 6.6 Saksbehandlingsreglene

### 6.6.1 Gjeldende rett

Konkurranseloven § 20 fastsetter en todeling av saksbehandlingen i perioden etter fullstendig mel-

ding om foretakssammenslutning er mottatt av Konkurransetilsynet. Prinsippene er i stor grad de samme som for todelingen av saksbehandlingen i EU/EØS (fase I og fase II), men prosessene er ulikt utformet. Departementet ønsket ikke å benytte begrepene fase I og fase II om de gjeldende saksbehandlingsreglene i norsk rett, fordi det kunne lede tankene hen til EU/EØS-reglene, hvor betydningen av skillet er større enn etter norsk rett.<sup>20</sup> En sentral forskjell er at EU/EØS-reglene krever at alle meldte saker avsluttes med et formelt vedtak, enten de avsluttes i fase I eller II, også i saker som ikke ender med inngrep. Kommisjonen fatter også formelt vedtak om å bringe saken over i fase II.<sup>21</sup> Konkurransetilsynet avslutter på sin side ikke saker som ikke fører til inngrep med et vedtak. Tilsynet er i dag heller ikke pålagt å informere partene om at saksbehandlingen er avsluttet. Videre skiller tilsynets saksbehandling seg fra reglene i EU/EØS, ved at de fleste saker innledes med at tilsynet mottar og vurderer en alminnelig melding om foretakssammenslutning, før det inngis en fullstendig melding. Tilsynet må innen 15 virkedager etter at alminnelig melding er mottatt, vurdere om det er behov for å pålegge en fullstendig melding eller om saksbehandlingen skal avsluttes.<sup>22</sup>

Den videre saksbehandlingen etter at Konkurransetilsynet har mottatt en fullstendig melding har to faser. *Den første fasen* er på 25 virkedager fra fullstendig melding er mottatt. Dersom tilsynet etter en nærmere vurdering av saken finner at det kan være grunn til å gripe inn mot foretakssammenslutningen, må tilsynet sende partene et ubegrunnet varsel om at inngrep kan bli aktuelt.<sup>23</sup> Dersom det ikke sendes et slikt ubegrunnet varsel bortfaller tilsynets inngrepshjemmel. Når et ubegrunnet varsel er sendt går saksbehandlingen over i *den andre fasen*, hvor tilsynet senest innen 70 virkedager etter at fullstendig melding ble mottatt må sende et begrunnet varsel om inngrep eller avslutte saken uten inngrep.<sup>24</sup>

Slik tilsynet har praktisert dette, er kravene til varsel om inngrep etter 70 virkedager satt svært høyt og tilsvarende omtrent et inngrepsvedtak. Partene gis 15 virkedager til å uttale seg om varselet. Tilsynet må fatte vedtak om inngrep innen 15 virkedager fra det har mottatt partenes uttalelse.

<sup>20</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 100.

<sup>21</sup> Fusjonsforordningen artikkel 6 nr. 1.

<sup>22</sup> § 18 tredje ledd.

<sup>23</sup> § 20 annet ledd.

<sup>24</sup> § 20 tredje ledd.

Dersom melder gir tilbud om avhjelpende tiltak, forlenges fristen med 25 virkedager.

Partene og tredjemenn gis i dag adgang til å ha møter med tilsynet forut for melding og underveis i saksbehandlingen. Møtene er imidlertid ikke formalisert, og det har vært reist kritikk mot tilsynet som sies å holde kortene tett til brystet og primært lytte til partene fremfor å være i dialog med dem og gi innsyn i tilsynets vurderinger underveis i prosessen. Til sammenligning har Kommisjonen systematisk dialogmøter med partene løpende i prosessen.

En bærende idé ved utformingen av dagens ordning var at det skulle gi melder og tilsynet insentiver til raskt å søke minnelige løsninger i form av avhjelpende tiltak. I praksis synes imidlertid tilbud om avhjelpende tiltak ofte først å bli fremsatt etter 70-dagersvarselet.

I § 19 første ledd er det fastsatt et forbud mot å gjennomføre meldepliktige transaksjoner før fristen for å pålegge fullstendig melding er utløpt. Det følger av den samme bestemmelsen at ved et pålegg om fullstendig melding, gjelder det et gjennomføringsforbud i den første fasen av saksbehandlingen. Det følger av § 19 tredje ledd at tilsynet kan pålegge et midlertidig gjennomføringsforbud, når tilsynet sender et ubegrunnet varsel om at inngrep kan bli aktuelt og saksbehandlingen går over i den andre fasen.

### 6.6.2 Utvalgets forslag

Utvalget behandler saksbehandlingsreglene i utredningens punkt 8.5.5. Utvalget vil opprettholde hovedtrekkene ved dagens ordning, men foreslår enkelte justeringer for å effektivisere saksprosessen og legge til rette for en raskere avslutning av saker. Samtidig gis melder insentiver til å fremlegge forslag til avhjelpende tiltak så tidlig som mulig i prosessen. Etter utvalgets forslag blir det et tydeligere skille mellom en fase I og en fase II av saksbehandlingen.

Utvalget foreslår i utredningens punkt 8.5.5.1 at det gjeldende ubegrunnede 25-dagersvarselet, endres til et begrunnet varsel. Kravet til begrunnelse bør ikke settes for høyt. Det foreslås at tilsynet viser at det er «rimelig grunn til å anta» at foretakssammenslutningen i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse. Begrunningsplikten vil ikke omfatte en vurdering av effektivitetsgevinster.

I tillegg til forslagene i utredningens punkt 8.5.5.2 som gjengitt nedenfor, vil utvalgets forslag om å oppheve ordningen med alminnelig melding føre til en samlet reduksjon av saksbehandlingstiden på 15 virkedager. Fristene i fase I vil etter dette

tilsvare fase I i EU/EØS, mens fristene i fase II blir noe kortere enn fristene i EU/EØS. Forslagene innebærer en nærmere, men ikke full harmonisering med saksbehandlingsprosessen i EU/EØS.

Utvalget foreslår at tilsynet i fase I av saksbehandlingen i utgangspunktet skal ha en frist på 25 virkedager fra melding ble mottatt til å varsle at vedtak kan bli aktuelt, slik det følger av gjeldene rett. Det foreslår videre at tilsynet i fase II av saksbehandlingen på samme måte som etter gjeldende regler, i utgangspunktet skal ha en frist på 70 virkedager fra melding ble mottatt til å legge frem et begrunnet forslag til forbudsvedtak.

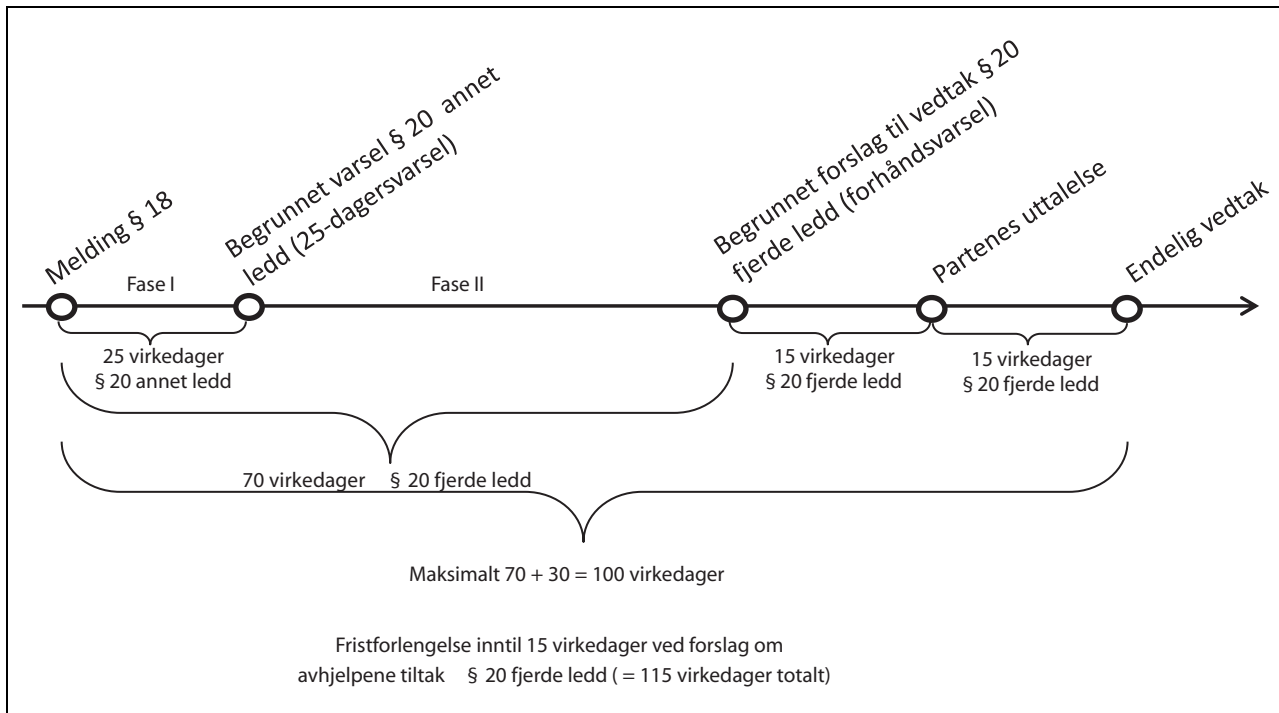
Utvalget foreslår samtidig å endre saksbehandlingsfristene for å gi melder insentiv til å fremsette forslag om avhjelpende tiltak på et tidligere tidspunkt i saksbehandlingen enn det som har vært praksis frem til i dag. Etter utvalgets forslag vil tilsynets frist i fase I av saksbehandlingen utvides med 10 virkedager dersom melder foreslår avhjelpende tiltak innen 20 virkedager fra melding ble mottatt. Tilsynet må da innen 35 virkedager fra melding ble mottatt, fatte vedtak om inngrep på de vilkår partene har foreslått som avhjelpende tiltak, eller begrunne i et varsel hvorfor disse ikke er egnet til å avbøte konkurranseproblemer foretakssammenslutningen kan føre til.

For fase II av saksbehandlingen foreslår utvalget at når melder fremsetter forslag til avhjelpende tiltak innen 55 virkedager fra melding ble mottatt, så skal tilsynet fatte et vedtak om inngrep på de vilkår som er foreslått av partene, eller legge frem et begrunnet forslag til forbudsvedtak, innen 70 virkedager. Dersom melder fremsetter forslag til avhjelpende tiltak senere enn 55 virkedager, vil saksbehandlingsfristen i fase II utvides med tilsvarende antall virkedager.

Dersom melder fremsetter et forslag til avhjelpende tiltak etter at tilsynet har fremlagt begrunnet forslag til forbudsvedtak, vil tilsynets saksbehandlingsfrister utvides med 15 virkedager, i motsetning til 25 virkedager som følger av gjeldende regler. Det settes som i dag ingen seneste frist for å fremsette forslag til avhjelpende tiltak.

Samlet saksbehandlingstid vil etter utvalgets forslag maksimalt være 100 virkedager i saker hvor avhjelpende tiltak ikke er foreslått av melder. Et forslag om avhjelpende tiltak fra melder vil utvide saksbehandlingsfristene med inntil 15 virkedager.

Utvalget foreslår i utredningens punkt 8.5.5.5 at tilsynet skal informere melder skriftlig om at det ikke vil gå videre med saken så snart det er grunnlag for det. Utvalget bemerker at Konkurransetilsynet i praksis ofte benytter lovens saksbe-



Figur 6.1 Utvalgets forslag

handlingsfrister fullt ut, og foreslår at utgangspunktet om at saker skal avsluttes «snarest mulig» tydeliggjøres i lovteksten.

Videre foreslår utvalget i punkt 8.5.5.4 at det automatiske gjennomføringsforbudet for alle meldepiktige transaksjoner opprettholdes, jf. § 19, og at dette utvides til å gjelde frem til Konkurransetilsynet har avsluttet saken. Utvalget viser til at kritikken mot det automatiske gjennomføringsforbudet i dag skyldes det store antall transaksjoner som omfattes. Disse innvendingene vil langt på vei falle bort hvis tersklene heves i tråd med utvalgets forslag.

Utvalget foreslår at Konkurransetilsynet som i dag skal ha anledning til å gjøre unntak fra gjennomføringsforbudet, men foreslår at det synliggjøres i ordlyden at tilsynet skal ta stilling til søknader om unntak fra meldeplikten.

Etter utvalgets syn, jf. utredningens punkt 8.5.5.3, er det nødvendig med løpende dialog mellom partene og Konkurransetilsynet dersom målsettingen om tidligere avklaring av saker ved avhjelpende tiltak skal nås.

### 6.6.3 Høringsinstansene

*Konkurransetilsynet* støtter innføringen av et begrunnet 25-dagersvarsel i § 20. Kravet til begrunnelse må imidlertid ikke settes for høyt. Det må være tilstrekkelig at begrunnelsen angir foreløpige skadehypoteser som foretakssammen-

slutningen antas å medføre. Tilsynet er enig i at dagens meldepliktdordning ikke gir nok insentiver til raskt å søke minnelige løsninger i form av avhjelpende tiltak. Videre er Konkurransetilsynet enig i utvalgets forslag om at tilsynet gis en fristutsettelse der melder fremmer forslag til avhjelpende tiltak. Når det gjelder utvalgets ønske om innstramming i fristene, oppfatter tilsynet at disse allerede i dag er stramme sammenholdt med de omfattende vurderinger som skal gjennomføres. Dette gjelder først og fremst i saker der tilsynet mener det er grunnlag for inngrep.

Tilsynet er også positiv til utvidelsen av det automatiske gjennomføringsforbudet i § 19 til å gjelde frem til tilsynet har avsluttet saken. I praksis gjelder dette også i dag, men krever, i motsetning til det som nå foreslås fra utvalget, et ekstra vedtak og saksbehandling.

*Advokatforeningen* er positiv til prosessuelle endringer i fusjonskontrollen, herunder kravet om begrunnelse ved 25-dagersvarsel om inngrep.

*Finans Norge* støtter utvalgets forslag til innføring av et automatisk gjennomføringsforbud og begrunnet 25-dagersvarsel.

*Arntzen de Besche Advokatfirma AS* stiller seg positiv til utvalgets forslag om at Konkurransetilsynet må begrunne 25-dagersvarselet om inngrep.

*Advokatfirmaet Haavind AS* mener at partenes rett til møter, både før og etter melding, bør inntas i tilsynets veileder om saksbehandling. Tilsynet

bør også opptre betydelig mer aktivt i dialog med partene enn det som er erfaringen fra dagens praksis. Konkurransetilsynet bør også tilkjenne foreløpige evalueringer og oppfatninger i dialog underveis i saksbehandlingen. Det bør også vurderes et system hvor tilsynet innen en viss tid etter mottatt melding (for eksempel 15 virkedager) må gi melder informasjon om status i tilsynets arbeid med meldingen. Dette gjelder særlig i saker der møter i denne fasen er mindre aktuelt.

#### 6.6.4 Departementets vurderinger

Departementet slutter seg til de endringene i saksbehandlingsreglene som er foreslått av utvalget. En innføring av et krav om at Konkurransetilsynet skal gi et begrunnet varsel etter 25 virkedager er etter departementets syn en hensiktsmessig ordning. Særlig har dette en positiv side opp mot mulighetene for at vedtak om avhjelpende tiltak fattes på et tidligere tidspunkt i saksbehandlingen enn det som er praksis i dag.

Konkurransetilsynet bør informere melder så tidlig som mulig om de konkurranseproblemer tilsynet mener den aktuelle transaksjonen kan medføre. Der tilsynet anser at det er grunnlag for å bringe saken over i fase II av saksbehandlingen, bør melder få opplyst grunnlaget for denne vurderingen. Et krav om at Konkurransetilsynet i sitt varsel etter 25 virkedager begrunner hvorfor det er rimelig grunn til å anta at transaksjonen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen, vil sikre at melder får et grunnlag for å foreslå avhjelpende tiltak, jf. forslaget til endring i § 20 annet ledd.

Samtidig vil ikke kravet til begrunnelse strekke seg lengre enn at Konkurransetilsynet viser hvilke konkurranseproblemer tilsynet har identifisert at foretakssammenslutningen kan lede til og som vil kunne forsterke eller føre til en vesentlig begrensning av konkurransen.

Departementet slutter seg videre til utvalgets forslag om fristforlengelser for Konkurransetilsynet i fase I og fase II av saksbehandlingen der melder foreslår avhjelpende tiltak, jf. forslaget til § 20 tredje og fjerde ledd. Fristforlengelsene vil kunne være nødvendige av hensyn til Konkurransetilsynets behov for utredning etter at melder har fremsatt forslag til avhjelpende tiltak. Etter utvalgets forslag vil Konkurransetilsynet som et minimum ha 15 virkedager frem til nærmeste saksbehandlingsfrist etter at melder har fremsatt forslag til avhjelpende tiltak. Dette gjelder både der forslaget fremsettes i fase I og fase II og der forslaget fremsettes etter at 70-dagersvarselet er sendt.

Konkurransetilsynet har i sin høringsuttalelse tatt til orde for at fristen bør utvides med 25 virkedager der melder foreslår avhjelpende tiltak etter 70-dagersvarselet, slik det er etter gjeldende rett. Etter departementets syn er det ikke forhold som begrunner at fristutsettelsen skal være lengre i dette tilfellet, enn hva tilfellet er der det avhjelpende tiltaket foreslås tidligere i saksbehandlingen hvor tilsynet etter forslaget vil ha 15 virkedager til å vurdere forslaget om avhjelpende tiltak. Videre vil departementet peke på at når forslaget til avhjelpende tiltak fremsettes etter 70-dagersvarselet, så er tilsynet på et stadium av sin saksbehandling hvor det har et godt grunnlag til raskt å kunne vurdere forslaget.

Departementet støtter utvalgets forslag om at Konkurransetilsynet må ta stilling til forslag om avhjelpende tiltak i fase I, der forslaget er fremsatt senest 20 virkedager inn i saksbehandlingen. Det samme gjelder utvalgets forslag om at når melder foreslår avhjelpende tiltak i fase II innen 55 virkedager, så vil tilsynets 70-dagersfrist ikke utvides og forslaget må vurderes innen utløpet av denne fristen. Disse fristreglene vil gi melder insentiver til å foreslå avhjelpende tiltak på et tidligere tidspunkt enn det som har vært praksis hittil.

Departementet anser det som hensiktsmessig at Konkurransetilsynet underretter melder skriftlig når saken er ferdigbehandlet uten at det er fattet inngrepsvedtak, jf. forslaget til § 20 syvende ledd. Der saksbehandlingen har gått over i fase II skal tilsynet i sin skriftlige underrettelse om henleggelse også begrunne hvorfor saken legges bort. Melder har i fase II fått et begrunnet varsel om inngrep. Det er naturlig både av hensynet til åpenhet i forvaltningen og av hensynet til forutberegnelighet for aktører i senere foretakssammenslutninger at tilsynet kort begrunner også utad hvorfor saken legges bort. Det fremgår av forslaget til § 20 at Konkurransetilsynet skal avslutte saksbehandlingen snarest mulig. Dette er ingen endring av gjeldene rett, men tydeliggjør at dette er utgangspunktet for tilsynets saksbehandling. Det er særlig viktig i saker som avsluttes uten inngrep, og i saker som avsluttes med vedtak om avhjelpende tiltak, hvor gjennomføringsforbudet hindrer at transaksjonen fullføres.

I likhet med utvalget vil departementet fremheve at det er nødvendig med god dialog mellom partene og Konkurransetilsynet under saksbehandlingen, for at målsettingen om en mer effektiv saksbehandling skal kunne nås. Departementet vil, som utvalget, ikke foreslå å lovfeste regler om slike møter, men anser det mest naturlig at

nærmere bestemmelser om dette fremgår av tilsynets retningslinjer.

Departementet slutter seg også til utvalgets forslag om å videreføre regelen om automatisk gjennomføringsforbud i § 19 og at regelen utvides til å gjelde frem til Konkurransetilsynet har avsluttet saken. Gjennomføringsforbudet er begrunnet i behovet for å unngå at det foretas irreversibel integrering før konkurransemyndighetene har behandlet saken ferdig.<sup>25</sup>

Utvalgets forslag innebærer en tilnærming til det EU/EØS-rettslige regelverket. Dette vil etter departementets syn i seg selv ha positive virkninger for aktørene i næringslivet, særlig der foretakssammenslutningen behandles i flere jurisdiksjoner. Mer ensartede saksbehandlingsregler i de ulike jurisdiksjonene vil medføre en forenkling for næringslivet.

## 6.7 Krav til merking av forretningshemmeligheter

### 6.7.1 Bakgrunn

Det er en betydelig dokumentflyt i saker om foretakssammenslutninger, og dokumentene inneholder svært ofte taushetsbelagte forretningshemmeligheter.<sup>26</sup> Både parter og tredjemenn anmoder i stor grad om innsyn i opplysningene for å ivareta sine interesser. Av hensyn til sakens opplysning og fremdrift, må slike begjæringer behandles raskt. Innsynsbegjæringer binder derfor opp viktige ressurser under saksbehandlingen både i Konkurransetilsynet og i departementets klagebehandling. Dette er særlig problematisk fordi fusjonssaker er underlagt korte saksbehandlingsfrister hvor utløp av saksbehandlingsfristene medfører bortfall av inngreps hjemmelen.

Foretakene er nærmest til å identifisere hvilke opplysninger som utgjør forretningshemmeligheter, noe som i stor grad varierer mellom ulike bransjer. Foretakene er også svært tilbakeholdne med å gi innsyn i egne opplysninger og definerer forretningshemmeligheter svært vidt. Samtidig gis det ofte knappe begrunnelser for hvorfor opplysninger er forretningshemmeligheter. Forvaltningsloven fastsetter strenge krav til behandlingen av taushetsbelagte opplysninger. Videreformidling av slike opplysninger er straffesanksjonert<sup>27</sup> og kan lede til erstatningsansvar for staten. Konkurransemyndig-

hetenes vurderingsplikt er derfor både krevende og omfattende og skjer under tidspress.

### 6.7.2 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår i utredningens punkt 8.5.5.6 en ny bestemmelse hvor parter og tredjemenn som gir opplysninger til konkurransemyndighetene i en sak om kontroll med foretakssammenslutninger, pålegges å angi eller merke opplysninger som vedrører avgiver, og som vedkommende mener er underlagt taushetsplikt. Merkingen skal begrunnes. Etter utvalgets forslag oppstilles det en presumsjon for at opplysninger som ikke er avmerket, ikke er forretningshemmeligheter, og myndighetene kan legge dette til grunn uten straffrisiko, med mindre opplysningene åpenbart er omfattet av taushetsplikt.<sup>28</sup> Bestemmelsen er basert på tilsvarende regler for innsyn i EU/EØS.

Utvalget foreslår også at det lovfestes at saksbehandlingsfristen for behandling av melding om foretakssammenslutning ikke begynner å løpe før offentlig versjon av meldingen er inngitt.

### 6.7.3 Høringsinstansene

*Advokatforeningen* har forståelse for behovet, og er ikke prinsipielt i mot forslaget. Derimot pekes det på forhold ved bestemmelsen som kan forbedres. Dette gjelder både krav til foretakenes begrunnelsesplikt og hvilke dokumenter regelen bør omfatte. Foreningen mener at den foreslåtte regelen bare bør gjelde for selve meldingen, og at det vil være uforholdsmessig ressurskrevende om partene må identifisere og individuelt begrunne alle taushetsbelagte opplysninger i alle dokumenter og vedlegg.

*Arntzen de Besche Advokatfirma AS* er skeptiske til særregler om offentlighet i fusjonssaker, og kan ikke se spesielle grunner for dette i fusjonskontrollen. Subsidiært mener Arntzen de Besche at snudd bevisbyrde bare bør gjelde selve meldingen og ikke andre opplysninger i saken.

*Advokatfirmaet Haavind AS* er enig i prinsippene for forslaget til ny lovbestemmelse om taushetsbelagte opplysninger, men mener det vil være grunn for Konkurransetilsynet til å foreta en egen vurdering av hvilke opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt, selv om partene ikke har avmerket dette.

*Konkurransetilsynet* er positive til forslaget. Det vil kunne bedre ressursituasjonen i fusjonskontrollen. Det vil også kunne ha en oppdragende

<sup>25</sup> Ot.prp. nr. 35 (2007-2008) side 9 flg.

<sup>26</sup> Jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

<sup>27</sup> Jf. straffeloven § 121.

<sup>28</sup> Se NOU 2012: 7 side 192.

effekt over tid. Uansett vil det være viktig med en selvstendig vurdering fra tilsynet.

*Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)* støtter forslaget om at parter og tredjemenn som sender Konkurransetilsynet taushetsbelagte opplysninger klart skal avmerke disse og begrunne sin oppfatning, og fremlegge forslag til offentlig versjon. NHO støtter derimot ikke forslaget om at tilsynet kan legge til grunn at opplysninger ikke er underlagt taushetsplikt, dersom kravet til avmerking, begrunnelse og fremleggelse av offentlig versjon ikke er oppfylt. Det fremholdes at resultatet av en slik regel vil kunne føre til at taushetsbelagte opplysninger blir kjent for allmennheten, hvis et foretak har glemte å slukke slike opplysninger.

#### 6.7.4 Departementets vurderinger

Utvalgets forslag til ny § 18 a, departementets forslag til ny § 18 b, viderefører og utvider plikten for melder til å klart angi opplysninger i meldingen som melder anser er forretningshemmeligheter.<sup>29</sup> Plikten utvides etter utvalgets forslag til å omfatte dokumentasjon som gis sammen med meldingen og til opplysninger som melder og andre gir etter pålegg fra Konkurransetilsynet etter § 24.

En plikt for avsender til å opplyse Konkurransetilsynet om opplysninger vedkommende anser skal unntas offentlighet og et krav om begrunnelse, vil kunne effektivisere saksbehandlingen. Dersom tilsynet allerede samme dag som opplysningene innkommer, også har avsenders vurdering av hva som skal unntas offentlighet, vil tilsynet raskere kunne gjøre sine vurderinger og utarbeide offentlige og partsoffentlige versjoner av dokumentene. Hensynet til en effektivisering av saksbehandlingen er særlig viktig innen kontrollen av foretakssammenslutninger hvor det er korte tidsfrister som når de er utløpt avskjærer inngrepskompetansen.

Selv om avsender av opplysningene gir sitt begrunnede syn på hva som utgjør forretningshemmeligheter, vil Konkurransetilsynet måtte foreta en selvstendig vurdering av om dokumentet inneholder forretningshemmeligheter eller andre opplysninger belagt med taushetsplikt.

For det første vil tilsynet uavhengig av avsenders synspunkt måtte vurdere om opplysningene inneholder forretningshemmeligheter som angår andre enn avsender.

For det andre må tilsynet vurdere om de opplysninger avsender krever unntatt offentlighet er forretningshemmeligheter, og om de skal unntas offentlighet eller partsoffentlighet. Erfaringsmessig vil avsenders syn på hvilke opplysninger som er underlagt taushetsplikt kunne gå lengre enn det rettslig sett er grunnlag for.

Etter departementets syn innebærer ikke forslaget til ny § 18 b en endring av rettstilstanden hva gjelder straffe- og erstatningsansvar for Konkurransetilsynet eller saksbehandlere i tilsynet, der en saksbehandler i strid med taushetsplikten gir ut opplysninger som er forretningshemmeligheter unntatt offentlighet eller partsoffentlighet. Det vil på samme måte som i dag være relevant for vurderingen av om det var uaktsomt å gi ut opplysningene, at avsender har opplyst om at vedkommende ikke vurderer at opplysningene er å anse som forretningshemmeligheter for avsenders vedkommende. I tillegg vil avsenders standpunkt til at opplysningene ikke er forretningshemmeligheter, kunne anses som et samtykke til at opplysningene offentliggjøres, jf. forvaltningsloven § 13 a.

Forslag til bestemmelse vil tydeliggjøre den presumsjonen som oppstår når avsender etter en klar oppfordring om å informere Konkurransetilsynet om opplysninger som kreves unntatt offentlighet, ikke gjør gjeldene at opplysninger i de aktuelle dokumentene er unntatt offentlighet.

Et annet spørsmål er hvilke av de dokumenter tilsynet mottar, som skal omfattes av bestemmelsen i forslaget til § 18 b. Etter departementets syn vil en naturlig avgrensning være de dokumenter Konkurransetilsynet får som erfaringsmessig vil bli gitt ut til andre under tilsynets saksbehandling. Dette vil gjelde meldingen tilsynet mottar etter § 18, med vedlegg, og melder eventuelle forslag til avhjelpende tiltak etter § 16 annet ledd. Dette er dokumenter Konkurransetilsynet under saksbehandlingen som en hovedregel vil gjøre offentlig tilgjengelig, eller bruke til å innhente synspunkter fra andre aktører. Videre vil dette gjelde opplysninger tilsynet innhenter under saksbehandlingen med hjemmel i § 24 første ledd. Der opplysningene innhentes fra tredjeparter, vil partene som en del av retten til kontradiksjon, få tilgang til dokumentene, noe som etter departementets syn begrunner at avsender opplyser om og begrunner hvorfor dokumentene inneholder eventuelle forretningshemmeligheter.

Slik departementet ser det vil bestemmelsen reelt sett ikke påføre melder og andre Konkurransetilsynet mottar informasjon fra en vesentlig større belastning enn det som er situasjonen i

<sup>29</sup> Forskrift av 28. april 2004 nr. 673 om melding av foretakssammenslutninger mv. § 1 annet ledd.



dag. Konkurransetilsynet vil ved utarbeiding av offentlige versjoner av de dokumentene dette gjelder også i dag henvende seg til avsender av dokumentene for å få informasjon, herunder innhente avsenders begrunnede syn på om opplysningene inneholder forretningshemmeligheter. Forskjellen ligger i at dette nå skal skje uoppfordret, samt at innsending av utkast til offentlige versjoner er avgjørende for fristberegning, jf. nedenfor.

Departementet forutsetter at Konkurransetilsynet ved innhenting av opplysninger med hjemmel i § 24, veileder adressaten om plikten til å avmerke opplysninger underlagt taushetsplikt og begrunne hvorfor opplysningene er underlagt taushetsplikt, samt konsekvensene av å unnlate å gjøre dette, slik dette er fastsatt i departementets forslag til § 18 b.

Departementet slutter seg også til utvalgets forslag om at saksbehandlingsfristen for behandling av foretakssammenslutninger ikke skal begynne å løpe før melder har inngitt en offentlig versjon av meldingen, samt at forslag til avhjelpende tiltak ikke skal anses fremsatt før offentlig versjon av forslaget er inngitt tilsynet, jf. departementets forslag til § 20 femte ledd. Det samme gjelder utvalgets forslag om at et skriftlig krav fra tilsynet om at de involverte foretakene gir opplysninger innen en frist ikke anses oppfylt før tilsynet har mottatt en offentlig versjon av dokumentene, jf. departementets forslag til § 20 sjette ledd. Dette vil være med på å sikre at melder sender offentlig versjon på det tidspunkt reglene foreskriver.

På samme måte som utvalget, anser departementet at veiledning for hvordan avsender kan begrunne at opplysninger er forretningshemmeligheter kan hentes i Justisdepartementets «Rettleiar til offentleglova» punkt 6.2.4 «Teieplikt om næringsopplysningar etter forvaltningslova § 13». En nærmere regulering av begrunnelsesplikten kan gis i forskrift, jf. departementets forslag til forskriftshjemmel i § 18 b annet ledd.

## 6.8 Tilknyttede begrensninger

### 6.8.1 Gjeldende rett

Etter gjeldende § 16 sjette ledd er begrensninger «som er direkte knyttet til» en foretakssammenslutning eller et minoritetsserverv «ikke i strid med § 10 eller § 11 dersom de er nødvendige for gjennomføring av foretakssammenslutningen eller ervervet, og foretakssammenslutningen eller ervervet sammen med de tilknyttede begrensningene ikke fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål».

Bestemmelsen bygger på læren om tilknyttede begrensninger (ancillary restraints) i EU-retten. Etter denne læren vil en konkurransebegrensning gå klar av forbudet i § 10 dersom den er underordnet og direkte knyttet til en lovlig hovedavtale og er nødvendig for gjennomføringen av denne. Læren om tilknyttede begrensninger er utviklet i rettspraksis fra EU-domstolen<sup>30</sup> og utgjør således et domstolskapt unntak fra anvendelsen av § 10. Kommisjonen behandler læren om tilknyttede begrensninger i sine retningslinjer for anvendelsen av TEUV artikkel 101 nr. 3<sup>31</sup> tilsvarende konkurranseloven § 10 tredje ledd, og har også gitt en egen kunngjøring om begrensninger som er direkte knyttet til og nødvendige for gjennomføringen av foretakssammenslutninger.<sup>32</sup>

Et vanlig eksempel på en konkurransebegrensning som vil kunne falle inn under læren om tilknyttede begrensninger og derfor falle utenfor forbudsbestemmelsen i § 10, er at selgeren av et foretak forplikter seg for en periode til ikke å drive konkurrerende virksomhet med det solgte foretaket.

Bestemmelsen i § 16 sjette ledd viser generelt til læren om tilknyttede begrensninger, og forutsetter ikke at det foreligger et vedtak etter § 16 eller at en foretakssammenslutning er meldt. Bestemmelsen medfører heller ikke at Konkurransetilsynet er avskåret fra å ilegge overtredelsesgebyr mot en konkurransebegrensning i strid med § 10, selv om tilsynet ble gjort kjent med konkurransebegrensningen under vurderingen av en meldt foretakssammenslutning og saksbehandlingsfristene i § 20 for å gripe inn mot foretakssammenslutningen er utløpt.

Konkurransetilsynet tar under vurderingen av meldte foretakssammenslutninger ikke eksplisitt stilling til om eventuelle konkurransebegrensninger relatert til en foretakssammenslutning er i strid med § 10. Konkurransetilsynet har i enkelte saker gitt melder uformell veiledning vedrørende konkurransebegrensninger relatert til den aktuelle foretakssammenslutningen når tilsynet har ansett at disse kan være i strid med § 10 og således ikke tilknyttede og nødvendige for foretakssammenslutningen. Dette endrer likevel ikke at det etter gjeldende rett er partene som selv må vurdere og bære risikoen for om en konkurranse-

<sup>30</sup> Se blant annet Remia BV mfl. mot Kommisjonen, sak 42/84.

<sup>31</sup> Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikkel 81, stk. 3 (2004/C 101/08), punkt 2.2.3 avsnitt 28 flg.

<sup>32</sup> Kommissionens meddelelse om konkurrencebegrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for gennemførelsen af fusioner (2005/C 56/03).

begrensning fyller vilkårene for unntak fra § 10 etter læren om tilknyttede begrensninger.<sup>33</sup>

### 6.8.2 Utvalgets forslag

Utvalget behandler tilknyttede begrensninger i utredningens punkt 8.5.6.1. Etter utvalgets vurdering har bestemmelsen i § 16 sjette ledd ingen selvstendig betydning. Bestemmelsen gjelder generelt og er ikke knyttet opp mot meldeplikten eller vedtak fra Konkurransetilsynet etter § 16. Videre gir bestemmelsen heller ikke noe eget unntak fra § 10, men viser bare til vurderingen som følger av praksis etter samarbeidsforbudet. Bestemmelsen viser til nødvendighetsvurderingen som følger av rettspraksis, jf. doktrinen om tilknyttede begrensninger (ancillary restraints) og til at den bare gjelder der inngrepsvilkåret etter § 16 første ledd ikke er oppfylt.

Konkurransetilsynet fatter ikke eksplisitte vedtak om å godkjenne foretakssammenslutninger. Tilsynet vil derfor heller ikke ha tatt eksplisitt stilling til om eventuelle konkurransebegrensninger tilknyttet foretakssammenslutningen tilfredsstillende nødvendighetskriteriet når tilsynet ikke griper inn mot en foretakssammenslutning. Slik utvalget ser det, klareres heller ikke atferdsreguleringer etter § 16 sjette ledd i saker hvor foretakssammenslutninger godkjennes på vilkår.

Utvalget stiller spørsmål ved om det ikke er behov for en hjemmel til å klarere atferdsreguleringer der foretakssammenslutninger godkjennes på vilkår, men lar dette ligge under henvisning til at utvalget ikke foreslår at meldepliktige fusjoner skal godkjennes eksplisitt når inngrepsvilkåret ikke er oppfylt. Utvalget foreslår at bestemmelsen i § 16 sjette ledd oppheves og at partene selv foretar en vurdering av om restriksjoner går klar av § 10 etter ancillary restraints-doktrinen slik denne er utviklet gjennom praksis i EU/EØS-retten.

### 6.8.3 Høringsinstansene

*Konkurransetilsynet* støtter utvalgets forslag om å oppheve § 16 sjette ledd om tilknyttede begrensninger. Tilsynet er enig med utvalget i at bestemmelsen ikke har noen selvstendig betydning ut over å tydeliggjøre nødvendighetskriteriet i § 10 ved vurderingen av om en begrensning skal anses som tilknyttet (ancillary) til en foretakssammen-

slutning eller ikke. Bestemmelsen presiserer bare når vilkårene etter § 10 ikke er oppfylt. Tilsynet er derfor enig med utvalget i at slike begrensninger i fremtiden bør underlegges en selvstendig vurdering etter ancillary restraints-doktrinen slik denne er utviklet i praksis fra EU/EØS.

### 6.8.4 Departementets vurderinger

Departementet er enig i utvalgets vurdering av § 16 sjette ledd og støtter utvalgets forslag om å oppheve bestemmelsen. Bestemmelsen kan ikke ses å ha noen selvstendig funksjon da dens innhold følger av § 10 og læren om nødvendige tilknyttede begrensninger. Partene må, slik departementet vurderer gjeldende rett, selv vurdere om en konkret konkurransebegrensning er å anse som en nødvendig tilknyttet begrensning (ancillary restraint) til en foretakssammenslutning og derfor ikke i strid med samarbeidsforbudet i § 10. Aktørens ansvar for selv å vurdere om konkurransebegrensninger går klar av § 10, endres ikke av bestemmelsen i § 16 sjette ledd.

Et fravær av inngrep mot en meldt foretakssammenslutning kan derfor ikke anses som en klarering av at eventuelle konkurransebegrensninger er tilknyttede begrensninger som går klar av § 10. Heller ikke der det gripes inn mot foretakssammenslutninger ved vedtak som tillater foretakssammenslutningen på vilkår, har Konkurransetilsynet bindende tatt stilling til om eventuelle konkurransebegrensninger faller inn under læren om tilknyttede begrensninger.

Departementet slutter seg på denne bakgrunn til utvalgets forslag om å oppheve bestemmelsen i § 16 sjette ledd. Læren om tilknyttede begrensninger vil fortsatt og uavhengig av opphevelsen få anvendelse ved vurderingen av om konkurransebegrensninger knyttet til foretakssammenslutninger er i strid med § 10. Å oppheve § 16 sjette ledd medfører slik departementet ser det, derfor ingen endring av gjeldende rett, men er begrunnet i at bestemmelsen er overflødig og ikke har noen selvstendig betydning for tolkingen av § 10 anvendt på begrensninger tilknyttet foretakssammenslutninger.

Praksis fra EU-retten samt retningslinjer fra Kommisjonen vil, som ved anvendelsen av § 10 for øvrig, være relevante tolkningsmomenter.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 85 og 230.

<sup>34</sup> Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 68, og vedrørende tilknyttede begrensninger spesielt side 85.

## 6.9 Atferdsmessige virkninger av fellesforetak

### 6.9.1 Gjeldende rett

Et fellesforetak (joint venture) er et foretak hvor to eller flere virksomheter eller personer har mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over foretakets strategiske kommersielle beslutninger.<sup>35</sup>

Et fellesforetak kan være et samarbeid av begrenset omfang og varighet. Dette vil være tilfellet for et tidsbegrenset prosjektsamarbeid som bare gjelder en av de funksjoner et selvstendig foretak har. Et eksempel på dette er der to foretak går sammen om et fellesforetak som skal drive med forskning og begge eierselskapene skal få utnytte resultatene.

Et fellesforetak kan på den annen side være et varig og omfattende samarbeid, hvor fellesforetaket blir tilført betydelige egne ressurser, i form av personell, kapital og andre aktiva, og fellesforetaket selv står for alle funksjoner et selvstendig fungerende foretak har og opererer som en selvstendig enhet i et marked.

Opprettelsen av et fellesforetak «som på varig grunnlag ivaretar alle funksjoner som hører under en uavhengig økonomisk enhet» utgjør etter § 17 annet ledd en foretakssammenslutning, og vil i det følgende bli omtalt som et fullfunksjons fellesforetak.

Konkurransetilsynet skal, på samme måte som overfor andre foretakssammenslutninger, gripe inn mot etableringer av fullfunksjons fellesforetak der dette fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i de aktuelle relevante markedene.

Etableringen av et fullfunksjons fellesforetak kan i tillegg ha konkurransebegrensende virkninger ved at den leder til en samordning mellom de stiftende selskapene (eierselskapene). Denne begrensningen av konkurransen mellom eierselskapene omtales som «atferdsmessige virkninger» eller «spillover effekter» av å opprette et fullfunksjons fellesforetak.

Konkurranseloven fastsetter ingen spesifikk regulering av disse atferdsmessige virkningene av å opprette et fullfunksjons fellesforetak. På samme måte som for tilknyttede begrensninger, som omtalt ovenfor i punkt 6.8, innebærer ikke et fravær av inngrep mot opprettelsen av et fullfunksjons fellesforetak at Konkurransetilsynet har vurdert om det foreligger brudd på § 10. Videre vil til-

synet heller ikke være avskåret fra senere, etter at meldingen om foretakssammenslutningen er ferdigbehandlet, å igangsette en § 10 sak på grunnlag av de atferdsmessige virkningene av transaksjonen.

Konkurransetilsynet har i sin avgjørelsespraksis gitt uttrykk for at det, på samme måte som for tilknyttede begrensninger, er partenes ansvar og risiko å vurdere om det foreligger brudd på § 10. Dette standpunktet fremgår av tilsynets avgjørelse i Statkraft AS/Agder Energi hvor det heter: «Etablering av et selvstendig fungerende fellesforetak kan også føre til samordning av fortsatt uavhengige selskapers konkurranseatferd. Det er partenes ansvar å tilpasse seg slik at deres opptreden ikke er i strid med konkurranse-loven § 10 om konkurransebegrensende avtaler mellom foretak og/eller § 11 om utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.»<sup>36</sup>

Atferdsmessige virkninger som følge av etableringen av et fullfunksjons fellesforetak, er derimot regulert i fusjonskontrollreglene i EU/EØS-retten. Dette følger av fusjonsforordningen/ODA protokoll 4 kapittel IV artikkel 2. nr. 4: «I det omfang, hvor etableringen af et joint venture, som udgør en fusion efter artikel 3, har til formål eller til følge at samordne fortsat uafhængige virksomheders konkurrenceadfærd, vurderes denne samordning efter kriterierne i traktatens artikel 81, stk. 1 og 3, for at fastslå, om transaksjonen er forenelig med fællesmarkedet.»

Videre følger det av fusjonsforordningen artikkel 2 nr. 5 at det ved denne vurderingen særlig skal hensyntas «om der samtidig findes to eller flere stiftende virksomheder, som på markant vis gør sig gældende på samme marked som joint venture-selskabet eller på et marked i et tidligere eller efterfølgende led i forhold til dette marked eller på et beslægtet marked, som er nært forbundet med dette marked» og «om de deltagende virksomheder i kraft af deres samordning, der direkte skyldes joint venture-selskabets oprettelse, har mulighed for at hindre konkurransen for en væsentlig del af de pågældende varer og tjenesteydelser».

De nevnte bestemmelsene i EU/EØS-retten foreskriver således at det under vurderingen av foretakssammenslutningen skal foretas en vurdering etter samarbeidsforbudet, tilsvarende § 10, av om etableringen av et fullfunksjons fellesforetak leder til en samordning mellom eierselskapene.

Kommisjonen har i sin avgjørelsespraksis grepet inn mot opprettelse av fullfunksjons fellesforetak på grunnlag av de atferdsmessige virkningene

<sup>35</sup> Se Kommisjonens Consolidated Jurisdictional Notice avsnitt 62 flg.

<sup>36</sup> Avgjørelse A2009-20.

som oppstod mellom de stiftende foretakene. Kommisjonen avslutter alle foretakssammenslutningsaker med et formelt vedtak, også der det ikke gjøres inngrep. Det er sikker rett at et kommisjonsvedtak om ikke å gripe inn mot en foretakssammenslutning innebærer at atferdsmessige virkninger mellom de stiftende foretak også er klarert av Kommisjonen. Kommisjonen kan derfor ikke senere opprette en sak for overtredelse av samarbeidsforbudet for de samme forhold som tidligere har vært meldt og klarert i en foretakssammenslutning.

### 6.9.2 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår i utredningens punkt 8.5.6.2 å innføre en ny bestemmelse som gjelder vurdering av atferdsmessige virkninger ved etablering av fellesforetak som utgjør foretakssammenslutninger, etter mønster fra EU/EØS-retten, jf. fusjonsforordningen/ODA protokoll 4 kapittel IV artikkel 2 nr. 4 og 5, som gjengitt ovenfor. Etter utvalgets forslag skal de atferdsmessige virkningene som oppstår mellom de stiftende selskap ved opprettelsen av et fullfunksjons fellesforetak, vurderes under behandlingen av sammenslutningen med tanke på om det skal legges ned forbud mot sammenslutningen som følge av at den fører til samordning i strid med § 10. Der foretakssammenslutningen ikke forbyes under reglene for kontroll med foretakssammenslutninger, vil tilsynet være avskåret fra senere å åpne en overtredelsessak for det samme forholdet.

Etter utvalgets forslag vil dette ikke gjelde for fullfunksjons fellesforetak som er under meldingspliktstærskelen etter at fristen på tre måneder for å pålegge melding er utløpt. Videre vil immuniteten mot at tilsynet senere åpner en sak ikke gjelde separate eller senere avtaler selv om foretakssammenslutningen er meldt. Immuniteten gjelder atferdsmessige virkninger mellom foretak som alle kan føres tilbake til fusjonsavtalen.

Utvalget begrunner de ulike løsningene som foreslås for henholdsvis tilknyttede begrensninger og atferdsmessige virkninger av fellesforetak, med at spesifikt avtalte begrensninger på morselskaper/selgere er noe annet enn atferdsmessige virkninger av selve transaksjonen. Utvalget viser også til at det ikke er utviklet en doktrine vedrørende atferdsmessige virkninger under § 10, slik det er for tilknyttede begrensninger.

### 6.9.3 Høringsinstansene

*Konkurransetilsynet* er i tvil om det bør innføres en regel om atferdsmessige virkninger (spillover

effekter) av fullfunksjons fellesforetak slik utvalget foreslår, hvor disse virkningene anses klarert og ikke gir grunnlag for inngrep etter at behandlingen av foretakssammenslutningen er avsluttet. Tilsynet ser dette i sammenheng med at saker som ikke leder til inngrep, ikke avsluttes med et formelt vedtak i norsk rett, og at det derfor er tvil om hvilke virkninger Konkurransetilsynet har tatt stilling til ved vurderingen av transaksjonen.

Tilsynet støtter utvalget i at det er behov for en lovregulering dersom atferdsmessige virkninger ikke skal kunne gi grunnlag for inngrep etter at behandlingen av en foretakssammenslutning er avsluttet.

### 6.9.4 Departementets vurderinger

Departementet slutter seg til utvalgets forslag om å innføre en bestemmelse tilsvarende fusjonsforordningen/ODA protokoll 4 kapittel IV artikkel 2 nr. 4, som et nytt femte ledd i § 16.

Etablering av et fullfunksjons fellesforetak vil kunne føre til en konkurransebegrensende samordning mellom eierselskapene, for eksempel der flere eierselskaper er aktive i et marked oppstrøms eller nedstrøms til markedet hvor fellesforetaket har sin aktivitet.

Etter departementets syn er det hensiktsmessig at disse atferdsmessige virkningene ved å opprette et fullfunksjons fellesforetak vurderes av Konkurransetilsynet etter samarbeidsforbudet i § 10 under tilsynets behandling av melding om etablering av fullfunksjons fellesforetak. Konkurransetilsynet vil under behandling av meldinger om foretakssammenslutninger få opplysninger om og bruke ressurser på å sette seg inn i markedene og de aktuelle foretakenes virksomhet. Det er derfor hensiktsmessig at tilsynet samtidig vurderer om foretakssammenslutningen vil føre til konkurransebegrensende samordning i strid med § 10 mellom eierne av fellesforetaket som blir opprettet.

Der etableringen av fellesforetaket fører til konkurransebegrensende samordning mellom eierselskapene i strid med § 10, skal tilsynet etter departementets forslag til nytt § 16 femte ledd gripe inn mot foretakssammenslutningen. Inngrepet kan bestå i et vedtak om forbud eller et vedtak om avhjelpende tiltak foreslått av partene, på samme måte som inngrep mot foretakssammenslutninger for øvrig, jf. § 16 første og annet ledd. I departementets forslag til lovtekst er utvalgets ordlyd «skal nedlegge forbud» erstattet med ordlyden «skal gripe inn» i forslaget til § 16 femte ledd. Dette for at tilsynet skal ha adgang til å fatte

vedtak om avhjelpende tiltak og ikke kun forbudsvedtak der avhjelpende tiltak er egnet og tilstrekkelig til å avbøte konkurransebegrensningen. Bestemmelsen i § 16 annet ledd om avhjelpende tiltak vil således gjelde. Det vises til punkt 6.3 ovenfor for en nærmere redegjørelse for denne bestemmelsen.

Inngrep vil etter forslaget til ny § 16 femte ledd ikke kreve at foretakssammenslutningen fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen. Vurderingstemaet er om foretakssammenslutningen vil føre til en samordning mellom eierselskapene som er i strid med § 10. Den materielle vurderingen må gjøres ut fra innholdet i § 10 første og tredje ledd.

Bestemmelsen krever således at Konkurransetilsynet under vurderingen av melding om foretakssammenslutning for fullfunksjons fellesforetak eksplisitt tar stilling til om det som følge av foretakssammenslutningen oppstår en samordning mellom eierselskapene i strid med § 10. Konkurransetilsynet vil derfor når det ikke er grepet inn på dette grunnlag mot en meldt foretakssammenslutning, være avskåret fra på et senere tidspunkt å forfølge det samme forholdet etter konkurranselovens forbudsbestemmelser.

Dette vil kun gjelde for fullfunksjons fellesforetak som er meldt til Konkurransetilsynet, og det vil videre kun gjelde samordning som partene har gitt opplysninger til Konkurransetilsynet om og som er en direkte følge av etableringen av fellesforetaket. Tilsynet vil ikke være avskåret fra å senere angripe en samordning mellom eierselskapene dersom denne samordningen ikke fremgår av informasjonen partene har gitt tilsynet under behandlingen av meldingen om foretakssammenslutning. Heller ikke der det skjer en utvikling eller en endring i samordningen mellom partene som er relevant for om det foreligger et brudd på § 10, vil Konkurransetilsynet være avskåret fra å forfølge forholdet senere.

De atferdsmessige virkningene i form av samordning mellom eierselskapene er en direkte følge av strukturendringen opprettelsen av fellesforetaket fører til. Departementet anser på samme måte som utvalget, at disse virkningene er av en annen karakter enn tilknyttede avtaler som omhandlet ovenfor i punkt 6.8. Videre viser departementet til at innholdet av læren om tilknyttede begrensninger i stor grad er fastlagt i rettspraksis både i dommer fra EU-domstolen og avgjørelser fra Kommisjonen, samt i Kommisjonens retningslinjer. Det samme er ikke tilfellet for atferdsmessige virkninger av å opprette fullfunksjons fellesforetak, hvor det i dag kun foreligger Kommisjons-

avgjørelser. Departementet antar på denne bakgrunn at partene vil ha et større behov for en avklaring fra Konkurransetilsynet på om fellesforetaket fører til konkurransebegrensende samordning mellom eierselskapene, enn hva tilfellet er for tilknyttede begrensninger hvor rettstilstanden er mer avklart.

Utvalget har i sitt forslag til lovtekst valgt å innta innholdet i fusjonsforordningen artikkel 2 nr. 5, som angir vurderingstema Kommisjonen særlig skal hensynta. Departementet foreslår å ikke ta inn i lovteksten de vurderingstema som skal legges til grunn ved anvendelsen av bestemmelsen. EU-retten, herunder fusjonsforordningen artikkel 2 nr. 5 og avgjørelsespraksis fra Kommisjonen, vil være veiledende for anvendelsen av bestemmelsen. Det forhold at EU-retten stadig er i endring og vil utvikles over tid taler etter departementets syn for at det ikke er hensiktsmessig å lovfeste vurderingstemaene. Departementet viser i denne sammenheng også til at heller ikke i svensk rett, til tross for EU-harmonisering på dette punktet, er vurderingskriteriene som følger av fusjonsforordningens artikkel 2 nr. 5 inkludert i selve lovteksten.<sup>37</sup>

## 6.10 Velfungerende nordisk eller europeisk marked

### 6.10.1 Gjeldende rett

Konkurranseloven § 16 fjerde ledd lyder som følger: «Inngrep etter første og annet ledd kan ikke finne sted dersom det foreligger et velfungerende nordisk eller europeisk marked og foretakssammenslutningen eller ervervet etter annet ledd heller ikke virker negativt for norske kunder».

Bestemmelsen er en videreføring av § 3-12 i konkurranseloven av 1993, som kom inn etter et Dok. 8 forslag i 2003. Bakgrunnen for innføringen av bestemmelsen var et ønske om et sterkt nasjonalt eierskap innen kraftproduksjon.<sup>38</sup>

### 6.10.2 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår i utredningens punkt 8.5.2.3 at bestemmelsen oppheves. Etter utvalgets syn inneholder bestemmelsen klare selvmotsigelser. Dersom vilkårene for inngrep etter gjeldende § 16 første eller annet ledd er oppfylt, kan ikke markedet være velfungerende. Bestemmelsen har ikke hatt praktisk betydning.

<sup>37</sup> Jf. Konkurrentslag SFS 2008:579 fra 18. juni 2008 4. kap. 1 §.

<sup>38</sup> Innst. O. nr. 109 – (2002-2003).

### 6.10.3 Høringsinstansene

I høringen har ingen gått i mot utvalgets forslag om å oppheve bestemmelsen i § 16 fjerde ledd. *Arntzen de Besche Advokatfirma AS* stiller seg positiv til forslaget om å oppheve bestemmelsen.

### 6.10.4 Departementets vurderinger

Departementet slutter seg til utvalgets forslag og begrunnelse for å oppheve § 16 fjerde ledd.

Bestemmelsen inneholder tilsynelatende et unntak fra inngrepsbestemmelsene i § 16 første og annet ledd, som fastsetter at det skal gripes inn mot foretakssammenslutninger som fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen. Det er et vilkår for at unntaket etter § 16 fjerde ledd skal komme til anvendelse at det foreligger et velfungerende nordisk eller europeisk marked og at transaksjonen ikke virker negativt for norske kunder. Der det relevante markedet er velfungerende og transaksjonen ikke virker negativt for kundene, vil det i utgangspunktet heller ikke foreligge en vesentlig begrenset konkurranse som kan begrunne et inngrep. Departementet ser ikke at bestemmelsen har noen rettslig betydning ved vurderingen av foretakssammenslutninger eller minoritetserverv og foreslår at den oppheves.<sup>39</sup>

Departementet peker videre på at bestemmelsen er uheldig ved at den bryter med det skillet

konkurranseloven oppstiller mellom den konkurransefaglige vurderingen på den ene siden, og den politiske avveiningen Kongen i statsråd gjør etter konkurranseloven § 21. Innføringen av § 16 fjerde ledd var motivert av et ønske om et sterkt nasjonalt eierskap innen kraftproduksjon. En politisk vurdering hvor konkurransepolitiske hensyn avveies mot andre politiske målsettinger, bør foretas av regjeringen som politisk organ etter reglene i § 21, og ikke av Konkurransetilsynet ved håndheving av kontrollen med foretakssammenslutninger. Departementet viser i denne sammenheng til at det fra departementets side, i forbindelse med endringer av § 21 i 2008,<sup>40</sup> ble fremholdt at Konkurransetilsynet bare har anledning til å vurdere de konkurransemessige virkningene av foretakssammenslutninger, og ikke kan ta hensyn til eventuelle andre konsekvenser. Dette prosessuelle skillet mellom faglige og politiske vurderinger som ble innført i konkurranseloven i 2004, var ikke like klart da forløperen til § 16 fjerde ledd, § 3-12 i konkurranseloven av 1993, ble vedtatt.

Hensynet til rolleklarhet for Konkurransetilsynets virksomhet og et klart skille mellom konkurransefaglige og politiske vurderinger taler etter departementets syn også for at bestemmelsen i § 16 fjerde ledd oppheves.

<sup>39</sup> Jf. St.prp. nr. 1 (2003-2004) side 80-85.

<sup>40</sup> Ot.prp. nr. 35 (2007-2008) side 2.

## 7 Minoritetserverv

### 7.1 Gjeldende rett

Minoritetserverv er erverv av aksjer eller andeler i et foretak som ikke fører til kontroll og derfor faller utenfor begrepet foretakssammenslutning i konkurranseloven.<sup>1</sup> Konkurranseloven fastsetter i § 16 annet ledd at Konkurransetilsynet skal gripe inn mot minoritetserverv der ervervet fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Så langt har det ikke vært grepet inn mot minoritetserverv etter denne bestemmelsen.

Personelle koblinger, hvor samme person har styreplass eller ledende posisjoner i flere konkurrerende virksomheter, er ikke regulert i konkurranseloven.

### 7.2 Utvalgets forslag

Utvalget redegjør i utredningens kapittel 9 for mulige konkurransebegrensende virkninger av minoritetseierskap. Videre redegjør utvalget for hvilke kontrollmuligheter som følger av den nevnte inngrepshjemmelen i § 16 annet ledd.

Utvalget redegjør også for hvilken rolle forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid og utnyttelse av dominerende stilling har hatt i regulering av minoritetseierskap i EU-retten. Det peker på begrensninger som gjør seg gjeldene ved bruk av disse forbudsbestemmelsene til å fange konkurransebegrensende virkninger av minoritetseierskap.

Utvalget anser at det gjeldende regelverket, inngrepshjemmelen i § 16 annet ledd og atferdsbestemmelsene i § 10 og § 11, har svakheter og begrensninger når det gjelder muligheten til å regulere konkurransebegrensende virkninger av minoritetserverv.

Utvalget foreslår likevel at hjemmelen i § 16 annet ledd til å gripe inn mot minoritetserverv videreføres. Hovedbegrunnelsen for dette er behovet for å kunne gripe inn mot minoritetser-

verv på bakgrunn av påvirkningen slike erverv kan ha på insentivene til å konkurrere.

Det foreslås videre at regelen om minoritetserverv skilles ut fra § 16, og føres over til en egen bestemmelse. Ved å innta reguleringen i en egen bestemmelse synliggjøres det at regelen er forskjellig fra fusjonskontrollen.

Utvalget foreslår også at det utredes om det skal innføres en særskilt regulering av personelle koblinger i konkurranseloven. Slike regler kan ha en preventiv effekt ved at det reduserer risikoen for at konkurransesensitiv informasjon utveksles mellom konkurrenter gjennom personelle koblinger. Det erkjennes på den annen side at en slik regulering vil være et inngrep i eierens adgang til selv å utpeke styremedlem i sine foretak. Utvalget peker på at slike koblinger på visse vilkår er forbudt etter konkurransereglene i amerikansk rett. Videre viser utvalget til at finansieringsvirksomhetsloven § 2-8 begrenser adgangen til å være medlem av et styrende organ eller ha en ledende stilling i mer enn én finansinstitusjon. Av hensyn til utvalgets tid og ressurser og til at Kommisjonen er i gang med å utrede den økonomiske betydningen av minoritetseierskap, har utvalget ikke utredet nærmere behovet for og virkningen av å innføre en regulering av personelle koblinger i konkurranselovningen.

### 7.3 Høringsinstansene

Konkurransetilsynet og Forbrukerrådet støtter utvalgets forslag om å videreføre inngrepshjemmelen mot minoritetserverv, og at det utredes nærmere om det skal innføres et forbud mot visse personelle koblinger. Advokatforeningen og NHO støtter ikke forslaget om å opprettholde inngrepsadgangen mot minoritetserverv. Nærings- og handelsdepartementet anbefaler at minoritetseierskap utredes nærmere.

*Konkurransetilsynet* slutter seg til utvalgets analyse av skadevirkninger minoritetserverv kan lede til, og mener at det er viktig at konkurranseloven inneholder effektive virkemidler for å fange opp denne type erverv. Konkurransetilsynet er

<sup>1</sup> § 17 første ledd bokstav b.

også enig med utvalget i at gjeldende regelverk, §§ 16 annet ledd, 10 og 11, inneholder svakheter og begrensninger som gjør det vanskelig å føre en fullgod kontroll med minoritetserverv.

Konkurransetilsynet mener at det like fullt er behov for å opprettholde inngrepsadgangen, om enn som en sikkerhetsventil. Tilsynet er derfor enig med utvalget i at inngrepshjemmelen bør videreføres. Tilsynet er også enig med utvalget i at det er hensiktsmessig å flytte hjemmelen til en egen bestemmelse, for å synliggjøre at strukturreguleringen av minoritetserverv er forskjellig fra den «ordinære» fusjonskontrollen.

Konkurransetilsynet er videre enig med utvalget i at minoritetserverv vil kunne føre til konkurranse-skadelig utveksling av informasjon, for eksempel gjennom styrerepresentasjon. Dette er primært et atferdsmessig problem. Tilsynet er enig i at konkurranse-loven § 10 og § 11 et stykke på vei kan anvendes for å møte disse utfordringene. Det er imidlertid etter gjeldende rett problematisk å oppdage eller føre bevis for at det skjer konkurranse-skadelig utveksling av informasjon gjennom styre-representasjon. Tilsynet anser derfor at oppdagelsesrisikoen er minimal, i det informasjonsutvekslingen skjer i faste og legale kanaler som det er lite naturlig at tilsynsmyndighetene fører kontroll med.

Konkurransetilsynet stiller seg derfor i utgangspunktet positiv til at det innføres en bestemmelse i konkurranse-loven som direkte regulerer personelle koblinger mellom foretak, selv om det erkjennes at en slik bestemmelse vil være et inngrep i eiernes frihet til selv å utpeke styremedlemmer. En slik bestemmelse vil kunne ha både en preventiv funksjon og gjøre det enklere for tilsynet å etterforske og håndheve denne type konkurransebegrensende informasjonsutveksling.

Konkurransetilsynet anser at forbudet ikke bør utformes så detaljert eller komplisert at en står i fare for å redusere de positive virkningene bestemmelsen er ment å gi. Slik tilsynet ser det, kan en regulering enklest skje ved å forby den som er medlem av et styrende organ eller innehar en ledende stilling i et foretak, samtidig å være medlem av et styrende organ i et konkurrerende foretak. Tilsynet legger derfor til grunn at et generelt forbud etter mønster av finansieringsvirksomhetsloven § 2-8, men uten adgang til å gjøre unntak i forskrift, vil kunne være den mest hensiktsmessige reguleringen. En overtredelse av forbudet bør kunne sanksjoneres på tilsvarende måte som overtredelse av § 10.

*Forbrukerrådet* støtter forslaget om å opprettholde inngrepsadgangen i § 16 annet ledd. For-

brukerrådet støtter videre at det vurderes nærmere om det er grunnlag for å innføre et generelt forbud mot styrerepresentasjon i konkurrerende foretak etter mønster av amerikansk rett og finansieringsvirksomhetsloven § 2-8. Dette kan hindre at konkurrenter utveksler konkurranse-sensitiv informasjon. Slik styrerepresentasjon er særlig betenkelig i konsentrerte markeder, hvor skadepotensialet ved informasjonsutveksling er stor. Det bør derfor vurderes om det kan innføres et forbud, i hvert fall i enkelte konsentrerte markeder, som for eksempel dagligvaremarkedet.

*Nærings- og handelsdepartementet* anbefaler at minoritetseierskap og personelle koblinger og dets mulige virkninger på konkurransen og virkninger på den samlede verdiskapningen utredes nærmere. Minoritetseierskap kan også ha positive virkninger på kapitalmarkedet generelt, ved at det bidrar til tilstrekkelig likviditet i aksjemarkedet. Mulige effekter på kapitalmarkedets virkemåte bør vurderes nøye. Det anbefales at det ses hen til utviklingen i andre land og kunnskap og erfaring derfra.

*Advokatforeningen* er skeptisk til en videreføring av Konkurransetilsynets hjemmel til å gripe inn mot minoritetserverv med hjemmel i strukturreglerne. Det skal mye til for at et erverv som ikke fører til endringer i kontroll skal ha negative strukturelle virkninger. Hjemmelen er en særnorsk regel i internasjonal sammenheng, og erfaringen med nåværende § 16 annet ledd bekrefter at det ikke er behov for å gripe inn mot minoritetserverv med hjemmel i strukturreglerne. Eventuelle atferdsmessige virkninger, for eksempel informasjonsutveksling, bør kunne håndteres med hjemmel i § 10 og § 11.

Advokatforeningen er også skeptisk til utvalgets forslag om eksplisitt regulering av minoritetseierskap. Også på dette punkt bør regulering primært skje med hjemmel i konkurranse-lovens atferdsforbud. Dersom minoritetseierskap skal reguleres eksplisitt bør det uansett utredes nærmere. Det vil være naturlig å se hen til det utredningsarbeidet som for tiden gjøres i Kommisjonen.

*NHO* støtter ikke forslaget om å opprettholde adgangen til å gripe inn mot minoritetserverv og foreslår at regelen fjernes. Det vises til at bestemmelsen ikke har vært brukt til nå, og at det per i dag ikke er en tilsvarende inngrepsadgang i EU/EØS. Det er også usikkert hvordan den skal brukes. *NHO* foreslår at en inngrepsadgang eventuelt kan innføres når EU har tatt stilling til spørsmålet og at den da harmoniseres fullt ut med EU/EØS.



## 7.4 Departementets vurderinger

Departementet slutter seg til utvalgets forslag om å videreføre den gjeldende inngrepshjemmelen mot minoritetserverv som følger av § 16 annet ledd. Det vises til departementets uttalelser i forbindelse med innføringen av den gjeldende bestemmelsen i 2004, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) på side 78:

«[Regler om] strukturelle inngrep [er] begrunnet med behovet for å gripe inn for å forhindre en potensiell konkurranseskadelig atferd på grunn av endrede strukturelle forhold. I denne sammenheng er det etter departementets mening ikke avgjørende om strukturen endres som følge av at det oppstår en ny enhet eller om endringen ligger i de økonomiske insentivene et erverv av mindre eierandeler gir. I begge tilfeller muliggjør strukturendringer atferd som ikke er ønskelig. Et inngrep skal hindre en slik hypotetisk skadelig atferd. Atferden man ønsker å ramme både ved endringer i kontrollen av et målselskap og ved ikke kontrollerende erverv, er en sannsynlig konkurransebegrensende innretting ut fra økonomisk rasjonell oppføringen.

Økonomisk teori gir grunnlag for å anta at minoritetserverv kan være konkurranseskadelig. Enhver rasjonell bedrift vil søke å maksimere sin samlede profitt, som også vil kunne inkludere eierandeler i andre bedrifter, også da mindre eierposter. Selskapet vet at hvis det fører en aggressiv konkurranse, og med dette stjeler markedsandeler fra konkurrenten, vil det samtidig bety lavere inntekter fra deres eierandel i selskapet. Dette indikerer at eierskap av mindre andeler i konkurrenter trekker i retning av mindre konkurranse. Selv uten styrerepresentasjon og samarbeid som kan håndteres av atferdsreglene, foreligger det etter departementets oppfatning insitammenter som kan medføre redusert konkurranse. Departementet mener at en passiv innrettelse neppe vil kunne subsumeres under gjerningsbeskrivelsene i de foreslåtte forbudene. Disse tar sikte på en annen type atferd. Teori og praksis etter konkurranseloven § 3–11 viser at det fremdeles vil være behov for en inngrepsadgang mot minoritetserverv i ny konkurranselov. Departementet deler derfor i hovedsak mindretallets oppfatning.»

Uttalelsen er fortsatt dekkende og begrunner behovet for å videreføre inngrepshjemmelen mot minoritetserverv. Etter departementets syn er atferdsreglene i § 10 og § 11 ikke fullt ut egnet til å regulere konkurranseskadelige minoritetseierskap. Konkurransebegrensende minoritetseierskap er hovedsakelig et strukturelt problem som bør kunne adresseres av en bestemmelse som regulerer strukturendringer.

Den gjeldende inngrepshjemmelen mot minoritetserverv er fastsatt i § 16, som for øvrig regulerer foretakssammenslutninger. Departementet slutter seg til utvalgets forslag om å skille ut reguleringen av minoritetserverv i en egen paragraf i forslag til ny § 16 a. Ved å skille ut regelen om minoritetserverv til en egen bestemmelse, markeres det at bestemmelsen regulerer erverv som ikke utgjør foretakssammenslutninger. Det forhold at enkelte prosessuelle regler vedrørende foretakssammenslutninger ikke gjelder for minoritetserverv, slik som meldeplikten og gjennomføringsforbudet, tilsier også at reguleringen av minoritetserverv skilles ut til en egen bestemmelse.

Departementet vil for øvrig vurdere å utrede om det bør innføres regler som på visse vilkår forbyr *personelle koblinger* mellom konkurrerende foretak. Selv om det følger av § 10 at det er ulovlig å utveksle konkurransesensitiv informasjon mellom konkurrenter, vil et forbud mot visse personelle koblinger kunne ha en preventiv effekt mot denne typen informasjonsutveksling. Videre peker departementet på at det er utfordringer knyttet til å avdekke og bevise at det gjennom personelle koblinger utveksles informasjon mellom konkurrenter i strid med § 10, noe som også begrunner behovet for å vurdere en særregulering av personelle koblinger.

Departementet viser også til at Kommisjonen har igangsatt et arbeid med å utrede behovet for å regulere minoritetserverv.<sup>2</sup> Dette arbeidet vil kunne gi et godt grunnlag for å vurdere behovet for ytterligere regulering av disse spørsmålene i norsk rett. Departementet vil derfor følge Kommisjonens arbeide på dette området i tiden fremover.

<sup>2</sup> Se talen til visepresident Joaquin Almunia i Kommisjonen av 2. november 2012, hvor dette er omhandlet: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-12-773\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-773_en.htm?locale=en).

## 8 Offentlighet og veiledningsplikt

### 8.1 Begrenset innsyn i lempningssøknader

---

#### 8.1.1 Innledning

Konkurransetilsynet kan ilegge foretak gebyr for overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10. Dette gebyret kan settes ned eller bortfalle dersom en overtredelse bryter ut av det ulovlige samarbeidet og avslører egen deltagelse i et slikt samarbeid i en lempningssøknad til Konkurransetilsynet, jf. gjeldende § 31 og departementets forslag til § 30 og § 31. Lempningsordningen er innført for å gi aktørene motiv til å samarbeide med Konkurransetilsynet for å avdekke overtredelser av § 10.

Departementet foreslår å lovfeste redusert innsynsrett i lempningssøknader til Konkurransetilsynet. Formålet med forslaget er å motvirke at lempningssøkere får et dårligere utgangspunkt enn andre kartelldeltakere i et eventuelt etterfølgende sivilt søksmål. Gjeldende rett som gir tredjepersoner rett til innsyn i lempningssøknader, begrenses derfor av hensyn til en effektiv lempningsordning. Departementet foreslår ikke begrensninger av parters innsynsrett i lempningssøknader, men de pålegges restriksjoner med tanke på hva de kan bruke informasjonen de får innsyn i til.

Departementet foreslår også en omstrukturering av reglene om innsyn i konkurranseloven for å bedre oversikten og systematikken i disse bestemmelsene. Dette er nærmere behandlet i punkt 8.3 i proposisjonen.

#### 8.1.2 Gjeldende rett

Retten til innsyn i opplysninger som et foretak har gitt til Konkurransetilsynet i forbindelse med en søknad om lempning, vurderes etter de alminnelige innsynsbestemmelsene i forvaltningsloven og offentleglova, samt i konkurranseloven § 26 og § 27.

Så lenge lempningssøknaden er til behandling hos Konkurransetilsynet er alle dokumenter i saken, både innkommende og utgående, unntatt

offentleglova, jf. konkurranseloven § 26 første ledd første punktum. Konkurransetilsynet har dermed rett, men ingen plikt, til å nekte innsyn. God forvaltningsskikk tilsier at forvaltningen skal vurdere innsyn for opplysninger og dokumenter som faller utenfor området til offentleglova. Tilsynet har således en skjønnsmessig adgang til å offentliggjøre opplysninger med mindre de er underlagt taushetsplikt.

En overtredelsessak kan involvere flere parter enn foretak som har sendt en lempningssøknad til Konkurransetilsynet. Under tilsynets behandling av saken har parter en betinget rett til innsyn. Mistenkte foretak eller personer kan bare få innsyn i lempningsdokumenter i den grad dette kan skje uten skade eller fare for etterforskningen eller tredjeperson, jf. konkurranseloven § 27. Forvaltningsloven § 18 gir muligheter for partsinnsyn i lempningssøknaden etter at etterforskningen av saken er ferdig.

Etter at saken er avsluttet gjelder derimot offentleglova. Det vil si at Konkurransetilsynet vurderer i hvert enkelt tilfelle om lempningssøknaden og andre dokumenter i en overtredelsessak skal holdes hemmelig, jf. offentleglova § 24 annet ledd og § 12. Offentleglova § 24 annet ledd første punktum fastsetter at det kan gjøres unntak fra innsyn i «melding, tips eller liknende dokument om lovbrøt fra private». Dokumenter som det er adgang til å nekte innsyn i etter etter denne bestemmelsen, må handle om lovbruddet. Det er ikke tilstrekkelig at et lovbrudd bare er nevnt i et innsendt dokument som i hovedsak gjelder noe annet. Konkurransemyndighetene har med hjemmel i offentleglova § 24 annet ledd første punktum en praksis for å avslå innsyn i selve lempningssøknaden med vedlegg.

Enhver som kan påvise en rettslig interesse i en avsluttet sak om overtredelse av § 10, § 11 eller pålegg etter § 12, kan også kreve innsyn i lempningssøknader, herunder skylderklæringen, med hjemmel i konkurranseloven § 26 annet ledd. Et eksempel kan være en kunde av et foretak som har vært etterforsket for overtredelse av konkurranseloven, eller andre som mener å ha lidt tap ved overtredelsen. Begrunnelsen for denne utvi-

dede innsynsretten, er hensynet til private søksmål fra skadelidte.<sup>1</sup> Ved vurderingen av rettslig interesse legges tvistelovens forståelse til grunn, se tvisteloven § 1–3 om søksmålsbetingelser. Konkurranseloven § 26 annet ledd fastsetter videre at enhver med rettslig interesse i en avsluttet sak også kan gis innsyn i opplysninger som er undergitt lovbestemt taushetsplikt, med mindre innsyn vil virke urimelig overfor den opplysningene gjelder. Bestemmelsen innebærer at det kan gis innsyn i opplysninger som ellers kunne vært unntatt som forretningshemmeligheter. Det må foretas en interesseavveining mellom tredjepersoners interesser og hensynet til den taushetsplikten skal beskytte før innsyn gis.<sup>2</sup> Konkurranseloven § 26 annet ledd åpner således opp for å gi innsyn i skylderkåringer i lempningssøknader og forretningshemmeligheter etter at overtredelsessaken er avsluttet. Dersom det ikke blir påvist overtredelse av konkurranseloven, har det vært utvist tilbakeholdenhet med å gi ut opplysninger til bruk i andre sivile søksmål som ikke er knyttet til den aktuelle overtredelsessaken.

For dokumenter som er utarbeidet i tilknytning til en straffesak, reguleres innsyn av de straffeprosessuelle reglene. Tilsvarende gjelder tvisteloven for innsyn i dokumenter som er utarbeidet i tilknytning til en sivil sak.

Departementet har tidligere tatt opp spørsmålet om det er behov for en særlig hjemmel i konkurranseloven til å unnta dokumenter om lempning fra innsyn, ut over hva som følger av gjeldende rett. I 2008 fremla departementet forslag til ny § 27 a annet ledd i konkurranseloven med hjemmel til innskrenket innsyn i lempningssøknader for tredjepersoner, og restriksjoner på parters bruk av informasjon fra lempningssøknader. Departementet viste til at effektive regler for lempning er viktig både for offentlig håndheving av konkurransereglene og muligheten for erstatning. Det ble fremhevet at retten til innsyn i erklæringer utarbeidet i forbindelse med en lempningssøknad, vil innebære at en lempningssøker får et dårligere utgangspunkt enn andre kartell-deltakere i et eventuelt etterfølgende sivil søksmål. Den foreslåtte bestemmelsen om taushetsplikt gjaldt dokument om et foretaks eller persons kunnskap om og medvirkning til overtredelse av konkurranseloven.<sup>3</sup> Av hensyn til kartell-

deltagernes kontradiksjonsrett, ble det foreslått partsinnsyn med visse begrensninger i slike dokumenter.

De fleste høringsinstansene som hadde merknader til saken, var positive til departementets forslag om innskrenket innsyn i lempningssøknader, med unntak av pressens organisasjoner.

Departementet la saken til side i påvente av konkurranselovutvalgets vurderinger.

### 8.1.3 EU/EØS og andre nordiske land

Det er i utgangspunktet vid innsynsrett for allmennheten i saksdokumentene til Europakommisjonen, jf. Europaparlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 av 30. mai 2001 om innsyn i Europaparlamentets, Rådets og Kommisjonens dokumenter.<sup>4</sup> Artikkel 4 i forordningen gir unntak fra utgangspunktet om innsynsrett. Forordningen er ikke innlemmet i EØS-avtalen, men EFTAs overvåkningsorgan (ESA) kollegiet har også vedtatt retningslinjer for innsyn i ESAs saksdokumenter, jf. ESA-kollegiet vedtak 300/12/COL av 5. september 2012. ESAs retningslinjer for innsyn i deres dokumenter er en kodifisering av praksis, og ordlyden er ulik forordning (EF) nr. 1049/2001.

Det er i tillegg gitt særregler om innsyn i overvåkningsorganenes saksdokumenter i saker om overtredelse av TEUV artikkel 101 og 102/EØS-avtalen artikkel 53 og 54.<sup>5</sup> Kommisjonen og ESA har begge vedtatt lempningsprogram som gir mulighet for fritak fra eller reduserte bøter for brudd på konkurranseregler, til de som avslører karteller mv. Bedrifter og personer gis et insentiv til å rapportere lovbrudd. Innsyn i lempningsdokumentene kan imidlertid øke risikoen for etterfølgende erstatningssøksmål og dermed medvirke til at det ikke inngis søknad om lempning. Praksis fra ESA og Kommisjonen innebærer at tredjepersoner ikke skal gis innsyn i lempningssøknader. Partene kan få betinget innsyn.<sup>6</sup>

Når det gjelder innsyn i lempningsdokumenter hos nasjonale konkurransemyndigheter, så er det per i dag ingen alminnelige føringer fra EU/

<sup>4</sup> EFT L 145 31.5.2001 side 43.

<sup>5</sup> Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 27/ODA protokoll 4 del II kapittel II artikkel 27 og kommisjonsforordning (EF) nr. 773/2004 artikkel 8 og artikkel 15/ODA protokoll 4 del II kapittel III artikkel 8 og artikkel 15. Se også Kommisjonens kunngjøring om reglene for innsyn i sine saksdokumenter i saker i henhold til TEUV artikkel 101 og 102 og rådsforordning (EF) nr. 139/2004, EU-tidende C 325 av 22.12.2005 s. 7 / ESAs tilsvarende kunngjøring om innsyn i saker i henhold til EØS-avtalens artikkel 53, 54 og 57, EØS-tillegget til EU-tidende nr. 50 av 25.10.2007 s. 1.

<sup>1</sup> Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 172 og s. 239-240.

<sup>2</sup> Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 239-240.

<sup>3</sup> Se Fornyings- og administrasjonsdepartementets høringsbrev 12. desember 2008. Høringsbrevet er lagt ut på [www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no).

EØS-reglene. EU-domstolen uttaler at det i mangel av bindende fellesskapsregler på området er opp til medlemsstatene, basert på nasjonal rett, å fastsette vilkårene for å innvilge eller nekte innsyn, ved å veie de hensyn som beskyttes av fellesskapsretten mot hverandre.<sup>7</sup> Hensynet til at foretak som søker om lempning ikke skal være mer eksponert for erstatningssøksmål enn kartelldelegere som ikke søker om lempning, tilsier at innsyn i lempningsdokumentene begrenses. Hensyn til skadelidtes rett til erstatning for tap ved overtredelse av konkurransereglene, og hensynet til at søknad om lempning ikke bør gi økt beskyttelse mot søksmål, taler for at det gis innsyn i dokumentene.

Det forventes at Kommisjonen vil legge frem forslag til direktiv om erstatningssøksmål ved overtredelse av konkurransereglene i EU/EØS våren 2013. Dette er en oppfølging av hvitboken av 2008 om erstatningssøksmål ved overtredelse av TEUV artikkel 101 og 102.<sup>8</sup> Kommisjonen foreslo i hvitboken at det ikke skal gis innsyn i lempningssøknader hos nasjonale konkurransemyndigheter. Departementet antar at det i direktivet foreslås regler om innsyn i lempningssøknader hos nasjonale konkurransemyndigheter.

Lempningssøknader unntas offentlighet i *Danmark* og *Sverige*. I *Finland* vurderes det konkret om det skal gis partsinnsyn i en lempningssøknad etter avsluttet etterforskning. Andre enn partene får ikke tilgang til lempningssøknaden i Finland.

#### 8.1.4 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår i punkt 12.1.5 i utredningen en særlig hjemmel i konkurranseloven til å unnta lempningsdokumenter fra offentlighet i ny § 27 a annet ledd:

«Offentleglova gjelder ikke for dokumenter som er mottatt av Konkurransetilsynet i forbindelse med krav om lempning etter konkurranseloven § 30 eller § 31. Konkurransemyndighetene har taushetsplikt om opplysninger som har sin opprinnelse i erklæringer fra et foretak

om dets viten om en overtredelse av § 10 og foretakets delaktighet i overtredelsen, og som er utarbeidet spesielt med det formål å oppnå lempning. Part eller partsrepresentant som blir gjort kjent med opplysninger som angitt i annet punktum har taushetsplikt om opplysningene, og kan bare bruke dem i den utstrekning det er nødvendig for å ivareta partens tarv i saken.»

Det er etter utvalgets mening svært viktig at foretakene har tilstrekkelig forutsigbarhet med hensyn til unntak fra innsyn i lempningssøknadens dokumenter. Imidlertid forutsetter offentleglova § 24 og § 12 at behovet for et slikt unntak vurderes konkret. Utvalget mener derfor at offentleglova ikke gir foretakene den nødvendige forutsigbarhet ved vurderingen av om det skal søke lempning eller ikke.

Utvalget viser videre til at når saken er avsluttet hos Konkurransetilsynet, så gir konkurranseloven § 26 annet ledd også en utvidet rett til innsyn i lempningsdokumenter for tredjepersoner med en rettslig interesse. Begrunnelsen for denne utvidede innsynretten er særlig hensynet til å legge til rette for private erstatningssøksmål for tap lidt når noen bryter atferdsreglene i konkurranseloven. Risikoen for å bli eksponert for erstatningssøksmål kan imidlertid redusere foretakenes insentiver til å søke om lempning. Utvalget ser det ikke som ønskelig å redusere skadelidtes mulighet til erstatning i lempningssaker. Utvalget mener imidlertid at hensynet til en effektiv offentlig håndheving forutsetter at et foretak som søker om lempning ikke blir mer eksponert for erstatningssøksmål enn kartelldelegere som ikke har søkt om lempning.

Utvalget viser videre til at det ut fra de samme hensyn kan gis unntak fra innsyn i lempningsdokumenter i EU/EØS og i de øvrige nordiske land. Utvalget vil understreke betydningen av en nærmere harmonisering av lempningsreglene på dette området mellom jurisdiksjonene i EU/EØS, for å sikre en mest mulig effektiv håndheving av konkurransereglene i hele EØS-området.

Utvalget har vurdert hvilke dokumenter i en søknad om lempning som bør unntas fra innsyn. Det vises til at konkurransemyndighetene etter offentleglova § 24 annet ledd første punktum kan unnta lempningssøknaden med vedlegg fra innsyn. Utvalget mener det er hensiktsmessig å videreføre adgangen til at også dokumenter som ikke er utarbeidet særskilt for lempningssøknaden kan unntas fra innsyn. Det pekes i denne forbindelse på at dersom Konkurransetilsynet får tilgang til de aktuelle opplysningene eller bevismaterialet på

<sup>6</sup> Jf. de alminnelige reglene nevnt over og Kommisjonens kunngjøring om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker, EU-tidende C 298 av 8.12.2006 s. 17 og ESAs tilsvarende kunngjøring, EØS-tillegget til EU-tidende nr. 64 av 3.12.2009 s. 1.

<sup>7</sup> Se avgjørelsen C-360/09 Pflaiderer AF mot Bundeskartellamt.

<sup>8</sup> White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules, COM (2008) 165 2. april 2008. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html#link1>.

annet vis, for eksempel ved bevissikring i henhold til konkurranseloven § 25 eller fra andre enn lempningssøker, vil de vanlige reglene om innsyn gjelde. Tredjepersoner som ønsker å reise erstatningssøksmål mot partene i det ulovlige samarbeidet kan derfor få innsyn i slike dokumenter gjennom innsynsreglene i konkurranseloven og offentleglova.

Utvalget mener videre at unntakshjemmelen bør omfatte både dokumenter utarbeidet av lempningssøker selv og av Konkurransetilsynet på grunnlag av opplysninger gitt av lempningssøker, for eksempel i form av møtereferat eller andre nedtegnelser etter muntlig fremstilling av partene.

Utvalget mener at partenes rett til kontradiksjon tilsier at lempningssøknaden ikke bør unntas fra innsyn for de øvrige deltagerne i kartellet. Men opplysningene i selve lempningssøknaden, bør ikke kunne brukes til andre formål enn partenes rett til å forsvare seg i overtredelsessaken. Det bør derfor legges begrensninger på partenes eller partsrepresentanters bruk av slike opplysninger i andre sammenhenger, for eksempel dersom de selv reiser erstatningssøksmål mot lempningssøker eller utleverer opplysningene til andre i et erstatningssøksmål.

Utvalget peker videre på at den utvidede innsynsretten i konkurranseloven § 26 annet ledd første punktum kan begrense virkningen av den foreslåtte bestemmelsen i § 27 a annet ledd. Utvalget foreslår derfor at følgende inntas som et nytt siste punktum i konkurranseloven § 26 annet ledd:

«Retten til innsyn etter dette ledd gjelder ikke opplysninger underlagt taushetsplikt etter § 27 a eller dokumenter som er unntatt fra offentleglova etter § 27 a.»

Utvalget viser til tvistelovens regler om bevisføring. Tvisteloven § 22-3 første ledd fastsetter et bevisforbud for opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt. Dette forbudet modifiseres derimot av § 22-3 annet ledd om at departementet kan samtykke i at de taushetsbelagte opplysningene føres som bevis. Ytterligere modifisering av bevisføringsforbudet følger av § 22-3 tredje ledd om at retten etter en avveining av hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning kan overprøve departementets standpunkt. Utvalget mener at de hensyn som ligger til grunn for forslaget til ny § 27 a annet ledd, som er effektive regler for å avdekke overtredelser av konkurranseloven, bør veie tungt ved rettens vurdering i henhold til tvisteloven § 22-3 tredje ledd.

### 8.1.5 Høringsinstansene

*Konkurransetilsynet, NHO, Advokatforeningen, Finans Norge og Arntzen de Besche Advokatfirma AS* støtter forslaget til innskrenket innsyn i lempningssøknader i § 27 a.

*Konkurransetilsynet* mener at taushetsplikt vil skape økt forutberegnelighet for foretak og personer. Kunnskap om når man er beskyttet mot innsyn har potensial til å gjøre lempningsinstituttet mer robust. Redusert innsyn i lempningssøknader innebærer at foretaket ikke øker risikoen for private erstatningssøksmål fra andre. Tilsynet mener det er riktig at foretaket ikke stilles i en dårligere situasjon enn hva som ville vært tilfellet dersom det ikke søkte om lempning. Konkurransetilsynet støtter også forslaget til endring i § 26 annet ledd for å sikre effekten av forslaget til § 27 a.

*NHO* viser til at blant annet effektiv etterforskning av overtredelser av konkurranseregler, og foretakenes legitime krav på bevaring av fortrolige opplysninger taler for at informasjonen unntas offentlighet.

*Advokatforeningen* mener at å unnta lempningssøknader fra offentlighet vil styrke lempningsinstituttet og gjøre det mer attraktivt å søke om lempning. Skadelidte vil ikke under noen omstendighet stå i en dårligere stilling av at vedkommende ikke får innsyn i en lempningssøknad. Hensynet til skadelidtes innsynsrett veier derfor mindre tungt.

*Arntzen de Besche Advokatfirma AS* mener også at lempningssøkers vern etter § 27 a annet ledd må gå foran tvistelovens regler om dokumenter som kan provoseres fremlagt i en rettssak.

### 8.1.6 Departementets vurderinger

#### 8.1.6.1 Taushetsplikt om skylderklæringen i lempningssøknader

Hovedoppgaven til Konkurransetilsynet er å avdekke alvorlig konkurransebegrensende samarbeid i strid med lovens § 10, og særlig karteller. Lempningsordningen gir foretak mulighet til å ta ansvar og bryte ut av et ulovlig samarbeid mot bortfall av eller redusert overtredelsesgebyr. Tilsynets kontrollvirksomhet effektiviseres når de mottar lempningssøknader. Det vises til departementets forslag til ny § 30 og § 31. Erstatningskrav fra foretak eller personer som har lidt økonomisk tap som følge av overtredelsen, kan imidlertid bli svært store selv om foretaket har rett til lempning av overtredelsesgebyr. Innsyn i opplysninger som bidrar til å avsløre identiteten og skyld

for en lempningssøker, vil på grunn av økt risiko for erstatningsansvar kunne føre til at insentivene til å søke lempning reduseres betraktelig.

Som redegjort for i punkt 8.1.2 om gjeldende rett, er det i dag ingen generell taushetsplikt om opplysninger gitt i en lempningssøknad. Konkurransetilsynet må vurdere i hvert enkelt tilfelle om lempningssøknaden og andre dokumenter i en overtredelsessak skal holdes hemmelig. Mens overtredelsessaken er til behandling, vurderes innsyn for parter etter gjeldende § 27. Andre gis ingen rett til innsyn, jf. § 26 første ledd første punktum, så lenge saken ikke er avsluttet. Etter at saken er avsluttet, vurderes innsyn for enhver med rettslig interesse etter gjeldende § 26 annet ledd, og for øvrige personer etter offentliglova § 24 annet ledd. Konkurransemyndighetene har med hjemmel i offentliglova § 24 annet ledd første punktum en praksis for å avslå innsyn i selve lempningssøknaden med vedlegg.

Vurderingene er likevel basert på skjønn, og departementet mener dette ikke gir foretakene den nødvendige forutsigbarhet i vurderingen av om de skal avsløre overtredelsen de er en del av.

Departementet er derfor enig i utvalgets forslag om at konkurransemyndighetene skal ha taushetsplikt om opplysninger som har sin opprinnelse i skylderklæringene i lempningssøknader, jf. utvalgets forslag til § 27 a annet ledd. I likhet med utvalget foreslås imidlertid ikke taushetsplikt om hele lempningssøknaden i departementets forslag til ny § 27. Det er opplysninger i erklæringer fra et foretak om dets viten om en overtredelse av § 10 og foretakets egen delaktighet i overtredelsen, som er utarbeidet spesielt med det formål å oppnå lempning, som skal hemmeligholdes. Det vil for eksempel si at slike opplysninger må sladdes for innsyn i lempningsdokumentene (både brev og alle vedlegg) som sendes tilsynet i henhold til § 30 eller § 31. Det samme gjelder opplysninger om skylderklæringer i andre saksdokumenter, som for eksempel referat fra møter med den som søker lempning, saksoversikt, tilsynets utgående brev til lempningssøker eller andre mv. Lempningssøker skal således være trygg på at det ikke gis innsyn i opplysninger som stammer fra skylderklæringen.

Taushetsplikten skal gjelde uavhengig av om søknaden om lempning blir godtatt, avvist eller ikke fører til et vedtak fra Konkurransetilsynet. Bakgrunnen for dette er at potensielle søkere skal være trygge på at opplysningene er skjermet uavhengig av utfallet i saken. Taushetsplikten skal gjelde både før og etter et eventuelt vedtak i saken.

Departementet understreker at dette ikke skal gjelde overfor sakens parter. Parter har i dag en

betinget rett til innsyn i henhold til gjeldende § 27. Under Konkurransetilsynets behandling av overtredelsessaken har parter derfor bare krav på innsyn i lempningsdokumenter, og da også skylderklæringen og resten av lempningssøknaden, i den grad dette kan skje uten skade eller fare for etterforskningen eller tredjeperson. Departementet foreslår ingen endringer i denne retten. Begrunnelsen for dette er at deltakerne i kartellet eller andre som anklages for lovbrudd, og som således er parter i overtredelsessaken, har behov for å kunne utøve kontradiksjon. Disse må derfor gis mulighet til å forsvare seg mot anklager om at de deltar i ulovlig konkurransebegrensende samarbeid og må få innsyn i slike opplysninger i overtredelsessaken, også når de er fremkommet i en lempningssøknad.

Departementet foreslår derimot begrensninger i partenes bruk av opplysningene om skylderklæringen fra lempningssøknader i ny § 27 a første ledd. Part eller partsrepresentant får kun bruke informasjonen til å forsvare seg i overtredelsessaken. Partene i en overtredelsessak kan for eksempel ikke videreformidle opplysningene fra skylderklæringen i en senere erstatningssak eller gi denne informasjonen videre til andre.

#### 8.1.6.2 Offentliglova skal ikke gjelde for lempningssøknader

Departementet er også enig i forslaget fra utvalget om at det skal gjelde en noe mindre streng regel for øvrige deler av lempningsdokumentene som sendes til Konkurransetilsynet, ved at offentliglova heller ikke skal gjelde for alt annet enn skylderklæringene; som er undergitt taushetsplikt, jf. ovenfor. Dette følger av departementets forslag til nytt annet punktum i § 26 første ledd.

Når offentliglova ikke skal gjelde, betyr det som beskrevet over i punkt 8.1.2 at det beror på Konkurransetilsynets skjønn om det gis innsyn i lempningssøknader etter at saken er avsluttet. Konkurransetilsynet har således en skjønnsmessig adgang til å offentliggjøre opplysninger som ikke er underlagt taushetsplikt. God forvaltnings-skikk tilsier at forvaltningen skal vurdere innsyn for opplysninger og dokument som faller utenfor området til offentliglova. Om det gis innsyn beror på en avveining av berørte interesser. Hensynet til lempningsinstituttets legitimitet tilsier at Konkurransetilsynet bør være restriktiv med å gi ut dokumenter mottatt fra lempningssøker (utenom skylderklæringene, som må unntas fra innsyn). På den andre siden taler hensynet til å legge til rette for at de som påføres tap ved lovbruddet skal

kunne kreve erstatning fra kartelldeltakere, for å gi innsyn. Forslaget til departementet er en innstramming av gjeldende rett fordi offentleglova nå gjelder i disse tilfellene og gir innsynsrett i disse dokumentene. Det skal mer til for å avslå innsyn når offentleglova gjelder, enn når den ikke gjelder, fordi avslag på innsyn da bare kan gis i tråd med gjeldende rett og praksis etter offentleglova.

Utover de taushetsbelagte opplysningene i erklæringen om at foretaket har deltatt i ulovligheter, vil dokumenter som sendes tilsynet i en lempningssøknad også kunne inneholde opplysninger om identiteten til lempningssøker, berørte markeder og andre involverte foretak. Dokumentene vil også kunne inneholde en beskrivelse av den påståtte overtredelsen av konkurranseloven § 10. Dette er sensitive dokumenter og opplysninger som er av stor interesse for de som mener å være påført tap som følge av lovbruddene. Det er også i praksis vanskelig for Konkurransetilsynet å skille skylderklæringen fra andre opplysninger i en lempningssøknad. Det kan tenkes informasjon i lempningssøknaden som er særlig sensitiv for lempningssøker, men som ikke anses som del av skylderklæringen. Innsyn i lempningssøknaden bør derfor vurderes konkret av Konkurransetilsynet etter en avveining av ulike hensyn.

Det vil normalt være omfattende korrespondanse mellom tilsynet og lempningssøker, og alle innkommende brev vil ofte anses som deler av lempningssøknaden som sådan. Informasjon fra lempningssøker om overtredelse av § 10 vil kunne fremkomme av samtlige brev, og av ulike vedlegg. Departementet mener derfor det er unaturlig å avgrense forslaget til § 26 første ledd nytt annet punktum, om at offentleglova ikke skal gjelde for lempningssøknaden, til for eksempel det første dokumentet lempningssøker sender Konkurransetilsynet.

Departementet foreslår at hele lempningssøknaden inkludert vedlegg unntas fra offentleglovas anvendelsesområde. Forslaget om unntak fra offentleglova inkluderer dermed også dokumenter som ikke er særskilt utarbeidet for lempningssøknaden.

Departementet er enig med utvalget i at etter at overtredelsessaken er avsluttet, skal offentleglova fortsatt gjelde for andre saksdokumenter enn dokumenter som er mottatt av Konkurransetilsynet i forbindelse med en lempningssøknad, jf. forslaget til § 26 første ledd nytt annet punktum. Dette kan for eksempel være Konkurransetilsynets referater fra møter, skriftlig korrespondanse fra tilsynet til parten som søker lempning og til andre mv. Innsyn i disse dokumentene er i dag

begrenset mens overtredelsessaken er til behandling, jf. gjeldende § 26 første ledd første punktum. En bestemmelse om unntak fra offentleglova også etter avsluttet sak for også disse dokumentene, mener departementet vil være en for inngripende innskrenkning av dokumentoffentligheten. De alminnelige reglene i forvaltningsloven og offentleglova anses tilstrekkelige, og gjeldende rett foreslås dermed ikke endret for de dokumentene som tilsynet utarbeider på bakgrunn av lempningssøknader. Dokumenter innsendt fra lempningssøker vurderes dermed annerledes enn andre dokumenter i den samme overtredelsessaken. Men som foreslått i ny § 27 annet ledd vil alltid gjengivelser, henvisninger og lignende til opplysninger i erklæringen om at foretaket har deltatt i ulovligheter (skylderklæringen) i disse dokumentene være taushetsbelagte.

#### 8.1.6.3 Hensyn bak departementets lovforslag

Departementet mener at forslaget om unntak fra offentleglovas anvendelsesområde for lempningssøknadens dokumenter og taushetsplikt for skylderklæringer som behandlet ovenfor, skaper økt forutsigbarhet for foretak og personer fordi det blir mer klart når disse er beskyttet mot innsyn. Dette kan medvirke til å gjøre lempningsinstituttet mer robust.

Innsyn i lempningssøknaden fremmer privat håndheving, men kan som nevnt motvirke avdekking av lovbrudd. Allmennhetens kontroll med tilsynet blir noe mindre gjennom departementets forslag om taushetsplikt for skylderklæringer og reduserte innsynsmuligheter i lempningssøknaden. Departementet mener imidlertid at forslaget ikke vil svekke den retten en skadelidt har til å få erstatning som følge av et ulovlig konkurransebegrensende samarbeid. Det viktigste for å sikre retten til erstatning er at myndighetene eller domstolen har konstatert lovbrudd og hvem som er de skyldige.

Formålet med disse bestemmelsene er som nevnt at foretaket ikke skal bli mer eksponert for erstatningssøksmål enn andre kartelldeltakere som ikke har søkt om lempning. Forslaget er bare ment å nøytralisere noe av den økte eksponeringen for erstatning for den av de skyldige som søker lempning. På denne måten vil departementet styrke insitamentene til å søke om lempning. Formålet med forslaget er ikke å redusere skadelidtes muligheter til å reise erstatningssak som følge av overtredelsen av § 10. Konkurransetilsynet vil i sitt vedtak ta stilling til foretakets delaktighet, og dette kan brukes til å dokumentere

ansvarsgrunnlag i forbindelse med en eventuell erstatningssak. I tillegg til å be om innsyn i tilsynets vedtak, kan tredjeperson som ønsker å reise erstatningssøksmål mot partene i det ulovlige samarbeidet og andre, be om innsyn i dokumenter som produseres i tilsynets etterforskning. Dette er i tillegg til dokumenter som utgående brev fra tilsynet mv. som nevnt over, for eksempel innhenting av informasjon i henhold til § 24 og bevisikring i henhold til § 25. Det vurderes etter gjeldende rett om det gis innsyn i slike dokumenter. Med den nye foreldelsesregelen departementet foreslår i § 34, vil også skadelidte i større grad enn etter gjeldende rett kunne avvente endelig vedtak i saken før søksmål reises, og derigjennom lettere kunne legge vedtakets opplysninger til grunn for sine anførsler i erstatningssøksmålet.

Departementet vektlegger også at like innsynsregler i EU/EØS vil øke forutsigbarheten for de som vurderer å søke lempning. I våre naboland og i EU/EØS gis det som utgangspunkt ikke innsyn i lempningssøknader, jf. ovenfor i 8.1.3 om redegjørelsen for gjeldende rett.

En innvending mot forslaget er at det vil være unntak fra innsynsreglene i offentleglova og forvaltningsloven. Det kan anføres at det er hensiktsmessig at disse reglene er mest mulig like på de ulike rettsområdene. Departementet mener imidlertid at det er spesielle hensyn som må ivaretas overfor de som bryter ut av et ulovlig samarbeid og avdekker karteller overfor Konkurransetilsynet. Dette tilsier en slik særløsning på konkurranserettens område.

Departementet vektlegger for øvrig at ingen høringsinstanser går i mot forslaget om redusert innsynsrett i lempningssøknader. Fem høringsinstanser, *Konkurransetilsynet*, *Advokatforeningen*, *NHO*, *Finans Norge* og *Arntzen de Besche Advokatfirma AS* uttaler seg positivt til forslaget om beskyttelse av lempningssøknader. Det fremheves at skadelidte ikke vil stå i en svekket stilling ved at vedkommende ikke får innsyn i en lempningssøknad, og at hensynet til skadelidtes innsynsrett derfor veier mindre tungt. Departementet vektlegger også at forslaget er i overensstemmelse med dagens praksis fra konkurransemyndighetene, jf. offentleglova § 24.

#### 8.1.6.4 Ikke utvidet innsyn i taushetsbelagte opplysninger

Gjeldende § 26 annet ledd innebærer at i avsluttede saker kan det gis innsyn i taushetsbelagt informasjon til enhver med rettslig interesse, med mindre innsyn vil virke urimelig overfor den opp-

lysningene gjelder. Hensynet til at skadelidte får en reell mulighet til å få dekket sine tap taler for at de skal få innsyn i sakens dokumenter. For å unngå at denne innsynsretten svekker virkningen av taushetsplikten om skylderklæringene i lempningssøknader som foreslås i ny § 27 annet ledd, følger departementet utvalgets forslag om å presisere at innsynsretten ikke skal gjelde opplysninger om skylderklæringer i lempningssøknader. Det vises til departementets forslag til ny § 27 a annet ledd annet punktum. Departementet vektlegger hensynet til å beskytte lempningssøker når det gjelder innsyn i konkurransemyndighetenes dokumenter på dette punktet. Skadelidte vil uansett kunne kreve tilgang til lempningssøknaden og skylderklæringene gjennom tvistelovens regler om opplysningsplikt og bevisplikt, jf. tvistelovens § 21-4 og § 21-5.

Departementet er derimot ikke enig i utvalgets forslag til nytt siste punktum i § 26 annet ledd om at retten til innsyn etter gjeldende § 26 annet ledd ikke skal gjelde «dokumenter som er unntatt fra offentleglova etter § 27 a». Departementet viser til at poenget med bestemmelsen i gjeldende § 26 annet ledd er å gi personer/foretak med rettslig interesse adgang til mer informasjon enn de har krav på etter offentleglova.<sup>9</sup> Når det gjelder lempningssøknaden, så foreslår departementet at denne skal være unntatt offentleglovas anvendelsesområde også etter avsluttet sak, jf. forslaget til § 26 første ledd nytt annet punktum. Det er da ingen innsynsrett i lempningssøknaden for tredjepersoner, enten de har rettslig interesse eller ikke. Det er følgelig ikke nødvendig å begrense innsynsretten etter gjeldende § 26 annet ledd. Departementet påpeker at i den konkrete skjønnsvurderingen Konkurransetilsynet bør foreta dersom det bes om innsyn i lempningssøknaden, jf. § 26 første ledd første punktum og departementets forslag til nytt annet punktum, kan det være relevant om personer/foretak som ønsker å se lempningssøknaden har rettslig interesse i saken.

#### 8.1.6.5 Forvaltningsloven § 13 til § 13 e gjelder tilsvarende så langt de passer

Konkurransemyndighetene er pålagt ikke å videreformidle taushetsbelagte opplysninger, jf. forvaltningsloven § 13 og offentleglova § 13.

Den som har krav på taushet kan imidlertid samtykke i at opplysningene gis ut, jf. forvaltningsloven § 13 a. Forvaltningsloven inneholder også en rekke andre begrensninger i taushetsplik-

<sup>9</sup> Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 176.



ten. Det følger av forvaltningsloven § 13 f at forvaltningsloven § 13 til § 13 e gjelder «som utfyllende regler» når noen er pålagt taushetsplikt etter andre lover «av hensyn til privates interesser». Departementet foreslår derfor av informasjonshensyn å innta en ny bestemmelse i § 27 nytt siste ledd om at forvaltningslovens regler i § 13 til § 13 e gjelder tilsvarende så langt det passer.

#### 8.1.6.6 Forholdet til tvisteloven

Departementet har ikke funnet grunn til å utvide beskyttelsen av skylderklæringer til at de også unntas fra tvistelovens regler om opplysningsplikt § 21-4 og bevisplikt § 21-5. Dette ville innebære at lempningssøker står sterkere i en etterfølgende erstatningssak enn de øvrige kartelldeltakerne. Som påpekt i kapittel 4 er departementet av den oppfatning at lempningsinstituttet ikke skal utvides til å gi lempningssøkerne andre fordeler enn muligheten til bortfalt eller redusert overtredelsesgebyr.

For alle andre enn den parten i overtredelsessaken som har avgitt skylderklæringen, vil tvisteloven § 22-3 om bevisforbud for opplysninger undergitt taushetsplikt gjelde. Dette vil være andre parter i overtredelsessaken, deres partsrepresentanter og enhver som utfører tjeneste eller arbeid for konkurransemyndighetene. Denne bestemmelsen åpner imidlertid for at opplysninger som omfattes av taushetsplikten i forslaget til ny § 27, etter en konkret vurdering likevel kan kreves fremlagt i et eventuelt sivil erstatningssøksmål. Taushetsplikten om skylderklæringen som foreslås i ny § 27 annet ledd og ny § 27 a første ledd blir dermed ikke absolutt. Bevisføringsforbudet modifiseres av at departementet etter § 22-3 annet ledd kan samtykke i at de taushetsbelagte opplysningene føres som bevis. Bestemmelsens reelle meningsinnhold er at partene kan føre bevis også om taushetsbelagte opplysninger med mindre dette vil utsette staten eller allmenne interesser for skade, eller vil virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighet. Ytterligere modifisering av bevisføringsforbudet i § 22-3 første ledd følger av tredje ledd om at retten etter en avveining av hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning kan overprøve departementets standpunkt.

Departementet er enig med utvalget i at de hensynene som ligger bak forslaget til taushetsplikt om skylderklæringen i lempningssøknader, nemlig en effektiv håndheving av konkurranseloven, bør veie tungt ved departementets og rettens vurdering etter tvisteloven § 22-3 annet og tredje ledd.

## 8.2 Taushetsplikt om tipsers identitet

### 8.2.1 Innledning

Konkurransetilsynet har stort behov for informasjon for å kunne avdekke og etterforske mulige brudd på konkurranseloven. Tips er en viktig kilde til slik informasjon. Personer som tipser tilsynet om ulovligheter ønsker ofte anonymitet, og det er behov for å beskytte tipserere mot represalier.

Departementet foreslår å lovfeste taushetsplikt om tipsers identitet. Innsyn i tips og tipsers identitet er i dag ikke særskilt regulert og vurderes i henhold til offentleglova, forvaltningsloven og konkurranseloven § 26 og § 27. Departementets forslag er en innskrenkning av gjeldende rett når det gjelder innsyn for parter og for tredjepersoner.

Departementet foreslår også en omstrukturering av reglene om innsyn i konkurranseloven for å bedre oversikten og systematikken i disse bestemmelsene. Dette er nærmere behandlet i punkt 8.3 i proposisjonen.

### 8.2.2 Gjeldende rett

Konkurranseloven regulerer ikke særskilt spørsmålet om kildevern for tips som gis konkurransemyndighetene om mulige brudd på loven. Innsyn i tips og tipsers identitet vurderes etter de alminnelige innsynsbestemmelsene i forvaltningsloven og offentleglova, samt i konkurranseloven § 26 og § 27. Offentleglova § 24 annet ledd første punktum gir tidsubegrenset hjemmel til å kunne unnta fra innsyn «melding, tips eller liknande dokument om lovbrøt frå private». Annet punktum gir adgang til å unnta «andre dokument om lovbrøt, blant anna melding og tips frå offentlege organ» inntil saken er avgjort.

Departementet fremmet i 2008 forslag til ny § 27 a første ledd i konkurranseloven om kildevern. Det ble vurdert slik at unntaksretten i offentleglova § 24 ikke alltid vil være tilstrekkelig til at konkurransemyndighetene kan garantere at tipserens identitet vernes overfor parter eller tredjepersoner. Departementet mente at det er behov for å styrke vernet i konkurranseloven. I høringsnotatet viste departementet til at vern av kilder i EU/EØS og internasjonalt er ansett som et viktig virkemiddel i håndhevingen av konkurransereglene. Departementet mente at kunnskap om tipserens identitet ikke er avgjørende for partenes rett til kontradiksjon og viste til at partene vil få innsyn i innholdet i tipset.

Høringsinstansene ga, med enkelte unntak, i stor grad støtte til forslaget. Men, særlig pressens organisasjoner hadde innvendinger.

Departementet la saken til side i påvente av konkurranselovutvalgets vurderinger.

### 8.2.3 EU/EØS og andre nordiske land

Det vises til omtalen under 8.1.3 og henvisninger til Europakommisjonens og ESAs regler om innsyn i deres saksdokumenter i konkurransesaker. Vern av kilder er sett på som et viktig virkemiddel i håndhevingen av konkurransesaker. Behovet for anonymitet for foretak eller personer, for å hindre represalier fra den/de opplysningene gjelder, trekkes frem av overvåkingsorganene som relevant i vurderingen av om innsyn kan gis.<sup>10</sup>

I *Danmark* og *Sverige* gis det ikke innsyn i tips eller tipsers identitet om overtredelser av konkurranselovgevingen. I *Finland* er spørsmålet om beskyttelse av tips og tipsers identitet i konkurransesaker ikke særskilt regulert, men det er mulig å beskytte mot innsyn.

### 8.2.4 Utvalgets forslag

Utvalget viser i utredningen punkt 12.1.5 til at gjeldende regler om innsyn i forvaltningsloven og offentleglova forutsetter en konkret vurdering av om innsyn bør nektes i tips om overtredelser av konkurranseloven, og i tipsers identitet. Konkurransetilsynets erfaring viser at manglende sikkerhet for anonymitet kan føre til at potensielle tipserer unnlater å melde fra om overtredelser av frykt for negative konsekvenser, eller at tipset blir gitt anonymt. Slik utvalget ser det vil tipserer kunne ha behov for mer forutberegnelighet med hensyn til kildevernet. Utvalget mener at det er viktig både for at Konkurransetilsynet skal kunne vurdere kvaliteten på opplysningene og kunne opprette kontakt for ytterligere informasjon at kilden til tipset er kjent for tilsynet. Utvalget fremmer derfor forslag til ny § 27 a første ledd om beskyttelse av kilder.

Utvalget mener det særlig er to hensyn som taler for en bestemmelse om kildevern i konkurranseloven. Det er for det første hensynet til effektiv kontroll av loven og for det annet hensynet til

beskyttelse mot represalier for den som melder fra om overtredelsen til Konkurransetilsynet. Hensyn som taler mot en slik beskyttelse av kilder, er etter utvalgets mening allmennhetens kontroll med Konkurransetilsynet og retten til kontradiksjon for de som opplysningene gjelder.

Utvalget viser også til omtalen av hensynet til beskyttelse av kilder i varslingssaker i arbeidsforhold i Ot.prp. nr. 84 (2005-2006) om lov om endringer i arbeidsmiljøloven. Utvalget understreker at de hensyn som gjør seg gjeldende ved beskyttelse av varslere i arbeidsforhold, i stor grad gjør seg gjeldende også i overtredelsessaker etter konkurranseloven.

Når det gjelder hensynet til allmennhetens kontroll med Konkurransetilsynet, viser utvalget til at dette ivaretas gjennom tredjemenns innsyn i forvaltningens saksdokumenter gjennom de alminnelige innsynsreglene i offentleglova. Utvalget mener at det avgjørende for allmennhetens kontroll i slike saker er tilgang til sakens faktum, og at kildens identitet ikke er avgjørende for en slik kontroll.

På samme måte mener utvalget at partenes rett til kontradiksjon ikke utfordres ved at partene ikke kjenner identiteten til tipseren. Dersom det skulle oppstå et problem ved at foretaket ikke kan få tilgang til realitetsinnholdet i opplysningene fordi dette samtidig ville avsløre tipserens identitet, kan Konkurransetilsynet eventuelt gi et sammendrag av innholdet i tipset uten at selve dokumentet legges frem.

Utvalget har ved utformingen av bestemmelsen sett hen til departementets utkast til ny § 27 a første ledd i høringsnotatet av 12. desember 2008. Tredje punktum i utvalgets forslag er likevel noe annerledes for å presisere at det er avgivers karakteristikk av tipset som avgjør om det er å anse som et tips eller en anmodning i henhold til konkurranseloven § 12.

I samsvar med det ovennevnte fremlegger utvalget følgende forslag til ny § 27 a første ledd:

«Konkurransemyndighetene har taushetsplikt om identiteten til foretak eller person som gir tips om overtredelse av § 10 eller § 11. Taushetsplikten gjelder også overfor sakens parter og deres representanter. Anmodning om påbud om opphør etter konkurranseloven § 12 omfattes ikke av taushetsplikten.»

Utvalget peker videre på at den utvidede innsynsretten i gjeldende konkurranselov § 26 annet ledd første punktum kan begrense virkningen av den foreslåtte bestemmelsen i § 27 a annet ledd. Utval-

<sup>10</sup> Se bl.a. Kommissjonens kunngjøring om reglene for innsyn i sine saksdokumenter i saker i henhold til TEUV artikkel 101 og 102 og rådsforordning (EF) nr. 139/2004, EU-tidende C 325 av 22.12.2005 s. 7 / ESAs tilsvarende kunngjøring om innsyn i saker i henhold til EØS-avtalens artikkel 53, 54 og 57, EØS-tillegget til EU-tidende nr. 50 av 25.10.2007 s. 1 punkt 3.2.

get foreslår derfor at følgende inntas som siste punktum i konkurranseloven § 26 annet ledd:

«Retten til innsyn etter dette ledd gjelder ikke opplysninger underlagt taushetsplikt etter § 27 a eller dokumenter som er unntatt fra offentleglova etter § 27 a.»

Som omtalt under 8.1.4 viser utvalget til tvistelovens regler om bevisføring. Tvisteloven § 22-3 første ledd fastsetter et bevisforbud for opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt. Dette forbudet modifiseres derimot av § 22-3 annet og tredje ledd om at departementet eller retten kan samtykke i at de taushetsbelagte opplysningene føres som bevis. Utvalget mener at de hensyn som ligger til grunn for forslaget til ny § 27 a første ledd, som er effektive regler for å avdekke overtredelser av konkurranseloven, bør veie tungt ved rettens vurdering i henhold til tvisteloven § 22-3 tredje ledd.

### 8.2.5 Høringsinstansene

*Konkurransetilsynet, NHO og Arntzen de Besche Advokatfirma AS* støtter utvalgets forslag om beskyttelse av kilder. Ingen av høringsinstansene har gått imot utvalgets forslag om taushetsplikt for identiteten til tipsere i ny § 27 a første ledd.

*Konkurransetilsynet* viser til at vern av identiteten til kilder i praksis ofte er avgjørende for at opplysningene blir gitt tilsynet. Av hensyn til effektiv håndheving av konkurranseregelverket er det svært viktig at potensielle tipserere lettere kan forutberegne hvilket vern de har om sin identitet. Konkurransetilsynet er også enig i avgrensningen av taushetsplikten mot anmodninger om pålegg etter § 12.

*Arntzen de Besche Advokatfirma AS* mener det bør gis veiledning til de som henvender seg til tilsynet om hva slags type henvendelse man står overfor for å skille tips fra anmodninger om å gi pålegg om opphør etter § 12; som det som utgangspunktet gis fullt innsyn i.

### 8.2.6 Departementets vurderinger

#### 8.2.6.1 Hensyn bak departementets forslag

Departementet er enig i utvalgets forslag om å innføre taushetsplikt om tipsers identitet. Formålet bak forslaget om kildevern er at konkurransemyndighetene skal få økt tilfang av informasjon om ulovligheter som de deretter må undersøke og ta stilling til. En slik bestemmelse foreslås i ny § 27 første ledd.

I dag må Konkurransetilsynet i hvert enkelt tilfelle vurdere om tipsers identitet skal holdes hemmelig, jf. gjeldende konkurranselov § 27 og offentleglova § 24. Vurderingen er skjønnsmessig. Departementet mener dette ikke gir tilstrekkelig forutberegnelighet for den som tipser, fordi det ikke er gitt at tilsynet har hjemmel til å holde tipsers identitet skjult i alle tilfeller.

Hensynet til effektiv kontroll av konkurranseloven taler for en bestemmelse om kildevern i konkurranseloven. Tips er en viktig del av konkurransemyndighetenes avdekking av ulovlig konkurransebegrensende atferd. Kildevern kan øke omfanget av tips til tilsynet. Flere tips kan øke oppdagelsesrisikoen for karteller, og øke den preventive effekten av forbudene i konkurranseloven. Det er svært ønskelig at Konkurransetilsynet mottar tips fra noen som kjenner til overtredelsen, og som kan gi tilstrekkelige opplysninger til at tilsynet kan gjennomføre bevissikring og videre etterforskning i saken.

Et annet hensyn bak departementets forslag, er beskyttelse mot represalier for den som gir konkurransemyndighetene informasjon om lovbrudd. Det kan få alvorlige konsekvenser for tipserens arbeidssituasjon eller foretak dersom overtrederne får kjennskap til deres identitet. Det er de samme hensyn som gjør seg gjeldende ved beskyttelse av varslere i arbeidsforhold som gjør seg gjeldende i overtredelsessaker etter konkurranseloven.

Et hensyn mot utvalgets og departementets forslag om kildevern, er retten til å ta til motmæle (kontradiksjon) for de som anklages for brudd på konkurranseloven. I likhet med utvalget, mener imidlertid departementet at identiteten til foretaket eller personen som gir tips, ikke er avgjørende for partenes kontradiksjon. Det sentrale for de som etterforskes av tilsynet, er å vite om anklagene mot dem. Departementet er derimot enig i at kontradiksjonsmulighetene kan svekkes dersom man ikke får innsyn i hva man anklages for, som kan være tilfelle de gangene tipsets innhold ikke kan videreformidles fordi det vil røpe tipsers identitet. Alle etterforskningsskritt tilsynet tar, etter å ha mottatt et tips, kan den som etterforskes be om innsyn i. Departementet viser i den sammenheng til forslaget om å styrke foretakets rettssikkerhet ved å kreve at bevissikringsbeslutningen i henhold til § 25 skal si hva saken gjelder.

En innvending mot lovfesting av anonymitet for tipserere er at dette vil være et særskilt unntak fra innsynsregler i offentleglova og forvaltningsloven. Det kan anføres at det er hensiktsmessig at disse reglene er mest mulig like på de ulike rettsområdene. Departementet mener imidlertid at det er spesielle hensyn som må ivaretas overfor de

som tipser om brudd på konkurranseloven til konkurransemyndighetene. Dette tilsier en slik særløsning på konkurranserettens område.

#### 8.2.6.2 *Taushetsplikt om tipsers identitet*

Departementet understreker at tipset er starten på en etterforskning av en overtredelsessak for Konkurransetilsynet. Tipsets funksjon er å avdekke ulovlig atferd, og å sette i gang prosessen som leder frem til en endelig avgjørelse. Konkurransetilsynet kan motta tips ved muntlige eller skriftlige henvendelser fra personer som er ansatt i eller på annen måte tilknyttet et foretak som begår eller har begått lovbrudd. Tips om ulovligheter kan også fremkomme i skriftlig korrespondanse mellom tilsynet og et foretak i en annen sak.

Departementet mener at det er liten risiko for at forslaget vil føre til at noen som ønsker å skade et foretak, kan misbruke ordningen ved uberettiget å anklage foretaket for lovbrudd. Konkurransetilsynet vil innhente ytterligere informasjon og utrede saken før det eventuelt fattes endelig vedtak. Tilsynet vil vurdere tipset ut fra hvem som avgir informasjonen. Opplysninger fra for eksempel konkurrenter må kvalitetssikres før tilsynet gjennomfører inngripende tiltak i saken, som for eksempel bevissikring i henhold til konkurranseloven § 25. Alternativet til kildevern, som er at det gis anonyme tips om lovbrudd, vanskeliggjør saksbehandlingen fordi det da er vanskelig å vurdere kvaliteten på opplysningene gjennom oppfølgingsspørsmål mv. Den foreslåtte taushetsplikten er ikke til hinder for at Konkurransetilsynet kan innhente ytterligere opplysninger fra tipseren i saken, så fremt det kan skje uten å avsløre for andre at saken er initiert av vedkommendes tips.

Konkurransetilsynet vil informere den mulige overtredere om anklagen om brudd på konkurranseloven på et tidspunkt hvor dette er forsvarlig av hensyn til etterforskningen. Forslaget om taushetsplikt innebærer at tilsynet ikke kan videreformidle hvem som har varslet om lovbrudd, men kan videreformidle tipset eller gi et sammendrag av tipsets innhold. De som anklages for ulovligheter skal ikke få vite tipserens navn og andre opplysninger som kan avsløre identiteten, som arbeidssted, stilling, mv. Det må vurderes konkret hvilke andre opplysninger enn navn som må skjermes. Bestemmelsen omfatter både den første informasjonen og senere informasjon som presiserer eller supplerer den første informasjonen tilsynet mottar fra tipseren. Taushetsplikten skal gjelde selv om det skulle vise seg at forholdet det ble tipset om likevel ikke er i strid med konkurranseloven.

Departementet foreslår en absolutt taushetsplikt. Tipsers identitet skal holdes hemmelig, og i tilfeller der tipset kun kan stamme fra en svært begrenset sirkel av personer kan ikke tilsynet videreformidle tipsets innhold til de som anklages for lovbrudd.

Departementet mener at taushetsplikt med hensyn til tipserens identitet også må gjelde overfor parter og partsrepresentanter. Den foreslåtte bestemmelsen i ny § 27 første ledd annet punktum er derfor et unntak fra gjeldende konkurranselov § 27 og forvaltningsloven § 18. Departementet mener dette er nødvendig, fordi frykten for represalier ofte først og fremst er rettet mot parter i saken. Foretak eller personer som gir tips, kan imidlertid samtykke til at identiteten deres gjøres tilgjengelig, jf. reglene i forvaltningsloven § 13 a.

Det er opplysninger om tipsers identitet som skal være taushetsbelagt, ikke hele dokumenter som inneholder tipset. Tilsynet må vurdere hvor store deler av innkommende brev, av tilsynets nedtegnelser av tipset, av dokumentjournal mv. som må unntas innsyn for å sikre kildevern. I enkelte tilfeller kan det tenkes at hele dokumenter unntas innsyn.

Det er ikke formkrav til tipset for at kilden skal være omfattet av forslaget til taushetsplikt.

#### 8.2.6.3 *Ikke utvidet innsyn i taushetsbelagte opplysninger*

Gjeldende § 26 annet ledd innebærer at i avsluttede saker kan det gis innsyn i taushetsbelagt informasjon til enhver med rettslig interesse, med mindre innsyn vil virke urimelig overfor den opplysningene gjelder. Hensynet til at skadelidte får en reell mulighet til å få dekket sine tap taler for at de skal få innsyn i sakens dokumenter. For å unngå at denne innsynsretten svekker virkningen av taushetsplikten om tipsers identitet som foreslås i ny § 27 første ledd, følger departementet utvalgets forslag om å presisere at innsynsretten ikke skal gjelde opplysninger om tipsers identitet. Det vises til departementets forslag til ny § 27 a annet ledd annet punktum. Departementet vektlegger hensynet til å beskytte tipsers identitet når det gjelder innsyn i konkurransemyndighetenes dokumenter på dette punktet.

#### 8.2.6.4 *Ikke kildevern når man ber Konkurransetilsynet gripe inn etter § 12*

Konkurransetilsynet mottar jevnlig anmodninger fra aktører som mener de har lidd tap eller får en konkurranseulempe som følge av at andre aktører bryter konkurranseloven. Man kan anmode tilsy-

net om å gi pålegg om opphør etter konkurranseloven § 12. Departementet er enig med utvalget i at slike anmodninger ikke er tips der identiteten bør unntas fra innsyn. En anmodning om å gi pålegg etter § 12 vil gi den som anmoder enkelte rettigheter til saksbehandling og dermed en prioritering av tilsynets ressurser. Dette gir etter departementet sitt syn tilstrekkelig motiv til å gi tilsynet nødvendig informasjon. En regel om vern av identiteten til personer/foretak som kommer med slike anmodninger, vil derfor etter departementets vurdering gå lengre enn nødvendig. Reglene om vern mot innsyn i offentleglova og forvaltningsloven er tilstrekkelige i disse tilfellene. Konkurransetilsynet må vurdere om avgiver av informasjonen anmoder om pålegg etter § 12, eller gir et tips om lovbrudd etter forslaget til § 27 første ledd. I den vurderingen er avgivers karakteristikk av tipset avgjørende. Det har ikke betydning for taushetsplikten om et tips skulle ende med pålegg etter § 12. Det avgjørende er om det er et tips eller anmodning om pålegg om opphør når tilsynet mottar informasjonen.

#### 8.2.6.5 *Forvaltningsloven § 13 til § 13 e gjelder tilsvarende så langt de passer*

Departementet foreslår for øvrig å innta en ny bestemmelse i § 27 nytt siste ledd om at forvaltningslovens regler i § 13 til § 13 e gjelder tilsvarende så langt det passer. For nærmere om dette forslaget vises til departementets vurderinger i punkt 8.1.6 i proposisjonen.

#### 8.2.6.6 *Forholdet til tvisteloven*

For enhver som utfører tjeneste eller arbeid for konkurransemyndighetene, vil tvisteloven § 22-3 om bevisforbud for opplysninger undergitt taushetsplikt gjelde. Denne bestemmelsen åpner imidlertid for at opplysninger som omfattes av taushetsplikten i forslaget til ny § 27, etter en konkret vurdering likevel kan kreves fremlagt i et eventuelt sivilt erstatningssøksmål. Taushetsplikten om tipsers identitet som foreslås i ny § 27 første ledd blir dermed ikke absolutt. Departementet mener at de hensynene som ligger bak forslaget til taushetsplikt om tipsers identitet, nemlig en effektiv håndheving av konkurranseloven og beskyttelse mot represalier for tipser, bør veie tungt ved departementets og rettens vurdering om bevisføring etter tvisteloven § 22-3 annet og tredje ledd. For nærmere om dette vises til departementets vurderinger i punkt 8.1.6 i proposisjonen.

### 8.3 Omstrukturering av innsynsreglene i konkurranseloven

Utover innsynsregler som gjelder lempningssøknader og tipsers identitet, jf. over i 8.1 og 8.2, foreslår departementet ingen endringer i dagens innsynsregler i overtredelsessaker i konkurranseloven § 26 og § 27. Utvalget mener også at gjeldende bestemmelser, særlig innsynsreglene i § 26 og § 27, er godt begrunnet og hensiktsmessige og foreslår ikke endringer i disse.

Dagens regler innebærer mindre innsyn i overtredelsessaker mens de er til behandling, sammenlignet med andre saker etter konkurranseloven og saker under behandling ellers i forvaltningen, jf. gjeldende § 26 første ledd og § 27. Begrenset innsynsrett gjelder både tredjeperson med og uten rettslig interesse i saken og parter. Begrunnelsen bak denne reduserte innsynsmuligheten i pågående saker er hensynet til etterforskningen.

Etter at overtredelsessaker er ferdig behandlet, gjelder offentleglova. Tredjeperson med rettslig interesse kan i tillegg ha rett på mer innsyn enn det som følger av offentleglova, jf. gjeldende § 26 annet ledd. Begrunnelsen for denne regelen er hensynet til skadelidte og å lette tilgang til bevismidler for å kunne gjennomføre såkalt privat håndheving, i første rekke gjennom erstatningssøksmål.

Ingen høringsinstanser mener at dagens regler bør endres. *Forbrukerombudet* er den eneste som uttaler seg og er enig i at reglene om utsatt offentlighet og øvrige innsynsbestemmelser bør bestå. *Justisdepartementet* mener imidlertid at lovbestemmelsene i gjeldende § 26 og utvalgets forslag til § 27 a sammen gir et uoversiktlig bilde av reglene om taushetsplikt og muligheter for innsyn.

Departementet har, for å skape bedre oversikt og dermed imøtekomme Justisdepartementets merknad i høringen, endret strukturen på bestemmelsene uten at dette innebærer realitetsendringer.

Departementet har gjort noen mindre endringer i § 26 første ledd. Den ene endringen er en ombygging av rekkefølgen på ord i første punktum for å lette leservennligheten av bestemmelsen. Dette har ingen rettslig betydning. Den andre endringen er en flytting av annet punktum til tredje punktum, og endring i bestemmelsens formulering «En sak regnes ikke som avsluttet hvis den er anmeldt til påtalemyndigheten» til «En sak regnes ikke som avsluttet hvis Konkurransetilsynet begjærer påtale eller påtalemyndigheten fin-

ner at offentlig påtale kreves av sterke allmenne hensyn.» Denne endringen skyldes forslaget til den nye bestemmelsen om betinget påtale i § 33 i konkurranseloven. Bestemmelsen er nærmere behandlet i kapittel 4 i denne proposisjonen.

Gjeldende § 26 annet ledd flyttes og blir ny § 27 a annet ledd. Noen ord er endret for å lette leservennligheten av bestemmelsen.

Gjeldende § 27 flyttes og blir ny § 26 annet ledd. Noen ord er endret for å lette leservennligheten av bestemmelsen.

Øvrige endringer følger av forslagene til redusert innsyn i lempningssøknader og tipsers identitet, jf. omtalen foran i 8.1 og 8.2.

## 8.4 Konkurransetilsynets veiledningsplikt

### 8.4.1 Gjeldende rett

Konkurranseloven § 9 annet ledd fastslår at «Konkurransetilsynet plikter å veilede foretak vedrørende forståelse av denne lov, lovens rekkevidde og dens anvendelse i enkeltsaker». Bestemmelsen ble tatt inn i loven under behandlingen av lovforslaget i Stortinget.<sup>11</sup> Lovutvalget vurderte behovet for å lovfeste en særlig veiledningsplikt på konkurranseområdet, men konkluderte med at den generelle veiledningsplikten i forvaltningsloven § 11 var tilstrekkelig.<sup>12</sup> Departementet la i odelsingsproposisjonen også til grunn at Konkurransetilsynets veiledningsplikt fulgte av forvaltningslovens regler.<sup>13</sup> Komiteens flertall begrunnet forslaget med at det ønsket at Konkurransetilsynet i tillegg til å gi retningslinjer og veiledning av generell karakter, også skal gi veiledningsuttalelser i konkrete saker. Komiteen er klar over at en veiledende uttalelse i en konkret sak ikke er juridisk bindende for Konkurransetilsynets senere behandling av saken. Flertallet uttalte imidlertid at i den utstrekning et foretak har innrettet seg i tillit til en slik veiledende uttalelse i en konkret sak og de faktiske forhold ikke er endret, skal det tas hensyn til dette ved utmåling av overtredelsesgebyr etter § 29 og straff etter § 30. I debatten i Odelstinget uttalte lederen av komiteen, som også var medlem av komiteens flertall, at det med lovforslaget ikke var hensikten å fastsette andre regler enn det som følger av forvaltningsloven. Statsråd Victor Norman understreket i debatten at etter hans mening følger veiledningsplikten av for-

valtningsloven, og at bestemmelsen i konkurranseloven ikke gir foretakene rettigheter ut over det de ellers ville ha.<sup>14</sup>

Konkurranseloven § 9 annet ledd må særlig ses på bakgrunn av at konkurranseloven av 2004 innførte nye og vide forbudsbestemmelser mot konkurransebegrensende atferd harmonisert med forbudsbestemmelsene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Som følge av dette, ble konkurransemyndighetenes kompetanse til å dispensere fra forbudsbestemmelsene opphevet, og ansvaret for å vurdere om en konkurransemessig atferd er i samsvar med forbudsbestemmelsene påhviler foretakene. En fortsatt rett til forhåndsgodkjenning kunne undergrave formålet med endringen, som først og fremst var å sikre at Konkurransetilsynet i større grad kunne prioritere sine ressurser på de mest alvorlige formene for overtredelse av konkurransereglene. Det var spesielt denne overgangen fra et tosporet system med forbud og inngrep og adgang til å dispensere til et system med vide forbud mot konkurranseskadelig atferd, som Stortinget mente kunne skape usikkerhet og behov for veiledning.

Både Konkurransetilsynet og departementet har i sin praksis lagt til grunn at veiledningsplikten etter konkurranseloven § 9 ikke går lenger enn forvaltningens generelle veiledningsplikt etter forvaltningsloven § 11.

Forvaltningsloven § 11 fastsetter at forvaltningen har alminnelig veiledningsplikt innenfor sitt saksområde. Formålet med veiledningen er at parter og andre interesserte skal kunne ivareta sine interesser. Veiledningsplikten går likevel ikke så langt som til å gi en forhåndsuttalelse om utfallet av en aktuell eller potensiell fremtidig sak. Dette følger også av departementets praksis. I brev til De norske Bokklubbene<sup>15</sup> uttrykte departementet at:

«Når det gjelder vurdering av regler anvendt på fakta, vil det lett innebære en forhåndsuttalelse. Det forvaltningsrettslige utgangspunktet er at forvaltningsorganer bør være svært forsiktig med å gi ikke-bindende forhåndsuttalelser. Slike uttalelser vil ofte føre til at foretakene innretter seg etter dem. Det kan skape problemer dersom spørsmål i tilknytning til uttalelsene senere kommer opp til formell avgjørelse. Hypotetiske vurderinger av regelverket anvendt på faktum vil dessuten kreve ressurser

<sup>11</sup> Innst. O. nr. 50 (2003-2004) s. 43-44.

<sup>12</sup> NOU 2003: 12 s. 66.

<sup>13</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 39.

<sup>14</sup> Referat fra debatten i Odelstinget 26. februar 2004.

<sup>15</sup> Moderniseringsdepartementets brev 9. juni 2005.

som kan få uheldige virkninger på forvaltningens prioriteringer av andre saker.»

Departementet har videre i brev til SAS 8. januar 2007 understreket at:

«Verken departementet eller Konkurransetilsynet kan etter lovens system gi bindende forhåndsuttalelse. På samme måte må konkurransemyndighetene også være forsiktige med å gi uttrykk for en bestemt anvendelse av konkurranselovens forbud på et mulig framtidig forhold.»

Veiledningen må videre tilpasses det enkelte forvaltningsorgans situasjon og kapasitet til å gi slik veiledning, jf. § 11 første ledd. Forvaltningsorganet må derfor ved vurderingen av omfanget av veiledningsplikten i den enkelte sak foreta en avveining av sakens karakter, behovet for veiledning og ressursituasjonen i organet. Forvaltningsorganet skal vurdere partenes behov for veiledning. Det følger av dette at dersom parten bistås av profesjonelle rådgivere som for eksempel advokater eller selv har særlige forutsetninger for å kjenne og anvende regelverket, kan forvaltningens veiledningsplikt være mer begrenset. Det følger av annet ledd at veiledningsplikten gjelder regelverk og praksis på det aktuelle området, saksbehandlingsregler og, om mulig, å peke på omstendigheter som i det konkrete tilfellet særlig kan få betydning for resultatet.

Det er i praksis lagt til grunn at et avslag på å gi veiledning ikke er å anse som et enkeltvedtak i henhold til forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b. Dette er begrunnet med at avgjørelse om veiledning er en prosessledende beslutning og ikke angår realiteten i saken. Det er videre lagt til grunn at konkurranseloven § 9 annet ledd, i likhet med forvaltningsloven § 11, ikke gir private rettskrav på veiledning, og at det derfor ikke er «bestemmende for rettigheter og plikter» til personer, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b. Det foreligger således verken begrunnelsesplikt i henhold til forvaltningsloven § 25 eller klagerett i henhold til forvaltningsloven § 3, jf. kapittel VI.<sup>16</sup>

#### 8.4.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget legger i utredningens punkt 12.3 til grunn at Konkurransetilsynets veiledningsplikt

etter konkurranseloven § 9 ikke går lenger enn forvaltningens generelle veiledningsplikt etter forvaltningsloven § 11. Utvalget vil i den forbindelse understreke de plikter forvaltningsloven § 11 legger på Konkurransetilsynet, som omtalt ovenfor i punkt 8.4.1.

Utvalget har vurdert om det er hensiktsmessig å pålegge Konkurransetilsynet en utvidet veiledningsplikt i konkurransesaker. Utvalget vil peke på at veiledning fra konkurransemyndighetene om anvendelsen av konkurransereglene er egnet til å bedre effektiviteten i konkurransemyndighetenes arbeid. Videre vil utvalget understreke at overtredelse av konkurransereglene kan få betydelig økonomiske og omdømmemessige konsekvenser for foretakene. Med innføringen av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven § 10 og § 11, har foretakene ikke lenger anledning til å få konkurransemyndighetenes vurdering av lovligheten av et samarbeid gjennom dispensasjonssøknader eller forhåndsuttalelser med hensyn til anvendelsen av konkurransereglene på et konkret forhold. Utvalget vil understreke at dette gir foretakene behov for nærmere veiledning fra konkurransemyndighetene om bestemmelsenes rekkevidde og håndhevingspraksis på mer generelt nivå.

Utvalget viser til at Konkurransetilsynet allerede gir informasjon gjennom ulike former for veiledere, osv. Videre foreligger det etter hvert omfattende veiledning fra Kommisjonen og ESA med hensyn til anvendelsen av TEUV artikkel 101 og 102/EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Denne praksisen vil være rettskilder også ved tolkning og anvendelse av konkurranseloven § 10 og § 11. Også Kommisjonens veiledning og praksis i saker om foretakssammenslutninger gir veiledning for behandling av fusjoner etter konkurranseloven § 16. Utvalget viser til at det foreslår å harmonisere inngrepskriteriet i konkurranseloven § 16 med SIEC-kriteriet i fusjonskontrollen i EU/EØS (forordning (EF) nr. 139/2004) og en ytterligere tilnærming av det prosessuelle regelverket med fusjonskontrollen i EU/EØS. Det vises i denne sammenheng til kapittel 8 i NOU 2012: 7. Dette vil innebære at Kommisjonens veiledning og praksis vil ha relevans som rettskilde ved håndhevingen av fusjonskontrollen i konkurranseloven. Utvalget mener at den samlede veiledningen fra Konkurransetilsynet og overvåkningsorganene i EU/EØS er omfattende, og at den gir et godt grunnlag for foretakene til å vurdere lovligheten av egen atferd i forhold til konkurranselovens forbudsbestemmelser og rekkevidden av bestemmelsene om kontroll med foretakssammenslutninger. Utvalget viser i den forbin-

<sup>16</sup> Konkurransetilsynets brev til SAS av 7. mars 2011 i sak 2010/784.

delse også til at det i EU/EØS legges stor vekt på vedtakelsen av ikke-bindende regelverk i form av særlig retningslinjer og veiledere, og legger til grunn at denne formen for veiledning vil bli ytterligere utviklet i årene fremover.

Utvalget mener imidlertid at konkurranseloven § 9 annet ledd fremstår som misvisende med hensyn til rekkevidden av tilsynets veiledningsplikt, og foreslår at denne bestemmelsen oppheves.

#### 8.4.3 Høringsinstansene

De fleste høringsinstansene er positive til forslaget om å oppheve bestemmelsen om Konkurransetilsynets veiledningsplikt. De viser til at denne uansett følger av forvaltningsloven § 11. *NHO* er i mot forslaget, og understreker at bestemmelsen er et signal til foretakene om at de skal kunne henvende seg til Konkurransetilsynet. *NHO* fremhever at dette er særlig viktig for små og mellomstore bedrifter.

#### 8.4.4 Departementets vurderinger

Etter departementets vurdering har konkurranseloven § 9 annet ledd ingen selvstendig betydning for innholdet i eller omfanget av Konkurransetilsynets veiledningsplikt utover forvaltningsloven § 11. Forvaltningsloven § 11 oppstiller en veiledningsplikt for Konkurransetilsynet og konkurranseloven § 9 annet ledd går ikke lenger enn denne.

Departementet foreslår likevel å beholde bestemmelsen i konkurranseloven. Som *NHO* peker på i høringen, har bestemmelsen en viss informasjonsverdi for foretakene fordi den kommuniserer at det er mulig å henvende seg til Konkurransetilsynet for veiledning. Dette gjelder kanskje særlig for mindre bedrifter uten mulighet til å bruke advokat. Kjennskap til og bruk av veiledningsplikten vil også kunne hindre brudd på konkurranseloven.



## 9 Økonomiske og administrative konsekvenser

### 9.1 Utvalgets forslag

#### 9.1.1 Generelt

Utvalget vurderer administrative og økonomiske konsekvenser av sine forslag i kapittel 13 i utredningen. Det er særlig på tre områder hvor utvalget foreslår endringer i gjeldende konkurranselov. Dette gjelder kontrollen med foretakssammenslutninger, prosessreglene og konkurransemyndighetenes håndheving av atferdsreglene. I tillegg foreslår utvalget mindre tilpasninger en rekke steder i loven. Utvalget viser til at et overordnet siktemål med lovrevisjonen har vært å oppnå en mer effektiv håndheving av konkurranseloven. Det er utvalgets generelle vurdering at lovendringene samlet sett – og særlig på sikt – forventes å gi samfunnsøkonomiske gevinster. Utvalget peker i denne sammenheng særlig på tiltakene av prosessuell art som er foreslått for å legge til rette for tidligere klareringer av foretakssammenslutninger samt endringene som er foreslått for å effektivisere lempningsinstituttet.

Når det gjelder endringene i konkurranseloven kapittel 4 knyttet til kontrollen med foretakssammenslutninger nevner utvalget at den betydelige hevingen av dagens terskelverdier for meldeplikt forventes å redusere antallet meldepliktige foretakssammenslutninger vesentlig. Dette vil ventelig innebære en besparelse for næringslivet generelt.

Selv om det foreslås en rekke endringer av varierende omfang i de materielle bestemmelsene i konkurranseloven, er utvalget av den oppfatning at gjeldende lovs struktur og systematikk langt på vei videreføres. Utvalget vil fremheve at en rekke av de endringene som foreslås er begrunnet i et ønske om større grad av harmonisering med EU/EØS-retten, og at både næringslivets anvendelse og konkurransemyndighetenes håndheving av konkurranseloven vil forenkles som følge av dette.

Nedenfor følger utvalgets sammenfatning av de mest sentrale økonomiske og administrative konsekvensene som lovforslaget kan tenkes å ville gi for henholdsvis næringslivet og konkurransemyndighetene.

#### 9.1.2 Konsekvenser for næringslivet

Når det gjelder utvalgets forslag til endringer i konkurranseloven kapittel 4 vedrørende kontrollen med foretakssammenslutninger er det først og fremst forslaget om å heve terskelverdiene for meldeplikt til 1 milliard kroner for total omsetning og 100 millioner kroner for individuell omsetning som vil få økonomiske konsekvenser for næringslivet. I denne sammenheng har utvalget nøyd seg med å peke på at forslaget er antatt å ville gi en reduksjon på ca. 70 prosent av alminnelige meldinger, jf. punkt 8.5.4 i utredningen. Den betydelige hevingen av terskelverdiene er særlig forventet å slå ut i form av besparelser for små og mellomstore foretak, som med de nye terskelverdiene normalt ikke lenger vil være forpliktet til å inngi melding. Når det gjelder konsekvensene for større foretak, nøyer utvalget seg med å peke på at de nye terskelverdiene ikke vil påvirke antallet saker i fase II annet enn marginalt, og at det ikke er antatt at endringen vil medføre noen endring med hensyn til hvilke saker det vil bli sendt ut begrunnet varsel eller fattet vedtak i. For foretak som oppfyller de nye terskelverdiene, vil omfanget av meldeplikten etter lovforslaget fremstå som mer byrdefullt enn etter gjeldende rett. Det vises imidlertid til punkt 8.5.4.6 i utredningen om forenklet melding for visse transaksjoner.

Forslaget til ny bestemmelse i § 18 b som pålegger foretakene en plikt til å identifisere taushetsbelagt informasjon samt grunngi hvorfor, vil kunne innebære et merarbeid for foretakene. På den annen side er dette også noe foretakene må ha et bevisst forhold til allerede i dag.

Utvalget viser videre til at det flere steder i konkurranseloven kapittel 4 er foreslått ulike tiltak av prosessuell art som har som formål å legge til rette for tidligere klareringer av foretakssammenslutninger enn det som er tilfellet i dag. Dersom dette realiseres, vil det ha positive økonomiske konsekvenser for involverte foretak.

Et annet område der det foreslås viktige endringer er konkurranseloven § 25 om bevissikring. I den sammenheng peker utvalget særlig på at regelen om beslagsform er foreslått endret, slik at

Konkurransetilsynet som hovedregel skal ta en kopi av de dokumentene det ønsker å beslaglegge, med mindre originalene kan sies å ha en særskilt bevisverdi mv. En slik omlegging vil på den ene side kunne få som konsekvens at tiden som går med til å gjennomføre bevissikringen øker, med de negative konsekvensene dette vil kunne få for foretakene som er berørt. Samtidig vil forslaget medføre at foretakene i enda større grad enn i dag vil være operative både under og etter bevissikringen, og at de lettere vil kunne forberede sitt forsvar.

Når det gjelder håndteringen av databeslag, foreslås det lovfestet særskilte prosedyrer for dette i konkurranseloven § 25 fjerde ledd. Etter forslaget har den kontrollerte eller dennes representant rett til å være tilstede når Konkurransetilsynet skal starte sin gjennomgang av beslaglagt elektronisk materiale. Forslaget vil kunne foranledige økt ressursbruk fra foretakenes side. Samtidig må det understrekes at deltakelse under gjennomgangen er frivillig for foretakene, og at det følgelig vil være opp til det enkelte foretak selv å vurdere hvor mye tid og ressurser man ønsker å sette av til dette formålet.

### 9.1.3 Konsekvenser for konkurransemyndighetene

Når det gjelder forslaget om å lovfeste en hjemmel for Konkurransetilsynet til å fatte vedtak om bindende tilsagn etter mønster av rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9, peker utvalget på at en mer formalisert løsning på dette området ventelig vil føre til en større pågang fra næringslivet for å få på plass denne typen løsninger i konkrete saker. Konkurransetilsynet har selv uten en formalisert hjemmel allerede erfaringer med å løse saker på denne måten, og det antas derfor ikke at lovforslaget vil medføre noe behov for at tilsynet foretar endringer i sin organisering og/eller i sine saksbehandlingsrutiner. Utvalget anser det videre som usikkert om den foreslåtte lovfestingen av adgangen til omgjøring og klage i forbindelse med tilsagn vil medføre økt ressursbruk på denne typen spørsmål for konkurransemyndighetene.

Forslaget om å oppheve gjeldende § 12 tredje ledd om rett til klage der Konkurransetilsynet henlegger saker, vil frigjøre noen saksbehandlingsressurser til andre prioriterte oppgaver, selv om antallet saker etter § 12 tredje ledd har vært synkende de senere år.

Utvalget antar videre at den vesentlige hevingen av terskelverdiene for meldeplikt vil gi en

reduksjon av antallet alminnelige meldinger med ca. 70 prosent, noe som isolert sett vil gi betydelige besparelser i Konkurransetilsynets ressurser satt av til behandling av denne typen saker. Samtidig påpekes at hevingen av terskelverdiene bare marginalt vil påvirke antallet saker Konkurransetilsynet får inn som går til begrunnet varsel eller som går til inngrepsvedtak. Dette innebærer at de nye terskelverdiene ikke er ventet å ville gi seg utslag på de sakene som allerede i dag krever flest ressurser fra tilsynets side. Samtidig utvides kravene til meldingens innhold etter § 18, jf. § 18 a. Det vil igjen medføre at de meldinger som Konkurransetilsynet mottar etter den foreslåtte modellen, totalt sett er mer omfangsrike og dermed vil kreve mer ressurser i saksbehandlingen. Videre vil de ulike tiltakene som er foreslått for å sikre en tidligere klarering av foretakssammenslutninger, gi insentiver også til Konkurransetilsynet om å effektivisere sin saksbehandling av foretakssammenslutninger. Utvalget mener at det er relativt klart at forslagene til endringer i bestemmelsene om kontroll med foretakssammenslutninger vil få økonomiske og administrative konsekvenser for Konkurransetilsynet, men at det er beheftet med betydelig usikkerhet om det samlet sett er tale om besparelser og hvor store disse eventuelt vil bli.

Når det gjelder forslaget om endring i beslagsform i konkurranseloven § 25, vil utvalget bemerke at en omlegging av hovedregelen fra originalbeslag til kopi normalt vil medføre økt ressursbruk fra tilsynsmyndighetenes side. Selve bevissikringen vil kunne ta lengre tid med en slik regel, og med det omfanget mange bevissikringer har, vil også selve kopieringen ha kostnader. Samtidig vil et effektivt strukturert kopibeslag kunne effektivisere den senere behandlingen av saken. Dette vil dermed kunne oppveie en del av de ulempene som en hovedregel om kopibeslag fører med seg. Når det gjelder de foreslåtte prosedyrene knyttet til gjennomgangen av databeslag, vil også dette etter utvalgets syn kunne medføre noe økt ressursbruk fra Konkurransetilsynets side. Det vil imidlertid også her kunne være slik at en noe økt ressursbruk innledningsvis i saksbehandlingen vil kunne gi seg utslag i en mer effektiv saksbehandling i en senere fase. Samlet sett legger utvalget til grunn at lovforslagene knyttet til beslagsform og håndtering av databeslag vil gi visse administrative konsekvenser for Konkurransetilsynet, men at de økonomiske konsekvensene vil være marginale.

Forslaget i § 18 b, som pålegger parter og tredjemenn som gir opplysninger til konkurranse-

myndighetene, å angi eller avmerke hvilke opplysninger som er å anse som forretningshemmeligheter, samt begrunne hvorfor, vil kunne innebære en redusert ressursbruk for myndighetene. Særlig gjelder dette fordi manglende angivelse/avmerking eller mangelfull begrunnelse innebærer at konkurransemyndighetene kan legge til grunn at opplysningene ikke er taushetsbelagte.

Videre vil den foreslåtte bestemmelsen i § 26 om unntak fra offentleglova for dokumenter som er inngitt til Konkurransetilsynet i forbindelse med krav om lempning også kunne bidra til en effektivisering av lempningsinstituttet. Utvalget understreker at det er usikkert om de foreslåtte tiltakene rent faktisk vil medføre flere lempningssøknader. Samtidig vil det være slik at når risikoen for personlig straffansvar og foretaksstaff på denne måten elimineres der vilkårene for hel lempning er oppfylt, vil dette kunne forsterke den grunnleggende ustabilitet som kjennetegner karteller.

## 9.2 Høringsinstansene

Et fåtall av høringsinstansene har kommentert de administrative og økonomiske konsekvenser av lovforslaget.

*Domstolsadministrasjonen* peker på at det er av interesse å få nærmere belyst konsekvensen for domstolene av å oppheve den særskilte klageadgangen etter konkurranseloven § 12 tredje ledd. Det fremgår av utredningen at foretak gjennom denne lovendringen i større utstrekning oppfordres til å bringe saken inn for de alminnelige domstoler – og at dette vil kunne ha en positiv effekt i den utstrekning saker der det er grunnlag for det bringes inn for domstolen, og videre at overtredelser således kan bringes til opphør uten å involvere Konkurransetilsynet.

Utvalget har foretatt en vurdering av de administrative og økonomiske konsekvenser av forslagene og særlig trukket frem de konsekvenser lovforslaget kan tenkes å gi for hhv næringslivet og konkurransemyndighetene. Etter det Domstolsadministrasjonen kan se, har ikke utvalget på noe sted vurdert forslagenes virkning for domstolene.

*Konkurransetilsynet* viser til at utvalget har foretatt en vurdering av de økonomiske og administrative konsekvensene av lovforslaget i utredningen kapittel 13. Konkurransetilsynet vil tilføye at dersom det blir foreslått å innføre en bestemmelse om forliksløsninger i kartellsaker som Konkurransetilsynet går inn for, er det ventet at dette vil gi besparelser både for konkurransemyndighetene og foretakene.

*Nærings- og handelsdepartementet* mener at forslagene om adgang til å inngå forlik og redusert meldeplikt kan bidra til forenkling, redusert ressursbruk og økt verdiskapning. Disse forslagene bør etter deres mening derfor gjennomføres.

## 9.3 Departementets vurderinger

### 9.3.1 Generelt

Utvalget har som nevnt foreslått endringer særlig på tre områder, nemlig kontroll med foretakssammenslutninger, prosessreglene og konkurransemyndighetenes håndheving av atferdsreglene. Departementet har valgt å følge opp mange, men ikke alle av utvalgets forslag. Departementet deler utvalgets generelle vurderinger om at lovendringene samlet sett – og særlig på sikt – forventes å gi samfunnsøkonomiske gevinster. Det er ikke mulig å kvantifisere disse, men en nærmere omtale av forventede virkninger for næringslivet og forvaltningen gis nedenfor.

### 9.3.2 Konsekvenser for næringslivet

Endringene som foreslås i konkurranseloven, vil på noen områder kunne oppleves som mer byrdefullt for næringslivet, mens de på andre områder vil få lavere administrative og økonomiske kostnader. Samlet sett forventer departementet at de foreslåtte endringene vil ha positive virkninger for næringslivet, hovedsakelig som følge av endringene i fusjonskontrollen.

Den største gevinsten for næringslivet skjer ved at departementet følger utvalgets forslag om en betydelig heving av terskelverdiene for meldeplikt til 1 milliard kroner for total omsetning og 100 millioner kroner for individuell omsetning. Det gjøres også endringer i Konkurransetilsynets saksbehandlingsrutiner i fusjonskontrollen som vil gi en mer effektiv prosess. Departementet forventer at disse endringene gir besparelser spesielt for mange små og mellomstore bedrifter som vil falle utenfor meldeplikten. På den annen side vil selskaper som kommer over de nye terskelverdiene, måtte bruke mer tid og ressurser knyttet til en mer omfattende opplysningsplikt. Dette skyldes at det ikke lenger er et system med alminnelig og fullstendig melding, men en fullstendig melding for alle fusjoner som er over terskelverdiene. Saksbehandlingstiden vil bli kortere i saker som etter gammel ordning ville gått til den andre fasen, men lengre for saker som ville blitt klarert i den første fasen. For å redusere antall meldinger

som ville blitt klarert i den første fasen og som nå ligger an til å få en lengre saksbehandling, innfører departementet en mulighet for en forenklet melding for transaksjoner over terskelverdiene, men som ikke er egnet til å skape konkurranseproblemer.

Departementet gjør også noen mindre endringer for å legge til rette for at en fusjonssak skal kunne avklares raskere ved at Konkurransetilsynet kan avslutte prosessen gjennom å fatte et vedtak om avhjelpende tiltak. Dersom et forslag til avhjelpende tiltak fremsettes av partene innen 20 virkedager, er de sikret at dette vil bli behandlet av Konkurransetilsynet innen det er gått 35 virkedager etter at fusjonen regnes som meldt.

Departementet følger også opp utvalgets forslag til ny bestemmelse i § 18 b som pålegger foretakene en plikt til å identifisere taushetsbelagt informasjon samt grunngi hvorfor de mener det er taushetsbelagt informasjon. De fleste foretak har allerede i dag et bevist forhold til dette. Likevel vil denne endringen trolig kunne innebære noe merarbeid for foretakene.

Departementet gjør flere endringer i tilknytning til lempningsprogrammet. Den viktigste endringen er at departementet opphever foretaksstraffen og samtidig gir uttrykk for et ønske om økt prioritering av personstraff. Videre har departementet valgt å ta inn vilkårene for hel og delvis lempning inn i loven. Dette vil bidra til å gjøre lempningsprogrammet mer synlig og øke bevisstheten om ordningen samt at det også blir klarere for foretakene hva som kreves for å oppnå hel eller delvis lempning av overtredelsesgebyret. Departementet gjør også noen endringer i innsynsreglene for at det skal bli klarere at det ikke vil bli gitt innsyn i lempningsdokumenter og tips til Konkurransetilsynet.

Innføringen av en særregel om foreldelse av ansvar for brudd på konkurranseloven, vil gi en utvidet foreldelsesfrist i forhold til dagens regler. På denne måten fjernes en uønsket asymmetri i dagens regelverk for privates muligheter til å gå til søksmål om erstatning for brudd på konkurransereglene, selv om den praktiske betydningen av problemet reduseres vesentlig ved at foretakstraffen oppheves.

### 9.3.3 Konsekvenser for forvaltningen

Departementet forventer ingen budsjettmessige endringer verken for Konkurransetilsynet, departementet eller andre deler av forvaltningen som følge av de foreslåtte endringene i konkurranseloven. Som for næringslivet vil enkelte av endrin-

gene i konkurranseloven kunne medføre økt ressursbruk hos Konkurransetilsynet, blant annet når det gjelder bevissikring og beslagsform, mens andre endringer vil lette ressursbruken til Konkurransetilsynet. Dette gjelder spesielt i behandlingen av foretakssammenslutninger. De administrative og økonomiske konsekvensene vil etter departementets vurdering samlet sett være beskjedne.

Departementet foreslår å oppheve foretaksstraffen, noe som i utgangspunktet burde medføre sparte ressurser til håndheving hos politi- og påtalemyndigheten samt Konkurransetilsynet. Samtidig er det slik at denne sanksjonen i praksis ikke har vært benyttet etter den nye konkurranseloven. Således forventes det ingen reelle innsparinger for forvaltningen. Personstraff har heller ikke vært benyttet etter den nye konkurranseloven. Det må derfor antas at departementets forslag om å innføre en betinget påtaleordning med økt prioritering av personstraff vil kunne føre til økte utgifter for Konkurransetilsynets og påtalemyndighetens saksbehandling. Dette kan også føre til at flere saker blir domstolsbehandlet enn det som er situasjonen i dag.

Innføringen av en lovfestet hjemmel for Konkurransetilsynet til å fatte vedtak om avhjelpende tiltak, etter mønster av rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9, forventes å bli mottatt positivt i næringslivet og av Konkurransetilsynet. I enkeltsaker vil en slik løsning innebære besparelser både for foretakene og for Konkurransetilsynet gjennom en mer effektiv saksbehandling.

Om en lovfesting av en adgang til å fatte vedtak om avhjelpende tiltak vil gi en faktisk økt bruk av slike løsninger er uklart. Men departementet antar at det på sikt vil kunne slå positivt ut etter som dette blir en mer etablert praksis og bedre kjent i næringslivet. Samtidig vil gjeldende § 12 tredje ledd om rett til klage der Konkurransetilsynet henlegger saker oppheves. Det har vært en klar nedadgående tendens i antall saker de siste årene, og det forventes en positiv, men begrenset, virkning på ressursene som frigjøres hos Konkurransetilsynet i forbindelse med at klageadgangen foreslås å opphøre.

Departementet følger opp utvalgets forslag både i forbindelse med heving av terskelverdiene, meldingens innhold, endringer i tilsynets saksbehandling m.m. Det forventes at disse endringene samlet sett vil gi en mer effektiv saksbehandling hos Konkurransetilsynet og at det vil kunne frigjøre ressurser hos tilsynet. Departementet viser til utvalgets vurderinger i punkt 8.5.4 i utredning-

gen for en nærmere beskrivelse av konsekvensene av å heve terskelverdiene for meldeplikt samt at kravene til meldingens innhold utvides.

Departementet foreslår også endringer i § 25 om bevissikring slik at hovedregelen nå vil være at dokumentbeslag skal tas i form av kopier og ikke originaldokumenter. Konkurransetilsynet må belage seg på å kopiere dokumentene ute hos foretakene når de er på kontrollundersøkelser. Dette er et tidkrevende arbeid, og tilsynet må beregne økt bruk av ressurser både administrativt og økonomisk ved fremtidige kontrollundersøkelser. Det at

prosessen forlenges ved at tilsynet må bruke lengre tid i foretakenes lokaler, vil også kunne oppleves som en merbelastning for foretaket. Departementet antar imidlertid at de positive virkningene av forslaget mer enn veier opp for dette.

Forslaget om å innføre en særskilt søksmålsfrist vil gjøre at Konkurransetilsynet kan sette strek i en sak på et tidligere tidspunkt enn i dag, og muliggjøre en mer effektiv ressursutnyttelse. Forslaget om at betalingsfristen og søksmålsfristen skal løpe fra samme tidspunkt er en forenkling av regelverket.

## 10 Merknader til de enkelte paragrafer

### 10.1 Merknader til lovforslaget del I om endringer i konkurranseloven

*Til § 12 Pålegg om å bringe ulovlig atferd til opphør mv.*

Konkurranseloven § 12 *første ledd* gir Konkurransetilsynet hjemmel til å treffe stansingsvedtak når det er konstatert en overtredelse av forbudene i lovens § 10 og § 11. Konkurransetilsynet skal også kunne treffe vedtak med pålegg om opphør av atferd i strid med forskrifter gitt med hjemmel i konkurranseloven § 14. Dette er nærmere behandlet i proposisjonens punkt 3.1.4. Bestemmelsens *første ledd første punktum* er endret i overensstemmelse med dette.

*Annet ledd* ble opprinnelig gitt for å presisere at det ikke innebærer dobbeltstraff å gi pålegg etter § 12 første ledd samtidig med at det vedtas overtredelsesgebyr eller at overtredelsen anmeldes. Av merknadene til bestemmelsen i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) fremgår at mens et overtredelsesgebyr er en sanksjon for en allerede begått overtredelse, så er et pålegg etter første ledd et verktøy for å forhindre fremtidige overtredelser. En anmeldelse innebærer begynnelsen på en eventuell sak hos påtalemyndigheten og er heller ingen sanksjon. Siste del av bestemmelsen i annet ledd, om at pålegg også kan gis selv om overtredelsen blir anmeldt, er strøket. Dette er et resultat av at foretaksstraffen oppheves for overtredelser av konkurranseloven, jf. § 32 siste ledd. Opphør av foretaksstraffen er nærmere behandlet i proposisjonens punkt 4.4.4.

*Tredje ledd* om klageadgang for avslag på anmodning om stansingsvedtak oppheves. Dette er behandlet i proposisjonens punkt 3.2.

*Nytt tredje ledd* gir Konkurransetilsynet hjemmel til å avslutte en sak gjennom vedtak om bindende avhjelpende tiltak.

Bestemmelsen er en tillempling til rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9. Praksis knyttet til artikkel 9 vil være relevant ved den nærmere tolkningen og anvendelsen av den norske bestemmelsen.

Vedtaket om avhjelpende tiltak vil være basert på de tiltakene som partene selv har tilbudt og utformes i et samarbeid mellom Konkurransetil-

synet og foretakene. Å starte en dialog med tilsynet om avhjelpende tiltak er et frivillig valg for de berørte foretakene. For en nærmere beskrivelse av innholdet i ordningen, vises det til proposisjonens punkt 3.3.4. En lignende ordning gjelder etter § 16 annet ledd for saker om foretakssammenslutninger. Se her proposisjonens punkt 6.3.

Etter *tredje ledd første punktum* er Konkurransetilsynets kompetanse knyttet opp til at det verserer en sak «som kan ende med vedtak etter § 12 første ledd», og at foretakene velger å foreslå avhjelpende tiltak og slik initierer avslutning av denne vedtak om bindende avhjelpende tiltak. Henvisningen til § 12 første ledd avgrensner det saklige virkeområdet for vedtak etter tredje til femte ledd til saker der det er oppstått spørsmål om overtredelse av § 10, § 11 eller forskrift gitt med hjemmel i § 14. Henvisningen til § 12 første ledd er ikke ment å utelukke vedtak om avhjelpende tiltak når Konkurransetilsynet vurderer om det foreligger overtredelser som det vil kunne være aktuelt å sanksjonere med overtredelsesgebyr. Se for øvrig punkt 3.3.4.

*Av tredje ledd annet punktum* fremgår at vedtak om bindende avhjelpende tiltak kan fattes før Konkurransetilsynet har gjort en fullstendig vurdering av om inngrepsvilkåret i første ledd er oppfylt. Det vil si at det ikke kreves at tilsynet sannsynliggjør eller beviser at det foreligger en overtredelse. Det er ikke lovfestet særskilte krav til denne ufullstendige vurderingen av saken. Men det alminnelige kravet til forsvarlighet i saksbehandlingen gjelder. Kravet til saksutredning og begrunnelse må imidlertid ses i lys av at partene selv medvirker til vedtaket. Se nærmere under proposisjonens punkt 3.3.4.

Bestemmelsen fastsetter ikke noe bestemt tidspunkt for når Konkurransetilsynet første gang må fremlegge sin foreløpige vurdering av saken, og den pålegger heller ikke foretakene noen frist for når et tilbud om tiltak tidligst eller senest kan presenteres for Konkurransetilsynet. Foretakene kan derfor i utgangspunktet på ethvert tidspunkt i en sak ta initiativ til en dialog om tiltak.

Forankringen av saken i § 10, § 11 eller forskrift etter § 14 tilsier at konkurranseproblemet må være relativt lett identifiserbart. Det må være styrende for tilsynets saksutredning at det skal fattes materi-

elt riktige avgjørelser og at foretakene skal ha fått anledning til kontradiksjon og medvirkning før tilsynet eventuelt fatter et vedtak etter første punktum.

Konkurransetilsynet må etter *tredje ledd tredje punktum* gi en vurdering av foretakets atferd i vedtaket. I dette ligger at tilsynets foreløpige vurdering av saken etter *tredje ledd annet punktum* må fremgå av vedtaket.

Etter *tredje ledd fjerde punktum* skal det vurderes om tiltakene er egnet til og nødvendige for å avhjelpe de konkurransemessige problemene som Konkurransetilsynet har funnet og begrunnes hvorfor. For at et tiltak skal være egnet, kreves det at konkurranseproblemet reduseres, men ikke at det skal forsvinne. Det er altså nok at det gjennom vedtaket blir mindre. I vurderingen av om tiltakene som foreslås er nødvendige for å avbøte de konkurransemessige problemene som Konkurransetilsynet har funnet i sin foreløpige vurdering, skal tilsynet undersøke om de foreslåtte tiltakene går for langt. Tiltakene kan blant annet gå for langt, ved at de får karakter av en særregulering som burde vært gitt ved forskrift etter § 14. Det må også tas hensyn til virkningen for tredjepersoner. Det bør for eksempel vurderes om de foreslåtte tiltakene primært synes å ivareta forslagsstillerens interesser.

Det vil være opp til Konkurransetilsynet om de foreslåtte tiltakene skal avvises eller aksepteres.

Det følger videre av *tredje ledd femte punktum* at det skal fremgå uttrykkelig av vedtaket at Konkurransetilsynet ikke vil gå videre med saken etter § 12 første ledd eller § 29 dersom tiltakene gjennomføres etter forutsetningen i vedtaket. Rettsvirkningene av vedtaket er med andre ord at Konkurransetilsynet så lenge vedtaket gjelder, ikke kan utrede saken videre med sikte på å påvise, stanse eller sanksjonere en overtredelse. (Se imidlertid fjerde ledd om omgjøring.) At vedtaket uttrykkelig skal slå fast at det ikke er grunn til å gripe inn, er noe annet og mindre enn å slå fast at det ikke har vært eller fremdeles kan foreligge en overtredelse av atferdsreglene. Et vedtak om bindende avhjelpende tiltak vil derfor ikke stå i veien for at domstolene kan fastslå at foretak opptrer i strid med reglene i § 10, § 11 eller forskrift gitt med hjemmel i § 14, selv om de etterlever vedtaket.

Brudd på vedtak om bindende avhjelpende tiltak skal i likhet med praksis i EU/EØS-retten kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr, jf. § 29 første ledd bokstav b, som blant annet henviser til overtredelser av vedtak etter § 12 i sin helhet. For å sikre at tiltakene i vedtaket gjennomføres vil Konkurransetilsynet dessuten ha anledning til å ilegge foretakene tvangsmulkt, jf. kon-

kurranseloven § 28. Brudd på vedtak om bindende avhjelpende tiltak skal imidlertid ikke kunne sanksjoneres med straff, jf. § 32 første ledd bokstav b.

*Tredje ledd sjette punktum* gir Konkurransetilsynet etter forslag fra foretakene hjemmel til å oppnevne en forvalter, til å bistå ved gjennomføringen av vedtak etter første punktum. Bakgrunnen for hjemmelen er at det ikke kan utelukkes at det er et behov for å kontrollere at vedtak etter § 12 tredje ledd om bindende avhjelpende tiltak etterleves, og at partene derfor bør kunne tilby bistand fra en forvalter som en del av tilbudet om avhjelpende tiltak. Det vises i denne sammenheng til at det av Kommissjonens retningslinjer for beste praksis ved behandlingen av saker etter TEUV artikkel 101 og 102 fremgår at det om nødvendig kan utpekes en forvalter til å bistå Kommissjonen med gjennomføring av avhjelpende tiltak etter rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 9. Spørsmålet om oppnevning og hvem som skal velges, bør løses i dialog mellom Konkurransetilsynet og partene i saken. Oppnevningen skal fremgå av vedtaket om bindende avhjelpende tiltak. Selv om oppnevning skjer gjennom en dialog tilknyttet et forslag fra partene, bør tilsynet eventuelt kunne si nei til den som partene har foreslått. Dette kan dermed resultere i at tilbudte tiltak ikke aksepteres.

Etter *tredje ledd syvende punktum* kan Kongen i forskrift gi nærmere bestemmelser om forvalters stilling.

Ved klager over vedtak etter tredje ledd kan departementet etter *siste punktum* bare oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak. Departementets kompetanse i klager over vedtak etter denne bestemmelsen er begrenset i forhold til alminnelig klagebehandling etter forvaltningsloven, der klageorganet kan erstatte førsteinstansens vedtak med sitt eget. Denne løsningen er en følge av systemet i ordningen med avhjelpende tiltak. Det påklagede vedtaket hviler på tilbud om avhjelpende tiltak fra foretaket, som fremkommer i et samarbeid med Konkurransetilsynet og underlegges Konkurransetilsynets faglige skjønn med hensyn til om tiltakene skal vedtas som bindende eller ikke. Er et slikt vedtak ugyldig, men uten at et nytt vedtak er utelukket, må foretaket kunne bestemme om det vil komme med tilbud om nye tiltak og tilsynet må kunne bestemme om det vil prioritere fortsatt utredning av saken, eller gå inn i nye drøftinger med foretaket. Selv der ugyldighetsgrunnene kan repareres i klageomgangen er det etter departementets vurdering mer hensiktsmessig at sakens videre skjebne avgjøres av Konkurransetilsynet.

En lignende bestemmelse følger av § 20 a første ledd femte punktum, som er inntatt i lovens kapittel 4 om kontroll med foretakssammenslutninger mv. Se også proposisjonens punkt 6.3.

Dersom Konkurransetilsynet ikke godtar et tilbudt avhjelpende tiltak, skal avgjørelsen ikke kunne påklages. Det vises her også til praksis etter rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9.

*Fjerde ledd* gir Konkurransetilsynet hjemmel til å omgjøre et vedtak etter tredje ledd. De situasjonene som kan utløse en omgjøring er beskrevet i fjerde ledd bokstav a til c. Ordlyden tilsvarende rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9 nr. 2 bokstav a til c, og skal tolkes og praktiseres på tilsvarende måte som i EU/EØS.

Dersom vilkårene for omgjøring er til stede, vil den praktiske konsekvensen av hjemmelen være at Konkurransetilsynet kan fortsette undersøkelsene med sikte på å avdekke om det foreligger en overtredelse, og eventuelt treffe vedtak om dette. Bestemmelsen gir altså en særskilt hjemmel for omgjøring av enkeltvedtak. Begrensningene som gjelder etter den alminnelige omgjøringsadgangen i forvaltningsloven § 35 kommer følgelig ikke til anvendelse, jf. forvaltningsloven § 35 siste ledd. Omgjøring kan skje etter initiativ fra Konkurransetilsynet selv eller andre.

I *femte ledd* er Konkurransetilsynet gitt hjemmel til å treffe midlertidig vedtak om pålegg etter § 12 første ledd, også der det er rimelig grunn til å anta at forskrift i medhold av § 14 er overtrådt, forutsatt at de øvrige vilkårene for midlertidig vedtak foreligger. Dette er en konsekvens av at det i § 12 første ledd er foreslått å gi Konkurransetilsynet hjemmel til å treffe stansingsvedtak også ved overtredelser av forskrifter gitt i medhold av § 14.

#### *Til § 13 Prøving i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning*

Det er gjort en endring i *første punktum in fine* som presiserer at kompetansen for Kongen i statsråd til å gi pålegg og omgjøre Konkurransetilsynets vedtak etter § 12 er knyttet til bestemmelsens første ledd. Dette innebærer ingen realitetsendring. Dagens vedtakskompetanse opprettholdes.

#### *Til § 16 Inngrep mot foretakssammenslutninger mv.*

*Første ledd første punktum* angir det materielle vilkåret for inngrep mot foretakssammenslutninger. Inngrepvilkåret er det samme som etter gjeldende rett og skal forstås på samme måte. Det er

foretatt enkelte språklige endringer som ikke innebærer noen realitetsendringer.

Tidligere § 16 tredje ledd bokstav a er omarbeidet og flyttet til § 16 *første ledd annet punktum*. Endringen er gjort for å tydeliggjøre at denne bestemmelsen bare gjelder når Konkurransetilsynet nedlegger forbud mot en foretakssammenslutning etter første ledd første punktum. Dette er bare en teknisk og redaksjonell endring og innebærer ingen realitetsendringer.

Tidligere annet ledd er omarbeidet og flyttet til ny § 16 a. Nytt *annet ledd første punktum* angir at vedtak kan gå ut på at foretakssammenslutningen godkjennes på vilkår foreslått av melder. Adgangen til å godkjenne en foretakssammenslutning på vilkår er endret. For det første er Konkurransetilsynet med denne bestemmelsen gitt hjemmel til å fatte vedtak om avhjelpende tiltak uten å ha analysert alle sider av saken fullt ut. Det avgjørende vil være om tilsynet «finner» at forslaget til avhjelpende tiltak vil avhjelpe de konkurransebegrensende virkningene transaksjonen kan føre til. Dette innebærer en redusert utredningsplikt for tilsynet der vedtak fattes etter denne bestemmelsen. For det andre medfører endringen at melder vil ha det fulle ansvaret for å foreslå og utforme avhjelpende tiltak. Konkurransetilsynet vil ved denne endringen være avskåret fra å tillate en foretakssammenslutning på andre vilkår enn de som er foreslått av melder. Konkurransetilsynets kompetanse vil således være avgrenset til å fatte vedtak som forbyr foretakssammenslutningen, eller vedtak om avhjelpende tiltak såfremt melder har foreslått tiltak som vil avhjelpe de konkurransebegrensende virkningene av foretakssammenslutningen. Dette er omtalt nærmere i punkt 6.3 i proposisjonen.

Vilkår for godkjennelse av en foretakssammenslutning kan regulere struktur og/eller atferd. Strukturelle vilkår vil i de fleste tilfeller være best egnet til å motvirke konkurransemessige begrensninger av en foretakssammenslutning. Atferdsmessige vilkår har den ulempe at de nødvendiggjør en løpende overvåkning og eventuell håndheving fra Konkurransetilsynets side frem i tid, og er i tillegg tidsbegrenset.

I *annet ledd annet punktum* fremgår det at Konkurransetilsynet kan knytte forpliktelser til vedtaket for å sikre at vilkår foreslått av melder blir oppfylt. Bestemmelsen er utformet etter mønster av fusjonsforordningen/ODA protokoll 4 kapittel IV artikkel 8 nr. 2 annet ledd.

Tidligere tredje ledd er omredigert og bokstav a er flyttet til § 16 første ledd annet punktum. Bokstav b og c er omarbeidet og flyttet til § 16 tredje ledd. På denne måten kommer det klarere frem at



Konkurransetilsynets kompetanse er avgrenset til enten å forby foretakssammenslutningen eller til å klarere den på vilkår foreslått av melder.

Nytt *tredje ledd* er en omarbeidet versjon av tidligere tredje ledd bokstav b og c. Bestemmelsen omfatter tiltak for å reversere transaksjoner som er gjennomført i strid med gjennomføringsforbudet eller transaksjoner som ikke er omfattet av meldeplikten. På bakgrunn av at tredje ledd må endres for å klargjøre at Konkurransetilsynets kompetanse er avgrenset til enten å forby en foretakssammenslutning eller klarere den på vilkår foreslått av melder, er det nødvendig å innføre en eksplisitt hjemmel til å reversere transaksjoner som nevnt. Det følger av bestemmelsen at et forbudsvedtak kan omfatte påbud om avhendelse eller andre tiltak som er egnet til å gjenopprette den konkurransemessige situasjonen som forelå før foretakssammenslutningen ble gjennomført. Andre tiltak som vil kunne være aktuelle er blant annet salg av deler av en virksomhet, for eksempel i form av et produksjonsanlegg.

Tidligere fjerde ledd er opphevet. Bestemmelsen kan ikke ses å ha en rettslig betydning ved vurdering av foretakssammenslutninger eller minoritetsserverv, og har heller ikke hatt noen betydning i praksis. Se nærmere om begrunnelsen for opphevelsen i punkt 6.10 i proposisjonen.

Nytt *fjerde ledd* er en omarbeidet versjon av tidligere femte ledd. I *første punktum* er det angitt at Konkurransetilsynet kan oppnevne forvalter til gjennomføring av vedtak etter første ledd. Dersom det er tale om å reversere en transaksjon som er gjennomført i strid med gjennomføringsforbudet eller som ikke er omfattet av meldeplikten, vil tilsynet kunne pålegge alle tiltak som er nødvendige for å gjenopprette situasjonen før foretakssammenslutningen, herunder å oppnevne en forvalter til å forestå avhendelsen av aksjer, andeler eller eiendeler. Det følger av *annet punktum* at det kan oppnevnes en forvalter til å bistå ved gjennomføringen av vedtak etter annet ledd, der melder foreslår en forvalter. Bestemmelsen er endret ved at det nå er opp til melder å foreslå en forvalter i saker om avhjelpende tiltak. Konkurransetilsynet vil eventuelt kunne påpeke at det avhjelpende tiltaket ikke kan godtas dersom det ikke inneholder en slik ordning, og det vil følge av tilsynets myndighet til å avvise tiltaket som utilstrekkelig at tilsynet kan nekte å godkjenne en foreslått forvalter. Tidligere femte ledd annet og tredje punktum er innarbeidet uendret som nytt tredje og fjerde punktum i fjerde ledd.

Nytt *femte ledd* gjelder atferdsmessige virkninger av opprettelse av fellesforetak. Bestemmelsen er utformet etter mønster av fusjonsfor-

ordningen/ODA protokoll 4 kapittel IV artikkel 2 nr. 4, og skal materielt sett forstås på samme måte. For nærmere fastlegging av innholdet i denne bestemmelsen må det særlig ses hen til den avgjørelsespraksis som foreligger under fusjonsforordningen. En klarering av et fellesforetak, ved at saken henlegges ved en underretning som nevnt i § 20 syvende ledd, eventuelt ved at tidsfristene etter § 20 annet eller fjerde ledd løper ut, innebærer også at de konkurransemessige virkningene som følge av opprettelsen av fellesforetaket er endelig klarert. Dette gjelder imidlertid ikke for transaksjoner som ikke er meldepliktige. Se nærmere om dette og bakgrunnen for at bestemmelsen innføres i punkt 6.9 i proposisjonen. Bestemmelsen vil omfatte forbud etter første ledd og avhjelpende tiltak etter annet ledd. Departementet peker i denne sammenheng på at Kommisjonen så langt ikke har nedlagt forbud mot en foretakssammenslutning på grunnlag av atferdsmessige virkninger ved opprettelse av fullfunksjons fellesforetak, men har fattet vedtak om avhjelpende tiltak på dette grunnlag. Departementet antar at det på samme måte ved Konkurransetilsynet håndheving av bestemmelsen vil være mest aktuelt med inngrep i form av avhjelpende tiltak.

Ved vurderingen etter femte ledd er det relevant å ta hensyn til om to eller flere morselskaper etter opprettelsen av fellesforetaket i betydelig grad er virksomme på det samme markedet som fellesforetaket eller på et marked i et tidligere eller senere ledd i omsetningskjeden eller på et tilgrensende marked, og om samordningen, som en direkte følge av opprettelsen av fellesforetaket, gir de berørte foretak mulighet til å hindre konkurransen for en betydelig del av de aktuelle varer og tjenester. Dette tilsvarende fusjonsforordningen/ODA protokoll 4 kapittel IV artikkel 2 nr. 5, og skal forstås på samme måte.

Tidligere sjette ledd er opphevet. Bestemmelsen kan ikke ses å oppstille noe eget unntak, da læren om tilknyttede begrensninger (ancillary restraints) i alle tilfeller følger av § 10. Videre medfører bestemmelsen heller ikke at tilknyttede begrensninger blir klarert under Konkurransetilsynets behandling av saker om kontroll med foretakssammenslutninger. Se nærmere om begrunnelsen for opphevelsen i punkt 6.8 i proposisjonen.

#### *Til § 16 a Inngrep mot minoritetsserverv*

Bestemmelsen er en omarbeidet versjon av tidligere § 16 annet ledd, uten at dette medfører realitetsendringer. Bestemmelsen regulerer konkurran-

semyndighetenes adgang til å gripe inn mot minoritetserverv. Den er flyttet til § 16 a for å synliggjøre at reguleringen av minoritetserverv er forskjellig fra fusjonskontrollen. Innholdet i tidligere § 16 annet ledd er delt inn i *første* og *annet* ledd i § 16 a med noen språklige tilpasninger, uten at dette er ment å medføre noen realitetsendringer.

*Til § 18 Melding av foretakssammenslutninger mv.*

*Første ledd* er endret som følge av at det ikke lenger skal være en todelt meldeplikt med alminnelig og fullstendig melding. Ordet «alminnelig melding» i første ledd er derfor erstattet med «melding».

Tidligere annet ledd er flyttet til § 18 a første ledd. I nytt *annet ledd* er terskelverdiene for meldeplikten inntatt. Tersklene for meldeplikt er etter gjeldende rett regulert i meldepliktforskriften § 2 første ledd.

Tidligere tredje ledd om fullstendig melding er opphevet, som følge av det ikke lenger skal være en todelt meldeplikt. Nytt *tredje ledd* gir Konkurransetilsynet kompetanse til å pålegge meldeplikt for foretakssammenlutninger som faller under terskelverdiene i annet ledd. Av hensynet til partenes forutberegnelighet skal tilsynet gi et slikt pålegg innen tre måneder fra endelig avtale er inngått eller kontroll ervervet. Konkurransetilsynet kan gi et slikt pålegg begrunnet i at tilsynet finner rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes. Konkurransetilsynet kan også gi et slikt pålegg når andre særlige hensyn begrunner at tilsynet undersøker foretakssammenslutningen nærmere. Av hensyn til foretakenes behov for forutberegnelighet vil det være en høy terskel for når slike særlige hensyn begrunner et pålegg om melding for en ikke-meldepliktig foretakssammenslutning, uten at det er rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes. Et eksempel på et særlig hensyn som kan begrunne et pålegg om melding etter tredje ledd vil være at det er grunn til å anta at meldepliktsreglene er forsøkt omgått. Et pålegg om melding etter tredje ledd vil inneholde en kort redegjørelse for at det er rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes eller særlige hensyn tilsier at tilsynet undersøker foretakssammenslutningen nærmere.

Nytt *fjerde ledd første punktum* gjør det klart at omsetningen til målselskapets mor- og søsterselskap ikke skal medregnes ved beregningen av den relevante omsetningen. Det er kun omsetningen til de foretak eller deler av foretak som inngår i foretakssammenslutningen, som skal regnes med. *Annet punktum* gjelder trinnvise oppkjøp og

fastsetter at disse skal anses som én foretakssammenslutning der de foretas innen en periode på to år. Bestemmelsen er utformet etter mønster fra fusjonsforordningen/ODA protokoll 4 kapittel IV artikkel 5 nr. 2, og skal forstås på samme måte. For nærmere fastlegging av innholdet i denne bestemmelsen må det særlig ses hen til den praksis som foreligger under fusjonsforordningen.

Nytt *femte ledd første punktum* gir Konkurransetilsynet hjemmel til å pålegge meldeplikt for erverv av andeler i foretak som ikke fører til kontroll, jf. § 16 a. Av *annet punktum* følger at et slikt pålegg kan ikke gis senere enn 3 måneder etter endelig avtale om erverv av andeler. Annet punktum tilsvarer tidligere § 18 tredje ledd annet punktum annet alternativ.

Tidligere sjette ledd er flyttet til § 18 a tredje ledd.

Innholdet av tidligere fjerde ledd er flyttet til *sjette ledd*. Adgangen til å melde et erverv frivillig vil være aktuelt for erverv av andeler i foretak som ikke fører til kontroll, jf. § 16 a, samt for foretakssammenslutninger som faller under meldepliktstersklene i annet ledd.

I nytt *syvende ledd* er det inntatt en presisering om at en melding ikke er fullstendig før melder har avmerket forretningshemmeligheter eller andre fortrolige opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt, og fremlagt forslag til offentlig versjon av meldingen, jf. § 18 b første ledd første og annet punktum.

Nytt *åttende ledd* er tatt med av opplysningshensyn, med et likelydende innhold som gjeldende meldepliktsforskrift § 2, og medfører ingen endring.

Tidligere femte ledd er flyttet til *niende ledd*. Det er foretatt endringer i niende ledd som følge av at meldeplikten begrenses i annet ledd, og ikke lenger gjelder alle foretakssammenlutninger. Bestemmelsen åpner for å innføre forskrift om meldeplikt for transaksjoner under lovens meldepliktsterskler, for foretak i markeder hvor særlige hensyn gjør seg gjeldene. Særlige hensyn vil kunne foreligge når markeder eller næringer er sårbare for ytterligere konsentrasjonsøkninger, og når hensynet til forbrukerne taler for at Konkurransetilsynet har en mer aktiv kontroll med fusjoner og oppkjøp enn det de generelle terskelverdiene legger opp til. Terskelen for når særlige hensyn kan begrunne at meldeplikten utvides ved forskrift vil være lavere enn terskelen for å pålegge melding av særlige hensyn etter tredje ledd, se ovenfor om dette. Gjennom en forskrift gitt med hjemmel i niende ledd vil foretakene være opplyst om at transaksjonen er meldepliktig før den gjennomføres. Hensynet til forutbe-

regnelighet for foretakene er derfor ivaretatt når meldeplikten følger av forskriften. Den samme forutberegneligheten for foretakene gjør seg ikke gjeldende ved pålegg om melding etter tredje ledd. For øvrig åpner niende ledd opp for at det kan gis forskrifter om beregning av omsetning etter § 18 annet ledd og om offentliggjøring av meldingene. Forskriftshjemmelen for offentliggjøring av meldinger tilsvarer bestemmelsen som tidligere fulgte av § 18 femte ledd.

#### *Til § 18 a Hva meldingen skal inneholde*

*Første ledd* er en omarbeidet versjon av tidligere § 18 annet ledd. Bestemmelsen er endret som følge av utviklingen av systemet med alminnelig melding. Kravene til hva meldingen skal inneholde tilsvarer i hovedsak kravene som gjelder for fullstendig melding etter gjeldende rett, jf. den nærmere omtalen av dette i proposisjonens punkt 6.5. Ved erverv av kontroll vil det ikke være nødvendig å beskrive målselskapets mor- og søsterselskap.

Etter *annet ledd* skal det ved opprettelse av fellesforetak opplyses om morselskap fortsatt er virksomme på det samme markedet som fellesforetaket eller på et tidligere eller senere ledd i omsetningskjeden eller på tilgrensende marked.

*Tredje ledd* er en omarbeidet versjon av tidligere § 18 sjette ledd.

*Fjerde ledd* gir forskriftshjemmel til å fastsette nærmere krav til innholdet av meldingen, slik det følger av tidligere § 18 femte ledd. Videre hjemler bestemmelsen at det i forskrift kan gis regler om forenklete meldinger. Forenklete meldinger vil være hensiktsmessig for transaksjoner som erfaringsmessig ikke svekker konkurransen, for eksempel der partene ikke har overlappende eller vertikalt tilknyttede virksomheter.

#### *Til § 18 b Taushetsbelagte opplysninger*

Bestemmelsens *første ledd første punktum* pålegger parter og tredjemenn som gir opplysninger til konkurransemyndighetene i en sak om foretakssammenslutning eller minoritetserverv å angi eller merke opplysninger som vedrører avsender og som avsender mener er forretningshemmeligheter eller andre fortrolige opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt. Avsender skal også gi en begrunnelse for hvorfor de aktuelle opplysningene etter avsenders oppfatning er å anse som forretningshemmeligheter etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, eller er underlagt annen lovbestemt taushetsplikt. Bestemmelsen omfatter

både melding om foretakssammenslutning i henhold til § 18, forslag til avhjelpende tiltak etter § 16 annet ledd og annen informasjon som parter eller tredjemenn gir konkurransemyndighetene i saken i henhold til § 24. Etter *annet punktum* skal det samtidig fremlegges forslag til offentlig versjon av skriftlig materiale. Dersom avgiver ikke har avmerket opplysninger og tilstrekkelig begrunnet hvorfor vedkommende anser disse for å være omfattet av lovbestemt taushetsplikt, kan konkurransemyndighetene etter *tredje punktum* legge til grunn at opplysningene ikke er taushetsbelagte. Bestemmelsen oppstiller en presumsjon for at opplysninger som ikke er merket og begrunnet i henhold til § 18 b, ikke er taushetsbelagte hva gjelder avsenders interesser. Det må vurderes om de merkede opplysningene skal unntas fra offentlighet eller partsoffentlighet. Videre må tilsynet vurdere om det finnes opplysninger vedrørende tredjeparter som er underlagt taushetsplikt i teksten som ikke er markert.

*Annet ledd* inneholder en forskriftshjemmel for å gi nærmere regler om utarbeidelse av offentlige versjoner, og for innholdet av plikten til å begrunne hvorfor opplysningene skal unntas fra innsyn.

#### *Til § 19 Gjennomføringsforbud*

*Første ledd* er endret slik at det automatiske gjennomføringsforbudet for foretakssammenslutninger, jf. tidligere § 18 første ledd og meldepliktsforskrift § 2, nå skal gjelde inntil Konkurransetilsynet har avsluttet behandlingen av saken. Det vil med dette ikke være nødvendig for tilsynet å gi særskilt pålegg om gjennomføringsforbud når Konkurransetilsynet varsler at inngrep kan bli aktuelt etter § 20 annet ledd. Gjennomføringsforbudet vil bortfalle ved at saksbehandlingsfristene løper ut eller ved at det sendes skriftlig melding om at saken henlegges. For erverv av andeler i foretak som ikke leder til kontroll som blir pålagt meldeplikt etter § 18 femte ledd, vil gjennomføringsforbudet tre i kraft når partene har mottatt pålegg om melding. Det samme gjelder der det etter § 18 tredje ledd pålegges meldeplikt for foretakssammenslutninger som er unntatt fra meldeplikten etter § 18 annet ledd. Gjennomføringsforbudet vil også gjelde når meldeplikten følger av forskrift gitt etter § 18 niende ledd. For frivillige meldinger, jf. konkurranseloven § 18 sjette ledd, vil gjennomføringsforbudet tre i kraft når den frivillige meldingen er gitt.

*I annet ledd første punktum* er det tatt inn en presisering i bestemmelsen om at unntak fra gjen-

nomføringsforbudet kan innvilges etter søknad fra melder. Bestemmelsen er endret for å tydeliggjøre at Konkurransetilsynet må ta stilling til denne typen søknader. Et gjennomføringsforbud vil i de aller fleste tilfeller være en uønsket belastning for melder, og det er kun der det kan påvises alvorlige konsekvenser for melder eller samfunnet for øvrig at et unntak vil kunne være aktuelt. Etter gjeldende rett har departementet lagt til grunn at tilsynet ikke har en begrunnelsesplikt, og at det heller ikke foreligger en klageadgang, når Konkurransetilsynet velger ikke å ta en søknad om unntak fra gjennomføringsforbudet til følge. Endringen av ordlyden, hvor det tydeliggjøres at tilsynet skal vurdere en slik søknad, er ikke ment å endre gjeldende rett hva gjelder begrunnelsesplikt og klageadgang.

*Annet ledd annet punktum* gir Konkurransetilsynet hjemmel til å gi forskrifter om unntak fra gjennomføringsforbudet for grupper av foretak. Bestemmelsen er en videreføring av tidligere § 19 annet ledd annet punktum med en språklig endring som ikke er ment å innebære noen realitetsendring.

Tidligere tredje ledd er opphevet. Det vises til det som er omhandlet ovenfor vedrørende det automatiske gjennomføringsforbudet etter første ledd.

#### *Til § 20 Vedtak*

*Første ledd* angir at det er Konkurransetilsynet som har kompetanse til å treffe vedtak om inngrep etter § 16 og § 16 a. Bestemmelsen presiserer også at vedtak om inngrep må skje på grunnlag av melding etter reglene i § 18. Bestemmelsen er endret for å hensynta ny hjemmel for inngrep mot minoritetsserverv i § 16 a og avviklingen av systemet med alminnelig melding som medfører at vedtak om inngrep må skje på grunnlag av melding etter § 18 første, tredje, femte eller sjette ledd, eller på grunnlag av melding etter forskrift gitt etter niende ledd.

*Annet ledd* angir at Konkurransetilsynet må varsle om at inngrep kan bli aktuelt innen 25 virkedager etter at melding er mottatt. Bestemmelsen er endret slik at Konkurransetilsynet nå må fremlegge sine foreløpige vurderinger for melder i dette varselet. Kravene til begrunnelse er ikke satt høyt. Kravet er at Konkurransetilsynet må vise at det er «rimelig grunn til å anta» at transaksjonen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Begrunnelsesplikten er bare knyttet til konkurransebegrensningskriteriet. Det foreligger på dette tidspunktet ikke noen begrunnelsesplikt for så vidt gjelder fravær av effektivitetsgevinster og fordeler for forbru-

kerne. Se nærmere om dette og om bakgrunnen for at det innføres begrunnelsesplikt for 25-dagersvarselet i de generelle merknadene i punkt 6.6 i proposisjonen.

Nytt *tredje ledd* setter en frist for melder fremlegging av avhjelpende tiltak i fase I, med den virkning at dersom melder fremsetter forslag om avhjelpende tiltak innen 20 virkedager etter at melding er mottatt forlenges Konkurransetilsynets frist etter annet ledd med 10 virkedager. Dersom forslaget fremsettes innen denne fristen, skal Konkurransetilsynet vurdere om forslaget oppfyller vilkårene i § 16 annet ledd innen fristen for varsel, det vil si innen 35 virkedager fra meldingen ble mottatt. Konkurransetilsynet kan stadfeste avhjelpende tiltak foreslått av melder uten forutgående varsel. Det forutsettes at melder ved fremsettelse av forslag til avhjelpende tiltak er innforstått med at det avhjelpende tiltaket kan gjøres bindende for melder. Dersom Konkurransetilsynet finner grunn til å gå videre med saken til fase II etter at det er fremsatt forslag til avhjelpende tiltak i fase I, må tilsynet begrunne hvorfor forslaget til avhjelpende tiltak ikke anses tilstrekkelig til å avhjelpe de konkurransebegrensende virkningene foretakssammenslutningen kan føre til, jf. § 16 annet ledd. Hvis melder foreslår avhjelpende tiltak etter 20 virkedager, vil tilsynet måtte varsle inngrep etter 25 virkedager, og forslaget til avhjelpende tiltak vil eventuelt ikke kunne aksepteres før på et senere tidspunkt i prosessen. Bestemmelsen er ny og er inntatt for å gi melder insentiver til å fremme forslag om avhjelpende tiltak på et tidlig tidspunkt. Bestemmelsen gir også melder sikkerhet for at Konkurransetilsynet vil ta forslag om avhjelpende tiltak innkommet innen utløpet av 20-dagersfristen, i betraktning. Uten en regel om fristutsettelse vil avhjelpende tiltak som foreslås sent i fase I, men før utløpet av 20-dagersfristen, ikke kunne tas med i vurderingen av om tilsynet skal gå videre med saken til fase II.

Tidligere tredje ledd første til fjerde punktum er omarbeidet og flyttet til *fjerde ledd*. Bestemmelsen oppstiller frister for begrunnet forslag til vedtak og endelig vedtak. For å markere at fristene er maksimalfrister fremgår det av ordlyden at sakene skal avsluttes snarest mulig. Det er inntatt et nytt annet punktum i bestemmelsen som angir at dersom forslag om avhjelpende tiltak fremsettes etter 55 virkedager fra melding er mottatt, forlenges 70-dagersfristen for begrunnet forslag til vedtak tilsvarende. Dette innebærer eksempelvis at 70-dagersfristen utvides med fem virkedager, dersom melder frem-

setter et forslag til avhjelpende tiltak etter 60 virkedager fra melding ble mottatt. Regelen skal på samme måte som den nye bestemmelsen i tredje ledd gi melder insentiv til å fremsette forslag om avhjelpende forslag tidlig. Første punktum gjør det klart at Konkurransetilsynet skal vurdere om forslaget til avhjelpende tiltak oppfyller vilkårene i § 16 annet ledd før det fremsettes begrunnet forslag til vedtak. Dersom forslag om avhjelpende tiltak fremsettes etter 70-dagersvarselet, har tilsynet adgang til å forlenge fristen for å treffe inngrepsvedtak med inntil 15 virkedager.

Tidligere fjerde ledd er flyttet til § 20 a første ledd.

Tidligere tredje ledd siste punktum er omarbeidet og flyttet til nytt femte ledd. Bestemmelsen er flyttet til et eget ledd for å tydeliggjøre at den viser til fremsettelse av avhjelpende tiltak etter både tredje og fjerde ledd. Bestemmelsen er omformulert for å gjøre det klart at fremsettelse av forslag om avhjelpende tiltak først er fristavbrytende når Konkurransetilsynet har mottatt en offentlig versjon av forslaget. Annet punktum er nytt og angir at fristene for Konkurransetilsynets saksbehandling ikke begynner å løpe før Konkurransetilsynet har mottatt offentlig versjon av dokumentene. Når det gjelder øvrige konsekvenser av offentlig versjon av dokumenter ikke fremsettes, vises til omtalen av § 18 b.

Tidligere femte ledd som er innarbeidet i nytt sjette ledd, angir at Konkurransetilsynets frister for saksbehandlingen avbrytes dersom noen av de involverte foretakene etter å ha mottatt skriftlig krav om å gi opplysninger innen en bestemt frist, ikke oppfyller kravet. Det er inntatt et nytt annet punktum i bestemmelsen om at kravet om å gi opplysninger ikke anses oppfylt før de involverte foretakene også har inngitt en offentlig versjon av opplysningene. Tilsvarende regler om fristavbrudd under departementets saksbehandling etter tidligere femte ledd i § 20 er flyttet til § 20 a første ledd fjerde punktum.

Nytt syvende ledd fastsetter at tilsynet skal avslutte saksbehandlingen snarest mulig, og at det skal sendes en skriftlig underretning om at saken avsluttes uten inngrep. For saker som har gått over til fase II, skal Konkurransetilsynet kort angi hvorfor det ikke forelå grunnlag for inngrep.

Åttende ledd gir Kongen forskriftshjemmel til å regulere nærmere hvilke krav som stilles til offentlige versjoner etter femte, syvende og åttende ledd.

#### *Til § 20 a Klage og oppheving*

Første ledd er tidligere § 20 fjerde ledd. Bestemmelsen oppstiller frister for klage og klagebehand-

ling. Den henviser for øvrig til at bestemmelsene i forvaltningsloven kapittel VI gjelder så langt de passer. Nytt fjerde punktum i bestemmelsen fastsetter at reglene om fristavbrudd i § 20 sjette ledd gis tilsvarende anvendelse for departementets saksbehandlingsfrister. Fjerde punktum tilsvarende tidligere § 20 femte ledd om fristavbrudd under departementets saksbehandling. I femte punktum i bestemmelsen reguleres departementets kompetanse ved behandling av klage over vedtak som godkjenner transaksjonen på vilkår etter § 16 annet ledd. Departementets kompetanse er i slike saker begrenset til å prøve om vedtaket er gyldig, det vil si om de materielle inngrepsvilkårene er oppfylt og om det avhjelpende tiltaket er egnet og forholdsmessig, og om det foreligger saksbehandlingsfeil som fører til opphevelse. Se nærmere om klagebehandlingen i proposisjonens punkt 6.3.4.2.

Annet ledd gjelder saker hvor departementet opphever vedtak fattet av tilsynet etter § 16 annet ledd. I første punktum fremgår det at når departementet kommer til at de materielle inngrepsvilkårene ikke er oppfylt, så vil saken være endelig avgjort. Annet punktum fastslår at dersom vedtaket kjennes ugyldig, uten at dette er begrunnet i at det materielle inngrepsvilkåret ikke er oppfylt, må Konkurransetilsynet gjenåpne saken. I tredje til sjette punktum fastsettes saksbehandlingsfristene. Konkurransetilsynets saksbehandlingsfrister løper fra vedtaket om oppheving er fattet. Saksbehandlingsfristene vil tilsvare saker som er kommet i fase II av saksbehandlingen, hvor det gjenstår en frist på 45 virkedager til å legge frem et begrunnet forslag til forbudsvedtak eller stadfeste et forslag til avhjelpende tiltak. Saken vil således ikke være gjenstand for en ny fase I behandling. For øvrig vil saksbehandlingsreglene i § 20 fjerde til syvende ledd gjelde så langt de passer.

#### *Til § 21 Prøving i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning*

Henvisningene til hjemmelen for å gripe inn mot minoritetserverv er endret fra § 16 annet ledd til § 16 a første ledd. Videre er henvisningen til § 19 tatt ut fordi gjennomføringsforbudet inntreder automatisk uten at det gis pålegg. Som følge av at tidligere § 20 er delt i to bestemmelser, § 20 og § 20 a, er det tatt inn en ny henvising til § 20 a i konkurranse-loven § 21.

#### *Til § 25 Bevissikring*

Bestemmelsen i § 25 første ledd videreføres uendret.

*Annet ledd* innebærer at Konkurransetilsynet som utgangspunkt skal ta med kopier. Det kan gjøres unntak fra hovedregelen i to tilfeller. For det første dersom originalen i seg selv antas å ha en særskilt bevisverdi, eller der bevisverdien reduseres ved kopiering. Bakgrunnen for dette er at enkelte dokumenter vil kunne miste noe av sin bevisverdi dersom dokumentet må kopieres. Dette vil normalt ikke gjelde vanlige utskrifter av dokumenter, men kan for eksempel gjelde der et dokument har fått en påskrift for hånd eller flere påskrifter med ulike farger. Behovet for å ta med originaler eller gjenstander kan også omfatte nyere elektroniske lagringsmedier når det ikke er mulig å foreta speilkopiering av lagret materiale på det aktuelle mediet.

For det andre kan Konkurransetilsynet ta med originaler når dokumentet antas å være et særlig sentralt bevis for overtredelse av bestemmelser i loven. Dette kan gjelde dokumenter som også går inn under eksempelet over med håndskrevne dokumenter, men er ikke begrenset til disse tilfellene. Bakgrunnen for at tilsynet skal kunne ta med originaler i disse tilfellene er risikoen for bevisforspillelse. Dersom det gjøres beslag i store dokumentmengder, vil de involverte ofte ikke ha fullstendig oversikt over hvilke dokumenter om eventuelle overtredelser som eksisterer i foretaket eller hos de involverte. I slike tilfeller vil en ubetinget rett til å beholde originaldokumenter eller å få kopi av beslaglagt materiale, kunne gi de involverte i en overtredelse innsyn i tilsynets viktigste beviser før tilsynet har fått anledning til å oppta forklaringer av sentrale personer eller gå til ytterligere skritt for å sikre bevisene i saken. Dette kan medføre at personer involvert i en overtredelse av konkurranseloven kan tilpasse sine forklaringer til de bevis de vet tilsynet besitter, samordne forklaringer med øvrige involverte eller ødelegge/slette/gjemme dokumentbevis eller påvirke vitner. Departementet påpeker at dette er en unntaksbestemmelse og at hovedregelen skal være at tilsynet tar kopi av de dokumenter de ønsker å ta med som bevis.

Når Konkurransetilsynet tar med originaldokumenter, skal den kontrollerte ha kopi av dokumentene med mindre dette vil kunne skade eller være til fare for etterforskningen. Det vil være i de tilfellene som går inn under det andre unntaket hvor det vil være aktuelt å nekte kopi av hensyn til etterforskningen. Det er her de samme hensyn som begrunner adgangen til å ta beslag i originaldokumenter som ligger til grunn for å nekte kopi. Hensynet til den kontrollertes daglige drift og behov for innsyn av hensyn til å muliggjøre kon-

tradiksjon og legge til rette for lempning må vurderes fortløpende. Unntaket vil etter departementets vurdering være mest aktuelt på et tidlig tidspunkt i etterforskningen, før tilsynet har fått det nødvendige overblikket over det beslaglagte materialet, innhentet forklaringer eller innhentet ytterligere dokumentbevis der det er nødvendig.

*Tredje ledd* tilsvarer eksisterende annet ledd. I nytt *tredje punktum* skal retten i sin beslutning om bevissikring angi kontrollens formål, herunder hvilken type overtredelse det er mistanke om og hvilket marked som er berørt. Beslutningen skal angi både hvilket produktmarked og geografisk marked den mistenkte overtredelsen angår. I beskrivelsen av hvilken type overtredelse det er mistanke om, bør det angis hvilken bestemmelse som kan være overtrådt og hvilke typer overtredelser det kan være tale om. På bevissikringstidspunktet kan det være mistanke om flere typer overtredelser. Det kan også være usikkert nøyaktig hva slags type samarbeid eller misbruk en mistenker har forekommet. Det må derfor være adgang til å angi flere typer overtredelser i beslutningen. Det er ikke meningen at angivelsen av kontrollens gjenstand i tredje ledd tredje punktum skal begrense Konkurransetilsynets adgang til å ta beslag i dokumenter eller ting under bevissikringen. Som omtalt i punkt 5.3.4 ovenfor er formålet med å stille krav til rettens beslutning utelukkende å ivareta den kontrollertes informasjonsbehov ved et slikt inngrep som en bevissikring utgjør. Rettens angivelse av bevissikringens formål og de markeder som antas berørt av en eventuell overtredelse, kan således ikke påberopes som en begrensnings av Konkurransetilsynets kompetanse eller som grunnlag for å hindre iverksettelsen av bevissikringen.

*Fjerde ledd* inneholder en regulering av hvordan beslag av elektronisk lagret materiale skal gjennomgås for å sikre at dokumenter som er underlagt taushetsplikt som nevnt i straffeprosessloven §§ 117 til 120 blir unntatt fra beslaget. Det vises til punkt 5.3.4 ovenfor og utredningen punkt 7.4.6 for den nærmere begrunnelsen for forslaget. Forslaget innebærer at når Konkurransetilsynet starter på sin gjennomgang av beslaget, skal den kontrollerte eller dennes representant ha rett til å være til stede. Formålet med bestemmelsen er å legge til rette for at den kontrollerte eller dennes representant sammen med Konkurransetilsynet skal gå gjennom det beslaglagte materialet for å avklare om det inneholder dokumenter som er omfattet av taushetsplikt som nevnt i straffeprosessloven §§ 117 til 120. Det gjelder ingen frist for når Konkurransetilsynet kan starte sin gjennom-

gang av materialet. Det er derfor ikke slik at Konkurransetilsynet må vente på den kontrollerte eller dennes representant før det starter gjennomgangen av beslaget. Det legges likevel opp til at Konkurransetilsynet til en viss grad tar hensyn til når den kontrollerte eller dennes representant tidligst kan være til stede. Det legges imidlertid ikke opp til at gjennomgangen skal utsettes vesentlig for at den kontrollerte eller dennes representant skal kunne være til stede. Konkurransetilsynet skal orientere den kontrollerte om når det tar sikte på å iverksette gjennomgangen av dokumentene.

Den kontrollerte eller dennes representant er gitt en rett til å være til stede fra det tidspunkt hvor Konkurransetilsynet starter på gjennomgangen av dokumentene. Med dette menes når Konkurransetilsynet påbegynner gjennomgangen av et lesbart materiale, og er ikke ment å omfatte den tekniske gjennomgangen som ofte må gjøres før materialet er lesbart og søkbart. Det er normalt et behov for en teknisk bearbeidelse av speilkopier av harddisker, servere og lignende før materialet får en lesbar og søkbar form. Konkurransetilsynet kan gjennomføre denne tekniske bearbeidelsen før den kontrollerte eller dennes representant har rett til å være til stede. Fra og med det tidspunktet tilsynet påbegynner sine søk i materialet, skal den kontrollerte eller dennes representant ha rett til å være til stede.

Den konkrete gjennomgangen av materialet kan gjennomføres ved at en representant fra Konkurransetilsynet sammen med en representant for den kontrollerte søker gjennom materialet for å identifisere dokumenter som kan være underlagt taushetsplikt som nevnt i straffeprosessloven §§ 117 til 120. Dette kan gjøres ved at man for eksempel søker gjennom en persons e-poster eller en persons område på en server. Dersom man finner dokumenter som er underlagt taushetsplikt etter §§ 117 til 120, skal dette gjøres utilgjengelig for Konkurransetilsynet. Når et visst område av det beslaglagte materialet er klarert, kan Konkurransetilsynet iverksette sine etterforskningsøk på dette området. Under slike søk har ikke den kontrollerte eller dennes representant rett til å være til stede. Formålet er altså at man steg for steg klargjør ulike deler av det beslaglagte materialet for søk som ledd i etterforskningen.

Den kontrollerte skal motta en kopi av det beslaglagte elektroniske materialet. Formålet med dette er å legge til rette for at foretaket skal ha mulighet til å identifisere hvilke dokumenter som er underlagt taushetsplikt. Dette gjelder særlig dersom den kontrollerte velger ikke å være til stede ved gjennomgangen av dokumentene. Som påpekt i punkt 5.3.4 ovenfor vil den kontrollerte i

stedet for å være til stede under gjennomgangen på egenhånd kunne gjennomgå materialet og sende inn en liste som identifiserer de dokumentene som etter dennes oppfatning er beslagsfrie på grunn av taushetsplikt. En slik rett til å orientere Konkurransetilsynet om hvilke dokumenter man mener er omfattet av taushetsplikten krever ikke lovhjemmel. En slik liste bør inneholde en begrunnelse for hvorfor dokumentene er beslagsfrie. Den kontrollerte kan også velge å sende inn en slik liste i tillegg til å være til stede under gjennomgangen av det beslaglagte materialet.

Det følger av § 25 fjerde ledd siste punktum at dersom den kontrollerte eller dennes representant og Konkurransetilsynet ikke blir enige om et eller flere dokumenter er beslagsfrie, skal dette avgjøres av tingretten. Dette gjelder både der uenigheten oppstår ved den felles gjennomgangen eller etter at den kontrollerte har sendt inn en liste.

Uavhengig av om den kontrollerte eller dennes representant er til stede ved gjennomgangen av materialet eller Konkurransetilsynet mottar en orientering om hvilke dokumenter som er unntatt fra beslag, skal Konkurransetilsynet dersom det oppdager at et dokument er underlagt taushetsplikt, unnta dette fra beslaget og ikke gjøre seg kjent med dokumentets innhold.

Nåværende tredje til femte ledd i § 25 videreføres uendret som femte til syvende ledd i bestemmelsen.

#### *Til § 26, § 27 og § 27 a*

Bestemmelsene er omredigert for å gjøre dem mer oversiktelige. Foreslåtte endringer både av redaksjonell og materiell karakter er kommentert under de enkelte bestemmelsene. Der bestemmelsene er flyttet uten realitetsendringer gjelder tidligere merknader, og det vises til disse.

#### *Til § 26 Innsyn i overtredelsessaker*

Paragraf 26 første ledd første punktum tilsvarende gjeldende bestemmelse i loven med enkelte språklige endringer. Så lenge saken ikke er avsluttet gjelder ikke offentleglova i saker om overtredelse av §§ 10, 11, 18 første ledd, 19 første ledd eller vedtak i medhold av denne lov. I denne sammenheng regnes en overtredelsessak som avsluttet når det er fattet vedtak om overtredelsesgebyr, jf. § 29 eller vedtak om å bringe ulovlig atferd til opphør, jf. § 12. En slik sak regnes også som avsluttet hvis konkurransemyndighetene bestemmer seg for ikke å gå videre med den og eventuelt avslutter den med

et vedtak om bindende avhjelpende tiltak etter § 12 nytt tredje ledd.

Etter nytt *annet punktum* gjelder offentliglova heller ikke etter at saken er avsluttet for dokumenter som er mottatt av Konkurransetilsynet i forbindelse med en lempningssøknad. Bestemmelsen gjelder uavhengig av om søknaden om lempning blir godtatt, avvist eller ikke fører til et vedtak fra Konkurransetilsynet. Unntaket gjelder både selve søknaden om lempning, og andre dokumenter vedlagt lempningssøknaden på grunn av den nærheten disse dokumentene har til søknaden og de krav til opplysninger som stilles for å oppnå lempning.

Andre dokumenter i overtredelsessaker enn de Konkurransetilsynet har mottatt gjennom lempningssøknader, omfattes ikke av bestemmelsen. Dette kan for eksempel være Konkurransetilsynets referater fra møter, skriftlig korrespondanse fra tilsynet til parten som søker lempning og til andre mv. For disse dokumentene gjelder offentliglova etter at saken er avsluttet. Enhver skal fremdeles kunne be om innsyn i disse dokumentene etter de vanlige reglene i offentliglova, forvaltningsloven og konkurranseloven §§ 26, 27 og 27 a.

Begrunnelsen for at offentliglova ikke gjelder lempningssøknader er beskyttelse av lempningssøkere for å få en effektiv lempningsordning. Bestemmelsen innebærer at tredjepersoner ikke har krav på innsyn i lempningssøknaden. Bestemmelsen begrenser ikke innsyn for partene i overtredelsessaken.

At offentliglova ikke gjelder for disse dokumentene betyr at Konkurransetilsynet kan gi helt eller delvis innsyn etter en konkret vurdering. Et reelt behov for å få avgjort et erstatningskrav mot lempningssøker er eksempel på noe som i utgangspunktet ville kunne gi grunnlag for innsyn i relevante opplysninger, med unntak av opplysninger det er taushetsplikt for etter forslag til ny § 27. Se merknader til § 27 nedenfor. Foretak som søker om lempning skal imidlertid ikke være mer utsatt for offentlighet om deltakelse i en overtredelse av § 10 og dermed mer eksponert for etterfølgende erstatningskrav enn øvrige deltakere. Hensynet til lempningssøkere og effektivisering må veies mot interessene til spesielt berørte tredjemenn. Konkurransetilsynet bør av hensyn til effektiviteten i lempningsordningen være forsiktige med å gi innsyn i dokumenter som er overlevert tilsynet i forbindelse med en lempningssøknad.

Dersom Konkurransetilsynet får tilgang til slike dokumenter eller opplysninger også på annen måte enn gjennom lempningssøknaden, for eksempel ved bevissikring etter konkurran-

seloven § 25, forklaringer etter § 24 eller fra andre kilder enn lempningssøker, kommer imidlertid de alminnelige reglene om innsyn i offentliglova, forvaltningsloven og konkurranseloven §§ 26, 27 og 27 a til anvendelse. Både den som potensielt har krav på erstatning for virkninger av overtredelsen og andre, kan således få tilgang til de aktuelle dokumentene eller opplysningene i disse. Avsluttes en sak med et vedtak om overtredelsesgebyr, vil det også fremgå av vedtaket at det er konstatert lovbrudd, hvem som er de skyldige og hvilke bevis Konkurransetilsynet bygger på. Dette vil styrke muligheten til å oppnå erstatning ved et sivilt søksmål. Nærmere omtale av bestemmelsen er gitt under kapittel 8 i proposisjonen.

I *tredje punktum* i bestemmelsen presiseres at videre behandling ved påtalemyndigheten kan innebære at saken likevel ikke anses som avsluttet selv etter at Konkurransetilsynet har fattet vedtak. Bestemmelsen tilsvarende tidligere § 26 første ledd annet punktum, men er endret for å reflektere påtaleordningen etter konkurranseloven § 33. For nærmere om denne bestemmelsen vises til merknaden nedenfor til § 33. Det fremgår at en sak ikke regnes som avsluttet hvis Konkurransetilsynet begjærer påtale eller påtalemyndigheten finner at offentlig påtale kreves av sterke allmenne hensyn. Det vil si at saken ikke anses som avsluttet før påtalemyndigheten har avsluttet saken.

*Annet ledd* i § 26 tilsvarende tidligere § 27 i loven med enkelte språklige endringer. Bestemmelsen omhandler innsyn for foretak eller personer som Konkurransetilsynet etterforsker for overtredelser av konkurranseloven. Det vises til merknader til bestemmelsen som fremgår av Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), s. 239 i kommentarene til § 27 første ledd.

#### *Til § 27 Taushetsplikt om kilders identitet og skylderklæringer i lempningssøknader*

Bestemmelsens *første ledd første punktum* fastsetter at konkurransemyndighetene har taushetsplikt om identiteten til foretak og personer som gir konkurransemyndighetene tips om overtredelse av konkurranseloven § 10 og § 11. Begrunnelsen for bestemmelsen er at slike tips er en viktig del av konkurransemyndighetenes avdekking og etterforskning av overtredelser av forbudsbestemmelsene. Samtidig kan det få alvorlige konsekvenser for tipsernes nåværende og fremtidige arbeidsforhold eller virksomhet dersom det blir kjent at vedkommende har tipset konkurransemyndighetene. Det er således nødvendig at Konkurransetilsynet kan garantere tipserne anonymitet.



Taushetsplikten omfatter både tipserens navn og andre opplysninger som kan avsløre tipserens identitet, som arbeidssted, stilling mv. Konkurransetilsynet kan videreformidle tipsets innhold eventuelt et sammendrag av tipset selv om kilden ikke kan avsløres. Departementet foreslår imidlertid en absolutt taushetsplikt. Tipserens identitet skal holdes hemmelig, og i tilfeller der tipset kun kan stamme fra en svært begrenset sirkel av personer, kan ikke tilsynet videreformidle hva det er tipset om, selv til de som anklages for lovbrudd.

Det er opplysninger om tipsers identitet som skal være taushetsbelagt, ikke hele dokumenter som inneholder tipset. Konkurransemyndighetene må vurdere hvor store deler av innkommende brev, av egne nedtegnelser av tipset, av dokumentjournal mv. som må unntas innsyn for å sikre kildevern. I enkelte tilfeller kan det tenkes at hele dokumenter unntas innsyn.

Bestemmelsen gjelder ikke der det blir gitt tips til politi eller påtalemyndigheten om overtredelse av konkurranseloven § 10 eller § 11. For slike tips vil påtalemyndighetens praksis for håndtering av kilder gjelde.

Tips kan omfatte ulike former for informasjon til Konkurransetilsynet som gjelder mulige overtredelser av konkurranseloven § 10 og § 11. Bestemmelsen vil gjelde selv om det skulle vise seg at forholdet det blir tipset om, ikke er i strid med loven. Det avgjørende for om meldingen skal behandles som et tips som er omfattet av første ledd, er tipserens karakteristikk av meldingen når opplysningene registreres hos Konkurransetilsynet. Det er ikke avgjørende på hvilken måte tipset er inngitt. Unntaket omfatter ikke bare det første tipset Konkurransetilsynet mottar om en mulig overtredelse, men også senere opplysninger som presiserer eller supplerer det første tipset om den aktuelle atferden.

Av *annet punktum* følger at taushetsplikten også gjelder overfor parter og partsrepresentanter i saken. Bestemmelsen går derfor foran reglene om partsoffentlighet i konkurranseloven § 26 annet ledd og forvaltningsloven §§ 18 følgende.

*Tredje punktum* fastslår at bestemmelsen ikke omfatter vern av identiteten til foretak eller personer som anmoder om påbud om opphør etter konkurranseloven § 12. Dersom det ikke fremgår klart av de innsendte opplysningene om det er tale om en anmodning om pålegg eller om det er et tips, må Konkurransetilsynet avklare dette med avsender av opplysningene. Tilsynet kan ikke behandle et tips om overtredelse som en anmodning om pålegg etter kon-

kurranseloven § 12 eller omvendt, dersom avsender av opplysningene ikke er enig i dette.

Paragraf 27 *annet ledd* pålegger konkurransemyndighetene taushetsplikt om opplysninger gitt i en erklæring fra et foretak om overtredelse av konkurranseloven og foretakets delaktighet i overtredelsen, og som er utarbeidet særskilt for å oppnå lempning. Det kan være foretakene selv eller Konkurransetilsynet som etter muntlige opplysninger fra foretaket har utarbeidet dokumentene. Konkurransemyndighetenes taushetsplikt gjelder således bare for opplysninger som har sitt opphav i slike skylderklæringer fra en kartelldeltager. Slike opplysninger vil være spesielt sensitive i et eventuelt etterfølgende erstatningssøksmål.

Lempningssøker kan samtykke i at opplysningene gis ut. Dette er likevel ikke til hinder for at Konkurransetilsynet kan nekte innsyn overfor andre som etterforskes av Konkurransetilsynet for lovbrudd, av hensyn til etterforskningen eller tredjeperson, jf. konkurranseloven § 26 annet ledd. Se også § 27 a annet ledd annet punktum som blant annet innebærer at utvidet innsynsrett for enhver med rettslig interesse i en avsluttet sak ikke skal gjelde skylderklæringen i en lempningssøknad.

I *tredje ledd* er det inntatt en henvisning til forvaltningsloven §§ 13 til 13 e for å sikre at disse bestemmelsene i forvaltningsloven skal gjelde tilsvarende så langt det passer for reglene om taushetsplikt i § 27 i konkurranseloven. For nærmere om bestemmelsen vises til omtalen i proposisjons punkt 8.1.6.

Departementet har ikke funnet grunn til å utvide beskyttelsen av skylderklæringer til at de også unntas fra tvistelovens regler om opplysningsplikt § 21-4 og bevisplikt § 21-5.

For alle andre enn den parten i overtredelsessaken som har avgitt skylderklæringen, vil tvisteloven § 22-3 om bevisforbud for opplysninger undergitt taushetsplikt gjelde. Dette vil være andre parter i overtredelsessaken, deres partsrepresentanter og enhver som utfører tjeneste eller arbeid for konkurransemyndighetene. Denne bestemmelsen åpner imidlertid for at opplysninger som omfattes av taushetsplikten i forslaget til ny § 27, etter en konkret vurdering likevel kan kreves fremlagt i et eventuelt sivilt erstatningssøksmål.

Departementet mener at de hensynene som ligger bak forslaget til taushetsplikt om tipsers identitet og om skylderklæringer i lempningssøknader, nemlig en effektiv håndheving av konkurranseloven og beskyttelse mot represalier for tipser, bør veie tungt ved departementets og rettens vurdering om bevisføring etter tvisteloven § 22-3 annet og

tredje ledd. For nærmere om dette vises til departementets vurderinger i punkt 8.1.6 i proposisjonen.

*Til § 27 a Innsyn i opplysninger undergitt taushetsplikt*

*Første ledd* fastsetter at partene i overtredelsessaken eller partsrepresentant har taushetsplikt om opplysninger de blir kjent med i erklæringer omhandlet i § 27 annet ledd, og begrenser deres bruk av opplysningene. Slike opplysninger kan bare brukes i den grad det er nødvendig for å ivareta partens interesse i den konkrete overtredelsessaken. Dette innebærer at partene i utgangspunktet har taushetsplikt om slike opplysninger, hvis de for eksempel blir innkalt som vitne i en sivil sak om erstatningssøksmål. Videre vil parten i utgangspunktet ikke kunne bruke opplysningene i et eventuelt søksmål om erstatning. Det vises til merknad til § 27 over når det gjelder tvisteloven § 22-3 Bevisforbud om opplysninger undergitt lovbestemt taushetsplikt. Første ledd er utformet med utgangspunkt i forvaltningsloven § 13 b annet ledd, og må forstås tilsvarende så langt det passer. Dersom partene bruker opplysningene, kan det ha både sivilrettslige og strafferettslige konsekvenser.

Bestemmelsens *annet ledd*, bortsett fra annet punktum er tidligere § 26 annet ledd. Med unntak for annet punktum, som omtales nedenfor, er det ikke gjort materielle endringer i denne bestemmelsen. Det vises til Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 239 i kommentarene til § 27 annet ledd og Ot.prp. nr. 35 (2007-2008), kapittel 6.2.5 Til nytt andre ledd i konkurranselova § 26 side 16.

Paragraf 27 a annet ledd *annet punktum* fastsetter at opplysninger som er omfattet av taushetsplikten etter § 27 ikke skal omfattes av den utvidede innsynsretten etter § 27 a annet ledd første punktum. For nærmere om begrunnelsen for denne bestemmelsen vises til punkt 8.1.6 og 8.2.6.

*Til kapittel 7*

Overskriften i kapittel 7 endres for å harmonisere begrepsbruken med annen lovgivning. Tvangsmulkt regnes ikke som en «sanksjon» i Sanksjonsutvalgets terminologi. Dette gjenspeiles i lovendringer de siste årene. Overskriften i kapittel 7 er derfor endret slik at den harmoniseres med terminologien i annen lovgivning. Kapittel 7 vil etter dette lyde «Tvangsmulkt og sanksjoner».

*Til § 29 Overtredelsesgebyr*

I § 29 endres *første ledd* slik at det vises til korrekte bestemmelser etter endringen av bestem-

melsene i fusjonskontrollen. Eksisterende annet ledd oppheves som følge av at det i de nye reglene for foretakssammenslutninger ikke lenger er et skille mellom alminnelige og fullstendige meldinger, og at hjemmelen til å pålegge fullstendig melding etter gjeldende lov § 18 tredje ledd oppheves.

*Annet ledd* tilsvarende tidligere § 29 tredje ledd med endringen om at lempningsbestemmelsene er delt opp i to paragrafer, § 30 og § 31, om henholdsvis hel og delvis lempning.

*Tredje ledd* tilsvarende tidligere fjerde ledd. I *annet punktum* endres betalingsfristen slik at denne løper fra samme tidspunkt som søksmålsfristen. Dette vil gjøre bestemmelsen mer oversiktlig. I nytt *femte punktum* følger en særskilt søksmålsfrist på seks måneder. Bestemmelsen innebærer at et foretak som er ilagt overtredelsesgebyr av Konkurransetilsynet etter konkurranseloven § 29 må reise søksmål mot staten innen seks måneder fra foretaket mottok vedtaket. I nytt *sjetten punktum* i bestemmelsen vises det til at ved fristoversittelse gjelder tvistelovens regler om oppfriskning i §§ 16-12 til 16-14. Bestemmelsen er tatt inn for å ivareta foretakenes interesser i situasjoner hvor de ikke kan bebreides for å ha oversittet søksmålsfristen.

Eksisterende femte og sjetten ledd i bestemmelsen blir nytt *fjerde og femte* ledd i bestemmelsen.

*Til § 30 Hel lempning av overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven § 10*

Gjeldende konkurranselov § 31 om lempning er erstattet med to bestemmelser om lempning av overtredelsesgebyr i ny § 30 og § 31, om henholdsvis hel og delvis lempning.

Bestemmelsen om lempning er også endret som følge av at foretakstraffen oppheves, se merknadene til § 32 nedenfor.

Paragraf 30 *første ledd* inneholder grunnvilkårene for hel lempning av overtredelsesgebyr. Vilkårene for slik lempning følger i dag av forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr (utmålingsforskriften) § 4 og § 5. Disse forskriftsbestemmelsene tas nå inn i § 30 for å gjøre de sentrale vilkårene for hel lempning om fra forskrift til lov. De øvrige vilkårene for at et foretak skal kunne oppnå hel lempning vil fortsatt reguleres i forskrift. Dersom et foretak oppfyller vilkårene for hel lempning, har foretaket krav på dette, jf. ordlyden «skal gis» i bestemmelsen.

I *annet ledd bokstav c* er den såkalte «markørordningen» i EU/EØS tatt inn i norsk rett. Etter bestemmelsen vil et foretak som søker lempning få en prioritert rett til lempning fra det tidspunktet foretaket leverte søknaden, såfremt de leverer

innsamlet bevis innen en senere frist satt av Konkurransetilsynet. Dette er den eneste materielle endringen i vilkårene for hel lempning.

Etter § 31 fjerde ledd, jf. nedenfor om denne bestemmelsen, videreføres forskriftshjemmelen for bestemmelser om lempning av overtredelsesgebyr som i dag følger av § 31 annet ledd.

#### *Til § 31 Delvis lempning av overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven § 10*

Bestemmelsens *første ledd* til *tredje ledd* inneholder vilkårene for delvis lempning av overtredelsesgebyr. Vilkårene for slik lempning følger i dag av forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr (utmålingsforskriften) § 6 og § 7. Disse forskriftsbestemmelsene tas nå inn i § 31 for å gjøre de sentrale vilkårene for delvis lempning om fra forskrift til lov. De øvrige vilkårene for at et foretak skal kunne oppnå delvis lempning vil fortsatt reguleres i forskrift. Endringene i § 31 er av redaksjonell karakter og er ikke ment å innebære noen realitetsendringer.

Paragraf 31 *fjerde ledd* åpner for å gi forskrifter om hel og delvis lempning av overtredelsesgebyr etter § 30 og § 31. Bestemmelsen tilsvarende den tidligere forskriftshjemmelen som fulgte av § 31 annet ledd.

#### *Til § 32 Straff*

Bestemmelsen er i hovedsak en videreføring av nåværende § 30 om straff.

Det foreslås endringer i bestemmelsens *første ledd bokstav b*.

I bokstav b er gjeldende henvisning til § 12 presisert til § 12 «første eller femte ledd» som følge av innføringen av tilsagnskompetansen i atferdssaker etter konkurranseloven § 12 tredje ledd. Som påpekt i punkt 3.3.4 i proposisjonen er det ikke ønskelig at en overtredelse av et vedtak etter § 12 tredje ledd om bindende avhjelpende tiltak overfor foretakene skal være straffbart. Derimot er det ønskelig at overtredelser av vedtak etter § 12 første ledd om påbud om opphør og midlertidige vedtak om påbud om opphør etter tidligere fjerde ledd i § 12, nytt femte ledd i § 12, fortsatt skal være straffbart.

Endringen i bokstav b til også å inkludere § 16 a har sin bakgrunn i at inngrepshjemmelen overfor minoritetserverv er flyttet fra § 16 til ny § 16 a. Overtredelse av vedtak om inngrep mot minoritetserverv var tidligere dekket av henvisningen til § 16. For at denne typen overtredelser fortsatt

skal kunne sanksjoneres med straff må en henvisning til § 16 a inntas i § 32.

For øvrig er henvisningen i bokstav b til konkurranseloven § 19 tredje ledd fjernet som følge av at denne bestemmelsen nå er opphevet. For nærmere om begrunnelsen for dette vises til merknadene til § 19 ovenfor.

Nytt *siste ledd* i bestemmelsen opphever straff for foretak som overtrer konkurranseloven. Foretak kan ilegges administrative sanksjoner gjennom overtredelsesgebyr som vedtas av Konkurransetilsynet etter konkurranseloven § 29. En definisjon av foretaksbegrepet er gitt i lovens § 2. For nærmere om begrunnelsen for lovendringen vises til proposisjonens punkt 4.4.4.

#### *Til § 33 Betinget påtale*

Av *første punktum* følger at offentlig påtale av overtredelser av konkurranseloven § 30 gjøres betinget av Konkurransetilsynets begjæring eller at det foreligger sterke allmenne hensyn. Etter bestemmelsen vil straffeforfølgning av personer som hovedregel være avhengig av en begjæring fra Konkurransetilsynet. Tilsynet vil ikke ha en rettslig plikt til påtale forholdet. Konkurransetilsynet vil ha et betydelig skjønn ved vurderingen av når en påtalebegjæring er nødvendig i enkelt saker.

Regelen om betinget påtale på konkurranserettens område, vil ikke stenge for at politi- og påtalemyndigheten kan iverksette straffeprosessuell etterforskning i en konkurransesak, selv om Konkurransetilsynet ikke har påtalt forholdet. Således får ikke Konkurransetilsynet et eneansvar for å påtale straffbare brudd på konkurranseloven. Offentlig påtale ivaretas gjennom en sikkerhetsventil i alternativet om at det kreves av «sterke allmenne hensyn». Påtalemyndighetens vurdering av om sterke allmenne hensyn foreligger kan ikke overprøves av retten. Gjennom ordlyden «sterke» allmenne hensyn signaliseres at det skal være en høy terskel for at påtalemyndigheten vil påtale forholdet, dersom det ikke foreligger en begjæring om dette fra Konkurransetilsynet. Presiseringen er således ment å sikre størst mulig grad av forutberegnelighet for aktører, som kan risikere å bli ilagt et personlig straffansvar ved brudd på konkurranseloven. Samtidig skal alternativet om sterke allmenne hensyn sikre offentlig påtale i de saker der det offentlige har en sterk interesse i straffeforfølgning, men uten at Konkurransetilsynet har inngitt påtalebegjæring. Bestemmelsen er således først og fremst ment å ivareta allmennhetens tillit til at Konkurransetilsynet

påtaler riktige saker gjennom at dette skjønnet kan overprøves av politi- og påtalemyndigheten.

Det er veiledning for begrepet om «allmenne hensyn» i Straffelovkommisjonens vurderinger i delutredning V, jf. NOU 1992: 23 Ny straffelov side 245 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004). Samtidig vil terskelen for offentlig påtale være høyere etter konkurranseloven, fordi det kreves at det må foreligge «sterke» allmenne hensyn.

I bestemmelsens *annet punktum* åpnes for at det kan gis forskrift om påtalen etter første punktum.

#### *Til § 34 Foreldelse*

*Første ledd* angir at lov av 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven) § 9 og § 11 også gjelder for krav som følge av brudd på konkurranseloven. Krav omfatter både erstatningskrav og eventuelle andre krav på penger, for eksempel restitusjonskrav, som kan oppstå som følge av brudd på konkurranseloven. Hovedregelen for krav om skadeserstatning i foreldelsesloven § 9 gir en foreldelsesfrist på tre år fra «skadelidte fikk eller burde skaffet seg kunnskap om skaden og den ansvarlige». Foreldelsesloven § 11 annet punktum er et unntak fra hovedregelen, og gjelder krav i forbindelse med straffesak. Etter denne bestemmelsen foreldes krav i forbindelse med straffesak ett år etter det foreligger fellende rettskraftig dom i saken.

Paragraf 34 *annet ledd* er et unntak fra hovedregelen, og er laget etter mønster fra foreldelsesloven § 11 annet punktum. Dette leddet presiserer at selv om foreldelsestiden etter § 9 er ute kan erstatningskrav som springer ut av brudd på konkurranseloven settes frem ved særskilt søksmål. Et slikt søksmål må reises innen ett år etter at det foreligger endelig vedtak eller rettskraftig dom i saken. For vedtak som ilegger overtredelsesgebyr (§ 29) løper fristen fra søksmålsfristen for vedtaket er utløpt og det ikke er tatt ut søksmål, eller når det foreligger

en rettskraftig dom. For vedtak som stadfester avhjelpende tiltak eller pålegger opphør av ulovlig atferd (§ 12) vil fristen løpe fra klageadgangen for vedtaket er utløpt, eller fra klagevedtak foreligger.

## **10.2 Merknad til lovforslaget del II om endringer i andre lover**

EØS-konkurranseloven § 6 *første ledd* er endret slik at bestemmelsen gir konkurranseloven §§ 12, 22 og 24 til 32 tilsvarende anvendelse ved norske konkurransemyndigheters tilsyn med overholdelsen av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Det ble i § 6 første ledd tidligere vist til konkurranseloven §§ 12, 22 og 24 til 31. Endringene i konkurranselovens bestemmelser om lempning og sanksjoner medfører at § 31 heretter skal regulere delvis lempning og at straffebestemmelsen i § 30 flyttes til kapittel 7 som § 32. EØS-konkurranseloven § 6 blir derfor endret slik at henvisningen også omfatter konkurranseloven § 32 om straff.

## **10.3 Merknad til lovforslaget del III om ikrafttredelse**

I lovforslaget del II vil endringene i konkurranseloven (endringsloven) tre i kraft fra den tid Kongen bestemmer.

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet

t i l r å r :

At Deres Majestet godkjenner og skriver under et fremlagt forslag til proposisjon til Stortinget om endringer i konkurranseloven.

---

**Vi HARALD,** Norges Konge,

s t a d f e s t e r :

Stortinget blir bedt om å gjøre vedtak til lov om endringer i konkurranseloven i samsvar med et vedlagt forslag.

---

## Forslag til lov om endringer i konkurranseloven

### I

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

§ 12 skal lyde:

§ 12 *Pålegg om å bringe en ulovlig atferd til opphør mv.*

Konkurransetilsynet kan pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer forbudene i § 10, § 11 eller i forskrift i medhold av § 14, å bringe overtredelsen til opphør. Pålegget kan omfatte ethvert tiltak som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør. Strukturelle tiltak kan bare pålegges dersom det ikke finnes like effektive atferdsregulerende tiltak, eller dersom et atferdsregulerende tiltak vil være mer byrdefullt for foretaket.

Pålegg etter første ledd kan gis selv om Konkurransetilsynet vedtar overtredelsesgebyr mot foretaket etter § 29.

*Dersom foretaket tilbyr avhjelpende tiltak i en sak som kan ende med et vedtak etter § 12 første ledd, kan Konkurransetilsynet avslutte saken ved et vedtak som gjør tiltakene bindende for foretaket. Vedtak etter første punktum kan fattes før Konkurransetilsynet har gjort en fullstendig vurdering av om inngrepsvilkåret i første ledd er oppfylt. Konkurransetilsynet skal i vedtaket gi en vurdering av foretakets atferd. Videre skal det vurderes om og begrunnes hvorfor de tilbudte tiltakene er egnet til og nødvendige for å avhjelpe de konkurransemessige problemene som Konkurransetilsynet har funnet. Vedtaket skal fastslå at Konkurransetilsynet ikke vil gå videre med saken etter første ledd eller § 29 dersom tiltakene gjennomføres. Konkurransetilsynet kan etter forslag fra foretakene oppnevne en forvalter til å bistå ved gjennomføringen av vedtak etter første punktum. Kongen kan i forskrift gi nærmere bestemmelser om forvalters stilling. Ved klage over vedtak etter dette ledd kan departementet oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak.*

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

a) *faktiske forhold som var vesentlige for vedtaket, endrer seg,*

b) *foretakene handler i strid med vedtaket, eller*  
c) *vedtaket bygger på ufullstendige, uriktige, eller villedende opplysninger fra foretakene.*

Konkurransetilsynet kan dersom det er

a) rimelig grunn til å anta at § 10, § 11 eller forskrift i medhold av § 14 er overtrådt, og

b) fare for at konkurransen utsettes for varig og uopprettelig skade,

treffe midlertidig vedtak om pålegg etter første ledd. Dette gjelder likevel ikke dersom den vedtaket retter seg mot, påføres skade eller ulempe som står i åpenbart misforhold til de hensyn vedtaket skal ivareta. Midlertidig vedtak skal treffes for et begrenset tidsrom, men kan forlenges dersom faren for konkurransen består.

§ 13 skal lyde:

§ 13 *Prøving i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning*

I saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning kan Kongen i statsråd tillate atferd i strid med forbudet i § 10 eller § 11, og gi pålegg og omgjøre Konkurransetilsynets vedtak etter § 12 første ledd. En tillatelse til atferd i strid med § 10 eller § 11 har ingen virkning i forhold til overtredelser av lovens forbud eller vedtak truffet i medhold av loven før tillatelsen blir gitt.

§ 16 skal lyde:

§ 16 *Inngrep mot foretakssammenslutninger mv.*

Konkurransetilsynet skal forby foretakssammenslutninger som vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Forbudet kan omfatte utfyllende bestemmelser som er nødvendige for at formålet med forbudet blir oppnådd.

*Dersom Konkurransetilsynet finner at avhjelpende tiltak foreslått av melderne vil avbøte de konkurransebegrensende virkningene som foretakssammenslutningen kan føre til, skal tilsynet fatte vedtak om inngrep hvor foretakssammenslutningen tillates på disse vilkår. Konkurransetilsynet kan knytte forpliktelser til vedtaket for å sikre at vilkårene oppfylles.*

*Dersom en foretakssammenslutning er gjennomført, kan forbud etter første ledd omfatte påbud om*

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

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

I den utstrekning opprettelsen av et fellesforetak som utgjør en foretakssammenslutning etter § 17, har til formål eller virkning å samordne fortsatt uavhengige foretaks konkurransemessige atferd, skal denne samordningen vurderes etter § 10 med sikte på å fastslå om det skal gripes inn mot foretakssammenslutningen.

Ny § 16 a skal lyde:

§16 a *Inngrep mot minoritetserverv*

Konkurransetilsynet skal forby erverv av andeler i et foretak selv om ervervet ikke fører til kontroll, dersom det vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Er ervervet gjennomført ved trinnvis oppkjøp, kan det gripes inn overfor de transaksjoner som har funnet sted innenfor en periode på to år regnet fra tidspunktet for det siste ervervet.

Ved inngrep etter første ledd gjelder bestemmelsene i § 16 annet til femte ledd tilsvarende.

§ 18 skal lyde:

§ 18 *Melding av foretakssammenslutninger mv.*

Partene i en fusjon etter § 17 første ledd bokstav a eller den eller de som samlet eller hver for seg varig overtar kontroll etter § 17 første ledd bokstav b, skal informere Konkurransetilsynet om foretakssammenslutningen ved en melding.

Meldeplikten etter første ledd gjelder ikke

- a) dersom de involverte foretakene har en samlet årlig omsetning i Norge under 1 milliard kroner, eller
- b) dersom bare ett av de involverte foretakene har en årlig omsetning i Norge over 100 millioner kroner.

Konkurransetilsynet kan pålegge meldeplikt for foretakssammenslutninger som er unntatt fra meldeplikten etter annet ledd, dersom tilsynet finner rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes, eller dersom særlige hensyn tilsier at tilsynet under-

søker foretakssammenslutningen nærmere. Et slikt pålegg kan ikke gis senere enn tre måneder etter at endelig avtale er inngått eller kontroll er ervervet. Fristen løper fra det først inntrufne.

Dersom en foretakssammenslutning består i erverv av deler av ett eller flere foretak, enten de er selvstendige rettssubjekter eller ikke, skal det ved beregningen av omsetning etter annet ledd for selgers eller selgernes vedkommende bare tas hensyn til omsetningen for de deler som inngår i foretakssammenslutningen. Dersom det innenfor et tidsrom på to år gjennomføres to eller flere transaksjoner som nevnt i første punktum mellom de samme personer eller foretak, skal dette likevel betraktes som én og samme foretakssammenslutning, med virkning fra den dag den siste transaksjonen finner sted.

Konkurransetilsynet kan pålegge melding for erverv av andeler i foretak som nevnt i § 16 a. Et slikt pålegg kan ikke gis senere enn 3 måneder etter endelig avtale om erverv av andeler.

Foretakssammenslutninger som er unntatt fra meldeplikten etter annet ledd, og erverv av andeler i foretak som nevnt i § 16 a, kan meldes frivillig til Konkurransetilsynet for å avklare om det er aktuelt med inngrep.

Melding i henhold til første, tredje, femte og sjette ledd anses som fullstendig først når kravene i § 18 b er oppfylt.

En foretakssammenslutning som er omfattet av reglene om kontroll med foretakssammenslutninger i EØS-avtalen artikkel 57, er unntatt fra den alminnelige meldeplikten i første ledd.

Kongen kan gi forskrift om beregning av omsetning etter annet ledd, meldeplikt for foretakssammenslutninger som er unntatt fra meldeplikten etter annet ledd i næringer hvor særlige hensyn begrunner meldeplikt og om offentliggjøring av meldingene.

§ 18 a skal lyde:

§ 18 a *Hva meldingen skal inneholde*

Melding etter § 18 første ledd skal inneholde

- a) kontaktinformasjon om partene i fusjonen eller den eller de som overtar kontroll,
- b) beskrivelse av foretakssammenslutningen,
- c) beskrivelse av de involverte foretakene og foretak i samme konsern,
- d) navn på de fem viktigste konkurrenter, kunder og leverandører i markeder i Norge, eller som Norge er del av, hvor de involverte foretakene og foretak i samme konsern har overlappende virksomhet,
- e) beskrivelse av horisontalt forbundne markeder dersom minst to av partene er aktive på det samme markedet og partenes samlede markeds-

andel overstiger 15 prosent, samt markeder hvor minst to parter er vertikalt forbundet og deres markedsandel overstiger 25 prosent på hvert av de respektive markedene, som skal inkludere

- beskrivelse av markedsstrukturen i de berørte markedene,
  - beskrivelse av de involverte foretakenes viktigste konkurrenter, kunder og leverandører i de berørte markedene, og
  - redegjørelse for eventuelle etableringshindringer i de berørte markedene,
- f) redegjørelse for eventuelle effektivitetsgevinster,
- g) opplysninger om foretakssammenslutningen er underlagt tilsyn fra andre konkurransemyndigheter,
- h) seneste versjon av avtalen om foretakssammenslutning med vedlegg, og
- i) de involverte foretakenes siste årsberetning og årsregnskap.

Ved opprettelse av fellesforetak må meldingen også inneholde opplysninger om morselskapene fortsatt er virksomme på det samme markedet som fellesforetaket eller på et tidligere eller senere ledd i omsetningskjeden eller på et tilgrensende marked.

Konkurransetilsynet kan i den enkelte sak lempe kravene til melding etter første ledd.

Kongen kan gi forskrift om nærmere krav til innhold i melding etter første ledd, herunder regler om forenklete meldinger som fraviker innholdskravet i første ledd.

Ny § 18 b skal lyde:

#### § 18 b Taushetsbelagte opplysninger

Den som i behandlingen av en foretakssammenslutning, eller et minoritetsserverv, gir opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt til konkurransemyndighetene i henhold til § 18 og § 24 første ledd, eller i forslag til avhjelpende tiltak etter § 16 annet ledd, skal klart angi eller merke slike opplysninger og begrunne sin oppfatning. Avgiver skal samtidig fremlegge forslag til offentlig versjon. Dersom første punktum ikke er oppfylt, kan konkurransemyndighetene legge til grunn at avsender ikke motsetter seg at det gis innsyn i opplysningene.

Kongen kan gi forskrift om offentlige versjoner og begrunnelsesplikten som nevnt i første ledd.

§ 19 skal lyde:

#### § 19 Gjennomføringsforbud

Foretakssammenslutninger som omfattes av reglene i § 18 første ledd, må ikke gjennomføres før Konkurransetilsynet har avsluttet behandlingen av saken. Det samme gjelder dersom Konkurransetilsynet har gitt pålegg om melding etter § 18 tredje eller femte ledd, melding er gitt etter § 18 sjette ledd

eller meldeplikten følger av forskrift gitt etter § 18 niende ledd.

Konkurransetilsynet kan etter søknad fra melderne gjøre unntak fra gjennomføringsforbudet etter første ledd i enkeltsaker. Konkurransetilsynet kan ved forskrift gjøre unntak fra gjennomføringsforbudet for grupper av foretak.

§ 20 skal lyde:

#### § 20 Vedtak

Vedtaket etter § 16 og § 16 a treffes av Konkurransetilsynet på grunnlag av melding etter § 18 første, tredje, femte eller sjette ledd, eller på grunnlag av melding etter forskrift gitt etter niende ledd.

Konkurransetilsynet må innen 25 virkedager fra meldingen er mottatt, varsle at vedtak kan bli aktuelt. I varselet må Konkurransetilsynet vise at det er rimelig grunn til å anta at foretakssammenslutningen eller ervervet som nevnt i § 16 a vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Gis ikke slikt varsel, kan Konkurransetilsynet ikke gripe inn etter § 16 eller § 16 a.

Dersom melderne fremsetter forslag om avhjelpende tiltak innen 20 virkedager fra meldingen er mottatt, forlenges Konkurransetilsynets frist etter annet ledd med 10 virkedager. Fremsettes forslag innen fristen, kan Konkurransetilsynet innen 35 virkedager fatte vedtak om inngrep som tillater foretakssammenslutningen på de foreslåtte vilkår. Slikt vedtak kan fattes uten at partene er gitt forhåndsvarsel.

Konkurransetilsynet må snarest mulig, og senest innen 70 virkedager fra meldingen er mottatt, fatte vedtak som stadfester fremsatt forslag om avhjelpende tiltak fra melderne eller legge frem begrunnet forslag til forbudsvedtak. Dersom melderne fremsetter forslag om avhjelpende tiltak senere enn 55 virkedager fra meldingen er mottatt, forlenges Konkurransetilsynets frist tilsvarende. Forslaget til forbudsvedtak forelegges partene til uttalelse med en frist på 15 virkedager. Konkurransetilsynet må treffe sitt vedtak innen 15 virkedager fra tilsynet har mottatt partenes uttalelse. Dersom det er fremsatt et forslag om avhjelpende tiltak etter at Konkurransetilsynet har lagt frem begrunnet forslag til forbudsvedtak, kan fristen for å treffe vedtak forlenges med 15 virkedager.

Forslag om avhjelpende tiltak anses ikke som fremsatt før forslag til offentlig versjon av forslaget er inngitt. Fristene i annet, tredje og fjerde ledd for Konkurransetilsynets saksbehandling begynner ikke å løpe før Konkurransetilsynet har mottatt en offentlig versjon av dokumentene.

Frister i *annet og fjerde ledd* for *Konkurransetilsynets saksbehandling* slutter å løpe dersom noen av de involverte foretak etter å ha mottatt skriftlig krav om å gi opplysninger innen en bestemt frist, ikke oppfyller kravet. *Kravet anses ikke som oppfylt før Konkurransetilsynet har mottatt en offentlig versjon av dokumentene.* Partene skal informeres om at fristen har sluttet å løpe. Fristen begynner å løpe igjen når Konkurransetilsynet mottar de etterspurte opplysninger.

*Dersom Konkurransetilsynet finner at det ikke foreligger grunnlag for inngrep etter § 16 eller § 16 a, skal melderne underrettes skriftlig om at saken henlegges. I saker hvor Konkurransetilsynet har varslet at inngrep kan bli aktuelt etter annet ledd, skal underretningen kort angi hvorfor det ikke foreligger grunnlag for inngrep. Konkurransetilsynet skal avslutte saksbehandlingen snarest mulig.*

*Kongen kan gi forskrift om offentlige versjoner av dokumenter som nevnt i femte og sjette ledd.*

Ny § 20 a skal lyde:

§ 20 a *Klage og oppheving*

*Vedtak som nevnt i § 20 første ledd kan påklages innen 15 virkedager. Konkurransetilsynet skal bringe klagen inn for departementet senest 15 virkedager etter at den er mottatt. Departementet må treffe vedtak i klagesaken innen 60 virkedager etter at klagen er mottatt. Bestemmelsene om fristavbrudd i § 20 sjette ledd gjelder tilsvarende for departementets saksbehandlingsfrister. Ved klage over vedtak etter § 16 annet ledd kan departementets vedtak bare gå ut på å oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak. For øvrig gjelder reglene om klage i forvaltningsloven kapittel VI så langt de passer.*

*Dersom departementet opphever et vedtak etter § 16 annet ledd fordi foretakssammenslutningen ikke kan føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen, er saken endelig avgjort. Ved en oppheving på annet grunnlag kan Konkurransetilsynet fatte et nytt vedtak etter § 20 første ledd. Bestemmelsene i § 20 annet og tredje ledd gjelder ikke. Tilsynet må snarest mulig og senest innen 45 virkedager fra vedtaket ble opphevet fatte vedtak om inngrep som tillater foretakssammenslutningen på vilkår foreslått av melderne eller legge frem begrunnet forslag til forbudsvedtak. Dersom melderne fremsetter forslag om avhjelpende tiltak senere enn 35 virkedager fra opphevingen av vedtaket, forlenges Konkurransetilsynets frist tilsvarende. Bestemmelsene i § 20 fjerde til syvende ledd gjelder for øvrig så langt de passer.*

§ 21 skal lyde:

§ 21 *Prøving i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning*

I saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning kan Kongen i statsråd tillate en foretakssammenslutning eller et erverv av andeler som Konkurransetilsynet har grepet inn mot etter § 16 og § 16 a. Det kan settes vilkår for en slik tillatelse.

Dersom vilkårene i § 16 første ledd eller § 16 a første ledd er oppfylt, kan Kongen i statsråd i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning treffe vedtak etter §§ 16, 16 a, og 18. Fristene i §§ 18, 20 og 20 a gjelder ikke for vedtak truffet etter dette ledd. Kongen i statsråd kan likevel ikke gripe inn mot en foretakssammenslutning eller et erverv av andeler senere enn 12 måneder etter at det er inngått endelig avtale eller kontroll er overtatt.

§ 25 skal lyde:

§ 25 *Bevissikring*

For å søke etter bevis kan Konkurransetilsynet, når det er rimelig grunn til å anta at loven eller vedtak i medhold av loven er overtrådt, eller det er nødvendig for å kunne oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor en fremmed stat eller en internasjonal organisasjon, kreve

- å få adgang til lokaler, eiendommer, transportmidler og andre oppbevaringssteder hvor det kan finnes bevis for overtredelse,
- å få adgang til bolig dersom det er særlig grunn til å anta at bevis oppbevares der,
- å ta med ting som kan ha betydning som bevis for nærmere granskning og
- å forsegle forretningslokaler, bøker eller forretningspapirer så lenge undersøkelsen varer og dette anses nødvendig.

*Originale dokumenter kan tas med når originalen i seg selv antas å ha en særskilt bevisverdi, når bevisverdien vil reduseres ved kopiering eller når dokumentet antas å være et særlig sentralt bevis for overtredelse av bestemmelser i denne lov. Når Konkurransetilsynet tar med originaldokumenter etter denne bestemmelsen, skal den kontrollerte gis kopi av dokumentene, så fremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningen.*

Begjæring om adgang til bevissikring framsettes av Konkurransetilsynet for tingretten på det sted hvor det mest praktisk kan skje. Retten treffer sin avgjørelse ved beslutning før bevissikringen settes i verk. *Retten skal angi kontrollens formål, herunder hvilken type overtredelse og hvilket marked tilsynet undersøker.* Den



begjæringen retter seg mot, skal ikke varsles om begjæringen eller beslutningen. Anke over beslutningen har ikke oppsettende virkning. Straffeprosessloven § 200 og § 201 første ledd, §§ 117 til 120, jf. §§ 204, 207, 208, 209, 213 og kapittel 26 samt forvaltningsloven § 15 annet ledd gjelder så langt de passer.

*Den kontrollerte skal motta en kopi av beslaglagt elektronisk materiale. Når Konkurransetilsynet begynner gjennomgangen av beslaglagt elektronisk materiale har den kontrollerte eller dennes representant rett til å være til stede for å avklare om materialet inneholder opplysninger som er omfattet av taushetsplikt som nevnt i straffeprosessloven §§ 117 til 120. Dersom den kontrollerte og Konkurransetilsynet ikke blir enige om opplysninger er omfattet av taushetsplikt som nevnt i straffeprosessloven §§ 117 til 120, skal dette avgjøres av tingretten.*

Konkurransetilsynet kan kreve bistand av politiet til å iverksette beslutningen om bevissikring.

Dersom det ikke er tid til å avvente rettens beslutning, kan Konkurransetilsynet kreve at politiet avstenger områder der bevisene kan være inntil rettens beslutning foreligger.

Kongen kan ved forskrift fastsette nærmere regler om bevissikring og behandling av over-skuddsinformasjon.

§ 26 skal lyde:

§ 26 *Innsyn i overtredelsessaker*

*Så lenge saken ikke er avsluttet, gjelder ikke offentliglova i saker om overtredelse av §§ 10, 11, 18 første ledd, 19 første ledd eller vedtak i medhold av denne lov. Det samme gjelder for dokumenter som er mottatt av Konkurransetilsynet i forbindelse med en lempningssøknad, også etter at saken er avsluttet. En sak regnes ikke som avsluttet hvis Konkurransetilsynet begjærer påtale eller påtalemyndigheten finner at offentlig påtale kreves av sterke allmenne hensyn.*

Foretak eller personer som Konkurransetilsynet etterforsker for overtredelse av konkurranseloven, skal etter krav gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, såfremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningen eller tredjeperson. Forvaltningsloven § 19 gjelder tilsvarende. Blir kravet avslått, kan spørsmålet kreves avgjort av retten ved kjennelse. Dersom etterforskningen omfatter flere foretak eller personer, gjelder innsynsretten ikke dokumenter som bare gjelder andre foretak eller personer.

§ 27 skal lyde:

§ 27 *Taushetsplikt om kilders identitet og skylderklæringer i lempningssøknader*

*Enhver som utfører tjeneste eller arbeid for konkurransemyndighetene, har taushetsplikt om identiteten til foretak eller person som gir tips om overtredelse av § 10 eller § 11. Taushetsplikten gjelder også overfor sakens parter og deres representanter. Anmodning om påbud om opphør etter konkurranseloven § 12 omfattes ikke av taushetsplikten.*

*Enhver som utfører tjeneste eller arbeid for konkurransemyndighetene, har taushetsplikt om opplysninger som har sin opprinnelse i erklæringer fra et foretak om dets viten om en overtredelse av § 10 og foretakets egen delaktighet i overtredelsen, og som er utarbeidet spesielt med det formål å oppnå lempning.*

*For øvrig gjelder reglene i forvaltningsloven §§ 13 til 13 e tilsvarende så langt det passer.*

§ 27 a skal lyde:

§ 27 a *Innsyn i opplysninger undergitt taushetsplikt*

*Part eller partsrepresentant som blir gjort kjent med skylderklæringer som nevnt i § 27 annet ledd, har taushetsplikt om opplysningene og kan bare bruke dem så langt det er nødvendig for å ivareta partens interesse i saken.*

Enhver med rettslig interesse i en avsluttet sak om overtredelse av § 10, § 11 eller pålegg etter § 12, skal også gis innsyn i opplysninger som er undergitt lovbestemt taushetsplikt, med mindre innsyn vil virke urimelig overfor den opplysningene gjelder. Retten til innsyn gjelder ikke opplysninger underlagt taushetsplikt etter § 27. Blir det krevd innsyn i taushetsbelagte opplysninger etter dette ledd, skal de som har krav på taushet, varsles og gis en frist til å uttale seg om spørsmålet. Avslag på krav om innsyn kan påklages til departementet. Reglene i forvaltningsloven kapittel VI gjelder tilsvarende.

I kapittel 7 skal kapitteloverskriften lyde: «Kapittel 7 Sanksjoner og tvangsmulkt»

§ 29 skal lyde:

§ 29 *Overtredelsesgebyr*

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

a) overtrer §§ 10, 11, 18 første ledd eller 19 første ledd,

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

Konkurransetilsynet vedtar overtredelsesgebyr. Ved fastsettelse av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet, samt lempning etter § 30 og § 31.

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages. Overtredelsesgebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er mottatt. Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg. Dersom foretaket går til søksmål mot staten for å prøve vedtaket, suspenderes tvangskraften. Søksmålet må reises innen seks måneder fra partene mottok vedtaket. Det kan gis oppfriskning for oversittelse av fristen etter reglene i tvisteloven §§ 16-12 til 16-14. Retten kan prøve alle sider av saken. Tvisteloven gjelder ellers så langt den passer.

Adgangen til å ilegge gebyr foreldes etter 10 år ved overtredelse av § 10 eller § 11 i denne loven. Andre overtredelser foreldes etter 5 år. Fristen avbrytes ved at Konkurransetilsynet tar skritt til sikring av bevis etter lovens § 25 eller meddeler et foretak at det er mistenkt for overtredelse av loven eller vedtak truffet i medhold av loven.

Kongen kan ved forskrift gi nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr.

§ 30 skal lyde:

§ 30 *Hel lempning av overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven § 10*

*Hel lempning av overtredelsesgebyr for overtredelse av § 10 skal gis til det første foretaket som i tilknytning til en bestemt sak oppfylder følgende vilkår:*

- a) Foretaket fremlegger av eget tiltak alle bevis som det besitter i samsvar med fremgangsmåten i annet ledd. Dette bevismaterialet må være tilstrekkelig til å
  - i. få beslutning om bevissikring etter konkurranseloven § 25 i forbindelse med en antatt overtredelse av konkurranseloven § 10. Konkurransetilsynet må på det tidspunkt opplysningene blir fremlagt ikke besitte tilstrekkelige bevis til å kunne kreve slik beslutning, eller
  - ii. bevise overtredelse av konkurranseloven § 10. Konkurransetilsynet må på det tids-

*punkt opplysningene blir fremlagt ikke besitte tilstrekkelige bevis for slik overtredelse.*

- b) Foretaket samarbeider av eget tiltak fullt ut under hele Konkurransetilsynets saksbehandling.
- c) Foretaket opphører av eget tiltak med deltakelsen i overtredelsen med mindre Konkurransetilsynet anmoder om noe annet.
- d) Foretaket har ikke søkt å tvinge andre foretak til å delta i overtredelsen.

*Fremleggelse av bevis etter første ledd bokstav a kan skje*

- a) ved fremleggelse samtidig med lempningssøknaden,
- b) ved at foretaket gir en klar beskrivelse av bevismaterialets art og innhold og fremlegger alle bevis innen en frist fastsatt av Konkurransetilsynet, eller
- c) ved at foretaket gis en prioritert rett til lempning fra tidspunktet det ble fremsatt krav om lempning samtidig som foretaket samler bevis. Den prioriterte retten til lempning er kun gyldig i en begrenset periode fastsatt av Konkurransetilsynet.

§ 31 skal lyde:

§ 31 *Delvis lempning av overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven § 10*

*Foretak som ikke oppfylder vilkårene for hel lempning i § 30, skal gis delvis lempning av overtredelsesgebyret dersom foretaket*

- a) fremlegger bevis som vesentlig styrker Konkurransetilsynets muligheter til å bevise en overtredelse av konkurranseloven § 10, og
- b) opphører med deltakelsen i overtredelsen senest på det tidspunkt bevisene fremlegges etter bokstav a.

*Det første foretaket som i en bestemt sak oppfylder vilkårene i denne bestemmelsen gis lempning på 30 til 50 prosent. Det andre foretaket som i samme sak oppfylder vilkårene i denne bestemmelsen gis lempning på 20 til 30 prosent. Øvrige foretak som i samme sak oppfylder vilkårene i denne bestemmelsen gis lempning på inntil 20 prosent.*

*Ved den nærmere fastsettelsen av lempning etter annet ledd skal det tas hensyn til hvor tidlig bevismaterialet ble fremlagt, styrken i de fremlagte bevisene og i hvilken grad foretaket har samarbeidet med Konkurransetilsynet.*

*Kongen kan gi forskrift om hel og delvis lempning av overtredelsesgebyr etter § 30 og § 31.*

§§ 32 til 34 flyttes til kapittel 7 og skal lyde:

§ 32 *Straff*

*Med bøter eller fengsel inntil 3 år straffes den som forsettlig eller grovt uaktsomt*

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

Er en overtredelse av § 10 utført under særdeles skjerpene omstendigheter, kan fengsel inntil 6 år anvendes. Ved avgjørelse av om særdeles skjerpene omstendigheter foreligger, skal det legges vekt på om overtredelsen har vært søkt holdt skjult, om den har voldt betydelig økonomisk skade, om den har gitt betydelig økonomisk fordel og grovheten av overtredelsen for øvrig.

Medvirkning til overtredelse som nevnt i første og annet ledd straffes på samme måte.

*Foretak straffes ikke etter denne paragrafen eller etter straffeloven § 48 a for overtredelse av loven her.*

### § 33 Betinget påtale

*Overtredelser som kan medføre straff etter § 32, er bare undergitt offentlig påtale når det foreligger påtalebegjæring fra Konkurransetilsynet eller det kreves av sterke allmenne hensyn. Kongen kan gi forskrift om påtale etter første punktum.*

### § 34 Foreldelse

*For krav som følge av brudd på denne loven gjelder foreldelsesloven, herunder § 9 og § 11.*

*Selv om foreldelsestiden er ute, kan krav som nevnt i første ledd dessuten settes frem ved særskilt søksmål. Et slikt søksmål må reises innen 1 år etter at det foreligger endelig vedtak eller rettskraftig dom i saken.*

Nåværende §§ 32 til 34 blir nye §§ 35 til 37.

## II

I lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranse-loven) § 6 Norske konkurransemyndigheters håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 gjøres følgende endring:

§ 6 første ledd skal lyde:

Norske konkurransemyndigheter skal, med de begrensninger som følger av EØS-avtalen, Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol og forskrifter gitt i medhold av § 5, føre tilsyn med at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 overholdes. Konkurranse-loven §§ 12, 22 og 24 til 32 gjelder tilsvarende.

## III

*Loven trer i kraft fra den tid Kongen bestemmer.*



Offentlige institusjoner kan bestille flere eksemplarer fra:  
Departementenes servicesenter  
Internett: [www.publikasjoner.dep.no](http://www.publikasjoner.dep.no)  
E-post: [publikasjonsbestilling@dss.dep.no](mailto:publikasjonsbestilling@dss.dep.no)  
Telefon: 22 24 20 00

Opplysninger om abonnement, løssalg og pris får man hos:  
Fagbokforlaget  
Postboks 6050, Postterminalen  
5892 Bergen  
E-post: [offpub@fagbokforlaget.no](mailto:offpub@fagbokforlaget.no)  
Telefon: 55 38 66 00  
Faks: 55 38 66 01  
[www.fagbokforlaget.no/offpub](http://www.fagbokforlaget.no/offpub)

Publikasjonen er også tilgjengelig på  
[www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no)

Trykk: 07 Xpress AS 03/2013

