

NOU

Norges offentlige utredninger **2012:7**

Mer effektiv konkurranselov

Norges offentlige utredninger 2012

Seriens redaksjon:
Departementenes servicesenter
Informasjonsforvaltning

1. Til barnas beste.
Kunnskapsdepartementet.
2. Utenfor og innenfor.
Utenriksdepartementet.
3. Fripoliser og kapitalkrav.
Finansdepartementet.
4. Trygg hjemme.
Justis- og beredskapsdepartementet.
5. Bedre beskyttelse av barns utvikling.
Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet.
6. Arbeidsrettede tiltak.
Arbeidsdepartementet.
7. Mer effektiv konkurranselov.
Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet.

NOU

Norges offentlige utredninger **2012:7**

Mer effektiv konkurranselov

Utredning fra utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 17. desember 2010.
Avgitt til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet 14. februar 2012.

ISSN 0333-2306
ISBN 978-82-583-1134-5

07 Xpress AS

Til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet

Konkurranselovutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 17. desember 2010. Utvalget gir med dette sin utredning.

Oslo 14. februar 2012

Erling J. Hjelmeng
leder

Beret Sundet

Jostein Skaar

Lars Sørgard

Anne Beate Hammerstad

Mona Søyland

Jan Eivind Norheim

Håkon A. Cosma
Sekretariatsleder
Katrine Knudsen Mæle
Ronny Gjendemsjø
Linn Kristin Nyvold Roti
Nina Gørrissen

Kapittel 1 Innledning

1.1 Utvalgets oppnevning og sammensetning

Konkurranselovutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 17. desember 2010. Utvalget ble gitt følgende sammensetning:

- professor dr. juris. Erling J. Hjelmeng, Universitetet i Oslo, leder
- 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 kirke departementet oppnevnt som nytt medlem. Medlemmet Anne Beate Saga Hammerstad gikk i oktober 2011 over i ny stilling som advokat i Advokatfirmaet Haavind AS. Hammerstad fortsatte som utvalgsmedlem.

Konkurransetilsynet og Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet 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 kirke departementet

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

1.1.1 Mandat

Utvalgets mandat lyder:

«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 terri-

torium, 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 forbrukerver-

ferd, og hvilken betydning dette eventuelt får for håndhevelsen av konkurranseloven. Fornyings-, 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.¹ 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 virkemåte² fremgår det at markedsaktørene opplever at ulike regimer for kontroll med foretakssammenslutninger i EU og medlemsstatene er problematisk. Det

¹ Jf. forskrift 22. august 2005 nr. 909. Se forskrift 28. april 2004 nr. 673 om melding av foretakssammenslutninger mv. (Utvalgets tilføyelse).

² http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/studies_reports.html.

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:

- 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.³
- 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 selvinkrimineringsvernet 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.⁴ 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 konkurranseloven⁵ fastslår at beviskravet ved overtredelse av konkurranseloven og i saker om foretakssammenslutninger er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Beviskravet er blitt behandlet bl.a. av Borgarting lagmannsrett.⁶ Dommen er anket til Høyesterett. Utvalget bes vurdere hva beviskravet

³ Jf. hhv. 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.

⁴ Jf. forskrift 22. august 2005 nr. 909.

⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 117.

bør være i saker etter konkurranseloven, og om beviskravet bør inntas i loven.

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

1.1.2 Utvalgets arbeid

Utvalget avholdt sitt første møte 24. januar 2011, og leverte [NOU 2012:XX] 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 mottatt 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 for utvalgets fremleggelse av utredningen 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 forskriften 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 ODA⁷ protokoll 4 artikkel 23 nr. 4.

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

⁷ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol.

Kapittel 2

Sammendrag av utredningens hovedinnhold

Det er særlig tre hovedområder der utvalget vil foreslå endringer: Fusjonskontrollen, konkurranseprosessen og håndhevelse av atferdsreglene i § 10 og § 11. Utover dette er det foreslått mindre tilpasninger en rekke steder i loven.

I *kapittel 3* foretar utvalget en gjennomgang og vurdering av lovens formålsbestemmelse. Utvalget finner ikke grunn til å foreslå endringer i bestemmelsens ordlyd, idet utvalget finner at bestemmelsen slik den står gir uttrykk for en god formulering av lovens formål og virkemidler. Utvalget har valgt å presisere i lovens enkeltbestemmelser hvilken velferdsstandard som skal legges til grunn ved tolkningen og praktiseringen av disse. Mer overordnet legger utvalget til grunn at lovens formål er samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk i betydningen total velferd, men at dette oppnås best ved at det ved anvendelsen av loven legges til grunn en konsumentvelferdsstandard. Utvalget har ikke funnet det hensiktsmessig å løfte frem forbrukerbeskyttelse som et hovedformål med loven.

I *kapittel 4* gir utvalget en kort oversikt over de materielle atferdsreglene i § 10 og § 11. Utvalget finner ikke grunn til å foreslå endringer i disse, som også er harmonisert med EØS-avtalens konkurransebestemmelser i artikkel 53 og 54.

I *kapittel 5* fremsetter utvalget sine vurderinger av konkurransemyndighetenes vedtakskompetanse i atferdssaker etter § 12. Bestemmelsen hjemler påbud om opphør av overtredelser, og Konkurransetilsynet kan etter denne pålegge alle atferds- eller strukturmessige tiltak som er nødvendig for å bringe en overtredelse til opphør. Utvalget foreslår ikke endringer i den grunnleggende påbudsadgangen etter § 12 første jf. annet ledd. Selv om hjemmelen så langt ikke har vært benyttet, ser utvalget heller ikke grunn til å foreslå endringer i adgangen til midlertidige vedtak etter § 12 fjerde ledd.

Utvalget foreslår imidlertid at den særskilte klageadgangen der Konkurransetilsynet henlegger saker, jf. § 12 tredje ledd, oppheves. Antallet slike klager har for det første vært synkende. For

det andre legger utvalget til grunn at Konkurransetilsynet har en vid adgang til å foreta ressursmessige prioriteringer, som ikke bør overstyres i enkeltsaker. Dette er også i tråd med den prøvingsnormen som departementet har lagt til grunn. For det tredje vil private parter ha mulighet for å bringe saker etter § 10 og § 11 inn for de alminnelige domstolene, slik at det av hensyn til disse ikke er nødvendig med en behandling i departementet.

Videre foreslår utvalget at det innføres en bestemmelse om bindende tilsagn etter modell av rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 9 og den tilsvarende bestemmelsen i ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9. Dette innebærer at der Konkurransetilsynet har innledet sak etter § 10, § 11 eller forskrift gitt med hjemmel i § 14, vil saken kunne avsluttes ved bindende tilsagn foreslått av partene, som avhjelper de konkurransemessige bekymringene, ved at vedtaket gjøres bindende for partene. Slike tilsagnsvedtak har fått stor utbredelse i EU/EØS, og representerer etter utvalgets oppfatning en effektiv og målrettet form for håndhevelse, som åpner for mer fleksible konkurransepolitiske løsninger enn den generelle påbudshjemmelen etter § 12 første ledd. Siden det dreier seg om tilsagn foreslått av partene selv, er utvalget av den oppfatning at klageadgangen skal være begrenset til en lovlighetskontroll.

I *kapittel 6* vurderes utformingen av sanksjonssystemet i atferdssaker, dvs. overtredelsesgebyr og straff. Utvalget foretar her en omfattende vurdering både av om det er hensiktsmessig å bygge på et tosporet sanksjonssystem, og hvordan sanksjonssystemet skal utformes. Utvalget legger til grunn at det ikke er hensiktsmessig å avkriminalisere overtredelser av konkurranseloven § 10. Ved de overtredelsene hvor straffansvaret er mest aktuelt – horisontale kartellovertredelser – vil en avkriminalisering være i strid med den alminnelige rettsfølelse, samtidig som det vil sende feil signaler preventivt sett. Dette gjelder både for personstraff og foretaksstraff.

I stedet foreslår utvalget noen grep som skal forenkle sameksistensen mellom de to sanksjons-sporene. For å sikre at straffetruuselen ikke motvirker lempningsinstituttet, foreslår utvalget bortfall av straff for ansatte i foretak som innvilges hel lempning. Dette vil motvirke situasjoner hvor personer i et foretak kvier seg for å søke lempning på vegne av foretaket av frykt for eget straffansvar. Utvalget legger til grunn at det er påkrevet med klare regler og forutberegnelighet i så måte. Utvalgets forslag vil også bidra til å effektivisere lempningsinstituttet, bl.a. ved at det lettere kan innføres interne varslingsprogram i foretak. Straffbortfallet vil også omfatte foretaksstraff.

Utvalget vil imidlertid ikke foreslå generelle regler om lempning av personlig straffansvar, og fysiske personer vil ikke bli gitt anledning til å søke lempning på egne eller foretaks vegne. Utvalget mener at en slik lempningsadgang vil bli uoversiktlig og at den vil kunne skape uheldige incitamenter hos aktørene. Videre vil en generell straffelemplingsregel med krav på immunitet være i strid med norsk rettstradisjon. Utvalgets forslag avhjelper de problemer som har vært fremhevet med dagens tosporede sanksjonssystem, samtidig som man unngår å innføre regler som kan skape uheldige incitamenter og dessuten gripe inn i påtalemyndighetens kompetanse. Endelig foreslås det at de nærmere bestemmelsene om lempning tas inn i selve lovteksten.

Utvalget har også drøftet om overtredelsesgebyr fremdeles bør ilegges ved vedtak av Konkurransetilsynet. Etter en vurdering av nyere praksis fra EMD konkluderer utvalget med at systemet slik det fremstår i dag ikke er i strid med EMK. Utvalget har dessuten vurdert om det er andre hensyn som tilsier endring av systemet. Utvalgets flertall har ikke funnet grunn til å foreslå endringer. Et mindretall foreslår at søksmålsbyrden ved overtredelsesgebyr skal påhvile Konkurransetilsynet. Mindretallets forslag er nærmere omtalt i punkt 6.4.2.2.

Utvalget har ikke foreslått særregler om saksbehandlingen i Konkurransetilsynet, men understreker viktigheten av at det avholdes møter mellom Konkurransetilsynet og partene. Ett medlem har foreslått å lovfeste retten til møter med Konkurransetilsynet, herunder en mulighet for å innkalle tredjeparter.

Videre har utvalget drøftet hvilket beviskrav som gjelder ved illeggelse av overtredelsesgebyr, og om beviskravet eventuelt bør inntas i loven selv. I lys av føringer fra EMK samt nyere norsk høyesterettspraksis, legger utvalget til grunn at beviskravet må være klar sannsynlighetsovervekt.

Utvalget har imidlertid ikke funnet det hensiktsmessig å foreslå en lovfesting av beviskravet. Det vises til at det ikke er tradisjon i norsk rett for slik særregulering, samtidig som beviskravet for overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven bør ses i sammenheng med utviklingen innenfor andre forvaltningssanksjoner.

I *kapittel 7* har utvalget vurdert konkurranseprosessen, med fokus på opplysningsplikten etter § 24 og etterforskning etter § 25.

Under opplysningsplikt er det i første rekke forholdet til vernet mot selvinkriminering som er vurdert. Etter dagens lov oppstilles det i utgangspunktet ikke et slikt vern for foretak, mens fysiske personer først kan påberope et selvinkrimineringsvern på kontrollstadiet hvis de kan anses som «straffesiktet» etter EMK. Utover dette har fysiske personer vern mot bruken av forklaringer ved en senere straffesak.

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 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. På dette punktet understreker utvalget at det mener at den bestemmelsen som Sanksjonslovutvalget har foreslått går lenger enn det som er forsvarlig ut fra hensynet til en effektiv etterforskning.

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 praktikabelt 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 i den utstrekning man vil tydeliggjøre harmoniseringen med EU/EØS-retten på dette punktet.

Videre har utvalget vurdert hjemlene for bevissikring og beslag. Utvalget har, utover en tydeliggjøring av at beslutninger om bevissikring skal angi kontrollens gjenstand, bare funnet grunnlag for å foreslå endringer i beslagsadgangen.

For det første foreslår utvalget 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.

For det andre foreslår utvalget særlige regler for databeslag (først og fremst med hensyn til speilkopiering av servere, harddisker mv.). Utvalget legger opp til at foretaket skal kunne være representert ved Konkurransetilsynets gjennomgang av beslaget, i første rekke for å kunne bidra til å identifisere beslagsfritt materiale. Betydningen av denne formen for beslag ventes å øke, og utvalget ser det som viktig at det foreligger klare regler for håndteringen av dette. Med hensyn til beslagsfrihet og dokumentbeslag foreslår utvalget at det tydeliggjøres i forskriften om bevissikring at omtvistede dokumenter skal bringes inn for tingretten for avgjørelse.

I *kapittel 8* gjennomgår utvalget regelverket for kontroll med foretakssammenslutninger. Her foreslås det en rekke endringer.

På det materielle planet foreslår utvalget at inngrepskriteriene harmoniseres med EU/EØS-retten. Dette innebærer også at utvalget foreslår at det skal legges til grunn en konsumentvelferdsstandard i fusjonskontrollen. Det inngrepskriteriet som foreslås vil være om foretakssammenslutningen «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse».

Videre foreslår utvalget at det tydeliggjøres at det er foretakene som har ansvaret for å foreslå avhjelpende tiltak. Utvalget foreslår således at inngrepskompetansen skal være begrenset til enten å nedlegge forbud eller godkjenne på vilkår frem satt av partene. Utvalget foreslår en rekke tiltak av prosessuell art for å lette en tidlig klarering av foretakssammenslutninger, eventuelt på vilkår av avhjelpende tiltak.

Utvalget foreslår en vesentlig heving av terskelverdiene for melding, og ellers omfattende endringer i meldepliktsystemet. Etter utvalgets forslag bør foretakssammenslutninger bare være

meldepliktige hvis de berørte foretak har en samlet omsetning over 1 mrd. kroner og minst to foretak har en enkeltomsetning på minst 100 mill. Utvalget forventer at forslaget vil redusere antall meldepliktige foretakssammenslutninger vesentlig. Sammenlignes utvalgets forslag med praksis etter gjeldende lov, er det likevel et fåtall av de foretakssammenslutningene som har reist konkurransemessige problemer som ville falt utenfor meldeplikten. Utvalget understreker at disse tersklene bare gjelder for plikten til å melde, dvs. at Konkurransetilsynet etter forholdene vil kunne forby erverv også under disse verdiene. Utvalget foreslår at terskelverdiene tas inn i selve lovteksten.

Utvalget foreslår videre at reglene for beregning av omsetning harmoniseres med EU/EØS-retten. Selv om disse bestemmelsene fremstår som kompliserte, finnes det omfattende veiledning i praksis og retningslinjer. Utvalget har også funnet at de nåværende reglene om beregning av omsetning i meldepliktforskriften er uklare. Videre introduserer utvalget en regel som skal motvirke omgåelse av meldeplikten ved at transaksjoner stykkes opp.

Utvalget foreslår å gå bort fra ordningene med en alminnelig melding og pålegg om fullstendig melding. I stedet foreslås det at alle meldepliktige foretakssammenslutninger underlegges én felles melding, som er noe mer begrenset enn fullstendig melding etter gjeldende rett. Utvalget foreslår også at det innføres forenklet melding for visse transaksjoner som overstiger terskelverdiene, særlig transaksjoner mellom utenlandske foretak som det må antas at har begrenset betydning for det norske markedet.

Utvalget foreslår videre en tydeligere deling mellom fase I og fase II i saksbehandlingen, samt innføring av noe strammere tidsfrister. For å legge til rette for at partene tidlig kan komme med forslag til avhjelpende tiltak, foreslås det at Konkurransetilsynet etter 25 virkedager må varsle at inngrep kan bli aktuelt, og gi en begrunnelse for dette. Det foreslås her at Konkurransetilsynet må vise at det er «rimelig grunn til å anta» at transaksjonen «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse». Hvis saken går over i fase II, vil neste milepæl være utsendelse av forslag til endelig vedtak. I likhet med etter gjeldende rett, skal dette skje innen 70 virkedager etter at melding ble mottatt. I den utstrekning partene foreslår avhjelpende tiltak mindre enn 15 virkedager før denne fristen, skal fristen forskyves tilsvarende. Utvalget vurderer det slik at dette systemet på flere måter gir incentiver til å fremlegge

tiltak så tidlig som mulig. Etter dette «70-dagersvarslet» foreslår utvalget å beholde saksbehandlingsfristene etter gjeldende rett, likevel slik at fristforlengelse ved forslag til avhjelpende tiltak etter 70-dagersvarsel forkortes til 15 virkedager. Utvalget foreslår også en særlig fristregel for å legge til rette for fremleggelse av avhjelpende tiltak i fase I.

Utvalgets forslag vil korte ned den formelle saksbehandlingstiden for fusjoner med 15 virkedager, og samtidig legge opp til at saker skal løses så tidlig som mulig. Utover de prosessuelle grepene som er gjort, legger utvalget opp til at det skal avholdes møter mellom Konkurransetilsynet og melder, og at dette også er ønskelig i forkant av innsendelse av meldingen.

Utvalget foreslår at saker som ikke ender med inngrep, skal avsluttes ved at Konkurransetilsynet sender en orientering om at saken er avsluttet til melder. Det foreslås videre enkelte justeringer knyttet til offentlighet i fusjonssaker.

Utvalget har i et eget punkt vurdert tilknyttede begrensninger (ancillary restraints) og atferdsmessige virkninger av fellesforetak (joint ventures). Utvalget foreslår å oppheve gjeldende lov § 16 sjette ledd om tilknyttede begrensninger, idet denne uansett ikke finnes å ha selvstendig betydning utover § 10. For atferdsmessige virkninger av fellesforetak foreslår utvalget en særbestemmelse om at slike virkninger i en fusjonssak skal vurderes etter § 10, og at slike virkninger skal anses klarert sammen med foretakssammenslutningen. Dette er på linje med systemet i EU/EØS.

I *kapittel 9* har utvalget drøftet problematikken knyttet til minoritetserverv. Slike erverv kan det etter gjeldende rett gripes inn mot etter § 16 annet ledd, men de er ikke underlagt meldepliktsystemet eller gjennomføringsforbud. Hjemmelen har hittil ikke vært benyttet. Utvalget har, bl.a. på bakgrunn av pågående utredninger av spørsmålet i EU/EØS og det faktum at flere land har slike regler, funnet det riktig å foreslå at inngrepsadgangen beholdes. Av hensyn til ryddighet foreslår utvalget imidlertid at bestemmelsen om inngrep mot minoritetserverv flyttes til en egen bestemmelse. Utvalget har også vurdert om minoritetseierskap og tilhørende problemer knyttet til gjennomsiktighet ved styrerepresentasjon etc. burde vært regulert mer eksplisitt, for eksempel gjennom forbud mot visse personelle koblinger mellom foretak. Dette er tilfellet for eksempel i USA. Utvalget har imidlertid kommet til at et slikt forslag reiser prinsipielle utfordringer, og har ikke funnet grunn til å prioritere en nærmere utredning av spørsmålet.

I *kapittel 10* har utvalget vurdert offentlige konkurransereguleringer og forholdet til annen lovgivning. Utvalget har særlig gått nærmere inn på forholdet mellom plikter etter konkurranseloven og plikter pålagt ved annen lovgivning eller vedtak. Utvalget påpeker at det i motsetning til hva som er lagt til grunn i praksis neppe kan oppstilles noe unntak for «state compulsion» etter konkurranseloven, i motsetning til etter EU/EØS-retten. Utvalget har imidlertid ikke funnet grunn til å foreslå en spesifikk regulering av dette forholdet. Utvalget har, bl.a. i lys av rapporten «På like vilkår» fra 2005, vurdert å gå nærmere inn på spørsmålet om konkurransevridning knyttet til offentlig regulering og næringsvirksomhet. Utvalget har ut fra ressurs- og tidshensyn imidlertid ikke sett seg i stand til å gå nærmere inn på en vurdering av disse spørsmålene.

I *kapittel 11* foretar utvalget en gjennomgang av konkurranseloven § 14 om konkurransefremmende tiltak. Utvalgets konklusjon er at denne bestemmelsen fyller en viktig funksjon etter loven, og foreslår at den videreføres. Utvalget foreslår at det presiseres i ordlyden at konsumentvelferdsstandarden skal gjelde ved bruken av forskriftshjemmelen.

I *kapittel 12* har utvalget drøftet diverse andre spørsmål.

Utvalget har først sett på reglene om offentlighet. På dette punktet foreslår utvalget å styrke vernet av lempningssøknader ved at det lovfestes en egen bestemmelse om unntak fra offentleglova for lempningssøknader. Slike søknader skal heller ikke være omfattet av innsynsbestemmelsen i gjeldende lov § 26. Videre foreslås det å styrke vernet av konkurransemyndighetenes kilder ved å lovfeste taushetsplikt om kilders identitet.

Utvalget foreslår ikke endringer i innsynsretten i fusjonssaker. For å effektivisere prosessen og unngå unødig diskusjon om hva som representerer forretningshemmeligheter i slike saker, foreslår utvalget imidlertid at plikten til å identifisere fortrolige opplysninger bør suppleres med en omvendt bevisbyrde; opplysninger som avgiveren ikke har identifisert og begrunnet som taushetsbelagte, kan konkurransemyndighetene legge til grunn at ikke vil være det.

Videre har utvalget vurdert om det er behov for særskilte regler om privat håndhevelse av konkurranseloven. Utvalget konstaterer at konkurranseloven her suppleres av alminnelige privatrettslige prinsipper om erstatningsansvar, ugyldighet mv. Disse reglene synes tilfredsstillende for å ivareta privates rettigheter etter loven. Utvalget anser det imidlertid som uheldig at konkurranse-

myndighetens valg av sanksjonsspor gjennom foreldelsesreglene kan påvirke privates dekningsmuligheter, og foreslår derfor at foreldelsesloven § 11 gis tilsvarende anvendelse for saker som avgjøres i det forvaltningsrettslige sporet. Et mindretall foreslår også at lempningsinstituttet utvides til også å gjelde sivilrettslig ansvar. Mindretallets forslag er nærmere omtalt i punkt 12.2.

Endelig har utvalget sett nærmere på bestemmelsen i konkurranseloven § 9 annet ledd om Konkurransetilsynets veiledningsplikt. Utvalget kan ikke se at denne bestemmelsen rekker lenger enn den alminnelige veiledningsplikten etter forvaltningsloven, og foreslår derfor at bestemmelsen oppheves.

Kapittel 3

Lovens formål

3.1 Gjeldende rett

Konkurranselovens formål er beskrevet i § 1:

«Lovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Ved anvendelse av denne lov skal det tas særlig hensyn til forbrukernes interesser.»

Lovutvalgets opprinnelige forslag til formålsbestemmelse for 2004-loven inneholdt kun bestemmelsens første ledd. Forslaget var ment som en videreføring av formålet i konkurranse-loven av 1993. Formålsbestemmelsens annet ledd kom inn i loven under Familie-, kultur- og administrasjonskomiteens behandling av lovforslaget.¹

Etter bestemmelsens første ledd er lovens formål samfunnsøkonomisk effektivitet. Konkurranse er ikke et mål i seg selv, men et middel for å oppnå samfunnsøkonomisk effektivitet. I NOU 2003: 12 Ny konkurranselov viste utvalget til definisjonen av samfunnsøkonomisk effektivitet fra NOU 1991: 27 Konkurranse for effektiv ressursbruk.

Samfunnsøkonomisk effektivitet foreligger når følgende tre kriterier er oppfylt:

- Det må ikke være mulig, ved å omfordele ressursene mellom produksjonssektorer, å øke produksjonen av en vare uten at dette resulterer i redusert tilgang på andre varer.
- Det må ikke være mulig, ved å endre sammensetningen av produksjonen, å oppnå høyere behovstilfredstillelse hos forbrukerne.
- Det må ikke være mulig, ved å omfordele godene mellom forbrukerne, å øke behovstilfredsstillelsen for en person uten samtidig å redusere den for andre.

Samfunnsøkonomisk effektivitet vil innebære at summen av overskuddet for aktørene i økonomien, dvs. summen av profitt (foretakenes overskudd) og konsumentoverskudd (forbrukernes overskudd), blir størst mulig. Når formålet formuleres slik vil det innebære at en ønsker at konkurransepolitikken innrettes slik at det samfunnsøkonomiske overskuddet blir størst mulig. Det gir en fordelingsnøytral formålsbestemmelse, da en krone til foretaket er like mye verdt som en krone til forbrukerne. Dette er definert som en totalvelferdsstandard. Begrunnelsen for å ha en slik formålsbestemmelse er at det bidrar til at samfunnets totale overskudd er størst mulig, samtidig som en har mulighet til å omfordele overskuddet gjennom andre virkemidler enn konkurransepolitikken. En kan for eksempel benytte skatte- og avgiftspolitikken til å oppnå en mer ønskelig fordeling av ressursene i samfunnet.

Samfunnsøkonomisk effektivitet er et presist begrep i vitenskapelig forstand, men er sjelden mulig å oppnå i praksis. Derfor er lovens formål formulert som at konkurransen skal fremmes for å «bidra til» effektiv bruk av samfunnets ressurser.

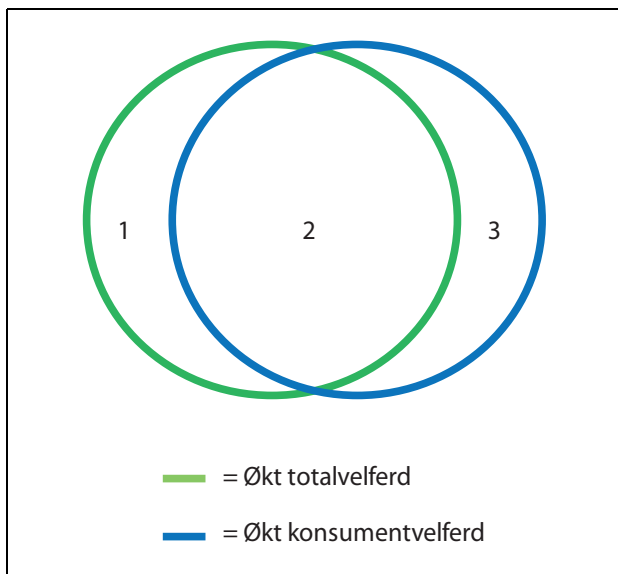
Utvalgets forslag til en fordelingsnøytral formålsbestemmelse i NOU 2003: 12 var et bevisst valg. Utvalget pekte på at en endring på dette området måtte være begrunnet i et ønske om en kursendring. Et slikt ønske forelå ikke etter utvalgets oppfatning. Utvalget la likevel til grunn at som følge av harmoniseringsformålet måtte § 10 og § 11 tolkes i samsvar med praksis fra EU/EØS, slik at hensynet til forbrukerne kom inn ved anvendelsen av disse bestemmelsene.²

Flertallet i Familie-, kultur- og administrasjonskomiteen begrunnet forbrukertillegget i annet ledd med at «det er viktig å presisere at hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser skal være i forbrukernes interesser».³ Komiteen gikk ikke nærmere inn på hva det innebærer at en skal

¹ Innstilling fra Familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om A) lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og B) lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) Innst. O. nr. 50 (2003-2004).

² NOU 2003: 12 s. 61.

³ Innst. O. nr. 50 (2003-2004) s. 31.



Figur 3.1 Total- versus konsumentvelferdsstandard

ta hensyn til forbrukerens interesser når det vurderes hva som fører til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Tillegget i formålsbestemmelsen kan forstås som et uttrykk for at det er konsumentvelferdsstandard som skal anvendes, og at det dermed skal tas hensyn til fordelingen av det samfunnsøkonomiske overskuddet mellom produsentsiden og konsumentensiden.

Forbrukertillegget i formålsbestemmelsens annet ledd har ført til en diskusjon om det er en totalvelferdsstandard eller en konsumentvelferdsstandard som skal gjelde ved anvendelsen av loven. Det vil i svært mange tilfeller være slik at valg av velferdsstandard ikke vil ha noen som helst betydning for konkurransemyndighetenes vedtak og avgjørelser. For eksempel vil en forvente at et priskartell fører til høyere priser, noe som gir økte utgifter for forbrukerne og samtidig en mindre effektiv ressursbruk for samfunnet som helhet.

I noen tilfeller kan imidlertid vurderingen tenkes å avhenge av valget av velferdsstandard. Dette kan illustreres ved hjelp av figur 3.1.

Det er en rekke tiltak konkurransemyndighetene kan iverksette. Hvis et tiltak verken opprettholder eller øker konsumentvelferden eller totalvelferden (i forhold til den situasjonen det gripes inn mot), er det åpenbart i strid med formålsbestemmelsen, og det antas at slike tiltak ikke vil bli iverksatt. Av de tiltak som er aktuelle gjenstår de som fører til økt konsumentvelferd, de som fører til økt totalvelferd, og de som fører til både økt konsument- og totalvelferd. Sirkelen til venstre skal illustrere alle de tiltakene som fører til økt

totalvelferd, mens sirkelen til høyre skal illustrere alle de tiltakene som fører til økt konsumentvelferd. Det er betydelig overlapp mellom de to sirklene, vist med areal definert som 2 i figur 3.1. Areal 2 er følgelig de tiltak som fører til både økt totalvelferd og økt konsumentvelferd. Tilsvarende kan areal 1 defineres som de tiltak som kun fører til økt totalvelferd (og samtidig ikke økt konsumentvelferd), og areal 3 som de tiltak som fører til økt konsumentvelferd (og samtidig ikke økt totalvelferd).

Formålsbestemmelsen i dagens lov gir opphav til minst fire mulige tolkningsalternativer:

- Alt. 1: Enten økt total- eller økt konsumentvelferd (areal 1 + 2 + 3)
- Alt. 2: Kun økt totalvelferd (areal 1 + 2)
- Alt. 3: Kun økt konsumentvelferd (areal 2 + 3)
- Alt. 4: Både økt total- og konsumentvelferd (areal 2)

Som forklart over er det ut fra en samfunnsøkonomisk vurdering fornuftig å benytte en totalvelferdsstandard (alternativ 2). Det er imidlertid argumenter som taler for at en kan oppnå nettopp størst mulig total velferd dersom en ved vurdering av inngrep, enten det er konkurransebegrensende samarbeid, misbruk av dominans eller bedriftserverv, legger til grunn en konsumentvelferdsstandard.⁴ Det skyldes for det første at en konsumentvelferdsstandard kan bidra til å rette opp skjevheter mellom partene. Et foretak er nærmest per definisjon enhetlig og godt organisert, mens forbrukerne på den annen side er mange og ofte dårlig organisert. Når en benytter en konsumentvelferdsstandard vil en sikre at forbrukerne i større grad vil bli tatt hensyn til i vurderingen. Det er også ofte slik at foretakene har best kunnskap om interne forhold, for eksempel egne kostnader, og har privat informasjon som konkurransemyndighetene ikke har like god tilgang til. For det andre vil en konsumentvelferdsstandard kunne påvirke foretakets valg mellom ulike alternative handlinger, for eksempel i større grad å få foretaket til å rette fokuset mot handlinger som er konkurransefremmende og dermed til fordel både for forbrukerne og samfunnet som helhet. For det tredje vil en konsumentvelferdsstandard forenkle analysen både for partene og for konkurransemyndighetene. I punkt 8.5.2.2 drøftes ulike momenter mer

⁴ Se Farrell og Katz: *The Economics of Welfare Standards in antitrust*, Competition Policy International, 2, 2006. De argumenterer for at det kan være formålstjenlig å ha totalvelferdsstandard som den overordnede standarden, samtidig som en kan vurdere å anvende en konsumentvelferdsstandard i enkeltsaker.

inngående, og da vedrørende inngrep mot fusjoner og oppkjøp.

At konsumentvelferdsstandarden skal benyttes ved anvendelsen av lovens to forbudsbestemmelser følger av lovens ordlyd, samt av hensynet til harmonisering med EU/EØS-retten, som legger konsumentvelferdsstandarden til grunn ved anvendelsen av de tilsvarende bestemmelser.

For så vidt gjelder håndheving av reglene om foretakssammenslutninger, tyder praksis på at lovens formålsbestemmelse tolkes som en totalvelferdsstandard. Konkurransetilsynet la i utgangspunktet til grunn en konsumentvelferdsstandard i sin fusjonskontrollpraksis etter 2004-loven. Departementet uttalte imidlertid i sin klageavgjørelse i Prior/Norgården at meningen med annet ledd bare hadde vært «å tydeliggjøre at en god konkurransepolitikk også kommer forbrukerne til gode».⁵ Inngrepshjemmelen i § 16 viser til lovens formål, og departementets uttalelse må derfor forstås som et uttrykk for at departementet mener at formålsbestemmelsen skal tolkes som en henvisning til totalvelferdsstandarden.

3.2 Utvalgets forslag

Utvalget har vurdert om lovens formålsbestemmelse bør endres. Etter utvalgets oppfatning bør lovens hovedformål 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. Dette kommer allerede til uttrykk i § 1 første ledd.

⁵ Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak av 6. februar 2006, saksnr. 05/3763.

Selv om utvalget legger til grunn at det overordnede målet er størst mulig samfunnsøkonomisk overskudd, er det 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 diskusjonen i punkt 3.1 ovenfor, hvor det fremgår at størst mulig total velferd oppnås ved å benytte en konsumentvelferdsstandard ved vurderingen av inngrep, enten det er tale om konkurransebegrensende samarbeid, misbruk av dominans eller foretakserverv.

Følgelig er det 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 ikke behov for å endre § 1. I tråd med det som er forklart ovenfor, må dette imidlertid ikke tolkes som at forbrukerbeskyttelse som sådan er det overordnede målet med konkurranseloven.

Utvalgets presisering for så vidt gjelder forholdet mellom total- og konsumentvelferdsstandard innebærer dessuten en harmonisering av samtlige bestemmelser i loven med den standard som benyttes i EU/EØS.

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. Dette er nærmere begrunnet i punkt 8.5.2.2.4 og 11.4.

Kapittel 4

Materielle atferdsregler

4.1 Gjeldende rett – generelt

Konkurranseloven fra 2004 innebar en overgang fra et kombinert forbuds- og inngrepssystem etter 1993-loven til et mer rendyrket forbudsprinsipp. Forbudet mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak (konkurranseloven § 10) og forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling (konkurranseloven § 11) ble utformet etter mønster av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og Traktaten om den europeiske unions virkemåte (TEUV) artikkel 101 og 102. I forarbeidene ble det fremhevet at en del av formålet med å innføre de nye forbudsbestemmelsene var ønsket om å harmonisere det norske regelverket med bestemmelsene i EØS-avtalen.¹ Det fremgår videre av forarbeidene at rettspraksis fra EU/EØS-retten må veie tungt som rettskilde ved anvendelsen av de norske forbudsbestemmelsene. Samtidig er det fra lovgivers side presisert at harmoniseringen ikke uten videre innebærer at norske myndigheters praksis i ett og alt vil bli identisk med praksis fra EU/EØS.

4.1.1 Konkurranseloven § 10

Konkurranseloven § 10 regulerer samarbeid mellom foretak. Bestemmelsens første ledd oppstiller et forbud mot konkurransebegrensende samarbeid, mens tredje ledd inneholder unntak for samarbeid som bidrar til visse positive virkninger. Med hjemmel i bestemmelsens fjerde ledd er det gitt flere forskrifter som angir enkelte typer samarbeid som normalt faller inn under unntaket i tredje ledd (gruppefritak). Utvalget vil kort kommentere de enkelte leddene i bestemmelsen. Det vises også til EFTAs overvåkningsorgans (ESA) og Kommisjonens utfyllende retningslinjer om henholdsvis horisontalt og vertikalt samarbeid, som også inneholder referanser til rettspraksis.²

Konkurranseloven § 10 første ledd oppstiller et generelt forbud mot avtaler og andre former for

samarbeid mellom foretak som har til formål eller virkning å begrense konkurransen. Bestemmelsen fastsetter fire kumulative vilkår for at forbudet skal være overtrådt; det må foreligge et *samarbeid mellom uavhengige foretak med konkurransebegrensende formål eller virkning*, og i tillegg må konkurransen være påvirket *merkbart*.

For det første gjelder det et krav om at samarbeidet må skje mellom uavhengige foretak. Begrepet foretak er definert i konkurranseloven § 2, og omfatter enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet, uavhengig av enhets rettslige status eller finansiering. Kravet om uavhengige foretak innebærer at samarbeid som skjer innenfor samme økonomiske enhet ikke rammes av forbudet i konkurranseloven § 10.

For det andre er det et vilkår for at forbudet i § 10 første ledd skal komme til anvendelse at det foreligger et samarbeid mellom foretakene (samarbeidskriteriet). Samarbeid kan etter bestemmelsen skje i form av «*avtale*», «*beslutning truffet av [en] sammenslutning [...] av foretak*» eller «*samordnet opptreden*». En avtale forutsetter at foretakene har uttrykt en felles vilje om å opptre på en bestemt måte i markedet. EU-domstolen har i sin praksis trukket en grense for avtalekriteriet mot et foretaks ensidige atferd.³ Når det gjelder samarbeid i form av samordnet opptreden menes en form for koordinering mellom foretak, som ikke går så langt som til at det blir inngått en avtale, men som likevel erstatter konkurranserisikoen med et innbyrdes praktisk samarbeid.⁴ Kontakt mellom foretak som innebærer utveksling av strategisk markedsinformasjon mellom konkurrenter

¹ Se bl.a. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68 og 224.

² Kommisjonens retningslinjer om vertikale restriksjoner, EUT C 130 av 19.5.2010, s. 1 og retningslinjer om horisontale samarbeidsavtaler, EUT C 11 av 14.1.2011, s. 1. Omfattende veiledning med særlig fokus på unntaksbestemmelsen i tredje ledd finnes i retningslinjer om TEUV artikkel 101, EUT C 101 av 27.4.2004, s. 97.

³ Se forente saker C-2/01 og C-3/01 P, Bayer AG premiss 101.

⁴ Se bl.a. forente saker 40/73 m.fl. Suiker Unie og sak C-49/92 P Anic.

vil for eksempel anses som samordnet opptreden i konkurranserettslig forstand.⁵ Kravet til samordnet opptreden vil også kunne være oppfylt der bare ett foretak røper slik informasjon til sine konkurrenter. Den sistnevnte situasjonen forutsetter at mottakeren har bedt om den aktuelle informasjonen eller har akseptert den.⁶ I Kommisjonens horisontale retningslinjer er det lagt til grunn at det foreligger en aksept dersom mottakeren ikke protesterer eller på annen måte gir klart uttrykk for at det ikke er ønskelig å motta den aktuelle informasjonen.⁷ Det følger videre av praksis fra EU-domstolen at den aktuelle informasjonen må være egnet til å redusere den konkurransemessige usikkerheten. Begrepet samordnet opptreden forutsetter videre at det foreligger årsakssammenheng mellom samordningen og den aktuelle opptreden på markedet. Fast praksis fra EU-domstolen legger imidlertid til grunn at det foreligger en presumpsjon for at en aktør som har mottatt strategisk informasjon, og som fortsatt er aktiv på det relevante markedet, har tatt hensyn til informasjonen når egen markedsopptreden er blitt fastsatt.⁸

For det tredje oppstiller § 10 første ledd et krav om at det aktuelle samarbeidet har konkurransebegrensende formål eller virkning (konkurransebegrensningskriteriet). Paragraf 10 første ledd bokstav a til e inneholder en ikke uttømmende liste over ulike former for konkurransebegrensninger. Forbudet omfatter både konkurransebegrensninger mellom foretak på samme omsetningstrinn (horisontalt samarbeid) og konkurransebegrensninger mellom foretak på forskjellige omsetningstrinn (vertikalt samarbeid). Et samarbeid som har et konkurransebegrensende formål er forbudt, uten at det er nødvendig å påvise at samarbeidet også har konkurransebegrensende virkninger. Dersom det ikke kan påvises et konkurransebegrensende formål, må de mulige konkurransebegrensende virkningene av samarbeidet analyseres nærmere.

Endelig er det lagt til grunn i forarbeidene til bestemmelsen at det i tråd med EU/EØS-retten må innfortolkes et krav om at konkurransen må påvirkes merkbart (merkbarhetskriteriet).⁹ Om

kravet til merkbar påvirkning er oppfylt vil bero på en konkret helhetsvurdering, der blant annet den aktuelle konkurransebegrensningens karakter, aktørens størrelse og markedsforholdene vil være sentrale momenter.

Ugyldighetsregelen i § 10 annet ledd innebærer at avtaler og beslutninger som er forbudt etter § 10 første ledd ikke har rettsvirkninger. Praksis fra EU/EØS-retten fastslår at det som hovedregel bare er de delene av avtalen som berøres av forbudet som skal anses ugyldig. Spørsmålet om hele avtalen skal anses ugyldig skal vurderes etter nasjonal rett.

Et konkurransebegrensende samarbeid vil på nærmere bestemte vilkår likevel kunne være tillatt, jf. unntaket i konkurranseloven § 10 tredje ledd. For at unntaket skal komme til anvendelse er det en forutsetning at samarbeidet leder til samfunnsøkonomiske gevinster som kommer forbrukerne til gode, samtidig som konkurransen ikke utelukkes for en vesentlig del av de varer eller tjenester det gjelder. I tillegg oppstilles det et krav om at konkurransebegrensningen er absolutt nødvendig for å realisere gevinstene. Vurderingen av om vilkårene i konkurranseloven § 10 tredje ledd er oppfylt skal i utgangspunktet skje innenfor det relevante marked.¹⁰ Videre er det med hjemmel i § 10 fjerde ledd gitt forskrifter med såkalte gruppefritak, som omfatter enkelte typer samarbeid som normalt faller inn under unntaket i tredje ledd.¹¹ Vurderingen av om et samarbeid som omfattes av forbudet i § 10 første ledd kan unntas etter tredje ledd, eller eventuelt faller inn under et gruppefritak, er overlatt til foretakene selv. Konkurransetilsynet har ikke hjemmel til å gi individuelle unntak fra lovens forbudsbestemmelse.

4.1.2 Konkurranseloven § 11

Konkurranseloven § 11 første ledd oppstiller et forbud mot at et eller flere foretak utilbørlig utnytter sin dominerende stilling. Bestemmelsen innebærer ikke at det er forbudt i seg selv å inneha en dominerende stilling, men den setter visse skran-

⁵ Forente saker 40/73 m.fl. Suiker Unie, premiss 174, Kommisjonens retningslinjer om horisontale samarbeidsavtaler, EUT C 11 av 14. 1 2011, s. 1 punktene 60-63.

⁶ Førsteinstansdomstolens (nå Underretten) dom i sak T-25/95 Cimenteries, premiss 1849. Tilsvarende er lagt til grunn i Konkurransetilsynets praksis, se vedtak V2011-11 Icopal-Tak AS – Fløysand Tak AS.

⁷ EUT C 11 av 14.1.2011, s. 1, punkt 62.

⁸ Sak C-199/92 P Hüls, premiss 162.

⁹ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 225.

¹⁰ Se Kommisjonens retningslinjer om artikkel TEUV artikkel 101 nr. 3 EUT C 101 av 27.4.2004, s. 97, punkt 43, og Førsteinstansdomstolens dommer i sak T-86/95 CGM premiss 130 og sak T-168/01 GSK premiss 248.

¹¹ Det er per i dag gitt slike forskrifter for vertikale avtaler (forskrift 21. juni 2010 nr. 898), vertikale avtaler i motorvognsektoren (forskrift 24. august 2010 nr. 1214), teknologioverføringsavtaler (forskrift 6. juli 2006 nr. 922) og avtaler på forsikringsområdet (forskrift 31. mai 2010 nr. 733).

ker for hvilken type atferd en dominerende aktør kan ha på markedet. Et dominerende foretak vil også ha anledning til å konkurrere, og også konkurrere hardt, så lenge dette skjer på grunnlag av ytelser – i EU/EØS-retten ofte omtalt som konkurranse «on the merits» eller på grunnlag av «better performance». Samtidig er det i praksis fra EU-domstolen slått fast at et dominerende foretak har et særlig ansvar for at dets atferd på markedet ikke begrenser konkurransen.¹²

EU-domstolen har angitt at en dominerende stilling innebærer:

«a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers».¹³

I vurderingen av om et foretak er dominerende må det først foretas en avgrensning av det relevante markedet. Markedet må avgrenses til et produktmarked og et geografisk marked. Spørsmålet om et foretak innehar en dominerende stilling vil bero på en helhetsvurdering av markedsforholdene i det relevante marked. Foretakets markedsandeler vil være et sentralt element i vurderingen av om det i betydelig grad er i stand til å opptre uavhengig i markedet. Etter praksis fra EU-domstolen vil det foreligge en presumpsjon for at et foretak er dominerende dersom foretaket over en viss tid har en markedsandel på mer enn 50 prosent.¹⁴ Andre sentrale momenter vil være antallet konkurrenter og deres markedsandeler, hvilke etableringshindringer som eventuelt foreligger i det aktuelle markedet og eksistensen av kjøpermakt i markedet.

Etter bestemmelsen i konkurranseloven § 11 første ledd kan også flere uavhengige foretak anses for å ha en dominerende stilling i fellesskap (kollektiv dominans), og vil følgelig kunne rammes av forbudet dersom denne posisjonen utnyttes på en utilbørlig måte. Det sentrale vurderingstemaet vil da være om disse foretakene forholder seg slik til hverandre at de økonomisk sett fremtrer eller handler som en samlet eller kollektiv enhet i markedet. De aktuelle foretakene må videre være i stand til å opptre uavhengig av sine

konkurrenter, kunder og i siste instans forbrukerne.

Utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling er ikke definert i bestemmelsen. Bestemmelsens annet ledd oppstiller imidlertid eksempler på hva som særlig vil være å anse som utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling, uten at denne listen er ment å være uttømmende. Bestemmelsens rekkevidde må fastlegges på bakgrunn av EU-domstolens praksis.

Domstolen har lagt til grunn at:

«[t]he concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.»¹⁵

Forbudet innebærer at atferd som kan være lovlig for mindre aktører, er forbudt der det dreier seg om dominerende foretak. Eksempler på atferdsformer som kan utgjøre utilbørlig utnyttelse er i henhold til praksis eksklusivavtaler, lojalitetsrabatter, predasjonsprising («rovprising»), koblingsalg, forretningsnektelser og konkurransestridig diskriminering. Vurderingen er i utgangspunktet objektiv, men bevis for foretakets hensikt vil etter omstendighetene også kunne ha betydning for vurderingen. Det gjelder ikke noe krav om årsakssammenheng mellom den dominerende stillingen og den utilbørlige utnyttelsen. Det oppstilles heller ikke noe vilkår om at den utilbørlige utnyttelsen finner sted i det markedet hvor foretaket er dominerende. I sin praksis har EU-domstolen i litt varierende grad gått inn på en konkret vurdering av om konkurransen begrenses eller ikke. Enkelte typer atferd, for eksempel visse typer eksklusivavtaler, behandles strengt og anses i seg selv å omfattes av bestemmelsen, mens andre, for eksempel forretningsnektelser, krever en konkret vurdering av markedsvirkningene.¹⁶

¹² Sak 322/81 Michelin I mot Kommisjonen premiss 57 og sak T-65/89 BPB Industries mot Kommisjonen premiss 67.

¹³ Sak 27/76 United Brands mot Kommisjonen premiss 65.

¹⁴ Sak 62/86 AKZO premiss 60.

¹⁵ Sak 85/76 Hoffman-La Roche premiss 91, jf. også sak 322/81 Michelin I mot Kommisjonen premiss 70. Det samme utgangspunktet er gjentatt i Rt. 2011 s. 910 Tine premiss 67-69.

Det følger av fast praksis fra EU-domstolen at en atferd ikke kan anses som misbruk under TEUV artikkel 102 dersom det foreligger objektivt rettferdiggjørende forhold («objective justification»). Dersom et foretak har en legitim begrunnelse for handlingen kan det være et rettferdiggjørende forhold, men praksis fra EU-domstolen viser at det må foretas en konkret proporsjonalitetsvurdering.

¹⁶ EU-domstolens tilnærming til forskjellige typer atferd under TEUV artikkel 102 er analysert i Eirik Østerud: *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law: The Spectrum of Tests*, Kluwer 2010.

4.2 Utvalgets vurdering

Utvalget vil peke på at forbudsbestemmelsene i konkurranseloven 2004 § 10 og § 11 ved ble harmonisert med EU/EØS-retten, og at hensynet til harmonisering gjør seg gjeldende med like stor tyngde i dag. I utvalgets mandat er det vist til at det er et generelt trekk ved utviklingen av konkurransepolitikken de senere årene at det 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. Når det gjelder de materielle atferdsreglene, kan ikke utvalget se at det foreligger noen utvikling av de parallelle konkurransereglene innenfor EU/EØS som skulle tilsi at det foreligger et behov for å foreslå endringer i gjeldende konkurranselov. Et samlet utvalg går derfor inn for å videreføre konkurranseloven § 10 og § 11 uforandret.

Kapittel 5

Håndheving av konkurranseloven § 10 og § 11 – konkurransemyndighetenes vedtakskompetanse

5.1 Utvalgets mandat

Utvalget er i første rekke bedt om å vurdere om bestemmelsene i konkurranselovens kapittel 3 er tilstrekkelige til å sikre en effektiv håndheving av konkurranseloven § 10 og § 11. I denne forbindelse er det anmodet om at utvalget ser på hvorvidt det bør innføres en kompetanse til å treffe vedtak om bindende tilsagn i overtredelsessaker etter modell av rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 9 og den tilsvarende bestemmelsen i ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9.

Videre er utvalget bedt om å vurdere om den særlige klageretten på beslutninger om å henlegge saker etter konkurranseloven § 12 tredje ledd bør videreføres.

5.2 Gjeldende rett – § 12

Ved brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser i § 10 og § 11 kan Konkurransetilsynet pålegge foretakene å bringe overtredelsen til opphør, jf. § 12 første ledd. Bestemmelsen, som også får anvendelse på Konkurransetilsynets håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, lyder:

«Konkurransetilsynet kan pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer forbudene i § 10 eller § 11, 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.»

Hjemmelen til å pålegge opphør er ikke formelt sett harmonisert med EØS-avtalen, men det er på det rene at EØS-retten vil gi retningslinjer for vurderingen også etter konkurranseloven.¹ Pålegg

om opphør kan kombineres med overtredelsesgebyr, og kan også gis selv om Konkurransetilsynet velger å anmelde saken, jf. § 12 annet ledd.

Konkurransetilsynets adgang til å utforme individuelt baserte tiltak er etter ordlyden vid. Tilsynet kan både pålegge forbud mot handlinger i strid med forbudsreglene og positive tiltak for å bringe overtredelsen til opphør. Generelt vil imidlertid forholdsmessighetsprinsippet kunne legge begrensninger på hvilke tiltak som tilsynet kan pålegge foretaket.² Når det gjelder strukturelle tiltak, er kravet til forholdsmessighet særskilt lovfestet, idet bestemmelsen sier at strukturelle tiltak bare kan pålegges dersom det ikke finnes like effektive atferdsregulerende tiltak, eller dersom et atferdsregulerende tiltak vil være mer byrdefullt for foretaket.

Kompetansen etter § 12 er knyttet opp mot det som er nødvendig for å bringe en overtredelse til opphør. Bestemmelsen hjemler derfor ikke påbud av rent forebyggende karakter, dvs. påbud for å sikre at loven ikke brytes eller at konkurransen på annen måte begrenses. Derimot er det på det rene at § 12 hjemler forbud mot gjentakelse av atferd i strid med loven.³ Dessuten må det i vedtaket kunne fastsettes tilleggsplikter som sikrer at vedtaket gjennomføres, typisk rapporteringsplikter. Slike tiltak vil også kunne hjemles i gjeldende lovs § 24.

Et eget spørsmål er hvor langt Konkurransetilsynet kan gå i å fastsette spesifikke forpliktelser for foretakene. Vedtak som går ut på at en nærmere definert overtredelse må bringes til opphør er uproblematisk. Derimot ligger det en begrensning i at forbudsbestemmelsene kan etterleves på ulike måter, og at § 12 i alle fall som et utgangs-

¹ Se NOU 2003: 12 s. 67 flg. og s. 230, og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), s. 69 flg.

² Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 70.

³ NOU 2003: 12 s. 67.

punkt ikke gir hjemmel til å pålegge foretakene å etterleve forbudene på bestemte måter.⁴

Tydeligst er nok dette under § 10. Forbudet retter seg mot selve avtalen eller samordningen mellom foretak. Så lenge samordningen avbrytes, er det opp til konkurransen i markedet å sørge for et ønskelig resultat. I en sak om markedsdeling kan Konkurransetilsynet for eksempel ikke pålegge partene å selge inn i bestemte områder som tidligere var reservert andre, eller pålegge partene i et priskartell å sette ned prisene. Vedtaket må altså primært rette seg mot å forby samordningen som sådan, men likevel slik at det kan fastsettes tilleggsplikter der dette er nødvendig for å bringe den ulovlige handlingen til opphør, for eksempel plikt til å informere medkontrahenter.⁵ I EU/EØS er det også fast praksis å pålegge foretak å informere berørte handelspartnere, typisk forhandlere, om deres rettigheter etter at Kommisjonen eller ESA har pålagt stansing.⁶ Slik må også § 12 forstås. I forarbeidene uttaler departementet at «i konkrete tilfeller kan det være nødvendig for tilsynet å gi pålegg om spesiell atferd for å sikre at bestemmelsene etterleves».⁷

Også ved misbruk av dominerende stilling vil det kunne foreligge valgmuligheter som myndighetene vil måtte ta hensyn til ved utformingen av pålegg om opphør. I motsetning til § 10 retter § 11 seg mot selve markedsatferden til dominerende foretak. Der en unnlattelse representerer et misbruk – som for eksempel en forretningsnektelse – vil konkurransemyndighetene således kunne pålegge positive forpliktelser til å levere, herunder å regulere mengde og leveringsvilkår som pris og leveringstidspunkt. I praksis har Kommisjonen gått relativt konkret til verks i slike saker.⁸ Konkurransemyndighetene må tilsvarende kunne gi positive pålegg der dette er nødvendig for at loven ikke skal brytes, og det ville være uforholdsmessig å forby praksisen som sådan. Et eksempel på dette kan være at et koblingssalg kan viderefø-

res på betingelse av at produktene også tilbys hver for seg.⁹

Et særlig spørsmål er om hjemmelen til å pålegge opphør kan inkludere tiltak for å avbøte skadevirkninger av tidligere overtredelser, for eksempel ved å pålegge foretak å gi kunder rett til å reforhandle avtaler. Gjeldende rett fremstår som uklar på dette punktet, men praksis i EU/EØS indikerer at det er en viss adgang til å gi slike pålegg.¹⁰

Selv om en overtredelse har opphørt, kan konkurransemyndighetene fatte vedtak som fastslår at overtredelse har funnet sted. Slike vedtak kan ha en funksjon ved å normere atferd for fremtiden, avklare prinsipielle spørsmål eller tjene som støtte for private parter etterfølgende erstatningssøksmål. For konkurranseloven § 12 uttales det i forarbeidene at «[I] saker hvor overtredelsen er opphørt, forutsetter utvalget at Konkurransetilsynet [...] kan konstatere at det har foreligget en overtredelse, uten at det er nødvendig med en særlig presisering av dette i loven.»¹¹

Bestemmelsen i § 12 omfatter også strukturelle tiltak.¹² Denne kompetansen har hittil ikke vært benyttet, noe som er i tråd med erfaringene i EU/EØS. Der har strukturelle tiltak utelukkende blitt anvendt i tilsagnssaker etter rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 9 og ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9, som utvalget behandler nedenfor i punkt 5.4.1. Av ulike årsaker er ikke fraværet av strukturelle pålegg i ordinære overtredelsessaker særlig overraskende. Strukturelle tiltak har begrenset funksjon for å avbryte en pågående overtredelse av atferdsmessig karakter, jf. det eksplisitte forholdsmessighetskriteriet i loven. For at et strukturelt tiltak skal kunne pålegges, forutsetter det at foretaket ikke kan etterleve loven med sin nåværende struktur, eller at atferdsregulerende tiltak er mer byrdefullt for foretaket. I praksis vil det derfor sjelden kunne tenkes bruk av strukturelle tiltak i form av oppsplitting av foretak eller salg av rettigheter.¹³ Også forarbeidene

⁴ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-04) s. 70. For EU/EØS-retten se sak T-24/90 Automec Srl mot Kommisjonen, Sml. 1992 s. II-2223 premiss 52.

⁵ For EU/EØS-retten se Ecosystem SA/Peugeot SA, [1990] 4 C.M.L.R. 449, samt vedtak 02/758/EF Mercedes, EFT L 257 av 25.9. 2002, s. 1 punkt 2 og vedtak 02/190/EF JCB, EFT L 69 av 12.3.2002, s. 1 punkt 3.

⁶ Vedtak 82/367/EØF Hasselblad, EFT L 161 av 12.6.1982, s. 18 punkt 5 og vedtak 89/44/EØF Publishers Association – Aftaler om faste bogladepriser, EFT L 22 av 26.1.1989, s. 12 punkt 4.

⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 70.

⁸ Se f.eks. Commercial Solvents, EFT L 299 av 13.12.1972, s. 51 og Magill TV Guide/ITP, BBC og RTE, EFT L 78 av 21.3.1989, s. 43.

⁹ Se for eksempel T-201/04 Microsoft.

¹⁰ Se særlig sak C-119/97 P, Union Française de l'Express m.fl. mot Kommisjonen, Sml. 1999 s. I-1341, premiss 94-95, og Kommisjonens vedtak i Astra, EFT L 20 av 28.1.1993, s. 23 punkt 3, Trans Atlantic Agreement, EFT L 376 av 31.12.1994, s. 1 punkt 5 (opphevet på annet grunnlag i sak T-395/94, Atlantic Container Line m.fl. mot Kommisjonen, Sml. 2002 s. II-875), TACA, EFT L 95 av 9.4.1999, s. 1 punkt 9 (oppretholdt i forente saker T-191/98 og T-212-214/98, Atlantic Container Line AB m.fl. mot Kommisjonen, Sml. 2003 s. II-3275).

¹¹ NOU 2003: 12 s. 67. Uttalelsen ble tiltrådt av departementet, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 70.

¹² Et mindretall i lovutvalget dissenterte på dette punkt, se NOU 2003: 12 s. 68.

legger hovedvekten på å hindre gjentagelser av overtredelser og hensynet til å lette tilsynsmyndighetenes kontrolloppgaver. Således uttales det i lovutvalgets innstilling at:

«Strukturelle tiltak vil kunne være nødvendig der det er betydelig risiko for en vedvarende overtredelse eller gjentagelse av overtredelsen som følge av virksomhetens struktur.»¹⁴

Departementet foretok, dels etter kritikk fra høringsinstansene, en nærmere vurdering av behovet for å innføre regler om strukturelle tiltak.¹⁵ Hovedargumentet var at strukturelle tiltak vil være enklere og mer effektive enn atferdsregulerende tiltak, som forutsetter vedvarende overvåkning fra myndighetenes side.

Forarbeidene til 2004-loven legger til grunn at strukturelle tiltak først og fremst vil være anvendelige ved overtredelser av § 11 om misbruk av dominerende stilling. Som et eksempel på anvendelse i § 11-situasjoner nevner lovutvalget kryss-subsidiering, ved at det pålegges å skille ut produksjonen av enkelte varer eller tjenester i et eget foretak. Strukturelle tiltak i slike situasjoner er primært begrunnet i at «det blir mulig å kontrollere at kryssubsidiering ikke forekommer».¹⁶ Departementet viser til en situasjon der «et foretak har eksklusiv tilgang til en innsatsfaktor som er avgjørende for markedsposisjonen til andre aktører», og at det da er «behov for tiltak som endrer den underliggende strukturen i markedet».¹⁷

Under § 10 er hovedfokus for strukturelle tiltak rettet mot krysseierskap, som anses å forsterke incentivene til å opptre konkurranseskadelig.¹⁸ Strukturelle tiltak vil etter departementets oppfatning kunne være nødvendig for å forandre foretakenes incentiver.

Det kan også tenkes pålegg om for eksempel opphør av styrerepresentasjon i saker hvor dette gir opphav til konkurransestridig utveksling av informasjon, jf. nærmere utvalgets drøftelse av minoritetserverv i kapittel 9.

Når det gjelder Konkurransetilsynets kompetanse til å fatte midlertidig vedtak, er dette regulert i § 12 fjerde ledd som lyder:

«Konkurransetilsynet kan dersom det er

- a. rimelig grunn til å anta at § 10 eller § 11 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.»

Vilkårene er at det er «rimelig grunn til å anta» at det foreligger en overtredelse, og at det er fare for at konkurransen utsettes for varig og uopprettelig skade. Vilkårene kan sammenliknes med hhv. krav og sikringsgrunn i sivilprosessen. Det følger av forarbeidene at intensjonen 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 8.¹⁹ Hjemmelen har hittil ikke vært benyttet; det samme gjelder ESAs og Kommisjonens hjemler.²⁰

Videre inneholder § 12 tredje ledd en særlig bestemmelse om at avslag på anmodninger om å gripe inn kan påklages. Denne bestemmelsen lyder:

«Konkurransetilsynet skal begrunne avslag på anmodning om å gi pålegg etter første ledd. Avslag kan påklages til departementet.»

Bakgrunnen for denne bestemmelsen var særlig diskusjonen om unnlatelser av å benytte inngrepskompetansen etter § 3-10 i 1993-loven var å anse som enkeltvedtak. Det ble oppfattet å være et behov for at for eksempel avslag på å gripe inn mot forretningsnektelser skulle kunne påklages. Departementet har fattet en rekke vedtak i saker etter § 12 tredje ledd.

Skjematisk fordeler disse seg som følger, se tabell 5.1:

¹³ Kompetansen er behandlet av Bie Larssen: Strukturelle tiltak ved overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser, LoR 2006 s. 195-218.

¹⁴ NOU 2003: 12 s. 68.

¹⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 70-71.

¹⁶ NOU 2003: 12 s. 68. Jf. også op.cit. s. 230, der det påpekes at tiltaket i slike tilfeller iverksettes «av kontrollmessige grunner». Jf. videre Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 70-71.

¹⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 71.

¹⁸ NOU 2003: 12, s. 68, Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 70.

¹⁹ NOU 2003: 12, s. 68, Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 72.

²⁰ Det ses da bort fra Kommisjonens praksis under rådsforordning nr. 17/62, der kompetansen ble innfortolket i den generelle påbudsadgangen.

Tabell 5.1

År	Totalt	Tatt til følge	Avslått
2011	2	0	2
2010	2	0	2
2009	7	0	7
2008	7	1	6
2007	9	0	9
2006	10	0	10
2005	3	2	1
Sum	40	3	37

Tabell 5.1 viser at det store flertallet av saker ikke fører til at Konkurransetilsynet må behandle saken på nytt. Videre indikerer den en synkende tendens i antallet klager. Etter departementets praksis er terskelen for å vinne frem med en klage relativt høy. Departementet har i tidligere saker uttalt at det vil være tilbakeholden med å overprøve tilsynets vurderinger, og at det først og fremst vil være mangelfull begrunnelse som gir grunnlag for å ta klager til følge. I vedtaket i Merkantilser vice uttalte departementet således at:

«Departementet skal i disse sakene prøve om tilsynets avvisning gir uttrykk for en forsvarlig prioritering og om avvisningen oppfylder kravene til begrunnelse i konkurranseloven § 12 tredje ledd. Konkurransetilsynet har en stor grad adgang til selv å vurdere hvordan det prioriterer sine ressurser mellom ulike saker. Det vil derfor sjelden være grunnlag for å oppheve en avgjørelse på grunnlag av uforsvarlig prioritering. Departementets viktigste oppgave vil derfor normalt være å kontrollere at begrunnelsen er grundig nok i forhold til lovens krav, og at den ikke lider av feil eller er mangelfull. Departementet prøver ikke realiteten i disse avvisnings sakene (dvs. det forhold det er klaget over). Der som departementet opphever tilsynets avgjørelse, blir det opp til tilsynet å vurdere om saken skal avvises med ny/bedre begrunnelse eller tas opp til realitetsbehandling.»²¹

Det har i praksis vært ett tilfelle hvor tilsynets annen gangs henleggelse har vært påklaget etter

²¹ Moderniseringsdepartementets vedtak av 12. juli 2005, saksnr. 05/1587.

§ 12 tredje ledd. Departementet tok klage over den første henleggelsen til følge, men avslø den andre.²²

Begrunnelseskravet i § 12 tredje ledd er for øvrig blitt behandlet av Sivilombudsmannen i en uttalelse 25. juli 2011.²³ Saken hadde sin bakgrunn i Tines kvalitetssikringsprogram Ku-kontrollen, der A – som ikke var medlem av dette programmet – ble trukket 40 øre per liter levert melk. A ba om Konkurransetilsynets vurdering av om dette trekket utgjorde en utilbørlig utnyttelse av Tines dominerende stilling, men tilsynet avslø anmodningen. Avslaget ble begrunnet med at tilsynet ikke kunne se at avgiften kunne utgjøre en misbrukshandling som rammes av konkurranse loven § 11, og det fant derfor ikke å kunne prioritere ressurser til videre behandling av saken. I klagebehandlingen kom departementet til at tilsynet hadde foretatt og begrunnet en forsvarlig ressursprioritering, og klagen ble ikke tatt til følge. Sivilombudsmannen var uenig i departementets vurdering, og pekte på at delkonklusjonen etter konkurranse loven § 11 fremstod som et bærende element for tilsynets avgjørelse. Begrunnelsen om at tilsynet ikke fant å prioritere ressurser til saken fremstod dermed som mangelfull på et vesentlig punkt, idet avgjørelsen for øvrig ikke gjorde det mulig å kontrollere om tilsynet hadde foretatt og begrunnet en forsvarlig ressursprioritering.

5.3 Utvalgets vurderinger av behovet for endringer i påbudskompetansen

Konkurransetilsynet har ikke fattet mange vedtak om påbud om opphør etter § 12 første ledd.

Utvalget har vurdert om konkurransemyndighetene bør gis utvidede fullmakter til å pålegge tiltak av preventiv karakter for å unngå eventuelt fremtidige overtredelser av samarbeidsforbudet og misbruksforbudet, eller eventuelt å gi pålegg for å legge til rette for mer konkurranse i markeder hvor denne er begrenset som følge av for eksempel strukturelle forhold det etter gjeldende rett ikke kan gripes inn mot (som bl.a. stilltiende samforstand i oligopolmarkeder). Utvalget finner imidlertid ikke å ville foreslå en slik adgang. For det første vil videreføringen av nåværende § 14

²² Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak av 25. juli 2007 om klage over Konkurransetilsynets avgjørelse A-2008/18, behandlet på ny i vedtak av 7. oktober 2009 om klage over Konkurransetilsynets avgjørelse A-2009/19.

²³ Sak 2011/569.

om konkurransefremmende tiltak allerede gi det nødvendige verktøy for å bedre konkurransen i enkeltmarkeder, se kapittel 11. For det andre vil en generell adgang til å pålegge konkrete konkurransefremmende tiltak gå på tvers av den naturlige arbeidsdelingen mellom konkurransepolitikk og reguleringspolitikk. En sentral oppgave ved konkurranseloven er å beskytte den konkurransen som finnes i markedet mot begrensninger iverksatt av markedsaktørene selv. Denne oppgaven er etter utvalgets oppfatning godt dekket gjennom forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling, jf. også kapittel 4 foran om erfaringer med de materielle atferdsreglene. I kombinasjon med § 14 synes reguleringsbehovet således godt dekket i loven. Som det vil fremkomme under punkt 5.4.3, foreslår imidlertid utvalget å innføre en tilsagnsadgang etter modell av rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 9/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9. Dette regelverket vil i noe større utstrekning kunne se hen til hensynet om å legge til rette for mer konkurranse i fremtiden enn det er adgang til etter § 12 første ledd.

Utvalget viser også til at det allerede i dag er adgang til å gi pålegg for å motvirke fremtidige overtredelser der slike brudd representerer gjentakelser eller fortsettelse av ulovlige forhold. Utover dette anser utvalget at det er opp til foretakene selv å sikre at de etterlever forbudene, og at den preventive virkningen av overtredelsesgebyr og eventuelt straff og sivilrettslige søksmål er tilstrekkelig som virkemiddel.

Utvalget har videre vurdert om kompetansen til å pålegge strukturelle tiltak bør videreføres. Slik utvalget har vist ovenfor, fremstår ikke denne kompetansen som særlig praktisk i forhold til primærfunksjonen til § 12, som er å bringe overtredelser til opphør. Utvalget vil imidlertid vise til at visse overtredelser av konkurransereglene vil kunne kreve tiltak av strukturell karakter for at skadevirkningene skal fjernes. Dette gjelder for eksempel der det ved en avtale er etablert en ny tilstand på markedet som begrenser konkurransen (typisk erverv av aksjer eller andeler i strid med § 10). Tilsvarende kan gjelde misbruk i form av forsterkning av en dominerende stilling ved erverv av immaterielle rettigheter eller andeler i foretak. I slike tilfeller vil utvalget understreke at prinsippet om ugyldighet, jf. bl.a. § 10 annet ledd, ikke nødvendigvis er tilstrekkelig for å gjenopprette konkurransesituasjonen. Utvalget vil derfor understreke at strukturelle tiltak vil kunne ha en funksjon for å bringe enkelte typer overtredelser til opphør, og for å fjerne skadevirkninger av alle-

rede gjennomførte overtredelser. Utvalget er også enig i den terskelen som fremkommer i forarbeidene til 2004-loven, nemlig at strukturelle tiltak bare skal kunne pålegges der det er «betydelig risiko for en vedvarende overtredelse eller gjentakelse av overtredelsen som følge av virksomhetens struktur.»²⁴ Dette er også på linje med EU/EØS-retten.²⁵

Etter dette ser ikke utvalget grunn til å foreslå grunnleggende endringer i § 12 første ledd. Utvalget vil understreke at en karakteristikk av et tiltak som «strukturelt» eller «atferdsmessig» i begrenset grad bidrar til å klargjøre konkurransemyndighetenes kompetanse. I dette perspektivet fremstår den løsningen som er valgt, der type tiltak ikke er spesifisert i loven, som hensiktsmessig. Den særskilte proporsjonalitetsbestemmelsen rettet mot strukturelle tiltak bidrar til å tydeliggjøre de vurderinger som må gjøres, samtidig som det poengteres at tiltak av strukturell karakter ligger innenfor myndighetenes kompetanse i den grad det er nødvendig for å bringe overtredelser til opphør.

Ved utarbeidelsen av gjeldende lov ble det vurdert om tilsynet skulle gis kompetanse til å fatte vedtak om at lovens forbudsbestemmelser ikke kom til anvendelse.²⁶ Dette utvalget ser ikke at det i tiden som har gått har meldt seg et behov for slike regler. Utvalget bemerker også at EØS-konkurranseloven § 7 første ledd fastsetter at Konkurransetilsynet har plikt til å anvende EØS-avtalens konkurranseregler når nærmere bestemte vilkår er oppfylt. EU-domstolen har nylig slått fast at bestemmelser i nasjonal rett som gir nasjonale konkurransemyndigheter hjemmel til å fatte vedtak om at TEUV artikkel 101 og 102 ikke kommer til anvendelse i en sak, vil være i strid med rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 5.²⁷ Tilsvarende må gjelde for vedtak om ikke-anvendelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. En hensiktsmessig praktisering av tilsynets veiledningsplikt vil i tvilstilfeller gi partene en tilstrekkelig avklaring av forholdet til konkurranseloven, samtidig som ansvaret for å innrette seg i samsvar med regelverket ligger på foretakene selv. En annen variant vil

²⁴ NOU 2003: 12 s. 68.

²⁵ Jf. rådsforordning (EF) nr. 1/2003 fortalen punkt 12: «Changes to the structure of an undertaking as it existed before the infringement was committed would only be proportionate where there is a substantial risk of a lasting or repeated infringement that derives from the very structure of the undertaking.»

²⁶ NOU 2003: 12 s. 66.

²⁷ Sak C-375/09 Tele 2 Polska, 3. mai 2011. ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 5 er gjennomført i norsk rett ved forskrift 21. desember 2011 nr. 1518 om gjennomføring av konkurransereglene i EØS-avtalen mv.

være en form for «negativttest» som slår fast at det ikke er grunnlag for å gripe inn i saken (men uten at det tas endelig stilling til om loven er overtrådt eller ikke). Etter utvalgets oppfatning vil imidlertid en henleggelse av saken med varsel til berørte parter måtte anses tilstrekkelig med hensyn til tilsynets eventuelle inngripen. Utvalget mener for øvrig at det kan være hensiktsmessig at Konkurransetilsynet kan påby opphør ved overtredelser av forskrift gitt i medhold av § 14, og foreslår derfor en tilføyelse om dette i § 12 første ledd.

5.4 Tilsagn

5.4.1 Tilsagnskompetanse og EØS-reglene

Kommisjonen har en lang tradisjon med å avslutte saker uformelt, og også for å akseptere detaljerte «forlik» med foretak. Saken som rettet seg mot det samordnede salget av gass fra norsk sokkel er illustrerende; her forpliktet foretakene seg til å selge gass på individuell basis og samtidig stille volumer til rådighet for nye kjøpere på kontinentet.²⁸ Andre eksempler er IBM-forliket fra 1984 og Coca-Cola-forliket fra 1989.²⁹

Ved rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 9 fikk Kommisjonen følgende hjemmel, ESA er gitt tilsvarende hjemmel i ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9:

«1. Where the Commission intends to adopt a decision requiring that an infringement be brought to an end and the undertakings concerned offer commitments to meet the concerns expressed to them by the Commission in its preliminary assessment, the Commission may by decision make those commitments binding on the undertakings. Such a decision may be adopted for a specified period and shall conclude that there are no longer grounds for action by the Commission.

2. The Commission may, upon request or on its own initiative, reopen the proceedings:

(a) where there has been a material change in any of the facts on which the decision was based;

(b) where the undertakings concerned act contrary to their commitments; or

(c) where the decision was based on incomplete, incorrect or misleading information provided by the parties.»

I fortalen til rådsforordning (EF) nr. 1/2003 punkt 13 er bakgrunnen beskrevet som følger:

«Where, in the course of proceedings which might lead to an agreement or practice being prohibited, undertakings offer the Commission commitments such as to meet its concerns, the Commission should be able to adopt decisions which make those commitments binding on the undertakings concerned. Commitment decisions should find that there are no longer grounds for action by the Commission without concluding whether or not there has been or still is an infringement. Commitment decisions are without prejudice to the powers of competition authorities and courts of the Member States to make such a finding and decide upon the case. Commitment decisions are not appropriate in cases where the Commission intends to impose a fine.»

I korte trekk gir artikkel 9 adgang for Kommisjonen og ESA til å fremforhandle en løsning med foretakene, der saken henlegges mot at foretakene forplikter seg til å etterleve visse tilsagn som avbøter de konkurransemessige bekymringene i saken.³⁰ Fordelene gjør seg gjeldende på flere plan, både gjennom besparelser i prosessen, tidligere avslutning av sakene, og at man kan oppnå mer målrettede og spesifikke tiltak enn det som kunne vært pålagt ensidig (jf. også punkt 5.2 om gjeldende rett etter § 12 ovenfor). Foretakene vil oppnå tilsvarende besparelser, samtidig som tiltak foreslått av foretakene selv oftest vil være lettere å tilpasse seg. Endelig vil foretakene ha en fordel av at saken avsluttes uten at det tas stilling til om konkurransereglene ble brutt eller ikke.

Prosedyren etter artikkel 9 er enklere enn prosedyren for å fatte vedtak om opphør og vedtak om bøter. Et krav er at overvåkningsorganet har gitt foretakene en foreløpig vurdering av de konkurransemessige problemene. Der overvåkningsorganet akter å gjøre tilsagnene bindende og avslutte saken, er det også et krav om høring («markedstesting»). Dette følger av rådsforord-

²⁸ Se Kommisjonens pressemelding IP/02/1084, 17. juli 2002.

²⁹ Se hhv. XVI Rapport om konkurransepolitikken (1984) og XIX. Beretning om konkurransepolitikken (1989) pkt. 50.

³⁰ For en fremstilling av artikkel 9 og overvåkningsorganenes kompetanse, se Hjelmeng: Bindende tilsagn i konkurranse saker – forordning 1 art. 9 og relevansen for konkurranse loven, SNF Arbeidsnotat A13/11, tilgjengelig på <http://www.snf.no>.

ning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 27 nr. 4:

«Where the Commission intends to adopt a decision pursuant to Article 9 or Article 10, it shall publish a concise summary of the case and the main content of the commitments or of the proposed course of action. Interested third parties may submit their observations within a time limit which is fixed by the Commission in its publication and which may not be less than one month. Publication shall have regard to the legitimate interest of undertakings in the protection of their business secrets.»

Etter 2004 har Kommisjonen fattet 25 vedtak under artikkel 9. Disse vedtakene fordeler seg likt under hhv. samarbeidsforbud og misbruksforbud (11 vedtak under TEUV artikkel 101 og 14 vedtak under TEUV artikkel 102 pr. november 2011). ESA har så langt fattet ett artikkel 9-vedtak, rettet mot telesektoren i Liechtenstein.³¹

Et særtrekk ved et flertall av Kommisjonens vedtak er at de går lenger enn rene opphørsvedtak, ved at de oppstiller konkrete forpliktelser for å legge til rette for at konkurransen ikke begrenses. I en rekke artikkel 101-saker som har dreid seg om ulike former for horisontalt samarbeid har Kommisjonen således ikke satt en stopper for selve samarbeidet, men akseptert konkrete tiltak for å legge til rette for konkurranse og konkurrenters tilgang til markedet. Eksempler på dette er sakene om salg av fotballrettigheter, der felles salg av rettigheter ble godtatt mot at rettighetene ble delt i «pakker», tidsbegrenset og solgt til ulike aktører.³² Skyteam-saken dreide seg om alliansen mellom bl.a. British Airways og American Airlines.³³ Her forpliktet foretakene seg til såkalt «slot-surrender», dvs. å avgi start-/landingssteder for å sikre tredjeparters adgang til markedet. IACS gjaldt standardisering innenfor skipsklassifisering og adgangen til bransjeorganisasjoner som utarbeider slike.³⁴ Tilsagnene dreide seg først og fremst om prosedyrer for medlemskap i organisasjonen, for å sikre åpenhet og at konkurrenter ikke ble stengt ute fra standarden.

Disse eksemplene viser at Kommisjonen har utnyttet tilsagnskompetansen til å påvirke foretaks tilpasning til samarbeidsforbudet mer konkret. Denne bruken av artikkel 9 kan til en viss grad sammenlignes med den tidligere praksis med å stille spesifikke vilkår for dispensasjon etter TEUV artikkel 101 tredje ledd/EØS-avtalen artikkel 53 tredje ledd. Denne muligheten forsvant med rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 nytt kapittel II da unntaket i tredje ledd ble gjort direkte anvendelig. Artikkel 9-tilsagn er nå den eneste muligheten overvåkningsorganene har for å pålegge spesifikke tilpasninger til samarbeidsforbudet.

Også i saker etter TEUV artikkel 102/EØS-avtalen artikkel 54 er det et fellestrekk at tilsagnene benyttes for å åpne markedet for mer konkurranse. I en rekke saker i energisektoren har Kommisjonen for eksempel akseptert tilsagn om å gi tilgang til eller t.o.m. avhende infrastruktur,³⁵ begrense egen bruk av kapasitet,³⁶ og å åpne markedet for konkurranse ved å fristille en andel av sine kunder årlig, slik at disse kunne velge andre leverandører.³⁷

Under artikkel 102 er det særlig positive tilsagnsforpliktelser samt strukturelle tiltak i form av salg av aktiva som representerer utvidelser i forhold til den ordinære påleggskompetansen etter artikkel 7. Alt i alt fremstår tilsagnskompetansen som en effektiv og fleksibel mekanisme som er innrettet for å bringe mulige overtredelser til opphør og for å legge til rette for konkurranse i markedet.

Sak C-441/07 P Alrosa brakte viktige avklaringer om kompetansen etter artikkel 9.³⁸ I saken hadde Kommisjonen opprinnelig innledet artikkel TEUV 101-prosedyre mot den russiske diamanteksportøren Alrosa og den nederlandske importøren deBeers, pga. omfattende eksklusive leveringsavtaler. Kommisjonen endret etter hvert fokus til TEUV artikkel 102, og saken endte med at deBeers aksepterte tilsagn om å avslutte forretningsforholdet til Alrosa. Sistnevnte klaget vedtaket inn for Førsteinstansdomstolen med påstand om at vedtaket var uproporsjonalt i forhold til fore-

³¹ Vedtak 17. september 2009 i sak 61291 Liechtensteinische Kraftwerke Anstalt og Telecom Liechtenstein AG. Tilsagnene går ut på endringer i samarbeidsavtaler.

³² Deutsche Bundesliga, vedtak 19. januar 2005 i sak COMP/37214 og Premier League, vedtak 22. mars 2006 i sak COMP/38173.

³³ Ship Classification, sak COMP/39596, vedtak 14. juli 2010.

³⁴ Sak COMP/39416, vedtak 14. oktober 2009.

³⁵ Eksempelvis RWE, sak COMP/39402, vedtak 18. mars 2009.

³⁶ GDF, sak COMP/39316, vedtak 3. desember 2009.

³⁷ EDF, sak COMP/39386, vedtak 17. mars 2010, og Distrigaz, sak COMP/B-1/37966, vedtak 11. oktober 2007.

³⁸ Vedtak 22. februar 2006 i sak COMP/38381, opphevet av Førsteinstansdomstolen i sak T-170/06 Alrosa mot Kommisjonen, Sml. 2007 s- II-2601, vedtaket opprettholdt ved EU-domstolens dom i sak C-441/07 P Kommisjonen mot Alrosa, 29. juni 2010.

taket, som mistet sin viktigste handelspartner i EU. Alrosa fikk medhold i Førsteinstansdomstolen, som reelt slo fast at et vedtak etter artikkel 9 var gjenstand for samme proporsjonalitetsbegrensning som vedtak etter rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 7. EU-domstolen så imidlertid dette annerledes, og uttalte:

«The specific characteristics of the mechanisms provided for in Articles 7 and 9 of Regulation No 1/2003 and the means of action available under each of those provisions are different, which means that the obligation on the Commission to ensure that the principle of proportionality is observed has a different extent and content, depending on whether it is considered in relation to the former or the latter article.» (Premiss 38).

Deretter viser EU-domstolen til at mens artikkel 7 konkret angir proporsjonalitetsprinsippet som kompetanseskranke ved ensidige pålegg av forpliktelser, fritar artikkel 9 Kommisjonen fra plikten til å konstatere en overtredelse. I stedet gir bestemmelsen hjemmel til å vurdere og eventuelt akseptere foreslåtte tiltak som botemiddel for de konkurransemessige problemer Kommisjonen har konstatert. Etter dette oppsummerer EU-domstolen proporsjonalitetsbegrensningen som følger:

«Application of the principle of proportionality by the Commission in the context of Article 9 of Regulation No 1/2003 is confined to verifying that the commitments in question address the concerns it expressed to the undertakings concerned and that they have not offered less onerous commitments that also address those concerns adequately. When carrying out that assessment, the Commission must, however, take into consideration the interests of third parties.» (Premiss 41).

Dette innebærer for det første at vedtakets proporsjonalitet ikke behøver å vurderes opp mot hva som er nødvendig for å bringe en nærmere spesifisert overtredelse til opphør. Derimot må det vurderes om tilsagnet avbøter de konkurransemessige problemene som Kommisjonen har påpekt overfor foretaket. Allerede dette gjør nødvendigvis at spillerommet for å utforme tilsagnsvedtaket er videre enn under artikkel 7. For det andre er selve proporsjonalitetsvurderingen langt mer summarisk enn ved artikkel 7-vedtak, fordi den med hensyn til foretakenes interesser er begren-

set til å vurdere om de har foreslått mindre omfattende tiltak. Tredjeparters interesser skal hensyntas, men ut fra saksforholdet i Alrosa må det antas at terskelen er høy for at negativ innvirkning på tredjeparters interesser skal føre til at vedtaket anses uproporsjonalt. (Dette er heller ikke så overraskende hvis det tas i betraktning at de foreslåtte tilsagnene må antas å ligge innenfor foretakenes alminnelige handlefrihet på markedet – det dreier seg således ikke om å gjøre noe inngrep i en tredjeparts rettsposisjon.)

Oppsummeringsvis fremstår artikkel 9 som en effektiv hjemmel, som har bidratt til mer fleksible løsninger på identifiserte konkurransemessige problemer enn det overvåkningsorganene ensidig kunne pålagt etter artikkel 7. Samtidig bidrar hjemmelen til at saker kan avsluttes langt raskere enn det som ellers ville vært tilfelle.

Både svensk og dansk konkurranselov inneholder bestemmelser om tilsagn etter mal av rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9. Etter den danske konkurranseloven (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.³⁹ Kompetansen har vært benyttet i en rekke saker, også under TEUV artikkel 101/102.⁴⁰ I svensk rett har Konkurrentverket hjemmel i konkurranselagen (SFS 2008:579) 3 kap 4 § «Åtagande från företag» til å fatte beslutning om at det ikke er grunn til å gripe inn som følge av tilsagn fra foretak.

5.4.2 Konkurranseloven

Konkurranseloven inneholder ingen formalisert hjemmel for å gjøre tilsagn bindende for foretak. Spørsmålet om å innføre en slik hjemmel ble ikke drøftet under utarbeidelsen av gjeldende lov.

Ved enkelte anledninger har Konkurrentilsynet henlagt saker hvor partene har påtatt seg mer spesifikke forpliktelser. Departementet har også i tildelingsbrev oppfordret tilsynet til å avslutte saker på denne måten.⁴¹ Mest kjent er nok ACNielsen-saken om informasjonsutveksling

³⁹ Se nærmere om bestemmelsene Kirsten Levinsen: Konkurrenteloven med kommentarer, 3. utgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2009, s. 1266 flg.

⁴⁰ Se oversikten i op.cit., s. 1273-1276.

⁴¹ Tildelingsbrevet for 2008 13. februar 2008 s. 5 under pkt. 2.3.1.

i dagligvarebransjen. Tilsynet avsluttet sin behandling av saken som følger:

«Som resultat av de endringene ACNielsen har avtalt med dagligvarekjedene, har Konkurransetilsynet nå avsluttet sin saksbehandling med hensyn til den ukentlige prisrapporteringen. Det forutsettes at de avtalte endringene overholdes, og det gjøres oppmerksom på at brudd på disse endringene vil kunne innebære et brudd på konkurranseloven § 10, noe som vil kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr og straff i henhold til konkurranseloven § 29 og § 30.

Det gjøres for ordens skyld oppmerksom på at det at tilsynet har avsluttet sin saksbehandling ikke innebærer en formell godkjenning av den endrede praksis, og at utgangspunktet fortsatt er at partene selv må vurdere lovligheten av egen praksis. Det understrekes også at tilsynet ikke har foretatt noen vurdering av lovligheten av de avtaler ACNielsen har med dagligvarekjedene om annen rapportering av priser og andre data enn det som er beskrevet ovenfor.»⁴²

Tilsagnene gikk ut på å begrense informasjonsflyten, bl.a. slik at de enkelte kjedenes salg ikke skulle kunne identifiseres. Saken om salg av rettigheter til Tippeligaen i 2008 ble løst på liknende måte, og her er det på det rene at Kommisjonens vedtak i sakene om Premier League og Bundesliga var retningsgivende.

Utvalget legger til grunn at slike «uformelle» henleggelse kan reise prinsipielle spørsmål, først og fremst om rettsvirkningene av forliket. Det må imidlertid være hevet over tvil at Konkurransetilsynet i henhold til alminnelige forvaltningsrettslige regler har prinsipiell adgang til å løse saker på denne måten, og at tilsynet må anses som forpliktet til ikke å gjenåpne saken med mindre foretakene bryter forliket eller markedsforholdene endrer seg.⁴³ Utvalget går imidlertid ikke videre inn på en prinsipiell diskusjon av rammene for og rettsvirkningene av tilsynets binding av egen forvaltningsmyndighet. For utvalgets formål er det tilstrekkelig å konstatere at det er en viss praksis med forliksløsninger under gjeldende lov, men at

rettsvirkningene av slike forlik fremstår som noe usikre.

5.4.3 Utvalgets vurderinger av behovet for tilsagnskompetanse

Utvalget har tatt som utgangspunkt at tilsagn etter artikkel 9 så langt som mulig bør være tilgjengelige også etter den norske konkurranseloven. I første rekke innebærer dette en mulighet for både foretaket og tilsynet til å avslutte saker raskt og å oppnå avhjelpende tiltak som er fleksible med hensyn til de identifiserte konkurranseproblemerne og vel tilpasset det enkelte foretak.

Samtidig inneholder rådsforordning (EF) nr. 1/2003 og ODA protokoll 4 kapittel II krav til de nasjonale konkurransemyndighetenes kompetanse. Dette fremgår av artikkel 5 nr. 1, som lyder:⁴⁴

«EFTA-statenes konkurransemyndigheter 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...»

Bestemmelsen kan neppe tolkes slik at den i seg selv gir Konkurransetilsynet kompetanse til å fatte vedtak om å gjøre tilsagn bindende.⁴⁵ Derimot er det naturlig å forstå bestemmelsen slik at Norge er EØS-rettslig forpliktet til å innføre en hjemmel til å fatte «vedtak» om å godta forpliktende tilsagn.⁴⁶ Det er også på det rene at artikkel 5 regulerer nasjonale konkurransemyndigheters kompetanse uttømmende.⁴⁷ Den uformelle adgangen som består etter alminnelige forvaltningsrettslige regler til å henlegge saken mot en forpliktelse på foretakenes hånd, kan vanskelig sies å tilfredsstille en forpliktelse etter artikkel 5. For eksempel vil det ikke være mulig å sanksjonere brudd på et bindende tilsagn, annet enn ved å gjenåpne saken.

⁴² Tilsynets brev til ACNielsen 17. april 2007, tilgjengelig på www.ktno.no under Uttalelser 2007.

⁴³ Jf. Høyesteretts prinsipielle uttalelser om binding av forvaltningsmyndighet i Rt. 1992.1235, på s. 1240 (Fusadommen). Uttalelsen er gjentatt i Rt. 2007 s. 651 premiss 42.

⁴⁴ Slik denne er gjennomført i norsk rett ved forskrift 21. desember 2011 nr. 1518 om gjennomføring av konkurransereglene i EØS-avtalen mv.

⁴⁵ Se drøftelsen hos Hjelmeng: Bindende tilsagn i konkurransesaker – forordning 1 art. 9 og relevansen for konkurranseloven, SNF Arbeidsnotat A13/11, tilgjengelig på <http://www.snf.no/avsnitt/7.1>.

⁴⁶ Ved innføringen av en tilsagnsbestemmelse i svensk rett ble det også antatt at dette var et krav. i henhold til rådsforordning (EF) nr. 1/2003, se Prop. 2003/04:80 s. 100 og Prop. 2007/08:135 s. 177.

⁴⁷ Sak C-375/09 Tele2 Polska, 3. mai 2011, ennå ikke i Samlingen, premiss 21 flg.

Det er heller ingen hjemmel for håndhevelse av Kommisjonens eller ESAs vedtak på nasjonalt plan. Utvalget legger etter dette til grunn at Norge er folkerettslig forpliktet til å innføre en bestemmelse som oppfyller kravene i rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 5 og ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 5, for så vidt gjelder håndhevelsen av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Utvalget mener imidlertid at det også er gode argumenter for å innføre en slik hjemmel med virkning for samarbeids- og misbruksforbudet i konkurranseloven, samt for overtredelser av forskrift gitt med hjemmel i § 14. Gjennomgangen ovenfor har vist at bindende tilsagn på en langt mer fleksibel måte enn ensidige pålegg etter § 12 kan bidra til løsninger på identifiserte konkurransemessige problemer i markedene, jf. de begrensningene i den alminnelige opphørshjemmelen som er beskrevet ovenfor.

Adgangen til å inngå avtaler om bindende tilsagn som følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler er av flere grunner utilfredsstillende, bl.a. fordi brudd på foretakenes tilsagn ikke kan sanksjoneres særskilt, og fordi uformelle løsninger etterlater tvil om rettsvirkninger. Utvalget understreker at det er lang praksis i norsk rett med avhjelpende tiltak som gjøres bindende for foretak i fusjonssaker, og at utvalget under fusjonsreglene vil foreslå en modell som rendyrker foretakenes ansvar for å foreslå slike tiltak. En tilsvarende hjemmel under atferdsreglene vil således også sikre sammenhengen i lovverket på dette punktet.

Under 1993-lovens forbudsbestemmelser (§ 3-1 om horisontalt og vertikalt prissamarbeid, § 3-2 om anbudssamarbeid og § 3-3 om markedsdeling) ble det gitt hyppige dispensasjoner, mange av disse på vilkår. Da lovgiver valgte å harmonisere de materielle atferdsreglene med EU/EØS-retten, noe som innebar at unntaket fra samarbeidsforbudet gikk fra å være en dispensasjonshjemmel til en lovfestet unntaksbestemmelse, ble muligheten til å sette bestemte vilkår borte. En adgang til å gi tilsagn vil langt på vei gi foretakene trygghet for at deres samarbeid er lovlig etter konkurranseloven (i alle fall for at tilsynet ikke vil gripe inn), samtidig som myndighetene kan oppnå mer spesifikke tiltak for å ivareta konkurransen i markedet. Overvåkningsorganenes artikkel 9-vedtak i saker etter TEUV artikkel 101/EØS-avtalen artikkel 53 bekrefter dette, jf. ovenfor. Utvalget ser imidlertid også at en slik hjemmel må anvendes med forsiktighet. I USA er det reist til dels sterke innvendinger mot den liknende ordningen med «consent decrees», som går ut på at myndighetene tiltar seg

kompetanse og beveger seg mer mot reguleringspolitikk enn håndhevelse av spesifikke forbudsregler.⁴⁸ Tilsvarende kritikk er reist mot regimet i rådsforordning (EF) nr. 1/2003 og ODA protokoll 4 kapittel II.⁴⁹ Utvalget er enig i at trusselen om sanksjoner, i kombinasjon med muligheten til å avslutte saken uten at det tas stilling til skyld eller overtredelse, kan føre til at foretak strekker seg langt for å oppnå forlik med konkurransemyndighetene. Denne muligheten består imidlertid allerede i dag, selv om utvalget legger til grunn at en spesifikk hjemmel vil gjøre muligheten mer aktuell. At saken formelt avsluttes med et vedtak uten at det tas stilling til skyld vil også ha en egenverdi som uformelle avtaler om bindende tilsagn ikke nødvendigvis vil nå opp mot.

Videre legger utvalget til grunn at en utstrakt bruk av bindende tilsagn vil kunne påvirke den preventive effekten av sanksjonsregimet i negativ retning, i den forstand at det kan oppfattes som mindre risikabelt å overtre konkurransereglene. På dette punktet vil tilsagn skille seg fra sanksjonslempling, som utnytter den iboende usikkerheten mellom overtredere slik at det skapes incentiver til å avsløre overtredelsen for myndighetene. Ved bindende tilsagn vil motsetningsvis alle de delaktige nyte godt av vedtaket. Utvalget ser imidlertid dette mer som et sentralt hensyn i utformingen av praksis under en tilsagnsbestemmelse enn et argument mot hjemmelen som sådan. Etter utvalgets oppfatning vil det være opp til konkurransemyndighetene å praktisere en tilsagnshjemmel med forsiktighet, slik at det ikke skapes inntrykk av at det ikke er alvorlig å overtre loven. Utvalget vil også peke på at tilsagn ikke vil være hensiktsmessig i alle typer saker. Eksempelvis vil kartellovertredelser normalt ikke være egnet for en slik løsning; overtredelsen bringes enkelt til opphør ved at samarbeidet avbrytes, samtidig som det er viktig å sanksjonere denne typen brudd på en streng måte.

Et annet argument som har vært løftet frem mot en tilsagnsløsning, er mulige virkninger for den private håndhevelsen. Der saken løses i minnelighet og konkurransemyndighetene ikke tar

⁴⁸ Melamed: Antitrust: The New Regulation, 10 Antitrust 13 (1995-96), på side 13-14, kommenterer 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.»

⁴⁹ Georgiev: Contagious Efficiency: The growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law, [2007] Utah L. Rev. 971, 1028.

stilling til om loven er overtrådt, vil en privat erstatnings søker nødvendigvis ha større vanskeligheter med å sannsynliggjøre at det faktisk foreligger en overtredelse. Utvalget finner imidlertid at hensynet til effektive virkemidler i den offentlige håndhevingen av konkurransereglene må veie tyngre enn hensynet til mulige konsekvenser for den private rettshåndhevelsen, og viser til at tilsagnsløsninger kan være hensiktsmessige verktøy både for foretak og konkurransemyndighetene. Det fremstår dessuten som usikkert hvilken virkning løsninger med bindende tilsagn faktisk vil ha på muligheten til å kreve erstatning i ettertid.

Det kan reises spørsmål ved en løsning der foretak som risikerer sanksjoner forhandler med myndighetene 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. I EU/EØS-retten sies det eksplisitt i forordningens fortale at tilsagnsvedtak ikke er «appropriate» der overvåkningsorganene akter å ilegge bot.⁵⁰ I praksis synes imidlertid ikke denne begrensningen å ha utelukket at det er vedtatt tilsagn også ved overtredelser som typisk ville blitt bøtelagt. Det er også eksempler på at tilsagnsvedtak er fattet i saker hvor Kommisjonen i meddelelse om innsigelser (Statement of Objections) har varslet bot. Utvalget finner det vanskelig å utelukke bestemte typer overtredelser fra tilsagnskompetansen. Tilsagn vil imidlertid som nevnt etter sin art normalt ikke være aktuelle i for eksempel kartellsaker. Siden det er innført en generell hjemmel for overtredelsesgebyr, vil det dessuten vanskelig kunne utelukkes at gebyr og tilsagn kan bli sett i sammenheng. Avgjørende for utvalget er imidlertid at tilsagn ikke forutsetter at det føres bevis for at det foreligger en overtredelse, og at tilsagnskompetansen mer fremstår som en måte å avslutte en sak på et tidlig tidspunkt enn en mulighet for å forhandle bort en overhengende sanksjon. Utvalget understreker imidlertid at et visst forhandlingstilsnitt ikke er til å unngå, og at dette i og for seg ligger i tilsagnskompetansens egenart.

En ordning hvor det etter en foreløpig vurdering fattes vedtak som pålegger foretak konkrete forpliktelser kan reise spørsmål om forholdet til forvaltningens utredningsplikt og hensynet til for-

svarlig saksopplysning, jf. forvaltningsloven § 17. Utvalget legger imidlertid til grunn at denne bestemmelsen er fleksibel og må tilpasses det enkelte rettsområdet. Dette må skje 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. 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.

I en tilsagnsprosedyre vil det være partene selv som må foreslå tilsagn. Dette er et valg partene har, på bakgrunn av en foreløpig påpekning av konkurransemessige problemer. Så lenge tilsagnsvedtaket beskriver hva disse problemstillingene består i, og hvorfor de avhjelpest som følge av partenes tilsagn, mener utvalget at dette er tilstrekkelig i forhold til forvaltningslovens krav, uten at det må tas stilling til om og på hvilken måte loven eventuelt er overtrådt.

Spørsmålet om utredning og begrunnelse ble grundig drøftet i forarbeidene til den svenske tilsagnsbestemmelsen. Her oppsummeres drøftelsen som følger:

«Det finns således både fördelar och nackdelar med motiverade beslut. Dock innebär förordningens reglering en typ av summariskt förfarande, som torde ha övervägande fördelar för såväl företagen som Konkurrensverket. Något särskilt krav på motivering bör därför inte uppställas vid beslut om godtagande av ett åtagande. En förnuftig tillämpning av förvaltningslagens regler borde kunna tillfredsställa såväl kravet på rättssäkerhet som behovet av smidighet i förfarandet. I många fall torde det vara tillräckligt att Konkurrensverket kortfattat och översiktligt redovisar de överväganden som föranlett verket att godta det föreslagna åtagandet.»⁵¹

Utvalget mener at denne pragmatiske tilnærmingen også er gyldig for norsk retts del.

Ut fra disse betraktningene vil utvalget foreslå å innføre en bestemmelse om tilsagn i atferdssaker etter modell av rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9.

Utvalget har vurdert om det bør legges inn en kontrollmekanisme i tilsagnshjemmelen, for eksempel slik at vedtaket må stadfestes av departementet. I amerikansk rett stadfestes for eksempel «consent decrees» av en domstol. Utvalget vil

⁵⁰ Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 fortalen punkt 13: «Commitment decisions are not appropriate in cases where the Commission intends to impose a fine».

⁵¹ Prop. 2003/04:100 s. 100-101.

likevel ikke anbefale en slik løsning, som reelt sett ville representert 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 vil også tilkomme tredjeparter som berøres tilstrekkelig direkte til å ha rettslig klageinteresse.

Utvalget bemerker at det etter dansk rett ikke innrømmes noen klagemulighet for tilsagnsvedtak, ei heller for tredjepersoner. I lovforslaget er dette begrunnet som følger:

«At virksomheden, som tilsagnsafgørelsen retter sig til, ikke kan påklage afgørelsen er en konsekvens af, at virksomheden selv har forhandlet sig frem til den opnåede løsning. Det vil således verken være ressourcebesparende for myndighederne eller virke fremmende for konkurrencen, hvis en virksomhed på den ene side får mulighed for at afslutte en sag med virksomhedens tilsagn, og hvis virksomheden samtidig kan påklage den afgørelse, som den selv har medvirket til at få på plads med myndighederne, og som er gjort bindende for virksomheden. Det er alene muligheden for at påklage en afgørelse til Konkurrenceankenævnet, der foreslås begrænset. Virksomheden vil fortsat kunne få prøvet spørgsmålet om lovligheden af Konkurrencerådets afgørelse ved domstolene, hvis virksomheden ønsker dette.

Tredjemand kan heller ikke påklage en afgørelse om, at de af en virksomhed afgivne tilsagn er bindende for virksomheden. Afgørelsen er fremadrettet og angår, hvad virksomheden skal gøre fremover. Den manglende klageadgang er således en naturlig følge af, at konkurrencemyndighederne ikke behøver at tage stilling til, hvorvidt der er sket en overtrædelse, eller der stadig finder en overtrædelse sted, jf. betragtning 13 i præambelen til gennemførelsesforordningen vedrørende Kommissionens adgang til ved beslutning at gøre tilsagn bindende for virksomhederne. En sådan manglende klageadgang for tredjemand kendes i forvejen fra de gældende fusionsregler, hvor klageadgangen bl.a. blev afskåret for at undgå chikanøse klagesager. Lige som det er tilfældet i fusions saker, vil tredjemand kunne anlægge sag ved de almindelige domstole. Tredjemand vil eksempelvis kunne anlægge sag mod den virksomhed, der har afgivet tilsagn, med

påstand om, at forbuddene i loven er overtrådt, og et eventuelt krav om erstatning.»⁵²

Utvalget finner ikke grunn til å begrense klagemulighetene på samme måte i sitt forslag. Utvalget legger til grunn at spørsmålet om de aktuelle foretakene og eventuelle tredjeparter har rettslig klageinteresse i forhold til de tilsagn som gjøres bindende for foretakene må løses på bakgrunn av de generelle reglene om dette i forvaltningsloven. Der en tredjepart mener tilsagnene 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 foreligger en overtredelse.

Når det gjelder departementets kompetanse i klagesaker vedrørende bindende tilsagn, foreslår utvalget å begrense denne på samme måte som foreslått i § 20 sjette ledd hva gjelder vedtak om tillatelse av en foretakssammenslutning i samsvar med avhjelpende tiltak foreslått av melder(ne), jf. lovforslaget § 12 nytt femte ledd. Vurderingstemaet for departementet i klagesaken vil dermed knytte seg til hvorvidt de foreslåtte tilsagnene fra foretaket, som ble gjort bindende for foretaket gjennom Konkurransetilsynets vedtak, 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 vedtakstidspunktet. 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.

Med hensyn til rettsvirkninger bør tilsagnsvedtaket harmoniseres med overvåkningsorganenes kompetanse, dvs. at det fattes vedtak om at Konkurransetilsynet ikke vil gripe inn i saken. Derimot vil vedtaket ikke slå fast at det ikke foreligger en overtredelse av atferdsreglene. For det første vil en slik hjemmel være problematisk i forhold til EØS-avtalen, jf. ovenfor i punkt 5.3. For det andre ligger det i sakens natur at vedtak skal kunne fattes på et tidlig stadium der det ennå ikke er tatt endelig stilling til spørsmålet om loven er overtrådt. Det følger av dette at de alminnelige

⁵² Lovforslag L 63, Forslag til lov om ændring af konkurrence-loven, Samling 2004-05 (1. samling), merknader til § 19 stk. 1.

domstoler i prinsippet vil kunne tilkjenne erstatning selv om Konkurransetilsynet har avsluttet saken ved tilsagn. På tilsvarende måte vil en domstol heller ikke være forhindret fra å konkludere med at foretak fremdeles bryter loven selv om de etterlever et vedtatt tilsagn.

Utvalget legger til grunn at tilsagn ikke skal kunne kombineres med vedtak om overtredelsesgebyr (dvs. at det ilegges et redusert gebyr mot tilsagn fra foretaket). Utvalget antar imidlertid at det etter gebyrhjemmelen er relevant i utmålingen hvis foretakene har avsluttet overtredelsen med umiddelbar virkning.

Ved utformingen av lovforslaget har utvalget tatt utgangspunkt i ordlyden i rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9. I likhet med i EU/EØS vil utvalget foreslå at brudd på tilsagnsvedtaket skal kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr uten at det må påvises at forbudsbestemmelsene i § 10 eller § 11 samtidig er overtrådt. Utvalget foreslår å ta inn et eget ledd i § 12 om tilsagnsvedtak. Da vil kompetansen til å ilegge gebyr for brudd på slike vedtak allerede følge av konkurranseloven § 29. Utvalget legger videre til grunn at tilsynet må ha anledning til å ilegge tvangsmulkt for å sikre at tilsagn overholdes, og at ordlyden i gjeldende lov § 28 dekker et slikt behov. Utvalget vil ikke foreslå at brudd på tilsagnsvedtak skal være straffbart. Utvalget peker her på at prosedyren med tilsagn er ment å være enkel og effektiv, og at hensynet til muligheten for å oppnå tilsagn tilsier at brudd ikke bør sanksjoneres med straff.

Utvalget vil endelig foreslå at det gis særskilte regler om gjenåpning av saken. I EU/EØS-retten følger det av rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9 nr. 2 at saken kan gjenåpnes dersom de faktiske forholdene endrer seg vesentlig, foretakene opptrer i strid med tilsagnene eller vedtaket er bygget på feilaktige eller ufullstendige opplysninger. Utvalget vil bemerke at en egen bestemmelse som gir Konkurransetilsynet hjemmel for å omgjøre et vedtak på dette grunnlaget nok vil være noe videre enn den alminnelige forvaltningsrettslige adgangen til omgjøring som følger av forvaltningsloven § 35. Utvalget finner imidlertid at hensynet til harmonisering, samt hensynet til forutberegnelighet, tilsier at det bør fremgå uttrykkelig av konkurranselovens bestemmelser om tilsagn på hvilke vilkår prosedyren kan gjenåpnes. Konsekvensen av en slik særregulering vil bli at de begrensningene i omgjøringsadgangen som følger av forvaltningsloven § 35 ikke gjelder for denne typen vedtak. Det følger av den generelle

bestemmelsen i gjeldende lov § 6 første ledd at vedtak etter loven må tidsbegrenses. På denne bakgrunn finner utvalget ikke grunnlag for å foreslå særskilte regler om revidering av tilsagnene.

Utvalget foreslår at regelen om tilsagnsvedtak tas inn i lovforslaget § 12 nytt tredje, fjerde og femte ledd.

5.5 Utvalgets vurderinger av klageadgangen etter § 12 tredje ledd

Formålet med bestemmelsen om særskilt klageadgang ved henleggelse av en sak var å ivareta interessene til tredjepersoner. Lovutvalget understreket den gang særlig at det ville virke kunstig at tilsynets avgjørelse ville være et vedtak hvis en anmodning om pålegg ble tatt til følge, men ikke hvis den ble avvist. Denne begrunnelsen ble tiltrådt av departementet. Drøftelsen i forarbeidene må ses på bakgrunn av diskusjonen om klagers rettsstilling etter inngrepsbestemmelsen i 1993-loven § 3-10, som var særlig relatert til saker om forretningsnektelser overfor mindre næringsdrivende.⁵³

Utvalget vil bemerke at konkurranselovens atferdsregler er 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 overtredelser vil selv kunne bringe saken inn for de alminnelige domstoler og kreve overtredelsen stanset gjennom midlertidig forføyning eller forbudsdom. Etter forholdene vil det også kunne kreves erstatning. Utvalget vil derfor understreke at tredjepersoner etter dagens lov har reelle muligheter for å ivareta sine interesser etter loven. Spørsmålet er derfor om det fremdeles er behov for å kunne påklage Konkurransetilsynets avgjørelser om å henlegge en sak.

Slik det er vist i punkt 5.2, har det vært en synkende tendens i antallet saker etter § 12 tredje ledd. Klage er tatt til følge i bare tre av 40 saker, og ingen av disse har endt med at Konkurransetilsynet faktisk har grepet inn. Videre viser utvalget til at tilsynet uansett vil kunne legge vekk en sak ut fra hensynet til ressursprioritering. I saker som primært rammer enkelte næringsdrivende, for eksempel forretningsnektelser overfor mindre foretak, vil virkningene for samfunnet ofte ikke være av en slik art at tilsynet bør benytte ressurser på saken. I slike tilfeller er det mer naturlig at

⁵³ NOU 2003: 12 s. 159-161 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 72.

den næringsdrivende selv bringer saken inn for domstolene. Når tilsynet ikke har en plikt til å gripe inn, vil det uansett være lite substans i en klagebehandling.

Utvalget bemerker at en henvisning av tredjepersoner til de alminnelige domstoler også er trenden i EU/EØS. Utvalget vil også bemerke at bestemmelsen åpner for at det kan holdes kunstig liv i en sak det kanskje ikke er grunnlag for.⁵⁴ Det er på det rene at foretak vil kunne ha incentiver til å påklage atferd som faktisk er gunstig for samfunnet (typisk der konkurransen oppleves som for sterk), og at klage til konkurransemyndighetene fremstår som et enkelt og tilnærmet omkostningsfritt alternativ, samtidig som en klage vil kunne representere en sterk belastning for det foretaket som påstås å bryte loven. Når foretak i større utstrekning oppfordres til å bringe saken inn for de alminnelige domstoler, vil også de silingsmekanismer som ligger i sivilprosessen kunne bidra til å avverge at konkurranseloven eventuelt benyttes strategisk mot konkurrenter.

Samlet sett mener utvalget således at det ikke er grunnlag for å opprettholde § 12 tredje ledd av hensyn til tredjepersoner.

Utvalget har også vurdert om det er andre hensyn som kan forsvare denne særlige klageadgangen. I første rekke måtte dette være departementets mulighet for å styre ressursbruk og prio-

riteringer i Konkurransetilsynet. Ut fra den praksis som foreligger, der departementet kun tar stilling til om avslaget på å gripe inn er tilstrekkelig begrunnet, er det vanskelig å se at kompetansen tjener noe formål i så måte. Departementet vil også kunne legge generelle føringer for virksomheten gjennom det årlige tildelingsbrevet, og dette gjøres også i praksis. Videre følger det av § 8 annet ledd annet punktum at «Kongen kan pålegge Konkurransetilsynet å ta en sak opp til behandling.» Det kunne også vært anført at hjemmelen har en «oppdragende» effekt og bidrar til bevisstgjøring fordi avslag må begrunnes. Utvalget ser likevel ikke at dette hensynet er tilstrekkelig tungtveiende til å forsvare en opprettholdelse av hjemmelen. Det vises til at hjemmelen er særegen for konkurranseloven, og at den i de senere år er lite brukt. Utvalget vurderer det også slik at en opphevelse av § 12 tredje ledd kan ha en positiv effekt i den utstrekning saker der det er grunnlag for det bringes inn for de alminnelige domstoler, og at overtredelser således kan bringes til opphør uten å involvere Konkurransetilsynet.

Utvalget ser imidlertid at det i noen tilfeller kan være ønskelig for private 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.

⁵⁴ Om strategisk bruk av konkurranseloven se Foros/Hjelmeng: Virker konkurranseloven prisdrivende? Økonomisk Forum nr. 1. 2006.

Kapittel 6

Sanksjoner i atferdssaker

6.1 Mandat

Utvalget er bedt om å vurdere alle sider ved konkurranselovens sanksjonssystem. Utvalget skal herunder se på om det er hensiktsmessig å opprettholde dagens tosporede sanksjonssystem og den nærmere grensedragningen mellom et administrativt og straffeprosessuelt system. Videre skal utvalget se på utformingen av lempningsordningen og om lempningsordningen bør utvides til også å omfatte lempning av straff.

6.2 Gjeldende rett

Konkurranseloven av 2004 innførte et system med offentlige sanksjoner i to spor. Loven viderefører sanksjonssystemet i konkurranseloven av 1993¹, som fastsatte straff (bøter og fengsel) for forsettlig eller uaktsom overtredelse av loven. Som et supplement til de strafferettslige sanksjoner innførte den nye loven også et vidtgående administrativt sanksjonsspor med hjemmel til å ilegge foretak overtredelsesgebyr.² Loven av 2004 innførte videre en hjemmel for Konkurransetilsynet til å vedta lempning av sanksjonene. Konkurranseloven § 31 gir hjemmel til lempning både av overtredelsesgebyr etter § 29 og bøter til foretak etter § 30 i loven. Loven gir ikke hjemmel for lempning av personstraff. I tillegg viderefører konkurranseloven bestemmelsene i § 6-4 i 1993-loven om tvangsmulkt. I det følgende gis en kort oversikt over sanksjonsformene i loven og forholdet mellom straffsanksjon og administrativ sanksjon. Konkurranselovens sanksjonssystem får anvendelse også for Konkurransetilsynets håndhevelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, jf. EØS-konkurranseloven § 6.

6.2.1 Overtredelsesgebyr – konkurranseloven § 29

Begrunnelsen for innføring av et administrativt sanksjonsspor med ileggelse av overtredelsesgebyr for foretak var behovet for effektivisering av håndhevingen av konkurranseloven. Konkurranseloven av 1993 inneholdt en kombinasjon av forbud og inngrepshjemler, og fastsatte forbud bare mot de mest alvorlige formene for konkurransebegrensninger.³ I loven av 2004 er forbudsbestemmelsene betydelig utvidet, ved at forbudsbestemmelsene i § 10 og § 11 er 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 er egnet til å fange opp alle typer overtredelser, ikke bare de mest alvorlige. Videre var det et ønske om harmonisering med sanksjonssystemet i EU/EØS og flere andre land, herunder et behov for strengere utmålingspraksis.⁴

Overtredelsesgebyr i henhold til konkurranseloven § 29 kan ilegges både for materielle og prosessuelle overtredelser av loven, jf. § 29 første ledd bokstav a til f. Det kan også ilegges overtredelsesgebyr for medvirkning til overtredelse av disse bestemmelsene, jf. første ledd bokstav g. De materielle overtredelsene er for det første brudd på § 10 om forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og § 11 om utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, samt unnlatelse av å melde en foretakssammenslutning i henhold til § 18 første ledd og overtredelse av gjennomføringsforbudet ved foretakssammenslutninger i § 19 første ledd. Videre gjelder det overtredelse av vedtak etter § 12 (pålegg om opphør av en ulovlig atferd), § 16 (inngrep mot foretakssammenslutning), § 19 tredje ledd (midlertidig forbud mot gjennomføring av foretakssammenslutning) og § 23 (prisopplysning mv.). Prosessuelle overtredelser er unnlå-

¹ Lov 11. juni 1993 nr. 65 § 6-6.

² Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) pkt. 8.4.3.

³ Jf. §§ 3-1 til 3-4.

⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) pkt. 8.3.3. s. 116.

telse av å etterkomme pålegg etter § 24 og § 25 om opplysningsplikt og bevissikring, avgivelse av uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene, brudd på forsegling foretatt i medhold av § 25 og overtredelse av forskrifter gitt med hjemmel i § 14 og § 23.

Overtredelsesgebyr etter § 29 kan bare ilegges foretak. Sanksjoner mot fysiske personer kan kun ilegges etter straffeprosessuelle regler. Begrepet «foretak» er nærmere definert i konkurranseloven § 2, og omfatter enhver som driver privat eller offentlig ervervsvirksomhet. Innholdet av foretaksbegrepet er i samsvar med foretaksbegrepet i konkurransereglene i EU/EØS.

Skyldkravet etter konkurranseloven § 29 er forsett eller uaktsomhet fra foretaket eller en som handler på vegne av foretaket. Det er ikke et krav om at de personer som overtredelsen kan tilregnes må identifiseres; foretakene svarer også for anonyme og kumulative feil.⁵ Loven fastsetter ikke direkte hvilket beviskrav som gjelder ved overtredelse av bestemmelsen. Det er i proposisjonen lagt til grunn at det gjelder et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt også i konkurransesaker.⁶ Spørsmålet om beviskravet i konkurransesaker er behandlet av Høyesterett i Tinesaken.⁷ Det vises til utvalgets vurdering av lovens beviskrav nedenfor under punkt 6.5.5.

Konkurranseloven § 29 fastsetter prinsippene for utmåling av overtredelsesgebyr. Det skal særlig legges vekt på foretakets omsetning og overtredelsens grovhet og varighet, samt eventuell lempning. 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.⁸ Nærmere regler om utmåling av og lempning i overtredelsesgebyr er gitt i forskrift.⁹

Overtredelsesgebyr etter § 29 vedtas av Konkurransetilsynet, jf. tredje ledd. Vedtak om overtredelsesgebyr er enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2. Vedtaket kan ikke påklages til departe-

mentet, men kan bringes inn for domstolen. Retten kan prøve alle sider av saken og treffe realitetsavgjørelse.

Tilsynet har vedtatt overtredelsesgebyr med hjemmel i konkurranseloven § 29, for brudd på § 10 og § 11 i ni saker. Tilsynets vedtak om overtredelsesgebyr er brakt inn for domstolen i fem saker.

Foreldelsesfristen for overtredelse av § 10 og § 11 er 10 år. Øvrige overtredelser foreldes etter 5 år. Ved fortsatt overtredelse begynner fristen å løpe først når det siste lovbruddet i rekken er avsluttet.¹⁰

6.2.2 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, var at overtredelse av konkurransereglene er alvorlig økonomisk kriminalitet. Departementet mente at å fjerne straffsanksjonen kunne oppfattes som et signal om at overtredelse av konkurranseloven er mindre alvorlig enn andre former for grov økonomisk kriminalitet. Videre mente departementet at en ren økonomisk reaksjon som overtredelsesgebyr ikke alltid vil ha den nødvendige avskrekkende virkning på foretakene eller personer som handler på vegne av foretakene. Gevinsten ved en overtredelse kan være større enn det forventede maksimale overtredelsesgebyret foretaket kan bli ilagt. Et overtredelsesgebyr kan i mange tilfeller også overføres på foretakets kunder gjennom økte priser. Departementet mente videre 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 de materielle og prosessuelle bestemmelser i konkurranseloven, jf. § 30 første ledd bokstav a til f. De straffebelagte handlingene i § 30 er i stor grad sammenfallende med de overtredelser som kan medføre overtredelsesgebyr i henhold til § 29. En viktig forskjell er imidlertid at straffsanksjoneringen ikke gjelder overtredelse av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i § 11. Hovedbegrunnelsen for dette var at denne forbudsbestemmelsen først ble innført ved konkurranseloven av 2004. Videre var det et hensyn at straffebestemmelsen favner et vidt spekter av

⁵ Olav Kolstad m.fl. «Norsk konkurranserett Bind II Prosess og sanksjoner» 2006 s. 55 og Harald Evensen og Eivind Sæveraas (red.) «Konkurranseloven og EØS-konkurranse-loven» 2009 s. 755.

⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 117.

⁷ Rt. 2011 s. 910 Tine SA mot Staten v/Konkurransetilsynet.

⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 118.

⁹ Forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr. Forskriften er fra 1. januar 2012 endret for å reflektere endringene i retningslinjene for bøteutmåling i EU/EØS. Som nevnt i punkt 1.1.2 har utvalget pga. harmoniseringsarbeidet ikke gått nærmere inn på spørsmål om utmåling eller ansvarssubjekter for overtredelsesgebyret.

¹⁰ Ot.prp. 6 (2003-2004) s. 112.

handlinger, og at konstatering av markedsrett ofte kan forde en komplisert økonomisk analyse. Det kan derfor være vanskelig for det enkelte foretak å forutse om en handling er i strid med forbudet. Departementet mente derfor at det ved overtredelser av dette forbudet var tilstrekkelig å illegge foretaket et overtredelsesgebyr.¹¹ Dersom foretaket overtrer et vedtak fra Konkurransetilsynet om opphør av utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, kan denne overtredelsen derimot sanksjoneres med straff.¹² Straffehjemmelen omfatter også medvirkning, jf. § 30 tredje ledd.

Strafferammen for overtredelse av konkurranseloven § 30 er bøter eller fengsel i inntil 3 år. For overtredelse av § 10 er strafferammen fengsel i inntil 6 år dersom det foreligger særdeles skjerpene omstendigheter. Straffsanksjonssporet er til nå ikke blitt anvendt under konkurranseloven av 2004.

6.2.3 Forholdet mellom straffsanksjonering og administrativt overtredelsesgebyr

Straff etter gjeldende § 30 kan ilegges både foretak og enkeltpersoner. Overtredelsesgebyr etter § 29 kan bare ilegges foretak. Lovgiver har lagt til grunn at overtredelsesgebyr i henhold til konkurranseloven § 29 er å anse som straff etter EMK artikkel 6, jf. nærmere om dette i punkt 6.4.1.3. Forbudet mot dobbeltstraff (*ne bis in idem*) i EMKs tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 nr. 1 innebærer at et foretak derfor ikke kan ilegges både overtredelsesgebyr og straff for én og samme overtredelse av konkurranseloven.

Konkurranseloven fastsetter ikke en nærmere avgrensning mellom de to sanksjonssporene. Konkurranselovutvalgets flertall i NOU 2003:12 mente at det tradisjonelle straffansvaret bør være sekundært i forhold til overtredelsesgebyr.¹³ Departementet var ikke enig i dette, og anførte i forarbeidene at overtredelsesgebyr etter § 29 bør innføres som et supplement til, og ikke til fortrengsel for gjeldende strafferettslige sanksjoner ved overtredelse av konkurranseloven. Departementet mente, i likhet med høringsuttalelsene fra Justisdepartementet, Økokrim og Riksadvokaten, at det ville stride mot de kriminalpolitiske hensyn som ligger til grunn for straffansvaret dersom sanksjonen mot alvorlige brudd på konkurranselovgivning bare skal avgjøres med en sivilrettslig sanksjon mot foretaket, mens de som har

begått lovbruddene går fri. Departementet var likevel enig med flertallet i at praktiske hensyn kan tillegges vekt ved valg av reaksjon, men ikke som begrunnelse for å redusere det personlige ansvar på prinsipielt grunnlag. Departementet antok likevel at innføringen av et nytt sivilrettslig sanksjonsspor ville kunne effektivisere håndhevelsen av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven, og at dette kunne innebære at foretaksstraff og individuelt straffansvar gis en noe mer tilbaketrasket rolle der dette er rimelig og hensiktsmessig.¹⁴

Departementet uttalte videre i lovproposisjonen at det kan være hensiktsmessig å vurdere innført klarere retningslinjer for hvilke saker som skal anmeldes og overføres til politi og påtalemyndighet, for eksempel i form av en anmeldelsesinstruks. Departementet pekte imidlertid på at Konkurransetilsynet må gis et betydelig skjønn ved vurderingen av når anmeldelse er nødvendig for å ivareta de hensyn som de aktuelle bestemmelsene skal beskytte, og uttalte at det vil vurdere dette nærmere.¹⁵ Det er ikke innført slike retningslinjer.

Det tosporede sanksjonssystemet i konkurranseloven innebærer at Konkurransetilsynet og påtalemyndigheten vil ha parallell kompetanse til å håndheve konkurranselovens forbudsbestemmelser. Dersom det er aktuelt med strafferettslige sanksjoner, vil imidlertid påtalemyndigheten normalt først etterforske saken etter anmeldelse fra Konkurransetilsynet.¹⁶ I prinsippet kan en sak likevel etterforskes samtidig i begge spor. Det er således ikke noe til hinder for at påtalemyndigheten innleder strafferettslig forfølgning selv om saken behandles av konkurransemyndighetene, eller at konkurransemyndighetene fortsetter 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, har Konkurransetilsynet fremdeles adgang til å 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 Konkur-

¹¹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 124.

¹² Jf. § 29 første ledd bokstav b.

¹³ NOU 2003:12 s. 127.

¹⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 124.

¹⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 124.

¹⁶ Se også Konkurransetilsynets uttalelse om unnlattelse av å anmelde saker om lempning: http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/429251/080306_UTTAELSE_ANMELDELSE_LEMPNING.PDF.

ransetilsynets videre undersøkelser foretas i samsvarende med straffeprosessloven.¹⁷

6.2.4 Lempning

Konkurranseloven § 31 gir hjemmel for lempning av overtredelsesgebyr og foretaksstraff for overtredelse av § 10. Det er ikke anledning til å lempe overtredelsesgebyr etter § 11. Bestemmelsen omfatter ikke personstraff. Det skal i henhold til § 31 ved utmåling tas i betraktning om foretaket har bistått konkurransemyndighetene med oppklaring av egen eller andres overtredelse. Annet ledd gir Kongen hjemmel til å vedta forskrifter om nærmere regler for utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.¹⁸ Dersom saken behandles i straffesporet, gir straffeloven § 59 også hjemmel til straffnedsettelse. Lempningsordningen omtales nærmere nedenfor under punkt 6.3.1.

6.2.5 Tvangsmulkt

Konkurranseloven § 28 første ledd gir Konkurransetilsynet hjemmel til å ilegge foretak tvangsmulkt for å sikre oppfyllelse av enkeltvedtak etter loven eller pålegg om opplysningsplikt etter konkurranseloven § 24. Hjemmelen til å ilegge tvangsmulkt er i hovedsak en videreføring av konkurranseloven av 1993 § 6-4, men er ved loven av 2004 utvidet til å omfatte også unnlatt oppfyllelse av pålegg etter konkurranseloven § 24. Paragraf 28 annet ledd fastsetter at Konkurransetilsynet bestemmer tidspunktet for når mulkten begynner å løpe, og at det helt eller delvis kan frafalle krav om tvangsmulkt. Det er ikke fastsatt nærmere regler om mulktens størrelse. Tredje ledd gir imidlertid hjemmel til å fastsette nærmere regler i forskrift. Det er ikke vedtatt slike forskrifter.

Forarbeidene til dagens lov drøfter om selvinkrimineringsvernet i EMK artikkel 6 nr. 1 setter skranker for bruk av tvangsmulkt i saker om opplysnings- og utleveringsplikt. Konkurranselovutvalget la til grunn at fysiske personer ikke kan påberope seg innskrenkninger i opplysningsplikten overfor Konkurransetilsynet med grunnlag i selvinkrimineringsvernet. Utvalget viste til at fysiske personers vern ligger i at opplysningene de pålegges å gi ikke kan danne grunnlag for fellelse av dem i en eventuell senere straffesak.

¹⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 112.

¹⁸ Hjemmelen til å gi forskrifter er delegert til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet ved kgl.res. 16. april 2004 nr. 631. Se forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr (utmålingsforskriften).

Utvalget antok at ettersom vernet for foretak har en annen begrunnelse og rekkevidde enn det vernet fysiske personer har mot selvinkriminering, vil det ikke være i strid med EMK å innføre tvangsmulkt for å effektivisere slike pålegg overfor foretak.¹⁹ Departementet var i hovedsak enig i utvalgets konklusjoner. Departementet viste imidlertid til at selvinkrimineringsvernet var i utvikling, og at det derfor ikke var hensiktsmessig å ta inn nærmere bestemmelser om dette i konkurranseloven. Konkurransetilsynet må selv vurdere når tvangsmulkt kan brukes for å fremtvinge opplysninger. Dersom noen mener at Konkurransetilsynet har vurdert dette spørsmålet feil, blir det opp til domstolene å trekke den eksakte grensen.²⁰ Selvinkrimineringsvernet er nærmere behandlet i punkt 7.3.

6.3 Straff og forholdet til lempningsinstituttet

6.3.1 Nærmere om dagens lempningsordning

Lempning vil si at de 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 helt bortfall eller delvis nedsettelse av sanksjonen som ilegges for overtredelsen. Formålet med lempningsordningen er å gi deltakerne i et konkurransebegrensende samarbeid tilstrekkelige incentiver til å bistå konkurransemyndighetene med å avdekke karteller. Økt oppdagelsesrisiko gjennom avsløringer fra «egne rekker» vil også ha betydelig avskrekkende virkning med hensyn til å etablere nye karteller, og således ha en preventiv virkning.

Konkurranseloven § 10 har et anvendelsesområde som strekker seg ut over de alvorligste kartellsakene, og lempning gjelder i prinsippet også i andre tilfeller enn kartellsaker. Lempningsordningen tar imidlertid primært sikte på å øke oppdagelsesrisikoen for karteller i form av skjult konkurransebegrensende samarbeid som horisontalt pris-, anbuds- og markedsdelingssamarbeid, som anses som særlig alvorlige overtredelser av konkurranseloven § 10. At slikt samarbeid er skjult og lønnsomt for deltakerne, gjør at oppdagelse og innsamling av tilstrekkelige bevis er en særdeles vanskelig oppgave for Konkurransetilsynet. For-

¹⁹ NOU 2003:12 s. 142 og 186.

²⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 131-132.

utberegnelighet med hensyn til innvilgning av lempning er ansett å være avgjørende for at ordningene skal være vellykket.²¹

Økonomisk teori anser karteller som grunnleggende ustabile. Å bryte ut av karteller vil kunne være lønnsomt ved at foretaket vil kunne 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 jukse eller bryte ut av kartellet. Det er antatt at lempningsordninger bidrar til at det blir mer fristende å bryte ut, og slik forsterker ustabilitet i karteller.

Lempning er derfor en innarbeidet og anerkjent metode for å avdekke og hindre karteller. En rekke jurisdiksjoner har positive erfaringer med lempning som effektivt virkemiddel i bekjempelse av karteller. Dette gjelder bl.a. USA og innenfor EU/EØS. Både Kommisjonen og ESA har vedtatt lempningsprogram.²² Fordi karteller ofte kan være grenseoverskridende og det vil være nødvendig å søke om lempning i alle berørte jurisdiksjoner for å oppnå full beskyttelse, er det et viktig hensyn at lempningsprogrammene er tilstrekkelig samordnet mellom jurisdiksjonene. 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 lempningsøkere kan forvente at en lempningssøknad vil bli behandlet i enhver jurisdiksjon i EU, når en slik samordning er gjennomført. ECN Model Leniency Programme er ikke til hinder for at en medlemsstat vedtar en mer fordelaktig behandling av slike søknader.²³ Konkurransetilsynet har sluttet seg til Model Leniency Programme. Det er også andre internasjonale føringer bl.a. 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.

²¹ NOU 2003:12 s. 139.

²² Kommisjonens kunngjøring om bøtefritak eller bøtenedsettelse, EUT C 298 av 8.12.2006, s. 17 og Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker, EØS-tillegget til EUT nr. 64 av 3.12.2009, s. 1.

²³ ECN Model Leniency Programme: http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf.

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 for lempning er oppfylt. I forarbeidene til konkurranseloven er det forutsatt at forskriften skal bygge på ESAs retningslinjer for lempning, og forskriften speiler disse. Forskriften, som er vedtatt før endringene i overvåkningsorganets lempningsordning i 2009, reflekterer imidlertid ikke alle sider ved ESAs lempningsprogram, herunder bestemmelsene om å sikre søker plass i lempningskøen, jf. punkt 15 i kunngjøringen.

Hel lempning, dvs. 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 informasjon. 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 bevissikringsbeslutning, (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 konkurransemyndighetene kan oppnå delvis reduksjon i gebyret på to vilkår, jf. forskriften § 6: (i) fremlagt materiale må vesentlig styrke Konkurransetilsynets muligheter til å bevise en overtredelse, og (ii) foretaket må opphøre med overtredelsen senest på det tidspunktet 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 vises til at forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 31 annet ledd er begrenset til overtredelsesgebyr og til definisjonen av lempning i forskriften § 1 om forskriftens virkeområde. Det er heller ikke gitt andre bestem-

melsers om den nærmere gjennomføringen av lempning av foretaksstraff.

Konkurranselovutvalget av 2001 mente at det burde lempes i både det sivile sporet og i straffesporet, og fremla forslag til bestemmelser for å kunne gjennomføre og skape forutberegnelighet ved lempning i begge spor. Utvalget mente at for at et lempningsprogram skal ha ønsket effekt, bør potensielle lempningssøkere ha en rimelig grad av sikkerhet for at det strafferettslige sporet ikke kommer til anvendelse. Utvalget tenkte seg ordninger der tilsynet og påtalemyndigheten i fellesskap gir forhåndstilsagn om lempning.²⁴ Utvalget foreslo også i sitt utkast til lempningsbestemmelse i § 7-4 en regel om at retten ikke kan utmåle en høyere straff enn det påtalemyndigheten har påstått, og at retten i en sak om sivilrettslig bot ikke kan fastsette et gebyr som er høyere enn det tilsynet har vedtatt. Konkurranselovutvalget pekte på en alternativ ordning hvor påtalemyndigheten som ledd i sanksjonslempning kan unnlate å påtale et lovbrudd, og at det må legges til rette for at det kan gis et løfte om maksimal lempning. Utvalget mente imidlertid at en slik ordning, som ville innebære at Konkurransetilsynet kunne stanse enhver strafferettslig forfølgning uten å koble inn påtalemyndigheten, ville være lite forenlig med prinsippet om en uavhengig påtalemyndighet og offentlig påtale.

Justisdepartementet gikk sterkt imot hele lempningsordningen, men var spesielt skeptisk til lempning av straff, som ble ansett å åpne for såkalt «plea bargaining» og forslaget om å binde domstolen til påstanden med hensyn til sanksjonsutmåling. Under diskusjonen om et tosporet sanksjonssystem²⁵ ga Justisdepartementet uttrykk for at det enten i selve loven, i forskrifter til loven eller i en anmeldelsesinstruks burde gis klare retningslinjer for hvilke saker som skal anmeldes og overføres til politi og påtalemyndighet. Justisdepartementet mente at instruks var å foretrekke. Det ble understreket at det var viktig at man ikke endte opp med en tilfeldig praksis med hensyn til om det i den enkelte sak gjøres gjeldende et personlig straffansvar eller ikke. Det ble understreket at dette også fremsto som nødvendig av hensyn til de foreslåtte lempningsreglene.

Konkurranseloven § 31 ble endret i forhold til utvalgets forslag. Bestemmelsens første ledd forutsetter at det kan skje en lempning både av overtredelsesgebyr og straff for foretak. Det ble imidlertid ikke gitt bestemmelser som mer direkte

berører påtalemyndighetens kompetanse og det nærmere samarbeidet mellom påtalemyndigheten og Konkurransetilsynet, slik lovutvalget tenkte seg. Departementets vurderinger er knappe og gir ingen begrunnelse for utformingen.²⁶ Det er heller ikke utarbeidet noen anmeldelsesinstruks, som foreslått av Justisdepartementet.

Konkurransetilsynet offentliggjorde imidlertid i mars 2008 en uttalelse om unnlattelse av å anmelde i saker om lempning.²⁷ 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 oppfylder vilkårene for lempning ved brudd på konkurranseloven § 10. 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 Konkurransetilsynet, redegjør tilsynet for hvordan det oppfatter at påtalemyndigheten vil forholde seg til slike anmeldelser eller opplysninger. Konkurransetilsynet mener, i henhold til uttalelsen, at påtaleinstruksen § 7-3 i praksis vil innebære at påtalemyndigheten 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 vil ikke være ønskelig hvor disse enkeltpersonene er ansatte i et foretak som oppfyller vilkårene for lempning for samme forhold. Konkurransetilsynet viser også i uttalelsen til at ØKOKRIM overfor tilsynet har gjort det klart at det normalt ikke vil iverksette etterforskning i saker om overtredelse av konkurranselovens bestemmelser uten at forholdet er anmeldt av Konkurransetilsynet, eller at tilsynet er forelagt anmeldelsen eller mistanken etter påtaleinstruksen § 7-3 annet ledd og har stilt seg positiv til straffeprosessuell etterforskning. Tilsynet peker også

²⁴ NOU 2003: 12 s. 140 første spalte.

²⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 120.

²⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) pkt. 8.5.3, s. 128 og 129 og særmerknad til bestemmelsen s. 242.

²⁷ http://www.konkurransetilsynet.no/iknowbase/content/429251/080306_uttalelse_anmeldelse_lempning.pdf.

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 straffesporet.

Også straffeloven åpner som nevnt ovenfor for lempning av straff. Straffeloven § 59 gir domstolene en skjønsmessig adgang til å ta hensyn til tiltaltes rolle i oppklaringen av saken. Viktige momenter ved skjønnet er hvilken betydning tilståelsen har hatt for fornærmedes situasjon og hvor stor prosessøkonomisk gevinst den har medført. Likeledes er det adgang til å legge vekt på hvilken betydning tilståelsen har for oppklaring og domfellelse av saken mot eventuelle medskyldige. Konkurranselovutvalget forutsatte at påtalemyndigheter og domstoler fullt ut utnytter eksisterende muligheter for straffnedsettelse i de tilfeller en tiltalt har bidratt til en vesentlig oppklaring av kartellet. På samme måte ble det forutsatt 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.²⁸ Rettspraksis viser at det gis straffereduksjon i betydelig utstrekning.²⁹

6.3.2 Betydningen av fraværet av en formalisert lempningsordning i straffesporet

Ileggelse av overtredelsesgebyr overfor et foretak er ikke til hinder for at enkeltpersoner som oppfyller de objektive og subjektive vilkår for straff for overtredelse av konkurranseloven § 10 forfølges strafferettslig for samme forhold. Hel eller delvis lempning av overtredelsesgebyr overfor et foretak får således ingen virkning i forhold til det personlige straffansvaret for de enkeltindivider som oppfyller vilkårene for straff etter konkurranseloven § 30.

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 informasjon

nen. Overtredelse av konkurranseloven § 10 har en strafferamme på inntil seks års fengsel. Dersom det reises straffesak, må en eventuell strafferebatt på grunnlag av informasjon til myndighetene om overtredelser der vedkommende selv har deltatt, samt samarbeid med og bistand til myndighetene i oppklaring og bevisføring, skje etter de til enhver tid gjeldende bestemmelser i straffelovgivningen.

De norske reglene for lempning har til nå medført 12 søknader. Det kan være flere årsaker til at Konkurransetilsynet har mottatt relativt få lempningssøknader. Det er likevel grunn til å anta at det er en sammenheng mellom effektiviteten i lempningsordningen og risikoen for personstraff. En undersøkelse som ble gjort i Konkurransetilsynets regi i 2008, viste at blant advokater som arbeider med konkurranserett, ble fengselsstraff for ledende ansatte i foretaket vurdert som det klart mest avskrekkende i rangeringen av mulige konsekvenser av overtredelse av konkurranseloven.³⁰ Det vises også til erfaringen i Tyskland, som har både overtredelsesgebyr og straffsankjoning for anbudssamarbeid. Andre former for horisontalt samarbeid er ikke kriminalisert. Tyskland har et velfungerende program for lempning av gebyr for horisontalt ikke-kriminalisert samarbeid, men har aldri mottatt noen søknad om lempning for anbudssamarbeid.

Både Storbritannia og Danmark har ordninger med lempning av straff. Storbritannia har et tosporet system med både administrative sanksjoner og sjanse for individstraff ved ulovlige karteller og en ordning med lempning som omfatter både administrative sanksjoner og straff.³¹ I Storbritannia blir det skilt mellom type A, type B og type C immunitet for foretak, avhengig av hvilket nummer en har i køen av lempningssøkere og den informasjonen foretaket gir konkurransemyndighetene. Ved type A og type B immunitet vil nåværende og tidligere ansatte og styremedlemmer få et «no action letter» som vil gjøre disse immune for straffeforfølgning. Ved type C immunitet vil konkurransemyndigheten gi immunitet for individuell straffeforfølgning for tidligere ansatte og styremedlemmer, basert på en vurdering av bistand fra søkeren om lempning, og om slik immunitet er i det offentliges interesse. Dersom enkeltpersoner søker lempning på egne vegne, vil personen bli

²⁸ NOU 2003: 12, kapittel 6 s. 138.

²⁹ I sin høringsuttalelse til konkurranseloven av 2004 uttalte Advokatforeningen at strl. § 59 i praksis er praktisert som en absolutt regel, og at forslaget til lempningsregel i konkurranseloven derfor ikke i særlig grad bryter med det som allerede var generell strafferett.

³⁰ Konkurransetilsynets omdømmeundersøkelse 2008: http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVaultFiles/id_1991/cf_5/Omd-mmeunders-kelse_2008.PDF.

³¹ Etter revisjon per juni 2009: <http://www.oft.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/cartels/>.

garantert et «no action letter» når vedkommende er først til å underrette konkurransemyndigheten om et kartell, og det ikke allerede er satt i gang en etterforskning.

Danmark har bare straffsanksjonering ved brudd på forbudet mot kartell. Danmark har innført et program for lempning som er bygget på programmet for lempning i EU.³² Forholdet mellom lempningsprogrammet og personstraff er regulert i lovteksten, og innebærer at en søknad om lempning fra et foretak eller en sammenslutning av foretak automatisk også omfatter nåværende og tidligere styremedlemmer, ledende medarbeidere eller andre ansatte, dersom personene individuelt oppfyller vilkårene for lempning. Rollefordelingen mellom den danske Konkurrencestyrelsen, politi/påtalemyndigheten og Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet (SØK) synes å kunne sammenlignes med situasjonen i Norge. I Danmark er systemet slik at søkere om lempning som hovedregel skal vende seg til Konkurrencestyrelsen. Der SØK allerede har åpnet en straffesak, kan søknad imidlertid leveres dit. Et foreløpig tilsagn om lempning blir gitt av den myndigheten som har mottatt søknad om lempning. Likevel er det slik at før slikt foreløpig tilsagn blir gitt, skal dette være drøftet mellom Konkurrencestyrelsen og SØK. De nærmere prosedyrereguleringene fremgår av lovteksten.

Internasjonale signaler og erfaringer fra fagpersoner og fagmyndigheter 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.

Utvalget viser til at departementet i desember 2008 fremla et forslag til endringer i konkurranseloven på høring, der hovedformålet var å utvide nedslagsfeltet for lempning til å gjelde fullt ut i begge sanksjonsspor.³³ Utvalget har vurdert departementets forslag og høringsuttalelsene i saken. Som det fremgår nedenfor, har utvalget en

noe annen oppfatning av hvordan en ordning med bortfall av personstraff mest hensiktsmessig kan utformes for å øke foretakenes incentiver til å søke om lempning.

Departementet pekte i høringsnotatet på at det er en svakhet ved den norske lempningsordningen at en person som søker om og får lempning for foretaket, samtidig kan risikere personlig straff. Departementet mente også at å utelukke straffesporet ikke var noe alternativ til en ordning med sanksjonslempning i begge spor.

Departementet foreslo å endre konkurranseloven § 31 slik at bestemmelsen også omfatter utmåling av personstraff etter konkurranseloven § 30, samt at forskriftshjemmelen i bestemmelsen utvides til også å gjelde utmåling av straff. Forslaget innebar at både foretak og personer skal kunne søke lempning. Lepning for personstraff skulle være mulig både på selvstendig grunnlag og som en avledet rett fra søknaden om lempning fra et foretak. Forslaget ga både foretak og personer et rettskrav på lempning dersom vilkårene i lovbestemmelsen og forskriften er oppfylt.

Forslaget innebar at dersom et foretak eller en person søker lempning, vil lempningen gjelde for det foretaket eller den personen som søker lempning. Dersom et enkeltindivid søker lempning, skulle det etter forslaget tas hensyn til det ved utmåling av straff etter konkurranseloven § 30. Videre ble det foreslått at dersom et foretak søker om lempning, skal det tas hensyn til den hjelp foretaket har gitt også ved eventuell straff for styremedlemmer og ansatte i foretaket, dersom de selv medvirker til søknaden om lempning. Departementet mente at terskelen for å ha medvirket til en søknad om lempning for foretaket måtte være lav. For å regnes som del av foretakets søknad om lempning, måtte vedkommende være ansatt eller styremedlem i foretaket på det tidspunktet foretaket oppfyller vilkårene for lempning i henhold til utmålingsforskriften. Utgangspunktet i forslaget var at styremedlemmer og ansatte automatisk ble omfattet av foretakets lempningssøknad. Departementet valgte i forslaget å forankre ansatte og styremedlemmers rettigheter i lovteksten for å skape sikkerhet på lovs nivå. Etter departementets forslag skulle en lempningssøknad fra et foretak ikke gjelde for tidligere styremedlemmer og ansatte i foretaket. Tidligere styremedlemmer og ansatte kunne likevel søke om lempning på egne vegne. Departementet mente at forslaget ville gi tidligere styremedlemmer og ansatte et sterkere motiv til å søke lempning på egne vegne. Denne gruppen har, i motsetning til et foretak og eksisterende ansatte og styremedlemmer, et særlig motiv for å

³² Konkurrenceloven (lovbekendtgørelse nr. 972 av 13. august 2010) § 23a.

³³ Fornyings- og administrasjonsdepartementets høringsbrev av 12. desember 2008. Jf. s. 2 i høringsnotatet av samme dato.

melde fra om et lovbrudd, ettersom de normalt ikke vil ha noen gevinst ved at en overtredelse fortsetter.

Departementet pekte i høringsnotatet på at vilkårene for å oppnå hel eller delvis lempning etter gjeldende rett reguleres nærmere i utmålingsforskriften. De praktiske prosedyrene for myndighetenes håndtering av søknad om lemping, inkludert forholdet mellom Konkurransetilsynet og påtalemyndigheten, ble også i forslaget forutsatt regulert i forskrift.

Departementet foreslo på denne bakgrunn følgende ordlyd i konkurranseloven § 31:

«Ved utmålingen av gebyr etter § 29 eller straff etter § 30 for overtredelse av § 10, skal det tas i betraktning om foretaket eller personen har bistått konkurransemyndighetene med oppklaringen av egen eller andres overtredelse.

Dersom et foretak bistår etter første ledd, skal dette tas i betraktning ved utmåling av straff etter § 30 for styremedlemmer og ansatte i foretaket dersom disse medvirker til foretakets bistand til oppklaringen. Første punktum gjelder ikke for tidligere styremedlemmer og tidligere ansatte i foretaket.

Kongen kan ved forskrift gi nærmere regler om lempning.»

ØKOKRIM støttet forslaget til endring av § 31 selv om det ville utgjøre «et radikalt avvik fra det som ellers gjelder i strafferetten [...]». ØKOKRIM uttalte videre:

«Det er ikke tvilsomt at en utvidelse av lempningsprogrammet til også å omfatte straff, slik som foreslått, vil gi en formell sikkerhet og forutberegnelighet for potensielle lempningssøkere. Dette vil styrke lempningsprogrammet og derigjennom også kartellbekjempelsen. ØKOKRIM støtter derfor departementets forslag om å utvide nedslagsfeltet for lempning til å gjelde i begge sanksjonsspor, jf. forslag til endring i § 31.»

Riksadvokaten gikk i mot forslaget. Riksadvokaten hadde ikke innvendinger mot forslaget om utvidelse av konkurranseloven § 31, som etter sin ordlyd neppe går lenger enn det som allerede følger av straffeloven § 59 annet ledd og andre prinsipper for utmåling av straff, men var svært skeptisk til de varslede endringene i forskrift. Riksadvokaten påpekte:

«Det er helt ukjent i norsk rett at en skal kunne oppnå straffritak (amnesti) for ellers straffbare handlinger ved å bistå myndighetene. Selv ikke når det gjelder alvorlige forbrytelser som drap, narkotikaforbrytelser eller alvorlig organisert kriminalitet har det hittil vært aktuelt å tenke seg at en offentlig myndighet skulle kunne inngå avtaler om unnlåte å bruke straff i bytte for viktig informasjon. Det knytter seg selvsagt en lang rekke betenkeligheter til dette, og det er vanskelig å se at dette skal innføres på ett enkelt særrområde uten nærmere utredning av behovet og betenkeligheter knyttet til fare for uriktige forklaringer etc. Riksadvokaten må bestemt advare mot at det arbeides videre med innføring av adgang til helt fritak for straff overfor personer eller foretak som gir konkurransemyndighetene viktig informasjon. En mulig utvidelse av adgangen til å ta hensyn til tilståelser og bistand til de retts håndhevende myndigheter ut over det som følger av straffeloven § 59 annet ledd og alminnelige straffutmålingsprinsipper, må ses i en langt videre sammenheng og krever nøye overveielse.»

Riksadvokaten uttalte videre at selv om «Riksadvokaten er negativ til «hel lempning» av straffansvar, har en forståelse for at det kan være behov for å gi ytterligere incitament til å gi konkurransemyndighetene informasjon. Men dette må søkes oppnådd med andre virkemidler. En mulighet kan kanskje være å klargjøre gjennom forskrift eller instruks når anmeldelse kan unnlåtes fordi den mistenkte har gitt verdifull bistand til konkurransemyndighetene, selv om dette selvsagt ikke binder påtalemyndigheten.»

Justisdepartementet hadde også innvendinger mot forslaget. Justisdepartementet mente forslaget ga anledning til administrativt å fritta for straffansvar, og at dette reiser prinsipielle spørsmål om forholdet mellom forvaltningen og påtalemyndigheten. Justisdepartementet mente forslaget ville bryte med påtalemyndighetens uavhengige rolle i forvaltningen, der bare Kongen i statsråd har en formell adgang til å instruere om påtalespørsmål. Justisdepartementet mente at avvik fra dette krever svært gode grunner. En annen innvending fra Justisdepartementet var at det gjeldende straffeprosessuelle og strafferettslige regelverket kan ivareta de formål en ønsker å oppnå, og at dette ikke var godt nok belyst eller tatt hensyn til i høringsnotatet. Justisdepartementet viste til straffeprosessloven § 69 om påtaleunnlåttelse, 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 straffeutmålingen, som er samme formulering som i utkastet til § 31. Justisdepartementet pekte i denne forbindelse på muligheten for betinget dom, eventuelt i form av straffenedsettelse etter straffeloven § 52 nr. 1. Justisdepartementet viste også til den nye bestemmelsen om frafall av straffutmåling i straffeloven av 2005 § 61. Bestemmelsen innebærer at den tiltalte kjennes skyldig, men at straff ikke utmåles. Justisdepartementet mente at de eksisterende lovreglene i sum medfører at det langt på vei allerede i dag er mulig å ivareta de hensyn som forslaget til konkurranselov § 31 er bygget på, uten at de samme innvendingene gjør seg gjeldende.

Departementet kom til at problemstillingene som begrunnet forslaget til lovendringer burde inngå som en del av den bredere utredningen knyttet til behov for endringer i konkurranseloven.³⁴

6.3.3 Utvalgets vurderinger

6.3.3.1 Sanksjoner og lempning

Utvalget foreslår at overtredelsesgebyr videreføres som sanksjon for overtredelser av konkurranselovens forbudsbestemmelser. Utvalget foreslår også en videreføring av hjemmelen for lempning av overtredelsesgebyr for foretak som bistår konkurransemyndighetene med oppklaring av saken. Utvalget viser til den begrunnelse for lempningsordningen som er gitt i NOU 2003: 12 s. 136 flg. og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 125 flg.

Som påpekt i punkt 6.2, kan foretak som overtrer konkurranselovens forbudsbestemmelser både ilegges overtredelsesgebyr og forfølges strafferettslig. Ovenfor er det også pekt på de utfordringer dette 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 at hel lempning av overtredelsesgebyr skal føre til straffbortfall for foretak som oppfyller vilkårene for hel lempning og for ansatte i disse foretakene. Forslagene med begrunnelse presenteres i punkt 6.3.3.3 og 6.3.3.4.

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 er å finne i forskrift, foreslår utvalget at disse reglene tas inn i konkurranseloven.

Utvalget har videre vurdert forholdet mellom lempning og vertikale avtaler i punkt 6.3.3.5 nedenfor, og har konkludert med at lempning normalt bare vil være aktuelt for karteller og lignende overtredelser av loven.

6.3.3.2 Innholdet i en lempningssøknad

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 konkurranselov § 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.

Ut over ovennevnte regler 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 som komplett. Utvalget anbefaler at kravet til informasjon i lempningssøknaden utformes etter modell fra ESAs og Kommisjonens retningslinjer for lempning.³⁵ 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. Utvalget viser til de nye kravene til innholdet i en lempningssøknad som fremgår av lovforslaget § 30 annet ledd.

6.3.3.3 Foretaksstraff og lempning

Etter utvalgets oppfatning kan risikoen for foretaksstraff og usikkerheten knyttet til om man kan straffes etter å ha fått innvilget lempning, redusere incentivene for å søke om lempning. Etter gjeldende regelverk vil ikke en innvilget lempning for overtredelsesgebyr gi foretakene noen sikkerhet for at de ikke risikerer 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, er ikke prosedyrene rettslig bindende ordninger

³⁴ Prop. 1 S (2010-2011) Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet.

³⁵ Kommisjonens kunngjøring om bøtefritak eller bøtenedsettelse punkt 9 og ESAs kunngjøring om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker punkt 9.

som gir foretakene full sikkerhet om forholdet til foretaksstraff. Utvalget ønsker å foreslå 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 incentivene 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, og det andre alternativet er å la lempningen også gjelde foretaksstraffen, ved at hel lempning fører til straffbortfall.

Når det gjelder spørsmålet om å oppheve foretaksstraff, må det vurderes om slik straff har en særlig preventiv virkning, som kommer i tillegg til risikoen for å bli ilagt et overtredelsesgebyr. Som påpekt i punkt 6.3.2 ovenfor, mener utvalget at det er kombinasjonen av økonomiske sanksjoner overfor foretaket og individuell personstraff som bidrar til den nødvendige avskrekkende effekt. Når det gjelder den avskrekkende virkningen av en økonomisk sanksjon som sådan, vil et overtredelsesgebyr 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 mindre å si om en økonomisk sanksjon blir ilagt gjennom et strafferettslig system eller som et overtredelsesgebyr. I praksis har ikke foretaksstraff vært benyttet etter konkurranseloven av 2004. Dette kan 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 de forbud som i dag kan medføre straff ved overtredelse.

Selv om foretaksstraffen i seg selv kanskje ikke har særlig stor avskrekkende effekt ved siden av risikoen for overtredelsesgebyr, må det vurderes om det å bli ilagt en straff er mer belastende for foretakene enn et overtredelsesgebyr. I den forbindelse kan det også stilles spørsmål ved om det vil gi en uheldig signaleffekt å fjerne muligheten til å ilegge foretaksstraff i saker om brudd på konkurranseloven. Til det første er det utvalgets oppfatning at det har mindre betydning om et foretak ilegges et gebyr eller en straff, i og med at valget av sanksjonsform ikke har betydning for størrelsen på den økonomiske sanksjonen. Det vil uansett være tale om en betydelig økonomisk reaksjon selv om sanksjonen gis i form av et overtredelsesgebyr. Eventuelt renom-

métap eller lignende må etter utvalgets oppfatning også anses å være relativt likt uavhengig av om reaksjonen er en straff eller et gebyr.³⁶

En avkriminalisering av overtredelser av konkurranseloven for foretaks vedkommende, kan imidlertid oppfattes som et signal om at for eksempel kartell delttagelse ikke er like alvorlig som andre former for grov økonomisk kriminalitet. Dette ble vektlagt av departementet i forarbeidene til konkurranseloven, se omtale av dette i punkt 6.2. Her er det imidlertid viktig å peke på at overtredelser av konkurranseloven ikke avkriminaliseres som sådan, ettersom utvalget foreslår å videreføre det personlige straffansvaret. En videreføring av personstraffen vil fortsatt innebære et signal om at overtredelser av konkurranseloven er en alvorlig form for økonomisk kriminalitet. Konkurransetilsynets adgang til å ilegge gebyrer av en betydelig størrelse er også et klart signal om at overtredelser av konkurranseloven er en alvorlig form for økonomisk kriminalitet. Det vises til at gebyrstørrelsen ved overtredelser av konkurranseloven ikke står tilbake for bøtenivået ved foretaksstraff. Utvalget mener likevel at straffehjemmelen i seg selv signaliserer at overtredelser av konkurranseloven er en alvorlig form for økonomisk kriminalitet.

En av begrunnelsene som gjerne anføres for et tosporet system, er at foretaksstraffen bør benyttes i de mest alvorlige tilfellene. Dette har blant annet blitt fremhevet av sanksjonsutvalget i NOU 2003: 15 s. 150. At foretaksstraffen skal anvendes i de mest alvorlige tilfellene, forutsetter at foretaksstraffen er en strengere sanksjon enn overtredelsesgebyret. Når det gjelder konkurransesaker er ikke dette nødvendigvis tilfellet.³⁷ En straff anses normalt som en strengere sanksjon etter sitt innhold. 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.

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 fore-

³⁶ Slik også Knut Høivik, «Er konkurranselovens tosporede sanksjonssystem overfor foretak hensiktsmessig?», LoR 2006 s. 360 (s. 367).

³⁷ Se Knut Høivik, «Er konkurranselovens tosporede sanksjonssystem overfor foretak hensiktsmessig?», LoR 2006 s. 360 (s. 366).

taksstraffen eller å la hel lempning føre til straffbortfall.

Dagens ordning med et tosporet sanksjonssystem for foretak som overtrer konkurranseloven har på den annen side noen uheldige konsekvenser som kan løses ved en opphevelse av foretaksstraffen. For det første vil en oppheving av foretaksstraffen føre til at en unngår utfordringer med hensyn til dobbeltstraffebudet som følger av EMK. For det andre har risikoen for forfølgning i det strafferettslige sporet betydning for effektiviteten av lempningsordningen. Denne risikoen kan etter utvalgets oppfatning reduseres både ved en oppheving av foretaksstraffen og ved å utvide virkningen av hel lempning til å omfatte foretakets straffansvar.

En oppheving av foretaksstraffen vil også løse noen av utfordringene knyttet til kompetanseforholdet mellom konkurransemyndighetene og påtalemyndighetene som under gjeldende forhold preger lempningsordningen. Uten det tosporede sanksjonssystemet vil ikke konkurransemyndighetenes avgjørelser være noe inngrep i påtalemyndighetenes kompetanse. Etter utvalgets oppfatning kan utfordringen imidlertid løses uten å oppheve foretaksstraffen, ved at straffbortfall for foretaket skjer på de samme objektive vilkår som lempning av overtredelsesgebyret.

En oppheving av 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.

Etter gjeldende rett kan foretak bli idømt tap av retten til å delta i anbudskonkurranser ved brudd på konkurranseloven, jf. straffeloven § 29. Dette er en strafferettslig sanksjon som Konkurransetilsynet ikke har hjemmel til å ilegge. Spørsmålet er 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 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.

Sanksjonsutvalget foreslo i NOU 2003: 15 s. 232 en bestemmelse om administrativ ileggelse av rettighetstap. Forslaget omfatter kun tilbakekall av offentlige tillatelser. Forslaget er basert på vur-

deringene av i hvilken grad rettighetstap må anses som straff etter Grunnloven § 96. Sanksjonsutvalget la til grunn at visse former for rettighetstap må anses som straff bl.a. som følge av lovgivers karakteristikk av rettighetstap som straff i straffeloven § 15 jf. § 29. Mindre alvorlige rettighetstap var ifølge Sanksjonsutvalget imidlertid ikke å anse som straff.³⁸

Det kan ikke utelukkes at også andre former for rettighetstap enn tilbakekall av offentlige tillatelser kan ilegges administrativt. Dette må bero på alvorligheten av rettighetstapet. Tap av retten til å delta i anbudskonkurranser må etter utvalgets oppfatning anses som en alvorlig sanksjon. For foretak som opptre på markeder hvor anbudskonkurranser er den vanlige formen for kontraktsinngåelse, vil et slikt tap få store konsekvenser. Utvalget legger derfor til grunn at et slikt rettighetstap må anses som straff og derfor ikke kan ilegges administrativt.

En opphevelse av foretaksstraffen kan derfor få som konsekvens at adgangen til å idømme tap av retten til å delta i anbudskonkurranser faller bort. En alternativ løsning er 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. 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.³⁹ 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.⁴⁰

Utvalget ønsker primært å foreslå at lempningsordningen utvides til også å ha virkning for foretaksstraffen. Begrunnelsen er at en ved denne løsningen oppnår de formål som er ønskelige, og at en opphevelse av foretaksstraffen kan tolkes

³⁸ NOU 2003: 15 s. 57-58.

³⁹ Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser.

⁴⁰ Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets tolkningsuttalelse 12. januar 2011 om avvisning av straffedømte leverandører mv. i forbindelse med offentlige anskaffelser s. 3. http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_avvisning_straffedømte_lev.pdf.

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 at dersom vilkårene for hel lempning er oppfylt, er det ikke tvilsomt hvilke konsekvenser dette har for straffen. Risikoen for foretaksstraff vil da ikke være noen tilleggsrisiko for foretaket, slik som usikkerheten om forholdet til foretaksstraffen er i dag. Betydningen av en regel om straffbortfall versus regler om begrensninger i påtale drøftes i punkt 6.3.3.4 nedenfor. Utvalget viser til lovforslaget § 33 fjerde ledd som inneholder bestemmelsen om straffbortfall.

6.3.3.4 Personstraff og lempning

Som påpekt i punkt 6.3.2 ovenfor indikerer en undersøkelse foretatt av Konkurransetilsynet i 2008 at det personlige straffansvaret har betydelig preventiv effekt. Videre vil det etter utvalgets oppfatning stride mot kriminalpolitiske hensyn om de personer som er ansvarlig for lovovertrædelsen 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 lempningsordningen for å øke lempningsordningens effektivitet. Som et forsøk på å øke forutberegneligheten for personer 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. Utvalget er av den oppfatning at dette ikke i tilstrekkelig grad avklarer situasjonen for de aktuelle personene, ettersom 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 sammen-

heng med at fysiske personers 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.

Ordningen med at offentlig påtale skal være betinget av påtalebegjæring fra Konkurransetilsynet, er inspirert av Sanksjonsutvalgets forslag i NOU 2003: 15.⁴¹ Sanksjonsutvalget foreslo en ny § 81a 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.»

Begrunnelsen for forslaget var hovedsakelig 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 bl.a. 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

⁴¹ NOU 2003: 15 s. 160-163.

sen.⁴² 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.

Den foreslåtte fristen i straffeprosessloven § 81a annet ledd er hovedsakelig 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, men foreslår i stedet straffbortfall for ansatte i foretak som oppfylder vilkårene for hel lempning. Det foreslås ikke straffbortfall for ansatte i foretak som kun kvalifiserer for delvis lempning. Det er utvalgets oppfatning at en ordning med straffbortfall i større grad vil øke forutberegneligheten for potensielle lempningssøkere med tanke på mulig personlig straffeforfølgning. Etter utvalgets oppfatning kompliserer risikoen for å bli strafforfulgt personlig dagens lempningsordning. Lempningsordningens effektivitet økes dersom en person i et foretak som ønsker å søke lempning på vegne av foretaket, ikke selv risikerer straff. Straffbortfall bidrar i større grad til en slik sikkerhet enn regler om betinget påtale. Straffbortfall for personer i foretaket sikrer også et godt samarbeid med ansatte i det foretaket som søker om lempning. Endelig vil bortfall av personlig straffansvar kunne bidra til å lette intern varsling av overtredelser, som foretak vil kunne inkorporere i sine compliance-/varslerprogrammer. Disse hensynene begrunner kun 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 incentivene for å søke om lempning. Videre ivaretar strafferettens regler om strafferabatt som følge av

samarbeid for å oppklare overtredelsen interessene til ansatte i de øvrige foretakene.

Det har i tidligere høringsrunder om lempningsordningen blitt reist kritiske innvendinger mot å gi et forvaltningsorgan kompetanse over påtalespørsmålet, fordi dette reiser prinsipielle spørsmål om forholdet mellom forvaltningen og påtalemyndigheten. 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, ettersom straffbortfallet vil følge av lov og være betinget av at foretaket oppfylder nærmere bestemte vilkår.

Straffbortfall innebærer at den som kvalifiserer for det, ikke kan straffes etter den aktuelle straffehjemmel. 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 ikke utmåles noen straff overfor personen som det gjøres unntak fra, ettersom 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.

Et viktig spørsmål ved innføringen av straffbortfall er om dette også skal gjelde for tidligere ansatte i foretaket. Utvalget foreslår at ordningen også skal omfatte tidligere ansatte. Begrunnelsen for dette er 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, og 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. Videre bør ikke foretaket gjen-

⁴² NOU 2003: 15 s. 161.

nom oppsigelser eller avskjedigelse kunne styre hvem som kan straffes og hvem som ikke kan straffes.

Tidligere ansatte og tidligere styremedlemmer kan senere 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 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 incentivene til å søke om lempning, og 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.

Som ansatte i foretaket regnes alle arbeidstakere i det aktuelle foretaket, og ikke bare personer i ledende stillinger. Straffbortfall bør også omfatte personer i foretakets styre, ettersom styremedlemmer kan ha vært aktive i foretakets deltagelse i et horisontalt samarbeid.

Utvalget viser til lovforslaget § 33 fjerde ledd som inneholder bestemmelsen om straffbortfall.

6.3.3.5 *Lempning og vertikale avtaler*

Konkurranseloven § 31 gir adgang til lempning av overtredelsesgebyr for overtredelser av § 10. Bestemmelsen sier ingenting om lempning kun gjelder gebyrer for horisontalt samarbeid eller om det også kan innvilges lempning av gebyrer for vertikalt samarbeid. I NOU 2003: 12 s. 138 er det påpekt at lempning bør rettes mot alvorlige karteller, men samtidig påpekes det at det ikke kan utelukkes å anvende lempningsadgangen i andre tilfeller. Etter utmålingsforskriften § 4 skal det på nærmere angitte vilkår 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.⁴³

Forskriftens ordlyd synes likevel å hjemle 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 incentiv til å avdekke vertikale konkurransebegrensende forhold er begrenset, siden denne typen bindinger ofte vil være offentlig kjent i markedene. Lemping i vertikale relasjoner kan videre være uheldig fordi lempningssøker kan være det ledende foretaket i samarbeidet, for eksempel en produsent som pålegger sine distributører å anvende bestemte priser. Forskrift om overtredelsesgebyr § 4 annet ledd bokstav c åpner riktignok for å gjøre unntak fra lempningen dersom foretaket har «søkt å tvinge» andre foretak til å delta i overtredelsen. Det er imidlertid ikke 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 kan et samarbeid 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.

6.4 **Bør overtredelsesgebyr fortsatt ilegges av Konkurransetilsynet?**

6.4.1 **Gjeldende rett**

6.4.1.1 *Innledning*

I utvalgets mandat fremgår det at utvalget skal vurdere alle sider ved lovens sanksjonssystem, herunder hensiktsmessigheten ved et tosporet sanksjonssystem og grensedragningen mellom et administrativt og et straffeprosessuelt system samt lempningsordningen. En sentral og mer overordnet problemstilling knyttet til sanksjonssystemet er hvorvidt det er rettslig adgang til å videreføre et system der overtredelsesgebyr ilegges administrativt av Konkurransetilsynet, og der det enkelte foretak er henvist til å ta ut søksmål mot staten dersom det ønsker å få prøvd vedtaket. Dersom det kan sies å være rettslig adgang til å videreføre dagens ordning, kan det uansett stilles spørsmål ved om dette er den mest hensiktsmessige løsningen og om Konkurransetilsynet fort-

⁴³ Høringsnotat av 29. juni 2004 om forslag til forskrift om lempning av overtredelsesgebyr s. 3.

satt bør ha kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr.

6.4.1.2 *Kompetansen etter konkurranseloven* § 29

Med innføringen av overtredelsesgebyr som en ny sivilrettslig sanksjonsform i konkurranseloven 2004 ble Konkurransetilsynet gitt kompetanse til å vedta overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 29 tredje ledd. Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr kan etter konkurranseloven § 29 fjerde ledd ikke påklages til departementet, men foretak som er ilagt overtredelsesgebyr kan gå til søksmål mot staten for å få prøvd vedtaket. Overtredelsesgebyr 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. Retten har kompetanse til å prøve alle sider av saken og til å treffe realitetsavgjørelse. Rettens kompetanse tilsvarende departementets kompetanse som klageorgan i tradisjonelle forvaltningssaker, og løsningen avviker dermed fra den mer alminnelige domstolsprøvingen av vedtak i forvaltningsretten.⁴⁴ Hjemmelen for Konkurransetilsynet til å ilegge overtredelsesgebyr får tilsvarende anvendelse ved overtredelser av EØS-avtalens artikkel 53 og 54, jf. EØS-konkurranseloven § 6.

Når det gjelder Konkurransetilsynets saksbehandling forut for tidspunktet for vedtak om overtredelsesgebyr, vil en sak om mulig overtredelse av loven normalt settes i gang etter tilsynets frie vurdering. Initiativet kommer som regel utenfra i form av tips, henvendelser og klager. Når det er klart at tilsynets undersøkelser kan lede til et vedtak om overtredelsesgebyr mot bestemte foretak, må reglene for behandling av enkeltsaker følges. Tidlig i saksbehandlingen vil en partsstatus særlig være viktig for retten til varsel og innsyn og til å uttale seg.

Konkurranseloven har ikke egne regler om forhåndsvarsel, og det er derfor de alminnelige reglene om varsel i forvaltningsloven (§ 16 og § 17) og eventuelt uskrevne forvaltningsrettslige prinsipper som kommer til anvendelse. Reglene om forhåndsvarsel skal sikre at parten får anledning til å uttale seg før avgjørelse treffes og gjøre seg kjent med de anførsler og bevis som foreligger i saken. Kravene til varselets innhold må fastsettes etter en totalbedømmelse med grunnlag i hva som er forsvarlig og rasjonell saksbehandling.

⁴⁴ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 241.

Dette følger av forarbeidene til forvaltningsloven, rettspraksis og praksis fra Sivilombudsmannen.⁴⁵ Når det er snakk om å treffe et vedtak om sanksjoner, stilles det strenge krav til det varselet som skal gis.⁴⁶ I teorien er det lagt til grunn at forhåndsvarselet i saker om administrative sanksjoner må gjøre rede for hjemmelen med presisering av det aktuelle vurderingstemaet, det faktum forvaltningen vil legge til grunn og de faktiske og rettslige vurderingene forvaltningen vil bygge på. I tillegg må forvaltningen kunne vise til hvilke bevismidler som vedtaket vil bygge på, samt en angivelse av hva vedtaket vil kunne gå ut på. Er det tale om et vedtak om overtredelsesgebyr, må varselet opplyse om de retningslinjene som er aktuelle for utmålingen av gebyret. Varselet om vedtak skal angi en nærmere frist for parten til å uttale seg om saken, og i praksis er det slik at Konkurransetilsynet normalt fastsetter en frist på 6 til 8 uker for parten til å inngi tilsvaret til varselet.

6.4.1.3 *Nærmere om bakgrunnen for dagens ordning*

I arbeidet som ledet frem til gjeldende konkurranselov var det bred enighet om å innføre overtredelsesgebyr som et nytt sanksjonsmiddel. Når det gjaldt spørsmålet om hvem som skulle ha kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr, var det imidlertid mer delte oppfatninger av hva som ville være den mest hensiktsmessige løsningen. Utvalget som avga utredningen NOU 2003: 12 vurderte ulike alternativer i sin drøftelse av problemstillingen:

«Et alternativ er at konkurransemyndighetene, ved Konkurransetilsynet eller Konkurransenemnda, fastsetter en bindende bot, og at den som nekter å vedta boten selv må bringe saken inn for domstolene. Et annet alternativ er at Konkurransetilsynet gis kompetanse til å utstede forelegg på bot. Dette innebærer i realiteten at Konkurransetilsynet fremsetter et «tilbud» til lovovertrederen om å få gjort opp sitt ansvar på en enkel måte. Hvis ikke tilbudet vedtas, kan Konkurransetilsynet bringe saken inn for domstolene etter tvistemålslovens

⁴⁵ I NUT 1958: 3 Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning sies det bl.a. på s. 187: «Men så forskjellig som forholdene er, må det overlates til vedkommende forvaltningsorgan i hvert enkelt tilfelle å avgjøre hva som skal meddeles for at forhåndsvarslingen skal være forsvarlig.»

⁴⁶ Jf. Norsk konkurranserett Bind II Prosess og sanksjoner, Graver og Hjelmeng (2006) punkt 4.3.2 særlig s. 94-97.

regler. Et tredje alternativ er at boten fastsettes av domstolene etter stevning fra konkurransemyndighetene.»⁴⁷

Utvalget vurderte i denne forbindelse om EMK artikkel 6 eller Grunnloven § 96 kan sies å være til hinder for at noen av disse alternativene kunne velges. Utvalget la til grunn at EMK artikkel 6 ikke uten videre kan sies å innebære et krav om at sivilrettslige reaksjoner skal fastsettes eller overprøves av en domstol i norsk prosessuell forstand, og kom under henvisning til Rt. 2001 s. 1123 til at det neppe vil være i strid med konvensjonen om kompetansen til å avgjøre eller overprøve overtredelsesgebyret ble lagt til en uavhengig nemnd.

Når det gjaldt vurderingen av forholdet til Grunnloven § 96, la utvalget til grunn at det neppe vil stride mot Grunnloven § 96 å innføre en ordning der foretakene kan velge ikke å vedta et forelegg og der søksmålsbyrden ligger til Konkurransetilsynet. Utvalget pekte på at selv om den foreslåtte sanksjonen ville måtte betraktes som straff i relasjon til EMK, var det likevel ikke sikkert at denne karakteristikken ville være av avgjørende betydning i relasjon til Grunnloven § 96. Utvalget viste til at Høyesterett tidligere har akseptert at forvaltningen har kompetanse til å vedta sanksjoner uten at dette kommer i strid med Grunnloven § 96, med henvisninger til Rt. 1961 s. 1217 (tilleggsskatt) og Rt. 1973 s. 846 (gebyr for overlast). Det ble videre vist til at Johs. Andenæs, i forbindelse med spørsmålet om mulig norsk EF-medlemskap, vurderte det som sannsynlig at Kommisjonens bøtekompetanse ville være forenlig med Grunnloven § 96.⁴⁸ Utvalget pekte dessuten på at Grunnloven og EMK oppstiller forskjellige typer av beskyttelse, og at en ordning der tilsynet blir gitt kompetanse til å utferdige forelegg uansett må gå klar av Grunnloven § 96.

Utvalget endte på denne bakgrunn opp med å foreslå en regel der Konkurransetilsynet ble gitt kompetanse til å utstede forelegg på bot, jf. utvalgets lovforslag § 7-2. Videre foreslo utvalget at tilsynet skulle ha søksmålsbyrden dersom forelegget ikke ble vedtatt av foretaket. Valget av dette alternativet ble av utvalget begrunnet i botens størrelse og det reaksjonsmiddel som den vil representere, og at forvaltningen ikke burde ha kompetanse til ensidig å fastsette en bot med bindende virkning for foretaket. Videre ble hensynet

til harmonisering med EU/EØS-retten fremhevet, jf. NOU 2003: 12 punkt 6.3.2 s. 124. Etter forslaget skulle det være opp til Konkurransetilsynets skjønn å avgjøre hvorvidt det skal utferdiges forelegg eller om saken skal bringes direkte inn for domstolene. Om utvalgets nærmere vurderinger vises det til NOU 2003: 12 s. 131-132 og 244-245.

I Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 8.3.3 s. 116-118 slår departementet innledningsvis fast at det er enig med utvalget i at det er behov for en vidtgående administrativ sanksjon i form av overtredelsesgebyr, og at dette vil kunne føre til en mer effektiv håndhevelse av konkurranseloven. Når det gjelder spørsmålet om hvem som skal ha kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr, viser departementet til at den faglige kompleksiteten som ofte foreligger i saker om brudd på konkurranseloven tilsier at Konkurransetilsynet som fagmyndighet bør ta hånd om disse i første instans. Departementet viser dessuten til at dette vil bringe rettstilstanden i tråd med EU/EØS-retten. Når det gjelder forholdet til EMK og Grunnloven § 96 nøyer departementet seg med å slutte seg til utvalgets vurderinger av at den foreslåtte sanksjonen vil være å anse som straff i forhold til EMK artikkel 6, og at den vil gå klar av forbudet i Grunnloven § 96.

Om den mer konkrete utformingen av ordningen uttaler departementet på s. 117-118 i proposisjonen:

«Det fremkommer i departementets utkast til § 29 at et foretak som er ilagt et overtredelsesgebyr ikke kan påklage vedtaket til departementet. Den som vil prøve et slikt vedtak må gå til søksmål mot staten. I saker om overtredelsesgebyr kan retten prøve alle sider ved saken og treffe realitetsavgjørelse, slik som ved en forvaltningsmessig klagebehandling. Slik departementet ser det, er en domstol bedre egnet enn departementet til å behandle disse sakene. Når partene kan bringe saken direkte inn for domstolene vil de også få en endelig avgjørelse på et tidligere tidspunkt, enn hvis de hadde vært nødt til å gå veien om departementet. Det er også trolig at partene i saker om overtredelsesgebyr har større tillitt til prosessen ved en domstol, enn ved klagebehandling i departementet.

Departementet foreslår at Konkurransetilsynets vedtak skal være tvangsgrunnlag for utlegg. Videre anbefales at foretakene skal gis en frist på to måneder til å betale overtredelsesgebyret. Det innebærer at vedtaket har tvangskraft etter to måneder og kan inndrives etter

⁴⁷ NOU 2003: 12 punkt 6.4.5 s. 131-132.

⁴⁸ Johs. Andenæs' betenkning fra 1967 «Rettsspørsmål i forbindelse med norsk tilslutning til EEC», St.forh. (1966-1967) Dok. nr. 10 s. 8-16.

reglene i tvangsfullbyrdelsesloven. Etter departementets syn bør imidlertid tvangskraften suspenderes dersom foretaket går til søksmål mot Konkurransetilsynet for å prøve vedtaket.»

I NOU 2003: 15 Fra bot til bedring drøftes det under punkt 12.5 mer generelt den situasjon at det normalt er samme organ som administrerer et regelverk, som avdekker overtredelser og som eventuelt ilegger en sanksjon. Etter Sanksjonslovutvalgets syn må eventuelle ulemper knyttet til denne dobbeltrollen avbøtes med gode interne retningslinjer og saksbehandlingsregler. Utvalget uttaler om dette:

«I strafferetten regnes det som et viktig prinsipp at det er opp til påtalemyndigheten å sørge for sakens etterforskning og for å fremme saken. Domstolene i Norge har ikke ansvar for etterforskning og tar aldri opp straffesaker på egen hånd. Dette kalles anklageprinsippet og regnes som en viktig garanti for at dommerne er fullstendig uavhengige når det idømmes straff.

Situasjonen i forvaltningen er normalt slik at det er det samme organet som administrerer et regelverk, som avdekker overtredelser, og som eventuelt bestemmer om overtredelser skal sanksjoneres. Ordningen kan sammenliknes med det såkalte inkvisisjonsprinsippet og kan føre til tvil om organets objektivitet og uavhengighet i visse situasjoner.

Dersom anklageprinsippet skulle kunne gjennomføres i forvaltningen, måtte det etableres egne organer som skulle fastsette sanksjoner. Dette ville imidlertid medføre så store administrative og økonomiske konsekvenser at utvalget ser det som en uaktuell løsning. Det vises også til punkt 10.4 der utvalget generelt ikke går inn for å opprette nye håndhevsorganer.

Etter utvalgets syn må eventuelle ulemper knyttet til at det er det samme organet som undersøker om overtredelse har funnet sted og som fastsetter en sanksjon, avbøtes ved gode interne retningslinjer og saksbehandlingsregler. Internt i forvaltningen bør det vurderes hvordan avdekking av overtredelser kan skilles fra sanksjonering slik at det ikke er de samme personene som behandler sakene. Ulempene blir også avhjulpet ved at det alltid vil være klageadgang til et overordnet forvaltningsorgan. Det ligger også en kontrollfunksjon i muligheten for å bringe saken inn for sivilombudsmannen. Videre vil sanksjonsvedtak

alltid kunne bringes inn for domstolene til full prøvelse, se punkt 12.8.

Verken Grunnloven eller EMK stiller opp noe forbud mot at et forvaltningsorgan ilegger sanksjoner, så lenge det er adgang til å bringe vedtaket inn for en domstol og kravene til saksbehandling mv. for øvrig følges.»

Dagens ordning med at Konkurransetilsynet både saksbehandler og treffer bindende vedtak om overtredelsesgebyr, har vært kritisert bl.a. av Siri Teigum i artikkelen «Konkurranseloven og rettsikkerhet – Behov for revisjon av konkurranse-loven».⁴⁹ Det anføres at ordningen hvor Konkurransetilsynet både saksbehandler og avgjør saken er en særnorsk ordning forsøkt bygget opp etter mønster av EU/EØS-retten. Det vises bl.a. til at begrunnelsen i forarbeidene om å ivareta hensynet til harmonisering med EU/EØS-rettens konkurranseregler ikke er helt treffende, siden dette hensynet også kunne vært ivaretatt gjennom en videreføring av foretaksstraffen uten en supplerende administrativ sanksjon.⁵⁰ Det tas til orde for en nærmere vurdering av om rettssikkerheten er tilstrekkelig ivaretatt ved at samme organ etterforsker og avgjør saken, og at det i denne vurderingen bør tas hensyn til flere ulike modeller.⁵¹ Videre etterlyses det en nærmere vurdering av om begrunnelsen for at Konkurransetilsynet er tillagt myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr er fullgod. Det vises til at en revisjon av konkurranse-loven bør drøfte nærmere hvorvidt overtredelsesgebyrets påståtte effektivitetsfortrinn kan ivaretas uten å gjøre et for sterkt inngrep i grunnleggende prosessuelle rettssikkerhetskrav.

6.4.1.4 Kort om rettstilstanden i Sverige, Finland og Danmark

I Sverige er det Konkurrensverket som er satt til å håndheve konkurranselagen (2008:579), og utgangspunktet er at Konkurrensverket treffer avgjørelser i første instans. Kompetansen til å ilegge konkurranseskadeavgift (sml. overtredelsesgebyr), er imidlertid lagt til Stockholms tings-

⁴⁹ Se artikkelsamlingen «Konkurranseloven og rettssikkerhet – Behov for revisjon av konkurranse-loven», i «Konkurranseloven fem år. Erfaringer og reformbehov», utgitt av NHO 2009.

⁵⁰ Op.cit., punkt 3.3. Innvendinger mot departementets bruk av hensynet til harmonisering som begrunnelse for å innføre overtredelsesgebyr fremgår også i artikkelen «Er konkurranse-lovens tosporede sanksjonssystem overfor foretak hensiktsmessig?» av Knut Høivik, LoR 2006 s. 360 flg.

⁵¹ Teigum, op.cit.

rätt, jf. konkurrenslagen 3 kap. 5 §. Saker om konkurransskadeavgift fremmes etter stevning fra Konkurrensverket, og etter bestemmelsen er foretakene gitt anledning til å uttale seg om verkets utkast til stevning før denne inngis til domstolen. Dommer og beslutninger av Stockholms tingsrätt i saker etter konkurrenslagen kan påklages til Marknadsdomstolen, jf. 7 kap. 2 §.

Løsningen i Finland har mange likhetstrekk med ordningen i Sverige, og også her er utgangspunktet at Konkurrensverket er tildelt kompetanse til å treffe avgjørelser i første instans. Kompetansen til å ilegge påføljdsavgift er imidlertid lagt til marknadsdomstolen, jf. 12 § i ny konkurrenslag (12.8.2011/948), etter stevning fra Konkurrensverket. Marknadsdomstolens avgjørelser kan med visse begrensninger ankes videre til den høyeste forvaltningsdomstolen i Finland, jf. 44 §.

I Danmark har man valgt en modell der håndhevingen/kompetansen er delt mellom Konkurrenterådet og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. konkurrenceloven (nr. 1027 af 21. august 2007) § 14. Konkurrentestyrelsen er sekretariat for rådet og ivaretar på rådets vegne den daglige forvaltningen av loven. Kompetansen til å treffe vedtak etter konkurrenceloven ligger hos Konkurrenterådet, og Konkurrentestyrelsens oppgave er å forelegge saker for rådet og å utarbeide utkast til avgjørelser. Konkurrenterådets avgjørelser kan påklages til Konkurrenteankenævnet, jf. konkurrenceloven § 19. Før ankenævnets avgjørelse foreligger, kan ikke saken bringes inn for andre administrative myndigheter eller domstolene. Konkurrenceloven har ikke regler om overtredelsesgebyr, men fastsetter i kapittel 8 bestemmelser om tvangsmulkt og strafferettslige bøter. Det er Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet (SØK) som etterforsker og tar ut tiltale i saker om strafferettslige bøter etter konkurrenceloven.

6.4.1.5 EU/EØS

I EU/EØS er det Kommisjonen og ESA som har kompetanse på overnasjonalt nivå til å etterforske og ilegge sanksjoner ved overtredelse av konkurransereglene i TEUV artikkel 101 og 102/EØS-avtalen artikkel 53 og 54. I tillegg kan regelverket håndheves av nasjonale konkurransemyndigheter. De prosessuelle reglene som regulerer Kommisjonens og ESAs håndhevingskompetanse i atferdssaker følger primært av rådsforordning nr. 1/2003, kommisjonsforordning (EF) nr. 773/2004 og de tilsvarende bestemmelsene i ODA protokoll 4 kapittel II og III, samt rettspraksis fra EU-

domstolene og EFTA-domstolen. I tillegg har overvåkningsorganene publisert ulike veiledninger og retningslinjer som også berører prosessuelle aspekter ved saksbehandlingen.

Det følger av rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 23 nr. 2 at overvåkningsorganene har kompetanse til å ilegge foretak eller sammenslutninger av foretak bøter dersom det foreligger forsettlig eller uaktsomme overtredelser av TEUV artikkel 101 og 102/EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Før overvåkningsorganet treffer beslutning om overtredelse av EU/EØS-reglene og om å ilegge bøter, sender det de berørte foretakene en meddelelse om innsigelser (Statement of Objections) der de foreløpige funnene og vurderingene fremgår. Det avholdes statusmøter (såkalte «State of Play meetings») mellom overvåkningsorganet og de foretakene som etterforskes på flere sentrale stadier i prosessen. Foretakene gis mulighet til å uttale seg om påstandene som fremgår av meddelelsen om innsigelser både skriftlig og i en muntlig høring. Høringen gir partene anledning til muntlig å utdype de skriftlige argumentene de har fremsatt tidligere, og til eventuelt å opplyse overvåkningsorganet om andre relevante forhold i saken.⁵² Den muntlige høringen ledes av en høringsoffiser. Under høringen i EU/EØS-saker deltar, foruten foretakene og deres representanter og tjenestemenn fra DG Konkurransse/konkurransseenheten i ESA, andre berørte direktorater eller tjenester i det kompetente overvåkningsorganet, representanter for nasjonale konkurransemyndigheter i EU/EØS og tjenestemenn i det andre overvåkningsorganet. Tredjemenn kan også gis anledning til å delta i høringen og uttale seg, jf. artikkel 27 nr. 3. Når det gjelder den interne organiseringen av saksbehandlingen i Kommisjonen, gjennomføres etterforskningen av tjenestemenn i DG Konkurransse. DG Konkurransse er underlagt Kommisjonens konkurransekommissær. Etter interne konsultasjoner med berørte øvrige tjenester i Kommisjonen, fattes avgjørelse om å sende partene en meddelelse om innsigelser av konkurransekommissæren. Høringsoffiseren, som har en særlig rolle med hensyn til å sikre ivaretagelsen av partenes prosessuelle rettigheter under saksbehandlingen, rapporterer direkte til konkurransekommissæren i DG Konkurransse. Utkast til vedtak i saken utarbeides normalt av de samme

⁵² Jf. Kommisjonens kunngjøring om «Best Practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU» pkt. 107, EUT C 308 av 20.10.2011, s. 6. ESA forventes å vedta tilsvarende veiledning.

tenestemennene i DG Konkurransse som har etterforsket overtredelsen, og klareres etter interne konsultasjonsprosedyrer med Kommisjonenens øvrige tjenester, herunder dens juridiske tjeneste. Kommisjonen må konsultere nasjonale konkurransemyndigheter innenfor rammen av Den rådgivende komité for konkurransesaker før endelig vedtak i saken, jf. artikkel 14 nr. 1.⁵³ Vedtak treffes av kollegiet i Kommisjonen, etter forslag fra konkurransekommisæreren. En tilsvarende prosedyre følges i ESA.

Overvåkningsorganets vedtak om å ilegge et foretak bot er bindende, men foretakene kan få prøvd vedtakets gyldighet ved å bringe saken inn for rettslig overprøving hos hhv. Underretten⁵⁴ og EFTA-domstolen. Rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 31 fastsetter at domstolene har full prøvesrett når det gjelder den vedtatte boten. Dette innebærer at den kan oppheve, nedsette eller forhøye den aktuelle boten. Underrettens dom kan påankes til EU-domstolen. EU-domstolens prøving er begrenset til rettsanvendelsen i saken.⁵⁵

6.4.2 Utvalgets vurderinger

6.4.2.1 Kan dagens ordning videreføres?

6.4.2.1.1 Innledning

Problemstillingen er om det foreligger noen rettslige skranker for å opprettholde dagens system med at Konkurransetilsynet har vedtakskompetanse i saker om overtredelsesgebyr, og der de berørte partene er henvist til å ta ut søksmål mot staten for å få prøvd vedtakets gyldighet. De rettslige skrankene som det her er naturlig å underlegge en nærmere vurdering er Grunnloven § 96 og EMK artikkel 6.

6.4.2.1.2 Forholdet til Grunnloven § 96

Når det gjelder forholdet til Grunnloven § 96 og forbudet mot straff «uden efter Dom», ble dette som nevnt under punkt 6.4.1.3 drøftet i forarbeidene til gjeldende konkurranselov.⁵⁶ Både utval-

get og departementet la den gang til grunn at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven ville gå klar av forbudet.

Utvalget mener at dette standpunktet fortsatt er holdbart, og kan slutte seg til de vurderingene av dette spørsmålet som ble foretatt i forbindelse med vedtakelsen av gjeldende konkurranselov. Utvalget kan ikke se at det foreligger nyere rettspraksis eller andre endringer i rettskildebildet som skulle tilsi en annen konklusjon. Utvalget vil tilføye at selv om straffebegrepet i Grunnloven er materielt, vil et sentralt moment i vurderingen være om lovgiver har gitt uttrykk for sitt syn på om sanksjonen skal anses som straff i relasjon til Grunnloven § 96, samt hvilken karakteristikk som er benyttet på den aktuelle sanksjonen. I Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 8.3.3 s. 116 gikk departementet bevisst inn for å endre utvalgets foreslåtte begrep «sivilrettslige bøter» til «overtredelsesgebyr», og ga samtidig uttrykk for at dette var i samsvar med departementets oppfatning av at overtredelsesgebyr ikke er straff etter Grunnloven § 96.⁵⁷ Utvalget kan ikke se at det foreligger noen høyesterettsavgjørelser som ikke lar nettopp lovgivers karakteristikk være avgjørende for rubriseringen i forhold til Grunnloven § 96. Utvalget vil også peke på at det er innebygd vesentlige rettsikkerhetsgarantier i den etterfølgende domstolskontrollen som konkurranseloven § 29 fjerde ledd gir anvisning på.⁵⁸

6.4.2.1.3 Forholdet til EMK artikkel 6

Spørsmålet om en sanksjon skal anses som straff etter EMK artikkel 6 beror etter EMDs praksis på en vurdering av tre kriterier: nasjonal klassifisering, lovbruddets karakter samt innholdet og alvorret av den sanksjon som det kan være aktuelt å ilegge, se for eksempel EMDs dom 8. juni 1976 i saken Engel m.fl. mot Nederland (nr. 51/0071) og Jussila mot Finland (storkammer) 23. november 2006 (nr. 73053/01), avsnitt 30 med henvisninger til tidligere praksis.

Det fremstår ikke som tvilsomt at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven er å anse som straff etter EMK artikkel 6.⁵⁹ Dette ble uttrykkelig slått fast av EMD 30. mai 1991 hva gjelder

⁵³ ESA rådspør Den rådgivende komité for konkurransesaker i henhold til ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 14 nr. 1.

⁵⁴ Tidligere Førsteinstansdomstolen.

⁵⁵ For en nærmere beskrivelse av systemet innenfor EU vises til artikkelen «The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights» av Wouter P.J. Wils, World Competition No. 1, mars 2010.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Forholdet til Grunnloven § 96 er ikke kommentert av Stortinget i Innst.O. nr. 50 (2003-2004).

⁵⁸ Viktigheten av dette aspektet trekkes frem bl.a. i artikkelen «Grunnloven § 96» av Asbjørn Strandbakken i Jussens Venner 2004 s. 166 og i artikkelen «Grunnloven § 96 og overtredelsesgebyr etter kringkastingsloven» av Karl Harald Søvig (1998), Festskrift til Per Stavang; Stat, politikk og folkestyre s. 353.

fransk rett i saken *Société Stenuit mot Frankrike*. Det er også forutsatt i *Jussila-dommen*, og synes allment akseptert.

Selv om noe er å anse som straff i relasjon til EMK artikkel 6, er det ikke nødvendigvis slik at det gjelder et absolutt krav om at sanksjonen må ilegges av en «independent and impartial tribunal». Det er på det rene at visse straffesaker kan behandles av administrative myndigheter i første instans, forutsatt at avgjørelsen kan bringes inn for domstolene og domstolsprøvelsen tilfredsstillende kravene som utledes av artikkel 6.⁶⁰

Når det gjelder spørsmålet om konkurranserettslige overtredelsesgebyr kan ilegges administrativt, har EMD i en dom avsagt 27. september 2011 konkludert med at det italienske systemet med konkurranserettslige sanksjoner ikke er i strid med EMK artikkel 6 nr. 1 (flertall 6-1). Saken hadde sin bakgrunn i at de italienske konkurransemyndighetene (AGCM – *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) i 2001 startet etterforskning mot farmasiforetaket *A. Menarini Diagnostics S.R.L.* for ulovlig prissamarbeid og markedsdeling. I vedtak av 30. april 2003 ila AGCM foretaket en bot på 6 millioner euro for brudd på konkurransereglene på markedet for diagnose-tester for diabetes. Konkurransemyndighetene uttalte i vedtaket at boten skulle tjene til å ha avskrekkende virkning for øvrige farmasøytiske foretak. Foretaket anførte at det nasjonale systemet med administrativ ileggelse av sanksjoner ikke respekterer foretaks grunnleggende menneskerettigheter. Foretaket pekte i denne forbindelse på at kompetansen til å etterforske og til å håndheve regelverket er lagt til samme myndighet, og at domstolene bare har liten mulighet til å overprøve disse beslutningene. Foretakets anke mot konkurransemyndighetenes vedtak ble imidlertid avvist i alle rettsinstanser i Italia. EMD fant at det ikke forelå et brudd på EMK artikkel 6 nr. 1, og viste til at de nasjonale domstolene, i alle instanser, foretok en fullstendig gjennomgang av de faktiske og rettslige anførselene som foretaket hadde mot konkurransemyndighetenes vedtak om overtredelsesgebyr. Videre uttalte domstolen at kontrollen med de administrative sanksjonene ikke var begrenset til bare en vurdering av lovmessigheten. Domstolen pekte på at de nasjonale domstolene i sin overprøving av beslutningen vurderte hvorvidt konkurransemyndigheten hadde

brukt sin kompetanse på en forsvarlig måte, samt at det ble foretatt en detaljert analyse av om den aktuelle sanksjonen var passende.

Utvalget vil bemerke at dommen fra EMD konkret gjelder lovligheten av det italienske konkurranserettslige sanksjonssystemet. Utvalget er like fullt av den oppfatningen at dommen i vesentlig grad må sies å ha brakt klarhet i spørsmålet om hvorvidt konkurranserettslige overtredelsesgebyr kan ilegges administrativt uten å komme i strid med de grunnleggende rettighetene som følger av EMK artikkel 6 nr. 1. Dommen fastslår at så lenge de nasjonale domstolene har kompetanse til å foreta en overprøving av konkurransemyndighetenes beslutning både hva gjelder faktum og rettsregler, vil foretakene som er ilagt sanksjoner ha et tilfredsstillende grunnlag for å kunne angripe beslutningen og dermed være sikret en rettferdig rettergang.

I Rt. 2011 s. 910 (*Tine-saken*) premiss 51 har Høyesterett uttalt seg om domstolenes kompetanse ved overprøving av Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr. Høyesterett viser innledningsvis til at det i lovens forarbeider er lagt til grunn at rettens kompetanse tilsvarer departementets kompetanse som klageorgan i tradisjonelle forvaltningssaker. Høyesterett legger deretter til grunn at retten dermed 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.» Utvalget finner på denne bakgrunn å kunne legge til grunn at konklusjonen etter EMK artikkel 6 nr. 1 ville blitt den samme om det var lovligheten av det gjeldende norske systemet som var til behandling.

Utvalget finner grunn til å understreke at det også uten EMDs dom i *Menarinisaken* ville ha vært av den oppfatningen at man for norsk retts vedkommende kan ilagge konkurranserettslige overtredelsesgebyr administrativt uten å komme i konflikt med rettighetene som følger av EMK artikkel 6 nr. 1. I denne sammenhengen nøyer utvalget seg med å vise til EMDs dom av 23. november 2006 (*Jussila*). I avsnitt 43 i dommen uttalte domstolen at sanksjoner som befinner seg innenfor kjerneområdet av det som tradisjonelt betraktes som straff («the hard core of criminal law»), ikke kan ilegges administrativt. Domstolen påpekte videre at praksis gradvis har utvidet begrepet «criminal charge» til å gjelde saker som ikke tilhører den tradisjonelle strafferetten. Domstolen uttalte følgende:

⁵⁹ Dette standpunktet ble også tatt i forarbeidene til konkurranseloven, jf. NOU 2003: 12 punkt 6.4.5.3 s. 132 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 8.3.3 s. 117.

⁶⁰ Jf. bl.a. Rt. 2000 s. 996 (tilleggsskatt).

«There are clearly «criminal charges» of differing weight. What is more, the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a «criminal charge» by applying the Engel criteria have underpinned a *gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law, for example* administrative penalties (Öztürk v. Germany), prison disciplinary proceedings (Campbell and Fell v. the United Kingdom, judgment of 28 June 1984, Series A, no. 80), customs law (Salabiaku v. France, judgment of 7 October 1988, Series A no 141-A), *competition law* (Société Stenuit v. France, judgment of 27 february 1992, Series A no. 232-A) and penalties imposed by a court with jurisdiction in financial matters (Guisset v. France, no. 33933/96, ECHR 2000-IX). Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency (see Bendenoun and Janosevic, § 46 and § 81 respectively, where it was found compatible with Article 6 § 1 for criminal penalties to be imposed, in the first instance, by an administrative or non-judicial body: a contrario, Findlay v. the United Kingdom, cited above).» (utvalgets utheving)

Etter utvalgets syn må denne uttalelsen i dommen forstås slik at den avgrenser konkurranserettslige overtredelsesgebyrer fra å tilhøre «the hard core of criminal law».

Utvalget viser dessuten til at EU-domstolen i en nylig avsagt dom i den såkalte KME-saken⁶¹ har konkludert med at Underrettens prøvelsesadgang av Kommisjonens beslutninger i bøtesaker verken er i strid med EU-retten eller EMK. EU-domstolen uttaler her at selv om Kommisjonen er gitt et vidt skjønn hva angår økonomiske vurderinger, har EU-domstolen i sin tidligere praksis slått fast at dette ikke innebærer at rettsinstansene i EU (dvs. Underretten og EU-domstolen) er avskåret fra å kontrollere Kommisjonens vurdering av opplysninger av økonomisk art. Videre viser EU-domstolen til at selv om Underretten i flere tidligere saker har vist til Kommisjonens «vide skjønnsmargin» eller «skjønnsbeføyelse», har ikke disse henvisningene hindret Underretten i å utøve sin fulle prøvelsesrett både med hensyn til rettslige og faktiske omstendigheter, slik den også er forpliktet til. I premiss 133 i dommen slår EU-

domstolen fast at rettsinstansene i EU både foretar en rettslig og faktisk kontroll av Kommisjonens avgjørelse, og at de har kompetanse til å vurdere bevisene på nytt samt å oppheve Kommisjonens beslutning om å ilegge gebyr eller å endre nivået på gebyret. EU-domstolen konkluderer deretter med at den legalitetskontrollen som skjer i henhold til TEUV artikkel 263, supplert med den fulle prøvelsesrett i forhold til gebyrets størrelse som følger av rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 31, ikke kan sies å være i strid med kravet om effektiv domstolsprøvelse som følger av charteret om grunnleggende rettigheter artikkel 47. KME-konsernets anke ble også på dette grunnlaget forkastet av EU-domstolen.

6.4.2.2 Bør dagens ordning videreføres?

Selv om det etter utvalgets oppfatning ikke kan sies å foreligge noen rettslige skranker for å beholde ordningen med at overtredelsesgebyr ilegges administrativt av Konkurransetilsynet, ser utvalget likevel behovet for en mer prinsipiell vurdering av om dagens system i tilstrekkelig grad ivaretar behovet for rettsikkerhet. Bakgrunnen for dette er blant annet den pågående parallelle diskusjonen internt i EU/EØS vedrørende Kommisjonens kompetanse i konkurransesaker og forholdet til grunnleggende menneskerettigheter nedfelt i EMK. Videre har det som nevnt under punkt 6.4.1.3 også vært reist kritikk i Norge mot Konkurransetilsynets rolle som både etterforsker og vedtaksmyndighet i saker vedrørende overtredelsesgebyr.

Utvalget har i denne sammenheng sett nærmere på 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. Utvalget mener det er naturlig å ta utgangspunkt i den ordningen som gjelder i dag, og se nærmere på hvilke fordeler og ulemper som er knyttet til denne før alternative modeller drøftes.

Ordningen med at Konkurransetilsynet treffer vedtak om overtredelsesgebyr i første instans og vedtaket deretter kan bringes inn for domstolen til full overprøving, er i tråd med det som er den vanlige løsningen i forvaltningen for øvrig. Dette fremheves også i NOU 2003: 15 Fra bot til bedring, der Sanksjonsutvalget legger opp til at domstolsprøvelse av forvaltningens vedtak om sanksjoner (herunder overtredelsesgebyr) skal være hovedregelen. At Konkurransetilsynet har kompetanse til å etterforske og sanksjonere

⁶¹ Dom av 8. desember 2011 i sak C-389/10 P KME Germany m.fl. mot Kommisjonen.

mulige brudd på konkurranseloven og domstolene har full prøvelsesrett, er dermed ikke noen «spesialløsning» på tvers av det etablerte systemet, men heller et eksempel på den normale fordelingen av kompetanse mellom forvaltningen og domstolene. Dette taler etter utvalgets syn for at det skal en del tungtveiende grunner til for å innføre et nytt system som avviker fra det som ellers er den vanlige løsningen i forvaltningen.

Utvalget viser dessuten 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 2004.⁶² 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 spesiell 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 tilsynets 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 rettsikkerhetsgarantier både i reglene om tilsynets egen saksbehandling og i reglene om domstolenes overprøving av tilsynets vedtak om overtredelsesgebyr. Det oppstilles som nevnt 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. Når det gjelder domstolenes fagkompetanse i konkurransesaker og behovet for eventuelle tiltak som kan bidra til å øke denne kompetansen, kommer utvalget nærmere tilbake til dette nedenfor.

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 rettsikkerheten 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.⁶³ 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 overtredelsesgebyr som sanksjonsform (et tosporet sanksjonssystem), kan den også sies å ha en side til spørsmålet om vedtakskompetanse.

En annen innvending 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 rettssikkerhet.

Som et alternativ til dagens ordning 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. Som nevnt foran under punkt

⁶² Jf. bl.a. NOU 2003: 12 s. 124 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 116 flg.

⁶³ Se artikkelen «Konkurranseloven og rettssikkerhet – Behov for revisjon av konkurranseloven» av Siri Teigum (2009) punkt 3.3 og artikkelen «Er konkurranselovens tosporede sanksjonssystem overfor foretak hensiktsmessig?» av Knut Høivik Lov og Rett 2006 s. 360 flg.

6.4.1.3 gikk flertallsforslaget den gang ut på at Konkurransetilsynet skulle ha kompetanse til å utstede forelegg på bot, og at tilsynet 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, jf. punkt 6.4.1.4 ovenfor.

Utvalget ser at en 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. En slik løsning vil gjøre det mulig for tilsynet å stå friere til å drive ren 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 lovovertræderen 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, jf. punkt 6.4.2.1.2 og 6.4.2.1.3 ovenfor, vil denne usikkerheten elimineres dersom kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr overføres til domstolene i første instans.

Som nevnt er utvalget av den oppfatningen 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.

Utvalget har i nær tilknytning til dette også vurdert en modell der Konkurransetilsynet treffer vedtak om overtredelsesgebyr som i dag, men der søksmålsbyrden overføres fra foretakene til Konkurransetilsynet. Forslaget som har vært vurdert er om det skal gjelde en form for «akseptfrist» på vedtaket, og at tilsynet – dersom partene ikke godtar vedtaket innen denne fristen – selv må ta ut søksmål for å få stadfestet vedtaket. Utvalget har

på dette punktet delt seg i et flertall og et mindretall.

Utvalgets flertall, utvalgsleder *Hjelmeng* og medlemmene *Skaar*, *Sørgard* og *Norheim* støtter ikke et forslag om snudd søksmålsbyrde. Etter disse medlemmenes syn er hovedinnvendingen mot denne modellen at det lett vil kunne bli en diskusjon 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, og den har dessuten mange likhetstrekk med den løsningen som er valgt innenfor EU/EØS. Videre er utvalgets flertall av den oppfatningen at dagens modell balanserer godt hensynet til effektiv håndhevelse på den ene side og hensynet til rettsikkerhet på den annen side.

Utvalgets mindretall, medlemmene *Sundet*, *Søyland* og *Hammerstad*, 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 der. Disse medlemmene viser til at utvalget i vurderingen av beviskravet i punkt 6.5.5 har lagt vekt på at overtredelsesgebyr er en inngripende sanksjon, og at det har store likhetstrekk med foretaksstraff. I tillegg kommer sanksjonens størrelse. Utvalgets mindretall mener at disse synspunktene også må få konsekvenser for spørsmålet om søksmålsbyrden. Mindretallet viser til at en løsning som det foreslår vil ligge noe nærmere anklageprinsippet, ved at ansvaret for å fremme saken for domstolene overføres til Konkurransetilsynet, samtidig som forslaget ikke nødvendiggjør noen endringer i organiseringen av tilsynet. I den forbindelse har mindretallet vektlagt at det å ha søksmålsbyrden i konkurransesaker, som kan reise svært kompliserte spørsmål og kreve omfattende arbeid, er svært inngripende for en privat part, og at det da er mer naturlig at byrden ligger hos Konkurransetilsynet.

Utvalgets mindretall mener at en ordning hvor Konkurransetilsynet må bringe vedtaket om overtredelsesgebyr inn for en domstol dersom parten

ikke aksepterer vedtaket innen en viss frist gir større rom for kontradiksjon og åpenhet i forvaltningsprosessen, ved at Konkurransetilsynet gis økte incentiver til grundighet og objektivitet. Der som søksmålsbyrden endres, vil Konkurransetilsynets incentiver til å innhente bevis bli sterkere preget av at en domstol skal overbevises. Dette vil ikke bare øke sannsynligheten for riktige avgjørelser, men kan også bidra til mer effektivitet ved at saker som vanskelig kan føre frem legges bort tidligere. Utvalgets mindretall viser på dette punkt til at KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr etter lov om offentlige anskaffelser § 7b er foreslått opphevet, og at kompetansen til å ilegge sanksjon for brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er foreslått flyttet til domstolene. Forslaget er blant annet begrunnet i rettsikkerhets- og kontradiksjonshensyn. Det vises til NOU 2010: 2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser punkt 13.4.4 og Prop. 12 L Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett) kapittel 7.

Etter mindretallets oppfatning er ikke sammenligningen med løsningen innenfor EU/EØS relevant når det gjelder dette spørsmålet, da systemet i EU/EØS har flere innebygde rettsikkerhetsgarantier forut for vedtaket enn det norske systemet. I EU/EØS er det også en annen organisering og beslutningsmodell, som gjør at vedtaket treffes på et mer overordnet nivå enn der saken forberedes, enn det som er mulig gitt dagens organisering av Konkurransetilsynet. Utvalgets mindretall mener derfor det er mer nærliggende på dette området å sammenligne med løsningene som er valgt i Sverige og Finland. Samtidig ligger mindretallets forslag nærmere opp til dagens system enn det en helt tilsvarende løsning som i Sverige og Finland ville gjort.

Utvalgets mindretall ser at forslaget om at Konkurransetilsynets vedtak, med mindre det aksepteres av parten(e), må bekreftes av en domstol for å få virkning, avviker fra den alminnelige ordningen hvor forvaltningsvedtak får virkning idet de er avsagt. Forslaget ligger imidlertid nær opptil ordningen med forelegg i straffesaker, og har mange likhetstrekk med ordningen som flertallet foreslo i NOU 2003: 12. Det vises til beskrivelsen av flertallets forslag den gang inntatt i punkt 6.4.1.3 over. Når mindretallet, i stedet for å foreslå en foreleggsordning, har foreslått å gjøre virkningen av tilsynets vedtak om overtredelsesgebyr avhengig av partene(s) aksept, eller bekreftelse av en domstol, er det for å understreke viktigheten av at tilsynet vurderer alle sider av saken

og presenterer dette for partene gjennom et begrunnet vedtak.

Mindretallet foreslår på denne bakgrunn følgende tillegg i § 29 fjerde ledd:

«Dersom foretaket ikke aksepterer vedtaket innen to måneder etter at det er fattet, må Konkurransetilsynet bringe saken inn for domstolene for å få stadfestet vedtaket.»

Et *samlet utvalg* har videre vurdert om dagens modell bør legges tettere opp mot den ordningen som gjelder i EU/EØS, og at man på denne måten kan sikre at partenes behov for kontradiksjon blir bedre ivaretatt enn i dag.⁶⁴

Utvalget har i denne forbindelse diskutert om det i etterforskningsaker bør innføres et eller flere obligatoriske møter der de foretakene som etterforskes kan få treffe beslutningstakerne og fremføre sin sak. I de prosedyrene som gjelder for Kommisjonen 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.⁶⁵ I Kommisjonens retningslinjer fremgår det at møter skal tilbys på tre stadier i prosessen; etter formell åpning av saksbehandlingen, på et mer fremskredet punkt i etterforskningen hvor Kommisjonen kan redegjøre for sine foreløpige konklusjoner og etter partenes tilsvarende svar 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 gjennomsiktighet og god kommunikasjon mellom DG Konkurranselov og partene. Utvalget har i tillegg til dette vurdert om det etter mønster av systemet i EU/EØS bør innføres en form for muntlig høring i prosessen før vedtak treffes, jf. nærmere om denne ordningen under punkt 6.4.1.5 ovenfor. Utvalget har imidlertid kommet til at et system der det oppnevnes en «høringsoffiser» og der det

⁶⁴ Dette har også en side til den interne organiseringen av Konkurransetilsynet i saker om illeggelse av overtredelsesgebyr. Det kan i denne sammenheng pekes på at det innenfor EU/EØS foreligger et klarere skille mellom saksbehandler og den som treffer vedtak i overvåkningsorganene, jf. redegjørelsen ovenfor i punkt 6.4.1.5 om systemet i EU/EØS. Det legges ikke opp til en problematisering av dette her.

⁶⁵ Kommisjonens kunngjøring om «Best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU», EUT C 308 av 20.10.2011 s. 6. ESA forventes å vedta tilsvarende veiledning.

gjennomføres vitneavhør, vil være en svært unorsk løsning som ikke passer særlig godt inn i det tradisjonelle synet på forvaltningens oppgaver og rolle. Et *samlet utvalg* anser det som en mer hensiktsmessig løsning at Konkurransetilsynet møter partene direkte etter mønster av statusmøter/State of Play meetings, og at det ikke kan 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 de partene som etterforskes for mulige overtredelser av konkurranselovgevingen 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, men vil samtidig peke på at denne typen møter vil kunne gi tilsynet 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 avvikle slike møter mellom 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 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, medlemmet *Sundet*, mener at det for å sikre kontradiksjon og rettssikkerhet i prosessen frem til Konkurransetilsynet treffer sitt vedtak, i tillegg er nødvendig å etablere en ordning hvor sakens parter får anledning til å presentere sin sak muntlig overfor endelig beslutningstaker før Konkurransetilsynet treffer sitt vedtak. Medlemmet *Sundet* er enig i at den ordning som er etablert innenfor EU/EØS med parte-

nes rett til muntlig høring som beskrevet i punkt 6.4.1.5 over og en høringsoffiser som skal sikre at partenes prosessuelle rettigheter ivaretas, vanskelig lar seg tilpasse en modell hvor kompetansen til å treffe vedtak er tillagt Konkurransetilsynet ved konkurransedirektøren, uten at det samtidig gjøres betydelige organisatoriske endringer. Medlemmet *Sundet* mener imidlertid at det innenfor dagens organisatoriske modell kan etableres prosessuelle rettigheter som vil gi økt mulighet for kontradiksjon og rettssikkerhet og økte incentiver til objektivitet i Konkurransetilsynets etterforskning.

I en direktørmodell som i Konkurransetilsynet er det konkurransedirektøren som treffer endelig vedtak. Medlemmet *Sundet* foreslår at det lovfesttes en rett for en part til å kreve at det, i rimelig tid etter at Konkurransetilsynet har sendt sitt forhåndsvarsel, avholdes et møte hvor endelig beslutningstaker plikter å være til stede, og hvor parten får presentere sin sak muntlig. Parten har rett til å fremlegge bevis og til å føre vitner under møtet. I en prosess hvor Konkurransetilsynet vurderer å ilegge overtredelsesgebyr vil tilsynet normalt innhente bevis og vurderinger fra tredjeparter, særlig fra konkurrenter og kunder. Disse kan ha sterke egeninteresser i saken, og kontradiksjonshensyn tilsier at sakens parter gis en rett til å anmode om at tredjeparter innkalles til møtet og presenterer sine synspunkter, slik at parten gis en umiddelbar mulighet til å imøtegå disse under møtet. Medlemmet *Sundet* vil ikke foreslå at det innføres en plikt for tredjeparter til å delta på slike møter. Unnlatelse av å møte vil imidlertid svekke bevisverdien av de synspunkter som er fremsatt under den skriftlige saksbehandlingsprosessen. Konkurransetilsynet vil i samsvar med forvaltningsloven § 11 bokstav d ha en plikt til å nedtegne opplysninger og anførsler av betydning for saken som fremkommer under møtet.

Medlemmet *Sundet* foreslår videre at de nærmere detaljer knyttet til avviklingen av møtet reguleres i forskrift, men at det i loven fastsettes en rett for parter som mener at deres prosessuelle rettigheter som beskrevet over og utdypet gjennom forskrift, ikke er ivaretatt, til å klage over den beslutning som innebærer en krenkelse av partens prosessuelle retter, f.eks. en beslutning fra Konkurransetilsynet om ikke å sende anmodning om deltakelse til tredjepart eller en nektelse av fremleggelse av bevis. Slike klager bør behandles av departementet uten ugrunnet opphold, og Konkurransetilsynet må ha plikt til å avvente utfallet av klagebehandlingen før endelig vedtak treffes. Siden utvalgets medlem *Sundet* er alene om dette

forslaget er det ikke funnet nødvendig å utforme et eget lovforslag på dette punktet.

Et *samlet utvalg* har endelig 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 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. Et sentralt spørsmål i denne sammenheng er hvorvidt det er behov for å foreslå prosessuelle særregler for å oppnå dette, eller om det for utvalgets del 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, som 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 bl.a. sakkyndige som er avgitt i anledning saken.

Utvalget vil etter dette peke 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 mellom 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. En måte å endre dette på vil eksempelvis kunne være å gjøre det obligatorisk med fagkyndige meddommere i konkurranserettssaker. Videre vil det være en mulighet å fastsette at det i konkurranserettssaker ikke skal være anledning for en part å motsette seg å inngi skriftlig redegjørelse etter tvisteloven § 9-9 tredje ledd. Dette ville regelteknisk kunne gjennomføres ved å fastsette en særregel i konkurranseloven § 29 om forholdet til disse bestemmelsene i tvisteloven.

Utvalget er imidlertid noe i tvil om hensiktsmessigheten av å foreslå en slik særregulering. På den ene siden vil dette kunne sette domstolene bedre i stand til å behandle konkurranserettssaker. De fagkyndige meddommerne vil som regel være økonomer med spesialisering innen konkurranseøkonomi, og 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, gjennomgåen-

de reise særlig kompliserte rettslige og/eller faktiske spørsmål. Det kan hevdes at dersom domstolen mener det er grunn for å få et særlig komplisert konkurranserettslig spørsmål nærmere belyst gjennom skriftlige redegjørelser, bør ikke en part ut fra sine særinteresser kunne motsette seg dette.

Det foreligger imidlertid flere hensyn som taler mot å foreslå en særregulering av disse spørsmålene. 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.⁶⁶ Det er som påpekt ovenfor videre slik at de generelle reglene i tvisteloven allerede gir 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 domstolens 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 konkurranseloven for EFTA-domstolen for rådgivende uttalelse.⁶⁷

Utvalget har etter en samlet vurdering kommet frem til at det ikke vil foreslå en prosessuell særregel som beskrevet ovenfor i konkurranseloven. Begrunnelsen fra utvalgets side knytter seg hovedsakelig til at tilfanget av konkurransesaker for domstolene ikke synes stort nok til å forsvare en slik særregulering, samt at det kan reises tvil om en slik lovregulering vil være egnet. Utvalget finner imidlertid grunn til å understreke viktigheten av at det rettes fokus mot de særskilte utfordringene som domstolsprøving av konkurranse-rettslige vedtak reiser, og at en økt bevisstgjøring

blant aktørene med hensyn til mulighetene for å påvirke prosessene i retning av større innslag av fagkyndighet og skriftlighet vil være viktig.

6.5 Beviskrav

6.5.1 Innledning

Det generelle utgangspunktet i norsk rett er at domstolskontroll av administrative vedtak behandles etter tvistelovens regler. Tradisjonelt er kravene til bevisets styrke vesensforskjellig i sivil- og straffeprosessen. I straffesaker skal enhver rimelig og fornuftig tvil komme tiltalte til gode. I sivile saker er hovedregelen alminnelig sannsynlighetsovervekt – altså det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn.⁶⁸ 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 en ved å nøye seg med sannsynlighetsovervekt totalt sett sikrer flest riktige avgjørelser.

Selv om forvaltningssanksjoner avgjøres i sivilprosessuelle former, er overvektsprinsippet fravirket 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.⁶⁹

6.5.2 Kravet til bevisets styrke for ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29

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.⁷⁰ Utvalget viste til Rt. 1999 s. 14 og påpekte at likhetene med straffe-

⁶⁶ Konkurransetilsynet har fattet ni vedtak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven 2004 for brudd på § 10 og § 11. På nåværende tidspunkt har fem av disse blitt underlagt domstolsprøving; den såkalte SAS-saken (V-2005-9 av 6. juni 2005), Gran/Ekran-saken (V2009-17 av 13. juli 2009), Turbil-saken (V2009-15 av 30. juni 2009), Tine-saken (V2007-2 av 19. februar 2007) og Ski/Follo, taxi-saken (V2011-12 av 4. juli 2011).

⁶⁷ Jf. ODA artikkel 34. Som eksempel på en prejudisiell sak for EU-domstolen, se sak C-7/97 Bronner, der spørsmålet i hovedsaken skulle avgjøres etter østerriksk konkurranserett, som var harmonisert med EU-reglene. Domstolen drøftet eksplisitt spørsmålet om det faktum at saken skulle avgjøres etter nasjonal rett var til hinder for at saken kunne fremmes, jf. premiss 16-20.

⁶⁸ Se blant annet Graver, «Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten», TfR 4-5/2004 s. 465-498.

⁶⁹ Rt. 2008 s. 1409 avsnitt 41.

⁷⁰ NOU 2003: 12 s. 130-131.

rettslige bøter kunne tale for at kravet skulle legges høyere enn klar sannsynlighetsovervekt. Utvalget viste imidlertid til at strenge krav til bevisets styrke kunne vanskeliggjøre håndhevelse av loven, og pekte på at behovet for effektiv håndheving må holdes opp mot hensynet til rettsikkerhet.

Departementet var ikke enig med utvalgets vurderinger og uttalte:

«Departementet er imidlertid ikke enig med utvalget i at det må kreves sterk sannsynlighetsovervekt for å fatte vedtak om overtredelsesgebyr. Det foreligger ikke særlige hensyn i slike saker som tilsier at det skal oppstilles spesielle krav til bevisets styrke, ut over det som følger av alminnelige bevisregler i sivile saker. I saker om overtredelse av konkurranseloven vil samfunnets og forbrukernes interesse i riktig pris, stå mot foretakenes interesse i ikke å bli bøtelagt for noe de ikke har gjort. Etter departementets vurdering bør ikke denne avveiningen vektes skjevt, med mindre vekt på hensyn til samfunnet og forbrukerne. Overtredelse av konkurranseloven innebærer at en eller flere næringsdrivende beriker seg på samfunnets og forbrukernes bekostning. Behovet for å fravike alminnelige sivilprosessrettslige bevisregler avhenger av om en, slik som i straffeprosessretten, vurderer en feilaktig dom i den påståtte overtredersens disfavør som verre enn en feilaktig dom i forbrukernes og samfunnets disfavør. I forhold til en slik fleksibel sanksjon som overtredelsesgebyr er ment å være, ser departementet ingen grunn til at loven skal ta som utgangspunkt at uriktige avgjørelser i forbrukernes disfavør er å foretrekke fremfor uriktige avgjørelser til skade for et uskyldig foretak.»⁷¹

Næringslivets hovedorganisasjon (NHO), som hadde vært representert i Konkurranselovutvalget, var sterkt kritisk til departementets forslag, og anførte i et brev til Stortingets familie-, kultur- og administrasjonskomité 11. november 2003 at et slikt beviskrav ville være i strid med beviskravet i norsk strafferett, og «sannsynligvis» med EMK. Synspunktene ble utdypet i brev 28. november 2003. I dette brevet viste NHO blant annet til at både konkurranselovutvalget og departementet hadde lagt til grunn at overtredelsesgebyr «er å anse som straff i forhold til EMK artikkel 6.» NHO gjorde det på denne bakgrunn gjeldende at

beviskravet måtte være det samme som i en straffesak. Komiteen henvendte seg deretter til statsråd Victor Norman, som i brev av 13. desember 2003 blant annet skrev følgende:

«Beviskravet for ileggelse av overtredelsesgebyr etter forslaget til ny konkurranselov vil være i samsvar med de alminnelige bevisregler som gjelder i sivile saker, og vil bli praktisert i tråd med Høyesteretts praksis. Dette bør således være tilstrekkelig i forhold til EMK. Beviskravet vil gjøre det lettere å få ilagt et overtredelsesgebyr og dermed øke forbudenes avskrekkende virkning. Det er viktig i konkurransesaker der det i utgangspunktet er vanskelig å bevise overtredelser.»

Dette synet ble støttet av flertallet i familie-, kultur og administrasjonskomiteen på Stortinget:

«Komiteens medlemmer fra Arbeiderpartiet mener at når det gjelder utstedelse av overtredelsesgebyr, må det stilles krav om klar sannsynlighetsovervekt for at overtredelsen har funnet sted.

Komiteens flertall, alle unntatt medlemmene fra Arbeiderpartiet, mener at det ikke er grunn til å avvike fra de alminnelige bevisregler i sivile saker, og viser til departementets begrunnelse i proposisjonens pkt. 8.3.3 s. 117 annen spalte.»⁷²

Loven ble deretter vedtatt uten at det ble foretatt noen endringer på dette punktet.

Det foreligger med andre ord klare og lovgivernære vurderinger som viser at valget mellom alminnelig sannsynlighetsovervekt og klar sannsynlighetsovervekt var bevisst og villet på konkurranselovens område. Holdbarheten av departementets argumenter har imidlertid vært kritisert i juridisk teori.

Kolstad m.fl. (2006) mener at de argumenter som departementet og komiteen anfører kan diskuteres, og peker blant annet på at det er tvilsomt om det vanlige overvektsprinsippet kan sies å være det som gjelder i «andre gebyrlignende saker». Forfatterne mener tvert i mot at en gjennomgang av rettspraksis viser at hvor ileggelse av gebyr forutsetter et straffbart eller sterkt klanderverdigg forhold må utgangspunktet være at det gjelder et krav til mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁷³

⁷¹ Ot.prp. nr. 6 (2003 – 2004) s. 117.

⁷² Innst. O. nr. 50 (2003-2004) pkt. 2.7.

⁷³ Kolstad m.fl. Norsk Konkurranserett Bind II (2006) s. 153.

I rettspraksis finnes det på andre rettsområder eksempler på at Høyesterett har kommet til at beviskravet er klar sannsynlighetsovervekt selv om det ikke er støtte for et slikt standpunkt i loven eller forarbeidene.

I Rt. 1999 s. 14, som gjaldt kravet til bevisets styrke for inndragning av fisk etter den nå opphevede saltvannsfiskekloven § 11 tredje ledd, la mindretallet til grunn at det straffeprosessuelle beviskravet gjaldt, mens flertallet uttalte at beviskravet var klar sannsynlighetsovervekt.

Flertallets standpunkt i Rt. 1999 s. 14 ble opprettholdt i Rt. 2007 s. 1217. Denne saken gjaldt tilbakekall av ervervstillatelse og inndragning av fangst med hjemmel i saltvannsfiskekloven § 11. Inndragning av fangst ble ikke ansett som straff etter EMK artikkel 6. Retten kom likevel til at alminnelige norske prinsipper for bevisbedømmelse oppstiller et krav om klar sannsynlighetsovervekt for at handlingen som danner grunnlag for denne sanksjonen er begått.

Tilsvarende spørsmål ble behandlet av Høyesterett i storkammer i en dom inntatt i Rt. 2008 s. 1409. Saken gjaldt spørsmålet om hvilket beviskrav som gjelder ved ileggelse av ordinær tilleggs-skatt etter ligningsloven § 10-2, jf. § 10-4. Et flertall på syv dommere kom til at beviskravet for ileggelse av ordinær tilleggs-skatt er klar sannsynlighetsovervekt. Resultatet i denne saken bygget på en tolkning av lovteksten sammenholdt med forarbeidene.

Spørsmålet om hvilket beviskrav som gjelder for ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranse-loven § 29, ble behandlet av lagmannsretten i Tine-saken. Lagmannsretten valgte etter å ha foretatt en gjennomgang av rettspraksis og påpekt overtredelsesgebyrets pønale preg å legge seg på linje med det beviskravet som oppstilles i EU-domstolens praksis:

«Lagmannsretten finner etter en samlet vurdering at det riktige må være å bygge på det beviskravet som i dag praktiseres i europeisk konkurranserett og som formodes å være i overensstemmelse med EMK. Det innebærer at det etter lagmannsrettens oppfatning må fremskaffes en samling «tungtveiende, nøyaktige og samstemmende bevis» for at en overtredelse har funnet sted. Bevisene undergis deretter en vurdering i tråd med de prinsippene som er skissert i Kolstad m.fl. Norsk konkurranserett, bind II (2006) s. 156. Et slikt beviskrav vil være noe skjerpet i forhold til et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt.»⁷⁴

De prinsippene for vurdering av bevisene lagmannsretten henviser til i Kolstad m.fl. er som følger:

«Oppsummeringsvis kan man si at de klareste føringer for bevisvurderingen i saker om overtredelsesgebyr etter konkurranse-loven ligger i uskyldspresumpsjonen og de implikasjoner denne har for bevisbyrdereglene. Disse innebærer at tilsynet må ha plikt til å fremskaffe en samling tungtveiende, nøyaktige og samstemmende beviser for at en overtredelse har funnet sted. Dersom bevisene er av en slik karakter at man må basere seg på hypoteser og antakelser som grunnlag for å konstatere overtredelse, må en hypotese om brudd på forbudet fremstå som den eneste sannsynlige på grunnlag av de fremlagte beviser. Man kan altså ikke basere vedtak om overtredelsesgebyr på en situasjon hvor det kan oppstilles flere sannsynlige hypoteser, bare fordi den ene hypotesen fremstår som mer sannsynlig enn de andre. Det gjelder imidlertid ikke noe strafferettslig beviskrav i en slik situasjon i den forstand at man plikter å ta hensyn til rimelige, men ikke sannsynlige alternative forklaringer.»⁷⁵

Tine-saken ble anket til Høyesterett. Når det gjaldt beviskravet uttalte Høyesterett at den oppfattet lagmannsrettens angivelse som et krav om «klar sannsynlighetsovervekt». Retten kunne ikke se at det for overtredelsesgebyr etter konkurranse-loven var grunn til å stille et høyere beviskrav. Høyesterett kunne derfor bygge på det faktum lagmannsretten hadde funnet bevist:

«På bakgrunn av at overtredelsesgebyr etter konkurranse-loven § 29 er å anse som straff etter EMK artikkel 6, la lagmannsretten ved bevisbedømmelsen til grunn at det ikke er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt, men at det må fremskaffes en samling «tungtveiende, nøyaktige og samstemmende bevis». Jeg oppfatter dette som et krav om klar sannsynlighetsovervekt. Dette er i samsvar med det krav til bevis som Høyesteretts flertall i storkammerdommen i Rt. 2008 s. 1409 stilte for å ilegge ordinær tilleggs-skatt, som også er en sanksjon som har karakter av straff etter EMK artikkel 6. Jeg kan ikke se at det for over-

⁷⁴ LB-2009-89085 s. 23.

⁷⁵ Kolstad mfl. Norsk Konkurranserett Bind II (2006) s. 156-157.

tredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er grunn til å stille et høyere beviskrav. Høyesterett kan derfor, ved avgjørelsen av saken, bygge på det faktum lagmannsretten har funnet bevist.⁷⁶

Etter Høyesteretts dom i Tine-saken legger utvalget til grunn at rettstilstanden er klarlagt, og at beviskravet for illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er klar sannsynlighetsovervekt.

6.5.3 Oppstiller EMK artikkel 6 nr. 2 et krav til bevisets styrke på konkurranserettens område?

Ved lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven) er EMK gjennomført i norsk rett. I henhold til § 3 skal den ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.

Det følger av EMK artikkel 6 nr. 2 at enhver som blir siktet for en straffbar handling skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven. Overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 anses som straff etter EMK artikkel 6 slik at EMK artikkel 6 nr. 2 får anvendelse.⁷⁷

Det er usikkert om uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 medfører et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt for å ilegge juridiske personer administrative sanksjoner som anses som straff i konvensjonens forstand. EMD har så vidt utvalget kjenner til ikke tatt stilling til beviskravet ved administrative sanksjoner mot foretak, verken på konkurranserettens område eller på andre forvaltningsområder.

Spørsmålet om EMK artikkel 6 nr. 2 stiller krav til bevisets styrke for å kunne ilegge en sanksjon som har karakter av straff, var oppe for Høyesterett i sak inntatt i Rt. 2007 s. 1217. Saken gjaldt som tidligere nevnt blant annet tidsbegrenset tilbakekall av ervervstillatelse på grunn av brudd på fiskerilovgivningen. Høyesteretts flertall (3 mot 2) kom til at uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 inneholder et krav til bevisets styrke. Når det gjelder spørsmålet om hvor strengt dette beviskravet er, peker førstvoterende i avsnitt 65 på at dette blant annet vil avhenge av hvor inngripende forvaltningssanksjonen er, behovet for effektiv rettshåndhevelse og den siktedes mulighet for å føre motbevis. Høyesterett viste også til en utta-

lelse i saken Jussila mot Finland, der det er vist til flere andre avgjørelser fra EMD:

«Denne uttalelsen viser etter min mening at de rettssikkerhetsgarantier som EMK artikkel 6 sikrer i straffesaker, ikke kan håndheves like strengt for sanksjoner som faller utenfor den tradisjonelle strafferett, men som likevel blir ansett som straff etter EMK artikkel 6. Dette må også gjelde for beviskravet i EMK artikkel 6 nr. 2. Avhengig av hvor inngripende en forvaltningssanksjon er, vil kvalifisert sannsynlighetsovervekt etter omstendighetene kunne tilfredsstillende kravet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Avgjørende må være hva overordnede krav til rettferdig rettergang tilsier. Ved denne vurdering må det blant annet tas hensyn til hva en effektiv rettshåndhevelse krever, og hvilke muligheter den anklagede har til å føre motbevis. Heller ikke etter EF/EØS-retten synes det å være endelig avklart hvilken bevisstandard som gjelder.»

Tilsvarende spørsmål ble behandlet av Høyesterett i storkammer i dommen inntatt i Rt. 2008 s. 1409. Denne saken gjaldt som nevnt ovenfor hvilket beviskrav som gjelder ved illeggelse av ordinær tilleggs�katt etter ligningsloven § 10-2, jf. § 10-4. Et flertall på syv av elleve dommere mente at det internrettslige beviskravet for å ilegge ordinær tilleggs�katt er klar sannsynlighetsovervekt. Et flertall på seks dommere kom videre til at EMK artikkel 6 nr. 2 inneholder krav til bevisets styrke i saker som er straff etter EMK. Det ble således lagt til grunn at beviskravet etter internretten tilfredsstillende EMK. Det er altså ikke slik at EMK ledet til et strengere beviskrav i denne saken.⁷⁸

Dommen gjaldt ileggelse av tilleggs�katt for en privatperson, og har derved en noe begrenset rettskildeverdi for ileggelse av overtredelsesgebyr til foretak.

I Tine-saken kom lagmannsretten etter en gjennomgang av de nevnte høyesterettsdommene til at det følger et krav til bevisets styrke av EMK artikkel 6 nr. 2 og at det er operasjonelt og til en viss grad fleksibelt, men at mye tydet på at nedre grense ligger over alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁷⁹ Som gjennomgått ovenfor bygget lagmannsretten ved avgjørelsen av hvilket beviskrav som skulle legges til grunn på det beviskravet som anvendes i europeisk konkurranserett og ikke direkte på EMK artikkel 6 nr. 2.

⁷⁶ Rt. 2011 s. 910 avsnitt 48.

⁷⁷ NOU 2003:12 s. 129 og Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 117.

⁷⁸ Rt. 2008 s. 1409 avsnitt 105.

⁷⁹ LB-2009-89085 s. 21.

Utvalget legger etter dette til grunn at det for forvaltningssanksjoner gjelder et operasjonelt beviskrav etter EMK artikkel 6 nr. 2, og at dette ligger over alminnelig sannsynlighetsovervekt.

6.5.4 EU/EØS-retten og beviskrav

Når det gjelder beviskravet i EU/EØS gjelder det for overvåkningsorganenes håndhevelse antakelig et krav til høyere grad av sannsynlighet enn alminnelig overvekt før det kan ilegges bøter for overtredelse av TEUV artikkel 101 og 102/EØS-atalen artikkel 53 og 54. Ifølge Kolstad m.fl. «Norsk Konkurranserett» bind II er det imidlertid få klare uttalelser om dette i rettspraksis.⁸⁰

Norske konkurransemyndigheter er ikke direkte bundet av prosessreglene i felleskapsretten. Det følger uttrykkelig av punkt 5 i fortalen til rådsforordning (EF) nr. 1/2003 at kravet til bevisets styrke er overlatt til nasjonale regler. Forordningen og de tilsvarende bestemmelsene i ODA protokoll 4 kapittel II innfører derfor ingen EU/EØS-rettslig forpliktelse til å operere med et spesielt beviskrav ved håndhevelsen av EU/EØS-reglene.

Kolstad m.fl. legger til grunn at EU/EØS-retten ikke legger sterkere føringer på nasjonale bevisregler enn det EMK gjør. I Kerse/Khan «EC Antitrust procedure»⁸¹ fremgår det at kravet til bevis er høyt, men at standarden ikke er like høy som i strafferetten. Forfatterne peker på at det ikke foreligger noen formelle regler for vurdering av bevis, men at det viktigste prinsippet som er etablert av EU-domstolen er kravet til «troverdighet».

I Tine-saken la lagmannsretten til grunn at i og med at Traktaten om den Europeiske union (TEU) artikkel 6 nr. 2 og 3, tar opp i seg prinsippene i EMK, og EU-domstolen praktiserer konkurranseretten på en måte som det er meningen skal tilfredsstillende kravene i EMK, hadde det formodningen mot seg at det forelå motstrid mellom konkurranseretten og EMK. Etter dette fant retten at det riktige måtte være å bygge på det beviskravet som i dag praktiseres i europeisk konkurranserett, som etter lagmannsrettens oppfatning innebar at det må fremskaffes en samling «tungtveiende, nøyaktige og samstemmende bevis» for at en overtredelse har funnet sted.⁸²

⁸⁰ Kolstad m.fl. «Norsk Konkurranserett» bind II s. 150.

⁸¹ Kerse/Khan «EC Antitrust procedure» (5. utgave – 2005) s. 478 flg.

⁸² LB-2009-89085 s. 22-23.

6.5.5 Utvalgets vurderinger

Utvalget har etter en samlet vurdering kommet til at det bør gjelde et krav om klar sannsynlighetsovervekt ved illeggelse 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 illeggelse av 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 har lagt vekt på at Høyesteretts avgjørelse i Tine-saken klargjør at det gjelder et krav om klar sannsynlighetsovervekt ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven. Utvalget har også sett hen til kravene etter EMK artikkel 6 nr. 2, jf. 6.5.3 ovenfor, og hensynet til harmonisering med EU/EØS som opererer med et beviskrav som er skjerpet i forhold til et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt, jf. 6.5.4 ovenfor.

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.⁸³

Utvalget har vurdert om konkurranseloven direkte bør regulere hvilket beviskrav som gjelder ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29. Det strenge beviskravet i strafferetten 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

⁸³ Jf. tilsvarende betraktninger i strafferetten: Andenæs «Alminnelig strafferett» 4. utg. s. 107.

er hensiktsmessig å foreslå en regulering av beviskravet i konkurranseloven.

6.6 Forlikprosedyre i kartellsaker

I EU/EØS ble det i 2008 innført en forlikprosedyre for saker om overtredelse av TEUV artikkel 101/EØS-avtalen artikkel 53. Hjemmelen for forlikprosedyre følger av kommisjonsforordning (EF) nr. 773/2004/ODA protokoll 4 kapittel III artikkel 10a. Forlikprosedyren er beskrevet i Kommisjonenes kunngjøring om forlikprosedyrer med henblikk på vedtagelse av beslutninger i henhold til artikkel 7 og artikkel 23 i rådsforordning (EF) nr. 1/2003.⁸⁴

Formålet med forlikprosedyren er å kunne gjennomføre en raskere og enklere saksbehandling i kartellsaker. Overvåkningsorganene har i henhold til artikkel 10a adgang til å fastsette en frist for når partene kan svare på om de ønsker å delta i forlikforhandlinger. Overvåkningsorganene skal vurdere om en sak er egnet for en forlikprosedyre når den har avsluttet sin innledende etterforskning, dvs. på det stadiet i saksbehandlingen hvor Kommisjonen normalt ville sendt partene en meddelelse om innsigelser (Statement of Objections). Det er overvåkningsorganet som avgjør om det skal innledes en forlikprosedyre, og partene har følgelig ikke noe krav på at det skal innledes en forlikprosedyre.

Dersom overvåkningsorganet ønsker å gjennomføre en forlikprosedyre, avholdes det et møte med partene. I henhold til artikkel 10a nr. 2 presenterer overvåkningsorganet på møtet med partene sine klagepunkter, hvilket bevismateriale som underbygger disse klagepunktene, ikke-forfrolige versjoner av de tilgjengelige dokumenter så langt dette er nødvendig for at partene skal kunne avklare sin posisjon, og nivået på de poten-

sielle bøtene. Det følger videre av artikkel 10a nr. 2 at overvåkningsorganet kan fastsette en frist for partene til å forplikte seg til et forlik og til å erkjenne deltagelsen i en overtredelse av TEUV artikkel 101/EØS-avtalen artikkel 53. Erkjennelsen fra partene skal være en klar og utvetydig innrømmelse av ansvar for overtredelsen. Partene skal ifølge Kommisjonens meddelelse punkt 20 bokstav b også angi et maksimalt bøtenivå som de er villig til å akseptere. Overvåkningsorganet har etter artikkel 10a nr. 4 under hele prosessen en skjønnsmessig adgang til å vurdere om det er formålstjenlig å gå videre med en forlikprosedyre.

Etter å ha mottatt et svar fra partene hvor disse sier seg villig til et forlik, kan overvåkningsorganet i henhold til artikkel 10a nr. 3 vedta en beslutning etter rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 7 og/eller artikkel 23. Foretakens gevinst ved å gå med på en forlikprosedyre er at dersom saken avsluttes med et forlik reduseres bøtene med 10 prosent i forhold til det som ville blitt boten etter en normal prosedyre.

Utvalget er i mandatet bedt om å vurdere innføringen av en forliksadgang. En slik mulighet finner også støtte i harmoniseringshensynet, som er gjennomgående fremhevet i utvalgets mandat. Utvalget har imidlertid, på bakgrunn av den tidsramme og ressursituasjon som setter rammene for utvalgets arbeid, prioritert å utrede andre mulige endringer av konkurranseloven foran det å foreta en egen utredning av behovet for og eventuelle fordeler knyttet til en forlikprosedyre. Bakgrunnen er videre at erfaringene med ordningen fra overvåkningsorganene fortsatt er begrenset. En forlikprosedyre for kartellsaker har også etter inspirasjon fra EU/EØS blitt innført i flere av EUs medlemsstater, men utvalget er ikke kjent med hvilke erfaringer disse medlemsstatene har med ordningen. Det er derfor vanskelig å vurdere hvor godt ordningen har fungert og hvilke gevinster den har hatt for saksbehandlingen.

⁸⁴ EUT C 167 av 2.7.2008, s. 1.

Kapittel 7

Prosess og etterforskning

7.1 Mandat

Utvalget er bedt om å vurdere omfanget av konkurransemyndighetenes kompetanse til å kreve opplysninger og konkurransemyndighetenes beslagsrett.

7.2 Gjeldende rett

7.2.1 Innledning

Konkurransemyndighetenes saksbehandling er underlagt forvaltningslovens regler om saksopplysning, varsel, innsyn og begrunnelse.¹ I tillegg til dette inneholder konkurranseloven enkelte særregler om blant annet opplysningsplikt, bevis sikring og dokumentinnsyn. Reglene gjelder tilsvarende ved Konkurransetilsynets håndhevelse av EØS-avtalens artikkel 53 og 54. Konkurranselovens regler vil bli gjennomgått i fortsettelsen.

7.2.2 Opplysningsplikt og utleveringsplikt

Konkurranseloven § 24 regulerer den enkeltes opplysningsplikt og utleveringsplikt overfor konkurransemyndighetene. Bestemmelsen er i det vesentlige en videreføring av 1993-konkurranseloven § 6-1. Etter konkurranseloven § 24 første ledd plikter enhver 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 ikke begrenset til parter i en sak. Konkurransemyndighetene kan pålegge enhver å gi opplysninger eller kreve utlevert informasjon for å «utføre sine gjøremål etter loven». Opplysnings- og utleveringsplikten er således ikke begrenset til at det foreligger en mistanke om overtredelse av loven eller til etterforskning av konkrete saker. Opplysnings- og utleveringsplikten 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.² Det ble her bl.a. vist til at et pålegg om opplysninger kan skje som ledd i en undersøkelse av markedsutviklingen i enkelte bransjer.

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 taushetsplikten. 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 det ikke omfatter såkalt ukvalifisert taushetsplikt. For eksempel er revisorer og banker således ikke unntatt fra opplysningsplikten. Kvalifisert taushetsplikt vil si taushetsplikt som går foran vitne-

¹ For en omfattende fremstilling av både Konkurransetilsynets og andre tilsynsorganers fullmakter, se Marius Stub: Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet – Undersøkelse og beslag i feltet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess, Universitetsforlaget, Oslo 2011.

² Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 144.

plikten etter straffeprosessens og sivilprosessens regler. Det mest praktiske her er unntaket for advokatkorrespondanse. Unntaket for advokatkorrespondanse vil bli nærmere omtalt i punkt 7.4.5.

Når det gjelder forholdet mellom opplysningsplikten og selvinkrimineringsvernet vil utvalget komme tilbake til dette nedenfor i punkt 7.3.

Plikten til å gi opplysninger inntreder ved pålegg fra konkurransemyndighetene. Forvaltningsloven § 14 stiller krav om å informere om hjemmelen for pålegget. Dette følger også av forskrift 22. desember 2005 nr. 1645 om opplysningsplikt, bevissikring og behandling av overskuddsinformasjon i konkurransesaker (forskrift om opplysningsplikt mv.) § 2. Opplysningene kan kreves skriftlig eller muntlig. Muntlig informasjon kan nedtegnes eller lagres som lydbåndopptak. Etter konkurranseloven § 24 fjerde ledd gjelder opplysnings- og utleveringsplikten også etter at det eventuelt er besluttet bevissikring etter § 25.

Ved krav om utlevering av informasjon må konkurransemyndighetene til en viss grad spesifisere hva slags informasjon som kreves utlevert, men det kreves ikke at det må angis konkrete dokumenter eller gjenstander.

Unnlatelse av å etterkomme pålegg om å gi opplysninger eller å gi uriktige eller ufullstendige opplysninger, kan sanksjoneres med tvangsmulkt etter § 28, overtredelsesgebyr etter § 29 og straff etter § 30.

EU/EØS-rettens regler om opplysningsplikt skiller seg noe fra reglene i konkurranseloven. I rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II skilles det mellom anmodning om opplysninger i artikkel 18 nr. 2 og pålegg om opplysninger i artikkel 18 nr. 3. Videre gir artikkel 18 kun rett til å innhente informasjon fra foretak. En anmodning om opplysninger pålegger ikke foretakene noen plikt til å gi informasjon, mens en beslutning om å pålegge foretak å utlevere informasjon medfører en plikt til å gi informasjonen. Uriktig eller ufullstendig informasjon kan imidlertid sanksjoneres etter begge alternativene.

7.2.3 Bevissikring

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.³ 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.»⁴

«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.

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

³ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 162.

⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 237.

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 synes derfor å ha muligheten 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.⁵ 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 deltagerne i ulovlig samarbeid i større utstrekning oppbevart inkriminerende informasjon hjemme istedenfor i foretakets lokaler.⁶ 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.⁷ 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. Vilåret 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.⁸

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.⁹ Ved et beslag vil Konkurransetilsynet ofte kunne ende opp med overskuddsinformasjon. Behandlingen av slik overskuddsinformasjon er nærmere regulert i forskrift om opplysningsplikt mv. kapittel 4.¹⁰

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 opptegetninger som holdes utenfor foretakets vanlige skriftlige materiale. De kan også være blandet sammen med personlige dokumenter, 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

⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 237.

⁶ 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.

⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 163.

⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 164.

⁹ Jf. LB-2004-3207.

¹⁰ Forskrift 22. desember 2005 nr. 1645 om opplysningsplikt, bevissikring og behandling av overskuddsinformasjon i konkurranse saker.

virkning, jf. også forskrift om opplysningsplikt mv. § 6 annet ledd hvor det fremgår at tilsynet skal opplyse om dette.

Etter at bevissikringen er avsluttet kan det på grunn av manglende aktuell rettslig interesse ikke anvendes rettsmidler mot tingrettens beslutning, jf. Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 2000 s. 840. Den som er gjenstand for en bevissikring kan derimot kreve innbrakt for retten spørsmål om beslagets lovlighet, for eksempel i forhold til reglene om advokatprivilegiet, 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. Unntaketets nærmere omfang, herunder hvordan det i praksis skal avklares om et dokument er unntatt fra beslag, behandles særskilt i punkt 7.4.5 og 7.4.6 nedenfor. Avtalebasert taushetsplikt er derimot ikke til hinder for beslagsretten, ettersom det i § 25 ikke henvises til straffeprosessloven §§ 12, 124 og 125.

7.3 Opplysningsplikt

7.3.1 Behovet for opplysningsplikt i konkurranseloven

Konkurransetilsynets oppgave er å føre tilsyn med konkurransen i de forskjellige markeder, jf. konkurranseloven § 9. For å kunne ivareta disse oppgavene må Konkurransetilsynet ha hjemmel til å innhente nødvendig informasjon.

Hovedregelen i norsk rett er at det ikke foreligger plikt til å gi opplysninger til offentlige myndigheter med mindre noe annet er særskilt fastsatt. Å pålegge private opplysningsplikt er et inngrep i den private rettssfære, som etter omstendighetene kan være ganske vidtgående. Dette betyr at det skal foreligge gode grunner for å gi forvaltningen en slik hjemmel. Det er bare i særli-

ge tilfelle at lovgivningen utstyrer et forvaltningsorgan med straffsanksjonerte regler om opplysningsplikt.

Konkurranseloven har en bestemmelse om opplysningsplikt i konkurranseloven § 24. Bestemmelsen pålegger «enhver» opplysningsplikt overfor Konkurransetilsynet og tilsynet kan kreve utlevert alle typer informasjon. Manglende etterlevelse av opplysningsplikten er straffsanksjonert etter konkurranseloven § 30 første ledd bokstav c. Det er flere eksempler i forvaltningen på lovbestemt opplysningsplikt som er pålagt en vid personkrets. Markedsføringsloven § 33 er en tilsvarende straffsanksjonert opplysningsplikt som gjelder «enhver». Det samme gjør opplysningsplikten etter verdipapirhandeloven § 15-3 første ledd.

Opplysningsplikten er etter utvalgets oppfatning en forutsetning for konkurransemyndighetenes utførelse av sine oppgaver etter konkurranseloven. Dette gjelder både for tilsynets rent forvaltningsmessige oppgave med generelt å overvåke konkurransesituasjonen i de ulike markedene og i forbindelse med etterforskning av om det foreligger overtredelser av konkurranseloven.

Konkurransemyndighetenes informasjonsinnhenting skiller seg fra visse andre tilsynsmyndigheter ved at tilsynet ikke får tilgang til den informasjonen som er nødvendig gjennom ulike former for rapporterings- og oppgaveplikt. Kredittilsynet, ligningsmyndighetene og andre offentlige etater får i stor grad bakgrunnsinformasjon ved at næringsdrivende i henhold til lov skal føre bestemte journaler, regnskaper eller innrette virksomheten på en bestemt måte. Konkurransetilsynet har ikke slike informasjonskanaler. Det er derfor behov for en bestemmelse om opplysningsplikt som gir det nødvendige informasjonsgrunnlag.

Erfaring fra overtredelsessaker tilsier at relevant informasjon ofte ikke fremgår av foretakets ordinære forretningsdokumenter, og derfor heller ikke befinner seg i foretakets ordinære arkiver. Ved kartellvirksomhet er opplysningsplikten særlig viktig. I praksis er det umulig å bygge opplysningsplikten på frivillighet. Også for de som ønsker å gi opplysninger, kan det være en fordel å kunne vise til at dette er en plikt etter loven.

7.3.2 Interessekonflikt mellom opplysningsplikt og selvinkriminering i overtredelsessaker

Mot hensynet til samfunnets interesse i en effektiv håndhevelse av konkurransereglene står inter-

essene og rettssikkerheten til de kontrollerte. Det er omstridt hvor vidtrekkende virkemidler konkurransemyndighetene skal ha for effektiv kontroll og tilsyn. Omfanget av selvinkrimineringsvernet på kontrollstadiet er særlig omstridt.

Det er kryssende og motstridende interesser mellom plikten til å forklare seg på forvaltningsstadiet og mistenktes rett til å nekte å forklare seg etter straffeprosessloven («det dobbeltsporede system»). Straffsanksjonert opplysnings- og sannhetsplikt er selvinkriminerende for en person som har noe straffbart å skjule. Blir det straffesak gjelder vernet mot selvinkriminering, det vil si at mistenkte straffritt kan snakke usant. Men den forutgående forvaltningsprosess kan ha bundet vedkommende. Har mistenkte løyet, er usannheten i seg selv straffbar. Snakker mistenkte sant, som vedkommende plikter, innebærer det en tilståelse av brudd på loven.¹¹

«Det dobbeltsporede system» må følgelig harmoniseres for å ivareta formålet bak selvinkrimineringsvernet. Spørsmålet er om det bør være en strengt beskyttet menneskerett å straffritt tie eller snakke usant, ikke bare overfor politi og domstol, men generelt overfor offentlige myndigheter, fordi ingen skal tvinges til noe som kan bidra til egen fellelse. Dernest må det avklares om vernet bare gjelder bruken av de selvinkriminerende opplysningene eller også innhentingen av opplysningene. Hvis vernet ikke gjelder når forklaringen avgis, må det avgjøres om vernet mot bruk bare gjelder under hovedforhandlingen eller også på ulike trinn under etterforskningen.

Det kan også reises spørsmål om hvorvidt 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 selv risikerer å bli straffet for det aktuelle forholdet og således må anses som «straffsiktet» i EMK's 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 ver-

net 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.

Det er fire regelsett som er relevante ved vurderingen av forklaringsplikten og dens begrensninger (selvinkrimineringsvernet). For det første saksbehandlingsreglene etter straffeprosessloven, for det andre saksbehandlingsreglene etter gjeldende konkurranselov, for det tredje EMK artikkel 6 nr. 1 og for det fjerde utviklingen av selvinkrimineringsvernet i EU/EØS-retten.

7.3.3 Nærmere om begrensningene som følge av selvinkrimineringsvernet

7.3.3.1 Innledning

Retten til ikke å bidra til sin egen domfellelse i strid med egen vilje er et grunnfestet prinsipp i straffeprosessen. Etter straffeprosessloven § 90 har siktede rett til å nekte å forklare seg og utleveringspålegg etter straffeprosessloven § 210 kan ikke rettes mot ham.

Gjeldende konkurranselov oppstiller ingen begrensninger i plikten til å forklare seg for Konkurransetilsynet. Dette er i samsvar med norsk rett for øvrig, hvor det i regler om opplysningsplikt overfor forvaltningen bare unntaksvis er gjort slike begrensninger.¹² Dette gjelder selv om opplysningene skulle føre til at det kan treffes et tyngende vedtak mot parten, eller at de skulle avdekke forhold som kan gi grunnlag for å straffe vedkommende for overtredelse av straffsanksjonte regler eller vedtak.

EMK artikkel 6 gir et vern mot selvinkriminering i saker som gjelder «straffsiktelse» i konvensjonenes forstand. Vernet mot selvinkriminering er ikke uttrykkelig fastslått i EMK, men følger i henhold til konvensjonspraksis av det alminnelige kravet til rettferdig rettergang – «fair trial» i artikkel 6 nr. 1. EMK gjelder som norsk lov med for-

¹¹ Se Andenæs: Norsk straffeprosess Bind I (1994) s. 214, og Thorbjørn Gjølstad: "Rettslige rammer for samarbeid og informasjonsflyt mellom politi og kontrollorganer" inntatt i Morten Eriksen: Økonomisk kriminalitet (1990) Bind I s. 215 flg.

¹² Se for eksempel verdipapirhandelloven § 15-3 (5), der det fremgår at "Enhver har rett til å nekte å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen vil kunne utsette vedkommende for straff eller straffelignende sanksjon. Finanstilsynet skal gjøre vedkommende kjent med denne retten". Bestemmelsen om begrensninger i opplysningsplikten og forholdet til selvinkrimineringsvernet er omtalt i verdipapirhandelloven og enkelte andre lover (gjennomføring av markedsmissbruksdirektivet), Ot.prp. nr. 12 (2004-2005) pkt. 22.1. Det fremgår der at bestemmelsen hviler på drøftelsen i NOU 2003:15 Fra bot til bedring, s. 103.

rang foran annen norsk lovgivning, jf. menneskerettsloven § 2 og § 3.

Utgangspunktet for vernet etter EMK artikkel 6 er som nevnt at det foreligger en «straffsiktelse». 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 «straffsiktelse» i betydningen til EMK artikkel 6.¹³ Det er ikke omstridt at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 omfattes av det materielle straffebegrepet som EMD har lagt til grunn ved tolkningen av EMK artikkel 6 nr. 1.¹⁴

Dette aktualiserer for det første spørsmålet om fysiske personer kan påberope seg et selvinkrimineringsvern allerede under Konkurransetilsynets etterforskning av mulige brudd på konkurranseloven. For det andre må det vurderes om foretak har et selvinkrimineringsvern etter EMK artikkel 6. Utvalget redegjør først for disse spørsmålene etter gjeldende rett.

7.3.3.2 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:

«Når utvalget legger opp til et system hvor Konkurransetilsynet ikke bare skal forberede forvaltningsvedtak, men også ta stilling til overtredelser og utferdige forelegg, vil den generelle opplysningspliktsregelen komme i konflikt med selvinkrimineringsvernet i disse sakene. I foreleggssaker medvirker Konkurransetilsynet til å avgjøre straffesiktelse materielt sett. Siden utvalget foreslår at tilsynet bare skal kunne utstede forelegg mot foretak, vil tilsynets utredning likevel ikke endre karakter hva angår fysiske personers mulige straffansvar. Fysiske personer vil derfor ikke kunne påberope seg innskrenkninger i opplysningsplikten overfor tilsynet med grunnlag i selvin-

krimineringsvernet. Deres vern ligger i det forhold at de opplysninger de pålegges å gi ikke kan danne grunnlag for fellelse av dem i en eventuell senere straffesak som blir reist mot dem av påtalemyndigheten. Blir fysiske personer siktet av påtalemyndigheten mens Konkurransetilsynet ennå behandler saken, vil deres straffeprosessuelle rettigheter slå inn også overfor tilsynets behandling i tråd med Høyesteretts avgjørelse i Reksten-kjennelsen i Rt. 1976 s. 1447.»¹⁵

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.¹⁶

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 inntreffer før den anklagede er «straffsiktet» i konvensjonens forstand. Når fysiske personer ikke kan påberope selvinkrimineringsvernet i kontrollfasen, skyldes dette at vedkommende ikke kan anses å være «straffsiktet» på dette tidspunktet. Oppfatningen har vært at det må trekkes et skille mellom tilfeller der tilsynet selv har kompetanse til å avgjøre straffsiktelse 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 iver tatt 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 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.

I det følgende gjennomgås først hvorledes vernet mot selvinkriminering er praktisert i norsk

¹³ NOU 2003: 12 s. 185, EMDs dom av 23. juli 2002 Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige og Høyesteretts kjøremålsutvalg i Rt. 1976 s. 1447 (Reksten-kjennelsen).

¹⁴ NOU 2003: 12 s. 185.

¹⁵ NOU 2003: 12 s. 186.

¹⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 145-146.

rett, dernest behandles spørsmålet om denne er i samsvar med de krav som kan utledes av EMK artikkel 6.

Spørsmålet om selvinkrimineringsvernet setter skranker for adgangen til å anvende forklaringer avgitt til Konkurransetilsynet kom først opp i Bølgepappsaken Rt. 1994 s. 610. Denne saken gjaldt mistanke om konkurransebegrensende samarbeid mellom produsenter av bølgepapp. Før det var innledet straffeforfølgning, hadde det daværende Prisdirektoratet innhentet opplysninger fra flere sentrale personer i de involverte foretakene. Da det senere ble tatt ut tiltaler i saken, oppsto det spørsmål om forklaringene kunne brukes som bevis i straffesaken. Høyesterett konkluderte med at selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6 ikke var til hinder for at forklaringene kunne brukes som bevis, idet personene som hadde avgitt forklaringer ikke var «straffsiktet» i EMKs forstand på det tidspunktet forklaringene ble avgitt. Høyesterett fant imidlertid at forklaringene var avgitt «i anledning saken» og at det derfor bare var anledning til å benytte forklaringene som konfrontasjonsbevis, jf. straffeprosessloven § 290 og § 297.

Etter EMDs avgjørelser i Saunders¹⁷ og I.J.L.¹⁸ har det vært klart at det ikke vil være forenlig med forbudet mot selvinkriminering å benytte forklaringer avgitt til Konkurransetilsynet i henhold til pålegg etter konkurranseloven § 24 som fellende bevis i en straffesak. Det er ikke avgjørende om den som har avgitt forklaring overfor kontrollmyndighetene var «straffsiktet» på det tidspunktet forklaringen ble avgitt. Det avgjørende er om forklaringen er innhentet under tvang.

Høyesterett har behandlet spørsmålet om bruk av forklaringer avgitt til et administrativt kontrollorgan i en senere straffesak i saken inntatt i Rt. 2007 s. 932. Denne saken gjaldt en person som var slått konkurs, og som nektet å oppfylle den lovpålagte opplysningsplikten i konkursloven § 101. Han ble derfor pågrepet og satt på glattcelle før han ble fremstilt for bevisopptak i skifteretten, der han forklarte seg. Han ble deretter tiltalt for straffbar bounndragelse og dømt for forholdet både i tingretten og i lagmannsretten. Referat fra bevisopptaket ble fremlagt som bevis i saken, til tross for at forklaringen var avgitt under forklaringsplikt etter konkursloven § 101. Tiltalte mente at dette utgjorde et brudd på selvinkriminerings-

vernet etter EMK artikkel 6. Høyesterett fant under henvisning til Saunders-saken at det ikke kan trekkes et skarpt skille mellom forklaringer av gittpå kontrollstadiet og forklaringer avgitt under en straffesak. Retten uttaler: «Sentralt ved avgjørelsen av om vernet er krenket, er måten forklaringene er brukt på vurdert i et helhetlig lys». Etter en konkret vurdering fant retten at bruken av forklaringene ikke innebar en krenkelse av selvinkrimineringsvernet, da det ikke var avvik mellom forklaringene og at tiltalte hadde forklart seg mer detaljert i straffesaken. Bruken av forklaringene var ikke så omfattende som i Saunders-saken. Det forelå imidlertid en saksbehandlingsfeil etter norsk rett, da forklaringene etter straffeprosessloven § 290 ikke kan leses opp, bare brukes i konfronterende øyemed.

Bruk av forklaringer avgitt til Konkurransetilsynet i henhold til pålegg etter konkurranseloven § 24 i en etterfølgende straffesak mot enkeltpersoner er således ikke fullstendig avskåret. Det avgjørende er en konkret vurdering av om bruken av forklaringen er i samsvar med prinsippet om rettferdig rettergang i EMK artikkel 6. Det vil normalt ikke innebære en krenkelse av EMK artikkel 6 så lenge forklaringsopptak ikke brukes som fellende bevis. Opplesning av forklaringer vil være i strid med både straffeprosessloven § 290 og EMK artikkel 6.

Spørsmålet er etter dette om den nasjonale praktiseringen av selvinkrimineringsvernet er i samsvar med de krav som kan utledes av EMK artikkel 6, herunder om en person kan sies å være «straffsiktet» allerede når Konkurransetilsynet innhenter informasjon etter konkurranseloven § 24.

Det følger av praksis fra EMD at administrative myndigheter, for eksempel toll- og skattemyndigheter, kan handle i strid med forbudet mot selvinkriminering ved bruk av straffsanksjonert opplysningsplikt når personen reelt sett må anses som «straffsiktet» i konvensjonen artikkel 6 forstand.

I *Funkesaken*¹⁹ skulle EMD ta stilling til om det utgjorde en krenkelse at klager ble straffet for ikke å ha gitt informasjon til franske tollmyndigheter. Myndighetene hadde foretatt ransaking av klagers bolig og beslaglagt noen dokumenter. Deretter påla myndighetene klager å fremskaffe ytterligere dokumenter vedrørende konti i utlandet. Klager etterkom ikke pålegget. Saken ble brakt inn for en domstol, som ila klager bøter for ikke å ha etterkommet pålegget. Ved vurderingen

¹⁷ EMDs dom i Saunders mot Storbritannia av 17. desember 1996.

¹⁸ EMDs dom i I.J.L., G.M.R og A.K.P. mot Storbritannia av 19. september 2000.

¹⁹ EMDs dom i Funke mot Frankrike av 25. februar 1993.

av saken la EMD vekt på at myndighetene når de selv ikke klarte å fremskaffe de dokumentene de mente eksisterte, forsøkte å tvinge klager til å fremskaffe de nødvendige bevis på at det forelå en overtredelse. Domstolen fastslo at dette utgjorde en krenkelse av den rett som en person som er «straffsiktet» har til ikke å uttale seg og til ikke å måtte medvirke til å inkriminere seg selv.

I *JB mot Sveits*²⁰ skulle domstolen ta stilling til om det utgjorde en krenkelse at sveitsiske skattemyndigheter ved anvendelse av bøter forsøkte å tvinge klager til å fremlegge dokumenter som kunne belyse klagers inntekter, når myndighetene overveide både vanlig skattefastsettelse og straffbar skatteunndragelse i forhold til de aktuelle inntektene. Domstolen fastslo at klager måtte anses som «straffsiktet» i konvensjonens forstand. Domstolen la vekt på at sak om skatteunndragelse var en straffesak, og at det ikke fremgikk klart om skattemyndighetene skulle bruke opplysningene til fastsettelse av skatt eller til å bevise skatteunndragelse. Det forelå derfor en krenkelse av EMK artikkel 6. Dommen gir uttrykk for at «straffsiktelse» kan anses for å foreligge når et administrativt organs undersøkelser bærer preg av å skulle fastslå lovbrudd.

*Saunders-saken*²¹ gjaldt straffsanksjonert forklaringsplikt for ansatte i et foretak i forbindelse med administrative undersøkelser av økonomisk kriminalitet. Klager, som var ansatt i foretaket, brakte saken inn for EMD med påstand om brudd på selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6. Ved avgjørelsen av om klager var siktet allerede på det administrative undersøkelsesstadiet, la EMD til grunn at i alle fall ikke enhver kontrollvirksomhet utløser selvinkrimineringsvernet. Det ble lagt vekt på at det ville innebære et urimelig hinder for en effektiv regulering av kompliserte finansielle aktiviteter dersom rettighetene i EMK artikkel 6 skulle komme til anvendelse allerede ved forberedende undersøkelser, før sanksjonsspørsmålet var aktualisert. Uttalelsene var imidlertid ikke avgjørende for resultatet, og det var flere dommere som dissenterte på dette punktet.

Det følger av praksis gjennomgått ovenfor at EMD ikke har lagt vekt på hvorvidt den myndighet som under trussel om straff pålegger en person å avgi forklaring mv. vedrørende en «straffsiktelse» har kompetanse til å innlede straffeforfølgning, herunder å reise tiltale. For vernet mot selvinkriminering er det avgjørende om personer er

«straffsiktet» på det tidspunktet vedkommende i medhold av straffsanksjonert opplysningsplikt pålegges å medvirke til å opplyse den påståtte overtredelsen.

Begrepet «straffsiktet» er et autonomt begrep. Det vil si at det har et selvstendig innhold uavhengig av nasjonal lovgivning. EMD har i praksis definert «straffsiktet» som en offisiell tilkjennegivelse fra en dertil kompetent myndighet, overfor en person, som inneholder en stadfestelse av at personen har begått et straffbart forhold. Dette tilsvarende en vurdering av om personens situasjon er «merkbart påvirket».²²

Det er forbundet med en viss usikkerhet å avgjøre om en person er «straffsiktet» i konvensjonens forstand og dermed kan påberope seg vernet mot selvinkriminering. Det er ikke avgjørende om personen er siktet eller tiltalt etter norsk rett. Det avgjørende er derimot om det foreligger en «offisiell tilkjennegivelse fra en dertil kompetent myndighet» eller om personens situasjon er «merkbart påvirket».

Gjennomgangen viser at det ikke kan utelukkes at en person vil kunne være «straffsiktet» når Konkurransetilsynet innhenter informasjon etter konkurranseloven § 24 på et tidspunkt hvor påtalemyndigheten ikke er koblet inn i saken. Dette kan for eksempel tenkes i tilfeller hvor en privatperson får sin bolig ransaket i forbindelse med en bevissikring. Videre vil det samme antagelig bli resultatet dersom Konkurransetilsynets undersøkelser retter seg mot å fastslå at personen har begått et brudd på konkurranseloven.

Etter utvalgets oppfatning viser gjennomgangen av gjeldende rett at det er en viss usikkerhet forbundet med om et individ kan anses for å være «straffsiktet» i EMK artikkel 6 forstand allerede under Konkurransetilsynets behandling av saken, der påtalemyndigheten ikke er involvert. 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 den konkrete saken og på den enkelte personens stilling i etterforskningen.

I NOU 2003: 15 «Fra bot til bedring» foreslår Sanksjonsutvalget at selvinkrimineringsvernet i sanksjonssaker skal inntre under forvaltningsorganets behandling av saken også i saker hvor forvaltningsorganet ikke har hjemmel til å ilegge administrative sanksjoner, og det bare er spørsmål om saken skal politianmeldes for eventuell strafforfølgelse:

²⁰ EMDs dom i *JB mot Sveits* av 3. mai 2001.

²¹ EMDs dom i *Saunders mot Storbritannia* av 17. desember 1996.

²² EMDs dom i *Serves mot Frankrike* av 20. oktober 1997 premiss 42.

«Utvalget finner etter dette at det ikke er hensiktsmessig å forsøke å lovfeste en generell grense for når vernet mot selvinkriminering inntre i de ulike sanksjonssaker. Utvalget foreslår at bestemmelsen – og derved vernets inntreden – knyttes til at det gjelder opplysningsplikt som benyttes i en «sak om administrativ sanksjon». Når vernet inntre, vil da avhenge av ovennevnte vurderinger. Det vil for saker som går over fra ordinære forvaltningssaker til sanksjonssak normalt si ved utsendelse av forhåndsvarsel. I de «rene sanksjonssaker» vil vernet inntre tidligere – regelmessig vil vel dette si helt fra saken startes hvis den kan anses rettet mot vedkommende.

Det samme gjelder i saker hvor forvaltningsorganet undersøker om det foreligger lovovertrødelse, og hvor det ikke er aktuelt – eller endog hjemmel for – å ilegge administrative sanksjoner, men det er et spørsmål om saken skal politianmeldes for strafferettslig forfølgning. I den utstrekning forvaltningsorganet pålegger personer undersøkelsene kan rette seg mot opplysningsplikt, antar utvalget selvinkrimineringsvernet bør komme tilsvarende til anvendelse.»²³

Sanksjonsutvalget foreslo på denne bakgrunn å innføre en bestemmelse i forvaltningsloven med følgende ordlyd:

«§ 53 (Vern mot selvinkriminering)

I sak om administrativ sanksjon eller mulig politianmeldelse har enhver rett til å nekte å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander når svaret eller utleveringen vil kunne utsette vedkommende for administrativ sanksjon eller straff. Forvaltningsorganet skal gjøre vedkommende kjent med denne retten.»²⁴

Bestemmelsen skal gjelde generelt i saker om administrative sanksjoner. Bestemmelsen vil, dersom den blir vedtatt, også gjelde for Konkurransetilsynets saksbehandling i sanksjonssaker. I forarbeidene til konkurranseloven § 24 uttaler departementet at det ikke finner grunn til å foregripe behandlingen og oppfølgningen av Sanksjonsutvalgets innstilling ved å foreslå en egen bestemmelse, men vil vurdere konsekvensene for konkurranselovens saksbehandlingsregler når det

eventuelt er vedtatt nye bestemmelser. Videre uttaler departementet:

«Konkurranseloven bør etter departementets oppfatning ikke 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.»²⁵

Justisdepartementet har ikke ferdigstilt innstillingen fra Sanksjonsutvalget. Det er ventet at en innstilling vil foreligge i løpet av våren 2012.

I dansk rett er det gitt en tilsvarende bestemmelse i rettsikkerhetsloven § 10 første ledd som fastslår at:

«Hvis der er konkret mistanke om, at en enkeltperson eller juridisk person har begået en lovovertrødelse, der kan medføre straf, gælder bestemmelser i lovgivningen mv. om pligt til at meddele oplysninger til myndigheden ikke i forhold til den mistænkte, med mindre det kan udelukkes, at de oplysninger, som søges tilvebragt kan have betydning for bedømmelsen af den formodede lovovertrødelse.»²⁶

Den danske Rettsikkerhedskommissionens betænkning nr. 1428/2003 gjennomgikk denne problemstillingen grundig. Kommissionen uttaler at det ikke kan legges avgjørende vekt på om den aktuelle myndigheten selv har kompetanse til å ta ut siktelse mot de personene det gjelder:

«Domstolen ses heller ikke i sin praksis uttrykkelig at have lagt vøgt på, om den myndighed, der under trussel om straf mv. pålægger en person at afgive forklaring mv. vedrørende en anklage for en forbrydelse, også har kompetence til at indlede strafforfølgning, herunder at rejse tiltale. Der er således ikke klar støtte i Domstolens praksis for at lægge vøgt på, om den administrative myndighed, der under trussel om straf mv. pålægger en person at afgive forklaring mv., har beføjelser, der rækker ud over den administrative fase, det vil sige om den administrative myndighed også er ansvarlig for strafforfølgningen. En sådan rets-

²³ NOU 2003:15 s. 190.

²⁴ NOU 2003:15 s. 191.

²⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 146.

²⁶ Lov nr. 442 af 09/06/2004 om rettsikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter.

opfattelse ville i øvrigt innebære en ikke uvæsentlig begrensning i retten til ikke at uttale sig og til ikke at blive tvunget til at inkriminere sig selv.»

Det fremgår at selvinkrimineringsvernet for fysiske personer etter konkurranseloven først og fremst er et vern mot bruken av opplysninger, men at personer i enkelttilfeller vil kunne være omfattet av vernet allerede på kontrollstadiet, avhengig av om kriteriene for om det foreligger en «straffsiktelse» er oppfylt. Oppfølgingen av Sanksjonsutvalgets forslag vil kunne endre denne rettsstilstanden. Utvalget kommer tilbake til hvordan spørsmålet best bør håndteres under konkurranseloven i punkt 7.3.4.1.

7.3.3.3 Foretak

7.3.3.3.1 Har foretak selvinkrimineringsvern?

Foretak vil både kunne være gjenstand for administrative sanksjoner etter § 29 og straff etter § 30. Det er på det rene at overtredelsesgebyr omfattes av det materielle straffebegrep som EMD lar være avgjørende ved anvendelsen av EMK. Hvorvidt 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 hvorvidt vernet mot selvinkriminering gjelder for 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 rettfærdig 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.»²⁷

Saken *Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige* gjaldt retten til domstolsprøving, retten til rettergang innen rimelig tid og uskyldspresumpsjonen.²⁸ Heller ikke i denne saken var det omstridt at en juridisk person kunne påberope seg EMK artikkel 6. Etter konvensjonspraksis gjelder således EMK artikkel 6 nr. 1 som et utgangspunkt

også for juridiske personer. 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.

EU-domstolen har gjennom sin praksis gitt foretak et vern i forhold til den opplysningsplikt foretak har overfor overvåkningsorganene i konkurransesaker etter tidligere rådsforordning (EF) nr. 17/62 artikkel 11 og nåværende rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 18. Vernet er videre uttrykt i fortalen til rådsforordning (EF) nr. 1/2003 punkt 23, der det fremgår at når foretak etterkommer en beslutning fra overvåkningsorganet om å utlevere informasjon kan de ikke pålegges å innrømme en overtredelse, men de er under enhver omstendighet forpliktet til å besvare spørsmål om faktum og å fremlegge dokumenter. Dette gjelder selv om opplysningene eller dokumentene vil kunne anvendes som bevis for at foretaket har handlet i strid med konkurransereglene.

Selvinkrimineringsvernet i EU/EØS kom første gang til uttrykk i *Orkem*.²⁹ Foretaket bestred en beslutning under rådsforordning nr. 17/62 artikkel 11, tilsvarende dagens rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 18 nr. 3, under henvisning til at et svar ville være selvinkriminerende. EU-domstolen la til grunn at forordningen etter sin ordlyd ikke innrømte foretakene noen rett til å nekte å avgi forklaring. EU-domstolen vurderte deretter om beskyttelse mot selvinkriminering kunne anses som et felles grunnprinsipp i medlemsstatene, men kom til at dette ikke var tilfelle for foretak i konkurransesaker.³⁰ Videre kom domstolen til at heller ikke EMK artikkel 6 hjemlet et selvinkrimineringsvern for foretak. EU-domstolen kom imidlertid til at det følger av det grunnleggende kontradiksjonsprinsippet i EU-retten at foretak ikke kan pålegges å svare på spørsmål der svaret vil innebære en innrømmelse av overtredelse av konkurransereglene. EU-domstolen uttalte at:

«the Commission may not compel an undertaking to provide it with answers which might involve an admission on its part of the exis-

²⁷ EMDs dom i *Fortum Oil and Gaz Oy mot Finland* av 12. november 2002.

²⁸ EMDs dom i *Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige* av 23. juli 2002.

²⁹ Sak 374/87 *Orkem mot Kommisjonen*, [1989] ECR 3283.

³⁰ Sak 374/87 *Orkem mot Kommisjonen*, [1989] ECR 3283, premiss 29.

tence of an infringement which it is incumbent upon the Commission to prove.»³¹

Dette prinsippet er senere bekreftet i en rekke saker, både av EU-domstolen og Underretten. I LVM vurderte EU-domstolen også sin praksis eksplisitt opp mot EMK, og uttalte:

«Both the Orkem judgment and the recent case-law of the European Court of Human Rights require, first, the exercise of coercion against the suspect in order to obtain information from him and, second, establishment of the existence of an actual interference with the right which they define. Examined in the light of that finding and the specific circumstances of the present case, the ground of appeal alleging infringement of the privilege against self-incrimination does not permit annulment of the contested judgment on the basis of the developments in the case-law of the European Court of Human Rights.»³²

Det er sikker rett at vernet ikke omfatter utlevering av dokumenter.³³

I henhold til praksis strekker ikke foretakets beskyttelse etter kontradiksjonsprinsippet seg så langt som selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6, idet det ikke innebærer noen rett til å nekte å forklare seg eller til å nekte å utlevere bevis. Kjernen i det kontradiktoriske vernet er at foretaket ikke skal fratras sin mulighet til å bestride riktigheten av faktiske opplysninger og komme med alternative tolkninger, eller tvinges til å innrømme at deres atferd er brudd på reglene. Dette innebærer at det legges begrensninger på hva slags spørsmål overvåkningsorganene lovlig kan stille foretaket. Ledende spørsmål eller spørsmål som vil tvinge foretak til å innrømme at deres atferd er brudd på reglene, er ikke tillatt. Det er heller ikke anledning til å stille spørsmål som krever vurderinger av forholdet til konkurransereglene.

Videre må det foretas en konkret vurdering i den enkelte sak av hvilke opplysninger som anses

som inkriminerende. Eksempel på en slik vurdering finnes i Mannesmannrören-Werke AG-saken, hvor Underretten fant at Kommisjonen kunne stille spørsmål om dato og sted for hvert enkelt møte som hadde funnet sted, hvilke virksomheter som deltok og navn på personer som hadde representert virksomhetene på møtet. Kommisjonen kunne videre kreve å se representantenes reisedokumenter samt kopi av innbydelser, dagsordener, referater, interne notater, beretninger og andre dokumenter, fordi dette er faktiske opplysninger og allerede eksisterende dokumenter. Kommisjonen kunne derimot ikke kreve opplysninger om formålet med møtet og hvilke beslutninger som ble truffet der.³⁴

I NOU 2003: 12 foreslo utvalgets flertall at foretakenes selvinkrimineringsvern ved håndhevelse av den norske loven skulle utformes etter mønster fra EU-domstolens praksis. Utvalgets mindretall var imidlertid ikke enig i at foretakenes selvinkrimineringsvern etter den norske loven skulle utformes etter EU-domstolens praksis i de tilfellene det ikke var aktuelt med nasjonal håndheving av EØS-avtalens konkurranseregler.³⁵

Departementet var enig med mindretallet i at det ikke skulle innføres et særskilt vern for foretak i overensstemmelse med EU-domstolens praksis:

«I og med at departementet foreslår å gi Konkurransetilsynet hjemmel til håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, jf. lovutkastet § 9 bokstav d, vil imidlertid etterforskning av overtredelser etter disse bestemmelsene måtte skje med de begrensninger som følger av foretakenes kontradiktoriske rettigheter, slik de er utviklet i fellesskapsretten. Det kan hevdes at man av hensyn til harmonisering bør ha samme prosessuelle regler for de norske konkurransereglene som for EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Det er imidlertid ikke et krav etter EF-retten, så lenge de grunnleggende rettigheter etter denne er oppfylt. Departementet foreslår derfor at vernet ved håndheving av de norske reglene skal være knyttet til EMK og EMD's praksis. Omfanget av selvinkrimineringsvernet for foretak etter EMK er riktignok usikkert, men det er etter departementets oppfatning sannsynlig at det eksisterer et visst vern.»³⁶

³¹ Sak 374/87 Orkem mot Kommisjonen, [1989] ECR 3283, premiss 35.

³² Forente saker C-238 etc./99 P Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot Kommisjonen [2002] ECR-8375, premiss 275-76, jf. også sak C-301/04 P Kommisjonen mot SGL Carbon, [2006] ECR I-5943, premiss 43, og Underretten i sak T-112/98, Mannesmannrören Werke AG mot Kommisjonen Samlingen 2001 s. II-729.

³³ Sak C-301/04 P Kommisjonen mot SGL Carbon, [2006] ECR I-5943, premiss 41-42.

³⁴ Sak T-112/98, Mannesmannrören Werke AG mot Kommisjonen Samlingen 2001 s. II-729.

³⁵ NOU 2003:12, s. 187-188.

³⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 146.

Den siste setningen i det siterte avsnittet indikerer at 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.

I denne forbindelse kan det vises til at Justisdepartementet i sin høringsuttalelse la til grunn en antagelse om at juridiske personer hadde et selvinkrimineringsvern, og anbefalte en løsning tilsvarende den Sanksjonsutvalget hadde foreslått i sitt forslag til ny § 53 i forvaltningsloven.³⁷ Sanksjonsutvalget hadde i sin innstilling konkludert med at også foretak antakelig har et selvinkrimineringsvern under EMK, og utformet forslaget til ny lovbestemmelse i forvaltningsloven § 53 om vern mot selvinkriminering slik at også juridiske personer skal være omfattet.³⁸ Senere har imidlertid Justisdepartementets lovavdeling fremholdt at:

«Det kan stilles spørsmål om en juridisk person (normalt et selskap) overhodet har en slik vilje som selvinkrimineringsvernet tar sikte på å beskytte. Under enhver omstendighet antar vi at det skal mer til før et selskaps eventuelle selvinkrimineringsvern – sammenliknet med en fysisk person – krenkes».³⁹

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. Utvalget har bedt tilsynet om å redegjøre kort for denne praksisen. Følgende hitsettes fra tilsynets redegjørelse:

«Vernet har vært praktisert slik at foretakets daglige leder og styreformann (som selskapets representanter) kan nekte å svare på spørsmål der svaret kan medføre at foretaket risikerer å bli ilagt et overtredelsesgebyr for brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser. [...] Følgelig vil tilsynets representanter ved gjennomføringen av forklaringsopptak med styreleder og daglig leder innledningsvis redegjøre for vernet og dets rammer. [...] For å sikre overholdelse, notoritet og ensartet praksis har Konkurransetilsynet utarbeidet en egen protokoll som gjennomgås, hvor rettigheter og plikter fremgår. Protokollen leses opp og daglig leder og styreformann undertegner på

at vedkommende er blitt gjort kjent med rettigheter og plikter, herunder selvinkrimineringsvernet.»⁴⁰

Høyesterett har i en nylig avsagt kjennelse inn tatt 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.

Høyesterett legger innledningsvis til grunn at EMD ikke uttrykkelig har slått fast at vernet mot selvinkriminering gjelder for foretak. Etter å ha gjennomgått EMDs praksis, legger retten videre til grunn at artikkel 6 nr. 1 som et utgangspunkt også gjelder for juridiske personer, og at det ikke er holdepunkter for at selvinkrimineringsvernet står i noen særstilling. Videre tar retten uttalelsene i Saunders-saken om at selvinkrimineringsvernet ligger innenfor kjerneområdet til begrepet «rettferdig rettergang» til inntekt for at også juridiske personer bør kunne påberope seg dette vernet. Det at selvinkrimineringsvernet i noen saker er begrunnet med respekten for enkeltindividets frie vilje, ble ikke funnet å være avgjørende i forhold til om juridiske personer er beskyttet:

«I Saunders-saken peker EMD på at retten til å forholde seg taus og til ikke å inkriminere seg selv, ligger innenfor kjerneområdet i begrepet rettferdig rettergang i artikkel 6, og at disse rettighetene har til formål å unngå rettsfornektelse og å ivareta de hensyn bestemmelsen mer allment skal ivareta. Videre fremhever Domstolen den nære sammenheng med uskyldpresumpsjonen i artikkel 6 nr. 2. Denne reglen er – som nevnt i min omtale av Västberga-saken – anvendelig i forhold til selskaper. Etter mitt syn er disse generelle rettssikkerhetshensyn et sterkt argument for at også juridiske personer kan påberope seg vernet mot selvinkriminering når de risikerer foretaksstraff. En domfellelse kan ha inngripende konsekvenser for dem. Da bør de også ha beskyttelsen mot selvinkriminering.

EMD viser også til at disse hensynene blant annet er begrunnet i et ønske om å beskytte siktede mot uakseptabel tvang, og at beskyttelsen mot selvinkriminering særlig forutsetter at påtalemyndigheten ikke kan oppfylle sin bevisbyrde ved å ty til bevis som er fremskaffet ved

³⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 141.

³⁸ NOU 2003:15 s. 191.

³⁹ Brev av 9. september 2008 fra Justisdepartementets Lovavdeling til Fiskeri- og kystdepartementet (JDLOV-2008-3135).

⁴⁰ Brev fra Konkurransetilsynet til konkurranselovutvalget 9. januar 2012.

tvang eller undertrykkelse i strid med siktedes vilje. Siden et selskap som sådan ikke har noen vilje, kan disse formuleringene trekke i retning av at vernet tar sikte på fysiske, ikke juridiske personer. Jeg kan ikke se at dette kan være avgjørende.

For det første taler som nevnt generelle rettssikkerhetshensyn for at også juridiske personer er beskyttet. Dernest vil det i praksis alltid være enkeltpersoner som treffer beslutninger og handler på selskapets vegne. Det kan hevdes at den tvang selskapsrepresentantene utsettes for når en strafforfølgning rettes mot selskapet, er markert forskjellig fra den tvang en fysisk person utsettes for når strafforfølgningen gjelder ham personlig. Men selv om straff som rammer foretaket kan ramme selskapsrepresentantene mindre hardt, dreier det seg etter mitt syn mer om enn gradforskjell enn en prinsipiell ulikhet som kan begrunne at juridiske personer ikke er omfattet av vernet mot selvinkriminering. Selskapsrepresentantene vil i mange tilfelle kunne være i en tvangssituasjon som gjør det naturlig å identifisere dem med selskapet. Et av hensynene bak foretaksstraff er nettopp å skjerpe bedriftsledelsens aktsomhet, jf. Ot.prp. nr. 27 (1990-91) side 6.»

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.

Høyesterett konkluderer etter dette med at juridiske personer kan påberope seg vernet mot selvinkriminering etter EMK med mindre det foreligger holdepunkter for å gjøre unntak. Det gjorde det ikke her. Beskyttelsen gjaldt uansett om foretakene var «hjemmebaserte» eller ikke, jf. EMK artikkel 8. Høyesterett fant at regelen om selvinkriminering i straffeprosessloven § 123 måtte tolkes på samme måte som EMK artikkel 6 nr. 1 slik at foretak er omfattet av dette vernet. Lagmannsrettens kjennelse måtte oppheves på grunn av uriktig lovtolkning og dessuten flere saksbehandlingsfeil.

Høyesterett tok følgelig ikke stilling til om foretaket i den aktuelle saken kunne nekte å utlevere bevis under henvisning til straffeprosess-

loven § 123 jf. EMK artikkel 6 nr. 1. Av hensyn til den videre behandlingen av saken uttalte Høyesterett at det for selvinkrimineringsvernets materielle rekkevidde vil ha betydning om det er et foretak eller en enkeltperson som er rettighetshaver. Videre pekte Høyesterett på at det i den aktuelle saken ikke er tale om å fremtvinge noen forklaring fra foretakene, men et pålegg om å utlevere regnskapsmateriale og at terskelen for at fremtvingelse eller bruk av slike bevis skal rammes av selvinkrimineringsvernet er relativt høy.

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:

«Forbudet mot plikt til selvinkriminering – som er nedfelt i Den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 3 bokstav g og innfortolket i EMK artikkel 6 nr. 1 – retter seg først og fremst mot å fremtvinge selvinkriminerende forklaringer fra siktede og mot å bruke slike forklaringer som bevis i straffesak mot ham. Avhengig av tvangens karakter og grad kan forbudet etter omstendighetene også ramme fremtvingelse eller bruk av fremtvungne selvinkriminerende dokumentbevis eller andre former for realbevis, men terskelen for at fremtvingelse eller bruk av slike bevis skal rammes, er relativt høy, [...]. 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.»⁴¹

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. Den videre behandlingen av denne saken i rettsapparatet vil kunne avklare noe av denne usikkerheten. 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

⁴¹ Rt. 2011 s. 487 avsnitt 35.

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 fremtvingelse av forklaring.

Utvalget legger etter dette til grunn at også foretak må innrømmes et visst vern mot selvinkriminering, men at det fremstår som usikkert hvor langt dette vernet gjelder. Siden ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven vil anses som straff etter EMK, legger utvalget til grunn at foretak vil kunne påberope et slikt vern på kontrollstadiet etter konkurranseloven.

7.3.3.2 Vernets personelle utstrekning

Det er etter Høyesteretts avgjørelse ikke avklart hvilken personkrets som kan påberope seg selvinkrimineringsvernet på vegne av foretaket.

Sanksjonsutvalget la til grunn at «det er de selskapsorganer eller personer som i kraft av lov, stilling eller fullmakt lovlig kan representere foretaket i en slik sak, som derved gis rett til å nekte å utlevere dokumenter fra foretaket i sak om foretakssanksjon.»⁴² Sanksjonsutvalget nevner ikke retten til å nekte å svare på spørsmål, men det må ut fra sammenhengen antas at utvalget legger til grunn at det er den samme personkretsen som skal ha rett til å nekte å forklare seg på vegne av foretaket. Konkurransetilsynet har i sin praksis lagt til grunn at styreleder og administrerende direktør har et selvinkrimineringsvern på vegne av foretaket.

I teorien har Elgesem/Wahlen argumentert for at alle fysiske personer som har tilknytning til foretaket må kunne påberope seg retten til å nekte å forklare seg og nekte å utlevere opplysninger på vegne av foretaket.⁴³ Ørnulf Øyen har tatt til orde for at personkretsen som kan påberope seg selvinkrimineringsvernet på vegne av foretaket må bli ulik alt ettersom det er tale om forklaringsplikt eller utleveringsplikt. Når det gjelder forklaringsplikten uttaler han:

«Spørsmålet om vitneplikt for ansatte i saker der foretaket er mistenkt, er i utgangspunktet et spørsmål om den ansatte er fritatt fra å inkriminere sin arbeidsgiver. Verken straffeprosessloven eller EMK hjemler unntak fra vitneplikten for ansatte som risikerer å inkriminere sin

arbeidsgiver.(...) I den grad spørsmålet om forklaringsplikt skal angå temaet selvinkriminering for juridiske personer, må fokuset som et minimum avgrenses til personer i foretakets ledelse.»⁴⁴

Når det gjelder utleveringsplikten legger han til grunn at skillet mellom selvinkriminering og inkriminering av arbeidsgiver har mindre betydning, idet et pålegg om utlevering normalt må rettes mot foretaket som sådan.⁴⁵

I EU/EØS er problemstillingen om hvilken personkrets som er omfattet i utgangspunktet uaktuell fordi opplysningsplikten bare påligger foretaket, jf. rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 18, ikke «enhver» som etter konkurranseloven. I forbindelse med inspeksjon følger det riktignok av rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 20 nr. 2 bokstav e at de som gjennomfører kontrollen kan avkreve forklaring av alle foretakets representanter og medarbeidere. Ordlyden tyder på at det er opp til overvåkningsorganets representanter å avgjøre fritt hvem som skal avhøres. I praksis er det imidlertid normalt opp til foretakene å utpeke hvem som skal besvare spørsmål på vegne av foretaket.⁴⁶ Foretakene har også en rett til å korrigere en forklaring avgitt av en medarbeider som ikke har fullmakt til representere foretaket, jf. kommisjonsforordning 773/2004/ODA protokoll 4 kapittel III artikkel 4 nr. 3. Det er videre bare foretak som kan ilegges bøter for manglende eller feilaktige opplysninger jf. rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 23 og 24.

7.3.4 Utvalgets vurderinger

7.3.4.1 Personer

Utvalget har ovenfor konkludert med at det er noe usikkert om fysiske personer må anses som «straffsiktet» 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.

⁴² NOU 2003:15 s. 191.

⁴³ Elgesem og Wahlen «Vernet mot selvinkriminering og forklaringsplikter overfor forvaltningen» TFF Nr. 2-3/2010 s. 74.

⁴⁴ Ørnulf Øyen «Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen» 2010 s. 357.

⁴⁵ Ørnulf Øyen «Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen» 2010 s. 357.

⁴⁶ Jf. Kerse and Khan «EC Antitrust procedure» 5. utg. 2005 s. 178 og Kommisjonens vedtak 80/334/EØF Fabbrica Pisana EFT L 75 av 21.3.1980, s. 30, avsnitt 32 og 33.

For det første legger utvalget til grunn at dagens løsning, hvor fysiske personer vernes gjennom begrensninger på bruken av forklaringer, må anses tilfredsstillende i henhold til EMK.

For det andre er utvalget enig med 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.

For det tredje mener utvalget at det ikke er hensiktsmessig å foregripe behandlingen og oppfølgingen av sanksjonslovutvalgets innstilling ved å foreslå en egen bestemmelse. Utvalget finner imidlertid grunn til å påpeke at den regel som sanksjonslovutvalget har foreslått går svært langt og vil legge store begrensninger på konkurransemyndighetenes kontrollmuligheter. Dersom regelen vedtas vil det etter utvalgets oppfatning være behov for en særregel tilpasset prosessen i konkurransesaker. Utvalget vil derfor foreslå at dersom sanksjonslovutvalgets forslag vedtas, bør det innføres en særregulering i konkurranseloven. Denne kan med fordel utformes etter modell av bestemmelsen inntatt i den danske rettsikkerhetsloven § 10. Etter den danske bestemmelsen innrømmes personer et selvinkrimineringsvern hvis det foreligger en konkret mistanke om at personen har begått en straffbar handling. Mistanken må i tilfelle være så sterk at det etter dansk rett er grunnlag for siktelse.⁴⁷ Utvalget understreker at en slik regel i sitt innhold ikke vil være vesensforskjellig fra rettsstilstanden etter gjeldende rett, jf. gjennomgangen ovenfor.

7.3.4.2 Foretak

Utvalget har tatt utgangspunkt i at Høyesterett har slått fast at foretak har et selvinkrimineringsvern, men at det foreløpig er uavklart hvor langt dette vernet rekker og hvilken personkrets som kan påberope seg dette 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 vurdert om foretakenes selvinkrimineringsvern ved håndhevelse av konkurranseloven

⁴⁷ Rettsikkerhedskommissionens betænkning nr. 1428/2003 punkt 6.3.

loven 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 TEU 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.⁴⁸ 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.⁴⁹ 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.⁵⁰

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.⁵¹

Spørsmålet er så om EU/EØS-rettens begrensede vern også bør legges til grunn etter konkurranseloven. Utvalget vil her først vurdere substansen i vernet, deretter spørsmålet om hvordan et slikt vern best kan gjennomføres i konkurranseloven.

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 håndhevelsen av de norske konkurransereglene og ved håndhevelsen av EØS-avtalens konkurranse-

⁴⁸ Sak 374/87 Orkem mot Kommissjonen Samlingen 1989 s. 3283.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ Se punkt 6.5.2 og LB-2009-89085 s. 21-23.

⁵¹ Se tilsvarende vurderinger fra utvalgets flertall i NOU 2003:12 s. 188.

seregler. Dette vil bidra til økt forutsigbarhet både for foretakene og for konkurransemyndighetene. For det tredje vil parallelle regler kunne forenkles 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 fremtvingne 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 henvisning 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.⁵² Påtaleinstruksen har regler om gjennomføring av avhør av mistenkte i § 8-2. Selv om straffeprosesslovens og påtalein-

struksens 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 § 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. Kontradiksjonsprinsippet er ivaretatt ved at mistenkte etter hvert som han konfronteres med grunnene for mistanken mot seg, skal gis anledning til å ta til motmæle og anføre de omstendigheter som taler til hans fordel. Videre ivaretas hensynet til kontradiksjon ved at mistenkte etter straffeprosessloven § 242 på begjæring vil få tilgang til alle dokumenter i saken så snart det kan skje uten skade eller fare for etterforskningens øyemed.

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. I LVM uttaler EU-domstolen således om vurderingen av om vernet er krenket at:

«The protection of that right means that, in the event of a dispute as to the scope of a question, it must be determined whether an answer from the undertaking to which the question is addressed is in fact equivalent to the admission of an infringement, such as to undermine the rights of the defence.»⁵³

⁵² Se for eksempel Prop. 141 L (2009-2010) Endringer i straffeprosessloven mv., punkt 7.3.1.1.

⁵³ Forente saker C-238 etc./99 P Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot Kommisjonen, [2002] ECR-8375, premiss 273.

At rettspraksis har utviklet seg ved å oppstille begrensninger for hva slags spørsmål overvåkningsorganene kan stille, er således ikke et utslag av en konseptuelt ulik tilnæringsmåte til selve vernet, men skyldes at praksis har vurdert gyldigheten av overvåkningsorganenes beslutninger som pålegger foretak å gi opplysninger.⁵⁴

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 myndighetene, 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 Kommisjonens kompetanse etter tidligere forordning nr. 17/62 og nåværende rådsforordning (EF) nr. 1/2003. Utvalget har ikke foreslått noen full harmonisering av opplysningsplikten, og vurderer det ikke som aktuelt å erstatte ordlyden i konkurranseloven § 24 med teksten i forordningen og ODA protokoll 4.

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.»

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.

7.4 Bevissikring og beslag

7.4.1 Behov for endringer i kompetansebestemmelsene?

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 kartell-samarbeid er blitt mer bevisst på konkurransemyndighetenes håndhevelse, vil behovet for omfattende etterforskningshjempler være vel så stort, og kanskje større, enn tidligere.

Utvalget legger til grunn at det ut fra etterforskningsmessige hensyn er viktig med en adgang til søk i private hjem. I praksis har det vist seg at skillet mellom kontor og hjem utviskes ved økt bruk av hjemmekontor. Typiske beslag som gjøres i hjem er materiale lagret på hjemme-PC, eventuelt bærbar PC som brukes både på arbeid og hjemme, men som i forbindelse med kontrollen befinner seg i hjemmet. Likeledes kan notater

⁵⁴ Det var for eksempel slik Orkem-saken (sak 374/87 Orkem mot Kommisjonen, Samlingen 1989 s. 3283) kom opp.

være brakt med hjem, eventuelt utskrift av dokumenter med påskrifter på. Minnepinner, nettbrett, CD-/DVD-rom, eksterne harddisker og lignende kan også oppbevares i hjemmet. Konkurransetilsynet har eksempler på beslag av slike bevis i flere saker. I tilfeller der Konkurransetilsynet har behov for å foreta kontroll av tidligere ansatte, er muligheten til å søke i private hjem også svært viktig.

Utvalget vurderer det 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 bevissikringens gjenstand. 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.

7.4.2 Advokatbistand

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, og sluttet seg dermed til mindretallet.

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 forsinke.⁵⁵ 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. Utvalget legger imidlertid til grunn at Konkurransetilsynet så langt det ikke vil forsinke kontrollundersøkelsen

betydelig vil vente med å starte sine undersøkelser til advokat har kommet til stedet. Etter utvalgets oppfatning skal ikke Konkurransetilsynet ta beslag i ting eller gjennomføre avhør før advokat er til stede, jf. tilsvarende prinsipp i påtaleinstruksen § 8-1 hvor mistenkte skal gjøres kjent med retten til å ha forsvarer til stede ved avhør. Konkurransetilsynet skal imidlertid kunne gjøre tiltak for å få kontroll over stedet før advokaten er til stede, for å sikre at bevis ikke fjernes eller ødelegges før Konkurransetilsynet tar beslag eller gjennomfører avhør. Etter utvalgets oppfatning er det ikke nødvendig å ha en særregulering av dette i loven.

7.4.3 Rettens beslutning

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, og 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 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, 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

⁵⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 166-167.

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 en slik begrensning ligger utenfor 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 viser for øvrig til lovforslaget § 25 tredje ledd.

7.4.4 Beslagsform

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.

I henhold til forarbeidene ble begrepet «ting» valgt dels fordi en positiv opplisting av hva som kan beslaglegges vil kunne gi opphav til tolknings spørsmål og dels fordi det tilsvarende begrepet i straffeprosessloven § 203 ble ansett å ha fått et kjent og noenlunde presist innhold gjennom rettspraksis.⁵⁶

Konkurransetilsynet kan ta med originaldokumenter, harddisker, CD-/DVD-rom og ethvert annet løsnere 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.⁵⁷ 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 tilsynet skulle ha rett til å ta beslag i originaldokumenter, men argumenterte for at sakens parter burde få beholde et kopisett 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.

Utvalget oppfatter Konkurransetilsynets praksis dit hen at tilsynet tilstreber at foretakene skal kunne være operative både under og etter bevissikringen. 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, bl.a. den selvstendige

⁵⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 149-150.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 165-166.

bevisverdien originale dokumenter kan ha, i tillegg til at hensynet til etterforskningen tilsier at foretaket heller ikke får beholde kopi av materialet.⁵⁸ Utvalget kommenterer først hensynet til etterforskningen, som utvalget er noe i tvil om rekkevidden av. For det første vil det 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.

I forarbeidene er det også vist til hensiktsmessigheten av å kunne ta større originalbeslag for å hindre at foretaket får konkret kunnskap om hva tilsynet leter etter. I proposisjonen sies det således:

«På samme måte vil foretaket få kunnskap om hva Konkurransetilsynet leter etter dersom tilsynet tar et ark ut av en perm for kopiering, i stedet for å ta med hele permene. Dette kan ha som konsekvens at foretaket distribuerer denne informasjonen til andre kartelldeltakere.»⁵⁹

Utvalget finner ikke dette argumentet særlig overbevisende som et argument mot en begrensning i beslagsretten. For det første vil en generell angivelse av en «perm» neppe tilfredsstillende kravet til nøyaktig nedtegnelse av beslaget. Samtidig ser ikke utvalget berettigelsen av at brede beslag skal kunne benyttes for å «kamouflere» den konkrete gjenstanden for etterforskningen. Endelig vises det til at dersom tilsynet mener hele permene vil kunne ha betydning som bevis, bør det være mulig å kopiere hele eller deler av den.

Det er likevel 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 tilsynet 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, og at 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 vil utvalget foreslå 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 penner, 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 tilsynet 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 markerpenner i mørke farger blir svarte felt på kopiene, og der-

⁵⁸ NOU 2003:12 s. 197-98 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 166.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 166.

med skjuler teksten. Behovet for å ta med dokumenter eller «ting» 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.

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.⁶⁰ 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 vil derfor foreslå å videreføre lovens ordlyd om at tilsynet kan ta med «ting», jf. konkurranse-loven § 25 første ledd bokstav c. Utvalget vil likevel foreslå 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 tilsynet 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 bl.a. tidfestingen av dokumentet.

⁶⁰ 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).

Utvalget viser i denne sammenheng til at et beslag vil kunne prøves for retten på ethvert tidspunkt. Utvalget vil ikke foreslå endringer i denne bestemmelsen.

Utvalget viser for øvrig til lovforslaget § 25 annet ledd.

7.4.5 Beslagsfrihet

Beslagsadgangen etter konkurranse-loven omfatter ikke opplysninger som er undergitt lovbestemt taushetsplikt, med de unntak som følger av loven selv, jf. konkurranse-loven § 24 tredje ledd. Utvalget ser ikke behov for endringer i denne avgrensningen av beslagsadgangen. Omfanget av beslagsfrihet er innarbeidet, samt tilpasset straffeprosessens regler.

I praksis har det oppstått en del problemstillinger i forhold til det såkalte advokatprivilegiet, samt hvordan beslagsfritt materiale skal håndteres i en bevissikringssituasjon. Spørsmålene drøftes nærmere i det følgende.

Vedrørende privilegiets omfang, er utgangspunktet at det følger rammene for advokaters taushetsplikt etter straffeprosess- og tvisteloven.⁶¹ I dette perspektivet er beslagsfriheten mer omfattende etter norsk rett enn for eksempel etter EU/EØS-retten, der det bare er korrespondanse i tilknytning til den konkrete saken som er vernet.⁶² Det er på det rene at de norske reglene verner selve tillitsforholdet mellom advokat og klient, slik at også notater klienten har utarbeidet som ledd i korrespondanse, eller som forberedelse til slik korrespondanse, nyter godt av vern. Unntaket omfatter også advokatens medhjelpere når medhjelperens ytelse er en integrert del av advokat-tjenesten. Advokatsekretærer som mottar informasjon som skal videreformidles til advokaten vil typisk være omfattet.

I praksis har det oppstått spørsmål om medhjelpere i form av økonomiske rådgivere som samarbeider med advokater kan være omfattet av beslagsfrihet, jf. Borgarting lagmannsretts kjennelse av 3. november 2004.⁶³ Her dreide det seg om en økonomisk betenkning utarbeidet av et rådgivningsfirma etter råd fra foretakets eksterne advokat. Foretaket stod selv som oppdragsgiver, men det var på det rene at betenkningen skulle

⁶¹ Se nærmere Hjelmeng: Advokatprivilegiet i konkurranse-saker, i Festskrift til Norsk Hydros juridiske kontor, Bergen 2005 s. 393-408.

⁶² Se Hjelmeng s. 398.

⁶³ Sak 04-055862KST-BORG/04 (inntatt i Rettens Gang 2005 s. 449).

benyttes av advokaten som ledd i foretakets forsvar. Lagmannsretten kom etter en konkret vurdering til at rådgivningsfirmaet opptrådte som en «selvstendig sakkyndig» og ikke som advokatens medhjelper, slik at beslaget ikke var i strid med advokatprivilegiet. Lagmannsretten la også til grunn at det måtte stilles «forholdsvis strenge krav til medhjelperrollen» for at beslag skulle kunne nektes.

Utvalget ser ikke grunn til å regulere omfanget av beslagsfriheten på dette punkt nærmere, men finner at privilegiet i konkurransesaker bør følge den generelle rettsutviklingen på området.

Det er på det rene at det består en forskjell mellom norsk rett og EU/EØS-retten med hensyn til den personelle utstrekningen av privilegiet. EU/EØS-retten anerkjenner således ikke privilegium for ansatte advokater («in-house lawyers»).⁶⁴ Etter norsk rett er beslagsfriheten avhengig av vedkommendes rolle, dvs. at beslagsfrihet bare gjelder korrespondanse i anledning funksjonen som advokat. Utvalget ser ikke grunn til å innskrenke vernet etter konkurranseloven for å bringe dette i samsvar med EU/EØS-reglene. EU/EØS-retten er på dette punkt begrunnet på en helt annen måte enn etter norsk rett, og en særregel vil skape dårlig sammenheng i regelverket. Samtidig er utvalget av den oppfatning at den norske regelen har gode grunner for seg, og at den ikke har skapt større problemer i praksis.

Vedrørende håndteringen av privilegerte opplysninger, er dette først og fremst et praktisk spørsmål knyttet til myndighetenes identifisering av beslagsfritt materiale, dvs. 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. Her heter det:

«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.⁶⁵

Ved vurderingen av spørsmålet tok daværende lovutvalg utgangspunkt i en kjennelse avsagt av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 1986 s. 1149. Kjæremålsutvalget kom der til at det er forhørsretten som må avgjøre om dokumenter har et innhold som kan gi grunnlag for beslag, ikke politiet. Lovutvalget gikk deretter inn på en drøftelse av Rt. 1995 s. 1831, som utdypet prinsippet i Rt. 1986 s. 1149. Saken gjaldt beslag i journalene til en lege som drev i fellesskap med andre leger. I den saken kom Høyesteretts kjæremålsutvalg til at politiet kunne foreta en vurdering av om dokumentene inneholdt beslagsfrie opplysninger. Lovutvalget la vekt på at det til forskjell fra Rt. 1986 s. 1149 ikke gjaldt opplysninger «hvor taushetsplikten tar sikte på å beskytte mot innsyn nettopp fra politiets side».⁶⁶ Taushetsplikten i legeloven § 31 er begrunnet i hensynet til pasientene. Det var også et moment i Rt. 1986 s. 1149 at det gjaldt «en ren sortering på bakgrunn av klare kriterier».

Forarbeidene til gjeldende konkurranselov tar imidlertid ikke opp betydningen av kjennelsen inntatt i Rt. 2000 s. 531 (Viksveen-kjennelsen), som behandler spørsmålet om hvordan databeslag skal gjennomgås der den kontrollerte gjør gjeldende at datamaterialet består av beslagsfrie opplysninger. Saken gjaldt pressens kildevern etter straffeprosessloven § 125. Beslaget måtte avgjøres av retten, ettersom siktede kunne nekte å forklare seg. Påtalemyndigheten hadde subsidiært gjort gjeldende at det måtte være en mulighet for en foreløpig gjennomgang, under henvisning til legejournalkjennelsen. Kjæremålsutvalget avviste imidlertid dette, under henvisning til legejournal-saken «lå helt annerledes an». Forhørsrettens beslutning om at beslaget skulle oversendes til retten for gjennomgang ble således opprettholdt.

Lovutvalget støttet seg derimot til en kjennelse fra Borgarting lagmannsrett av 24. februar 2000, som gjaldt bevissikring etter konkurranseloven 1993 § 6-2.⁶⁷ Lagmannsretten la i denne saken til grunn at prinsippet i straffeprosessloven § 205 også gjelder ved bevissikring etter konkurranseloven 1993 § 6-2, men antok at «det ved gjennomgang av slik informasjon i maskinlesbar form er

⁶⁴ Sak C-550/07 P Akzo Nobel (14. september 2010), ennå ikke i Samlingen.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 165.

⁶⁶ NOU 2003: 12 s. 196.

⁶⁷ Gresvig-saken LB-2000-00172.

mulig å identifisere eventuell korrespondanse til og fra advokat uten at det nærmere innhold av korrespondansen behøver å bli kjent for domstolene». Dersom maskinlesbare dokumenter kan identifiseres på bakgrunn av en ren sortering basert på klare kriterier, antok lovutvalget at Konkurransetilsynet kan avgjøre om dokumenter inneholder beslagsfrie opplysninger.

Når det gjelder elektroniske dokumenter lagret på servere, disketter mv. reiser spørsmålet seg om Konkurransetilsynet kan gjøre seg kjent med innholdet på lagringsenheten, eller om lagringsenheten må overlates til tingretten for å avgjøre om den inneholder beslagsfrie opplysninger. I forarbeidene til 2004-loven gis det, under påberopelse av kjennelsen fra Borgarting lagmannsrett av 24. februar 2000, uttrykk for at Konkurransetilsynet kan undersøke lagringsenheter som inneholder beslagsfrie opplysninger.⁶⁸

Denne forståelsen av kjennelsen har vært kritisert i juridisk teori, først og fremst fordi det som vurderes er domstolenes adgang til å foreta slik gjennomgang, ikke Konkurransetilsynets.⁶⁹ Forarbeidenes rettsoppfatning ble likevel fulgt opp av Borgarting lagmannsrett i en kjennelse av 15. mars 2004 (NMD-kjennelsen, RG 2004 s. 799). I denne saken omfattet Konkurransetilsynets beslag blant annet speilkopier av to PC-servere og filkopier av deler av Norsk medisinaldepots server. Når det gjaldt spørsmålet om hvordan materialet skulle gjennomgås, uttalte retten:

«Ved bevissikring etter konkurranseloven – og straffeprosessuelle beslag – av elektronisk lagret materiale oppstår nye problemer som ikke kan sies å være løst i rettspraksis. Hvis en anførsel om at det finnes advokatkorrespondanse skal føre til at domstolen må gjennomgå det hele, vil det være et vesentlig hinder for en effektiv håndhevelse av konkurranseloven.»

I teorien er vekten av denne kjennelsen kritisert fordi den ikke drøfter forholdet til Viksveen-kjennelsen.⁷⁰

Etter dette foreligger det således 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. 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».⁷¹

Utvalget er enig i den regel som ble lagt til grunn i forarbeidene til 2004-loven 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 kap 11 §), og i EU/EØS.⁷² Løsningen i dansk rett fremstår som mindre klar, likevel slik at det antas at praksis fra EU/EØS vil være retningssgivende.⁷³

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 ting-

⁶⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 166.

⁶⁹ Evensen (red): Konkurranseloven med kommentarer, Oslo 2009 s. 717.

⁷⁰ Evensen (red): Konkurranseloven med kommentarer, Oslo 2009 s. 718.

⁷¹ Forskrift 22. desember 2005 nr. 1645 om opplysningsplikt, bevissikring og behandling av overskuddsinformasjon i konkurranse saker.

⁷² Sak C-550/07 P Akzo Nobel 14. september 2010, ennå ikke i Samlingen.

⁷³ Levinsen, Konkurrence loven, 3. utgave, Jurist- og økonomiforbundets forlag 2009, s. 1321.

retten. 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 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. 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 uklart som grunnlag for plikten til å bringe beslaget inn for retten.⁷⁴ 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.

Utvalget vil foreslå en særlig prosedyre ved databeslag, jf. punkt 7.4.6 nedenfor.

7.4.6 Særlig om databeslag og beslagets omfang

Begrepet «ting» i konkurranseloven § 25 første ledd bokstav c omfatter også datalagret informasjon.⁷⁵ 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 vurderingen av hvor langt adgangen til å ta slike beslag går, la lovutvalget til grunn at adgangen til beslag etter det som ble lovens § 25 ikke var snevrere enn adgangen til å ta beslag etter straffeprosessloven § 203. Det følger av Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelser inn tatt i Rt. 1986 s. 1149 og Rt. 1995 s. 1831 at det etter straffeprosessloven § 203 ikke kan tas beslag

i dokumenter som det ved undersøkelser på stedet, så langt det praktisk lar seg gjøre, kan avklares at ikke har betydning som bevis. Lovutvalget la til grunn at det samme må gjelde beslag av lagret informasjon, slik at det er adgang til å beslaglegge elektronisk lagret informasjon gjennom speilkopier eller på annen måte der det ikke er praktisk mulig å gjennomgå materialet fordi informasjonsmengden er altfor stor.⁷⁶

Et praktisk viktig spørsmål er hvor langt Konkurransetilsynet kan gå med å undersøke om elektroniske beslag inneholder opplysninger som gjør dokumentene beslagsfrie. Dette har særlig betydning i forhold til advokatkorrespondanse. Slik utvalget har konkludert med ovenfor, legges det til grunn at Konkurransetilsynet ikke selv kan lese gjennom dokumenter det hevdes er omfattet av beslagsfrihet, men at dette må gjøres av retten. Der det er kopiert store datamengder som tilsynet tar med seg for granskning, vil ikke representanter for foretaket eller advokat være til stede ved gjennomgangen, slik tilfellet vil være i forbindelse med dokumentgjennomgang hos foretaket under bevissikringen.

I NMD-kjennelsen aksepterte lagmannsretten som nevnt at Konkurransetilsynet kunne gjennomgå materialet, og viste til at en hensiktsmessig fremgangsmåte ville være at foretaket:

«setter opp en liste over dokumenter som hevdes å komme inn under unntaket i § 204. Listen kan så gjennomgås med Konkurransetilsynet, og ved en eventuell uenighet kan dokumentene skrives ut og forelegges for tingretten uten at Konkurransetilsynet får tilgang til innholdet. Hvis det ikke er mulig å «rense» lagringsmediet kan tingretten eventuelt pålegge Konkurransetilsynet å ikke granske det tingretten har unntatt.»

Konkurransetilsynet har opplyst for utvalget at tilsynet i praksis ber partene sette opp en liste over hvilke dokumenter (dato, avsender, mottaker osv.) som inneholder beslagsfritt materiale, samt angi en nærmere begrunnelse for dette. I den grad det er uenighet mellom parten og tilsynet, opplyser tilsynet at dokumentet vil bli skrevet ut og sendt tingretten for endelig avgjørelse.

Utvalget ser ikke grunn til å stramme inn på Konkurransetilsynets prinsipielle adgang til å ta beslag i datalagret materiale, eventuelt gjennom speilkopiering. Utvalget legger til grunn at det følger av formuleringen «ting som kan ha betydning

⁷⁴ Forskrift nr. 1645 om opplysningsplikt, bevissikring og behandling av overskuddsinformasjon i konkurransesaker av 22. desember 2005.

⁷⁵ NOU 2003: 12 s. 195 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 166.

⁷⁶ NOU 2003: 12 s. 200.

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, vil utvalget imidlertid foreslå særlige regler for håndteringen av slike beslag. Utvalget finner det lite hensiktsmessig om det beslaglagte materialet fullt ut skal gjennomgå av tingretten. I praksis vil det kunne være nødvendig med spesialutstyr for å kartlegge slettede elementer, slik at gjennomgangen best skjer hos Konkurransetilsynet. Slike særregler er gitt i Danmark, jf. 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 konkurrence-reglerne. Beslutter styrelsen at gå videre med sagen, skal det spejlede materiale slettes, når sagen er endeligt afgjort.»

Utvalget er av den oppfatning at den danske løsningen langt på vei innebærer en god balansering av hensynet til etterforskningen og partenes interesse i at Konkurransetilsynet ikke får kunnskap om informasjon underlagt taushetsplikt. Utvalget finner likevel ikke grunnlag for å gå like langt i formalisering som i den danske loven. Utvalget foreslår en løsning som innebærer en kombina-

sjon av den danske løsningen og den løsningen som følger av NMD-kjennelsen. Forslaget innebærer således både en rett til å være til stede når Konkurransetilsynet starter sin gjennomgang av det beslaglagte elektroniske materialet og en mulighet for å sette opp en liste over dokumenter som etter den kontrollertes oppfatning er underlagt taushetsplikt.

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 forseglingen 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 ønsker imidlertid ikke å foreslå 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 bevissikringer. Utvalget foreslår derfor at Konkurransetilsynet fastsetter et tidspunkt for når gjennomgangen av dokumentene vil begynne, og at den kontrollerte eller dennes representant får rett til å være til stede fra dette tidspunktet. Utvalget understreker at dersom den kontrollerte velger å ikke 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, ettersom den kontrollerte uansett vil 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.

7.4.7 Partsinnsyn

Reglene om partsinnsyn finnes i konkurranseloven § 27, 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. Blir 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 ble det vurdert å fastsette nærmere regler om tidspunkt for innsyn, noe som ble avvist.⁷⁷

Som det fremgår av punkt 7.4.4, 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.

Ut over dette er det utvalgets vurdering at bestemmelsen fremstår som balansert, at den er på linje med straffeprosessens regler, og at det ikke er grunn til å foreslå ytterligere endringer.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 174-175.

Kapittel 8

Kontroll med foretakssammenslutninger

8.1 Utvalgets mandat

Utvalget er bedt om å foreta en fullstendig gjennomgang av regelverket for kontroll med foretakssammenslutninger i konkurranseloven. Med dette utgangspunktet vil utvalget i det følgende vurdere både materielle og prosessuelle forhold. Vedrørende de materielle reglene vil utvalget særlig vurdere spørsmålet om harmonisering med EU/EØS-reglene, samt spørsmålet om hvilken velferdsstandard som bør legges til grunn. I vurderingen av prosessuelle forhold har utvalget fokusert på terskelverdiene for meldeplikten samt å legge til rette for at saker kan løses raskere i henhold til avhjelpende tiltak foreslått av melder.

8.2 Gjeldende rett

8.2.1 Anvendelsesområde

Reglene om kontroll med foretakssammenslutninger omfatter transaksjoner som leder til varige strukturendringer på markedet. I henhold til konkurranseloven § 17 første og annet ledd omfattes fusjon, overtakelse av kontroll samt visse fellesforetak (joint venture). Bestemmelsen gir hjemmel for å gi nærmere regler ved forskrift. Denne har ikke blitt benyttet. Rettstilstanden knyttet til hva som er å anse som en foretakssammenslutning etter konkurranseloven tilsvarer fusjonsreglene i EU/EØS; rådsforordning (EF) nr. 139/2004 (fusjonsforordningen) og EØS-avtalen vedlegg XIV del A punkt 1 og ODA protokoll 4 kapittel IV. Av hensyn til fremstillingen omtales begge regelsettene, som er innholdsmessig og strukturelt identiske, heretter som «fusjonsforordningen».

Videre gir § 16 annet ledd hjemmel for inngrep mot minoritetserverv, det vil si erverv av aksjeposter som ikke gir kontroll over målselskapet. Slike erverv er imidlertid ikke omfattet av reglene om meldeplikt eller gjennomføringsforbud. Utvalget vil behandle denne typen erverv som en separat problemstilling i kapittel 9.

Med begrepet foretakssammenslutning menes transaksjoner (en eller flere) som leder til endring av kontroll. Ved vurderingen av om flere transaksjoner skal anses som en og samme foretakssammenslutning må det avgjøres om transaksjonene er gjensidig avhengige, og om resultatet er at ett eller flere foretak overtar kontroll over aktivitetene til ett eller flere andre foretak. Slik gjensidig avhengighet kan tenkes etablert både på juridisk og faktisk grunnlag.¹

En og samme foretakssammenslutning vil også kunne foreligge der kontroll over et foretak oppnås gjennom en serie av transaksjoner med verdipapir fra en eller flere selgere. Foretakssammenslutningen er i disse tilfellene ikke begrenset til den transaksjonen som leder til kontroll, men omfatter alle de transaksjonene som har funnet sted innenfor en relativt kort periode.²

Når det gjelder såkalte trinnvise erverv er dette dessuten særskilt regulert i § 16 annet ledd annet punktum, der det fremgår at Konkurransetilsynet kan gripe inn mot trinnvise erverv som har funnet sted i løpet av de siste to år. Etter ordlyden og uttalelser i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 230 gjelder denne bestemmelsen kun for trinnvise erverv som samlet ikke leder til en endring i kontrollforholdene.

Kontrollen med foretakssammenslutninger følger ulike faser, og den innledende fasen tar utgangspunkt i informasjon fra og kontakt med det/de foretak som er pålagt meldeplikt. For den videre fremstillingen benytter utvalget uttrykket «melder(ne)» når det refereres til det/de foretak som er pålagt meldeplikt. Videre finner utvalget grunn til å presisere at der konkurranselovens bestemmelser om foretakssammenslutninger benytter uttrykket «part», legges det forvaltningsrettslige partsbegrepet til grunn, slik dette er definert i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e.

¹ Kommisjonens konsoliderte juridiksjonsveiledning B II 1.5.2 avsnitt 48, EUT C 95 av 16.4.2008, s.1.

² Kommisjonens konsoliderte juridiksjonsveiledning B II 1.5.3

8.2.2 Inngrepsvilkår

Harmoniseringen med EU/EØS-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) «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.

Begge inngrepsvilkårene adskiller seg fra vilkårene for inngrep mot foretakssammenslutninger i EU/EØS. Som det vil fremgå nedenfor er imidlertid forskjellen hva angår vilkår (i) relativt begrenset, i den utstrekning det i praksis er en forskjell.

I henhold til fusjonsforordningen artikkel 2 nr. 3, slik den er gjennomført i EØS-avtalen, skal det nedlegges forbud mot en foretakssammenslutning dersom den:

«would significantly impede effective competition, in the territory covered by the EEA Agreement or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position.»

Spørsmålet under fusjonsforordningen er således om foretakssammenslutningen vesentlig begrenser konkurransen i EØS eller en betydelig del av dette, særlig som følge av at en dominerende stilling etableres eller styrkes.

Ordlyden er forskjellig fra konkurranseloven. Utvalget vil komme nærmere inn på mulige forskjeller hva angår vilkår (i) i punkt 8.5.2.1 nedenfor, foreløpig konstateres bare at eventuelle forskjeller er mindre i dag enn de var før den nye fusjonsforordning trådte i kraft i 2004.

Når det gjelder vilkår (ii), er forskjellen betydelig mellom Norge og EU/EØS. Kommisjonen har eksplisitt lagt til grunn at det bare er effektivitetsgevinster som kommer konsumentene til gode som vil bli vektlagt i vurderingen. I henhold til departementets tolkning av den norske konkurranseloven, skal alle samfunnsmessige effektivitetsgevinster tas med i vurderingen etter norske regler uavhengig av hvilke markedsaktører effek-

tivitetsgevinstene tilfaller. Dette skillet er av vesentlig betydning for analysen, og kan i prinsippet være avgjørende for om det gripes inn mot en foretakssammenslutning eller ikke. Utvalget kommer nærmere inn på dette i punkt 8.5.2.2 nedenfor.

Det følger av konkurranseloven § 16 fjerde ledd at inngrep etter første og annet ledd ikke kan finne sted dersom det foreligger et velfungerende nordisk eller europeisk marked. Bestemmelsen er en videreføring av konkurranseloven av 1993 § 3-12 som kom inn i loven i 1993 etter et dokument 8 forslag.³ Bestemmelsen har imidlertid ikke blitt benyttet i praksis, jf. avsnitt 8.5.2.3 nedenfor.

8.2.3 Prosess/meldeplikt

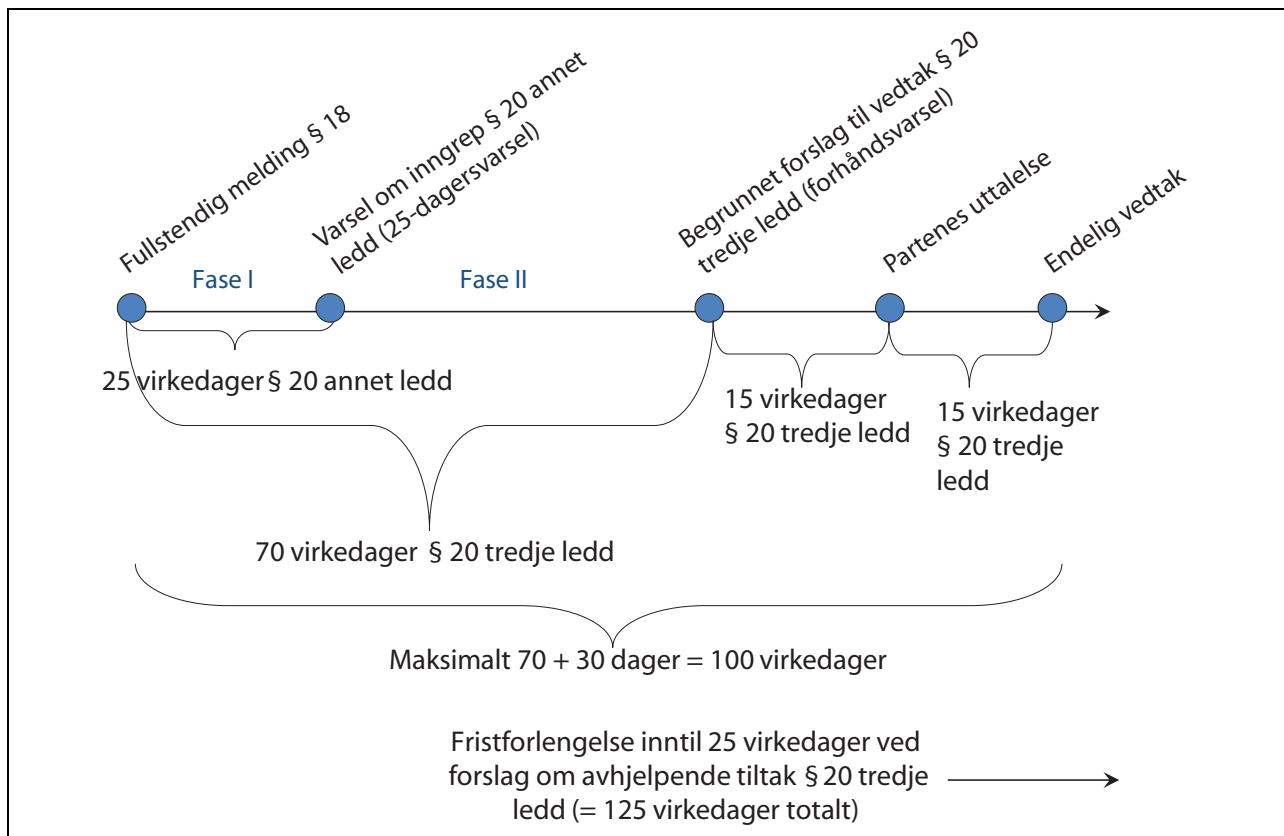
Dagens regime inneholder flere stadier og tidsfrister. Prosessen utløses av melding i henhold til konkurranseloven § 18 om meldeplikt for foretakssammenslutninger. Dette systemet er todelt; meldeplikten er begrenset til såkalt alminnelig melding, som representerer en forenklet melding av foretakssammenslutningen. Innholdet i meldingen er regulert i § 18 annet ledd. Kravene til opplysninger i alminnelig melding har blitt utvidet ved to anledninger, i 2004 og 2008.⁴ Alle foretakssammenslutninger må meldes, bortsett fra de som er unntatt i henhold til meldepliktforskriften, se nærmere nedenfor om omsetningsterskler for meldeplikt.

Konkurransetilsynet må deretter pålegge fullstendig melding, jf. § 18 tredje ledd innen 15 virkedager (dvs. ikke senere enn 15 virkedager), hvis saken krever en nærmere vurdering. Det er ikke noen spesifikke krav knyttet til for eksempel mulig begrensning av konkurransen forbundet med slikt pålegg. Partene har også anledning til å levere inn frivillig fullstendig melding etter konkurranseloven § 18 fjerde ledd.

Gjennomføringsforbudet gjelder til 15-dagersfristen er utløpt, jf. § 19 første ledd første punktum og forlenges hvis det pålegges fullstendig melding, jf. § 19 første ledd annet punktum. For minoritetserverv som ikke er meldepliktige, jf. § 16 annet ledd, gjelder en frist på tre måneder for å pålegge fullstendig melding. Det er ikke satt noen frist for inngivelse av fullstendig melding. Siden sammenslutningen fremdeles er underlagt gjen-

³ Dokument 8:99 (2002-2003).

⁴ Lov 17. desember 2004 nr. 100, jf. Ot.prp. nr. 94 (2003-2004) s. 11 flg., og lov 20. juni 2008 nr. 43, jf. Ot.prp.nr. 35 (2007-2008) s. 6 flg.



Figur 8.1

nomføringsforbud, ble det antatt at partene uansett ville ha incentiver til å gjøre dette så snart som mulig.

Når fullstendig melding er mottatt, utløses tidsfrister etter § 20. Her er det følgende stadier: For det første må Konkurransetilsynet innen 25 virkedager etter mottak av fullstendig melding varsle at inngrep kan bli aktuelt. Dette varselet må ikke begrunnes, og er ikke knyttet opp mot vilkår om mulig begrensning i konkurransen ut over at Konkurransetilsynet kommer til at inngrep kan bli aktuelt. Denne første fasen reguleres av § 20 annet ledd. 25-dagersvarselet er obligatorisk, i den forstand at det ikke kan gripes inn hvis slikt varsel ikke er sendt. Denne fasen omtales ofte som «fase I», noe som er inspirert av terminologien i fusjonsforordningen.

Innen 70 virkedager etter mottak av fullstendig melding, må Konkurransetilsynet sende begrunnet forslag til inngrepsvedtak dersom det etter sin vurdering av saken kommer til at lovens inngrepsvilkår er oppfylt. Partene har deretter 15 virkedager til å uttale seg, og Konkurransetilsynet må fatte eventuelt vedtak innen 15 virkedager etter at uttalelsen er mottatt. Denne 15-dagersfristen kan forlenges med 25 virkedager hvis par-

tene fremlegger forslag til avhjelpende tiltak. Opprinnelig kunne fristen bare forlenges etter begjæring fra partene. Bestemmelsen ble endret i 2008.⁵ Skjematisk kan prosessen etter fullstendig melding illustreres som i figur 8.1.

Dersom Konkurransetilsynet ikke overholder de fastsatte saksbehandlingsfristene er foretakssammenslutningen klarert, jf. § 18 fjerde ledd og § 20 annet og tredje ledd.⁶ Tilsynet orienterer derfor normalt ikke om at saken er avsluttet. Dette gjelder imidlertid kun frem til ubegrunnet varsel. Er ubegrunnet varsel sendt og det ikke er grunnlag for inngrep, vil melder bli orientert om dette.

Meldepliktforskriften inneholder nærmere bestemmelser om hvilke foretakssammenslutninger som er meldepliktige, samt om innholdet i meldingene.⁷

I henhold til forskriften § 2 gjelder den alminnelige meldeplikten i § 18 første ledd ikke:

⁵ Lov 20. juni 2008 nr. 43, jf. Ot.prp. nr. 35 (2007-2008) s. 13 flg.

⁶ Se også departementets vedtak av 24. mai 2005 Swarco Norge / Peek trafikk s. 10-11.

⁷ Forskrift 28. april 2004 nr. 673 om melding av foretakssammenslutninger.

Tabell 8.1

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Totalt	Andel totalt
Antall alminnelige meldinger	279	494	826	535	417	273	392	3216	
Antall frivillige fullstendige meldinger	5	3	5	3	4	1	3	24	
Antall mottatte meldinger totalt	284	497	831	538	421	274	395	3240	
Antall pålagte fullstendige meldinger	9	19	26	17	15	8	9	103	
Antall fullstendige meldinger totalt	14	22	31	20	19	9	12	127	3,9 %
Antall ubegrunnet varsel	6	12	10	9	5	0	5	47	1,5 %

Sakene er periodisert til det året alminnelig melding/frivillig fullstendig melding er mottatt av Konkurransetilsynet. Alminnelige meldinger vedrørende transaksjoner som viste seg ikke å være meldepliktige er ikke inkludert. En av de frivillige fullstendige meldingene var ikke meldepliktig, men er likevel inkludert.

Kilde: Konkurransetilsynet.

«a) dersom de involverte foretakene har en samlet årlig omsetning i Norge under 50 millioner kroner, eller

b) dersom bare ett av de involverte foretakene har en årlig omsetning i Norge over 20 millioner kroner.»

Omsetningstersklene må anses som svært lave sammenlignet med våre naboland, jf. nedenfor. Statistisk er også antallet sammenslutninger som meldes høyt, jf. tabell 8.1 over totalt antall meldinger i perioden 2004-2010.

Terskelverdiene ble hevet fra samlet omsetning 20 mill. NOK og minste omsetning 5 mill. NOK til dagens nivå med virkning fra 1. januar 2007, noe som forklarer nedgangen i antallet meldte transaksjoner mellom 2006 og 2007.⁸

Prinsippene for beregning av relevant omsetning er fastsatt i meldepliktforskriften. Gjeldende rett inneholder en del uklarheter med hensyn til kalkulering av relevant omsetning. Dette kommer utvalget tilbake til nedenfor i 8.5.4.3

8.2.4 Inngrepskompetansen

Konkurransemyndighetenes kompetanse er fastsatt i § 16 tredje ledd, som lyder:

«Inngrep etter første og annet ledd kan omfatte forbud, påbud og tillatelser på vilkår, herunder
a. forbud mot en foretakssammenslutning eller et erverv som nevnt i annet ledd, med slike utfyllende bestemmelser som er nød-

vendige for at formålet med forbudet blir oppnådd,

b. påbud om avhendelse av aksjer eller andeler som er ervervet som ledd i foretakssammenslutningen eller erverv som nevnt i annet ledd, eller

c. vilkår som er nødvendige for å motvirke begrensning av konkurransen.»

Det fremgår at myndighetenes kompetanse er vid, og kan spenne over flere virkemidler. Der et erverv allerede er gjennomført kan myndigheten påby avhendelse. Dette vil også kunne være aktuelt ved foretakssammenslutninger som faller utenfor meldeplikten, for minoritetserverv (som ikke omfattes av meldeplikt) eller transaksjoner som er gjennomført i strid med gjennomføringsforbudet. Videre kan myndighetene enten forby transaksjoner fullstendig eller godta dem på vilkår. Slik loven er lagt opp, er det konkurransemyndighetene selv som stiller vilkår for godkjenning, herunder oppnevner en forvalter. Systemet er annerledes i EU/EØS, der det er opp til partene selv å foreslå tiltak som kan bidra til at transaksjonen godkjennes, og overvåkningsorganenes rolle er å godkjenne eller forby foretakssammenslutningen med de foreslåtte vilkårene.

Det følger av konkurranseloven § 20 fjerde ledd at vedtak om inngrep kan påklages innen 15 virkedager. Konkurransetilsynet skal bringe klagen inn for departementet innen 15 virkedager etter at klagen er mottatt. Departementet må fatte vedtak i klagesaken innen 60 virkedager etter at klagen er mottatt. Det følger av Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 233 at fristene for Konkurransetilsynets oversendelse og departementets saksbehandling ikke påvirker gyldigheten av tilsynets vedtak. For

⁸ Forskrift 29. november 2006 nr. 1354 om endringer i meldepliktforskriften.

øvrige gjelder forvaltningsloven kapittel VI om klage og omgjøring så langt det passer.

I klageomgangen vil departementet foreta en full prøving av alle sider av saken, herunder gjennomføre eventuelle høringsrunder med kunder og konkurrenter. Omgjøring kan skje til klagers ugunst.

Det følger av forvaltningsloven § 28 at enkeltvedtak kan påklages av en part eller andre med rettslig klageinteresse i saken. Dette innebærer at tredjeparter kan klage over tilsynets vedtak om inngrep såfremt vilkåret om rettslig klageinteresse er oppfylt.

Tredjeparter kan imidlertid verken klage over at tilsynet unnlater å pålegge fullstendig melding eller tilsynets beslutning om ikke å gripe inn mot en foretakssammenslutning.⁹

For å sikre politisk styring i enkeltsaker, er Kongen i statsråd i § 21 første ledd gitt adgang til å tillate foretakssammenslutninger som Konkurransetilsynet har grepet inn mot.

Vilkåret for å gi en slik tillatelse er at saken har prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning. Bestemmelsen er hittil anvendt i Prior/Norgården.¹⁰

Videre kan Kongen i statsråd etter § 21 annet ledd gripe inn dersom Konkurransetilsynet har unnlatt å fatte vedtak etter § 16. For at Kongen i statsråd skal kunne gripe inn etter annet ledd, må for det første lovens vilkår etter § 16 første ledd være oppfylt. Dernest må det som etter første ledd foreligge en sak av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning. Bestemmelsen åpner for at tredjeparter som mener å ha sterke grunner for at en transaksjon bør stanses, men som ikke har vunnet frem mot tilsynet, kan forsøke å få regjeringen til å benytte spesialhjemmelen i § 21.

8.3 EU/EØS-regelverket

EUs fusjonsregelverk går tilbake til 1989, da den første fusjonsforordningen trådte i kraft.¹¹ Gjeldende regelverk er fra 2004.¹² Fusjonsforordningen er inntatt i EØS-avtalen.¹³

EU/EØS-systemet er bygget opp rundt en meldeplikt. Denne plikten omfatter transaksjoner

av såkalt EU- eller EFTA-dimensjon, som fastsettes på grunnlag av terskelverdier for omsetning. I korte trekk kan det fremheves at det er to alternative sett terskelverdier. Det første settet stiller krav til global omsetning og omsetning internt i EU eller EFTA, samt til spredning av omsetningen mellom minst to av de berørte foretakene. Det andre settet – hvis formål er å fange opp tilfeller hvor omsetningen ikke når opp til det første settet, men hvor transaksjonen likevel berører flere land slik at det er mer hensiktsmessig med en overnasjonal behandling av transaksjonens virkninger – oppstiller lavere terskler samtidig som det stilles krav til geografisk spredning av omsetningen over minst tre EU- eller EFTA-land. «Inngangsvilkåret» er samlet global omsetning på hhv. € 5 og 2,5 mrd.

Hvis omsetningstersklene er oppfylt innen EU, har transaksjonen såkalt EU-dimensjon. Dersom tersklene er oppfylt innenfor EFTA-landenes territorium, har transaksjonen en EFTA-dimensjon. Derimot omfatter ikke EØS-avtalens fusjonskontroll foretakssammenslutninger med «EØS-dimensjon», det vil si hvor tersklene er oppfylt innenfor EØS-området, men ikke i enten EU eller EFTA. Slike foretakssammenslutninger behandles etter nasjonal rett. Der terskelverdiene er oppfylt innen EU, er Kommisjonen kompetent myndighet også med hensyn til foretakssammenslutningens virkninger i EFTA-land. ESA er kompetent myndighet der terskelverdiene er oppfylt innen EFTA.¹⁴ Det siste er imidlertid mer av teoretisk betydning, da det med dagens EØS/EFTA-land er vanskelig å se for seg transaksjoner der terskelverdiene er oppfylt bare i EFTA.

Det er visse forskjeller mellom konkurranseloven og fusjonsforordningen med hensyn til beregning av omsetning, jf. nærmere nedenfor 8.5.4.3.

Fusjonsforordningens anvendelsesområde dekker som nevnt de samme transaksjonsformer som konkurranseloven, det vil si fusjon, erverv av kontroll og opprettelse av fellesforetak. Fusjonsforordningen gir imidlertid ikke adgang til inngrep mot minoritetserverv som ikke innebærer en endring i kontrollen med et annet foretak.

Det materielle inngrepsvilkåret er en såkalt «SIEC»-standard (Significant Impediment of Effective Competition), som innebærer at foretakssammenslutningen i betydelig grad må hindre effektiv konkurranse. Fusjonsforordningen opererer videre med en konsumentvelferdsstandard.

⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 230 og 232.

¹⁰ Kgl.res. av 10. februar 2006, jf. Konkurransetilsynets vedtak V2005 – 12, Prior Norge BA – Norgården AS, og departementets vedtak av 6. februar 2006.

¹¹ Forordning (EF) nr. 4064/89.

¹² Forordning (EF) nr. 139/2004.

¹³ EØS-avtalen vedlegg XIV del A punkt 1 og protokoll 21 artikkel 3 nr. 1, jf. ODA protokoll 4 kapittel IV.

¹⁴ Jf. EØS-avtalen artikkel 57.

Saksbehandlingen er inndelt i to faser. Fase I er de første 25 dager etter melding av foretakssammenslutning. Innenfor denne perioden må Kommisjonen fatte beslutning om at den har «alvorlig tvil» om forenligheten av transaksjonen med det indre marked/EØS-avtalens virkemåte eller avslutte saken dersom den ikke ser slike problemer, jf. fusjonsforordningen artikkel 6. En beslutning hvor Kommisjonen uttrykker alvorlig tvil vil innlede fase II av saken, og utløser etter fusjonsforordningen artikkel 10 nr. 3 en ny tidsfrist på 90 dager. Tidsfristen forlenges til 105 virkedager dersom partene fremsetter forslag om avhjelpende tiltak senere enn 55 virkedager etter at saken ble tatt under behandling etter fusjonsforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav c, jf. artikkel 8 nr. 2.

Fristene kan videre forlenges med inntil 20 virkedager etter anmodning eller samtykke fra partene etter fusjonsforordningen artikkel 10 nr. 3 annet ledd. Unntaksvis kan fristene etter forordningen artikkel 10 nr. 3 også avbrytes dersom Kommisjonen grunnet forhold som kan tilskrives partene må kreve opplysninger etter forordningen artikkel 11 eller beslutte kontrollundersøkelse etter forordningen artikkel 13, jf. artikkel 10 nr. 4. Dersom fristene oversettes anses foretakssammenslutningen for å være erklært forenlig med EØS-avtalens virkemåte, jf. forordningen artikkel 10 nr. 6.

Et stort flertall av transaksjoner klareres i fase I, mange av dem på vilkår foreslått av partene.¹⁵ I prosessen er det vanlig med flere møter mellom Kommisjonen og partene. Det er også vanlig med omfattende forhåndskontakt før melding sendes, og Kommisjonen vil normalt ha fått tilgang til meldingen før den sendes.¹⁶

I fase II vil partene ha krav på en meddelelse om innsigelser («Statement of Objections»), der Kommisjonen redegjør for de konkurransemessige problemstillinger de mener transaksjonen reiser. Et slikt dokument foreligger normalt 6 til 8 uker ut i fase II, og partene kan inngi sine merknader innenfor en fastsatt frist. Partene har også rett til å kreve muntlig høring. Prosessen her har betydelig slektskap med prosessen i atferdssaker. Det er likevel svært få saker som leder til fullt forbud; de fleste saker som går inn i fase II klareres på vilkår foreslått av partene. Kommisjonen kan ikke

diktere vilkår for godkjenning – ansvaret for å foreslå tilstrekkelig effektive tiltak hviler utelukkende på partene.

Både ved avslutning av saker i fase I etter fusjonsforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav b og i fase II etter fusjonsforordningen artikkel 8 nr. 1 fattes det vedtak der foretakssammenslutningen erklæres forenlig med EØS-avtalens virkemåte. Ved avslutning av saker i fase I begrunner Kommisjonen hvorfor den kommer til at foretakssammenslutningen ikke reiser alvorlig tvil med hensyn til om den er forenlig med EØS-avtalens virkemåte. Ved avslutning av saker i fase II uten vedtak om inngrep eller tillatelse på vilkår begrunner Kommisjonen hvorfor det ikke er grunn til å anta at de konkurransemessige bekymringene som ledet til at saken ble tatt til behandling etter forordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav c i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse.

8.4 Annen utenlandsk rett

Utover EU/EØS-retten har utvalget sett nærmere på svensk og dansk rett. Både svensk og dansk rett er i det vesentlige harmonisert med EU/EØS-reglene. Det er imidlertid nasjonale særtrekk særlig med hensyn til kompetent organ, terskelverdier for meldeplikt samt meldepliktens omfang. Materielt er regelverket fullstendig harmonisert. Utvalget kommer tilbake til rettstilstanden i disse landene under de enkelte temaene nedenfor.

8.5 Utvalgets vurderinger

8.5.1 Anvendelsesområde

Gjeldende regelverk omfatter «foretakssammenslutninger», i betydningen fusjon, endring i kontroll samt fullfunksjons fellesforetak. Utvalget ser ikke grunn til å endre på dette. Reglens saklige anvendelsesområde er identisk med EU/EØS-reglene, og synes å fungere godt i praksis.

Utvalget vil vurdere opprettholdelsen av adgangen til å gripe inn mot minoritetserverv som ikke medfører en endring i kontroll i kapittel 9.

8.5.2 Inngrepvilkår

8.5.2.1 Formulering av konkurransebegrensningsvilkåret

Utvalget har vurdert om inngrepvilkåret i den norske loven bør harmoniseres med EU/EØS-reglene, det vil si at det må kreves at transaksjo-

¹⁵ Det er omfattende statistikk tilgjengelig på Kommisjonens hjemmeside, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

¹⁶ Prosedyrene er nærmere beskrevet i Kommisjonens Best Practice Guidelines, 20. januar 2004, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>.

nen «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse på det territorium som omfattes av EØS-avtalen eller i en vesentlig del av det, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes»¹⁷.

I det følgende vil utvalget først gjennomgå bakgrunnen for, innholdet i og praksis under vilkåret i konkurranseloven § 16 første ledd om at foretakssammenslutningen må føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. Videre vil utvalget redegjøre kort for utviklingen av konkurransebegrensningskriteriet i EU/EØS. Deretter vil utvalget redegjøre for hvordan rettstilstanden i Norge forholder seg til regelverket i EU/EØS, og vurdere om det er behov for endringer.

8.5.2.1.1 *Nærmere om konkurransebegrensningskriteriet i norsk rett*

Konkurransetilsynet skal med hjemmel i konkurranseloven § 16 første ledd gripe inn mot en foretakssammenslutning dersom tilsynet finner at «den vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen» i strid med lovens formål.

Konkurransebegrensningskriteriet er definert på samme måte som i konkurranseloven 1993 § 3-11 og er i all hovedsak en videreføring av prisloven § 42 a, som kom inn i prisloven i 1988. I forarbeidene til konkurranseloven § 16¹⁸ fant det daværende utvalget at de materielle reglene i praksis hadde vist seg anvendelige på de sakene konkurransemyndighetene hadde funnet det ønskelig å behandle og fant derfor ingen grunn til å foreslå en endring av de materielle vilkårene. Departementet sluttet seg til utvalgets vurderinger på dette punktet.¹⁹

Da hjemmelen til å gripe inn mot bedriftserrerv ble innført i 1988, ble det i forarbeidene gitt uttrykk for hvordan begrepet «vesentlig» skal forstås:

«Likevel vil det forekomme temmelig mange bedriftserrerv som vil kunne sies å føre til begrensning av konkurransen. Det skal lite til for at dette er tilfelle. I praksis kan det bare bli

spørsmål om å gripe inn overfor bedriftserrerv som er av forholdsvis stor betydning ut fra et konkurransesynspunkt. Det er disse hensyn som ligger bak når det etter det primære vilkåret for inngrep kreves at bedriftserrervet vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. Dette kan særlig være tilfelle når bedriftserrervet foretas av en ervervsdrivende som derved vil få en dominerende stilling i markedet eller vil få forsterket en slik stilling. Men vilkåret vil kunne være oppfylt også i andre tilfelle.

Når en sak om bedriftserrerv tas opp til prøving, vil som regel bedriftserrervet ikke være gjennomført ennå. Ved avgjørelsen av om det primære inngrepsvilkåret er oppfylt, vil man derfor vanligvis måtte bedømme en hypotetisk utvikling av konkurransesituasjonene på de markeder som berøres. Og det avgjørende spørsmålet blir om den nye konkurransesituasjonen finnes å innebære en vesentlig begrensning av konkurransen, eventuelt en forsterkning av en vesentlig begrensning som allerede er til stede.

Som nevnt vil det blant annet kunne foreligge en vesentlig begrensning av konkurransen når bedriftserrervet foretas av en bedrift som derved får en dominerende stilling på markedet. Ellers må også markedets størrelse og betydning tillegges vekt ved avgjørelsen av om en begrensning av konkurransen er vesentlig. Dette vil f.eks. ikke kunne sies å være tilfelle for mange markeder av lokal art.»²⁰

Både utvalget som utredet konkurranseloven av 1993 og utvalget som utredet konkurranseloven av 2004 sluttet seg til ovennevnte uttalelser.²¹ Sistnevnte utvalg viste også til at i forvaltningspraksis har markedets størrelse og betydning blitt tillagt vekt ved avgjørelsen av om en konkurransebegrensning er vesentlig.²² I tillegg uttalte utvalget følgende:

«Inngrep mot foretakssammenslutninger er svært inngripende vedtak, og store økonomiske verdier kan stå på spill. I lys av dette, begrunnelsen som ble gitt da inngrepsfullmakten ble innført samt erfaringene med anvendelsen av regelen i praksis, mener utvalget at

¹⁷ ODA protokoll 4 kapittel IV artikkel 2 nr. 3. Kapitlet er gjennomført i norsk rett ved forskrift 21. desember 2011 nr. 1518 om gjennomføringen av konkurransereglene i EØS-avtalen mv.

¹⁸ NOU 2003:12 s. 89.

¹⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 81.

²⁰ Ot.prp. nr. 78 (1986-1987) s. 11.

²¹ NOU 1991: 27 s. 157 og NOU 2003: 12 s. 90.

²² Utvalget viser til departementets vedtak av 14.10.2002 (Statkraft – Agder Energi AS), der det påpekes at kraftsektoren er av stor samfunnsmessig verdi.

loven fortsatt bør sette en relativt høy terskel for myndighetenes inngrep. Inngrepskriteriet er også godt forenlig med den høye inngreps terskel som er etablert i andre sammenlignbare jurisdiksjoner. Utvalget går derfor inn for å beholde vesentlighetskriteriet i de materielle inngrepsvilkårene.»²³

Departementet sa seg enig i at vesentlighetskravet burde videreføres, og begrunnet det på følgende måte:

«Når det dreier seg om et ekspropriasjonslignende inngrep, bør nødvendigheten av dette veies opp mot den samfunnsmessige mulige gevinsten ved et inngrep. Det er derfor naturlig at kravet for å gripe inn må være en vesentlig begrensning av konkurransen.»²⁴

Til tross for uttalelsene i forarbeidene til konkurranseloven 2004 om at foretakssammenslutningens størrelse og betydning fortsatt skulle tillegges vekt ved avgjørelsen av om konkurransebegrensningen er vesentlig, ble det samtidig foreslått svært lave terskelverdier for meldeplikt, hvilket kan synes å gi et signal om at det som opprinnelig ble uttalt i forarbeidene til lovendringen i 1988 om at det ikke ville bli grepet inn mot lokale markeder, ikke lenger kunne legges til grunn. Slik det vil fremgå i 8.5.4.2 om terskelverdier for meldeplikt, har Konkurransetilsynet etter 2004-loven ikke grepet inn mot rent lokale foretakssammenslutninger. Tilsynet har imidlertid grepet inn lokalt i nasjonale foretakssammenslutninger på grunn av konkurransebegrensende virkninger i nærmere avgrensede geografiske områder.²⁵

Det følger av Konkurransetilsynets praksis at tilsynet ved den nærmere vurderingen av om en foretakssammenslutning vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen foretar en analyse av transaksjonens mulige virkninger på de berørte markedene. Først avgrenses det relevante markedet både produktmessig og geografisk. Deretter vurderes hvilken markedsposisjon transaksjonen gir det nye foretaket. Foretakets

markedsandel vil være utgangspunkt for den videre analysen. Et annet sentralt moment i vurderingen er i hvilken grad det er vanskelig for nye aktører å etablere seg i markedet. Dersom foretakssammenslutningen medfører at de involverte foretakene får en vesentlig grad av markedsrett, eller forsterker en allerede foreliggende vesentlig grad av markedsrett, vil lovens krav om at det vil foreligge en vesentlig begrensning av konkurransen normalt være oppfylt. Konkurransetilsynets fremgangsmåte ved denne vurderingen er beskrevet i tilsynets temaark for kontroll med foretakssammenslutninger.²⁶

Konkurransetilsynets tidligere retningslinjer for inngrep mot bedriftserverv av 1996 gav en nærmere beskrivelse av fremgangsmåten for å avgjøre om konkurransen er vesentlig begrenset. Retningslinjene skilte mellom ensidig markedsrett og kollektiv markedsrett og åpnet for at konkurransen kunne begrenses på andre måter enn ved at de fusjonerende parter får eller forsterker en dominerende stilling. Etter ikrafttreddelsen av konkurranseloven av 2004 har Konkurransetilsynet ikke lenger benyttet disse retningslinjene. Det fremgår av tilsynets temaark for kontroll med foretakssammenslutninger²⁷ at veiledning nå hentes fra Kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale foretakssammenslutninger og retningslinjer for vurdering av ikke-horisontale foretakssammenslutninger.²⁸

Når det konkret gjelder vilkåret i konkurranseloven § 16 første ledd om at foretakssammenslutningen må «føre til eller forsterke» en vesentlig begrensning av konkurransen, innebærer det at konkurransesituasjonen før foretakssammenslutningen må sammenlignes med den hypotetiske situasjonen etter at foretakssammenslutningen er gjennomført. Dersom konkurransesituasjonen er vesentlig begrenset allerede i utgangspunktet, kan det altså ikke gripes inn mot sammenslutningen hvis den ikke forsterker denne konkurransebegrensningen. Det stilles imidlertid ingen krav til hvor mye sammenslutningen må forsterke konkurransebegrensningen:

²³ NOU 2003:12 s. 90.

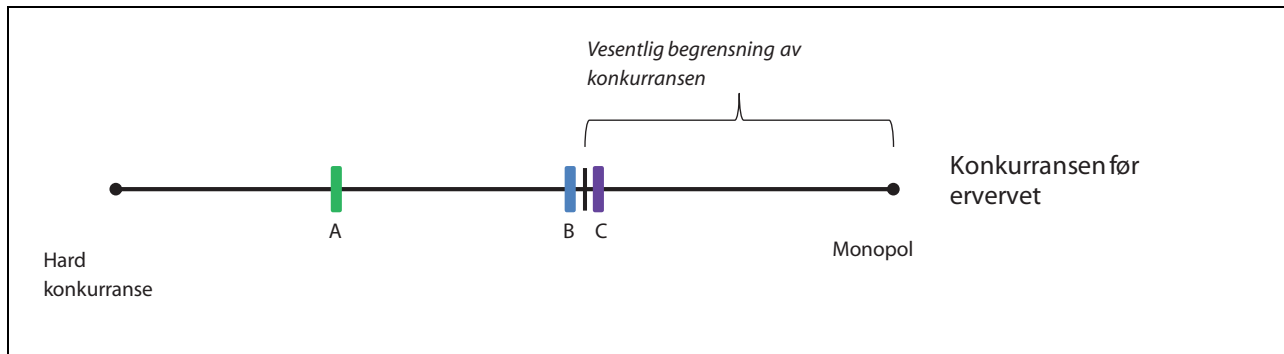
²⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), s. 81.

²⁵ Se V2004-14 Nor-Betong AS – NCC Roads AS, V2004-32 Ahlsell holding AB – AS Bergen Rørhandel og AS Stavanger Rørhandel, V2008-3 AS Norske Shell – YX Energi AS, V2008-10 Rema 1000 – Lidl Norge GmbH, V2011-5 Norli Gruppen AS – Norgesgruppen Bok og Papir AS og V2011-8 Lemminkäinen Norge AS – Mesta Industri Norge AS.

²⁶ Temaark for kontroll med foretakssammenslutninger publisert på Konkurransetilsynets nettside.

²⁷ Temaark for kontroll med foretakssammenslutninger publisert på Konkurransetilsynets nettside.

²⁸ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, EUT C 31 av 5.2.2004 s. 5 og Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, EUT C 265 av 18.10.2008, s. 6.



Figur 8.2 Vesentlig begrensning av konkurransen

«I tilfeller hvor konkurransen allerede før foretakssammenslutningen er vesentlig begrenset, stilles det ingen krav til hvor mye ervervet må forsterke denne begrensningen.»²⁹

At enhver forsterkning er tilstrekkelig ble for eksempel lagt til grunn i klagevedtaket i Statkraft/Agder, hvor departementet avviste at det var noe krav om at endringene i konkurranseforholdene måtte være vesentlige:

«Ethvert erverv som øker konsentrasjonen, vil det følgelig kunne gripes inn mot, uansett hvor liten betydning ervervet har isolert sett.»³⁰

Dette gjaldt uavhengig av om det var alternativet «føre til» eller «forsterke» som ble vurdert. Departementet la således til grunn at selv om konkurransen ikke er vesentlig begrenset før ervervet, kan en gripe inn mot et erverv selv om det ikke medfører en vesentlig *endring* i konkurransesituasjonen:

«Konsentrasjonen kan være så sterk før oppkjøpet at det bare skal en ytterligere marginal forverring til for at konkurransen går fra å være begrenset til å være vesentlig begrenset.»³¹

Konkurransetilsynet har, i samsvar med departementets tolkning, lagt dette til grunn ved behandlingen av flere foretakssammenslutninger slik som for eksempel foretakssammenslutningen mellom Sunkost og Validus:

«Det følger av forarbeidene til konkurranseloven at i de tilfeller hvor konkurransen allerede før foretakssammenslutningen er vesentlig begrenset, ikke stilles noe minimumskrav til hvor mye ervervet må forsterke denne begrensningen.»³²

I figur 8.2 illustreres hvilken virkning praktiseringen av det norske vilkåret vil kunne ha. Den horisontale aksene angir graden av konkurransebegrensning i markedet forut for foretakssammenslutningen. Yttertilfellene er henholdsvis monopol og hard konkurranse. Et sted mellom de to ytterpunktene vil konkurransen være så begrenset at den defineres som vesentlig begrenset, vist med intervallet i høyre del av figur 8.2.

I situasjon A er konkurransen i det relevante markedet begrenset, uten at det kan betegnes som vesentlig. En foretakssammenslutning kan føre til en betydelig endring i konkurransegrad dersom den fører til at konkurransen endres fra situasjon A til situasjon B. I det kravet i henhold til det norske vilkåret er vesentlig begrenset konkurranse etter foretakssammenslutningen, kan det imidlertid ikke gripes inn. Derimot vil det kunne gripes inn mot en ytterligere foretakssammenslutning som endrer konkurransegraden fra situasjon B til situasjon C, selv om endringen er av relativt begrenset størrelse. I situasjon C vil det derfor være grunnlag for inngrep mot enhver foretakssammenslutning.

8.5.2.1.2 Nærmere om rettstilstanden i EU/EØS vedrørende konkurransebegrensningskriteriet

I fusjonsforordningen artikkel 2 nr. 3 er inngrepsvilkåret formulert som følger, slik det er gjennomført i EØS-avtalen:

²⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 229.

³⁰ Vedtak av 14.12.2002 i sak 02/3165 (Statkraft – Agder Energi AS).

³¹ Vedtak av 14.12.2002 i sak 02/3165 (Statkraft – Agder Energi AS) s. 33.

³² Konkurransetilsynets vedtak V2009-14 s. 15.

«A concentration which would significantly impede effective competition, in the territory covered by the EEA Agreement or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, shall be declared incompatible with the common market.»

En foretakssammenslutning skal således nektes gjennomført hvis den i betydelige grad vil hindre effektiv konkurranse i EØS-området eller en vesentlig del av det, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes.

Tidligere var inngrepskriteriet i EU/EØS utformet som et dominanskriterium. I stedet for å fokusere på virkningene for konkurransen, ble det vurdert om en strukturendring ville føre til eller styrke en dominerende stilling, og i så fall om dette ville undergrave effektiv konkurranse.

Ved revisjonen av fusjonsforordningen i 2004 ble det vurdert å gå over til en SLC-test (Substantially Lessening of Competition), fordi dominans-testen ikke ble ansett som fullt ut tilfredsstillende. Dominanstesten er i EU/EØS også benyttet i forbudet mot misbruk av dominerende stilling i TEUV artikkel 102/EØS-avtalen artikkel 54 og det var blitt en utbredt oppfatning at det ikke lenger var hensiktsmessig å benytte rettspraksis under disse bestemmelsene direkte ved vurderingen av behovet for inngrep etter fusjonsforordningen. I tillegg ble det vist til at (kollektiv) dominanstesten var for snever for reell kontroll med konkurransen i visse oligopolistiske markeder. Konkurransen i et oligopolmarked etter en foretakssammenslutning kan begrenses enten som følge av at det legges til rette for parallell atferd mellom gjenværende aktører (koordinert atferd) eller som følge av at en aktør innenfor oligopolet kan dra fordeler av sin ensidige opptreden uten å være avhengig av den koordinerte responsen fra andre oligopolister (ikke-koordinert atferd). Den siste kategorien ble ikke ansett som omfattet av dominanstesten.

Løsningen ble en endring av fusjonsforordningen, men ikke til en ren SLC-test. Fusjonsforordningen benytter nå en hybrid mellom dominans- og SLC-testen, kalt SIEC-testen (Significantly Impede Effective Competition). Dominans er nå bare en av flere mulige måter konkurransen kan begrenses på, jf. uttrykksmåten «in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position». Med dette var det tilsiktet at alle inngreps situasjoner som tidligere var omfattet, fordi de falt inn under dominansbegrepet, fortsatt skulle være omfattet. I tillegg skulle det være mulig å gripe inn der det er fare for at konkurran-

sen begrenses vesentlig på oligopolistiske markeder gjennom ikke-koordinert atferd mellom foretak som ikke er dominerende.

Etter endringen fremgår det nå både av fortalen til fusjonsforordningen og av Kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale fusjoner at det kan gripes inn mot både koordinerte og ikke-koordinerte effekter. Dette betyr at formuleringen om dominerende stilling i praksis har liten betydning.³³

Selv om man ser vekk fra dominanstillegget i fusjonsforordningen artikkel 2 nr. 3 er formuleringen av konkurransebegrensningskriteriet forskjellig etter EU/EØS-reglene og den norske konkurranseloven. I fusjonsforordningen artikkel 2 nr. 3 er det som nevnt et krav om at foretakssammenslutningen i betydelig grad må hindre effektiv konkurranse («significantly impede effective competition»).

Etter ordlyden i fusjonsforordningen artikkel 2 nr. 3 er det dessuten slik at det må være en kvalifisert virkning av foretakssammenslutningen for å kunne erklære den uforenlig med det indre markedet/EØS-avtalens virkemåte, selv om konkurransen er vesentlig begrenset før foretakssammenslutningen. Etter Kommisjonens retningslinjer punkt 20 fremgår det klart at en liten konsentrasjonsøkning normalt ikke vil gi grunnlag for konkurransemessige bekymringer, selv i konsentrerte markeder. 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.³⁴

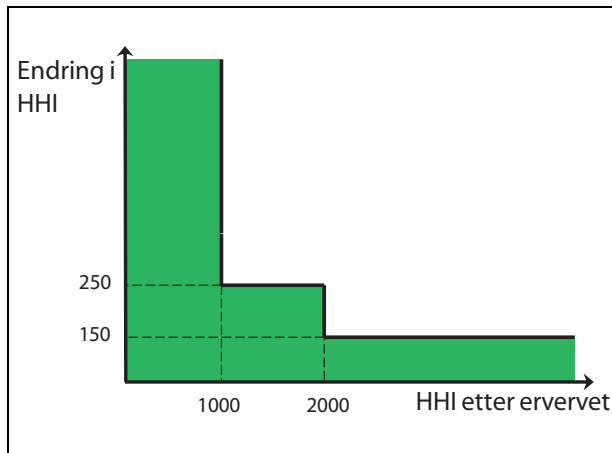
I EU/EØS benyttes videre konsentrasjonsindekser for å beregne markedskonsentrasjonen. Dette gjøres først og fremst for å vurdere om foretakssammenslutningen skal undersøkes nærmere. Terskelverdiene angis på to ulike måter. For det første slås det fast at det normalt ikke gripes inn dersom foretaket etter foretakssammenslutningen har en markedsandel på under 25 prosent.³⁵ For det andre slås det fast at det normalt ikke gripes inn dersom Herfindahl-Hirschman indeksen (HHI) er under visse terskelverdier eller endringen i HHI er under visse terskelverdier.³⁶ HHI er en indeks som måler graden av konsentra-

³³ Se Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger punkt 25 og 26, EUT C 35 av 5.2.2004, s. 5, samt fortalen til fusjonsforordningen, punkt 25.

³⁴ Sak IV/M.289 Pepsico/KAS, avsnitt 6.5 og sak IV/M.430 Proctor & Gamble/Schichedanz, avsnitt 153.

³⁵ Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger punkt 18.

³⁶ Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger punkt 19-20, EUT C 35 av 5.2.2004, s. 5.



Figur 8.3 EU retningslinjer for når en normalt ikke griper inn

sjon, og indeksen blir høyere desto færre foretak det er i markedet og desto mer skjevfordelt markedsandelene er. Hvis det er monopol er HHI lik 10000, og hvis det er uendelig mange foretak er HHI (tilnærmet) lik 0. I figur 8.3 har vi illustrert Kommisjonens terskelverdier hva angår HHI.

Det fremgår at dersom konsentrasjonen etter ervervet er tilstrekkelig lav, definert med HHI under 1000, vil enhver fusjon normalt godtas. Hvis konsentrasjonen etter ervervet er moderat, definert med HHI mellom 1000 og 2000, vil fusjonen normalt godtas dersom endring i konsentrasjon er relativt lav (under 250 i endring i HHI). Hvis derimot konsentrasjonen er høy, definert som HHI over 2000, vil en fusjon normalt kunne godtas dersom endringen i konsentrasjon er svært lav (under 150 i endring i HHI).

Hva angår de foretakssammenslutninger som undersøkes nærmere, gis det ingen terskelverdier for hvor høy konsentrasjonen og endringen i konsentrasjonen må være for at det skal gripes inn. Det eneste som slås fast i retningslinjene er at det er svært usannsynlig at en foretakssammenslutning som fører til monopol vil aksepteres.³⁷

Videre er det i Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger oppstilt en liste med momenter som er relevante ved vurderingen av om vilkåret for inngrep er oppfylt, og det skiller blant annet mellom koordinerte og ikke-koordinerte effekter. Det legges opp til at det skal foretas en helhetlig vurdering av om det er grunnlag for å gripe inn mot ervervet.

8.5.2.1.3 Utvalgets vurderinger av konkurransebegrensningskriteriet

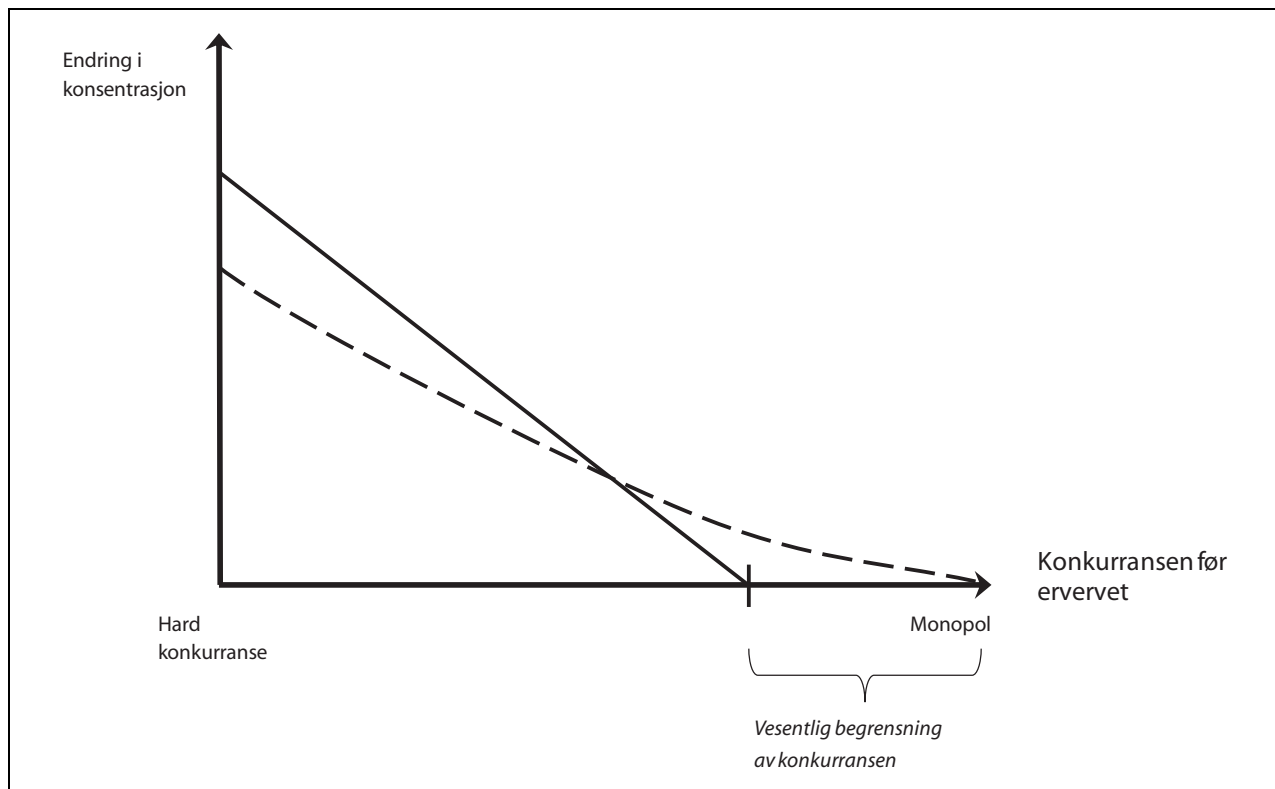
Sammenligningen viser at konkurransebegrensningskriteriet er forskjellig i konkurranseloven og i EU/EØS-reglene. Konkurransebegrensningskriteriet i norsk fusjonskontroll var moderne og forut for sin tid i forhold til mange andre europeiske land da det ble oppstilt som vilkår for inngrep. Det er også grunn til å fremheve at Konkurransetilsynet gjennom sine retningslinjer fra midten av 90-tallet, inspirert av amerikansk rett, tok hensyn til at konkurransen kunne bli begrenset på flere måter enn ved at en dominerende stilling skapes eller styrkes, noe som først ble tatt inn i EU/EØS-fusjonskontroll ca. ti år senere.

Utvalget har vurdert om konkurransebegrensningskriteriet bør utformes på samme måte som i EU/EØS. Utvalget finner at hensynet til harmonisering gjør seg særlig gjeldende i forhold til de materielle inngrepsvilkårene. Harmonisering vil bidra til økt forutberegnelighet for foretakene, særlig for flernasjonale virksomheter. En annen fordel ved harmonisering av konkurransebegrensningskriteriet er at det foreligger retningslinjer og praksis som vil være relevant for praktisering av reglene. Dette øker forutberegneligheten for markedsaktørene i prosesser hvor forutberegnelighet og hurtige avklaringer anses viktig.

Utvalget har på denne bakgrunn vurdert om vilkåret «føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen» i konkurranseloven § 16 første ledd bør endres. Det er særlig grunn til å stille spørsmål ved tolkningen av dette vilkåret som tilsier at det kan gripes inn mot enhver foretakssammenslutning i et marked hvor det i utgangspunktet er en vesentlig begrensning av konkurransen. Det er ikke hjemmel til å gripe inn på tilsvarende grunnlag i EU/EØS. I EU/EØS er det ikke graden av konkurranse som er utgangspunktet for vurderingen, men selve ervervet. Hvis ervervet fører til en vesentlig begrensning av konkurransen, kan det gripes inn. Det er viktig å understreke at «vesentlig begrensning av konkurransen» i dette tilfellet sier noe om virkningen av ervervet, ikke konkurransesituasjonen i markedet. Det er selvsagt slik at desto mindre hard konkurranse det er i utgangspunktet, desto mindre økning i konsentrasjon vil aksepteres. Slik sett tas det hensyn både til omfanget av ervervet og til konkurranseforholdene i markedet.

Betydningen skal imidlertid ikke overdrives. Etter ikrafttreddelsen av konkurranseloven i 2004 har Konkurransetilsynets praktisering av bestemmelsen i stor grad vært knyttet opp mot EUs ret-

³⁷ Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger, punkt 84.



Figur 8.4 Norges vilkår 1 vs EU/EØS' vilkår for inngrep

ningslinjer og praksis, slik at det kan argumenteres for at ulikheten i dag først og fremst er et fenomen i lovteksten. «Vesentlig» begrensning av konkurransen er også et begrep som vil være gjenstand for tolkning.

Utvalget vil i det følgende foreta en gjennomgang av hvilke resultater de to ulike formuleringene av konkurransebegrensningskriteriet vil kunne lede til i henhold til økonomisk teori.

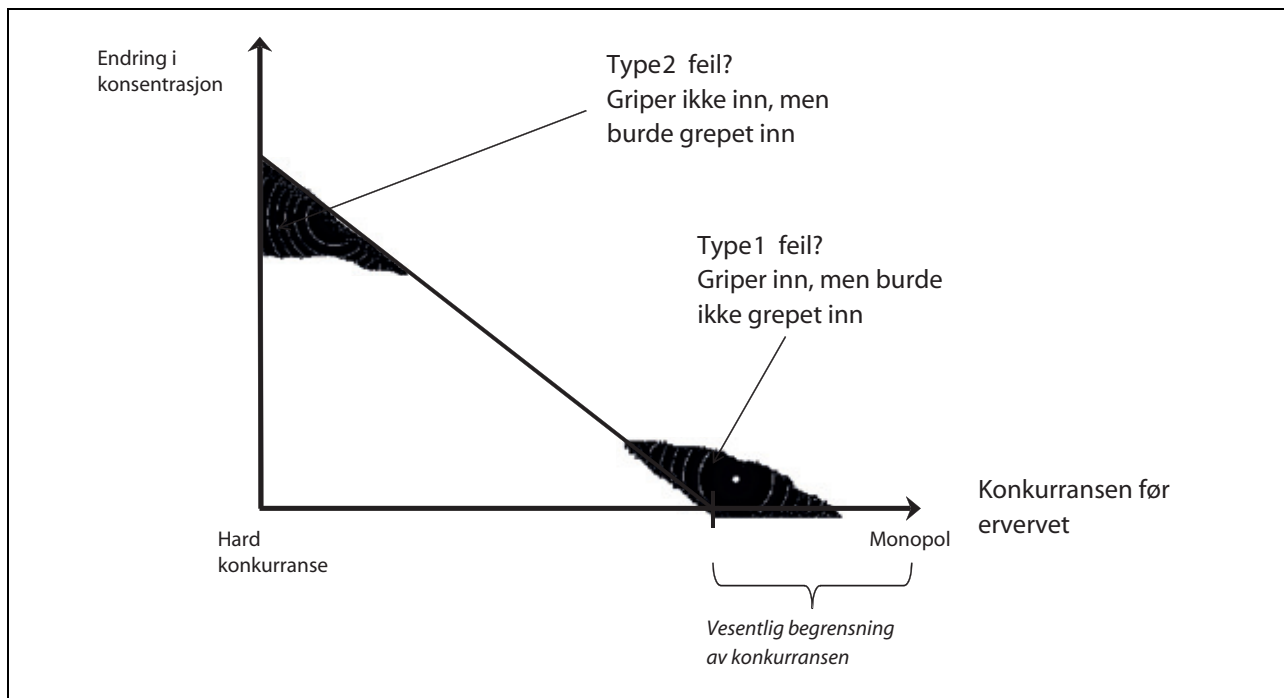
Den norske løsningen kan sammenlignes med den løsningen som etter økonomisk teori vil oppfattes som den korrekte. I figur 8.4 vises graden av konkurranse i markedet før ervervet langs den horisontale akse – rangert fra hard konkurranse til monopol – og endringen i konsentrasjon som følge av ervervet langs den vertikale akse. Slik utvalget tolker regelverket i EU/EØS, er vesentlig svekkelse av konkurransen som følge av ervervet vilkåret for inngrep. Hvis det er relativt hard konkurranse før foretakssammenslutningen, vil selv en betydelig endring i konsentrasjon ikke ha noen vesentlig effekt på konkurransen. Desto mindre hard konkurranse i utgangspunktet, desto større fare er det for at en bestemt økning i konsentrasjonen kan føre til en vesentlig svekkelse av konkurransen. Kriteriet for inngrep i EU/EØS kan følgelig illustreres med den stiplede kurven i figur 8.4. Det innebærer at det skal foretas en helhetlig vur-

dering, men desto mer begrenset konkurransen er i utgangspunktet desto mindre skal til før det kan konkluderes med at foretakssammenslutningen har svekket konkurransen vesentlig.

Som gjennomgått ovenfor, har departementet lagt til grunn at hvis konkurransen i utgangspunktet er vesentlig begrenset, finnes det ingen minimumsgrense for inngrep. Det betyr at grensen for hva som er tillatt av endring i konsentrasjon i intervallet kalt «vesentlig» begrensning av konkurransen er lik null. For erverv i markeder hvor konkurransen ikke er vesentlig begrenset i utgangspunkt, kan det gripes inn kun dersom konsentrasjonen endres så mye at konkurransen blir vesentlig begrenset. Grensen for inngrep er da vist ved den heltrukne rette linjen i figur 8.4.³⁸

Dette har to implikasjoner sammenlignet med EU/EØS praksis. For det første, og mest åpenbart, er vilkåret for inngrep mindre strengt i Norge enn i EU/EØS i de tilfeller hvor konkurransen defineres som vesentlig begrenset før ervervet. Dette innebærer at det er mulig å gripe inn mot et erverv, selv om det har en minimal effekt,

³⁸ Rent teknisk vil det bety at linjen har en negativ helning lik 45°, da endring i konsentrasjon som skal til for å gripe inn er nøyaktig den som fører til at konkurransen er vesentlig begrenset.



Figur 8.5 Mulige type 1 og type 2 feil ved den norske løsningen

Hvis konkurransen allerede er vesentlig begrenset. For det andre kan det tenkes situasjoner hvor terskelen for inngrep er høyere i Norge enn i EU/EØS. Det kan være tilfellet der konkurransen er langt fra vesentlig begrenset i utgangspunktet og ervervet fører til en vesentlig svekkelse av konkurransen uten at konkurransesituasjonen etter ervervet kan betegnes som vesentlig begrenset. Det sistnevnte er ventelig mindre aktuelt, men det kan tenkes å forekomme dersom ervervet for eksempel fører til at det er fire i stedet for fem foretak i markedet og konkurransen etter ervervet samtidig ikke er så svekket at den defineres som vesentlig begrenset.

Hvis det korrekte er å se på virkningen av foretakssammenslutningen, betyr det at det norske vilkåret kan føre til både type 1 og type 2 feil. Dette er illustrert ved hjelp av figur 8.5. For det første kan det tenkes at det gjøres type 2 feil: det gripes ikke inn mot erverv der det burde vært grepet inn. Dette kan være tilfelle for fusjoner og oppkjøp som fører til en betydelig svekkelse av konkurransen uten at konkurransesituasjonen i markedet etter foretakssammenslutningen kan defineres som vesentlig begrenset.

For det andre kan det tenkes type 1 feil: det gripes inn mot erverv som burde vært tillatt. Det er særlig fare for dette dersom konkurransen er definert som vesentlig begrenset før ervervet og det dermed ikke foreligger noen minimumsgrense for å gripe inn.

Ett argument som har vært trukket frem i favør av den norske løsningen er at den gir mulighet for å stanse en utvikling der mange små oppkjøp i sum fører til en vesentlig svekkelse av konkurransen. Dette er blant annet trukket frem av departementet i Statkraft/Agder-saken:

«Dersom det i et marked skjer en gradvis konsentrasjon ved oppkjøp, vil en på ett eller annet tidspunkt få en konsentrasjon som representerer en vesentlig konkurransebegrensning. Da vil det også være grunnlag for å gripe inn etter § 3-11 selv om det konkrete oppkjøpet som en da griper inn mot ikke i seg selv medfører en vesentlig endring i konkurransesituasjonen.»³⁹

Det finnes ikke noe tilsvarende grunnlag for inngrep i Kommisjonens retningslinjer. Det er slik utvalget ser det gode grunner til å ha en mulighet til å gripe inn mot en slik utvikling, i tråd med det departementet la til grunn i Statkraft/Agder-saken.

Utvalget finner imidlertid ikke at dette kan være utslagsgivende i forhold til å beholde en ordlyd som ikke er i samsvar med EU/EØS når gjennomgangen for øvrig viser at det er lite hensiktsmessig å beholde den særnorske ordlyden. Utvalget ønsker også å påpeke at kravet til endring i

³⁹ Vedtak av 14.10.2002 (Statkraft – Agder Energi) s. 33.

konsentrasjon i EU/EØS-retten synker desto mer begrenset konkurransen er før det aktuelle oppkjøpet, slik at inngrep ikke er utelukket i lignende tilfeller forutsatt at det skjer en negativ påvirkning av konkurransen.

Utvalget har vurdert om ordlyden skal være identisk med ordlyden i EU/EØS for å sikre at den materielt sett blir å forstå på samme måte. Både Sverige og Danmark har valgt en tilnærmet identisk ordlyd som i EU. Utvalget er av den oppfatning at formuleringen i EU/EØS bør velges og forutsetter at det materielle innholdet skal være det samme. Praksis under fusjonsforordningen vil således være relevant for forståelsen av inngrepsvilkåret.

Utvalget har videre vurdert gjeldende rettsordlyd med tanke på prøvingsadgangen og spørsmålet om fritt skjønn. I gjeldende rett heter det at tilsynet «skal» gripe inn hvis tilsynet «finner» at inngrepsvilkåret er oppfylt. Uttrykket «finner» benyttes normalt for å indikere en skjønnsfrihet for forvaltningen. Inngrepsvilkåret i konkurranse-loven fremstår imidlertid i realiteten som et lovbundet skjønn, der domstolene vil kunne prøve alle sidene av saken. Det er imidlertid ikke grunn til å opprettholde en formulering som indikerer et fritt skjønn. Utvalget vil derfor gå inn for at inngrepsvilkåret knyttes direkte mot «skal» nedlegge forbud.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at konkurransebegrensningsvilkåret formuleres som følger:

«Konkurransetilsynet skal forby foretakssammenslutninger som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes.»

Utvalget har endelig vurdert om det bør legges mer konkrete føringer på praktiseringen av vilkåret, for eksempel terskler knyttet opp mot konsentrasjonsindeks. Utvalget finner at dette best overlates til praksis, og at det er ønskelig at Konkurransetilsynet utarbeider nærmere retningslinjer for vurderingen. Med hensyn til hvilke terskelverdier som skal legges til grunn som retningsgivende for hvilke foretakssammenslutninger Konkurransetilsynet skal se nærmere på, finner utvalget grunn til å bemerke at en i et lite land som Norge nok vil måtte akseptere en noe høyere konsentrasjon enn i EU/EØS fordi det i mange markeder ikke vil være grunnlag for et stort nok antall effektive tilbydere, jf. tilvarende vurderinger fra Konkurransetilsynet i Statkraft/

Vestfold Kraft og Skiensfjordens Kommunale Kraftselskap.⁴⁰

8.5.2.2 *Velferdsstandard*

Utvalget har vurdert hvilken velferdsstandard fusjonskontrollen bør bygge på. Slik det fremgår i punkt 3.2 vil utvalget ikke foreslå endringer i lovens formålsbestemmelse. Utvalget vil, i tråd med systematikken under atferdsreglene videre vurdere om det skal presiseres i konkurranse-loven § 16 hvilken standard som skal legges til grunn.

8.5.2.2.1 *Nærmere om hvilken velferdsstandard som gjelder ved vurdering av effektivitetsgevinster etter konkurranse-loven § 16*

Konkurransetilsynet skal etter gjeldende konkurranselov § 16 første ledd bare gripe inn mot foretakssammenslutninger som medfører eller forsterker en vesentlig konkurransebegrensning «i strid med lovens formål». Lovens formål fremgår av § 1, og er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. I tillegg skal det etter § 1 annet ledd legges særlig vekt på forbrukernes interesser.

Henvisningen til lovens formål innebærer at eventuelle samfunnsmessige effektivitetsgevinster må identifiseres og veies opp mot effektivitetstapet som følger av konkurransebegrensningen.

Det var ikke omstridt at totalvelferdsstandarden gjaldt under konkurranse-loven av 1993.⁴¹ Selv om det ble foreslått enkelte språklige endringer i formålsbestemmelsen, var ingen materielle endringer tilsiktet verken fra utvalgets eller departementets side under forberedelsen av konkurranse-loven av 2004.⁴² Ved behandlingen i Stortinget fikk formålsparagrafen i konkurranse-loven imidlertid en tilføyelse om at det skal «tas særlig hensyn til forbrukernes interesser». Flertallet i komiteen mente at det var:

«viktig å presisere at hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser skal være i forbrukernes interesse. På denne måte kommer effektivisering i konkurransen til samfunnets nytte gjennom bedre utvalg, høyere kvalitet og

⁴⁰ A 2000-26 Statkraft/Vestfold Kraft og Skiensfjordens Kommunale Kraftselskap AS.

⁴¹ Jf. NOU 1991:27 s. 80.

⁴² Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 221.

lavere pris. Å fremme konkurranse skal bidra til å fremme forbrukerhensyn, og erfaring tilsier at forbrukerhensyn blir ivaretatt best i markeder med konkurranse».⁴³

Tilføyelsen av § 1 annet ledd ledet til at det oppsto en usikkerhet om hvilken betydning den nye bestemmelsen hadde for valg av velferdsstandard ved vurderingen av effektivitetsgevinster etter § 16. Et alternativ var å anse bestemmelsen som en ren programerklæring uten noe egentlig rettslig innhold. Et annet alternativ var at bestemmelsen medførte en overgang fra totalvelferdsstandard til konsumentvelferdsstandard ved vurderingen av effektivitetsgevinster.⁴⁴

I Prior/Nordgården la Konkurransetilsynet til grunn at tillegget i formålsparagrafen har betydning. I samsvar med retningslinjene i EU/EØS ble det lagt større vekt på besparelser i form av variable kostnader enn besparelser i form av faste kostnader.⁴⁵

«Hvis ervervet kun fører til besparelser i faste kostnader, for eksempel reduserte kostnader i administrasjonen, er det liten grunn til å tro at dette isolert sett vil påvirke foretakets prissetting. Hvis derimot besparelsen skjer i form av reduserte kostnader i produksjonen, det vil si kostnader som påløper for hver enhet som produseres (reduksjon i grensekostnad), vil det isolert sett dra i retning av lavere priser. Grunnen er at foretaket vil sette sine priser ut fra kostnad som påløper for hver enhet, og dermed vil prisen bli lavere desto lavere kostnad for hver enhet som produseres. Konkurransetilsynet vil derfor legge mindre vekt på besparelser i faste kostnader enn besparelser for hver enhet som produseres, fordi kun den sistnevnte formen for besparelse kan tenkes å bli videreført til forbrukerne i form av lavere priser.»⁴⁶

Konkurransetilsynet la således til grunn en form for konsumentvelferdsstandard. I klagevedtaket

⁴³ Innst. O. nr. 50 (2003-2004) s. 31.

⁴⁴ I Kolstad: Konkurranseloven som virkemiddel til å fremme «forbrukernes interesser» TFR 2005, s. 1-94, er det argumentert for at det er en forbrukervelferdsstandard, men den nye bestemmelsen er i Ekeberg, Skaar og Sørgard: «Formålsbestemmelsen i konkurranse-loven», Konkurransetilsynets jubileumstidsskrift (2004), tolket som en mellomløsning.

⁴⁵ Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger punkt 80, EUT C 35 av 5.2.2004, s. 5.

⁴⁶ Konkurransetilsynets vedtak V2005-12 s. 32.

fastslo departementet at dersom Stortinget hadde ment å foreslå en slik omlegging av reglene for foretakssammenslutninger som Konkurransetilsynet har antydnet i sin tolkning hadde det blitt begrunnet mer eksplisitt av Stortinget. Departementet konkluderte med at:

«[...] avveiningen mellom positive og negative samfunnsøkonomiske virkninger av en foretakssammenslutning skal skje på samme måte etter den någjeldende lov som etter den forrige. Et eventuelt skille mellom effektivitetsgevinster etter om de skyldes faste eller variable kostnader har med denne konklusjonen ingen betydning.»⁴⁷

Departementet har opprettholdt denne tolkningen i senere avgjørelser. Rettstilstanden er følgelig at totalvelferdsstandarden fortsatt gjelder.

Konkurransetilsynet har etter dette tatt utgangspunkt i at konkurransebegrensningen må vurderes opp mot de eventuelle positive virkningene av kostnadsbesparelser uavhengig av om det er besparelser i faste eller variable kostnader. Tilsynet har i sin praksis lagt til grunn at avveiningen mellom tap og gevinst er skjønnsmessig og at det påhviler partene å fremskaffe dokumentasjon for besparelsene. I samsvar med departementets vedtak i Gilde/Prior legges det videre til grunn at «den skjønnsmessige avveiningen vil være mer restriktiv desto sterkere konkurransen blir redusert».⁴⁸ Det er kun i saker der det er tvil om hvordan avveiningen vil slå ut at det er nødvendig å foreta en detaljert gjennomgang av effektiviseringsgevinstene.

Et eksempel på denne avveiningen er Panoramias oppkjøp av Bordsølv, som ble godkjent av Konkurransetilsynet i november 2006.⁴⁹ Da ble følgende begrunnelse gitt:

«Slik Konkurransetilsynet vurderer konkurransesituasjonen, kan oppkjøpet føre til at konkurransen svekkes. Panorama har imidlertid dokumentert at oppkjøpet vil gi samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster, og etter en samlet vurdering har Konkurransetilsynet kommet til at disse oppveier de mulige negative virkningene oppkjøpet kan ha på konkurransen.»

⁴⁷ Se Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 2. februar 2006.

⁴⁸ Se departementets vedtak 5. oktober 2006 - Gilde Norsk Kjøtt BA og Prior Norge BA, sak 06/2223.

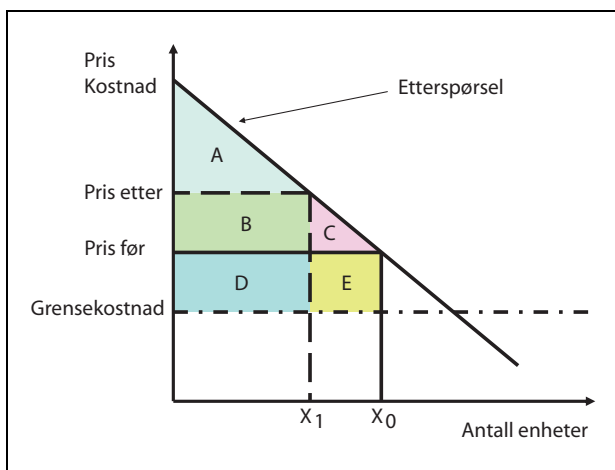
⁴⁹ Se Konkurransetilsynets avgjørelse A2006-66.

8.5.2.2.2 Nærmere om forskjellen mellom totalvelferdsstandard og konsumentvelferdsstandard

Totalvelferdsstandard innebærer at alle samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster skal legges uavkortet til grunn, uavhengig av hvilke markedsaktører disse gevinstene tilfaller. En konsumentvelferdsstandard innebærer at effektivitetsgevinster bare tillegges vekt dersom de kommer konsumentene til gode, noe som mer konkret vil si at det er foretakssammenslutningens antatte innvirkning på prisnivået i markedet som vil være sentralt.

Forskjellen på en totalvelferdsstandard og en konsumentvelferdsstandard kan illustreres ved figur 8.6 nedenfor. Figuren sammenlikner situasjonen før og etter en foretakssammenslutning som leder til en prisøkning. Gitt prisen før foretakssammenslutningen, er det X_0 potensielle kunder som har en betalingsvilje som er lik eller høyere enn den faktiske prisen. Det innebærer at disse kundene velger å kjøpe produktet. Disse kundenes maksimale betalingsvilje for dette produktet er gitt ved arealet under etterspørselskurven. Gitt den prisen de må betale, betyr det at de vil ha et konsumentoverskudd – definert som maksimal betalingsvilje fratrukket hva de betaler – som er lik areal $(A + B + C)$ i figur 8.6.

Gitt en høyere pris etter foretakssammenslutningen, er det X_1 kunder som kjøper produktet. De som velger ikke å kjøpe produktet lenger som følge av den økte prisen, vil nå tape et konsumentoverskudd tilsvarende areal C i figuren. De som fortsatt kjøper produktet, får en merutgift tilsvarende areal B i figuren. Dette betyr at konsumentoverskuddet er redusert med areal $(B + C)$



Figur 8.6 Velferdseffekt av en prisøkende foretakssammenslutning

som følge av den økte prisen etter foretakssammenslutningen.

Dersom det benyttes en totalvelferdsstandard, må virkningene for foretakene i det relevante markedet tas med i betraktning. Forut for foretakssammenslutningen vil foretaket ha en fortjeneste lik areal $(D + E)$.⁵⁰ Etter foretakssammenslutningen tar foretaket mer betalt fra dem som fortsatt kjøper produktet. Det tilsvarer areal B i figuren. På den annen side vil den økte prisen føre til at noen velger ikke å kjøpe produktet lenger. Dette tapet i fortjeneste tilsvarer areal E. Dermed har foretaket en endring i fortjeneste lik areal $(B - E)$. Hvis endringen i fortjeneste for foretakene og endring i konsumentoverskudd for kundene summeres, ser vi at den prisøkende fusjonen har ført til en reduksjon i total velferd lik areal $(C + E)$.

Når standardene sammenliknes, blir det tydelig at det er to forskjellige vurderinger som foretas i de to tilfellene. Ved en totalvelferdsstandard er det det samfunnsøkonomiske tapet som skal holdes opp mot eventuelle effektivitetsgevinster summen av arealet $(C + E)$, mens ved en konsumentvelferdsstandard er tapet summen av areal $(B + C)$. Gitt at det er konkurranse i utgangspunktet, vil beløpet som tilsvarer endring i totalvelferd alltid være lavere enn beløpet som tilsvarer endring i konsumentvelferd.⁵¹ Men forutsatt at det ikke er noen kostnadsbesparelser, vil valg av standard ikke ha noen betydning for konklusjonen. I slike tilfeller vil en prisøkning føre til tap av velferd uavhengig av hvilken standard som benyttes.

Dersom ervervet fører til kostnadsbesparelser, kan dette også være relevant under en konsumentvelferdsstandard. Dersom besparelsene fører til at foretakene senker sine priser etter foretakssammenslutningen vil konsumentoverskuddet øke. Reduksjon i faste kostnader – kostnader som er uavhengig av hvor mye foretak produserer – påvirker ikke nødvendigvis foretakenes tilpassning. Det er dermed først og fremst besparelser i variable kostnader – det vil si reduserte kostnader

⁵⁰ Strengt tatt betrakter vi her kun bruttofortjeneste, det vil si fortjeneste uten å ta hensyn til faste kostnader. Så lenge det ikke er noen endringer i faste kostnader som følge av fusjonen, vil vi kunne få frem endring i foretakets netto fortjeneste ved kun å betrakte bruttofortjenesten. Vi vil senere drøfte effekter av endringer i faste kostnader som følge av en fusjon.

⁵¹ Det følger av at foretakene alltid vil tjene på å øke prisen så lenge den i utgangspunktet er under monopolprisen. Det vil innebære at areal B må være større enn areal E, da det er betingelsen for at det er lønnsomt med en prisøkning. Men gitt at $B > E$, ser vi at endring i konsumentvelferd er større enn endring i totalvelferd.

for hver enhet som produseres – som er relevante under en konsumentvelferdsstandard.⁵²

Besparelser i faste kostnader som følge av foretakssammenslutningen er noe som kommer foretaket til gode uten at det nødvendigvis gir seg utslag i foretakets tilpasning. Denne typen besparelser skal tas i betraktning dersom det benyttes en totalvelferdsstandard, gitt at kostnadsbesparelsene kan dokumenteres, er fusjonsspesifikke og samfunnsøkonomiske relevante. Derimot skal det ikke tas hensyn til besparelser i faste kostnader hvis det benyttes en konsumentvelferdsstandard med mindre det kan vises at besparelsen leder til lavere priser for konsumentene. Følgelig vil eksistensen av en besparelse i faste kostnader kunne føre til at en foretakssammenslutning som er betraktet som skadelig ut fra en konsumentvelferdsstandard vil bli betraktet som gunstig ut fra en totalvelferdsstandard.

Et eksempel kan illustrere forskjellene. En foretakssammenslutning mellom to foretak fører til svekket konkurranse, og det innebærer at kundene står overfor høyere priser etter foretakssammenslutningen og blir påført et tap på 50 millioner kroner årlig. De to fusjonerende foretakene kan som følge av foretakssammenslutningen spare faste fellesutgifter tilsvarende 100 millioner kroner, en kostnadsbesparelse som ikke påvirker prisen og som kundene dermed ikke nyter godt av. I henhold til en konsumentvelferdsstandard fører foretakssammenslutningen til et tap på 50 millioner kroner, mens den i henhold til en totalvelferdsstandard fører til en gevinst på 50 millioner kroner.

8.5.2.2.3 *Kort om rettstilstanden i EU/EØS vedrørende valg av velferdsstandard*

I EU/EØS har man tradisjonelt vært tilbakeholden med å tillate foretakssammenslutninger ut i fra en begrunnelse om at effektivitetsgevinster forbundet med transaksjonen oppveier tapet ved at konkurransen svekkes. Fusjonsforordningen av 2004 innebar en endring og en presisering av rettstilstanden på dette punktet. I fortalen til fusjonsforordningen punkt 29 forutsettes det at effektivitetsgevinster som oppveier tapet ved at konkurransen svekkes og som kommer konsumentene til gode, kan hensyntas.

Nærmere regler for hvordan slike effektivitetsgevinster skal behandles er gitt i Kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale

foretakssammenslutninger punkt 79 flg. Kommisjonens grunnvilkår ved vurdering av effektivitetsgevinster er at konsumentene ikke må komme dårligere ut som følge av foretakssammenslutningen. Forutsetningen for å ta hensyn til effektivitetsgevinstene er at de er fusjonsspesifikke, finner sted i tide, kan påvises og at de som nevnt kommer konsumentene til gode.

8.5.2.2.4 *Utvalgets vurderinger vedrørende valg av velferdsstandard*

Utvalget har vurdert hvilken velferdsstandard som bør legges til grunn ved kontroll av foretakssammenslutninger. Det bemerkes at hensynet til harmonisering gjør seg særlig gjeldende for det materielle inngrepsvilkåret. Dette vil bidra til økt forutberegnelighet for foretakene, særlig for flernasjonale virksomheter. En annen fordel ved harmonisering ved valg av velferdsstandard er at det foreligger retningslinjer og praksis som vil være relevant for praktisering av reglene. Dette øker forutberegneligheten for markedsaktørene i prosesser hvor forutberegnelighet og hurtige avklaringer anses viktig. På den annen side kan det stilles spørsmål ved om den norske totalvelferdsstandard i realiteten leder til noe annet resultat enn det en konsumentvelferdsstandard ville gitt.

Selv om utvalget legger stor vekt på hensynet til harmonisering er det ikke nødvendigvis slik at en overgang fra en totalvelferdsstandard til en konsumentvelferdsstandard er i strid med ønsket om å oppnå et størst mulig samfunnsøkonomisk overskudd. Selv om det legges til grunn at det overordnede målet er størst mulig samfunnsøkonomisk overskudd (totalvelferdsstandard) er det flere forhold som kan tale for at det for å nå dette målet kan være mer gunstig å legge til grunn en konsumentvelferdsstandard ved kontrollen med foretakssammenslutninger. I det følgende vil utvalget peke på noen argumenter som kan tale for at en konsumentvelferdsstandard i denne sammenhengen kan være gunstig.

For det første vil en konsumentvelferdsstandard kunne bidra til å redusere problemer forbundet med informasjonsskjevheter mellom konkurransemyndighetene og de involverte foretakene. Foretakene har inngående kjennskap til egne kostnader og potensialet for kostnadsbesparelser og vil fremstille sine kostnadsbesparelser på en best mulig måte sett fra deres ståsted. Det gjør at myndighetene kan akseptere kostnadsbesparelser som ikke ville blitt akseptert dersom de hadde hatt full informasjon om det faktiske potensialet for kostnadsbesparelser.⁵³ I så fall kan en totalvel-

⁵² Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger punkt 80, EUT C 35 av 5.2.2004, s. 5.

ferdsstandard føre til Type 2 feil; det vil si at man godtar skadelige foretakssammenslutninger. Ved en ren konsumentvelferdsstandard hadde myndighetene ikke hatt anledning til å ta i betraktning kostnadsbesparelser som ikke kommer konsumentene til gode, hvilket kunne redusert antallet Type 2 feil.

For det *andre* kan en overgang fra totalvelferdsstandard til en konsumentvelferdsstandard påvirke hvilke foretakssammenslutninger som blir foreslått av foretakene og hvilke som ikke blir foreslått. Under en totalvelferdsstandard kan det tenkes at foretakene foreslår en foretakssammenslutning som har en betydelig konkurransedempende effekt samtidig som det kan vises til kostnadsbesparelser forbundet med den konkrete foretakssammenslutningen. Ved en overgang til konsumentvelferdsstandard vil en slik foretakssammenslutning ikke bli foreslått, hvilket isolert sett er uheldig ut fra hensynet til det samlede samfunnsøkonomiske overskuddet. Når en konkurransedempende foretakssammenslutning er utelukket, vil foretakene i stedet fokusere på å iverksette foretakssammenslutninger som ikke er konkurransedempende. Da er det ikke lenger sikkert at overgangen til en konsumentvelferdsstandard er uheldig sett fra samfunnets side, da det fører til at det forekommer andre typer foretakssammenslutninger enn hva tilfellet var ved en totalvelferdsstandard.⁵⁴ Det endrer ikke omfanget av Type 1 og Type 2 feil av myndighetene, men kan allikevel påvirke foretakenes handlinger på en måte som er gunstig for samfunnet.

For det *tredje* kan saksbehandlingen bli mindre ressurskrevende ved en konsumentvelferdsstandard og vedtaket som fattes bli mer forutsigbart for partene. På den ene siden kan det å kartlegge vinnere og tapere i seg selv være ressurskrevende, slik som nevnt ovenfor. Men de fleste land har valgt en konsumentvelferdsstandard, og har funnet pragmatiske og praktiske løsninger på en slik kartlegging av vinnere og tapere.⁵⁵ På den annen side kan en totalvelferdsstandard innebære

en nærmest umulig oppgave forbundet med å kartlegge graden av sløsing. Ved en totalvelferdsstandard må det vurderes hva som skjer med den potensielle økningen i profitt, det vil si i hvor stor grad økt potensiell profitt fører til økt sløsing. Det er vanskelig å fastslå hvordan dempet konkurranse påvirker graden av sløsing. Denne vurderingen vil ikke være nødvendig ved en konsumentvelferdsstandard, der det avgjørende er om kostnadsbesparelsene kommer konsumentene til gode. Spørsmålet vil være om foretakssammenslutningen faktisk har en prisøkende effekt, eller om kostnadsbesparelsene er så store at de motvirker en prisøkning.⁵⁶ Det er en helt annen og mer forutsigbar analyse enn å kartlegge hva foretakene eventuelt vinner, og hvorvidt en gevinst kan regnes som en samfunnsøkonomisk gevinst.⁵⁷

For det *førde* kan en rendyrket konsumentvelferdsstandard bidra til å redusere mulighetene til å drive lobbyvirksomhet. Foretak med markedsrett, som typisk er de som er i konkurransemyndighetenes søkelys, har ofte relativt store ressurser tilgjengelig. Et inngrep mot en foretakssammenslutning kan ha store virkninger for foretakene som er involvert. Det vil derfor være i foretakenes interesse å benytte ressurser på å unngå inngrep fra myndighetene. Ved en totalvelferdsstandard vil foretakene ha stort spillerom for å kunne påvirke, fordi de kan argumentere med kostnadsbesparelser i eget foretak. Med en konsumentvelferdsstandard er det fortsatt mulighet for den type lobbyvirksomhet, men mindre spillerom for den type argumentasjon fra foretakets side.⁵⁸

Utvalget finner at de gjennomgåtte momentene støtter opp under forslaget om at konkurran-

⁵³ Dette er nærmere analysert i Besanko og Spulber: Contested mergers and equilibrium antitrust policy, *Journal of Law, Economics and Organization*, 9(1) s. 1-29, (1993) som fokuserer særskilt på kostnadsbesparelser i forbindelse med fusjoner.

⁵⁴ Argumentet er nærmere utdypet i Lyons: «Could politicians be more right than economists? A theory of merger standards», CCR working paper 02-1 (2002). Han drøfter implikasjonene av å anvende en forbrukervelferdsstandard i en situasjon hvor man er opptatt av å maksimere det totale samfunnsøkonomiske overskuddet. Se også Farrell og Katz: «The economics of welfare standards in antitrust», *Competition Policy International*, 2(2), høst 2006, som også drøfter dette argumentet.

⁵⁵ For eksempel er det slik i EU/EØS at hensynet til konsumentene rent praktisk kartlegges ved å se på effektene på det leddet i distribusjonsskjeden som følger etter det leddet hvor det aktuelle tiltaket iverksettes. Hvis for eksempel to detaljister fusjonerer, vil effekten på konsumentene måles ved å se på effektene for disse detaljistenes sluttkunder.

⁵⁶ Werden: «A robust test for consumer welfare enhancing mergers among sellers of differentiated products», *Journal of Industrial Economics*, 44(4) s. 409-13 (1996), har vist hvordan en rent praktisk kan anslå hvor stor reduksjonen i grensekostnad må være i et spesifikt marked for at prisene ikke skal øke etter en fusjon.

⁵⁷ En bør imidlertid være forsiktig med å trekke dette frem som et genuint argument for en forbrukervelferdsstandard, men snarere benytte det som et argument som underbygger og forsterker andre argumenter for eventuelt å velge nettopp en slik velferdsstandard. Lyons: «Could politicians be more right than economists? A theory of merger standards», CCR working paper 02-1 (2002), skriver følgende: «[The argument] is uncomfortably close to the justification for looking for lost keys under a lamppost because that is the only place where there is any light» (s. 4).

seloven § 16 skal bygge på en konsumentvelferdsstandard. Følgelig er utvalget av den oppfatning at det ikke er noen konflikt mellom hensynet til harmonisering mot regelverket i EU/EØS, som er et tungtveiende argument for en konsumentvelferdsstandard, og de samfunnsøkonomiske argumentene angående valg av velferdsstandard.

Utvalget har videre vurdert om det er hensiktsmessig å innta en bestemmelse i lovteksten om at det skal gjelde en konsumentvelferdsstandard ved fusjonskontrollen, eventuelt ved at formuleringen «til skade for forbrukerne» inntas i lovteksten. Utvalget har imidlertid kommet til at det vil være tilstrekkelig at dette fremkommer uttrykkelig av forarbeidene og at det bør utvises forsiktighet med å fravike ytterligere fra ordlyden i EU/EØS-reglene når reglene materielt sett skal forstås på samme måte.

Utvalget finner avslutningsvis grunn til å understreke at valg av velferdsstandard må ses i sammenheng med endringene i konkurransebegrensningskriteriet. En overgang fra total- til konsumentvelferdsstandard, vil isolert sett senke terskelen for inngrep. Når det ut fra dagens praksis er slik at det ikke finnes en minimumsgrense for inngrep hvis konkurransen før ervervet er vesentlig begrenset, betyr det at det er fare for inngrep i situasjoner der det ikke burde vært grepet inn. Som vist over ble det i forarbeidene både for lovendringen i 1988 og konkurranseloven av 2004 uttalt at det bør være en relativt høy terskel for myndighetenes inngrep. En senkning av terskelen for inngrep ved overgang til en konsumentvelferdsstandard uten å endre konkurransebegrensningskriteriet på det nevnte punktet ville være problematisk i lys av ønsket om å ha en relativt høy terskel for inngrep.

8.5.2.3 Konkurranselovens § 16 fjerde ledd

Det følger av konkurranseloven § 16 fjerde ledd at inngrep etter første og annet ledd ikke kan finne sted dersom det foreligger et velfungerende nordisk eller europeisk marked. Bestemmelsen er en videreføring av § 3-12 som kom inn i konkurranseloven av 1993 etter et dokument 8 forslag i 2003.⁵⁹

Utvalget finner at bestemmelsen etter ordlyden inneholder klare selvmotsigelser. Dersom vilkårene for inngrep etter konkurranseloven § 16

første og annet ledd er oppfylt, kan ikke markedet aktørene opptrer i, være velfungerende. Bestemmelsen har ikke hatt praktisk betydning og utvalget finner at de beste grunner taler for at den oppheves.

8.5.3 Inngrepskompetansen

8.5.3.1 Reformbehov

I henhold til § 16 tredje ledd kan inngrep gå ut på «forbud, påbud og tillatelser på vilkår». Konkurransetilsynet kan også påby avhendelse av aksjer eller andeler, og ellers sette slike vilkår som er nødvendige for å motvirke konkurransebegrensninger. Utvalget vurderer denne hjemmelen som fleksibel og tilstrekkelig for tilsynets fusjonskontroll. Den omfatter også tiltak for å reversere transaksjoner som er gjennomført i strid med gjennomføringsforbudet eller transaksjoner som ikke er omfattet av meldeplikten. Utvalget finner det derfor ikke nødvendig å innføre en eksplisitt hjemmel etter modell av fusjonsforordningen artikkel 8 nr. 4.

Utvalget har imidlertid vurdert to særlige aspekter ved inngrepskompetansen. Dette gjelder prosedyrene for avhjelpende tiltak, herunder kompetansen til å gjøre disse bindende for partene, og forvalterordningen. Disse spørsmålene drøftes i de følgende avsnittene.

8.5.3.2 Avhjelpende tiltak

I fusjonssaker vil det ofte være et overordnet hensyn for partene å kunne gjennomføre transaksjonen uten opphold. Samtidig vil partene kunne være i en bedre posisjon enn konkurransemyndighetene til å fremlegge egnede tiltak for å avhjelpe konkurransemessige problemer. For Konkurransetilsynet vil det virke ressursbesparende om saken kan løses gjennom innrømmelser fra partene uten at saken må være gjenstand for en full utredning.

Avhjelpende tiltak kan innebære bruk av enten strukturelle eller atferdsmessige vilkår. Et strukturelt tiltak vil ta sikte på å endre den planlagte strukturen for foretaket, ved eksempelvis å pålegge partene å selge ut nærmere angitte deler av virksomheten. Målsetningen med salget er å skape en ny, eller styrke, en konkurrent for på den måten å erstatte den konkurransen som ellers ville forsvunnet som følge av foretakssammenslutningen.

Når det gjelder de atferdsmessige tiltakene vil partene i transaksjonen kunne integreres, men

⁵⁸ Dette argumentet er nærmere utdypet i Neven og Röller: «Consumer surplus versus welfare standard in a political economy model of merger control», *International Journal of Industrial Organization*, 23, 829-48 (2005).

⁵⁹ Dokument 8: 99 (2002-2003).

det pålegges visse begrensninger på handlefriheten i etterkant. Disse begrensningene kan variere i utforming, men vil kunne omhandle vilkår der konkurrenter eller andre aktører gis tilgang til ytelser fra partene på ellers like vilkår, eller at partene for eksempel forbys å anvende eksklusivitets- og koblingsavtaler.

Fra flere hold har det vært påpekt at det ofte er svært vanskelig å utforme vilkår som på en tilfredsstillende måte sikrer en velfungerende konkurranse. For det første har det vært anført at atferdsvilkår krever en stadig overvåkning og håndheving fra myndighetenes side fremover i tid. Videre påpekes det at atferdsvilkår er tidsbegrenset, og at når virkningstiden er utløpt er det neppe hjemmel for å fornye vilkårene ettersom tidsfristen for inngrep er utløpt.⁶⁰ Denne typen problemer oppstår ikke ved bruk av strukturelle tiltak der disse utgjør vilkår for gjennomføring av transaksjonen.

For det andre har det vært hevdet at det er svakheter forbundet med strukturelle vilkår, særlig dersom vilkårene ikke må oppfylles før transaksjonen gjennomføres. Den aktøren som pålegges å selge ut en del av sin virksomhet har begrensede incentiver til å skape en levedyktig utskilt enhet, da det vil bety at konkurransen opprettholdes. Videre vil de som kan skape konkurranse i markedet ved å kjøpe den utskilte enheten kunne ha begrensede incentiver til å kjøpe, da det typisk er de som allerede er aktive i markedet og dermed heller ikke har interesse av å opprettholde konkurransen.⁶¹

Utfordringene forbundet med både strukturelle og atferdsmessige vilkår innebærer at det er grunn til å utvise varsomhet i bruken av avhjelpende tiltak i fusjonskontrollen, spesielt dersom slike tiltak ikke settes som en forutsetning for gjennomføring av foretakssammenslutningen. En må vurdere kritisk om avhjelpende tiltak har den forventede effekt, sett i lys av de erfaringene som er gjort i tidligere saker og blant annet i EU/EØS. På den annen side er det på det rene at det store flertall av saker der Kommisjonen har innvendinger løses ved at det fastsettes avhjelpende tiltak, og kun et fåtall saker forbys.

⁶⁰ Se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004), s. 84. Kommisjonen har foretatt en grundig studie av bruk av vilkår, og de er særlig kritiske til ulike typer atferdsvilkår. Se DG Competition: Merger remedy study, October 2005.

⁶¹ Dette er nærmere utdypet i blant annet Motta, M., Polo, M., & Vasconcelos, H. (2003). Merger Remedies in the European Union: An Overview. In F. Lévêque & H. Shelanski, Merger Remedies in American and European Union Competition Law (s. 212). Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing Limited.

Etter konkurranseloven 1993 var det obligatorisk for tilsynet å søke en minnelig løsning med de fusjonerende partene. I forarbeidene til 2004-loven heter det om dette at:

«I likhet med utvalget vil også departementet understreke partenes ansvar for å selv fremlegge avhjelpende tiltak så snart de konkurransemessige problemer er identifisert. Partene kjenner markedene bedre enn tilsynet, og er følgelig nærmest til å vite hvilke tiltak som effektivt kan avhjelpe konkurransemessige problemer. Det er også partene selv som er best egnet til å vurdere de forretningsmessige konsekvensene av alternative avhjelpende tiltak. Konkurransetilsynet bør på sin side gå inn i en konstruktiv dialog med partene, med sikte på å finne fram til de tiltak som etter en helhetsvurdering best avhjelper de konkurransemessige problemer, lar seg kontrollere av tilsynet og samtidig er minst mulig byrdefulle for partene.»⁶²

Det er på det rene at fusjonssaker etter dagens lov ofte oppnår en løsning ved at partene fremsetter forslag om avhjelpende tiltak, som benyttes som utgangspunkt for det endelige vedtaket. Slik regelverket praktiseres i dag, vil det normalt først være aktuelt å foreslå avhjelpende tiltak i sakens siste fase, dvs. etter at det er varslet vedtak etter § 20 tredje ledd (70-dagersvarsel). Det er likevel en uttrykt forutsetning i dagens regelverk at det skal være mulig å foreslå avhjelpende tiltak og oppnå en klarering allerede i den første fasen av saksbehandlingen (dvs. i perioden forut for 25-dagersvarselet).⁶³ I EU/EØS-retten er det vanlig at saker avsluttes med vedtak som bekrefter avhjelpende tiltak allerede i fase I.⁶⁴

Utvalget er av den oppfatning at forslag om avhjelpende tiltak vil kunne bidra til å effektivisere fusjonskontrollen.

Etter gjeldende lov fremstår det som noe usikkert hvorvidt kravene til forsvarlig utredning av saken og proporsjonalitetshensynet som følger av alminnelig forvaltningsrett kan være til hinder for en effektiv praktisering av et regime med avhjelpende tiltak. For det første kan det hevdes at Konkurransetilsynet ikke uten en full vurdering av saken kan avgjøre om et forslag til avhjelpende til-

⁶² Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 85.

⁶³ Se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 101.

⁶⁴ I snitt mellom 10 og 20 saker pr. år avsluttes med tilsagn i fase I, jf. statistikk tilgjengelig på <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

tak virkelig kan sies å avhjelpe det konkurransemessige problemet, jf. utredningsplikten i forvaltningsloven § 17. For det andre kan det anføres at avhjelpende tiltak avgitt under knappe tidsfrister kan gå lenger enn det som er nødvendig for å avhjelpe det konkurransemessige problemet – og derfor være uforholdsmessig. Utvalget legger imidlertid til grunn at den usikkerhet som hersker uansett ikke i tilstrekkelig grad legger til rette for klarering på vilkår på et tidlig stadium i prosessen, og at det er behov for å klargjøre hvilken kompetanse Konkurransetilsynet besitter etter loven.

Utvalget vurderer det således slik at disse spørsmålene bør reguleres særskilt. Uklarhetene under dagens ordning er særlig knyttet til tilsynets plikt til å utrede saken. En fordel med at partene kan foreslå avhjelpende tiltak, er at saksbehandlingen vil kunne forenkles og et endelig vedtak fattes før utløpet av de absolutte fristene. En slik forenklet behandling kan imidlertid hevdes å være problematisk hvis det innebærer at det ikke foretas en full analyse av sammenslutningens konkurransemessige implikasjoner, typisk der saken avsluttes allerede i fase I. Slik systemet etter gjeldende rett er lagt opp, heter det at tilsynet «skal» gripe inn mot foretakssammenslutninger som oppfyller inngrepsvilkårene, jf. § 16 første ledd. Denne formuleringen reiser spørsmålet om det etter gjeldende rett er mulig å legge vekk saken på bakgrunn av avhjelpende tiltak uten at det er tatt endelig stilling til inngrepsvilkårene. Videre kan det være problematisk om partene gir innrømmelser som går lenger enn det tilsynet ensidig kunne ha pålagt i et endelig vedtak, først og fremst av hensyn til proporsjonalitetsprinsippet. Samtidig er det et spørsmål om å oppnå tilstrekkelig sikkerhet for at de konkurransemessige problemstillingene faktisk ivaretas gjennom tiltakene.

I EU/EØS-retten skal alle fusjonssaker avsluttes med et vedtak, enten transaksjonen forbyes, godkjennes eller godkjennes på vilkår. Ved utløpet av fase I må Kommisjonen enten fatte vedtak om godkjenning (eventuelt på vilkår) eller om å innlede fase II undersøkelser. Etter norsk rett vil saker om godkjenning avsluttes ved at Konkurransetilsynet enten unnlater å sende 25-dagersvarsel eller unnlater å gripe inn i fase II.

Siden tilsynet ikke er forpliktet til å avslutte saksbehandlingen med et endelig vedtak enten transaksjonen godkjennes med eller uten vilkår, vil tilsynet i prinsippet kunne henlegge saken mot at partene forplikter seg til å gjennomføre visse tiltak. En slik uformell avslutning av saken kan imidlertid ikke anses som tilfredsstillende, verken av

hensyn til partenes rettssikkerhet eller hensynet til effektiv håndhevelse av vilkårene. Hensynene på dette punktet er sammenfallende med det tilsvarende spørsmålet om bindende tilsagn i atferdssaker, jf. punkt 5.4.3. Utvalget viser til drøftelsen der. Utgangspunktet må være at melder(ne) selv foreslår vilkår, må disse kunne gjøres bindende for partene uten at tilsynet må begrunne at tilsvarende vilkår kunne vært pålagt ensidig.

Det er derfor et behov for å innføre en hjemmel til å gjøre avhjelpende tiltak bindende for partene uten at saken er gjenstand for en fullstendig utredning. Slik loven i dag er utformet, vil det være tale om en tillatelse på vilkår, jf. § 16 tredje ledd og særlig bokstav c.

Avhjelpende tiltak kan bare godtas der det er tilstrekkelig sikkerhet for – selv etter en begrenset utredning av saken – at de effektivt vil avbøte de konkurransemessige problemene. Konkurransetilsynet bør derfor innrømmes nødvendig skjønn for å vurdere disse. Det foreslås derfor innført i loven at tilsynet på ethvert tidspunkt i saksbehandlingen skal kunne akseptere avhjelpende tiltak foreslått av melder(ne) hvis tilsynet «finder» at disse vil avhjelpe de konkurransebegrensende virkningene transaksjonen fører til. Hvis tilsynet finner at dette vilkåret er oppfylt, skal tilsynet treffe vedtak der det avhjelpende tiltaket gjøres bindende. Forvalter vil kun bli oppnevnt etter forslag fra melder(ne), jf. punkt 8.5.3.3 om endringer i forvalterordningen.

Utvalget legger til grunn at en slik ordning ikke er problematisk i forhold til forvaltningens generelle utredningsplikt.⁶⁵ Det er på det rene at utredningspliktens innhold vil kunne variere fra område til område. I fusjonssaker er det av avgjørende betydning at saker kan løses raskt.

Normalt vil det være en uformell dialog mellom Konkurransetilsynet og melder(ne) før fremsettelse av forslag til avhjelpende tiltak. I tilfeller hvor melder(ne) foreslår avhjelpende tiltak, men hvor Konkurransetilsynet ikke finner disse fullt ut tilstrekkelige, bør det åpnes for videre dialog slik at melder(ne) kan revidere forslaget.

I fase I vil tidsrammene sette visse begrensninger på muligheten for slik dialog, og det må av hensyn til en forsvarlig vurdering av saken kreves at foreslåtte tiltak klart og utvetydig avhjelper konkurransemessige problemer. Utvalget viser i denne sammenheng til EU/EØS-reglene, der

⁶⁵ Se nærmere om spørsmålet etter dagens lov Marte Fisknes: Avhjelpende tiltak i fusjonssaker – muligheter for rask avklaring, masteroppgave UiO, juridisk fakultet, 2011, tilgjengelig i duo.uio.no.

Kommisjonen i sin kunngjøring om avhjelpende tiltak uttaler at:

«Where the assessment shows that the commitments offered are not sufficient to remove the competition concerns raised by the concentration, the parties will be informed accordingly. Given that phase I remedies are designed to provide a clear-cut answer to a readily identifiable competition concern, only limited modifications can be accepted to the proposed commitments. Such modifications, presented as an immediate response to the result of the consultations, may include clarifications, refinements and/or other improvements designed to ensure that the commitments are workable and effective. However, such modifications may only be accepted in circumstances where it is ensured that the Commission can carry out a proper assessment of those commitments.»⁶⁶

Det følger av Kommisjonens retningslinjer at partene vil bli orientert hvis de foreslåtte tiltakene ikke avbøter konkurranseproblemene. I den grad de avhjelpende tiltakene ikke er tilstrekkelige vil det bare i liten grad være åpnet for endringer. Dette fordi avhjelpende tiltak i fase I er ment å avbøte allerede identifiserte konkurranseproblemer. Forutsetningen for at endringer skal godtas er at Kommisjonen kan foreta en forsvarlig vurdering av tiltakene.

Disse kravene er utvalget enig i. Det fremstår imidlertid ikke som hensiktsmessig å regulere disse spørsmålene nærmere i loven.

Utvalget foreslår etter dette at dersom tilsynet finner å kunne akseptere avhjelpende tiltak, skal tilsynet fatte vedtak som gjør det/de avhjelpende tiltak(ene) bindende for det eller de meldepliktige foretakene. Dette innebærer at transaksjonen godkjennes på vilkår. Utvalget vil foreslå følgende formulering i loven:

«Dersom Konkurransetilsynet finner at avhjelpende tiltak foreslått av melder(ne) vil avbøte de konkurransebegrensende virkningene som foretakssammenslutningen kan føre til, skal den godkjennes på disse vilkår. Konkurransetilsynet kan knytte forpliktelser til vedtaket for å sikre at vilkårene oppfylles.»

⁶⁶ Kunngjøring om løsningsforslag som kan aksepteres i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 og Kommissjonens forordning (EF) nr. 802/2004 punkt 83, EUT C 267 av 27.10.2008, s. 1.

At man på denne måten foreslår å styrke adgangen til avhjelpende tiltak fører til at det norske regimet nærmer seg EU/EØS-reglene samt regimene i Sverige og Danmark, der det er partenes hovedansvar å fremlegge forslag til avhjelpende tiltak. Det er også mye som taler for at praksis under det norske regelverket har utviklet seg i en slik retning, ved at det forventes at partene fremlegger forslag til avhjelpende tiltak etter at forslag til endelig vedtak er oversendt (70-dagersvarselet). Denne praksisen vil imidlertid ikke bidra til å effektivisere selve prosessen.

Samtidig anser utvalget at det er nødvendig å legge det hele og fulle ansvaret for å foreslå og utforme avhjelpende tiltak på melder(ne). Etter gjeldende rett kan Konkurransetilsynet i prinsippet klarere en foretakssammenslutning på vilkår det selv dikterer. Gjeldende rett er utformet i tråd med tradisjonen i norsk forvaltningsrett, der det kan settes vilkår for begunstigende vedtak. Slik utvalget ser det, bør adgangen til å klarere foretakssammenslutninger på vilkår rendyrkes slik at den fremstår som mest mulig effektiv.

Utvalget vil således avgrense Konkurransetilsynets kompetanse slik at tilsynet bare kan forby foretakssammenslutninger, eller klarere på vilkår såfremt melder(ne) har foreslått avhjelpende tiltak som vil avbøte de konkurransebegrensende virkningene av foretakssammenslutningen. Gjeldende rett fremstår som uklar på dette punkt, og forarbeidene til dagens lov inneholder motstridende uttalelser om hvem som har hovedansvaret for å foreslå avhjelpende tiltak. Utvalget legger til grunn at loven praktiseres slik utvalget vil foreslå, dvs. at Konkurransetilsynet varsler fullt inngrep selv om saken ligger slik an at avhjelpende tiltak vil kunne løse det konkurransemessige problemet.⁶⁷ Denne omleggingen vil også ha konsekvenser for forvalterordningen, jf. nærmere nedenfor.

Utvalget antar at selv om de kompetansesmessige spørsmålene er avklart, vil det være av stor betydning at saksbehandlingsprosessen ved kontroll med foretakssammenslutninger på best mulig måte legger til rette for at saker kan løses gjennom avhjelpende tiltak. For å legge til rette for at avhjelpende tiltak presenteres tidlig vil utvalget foreslå flere endringer av prosessuell art. Disse endringsforslagene gjennomgås i punkt 8.5.5 nedenfor, og kan kort sammenfattes slik:

1. Partene gjøres kjent med tilsynets vurderinger som grunnlag for å gå videre med prosedyren i

⁶⁷ V2011-5 Norli Gruppen AS og NorgesGruppen Bok og Papir AS.

- fase II (dvs. at dagens ikke-begrunnelsespliktige 25-dagersvarsel erstattes med et begrunnet varsel).
2. Det fastsettes en 20-dagersfrist for å fremlegge forslag til avhjelpende tiltak i fase I, som i tilfelle kan føre til en 10 dagers utsettelse av fase I (dvs. begrunnet 25-dagersvarsel). Tilsynet skal, hvis tiltakene godtas, gjøre disse bindende for foretaket ved vedtak.
 3. Forslag fremsatt senere enn 55 dager etter fullstendig melding vil medføre en parallell forskyving av 70-dagersfristen.
 4. Det legges bedre til rette for løpende dialog mellom Konkurransetilsynet og melder(ne).

Utvalget har vurdert en slik kompetanse opp mot forvaltningslovens krav til forhåndsvarsel. Etter dagens lov er det 70-dagersvarselet (begrunnet varsel om inngrep) som tjener denne funksjonen, og tilsynets praksis er å utforme varselet som et fullstendig begrunnet utkast til vedtak. Utvalget bemerker at i den utstrekning 70-dagersvarselet er ment å tjene som «varsel» i forvaltningslovens forstand, kan kravene til forhåndsvarsel etter gjeldende rett sies å ha vært satt noe høyt. Det er sikker rett at kravene til varsling vil variere fra område til område, og det essensielle er at parten skal kunne ivareta behovet for kontradiksjon. I fusjonsaker vil partene som utgangspunkt være klar over at inngrep og eventuelt totalt forbud vil kunne være aktuelt. Der tilsynet fatter vedtak om forbud, vil partene være varslet om dette dels gjennom 25-dagersvarselet, og dels gjennom det mer omfattende 70-dagersvarselet. Der melder(ne) selv foreslår avhjelpende tiltak for å få godkjent transaksjonen, må kravene til varsel være beskjedne. Aksepteres avhjelpende tiltak i fase II, vil det 25-dagersvarselet utvalget foreslår måtte anses som tilstrekkelig forhåndsvarsel. Der melder(ne) foreslår avhjelpende tiltak i fase I, dvs. at initiativet til en rask avslutning av saken kommer fra partene, kan det ikke oppstilles noe ytterligere krav til varsel. Den kontakt som er mellom tilsynet og partene må anses tilstrekkelig til å oppfylle lovens krav.

Saksbehandlingsprosessen der det ikke fremsettes forslag til avhjelpende tiltak er nærmere behandlet i punkt 8.5.5.

8.5.3.3 Forvalterordningen

Ved 2004-loven ble det innført en ordning med forvalter, jf. konkurranseloven § 16 femte ledd. Hittil er forvalter oppnevnt i syv saker.⁶⁸ I fem av disse sakene var det partene som fremmet forslag om

avhjelpende tiltak og som foreslo at det skulle oppnevnes forvalter.

Det følger av lovens ordlyd at forvalter kan oppnevnes for å «bistå ved gjennomføringen av vedtak om inngrep». Forvalteren utøver dermed en delegert myndighet. Ved utformingen av 2004-loven ble det redegjort for at det i EU/EØS, Sverige og Danmark er partenes ansvar å legge frem forslag til tiltak for å avhjelpe konkurransemessige problemer.⁶⁹ Dette gjelder også forslag om oppnevning av forvalter, der forvalter foreslås av partene (men vil måtte godkjennes av myndighetene). Regelen i disse jurisdiksjonene er dermed at konkurransemyndighetene ikke ensidig kan pålegge en forvalterordning.

Departementet vurderte dette annerledes, og gikk inn for en ordning der det var opp til tilsynet å beslutte oppnevning av forvalter. Om behovet for en slik ordning uttales:

«Departementet er enig med utvalget i at selv om tilsynet normalt selv er nærmest til å overvåke egne atferdsvilkår, så kan det i enkelte tilfelle være hensiktsmessig med en ekstern person med spesialkompetanse. Departementet er også enig i at det å anvende en forvalter i seg selv vil nødvendiggjøre klarere vilkår. Departementet mener derfor at det bør være adgang til å oppnevne en forvalter til å overvåke både strukturelle vilkår og atferdsvilkår.»⁷⁰

Utvalget er av den oppfatning at forvalterordningen slik den har vært praktisert både har hatt positive og negative sider. Etter utvalgets oppfatning bør det ikke være adgang for tilsynet til ensidig å pålegge partene en forvalterordning. Det har fremgått at utvalget vil foreslå at tilsynet enten kan nedlegge fullt forbud, eller akseptere og stadfeste avhjelpende tiltak foreslått av melder(ne). Dette innebærer at også behovet for forvalter bare vil være tilstede i saker der melder(ne) har foreslått avhjelpende tiltak, og det fremstår som rimelig at det også er opp til melder(ne) å foreslå en

⁶⁸ V2006-262 Prior Norge BA – Norgården AS, V2006-490 Falck Danmark AS – Viking Redningstjeneste AS, V2007-10 Findus Norge AS – Gro Industrier AS, V2007-13 Media Norge ASA – Aftenposten AS/Bergens Tidende AS/Fædrelandsvennen AS/Fædrelandsvennens Trykkeri AS/Stavanger Aftenblad ASA, V2007-17 Bankenes Betalingssentral AS – Teller AS, V2007-27 Nortura BA – Hå Rugeri AS, V2008-12 Eurofins Danmark A/S – Lantmännen Analycen Nordic AB/Analycen Ecotox AS.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 103.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 105. Se også merknadene til forskrift 15. september 2008 nr. 1021 om forvalter (forvalterforskriften).

forvalter. Tilsynet vil eventuelt kunne påpeke at det avhjelpende tiltaket ikke kan godtas hvis det ikke inneholder en slik ordning, og det vil også følge av tilsynets myndighet til å avvise det avhjelpende tiltaket som utilstrekkelig at tilsynet kan nekte å godkjenne en foreslått forvalter. Alt i alt betyr dette at dagens rettstilstand ikke endres vesentlig, men at ordningen vil oppfattes som mer rimelig og tilpasset partene. Utvalget vil likevel presisere at der det er tale om å pålegge reverse- ring av en transaksjon gjennomført i strid med gjennomføringsforbudet, vil tilsynet kunne påleg- ge alle tiltak som er nødvendige for å reversere situasjonen, herunder oppnevne en forvalter til å forstå avhendelsen av aksjer, andeler eller eien- deler («divestiture trustee»).

Utvalget finner ikke grunn til å foreslå endrin- ger i reglene om forvalters mandat etc. slik dette er fastlagt i forvalterforskriften. Når forvalterord- ningen nå gjøres avhengig av partenes forslag, kan dette imidlertid nødvendiggjøre noen juste- ringer i forskriften. Utvalget går ikke nærmere inn på forskriftens utforming.

8.5.4 Melding av foretakssammenslutninger

8.5.4.1 Innledning

I neste avsnitt vurderes terskelverdiene som grunnlag for meldeplikt for foretakssammenslut- ninger. Prinsippene for beregning av omsetning drøftes i 8.5.4.3. Systemet med alminnelig og full- stendig melding drøftes i 8.5.4.4 flg. Utvalget vil understreke at det er en nær sammenheng mel- lom terskelverdiens størrelse og prinsippene for beregning av omsetning. Utvalgets forslag til ter-

skelverdier må ses sammen med forslagene til jus- tering av omsetningsberegningen. Forslaget må videre ses i sammenheng med utvalgets forslag til prosessuelle justeringer. Utvalgets forslag vil på en del punkter virke mer ressurskrevende både for konkurransemyndighetene og partene, og hvil- ler på en forutsetning om at antallet meldinger vil reduseres.

8.5.4.2 Terskelverdier

Tersklene for meldeplikt etter gjeldende rett er regulert i meldepliktforskriften⁷¹, som gjør unn- tak fra den alminnelige meldeplikten der foreta- kene totalt ikke har over 50 mill. NOK i innen- lands omsetning, eller ikke minst to har over 20 mill. NOK i innenlands omsetning. En tabell over antall meldinger i perioden 2004–2010 er inntatt ovenfor i 8.2.3. Tallene for perioden etter at ter- skelverdiene ble hevet til nåværende nivå, se tabell 8.2.

Tabellen viser at det pålegges fullstendig mel- ding i 3,7 prosent av sakene. Dette innebærer at drøyt 96 prosent av meldepliktige foretakssam- menslutninger klareres innenfor de første 15 vir- kedagene etter at melding er innkommet. Videre er det bare 1,2 prosent av sakene som går videre til behandling i fase II, dvs. at Konkurransetilsynet etter 25 virkedager bestemmer seg for å fortsette saksbehandlingen. Bare 0,7 prosent av innkomne meldinger ender i inngrepsvedtak.

I den nærmere vurderingen av hensiktsmes- sige terskler for meldeplikt har utvalget analysert

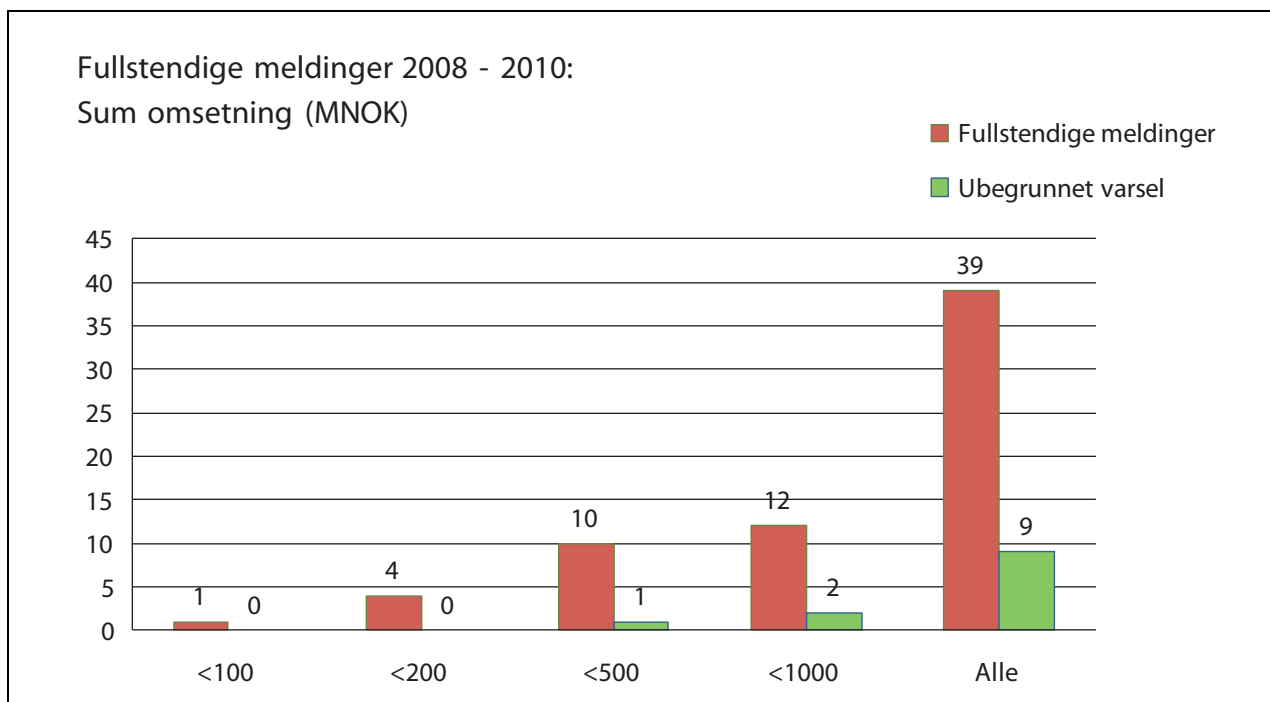
⁷¹ Forskrift om melding av foretakssammenslutninger mv. 28. april 2004 nr. 673.

Tabell 8.2 Total oversikt meldinger 2007-2010.

	2007	2008	2009	2010	Totalt	Andel totalt
Antall alminnelige meldinger	535	417	273	392	1617	
Antall frivillige fullstendige meldinger	3	4	1	3	11	
Antall mottatte meldinger totalt	538	421	274	395	1628	
Antall pålagte fullstendige meldinger	17	15	8	9	49	
Antall fullstendige meldinger totalt	20	19	9	12	60	3,7 %
Antall ubegrunnet varsel	9	5	0	5	19	1,2 %
Antall begrunnet varsel/vedtak	6	3	0	2	11	0,7 %

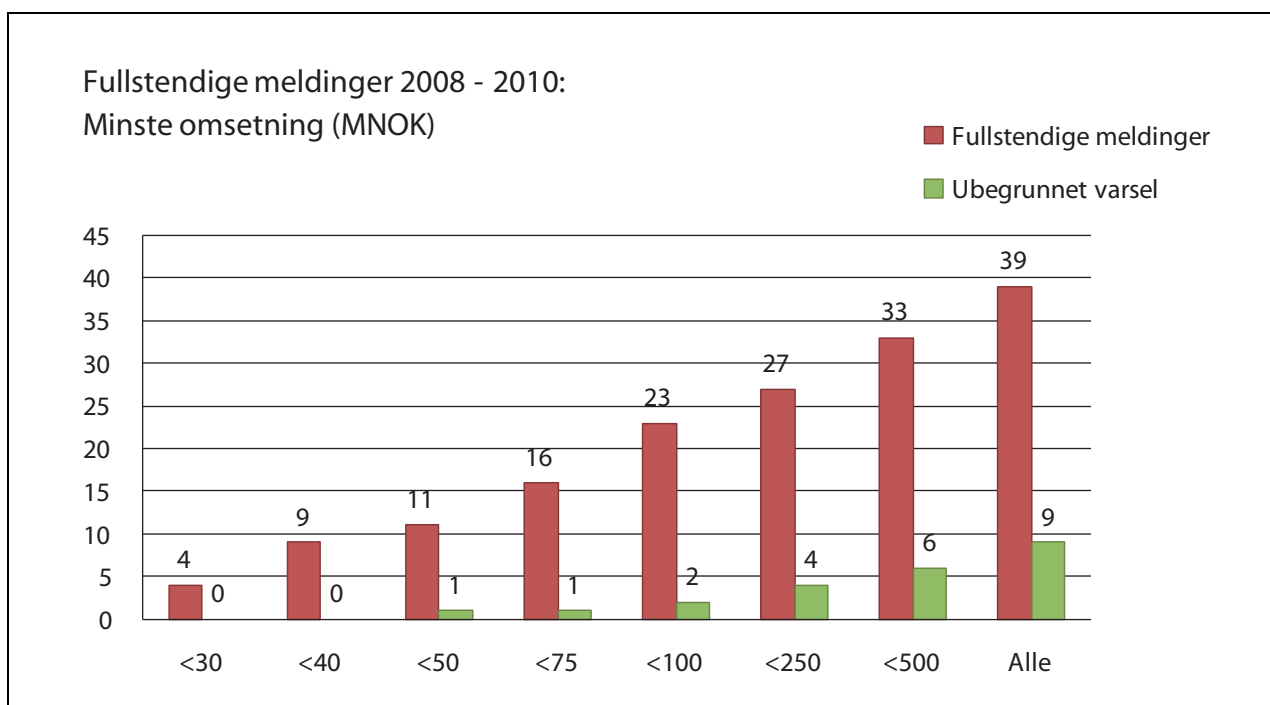
Sakene er periodisert til det året alminnelig melding/frivillig fullstendig melding ble mottatt av Konkurransetilsynet. Alminnelige meldinger som viste seg likevel ikke å være meldepliktige er ikke inkludert. En av de frivillige fullstendige meldinger var ikke meldepliktig. Den er inkludert i tabellen, men ikke i grafene nedenfor.

Kilde: Konkurransetilsynet.



Figur 8.7 Fullstendig melding/ubegrunnet varsel ved alternative terskelverdier, total omsetning.

Kilde: Konkurransetilsynet.



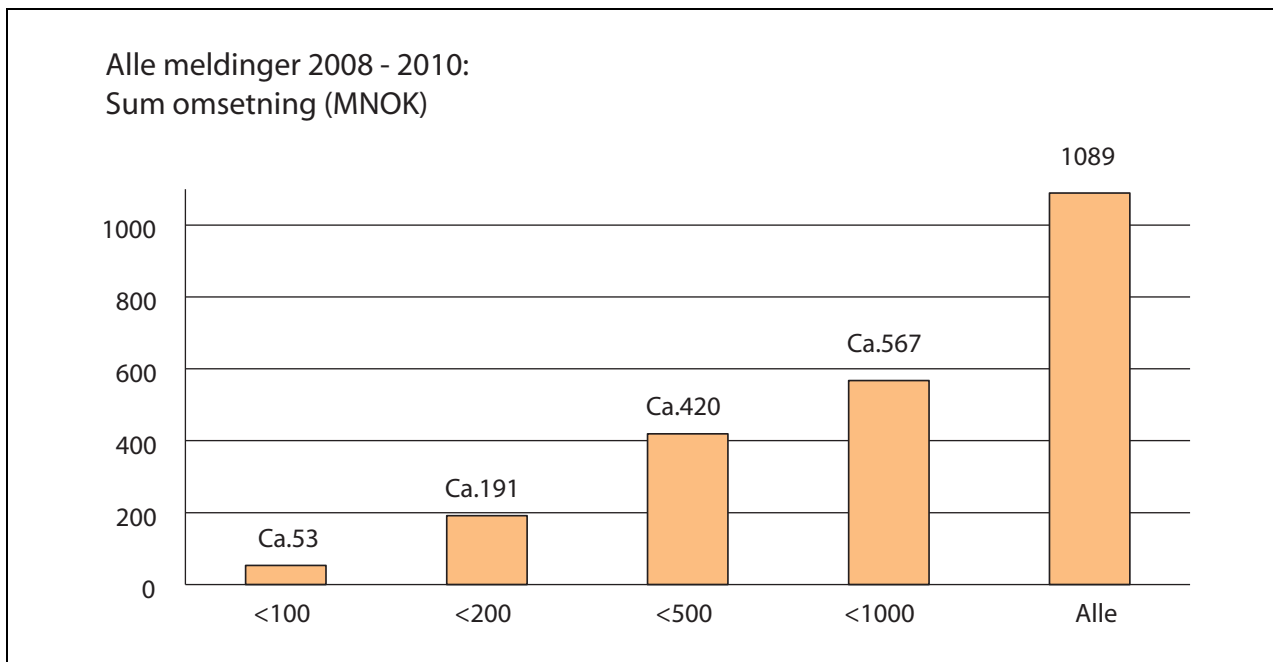
Figur 8.8 Fullstendig melding/ubegrunnet varsel ved alternative terskelverdier, minste omsetning.

Kilde: Konkurransetilsynet.

meldinger for perioden 2008–2010 nærmere.⁷² Utvalget har simulert utfallet av en rekke alternative terskelverdier for å vurdere hvor mange

⁷² Omsetningstall for alminnelige meldinger var ikke tilgjengelige for 2007, og er derfor utelatt i de første grafene.

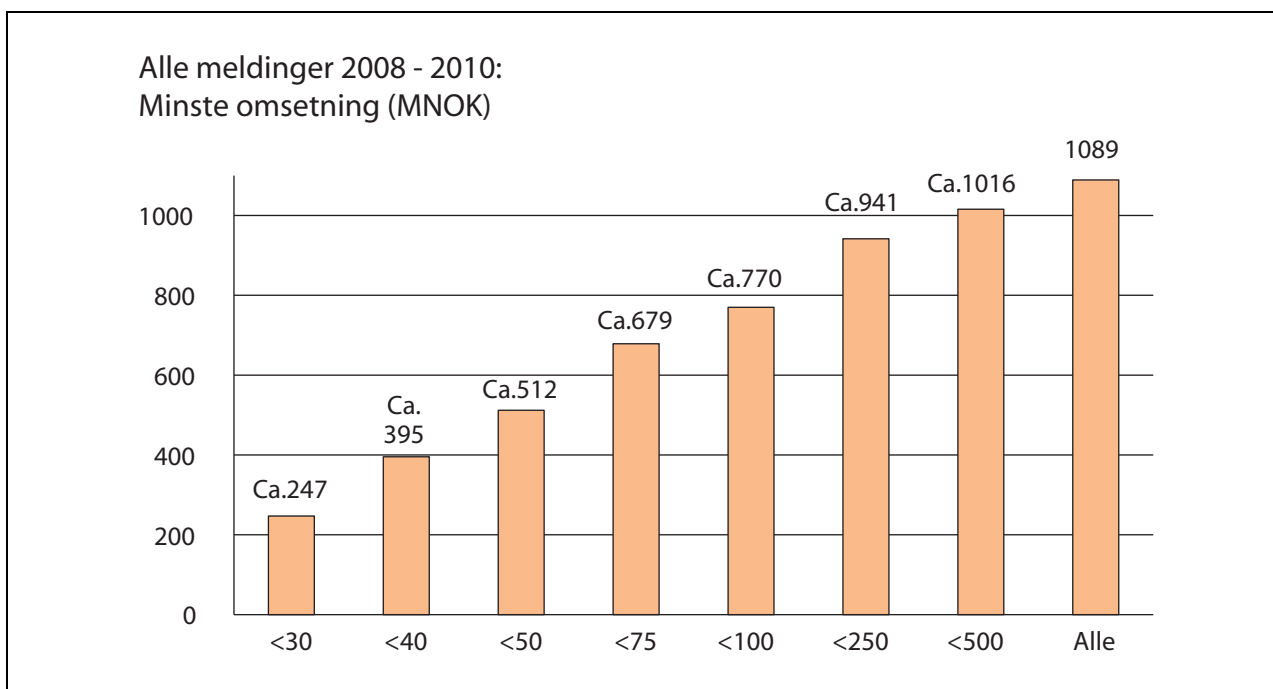
transaksjoner som ville falt utenfor meldeplikten gitt høyere verdier. Det er én tabell for de involverte foretakenes totale omsetning (nåværende terskelverdi 50 mill. NOK), og én tabell for minste omsetning (nåværende terskelverdi 20 mill. NOK).



Figur 8.9 Meldeplikt ved alternative terskelverdier, total omsetning.

Alle meldinger inkluderer frivillige fullstendige meldinger og alminnelige meldinger. Omsetningstall for alminnelige meldinger er basert på tall registrert i Konkurransetilsynets virksomhetsrapportering. Tallene er oppgitt i ca. tall ettersom det foreligger en viss feilmargin.

Kilde: Konkurransetilsynet.



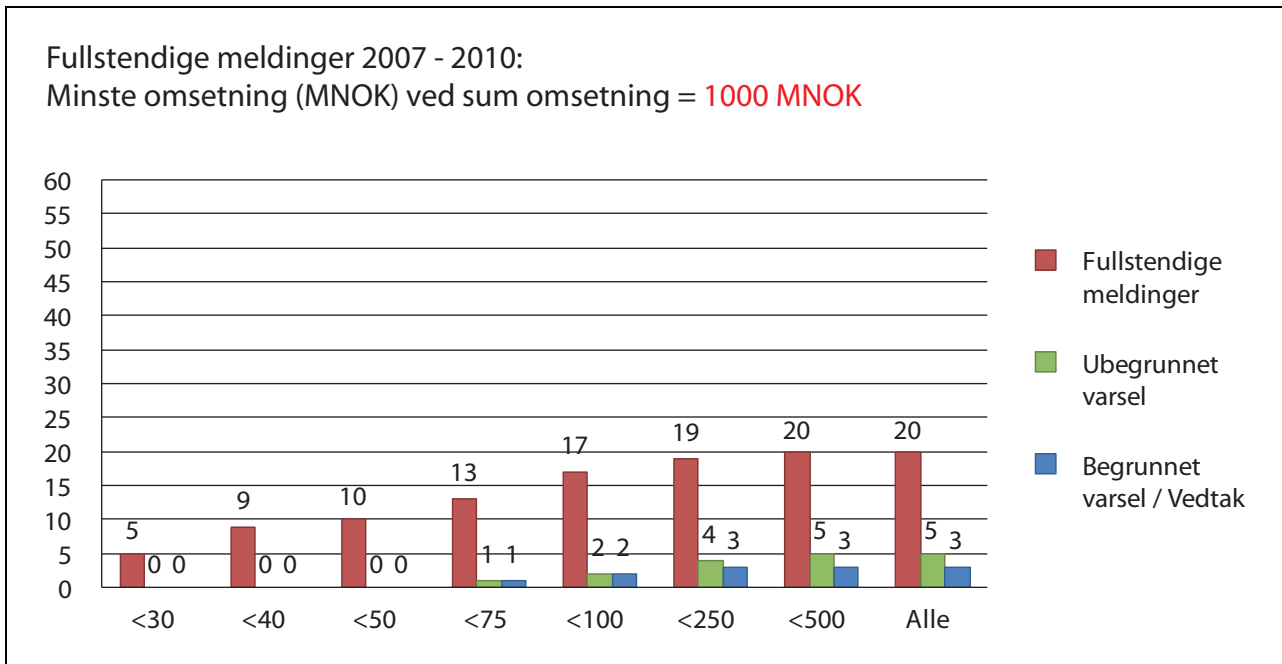
Figur 8.10 Meldeplikt ved alternative terskelverdier, minste omsetning.

Alle meldinger inkluderer frivillige fullstendige meldinger og alminnelige meldinger. Omsetningstall for alminnelige meldinger er basert på tall registrert i Konkurransetilsynets virksomhetsrapportering. Tallene er oppgitt i ca. tall ettersom det foreligger en viss feilmargin.

Kilde: Konkurransetilsynet.

Figurene viser at dersom terskelverdien for total omsetning hadde vært 500 mill. NOK, ville 10 fullstendige meldinger bortfalt som ikke mel-

depliktige, og ett ubegrunnet varsel. Tilsvarende ville en heving av terskelverdien for minste omsetning fra 20 til 100 mill. NOK medført at 23 fullsten-



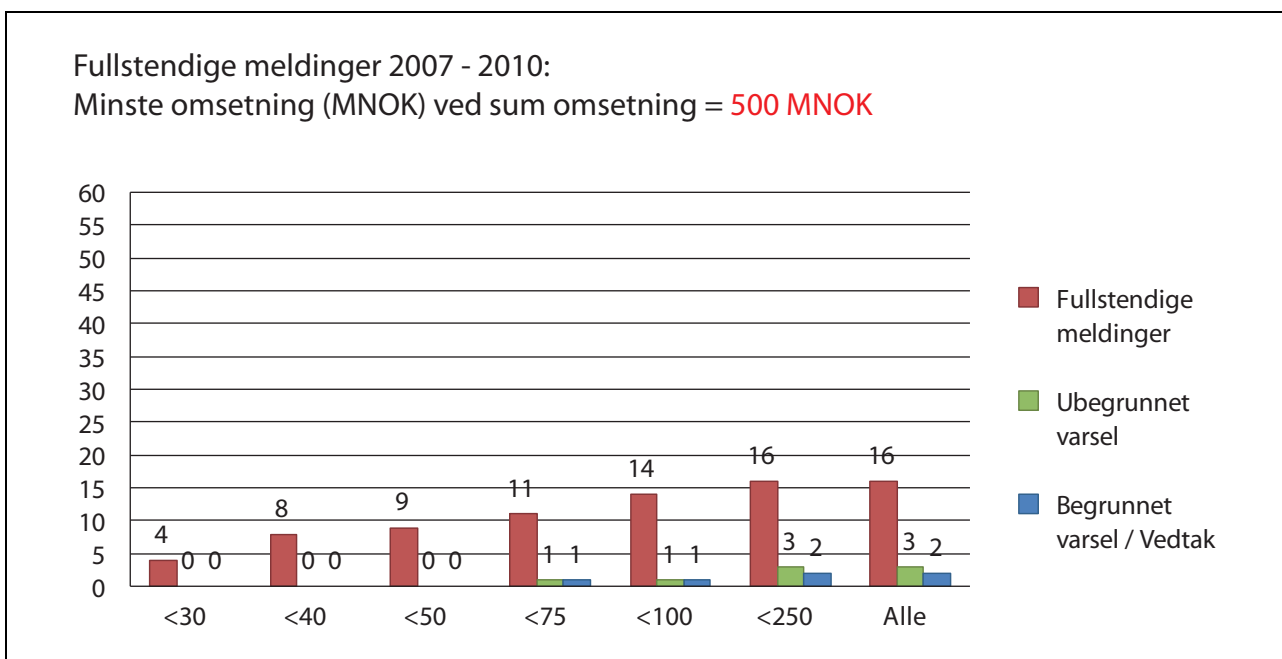
Figur 8.11 Virkninger av ulike verdier for minste omsetning ved terskelverdi for totalomsetning 1 mrd. NOK.

Kilde: Konkurransetilsynet.

dig meldinger ville bortfalt, og to ubegrunnede varsel. Selv om det ikke i utgangspunktet er noen direkte sammenheng mellom omsetning og skadevirkninger, indikerer tallene at terskelverdiene trygt kan heves betydelig uten at dette ville fått dramatiske følger for hvilke saker som faktisk går videre i saksbehandlingen. Ses det på totalt antall

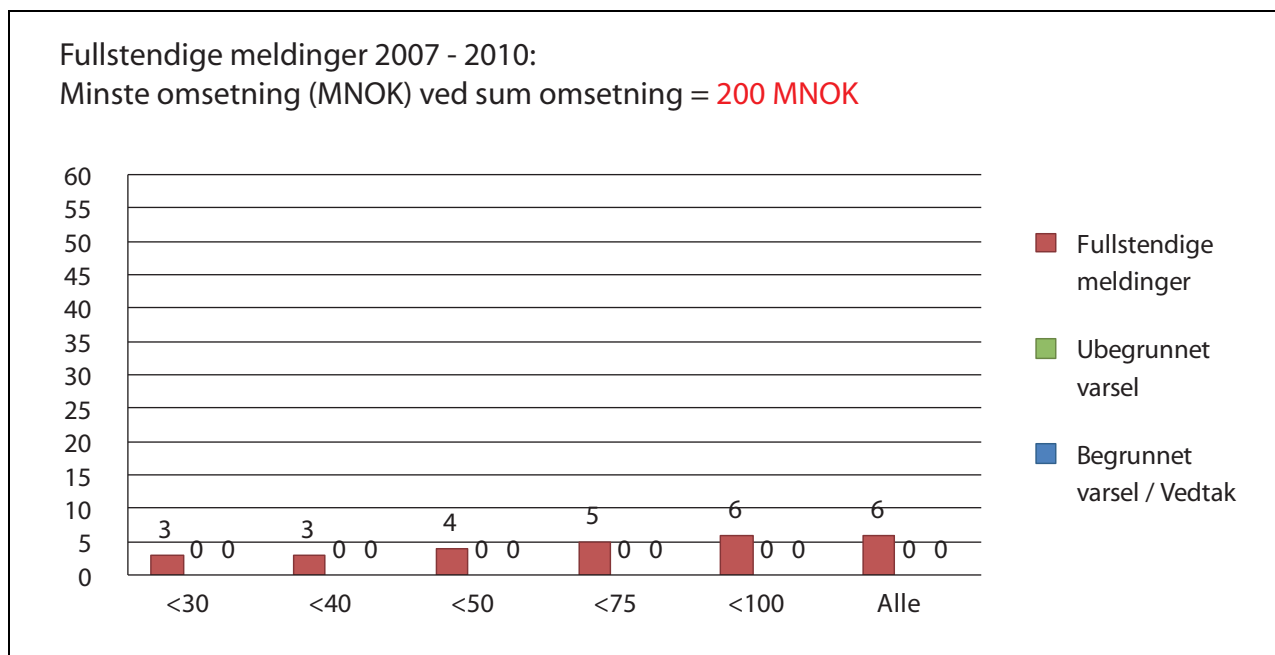
meldinger ser bildet ut som følger (beregnet ut fra total omsetning), se figur 8.9 og 8.10.

For å få et riktig bilde av hvordan heving av terskelverdiene ville ha påvirket sakstilfanget, må virkningene av de to terskelverdiene ses i sammenheng. Tallene kan sammenstilles i følgende tabeller, som viser omsetningstall for fullstendige



Figur 8.12 Virkninger av ulike verdier for minste omsetning ved terskelverdi for totalomsetning 500 mill. NOK.

Kilde: Konkurransetilsynet.



Figur 8.13 Virkninger av ulike verdier for minste omsetning ved terskelverdi for totalomsetning 200 mill. NOK.

Kilde: Konkurransetilsynet.

meldinger i perioden 2007–2010, se figur 8.11, 8.12 og 8.13.

Figurene gir viktig informasjon om utslaget av heving av terskelverdiene. For eksempel fremgår det av figur 8.11 at der den totale terskelverdien heves til 1 mrd. NOK og verdien for minste omsetning til 50 mill. NOK, ville dette ført til bortfall av 10 fullstendige meldinger, mens ingen saker som har gått videre til fase II eller begrunnet varsel ville falt utenfor. Hvis terskelverdien for total omsetning bare hadde blitt hevet til 500 mill. NOK, viser figur 8.12 at en tilsvarende terskelverdi for minste omsetning på 50 mill. NOK ville ført til bortfall av ni fullstendige meldinger, men ikke påvirket antallet fase II saker/begrunnede varsel og vedtak.

Tallene for perioden viser at den totale terskelverdien kunne vært økt til 1 mrd. NOK uten at dette hadde påvirket antallet fase II saker annet enn marginalt, og ville ikke avskåret noen saker hvor det er sendt begrunnet varsel eller fattet vedtak. Terskelverdien for minste omsetning gir slike utslag først ved 75 mill. NOK (ett begrunnet varsel ville bortfalt) og 100 mill. NOK (to begrunnede varsler ville bortfalt). Etter utvalgets oppfatning gir disse tallene en viktig pekepinn om hvor terskelverdiene bør settes, gitt at Konkurransetilsynets nåværende prioritering av saker ut fra mulige skadevirkningers omfang, skal opprettholdes.

Ved innføringen av meldeplikt i 2004 var det et viktig hensyn at foretakssammenslutninger i lokale markeder skulle fanges opp av Konkurransetilsynet.⁷³

Gjennomgangen av praksis og innkomne meldinger viser at tilsynet bare har grepet inn i forholdsvis store saker, og at det ikke er eksempler på inngrep mot rent lokale sammenslutninger.⁷⁴ Dette kan tyde på at begrunnelsen for den omfattende meldeplikten ikke gjør seg gjeldende på den måten som ble lagt til grunn ved utarbeidelsen av gjeldende regler. Det kan imidlertid ikke utelukkes at en vesentlig heving av terskelverdiene kan innebære en risiko for at det i lokale markeder kan gjennomføres foretakssammenslutninger med skadelige virkninger for konkurransen uten at Konkurransetilsynet blir kjent med disse. Fraværet av en meldeplikt for disse transaksjonene vil også kunne lede til at den avskrekkende virkningen av at Konkurransetilsynet kan gripe inn mot foretakssammenslutninger med uheldig virkning på konkurransen i lokale markeder reduseres. Konkurransereglene, herunder fusjonskontrollen, er basert på å forhindre ulovlig atferd og

⁷³ Se nærmere pkt. 8.5.2.1.1 ovenfor.

⁷⁴ I de sakene hvor det er gjort inngrep i lokale markeder, for eksempel vedtak V2008–10 Rema1000/LIDL og vedtak V2011–5 Norli/Libris, har det vært tale om vilkår for lokale markeder knyttet opp mot landsdekkende sammenslutninger.

unngå at konkurranseskadelig erverv blir forelått. En reduksjon av fusjonskontrollregelverkets preventive virkning på lokale markeder som følge av en økning av terskelverdiene, vil fravike den logiske sammenhengen som er en del av regelverket i dag, ved at både forbudsbestemmelsene i § 10 og § 11 og fusjonskontrollen har en preventiv effekt på lokale markeder.

Utvalget har likevel kommet til at hensynet til at nivået for terskelverdiene i Norge ikke bør avvike så mye fra nivået i Sverige og Danmark (jf. nedenfor) tilsier at terskelverdiene heves vesentlig, og at dette hensynet må veie tyngre enn hensynet til at lokale foretakssammenslutninger skal fanges opp av Konkurransetilsynet. Utvalget finner videre grunn til å understreke at Konkurransetilsynets inngrepskompetanse fortsatt består og det forutsettes at tilsynet vil følge aktivt med på foretakssammenslutninger i lokale markeder slik at den avskrekkende effekten av at tilsynet kan gripe inn i uheldige foretakssammenslutninger opprettholdes også her.

Ut fra den statistikk som er gjengitt ovenfor, vil en heving av terskelen knyttet til total omsetning til 1 mrd. NOK føre til at de fleste saker hvor det er pålagt fullstendig melding ville ha blitt fanget opp. Dette forholdet må ses i sammenheng med utvalgets forslag til justering av kriteriene for beregning av omsetning, som i noen grad vil utvide rammene for relevant omsetning, se punkt 8.5.4.3 nedenfor.

Ut fra konkurransepolitiske hensyn bør terskelen for individuell omsetning holdes på et betydelig lavere nivå, for å fange opp tilfeller hvor betydelige foretak overtar kontroll med eller fusjonerer med mindre konkurrenter. Det fremgår at grensen kan heves til 50 mill. NOK uten at dette hadde påvirket antallet begrunnede varsler i den perioden utvalget har sett nærmere på. Som det fremgår av figur 8.10 ovenfor ville en slik terskelverdi ført til ca. en halvering i antallet alminnelige meldinger. Dersom terskelen for individuell omsetning heves til 100 mill. NOK ville to av 17 begrunnede varsler i denne perioden falt bort. Dette ville samtidig medføre en reduksjon på ca. 70 prosent av alminnelige meldinger.

Terskelverdiene i Sverige og Danmark fremstår som temmelig identiske. I Danmark kreves det total omsetning på minst 900 mill. DKK og at minst to foretak har en omsetning på minst 100 mill.⁷⁵ Tilsvarende tall for Sverige er 1 mrd. SEK og 200 mill. SEK.⁷⁶ (Tidligere opererte Danmark med total omsetning på 3,8 mrd. DKK.) Utvalget legger vekt på at terskelverdiene i Norge ikke bør avvike særlig fra det som gjelder i våre naboland.

Det er imidlertid ikke gjennomført noen harmonisering av verdiene, og utvalget ser det ikke som naturlig å knytte de norske tersklene direkte opp mot svensk og dansk rett. Det gir imidlertid et viktig signal om konkurransepolitiske prioriteringer at terskelverdiene og prinsippene for beregning er så vidt identiske.

Utvalget har fått utarbeidet en rapport, hvor det ved bruk av Statistisk sentralbyrås nærings- og strukturstatistikk for 2008 er forsøkt å identifisere hvilke markeder som i sin helhet kan falle utenfor meldeplikten som følge av en økning av terskelverdiene. Rapporten indikerer at ca. 20 sektorer har en samlet omsetning på under 1 mrd. NOK og ca. 16 sektorer en samlet omsetning under 500 mill. NOK. Rapporten er imidlertid beheftet med en rekke feilkilder som gjør at resultatene ikke kan legges til grunn som en angivelse av hvilke markeder som vil falle utenfor meldeplikten. Den viktigste feilkilden er at det ikke er samsvar mellom bransjeinndelingen hos Statistisk sentralbyrå og hva som konkurranserettslig kan anses som relevante markeder. Dataene fra denne rapporten har derfor gitt utvalget begrenset veiledning.

Utvalget har vurdert om det er grunn til å innføre et sekundært sett 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 mrd. NOK. Et slikt sekundært sett kunne for eksempel vært innført der minst to av de involverte foretak har en omsetning på 250 mill. NOK. Utvalget finner imidlertid ikke å ville foreslå et slikt sekundært sett, av hensyn til at regelverket ikke bør være for komplisert. Samtidig er det ingen 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 jevnstore aktører fusjonerer og dermed øker asymmetrien i markedet.

Derimot kan det være hensiktsmessig at det for bestemte markeder eller områder pålegges mer omfattende meldeplikt, for eksempel der

⁷⁵ Spørsmålet om terskelverdier etter dansk rett er grundig utredet i Rapport fra utvalget om ændring af fusionskontrollreglerne, desember 2008, tilgjengelig på <http://www.konkurrencestyrelsen.dk/service-menu/publikationer/publikationsarkiv/publikationer-2008/rapport-fra-udvalget-om-aendring-af-fusionsreglerne/>.

⁷⁶ Terskelverdier etter svensk rett er grundig utredet i rapporten Tröskelvärden för koncentrationsprövningar – Bättre omsättningsgränser för anmälan av företagskoncentrationer, Konkurrensverkets rapportserie: 2006:3, tilgjengelig på http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/rap_2006-3.pdf.

strukturelle forhold i markedet gjør det ekstra utsatt for ytterligere konsentrasjon. En slik ordning løses best gjennom en forskriftshjemmel, der departementet gis fullmakt til å innføre meldeplikt i særskilte markeder. En slik meldeplikt vil eventuelt kunne gjennomføres gjennom en forenklet melding, jf. nedenfor i punkt 8.5.4.6.

Utvalget har etter en samlet vurdering kommet til at terskelverdien for total omsetning bør heves til 1 mrd. NOK og at terskelverdien for individuell omsetning bør heves til 100 mill. NOK. Utvalget har videre kommet til at terskelverdiene bør inntas i lovteksten idet det store flertallet av transaksjoner ikke vil være omfattet av meldeplikten dersom terskelverdiene heves i den størrelsesorden utvalget har foreslått.

8.5.4.3 Involverte foretak og beregning av relevant omsetning

Den nærmere vurderingen av hvordan omsetning kalkuleres og hvilke foretaks omsetning som skal legges til grunn for meldeplikten, ble i liten utstrekning drøftet forut for konkurranseloven av 2004. Disse sentrale aspektene ved fusjonskontrollen er i stedet regulert i meldepliktforordningen.⁷⁷ Utvalget vurderer det slik at disse forholdene må ses i sammenheng med bl.a. tersklene for meldeplikt og definisjonen av foretakssammenslutninger. Selv om det også i fremtiden kan være mest hensiktsmessig å regulere disse aspektene i forskrift, ser utvalget det likevel som nødvendig å gi en anbefaling om hvordan regelverket bør utformes, særlig med henblikk på mulig EU/EØS-harmonisering. Samtidig er det en nær sammenheng mellom den økning av terskelverdier som utvalget foreslår og fremgangsmåten for beregning av omsetning.

Hvilken omsetning som skal legges til grunn for beregningen av terskelverdiene byr på særlige problemer. Utvalget viser i denne sammenheng til at en full harmonisering med EU/EØS-regelverk fremstår som et nærliggende alternativ. Under EU/EØS-reglene fremstår rettstilstanden som rimelig godt avklart for de fleste spørsmål, dels gjennom praksis, dels gjennom omfattende retningslinjer. Siktemålet med EU/EØS-reglene er å best mulig fange opp de reelle økonomiske verdier som er gjenstand for transaksjonen. I tillegg benyttes det i EU/EØS en funksjonell tilnærming der det er de økonomiske realitetene som er avgjørende, ikke nødvendigvis form eller organi-

sering. Detaljene i EU/EØS-regelverket fremstår imidlertid som kompliserte, og det er ikke opplagt at det er nødvendig å gå så langt for å ivareta behovet til norske konkurransemyndigheter. Selv om tersklene for meldeplikt heves, vil det å forholde seg til EU/EØS-beregningsprinsipper være ressurskrevende. Selv om rådgivere kan bistå i å forklare regelverket, vil det likevel være de involverte foretakene som må fremskaffe og beregne de nødvendige tallene.

Det må tas i betraktning at EU/EØS-terskelverdier ikke bare er avgjørende for meldeplikten, men også for Kommisjonens kompetanse, og at detaljerte og treffsikre regler for beregning av omsetning derfor er viktigere i EU/EØS enn i et system der terskelverdiene ikke avgjør inngrepskompetansen, men plikten til å melde transaksjonen til myndighetene. Etter norsk rett består inngrepskompetansen uavhengig av meldeplikten, noe utvalget ikke ser grunn til å foreslå endret.

Tilnærmingen i EU/EØS tar utgangspunkt i de «berørte foretak». Deretter vurderes tilknytningen mellom disse og andre foretak. Dette gjelder både oppover mot eiersiden (morselskaper) og nedover (datterselskaper). Kravene til tilknytning er beslektet med kontrollkriteriet i vurderingen av om det foreligger en foretakssammenslutning, men er noe mer lempelige enn dette kravet. Først og fremst vises det ved at konseptet faktisk kontroll er mer begrenset etter reglene om meldeplikt. Kommisjonen forklarer forskjellen som følger:

«Article 5(4) sets out specific criteria for identifying undertakings whose turnover can be attributed to the undertaking concerned. These criteria, including the 'right to manage the undertaking's affairs', are not coextensive with the notion of 'control' under Article 3(2). There are significant differences between Articles 3 and 5, as those provisions fulfil different roles. The differences are most apparent in the field of *de facto* control. Whereas under Article 3(2) even a situation of economic dependence may lead to control on a *de facto* basis (see in detail above), a solely controlled subsidiary is only taken into account on a *de facto* basis under Article 5(4) (b) if it is clearly demonstrated that the undertaking concerned has the power to exercise more than half of the voting rights or to appoint more than half of the board members. Concerning joint control scenarios, Article 5(4) (b) (iv) covers those scenarios where the controlling undertakings jointly have a right to manage on the basis of individual veto rights. However, Article 5(4) would

⁷⁷ Forskrift 28. april 2004 nr. 673 om melding av foretakssammenslutninger mv.

not cover situations where joint control occurs on a *de facto* basis due to strong common interests between different minority shareholders of the joint venture company on the basis of shareholders' attendance. The difference is reflected in the fact that Article 5(4)(b)(iv) refers to the *right* to manage, and not a *power* (as in subparagraph (b)(ii) and (iii)) and is explained by the need for precision and certainty in the criteria used for calculating turnover so that jurisdiction can be readily verified.»⁷⁸

Kriteriene er således mer formaliserte enn kontrollkriteriet, idet det kreves juridiske rettigheter til å utøve innflytelse over foretaket.

Vilkårene følger av fusjonsforordningen artikkel 5 nr. 4, som lyder:

«Without prejudice to paragraph 2, the aggregate turnover of an undertaking concerned within the meaning of this Regulation shall be calculated by adding together the respective turnovers of the following:

- (a) the undertaking concerned;
- (b) those undertakings in which the undertaking concerned, directly or indirectly:
 - (i) owns more than half the capital or business assets, or
 - (ii) has the power to exercise more than half the voting rights, or
 - (iii) has the power to appoint more than half the members of the supervisory board, the administrative board or bodies legally representing the undertakings, or
 - (iv) has the right to manage the undertakings' affairs;
- (c) those undertakings which have in the undertaking concerned the rights or powers listed in (b);
- (d) those undertakings in which an undertaking as referred to in (c) has the rights or powers listed in (b);
- (e) those undertakings in which two or more undertakings as referred to in (a) to (d) jointly have the rights or powers listed in (b).»

Essensen i testen er således at det for å avgjøre hvilke foretaks omsetning som skal legges til grunn benyttes en kontrollvurdering, basert på juridiske rettigheter og faktisk innflytelse. Etter

⁷⁸ Kommissjonens juridiksjonsveiledning om foretakssammenslutninger punkt 184, EUT C 95 av 16.4.2008, s. 1.

testen i EU/EØS-reglene vil også omsetningen i et foretak som eies med mindre enn 50 prosent komme i betraktning dersom alternativene i artikkel 5 nr. 4 bokstav b er anvendelige, for eksempel som følge av muligheten til å utøve et flertall av stemmene på ordinær generalforsamling (i henhold til normal fremmøteprosent), ulike aksjeklasser med ulik grad av stemmerett eller aksjonærvtale som gir rett til å utpeke flertallet av styremedlemmer.⁷⁹

Fusjonsforordningen artikkel 5 nr. 4 gjelder med forbehold for artikkel 5 nr. 2, som ekskluderer omsetning på selgersiden utover målselskapet eller den del av et foretak som overtas. Derimot vil omsetning i foretak som i henhold til artikkel 5 nr. 4 bokstav b kontrolleres av målselskapet måtte medtas.

Tilnærmingen til EU/EØS fremstår etter utvalgets oppfatning som balansert. På den ene siden trekker man ikke inn alle foretak som ville vært omfattet hvis det funksjonelle kontrollkriteriet hadde vært lagt til grunn, på den andre siden fanger regelverket effektivt opp de økonomiske verdiene som settes i spill gjennom transaksjonen.

Slik den norske meldeplikten er bygget opp, fremstår grunnlaget for beregning av omsetning i andre foretak som uklart. Det følger av gjennomgangen av gjeldende rett ovenfor at meldeplikten knyttes til omsetning som de «involverte foretakene» har, jf. meldepliktforskriften § 2 første ledd. Involverte foretak er definert i forskriften § 3, både med hensyn til fusjoner og overtagelse av kontroll. Forskriften § 2 tredje ledd utvider involverte foretaks omsetning der det er tale om erverv av kontroll, til henholdsvis andre foretak i samme konsern og til foretak som kontrolleres av ervervende foretak.⁸⁰

Bestemmelsen i meldepliktforskriften § 2 tredje ledd lyder:

«Ved erverv av kontroll etter konkurranse-loven § 17 første ledd bokstav b første strekpunkt skal omsetningen til alle foretak som kontrolleres av den eller de ervervende personer tas med ved beregningen av årlig omsetning. Ved erverv av kontroll etter konkurranse-loven § 17 første ledd bokstav b annet strek-

⁷⁹ Kommissjonens juridiksjonsveiledning om foretakssammenslutninger kapittel 5.1.

⁸⁰ Paragraf 2 tredje ledd ble endret ved forskrift 29. november 2006 nr. 1354. Tidligere lød bestemmelsen: «Ved erverv av kontroll skal omsetningen til alle foretak i samme konsern som det eller de ervervende foretak tas med ved beregningen av årlige omsetning. Konsernintern omsetning skal trekkes fra.»

punkt skal omsetningen til alle foretak i samme konsern som det eller de ervervende foretak tas med ved beregningen av årlig omsetning. Omsetning innen de økonomiske enhetene etter første og annet punktum skal trekkes fra.»

Meldepliktforskriften skaper for det første tvil om hva som er relevant omsetning ved fusjon kontra erverv av kontroll. Ved fusjon henvises det i utgangspunktet bare til de involverte foretakenes omsetning, mens dette er annerledes for eksempel i EU/EØS.

For det andre knytter det seg tvil til hva som ligger i «kontroll» etter forskriften § 2 tredje ledd første punktum kontra «samme konsern» i samme ledds annet punktum.

For det tredje fremstår meldepliktforskriften som uklar med hensyn til at det benyttes ulike kriterier for hhv. fysiske personer og foretak. Ved et erverv av kontroll omtaler forskriften etter sin ordlyd bare hvem som på kjøpersiden utgjør et involvert foretak når det er et foretak som erverver kontroll, det vil si ved en foretakssammenslutning som beskrevet i konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b annet strekpunkt. Bestemmelsen er taus med hensyn til hvem som på kjøpersiden utgjør et involvert foretak når det er en fysisk person som erverver kontroll, det vil si ved en foretakssammenslutning som beskrevet i konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b første strekpunkt. Av merknadene til bestemmelsen fremgår det riktignok at reglene om hva som er «berørte foretak» i fusjonsreglene i EU/EØS så langt de passer skal legges til grunn. Tilsvarende som etter konkurranseloven kan kontroll erverves av en fysisk person også etter EU/EØS-konkurransereglene.⁸¹ I slike tilfeller anses den fysiske personen som et «berørt foretak».⁸² Utvalget antar at det samme gjelder etter meldepliktforskriften § 3 annet ledd, men forskriften er uansett tvetydig på dette punktet.

For det fjerde er det på det rene at meldepliktforskriften i utgangspunktet ekskluderer *morselskapers* omsetning, i motsetning til EU/EØS-retten.

Utvalget vurderer det slik at dagens regler i meldepliktforskriften både er uklare og lite treffsikre i forhold til en målsetning om å fange opp mulig problematiske foretakssammenslutninger.

Selv om EU/EØS-regelverket fremstår som komplekst og detaljert, frembyr det fordeler ved omfattende retningslinjer og praksis, som gjør det mulig relativt enkelt å finne svar på sentrale spørsmål. I det følgende vurderes ulike modeller for en ny regulering.

Konseptet «involverte foretak», jf. meldepliktforskriften § 3, fremstår som et hensiktsmessig utgangspunkt for vurderingen av terskelverdier. Samtidig vil også visse andre foretaks omsetning måtte tas i betraktning, hvis meldeplikten skal gjenspeile de reelle økonomiske verdiene i transaksjonen. Siden det imidlertid ikke bare er omsetning de involverte foretakene «har», jf. meldepliktforskriften § 2, som skal medregnes, vil utvalget foreslå at terskelverdiene formuleres som omsetning som «kan tilregnes» de involverte foretak. Dette tydeliggjør at omsetningsberegningen ikke utelukkende kan fokusere på de juridiske enhetene som er «involverte foretak».

Utvalget vil på denne bakgrunn foreslå at det fortsatt skal tas utgangspunkt i de «involverte foretak», og at det deretter skal foretas en vurdering av hvilke tilknyttede foretak som skal inngå i beregningsgrunnlaget med hensyn til meldeplikten.

Utvalget ser heller ikke grunn til å beregne hvilken omsetning som kan «tilregnes» berørte foretak ulikt i hhv. fusjons- og kontrolltilfellene. Det samme gjelder der foretakssammenslutningen etableres ved nystiftelse (fullfunksjons fellesforetak), jf. gjeldende lov § 17 annet ledd.

Spørsmålet er dermed hvordan man definerer tilknytningen mellom involverte foretak og andre foretak hvis omsetning skal medregnes. Valget av modell for kalkulering vil først og fremst være et valg mellom en funksjonell tilnærming slik som finnes i EU/EØS, og en mer formell modell basert på regnskapstall, formell innflytelse i foretak mv.

Utvalget finner det betenkelig å foreslå en modell hvor meldeplikten er avhengig av hvordan foretak er organisert. I høringsutkastet til meldepliktforskriften var det foreslått tatt inn en presisering av at konserndefinisjonen i regnskapsloven § 1-3 skulle legges til grunn.⁸³ Av høringsnotatet fremgår det at bakgrunnen for forslaget om å knytte omsetningskriteriet opp mot konserndefinisjonen i regnskapsloven § 1-3 var at man da «[særlig unngår] den detaljerte og til dels kompliserte avgrensningen som EØS-forskrif-

⁸¹ Rådsforordning (EF) nr. 139/2004 om kontroll med foretakssammenslutninger (fusjonsforordningen) artikkel 3 nr. 1 bokstav b og Vedlegg XIV til EØS-avtalen del A punkt 1.

⁸² Kommisjonens konsoliderte kunngjøring om jurisdiksjon punkt 151.

⁸³ Høringsnotat 24. februar 2004, <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/horinger/horingsdokumenter/2004/horing-forskrift-om-melding-av-foretakss.html?id=96463>.

ten⁸⁴ om tilsyn med foretakssammenslutninger artikkel 5 nr. 4 krever».⁸⁵ Henvisningen til konserndefinisjonen i regnskapsloven § 1-3 ble imidlertid tatt ut i den endelige meldepliktforskriften.

Dette alternativet har svakheter, først og fremst ved at regnskapslovens begrep 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 *de jure* enekontroll.⁸⁶ Dette konseptet er for snevert til å fange opp de konkurransemessig relevante verdiene som er involvert. Som ellers i konkurranseretten bør ikke foretakenes organisering eller juridiske personer være avgjørende for hvordan regelverket praktiseres. Utvalget finner derfor å ville foreslå at omsetningen kalkuleres etter funksjonelle kriterier.

De uklarhetene som dagens regelverk innebærer kunne vært eliminert ved å innføre kontrollkriteriet som avgjørende, både i forhold til mor- og datterselskaper. Selv om partene vil måtte gjennomføre en kontrollvurdering i forhold til det foretaket som overtas, vil det være betydelig mer omfattende å gjennomføre en slik vurdering i forhold til foretak innenfor samme gruppe av foretak. Kontrollvurderingen er kompleks, og vil i betydelig grad redusere forutberegneligheten knyttet til meldeplikten.

Dette tilsier at løsningen i EU/EØS-retten kan tjene som et hensiktsmessig kompromiss mellom en full vurdering av rettslig og faktisk kontroll og en rent formell test. En tilnærming til EU/EØS-reglene har dessuten den fordel at foretakene vil nyte godt av Kommisjonens veiledning og en omfattende vedtakspraksis.

Utvalget viser også til at man i Sverige har valgt samme måte for beregning av de involverte foretaks omsetning som i EU/EØS.⁸⁷ I Danmark er det med virkning fra 1. september 2010 foretatt en revisjon av reglene om beregning av omsetning i relasjon til blant annet terskelverdiene for fusjonskontroll, som innebærer en harmonisering med EU/EØS og fusjonsforordningen artikkel 5.⁸⁸ Etter utvalgets oppfatning vil det være en

umiddelbar fordel at reglene for beregning av omsetning er identiske i de skandinaviske land.

En tilnærming til EU/EØS-regelverket på dette punktet vil både utvide og innskrenke grunnlaget for beregning av omsetning, likevel slik at flere transaksjoner vil bli meldepliktige enn etter kriteriene i gjeldende rett. Utvalgets forslag på dette punktet må imidlertid ses i sammenheng med den økning i terskelverdier som foreslås. Samlet sett vil endringene føre til at meldeplikten blir mer målrettet. Samtidig snevres den relevante omsetning noe inn ved at det ikke lenger er det alminnelige kontrollkriteriet som skal legges til grunn for beregning av omsetning i datterselskaper.

Utvalget foreslår derfor at meldepliktforskriften endres slik at ordlyden i fusjonsforordningen artikkel 5 inntas i forskriften. For så vidt gjelder bestemmelsen i forordningen artikkel 5 nr. 2, om beregning av omsetning der det gjennomføres to eller flere transaksjoner som består i erverv av deler av ett eller flere foretak mellom de samme foretak eller personer, foreslås bestemmelsen inntatt i lovens § 18.⁸⁹

En forutsetning for utvalgets forslag på dette punktet er en heving av terskelverdiene i den størrelsesorden som utvalget har foreslått. Hvis det besluttes at terskelverdiene ikke skal heves, vil utvalget anbefale at regnskapslovens konserndefinisjon legges til grunn.

8.5.4.4 Alminnelig og fullstendig melding

Ordningen med en generell plikt til å inngi alminnelig melding og en 15-dagers frist for å pålegge fullstendig melding, jf. konkurranseloven § 18, må ses på bakgrunn av at meldeplikten var ment å være omfattende for bl.a. å fange opp sammenslutninger innenfor lokale markeder. Dermed ble det også ansett nødvendig å innføre en mer begrenset meldeplikt for å unngå å påføre næringslivet unødige byrder. I lovutvalgets innstilling ble det ikke foreslått en slik todeling, men det ble lagt til grunn at innholdet i den fullstendige meldingen skulle kunne praktiseres fleksibelt gjennom forhåndskontakt mellom tilsyn og parter. Gjeldende rett er således utslag av en avveining mellom Konkurransetilsynets informasjonsbehov og hensynet til at meldeplikten ikke skal være for omfattende.⁹⁰

Med de endringer som nå foreslås, er det et spørsmål om denne todelingen bør videreføres. En slik økning i terskelverdiene som foreslås, vil ventelig kunne redusere antallet meldinger med

⁸⁴ Nå forskrift 21. desember 2011 nr. 1518 om gjennomføring av konkurransereglene i EØS-avtalen mv.

⁸⁵ Jf. høringsnotat 24. februar 2004, merknader til forslag til forskrift § 3.

⁸⁶ Se lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) § 1-3, og lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven) § 1-3.

⁸⁷ Se Konkurransetilsynets foreskrifter om anmälan om företagskoncentration enligt konkurrenslagen (2008:579) punkt 1.2.

⁸⁸ Forskrift 14.8.2009 nr. 808.

⁸⁹ Sml. dansk konkurranselov § 12.

⁹⁰ Se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 90.

ca. 70 prosent. Beregninger foretatt for 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 av terskelverdiene, noe som svekker begrunnelsen for en fortsatt todeling av meldeplikten. I denne sammenheng må det også legges vekt på at saksbehandlingsfristene etter dagens regler først begynner å løpe etter at fullstendig melding er mottatt. Gjeldende regler bidrar således til å forlenge saksbehandlingstiden med minst 15 dager dersom det ikke direkte inngis frivillig fullstendig melding, samtidig som det automatiske gjennomføringsforbudet fører til at samtlige meldepliktige transaksjoner «settes på vent» i minst tre uker. I fusjonsprosesser må dette anses som relativt lang tid.

Alternativet til dagens ordning vil være å innføre en generell plikt til å inngi fullstendig melding. Selv om det ikke er noen nødvendig sammenheng mellom omsetningen og potensialet for skadevirkninger i relevante markeder, vil den foreslåtte økningen i terskelverdier snevre inn meldeplikten slik at den i større utstrekning begrenses til de transaksjoner som Konkurransetilsynet i praksis har gått nærmere inn på. I kombinasjon med et system for forenklet melding for uproblematiske foretakssammenslutninger kan utvalget ikke se at en avskaffelse av ordningen med alminnelig melding vil påføre foretakene en uforholdsmessig merbyrde.

For det første vil melding bare være aktuelt for ca. 30 prosent av meldepliktige transaksjoner under dagens ordning.

For det andre vil avvikling av systemet med alminnelig melding føre til at saksbehandlingstiden vil kunne kuttes med i alle fall 15 dager, og vil derfor bidra til en mer effektiv gjennomføring av transaksjoner og en raskere avklaring for transaksjoner det vurderes forbud eller andre tiltak mot. Det er utvalgets oppfatning at denne besparelsen vil være reell fordi partene uansett gis rett til forhåndskontakt med Konkurransetilsynet.

For det tredje legger utvalget opp til en mer intensivert forhåndskontakt mellom partene og tilsynet som bidrar til å gjøre meldeplikten mer fleksibel. Endelig viser utvalget til at ordningen med to etapper i meldeprosessen er særegen for Norge.

Avskaffelsen av alminnelig melding og økningen i terskelverdier vil videre frigjøre ressurser i tilsynet (anslagsvis syv årsverk). På den annen side vil tilsynet motta flere fullstendige meldinger enn tidligere, noe som kan føre til en forlenget saksbehandlingstid for noen meldinger av uproblematiske foretakssammenslutninger. Dette vil iso-

lert sett føre til en økning i ressursbruken. Det er vanskelig å fastslå om det er ressursbesparelsen ved færre meldinger eller økningen i ressursene knyttet til flere fullstendige meldinger som vil være høyest. Etter utvalgets vurdering er uansett ikke utslagene på tilsynets kostnader avgjørende.

Utvalget har vurdert det forhold at en avvikling av ordningen med alminnelig melding vil forsinke iverksettelsen av transaksjoner som etter gjeldende rett ville blitt avklart allerede i løpet av 15-dagersfristen for å pålegge fullstendig melding. Siden utvalget ikke vil foreslå at det fattes eksplisitt vedtak om godkjenning av hver enkelt transaksjon vil transaksjoner som utgangspunkt først være endelig klarert ved utløpet av 25-dagersfristen, jf. punkt 8.5.5.5. Utvalget vurderer imidlertid fordelene ved det foreslåtte systemet som større enn den tilleggsulempen som påføres disse transaksjonene. Samtidig vil utvalget foreslå en regel om at tilsynet skal oversende en meddelelse om at tilsynet ikke vil gå videre med saken så snart det er grunnlag for det, jf. punkt 8.5.5.5.

Samlet sett vil utvalget foreslå at ordningen med alminnelig melding avvikles.

For å unngå at det brukes unødige ressurser på meldinger av foretakssammenslutninger som ikke reiser konkurransemessige problemstillinger, har utvalget også vurdert om enkelte transaksjoner kan underlegges et regime med forenklet melding, slik det bl.a. gjøres i fusjonsforordningen og i dansk rett. Dette drøftes i punkt 8.5.4.6 nedenfor.

8.5.4.5 Meldepliktens innhold

Når utvalget nå foreslår å avvikle ordningen med alminnelig melding vil den tiden Konkurransetilsynet har til rådighet for å vurdere foretakssammenslutningen reduseres med 15 virkedager.

Dette innebærer for det første at det må stilles krav om mer omfattende informasjon i meldingen. Slik utvalget vurderer det, vil de kravene som i dag er oppstilt for fullstendig melding kunne representere et naturlig utgangspunkt for hva som skal pålegges i en melding etter det nye systemet. Utvalget mener at det i denne sammenheng bør vurderes å sette terskelverdier i form av markedsandelsgrenser for hvilke markeder som anses som berørte markeder ved utarbeidelse av melding, slik det i dag er i Kommisjonens skjema CO. Bakgrunnen for dette er å ikke påføre foretakene underlagt meldeplikt unødige byrder med å fremskaffe omfattende dokumentasjon og informasjon om markeder som bare i liten grad er berørt av foretakssammenslutningen. Konkurransetilsynet vil uansett kunne etterspørre slik infor-

masjon under saksbehandlingen dersom det skulle komme til at det er nødvendig. Se også nedenfor vedrørende slike terskler som kriterium for å kunne levere forenklet melding.

Utvalget legger opp til at Konkurransetilsynets frist for å informere melderne dersom tilsynet finner at kravene til melding ikke er oppfylt skal være 15 virkedager som for fullstendig melding etter gjeldende rett, jf. meldepliktforskriften § 4 fjerde ledd. Utvalget bemerker at det ikke er nødvendig med omfattende forhåndskontakt mellom melder(ne) og Konkurransetilsynet for at en melding skal anses som komplett. Videre legger utvalget opp til å videreføre bestemmelsen i meldepliktforskriften § 4 fjerde ledd om at fristen på 25 virkedager i konkurranseloven § 20 annet ledd løper fra første virkedag etter at meldingen er mottatt eller, dersom meldingen er mangelfull, fra første virkedag etter at de manglende opplysningene er mottatt.

Tilsynet vil kunne be om supplerende informasjon relativt raskt. Samtidig vil det være i partenes interesse å gi tilstrekkelig informasjon tidlig for å søke å oppnå en avklaring allerede i fase I.

Utvalget foreslår at gjeldende krav til fullstendig melding slik dette fremkommer av meldepliktforskriften § 4 inntas i ny § 18 annet ledd, dog med den endring at informasjonplikten vedrørende kravet til en nærmere beskrivelse av de berørte markedene utvides dersom partenes markedsandeler overstiger nærmere angitte terskler.

Videre foreslår utvalget, som etter dagens regime, at meldepliktens nærmere innhold best kan fastsettes gjennom forskrift.

8.5.4.6 *Forenklet melding for visse transaksjoner*

Etter meldepliktforskriften § 4 kan Konkurransetilsynet i den enkelte sak lempe på kravene til fullstendig melding. I inneværende avsnitt vurderes det om det er grunn til å innføre mer standardiserte bestemmelser om forenklet melding.

I EU/EØS og Danmark er enkelte transaksjoner som overskrider terskelverdiene, men som normalt ikke skaper konkurransemessige problemer, underlagt en forenklet meldingsprosedyre.⁹¹ Dette gjelder bl.a. etableringen av visse felles foretak, transaksjoner der partene ikke har

overlappende virksomhet etc. Siden utvalget foreslår å avskaffe ordningen med alminnelig melding, er det betimelig å stille spørsmål om visse transaksjoner skal underlegges noe mer lempelige krav til melding. En slik ordning vil på vesentlige punkter skille seg fra gjeldende retts sonndring mellom alminnelig og fullstendig melding, idet det dreier seg om en målrettet lempning av meldeplikten for enkelte transaksjoner bestemt etter transaksjonstype og visse markedsmessige karakteristika.

I EU/EØS er det forenklet melding for følgende transaksjoner:⁹²

- «1. in the case of a joint venture, the joint venture has no, or negligible, actual or foreseen activities within the territory of the European Economic Area (EEA). Such cases occur where:
 - (a) the turnover of the joint venture and/or the turnover of the contributed activities is less than EUR 100 million in the EEA territory; and
 - (b) the total value of the assets transferred to the joint venture is less than EUR 100 million in the EEA territory;
2. none of the parties to the concentration are engaged in business activities in the same relevant product and geographic market (no horizontal overlap), or in a market which is upstream or downstream of a market in which another party to the concentration is engaged (no vertical relationship);
3. two or more of the parties to the concentration are engaged in business activities in the same relevant product and geographic market (horizontal relationships), provided that their combined market share is less than 15 %; and/or one or more of the parties to the concentration are engaged in business activities in a product market which is upstream or downstream of a product market in which any other party to the concentration is engaged (vertical relationships), and provided that none of their individual or combined market shares at either level is 25 % or more; or
4. a party is to acquire sole control of an undertaking over which it already has joint control.»

⁹¹ For Danmark, se forskrift 13.8.2010 nr. 976 § 3. For EU/EØS, se Commission Regulation (EC) No. 802/2004 implementing Council Regulation (EC) No. 139/2004 (The «Implementing Regulation») and its annexes (Form CO, Short Form CO and Form RS), annex II short form for the notification of a concentration pursuant to regulation No 139/2004 samt ODA protokoll 4 kapittel V og vedlegg til protokollen.

⁹² Commission Regulation (EC) No. 802/2004 implementing Council Regulation (EC) No. 139/2004 (The «Implementing Regulation») and its annexes (Form CO, Short Form CO and Form RS), annex II short form for the notification of a concentration pursuant to regulation No 139/2004 Section 1.1 samt ODA protokoll 4 kapittel V og vedlegg til protokollen.

Det er således adgang til å inngi forenklet melding for fellesforetak ut fra verdiene eller omsetningen i fellesforetaket, i motsetning til morselskapenes omsetning slik det følger av hovedregelen om berørte foretak.⁹³ For det andre er overgang fra felles kontroll til enekontroll over et foretak omfattet av forenklet melding, uten hensyn til omsetning. For det tredje kan transaksjoner være underlagt forenklet melding der en første vurdering av markedsforholdene indikerer at den sannsynligvis ikke skaper konkurransemessige problemstillinger. Dette gjelder for det første der partene verken har overlappende virksomhet eller transaksjonen vil føre til vertikal integrasjon. Horisontale fusjoner er likevel underlagt forenklet melding hvis markedsandelen ikke overstiger 15 prosent. Det samme gjelder vertikal integrasjon opp til 25 prosent markedsandel.

Utvalget har vurdert om det også etter norsk rett er grunn til å operere med forenklet melding for transaksjoner som med liten sannsynlighet vil medføre konkurransemessige problemer.⁹⁴ Idet utvalget foreslår å avvikle to-delingen mellom alminnelig og fullstendig melding, vil de foretakssammenslutninger som faktisk er meldepliktige være gjenstand for en mer omfattende meldeplikt enn etter dagens lov. I perioden 2008 til 2010 var det over 500 meldinger der samlet omsetning var på over 1 mrd. NOK. Bare i 27 av disse sakene ble det pålagt fullstendig melding. Dette viser at det er en stor mengde transaksjoner som overstiger de terskelverdier som utvalget foreslår som vil være uproblematisk. Dette taler etter utvalgets oppfatning for at det bør legges opp til en mulighet for forenklet melding av uproblematisk foretakssammenslutninger.

Særlig for foretak som ikke har overlappende omsetning i Norge, og som kanskje heller ikke er etablert her (men selger til norske kunder), kan det fremstå som unødig tungvint å måtte inngi fullstendig melding i Norge.

På denne bakgrunn mener utvalget at det i korte trekk bør være anledning til å inngi forenklet melding i følgende tilfeller:

- foretakssammenslutninger der det verken er horisontal overlapp eller vertikale forbindelser mellom partene

- foretakssammenslutninger der partene er aktive på det samme marked, dvs. der det er horisontal overlapp, men partenes samlede markedsandel ikke overstiger 15 prosent
- foretakssammenslutninger der partene er vertikalt forbundet, men deres markedsandel er under 25 prosent på hver av deres respektive markeder
- kontrollovergang i form av at et foretak går fra å være underlagt felles kontroll til å være underlagt enekontroll av en av de virksomheter som tidligere hadde felles kontroll, og
- transaksjoner mellom foretak uten etablering/fysisk tilstedeværelse i Norge («foreign to foreign»-transaksjoner).

Utvalget vil foreslå at de nærmere kravene til forenklet melding fastsettes i forskrift og at det ved fastsettelsen av innholdskravene hentes inspirasjon fra EU/EØS og Danmark.

8.5.4.7 Tidspunkt for melding

Utvalget har vurdert behovet for å innføre frister for melding, og om det bør fastsettes en frist for hvor tidlig en melding kan inngis.

I konkurranseloven § 18 het det opprinnelig at melding skulle inngis «senest når endelig avtale er inngått eller kontroll er overtatt». Denne bestemmelsen var begrunnet i at gjennomføringsforbudet tidligere først inntrådte ved pålegg om fullstendig melding, og den ble da også opphevet da gjennomføringsforbudet ble utvidet til å gjelde automatisk for alle meldepliktige foretakssammenslutninger.

Utvalget ser ikke behov for å foreslå at det gjeninnføres en absolutt frist for å melde, idet det automatiske gjennomføringsforbudet uansett vil gi sterke incitamenter til å melde så snart som mulig. Slik det er påpekt vil gjennomføringsforbudet sikre at det ikke tas irreversible skritt, og ellers vil det kun være til skade for partene om de utsetter melding, idet saksbehandlingen vil forskyves tilsvarende. Heller ikke dansk eller svensk rett oppstiller frister for melding, utover at melding må inngis før transaksjonen gjennomføres.

Spørsmålet om hvor tidlig det kan meldes reiser litt andre problemstillinger. Ofte vil partene ønske en diskusjon og eventuelle avklaringer med konkurransemyndighetene så tidlig som mulig. I denne sammenheng vises det til at Kommisjonen har såkalte «pre-notification meetings», hvor det ikke er uvanlig at Kommisjonen gir signaler både om materielle spørsmål, meldingens innhold, spørsmål knyttet til juridiskisjon og om

⁹³ Verdiene av aktiva må benyttes der fellesforetaket innebærer en nyetablering av virksomhet idet selskapet da ikke har historisk omsetning.

⁹⁴ I NOU 2003:12 avsnitt 5.4.6.3.5 (s. 96) ble det foreslått å gi regler om fullstendig melding etter modell av EU/EØS-reglene i forskrift.

prosess.⁹⁵ Slike møter og slik kontakt har ikke vært like vanlige under norske forhold. Slik det fremgår i punkt 8.5.5.3, vil utvalget foreslå at partene gis en rett til å be om slike møter.

Spørsmålet om hvor tidlig det kan meldes har først og fremst sammenheng med hvorvidt Konkurransetilsynet har et tilstrekkelig grunnlag for å vurdere transaksjonen. Dette innebærer for det første at transaksjonen og avtaleverket må kunne beskrives konkret (likevel slik at rettslig bindende avtale ikke behøver å være inngått). For det andre kan ikke gjennomføringen av transaksjonen ligge så langt frem i tid at markedsforholdene ikke med tilstrekkelig sikkerhet kan analyseres. Usikkerheten vil således kunne dreie seg om to forhold: Usikkerhet om struktur og gjennomføring av transaksjonen, og usikkerhet knyttet til markedsforholdene der gjennomføringen forutsettes å ligge frem i tid. Alternativt kan det forekomme en kombinasjon av de to.

I EU/EØS-regelverket er spørsmålet knyttet til usikkerhet om struktur og gjennomføring regulert i fusjonsforordningen artikkel 4 nr. 1 annet avsnitt, som lyder:

«Notification may also be made where the undertakings concerned demonstrate to the Commission a good faith intention to conclude an agreement or, in the case of a public bid, where they have publicly announced an intention to make such a bid, provided that the intended agreement or bid would result in a concentration with a Community dimension.»

I svensk rett følger det av konkurrenslagen 4 kapittel 10 § at:

«En anmälan om företagskoncentration får göras så snart part eller någon annan medverkande kan visa att de avser att genomföra en koncentration».

Etter dansk konkurranselov § 12 b skal sammenlutninger meldes:

«efter at en fusionsaftale er indgået, et overtagesestilbud offentliggjort eller en kontrollerende andel erhvervet, og før den gennemføres».

Spørsmålet om å innføre en grense for hvor tidlig en foretakssammenslutning kan meldes ble vur-

dert i forarbeidene til konkurranseloven 2004.⁹⁶ Utvalget vurderte den gangen bl.a. en harmonisering med de daværende reglene i EU/EØS, men kom til at kravene til fullstendig melding ville gjøre det mulig for Konkurransetilsynet å avvise meldingen som ufullstendig der partene ikke hadde «kommet så langt i sine planer at de er i stand til å levere de opplysninger myndighetene krever».

Utvalget ser at det kan være hensiktsmessig å avskjære rent hypotetiske meldinger og å fastlegge kriterier for hvilke meldinger som i tilfelle bør avskjæres. Der det er usikkerhet om selve gjennomføringen av en transaksjon, er det ingen grunn til at konkurransemyndighetene skal bruke ressurser på en vurdering.

Der det knytter seg usikkerhet til markedsforholdene, typisk fordi gjennomføringen av transaksjonen ligger langt frem i tid, kan det også oppstå spørsmål om en melding bør aksepteres. Spørsmålet kom på spissen i NIBE Industrier/ABK.⁹⁷ I saken skulle NIBEs overtakelse av ABK skje i to steg, først ved erverv av 50 prosent av aksjene. Innen ca. fire år var NIBE forpliktet til å overta de resterende 50 prosent etter en nærmere bestemt prisformel. Det var i saken enighet om at de to stegene måtte behandles som to separate transaksjoner. Konkurransetilsynet behandlet steg 1, men avviste meldingen for så vidt gjaldt steg 2, med den konsekvens at gjennomføringsforbudet fremdeles ville gjelde for overtakelse av de resterende 50 prosent av aksjene. Departementet kom til at meldingen ikke kunne avvises, idet loven ikke oppstilte noen tidligste frist for melding. Derimot ville den korrekte fremgangsmåten vært å angi at den alminnelige meldingen var ufullstendig eller pålegge fullstendig melding, for deretter å konstatere at meldingen ikke ga den informasjon som var nødvendig for å vurdere transaksjonen. Dette ville i tilfelle suspendert saksbehandlingsfristene.

NIBE-saken fremstår etter utvalgets oppfatning som et spesielt tilfelle, særlig i betraktning av den lange tiden før steg 2 i transaksjonen skulle gjennomføres. I slike tilfeller fremstår imidlertid forarbeidenes argumenter om at avvisningsspørsmålet knyttes til hvorvidt kravene til fullstendig melding lar seg oppfylle eller ikke som treffende. Skulle det innføres en særregel om avvisning knyttet til usikkerhet om fremtidige markedsforhold, ville denne vurderingen uansett måtte innfatte de samme kriterier som ved vurderingen av meldingen, dvs. om opplysningene er tilstrekkelig

⁹⁵ Se Kommissjonens Best Practice Guidelines, 20. januar 2004 kap. 3, tilgjengelig på <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>.

⁹⁶ NOU 2003:12 avsnitt 5.4.6.3.6 (s. 97).

⁹⁷ Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementets vedtak 4. februar 2011.

konkretisert til at transaksjonen lar seg bedømme på en forsvarlig måte. Når utvalget nå foreslår å avvikle todelingen mellom alminnelig melding og fullstendig melding, vil også de praktiske konsekvensene av at det ikke oppstilles en egen grense for hvor tidlig en transaksjon kan meldes, reduseres. Utvalget har også vurdert en absolutt frist, for eksempel på ett år forut for gjennomføring. Utvalget ser likevel ikke at det er behov for en slik ordning, som også vil kunne virke unødig rigid.

Utvalget finner det på denne bakgrunn ikke nødvendig å foreslå at det innføres en tidligste frist for å kunne melde en foretakssammenslutning.

8.5.4.8 Pålegg om meldeplikt for ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger

Utvalgets forslag om økte terskler for meldeplikt innskrenker ikke konkurransemyndighetens adgang til å gripe inn mot foretakssammenslutninger som faller under disse tersklene. Dette er annerledes i EU/EØS-retten, der terskelverdiene samtidig angir skrankene for overvåkningsorganenes kompetanse. Tilsvarende gjelder i Danmark, der terskelverdiene er direkte avgjørende for fusjonsregelverkets anvendelsesområde, jf. konkurreloven § 12 første ledd. Etter svensk rett kan Konkurrentverket pålegge melding i tilfeller hvor terskelverdien for total omsetning er oppfylt, men terskelverdien knyttet til minste omsetning ikke er det, jf. konkurrelagen 4 kapittel 7 §. Slikt pålegg kan bare gis der det foreligger «särskilda skäl».

En viktig forutsetning for utvalgets forslag om å heve terskelverdiene så vidt betydelig som det foreslås, er at tilsynet uansett vil kunne gripe inn mot skadelige foretakssammenslutninger under terskelverdiene. En slik adgang forutsetter at Konkurrentsetilsynet kan pålegge fullstendig melding av en potensielt problematisk foretakssammenslutning. Som påpekt i punkt 8.5.4.2, vil den foreslåtte økningen i terskelverdiene kunne innebære en risiko for at det i lokale markeder kan gjennomføres foretakssammenslutninger med skadelige virkninger uten at Konkurrentsetilsynet blir kjent med disse. Fraværet av en meldeplikt for disse transaksjonene vil kunne lede til at den avskrekkende virkningen av at Konkurrentsetilsynet kan gripe inn mot foretakssammenslutninger med uheldig virkning på konkurransen i lokale markeder reduseres. Det er derfor viktig at denne adgangen videreføres.

Av hensyn til forutberegnelighet for de involverte partene i en sak, ser utvalget det som hensiktsmessig at pålegg om levering av melding for

transaksjoner som ikke oppfyller de alminnelige terskelverdiene bare skal kunne gis i saker der Konkurrentsetilsynet finner at det er rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes eller der andre særlige hensyn tilsier at Konkurrentsetilsynet undersøker saken nærmere. Et pålegg om fullstendig melding for foretakssammenslutninger som etter dagens regler er unntatt fra den alminnelige meldeplikten i henhold til meldepliktforskriften § 2 første ledd, kan ikke gis senere enn tre måneder etter at endelig avtale er inngått eller kontroll er ervervet. Utvalget foreslår at denne bestemmelsen videreføres, men at det presiseres at vilkårene er alternative slik at fristen løper fra det først inntrufne.

Utvalget har vurdert om en slik melding av hensyn til fremdriften burde gå direkte til fase II, med de tidsfrister som der gjelder. Utvalget finner det likevel ikke hensiktsmessig med en slik løsning.

8.5.5 Prosess

8.5.5.1 Innføring av begrunnet 25-dagers varsel

I NOU 2003:12 ble det foreslått en todeling av saksbehandlingen i fusjonssaker, benevnt som fase I og fase II.⁹⁸ Denne begrepsbruken ble ikke fulgt opp av departementet, som la til grunn at begrepene ville lede tankene i retning av fusjonsprosessen i EU/EØS, der betydningen av å skille var større enn i utvalgets forslag. (Dette har bl.a. sammenheng med at EU/EØS-regelverket krever at alle meldte saker avsluttes med et vedtak, og at det gjelder ulike regler for vedtak i hhv. fase I og fase II.) Departementet gjorde imidlertid ikke endringer i realiteten, dvs. at tilsynet innen 25 dager må sende varsel om at inngrep kan bli aktuelt.⁹⁹

Utvalget anser det som hensiktsmessig å videreføre en todeling av saksbehandlingstiden, der tilsynet innenfor en relativt kort periode må varsle at inngrep kan bli aktuelt. I likhet med vurderingene i NOU 2003:12 finner utvalget det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i en ordning med to faser; en første fase der Konkurrentsetilsynet kan utarbeide en foreløpig vurdering knyttet til mulige konkurransemessige problemer, og en fase II der de konkurransemessige problemstillingene og mulige effektivitetsgevinster kan analyseres nærmere. Utvalget er likevel enig i departementets vurdering av at det ikke er nødvendig å benytte begrepene fase I og fase II i lovteksten.

⁹⁸ NOU 2003:12 s. 99-101.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 100.

Det sentrale er at Konkurransetilsynet innen en viss periode vil måtte varsle at vedtak kan bli aktuelt, slik at partene innen rimelig kort tid vil få en første avklaring. Et hovedhensyn er å gjøre det lettere for partene å foreslå eventuelle avhjelpende tiltak, og å legge til rette for at det føres en dialog mellom partene og Konkurransetilsynet under prosessens gang.

Dagens ordning kan kritiseres for at den ikke i tilstrekkelig grad gir parter eller tilsynet incentiver til raskt å søke minnelige løsninger i form av avhjelpende tiltak. Etter utvalgets oppfatning bør det legges til rette for at avhjelpende tiltak fremsettes så tidlig som mulig. Dette var også en bærende idé ved utformingen av dagens ordning.¹⁰⁰

Lovgivers forutsetninger om minnelige løsninger synes imidlertid ikke å ha blitt realisert under dagens regelverk. Under gjeldende lov synes det å ha utviklet seg en praksis der avhjelpende tiltak ofte ikke blir presentert før etter 70-dagersvarsel, noe som innebærer at dette varselet fungerer som «brekkstang» for å fremtvinge avhjelpende tiltak. Etter utvalgets oppfatning er ikke dette i tråd med en tanke om løpende dialog og tidlig presentasjon av avhjelpende tiltak.

Utvalget bemerker at det fremstår som viktig at partene raskest mulig blir underrettet om de konkurransemessige bekymringene knyttet til transaksjonen, for eventuelt å kunne fremlegge forslag til avhjelpende tiltak. Under dagens lov skal 25-dagersvarselet ikke begrunnes. Utvalget mener likevel at partene som et minimum bør gis innsyn i tilsynets foreløpige vurderinger på dette stadiet i prosessen.

I EU/EØS-regelverket kreves det at Kommisjonen innen 25 virkedager tar stilling til om transaksjonen reiser «alvorlig tvil» med hensyn til forenligheten med det indre marked. Utvalget anser det som rimelig at også Konkurransetilsynet ved utløpet av denne fristen fremlegger sine foreløpige vurderinger for partene. Dette er også tilfellet i Danmark, der konkurransemyndighetene oversender en «meddelelse om betænkeligheter».¹⁰¹ Utvalget finner at Konkurransetilsynet bør pålegges å gi en slik foreløpig vurdering på bakgrunn av en innkommet melding etter en periode på 25 virkedager. I denne sammenheng vises det også til kravene til melding, jf. ovenfor i punkt 8.5.4.5.

¹⁰⁰ Se for eksempel Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 85.

¹⁰¹ Se konkurranseloven § 12 d samt Vejledning om fusionskontrol, Konkurrence- og forbrugerstyrelsen august 2010 s. 15 <http://www.konkurrencestyrelsen.dk/konkurrence-omraadet/fusionskontrol/vejledning-til-fusionsreglerne/>.

Utvalget har vurdert om et slikt begrunnet varsel bør knyttes opp til nærmere kriterier for mulige skadelige virkninger. En slik presisering kan være hensiktsmessig både av hensyn til partene og av hensyn til å unngå unødige diskusjoner om berettigelsen av å gå videre med behandlingen. Etter utvalgets vurdering bør kravene imidlertid ikke settes for høyt. Utvalget vil foreslå at tilsynet må vise at det er «rimelig grunn til å anta» at transaksjonen «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse». Utvalget velger bevisst kun å knytte kravet til den første delen av inngrepsvurderingen, dvs. at det ikke foreligger noen begrunnelsesplikt for så vidt gjelder fravær av effektivitetsgevinster og fordeler for konsumentene. Terskelen «rimelig grunn til å anta» benyttes også i § 12 fjerde ledd om midlertidige vedtak under atferdsreglene, og i § 25 om vilkår for bevissikringsbeslutning. En slik standard har dermed forankring i lovens system, samtidig som den ikke kan sies å virke urimelig tyngende for tilsynet. Samtidig vil en foreløpig vurdering opp mot et slikt kriterium gi melder(ne) tilstrekkelig innblikk til at de eventuelt kan forberede forslag til avhjelpende tiltak.

8.5.5.2 *Frister for saksbehandling*

Utvalget har vurdert saksbehandlingsfristenes lengde. Slik det er redegjort for ovenfor, avsluttes de fleste saker ved utløpet av hhv. 15-dagersfristen for å pålegge fullstendig melding og 25-dagersfristen for å varsle at inngrep kan bli aktuelt (fase I). Etter utvalgets forslag vil 15-dagersfristen for å pålegge fullstendig melding avvikles, idet alle meldepliktige foretakssammenslutninger vil være underlagt kravene til fullstendig (eventuelt forenklet) melding (som begge vil utløse 25- og 70-dagersfristene).

25-dagersfristen for fase I fremstår etter utvalgets oppfatning som balansert. Den er også i samsvar med fristene for saksbehandling i fase I i EU/EØS og våre naboland. Når utvalget nå foreslår en noe mer formalisert overgang til fase II, ved at tilsynet må begrunne at det er «rimelig grunn til å anta» at transaksjonen leder til konkurransemessige problemer, aktualiserer dette spørsmålet om det bør åpnes for en fristutsettelse der det foreslås avhjelpende tiltak i fase I. Det er vanlig i andre jurisdiksjoner at fristen kan utsettes med inntil 10 dager.

Det bør også vurderes å sette en frist for partenes fremleggelse av forslag til avhjelpende tiltak. I EU/EØS opereres det med en 20-dagersfrist, jf. kommisjonsforordning (EF) nr. 802/2004/ODA protokoll 4 kapittel V artikkel 19.

I henhold til utvalgets forslag skal Konkurransetilsynet kunne akseptere avhjelpende tiltak på ethvert tidspunkt av saksbehandlingen. Dette skaper i utgangspunktet tvil om det er nødvendig med en slik frist og mulighet for forlengelse av 25-dagersfristen. Utvalget vurderer det likevel slik at en frist på 20 dager og utsettelse av 25-dagersvarselet vil gi partene en sikkerhet for at tilsynet faktisk tar forslaget om avhjelpende tiltak i betraktning ved eventuelt varsel om inngrep. Samtidig vil tilsynet få tilstrekkelig tid til å vurdere tiltakene slik at transaksjonen eventuelt kan klareres uten å gå over i fase II. Uten en slik fristutsettelse vil avhjelpende tiltak presentert sent i fase I ikke kunne hensyntas i 25-dagersvarselet (og enda mindre gi grunnlag for klarering innenfor fase I). Saken vil dermed kunne gå over i fase II, og forslaget til avhjelpende tiltak vil kanskje ikke bli akseptert før på et senere tidspunkt.

Hvis partene foreslår avhjelpende tiltak etter 20 dager, vil tilsynet måtte varsle inngrep etter 25 dager, og saken går over i fase II. Partene vil således gis incentiver til å foreslå tiltak på et tidlig tidspunkt. Også i NOU 2003:12 ble det vurdert en slik fristutsettelse, og det ble lagt til grunn at den ville bidra til at flere saker kunne avklares i fase I. Det ble likevel ikke foreslått regler om dette, fordi man anså at regler om fristutsettelse kunne virke «kompliserende og formalistisk».¹⁰² Utvalget vurderer likevel fordelene som større enn disse ulempene, særlig tatt i betraktning utvalgets gjennomgående fokus på å legge til rette for tidlig avklaring.

Utvalget understreker at Konkurransetilsynet må angi hvorfor det finner at fremsatte forslag til avhjelpende tiltak ikke anses tilstrekkelige dersom det finner grunn til å gå videre med saken til fase II etter at det er fremsatt forslag til avhjelpende tiltak i fase I innen fristen på 20 virkedager.

Fase II-fristen på 70 virkedager fra levering av melding i dagens regelverk fremstår i det vesentlige som balansert. Utvalget ser imidlertid at deler av denne perioden i flere saker kunne vært utnyttet mer effektivt, særlig med hensyn til drøftelser av avhjelpende tiltak. På den annen side avviker ikke fristene etter konkurranseloven vesentlig fra fristene i våre naboland eller EU/EØS. Samtidig vil det i komplekse saker kunne være et reelt behov for frister av den varighet som gjelder i dag.

Spørsmålet er imidlertid om det bør gjøres endringer med sikte på å legge til rette for en tettere dialog mellom partene og Konkurransetilsynet, samt for å legge til rette for inngivelse av forslag til avhjelpende tiltak. Samtidig er det et spør-

mål om ikke lovens relativt strenge krav til 70-dagersvarselet («begrunnet forslag til inngrepsvedtak») i kombinasjon med at dette er det første tidspunktet der vedtaket må varsles med begrunnelse, kan føre til at partene først sent i prosessen blir i stand til å foreslå avhjelpende tiltak. I en rekke saker har avhjelpende tiltak først blitt presentert for tilsynet etter 70-dagersvarselet.¹⁰³

Etter gjeldende rett «kan» den siste 15-dagersfristen for inngrep (etter at tilsynet har mottatt partenes kommentarer til varselet om vedtak (70-dagersvarselet)) forlenges med inntil 25 virkedager der det mottas forslag om avhjelpende tiltak. Utvalget er enig i at det er behov for en slik fristforlengelse der forslagene kommer relativt sent i saksbehandlingen. For å legge til rette for at forslag til avhjelpende tiltak presenteres tidlig, og for å tydeliggjøre viktigheten av dette, har utvalget vurdert om forslag som fremlegges innen en bestemt frist ikke skal gi mulighet til å utsette saksbehandlingen.

I EU/EØS-regelverket vil inngrepsfristen forskyves hvis det fremsettes forslag til avhjelpende tiltak i fase II. Slik forlengelse er likevel ikke mulig hvis det fremlegges forslag til avhjelpende tiltak innenfor en frist på 55 virkedager.

Utvalget ser også at det kan være behov for utsettelse av 70-dagersfristen hvis forslag fremlegges like i forkant av denne. Utvalget vil derfor foreslå at der forslag fremlegges innen 55 virkedager etter at fullstendig melding er mottatt (dvs. 30 dager inn i fase II) skal dette ikke åpne for noen fristforlengelse. Forslag fremsatt mellom 55 og 70 dager skal utløse en tilsvarende forskyvning av 70-dagersfristen. En slik regel vil ivareta incitamentene til en tidlig fremleggelse av forslag til avhjelpende tiltak.

Utvalget finner ikke grunn til å fastsette en absolutt frist for fremleggelse av forslag til avhjelpende tiltak i fase II, sml. EUs implementeringsforordning/ODA protokoll 4 kapittel V artikkel 19 nr. 2. Dette har sammenheng med at man i EU/EØS ikke opererer med det samme 70-dagersvarsel som etter utvalgets forslag. Hensynet til en rask fremleggelse er etter utvalgets oppfatning ivaretatt gjennom partenes 15-dagersfrist for merknader til 70-dagersvarselet. Samtidig vil det ikke gi mening å operere med en absolutt frist for fremleggelse forut for 70-dagersvarselet.

¹⁰³ V2007-27 Nortura/Hå Rugeri, V2008-3 Shell/YX Energi, V2008-12 Eurofins/Lantmännen, V2009-14 Validus/Sunkost, V2011-5 Norli/Libris og V2011-8 Lemminkäinen Norge AS/Mesta Industri AS.

¹⁰² NOU 2003:12 s. 100.

Utvalget har videre vurdert om det bør opprettholdes et krav om varsel etter 70 dager. Slik det er redegjort for, antar utvalget at 25-dagersvarsel, eventuelt i kombinasjon med møter mellom Konkurransetilsynet og partene, vil tilfredsstillende forvaltningslovens krav til forhåndsvarsel. 70-dagersvarselet vil likevel ha en viktig funksjon for partenes mulighet til å argumentere for sin sak. Utvalget viser til at 70-dagersvarselet kan sammenlignes med Kommisjonens meddelelse om innsigelser (Statement of Objections), og derfor bør opprettholdes i saker som kan ende med fullstendig forbud. Et slikt varsel vil likevel ikke være obligatorisk der saken ender i vedtak om å stadfeste avhjelpende tiltak. Tilsynet bør likevel i et endelig vedtak om stadfestelse av avhjelpende tiltak begrunne dette, slik det gjøres etter dagens praksis. Utvalget viser til at Kommisjonens vedtak om stadfestelse av vilkår normalt er godt begrunnet.

For øvrig forslår utvalget at muligheten for fristforlengelse ved forslag til avhjelpende tiltak etter 70-dagersvarsel beholdes, dog slik at denne forkortes til 15 virkedager. Utvalget viser til at saken på dette tidspunkt er grundig utredet, og at det derfor ikke er noen grunn til at forlengelsen skal være lenger på dette tidspunkt enn på tidligere stadier i saksbehandlingen.

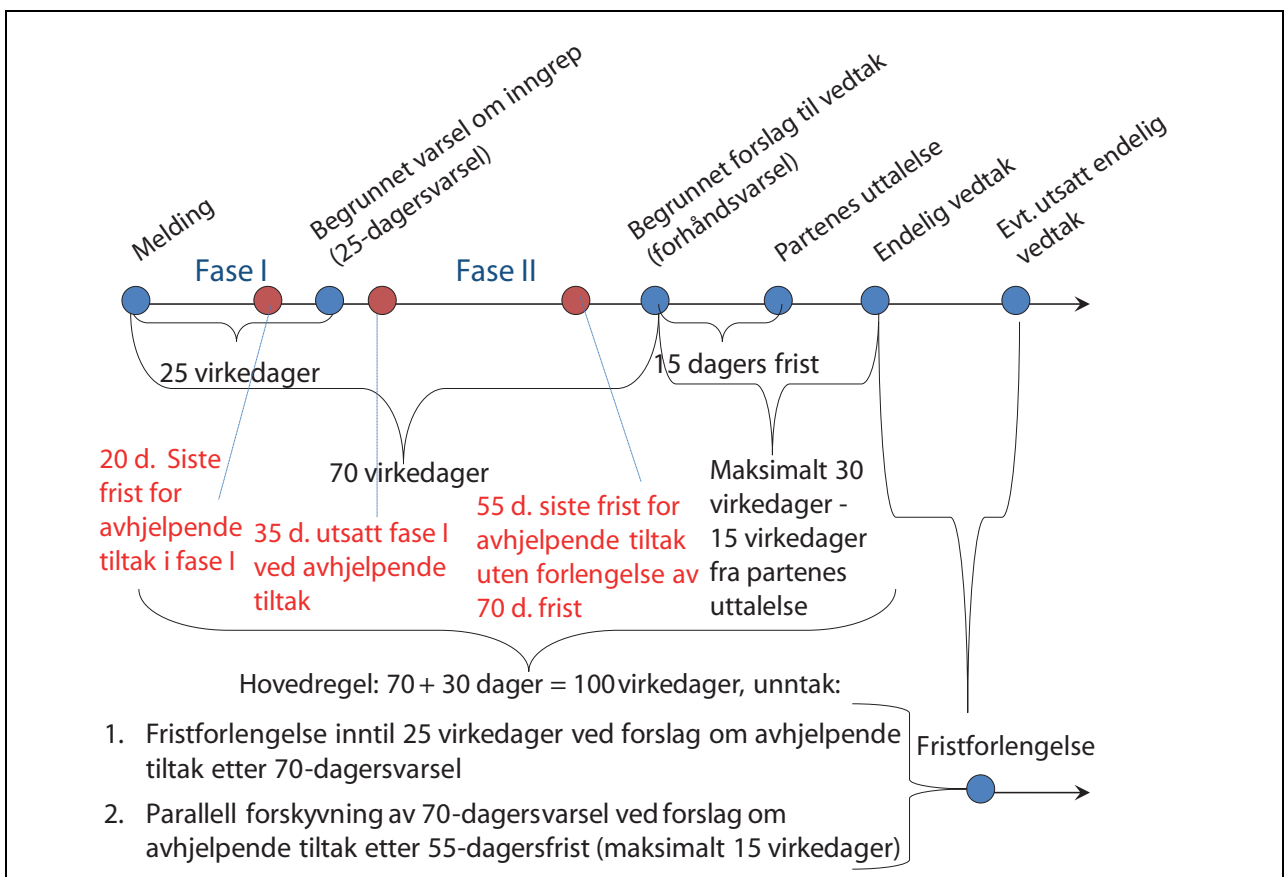
Utvalget ser ikke grunn til å begrense slik fristforlengelse til situasjoner der det begjæres av partene, slik det opprinnelig var etter loven av 2004. Det må være på det rene at Konkurransetilsynet kan ha et legitimt behov for fristforlengelse der det i saksbehandlingsens siste fase fremsettes slike forslag, ikke minst av hensyn til markedstesting av forslaget til avhjelpende tiltak.¹⁰⁴ Utvalget anser at 25 dager fremstår som lenge, idet tilsynet uansett har 15 dager på seg til å fatte vedtak etter at partene har gitt sin uttalelse.

Utvalget mener at disse reglene både vil gi partene og tilsynet incitament til å effektivisere saksbehandlingen, samt at det legges til rette for mer kontakt mellom partene og tilsynet underveis i prosessen.

Utvalgets forslag vil etter dette se ut som følger, se figur 8.14.

Fristene avviker noe fra fristene i fusjonskontrollen i EU/EØS, først og fremst ved at de er betydelig kortere. I EU/EØS starter 90-dagersfristen i fase II først ved Kommisjonens vedtak om å innlede denne delen av prosedyren

¹⁰⁴ Se Ot.prp. nr. 35 (2007–2008), s. 13-14, om bakgrunnen for at vilkåret om partenes begjæring ble tatt ut av loven. Utvalget slutter seg til de betraktningene som er fremført der.



Figur 8.14

(dvs. at samlet tidsbruk i fase I og fase II er 25 dager + 90 dager).

Etter dagens lov er det klart at fristene for saksbehandlingen er maksimalfrister, og at Konkurransetilsynet kan avslutte saken tidligere. I praksis benyttes imidlertid ofte fristene fullt ut. Selv om utvalget ikke finner grunn til å foreslå kortere frister, ser utvalget det som hensiktsmessig at utgangspunktet om tidligst mulig avslutning av saken tydeliggjøres i loven. Utvalget vil derfor benytte formuleringen «snarest mulig» i sitt forslag til lovtekst.

8.5.5.3 Dialog

Utvalget vurderer det slik at løpende dialog mellom partene og Konkurransetilsynet er nødvendig hvis målsettingen om tidligere avklaring og mer effektive avhjelpende tiltak skal oppnås. Ikke minst vises dette gjennom erfaringene i EU/EØS.¹⁰⁵ Selv om det allerede i dag i stor utstrekning er møtevirksomhet mellom tilsynet og partene under prosessen, legger utvalget til grunn at dette varierer fra sak til sak.

Når utvalget nå legger opp til at todelingen mellom alminnelig og fullstendig melding skal oppheves, vil også behovet for forhåndskontakt for bl.a. å avklare om det er grunnlag for å lempe på meldeplikten være viktig. Dette hensynet ble også fremhevet i NOU 2003:12:

«For å begrense informasjonen som må legges frem for myndighetene, bør det også etter norsk rett være adgang til å forhåndsklarere med Konkurransetilsynet hvilken informasjon som er nødvendig for konkurransemyndighetenes vurdering av saken. En adgang til forhåndskonsultasjoner og kontakt mellom Konkurransetilsynet og partene, vil forhindre at meldeplikten blir unødig formalistisk. Utvalget mener det vil være tilstrekkelig at mulighetene til forhåndskonsultasjon følger av Konkurransetilsynets praksis.»¹⁰⁶

Utvalget vil på denne bakgrunn presisere at partene har rett til å kreve møter med tilsynet, både forut for notifikasjon og i løpet av saksbehandlingen.

¹⁰⁵ Se Kommissjonens Best Practice Guidelines, 20. januar 2004 kap. 3, tilgjengelig på <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>. Se også Veiledning om fusjonskontroll, Konkurrence- og forbrugerstyrelsen august 2010, kapittel 3. <http://www.konkurrencestyrelsen.dk/konkurrenceomraadet/fusionskontrol/vejledning-til-fusionsreglerne/>.

¹⁰⁶ NOU 2003: 12 avsnitt 5.4.6.3.4 (s. 96).

gen. I sin veileder til saksbehandlingen ved kontroll med foretakssammenslutninger legger tilsynet også selv opp til slik kontakt.¹⁰⁷ Utvalget foreslår at det nærmere innholdet i forhåndskontakten reguleres i Konkurransetilsynets veileder til saksbehandlingen, og at veilederen på dette punktet i større grad utformes etter mønster fra de tilsvarende veiledningene i EU/EØS, Sverige og Danmark.

Utover møte i forkant av melding kan møter passende avholdes før utløpet av 20-dagersfristen i fase I, der et hovedformål vil være å avklare om partene vil foreslå avhjelpende tiltak og eventuelt diskutere utformingen av disse. Videre bør det avholdes et møte for eksempel 10 dager ut i fase II, der formålet vil være å diskutere mulige avhjelpende tiltak på bakgrunn av tilsynets 25-dagersvarsel. For øvrig bør møter arrangeres i tråd med Konkurransetilsynets veileder for saksbehandlingen med mindre tilsynets og sakens parter anser det som hensiktsmessig å avvike fra denne.¹⁰⁸

I tillegg vil det være naturlig at det avholdes møte ved inngivelse av forslag til avhjelpende tiltak i fase II forut for 70-dagersvarselet. Utvalget foreslår at Konkurransetilsynets veileder for saksbehandlingen revideres i samsvar med dette.

8.5.5.4 Gjennomføringsforbud

Etter konkurranseloven av 2004 var gjennomføringsforbudet opprinnelig knyttet til pålegg om fullstendig melding, eventuelt til inngivelse av frivillig fullstendig melding. Dette systemet ble endret i 2008, da det ble innført et automatisk gjennomføringsforbud for alle meldepliktige transaksjoner (dvs. transaksjoner som er omfattet av plikten til å gi alminnelig melding) i 15-dagersperioden frem til eventuelt pålegg om fullstendig melding.¹⁰⁹ Endringen ble begrunnet i hensynet til effektiv fusjonskontroll, samt at automatiske gjennomføringsforbud er vanlig i andre jurisdiksjoner. I forarbeidene til endringsloven uttaler departementet:

«Departementet har merka seg at mange høyringsinstansar meiner at det er fornuftig med eit automatisk gjennomføringsforbud slik det er fremja i høyringa, men at det medfører for

¹⁰⁷ Veileder til saksbehandlingen i fusjonssaker, 12. august 2009, tilgjengelig på <http://www.kt.no>.

¹⁰⁸ Veilederen, avsnitt 26. Dette er på linje med Kommissjonens praksis, se Kommissjonens Best Practice Guidelines punkt 33.

¹⁰⁹ Lov 20. juni 2008 nr. 43.

høge kostnader på grunn av dei låge tersklane for meldepliktige føretakssamanslutningar. Etter departementet si vurdering bør det gjelde eit automatisk gjennomføringsforbud i heile den fyrste fasen av ei fusjonssak slik det er foreslått i høyringa.»¹¹⁰

Pålegges det fullstendig melding, følger gjennomføringsforbudet i fase I av § 19 første ledd annet punktum. Minoritetserverv er ikke underlagt gjennomføringsforbud med mindre det pålegges fullstendig melding.

Utvalget er enig i at det automatiske gjennomføringsforbudet i gjeldende rett kan virke tyngende for næringslivet, tatt i betraktning det fåtall saker hvor det pålegges fullstendig melding og de relativt lave tersklene for meldeplikt. Hensynet til en effektiv fusjonskontroll må avveies mot hensynet til at restruktureringer ikke bør hindres eller utsettes unødige. Det er likevel slik at innvendingene mot det automatiske gjennomføringsforbudet primært skyldes antallet transaksjoner som omfattes. Slik gjeldende rett er utformet, fører Konkurransetilsynets behov for informasjon til at samtlige meldepliktige transaksjoner må legges på vent i en 15-dagersperiode, uavhengig av om de reiser konkurransemessige problemstillinger eller ikke. At det er behov for et gjennomføringsforbud for å hindre integrasjon mellom foretakene og kanskje irreversible skritt i saker hvor det gripes inn, kan det likevel ikke være tvil om.

Slik utvalget ser det, vil innvendingene mot det automatiske gjennomføringsforbudet langt på vei falle bort hvis terskelverdiene heves i tråd med utvalgets forslag, idet antallet transaksjoner som rammes vil reduseres betydelig. For de transaksjonene som overstiger terskelverdiene vil imidlertid perioden transaksjonen må legges på vent utvides fra 15 til 25 dager. Hensynet til de uproblematisk transaksjonene vil være ivaretatt av systemet med forenklet melding der saksbehandlingstiden normalt vil være kortere enn 25 dager. For de transaksjonene som går over til fase II vil det totalt sett bli pålagt gjennomføringsforbud i en kortere periode enn under gjeldende rett idet avviklingen av systemet med alminnelig melding vil føre til at 15-dagersperioden bortfaller. Samlet sett er det utvalgets vurdering at hensynet til en effektiv kontroll med foretakssammenslutninger nødvendiggjør at transaksjonene som klareres etter fase I etter det nye regimet vil utsettes 10 dager lenger enn etter gjeldende regimes 15 dagers frist for pålegg om fullstendig melding. På denne bak-

grunn vil utvalget foreslå at bestemmelsen om automatisk gjennomføringsforbud videreføres.

Videre vil utvalget foreslå at det automatiske gjennomføringsforbudet skal gjelde inntil Konkurransetilsynet har «avsluttet saken». Det vil dermed ikke være nødvendig for Konkurransetilsynet å gi særskilt pålegg om gjennomføringsforbud der saken tas over i fase II. I henhold til forslaget om avslutning av saker vil gjennomføringsforbudet enten bortfalle automatisk ved at saksbehandlingsfristene løper ut, eller ved at det i fase II sendes skriftlig melding til partene om at saken henlegges.

Etter gjeldende bestemmelse i konkurranseloven § 19 første ledd kan Konkurransetilsynet selv avgjøre om det skal gis unntak fra gjennomføringsforbudet. For å tydeliggjøre at Konkurransetilsynet skal måtte ta stilling til denne typen søknader vil utvalget foreslå at det tas inn en presisering i bestemmelsens ordlyd om at unntak kan innvilges etter søknad fra melder(ne).

8.5.5.5 Avslutning av saken

Utvalget har vurdert om det bør innføres en ordning der vurderingen av alle meldepliktige foretakssammenslutninger avsluttes med et vedtak enten transaksjonen godkjennes, godkjennes på vilkår eller forbyes. I EU/EØS skal for eksempel alle meldepliktige transaksjoner erklæres enten forenlige eller uforenlige med det indre markedet.

Tilsvarende gjelder i Danmark, jf. konkurranseloven § 12 c. Etter gjeldende norsk rett er en foretakssammenslutning å anse som klarert når fristene for inngrep løper ut; enten 15-dagersfristen for å pålegge fullstendig melding, 25-dagersfristen for å varsle at inngrep kan bli aktuelt, 70-dagersfristen for å fremlegge forslag til vedtak eller den etterfølgende 30-dagersfristen for inngrepsvedtak.

For å innføre et system med formell klarering av foretakssammenslutninger taler først og fremst partenes behov for å få avklart situasjonen så snart som mulig. Mot dette står først og fremst hensynet til konkurransemyndighetens ressursbruk, idet dagens ordning gjør det mulig å henlegge sakene og la tidsfristene løpe ut.

Utvalget vil påpeke at det i det forslaget som fremmes vil være en betydelig forskjell på avslutning i fase I eller fase II. Det er sannsynlig at det store flertallet av saker (som i dag) ikke vil gå videre til fase II. Videre ligger det i utvalgets forslag at Konkurransetilsynet må begrunne at saken tas videre til fase II, opp mot standarden «rimelig grunn til å anta» at det foreligger en rele-

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 35 (2007–2008) s. 12.

vant begrensning i konkurransen. Endelig legger forslaget opp til at saker så langt som mulig skal avklares uten at saksbehandlingsfristene løper helt ut. I dette perspektivet kan ikke utvalget se at ressursbruken ved å sende partene en skriftlig underretning om at saken legges bort vil være uforholdsmessig. Både av hensyn til sakens parter, tredjeparter og veiledning bør det stilles krav om at Konkurransetilsynet angir hvilke forhold som er vektlagt i en avgjørelse om ikke-inngrep i saker som går til fase II.

Dette vil kunne stille seg annerledes for det store antall saker som klareres innenfor fase I. I den utstrekning tilsynet konstaterer at inngrepsvilkårene ikke er oppfylt innenfor fase I, vil dette normalt ikke være tilfelle før et godt stykke ut i denne fasen av saksbehandlingen. Grunnet knappe frister gjør hensynet til partene seg dermed ikke gjeldende med samme styrke, samtidig som ressursbruken vil være mer betydelig.

Utvalget er likevel av den oppfatning at det er rimelig å stille krav om at partene underrettes om at saken henlegges.

På denne bakgrunn vil utvalget foreslå at det i alle saker sendes en skriftlig underretning om at saken avsluttes uten inngrep. For saker som er gått til fase II bør Konkurransetilsynet kort angi hvorfor det ikke forelå grunnlag for inngrep.

8.5.5.6 Offentlighet og partsinnsyn

Etter gjeldende rett er det ikke gjort unntak fra offentleglova for saker om foretakssammenslutninger.

Konkurransemyndighetenes behandling av meldte foretakssammenslutninger er underlagt strenge saksbehandlingsfrister. Erfaringsmessig behandler konkurransemyndighetene et ikke ubetydelig antall innsynsbegjæringer i saker om foretakssammenslutninger. Innsynsbegjæringer kan være svært tid- og ressurskrevende, og behandlingen av innsynsbegjæringer fra parter eller tredjemenn binder opp verdifulle ressurser i viktige faser av saksbehandlingen. Dette kan igjen påvirke konkurransemyndighetenes faktiske mulighet til effektiv utredning av de konkurransemessige problemstillinger foretakssammenslutningen reiser.

Særskilte problemer oppstår ofte i forhold til taushetsbelagte opplysninger som konkurransemyndighetene er pålagt ikke å gi innsyn i, jf. offentleglova § 13, jf. forvaltningsloven § 13. Avgivere av informasjon er som regel nærmest til å vurdere hvilke opplysninger som utgjør forretningshemmeligheter. Konkurransemyndighe-

tene ber derfor rutinemessig avgivere av opplysninger om å avmerke de taushetsbelagte opplysningene. Det er imidlertid ofte et problem for konkurransemyndighetene at avgiver av opplysninger har en restriktiv oppfatning av hvilke opplysninger som kan offentliggjøres, og ber om at langt flere opplysninger skal anses som taushetsbelagte enn det forvaltningsloven gir rom for. Det gis i mange tilfeller ingen begrunnelse for hvorfor opplysninger er å anse som taushetsbelagte. I tillegg til dette kan det være taushetsbelagte opplysninger som ikke er avmerket.

Utvalget har kommet frem til at en løsning som vil kunne avhjelpe konkurransemyndighetenes ressursituasjon er å stille krav til aktørene som avgir opplysninger til konkurransemyndighetene om å avmerke taushetsbelagte opplysninger og begrunne hvorfor opplysningene er omfattet av taushetsplikt med den konsekvens at det anses å foreligge samtykke til innsyn i taushetsbelagte opplysninger som ikke er avmerket, jf. forvaltningsloven § 13a nr. 1.

På dette punktet vises det til utvalgets forslag nedenfor i punkt 12.1.5.

Videre har utvalget funnet at det bør oppstilles en regel om at konkurransemyndighetenes frister for behandling av melding ikke begynner å løpe før offentlig versjon av meldingen er inngitt.

Bestemmelse om at offentlig versjon av melding må være inngitt før fristene begynner å løpe bør inntas i loven. Det samme gjelder kravet om begrunnelse for opplysninger som unntas som taushetsbelagte og bestemmelse om at alt som ikke er unntatt er fritatt for taushetsplikt.

Det kan i tillegg vurderes å oppstille en plikt for avgiver av opplysninger som bes unntatt som taushetsbelagt til å utarbeide sammendrag av innholdet i den taushetsbelagte informasjonen. Bestemmelser om dette bør inntas i forskrift.

Utvalget legger opp til en fusjonskontroll preget av hurtighet og mulighet for å oppnå avhjulpende tiltak fra partene. For å sikre dette er det både nødvendig å sikre partene effektiv adgang til dokumentasjon, og så vidt mulig unngå tvist om hvilket materiale det eventuelt ikke kan gis innsyn i.

8.5.6 Atferdsmessige aspekter og «ancillary restraints»

8.5.6.1 Tilknyttede begrensninger

Konkurranseloven § 16 sjette ledd regulerer visse atferdsmessige aspekter, for eksempel konkurranseforbud pålagt selger av virksomhet. Bestemmelsen lyder:

«Begrensninger som er direkte knyttet til en foretakssammenslutning eller et erverv som nevnt i annet ledd, er 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 gjelder generelt, og er ikke knyttet opp mot meldeplikten eller vedtak fra Konkurransetilsynet. Bestemmelsen omfatter både ordinære foretakssammenslutninger slik dette er definert i § 17, og minoritetserverv i henhold til § 16 annet ledd. Utvalget vil i det følgende vurdere om det er grunnlag for å videreføre denne bestemmelsen.

I henhold til EU/EØS-praksis gjelder det en doktrine om tilknyttede begrensninger («ancillary restraints»), som sier at mindre begrensninger som er nødvendige for å gjennomføre et lovlig «hovedsamarbeid», herunder en foretakssammenslutning, på visse vilkår ikke rammes av TEUV artikkel 101/EØS-avtalen artikkel 53/konkurranseloven § 10 (selv om de isolert sett kan sies å regulere konkurransen). Konkurransesklausuler må i henhold til denne doktrinen være «nødvendige for at overføre den overdragede virksomhet, og at deres gyldighetsperioder og anvendelsesområde er strengt begrenset til det formål.»¹¹¹ Samtidig er det på det rene at andre atferdsmessige reguleringer i tilknytning til en foretakssammenslutning vil måtte vurderes i forhold til atferdsreglene, herunder unntaksbestemmelsen i TEUV artikkel 101 nr. 3/EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3/konkurranseloven § 10 tredje ledd.

Utvalget legger til grunn at harmoniseringen av atferdsreglene i konkurranse-loven også omfatter disse aspektene ved TEUV artikkel 101/EØS-avtalen artikkel 53. Paragraf 16 sjette ledd sier dermed i utgangspunktet ikke annet enn å presisere når vilkårene i § 10 ikke er oppfylt, og skaper på den måten intet «eget» unntak fra § 10.

Spørsmålet er imidlertid om bestemmelsen kan ha selvstendig betydning der det i ettertid oppstår spørsmål om atferdsreguleringens forenlighet med konkurranse-loven, og transaksjonen allerede er foretatt.

Utvalget ser imidlertid ikke at § 16 sjette ledd kan ha slik betydning. Bestemmelsen viser bare til nødvendighetsvurderingen (som følger av praksis etter samarbeidsforbudet) og ellers til at den

bare gjelder der lovens inngrepsvilkår etter § 16 første ledd ikke er oppfylt. Konkurransetilsynet vil heller ikke ha tatt eksplisitt stilling til om de aktuelle reguleringer tilfredsstiller nødvendighetsvilkåret, idet det ikke fattes eksplisitte vedtak om å godkjenne transaksjoner der inngrepsvilkårene ikke er oppfylt. På dette punkt skiller norsk rett seg fra EU/EØS-regelverket. De lignende bestemmelsene i fusjonsforordningen artikkel 6 og 8 sier således at «ancillary restraints» er dekket av overvåkningsorganets klareringsvedtak. Denne funksjonen passer ikke inn med § 16 sjette ledd. I innstillingen til gjeldende konkurranselov begrunnes riktignok § 16 sjette ledd langs slike linjer:

«Utvalget anser at de beste grunner taler for at avtalemessige begrensninger som inngås i forbindelse med en foretakssammenslutning og som er direkte tilknyttet og nødvendige for gjennomføringen av denne, vurderes sammen med foretakssammenslutningen. Man unngår på denne måten at en foretakssammenslutning hvor vilkårene for inngrep ikke er til stede, blir blokkert fordi avtaleklausuler mellom partene blir rammet av øvrige bestemmelser i loven. Dette ville i realiteten medføre en utvidet kontroll med foretakssammenslutninger, idet forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i motsetning til reglene om foretakssammenslutninger, ikke inneholder noe vesentlighetskrav. Det er også retts teknisk enklere å behandle slike avtaler etter reglene om foretakssammenslutninger.»¹¹²

Selv om § 16 sjette ledd likevel skulle innebære at begrensninger knyttet til meldepliktige transaksjoner må anses klarert en gang for alle sammen med foretakssammenslutningen, er utvalget av den oppfatning at de bekymringene som er uttrykt i forarbeidene går vel langt. Det er ikke tale om ulike kriterier i hhv. § 10 og § 16 sjette ledd, og dermed vil det høyst være behovet for en bindende fastlegging av at nødvendighetsvilkåret er oppfylt som gjør seg gjeldende. Siden saker etter gjeldende rett ikke avsluttes med vedtak som erklærer transaksjonen forenlig (noe utvalget foreslår å videreføre), er det mulig for en domstol i en eventuell senere sivilrettslig tvist (for eksempel om gyldigheten av en konkurranseklausul) å ta stilling til dette vilkåret. Utvalget viser også til at konkurranseklausuler etc. avtalt i tilknytning til ikke meldepliktige transaksjoner uansett ikke kan ha noe selvstendig vern etter § 16 sjette ledd

¹¹¹ Sak 42/84 premiss 20.

¹¹² NOU 2003:12 avsnitt 5.4.4.2 (på s. 88-89).

(utover det som følger av nødvendighetsvurderingen etter § 10 første ledd).

Utvalget er derfor av den oppfatning at § 16 sjette ledd pr. i dag ikke har noen selvstendig funksjon utover å tydeliggjøre nødvendighetskriteriet som grunnlag for å bedømme en konkurransebegrensning som «ancillary». Bestemmelsen har imidlertid ingen plass i fusjonsregelverket all den tid den ikke bidrar med en eksplisitt klarering av atferdsreguleringer. Riktignok kan det stilles spørsmål om det ikke er behov for en hjemmel til å klarere atferdsreguleringer der foretakssammenslutninger godkjennes på vilkår. Slik utvalget vurderer det, har § 16 sjette ledd ikke denne funksjonen i dag, jf. uttrykksmåten «er ikke i strid». Utvalget ser det slik at lovligheten av for eksempel en karensklausul også etter gjeldende rett vil kunne prøves selvstendig for eksempel i en sivil rettssak selv om den er avtalt i tilknytning til en foretakssammenslutning som er godkjent på vilkår. Når utvalget ikke vil foreslå en generell regel om at alle meldepliktige fusjoner der inngrepsvilkårene ikke er oppfylt eksplisitt skal godkjennes, anses det heller ikke å være grunn til en særregulering for tiltakssakene.

Utvalget ser heller ikke at bestemmelsen har noen selvstendig funksjon for minoritetsserverv. For det første er det problematisk å hevde at erverv av en minoritetspost som ikke gir kontroll i seg selv skal kunne rettferdiggjøre en konkurranseklausul. For det andre kan minoritetsserverv representere en del av større samarbeidskomplekser av atferdsmessig art, noe som i tilfelle bør bedømmes som et hele. Det fremstår som kunstig å vurdere slike omfattende samarbeid under en standard for hva som er «nødvendig» for å gjennomføre slike minoritetsserverv, og bedømme det siste etter en standard for «vesentlig» begrensning i konkurransen. Utvalget kan ikke se at anvendelsen av § 16 sjette ledd på slike erverv er drøftet i forarbeidene til dagens lov, og antar at henvisningen ikke representerer noe ønske om å utvide ancillary restraint-doktrinen utover gjeldende rett i EU/EØS.

På denne bakgrunn vil utvalget foreslå at § 16 sjette ledd oppheves, og at slike begrensninger i fremtiden underlegges en selvstendig vurdering etter ancillary restraints-doktrinen under § 10, slik denne er utviklet i EU/EØS praksis.¹¹³

¹¹³ Se i første rekke sak 42/84 Remia BV m.fl. mot Kommisjonen, Samlingen 1985 s. 2545, premiss 20 og sak T-112/99, Métropole télévision (M6) m.fl. mot Kommisjonen, Samlingen 2001 s. II-2459, premiss 116.

8.5.6.2 Atferdsmessige virkninger av fellesforetak («spill-over effekter»)

I innstillingen til konkurranseloven ble det forutsatt at der etableringen av et fellesforetak leder til samordning av uavhengige foretaks atferd, skal denne samordningen vurderes etter atferdsreglene, men sammen med foretakssammenslutningen.¹¹⁴ Utvalget fulgte her ordningen i EU/EØS-retten, jf. nå fusjonsforordningen artikkel 2 nr. 4, som lyder:

«To the extent that the creation of a joint venture constituting a concentration pursuant to Article 3 has as its object or effect the coordination of the competitive behaviour of undertakings that remain independent, such coordination shall be appraised in accordance with the criteria of Article 101(1) and (3) of the Treaty, with a view to establishing whether or not the operation is compatible with the common market.»

Utvalget legger til grunn at slike kooperative aspekter mellom de stiftende foretakene (spill-over effekter) uansett vil måtte vurderes under samarbeidsforbudet, idet dette er harmonisert med EU/EØS-retten. Det fremstår også som hensiktsmessig at slike aspekter vurderes sammen med foretakssammenslutningen. Utvalget vil understreke at det også her er et viktig poeng at atferds- og strukturreglene forholder seg til den samme velferdsstandard. Selv om problemstillingen kan fremstå som noe teoretisk, er det uheldig at enkelte aspekter ved en foretakssammenslutning vurderes etter en annen velferdsstandard enn selve foretakssammenslutningen.

Denne typen begrensninger vil måtte vurderes i henhold til de materielle kriteriene i samarbeidsforbudet.¹¹⁵ Der et fullfunksjons fellesforetak avstedkommer slike atferdsmessige virkninger i form av koordinering mellom de stiftende foretakene, vil dette innebære at det må nedlegges forbud mot foretakssammenslutningen, eventuelt at den kan godkjennes på vilkår som eliminerer

¹¹⁴ NOU 2003:12 avsnitt 5.4.4.1.

¹¹⁵ Kommisjonen har utdypet vurderingen som følger: «In order to establish a restriction of competition in the sense of Article 81(1) of the EC Treaty, it is necessary that the coordination of the parent companies' competitive behaviour is likely and appreciable and that it results from the creation of the joint venture be it as its object or effect. (COMP/M.2211 - Universal Studio Networks/De Facto 829 (Ntl)/Studio Channel Limited punkt 36).

koordineringen. (Forutsatt at vilkårene i samarbeidsforbudets tredje ledd ikke er oppfylt.)

Spørsmålet er imidlertid hvorvidt en klarering ved at tidsfristene løper ut eller saken henlegges ved brev som nevnt i punkt 8.5.5.5 vil gi en immunitet i forhold til samarbeidsforbudet, dvs. at de atferdsmessige virkningene ikke vil kunne utfordres som stridende mot forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid på et senere tidspunkt. Tilsvarende spørsmål gjør seg gjeldende for transaksjoner som faller utenfor tersklene for meldeplikt. En slik problemstilling vil ikke oppstå innenfor EU/EØS-regelverket, for det første fordi tersklene for meldeplikt også angir fusjonsreglens anvendelsesområde, for det andre fordi alle saker avsluttes med formelle vedtak der også atferdsmessige aspekter er vurdert. I motsetning til det som ble anført for tilknyttede begrensninger, vil utvalget foreslå at også slike atferdsmessige virkninger som følger direkte av opprettelsen av fellesforetaket, ikke skal kunne gi grunnlag for inngrep etter atferdsreglene i ettertid.

På denne bakgrunn mener utvalget at det er behov for å regulere disse aspektene særskilt. Det foreslås derfor at det tas inn en bestemmelse tilsvarende fusjonsforordningen artikkel 2 nr. 4 i konkurranseloven § 16. For at Konkurransetilsynet skal kunne foreta en vurdering av de atferdsmessige aspektene, må meldingen ved opprettelse av fellesforetak også måtte inneholde opplysninger om hvorvidt morselskapene fortsatt er virksomme på det samme markedet som fellesforetaket eller på et tidligere eller senere ledd i omsetningskjeden eller på et tilgrensende marked. Det må derfor inntas en særskilt bestemmelse om dette i lovens § 18.

Når utvalget velger en ulik løsning for disse aspektene i forhold til konkurranseklausuler, skyldes det at spesifikt avtalte begrensninger på morselskaper/selgere er noe annet enn atferdsmessige virkninger som følger av selve transaksjonen. For slike atferdsmessige aspekter er det heller ikke utviklet noen egen doktrine under § 10 tilsvarende ancillary restraints-doktrinen. Konsekvensen av utvalgets forslag er således at spørsmålet om hva som er *nødvendig* av spesifikke reguleringer for å realisere transaksjonen vil kunne tas opp i ettertid (slik tilfellet også er i dag), mens konkurransevirkninger som følger av selve opprettelsen av fellesforetaket anses klarert en gang for alle. Det dreier seg da om atferdsmessige virkninger mellom foretak som alle kan føres tilbake til fusjonsavtalen. Separate eller senere avtaler vil

nødvendigvis ikke kunne ha en automatisk immunitet, selv om foretakssammenslutningen har blitt meldt.

Utvalget finner grunn til å presisere at regelen om klarering én gang for alle ikke skal gjelde for transaksjoner som ikke er meldepliktige, etter at 3-månedersfristen for å pålegge fullstendig melding er utløpt.

8.5.7 Klage

Utvalget legger opp til en klargjøring av tilsynets kompetanse til å akseptere avhjelpende tiltak, samt til en prosess som både gir tilsynet og parter incentiver til en rask avslutning av saken. Denne prosessen kan gjøre det nødvendig å foreta noen justeringer i klageadgangen. Etter gjeldende lov må departementet fatte vedtak innen 60 dager etter at klagen er mottatt, jf. konkurranseloven § 20 fjerde ledd. Utvalget ser ikke grunn til å foreslå endringer i denne fristen. Departementet kan prøve alle sider av saken, og oppheve, stadfeste eller endre vedtaket. Utvalget ser heller ikke grunn til å foreslå endringer i dette utgangspunktet.

Utvalget har imidlertid kommet frem til at departementets kompetanse bør være mer begrenset der det er fattet vedtak som godkjenner transaksjonen på vilkår som er foreslått av melder(ne). Etter det systemet utvalget legger opp til, vil slike vedtak kunne fattes på et meget tidlig stadium, uten at saken er fullt utredet. Det ville virke mot prosessens hensikt om departementet forutsetningsvis skulle gå inn i en full vurdering av alle sider av saken, siden dette reelt sett ville vært en førsteinstansbehandling. I så tilfelle kunne en frist på 60 dager også fremstå som for kort. Utvalget foreslår derfor at departementets kompetanse i saker som avsluttes etter tiltak foreslått av partene begrenses til en lovlighetskontroll, dvs. en kontroll av om de materielle inngrepvilkårene er oppfylt i henhold til situasjonen på vedtakstidspunktet, samt om det avhjelpende tiltaket avbøter de konkurransemessige problemene som har blitt påvist. En slik ordning vil også ivareta hensynet til tredjeparter som berøres direkte av vedtaket og som måtte ha rettslig klageinteresse i saken. Hvis vedtaket kjennes ugyldig, vil Konkurransetilsynet måtte gjenåpne saken. Utvalget anser at en praktisk løsning vil være at fristene i fase II gjelder for en slik gjenåpning. Saken er likevel endelig avgjort hvis departementet kommer frem til at de materielle inngrepvilkårene ikke var oppfylt.

Kapittel 9

Minoritetserverv

9.1 Utgangspunkter

Konkurranseloven § 16 annet ledd gir adgang til å gripe inn mot minoritetserverv på samme vilkår som etter første ledd, dvs. der ervervet fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Hjemmelen har hittil ikke vært benyttet. Etter 1993-loven, der begrepet bedriftserverv ikke var knyttet til «kontroll», ble det ved flere anledninger grepet inn mot erverv av minoritetsposter (i betydningen eierandeler under 50 prosent). Etter utvalgets vurdering ville et flertall av disse sakene uansett ha tilfredsstilt kontrollkriteriet etter gjeldende lov. Inngrepsadgangen mot minoritetserverv, i betydningen erverv som ikke innebærer en endring i kontrollen med et foretak, må derfor ses på som en slags sikkerhetsventil.

En særskilt inngrepsadgang mot minoritetserverv var ikke foreslått i NOU 2003: 12, men ble tatt inn i loven av departementet. Om begrunnelsen heter det:

«[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 innretning ut fra økonomisk rasjonell opptreden.

Økonomisk teori gir grunnlag for å anta at minoritetserverv kan være konkurranseskadelig. Enhver rasjonell bedrift vil søke å maksi-

mere 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 innretning 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.»¹

Departementet fant det hensiktsmessig å gi en egen bestemmelse om minoritetserverv, istedenfor å endre definisjonen av foretakssammenslutninger. Etter senere endringer skiller de prosessuelle reglene for minoritetserverv seg fra reglene for foretakssammenslutninger, bl.a. ved at de ikke er underlagt meldeplikt og heller ikke gjennomføringsforbud.

Det kan reises spørsmål om inngrepsadgangen mot minoritetserverv er problematisk i forhold til bestemmelsen i EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd, som gjennomfører forpliktelsen etter ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 3 nr. 2 (kapittel II gir ESA tilsvarende kompetanse som Kommisjonen etter rådsforordning (EF) nr. 1/2003) om at nasjonal konkurranselovgivning rettet mot avtaler og samordnet opptreden ikke kan være strengere enn EØS-reglene. Bestemmelsen lyder:

¹ Ot.prp. nr. 6 (2003-04) s. 78.

«Anvendelsen av norsk konkurranselovgivning må ikke føre til forbud mot avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og samordnet opptreden, som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3, eller som er omfattet av et gruppefritak etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3.»

Erverv av minoritetsposter vil i mange tilfeller bero på avtaler mellom foretak, og slike avtaler vil kunne vurderes etter EØS-avtalen artikkel 53, jf. nedenfor om Philip Morris-doktrinen. I disse tilfellene vil det således være i strid med EØS-konkurranseloven å gripe inn i henhold til § 16 annet ledd, dersom avtalen påvirker samhandelen og ikke oppfyller konkurransebegrensningskriteriet i EØS-avtalen artikkel 53. Denne problemstillingen er ikke drøftet i forarbeidene til den nåværende konkurranselov. Nettopp av hensyn til Philip Morris-doktrinen, og at erverv av minoritetsposter også kan komme i strid med § 10, er det usikkert hvor langt EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd faktisk begrenser anvendelsen av § 16 annet ledd. Utvalget går imidlertid ikke nærmere inn på denne problemstillingen, som i første rekke må avklares gjennom praksis.

9.2 Mulige skadevirkninger av minoritetseierskap

I analyser av minoritetseierskap kan det sondres mellom aktive og passive investeringer.² Med passive investeringer menes rent finansielle plasseringer i foretak, mens aktive investeringer innebærer at investor på en eller annen måte tar del i driften av målselskapet og således oppnår en viss innflytelse. Det er videre også vanlig å skille mellom ikke-koordinerte og koordinerte effekter, slik tilfellet er ved analyse av mulige skadevirkninger av et bedriftserverv, jf. generelt ovenfor i punkt 8.5.2.1.

En passiv investering kan føre til ikke-koordinerte virkninger. Dersom foretak A kjøper en

minoritetsandel i det konkurrerende foretaket B, vil foretak A ha interesse av å opptre mindre aggressivt i markedet enn før kjøpet av minoritetsandelen. Årsaken er at foretak B vil tjene på at foretak A er mindre aggressiv, og dermed vil eierne av foretak A tjene på dette ved at de får utbytte på sin minoritetsandel i foretak B (dette ble også lagt til grunn av departementet i forarbeidene til 2004-loven, jf. sitatet ovenfor). For eksempel vil en høyere pris av foretak A på dets produkter føre til at noen kunder går over til å kjøpe fra foretak B og dermed gi foretak B høyere inntekter og mer fortjeneste. Hvis det i tillegg er slik at foretak B kjøper eierandeler i foretak A (gjensidige minoritetsinteresser), vil denne type konkurranse-dempende effekt forsterkes. Nå er det foretak B som har interesse av å opptre mindre aggressivt, for eksempel ved å sette en høyere pris, da de vil få del i den økte fortjenesten i foretak A.

De ikke-koordinerte virkningene som her er beskrevet vil være like aktuelle dersom en eier av foretak A, uten å ha en eierandel på 100 prosent i foretak A, har kontroll over foretak A. Det kan endog tenkes at en slik aksjeeier har en større interesse av å dempe konkurransen enn det som er tilfelle for en som eier alle aksjene i foretak A. I tråd med det som er forklart over vil en eier med kontroll i foretak A (uten at den eier alle aksjene) og en minoritetspost i foretak B kunne ha interesse av at foretak A opptrer lite aggressivt, for eksempel setter en høy pris. Denne eieren vil tjene på dette gjennom sin aksjepost i foretak B, og denne gevinsten er større enn tapet for denne eieren i foretak A forbundet med at foretak A setter en (for) høy pris. Denne aksjeeieren kan ha interesse av å gå lenger i denne retning enn det som er i foretak As interesse, da det tapet som foretak A som sådan påføres bare delvis dekkes av denne eieren.

Hvis det er potensial for koordinerte virkninger i en næring, kan et minoritetseierskap i form av en passiv investering føre til dempet konkurranse. For å fastslå om dette er tilfelle, må en foreta en lignende analyse som den en gjør når en skal vurdere om en foretakssammenslutning fører til koordinerte virkninger: En må (i) vurdere om markedsstrukturen oppfyller kravene som stilles til at det kan oppstå koordinerte virkninger og (ii) vurdere om minoritetsposten vil gjøre det mer sannsynlig med koordinerte virkninger.³ En må foreta en vurdering fra sak til sak som ved bedriftserverv. Konkurransmessige problemer kan oppstå dersom et foretak med en liten markedsandel kjøper en minoritetspost i et konkurrerende foretak. Da foretaket med en liten markedsandel

² Se om både juridiske og økonomiske aspekter ved minoritetserverv Gabrielsen/Hjelmeng/Sørgard: Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships – the Scope for Competition Law Intervention, *European Law Review* 2011, 36(6), s. 837-860, samt CPI Antitrust Chronicle, January 2012 (1), som i sin helhet er viet problematikken (tilgjengelig på <https://www.competitionpolicyinternational.com/chronicle/>).

typisk vil være tilbøyelig til å starte å konkurrere, ut fra ønske om å få en større markedsandel, kan en minoritetspost i et annet foretak i samme næring gjøre det mindre lønnsomt å utløse konkurransen. Det lille foretaket kan tjene på å utløse konkurransen, mens andre foretak i samme næring kan tape. Når eierne av foretaket med en liten markedsandel har en minoritetspost hos et annet foretak i samme næring vil dermed nettogevinsten for disse eierne kunne være negativ, da tapet på minoritetsposten kan oppveie for gevinsten eierne oppnår i foretaket med en liten markedsandel. Denne effekten er først og fremst aktuell der det lille foretaket står i en særstilling som mulig utfordrer til større aktører i markedet.

Aktive investeringer har også et potensiale for ikke-koordinerte effekter. I motsetning til eksempelet over, vil nå eierne av foretak A kjøpe en så stor minoritetspost i foretak B at de kan oppnå innflytelse over driften i foretak B, men uten at innflytelsen er av en slik grad at kontrollkravet er oppfylt. Situasjonen er altså at eierposisjonen ikke rammes av konkurranseloven § 16 første ledd, fordi det ikke oppnås kontroll, men hvor foretak A likevel får en viss innflytelse over foretak B. Dette kan føre til at den ikke-koordinerte effekten blir større, og den kan endog bli større enn hva tilfellet er dersom det er et fullstendig bedriftsøvert (der foretak A kjøper 100 prosent av foretak B). Når foretak A kan øve en innflytelse over foretak B, kan den bruke sin innflytelse til å få foretak B til å opptre mindre aggressivt. Dette påfører foretak B isolert sett et tap, men til gjengjeld vil dempet konkurranse føre til økt fortjeneste for foretak A. Når foretak A er minoritetseier i foretak B vil den påvirke foretak B til å gå langt i retning av å dempe konkurransen, da den vet at deler av det tapet som foretak B isolert sett påføres dekkes av andre aksjeeiere i foretak B. På den måten kan foretak As eier påføre foretak B et tap, men for denne eieren vil tapet den påføres gjennom eierposten i foretak B motsvares av økt fortjeneste i foretak A som den eier fullt ut.

Endelig har aktiv investering også et potensiale for koordinerte effekter. De mulige skadelige effektene kan oppstå på lignende måter som beskrevet for tilfellet med passiv investering og koordinerte effekter. Men som forklart over, har

³ I Kommissjonens retningslinjer for vurdering av horisontale foretakssammenslutninger punkt 41, er det listet fire betingelser som må være oppfylt for at det skal være mulig med koordinerte virkninger: (1) Enkelt å oppnå en felles forståelse, (2) bedriftene kan overvåke om det er avvik fra forståelsen, (3) troverdig mekanisme for å straffe avvik fra forståelsen og (4) reaksjonen fra utenforstående er begrenset.

nå foretak A i større grad en påvirkning over foretak B sine beslutninger, men uten at kontrollkravet er oppfylt. Det kan for eksempel gi seg utslag i de strategiske valg foretak B gjør, slik som hvilke områder og nisjer de velger å konkurrere i. En kan for eksempel tenke seg at foretak B isolert sett hadde funnet det lønnsomt å gå inn i områder og nisjer der foretak A er aktiv, men foretak A har gjennom sin innflytelse mulighet til å hindre at så skjer. I så fall kan det i realiteten oppstå en markedsdeling, der foretak A betjener andre områder og nisjer enn det foretak B gjør. Hvis dette skjer som følge av kontakt, vil det rammes av § 10.

Alt i alt vil minoritetsøvert kunne ha konkurransedempende virkninger, og i hvor stor grad det kan skje vil avhenge av (i) hvorvidt det er en passiv eller aktiv investering og (ii) hvorvidt det oppstår ikke-koordinerte eller koordinerte effekter.

Videre vil minoritetsposter kunne gi rett til for eksempel styrerepresentasjon, noe som kan føre til konkurranseskadelig informasjonsutveksling, særlig i den forstand at minoritetseieren får innsyn i konkurrentens virksomhet og strategiske beslutninger.⁴ Der markedet ligger til rette for koordinerte virkninger, vil informasjon om konkurrenters atferd kunne lede til begrenset konkurranse, fordi den usikkerheten som er en forutsetning for konkurranse forsvinner. Slike virkninger kan inntre også om informasjonen gjelder historiske forhold, forutsatt at den er relativt fersk. Slik utveksling av informasjon er imidlertid ikke direkte knyttet til minoritetseierskapet, men til personelle koblinger som oppstår som følge av eierskapet, jf. nærmere nedenfor i punkt 9.4.

9.3 Kontrollmuligheter etter gjeldende rett

Etter gjeldende rett er det bare § 16 annet ledd som eksplisitt åpner for en kontroll med minoritetsøvert. Atferdsreglene i EU/EØS kan imidlertid til en viss grad benyttes på slike øvert, samt på etterfølgende atferd i form av utveksling av informasjon. Siden atferdsreglene i konkurranseloven er harmonisert, legger utvalget til grunn at tilsvarende muligheter eksisterer etter atferdsreglene i norsk rett.

I EU/EØS-retten har minoritetsøvert først og fremst blitt vurdert etter den såkalte Philip Mor-

⁴ Om skadevirkninger av informasjonsutveksling mellom konkurrenter, se Hjelmeng: Informasjonsutveksling mellom konkurrenter og kartellforbudet i EØS-avtalen, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2003 s. 648-672.

ris-doktrinen, etter saken med samme navn.⁵ I saken hadde Kommisjonen vurdert Philip Morris' oppkjøp av en minoritetsandel i Rothmans, et konkurrerende foretak. Etter at partene påtok seg visse forpliktelser ble oppkjøpet klarert med negativattest. Denne ble deretter brakt inn for EU-domstolen av en tredje konkurrent, BAT. Saken ble avgjort før fusjonsforordningen ble vedtatt, under daværende artikkel 85 EF (nå TEUV artikkel 101). EU-domstolen ga følgende prinsipputtalelse:

«Although the acquisition by one company of an equity interest in a competitor does not in itself constitute conduct restricting competition, such an acquisition may nevertheless serve as an instrument for influencing the commercial conduct of the companies in question so as to restrict or distort competition on the market on which they carry on business.»⁶

Domstolen gikk deretter inn på ulike typer av virkninger. Ut fra dommen kan man identifisere følgende situasjoner:

1. At minoritetservervet leder til de jure eller de facto kontroll (premiss 38). Disse tilfellene vil i dag fanges opp av fusjonsregelverket.
2. Oppkjøpet gir kjøper mulighet til å styrke sin posisjon senere (premiss 39 og 45). Også disse tilfellene vil fanges opp av fusjonsreglene, i alle fall på det tidspunkt eierposisjonen leder til kontroll.
3. Kjøpsavtalen legger opp til mer omfattende kommersielt samarbeid mellom partene (premiss 38).
4. Minoritetsandelen tvinger partene til å ta hverandres interesser i betraktning ved fastleggelsen av sin markedsstrategi (premiss 48).

Punkt 4 må anses å dekke de bekymringer som er fremhevet i konkurranselovens forarbeider som begrunnelsen for å innføre en egen bestemmelse om inngrep mot minoritetserverv. Også forholdene beskrevet i punkt 3 må antas å kunne gi grunnlag for inngrep mot minoritetserverv etter § 16 annet ledd. Dermed kan det legges til grunn at Philip Morris-doktrinen er dekket av fusjonsregelverket i konkurranseloven.

Philip Morris-doktrinen og anvendelsen av TEUV artikkel 101/EØS-avtalen artikkel 53 på erverv av minoritetsandeler har klare svakheter.

⁵ Forente saker 142 og 156/84 BAT/Reynolds mot Kommisjonen, [1987] ECR 4487.

⁶ Premiss 37.

For det første vil det være tilfeldig om det består en avtale mellom foretak eller ikke, noe som også fører til at det er tilfeldig om TEUV artikkel 101/EØS-avtalen artikkel 53 kan anvendes. Ved mange transaksjoner kan det også tenkes at selger ikke en gang er kjent, eller at aksjene eller andelene kjøpes fra en stor (og kanskje uensartet) gruppe, for eksempel over børs. For det andre vil det ikke nødvendigvis være slik at de konkurransemessige problemstillingene oppstår mellom avtalepartene. Oftest vil det forholde seg annerledes, med mindre selger av aksjene beholder kontroll med målselskapet. Philip Morris-doktrinen fremstår etter dette som et lite målrettet verktøy med hensyn til minoritetserskap. Doktrinen har også blitt benyttet i meget liten utstrekning, og kan i dag anses som mer eller mindre sovende.⁷

Også misbruksforbudet i TEUV artikkel 102/EØS-avtalen artikkel 54 (konkurranseloven § 11) har blitt benyttet mot minoritetserverv, jf. Gillette-saken. Gillette ervervet der en 22 prosent eierandel i et konkurrerende foretak som kontrollerte varemerket Wilkinson Sword, en viktig konkurrent innenfor barbersaker. Transaksjonen var ledd i et større samarbeid. Kommisjonen vurderte transaksjonen primært etter misbruksforbudet, og kom til at det var overtrådt ved at det ble etablert en link mellom partene som kunne påvirke konkurransen på markedet.⁸ Sannsynligvis vil det samme resonnementet kunne anvendes der et minoritetserverv leder til ytterligere bånd mellom foretak som sammen innehar en dominerende stilling (kollektiv dominans), eller der en slik stilling utvides til andre foretak. Anvendelsen av misbruksforbudet har den styrke sammenliknet med samarbeidsforbudet at man ikke må påvise en avtale mellom foretak. Samtidig er anvendelse av misbruksforbudet avhengig av at det kan etableres en dominerende stilling forut for ervervet. På denne bakgrunn gir ikke konkurranselovens øvrige bestemmelser noe virkemiddel som er målrettet i forhold til erverv av minoritetserverv.

Samarbeidsforbudet vil kunne ramme utveksling av informasjon også gjennom personelle koblinger, for eksempel der en daglig leder i ett foretak sitter i styret hos en konkurrent. Dette kan

⁷ Se sakene Gillette (beslutning 252/93/EØF, EFT L 116 av 12.05.93 s. 21), BTI/MCI (beslutning 94/579/EF, EFT L 223 av 27.8.1994, s. 36), Olivetti/Digital (beslutning 94/771/EF, EFT L 309 av 2.12.1994, s. 24) og Phoenix/GlobalOne (beslutning 96/547/EF, EFT L 239 av 19.9.1996, s. 57). Alle disse sakene er imidlertid temmelig gamle.

⁸ Det er sikker rett at et foretakserverv kan utgjøre et misbruk av dominerende stilling, jf. allerede sak 6/72 Europemballage og Continental Can mot Kommisjonen [1973] ECR 215, premiss 26-27.

forankres i EU-domstolens praksis, jf. Suiker Unie der Domstolen fremholder at samarbeidsforbudet

«strictly preclude any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market.»⁹

Ved senere anledninger er det slått fast at forbudet vil kunne ramme selve informasjonsutvekslingen (uten at det er nødvendig å føre bevis for at den konkret har påvirket markedsatferden).¹⁰ Samtidig vil også rent ensidig formidling av informasjon kunne rammes, samtidig som det kan være en overtredelse selv om formidlingen skjer ved et engangstilfelle.¹¹ Ut fra denne praksisen er det vanskelig å se at ikke konkurranseloven § 10 også skulle ramme utveksling av konkurransesensitiv informasjon, selv om den skjer gjennom kanaler som medlemskap i et styre. I praksis kan det likevel vise seg vanskelig å avdekke slike overtredelser. Det foreligger heller ingen avgjørelser som gir veiledning om hva som eventuelt må kreves, for eksempel om det kan være slik at bestemmelsen overtres allerede der informasjonen gjøres kjent for styremedlemmet eller om det må kreves at den er kommunisert eksplisitt tilbake til foretaket.

Selv om § 10 således kan bidra til å forhindre konkurransebegrensende informasjonsflyt, også i bestående minoritetsseierskap, fremstår heller ikke denne bestemmelsen som et fullgodt virkemiddel. At foretak i alle fall til en viss grad vil være klar over begrensningene og sørge for at slik informasjonsspredning begrenses, endrer ikke på dette. Samtidig er ikke § 10 til hinder for at det etableres styrerepresentasjon eller andre personelle koblinger som legger til rette for slik utveksling. Videre er det på det rene at § 10 ikke rammer styremedlemskapet som sådant.

9.4 Utvalgets vurderinger

De skadevirkninger som er identifisert ovenfor kan føres tilbake til følgende forhold:

1. Selve eierposisjonen kan påvirke incitamentene til konkurranse mellom foretaket og deleier.
2. Eierposisjonen kan gi mulighet til innflytelse over målselskapets forretningsdrift, for eksempel gjennom styrerepresentasjon.
3. Eierposisjonen kan føre til konkurransestridd utveksling av informasjon, for eksempel gjennom styrerepresentasjon.

Utvalget er av den oppfatning at punkt 2 langt på vei ivaretas gjennom den ordinære fusjonskontrollen, gjennom kravet om kontroll og nærmere bestemt kriteriet «bestemmende innflytelse». Det er mer usikkert om det er behov for å opprettholde en inngrepsadgang på bakgrunn av mer begrensede former for innflytelse. Dette kommer utvalget tilbake til.

Videre er utvalget i tvil om rene incitamentsvirkninger bør være tilstrekkelig til å begrunne et inngrep, jf. punkt 1 ovenfor. Det fremgår at disse incitamentsvirkningene er omstridte, og fremstår som vanskelig å påvise. Tatt i betraktning den terskelen som inngrepsvilkåret «vil begrense konkurransen vesentlig i strid med lovens formål» oppstiller, har utvalget problemer med å se at slike virkninger vil kunne forutsettes med tilstrekkelig sikkerhet til å begrunne et inngrep. Dette forholdet tilsier imidlertid ikke at kontrollen med minoritetserverv bør avvikles, men at en sammenkobling med fusjonskontrollens materielle inngrepsvilkår ikke er optimalt.

Med hensyn til punkt 3, er det usikkert om en regulering overhodet bør gjennomføres i tilknytning til strukturreglene. Utnevnelse av styremedlemmer er ikke nødvendigvis direkte knyttet til ervervet av minoritetsposten, samtidig som det reelle problemet – gjennomsiktighet mellom foretak i et oligopolmarked – i denne sammenheng primært fremstår som et atferdsmessig problem. I den utstrekning slik styrerepresentasjon faktisk representerer et konkurransemessig problem i konkrete saker, vil det også kunne være vanskelig for Konkurransetilsynet å forutsette om slike problemer vil materialisere seg. Slik departementet har fremhevet, og utvalget har underbygget ovenfor, vil slike problemstillinger et stykke på vei kunne håndteres under atferdsreglene. Utvalget vil imidlertid fremheve at informasjonsutveksling gjennom styrerepresentasjon vil kunne være problematisk å føre bevis for eller å oppdage, samtidig

⁹ Forente saker 40 etc./73 Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA m.fl. mot Kommisjonen, [1975] ECR 1663, premiss 174.

¹⁰ Sak C-199/92 P Hüls AG mot Kommisjonen, [1999] ECR I-4287, premiss 162.

¹¹ Sak C-8/08 T-Mobile Netherlands BV m.fl. mot Kommisjonen, [2009] ECR I-4529, premiss 58-59.

som det er uklart hvilke virkemidler som kan benyttes.

Svakhetene knyttet til § 16 annet ledd kan oppsummeres i følgende punkter: For det første er det vanskelig å forutse eller dokumentere virkningene av slike erverv. Personelle koblinger behøver heller ikke aktualiseres umiddelbart. For det andre har konkurransemyndigheten et informasjonsproblem med hensyn til å fange opp relevante minoritetserverv innenfor fristen på tre måneder, jf. § 18 fjerde ledd. For det tredje fanger bestemmelsen ikke opp atferd innenfor etablerte tilfeller av minoritets- eller krysseierskap. Sistnevnte kan imidlertid i prinsippet fanges opp av konkurranseloven § 10.

Utvalget foreslår likevel å videreføre en hjemmel til å gripe inn mot minoritetserverv på bakgrunn av påvirkning av incentivene til å konkurrere. For å synliggjøre at reglene er forskjellige fra fusjonskontrollen, vil utvalget imidlertid foreslå at reguleringen av minoritetserverv tas inn i en egen bestemmelse med følgende ordlyd:

«§ 16a. Inngrep mot erverv av andeler i foretak som ikke fører til kontroll

Konkurransetilsynet skal forby erverv av andeler i et foretak som ikke fører til kontroll dersom ervervet i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse. Er ervervet gjennomført ved trinnvise 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.

Bestemmelsene i § 16 annet til femte ledd gjelder tilsvarende for inngrep etter første ledd.»

For å bøte på noen av utfordringene med reguleringen av minoritetsseierskap som er påpekt ovenfor, kan det vurderes å innføre en direkte regulering av personelle koblinger mellom foretak. Med personelle koblinger menes typisk at personer i ledelsen i ett foretak også sitter i styret i et annet. Utvalget legger til grunn at personelle koblinger mellom foretak ikke er uvanlig i norsk næringsliv.

I amerikansk rett er slike koblinger på visse vilkår forbudt etter Clayton Act Section 8.¹² Bestemmelsens bokstav a første, annet og fjerde ledd lyder:¹³

«Interlocking directorates and officers

¹² 15 U.S.C. 19 (US Code Title 15, Section 19).

¹³ Tredje og femte ledd regulerer beregning av omsetning/kapital.

(a) (1) No person shall, at the same time, serve as a director or officer in any two corporations (other than banks, banking associations, and trust companies) that are -

(A) engaged in whole or in part in commerce; and

(B) by virtue of their business and location of operation, competitors, so that the elimination of competition by agreement between them would constitute a violation of any of the antitrust laws;

if each of the corporations has capital, surplus, and undivided profits aggregating more than \$10,000,000 as adjusted pursuant to paragraph (5) of this subsection.

(2) Notwithstanding the provisions of paragraph (1), simultaneous service as a director or officer in any two corporations shall not be prohibited by this section if -

(A) the competitive sales of either corporation are less than \$1,000,000, as adjusted pursuant to paragraph (5) of this subsection;

(B) the competitive sales of either corporation are less than 2 per centum of that corporation's total sales; or

(C) the competitive sales of each corporation are less than 4 per centum of that corporation's total sales.

[...]

(4) For purposes of this section, the term «officer» means an officer elected or chosen by the Board of Directors.»

Denne bestemmelsen adresserer konkret de problemer som oppstår som følge av personelle koblinger, først og fremst gjennom utveksling av informasjon. Bestemmelsen er tett knyttet til Sherman Act Section 1 (det amerikanske forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid), idet forholdet mellom foretakene er definert som at en avtale om å utelukke konkurransen mellom foretakene ville ha vært i strid med dette forbudet. Det fremgår av praksis at et sentralt formål er å utelukke utveksling av informasjon som ellers ville vært i strid med samarbeidsforbudet. I sin praksis uttaler Federal Trade Commission således:

«The director interlock between competitors may lead to trade restraints in violation of Section 1 of the Sherman Act. The relationship creates a means by which *per se* illegal agreements between competitors may be reached involving price fixing and division of markets. Furthermore, the relationship creates an

incentive for such illegal agreements because the joint director is now interested in increasing the profits of both firms and one way to do that is to eliminate competition between them. Even if competition is not reduced by formal agreement, such an interlock will surely increase the exchange of competitive information between the interlocked competitors. The exchange of competitive information between competitors under certain circumstances has been held to be per se illegal under the Sherman law.»¹⁴

Forbudet mot visse personelle koblinger kan dermed anses som et preventivt instrument mot brudd på konkurranselovgivningen, som vil kunne være vanskelig å avdekke i betraktning av at den skjer gjennom faste og legale kanaler. Selv om utvalget antar at det er en viss bevissthet blant foretak om problemene knyttet til utveksling av informasjon gjennom styremedlemmer etc., legger utvalget til grunn at en viss utveksling av informasjon i mange tilfeller kan være uunngåelig.

En regulering som tilsvarer den som finnes i amerikansk lovgivning er ikke fremmed i norsk rett. I finansieringsvirksomhetsloven § 2-8 er det inntatt en bestemmelse som lyder:

«Den som er medlem av et styrende organ eller innehar ledende stilling i en finansinstitusjon, kan ikke samtidig være medlem av et styrende organ i en annen finansinstitusjon med mindre annet er bestemt av Kongen.

Kongen fastsetter nærmere regler om gjennomføringen og avgrensningen av forbudet i første ledd.»

I merknadene til bestemmelsen i Ot.prp. nr. 41 (1986-87) heter det:

«Bestemmelsen er en naturlig konsekvens av reglene om begrensning av gjensidige eierandeler og om konsesjonsbehandling av fusjoner og samarbeidsavtaler for å motvirke redusert konkurranse mellom finansinstitusjonene. Reglene ansees nødvendige for at de konkurransestimulerende tiltakene samlet sett skal

virke etter hensikten. Bestemmelsene innebærer at en person som er medlem av styret, representantskapet eller forstanderskapet i en finansinstitusjon ikke kan inneha verv i et styrende organ i andre finansinstitusjoner. Reglene gjelder både valgte og oppnevnte medlemmer. Medlemmer av en valgkomité rammes ikke av bestemmelsen.

I hvilken grad regelen bør komme til anvendelse også på foretak innen et konsern, må vurderes nærmere i forbindelse med utformingen av forskriftene.

Bestemmelsene gjelder også for personer som innehar ledende stilling i en finansinstitusjon. Foruten foretakets direktør eller daglige leder vil dette gjelde også annet personell i ledende stilling. En nærmere avgrensning vil måtte foretas i de forskrifter som forutsettes gitt.

Det forutsettes at det i forskriftene vil bli utformet nærmere regler for gjennomføring av forbudet, herunder unntak og dispensasjonsadgang for tilfelle hvor dette vil være ubetenkelig.»

Utvalget viser til at bestemmelsen er delvis konkurransepolitisk begrunnet. Problemstillinger knyttet til konkurranseskadelig gjennomsiktighet er imidlertid ikke begrenset til finansmarkedene, selv om informasjonsflyt i slike markeder også kan være problematisk i forhold til regler om innsideinformasjon mv.

Etter utvalgets vurdering kan en slik regulering av personelle koblinger redusere risikoen for konkurransebegrensende informasjonsutveksling. På den annen side vil en slik regulering være et inngrep i eiernes adgang til selv å utpeke styremedlemmer i sine foretak. Utvalget har av hensyn til tid og ressurser ikke prioritert å utrede nærmere om de konkurransefremmende virkningene av en slik regulering er tilstrekkelige til å begrunne et slikt inngrep i eiernes frihet til å utpeke styremedlemmer. Prioriteringen er også begrunnet i at Kommisjonen har iverksatt en studie av den økonomiske betydningen av minoritetsierskap.¹⁵

¹⁴ Fed. Sav. & Loan Ass'n, 90 F.T.C. 606 s. 621-22.

¹⁵ http://ec.europa.eu/competition/calls/2011_029_tender_specifications_en.pdf.

Kapittel 10

Offentlige konkurransebegrensninger

10.1 Forholdet til andre lover og unntak

10.1.1 Mandat

Utvalget er ikke i mandatet bedt om å vurdere særskilt forholdet til andre lover og mulighetene til å gjøre unntak fra loven. Utvalget finner likevel grunn til å påpeke enkelte forhold som i praksis har budt på en viss tvil.

10.1.2 Gjeldende rett

Forholdet til andre lover er regulert i gjeldende lovs § 4, mens hjemmelen for å gjøre sektorvise unntak finnes i § 3.

Paragraf 4 gir hjemmel for å regulere ulike forvaltningsorganers innbyrdes kompetanse, hvilket kan være praktisk der flere forvaltningsmyndigheter har hjemmel til å gripe inn i markeder. En typisk problemstilling er forholdet mellom konkurransemyndigheter og sektormyndigheter, der det kan være flere myndigheter som kan eller skal ta konkurransepolitiske hensyn ved praktisering av lovgivningen. Formålet med bestemmelsen er å unngå mulige konflikter mellom ulike organers inngrep.¹ En avgjørelse om å regulere kompetansen kan innebære at én myndighet får begrenset kompetansen i forhold til den opprinnelige fullmakten.

Hittil er det ikke gitt slike forskrifter. Konkurransetilsynet har imidlertid inngått samarbeidsavtaler med flere sektormyndigheter som Post- og teletilsynet, Finanstilsynet, Norges vassdrags- og energidirektorat, Forbrukerombudet og Forbrukerkerrådet.

Adgangen til å gi generelle unntak fra loven er regulert i § 3 annet ledd.² Denne er foreløpig benyttet til å gi unntak i fire ulike sektorer.³ Unntak for landbruks- og fiskeripolitikken skal gis av Kongen i statsråd.

Formålet med unntakshjemmelen er å sikre at andre politiske eller samfunnsviktige målsetninger kan realiseres uten hinder av konkurranseloven, samtidig som konkurransepolitiske målsetninger kan balanseres mot andre ikke-økonomiske hensyn, for eksempel kulturhensyn. Samtidig var det et selvstendig poeng at konkurransemyndighetene skal rendyrke konkurransemessige vurderinger, og ikke befatte seg med avveininger av politisk karakter.

Et særlig spørsmål, som ikke er løst i loven, er hvordan tilfeller hvor foretak er pålagt en bestemt atferd av det offentlige (for eksempel gjennom konsesjoner, vilkår i enkeltvedtak etc.) skal bedømmes etter forbudsbestemmelsene i § 10 og § 11. I EU/EØS-retten vurderes slike situasjoner etter de såkalte state action- og state compulsion-doktrinene.⁴

I state action- doktrinen ligger at offentlige tiltak etter forholdene vil kunne være i strid med konkurransereglene i kombinasjon med den alminnelige lojalitetsplikten.⁵ Denne doktrinen innebærer at det offentlige tiltaket vil måtte bringes til opphør, og at slike pålegg ikke kan anvendes overfor foretakene det gjelder. Plikten til slik ikke-anvendelse (og dermed etterfølgende full

¹ NOU 2003: 12 s. 63-64 og Ot.prp. nr. 6 (2003-04) s. 39-40.

² NOU 2003: 12 avsnitt 4.4.4.1 og Ot.prp. nr. 6 (2003-04) avsnitt 4.4.

³ Forskrift 23. april 2004 nr. 651 om unntak for samarbeid mv. innen landbruk og fiske, forskrift 29. april 2005 nr. 367 om unntak fra konkurranseloven § 10 for samarbeid ved omsetning av bøker (endret ved forskrift av 17. desember 2010 nr. 1659), forskrift 19. juni 2009 nr. 674 om unntak fra konkurranselova for samarbeid mv. for enkelte grupper privatpraktiserende legar, psykologar og fysioterapeutar og forskrift 17. desember 2010 nr. 1660 om mellombels unntak fra konkurranseloven for avtaler om klinisk veterinær-vakt.

⁴ Se nærmere Hjelmeng: Offentlig regulering og konkurranseretten – en analyse av «state compulsion»-forsvaret, Fagbokforlaget 2009.

⁵ TEUV artikkel 101 eller 102 i kombinasjon med lojalitetsplikten i TEU artikkel 4(3) og protokoll 27 til TEU og TEUV som fastslår at det indre marked også innebærer et system som sikrer at konkurransen ikke fordreies. I EØS-avtalen følger tilsvarende av EØS-avtalen artikkel 53 eller 54 i kombinasjon med artikkel 3 og artikkel 1 nr. 2 bokstav e. Den grunnleggende dommen er sak 13/77 GB - INNO-BM v Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak, Samlingen 1977 s. 2115.

anvendelse av konkurransereglene overfor foretakene), påhviler også nasjonale konkurransemyndigheter.⁶

Det er likevel ikke slik at enhver regulering som resulterer i et annet resultat enn det et fritt marked ville ha ledet til (for eksempel en prisregulering som fastsetter en markedspris over det som kunne vært realisert ved konkurranse), vil være i strid med state action-doktrinen. Doktrinen gjelder bare der det pålegges, oppfordres til eller tilrettelegges for atferd som på selvstendig grunnlag vil være i strid med konkurransereglene, for eksempel at det oppfordres til et samarbeid mellom foretak, eller at et slikt samarbeid pålegges.⁷

Den andre doktrinen, «state compulsion», innebærer et bøtefritak for foretak som er pålagt handlinger som bedømmes i strid med konkurransereglene.⁸ Dette unntaket er relativt snevert, og forutsetter i praksis at foretakene ikke har noe valg med hensyn til hvordan de vil innrette seg. Består det et rom for konkurranse, plikter foretakene således å utnytte dette. Unntaket er forankret i at foretakenes atferd i slike tilfeller ikke skyldes deres forretningsmessige autonomi, men offentlig regulering. Unntaket er innfortolket i TEUV artikkel 101 og 102/EØS-avtalen artikkel 53 og 54, men ikke knyttet spesifikt opp til noen av vilkårene i bestemmelsene.⁹

Det kan stilles spørsmål om en tilsvarende lære, dvs. at foretak ikke bryter konkurranseloven der handlingene er pålagt, også er gjeldende under konkurranseloven.

I EU/EØS-retten er «state compulsion» knyttet tett opp til «state action». Utgangspunktet der er at foretakene ikke kan bøtelegges for atferden, men at nasjonale myndigheter plikter å bringe tiltakene til opphør, slik at konkurransereglene deretter kan anvendes fullt ut. Foretak vil således først kunne sanksjoneres etter at det nasjonale tiltaket er opphevet.

En tilsvarende sammenheng finnes ikke nødvendigvis under norsk rett. Her er det ingen overordnede prinsipper som sier at tiltak som pålegger eller oppmuntrer til atferd i strid med § 10 eller § 11 i konkurranseloven automatisk skal settes til side. Spørsmålet er i stedet om det foreligger en form for motstrid mellom konkurranseloven selv og den aktuelle reguleringen. Hvis pålegg om bestemte former for atferd i for eksempel konsesjoner skulle føre til at det ikke forelå noen overtredelse av bestemmelsene, ville det imidlertid ikke kunne foreligge en slik motstrid. Alternativet da ville være en påpekning av konkurranseskadelige virkninger av offentlige reguleringer, jf. konkurranseloven § 9 annet ledd bokstav e, se nærmere i punkt 10.2 nedenfor. Reelt sett ville en aksept av state compulsion-forsvaret under konkurranseloven således ha innført en ytterligere unntaksadgang i loven.

Selv om «state compulsion» ikke har blitt anerkjent som frifinnelsesgrunn i enkeltsaker under konkurranseloven, har relevansen av unntaket likevel blitt anerkjent. I Kystbussaken gikk Konkurransetilsynet inn på en konkret vurdering knyttet til anførsler om at samarbeidet var myndighetspålagt.¹⁰ Saken gjaldt samarbeid om ekspressbussruter, og partene hadde bl.a. argumentert med at samarbeidet var «et resultat av offentlig myndighetsutøvelse» gjennom tildelingene av løyver.¹¹ Tilsynet uttalte at

«Av fellesskapspraksis og juridisk teori følger at dersom offentlige myndigheter ved lov, forskrift eller individuelle påbud har tilskyndet parter å inngå en avtale med et bestemt innhold, anses avtalen som et resultat av direktiv fra det offentlige, og ikke privatautonomi. Slike avtaler faller utenfor avtalebegrepet i artikkel 81, EØS-avtalens artikkel 53 og konkurranseloven § 10.»¹²

I saken vurderte tilsynet forholdet etter EØS-reglens krav, men kom til at det ikke forelå tilstrekkelig presise pålegg til at § 10 ikke kunne anvendes.¹³

Utvalget legger til grunn at den ulike konteksten under konkurranseloven og EU/EØS-reglene fører til at state compulsion-doktrinen

⁶ Sak C-198/01 *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Samlingen 2003 s. I-8055.

⁷ Se for eksempel sak 231/83 *Henri Cullet m.fl.*, Samlingen 1985 s. 305, premiss 17, og sak C-2/91 *Straffesak mot Meng*, Samlingen 1993 s. I-5751, slutningen.

⁸ Forente saker C-359/95 P og C-379/95 P *Kommisjonen og Frankrike mot Ladbroke Racing Ltd.*, Samlingen 1997 s. I-6265, premiss 33-35.

⁹ I forente saker C-359/95 P og C-379/95 P *Kommisjonen og Frankrike mot Ladbroke Racing Ltd.*, Samlingen 1997 s. I-6265, premiss 33, sier EU-domstolen at «Traktatens artikkel [101 og 102] tager således kun sigte på konkurrencestridig adfærd fra virksomhedernes side på deres eget initiativ», dvs. uten å knytte drøftelsen opp til noen av de enkelte vilkårene.

¹⁰ Vedtak V2007-9 *Tide Reiser AS – Veolia Transport Sør AS* 15. mai 2007. Vedtaket er påklaget til departementet.

¹¹ Vedtaket s. 10.

¹² Vedtaket s. 10.

¹³ Se også vedtak V2009-7 *Taxi Midt-Norge* 13. mars 2009 punkt 3.2.1.2 for tilsvarende resonnering og resultat.

ikke automatisk kan legges til grunn etter konkurranseloven. I EU/EØS-retten er doktrinen konstruert rundt et autonomikriterium som innfortolkes i TEUV artikkel 101 og 102/EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Utvalget kan ikke se at dette kriteriet kan overføres uendret til konkurranseloven. Spørsmålet ble ikke vurdert av lovgiver ved utarbeidelsen av gjeldende konkurranselov, men det var en diskusjon om muligheten for unntak fra loven. Konkurranseloven § 3 er et resultat av denne diskusjonen og bestemmelsen åpner for at det ved forskrift kan gis sektorvise unntak. Det er intet i forarbeidene som skulle tilsi at lovgiver ønsket at det skulle kunne gjøres mer omfattende unntak fra loven gjennom å pålegge foretak en bestemt atferd.

Utvalget viser videre til at bestemmelsen i konkurranseloven § 4 gjelder arbeidsfordelingen mellom forvaltningsorganer innenfor det konkurransepolitiske området, for eksempel mellom Konkurransetilsynet og Finanstilsynet eller Post- og teletilsynet. Bestemmelsen regulerer ikke betydningen av offentlige reguleringer for vurderingen av avtaler eller ensidig atferd under konkurranselovens forbudsbestemmelser.

I stedet legger utvalget til grunn at kolliderende plikter etter konkurranselovens bestemmelser og andre lover, forskrifter eller enkeltvedtak må løses etter de alminnelige prinsippene som styrer motstrid mellom regler etter norsk rett.¹⁴ En slik løsning er også best i harmoni med hva som gjelder ellers. Siden spørsmålet reelt sett gjelder konkurranselovens avgrensning overfor offentlig myndighetsutøvelse, legger utvalget også til grunn at en slik forståelse ikke er i strid med lovgivers harmoniseringsforutsetning. Endelig legges det til grunn at hensynet til foretakenes forutberegnelighet i forhold til kolliderende plikter ikke tilsier en annen løsning *de lege lata*.

Et annet tilfelle oppstår der markedet er regulert, slik at det ikke består noe rom for konkurranse. I slike tilfeller vil ikke avtaler mellom foretak eller ensidig atferd innenfor det rammeverket som er lagt begrense konkurransen i strid med § 10 og § 11. Dette er et spørsmål om årsakssammenheng mellom atferd og konkurransebegrensning; i disse tilfellene er det den offentlige reguleringen som selvstendig begrenser konkurransen, uten at foretakene ved deres atferd er delaktige. I motsetning til «state compulsion», vil det da ikke være manglende autonomi fra foretakenes side som er avgjørende, men at det ikke foreligger

noen konkurranse som kan begrenses ved foretakenes atferd. At konkurransereglene ikke kommer til anvendelse i en slik situasjon, følger av sikker praksis fra EU-domstolen.¹⁵ Denne begrunnelsen for at bestemmelsene ikke kommer til anvendelse er uavhengig av state compulsion-svaret.

Utvalget legger til grunn at dette også må gjelde etter konkurranseloven. I motsetning til «state compulsion», gjelder det selve innholdet i den materielle konkurranseanalysen, og må derfor være omfattet av harmoniseringsforutsetningen. Videre er det på det rene at det ikke dreier seg om å gjøre unntak fra konkurranselovens forbudsbestemmelser, men om å opprettholde adgangen til å regulere et marked selv om dette skulle føre til mindre konkurranse enn uten reguleringen.

Det må fremheves at der det fortsatt er en «restkonkurranse» på markedet, nyter denne godt av full beskyttelse etter konkurranseloven. I tilknytning til det samme spørsmålet i EU/EØS-retten har EU-domstolen uttalt at konkurransereglene kommer fullt ut til anvendelse «if it is found that the national legislation does not preclude undertakings from engaging in autonomous conduct which prevents, restricts or distorts competition.»¹⁶ Utvalget legger til grunn at det samme må gjelde etter konkurranseloven.

10.1.3 Utvalgets vurderinger

Utvalget har vurdert 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, avtaler med stat og kommuner etc. Slik det er redegjort for ovenfor i avsnittet om gjeldende rett, er utvalget av den oppfatning at det under konkurranseloven verken gjelder en state action- eller state compulsion-doktrine, og at motstrid mellom konkurransezoen og andre plikter vil måtte løses etter alminnelige kollisjonsprinsipper.¹⁷ For

¹⁴ Se for tilsvarende synspunkt Kolstad i Norsk Konkurranseretts Bind 1 2007 s. 170.

¹⁵ Se forente saker 40 etc./73, Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA mot Kommisjonen, Samlingen 1975 s. 1663, premiss 65-66 og 71-72 og forente saker C-359/95 P og C-379/95 P Kommisjonen og Frankrike mot Ladbroke Racing Ltd., Samlingen 1997 s. I-6265, premiss 33.

¹⁶ Forente saker C-359/95 P og C-379/95 P Kommisjonen og Frankrike mot Ladbroke Racing Ltd., Samlingen 1997 s. I-6265, premiss 34.

¹⁷ Om state action, se også nedenfor om § 9 første ledd bokstav e.

eksempel vil ikke en forpliktelse grunnet på et enkeltvedtak kunne fravike foretakenes plikter etter § 10 eller § 11, idet vedtaket vil måtte vike for lov. Tilsvarende gjelder plikter fastsatt i forskrift. Det må presiseres at dette ikke gjelder konkurransereguleringer generelt, kun reguleringer som pålegger partene atferd som omfattes av forbudsbestemmelsene.

Utvalget finner heller ikke grunn til å foreslå at det innføres en slik særregel. Løsningen *de lege lata* er etter utvalgets oppfatning klar, og problemstillingen har i praksis ikke skapt utfordringer eller feilaktige avgjørelser. Utvalget vurderer det også slik at det ikke er behov for klargjøringer i lovgivningen for å ivareta foretakenes forutberegnelighet i disse sakene.

Utvalget har også vurdert om en slik løsning er god, eller om det bør åpnes for at offentlige reguleringer i større utstrekning bør fritta foretak fra deres ansvar etter konkurranseloven. Et alternativ vil være at det lovfestes en regel om at atferd som isolert sett er et brudd på loven, men som er en forutsetning for eller følge av offentlig regulering ikke skal rammes av lovens forbudsbestemmelser.¹⁸ Utvalget anser likevel at det er mest ryddig at reguleringer som forutsetter atferd i strid med konkurranselovens forbudsbestemmelser gis på en måte som gjør at konkurranseloven etter alminnelige kollisjonsprinsipper må vike for loven, eller at den gjennomføres ved hjelp av sektorvise unntak, jf. konkurranseloven § 3. I denne vurderingen er det også lagt vekt på at slike reguleringer vil måtte forholde seg til EØS-avtalens state action-doktrine.

Utvalget har på denne bakgrunn ikke sett det som hensiktsmessig å foreslå endringer i konkurranseloven § 3 eller § 4.

10.2 Regulering av offentlig ervervsvirksomhet

Etter konkurranseloven § 9 første ledd bokstav e kan Konkurransetilsynet påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak, eventuelt ved å fremme forslag med sikte på å styrke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter. Konkurransetilsynet kan også kreve at det organet som står for det offentlige tiltaket skal svare tilsynet innen en nærmere angitt frist og redegjøre for hvordan konkurransemessige hensyn blir ivarettatt.

¹⁸ Se for eksempel regelen i den danske konkurrence-loven § 2 stk. 2.

Bestemmelsen gir ikke Konkurransetilsynet noen kompetanse til å overprøve eller stanse en offentlig regulering som følge av de konkurransebegrensende virkninger reguleringen måtte føre med seg. Bestemmelsen pålegger heller ikke Konkurransetilsynet noen plikt til å komme med påpekninger overfor offentlige tiltak.

Formålet med bestemmelsen er å sikre at konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak blir vurdert. Konkurransetilsynets påpekningsadgang bidrar til å bevisstgjøre sektormyndighetene med hensyn til de virkninger deres regelverk eller tiltak har for konkurransen. En redusert konkurranse kan til tider være en utilsiktet bivirkning av offentlige reguleringer, og ofte vil de sektorspesifikke hensyn kunne ivaretas på andre måter som får mindre betydning for konkurransen. Konkurransetilsynets påpekninger kan bidra til at sektorspesifikke målsetninger fremmes på måter som ikke fører til en begrenset konkurranse.

I praksis foregår dette arbeidet ved at konkurransemyndighetene påpeker og eventuelt fremmer forslag om endringer i eksisterende regelverk og praksis som anses konkurransebegrensende, samt engasjerer seg aktivt som høringsinstans i forbindelse med forberedelsen av ulike former for regelverk.

I Sverige har konkurransemyndighetene en adgang til å gripe inn mot offentlig ervervsvirksomhet som norske konkurransemyndigheter ikke har. Konkurrenslagen 3 kapittel 27 § forbyr staten, en kommune eller et landsting i ervervsvirksomhet å utføre handlinger som

- «1. snedvrider, eller är ägnat att snedvrída, försättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller
2. hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.»

I bestemmelsens andre ledd er det gjort et unntak for tiltak eller atferd som kan forsvares ut i fra allmenne hensyn. Bestemmelsen forbyr offentlige foretak å opptre på en måte som er egnet til å begrense konkurransen eller som er egnet til å hemme utviklingen av konkurransen. Bestemmelsen fører til at konkurransebegrensende ensidige handlinger fra offentlige foretak kan være forbudt selv om foretaket ikke innehar en dominerende stilling. Erfaringene med forbudet er fortsatt sparsomme, og det er for eksempel ikke klart om konkurransebegrensningskriteriet i 3 kapittel 27 § går lengre enn misbrukskriteriet i konkurrenslagen 7 § gjør.

Utvalget har vurdert om det bør gå nærmere inn på disse problemstillingene, med sikte på å foreslå regler i konkurranseloven. Et slikt initiativ ble tatt allerede i 2005, gjennom rapporten «På like vilkår».¹⁹ I denne rapporten ble det etterlyst regulering av offentlig ervervsvirksomhet, uten at rapporten inneholder en nærmere drøftelse av hvordan mulighetene etter gjeldende rett kan utnyttes.²⁰

¹⁹ «På like vilkår - En analyse av konkurranse mellom offentlige og private foretak», Konkurransetilsynets skriftserie 1/2005.

²⁰ Se konklusjonene på s. 112-113.

Problemområdet er omfattende, og reiser prinsipielle spørsmål, til dels av politisk karakter. Spørsmålet er heller ikke reist i utvalgets mandat. På denne bakgrunn har ikke utvalget funnet grunn til å prioritere en utredning om særskilt regulering av offentlig ervervsvirksomhet. Utvalget viser også til at det kan være naturlig å avvente erfaringene med den svenske reguleringen.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at konkurranseloven § 9 første ledd bokstav e videreføres uendret.

Kapittel 11

Konkurranserefremmende tiltak

11.1 Mandat

Utvalget er bedt om å vurdere bestemmelsen, herunder hensiktsmessighet, handlingsrom og eventuelle sanksjoner ved overtredelse av forskrifter gitt med hjemmel i bestemmelsen.

11.2 Gjeldende rett

Konkurranseloven § 14 fastsetter hjemmel for Kongen til å gripe inn ved forskrift mot vilkår, atferd og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål, når det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene. Forskriftshjemmelen er delegert til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet ved kgl.res. 16. april 2004 nr. 631. Bestemmelsen utfyller forbudsbestemmelsene i konkurranseloven § 10 og § 11, og er ment brukt i markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransbegrensende, uten at forbudene i § 10 og § 11 kommer til anvendelse.

Forslaget om en egen forskriftshjemmel ble fremsatt av et mindretall i NOU 2003: 12. Begrunnelsen for forslaget var at selv om det saklige virkeområdet for den nye forbudsbestemmelsen i § 11 i hovedsak ville tilsvare virkeområdet for § 3-10 i daværende konkurranselov av 1993, gikk § 3-10 i enkelte relasjoner lenger og ville være mer fleksibel enn et forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Mindretallet pekte på at konkurranseloven § 11 bare kommer til anvendelse overfor aktører som har ensidig eller kollektiv markedsdominans. Videre ga bestemmelsen ikke hjemmel til å regulere rammevilkårene generelt for alle aktører. Mindretallet mente at det kunne være behov for å iverksette konkurranserefremmende tiltak i et marked selv om det ikke foreligger dominans eller kan bevises utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Mindretallet pekte også på at en generell regulering i form av forskrift kunne være mer hensiktsmessig, fordi

den sikrer like rammebetingelser for alle aktører i vedkommende bransje.¹

Departementet sluttet seg til forslaget og begrunnelsen, og uttalte at:

«Departementet mener at forbudene i utkastet til §§ 10 og 11 vil omfatte de fleste tilfeller som det har vært aktuelt å gripe inn overfor etter konkurranseloven 1993 § 3–10, men at det likevel ikke kan utelukkes at det kan forekomme atferd som faller utenfor forslaget til §§ 10 og 11, men som det av hensyn til konkurransen i markedet likevel vil være ønskelig å forby. Det kan være tilfelle i markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransbegrensende uten at forbudene i utkast til §§ 10 og 11 kommer til anvendelse, eller det er vanskelig å bevise at forbudene brytes. Det kan gjelde salgsvilkår som hindrer nye aktører å komme inn på markedet, eller lojalitetsordninger som hindrer kundene å bytte mellom ulike leverandører. Bestemmelsen kan også anvendes i markeder der et foretak, for eksempel et dominerende foretak, bryter utkastets § 11 og flere andre foretak nytter samme konkurransbegrensende forretningsmetoder uten å rammes av forbudene, fordi de ikke har en dominerende posisjon i markedet.

Departementet mener på denne bakgrunn at det kan være behov for en forskriftshjemmel som åpner for regulering av de generelle rammebetingelsene for aktørene i et marked med mangelfull konkurranse, hvis dette skulle vise seg nødvendig ut fra lovens formål. Departementet mener også, i likhet med mindretallet, at en generell regulering gjennom forskrift vil være mest hensiktsmessig i slike tilfeller, fordi den sikrer like rammebetingelser for alle aktører i vedkommende bransje.»²

¹ NOU 2003: 12 s. 69.

² Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 73.

Forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14 er til nå blitt anvendt i to tilfeller. Fornyings- og administrasjonsdepartementet vedtok 20. juli 2007 forskrift om forbud mot opptjening av bonuspoeng i innenriks luftfart.³ Videre vedtok departementet 9. september 2009 forskrift om tilgang til boligannonsering på Internett.⁴

Det er relativt snevre rammer for anvendelsen av forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14. Det følger av bestemmelsens ordlyd at forskriftshjemmelen forutsetter at inngrep er nødvendig for å fremme konkurransen i markedet, og at det bare kan gripes inn mot atferd som er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål. Bestemmelsen gir således ikke hjemmel til å fastsette forskrifter med annet formål enn å sikre effektiv konkurranse i markedet.

Videre er anvendelsen av forskriftshjemmelen begrenset av EØS-avtalens konkurranseregler når disse kommer til anvendelse på den aktuelle atferden, jf. EØS-konkurranseloven § 7.⁵ EØS-avtalen artikkel 53 og 54 kommer til anvendelse dersom atferden er egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-land. EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd fastsetter at når både EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og konkurranseloven § 10 og § 11 kommer til anvendelse på det samme forholdet, legger EØS-avtalen begrensninger på hvordan konkurranseloven kan anvendes i saken. Bestemmelsen fastslår at EØS-avtalen artikkel 53 gir en totalharmonisering av standarden for vurderingen av konkurransebegrensende samarbeid i slike saker. Norske konkurransemyndigheter og domstoler kan ved anvendelsen av konkurranseloven § 10 ikke komme til et annet resultat enn det som følger av EØS-avtalen artikkel 53. EØS-avtalen artikkel 54 setter derimot bare en minimumsstandard for vurderingen av saker om utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Norske konkurransemyndigheter kan anvende en strengere standard for ensidig atferd enn det som følger av EØS-avtalen artikkel 54. Den faktiske adgangen til å regulere konkurransebegrensende atferd ved forskrift i det konkrete tilfellet vil derfor avhenge av om forholdet er egnet til å påvirke samhandelen og om atferden er å anse som en ensidig handling eller et samarbeid mellom uavhengige foretak.

³ Forskrift 20. juli 2007 nr. 684 om forbud mot bonusprogram i innenriks luftfart.

⁴ Forskrift 9. september nr. 1169 om tilgang til boligannonsering på Internett.

⁵ Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. Bestemmelsen gjennomfører ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 3 nr. 2.

Det er blitt reist spørsmål ved om også andre deler av EØS-avtalen etter forholdene kan medføre begrensninger i den faktiske adgangen til å vedta forskrifter med hjemmel i konkurranseloven § 14. SAS har i klage til ESA vedrørende flybonusforskriften anført at forskriften er i strid med EØS-avtalen artikkel 36 om fri bevegelighet av tjenester, direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis overfor forbrukere og EØS-avtalens artikkel 53 og 54, jf. ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 3 nr. 2.⁶ Utvalget går ikke nærmere inn på forholdet mellom § 14 og EØS-avtalens bestemmelser.

Overtredelse av forskrift gitt i medhold av konkurranseloven § 14 kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr og straff, jf. konkurranseloven § 29 første ledd bokstav f og § 30 første ledd bokstav f. Derimot regulerer konkurranseloven ikke uttrykkelig Konkurransetilsynets adgang til å pålegge opphør av konkurransebegrensende atferd ved overtredelse av forskrifter gitt i medhold av § 14. Konkurranseloven § 12, som regulerer adgangen til å fatte stansingsvedtak, viser bare til overtredelse av konkurranseloven § 10 og § 11. Det kan derfor reises spørsmål ved om loven gir tilstrekkelig hjemmel til å fatte stansingsvedtak i medhold av konkurranseloven § 14.

11.3 EU/EØS og andre nordiske land

EUs og EØS-avtalens konkurranseregler gir ikke tilsvarende hjemmel til å vedta generelle regler til utfyllelse av forbudsbestemmelsene i TEUV artikkel 101 og 102 eller EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Heller ikke konkurranselovgivningen i de øvrige nordiske land fastsetter en tilsvarende forskriftshjemmel som konkurranseloven § 14.

11.4 Utvalgets vurdering

Utvalget viser til at ikke alle former for konkurransebegrensende atferd i strid med lovens formål rammes av konkurranseloven § 10 og § 11. Konkurranseloven § 11 får anvendelse bare på foretak med ensidig eller kollektiv dominans i markedet. Kollektiv dominans foreligger når det er fare for såkalt koordinerte virkninger, dvs. at foretakene samordner sin atferd gjennom en uttrykt eller stilltiende samforstand om å begrense konkurransen. Det utgjør derimot ikke kollektiv dominans i henhold til § 11 dersom foretakene hver for seg

⁶ Se Fornyings-, administrasjons- og kirke departementets sak nr. 11/31.

foretar like handlinger, men uten at det foreligger samforstand mellom dem. Utvalget viser til at det særlig i konsentrerte oligopolmarkeder kan være fare for slike ikke-koordinerte virkninger. Et eksempel på ikke-koordinert atferd i et oligopolmarked som kan være konkurransebegrensende, er flyselskapenes bonusprogrammer. Utvalget mener at konkurranseloven § 11 således ikke alltid er tilstrekkelig til å sikre konkurransemyndighetenes kontroll med ensidig konkurransebegrensende atferd.

Utvalget peker på at det er et begrenset handlingsrom ved anvendelsen av forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14. Forskriftshjemmelen må tolkes og praktiseres i lys av EØS-avtalen, jf. ovenfor. Utvalget mener likevel at behovet for å kunne vedta utfyllende regler til konkurranseloven § 10 og § 11 tilsier at forskriftshjemmelen i § 14 opprettholdes.

Utvalget peker videre på at konkurranseloven § 14 viser til lovens formål. Utvalget foreslår i

kapittel 3 å opprettholde ordlyden i formålsbestemmelsen i § 1. Det vises til utvalgets vurdering av formålsbestemmelsen under punkt 3.2 hvor det fremgår at Konkurransetilsynet ved håndheving av de enkelte bestemmelsene i konkurranseloven bør legge en konsumentvelferdsstandard til grunn. Dette gjelder også forskrifter gitt med hjemmel i § 14. Utvalget vil foreslå at konsumentvelferdsstandarden presiseres særskilt i § 14.

Utvalget fastslår videre at Konkurransetilsynet bør kunne treffe vedtak med pålegg om opphør av atferd i strid med forskrifter vedtatt med hjemmel i konkurranseloven § 14. Legalitetsprinsippet tilsier at Konkurransetilsynets hjemmel til å fatte stansingsvedtak fastsettes i lov. I samsvar med dette foreslår utvalget at konkurranseloven § 12 første ledd endres til å omfatte også vedtak om opphør av atferd i strid med forskrifter i henhold til § 14.

Kapittel 12

Andre spørsmål

12.1 Offentlighet

12.1.1 Mandat

Utvalget skal vurdere hvor vid innsynsretten bør være særlig i enkeltsaker etter konkurranseloven og tidspunktet for innsyn, herunder spørsmålet om innsyn i saker om lempning.

12.1.2 Gjeldende rett

Rett til innsyn i konkurransemyndighetenes saksdokumenter i konkurransesaker er regulert av offentleglova, forvaltningsloven og særregler i konkurranseloven § 26 og § 27. Utgangspunktet er at parter og tredjemenns rett til innsyn i saker som behandles av Konkurransetilsynet reguleres av forvaltningsloven og offentleglova. Konkurranseloven § 26 og § 27 gir imidlertid særlige regler om innsyn i saker om overtredelse. I saker om inngrep mot foretakssammenslutninger gjelder forvaltningslovens og offentleglovas regler fullt ut.

12.1.2.1 Konkurranseloven § 26

Konkurranseloven § 26 regulerer tredjemanns rett til innsyn i overtredelsessaker før og etter at saken er avsluttet. Etter at saken er avsluttet får § 26 annet ledd anvendelse både for parter i overtredelsessaken og andre med rettslig interesse. Bestemmelsens første ledd fastsetter at offentleglova ikke får anvendelse i saker om overtredelse av konkurranseloven § 10 og § 11, § 18 første ledd og § 19 første ledd samt overtredelse av vedtak i medhold av konkurranseloven så lenge saken ikke er avsluttet. Bestemmelsen gir Konkurransetilsynet hjemmel til å unnta samtlige dokumenter fra innsyn under saksbehandlingen. Dette er en utvidet unntaksrett i forhold til offentleglova, som gir hjemmel til å unnta opplysninger fra innsyn dersom nærmere vilkår er oppfylt. Konkurranseloven § 26 gir Konkurransetilsynet rett, men ikke plikt, til å nekte innsyn. Konkurransetilsynet har

således en skjønnsmessig adgang til å offentliggjøre opplysninger som ikke er underlagt taushetsplikt. Offentleglova § 15 om merinnsyn gjelder også her.

Begrunnelsen for innskrenkning av innsynsretten i § 26 første ledd er hensynet til Konkurransetilsynets etterforskning av saken. I forarbeidene til konkurranseloven 2004 viste lovutvalget til at beviser i slike saker er meget skjøre, og at innsyn i forklaringer og andre bevis kan føre til koordinerte forklaringer på et senere trinn i saksbehandlingen, for eksempel overfor påtalemyndigheten. Utvalget pekte på at offentlighetsloven § 1 tredje ledd (nå offentleglova § 2 fjerde ledd første punktum, jf. offentlegforskrifta § 3 første ledd første punktum) fastsetter at loven ikke gjelder for saker som behandles etter rettspleielovene. Utvalget understreket at Konkurransetilsynet reelt sett driver etterforskning når det behandler saker om overtredelse av forbudene i konkurranseloven eller vedtak gitt i medhold av loven, og at slike saker har likhetstrekk med saker som behandles etter rettspleielovene. Etter at etterforskningen er avsluttet vil det ikke være det samme behovet for å beskytte Konkurransetilsynets informasjon. Departementet sluttet seg til utvalgets vurderinger.¹

Hjemmelen til å nekte innsyn etter konkurranseloven § 26 første ledd gjelder bare frem til overtredelsessaken er avsluttet. Det kan i praksis oppstå tvil om når en sak er å anse som avsluttet. I forarbeidene er det gitt som eksempel at en sak vil være avsluttet når Konkurransetilsynet ilegger overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, utferdiger pålegg om å bringe ulovlig atferd til opphør etter konkurranseloven § 12 eller beslutter ikke å gå videre med en sak.² Konkurransetilsynets pålegg om opphør av overtredelse i medhold av konkurranseloven § 12 første ledd kan

¹ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 176-177 og NOU 2003:12 punkt. 8.1.2.4 på s. 170, punkt 8.9 på s. 205 og punkt 8.11 på s. 211.

² Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 239.

påklares til departementet, jf. forvaltningsloven § 29 første ledd. Det må antas at saken tidligst kan anses som avsluttet når klagefristen er utløpt. Dersom tilsynets vedtak er påklaget til departementet, anses saken ikke for avsluttet før klagesaken er avgjort og det foreligger et endelig forvaltningsvedtak i saken. Dersom saken anmeldes til påtalemyndigheten, er saken avsluttet når påtalemyndigheten avslutter saken, jf. § 26 første ledd andre punktum.³ Det kan reises spørsmål om saken er å anse som avsluttet i tidsrommet mellom Konkurransetilsynets vedtak og frem til foretaket eventuelt har brakt vedtaket inn for domstolen. Dette utvalget mener det er naturlig å forstå bestemmelsen slik at saken ikke er å anse som avsluttet i denne perioden.

Departementet har lagt til grunn at avslag på begjæring om innsyn med hjemmel i konkurranseloven § 26 første ledd ikke kan påklares til departementet i henhold til offentleglova § 32. Begrunnelsen er at offentleglova ikke kommer til anvendelse på etterforskningsstadiet.⁴

12.1.2.2 Konkurranseloven § 26 annet ledd

Konkurranseloven § 26 annet ledd gir derimot en utvidet innsynsrett for enkelte tredjemenn i avsluttede saker om overtredelse av konkurranseloven § 10 og § 11 og pålegg etter § 12 i forhold til det som følger av offentleglovas regler. Bestemmelsen, som er ny med konkurranseloven av 2004, fastsetter at etter at saken er avsluttet har enhver med rettslig interesse i saken rett til innsyn også i taushetsbelagte opplysninger, med mindre innsyn vil virke urimelig overfor den opplysningene gjelder. Bestemmelsen innebærer bl.a. at tredjemenn med rettslig interesse kan få innsyn i opplysninger som ellers kunne vært unntatt som forretningshemmeligheter. Det er et vilkår at innsyn bare skal kunne tillates dersom det ikke vil virke urimelig overfor den opplysningen gjelder. Det må således foretas en interesseavveining mellom tredjemanns interesser og hensynet til den taushetsplikten skal beskytte før innsyn gis. Det følger av forarbeidene at det ikke i seg selv vil være urimelig å gi innsyn i taushetsbelagte opplysninger at den som har krav på taushet risikerer søksmål.⁵ Dette utvalget viser også til at tvisteloven kapittel 35 gir regler om gruppesøksmål. Dette utvalget legger til grunn at en oppnevnt grupprepresen-

tant etter tvisteloven § 35-9 vil kunne ha rettslig interesse i henhold til konkurranseloven § 26 annet ledd.

Begrunnelsen for den utvidede innsynsretten etter avsluttet saksbehandling er særlig hensynet til private søksmål.⁶ Dette gjelder både såkalte «follow-on» erstatningssøksmål, hvor Konkurransetilsynet har fattet et overtredelsesvedtak i saken, og «stand-alone» erstatningssøksmål i saker hvor Konkurransetilsynet enten ikke treffer vedtak i saken eller saksøker ikke ønsker å avvente tilsynets vedtak i saken. I forarbeidene til konkurranseloven 2004 anførte lovutvalget at Konkurransetilsynet bør være varsom med å gi tredjemann innsyn i opplysninger underlagt taushetsplikt der problemstillingen er en annen enn den som er grunnlag for et eventuelt sivilt søksmål. I vurderingen av om det er tilstrekkelig grunn for å gi innsyn, mente utvalget at tilsynet kunne legge vekt på om det å gi ut opplysningene vil bidra til realisering av de formål som opplysningene er innhentet for. Utvalget mente at det derfor kan være en noe videre adgang til å gi innsyn i taushetsbelagte opplysninger der private søksmål fremstår som ønskelige ut fra offentlige interesser, enn der søksmål er mer nøytrale i forhold til disse. Departementet har i sak 10/2976 fastslått at reelle hensyn tilsier at det bør utvises tilbakeholdenhet med å gi ut opplysninger i saker hvor det ikke er påvist overtredelse, til bruk i sivile søksmål i en annen enn den aktuelle overtredelsessaken.⁷

Det er bare tredjemenn som kan påvise en aktuell rettslig interesse som kan kreve innsyn med hjemmel i § 26 annet ledd. Ved vurderingen av rettslig interesse legges tvistelovens forståelse til grunn.⁸ Som nevnt ovenfor tar bestemmelsen særlig sikte på å gi kunder av foretak som har vært etterforsket for overtredelse av konkurranseloven eller andre som mener å kunne ha privatrettslig krav mot foretak eller personer som har vært etterforsket for overtredelse av loven, adgang til innsyn i sakens dokumenter etter at saken er avsluttet.

Forarbeidene berører ikke spørsmålet om foretak som har vært gjenstand for etterforskning i en overtredelsessak kan kreve innsyn i taushetsbelagte opplysninger med hjemmel i konkurranseloven § 26 annet ledd. Problemstillingen kan oppstå dersom for eksempel kunder eller konkurrenter av det etterforskede foretaket krever inn-

³ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) s. 239.

⁴ Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 20. mars 2006.

⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 176 og 240.

⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 172.

⁷ Fornyings-, administrasjons- og kirke departementets vedtak 17. desember 2010.

⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 171 og 239.

syn i taushetsbelagte opplysninger i en avsluttet sak for å forberede et erstatningssøksmål, og det etterforskede foretaket krever innsyn i taushetsbelagte opplysninger i saken for å forberede sitt forsvar mot et eventuelt erstatningssøksmål. Dette utvalget legger til grunn at dersom det etterforskede foretaket har aktuell rettslig interesse, gjelder innsynsretten etter gjeldende rett for etterforskede foretak på samme måte som for aktører som har lidt skade som følge av overtredelsen. Parter i saken vil ha innsynsrett også etter forvaltningsloven § 18 og § 19. Utvalget viser imidlertid til at det i punkt 12.1.5 fremlegger forslag om ny konkurranselov § 27a annet ledd om begrensninger i parters og partsrepresentanters bruk av opplysninger i lempningssøknader og innskrenkning av rekkevidden i konkurranselov § 26 annet ledd i saker om lempning og tips om overtredelse til konkurransemyndighetene.

Avslag på begjæring om innsyn etter konkurranselov § 26 annet ledd kan påklages til departementet. Reglene om klage i forvaltningsloven kapittel VI gjelder tilsvarende.

12.1.2.3 Konkurranseloven § 27

Konkurranseloven § 27 regulerer retten til partsinnsyn for foretak eller personer som er under etterforskning for overtredelse av konkurranselov. Partsinnsyn i saksdokumenter før Konkurransetilsynet oppretter overtredelsessak reguleres av forvaltningsloven § 18 og § 19. Rett til partsinnsyn i overtredelsessaker etter konkurranselov var ny i forhold til konkurranselov av 1993, som fastslo at ingen hadde rett til innsyn i overtredelsessaker på etterforskningsstadiet.

Konkurranseloven § 27 fastsetter en betinget rett til innsyn. Mistenkte foretak eller personer har rett til innsyn i sakens dokumenter bare i den utstrekning innsyn kan gis uten skade eller fare for etterforskningen eller tredjemann. Dersom etterforskningen omfatter flere foretak eller personer, har foretaket ikke krav på innsyn i dokumenter som bare gjelder andre foretak eller personer. Bestemmelsen er utformet etter mønster av straffeprosessloven § 242, som regulerer innsynsretten på etterforskningsstadiet i saker etter straffeprosessloven. Det vil derfor være naturlig å legge straffeprosessloven til grunn ved avgrensning av unntaket. Dette innebærer bl.a. at det skal gjøres en forholdsmessighetsvurdering på samme måte som etter straffeprosessloven § 170a. Tilsvarende begrensninger i innsynsretten er gitt i forvaltningsloven § 19 om partsinnsyn, som unntar

opplysninger som er av betydning for rikets sikkerhet, forretningshemmeligheter mv. fra innsyn. Departementet fant at unntakene i forvaltningsloven § 19 passer bedre for konkurransesaker enn unntakene i straffeprosessloven § 242 og § 242a, som også har andre begrensninger i mistenktes innsynsrett. Konkurranseloven § 27 fastsetter derfor at forvaltningsloven § 19 får tilsvarende anvendelse.⁹ Begrensninger i innsynsretten er videre underlagt forvaltningsrettens krav til forholdsmessighet, og må ikke skje i større utstrekning enn det som er nødvendig av hensyn til etterforskningen.¹⁰

Konkurranseloven § 27 kommer til anvendelse når Konkurransetilsynet har opprettet en overtredelsessak. Konkurranseloven fastsetter ikke et klart tidspunkt for når overtredelsessak skal anses opprettet. I praksis vil det være en flytende overgang og saksavhengig når tilsynet går fra et innledende stadium basert på for eksempel tips eller mindre undersøkelser og til tilsynet kan sies å ha opprettet en sak. Dette utvalget legger til grunn at en sak må anses å være opprettet når tilsynet har tatt de første formelle etterforsknings-skritt, som informasjonsinnhenting etter konkurranselov § 24 eller bevissikring etter konkurranselov § 25. Utvalget finner det ikke nødvendig eller hensiktsmessig å foreta en nærmere konkretisering av dette tidspunktet.

Etter ordlyden gjelder § 27 under «etterforskningsstadiet». Det er ikke nærmere presisert i forarbeidene hvor stor del av saksbehandlingen dette er ment å omfatte. Bestemmelsen avløste § 6-3 i konkurranselov av 1993, som fastslo at ingen hadde krav på innsyn i saksdokumenter innhentet i henhold til § 6-1 om opplysningsplikt og § 6-2 om bevissikring. Etter at Konkurransetilsynet hadde utferdiget forelegg på vinningsavståelse, gjaldt imidlertid forvaltningslovens regler om partsoffentlighet. Utvalget viser til at innsyn i henhold til straffeprosessloven § 242 kan avslås frem til tiltalebeslutning foreligger. Etter dette reguleres innsyn av straffeloven § 264. Utvalget mener det er naturlig å legge en tilsvarende avgrensning til grunn ved forståelsen av konkurranselov § 27. Bestemmelsen får således anvendelse frem til Konkurransetilsynet har fattet vedtak i saken.

Avslag på begjæring om innsyn kan bringes inn for retten. Dette gjelder uavhengig av om avslag på innsyn er hjemlet i konkurranselov § 27 eller forvaltningsloven § 18 eller § 19.

⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 175 og s. 239.

¹⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 239.

12.1.2.4 *Twisteloven § 22-3*

Utvalget vil også peke på tvistelovens regler om bevisføring. *Twisteloven § 22-3* første ledd fastsetter et bevisforbud for opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt. Etter *§ 22-3* annet ledd kan imidlertid departementet samtykke i at de taushetsbelagte opplysningene føres. Selv om departementet ikke gir slikt samtykke, kan domstolen etter en avveining av hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning bestemme ved kjennelse at beviset likevel skal føres, jf. tredje ledd. Utvalget foreslår å innføre en særlig bestemmelse om taushetsplikt med hensyn til søknader om lempning og tips om overtredelser til konkurransemyndighetene i ny konkurranselov *§ 27a* første og annet ledd. Utvalget mener at de hensyn som ligger til grunn for forslaget til ny *§ 27a* første og annet ledd, som er effektive regler for å avdekke overtredelser av konkurranseloven, bør veie tungt ved rettens vurdering i henhold til *twisteloven § 22-3* tredje ledd.

12.1.3 EU/EØS og andre nordiske land

12.1.3.1 *EU/EØS*

Innsyn i Kommisjonens saksdokumenter i konkurransesaker reguleres av de generelle innsynsreglene i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 av 30. mai 2001 om innsyn i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommisjonens dokumenter.¹¹ Råds- og parlamentsforordningen er ikke innlemmet i EØS-avtalen, men ESAs kollegium har vedtatt tilsvarende regler for innsyn i ESAs saksdokumenter.¹² Reglene fastsetter i utgangspunktet vid innsynrett for allmennheten i saksdokumentene til Fellesskapets institusjoner og ESA. Unntak fra innsynsretten følger av artikkel 4 i forordningen/Kollegiets vedtak. Videre er det gitt særregler på konkurranseområdet for parter og tredjemenns innsyn i overvåkningsorganenes saksdokumenter i saker om hhv. overtredelse av TEUV artikkel 101 og 102/EØS-avtalen artikkel 53 og 54¹³ og saker om foretaks-sammenslutninger.¹⁴ Særreglene på konkurranseområdet gir både parter og tredjemenn snevrere innsyns adgang enn det som følger av de

generelle innsynsreglene. Forholdet mellom den generelle innsynsforordningen og særreglene på konkurranseområdet er ikke endelig avklart. EU-domstolene har behandlet og har til behandling flere saker vedrørende anvendelsen av forordning (EF) nr. 1049/2001 i konkurransesaker.¹⁵ Videre har EFTA-domstolen til behandling en klage over ESAs avslag på innsyn i en overtredelsessak.¹⁶

Overvåkningsorganene og nasjonale konkurransemyndigheter har taushetsplikt med hensyn til fortrolige opplysninger de mottar i forbindelse med håndhevingen av TEUV artikkel 101 og 102/EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og fusjonskontrollen i EU/EØS.¹⁷ For å avhjelpe de praktiske problemer knyttet til innsynsbegjæringer, pålegges avsender av opplysninger, både parter og tredjemenn, å identifisere hvilke opplysninger som de anser er fortrolige, gi en begrunnelse for hvorfor de er fortrolige og fremlegge en ikke-konfidensiell versjon av opplysningene. Overvåkningsorganene kan også pålegge foretak som fremlegger dokumenter eller avgir uttalelser å angi hvilke dokumenter eller deler av dokumenter de mener inneholder forretningshemmeligheter eller andre fortrolige opplysninger og med hensyn til hvilke foretak opplysningene skal anses som fortrolige, samt hvilke deler av en meddelelse om innsigelser, et sakssammendrag eller et vedtak fattet av Kommisjonen eller ESA som inneholder forretningshemmeligheter. Dersom foretakene ikke overholder disse forpliktelsene eller påleggene, kan overvåkningsorganene anta at de aktuelle opplysningene eller uttalelsene ikke inneholder fortrolige opplysninger.¹⁸

12.1.3.2 *Andre nordiske land*

Rett til innsyn i konkurransemyndighetenes saksdokumenter er behandlet relativt forskjellig i de

¹¹ EFT L 145 av 31.5.2001, s. 43.

¹² Kollegiets vedtak 407/08/COL av 27. juni 2008.

¹³ Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 27 nr. 1 og 2/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 27 nr. 1 og 2 og kommisjonsforordning (EF) nr. 773/2004 artikkel 8 nr. 1 og artikkel 15 nr. 1/ODA protokoll 4 kapittel III artikkel 8 nr. 1 og artikkel 15 nr. 1.

¹⁴ Rådsforordning (EF) nr. 139/2004 artikkel 18 nr. 1 og 3 / ODA protokoll 4 kapittel IV artikkel 18 nr. 1 og 3 og kommisjonsforordning (EF) nr. 802/2004 artikkel 17 nr. 1 og 2/ ODA protokoll 4 kapittel V artikkel 17 nr. 1 og 2.

¹⁵ Se bl.a. EU-domstolens dom i sak C-506/08 MyTravel av 21. juli 2011 og C-477/10 Agrofert (ikke avgjort), samt sak T-437/08 CDC Hydrogene Peroxide og T-380/08 Bitumen (ikke avgjort).

¹⁶ Sak E-14/11 DB Schenker mot EFTAs overvåkningsorgan.

¹⁷ For taushetsplikt etter EØS-avtalen, se bl.a. EØS-avtalen artikkel 122, protokoll 23 artikkel 10 og protokoll 24 artikkel 9, rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 28 og rådsforordning (EF) nr. 139/2004 artikkel 17/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 28 og kapittel IV artikkel 17.

¹⁸ Kommisjonsforordning (EF) nr. 773/2004 artikkel 16 nr. 2-4/ODA protokoll 4 kapittel III artikkel 16 nr. 2-4 og kommisjonsforordning (EF) nr. 802/2004 artikkel 18 nr. 2-4/ODA protokoll 4 kapittel V artikkel 18 nr. 2-4.

øvrige nordiske landene. I *Danmark* fastsetter lov om offentlighed i forvaltningen (offentlighedsloven)¹⁹ § 4 annet ledd regler om egenaksess. Egenaksess innebærer at personer eller virksomheter hvis personlige forhold er omtalt i et dokument, med nærmere angitte unntak, har rett til å bli kjent med opplysningene. Egenaksess går lenger enn partsinnsikt, ved at den også gjelder hvor vedkommende ikke er part i saken. Forvaltningsloven²⁰ gir partene rett til innsyn i sakens dokumenter, med de unntak som følger av forvaltningsloven. Forvaltningslovens regler om partsinnsyn får anvendelse også ved beslutninger om iverksettelse av kontrollundersøkelser mot foretaket, jf. rettsikkerhetsloven § 3. Med hensyn til tredjemanns innsynsrett, følger det av konkurreloven § 13²¹ at offentlighedsloven som utgangspunkt ikke gjelder for saker og undersøkelser etter konkurreloven. Med «saker» menes saker hvor det er eller vil bli truffet vedtak. Det gjelder likevel visse unntak; bl.a. får offentlighedslovens regler om egenaksess anvendelse også i konkurransesaker. Konkurrencestyrelsen kan utøve meroffentlighet. Meroffentlighet har betydning for Konkurrencestyrelsens mulighet til å opplyse en sak tilstrekkelig. I praksis anvendes meroffentlighet i konkurransesaker, etter en avveining av anmoders interesse i å få tilgang til opplysningene og foretakets interesse i at opplysningene hemmeligholdes. Det gis ikke innsyn i lempningssøknader og tips om overtredelse, jf. nedenfor.

I *Sverige* reguleres partsinnsyn av förvaltningslagen²² og offentlighets- og sekretesslagen av 2009.²³ Förvaltningslagen 16 § gir parter rett til innsyn i sakens opplysninger, med de begrensninger som følger av offentlighets- og sekretesslagen 10 kapittel 3 § og 17 kapittel 3 §. I henhold til offentlighets- og sekretesslagen 10 kapittel 3 § har partene rett til innsyn også i taushetsbelagte opplysninger, med mindre det av hensyn til allmennheten eller av hensyn til den enkelte er særlig viktig at taushetsbelagt opplysning ikke avsløres. Det kreves meget sterke grunner for å unnta taushetsbelagte opplysninger fra partsinnsyn. Unntak fra partsinnsyn av etterforskningshensyn vil særlig være viktig i den innledende fasen av

etterforskningen. Muligheten til å unnta opplysninger fra innsyn av hensyn til etterforskningen opphører senest når Konkurrenceverket treffer vedtak eller ved stevning til Marknadsdomstolen. Parter har deretter fullt innsyn, med mindre det er særlig viktig at opplysninger ikke avsløres, jf. 10 kapittel 3 §. Tredjemanns innsynsrett følger av 2 kapittel 1 § i trykfrihetsforordningen, som fastslår at alle har rett til innsyn i «allmäna handlingar». Dokumenter som er innkommet til eller opprettet av forvaltningen i en sak, er «allmäna handlingar». Innsynsretten gjelder med de unntak som følger offentlighets- og sekretesslagen. Offentlighets- og sekretesslagen 30 kapittel 3 § gir hjemmel for å unnta lempningssøknader og tips om overtredelse fra innsyn, jf. nedenfor.

I *Finland* reguleres parts- og tredjemanns innsynsrett av lag om offentlighet i myndigheternas verksamhet²⁴, med de begrensninger som følger av offentlighetslagen 24 § og konkurranslagen av 2011.²⁵ Under etterforskningsfasen, dvs. frem til Konkurrenceverket vedtar utkast til vedtak i saken, kan Konkurrenceverket unnta alle sakens dokumenter fra både parts- og tredjemanns innsyn. Etter utkast til vedtak gis partene innsyn i sakens dokumenter. Det gjelder likevel unntak med hensyn til lempningssøknader og tips om overtredelse, jf. nedenfor. Dersom Konkurrenceverket fatter formelt overtredelsesvedtak, gis tredjemenn innsyn i den offentlige versjonen av vedtaket. Dersom Konkurrenceverket foreslår å ilegge overtredelsesgebyr i saken, fattes vedtak av markedsdomstolen.

12.1.4 Lempningssaker

12.1.4.1 Nasjonal rett

Lempningsordningen er en sentral del av konkurransemyndighetenes avdekning og etterforskning av kartellsaker. En søknad om lempning i henhold til konkurranse-loven § 31 jf. forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr § 4 flg.²⁶ vil inneholde en tilståelse fra foretaket om at det har deltatt i et ulovlig kartell, eventuelt også omfanget og varigheten av kartellsamarbeidet. Innsyn i en lempningssøknad vil derfor gjøre foretaket særlig utsatt for private søksmål om erstatning fra foretak eller personer som har lidt et økonomisk tap som følge av overtredelsen. Omfanget av et erstat-

¹⁹ Lov nr. 572 af 19. december 1985 om offentlighed i forvaltningen med senere endringer.

²⁰ Lovbekendtgørelse nr. 1365 av 7.12.2007 med senere endringer.

²¹ Lovbekendtgørelse nr. 972 av 13.08.2010.

²² Förvaltningslag (1986:223).

²³ Offentlighets- och sekretesslag (2009:400).

²⁴ Lag om offentlighet i myndigheternas verksamhet av 21.5.1999/621.

²⁵ Konkurrenslag av 12.8.2011/948

²⁶ Forskrift 22. august 2008 nr. 909.

ningskrav kan etter forholdene overstige det overtredelsesgebyret foretaket kunne påregne å bli ilagt for den aktuelle overtredelsen av Konkurransetilsynet og eventuelt konkurransemyndigheter i andre jurisdiksjoner som er kompetente til å behandle saken. Faren for tredjemanns innsyn vil derfor kunne påvirke foretakenes incentiver til å søke om lempning. Det vises til omtalen av lempningsordningen under punkt 6.3.3 og mulige virkninger for erstatningssøksmål under punkt 12.2.

Konkurranseloven regulerer ikke særskilt spørsmålet om innsyn i opplysninger som foretak har gitt til Konkurransetilsynet i forbindelse med en søknad om lempning i henhold til konkurranseloven § 31. Rett til innsyn i slike opplysninger omfattes derfor av de alminnelige innsynsbestemmelsene i forvaltningsloven og offentleglova, samt av konkurranseloven § 26 og § 27. Etter gjeldende rett er det ikke generell taushetsplikt om opplysninger inngitt i en lempningssøknad.

Før Konkurransetilsynet oppretter en overtredelsessak, reguleres innsyn i lempningssøknader i sin helhet av offentleglova § 24 annet ledd første punktum. Etter at det er opprettet sak, har parter i saken krav på innsyn i den grad dette kan skje uten skade eller fare for etterforskningen eller tredjemann, jf. konkurranseloven § 27. Tredjemenn har ikke rett til innsyn i lempningssøknader før saken er avsluttet, jf. konkurranseloven § 26 første ledd. Etter at saken er avsluttet, har tredjemenn med rettslig interesse utvidet innsynsrett i taushetsbelagte opplysninger, jf. konkurranseloven § 26 annet ledd. For øvrige tredjemenn reguleres innsynsretten etter avsluttet saksbehandling av offentleglova § 24 annet ledd første punktum.

Offentleglova § 24 annet ledd første punktum fastsetter at det kan gjøres unntak fra innsyn i «melding, tips eller liknande dokument om lovbrudd fra private». Bestemmelsen innebærer at det kan gjøres unntak fra alminnelig innsyn på ubestemt tid for slike dokumenter. Konkurransemyndighetene har med hjemmel i offentleglova § 24 annet ledd første punktum etter en konkret vurdering avslått innsyn i selve lempningssøknaden med vedlegg på grunn av den nære sammenhengen mellom søknaden om lempning og bevisfremleggelsen i vedlegg til lempningssøknaden.²⁷ Sivilombudsmannen støttet i sin uttalelse 1. desember 2009 departementets oppfatning på dette punkt. Departementet har fastslått at det må vurderes konkret om Konkurransetilsynets sakslogg kan unntas i sin helhet, jf. offentleglova § 12 bokstav c,

²⁷ Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 17. juni 2009, snr. 09/643.

eller om tilsynet må utlevere en sladdet versjon av loggen.²⁸

Dokumenter som det er adgang til å nekte innsyn i etter offentleglova § 24, må handle om lovbruddet. Av Justisdepartementets veileder om offentleglova følger det at det ikke er tilstrekkelig at et lovbrudd bare er nevnt i et innsendt dokument som i hovedsak gjelder noe annet.²⁹ Av veilederen følger det videre at i tillegg til slike direkte tips og meldinger fra private, gir offentleglova § 24 annet ledd annet punktum adgang til unntak fra innsyn i melding eller tips fra offentlige organer og alle andre slags dokument om lovbrudd inntil saken er avsluttet. Dokument om lovbrudd vil si dokumenter som direkte gjelder og er utarbeidet som følge av lovbrudd. Et eksempel på et slikt dokument er utgående bekreftelse på mottatt lempningssøknad fra Konkurransetilsynet. Dersom det fremkommer opplysninger som er underlagt taushetsplikt, skal det på vanlig måte gjøres unntak fra innsyn for disse opplysningene i henhold til offentleglova § 13.

12.1.4.2 EU/EØS

Kommisjonen og ESA har begge vedtatt lempningsprogram. Det er nærmere redegjort for innsyn i lempningsdokumenter i overvåkningsorganenes retningslinjer for behandling av lempningssøknader.³⁰ Det fremgår av retningslinjene at innsyn i opplysningene i lempningsdokumentene vil kunne medvirke til at det ikke inngis søknad om lempning. Det vises videre til at slike uønskede virkninger i høy grad vil skade den offentlige interessen, som både er å sikre en effektiv håndheving av TEUV artikkel 101 og 102/EØS-avtalen artikkel 53 og 54, og å muliggjøre etterfølgende eller parallelle sivile søksmål. Overvåkningsorganene skiller mellom dokumenter utarbeidet særskilt for lempningssøknaden («corporate statement») og andre dokumenter vedlagt lempningssøknaden. Et «corporate statement» er en frivillig uttalelse avgitt av eller på vegne av et foretak til overvåkningsorganet om foretakets kjennskap til et kartell og dets rolle i kartellet, og som er utarbeidet spesielt med tanke på å bli omfattet av lempningsordningen. Dokumenter og annet

²⁸ Se Fornyings-, administrasjons- og kirke departementets vedtak 7. september 2011, snr. 11/2574.

²⁹ Justis- og beredskapsdepartementets Rettleiar til offentleglova s. 144.

³⁰ Kommisjonens kunngjøring om bøtefritak eller bøtenedsettelse i kartellsaker, EUT C 298 av 8.12.2006, s. 17 og ESAs kunngjøring om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker, EØS-tillegget til EUT nr. 64 av 3.12.2009, s. 1.

bevismateriale som ikke er særskilt utarbeidet i forbindelse med lempningssøknaden, anses ikke å være en del av selve lempningssøknaden. Det gis kun partsinnsyn i selve lempningssøknaden. Begrunnelsen for dette er at foretak som søker om lempning ikke skal være mer eksponert for erstatningssøksmål enn kartelldelegater som ikke søker om lempning. Derimot skal søknad om lempning ikke kunne gi økt beskyttelse mot søksmål med hensyn til andre dokumenter i foretakenes besittelse.³¹ Partene og partsrepresentantene gis innsyn i lempningssøknaden under forutsetning av at de ikke tar kopier av opplysningene og at opplysningene bare brukes for partenes kontradiksjon i overtredelsessaken. Taushetsplikten gjelder uavhengig av om lempningssøknaden fører til at lempning blir innvilget, avslått eller ikke fører til et vedtak fra konkurransemyndighetene.

Kommisjonen og medlemsstatenes konkurransetilsyn har innenfor rammen av «European Competition Network» (ECN) utarbeidet et «Model Leniency Programme».³² De fleste medlemsstater har nå lempningsordninger, og det vises til den nærmere omtalen av dette under punkt 6.3.1. Lempningsprogrammene omtaler i punkt 47-49 problemstillinger knyttet til innsyn, herunder mulige negative konsekvenser av innsynsrett i én jurisdiksjon for kartellbekjempelsen i andre jurisdiksjoner. For å avhjelpe dette, åpner lempningsprogrammet for muntlige søknader om lempning der det er begrunnet og forholdsmessig. Lempningsprogrammet fastsetter videre at det ikke skal gis innsyn i muntlige forklaringer før meddelelsen om innsigelser er sendt. Lempningsprogrammet er ikke bindende for medlemsstatene.

Kommisjonen har i hvitboken av 2008 om erstatningssøksmål ved overtredelse av TEUV artikkel 101 og 102 tatt til orde for at de begrensninger som gjelder for innsyn i lempningssøknader til Kommisjonen også bør gjelde på nasjonalt nivå.³³ EU-domstolen har senere i prejudisiell sak C-360/09 *Pfleiderer* behandlet spørsmålet om EUs konkurranselover begrenser innsyn i opplysninger om lempning hos nasjonale konkurran-

semyndigheter. Domstolen fastslo at i mangel av bindende regler om innsyn på EU-nivå, er det opp til medlemsstatene å fastsette og anvende regler for innsyn.³⁴ Spørsmålet om innsyn i lempningssøknader til Kommisjonen er også reist for Underretten i sak T-308/08. Kommisjonen har i sitt arbeidsprogram for 2012 signalisert at den vil følge opp hvitboken og fremlegge forslag om harmonisering av nasjonalt regelverk knyttet til erstatningssøksmål. Kommisjonen viser i arbeidsprogrammet til at regelverksforslaget bl.a. bør omfatte bestemmelser om innsyn i lempningssaker. Utvalget understreker at arbeidsprogrammet ikke er bindende for Kommisjonen og foregriper ikke Kommisjonens endelige beslutning om det skal fremlegges et regelverksforslag og innholdet i forslaget.

12.1.4.3 Andre nordiske land

I *Danmark* gir Konkurrencestyrelsen ikke innsyn i lempningssøknader. Det skilles ikke mellom «corporate statements» og andre dokumenter som vedlegges en lempningssøknad. Lempningsøknader unntas fra innsyn bl.a. av hensyn til forebyggelse, oppklaring og forfølgning av lovovertridelser, jf. offentlighetsloven § 13 og forvaltningsloven § 15 første ledd nr. 3.

I *Sverige* behandles lempningssøknader som en separat sak, som ikke inngår i selve overtredelsessaken. Lempningsøknader unntas offentlighet i henhold til offentlighets- og sekretesslagen 30 kapittel 3 §. De bevis som lempningssøker inngir for å oppfylle samarbeidsforpliktelsene etter lempningsordningen, inntas derimot i overtredelsessaken. At et foretak har søkt om lempning vil først fremgå når Konkurrensverket sender en meddelelse om innsigelser til de foretak som mistenkes for å delta i overtredelsen, og Konkurrensverket ikke fremstiller noe krav om at lempningssøker skal betale bøter. Heller ikke på dette tidspunktet gis det partsinnsyn i lempningssøknaden, verken til andre parter eller til tredjemenn.

Finland gir som nevnt ovenfor partsinnsyn i sakens dokumenter etter avsluttet etterforskning. Hvorvidt og i hvilken grad partene vil bli gitt innsyn i lempningssøknad, er ikke avklart i domstolspraksis. Partene vil sannsynligvis ikke få tilgang til taushetsbelagte opplysninger. Hvorvidt innsyn omfatter øvrige opplysninger i en lempningssøknad, vurderes etter en konkret avveining av partenes behov for opplysningene av hensyn til retten

³¹ Kommisjonens nektelse av å gi innsyn i lempningssøknad er brakt inn for Underretten, se sak T-380/08 *Nederland mot Kommisjonen*.

³² http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf.

³³ 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>.

³⁴ Sak C-360/09 *Pfleiderer AG mot Bundeskartellamt*, 14. juni 2011.

til kontradiksjon og behovet for å beskytte lempningsordningen. Lempningssøknaden vil antageligvis bli ansett for å omfatte også vedleggene til søknaden, uavhengig av om dokumentene er særlig utarbeidet for lempningssøknaden eller ikke. Tredjemenn vil ikke få tilgang til lempningssøknaden. Konkurrentslagen fastsetter for øvrig også begrensninger med hensyn til bruk av de opplysninger som er inngitt i forbindelse med en søknad om lempning. Slike opplysninger kan bare brukes i forbindelse med konkurransesaken. Skadelidte kan derfor ikke bruke disse opplysningene i forbindelse med et eventuelt sivilt erstatningssøksmål.

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 departementets høringsbrev av 12. desember 2008 om endringer i konkurranseloven for å gjøre lempningsordningen mer effektiv³⁵, fremla departementet forslag til ny § 27a annet ledd i konkurranseloven med hjemmel til innskrenket innsyn i lempningssøknader for både parter og tredjemenn. Departementet viste til at effektive regler for lempning er viktig både for offentlig håndheving av konkurransereglene og muligheten for erstatning, og at rett til innsyn i erklæringer utarbeidet i forbindelse med en lempningssøknad vil innebære at foretak eller personer som søker om lempning har et dårligere utgangspunkt enn andre kartelldeltakere i et eventuelt etterfølgende sivilt søksmål. Departementet mente at det er en klar forutsetning for at lempningsordningen skal virke effektivt at risikoen for privatrettslig ansvar ikke øker som følge av lempningssøknaden. Departementet pekte på at harmoniserte regler i EU/EØS vil effektivisere lempningsordningene både i Norge og i EU/EØS. Den foreslåtte bestemmelsen var derfor utformet etter modell av ordningen i EU/EØS og Kommisjonens forslag i hvitboken av 2008. Den omfattet innsyn i selve lempningssøknaden både før og etter vedtak i saken.

12.1.4.4 *Forslaget til ny § 27a – beskyttelse av kilder*

Departementet fremla samtidig forslag om et nytt siste punktum i konkurranseloven § 26 annet ledd, slik at opplysninger omfattet av taushetsplikten i § 27a ikke skulle være gjenstand for utvidet innsynsrett etter § 26.

³⁵ Høringsbrevet er lagt ut på regjeringen.no.

Forslaget omfattet dokumenter som omhandler et foretaks eller personers kunnskap om en overtredelse av konkurranseloven og foretakets eller personens medvirkning til overtredelsen, og som er utarbeidet av partene selv eller av Konkurransetilsynet etter muntlig fremleggelse av partene. Taushetsplikten skulle gjelde alle opplysninger som bare fremkommer av dokumenter utarbeidet særskilt for lempningssøknaden, og omfattet ikke allerede eksisterende dokumenter. Begrunnelsen var at slike dokumenter regelmessig inneholder en skylderkjøring, og derfor er særlig sensitive i et etterfølgende erstatningssøksmål. Avgiver av opplysningene kan gi samtykke til at dokumentene gis ut, men det er likevel ikke til hinder for at Konkurransetilsynet kan nekte innsyn av hensyn til etterforskningen eller tredjemann, jf. konkurranseloven § 27. Forslaget innebar en utvidet rett til å nekte innsyn sammenlignet med de alminnelige reglene i offentleglova. Av hensyn til kartelldeltagernes kontradiksjonsrett omfattet ikke forslaget rett til partsinnsyn etter forvaltningsloven § 18. Forslaget påla imidlertid partene og partenes representanter taushetsplikt med hensyn til opplysningene, og en begrensning i bruken av opplysningene. Parter som gis partsinnsyn kunne bare bruke opplysningene til å ivareta sine interesser i overtredelsessaken, og ikke for eksempel i et etterfølgende søksmål om erstatning. Bestemmelsen var utformet med utgangspunkt i forvaltningsloven § 13, og må forstås tilsvarende så langt det passer.³⁶

De fleste høringsinstansene som hadde merknader til saken, var positive til departementets forslag om innskrenket innsyn i lempningssøknader, med unntak av pressens organisasjoner.³⁷

Departementet har lagt saken til side i påvente av utvalgets vurdering av lempningsordningen.³⁸

12.1.4.5 *Tips*

Det vil ofte være vanskelig å avdekke en overtredelse av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven uten at det foreligger en søknad om lempning eller et tips fra personer med opplysninger eller dokumentasjon som Konkurransetilsynet trenger for å kunne igangsette etterforskning, for eksempel til å gjennomføre bevissikring i henhold til

³⁶ Se Fornyings- og administrasjonsdepartementets høringsbrev 12. desember 2008. Høringsbrevet er lagt ut på regjeringen.no.

³⁷ Høringsuttalelsene er lagt ut på regjeringen.no.

³⁸ Prop. 1 S (2010-2011) Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet.

konkurranseloven § 25. Flere tips øker oppdagelsesrisikoen for karteller, og vil dermed både føre til avdekking av eksisterende karteller og styrke den preventive virkningen av forbudene i konkurranseeloven.

For ansatte eller tidligere ansatte i et foretak som oppdager ulovlig atferd hos arbeidsgiver, kan det imidlertid innebære en risiko for nåværende og fremtidige arbeidsforhold om det blir kjent at vedkommende har varslet konkurransemyndighetene om saken. Også for andre aktører som ønsker å varsle om ulovlig atferd kan det få negative konsekvenser å melde om overtredelsen. For eksempel kan vedkommende ha et kunde- eller leverandørforhold til foretaket det tipses om. For at konkurransemyndighetene skal kunne få slike tips fra foretak eller personer med kunnskap om den ulovlige virksomheten, er det viktig at konkurransemyndighetene kan verne tipserens identitet. Konkurransetilsynets erfaring viser at usikkerhet knyttet til kildevern ofte er avgjørende for om kildene er villige til å gi nødvendige opplysninger og dokumentasjon om overtredelse av konkurranseeloven.

Vern av kilder er både internasjonalt og i EU/EØS sett på som et viktig virkemiddel i håndhevingen av konkurranseelvene. I ESAs retningslinjer for tilgang til saksopplysninger punkt 19 heter det således:

«Kategorien «andre fortrolige opplysninger» omfatter andre opplysninger enn forretningshemmeligheter, som kan oppfattes som fortrolige i den grad offentliggjøring av opplysningene vil kunne påføre en person eller et foretak betydelig skade. Avhengig av de konkrete omstendighetene i hver sak kan dette gjelde opplysninger gitt av tredjeparter om foretak som er i stand til å utøve svært betydelig økonomisk eller kommersielt press på sine konkurrenter eller på sine handelspartnere, kunder eller leverandører. Det er legitimt å avslå å gi slike foretak innsyn i visse brev mottatt fra deres kunder, ettersom innsyn ofte vil kunne innebære risiko for gjengjeldelsestiltak overfor avsenderne. Begrepet «andre fortrolige opplysninger» kan derfor omfatte opplysninger som ville gjøre partene i stand til å identifisere klagere eller andre tredjeparter som har et berettiget ønske om å være anonyme.»³⁹

12.1.4.6 Andre nordiske land

I *Danmark* gir Konkurrencestyrelsen ikke innsyn i tips om overtredelser av konkurrenceeloven, bl.a.

under henvisning til forebyggelse, oppklaring og forfølging av lovovertrædelser, jf. offentlighetseloven § 13 og forvaltningseloven § 15 første ledd nr. 3. Personer som tipser kan velge å gjøre det anonymt, både ved skriftlige og muntlige tips.

I *Sverige* er tips omfattet av taushetspliktsregelen i offentlighets- og sekretesselagen 30 kapittel 3 §. Bestemmelsen gjelder både overfor parter og tredjemenn. For å hemmeligholde tips overfor en part, kreves det at det er særlig viktig at opplysningen ikke avsløres, jf. offentlighets- og sekretesselagen 10 kapittel 3 §. I praksis vil dette ofte være oppfylt når vilkåret i 30 kapittel 3 § er oppfylt, dvs. at tipseren kan lide alvorlig skade eller betydelig men om identiteten avsløres. Taushetsplikten omfatter både tipserens identitet og innholdet i tipset, i den grad innholdet kan avsløre tipserens identitet. Den gjelder ikke bare når vedkommende har tipset Konkurrenceverket av eget initiativ, men også når vedkommende gir opplysninger på anmodning av Konkurrenceverket, for eksempel i et avhør. Taushetsplikten gjelder i inn-til 20 år.

I *Finland* er spørsmålet om beskyttelse av tips og tipseres identitet i konkurransesaker ikke særskilt regulert. Offentlighetselagen gir imidlertid bestemmelser om beskyttelse av «handlingar som inneholder oppgifter om inspektion som ankommer på en myndighet eller någon annan omstændighet som har samband med en övervakningsåtgärd, om utlämnandet av oppgifter ur en sådan handling skulle äventyra övervakningen eller dess syfte». Praksis har fastslått at bestemmelsen får anvendelse også i konkurransesaker. Innhold i tips og eventuelt det faktum at det er innkommet tips, kan unntas dersom det er nødvendig for å beskytte tipserens identitet.

Konkurranseloven regulerer ikke særskilt spørsmålet om kildevern for tips om mulig overtredelse av eloven. Offentlegelova § 24 annet ledd første punktum gir som nevnt ovenfor tidsbegrenset hjemmel til å unnta fra innsyn «melding, tips eller liknande dokument om lovbrøt fra private». Annet punktum gir adgang til å unnta «andre dokument om lovbrøt, blant anna melding og tips frå offentlege organ» inntil saken er avgjort. Det vises til omtalen av offentlegelova § 24 annet ledd ovenfor.

³⁹ Kunngjøring fra ESA om reglene for innsyn i ESAs saksdokumenter i saker i henhold til EØS-avtalens artikkel 53, 54 og 57, EØS tillegget til EUT nr. 50 av 25.10.2007, s. 1. Se også Kommisjonens kunngjøring om reglene for innsyn i saksdokumenter i henhold til TEUV artikkel 101 og 102 EØS-avtalen artikkel 53, 54 og 57 og rådsforordning (EF) nr. 139/2004, EUT C 325 av 22.12.2005, s. 7.

Departementet har i høringsbrevet av 12. desember 2008 vurdert at unntaksretten i offentliglova § 24 ikke alltid vil være tilstrekkelig til at konkurransemyndighetene kan garantere tipsere vern om identiteten overfor parter eller tredjemenn. Departementet mente at det derfor er behov for å styrke vernet av tipseres identitet i konkurranseloven. Det viste til at arbeidsmiljøloven § 18-2 fastsetter et særlig kildevern ved varsel om forhold som er i strid med loven. Departementet mente at den vanskelige bevissituasjonen i kartellsaker, overtredelsens samfunnsskadelige art og hensynet til å verne personer eller foretak som har særlig behov for det, ligner på det som foreligger ved varsling i arbeidsforhold. Det viste også 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. Videre vil Konkurransetilsynet alltid måtte vurdere tips ut fra hvem som avgir informasjonen, og kvalitetssikre opplysninger før det gjennomfører inngripende tiltak i saken, som for eksempel bevissikring i henhold til konkurranseloven § 25. Konkurransetilsynet vil også måtte innhente ytterligere informasjon og utrede saken før det fattes endelig vedtak. Tipsets funksjon er å avdekke ulovlig atferd og sette i gang etterforskningsprosessen. På denne bakgrunn fremmet departementet i høringsnotatet følgende forslag til ny § 27a første ledd i konkurranseloven om kildevern:

«§ 27a Beskyttelse av kilder

Konkurransetilsynet har taushetsplikt om identiteten til foretak eller person som gir tips om overtredelse av § 10 eller § 11. Taushetsplikten gjelder også overfor sakens parter. Anmodning om påbud om opphør etter konkurranseloven § 12 omfattes ikke av taushetsplikten.»

Departementets forslag til taushetsplikt omfatter både tipserens navn og andre opplysninger som kan avsløre identiteten, som arbeidssted, stilling, mv. Bestemmelsen omfatter både den første informasjonen og senere informasjon som presiserer eller supplerer den første informasjonen tilsynet mottar fra tipseren. Bestemmelsen er ikke til hinder for at Konkurransetilsynet kan innhente ytterligere opplysninger fra tipseren i saken, så fremt det kan skje uten å avsløre at saken er initiert av vedkommendes tips. Taushetsplikten gjelder etter forslaget selv om det skulle vise seg at forholdet

det ble tipset om likevel ikke er i strid med konkurranseloven. Departementet mente at taushetsplikt med hensyn til tipserens identitet også måtte gjelde overfor parter og partsrepresentanter, og den foreslåtte bestemmelsen er derfor et unntak fra forvaltningsloven § 18. Derimot mente departementet at bestemmelsen måtte avgrenses mot anmodninger til Konkurransetilsynet om å gi pålegg om opphør i henhold til konkurranseloven § 12 første ledd. Departementet mente at anmodning om pålegg i henhold til § 12 første ledd gir den som anmoder en viss rett til saksbehandling og klage, og dermed en prioritering av konkurransemyndighetenes ressurser. Departementet mente at dette gir tilstrekkelig motivasjon for aktørene til å gi Konkurransetilsynet nødvendig informasjon. En bestemmelse om vern av identitet i slike saker ville etter departementets syn derfor gå lenger enn det som er nødvendig, og de alminnelige reglene i forvaltningsloven og offentliglova ville være tilstrekkelige.

Høringsinstansene ga, med enkelte unntak, i stor grad støtte til forslaget. Særlig pressens organisasjoner hadde innvendinger til forslaget.⁴⁰

Departementet har lagt saken til side i påvente av konkurranseutvalgets vurderinger.⁴¹

12.1.5 Utvalgets vurderinger

Utvalget mener at begrensninger i innsynsretten, slik den er fastsatt i forvaltningsloven og offentliglova, må være godt begrunnet og balansert i forhold til de ulike interessene. Det er også hensiktsmessig at saksbehandlingsreglene er mest mulig like på de ulike rettsområdene. På denne bakgrunn bør det etter utvalgets mening så langt som mulig tilstrebes regler som er mest mulig i samsvar med offentliglova og forvaltningsloven. Konkurransområdet reiser likevel særlige problemstillinger særlig knyttet til effektiv etterforskning av overtredelser og ivaretagelsen av foretakenes legitime krav på bevaring av forretningshemmeligheter og andre fortrolige opplysninger. Utvalget mener at de særlige innsynsreglene i konkurranseloven § 26 og § 27 i overtredelsessaker er godt begrunnet og hensiktsmessige. Utvalget vil derfor ikke foreslå innskrenkninger i unntakshjemlene i gjeldende konkurranselov § 26 og § 27.

Utvalget har vurdert om det er behov for å presisere eller utvide de særlige unntakshjemlene i

⁴⁰ Høringsuttalelsene er lagt ut på regjeringen.no.

⁴¹ Prop. 1 S (2010-2011) Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet.

konkurranseloven. Dersom Konkurransetilsynets kompetanse til å vedta overtredelsesgebyr opprettholdes, som foreslått av utvalgets flertall, er det etter utvalgets oppfatning nødvendig å presisere nærmere når en sak anses å være avsluttet i henhold til § 26 første ledd for de tilfeller at foretakene bringer Konkurransetilsynets vedtak inn for domstolen. Utvalget finner som nevnt ovenfor at saken ikke kan anses avsluttet i slike tilfeller, og mener at det er tilstrekkelig at dette presiseres i forarbeidene. Utvalget vil understreke at denne problemstillingen ikke vil være relevant dersom det innføres omvendt søksmålsbyrde, som foreslått av utvalgets mindretall.

Videre har utvalget vurdert om det er behov for en tilsvarende begrensning i tredjemanns innsynsrett i saker om foretakssammenslutninger som i overtredelsessaker etter § 26. Et slikt unntak ville ha en annen begrunnelse enn for overtredelsessaker. Utsatt offentlighet i overtredelsessaker er begrunnet i de særlige forhold som knytter seg til etterforskningen av overtredelser som i stor grad skjer i det skjulte og hvor det i utgangspunktet ikke foreligger klare beviser på overtredelse. I saker om foretakssammenslutninger skal konkurransemyndighetene vurdere de sannsynlige fremtidige konkurransemessige virkningene av en transaksjon. Med mindre den videre undersøkelsen av transaksjonen skulle avdekke ulovlig virksomhet eller kreve innhenting av opplysninger gjennom for eksempel kontrollbesøk, vil ikke etterforskningshensyn som sådan tilsi behov for særlig unntak fra de alminnelige innsynsreglene i fusjonsaker sett fra konkurransemyndighetenes side.

Derimot vil utvalget vise til at konkurransemyndighetenes behandling av meldte foretakssammenslutninger er underlagt strenge saksbehandlingsfrister. Innsynsbegjæringer kan være svært tid- og ressurskrevende, og behandlingen av innsynsbegjæringer fra parter eller tredjemenns foretakssammenslutningen behandles kan binde opp verdifulle ressurser i viktige faser av saksbehandlingen. Dette kan igjen påvirke konkurransemyndighetenes faktiske mulighet til effektiv utredning av de konkurransemessige problemstillinger foretakssammenslutningen måtte reise. Utvalget vil påpeke at det påhviler forvaltningen en streng plikt til ikke å gi innsyn i taushetsbelagte opplysninger. Overtredelse av denneplikten kan sanksjoneres med straff.⁴²

På den annen side kan innsynsrett og tidspunkt for innsyn ha vesentlig betydning for partenes kontradiksjonsrett og tredjemenns mulighet

til å bli hørt, og således for sakens opplysning. Begrensning av innsynsretten kan derfor etter forholdene påvirke konkurransemyndighetenes saksutredning, jf. forvaltningsloven § 17. Utvalget mener at i motsetning til hva som gjelder for overtredelsessaker, kan begrenset innsyn i én fase av saksbehandlingen i saker om foretakssammenslutninger ikke avhjelpest ved innsyn i senere faser.

Etter utvalgets oppfatning er en av de viktigste problemstillingene for konkurransemyndighetene med hensyn til innsynsbegjæringer i fusjonssaker at avgiver av opplysningene ofte har en restriktiv oppfatning av hvilke opplysninger som kan offentliggjøres, og at det i mange tilfeller også i liten grad foreligger en materiell begrunnelse for hvorfor opplysninger er å anse som taushetsbelagte. Samtidig er avgiver av opplysningene nærmest til å vurdere de forretningsmessige konsekvensene av at opplysningene tilflyter andre markedsaktører. Konkurransemyndighetene er på sin side pålagt ikke å videreformidle taushetsbelagte opplysninger, jf. forvaltningsloven § 13 og offentleglova § 13 første ledd. Den som har krav på taushet kan imidlertid samtykke i at opplysningene gis ut, jf. forvaltningsloven § 13a nr. 1. Det følger av offentleglova § 13 tredje ledd at den som begjærer innsyn i slike tilfeller kan kreve at den grunngitte begjæringen legges frem for den som kan samtykke i innsyn, med frist til å svare. Dersom vedkommende ikke svarer, regnes det som samtykke.

Utvalget mener at en mulig løsning for å avhjelpe konkurransemyndighetenes ressursituasjon i fusjonssaker kan være å stille krav til avgiver av opplysningene om å identifisere forretningshemmeligheter eller annen fortrolig informasjon som gjelder avgiver, og begrunne hvorfor opplysningene er omfattet av taushetsplikt. Avgiver bør samtidig pålegges å fremlegge en offentlig versjon av dokumentene. Konkurransemyndighetene vil fortsatt måtte vurdere om de avmerkede opplysningene faktisk er underlagt taushetsplikt. Utvalget viser til at forskrift om melding om foretakssammenslutninger allerede pålegger partene å enten angi hvilke opplysninger som anses som forretningshemmeligheter eller fremlegge forslag til offentlig versjon av melding om foretakssammenslutning samtidig med meldingen.⁴³ Utvalget mener at denne ordningen bør utvides og forsterkes. Utvalget foreslår at plikten til å identifisere taushetsbelagte opplysninger i en slik ordning bør suppleres med en omvendt bevisbyrde; opplysnin-

⁴² Straffeloven § 121.

⁴³ Forskrift 28. april 2004 nr. 673 om melding av foretakssammenslutninger § 1 annet ledd.

ger avgiver ikke har identifisert og begrunnet som taushetsbelagte, kan konkurransemyndighetene legge til grunn at ikke vil være det. Denne plikten bør pålegge både parter og tredjemenn i saken. Utvalget viser i den forbindelse til at en slik ordning er fastsatt i fusjonskontrollen i EU/EØS, jf. forordning (EF) nr. 802/2004/ODA protokoll 4 kapittel V artikkel 18 nr. 2 til 4. Utvalget mener det er mulig at en unnlattelse av å følge opp en oppfordring/pålegg om å identifisere og begrunne taushetsbelagte opplysninger kan anses som samtykke, jf. offentleglova § 13 tredje ledd.

Konkurransemyndighetene bør opplyse adressaten om plikten til å avmerke og begrunne forretningshemmeligheter og andre fortrolige opplysninger når de innhenter opplysninger i en sak i henhold til konkurranseloven § 24, jf. forvaltningsloven § 11.

Utvalget vil understreke at en plikt til å begrunne taushetsplikt ikke må være unødig byrdefull for avgiver av opplysningen. Samtidig må begrunnelsen være tilstrekkelig konkret til at konkurransemyndighetene kan legge den til grunn for sin vurdering av taushetsplikten. Utvalget viser til at Kommisjonen ved skriftlig innhenting av opplysninger vedlegger en kort veiledning for hvilke krav som i henhold til rettspraksis kan anses å utgjøre forretningshemmeligheter og andre fortrolige opplysninger, eksempler på opplysninger som vanligvis ikke vil bli ansett som slike opplysninger samt hvilke krav som stilles til foretakenes begrunnelse for taushetsplikt. Utvalget foreslår at begrunnelsesplikten etter norsk rett kan oppfylles ved argumenter for skade basert på Justisdepartementets «Rettleiar til offentleglova pkt. 6.2.4 Teieplikt om næringsopplysningar etter forvaltningslova § 13». Det fremgår av veilederen at det sentrale vurderingstemaet for å avgjøre når en opplysning kan være en forretningshemmelighet, er om opplysningen dersom den blir kjent enten direkte eller ved at konkurrenter kan utnytte den vil kunne føre til økonomisk tap eller redusert gevinst. Næringsdrivende vil derfor måtte gi en kort beskrivelse av hvorfor de mener en slik økonomisk skade vil kunne oppstå hvis informasjonen kommer ut, og hvilken risiko det er for slik skade. I veilederen er det gitt eksempler på forskjellige typer informasjon som kan være forretningshemmeligheter og begrunnelsen for dette.

Utvalget foreslår at meldingen skal anses som fullstendig og at Konkurransetilsynets saksbehandlingsfrister begynner å løpe først når avgiver av opplysningene har avmerket og begrunnet konfidensielle opplysninger i samsvar med dette. For øvrig vises til lovforslaget § 18a.

Utvalget har vurdert om en offentlig versjon av meldingen bør offentliggjøres på Konkurransetilsynets hjemmeside. En slik ordning vil sikre alle interesserte lett tilgang til meldingen. På den annen side vil interesserte tredjemenn kunne få innsyn i den offentlige versjonen av meldingen ved henvendelse til tilsynet. Utvalget har sett hen til praksis for offentliggjøring av informasjon om foretakssammenslutninger i EU/EØS og de øvrige nordiske land. Kommisjonen publiserer kun kortfattede opplysninger om partene i transaksjonen og relevante markeder i Den europeiske unions tidende (EUT). Sverige publiserer en meget kortfattet redegjørelse for at det foreligger en melding. Danmark gir en noe mer utfyllende redegjørelse for parter og markeder. Utvalget viser til at selv en offentlig versjon av meldingen må vurderes av Konkurransetilsynet, bl.a. med hensyn til mulig taushetsbelagte opplysninger vedrørende andre aktører. Den offentlige versjonen vil derfor ikke umiddelbart kunne legges ut på hjemmesiden. Utvalget mener at det er tilstrekkelig at interesserte aktører gjøres kjent med transaksjonen gjennom en kortfattet publisering på Konkurransetilsynets hjemmeside, og på dette grunnlag kan be om innsyn i den offentlige versjonen av meldingen. Hvorvidt og når det er ønskelig med en mer omfattende publisering av enkelthetene ved transaksjonen, bør overlates til Konkurransetilsynets skjønn.

Utvalget har vurdert behovet for å gi særlige regler om rett til innsyn i lempningsdokumenter i konkurranseloven. Utvalget viser til at konkurranseloven § 26 annet ledd gir en utvidet rett til innsyn i lempningsdokumenter for tredjemenn med rettslig interesse. Parter har rett til partsinnsyn i lempningsdokumenter såfremt det kan skje uten skade eller fare for tredjemenn. Begrunnelsen for den utvidede innsynretten var særlig hensynet til å legge til rette for private erstatningssøksmål for tap lidt ved overtredelse av atferdsreglene i konkurranseloven. Utvalget mener det er ønskelig å fremme privat håndhevelse av konkurranseloven. Det vises til utvalgets vurderinger i punkt 12.2.4. Utvalget viser imidlertid til utviklingen i og erfaringene med lempningsinstituttet siden konkurranselovens vedtagelse, både i Norge og en rekke andre jurisdiksjoner. Lemping er blitt en viktig del av konkurransemyndighetenes avdekking og etterforskning av karteller. En effektiv offentlig håndhevelse av konkurransereglene vil også kunne føre til økt privat håndhevelse, ved at det vil legge til rette for mer etterfølgende erstatningssøksmål.

Risikoen for å bli eksponert for erstatningssøksmål kan imidlertid redusere foretakenes

incentiver til å søke lempning. Utvalget ser det ikke som ønskelig å redusere skadelidtes mulighet til erstatning i lempningssaker. Det vises i denne forbindelse også til at EU-domstolen har fastslått at den som har lidt økonomisk tap som følge av en overtredelse av TEUV artikkel 101 og 102, har krav på erstatning.⁴⁴ Utvalget mener imidlertid at hensynet til en effektiv offentlig håndhevelse forutsetter at et foretak som søker om lempning ikke blir mer eksponert for erstatningssøksmål enn kartelldeltagere som ikke har søkt om lempning. Det er etter utvalgets mening også en forutsetning at foretakene har tilstrekkelig forutsigbarhet med hensyn til unntak fra innsyn i lempningsdokumentene. Utvalget viser til at det ut fra de samme hensyn gis unntak fra innsyn i lempningsdokumenter også i EU/EØS og i de øvrige nordiske land, jf. ovenfor.

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. EU-domstolen har i Pflaiderer-saken avklart at EU-retten ikke legger begrensninger på innsyn i lempningssøknader for nasjonale konkurransemyndigheter, og at det i mangel av EU-regler på området er opp til nasjonal rett å regulere retten til innsyn.

Utvalget har vurdert hvilke dokumenter i en søknad om lempning som bør unntas fra innsyn. Utvalget viser til at konkurransemyndighetene etter offentleglova § 24 annet ledd første punktum unntar lempningssøknaden med vedlegg fra innsyn. Dette innebærer at det etter norsk rett kan unntas fra innsyn også dokumenter som ikke er særlig utarbeidet for lempningssøknaden. Utvalget viser til at formålet med en særlig unntakshjemmel for lempningssøknader er å nøytralisere lempningssøknaden med hensyn til risikoen for eventuelle erstatningssøksmål. Hensikten er ikke å stille lempningssøker i en bedre stilling overfor skadelidte parter enn foretaket ville vært i dersom det ikke hadde søkt om lempning. Utvalget mener likevel at det er hensiktsmessig å videreføre adgangen til å unnta også vedleggene til lempningssøknaden fra innsyn. Dette gjelder også med hensyn til opplysninger og bevis som ikke er utarbeidet særskilt for lempningssøknaden. Utvalget legger her særlig vekt på hensynet til en effektiv lempningsordning og offentlig håndheving av konkurranselovens forbudsbestemmelser. Utval-

get vil peke på at dersom Konkurransetilsynet får tilgang til de aktuelle opplysningene eller bevismaterialet på annet vis, som for eksempel ved bevissikring i henhold til konkurranseloven § 25 eller fra andre enn de som har søkt lempning, vil de vanlige reglene om innsyn gjelde. Tredjemenn 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 innsyn fra de øvrige deltagerne i kartellet. Derimot bør ikke opplysningene i selve lempningssøknaden 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 har vurdert om offentleglova § 12 gir tilstrekkelig hjemmel for å oppnå de hensyn utvalget har fremhevet. Utvalget understreker imidlertid at foretak som vurderer å søke om lempning vil ha behov for stor grad av forutsigbarhet med hensyn til om lempningsdokumentene vil bli unntatt fra offentlighet. Offentleglova § 12 forutsetter at behovet for unntak vurderes konkret. Utvalget mener at offentleglova ikke gir foretakene den nødvendige forutsigbarhet ved vurderingen av om det skal søke lempning.

I samsvar med det ovennevnte vil utvalget fremlegge forslag om en særlig hjemmel i konkurranseloven til å unnta lempningsdokumenter fra offentlighet. Utvalget har ved utformingen av forslag til ny § 27a annet ledd sett hen til forslaget i departementets høringsbrev av 12. desember og høringsuttalelsene i saken.⁴⁵ Utvalget viser for øvrig til lovforslaget § 27a annet ledd.

Utvalget peker videre på at den utvidede innsynsretten i konkurranseloven § 26 annet ledd første punktum kan begrense virkningen av den foreslåtte bestemmelsen i § 27a annet ledd. Utvalget foreslår derfor at følgende inntas som nest siste

⁴⁴ Sak C-453/99 Courage mot Crehan, Samlingen 2001 s. I-6297. Jf. også senere forente saker C-295-98/04 Manfredi, Sml. 2006 s. I-6619.

⁴⁵ Høringsbrevet og høringssvarene er lagt ut på regjeringen.no.

og siste punktum i konkurranseloven § 26 annet ledd:

«Retten til innsyn etter dette ledd gjelder ikke opplysninger underlagt taushetsplikt etter § 27a eller dokumenter som er unntatt fra offentleglova etter § 27a.»

Utvalget har videre vurdert om det er behov for å lovfeste et ytterligere vern for foretak eller personer som gir Konkurransetilsynet tips om overtredelser av konkurranseloven. Utvalget viser til at gjeldende regler i forvaltningslovens og offentleglova forutsetter en konkret vurdering av om innsyn bør nektes i slike tips. 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. 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.

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 er etter utvalgets mening allmennhetens kontroll med Konkurransetilsynet og retten til kontradiksjon for de som opplysningene gjelder.

Utvalget viser til at tips fra foretak eller personer som står nær overtredelsen og som kan fremlegge tilstrekkelige opplysninger til at Konkurransetilsynet for eksempel kan gjennomføre bevissikring i saken, er en viktig del av konkurransemyndighetenes avdekking av ulovlig konkurransebegrensende atferd. Samtidig kan det få alvorlige konsekvenser for tipserens arbeidsforhold eller virksomhet dersom overtrederne får kunnskap om tipserens identitet. Utvalget viser også til omtalen av hensynet til beskyttelse av kilder i varslingsaker 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 tredjemens 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 viser til at denne løsningen er nedfelt i den svenske offentlighets och sekretesslagen, jf. 10 kapittel 3 §. Konkurranseloven § 27 gir videre en part som får avslag på anmodning om innsyn i sakens dokumenter under saksbehandlingen rett til å få saken prøvet for domstolen. Utvalget mener derfor at hensynet til kontradiksjon er godt ivaretatt i loven.

Utvalget har vurdert om gjeldende bestemmelser i forvaltningsloven og offentleglova er tilstrekkelige til å beskytte tipsernes identitet. Det viser til at de alminnelige reglene om innsyn i forvaltningsloven og offentleglova kan gi grunnlag for å beskytte tipserens identitet etter en konkret vurdering av den reelle skaderisikoen, og at det i noen tilfeller kan være nok. Slik utvalget ser det, vil tipserer imidlertid kunne ha behov for mer forutberegnelighet med hensyn til kildevernet. Utvalget mener at det i denne sammenheng er grunn til å legge vekt på både tipserens opplevelse av risiko og den faktiske risikoen en avsløring ville innebære i saken.

Utvalget fremmer således følgende forslag til ny § 27a første ledd om beskyttelse av kilder. 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 endret 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:

«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.»

12.2 Privat håndhevelse

12.2.1 Mandat

Spørsmålet om privat håndhevelse er ikke eksplisitt nevnt i utvalgets mandat. Det betydelige fokuset som har vært rettet mot slik håndhevelse i senere år, spesielt gjennom initiativer fra Kommisjonen, gjør det likevel naturlig å vurdere norsk rett med hensyn til egnetheten til å bidra til effektiv konkurransehåndhevelse.

12.2.2 Kommisjonens initiativer

Spørsmålet om privat håndhevelse fikk begrenset oppmerksomhet ved utarbeidelsen av rådsforordning (EF) nr.1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II. Forordningen ryddet imidlertid av veien den usikkerhet som på grunn av meldings-systemet og dispensasjonsordningen hadde knyttet seg til anvendelsen av TEUV artikkel 101/EØS-avtalen artikkel 53 for nasjonale domstoler. Samtidig lovfestet forordningen prinsippene fra Masterfoodsdommen om forholdet mellom nasjonale domstolars kompetanse og overvåkningsorganenes kompetanse, jf. forordningen artikkel 16/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 16.⁴⁶ Videre ble det gitt regler om overvåkningsorganenes innleggsrett for nasjonale domstoler.⁴⁷ På dette tidspunktet hadde EU-domstolen fastslått at overtredelser av EUs konkurranseregler ga opphav til erstatningsansvar.⁴⁸ Tilsvarende vil gjelde for overtredelser av EØS-avtalen artikkel 53 og 53.

Parallelt med utarbeidelsen av rådsforordning (EF) nr. 1/2003 reviderte Kommisjonen sin kunngjøring om samarbeid med nasjonale domstoler.⁴⁹ Denne er av mer koordinerende karakter, og representerer ingen egentlig tilretteleggelse for privat håndhevelse. Kommisjonen publiserte imidlertid en grønnbok om temaet i

2005, som ble fulgt opp av en hvitbok i 2008.⁵⁰ Disse dokumentene inneholder flere initiativer som tar sikte på å lette muligheten for privat håndhevelse av EUs konkurranseregler. Dette gjelder bl.a. tilretteleggelse for gruppesøksmål, harmonisering av skyldkravet, sikre skadelidte tilgang til konkurransemyndighetenes bevismateriale, harmonisering av foreldelsesregler, etablere bindende virkning av vedtak fra nasjonale konkurransemyndigheter, regulering av saksomkostninger, regulering av passing-on (innføring av en gjendrivelig presumpsjon for at overpriser er overført til indirekte kunder) og utforming av veiledninger for erstatningsutmåling. Etter dette har Kommisjonen i 2011 gjennomført en høring av et arbeidsdokument om gruppesøksmål.⁵¹ Det er også utarbeidet utkast til veiledning om erstatningsutmåling, som også har vært på høring i 2011.⁵²

Det følger av dette at privat håndhevelse av konkurransereglene, i første rekke gjennom erstatningssøksmål, har fått betydelig fokus i EU, og at en økning i antallet private søksmål anses som ønskelig. Kommisjonen har i arbeidsprogrammet for 2012 signalisert at den tar sikte på å fremlegge forslag til nytt regelverk om erstatningssøksmål i 2012. Kommisjonen mener at regelverksforslaget bl.a. bør inneholde bestemmelser om tilgang til bevis og beskyttelse av lempningsprogram i forbindelse med erstatningssøksmål, bindende virkning av nasjonale konkurransemyndigheters vedtak som bevis for overtredelse av atferdsbestemmelsene i sivile søksmål, bestemmelser om saksøkte kan påberope seg overføring av overpris («passing-on defence») og bestemmelser om søksmålsinteresse, særlig med hensyn til gruppesøksmål. Utvalget understreker at arbeidsprogrammet ikke er bindende for Kommisjonen, verken med hensyn til om det vil bli vedtatt et regelverksforslag eller innholdet i et slikt forslag.

⁴⁶ Sak C-344/98 Masterfoods mot HB Icecream, Samlingen 2000 s. I-11369. ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 16 er gjennomført i norsk rett ved EØS-konkurranseloven § 8.

⁴⁷ Se EØS-konkurranseloven § 9, som gjennomfører ESAs innleggsrett for norske domstoler.

⁴⁸ Sak C-453/99 Courage mot Crehan, Samlingen 2001 s. I-6297, jf. også senere forente saker C-295-98/04 Manfredi, Samlingen 2006 s. I-6619.

⁴⁹ Commission Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC, EUT C 101 av 27.4.2004, s. 54. Se også ESAs kunngjøring om samarbeid mellom EFTAs overvåkningsorgan og domstolene i EFTAstatene i forbindelse med anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, EØS tillegget til EUT nr. 62 av 14.12.2006, s. 21.

⁵⁰ Green Paper Damages actions for breach of the EC anti-trust, COM(2005) 672, 19. desember 2005, og White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules, COM(2008) 165, 2. april 2008. Fylldig dokumentasjon om høringer etc. finnes på <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>. Hvitboken var gjenstand for en høringsprosess i Norge, se <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/horinger/horingsdokumenter/2008/horing-eu-kommisjonens-hvitbok-om-ersta/horingsbrev.html?id=508100>.

⁵¹ Towards a Coherent European Approach on Collective Redress, SEK(2011) 173 endelig, 4. februar 2011.

⁵² Draft Guidance Paper – Quantifying harm in actions for damages based on breaches of Articles 101 or 102 of the Treaty, juni 2011.

12.2.3 Norsk rett

Muligheten for privat håndhevelse fikk en del oppmerksomhet ved utformingen av 2004-loven.⁵³ Utover bestemmelsen om avtalers ugyldighet i konkurranseloven § 10 annet ledd (som fulgte av EØS-harmoniseringen), og bestemmelsen om innsyn i avsluttede saker, jf. konkurranseloven § 26, finnes det imidlertid ikke særregler om privat håndhevelse i norsk konkurranserett. Bestemmelsen i § 26 om innsyn representerer imidlertid et viktig verktøy for å gi skadelidte tilgang til bevismateriale fra konkurransemyndighetene.

Dette betyr at det er tvistelovens alminnelige regler som regulerer adgangen til for eksempel midlertidige forføyninger og gruppesøksmål, mens erstatningsadgangen følger de alminnelige prinsipper om erstatningsansvar ved brudd på skrevne handlingsnormer. På samme måte reguleres de nærmere virkninger av avtalerettslig ugyldighet av alminnelige avtalerettslige prinsipper. Utvalget går ikke nærmere inn på gjeldende rett på disse ulike områdene.

12.2.4 Utvalgets vurderinger

Utvalget legger til grunn at det er ønskelig å fremme privat håndhevelse av konkurranseloven. Det pekes særlig på at utvalget gjennomgående har lagt konsumentvelferdsstandarden til grunn og at det i et slikt perspektiv er særlig viktig at kunder av foretak som overtrer regelverket vil kunne søke erstatning for det tapet de er påført. Utvalget vil også understreke viktigheten av at det informasjonspotensialet som private parter besitter på best mulig måte utnyttes i konkurransehandhevelsen. På dette punkt er det en viktig sammenheng mellom offentlig og privat håndhevelse.

Mangelen på særregler på konkurranserettens område fører etter utvalgets oppfatning ikke til at norsk rett kan anses som dårlig rustet for å håndtere de utfordringer konkurranseretten måtte skape. Med hensyn til de forslag som Kommisjonen fremmet i sin hvitbok, er det vanskelig å se at det er behov for store justeringer i norsk rett. Norsk rett inneholder allerede regler om gruppesøksmål, jf. tvisteloven kapittel 32, og norsk retts regler om saksomkostninger kan vanskelig ses på som en prohibitiv hindring for private søksmål. Videre synes kravet om skyld etter alminnelige erstatningsrettslige regler langt på vei å harmo-

ner med Kommisjonens forslag i hvitboken fra 2008.⁵⁴

Utvalget vurderer således gjeldende rett som tilstrekkelig på de fleste områder. Samtidig legges det til grunn at en større revisjon av regler om privat håndhevelse dels ville ha representert et ganske omfattende utredningsbehov, reist vanskelige spørsmål om formålet med særregler (bl.a. forholdet mellom prevensjon eller kompensasjon), samtidig som det er en nær sammenheng med utviklingen i EU/EØS-retten. På denne bakgrunn har utvalget valgt å fokusere på to enkeltområder der utvalget mener det kan være et behov for å vurdere justeringer. Dette gjelder sammenhengen mellom erstatningsansvar og lempning og foreldelsesregler for erstatningsansvar.

Risikoen for å møte erstatningssøksmål vil kunne dempe incitamentene for foretak til å søke lempning. Når utvalget nå foreslår at personstraff skal bortfalle der nåværende eller tidligere arbeidsgiver innvilges lempning, fjernes en potensielt betydelig svakhet ved dagens lempningssystem. Eksistensen av et privat erstatningsansvar vil imidlertid også kunne påvirke incentivene til å søke lempning, ikke minst fordi Konkurransetilsynet vil ta stilling til foretakets delaktighet i overtredelsen i vedtaket slik at dette kan utnyttes til å dokumentere ansvarsgrunnlag. På bakgrunn av dette har utvalget i punkt 12.1.5 foreslått å begrense retten til innsyn i lempningssøknader.

Utvalget har også vurdert om innvilget lempning bør utstrekkes til å gjelde erstatningsansvar. Det er bare vurdert om innvilget hel lempning skal ha en slik betydning.

I utgangspunktet er grunnlaget for overtredelsesgebyr og grunnlaget for erstatningsansvar uavhengig av hverandre. At overtredelser av konkurranseloven § 10 gir opphav til erstatningsansvar, er en konsekvens av at bestemmelsen beskytter privates interesser på markedet.⁵⁵ Det er ikke uproblematisk om Konkurransetilsynets eventuelle innvilgelse av lempning i det offentligrettslige sanksjonssystemet skulle påvirke private parters muligheter til å få dekket sine tap. En eventuell innskrenkning vil måtte begrunnes i hensynet til en effektiv håndhevelse, og vil måtte begrunnes konkret i nødvendigheten av en slik regel for å avhjelpe problemer med lempningsinstituttet.

⁵³ NOU 2003:12 kapittel 9 samt Vedlegg 1, og Ot.prp. nr. 6 (2003-04) kapittel 11.

⁵⁴ Se nærmere Hjelmeng: Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler, 2003 avsnitt 14.4.

⁵⁵ I EU/EØS-retten er erstatningsansvaret dels begrunnet i at reglene gir private rettigheter, som nasjonale domstoler må beskytte, dels i hensynet til reglenes effektivitet. Se sak C-453/99 Courage mot Crehan, Samlingen 2002 I-6297, premiss 19-25 og 26-27.

Privat håndhevelse i form av erstatningssøksmål mot kartell deltakerne vil (sammen med overtreddelsesgebyr og straff) bidra til å øke den preventive effekten av forbudsbestemmelsen (*avskrekking*). Muligheten for private søksmål vil imidlertid ikke nødvendigvis bidra til økt *avdekking* av kartellvirksomhet. I den utstrekning utsiktene til erstatningsansvar forhindrer lempnings-søknader, vil privat håndhevelse faktisk kunne *motvirke* avdekking. Et ensidig fokus på økt privat håndhevelse vil således kunne skape forstyrrelser i kartellbekjempelsen.

I USA ble det ved ACPERA i 2004 innført endringer for å effektivisere kartellbekjempelsen.⁵⁶ Dette innebar at bøtenivået ble økt, samtidig som det ble gjort endringer i lempningsprogrammet. Dersom et foretak fikk lempning, ville erstatningen som foretaket ble ansvarlig for overfor kundene reduseres fra «treble damage» til «single damage». Det betyr at den som har fått innvilget lempning må maksimalt betale det kunden har tapt, mens andre foretak som har deltatt i kartellet må maksimalt betale tre ganger det kunden har tapt (treble damage).

I grønnboken om privat håndhevelse fra 2005 foreslo også Kommisjonen visse lettelser i erstatningsansvaret for foretak som får innvilget lempning. Kommisjonen fremsatte tre alternative løsninger:

«Option 28: Exclusion of discoverability of the leniency application, thus protecting the confidentiality of submissions made to the competition authority as part of leniency applications.

Option 29: Conditional rebate on any damages claim against the leniency applicant; the claims against other infringers – who are jointly and severally liable for the entire damage – remain unchanged

Option 30: Removal of joint liability from the leniency applicant, thus limiting the applicant's exposure to damages. One possible solution would be to limit the liability of the leniency applicant to the share of the damages corresponding to the applicant's share in the cartelised market.»⁵⁷

Forslaget møtte kritikk, og i hvitboken fra 2008 følges disse mulighetene opp i en mer avdempet

⁵⁶ Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 (ACPERA), Pub. L. No. 108-237, §213(b), 118 Stat. 665, 666). Bestemmelsene er inntatt i note til 15 U.S.C. 1 (Sherman Act Sect. 1).

form. Om muligheten for redusert erstatningsansvar oppsummeres status som følger:

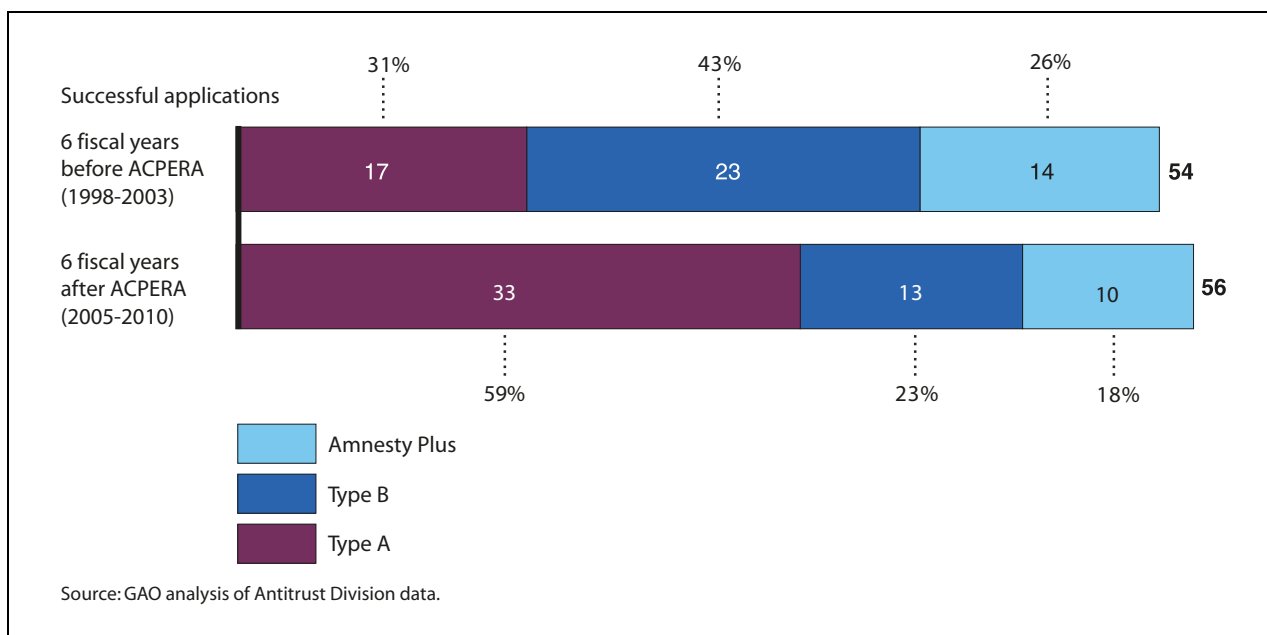
«at this stage it would not appear appropriate to retain this option as long as it has not been demonstrated that an enhanced level of actions for damages would unduly affect leniency programmes and that such a strong reward should be given to leniency applicants as regards their civil liability. However, if leniency programmes were to be unduly affected, or should the balance in the approach be modified, further incentives, such as the rebate granted to the leniency applicant, may need to be considered.»⁵⁸

Kommisjonen legger således ikke opp til en skjerming mot erstatningsansvar for foretak som innvilges lempning. Derimot går Kommisjonen videre med den første muligheten, dvs. beskyttelse av «corporate statement»/lempningssøknaden. Samtidig åpnes det for å oppheve solidaransvaret for foretak som er innvilget hel lempning, dvs. slik at foretaket bare er ansvarlig for overprisen i forhold til egne kunder. Om dette sier Kommisjonen:

«A further measure to ensure that leniency programmes continue to be fully attractive could be to limit the civil liability of successful immunity applicants. The Commission therefore puts forward for further consideration the possibility of limiting the *civil liability of the immunity recipient to claims by his direct and indirect contractual partners*. This would help to make the scope of damages to be paid by immunity recipients more predictable and more limited, without unduly sheltering them from civil liability for their participation in an infringement. The immunity recipient would

⁵⁷ Green Paper - Damages actions for breach of the EC anti-trust rules, COM(2005) 672, 19. desember 2005. Alternativene er grundig analysert i en ekstern studie: Andrea Renda m. fl: Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios, Report for the European Commission, 21. desember 2007, kapittel 6. Se også Caroline Cauffman: The Interaction of Leniency Programmes and Actions for damages, The Competition Law Review Vol. 7/2011, s. 181-220. (Online på <http://www.clasf.org/CompLRev/>), og Cornelis Canenbley/Till Steinworth: Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?, Journal of Competition Law & Practice, 2011, Vol. 2 No. 4, s. 315.

⁵⁸ Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404, 2. april 2008, punkt. 279.



Figur 12.1 Lempningsøknader i USA før og etter omleggingen i 2004

have to bear the burden of proving the extent to which his liability would be limited. However, consideration should be given, in particular, to the need for such a measure and the impact it would have on the full compensation of victims of cartels and on the position of the co-infringers, especially other leniency applicants.»⁵⁹

Status i EU etter hvitboken er dermed at det foreslås beskyttelse for lempningssøknader mot fremleggelse i erstatningssaker, og at muligheten for å skjerme lempningssøker mot solidaransvar vurderes videre.

Omleggingen i USA synes å ha gitt betydelige utslag, jf. figur 1.⁶⁰ I USA er det tre ulike typer lempning: før myndighetene har noen informasjon (type A i figur 12.1), etter at myndighetene har mottatt noe informasjon (type B i figur 12.1), og lempning i ett marked når en etterforskes for kartellaktivitet i et annet marked (Amnesty Plus i figur 12.1). Etter omleggingen er det en betydelig større andel av lempningssøknadene som kommer inn før myndighetene har noen som helst informasjon: type A søknader som innvilges økte fra 31 til 59 prosent av det totale antall lempnings-

søknader som innvilges. Dette kan tolkes som en gunstig endring, da det kan indikere at omleggingen har ført til at myndighetene får i større grad informasjon om karteller som de ellers ikke ville hatt noen informasjon om.

Da omleggingen førte både til endret bøtepraksis og endret praksis hva angår erstatningskrav som lempningsforetaket står ansvarlig for, er det vanskelig å si med sikkerhet hva selve endringen i erstatningsreglene betød. Det kan imidlertid ikke utelukkes at en del av forklaringen på den betydelige endringen som kan observeres har sammenheng med endret praksis hva angår erstatningsregler for den som innvilges lempning.

I prinsippet er det således gode grunner for mer private søksmål kombinert med at den som innvilges lempning også får lempning for erstatningsansvaret. Det førstnevnte innebærer at foretak i større grad avskrekkes fra å danne karteller, mens det sistnevnte innebærer at en ikke undergraver lempningsprogrammet.

En regel som lar innvilget hel lempning omfatte erstatningsansvaret vil ikke nødvendigvis utelukke skadelidende kunders dekningsmuligheter.⁶¹ I henhold til skadeserstatningsloven § 5-3 gjelder det i norsk rett en regel om solidaransvar, dvs. at der flere har forvoldt skade «i forening» vil de også hefte én for alle og alle for én. Dette innebærer at skadelidte vil kunne rette hele kravet

⁵⁹ White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules, COM(2008) 165, 2. april 2008, punkt 2.9. (Komisjonens uthevelse).

⁶⁰ Figuren er hentet fra en studie i regi av amerikanske myndigheter, se figur 4 i GOA (2011): 'Criminal cartel enforcement', US Governemnt Accountability Office, GOA-11-619, juli 2011.

⁶¹ Se også Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404, 2. april 2008, punkt 276.

mot hvilken som helst av skadevolderne. Det nærmere regressoppgjøret mellom skadevoldere er skadelidte uvedkommende.

Idet konkurranseloven § 10 forbyr avtaler eller samordnet praksis mellom foretak, vil det alltid være flere foretak involvert som overtredere. Dette innebærer at en skadelidende kunde vil kunne kreve hele overprisen erstattet fra hvilket som helst av foretakene. Det faktum at det kan være betydelig forskjell i graden av skyld mellom ulike foretak som er involvert for eksempel i et kartell, vil først være relevant i en eventuell regressomgang. Dette betyr at dersom et foretak som er innvilget hel lempning ikke kan holdes ansvarlig for en eventuell overpris, vil skadelidende likevel kunne kreve dekning fra de øvrige. En slik ordning innebærer at ansvaret for tilbakebetaling av merpris (eventuelt tapt omsetning der kartellet har gått inn på ekskluderende atferd) flyttes over fra foretaket som innvilges lempning til de andre kartelldeltakerne.

En slik ordning vil kunne bidra til å effektivisere lempningsinstituttet, idet utsikten til å slippe erstatningsansvar vil forsterke incentivene til å melde seg for Konkurransetilsynet. Samtidig vil mekanismen kunne forsterke den iboende dynamikken i lempningsinstituttet, fordi risikoen ved ikke å søke lempning øker (man vil risikere å måtte dekke andres erstatningsansvar på toppen av erstatning til egne kunder og overtredelsesgebyr). Foretak som blir tatt for kartellvirksomhet vil ikke bare risikere bot og erstatning til egne kunder, men vil i tillegg risikere å måtte betale noe av erstatningen til kunder som har handlet med et kartellmedlem som har fått innvilget lempning. Slik sett er dette et forslag som kan (i) bidra til å avskrekke karteller, (ii) unngå å undergrave lempningsprogrammet og (iii) sikre kundene erstatning.

Utvalget ser imidlertid også at det kan fremføres innvendinger mot en slik løsning. For det første kan terskelen for å gå til søksmål bli høyere, slik at ordningen reelt sett vil redusere tilgjengeligheten av kompensasjon. Argumentet er imidlertid ikke entydig, idet det også kan være en lavere terskel for å saksøke en leverandør man ikke har hatt eller kommer til å ha noe forhold til. Samtidig kan det lette søksmålsadgangen at muligheten for søksmål overfor egen leverandør er avskåret ved lov, idet loven således legger opp til at søksmålet kanaliseres til andre.

For det andre kan kompensasjonsmulighetene reelt sett bli dårligere, fordi foretakets kunder (og for så vidt også andres kunder) får færre aktører å søke dekning hos, samtidig som kartellets totale overpris spres over et mindre antall aktører.

For det tredje kan risikoen for å måtte dekke den første lempningssøkerens erstatningsansvar dempe andre foretaks incentiver til å samarbeide fullt ut med konkurransemyndighetene eller selv å fremkomme med bevis for å nyte godt av delvis lempning. Også dette argumentet er imidlertid usikkert, fordi når kartellet allerede er avslørt gjennom den første lempningssøknaden vil det være lite å vinne på ikke å samarbeide, gitt at konkurransemyndighetene allerede har eller skaffer seg tilstrekkelig bevis. Usikkerheten blant kartelldeltakerne og muligheten til å få inntil 50 prosent reduksjon vil derfor neppe føre til at risikoen for å måtte dekke andres erstatningsansvar vil være avgjørende for foretakenes vilje til samarbeid.

For det fjerde kan en skjerming av lempningssøker føre til en urettferdig fordeling av ansvaret mellom kartelldeltakerne, så lenge det ikke kan kreves dekning i regressomgangen. Ut fra hensynet til kartellbekjempelse er ikke dette i seg selv et relevant moment så lenge en slik politikk, som beskrevet over, bidrar til avskrekkingen uten å undergrave avdekkingen (incentivet til å søke lempning). Et eventuelt problem oppstår først dersom denne økte utgiften bidrar til at det blir færre aktører i næringen ved at ett eller flere foretak forlater markedet. Her kan det pekes på to mulige problemer.

Den økte utgiften kan medføre at foretaket går konkurs. Det vil i så fall skje som følge av den samlede summen av boten og erstatningen som må betales ut. I henhold til Kommisjonens retningslinjer skal botens størrelse kunne bli lavere dersom foretaket har problemer med å betale.⁶² Enkelte har hevdet at dette gir en åpning som fører til et spill mellom myndigheter og foretak som fører til for lave bøter, og lavere enn det som foretaket strengt tatt er i stand til å betale.⁶³ Slik sett vil justering av botens størrelse bidra til å hindre en eventuell konkurs.

Selve erstatningen som sådan vil til en viss grad være tilpasset foretakenes evne til å betale. Hvis det er slik at prispåslaget har vært stort, taler det for at foretaket kan få et stort erstatningsansvar. Men nettopp i de tilfellene vil en forvente at foretaket har økt sin verdi, såfremt ikke alt er utbetalt i utbytte. Hvis det ses bort fra et mulig solidaransvar, vil i så fall foretak som ikke har tjent stort på kartellvirksomheten og ventelig ikke

⁶² Se for eksempel beskrivelsen i W. Wils (2006): 'Optimal antitrust fines', *World Competition*, 29 s. 183-208. USA har også lignende regler.

⁶³ Se A. Stephan (2006): 'The bankruptcy wildcard in cartel cases', *Journal of Business Law* s. 511-534.

vært i stand til å bygge opp verdier bli krevd for et relativt lavt erstatningsbeløp. Det er imidlertid grunn til å tro at kundene vil rette et solidarisk ansvar mot foretak som fremstår som søkegode.

En bør imidlertid være forsiktig med å se på en opprettholdelse av antallet foretak som et mål i seg selv. Det kan også tenkes at kartellsammenbruddet vil føre til at noen foretak forlater markedet, og at det faktisk er gunstig for samfunnet.⁶⁴ Hvis konkurransen blir hardere som følge av kartellsammenbrudd, kan det tenkes at foretak som er lite effektive (har høye kostnader) blir tvunget til å trekke seg ut. Det kan vanskelig sees på som et problem. Tvert i mot, det er en fordel for samfunnet om et ineffektivt foretak som overlever ene og alene fordi kartellet lykkes i å holde høye priser, blir tvunget til å forlate markedet. Slik sett blir det færre foretak, og samtidig mulighet for tøffere konkurranse blant de gjenværende effektive foretakene.

Solidaransvaret vil også innebære at den eventuelle økte erstatningsutgiften et foretak får som følge av dette vil avhenge av hvor mange foretak det er i næringen. Hvis det er mange foretak i næringen, vil det være en begrenset økning i utgift, da det enkelte foretak ventelig kun dekker $1/(N-1)$ av solidaransvaret. I en næring med mange foretak kan konkurransen bli relativt hard uten kartell, hvilket betyr at i de tilfeller der konkurransen som utløses blir relativt hard er det begrenset ekstra byrde som pålegges det enkelte foretak. Tilsvarende vil det i en næring med et fåtall foretak, hvor en forventer større fortjeneste uten kartell og dermed større potensial for å ikke gå konkurs, være slik at et foretak som må ta solidaransvaret blir pålagt en større byrde.

Videre kan den økte utgiften som påføres de som må betale bot og erstatning føre til at den som innvilges lempning har større mulighet for å lykkes med en predasjonsatferd. Det skal mindre til før rivalene blir tvunget til å forlate markedet. Dette er en mulighet, særlig i de tilfeller der en stor aktør er den som søker om lempning. Som forklart over, vil imidlertid den faktiske erstatningen, slik systemet er tilpasset, være slik at den blir minst i de tilfeller der det er størst fare for at et foretak vil forlate markedet. Dette vil i seg selv være et moment som demper muligheten for at den type atferd lykkes for den som er innvilget lempning. Videre vil det selvsagt være slik at det

vil finnes et forbud mot misbruk av en dominerende stilling, hvilket vil gjelde fullt ut i de tilfeller den som er innvilget lempning er dominerende og misbruker sin dominans på en slik måte som beskrevet over.

Det er velkjent at karteller typisk har mulighet for å bli dannet dersom det er en viss grad av symmetri mellom foretakene. Årsaken er at det lille foretaket, definert som en med en lav markedsandel, vil kunne ha liten interesse av å inngå en avtale om markedsdeling med det store foretaket. Det vil heller kunne ha interesse av å vokse, og det er vanskelig å tenke seg at det er mulig dersom de to foretakene inngår i et kartell. Dette indikerer at de tilfellene med svært stor asymmetri mellom foretak er tilfeller der en ikke har grunn til å tro at det er mulighet for kartell. I så fall reduserer det faren for kartell etterfulgt av predasjon av en dominerende aktør i et marked mot en liten aktør, da det rett og slett ofte ikke er noe mulighet for kartell i den type næring.⁶⁵

Endelig kan det hevdes at en skjerming mot erstatningssøksmål fjerner en hindring for å overdrive, for eksempel at overtredelsens omfang overdrives for å påføre konkurrenter tap i form av sanksjoner. Muligheten for et tilsvarende omfattende erstatningssøksmål vil kunne fjerne slike incentiver. Utvalget vurderer imidlertid heller ikke dette som en veldig nærliggende fare, også fordi feilaktige opplysninger vil kunne føre til at immuniteten inndras.

Motargumentene mot lempning av erstatningsansvar må veies mot de positive effektene av forslaget, nemlig at incentivene til å søke lempning som nr. 1 styrkes, samtidig som en mulig demper på incentivene til å søke lempning fjernes. På dette punktet har utvalget delt seg i et flertall og et mindretall.

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 tilfelle

⁶⁴ Dette er nærmere drøftet i G. Langus and M. Motta (2006): 'On the Effect of EU Cartel Investigations and Fines On the Infringing Firms' Market Value', European University Institute.

⁶⁵ Kombinasjonen av et lempningsprogram og predasjon er drøftet i E. Motchenkova og D. Leliefeld (2010): 'Adverse effects of corporate leniency programs in view of industry asymmetry', *Journal of Applied Economic Sciences*, 12, 115-129.

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.

Flertallet mener også at andre viktige øvrige 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 uheldig incentiver til slikt samarbeid. En slik «premiering» av lempningssøker kan også fremstå som støtende for den alminnelige rettsfølelsen.

Lempning 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 kan da gå konkurs, eller i hvert fall være svært svekket økonomisk i den videre konkurransen. Dette fremstår som en uheldig konsekvens av en slik regel.

Som det fremgår ovenfor har spørsmålet vært diskutert i EU, og det er usikkert hvilken retning EU vil gå i dette spørsmålet. Utvalget er i mandatet bedt om å ta hensyn til harmonisering av norsk rett med EU/EØS-retten, og 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, vurderer dette slik at de positive gevinstene for håndhevelsen må veie tyngst, og legger avgjørende vekt på at forslaget ikke fjerner skadelidtes erstatningsmulighet. Når dette er tilfellet, ser ikke disse medlemmer at de argumentene som er fremlagt ovenfor bør være til hinder for en slik ordning. Selv om incentivene til å søke lempning også kunne vært økt ved ytterligere økning av nivået for overtredelsesgebyret, finner utvalgets mindretall ikke å ville gå inn på slike endringer. Mindretallets forslag søker å avbøte en mangel i lempningssystemet som skyldes koordineringsproblemene 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 men vil være 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. Grunnlagene vil ikke gi opphav til bedre dekning enn erstatningsansvaret utover den mer teoretiske forskjellen at det ved erstatningsansvar skal utmåles et økonomisk tap, mens det ved restitusjon skal tilbakebetales et beløp overført under en kontrakt.

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

«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. I henhold til den nylig avsatte Pfeiderer-dommen er det på det rene at hensynet til lempningsinstituttets effektivitet ikke har noen forrang fremfor hensynet til beskyttelse av EU-rettslige rettigheter. Saken gjaldt spørsmålet om det var i strid med prinsippet om effektiv beskyttelse av rettigheter at tyske konkurransemyndigheter nektet tilgang til dokumenter som stammet fra en lempningssøknad. Domstolen uttalte at håndhevelsessystemet i forordning 1/2003 ikke var til hinder for en slik rett, men at det var opp til den nasjonale domstol å avgjøre den konkrete saken, idet de måtte vurdere om de nasjonale reglene var «not less favourable than those governing similar domestic claims and that they do not operate in such a way as to make it practically impossible or excessively difficult to obtain such compensation and to weigh the respective interests in favour of disclosure of the information and in favour of the protection of that information provided voluntarily by the applicant for leniency.»⁶⁶

⁶⁶ Sak C-360/09 Pfeiderer AG mot Bundeskartellamt, 14. juni 2011, premiss 30.

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 kartell deltakerne. 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.

Det andre punktet utvalget har vurdert, er regler om foreldelse, som også var gjenstand for behandling i Kommisjonens hvitbok fra 2008, jf. ovenfor. 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 imidlertid også en særregel i straffesaker; kravet foreldes tidligst ett år etter at straffesak ble avsluttet, jf. foreldelsesloven § 11. Denne bestemmelsen lyder:

«Selv om foreldelsestiden er ute, kan krav på erstatning, oppreisning og inndragning som springer ut av en straffbar handling, settes fram under en straffesak der skyldneren blir funnet skyldig i det forhold som medfører ansvaret. Slikt krav kan også settes fram ved særskilt søksmål som er reist innen 1 år etter at fellende dom i straffesaken ble rettskraftig. Tilsvarende gjelder når skyldneren vedtar forelegg om forhold som nevnt.»

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 håndhevelse, jf. ovenfor. Samtidig kan det ikke utelukkes at muligheten for private søksmål vil kunne føre til at private velger selv å anmelde, eller at det legges press på Kon-

kurransetilsynet vedrørende valg av sanksjonsspor.

Et *samlet* utvalg vil derfor foreslå at krav for brudd på konkurranseloven tidligst foreldes ett år etter at saken er rettskraftig avgjort, uavhengig av hvilket sanksjonsspor som følges. Hvis Konkurransetilsynet velger ikke å forfølge saken, vil de alminnelige foreldelsesreglene i foreldelsesloven § 11 gjelde. Utvalget foreslår at det inntas særbestemmelse om foreldelse i ny konkurranseloven § 34.

12.3 Konkurransetilsynets veiledningsplikt

12.3.1 Gjeldende rett

Konkurranseloven § 9 annet ledd fastsetter 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.⁶⁷ Lovutvalget hadde vurdert behovet for å lovfeste en særlig veiledningsplikt på konkurranseområdet, men konkluderte med at den generelle veiledningsplikten i forvaltningsloven § 11 var tilstrekkelig.⁶⁸ Departementet la i odelstingsproposisjonen også til grunn at Konkurransetilsynets veiledningsplikt fulgte av forvaltningslovens regler.⁶⁹ 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, men kun har veiledende karakter. 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 forvaltningsloven, og at bestemmelsen i konkurranseloven ikke gir foretakene rettigheter ut over det de ellers ville ha.⁷⁰

⁶⁷ Innst. O. nr. 50 (2003-2004) s. 43-44.

⁶⁸ NOU 2003: 12 s. 66.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 39.

Konkurranseloven § 9 annet ledd må særlig ses på bakgrunn av at konkurranse-loven 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 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 konkurranse-loven § 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 å gi en forhåndsuttalelse om utfallet av en aktuell eller potensiell fremtidig sak. Dette følger også av departementets praksis. I brev til De norske Bokklubbene⁷¹ 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 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 konkurranse-lovens 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 ressurs-situasjonen 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 konkurranse-loven § 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.⁷²

12.3.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget legger til grunn at Konkurransetilsynets veiledningsplikt etter konkurranse-loven § 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.

⁷⁰ Referat fra debatten i Odelstinget 26. februar 2004.

⁷¹ Moderniseringsdepartementets brev 9. juni 2005.

⁷² Konkurransetilsynets brev til SAS 7. mars 2011 i sak 2010/784.

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. 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 forbindelse også til at det i EU/EØS legges stor vekt på vedtagelsen 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 vil likevel understreke betydningen av at Konkurransetilsynet gir god veiledning om anvendelsen av konkurransereglene til markedsaktørene. Utvalget oppfordrer derfor Konkurransetilsynet til å utarbeide retningslinjer, veiledere og annen informasjon der dette er relevant og hensiktsmessig.

På denne bakgrunn fremstår konkurranseloven § 9 annet ledd etter utvalgets syn som misvisende med hensyn til rekkevidden av tilsynets veiledningsplikt. Utvalget foreslår derfor å oppheve konkurranseloven § 9 annet ledd.

Kapittel 13

Økonomiske og administrative konsekvenser

13.1 Generelt

Som det fremgår av kapittel 2 i utredningen er det særlig på tre hovedområder at utvalget foreslår endringer i gjeldende konkurranselov. Dette gjelder kontrollen med foretakssammenslutninger, prosessreglene og konkurransemyndighetenes håndheving av atferdsreglene. I tillegg til dette foreslår utvalget mindre tilpasninger/justeringer en rekke steder i loven. Et overordnet siktemål med lovrevisjonen har vært å oppnå en mer effektiv håndhevelse av konkurranseloven, og det er da også utvalgets mer generelle syn at lovendringene samlet sett – og særlig på sikt – vil måtte forventes å gi samfunnsøkonomiske gevinster. I denne sammenheng peker utvalget 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.

Utvalget foreslår ikke å innføre nye organisatoriske enheter eller omfattende omlegging av allerede etablerte saksbehandlingsregler som følger av konkurranseloven. Selv om det foreslås en rekke endringer av varierende omfang i de materielle bestemmelsene i konkurranseloven, er utvalget videre av den oppfatningen at gjeldende lovs struktur og systematikk langt på vei videreføres. Utvalget vil også 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 ledd i dette.

Utvalget vil nedenfor gi en konkret sammenfatning av de mest sentrale økonomiske og admi-

nistrative konsekvensene som lovforslaget kan tenkes å ville gi for hhv. næringslivet og konkurransemyndighetene.

13.2 Konsekvenser for næringslivet

Når det gjelder utvalgets forslag til endringer i konkurranseloven kapittel 4 vedrørende kontrollen med foretakssammenslutninger, er det som nevnt ovenfor først og fremst forslaget om å heve terskelverdiene for meldeplikt til 1 mrd. NOK for total omsetning og 100 mill. NOK for individuell omsetning som vil få økonomiske konsekvenser for næringslivet. I denne sammenheng nøyer utvalget seg med å peke på at dette forslaget er antatt å ville gi en reduksjon på ca. 70 prosent av alminnelige meldinger, jf. nærmere om vurderingene av konsekvensene av forslaget i punkt 8.5.4. 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 her 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 dog til punkt 8.5.4.6 om forenklet melding for visse transaksjoner.

Forslaget til ny bestemmelse i 18a som pålegger foretakene en plikt til å identifisere taushetsbelagt informasjon samt grunngi hvorfor, vil kunne innebærer et merarbeid for foretakene. På den annen side er dette også noe foretakene må ha et bevisst forhold til allerede i dag.

Utvalget viser dessuten 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. Der som dette formålet realiseres vil dette selvsagt ha positive økonomiske konsekvenser for involverte foretak.

Et annet område der det foreslås viktige endringer er konkurranseloven § 25 om bevissikring. I denne sammenheng vil utvalget særlig peke på at regelen om beslagsform er foreslått endret, slik at Konkurransetilsynet som hovedregel skal ta en kopi av de dokumentene det ønskes 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.

13.3 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, vil utvalget peke 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. Det må videre anses usikkert hvorvidt 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 videre frigjøre noen saksbehandlingsressurser til andre prioriterte oppgaver, selv om antallet saker etter § 12 tredje ledd har vært synkende de senere år.

Som påpekt ovenfor er den vesentlige hevingen av terskelverdiene for meldeplikt antatt å ville 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 er det også påpekt ovenfor 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, hvilket igjen vil 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 incentiver også til Konkurransetilsynet om å effektivisere sin saksbehandling av foretakssammenslutninger. Utvalget mener på denne bakgrunn 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 hvorvidt 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, og 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 § 18a, som pålegger parter og tredjemenn som gir opplysninger til konkurransemyndighetene 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 ettersom manglede angivelse/avmerking eller mangelfull begrunnelse innebærer at konkurransemyndighetene kan legge til grunn at opplysningene ikke er taushetsbelagte.

Flere av endringene i lovforslaget knytter seg til målsettingen om å oppnå et mer effektivt lemp-

ningsinstitutt. Dette gjelder først og fremst tilføelsen i konkurranseloven § 33 fjerde ledd som innfører straffbortfall for nåværende og tidligere ansatte og styremedlemmer i foretak som oppfyller vilkårene for hel lempning av overtredelsesgebyr etter § 30. Forslaget innebærer også at det innføres straffbortfall for foretak som oppfyller vilkårene for hel lempning. Videre vil den foreslåtte bestemmelsen i § 27a 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 vil i denne forbindelse understreke at det er usikkert hvorvidt de foreslåtte tiltakene rent faktisk vil medføre flere lempningsøknader. 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.

Kapittel 14

Merknader til de enkelte bestemmelsene i lovforslaget

14.1 Merknader til lovforslaget del I om endringer i konkurranseloven

Til § 9 Konkurransetilsynets oppgaver

Gjeldende konkurranselov § 9 annet ledd regulerer Konkurransetilsynets veiledningsplikt i konkurransesaker. Bestemmelsen, som kom inn i loven under behandlingen av lovforslaget i Stortinget, har medført at det er blitt reist spørsmål om hvorvidt tilsynets veiledningsplikt etter konkurranseloven er mer omfattende enn forvaltningslovens generelle veiledningsplikt etter forvaltningsloven § 11. Konkurransemyndighetene har i sin praksis lagt til grunn at veiledningsplikten etter konkurranseloven § 9 annet ledd ikke går lenger enn forvaltningslovens regler. Utvalget er enig i at konkurranseloven § 9 ikke pålegger tilsynet en mer omfattende veiledningsplikt enn forvaltningsloven § 11. Det er av sentral betydning at Konkurransetilsynet gir markedsaktørene god veiledning om anvendelsen av konkurransereglene. Utvalget mener imidlertid at det verken er nødvendig eller ønskelig å lovfeste en mer omfattende veiledningsplikt i konkurransesaker. Det vises til at det i EU/EØS legges stor vekt på ikke-bindende regelverk i form av bl.a. retningslinjer og veiledere, og at det foreligger betydelig tolkningsveiledning gjennom EØS-avtalens konkurranseregler og fra Konkurransetilsynets praksis, som gir foretakene et godt grunnlag for å vurdere lovligheten av egen markedsatferd. Utvalget legger til grunn at denne formen for veiledning vil bli ytterligere utviklet i årene fremover. Slik utvalget ser det, er en bestemmelse i konkurranseloven om veiledningsplikt ved siden av forvaltningsloven § 11 lovteknisk uheldig og egnet til å skape tvil om rekkevidden av Konkurransetilsynets veiledningsplikt. Utvalget foreslår derfor å oppheve konkurranseloven § 9 annet ledd.

Til § 12 Pålegg om å bringe ulovlig atferd til opphør mv.

Konkurransetilsynet bør kunne treffe vedtak med pålegg om opphør av atferd i strid med forskrifter gitt med hjemmel i konkurranseloven § 14. Gjeldende konkurranselov § 12 første ledd gir Konkurransetilsynet hjemmel til å treffe stansingsvedtak for overtredelse av forbudene i konkurranseloven § 10 og § 11. Bestemmelsens *første ledd første punktum* er derfor foreslått endret for å avklare at Konkurransetilsynet kan treffe stansingsvedtak også ved overtredelser av forskrifter etter konkurranseloven § 14.

Videre har bestemmelsen fått et nytt *tredje ledd* som gir Konkurransetilsynet hjemmel til å avslutte en sak gjennom vedtak om bindende tilsagn i saker etter § 10 eller § 11 og forskrift gitt med hjemmel i § 14, mot at de aktuelle foretakene forplikter seg til å etterleve tilsagn de selv har foreslått som avbøter de konkurransemessige problemene som saken reiser. Bestemmelsen er en nyskaping sammenlignet med gjeldende rett, og er utformet etter modell av rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9. Hensynet til harmonisering tilsier at praksis knyttet til kompetansen etter artikkel 9 vil være relevant ved den nærmere tolkningen og anvendelsen av den norske bestemmelsen. For en nærmere beskrivelse av systemet etter forordningen og for utvalgets vurderinger av behovet for tilsagnskompetanse i konkurranseloven, vises det til de alminnelige merknadene punkt 5.4.1 og 5.4.3.

Etter *tredje ledd første punktum* er kompetansen til å fatte vedtak om bindende tilsagn knyttet opp til den situasjonen at tilsynet «*har til hensikt å fatte et vedtak etter § 12 første ledd*». Gjennom henvisningen avgrenses det saklige virkeområdet for bindende tilsagn etter bestemmelsen til saker som gjelder overtredelser av forbudene i § 10 og § 11, og ved at første ledd er endret til også å omfatte overtredelser av forskrift gitt med hjemmel i § 14 vil tilsagnskompetansen også gjelde i slike saker. Konkurransetilsynets kompetanse til

å fatte vedtak om avhjelpende tiltak i saker vedrørende foretakssammenslutninger vil til sammenligning følge av lovforslaget § 16 annet ledd.

At tilsagnskompetansen etter § 12 tredje ledd gjelder saker etter § 10 og § 11 innebærer at prosedyren i utgangspunktet kan tenkes benyttet ved alle typer overtredelser av bestemmelsene, og som nevnt i de alminnelige merknadene punkt 5.4.3 finner utvalget det problematisk å utelukke bestemte typer overtredelser fra tilsagnskompetansen. Vedtak om bindende tilsagn vil imidlertid som hovedregel ikke være aktuelt i kartellsaker. Begrunnelsen for dette er at overtredelsen i slike saker enkelt vil kunne bringes til opphør gjennom at samarbeidet avbrytes, samt at det er viktig at denne typen overtredelser sanksjoneres på en streng måte. Videre regulerer § 12 første ledd Konkurransetilsynets kompetanse til å gi pålegg om å bringe en overtredelse til opphør. Bestemmelsen berører følgelig ikke kompetansen til å sanksjonere overtredelsen med overtredelsesgebyr som følger av § 29. Henvisningen til § 12 første ledd vil på denne bakgrunn kunne forstås slik at bindende tilsagn ikke vil være anvendelig i saker der Konkurransetilsynet har til hensikt å sanksjonere overtredelsen med overtredelsesgebyr. Et slikt standpunkt ville vært i tråd med det som følger av fortalen punkt 13 til rådsforordning (EF) nr. 1/2003, hvor det sies at tilsagnsvedtak ikke er «egnet» der Kommisjonen akter å ilegge bot. Som det fremgår i de alminnelige merknadene punkt 5.4.3, finner utvalget det vanskelig å utelukke at tilsagn og gebyr kan bli sett i sammenheng i konkrete saker, og det vises til den nærmere diskusjonen av problemstillingen som fremgår der. Det vil imidlertid ikke være anledning til i én og samme sak å kombinere vedtak om overtredelsesgebyr og vedtak om tilsagn. Generelt forutsettes det at Konkurransetilsynet praktiserer den nye tilsagnshjemmelen med forsiktighet, slik at det ikke etterlates et inntrykk av at det ikke er alvorlig å overtret lovens materielle atferdsbestemmelser.

De tiltakene som foretakene foreslår må videre være «tilstrekkelige». Vurderingen her vil knytte seg til hvorvidt de foreslåtte tilsagnene er utformet på en måte som gjør at de i tilstrekkelig grad avbøter de konkurransemessige problemene som Konkurransetilsynet gjennom sin foreløpige vurdering har funnet at saken reiser. Det kreves med andre ord ikke at tilsagnene er nødvendige for å bringe en nærmere spesifisert overtredelse til opphør. En aktuell problemstilling i denne sammenheng vil være om de foreslåtte tilsagnene går for langt, og om de konkurransemessige problemene kunne vært løst gjennom mindre inngri-

pende tilsagn. Det vil her være relevant å se hen til praksis knyttet til anvendelsen av proporsjonalitetsprinsippet under rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9, jf. den nærmere redegjørelsen om dette i de alminnelige merknadene punkt 5.4.1.

Konkurransetilsynets kompetanse til å avslutte en sak gjennom å gjøre tilsagn bindende forutsetter at foretakene selv tar initiativ til dette. Å gjøre en sak til gjenstand for en tilsagnsprosedyre er følgelig et frivillig valg for de berørte foretakene. Bestemmelsen pålegger ikke foretakene noen frist for når tilsagn tidligst/senest kan presenteres for Konkurransetilsynet, og foretakene kan derfor i utgangspunktet på ethvert tidspunkt av en prosess ta initiativ til tilsagnsforhandlinger. Det vil imidlertid både ut fra hensynet til foretakene selv og hensynet til Konkurransetilsynets saksbehandling være hensiktsmessig om foretakene så tidlig som mulig signaliserer hvorvidt en prosedyre med bindende tilsagn vil være aktuell. Det vil videre være opp til Konkurransetilsynet om de foreslåtte tilsagnene skal avvises eller aksepteres, og foretakene har følgelig ikke noe rettskrav på at tilsagn aksepteres. Dersom Konkurransetilsynet avviser et foreslått tilsagn vil ikke dette være et enkeltvedtak som kan påklages av foretaket, sml. den tilsvarende regelen om dette i praksis etter rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9. Et vedtak som gjør tilsagn bindende for foretakene vil imidlertid i prinsippet kunne påklages av partene etter de vanlige reglene i forvaltningsloven, men på grunn av det frivillige aspektet ved tilsagn antas det at dette vil være lite aktuelt i praksis. Klagerett vil også tilkomme tredjeparter som berøres tilstrekkelig direkte av de bindende tilsagnene til å ha rettslig klageinteresse. Om departementets kompetanse i slike klagesaker vises det til den foreslåtte bestemmelsen i nytt femte ledd, jf. merknaden nedenfor.

De foreslåtte tilsagnene kan ikke gjøres bindende for foretakene før Konkurransetilsynet har gitt en foreløpig orientering om saken, jf. *tredje ledd annet punktum*. Det følger videre av tredje ledd annet punktum at det skal fremgå uttrykkelig av vedtaket at tilsynet ikke finner grunn til å gripe inn i saken. Rettsvirkningene av vedtaket er med andre ord at Konkurransetilsynet ikke kan gripe inn i saken, og bestemmelsen er også på dette punktet harmonisert med overvåkningsorganenes kompetanse etter rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9 nr. 1. At vedtaket uttrykkelig skal slå fast at det ikke len-

ger er grunn til å gripe inn er noe annet og mindre enn å slå fast at det ikke foreligger en overtredelse av atferdsreglene. Et vedtak om bindende tilsagn vil derfor ikke stå i veien for at de alminnelige domstolene i prinsippet kan tilkjenne erstatning for brudd på § 10, § 11 eller forskrift gitt med hjemmel i § 14, eller fastslå at foretak bryter loven selv om de etterlever et bindende tilsagn.

På bakgrunn av den generelle bestemmelsen om varigheten av enkeltvedtak i gjeldende lov § 6 er det ansett overflødig å foreslå særskilte regler om tidsbegrensning av vedtak om bindende tilsagn i § 12.

Brudd på vedtak om bindende tilsagn skal i likhet med praksis i EU/EØS-retten kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr, jf. ordlyden i § 29 første ledd bokstav b, som henviser til overtredelser av vedtak etter § 12 i sin helhet. For å sikre at tilsagnene overholdes av foretakene vil tilsynet dessuten ha anledning til å ilegge tvangsmulkt, jf. konkurranseloven § 28. Brudd på vedtak om bindende tilsagn er imidlertid ikke straffbart.

Etter mønster av rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9 nr. 2 er det i *fjerde ledd* foreslått en bestemmelse som gir Konkurransetilsynet hjemmel til å omgjøre et vedtak etter tredje ledd. I rådsforordningen/ODA protokoll 4 kapittel II er denne kompetansen kommet til uttrykk ved at overvåkningsorganet har anledning til å «gjenåpne prosedyren». I henhold til norsk forvaltningsrett er det mer nærliggende å benevne dette som en kompetanse til å omgjøre et vedtak. Dersom vilkårene for omgjøring er til stede vil imidlertid den praktiske konsekvensen av dette være at Konkurransetilsynet kan fortsette undersøkelsene/prosedyren med sikte på å avdekke om det foreligger en overtredelse av § 10, § 11 eller forskrift gitt med hjemmel i § 14 og eventuelt treffe vedtak om dette. Bestemmelsen gir etter dette en særskilt hjemmel for omgjøring av enkeltvedtak, og de begrensningene som gjelder etter den alminnelige omgjøringsadgangen etter forvaltningsloven § 35 kommer følgelig ikke til anvendelse, jf. forvaltningsloven § 35 siste ledd. Omgjøring kan skje etter initiativ fra Konkurransetilsynet selv eller etter anmodning fra foretaket eller foretakene som de bindende tilsagnene gjelder. De situasjonene som kan utløse en rett til omgjøring etter fjerde ledd bokstav a til c tilsvarer ordlyden i rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9 nr. 2 bokstav a til c, og skal følgelig tolkes og praktiseres på tilsvarende måte.

Det er videre foreslått et nytt *femte ledd* som regulerer departementets kompetanse i saker der vedtak etter tredje ledd påklages. Denne bestemmelsen er ikke, til forskjell fra resten av bestemmelsen om bindende tilsagn, utformet etter mønster av rådsforordning (EF) nr. 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9. En lignende bestemmelse er til sammenligning foreslått i kapittel 4 om kontroll med foretakssammenslutninger, jf. lovforslaget § 20 sjettede ledd. Utvalget mener det er hensiktsmessig å begrense departementets kompetanse i klager over vedtak etter tredje ledd til spørsmålet om hvorvidt tiltakene som ble foreslått av foretakene er tilstrekkelige til å avbøte de konkurransemessige problemene som Konkurransetilsynet hadde identifisert på vedtakstidspunktet. Det vises til de alminnelige merknadene punkt 5.4.3 og til lovforslaget § 12.

Som en konsekvens av at § 12 første ledd er foreslått endret til å gi Konkurransetilsynet hjemmel til å treffe stansingsvedtak også ved overtredelser av forskrifter gitt i medhold av § 14, er det foreslått en likelydende tilføyelse i ordlyden i § 12 nytt *sjettede ledd*. Endringen innebærer at Konkurransetilsynet gis hjemmel til også å treffe midlertidig vedtak om pålegg etter § 12 første ledd 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. Begrunnelsen for endringen er at dette vil sikre en god sammenheng med bestemmelsen som er foreslått i første ledd.

Til § 14 Konkurranserefremmende tiltak

Gjeldende konkurranselov § 14 gir hjemmel for Kongen til ved forskrift å gripe inn mot atferd som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål. Lovens formål følger av konkurranseloven § 1. Utvalget mener at det overordnede målet med konkurranseloven er størst mulig samfunnsøkonomisk overskudd, men at dette best oppnås ved at det legges til grunn en konsumentvelferdsstandard ved håndheving av de enkelte bestemmelsene i loven. Det vises i denne sammenheng til utvalgets vurderinger i punkt 3.2. For å klargjøre at konsumentvelferdsstandardens også skal gjelde ved bruken av forskriftshjemmelen, er det inntatt en presisering av dette i bestemmelsens ordlyd. Med «forbruker» i § 14 menes det konkurranse-rettslige forbrukerbegrepet som omfatter alle avtagere av den aktuelle varen eller tjenesten, herunder sluttbrukere.

Til § 16 Inngrep mot foretakssammenslutninger mv.

Første ledd første punktum angir det materielle vilkåret for inngrep mot foretakssammenslutninger. Inngrepsvilkåret er foreslått endret og ordlyden er nå tilnærmet likelydende med rådsforordning (EF) nr. 139/2004 (fusjonsforordningen)/ODA protokoll 4 kapittel IV artikkel 2 nr. 3 for å sikre at den materielt sett blir å forstå på samme måte. For nærmere fastlegging av innholdet i inngrepsvilkåret må det særlig ses hen til den rettspraksis som foreligger under fusjonsforordningen og ODA protokoll 4 kapittel IV.

Inngrepsvilkåret etter tidligere § 16 første ledd innebar at dersom konkurransesituasjonen før foretakssammenslutningen allerede var vesentlig begrenset var det ingen minimumsgrense for inngrep. Dersom konkurransesituasjonen langt fra var vesentlig begrenset og foretakssammenslutningen førte til en vesentlig svekkelse av konkurransen uten at konkurransesituasjonen etter ervervet kunne betegnes som vesentlig begrenset, kunne det imidlertid ikke gripes inn mot ervervet. Etter forslaget vil dette ikke lenger være gjeldende rett. Nå stilles det krav om en kvalifisert virkning av foretakssammenslutningen og vurderingstemaet vil være om foretakssammenslutningen «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse». Det vises til den nærmere omtalen av dette i punkt 8.5.2.1.3.

Det bemerkes at dominans bare er en av flere mulige måter konkurransen kan begrenses på, jf. uttryksmåten «særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes». I tillegg skal det som etter gjeldende rett være mulig å gripe inn der det er fare for at konkurransen begrenses vesentlig på oligopolistiske markeder gjennom ikke-koordinert atferd mellom foretak som ikke er dominerende. Det vil således kunne gripes inn både mot koordinerte og ikke-koordinerte effekter. Dette betyr at formuleringen om dominerende stilling i praksis vil ha liten betydning. Formuleringen er kun inntatt for å sikre at inngrepsvilkåret materielt sett blir å forstå på samme måte som i EU/EØS. Det vises også her til punkt 8.5.2.1.3.

Anvendelsen av § 16 skal bygge på en konsumentvelferdsstandard. Dette er ikke eksplisitt regulert i ordlyden, jf. den nærmere begrunnelsen for dette i punkt 8.5.2.2.4. At en konsumentvelferdsstandard skal legges til grunn vil nå uansett følge av at inngrepsvilkåret i første ledd materielt sett skal forstås på samme måte som fusjonsforordningen/ODA protokoll 4 kapittel IV artikkel 2 nr. 3.

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 realitetsendring.

Tidligere annet ledd er omarbeidet og flyttet til ny § 16a. Nytt *annet ledd første punktum* angir at vedtak kan gå ut på at foretakssammenslutningen godkjennes på vilkår foreslått av melder(ne). Adgangen til å godkjenne en foretakssammenslutning på vilkår er endret. For det første er Konkurransetilsynet med denne bestemmelsen gitt hjemmel til å gjøre avhjelpende tiltak bindende for partene i saken uten at tilsynet har tatt endelig stilling til om inngrepsvilkåret er oppfylt. Det avgjørende vil være om tilsynet «*finner*» at forslaget til avhjelpende tiltak vil avhjelpe de «*konkurransebegrensende virkningene*» transaksjonen kan føre til. For det andre medfører endringen at melder(ne) 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(ne). Konkurransetilsynets kompetanse vil således være avgrenset til å forby foretakssammenslutninger eller godkjenne på vilkår såfremt melder(ne) har foreslått avhjelpende tiltak som vil avhjelpe de konkurransebegrensende virkningene av foretakssammenslutningen. Dette er omtalt nærmere i punkt 8.5.3.2.

Vilkår for godkjennelse av en foretakssammenslutning kan gå ut på å 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(ne) 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 og 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 foretakssammenslut-

ningen eller til å klarere den på vilkår foreslått av melder(ne).

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 klargjøre at Konkurransetilsynets kompetanse nå er avgrenset til enten å forby en foretakssammenslutning eller klarere den på vilkår foreslått av melder(ne), er det nødvendig å innføre en eksplisitt hjemmel til å reversere transaksjoner som nevnt.

Tidligere fjerde ledd er opphevet, og det vises til den nærmere omtalen av dette i de alminnelige merknadene punkt 8.5.2.3. Nytt *fjerde ledd* er en omarbeidet versjon av tidligere femte ledd. Bestemmelsen angir at det kan oppnevnes en forvalter til å bistå ved gjennomføringen av vedtak etter annet ledd. Bestemmelsen er endret ved at det nå er opp til partene å foreslå en forvalter. Konkurransetilsynet vil eventuelt kunne påpeke at det avhjelpende tiltaket ikke kan godtas dersom det ikke inneholder en slik ordning, og det vil kunne følge av tilsynets myndighet til å avvise tiltaket som utilstrekkelig at tilsynet kan nekte å godkjenne en foreslått forvalter, jf. redegjørelsen i punkt 8.5.3.3. 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.

Tidligere femte ledd er flyttet til fjerde ledd.

Nytt *femte ledd* gjelder atferdsmessige virkninger av opprettelse av fellesforetak. Bestemmelsen er utformet etter mønster av fusjonsforordningen/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 rettspraksis som foreligger under fusjonsforordningen og ODA protokoll 4 kapittel IV. En klarering av et fellesforetak, ved at tidsfristene etter § 20 annet eller fjerde ledd løper ut eller at saken henlegges ved en underretning som nevnt i § 20 tiende ledd, 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 8.5.6.2.

Til § 16a Inngrep mot erverv av andeler i foretak som ikke fører til kontroll

Bestemmelsen er en omarbeidet versjon av tidligere § 16 annet ledd. Bestemmelsen regulerer konkurransemyndighetenes adgang til å gripe inn mot minoritetserverv. Bestemmelsen er flyttet til ny § 16a for å synliggjøre at reguleringen av minoritetserverv er forskjellig fra fusjonskontrollen. Se nærmere om dette i kapittel 9 i utredningen. Inngrepsvilkåret er endret tilsvarende endringene i § 16 første ledd, og det vises til omtalen av denne endringen i merknaden til § 16.

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 fjerde ledd. I nytt *annet ledd* er terskelverdiene for meldeplikten inntatt. Tersklene for meldeplikt er etter gjeldende rett regulert i meldepliktforskriften § 2 første ledd. Det vises til omtalen av dette i punkt 8.5.4.2.

Tidligere tredje ledd er flyttet til femte ledd. Nytt *tredje ledd* gjelder beregning av omsetning der det gjennomføres to eller flere erverv av deler av ett eller flere foretak. Bestemmelsen er utformet etter mønster fra fusjonsforordningen/ODA protokoll 4 kapittel IV artikkel 5. nr. 2, og skal materielt sett forstås på samme måte. For nærmere fastlegging av innholdet i denne bestemmelsen må det særlig ses hen til den praksis som foreligger under fusjonsforordningen og ODA protokoll 4 kapittel IV.

Nytt *fjerde ledd* er en omarbeidet versjon av tidligere annet ledd. Bestemmelsen er endret som følge av avviklingen av systemet med alminnelig melding. Kravene til hva meldingen skal inneholde tilsvarende i hovedsak kravene som gjelder for fullstendig melding etter gjeldende rett, jf. den nærmere omtalen av dette i punkt 8.5.4.5. I tillegg kommer at det ved opprettelse av fellesforetak må opplyses om hvorvidt morselskap fortsatt er virksomme på det samme markedet som fellesforetaket eller på tilgrensende markeder. Sistnevnte endring er nærmere omtalt i punkt 8.5.6.2.

Tidligere tredje ledd er flyttet til *femte ledd*. Bestemmelsen er endret som følge av det ikke lenger skal være en todelt meldeplikt. Det vil etter denne bestemmelsen nå bare være aktuelt for

Konkurransetilsynet å pålegge meldeplikt for erverv av andeler i foretak som ikke fører til kontroll, jf. § 16a. Et slikt pålegg kan ikke gis senere enn 3 måneder etter endelig avtale om erverv av andeler. Det er ingen frist for innlevering av melding etter denne bestemmelsen. Dette har sammenheng med at gjennomføringsforbudet etter § 19 hindrer gjennomføring.

Tidligere fjerde ledd er flyttet til *sjette ledd*. Også denne bestemmelsen er endret som følge av at systemet med alminnelig melding avvikles. Adgangen til å melde et erverv frivillig vil bare være aktuell for erverv av andeler i foretak som ikke fører til kontroll, jf. § 16a.

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. § 18a første og annet punktum. Tidsfristene for Konkurransetilsynets saksbehandling etter § 20 begynner ikke å løpe før offentlig versjon av melding er mottatt av tilsynet, jf. § 20 syvende ledd.

Tidligere femte og sjette ledd er flyttet til *åttende og niende ledd*. Det er foretatt enkelte språklige endringer i bestemmelsene som følge av at det ikke lenger skal være en todelt meldeplikt med alminnelig og fullstendig melding.

Til § 18a Taushetsbelagte opplysninger

Bestemmelsens *første punktum* pålegger parter og tredjemenn som gir opplysninger til konkurransemyndighetene i en sak om foretakssammenslutning å angi eller avmerke opplysninger som vedrører avgiver og som avgiver mener er forretningshemmeligheter eller andre fortrolige opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt, og begrunne hvorfor. Bestemmelsen omfatter både melding om foretakssammenslutning i henhold til § 18 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 avmerket og begrunnet i henhold til § 18a, ikke er taushetsbelagte. Dette gjelder likevel ikke for opplysninger

som åpenbart er omfattet av taushetsplikten. Bestemmelsen innebærer også at straffeloven § 121 ikke kommer til anvendelse dersom konkurransemyndighetene i henhold til § 18a *siste punktum* gir videre opplysninger mottatt etter § 18 og § 24.

Til § 19 Gjennomføringsforbud

Første ledd er endret slik at det automatiske gjennomføringsforbudet for foretakssammenslutninger, jf. § 18 første ledd og meldepliktforskriften § 2, nå skal gjelde inntil Konkurransetilsynet har avsluttet behandlingen av saken. Det vil med dette ikke være nødvendig for Konkurransetilsynet 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, jf. den nærmere omtalen av dette i punkt 8.5.5.4. 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. For frivillige meldinger, jf. konkurranseloven § 18 sjette ledd, vil gjennomføringsforbudet tre i kraft når den frivillige meldingen er gitt.

Annet ledd er endret ved at det er tatt inn en presisering i bestemmelsen om at unntak fra gjennomføringsforbudet kan innvilges etter søknad fra melder(ne). Bestemmelsen er endret for å tydeliggjøre at Konkurransetilsynet må ta stilling til denne typen søknader. Se nærmere om dette i punkt 8.5.5.4.

Til § 20 Vedtak om inngrep

Første ledd angir at det er Konkurransetilsynet som har kompetanse til å treffe vedtak om inngrep etter § 16 og § 16a. 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 minoritetserverv i § 16a og utviklingen av systemet med alminnelig melding som medfører at vedtak om inngrep må skje på grunnlag av melding etter § 18 første ledd, femte ledd eller sjette 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 par-

tene 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 «i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse». Begrunnelsesplikten er bare knyttet til konkurransebegrensningskriteriet. Det foreligger på dette tidspunktet ikke noen begrunnelsesplikt for så vidt gjelder fravær av effektivitetsgevinster og fordeler for forbrukerne. Se nærmere om dette og om bakgrunnen for at det innføres begrunnelsesplikt for 25-dagers varselet i punkt 8.5.5.1.

Nytt *tredje ledd* setter en frist for melder(ne)s fremleggelse av avhjelpende tiltak i fase I, med den virkning at dersom melder(ne) 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 før det varsles at vedtak kan bli aktuelt. Konkurransetilsynet kan stadfeste avhjelpende tiltak foreslått av melder(ne) uten forutgående varsel. Det forutsettes at melder(ne) 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 angi hvorfor forslaget til avhjelpende tiltak ikke anses tilstrekkelig til å avhjelpe de konkurransebegrensende virkningene foretakssammenslutningen reiser, jf. § 16 annet ledd. Hvis melder(ne) foreslår avhjelpende tiltak etter 20 dager, vil tilsynet måtte varsle inngrep etter 25 dager 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(ne) incentiver til å fremme forslag om avhjelpende tiltak på et tidlig tidspunkt. Bestemmelsen gir også melderne sikkerhet for at Konkurransetilsynet vil ta forslaget om avhjelpende tiltak innkommet innen utløpet av 20 dagers fristen i betraktning. Uten en regel om fristutsettelse vil avhjelpende tiltak som foreslås sent i fase I, men før utløpet av 20 dagers fristen, ikke kunne tas med i vurderingen av om tilsynet skal gå videre med saken til fase II. Se nærmere om dette i punkt 8.5.5.2.

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. 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. Regelen skal på samme måte som den nye bestemmelsen i tredje ledd gi melder(ne) incentiv til å fremsette forslag om avhjelpende forslag tidlig. Det er også inntatt et nytt tredje punktum som på tilsvarende måte som etter tredje ledd 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-dagers varselet skal det som etter nåværende bestemmelse være mulighet for fristforlengelse, men fristen skal ikke kunne forlenges med mer enn 15 dager. Se mer om dette i punkt 8.5.5.2.

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 femte 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.

Tidligere fjerde ledd er *nytt sjette ledd*. Bestemmelsen oppstiller frister for klage og klagebehandling og henviser for øvrig til at bestemmelsene i forvaltningsloven kapittel VI gjelder så langt de passer. Det er inntatt et nytt fjerde punktum i bestemmelsen som regulerer 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 en lovlighetskontroll, det vil si om de materielle inngrepsvilkårene var oppfylt i henhold til de krav som gjaldt da vedtaket ble truffet og om det avhjelpende tiltaket avbøter de konkurransebegrensende virkningene som har blitt påvist. Dersom vedtaket kjennes ugyldig, vil Konkurransetilsynet måtte gjenåpne saken. Fristene i fase II vil gjelde for en slik gjenåpning. Dersom departementet kommer til at de materielle inngrepsvilkårene ikke var oppfylt i henhold til de krav som gjaldt da vedtaket ble truffet må imidlertid saken anses som endelig avgjort.

Bestemmelsen i *syvende ledd* er ny og angir at fristene for Konkurransetilsynets saksbehandling ikke begynner å løpe før offentlig versjon av melding er inngitt. Se mer om bakgrunnen for denne bestemmelsen i punkt 8.5.5.6.

Tidligere femte ledd, nytt *åttende ledd*, angir at Konkurransetilsynets og departementets frister for saksbehandling 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.

Niende ledd gir Kongen forskriftshjemmel til å regulere nærmere hvilke krav som stilles til offentlige versjoner etter femte, syvende og åttende ledd.

Nytt *tiende ledd* fastsetter 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. Se nærmere om dette i punkt. 8.5.5.5.

Til § 21 Prøving i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning

Henvisningene til hjemmelen for å gripe inn mot minoritetsserverv er endret fra § 16 annet ledd til § 16a første ledd.

Til § 25 Bevissikring

Utvalget foreslår noen endringer i § 25 om bevissikring. Endringene angår hovedsakelig hvordan beslaget skal tas og hvordan elektronisk lagret materiale skal gjennomgås. Bestemmelsen i § 25 *første ledd* videreføres slik den er.

Forslaget til nytt *annet ledd* innebærer en endring i Konkurransetilsynets adgang til å ta med originaler. Konkurransetilsynet kan etter gjeldende regelverk som hovedregel ta med originale dokumenter. Det fremgår av nytt annet ledd at hovedregelen foreslås å være at tilsynet skal ta med kopier, og bare ta med originaler der originalen i seg selv antas å ha en særskilt bevisverdi, eller der bevisverdien reduseres ved kopiering. Det foreslås også at når Konkurransetilsynet tar beslag i en original, skal foretaket få en kopi. 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. En påskrift for hånd kan bli mindre leselig ved kopiering. Påførte notater eller lignende med ulike penner kan indikere at påskriften er gjort til ulike tider eller av ulike personer. I slike tilfeller kan det være behov for å ta beslag i originalen ettersom en kopi ikke avslører om noe er skrevet med penn eller blyant. Det

samme kan gjelde markeringer i dokumentet som ved kopiering kan bli mørke felter i dokumentet. Et dokument som inneholder blyantskrift som er visket bort eller overstrykninger kan også miste noe av sin bevisverdi ved kopiering. Utvisket skrift kan for eksempel identifiseres på en original, men ikke på en kopi. Behovet for å ta med originaler eller ting kan også omfatte nyere elektroniske lagringsmedier når det ikke er mulig å foreta speilkopiering av lagret materiale på det aktuelle mediet.

Det er også foreslått en endring i § 25 *tredje ledd*. Endringen innebærer at retten i sin beslutning om bevissikring skal angi kontrollens gjenstand, herunder hvilken type overtredelse det er mistanke om og hvilket marked som er berørt. Beslutningen skal angi både hvilket produktmarked og geografisk marked det foreligger mistanke om overtredelse på. 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 og det kan også være usikkert nøyaktig hva slags type samarbeid eller misbrukshandling 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 skal begrense Konkurransetilsynets adgang til å ta beslag i dokumenter eller ting under bevissikringen. Som påpekt i punkt 7.4.3 er formålet med å stille krav til rettens beslutning utelukkende å ivareta den kontrollertes informasjonsbehov ved et slikt inngrep, og ikke å begrense hvilke dokumenter eller ting Konkurransetilsynet kan beslaglegge.

Forslagets *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 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 gjennomgang av materialet.

Det er derfor ikke slik at Konkurransetilsynet må vente på den kontrollerte eller dennes representant før det starter på 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. Konkurransetilsynet bør for eksempel ikke starte gjennomgangen klokken 0800 dagen etter bevissikring, dersom den kontrollertes advokat først kan være til stede klokken 1000. 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 etterforskningssøk på dette området. Under slike søk har ikke den kontrollerte eller dennes representant rett til å være til stede. Formålet er altså at en 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 7.4.6 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 avhenger ikke av en lovfesting. En slik liste bør inneholde en begrunnelse for hvorfor dokumentene er beslagsfrie. Den kontrollerte kan velge å sende inn en slik liste i stedet for eller i tillegg til å være til stede under gjennomgangen av det beslaglagte materialet.

Det følger av siste setning i forslagetts fjerde ledd at dersom den kontrollerte eller dennes representant og Konkurransetilsynet ikke er 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.

Det som er § 25 *tredje til femte ledd* i gjeldende § 25 videreføres uendret som bestemmelsens *femte til syvende ledd*.

Til § 26 Forholdet til offentleglova og innsyn i dokumenter i avsluttede overtredelsessaker

Utvalget foreslår at opplysninger som er omfattet av taushetsplikten etter § 27a ikke skal omfattes av den utvidede innsynsretten etter § 26 annet ledd. På samme måte er lempningsdokumenter som er unntatt fra offentleglova etter ny § 27a annet ledd første punktum unntatt fra den utvidede innsynsretten for de med rettslig interesse etter konkurranseloven § 26 annet ledd, jf. nytt *siste punktum*.

Til § 27a Beskyttelse av kilder

Forslaget til ny § 27a *første ledd* fastsetter at konkurransemyndighetene har taushetsplikt om iden-

titeten til foretak og personer som gir tilsynet 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 konkurransemyndighetene kan garantere tipserne anonymitet. Det vises til omtalen i punkt 12.1.5.

Taushetsplikten omfatter både tipserens navn og andre opplysninger som kan avsløre tipserens identitet, som arbeidssted, stilling mv. Taushetsplikten gjelder også overfor parter og partsrepresentanter i saken, og går derfor foran reglene om partsoffentlighet i forvaltningsloven §§ 18 flg. Bestemmelsen gjelder ikke der det blir gitt tips til politi eller påtalemyndigheten om overtredelse av konkurranseloven § 10. 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.

Bestemmelsen omfatter ikke 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 konkurranseloven § 12 eller omvendt, dersom avsender av opplysningene ikke er enig i dette.

Det følger av tvisteloven § 22-3 første ledd at det er et bevisforbud for opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt. Departementet kan likevel samtykke i at de taushetsbelagte opplysningene blir ført, jf. annet ledd. Selv om

departementet ikke samtykker, kan retten i henhold til tredje ledd etter en avveining av hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning bestemme ved kjennelse at beviset likevel skal føres. Hensynet til kildevernet bak konkurranseloven § 27a første ledd bør veie tungt ved rettes vurdering etter tvisteloven § 22-3 tredje ledd.

Forslaget til ny § 27a *annet ledd første punktum* innebærer at offentleglova ikke kommer til anvendelse på dokumenter som er inngitt til Konkurransetilsynet i forbindelse med en anmodning om lempning etter konkurranseloven § 30 eller § 31. Begrunnelsen for unntaket er hensynet til en effektiv lempningsordning; foretak som søker om lempning skal ikke være mer eksponert for etterfølgende erstatningssøksmål enn øvrige deltagere i kartellet. Bestemmelsen omfatter ikke partsinnsyn etter forvaltningsloven § 18, fordi partene i et kartell vil ha behov for kontradiksjon. Bestemmelsen gjelder både før og etter at saken er avsluttet. Før saken er avsluttet, er bestemmelsen en særregel om unntak fra innsyn i forhold til konkurranseloven § 26 første ledd. Etter at saken er avsluttet, gir bestemmelsen utvidet rett til unntak i forhold til § 26 annet ledd.

Unntaket fra offentleglova innebærer at tredjemenn ikke har krav på innsyn i lempningsdokumenter. Konkurransemyndighetene kan likevel etter en konkret vurdering gi helt eller delvis innsyn i slike dokumenter. Konkurransemyndighetene bør normalt ikke gi innsyn i dokumenter inngitt i forbindelse med en lempningssøknad. Det vises til at formålet med bestemmelsen er å sikre at foretak som søker om lempning, ikke skal ha et dårligere utgangspunkt ved et eventuelt erstatningssøksmål enn øvrige kartelldeltagere.

Unntaket er avgrenset til å gjelde dokumenter som inngis i forbindelse med anmodning om lempning fra et foretak. Unntaket gjelder både selve søknaden om lempning, som vil inneholde en erklæring om skyld og derfor er særlig sensitiv ved et eventuelt etterfølgende erstatningssøksmål, og andre dokumenter vedlagt lempningssøknaden. Bestemmelsen unntar for eksempel bevismateriale som vedlegges søknaden om lempning, også når bevismateriale ikke er særskilt utarbeidet for lempningssøknaden. Dette er i samsvar med konkurransemyndighetenes gjeldende praksis. Dersom Konkurransetilsynet får tilgang til slike dokumenter også på annen måte enn gjennom lempningssøknaden, for eksempel ved bevis sikring etter konkurranseloven § 25 eller fra andre kilder enn lempningssøker, kommer imidlertid de alminnelige reglene om innsyn i offentleglova og konkurranseloven § 26 til anvendelse.

Den som potensielt har krav på erstatning for overtredelsen, kan således få tilgang til de aktuelle dokumentene. Dette vil styrke muligheten til å oppnå erstatning ved et sivil søksmål.

Ny § 27a *annet ledd annet punktum* pålegger konkurransemyndighetene taushetsplikt om opplysninger gitt i en erklæring fra et foretak om dets kunnskap om en overtredelse av konkurranseloven og foretakets medvirkning til overtredelsen, og som er utarbeidet særskilt for å oppnå lempning. Bestemmelsen tar utgangspunkt i forslaget i Kommisjonens hvitbok av 2008 om å unnta såkalte «corporate statements» fra innsyn. Konkurransemyndighetenes taushetsplikt gjelder således bare for opplysninger som har sitt opphav i slike skylderklæringer fra en kartelldeltager. Slike dokumenter 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 av hensyn til etterforskningen eller tredjemann, etter de alminnelige reglene i konkurranseloven § 27.

Det følger av tvisteloven § 22-3 første ledd at det er bevisforbud for opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt. Departementet kan likevel samtykke i at de taushetsbelagte opplysningene blir ført, jf. annet ledd. Selv om departementet ikke samtykker, kan retten i henhold til tredje ledd etter en avveining av hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning bestemme ved kjennelse at beviset likevel skal føres. Hensynet til kildevernet bak konkurranseloven § 27a første ledd bør veie tungt ved rettens vurdering etter tvisteloven § 22-3 tredje ledd.

Ny § 27a *annet ledd tredje punktum* fastsetter at partene eller partsrepresentant har taushetsplikt om opplysninger de blir kjent med i erklæringer omhandlet i annet punktum, og begrenser deres bruk av opplysningene. Slike opplysninger kan bare brukes i den grad det er nødvendig for å ivareta partens tarv i den konkrete overtredelsessaken. Dette innebærer at partene i utgangspunktet har taushetsplikt om slike opplysninger etter reglene i tvisteloven 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 eget søksmål om erstatning mot lempningssøker. Tredje punktum er utformet med utgangspunkt i forvaltningsloven § 13b annet ledd, og må forstås tilsvarende så langt det passer. I forvaltningsloven § 13b annet ledd er det fastsatt en plikt for forvaltningsorganet til å gjøre parten oppmerksom på den innskrenkede bruken av de taushetsbelagte

opplysningene. Dersom partene bruker opplysningene, kan det ha både sivilrettslige og straffrettslige konsekvenser.

I ny § 27a *tredje ledd* er det inntatt en bestemmelse om at forvaltningsloven §§ 13 til 13e gjelder tilsvarende for konkurranseloven § 27a første og annet ledd så langt de passer.

Til § 29 Overtredelsesgebyr

Utvalget foreslår at det lovfestes en særskilt søksmålsfrist på seks måneder i § 29 fjerde ledd *nytt femte punktum*. Forslaget er nytt sammenlignet med gjeldende konkurranselov, som ikke inneholder noen tilsvarende hjemmel. Utvalget peker i denne forbindelse på at lovgiver ved vedtaket av forvaltningsloven § 27b ikke fant det hensiktsmessig å videreføre en generell hjemmel for forvaltningsorganer til å oppstille søksmålsfrister for saker om gyldigheten av et forvaltningsvedtak, jf. særreguleringen av dette i tvistemålsloven § 437 annet ledd. I forarbeidene til endringene ble det lagt til grunn at behovet for eventuelle søksmålsfrister må vurderes i forhold til særlovgivningens enkelte regler, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 345.

Forslaget innebærer at et foretak som er ilagt overtredelsesgebyr av Konkurransetilsynet etter konkurranseloven § 29 må reise søksmål mot staten innen seks måneder fra foretaket mottok underretning om vedtaket. Utvalget mener at en frist på seks måneder både ivaretar foretakenes behov for å få tilstrekkelig tid til å vurdere om det er grunnlag for å gå til søksmål og Konkurransetilsynets behov for å kunne sette punktum i en sak og for derigjennom å legge til rette for en mer effektiv saksbehandling.

Til § 30 Hel lempning av overtredelsesgebyr

Bestemmelsen inneholder vilkårene for lempning av overtredelsesgebyr. Utvalgets forslag til ny § 30 innebærer en endring av den tidligere lempningsbestemmelsen i konkurranseloven. Endringen består hovedsakelig i at vilkårene for lempning nå fremgår av loven, og ikke av forskrift.

Bestemmelsens *første ledd* begrenser muligheten for hel lempning til det første foretaket som fremlegger bevis for Konkurransetilsynet. Likestilt med å fremlegge bevisene er det å gi en beskrivelse av arten og innholdet i det bevismateriale lempningssøker besitter, forutsatt at bevisene fremlegges for Konkurransetilsynet innen en frist fastsatt av tilsynet. Hel lempning er begrenset til det første foretaket som oppfyller vilkårene,

ettersom kun ett av foretakene i et ulovlig konkurransebegrensende samarbeid skal kunne gis hel lempning.

Foretaket må legge frem alle bevis det er i besittelse av. Dersom det i ettertid avdekkes at foretaket ikke har lagt frem alt bevismateriale, er ikke vilkåret for hel lempning oppfylt. Dersom foretaket kan godtgjøre at det var i aktsom god tro med hensyn til relevansen eller eksistensen av bevismaterialet som ikke legges frem, vil foretaket fortsatt kunne kvalifisere for hel lempning.

Dersom foretaket i stedet for umiddelbart å fremlegge bevisene gir en beskrivelse av bevismaterialets art og innhold, skal foretakets beskrivelse være av en slik art at den gir Konkurransetilsynet tilstrekkelig grunnlag til å vurdere om bevisene oppfyller et av de alternative vilkårene i tredje ledd.

Bestemmelsens *annet ledd* oppstiller et nytt krav til foretaket om å gi Konkurransetilsynet informasjon om den aktuelle overtredelsen. Vilkaeret i første ledd om å fremlegge alle bevis, anses først oppfylt når foretaket også har gitt Konkurransetilsynet slik informasjon som opplistet i annet ledd. Formålet med angivelsen er å avklare når et foretak kan sies å ha oppfylt kravene til å få lempning, og å sikre at en gjennom lempningssøknaden får nødvendig informasjon om kartellet. Foretaket må gi en konkret beskrivelse av overtredelsen, herunder identiteten til de foretak som har deltatt i samarbeidet, hvilke produkter samarbeidet omfatter og samarbeidets varighet og omfang. Kravet til en detaljert beskrivelse er inspirert av tilsvarende krav i Kommisjonens og ESAs kunngjøringer om bøtefritakelse i kartellsaker. Punkt 9 i kunngjøringene vil derfor være veiledende for hvor utfyllende beskrivelsen av overtredelsen skal være. For eksempel bør samarbeidets formål, aktiviteter, markedsvolum, møtedatoer og møtedeltagere oppgis. Beskrivelsen skal også knyttes til de bevis som fremlegges, slik at de enkelte bevisenes betydning for saken kommer frem.

Tredje ledd stiller krav til de bevis som fremlegges. Det oppstilles to alternative vilkår for at de aktuelle bevisene er tilstrekkelige for å gi foretaket krav på lempning. Det første alternativet som følger av *bokstav a*, er at bevisene som fremlegges er tilstrekkelige til at Konkurransetilsynet kan gis tillatelse til bevissikring etter § 25. Det er videre en forutsetning at Konkurransetilsynet ikke allerede er i besittelse av tilstrekkelige bevis. Foretaket må med andre ord fremlegge bevis som tilsynet ikke allerede kjenner til.

Det andre alternativet som følger av *tredje ledd bokstav b* er at foretaket fremlegger bevis som er tilstrekkelige til å bevise en overtredelse av konkurranseloven § 10, dersom tilsynet ikke allerede var i besittelse av slike bevis. Dette alternativet er først og fremst relevant dersom Konkurransetilsynet selv er i besittelse av tilstrekkelige bevis til å gjennomføre bevissikring. Det kan for eksempel være at Konkurransetilsynet allerede har foretatt bevissikring, uten at andre foretak har fremlagt bevis som har gjort denne bevissikringen mulig. Et foretak kan med andre ord, forutsatt at det er først ute, oppnå hel lempning etter at bevissikring er gjennomført, dersom det kan fremlegge bevis som er tilstrekkelige til å bevise en overtredelse.

Fjerde ledd gjør unntak fra hel lempning dersom foretaket ikke samarbeider fullt ut med Konkurransetilsynet, ikke opphører med kartelldeltagelsen, holder tilbake eller ødelegger bevis eller har søkt å tvinge andre til å delta i overtredelsen. Samarbeidsplikten som følger av *bokstav a* pålegger foretaket å opplyse om alle bevis og å samarbeide med Konkurransetilsynet ved å besvare henvendelser og holde ansatte og ledere tilgjengelig for forklaringsopptak. Plikten til å samarbeide innebærer først og fremst en plikt til å skaffe tilsynet informasjon i forbindelse med etterforskningen. Informasjonen kan være både i form av faktiske bevis og i form av at ansatte og ledere lar seg avhøre.

Fjerde ledd bokstav b inneholder et krav om å opphøre med deltakelsen i overtredelsen. Kravet gjelder så fremt Konkurransetilsynet ikke anmoder om noe annet. Ofte vil det av hensyn til etterforskningen være ønskelig at et foretak som søker om lempning ikke straks bryter ut av et samarbeid. Et slikt brudd vil kunne gjøre de øvrige foretakene oppmerksomme på at det pågår en etterforskning. Av hensyn til etterforskningen vil det ofte være ønskelig at myndighetenes involvering ikke er kjent for foretakene før etter at bevissikring er gjennomført, for å unngå fare for bevisforspillelse. Bestemmelsen skal derfor ikke forstås slik at foretaket må ha opphørt med overtredelsen eller brutt ut av kartellet allerede før det fremlegger bevis for Konkurransetilsynet, men at foretaket må opphøre med overtredelsen straks etter at bevisene legges frem såfremt ikke Konkurransetilsynet ønsker noe annet.

Et krav på hel lempning kan etter *fjerde ledd bokstav c* også falle bort som følge av at foretaket har ødelagt, forfalsket eller holdt tilbake bevis. Det følger av bokstav c at kravet på lempning også faller bort dersom foretaket avslører deler av inn-

holdet i lempningssøknaden til andre enn konkurransemyndighetene.

Til slutt gjør *fjerde ledd bokstav d* unntak fra kravet på hel lempning for foretak som har søkt å tvinge andre foretak til å delta i kartellet. Det at et foretak har tatt initiativet til et ulovlig samarbeid er ikke tilstrekkelig for å oppfylle dette vilkåret. Det må noe mer til som for eksempel bruk av trusler om ekskluderende atferd, trusler om å avslutte annet samarbeid eller andre former for trusler for at vilkåret skal være oppfylt. Utvalget har videre lagt til grunn at krav på lempning først og fremst er aktuelt i kartellsaker og lignende horisontale samarbeid, og ikke i saker om rent vertikalt samarbeid. Se nærmere om dette i punkt 6.3.3.5.

Til § 31 Delvis lempning av overtredelsesgebyr

Bestemmelsen inneholder vilkårene for delvis lempning av et overtredelsesgebyr, og oppstiller nærmere regler for fastsettelsen av overtredelsesgebyr ved delvis lempning. Bestemmelsen er i hovedsak en videreføring av forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr § 6 og § 7. Foretak som ikke oppfyller vilkårene for hel lempning kan likevel få sitt overtredelsesgebyr delvis lempet dersom det samarbeider med Konkurransetilsynet. For at foretaket skal oppnå delvis lempning av overtredelsesgebyret må det oppfylle vilkårene i § 30 første og annet ledd. Foretaket må dermed fremlegge alle bevis det besitter, informere om identiteten til foretakene som har deltatt i overtredelsen og gi en beskrivelse av overtredelsens art og omfang. Det stilles videre krav om at de bevis som fremlegges vesentlig skal styrke Konkurransetilsynets muligheter til å bevise en overtredelse av § 10. Kravet i § 30 første ledd om å fremlegge alle bevis som foretaket er i besittelse av innebærer en realitetsendring sammenlignet med utmålingsforskriften § 6. Dagens regelverk stiller ikke krav om at foretaket må fremlegge alle bevis det er i besittelse av, men kun et krav om å fremlegge bevis som vesentlig styrker Konkurransetilsynets muligheter til å bevise en overtredelse av § 10.

Om beviset vesentlig styrker muligheten for å fastslå en overtredelse beror i utgangspunktet på en objektiv vurdering av bevisets art og innhold, sammenholdt med det bevismaterialet Konkurransetilsynet allerede var i besittelse av da bevisene ble fremlagt. Bevismateriale som er direkte knyttet til det aktuelle saksforholdet vil generelt være ansett å ha større verdi enn bevismateriale med indirekte tilknytning.

Bestemmelsens *første ledd siste punktum* slår fast at unntaket for lempning i § 30 fjerde ledd gjelder tilsvarende for delvis lempning. Det innebærer at et foretak for å få en delvis lempning av overtredelsesgebyret må samarbeide fullt ut med tilsynet, opphøre med deltakelsen i kartellet dersom ikke tilsynet anmoder om noe annet og ikke ødelegge, forfalske eller holde tilbake bevis eller ha søkt å tvinge andre til å delta i overtredelsen. Det vises for øvrig til merknadene til § 30 for en nærmere omtale av vilkårene.

Bestemmelsen gir videre anvisning på en trinnvis redusert lempning, avhengig av hvilket nummer i rekken foretaket er når det fremlegger bevis for Konkurransetilsynet. Det første foretaket som ikke oppfyller kravet til hel lempning får sitt overtredelsesgebyr lempet med 30 til 50 prosent, det andre får en lempning på 20 til 30 prosent og øvrige foretak får en lempning på inntil 20 prosent. Bestemmelsens *annet ledd* angir momenter for vurderingen av hvor stor lempningen av overtredelsesgebyret skal være ut fra hvilken plass foretaket har i rekkefølgen av foretak som har fremlagt bevis. I vurderingen skal det legges vekt på hvor tidlig bevisene er fremlagt, bevisenes styrke og i hvilken grad foretaket har samarbeidet med Konkurransetilsynet. I vurderingen av hvor tidlig bevisene er fremlagt er det ikke i hvilken rekkefølge foretakene har fremlagt bevis som er avgjørende, men tidspunktet for foretakets bevisfremleggelse isolert sett. Ved vurderingen vil det for eksempel være av betydning om bevisene ble fremlagt tidlig eller sent i Konkurransetilsynets etterforskning, om foretaket av eget initiativ fremla bevisene, eller om bevisfremleggelsen var foranlediget av at foretaket allerede visste om tilsynets etterforskning i saken. Annet ledd regulerer ikke uttømmende de momenter det kan legges vekt på ved den endelige fastsettelsen av delvis lempning.

Til § 32 Saksbehandling i lempningssaker

Bestemmelsen regulerer saksbehandlingen ved krav om lempning og er i hovedsak en videreføring av forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr § 9. *Første ledd* pålegger Konkurransetilsynet å gi en skriftlig bekreftelse til foretakene for når krav om lempning og tilhørende bevis er mottatt. Bevisene som er fremlagt skal identifiseres. Bekreftelsen som gis er viktig for foretak, idet tidspunktet for når Konkurransetilsynet mottar anmodningen med tilhørende bevismateriale vil være avgjørende for om foretaket skal gis hel eller delvis lemp-

ning, eventuelt innenfor hvilket av intervallene i § 31 det skal gis delvis lempning. Videre skal bekreftelsen identifisere de fremlagte bevis, slik at det i ettertid er klart hvilke bevis som ble fremlagt når.

Annet ledd i § 32 beskriver en ordning tilsvarende Kommisjonens og ESAs «marker-system» hvor foretak som krever hel lempning skal få registrert en prioritert rett til lempning mens de søker etter bevis for overtredelsen. Bestemmelsen er ny sammenlignet med gjeldende regelverk i forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr. Foretaket skal gis en prioritet på hel lempning basert på hvilken plass det har i rekkefølgen av foretak som krever lempning. Det foretaket som først kommer til Konkurransetilsynet og krever lempning og gir tilsynet informasjon som nevnt i § 30 annet ledd skal få første prioritet på hel lempning. Det andre foretaket skal få andre prioritet osv. Vilkaaret for å få prioritet er at foretaket gir Konkurransetilsynet en konkret beskrivelse av overtredelsen som oppfyller kravene i forslaget § 30 annet ledd. Dette kravet samsvarer med kravet i Kommisjonens og ESAs kunngjøringer om bøtefritak avsnitt 15. Det samme kravet er valgt ettersom det for foretakene i et ulovlig samarbeid ofte kan være aktuelt å kreve lempning i flere jurisdiksjoner, og dette taler for en harmonisering av reglene.

Den prioritet et foretak får i køen for hel lempning er gyldig for en tidsperiode fastsatt av Konkurransetilsynet. Foretaket må innenfor denne tidsperioden fremlegge bevis som oppfyller ett av kravene i forslaget § 30 tredje ledd. Begrunnelsen for denne ordningen er at et foretak ikke skal være nødt til å fremlegge alle bevis umiddelbart for å kvalifisere for en prioritet på hel lempning. Det er likevel ønskelig at det fastsettes en frist for fremleggelsen av bevisene for å sikre at et foretak ikke sikrer seg en prioritet på hel lempning som vil blokkere denne muligheten for andre foretak, uten selv å fremlegge de relevante bevisene. Utvalget har valgt å ikke fastsette en uttrykkelig frist i loven, ettersom behovet for tid til å samle inn og fremlegge bevisene vil variere fra sak til sak. Konkurransetilsynet skal når det fastsetter fristen ta hensyn til hva som vil være en rimelig frist i den konkrete saken. Dersom fristen ikke overholdes vil foretaket miste sin prioritet, og det foretaket med neste prioritet vil kunne få krav på hel lempning.

Etter bestemmelsens *tredje ledd* skal Konkurransetilsynet, når det på bakgrunn av det fremlagte bevismaterialet finner at vilkårene i § 30 tredje ledd er oppfylt, underrette foretaket om at

det er grunnlag for hel lempning, forutsatt at de øvrige vilkår for lempning er oppfylt. Når Konkurransetilsynet etter å ha mottatt bevismaterialet underretter et foretak om at det er grunnlag for hel lempning, har tilsynet kun funnet at ett av de alternative vilkårene i § 30 tredje ledd er oppfylt. På dette tidspunktet vil det ikke være mulig å fastslå om vilkårene i § 30 fjerde ledd er oppfylt. Derfor må underretningen inneholde en forutsetning om at det kun er grunnlag for lempning dersom foretaket oppfyller de øvrige vilkårene.

Bestemmelsens *fjerde ledd* regulerer Konkurransetilsynets plikt til å underrette foretaket om grunnlag for lempning der foretaket har valgt å fremlegge bevisene i hypotetisk form. I slike saker må Konkurransetilsynet foreta to vurderinger. Først må det vurderes om beskrivelsen av bevisene oppfyller ett av de alternative vilkårene i § 30 tredje ledd. Deretter må det vurderes om det senere fremlagte bevismaterialet er i samsvar med foretakets beskrivelse. Det vil derfor normalt ta lenger tid før foretaket får underretning om at det er grunnlag for hel lempning når det velger å presentere bevisene i hypotetisk form, enn dersom foretaket umiddelbart fremlegger bevismaterialet for Konkurransetilsynet.

Femte ledd kommer kun til anvendelse ved spørsmål om delvis lempning. Hvis vilkårene for delvis lempning i § 31 første ledd er oppfylt, bør tilsynet i sin underretning til foretaket angi i hvilket av intervallene som fremgår av § 31, lempning vil bli gitt. Det er imidlertid intet krav om at Konkurransetilsynet på dette tidspunktet angir den eksakte prosentvise lempningen innenfor det enkelte intervall. Hvor stor lempning som gis innenfor hvert av intervallene avgjøres først i det endelige vedtak i saken.

Til ny § 33 Straff

Bestemmelsen er i hovedsak en videreføring av nåværende § 30 om straff. Det foreslås noen endringer i bestemmelsen. For det første endres første ledd bokstav b, som er hjemmelen for å straffe den som overtrer vedtak etter §§ 12, 16 eller 19 tredje ledd, til at den som overtrer vedtak etter §§ 12 første eller sjette ledd, 16, 16a eller 19 tredje ledd kan straffes. Bakgrunnen for at henvisningen til § 12 endres til § 12 første og sjette ledd er endringen om tilsagnskompetanse som foreslås i § 12. Som påpekt i punkt 5.4.3 er det ikke ønskelig at en overtredelse av et vedtak etter forslaget § 12 tredje ledd om aksept av bindende tilsagn fra foretakene, skal være straffbart. Derimot er det ønskelig at overtredelser av vedtak etter § 12 før-

ste ledd om opphør av en overtredelse og midlertidige vedtak etter det som vil bli sjette ledd i ny § 12 fortsatt skal være straffbart.

Endringen i bokstav b til også å inkludere § 16a har sin bakgrunn i at inngrepshjemmelen overfor minoritetsserverv blir flyttet fra § 16 til ny § 16a. Overtredelse av vedtak om inngrep mot minoritetsserverv var tidligere dekket av henvisningen til § 16. For at denne typen overtredelse fortsatt skal kunne sanksjoneres med straff må en henvisning til § 16a tas inn.

Det nye *fjerde ledd første punktum* i § 33 innfører straffbortfall for nåværende og tidligere ansatte og styremedlemmer i et foretak som oppfyller vilkårene for hel lempning. Endringen er hovedsakelig begrunnet i et ønske om å øke forutberegneligheten for foretak og ansatte i foretak som søker lempning og på den måten styrke incentivene til å søke lempning. Dette vil også kunne bidra til å øke lempningsordningens effektivitet. For øvrig vises det til punkt 6.3.3.3 og 6.3.3.4 for den nærmere begrunnelsen for endringsforslaget.

Straffbortfall etter § 33 fjerde ledd inntreder dersom foretaket oppfyller vilkårene for lempning, og det stilles ikke ytterligere krav til personene. Det vises her til begrunnelsen i punkt 6.3.3.4 for ikke å stille opp en særskilt samarbeidsplikt for personer. Som ansatte i et foretak regnes alle arbeidstakere i det aktuelle foretaket, og ikke bare personer i ledende stillinger. Fritaket for straff gjelder kun for forhold hos det foretaket som oppfyller vilkårene for hel lempning. Har en nåværende eller tidligere ansatt eller styremedlem også deltatt i det ulovlige samarbeidet som ansatt eller styremedlem i et annet foretak, kan vedkommende straffes for forholdet i det andre foretaket.

Paragraf 33 nytt *fjerde ledd annet punktum* innfører straffbortfall for foretak som oppfyller vilkå-

rene for hel lempning. Straffbortfallet inntreder dersom foretaket oppfyller vilkårene for hel lempning. Det skal således ikke foretas noen selvstendig vurdering av om foretaket kvalifiserer for straffbortfall. Det vises til omtalen av vilkårene for hel lempning i merknadene til § 30.

Til § 34 Foreldelse

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. I straffesaker foreldes imidlertid kravet tidligst ett år etter at straffesak ble avsluttet, jf. foreldelsesloven § 11. Skadelidtes rett til erstatning kan således påvirkes av konkurransemyndighetenes valg av sanksjonsspor. Utvalget mener at utgangspunktet må være at private skal ha de samme dekningsmuligheter uavhengig av hvordan myndighetene velger å håndtere saken. Utvalget vil derfor foreslå at krav etter 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.

14.2 Merknader til lovforslaget del II om ikrafttredelse

I lovforslaget del II nr. 1 er det foreslått at endringene i konkurranseloven (endringsloven) trer i kraft fra den tid Kongen bestemmer. Utvalget har ikke funnet grunn for å foreslå særskilte overgangsregler.

Kapittel 15

Forslag til lov om endringer i konkurranseloven

I lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) gjøres følgende endringer:

I

§ 9:
§ 9 annet ledd oppheves.

§ 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 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 eller anmelder overtredelsen.

Når Konkurransetilsynet har til hensikt å fatte et vedtak etter § 12 første ledd, og de involverte foretakene avgir tilsagn om avhjelpende tiltak, kan Konkurransetilsynet avslutte saken ved å gjøre tiltakene bindende for foretakene. Slikt vedtak kan fattes etter at Konkurransetilsynet har gitt foretakene en foreløpig orientering om saken, og skal fastslå at Konkurransetilsynet ikke finner grunn til å gripe inn.

Et vedtak etter tredje ledd kan omgjøres av Konkurransetilsynet etter eget tiltak eller etter anmodning fra de involverte foretakene 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.

Ved klage over vedtak etter tredje ledd kan departementet bare prøve om tiltakene foreslått av de involverte foretakene er tilstrekkelige til å avhjelpe de konkurransemessige problemene som Konkurransetilsynet etter sin foreløpige vurdering hadde funnet at saken reiste da vedtaket ble truffet.

Konkurransetilsynet kan dersom det er

- rimelig grunn til å anta at § 10, § 11 eller forskrift i medhold av § 14 er overtrådt, og
- 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.

§ 14 skal lyde:

§ 14. Konkurransefremmende tiltak

Dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene, kan Kongen ved forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen til skade for forbrukerne.

§ 16 skal lyde:

§ 16. Inngrep mot foretakssammenslutninger mv.

Konkurransetilsynet skal forby foretakssammenslutninger som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes. Forbudet kan omfatte slike utfyllende bestemmelser som er nødvendige for at formålet med forbudet blir oppnådd.

Dersom Konkurransetilsynet finner at avhjelpende tiltak foreslått av melder(ne) vil avbøte de konkurransebegrensende virkningene som foretakssammenslutningen kan føre til, skal den godkjennes på disse vilkår. Konkurransetilsynet kan knytte forpliktelser til vedtaket for å sikre at vilkårene oppfylles.

Dersom foretakssammenslutningen 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 situasjonen som forelå før foretakssammenslutningen ble gjennomført.

Konkurransetilsynet kan etter forslag fra melder(ne) oppnevne en forvalter til å bistå ved gjennomføringen av vedtak om tillatelse på vilkår 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 nedlegges forbud mot foretakssammenslutningen. Ved denne vurderingen skal Konkurransetilsynet særlig ta hensyn til

- a) 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*
- b) 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.*

§ 16a skal lyde:

§16a. *Inngrep mot erverv av andeler i foretak som ikke fører til kontroll*

Konkurransetilsynet skal forby erverv av andeler i et foretak som ikke fører til kontroll dersom ervervet i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse. Er ervervet gjennomført ved trinnvise 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.

Bestemmelsene i § 16 annet til femte ledd gjelder tilsvarende for inngrep etter første ledd.

§ 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 i 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.*

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 setning 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.

Melding etter 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) beskrivelse av de markedene som berøres av foretakssammenslutningen,*
- e) beskrivelse av horisontalt forbundne markeder hvor minst to av partene er aktive på det samme markedet og hvor partenes samlede markedsandel overstiger 15 prosent samt markeder hvor minst to parter er vertikalt forbundet og deres markedsandel overstiger 25 prosent på hvert respektive marked, 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) ved opprettelse av fellesforetak må meldingen også inneholde opplysninger om hvorvidt morselskap fortsatt er virksomme på det samme markedet som fellesforetaket eller på et tidligere eller senere ledd i omsetningskjeden eller på et tilgrensende marked,*
- g) redegjørelse for eventuelle effektivitetsgevinster,*
- h) opplysninger om foretakssammenslutningen er underlagt tilsyn fra andre konkurransemyndigheter,*
- i) seneste versjon av avtalen om foretakssammenslutning med vedlegg, og*
- j) de involverte foretakenes siste årsberetning og årsregnskap.*

Ved erverv av kontroll skal det bare gis opplysninger om foretak i samme konsern som det eller de foretakene som overtar kontroll.

Konkurransetilsynet kan pålegge melding for erverv av andeler i foretak etter § 16a. Et slikt pålegg kan ikke gis senere enn 3 måneder etter endelig avtale om erverv av andeler.

Erverv etter § 16a kan meldes frivillig til Konkurransetilsynet for å avklare om det er aktuelt med inngrep etter § 16a.

Melding i henhold til første, femte og sjette ledd anses som fullstendig først når kravene i § 18a er oppfylt.

Kongen kan ved forskrift fastsette nærmere regler om meldinger etter første til sjette ledd, herunder innskrenke virkeområdet for meldeplikten etter første ledd, og fastsette krav til innhold i meldingen samt regler om offentliggjøring av meldinger.

Konkurransetilsynet kan i den enkelte sak lempe kravene til melding etter denne bestemmelsen.

§ 18a skal lyde:

§ 18a. Taushetsbelagte opplysninger

Den som gir opplysninger underlagt lobbestemt taushetsplikt til konkurransemyndighetene i henhold til § 18 fjerde ledd og § 24 første ledd, skal klart angi eller avmerke slike opplysninger og begrunne sin oppfatning. Avgiver skal samtidig fremlegge forslag til offentlig versjon. Dersom første og annet punktum ikke er oppfylt, kan konkurransemyndighetene legge til grunn at opplysningene ikke er underlagt lobbestemt taushetsplikt.

§ 19 skal lyde:

§ 19. Gjennomføringsforbud

Foretakssammenslutninger som omfattes av reglene i § 18 første ledd, må ikke gjennomføres for Konkurransetilsynet har avsluttet behandlingen av saken. Det samme gjelder dersom Konkurransetilsynet har gitt pålegg om melding etter § 18 femte ledd eller melding er gitt etter § 18 sjette ledd.

Konkurransetilsynet kan etter søknad fra melder(ne) 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

Vedtak etter § 16 og § 16a treffes av Konkurransetilsynet på grunnlag av melding etter § 18 første, femte eller sjette 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 § 16a i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse.* Gis ikke slikt varsel, kan Konkurransetilsynet ikke gripe inn etter § 16 eller § 16a.

Dersom melder(ne) 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 godkjenning på de foreslåtte vilkår. Slikt vedtak kan fattes uten at partene er gitt forhåndsvarsel.

Konkurransetilsynet må snarest mulig og senest innen 70 virkedager etter at meldingen ble mottatt, fatte vedtak som stadfester fremsatt forslag om avhjelpende tiltak fra melder(ne) eller legge frem begrunnet forslag til forbudsvedtak. Dersom melder(ne) 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 forlenges med 15 virkedager.

Forslag om avhjelpende tiltak anses ikke som fremsatt før offentlig versjon av forslaget er inngitt.

Vedtak 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. *Ved klage over vedtak etter § 16 annet ledd kan departementet bare prøve om foretakssammenslutningen eller ervervet av andeler kunne føre til konkurransebegrensende virkninger da vedtaket ble truffet og om vilkårene avhjelper de konkurransebegrensende virkningene.* For øvrig gjelder reglene om klage i forvaltningsloven kapittel VI så langt de passer.

Frister 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, fjerde og sjette ledd for Konkurransetilsynets eller departementets 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 eller departementet mottar de etterspurte opplysninger.

Kongen kan ved forskrift gi nærmere regler om offentlige versjoner av meldinger etter femte, syvende og åttende ledd.

Når Konkurransetilsynet finner at det ikke foreligger grunnlag for inngrep etter § 16 eller § 16a, skal melder(ne) 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.

§ 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 § 16a. Det kan settes vilkår for en slik tillatelse. Bestemmelsene i § 16 annet og tredje ledd får tilsvarende anvendelse.

Dersom vilkårene i § 16 første ledd eller § 16a første ledd er oppfylt, kan Kongen i statsråd i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning, treffe vedtak etter §§ 16, 16a, 18 og 19. Fristene i § 18 og § 20 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 avtaleforpliktelse 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 gransking og

- å forsegle forretningslokaler, bøker eller forretningspapirer så lenge undersøkelsen varer og dette anses nødvendig.

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.

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 beslutning skal angi kontrollens gjenstand, herunder hvilken type overtredelse og hvilket marked som er gjenstand for tilsynets undersøkelse.* 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 det beslaglagte elektroniske materialet. Når Konkurransetilsynet starter sin gjennomgang av beslaglagt elektronisk materiale har den kontrollerte eller dennes representant rett til å være til stede for å avklare om materialet inneholder dokumenter som er omfattet av taushetsplikt som nevnt i straffeprosessloven §§ 117 til 120. Dersom den kontrollerte og Konkurransetilsynet ikke kommer til enighet om ett eller flere dokumenter 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 inn-til rettens beslutning foreligger.

Kongen kan ved forskrift fastsette nærmere regler om bevissikring og behandling av over- skuddsinformasjon.

§ 26 skal lyde:

§ 26. *Forholdet til offentleglova og innsyn i dokumenter i avsluttede overtredelsessaker*

Offentleglova gjelder ikke i saker om overtredelse av §§ 10, 11, 18 første ledd, 19 første ledd eller vedtak i medhold av denne lov så lenge saken ikke er avsluttet. En sak regnes ikke som avsluttet hvis den er anmeldt til påtalemyndigheten.

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 opplysningsgjelder. Blir det begjært innsyn i taushetsbelagte opplysninger etter denne bestemmelse, skal de som har krav på taushet varsles og gis en frist til å uttale seg om spørsmålet. Avslag på begjæring om innsyn kan påklages til departementet. Reglene i forvaltningsloven kapittel VI gjelder tilsvarende. *Retten til innsyn etter dette ledd gjelder ikke opplysninger underlagt taushetsplikt etter § 27a eller dokumenter som er unntatt fra offentleglova etter § 27a.*

§ 27a skal lyde:

§ 27a. Beskyttelse av kilder og lempningssøknader

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.

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.

Forvaltningsloven §§ 13 til 13e gjelder tilsvarende så langt de passer.

§ 29 fjerde ledd nytt femte punktum skal lyde:

Søksmål mot staten må reises innen seks måneder fra partene mottok underretning om vedtaket.

§ 30 skal lyde:

§ 30. Hel lempning av overtredelsesgebyr

Hel lempning av overtredelsesgebyr gis til det første foretaket som av eget tiltak fremlegger alle bevis det besitter, forutsatt at vilkårene i annet til fjerde ledd er oppfylt. Det samme gjelder der foretaket av eget tiltak gir en klar beskrivelse av bevismaterialets art og innhold, såfremt det innen en frist fastsatt av Konkurransetilsynet fremlegger alle bevis for overtredelsen som det besitter.

Alle bevis anses fremlagt først når foretaket også har gitt informasjon om identiteten til foretakene som har deltatt i overtredelsen og en konkret beskri-

velse av overtredelsens art og omfang, herunder dens geografiske omfang, varighet og hvilke produkter den har omfattet, og om foretaket har hatt kontakt med andre konkurransemyndigheter angående overtredelsen.

Bevisene må være tilstrekkelige til

- a) at Konkurransetilsynet kan gis tillatelse til bevis-sikring etter konkurranseloven § 25 i forbindelse med en antatt overtredelse av konkurranseloven § 10, og Konkurransetilsynet på det tidspunkt opplysningene fremlegges ikke er i besittelse av tilstrekkelige bevis til å kunne kreve slik tillatelse, eller*
- b) å bevise overtredelse av konkurranseloven § 10, og Konkurransetilsynet på det tidspunkt opplysningene fremlegges ikke er i besittelse av tilstrekkelige bevis til å bevise slik overtredelse.*

Lempning gis likevel ikke dersom foretaket

 - a) ikke samarbeider fullt ut under hele saksbehandlingen til Konkurransetilsynet, herunder opplyser om alle kjente bevis, besvarer enhver henvendelse fra tilsynet, holder nåværende, og om mulig tidligere ansatte og ledere i foretaket tilgjengelig for forklaringsopptak og ikke avslører overtredelsen eller lempningssøknaden så lenge dette kan hindre tilsynets arbeid,*
 - b) ikke opphører med deltakelsen i overtredelsen straks etter at det fremlegger bevis eller gir en klar beskrivelse av bevismaterialet etter første ledd, med mindre Konkurransetilsynet har anmodet om noe annet,*
 - c) i forbindelse med arbeidet med lempningssøknaden har ødelagt, forfalsket, eller holdt tilbake bevis eller avslørt hele eller deler av innholdet i lempningssøknaden til andre enn konkurransemyndigheter, eller*
 - d) har søkt å tvinge andre til å delta i overtredelsen.*

§ 31 skal lyde:

§ 31. Delvis lempning av overtredelsesgebyr

Et foretak som ikke har krav på hel lempning, men er det første til å oppfylle vilkårene i § 30 første og annet ledd og fremlegger bevis som vesentlig styrker Konkurransetilsynets muligheter til å bevise en overtredelse av konkurranseloven § 10, gis lempning på 30 til 50 prosent. Er foretaket det andre til å oppfylle vilkårene i første punktum, gis lempning på 20 til 30 prosent. Øvrige foretak som oppfyller vilkårene i første punktum gis lempning på inntil 20 prosent. § 30 fjerde ledd gjelder tilsvarende.

Ved den nærmere fastsettelsen av delvis lempning skal det tas hensyn til hvor tidlig bevismaterialet ble fremlagt, styrken i de fremlagte bevisene og i hvilken grad foretaket har samarbeidet med Konkurransetilsynet.

§ 32 skal lyde:

§ 32. Saksbehandling i lempningssaker

Konkurransetilsynet skal gi en skriftlig bekref- telse med dato og klokkeslett for når krav om lemp- ning med tilhørende bevis er mottatt. I bekreftelsen skal de bevisene som er fremlagt identifiseres.

Et foretak som krever hel lempning skal få regis- trert en prioritert rett til lempning samtidig som foretaket samler bevis. Et slikt krav må inneholde informasjon som angitt i § 30 annet ledd. Den prio- riterte retten er gyldig for en tidsbegrenset periode fastsatt av Konkurransetilsynet. For å oppnå hel lempning må foretaket senest innen utløpet av fristen fastsatt av Konkurransetilsynet fremlegge bevis som oppfyller kravet i § 30 tredje ledd.

Finner Konkurransetilsynet på bakgrunn av det fremlagte bevismaterialet at vilkårene i § 30 tredje ledd er oppfylt, skal foretaket så snart som mulig underrettes om at det er grunnlag for hel lempning, forutsatt at foretaket oppfyller de øvrige vilkårene for lempning.

Gir foretaket en beskrivelse av bevismaterialet etter § 30 første ledd annet punktum, kontrollerer Konkurransetilsynet om beskrivelsen oppfyller vilkå- rene i § 30 tredje ledd, og informerer så snart som mulig foretaket om det er tilfellet. Finner Konkur- ransetilsynet at bevisene som deretter fremlegges svarer til beskrivelsen, skal foretaket så snart som mulig underrettes om at det er grunnlag for hel lempning, forutsatt at foretaket oppfyller de øvrige vilkårene for lempning.

Finner Konkurransetilsynet på bakgrunn av det fremlagte bevismaterialet at vilkårene i § 31 første ledd er oppfylt, skal foretaket så snart som mulig underrettes skriftlig om at det er grunnlag for delvis lempning.

Fremlagte bevis som ikke oppfyller vilkårene i § 30 tredje ledd, kan kreves tilbakelevert. Dette er likevel ikke til hinder for at Konkurransetilsynet innhenter ytterligere informasjon.

§ 33 skal lyde:

§ 33. 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 sjette ledd, 16, 16a eller 19 tredje ledd,
- 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 særde- les 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 økono- misk skade, om den har gitt betydelig økonomisk fordel og grovheten av overtredelsen for øvrig.

Medvirkning til overtredelse som nevnt i før- ste og annet ledd straffes på samme måte.

Nåværende og tidligere ansatte og styremedlem- mer i foretak som oppfyller vilkårene for hel lemp- ning etter § 30, straffes ikke etter denne bestemmelsen. Foretaksstraff idømmes ikke foretak som oppfyller vilkårene for hel lempning.

§ 34 skal lyde:

§ 34. Foreldelse

For erstatningskrav etter denne lov gjelder forel- delsesloven § 11 tilsvarende så langt den passer.

II

Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer.

Norges offentlige utredninger

2011 og 2012

Statsministeren:

Arbeidsdepartementet:

Grunnlaget for inntektsoppgjørene 2011.
NOU 2011: 5.
Arbeidsrettede tiltak. NOU 2012: 6.

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet:

Velferd og migrasjon. NOU 2011: 7.
Bedre integrering. NOU 2011: 14.
Struktur for likestilling. NOU 2011: 18.
Ungdom, makt og medvirkning. NOU 2011: 20.
Bedre beskyttelse av barns utvikling. NOU 2012: 5.

Finansdepartementet:

Bedre rustet mot finanskriser. NOU 2011: 1.
Ny finanslovgivning. NOU 2011: 8.
Fripoliser og kapitalkrav. NOU 2012: 3.

Fiskeri- og kystdepartementet:

Fornyings-, administrasjons- og kirke- departementet:

Mer effektiv konkurranselov. NOU 2012: 7.

Forsvarsdepartementet:

Helse- og omsorgsdepartementet:

Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet. NOU 2011: 9.
Innovasjon i omsorg. NOU 2011: 11.
Når sant skal sies om pårørendeomsorg. NOU 2011: 17.
Når døden tjener livet. NOU 2011: 21.

Justis- og beredskapsdepartementet:

Trygg hjemme. NOU 2012: 4.

Justis- og politidepartementet:

I velferdsstatens venterom. NOU 2011: 10.
Juryutvalget. NOU 2011: 13.
Standardisert personskadeerstatning. NOU 2011: 16.
Ny våpenlov. NOU 2011: 19.

Kommunal- og regionaldepartementet:

Kompetansearbeidsplasser – drivkraft for vekst
i hele landet. NOU 2011: 3.
Rom for alle. NOU 2011: 15.

Kulturdepartementet:

Ytringsfrihet og ansvar i en ny mediehverdag.
NOU 2011: 12.

Kunnskapsdepartementet:

Et åpnere forskningssystem. NOU 2011: 6.
Til barnas beste. NOU 2012: 1.

Landbruks- og matdepartementet:

Mat, makt og avmakt. NOU 2011: 4.

Miljøverndepartementet:

Nærings- og handelsdepartementet:

Mellomlagerløsning for brukt reaktorbrensel og
langlivet mellomaktivt avfall. NOU 2011: 2.

Olje- og energidepartementet:

Samferdselsdepartementet:

Utenriksdepartementet:

Utenfor og innenfor. NOU 2012: 2.

Bestilling av publikasjoner

Offentlige institusjoner:
Departementenes servicesenter
Internett: www.publikasjoner.dep.no
E-post: publikasjonsbestilling@dss.dep.no
Telefon: 22 24 20 00

Privat sektor:
Internett: www.fagbokforlaget.no/offpub
E-post: offpub@fagbokforlaget.no
Telefon: 55 38 66 00

Publikasjonene er også tilgjengelige på
www.regjeringen.no

Trykk: 07 Xpress 02/2012