

LEMPNING AV SANKSJONER I KONKURRANSERETTEN

Kandidatnummer: 313

Veileder: Erling Hjelmeng

Leveringsfrist: 27.11.2006

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 17456 ord

07.06.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Innledning	1
1.2	Rettskildebildet	3
1.3	Lempingsregelens virkeområde: Overtredelse av kartellforbudet	5
1.4	Lempningsregelens formål og teoretiske grunnlag	6
1.5	Lempning i konkurranselovens tosporede sanksjonssystem	10
1.5.1	Innledning	10
1.5.2	Bakgrunn	10
1.5.3	Valg av sanksjonsspor	12
<u>2</u>	<u>LEMPNING AV OVERTREDELSESGBYR.....</u>	<u>16</u>
2.1	Innledning	16
2.2	Vilkår for hel lempning av overtredelsesgebyr.....	18
2.2.1	Innledning	18
2.2.2	Tilstrekkelig bevis	18
2.2.3	Det første foretaket.....	22
2.2.4	Av eget tiltak	24
2.2.5	Samarbeidsplikt	27
2.2.6	Plikt til å innstille overtredelsen.....	30
2.2.7	Søkt å tvinge andre	31
2.3	Vilkår for delvis lempning av overtredelsesgebyr	35
2.3.1	Innledning	35
2.3.2	Krav til bevisfremleggelsen	35
2.3.3	Faren for selektiv bevisfremleggelse	38

2.4	Fastsettelse av lempningens størrelse ved delvis lempning.....	40
2.5	Opplysningspliktens grenser og lempning.....	43
2.5.1	Innledning	43
2.5.2	Opplysningspliktens grenser og lempning i EF/EØS-retten	44
2.5.3	Opplysningspliktens grenser og lempning etter konkurranse-loven	46
2.6	Prosedyre.....	50
3	<u>LEMPNING AV STRAFFEANSVAR.....</u>	52
3.1	Innledning	52
3.2	Lempning av foretaksstraff	53
3.3	Det personlige straffeansvar	57
4	<u>KONKLUSJON.....</u>	60
5	<u>LITTERATURLISTE</u>	62

1 Innledning

1.1 Innledning

Oppgaven redegjør for innholdet av lempningsregelen i konkurranselovens § 31, med tilhørende forskrift. Lempningsreglen er en nyskaping som ble innført med konkurranseloven av 2004. Bestemmelsen utgjør et nytt virkemiddel i håndhevingen av konkurranselovens kartellforbud, og gjør bruk av ”strafferabatt” på en måte som hittil har vært ukjent i norsk rett. Reglen gir ”amnesti” til foretak som har begått grove økonomiske lovbrudd, mot at foretaket påtar seg en ”varsler” (whistle blower) rolle overfor konkurransemyndighetene.

Lempningsregler er også innført ved håndheving av EØS avtalens forbud mot konkurranseskadelig samarbeid, gjennom EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker.¹ Selv om denne fremstillingen behandler lempningsregelen i krrl § 31, er det stor grad av samsvar mellom konkurranselovens og EØS-rettens lempningsregler. Det som behandles i oppgaven vil dermed kunne ha gyldighet også i forhold til EØS-rettens regler.²

Lempningsreglen kommer både til anvendelse på strafferettslige og forvaltningsrettslige sanksjoner, likevel uten å ha et identisk innhold i de to sanksjonssporene. Dette begrunner inndelingen av fremstillingens to hovedkapitler hhv ”Lempning av overtredelsesgebyr” (kapittel 2) og ”Lempning av straffeansvar” (kapittel 3). Innledningsvis (kapittel 1)

¹ 2003/EØS/3/01.

² I kapittel 2.5 EF/EØS-retten viet egen behandling, da det på dette punkt ikke er samsvar mellom reglene etter norsk intern rett og reglene i EF/EØS-retten.

redegjøres det for lempningsregelens formål, anvendelsesområde og for konkurranselovens sanksjonssystem som utgjør den rettslige konteksten lempningsregelen virker i.

1.2 Rettskildebildet

Lempningsregelen i krrl § 31 er en nyvinning i norsk rett innført med konkurranseloven av 2004. Det finnes i skrivende stund ingen domspraksis eller forvaltningspraksis i forhold til verken lovbestemmelsen eller den tilhørende forskriften³. Dermed utgjør forarbeider en sentral rettskilde ved tolkning av lempningsregelen.

Selv om regelen er ny i norsk rett har den en forhistorie i EF-retten.⁴ Det fremgår av forarbeidene at lovkonseptene har søkt å innføre lempningsregler etter mønster av de tilsvarende reglene i EF-retten. I tillegg kommer det at EF-rettens lempningsinstitutt allerede er innført som del av norsk rett ved ESAs håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler, jf EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker.⁵

Lempningsforskriften kapittel tre, som er sentral i denne fremstillingens kapittel 2, er i stor grad en gjengivelse av Kommisjonens kunngjøring (Leniency Notice) fra 2002⁶. Lovens forhistorie og lovgivers uttalte ønske om å innføre lempningsregler som er harmonisert⁷ med EF/EØS-retten, tilsier at man kan bruke avgjørelsespraksis fra EF-retten som argumentbærer ved tolkning av lempningsforskriften.

Det som foreligger av avgjørelsespraksis fra EF-domstolene er knyttet opp mot Kommisjonens tidligere kunngjøring fra 1996.⁸ Der forskjellen mellom disse to kommisjonskunngjøringene tilsier det, vil avgjørelsespraksis fra EF-retten ikke være relevant i forhold til innholdet av den norske forskriften. Likevel er hovedtrekkene i de to

³ Forskrift nr 909 av 22 august 2005 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.

⁴ Lempningsinstituttet i EF-retten er på sin side sterkt influert av Amerikansk rett, som var først ute med å innføre denne typen regler i konkurranseretten.

⁵ 2003/EØS/3/01.

⁶ Commission Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases [2002] OJ C45/3.

⁷ Dette hensynet har selvsagt et helt annet innhold og vekt enn harmoniseringshensynet ved tolkning av EØS avtalen, hvor dette hensynet er et uttrykk for en *folkerettslig forpliktelse* til å legge en fortolkning av reglene til grunn som harmonerer med EF-domstolenes føringer.

⁸ Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases [1996] OJ C204/14.

kunngjøringene like, og relevant avgjørelsespraksis under den tidligere kunngjøringen fra 1996 vil kunne være av verdi for forståelsen av den norske forskriften.⁹

Hva angår juridisk teori så er det særlig litteratur knyttet til EF-retten lempningsregel som har vært en viktig kilde. Siden det i stor grad er samsvar mellom lempningsregelen i konkurranseloven og EF-retten, er det naturlig å søke veiledning i den EF-rettslige litteraturen hvor temaet er behandlet i større grad enn hva tilfellet er i norsk litteratur.¹⁰

⁹ Det eneste som finnes av publisert praksis angående Kommisjonens 2002 kunngjøring er per dags dato to kommisjonsavgjørelser, *Raw Tobacco Italy* og *Rubber Chemicals*, med den begrensede rettskildemessige vekt de kan tillegges. (Kommisjonsavgjørelser kan karakteriseres som "forvaltingsavgjørelser" innenfor EF-retten.) For fullstendighetens skyld skal det også nevnes at en tredje "Leniency Notice" er under utarbeidelse av Kommisjonen.

¹⁰ Temaet er også behandlet på generelt grunnlag i annen litteratur, blant annet i rapporter fra OECD.

1.3 Lempingsregelens virkeområde: Overtredelse av kartellforbudet

Lempningsregelen i krrl § 31 kommer etter ordlyden bare til anvendelse på overtredelser av krrl § 10, som forbyr konkurransebegrensende samarbeid. Krrl § 10 forbyr konkurranseskadelig samarbeid både i form av horisontale avtaler (mellom faktiske eller potensielle konkurrenter i det samme produksjonsleddet) og vertikale avtaler (mellom foretak som operer i forskjellige ledd, for eksempel mellom en produsent og en forhandler). Kartellsamarbeid er hemmelige horisontale pris-, markedsdelings- og anbudssamarbeid, og fremstår som den mest alvorlige formen for overtredelse av krrl § 10. Denne typen ulovlige samarbeid omtales i konkurranserettslig litteratur som ”hard core” overtredelser med betydelige skadevirkninger for kunder, forbrukere og samfunnsøkonomien i sin alminnelighet.¹¹

Selv om lempningsregelen i krrl § 31 kommer til anvendelse på enhver overtredelse av krrl § 10,¹² antas det at lempningsregelen vil være særlig sentral i forhold til bekjempelse av kartellsamarbeid¹³ og bestemmelsen i § 10 vil i denne fremstillingen blant annet bli omtalt som ”kartellforbudet”.

¹¹ OECD *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws* (2002).

¹² I EF/EØS-retten får lempningsreglene kun anvendelse på hemmelige horisontale avtaler, se EFTA kunngjøringen og Kommisjonens 2002 kunngjøring avsnitt 1.

¹³ Jf NOU 2003: 12 s. 138.

1.4 Lempningsregelens formål og teoretiske grunnlag

Formålet med lempningsregelen er å effektivisere håndhevingen av kartellforbudet i krrl § 10, gjennom å skape insitament for foretak som er skyldige i slike overtredelser til å inkriminere seg selv og de øvrige kartelldeltakerne.

Insitamentet skapes av regler som belønner samarbeid med konkurransemyndighetene ved at sanksjoner for overtredelsen faller bort (hel lempning) eller reduseres (delvis lempning). Til grunn for utforming av lempningsreglene ligger en ”arbeidsdeling” mellom hhv hel og delvis lempning.

Hel lempning er ment å gi insitamenter for foretak til å gå ut av kartellsamarbeidet de er en del av, og informere konkurransemyndighetene om sine og andre kartelldeltakeres overtredelser av krrl § 10. For at det skal fremstå som et attraktivt handlingsalternativ å gå ut av et kartell og gå glipp av den mer-profitt som skapes der, må belønningen for å påta seg en ”varsler” rolle overfor konkurransetilsynet være betydelig. Det begrunner regler som gir hel lempning til det første foretaket som varsler myndighetene om det ulovlige kartellsamarbeidet.

At kun det første foretaket kan oppnå hel lempning er sentralt for den dynamikken lempingsinstituttet er ment å skape. Kartellmedlemmene blir satt opp mot hverandre i en konflikt- og konkurransesituasjon, hvor foretak gis insentiver til å være den første ”avhopperen” til å informere myndighetene om det ulovlige samarbeidet. Belønningen for å være det første foretaket som varsler myndighetene tilsvarer den betydelige differanse det er mellom hel lempning og den sanksjonsnedsettelse som gis etter reglene om delvis lempning.¹⁴ Regler om hel lempning skaper således et klima for ”angiveri” blant kartelldeltakere og øker dermed oppdagelsesfaren for slike ulovlige samarbeid¹⁵.

¹⁴ Etter lempningsforskriften kan foretak maksimalt oppnå en nedsettelse av sanksjoner på 50 prosent ved delvis lempning, jf § forskriftens 7. Hva den endelige prosentsatsen på nedsettelsen blir, og utmålingen av gebyret før lempning, kjenner foretaket ikke på det tidspunkt det eventuelt anmoder om lempning. Graden av

Et annet moment som begrunner at lempningsinstituttet kun burde ha rom for hel lempning overfor det første foretaket, er at den samlede straffen for kartellet ikke må bli så lav at aversjonen mot å gå inn i et kartell svekkes.¹⁶ Utformingen av lempningsreglene må ha for øye innvirkningen på sanksjonsnivået og den preventive effekt det har, selv om lempningsinstituttet på samme tid skaper en økt oppdagelsesfare som bidrar positivt til kartellforbudets preventive effekt.

Reglene om delvis lempning kan sies å ha en sekundær funksjon innenfor lempningsinstituttet. Bestemmelsene forutsettes å komme til anvendelse der det allerede foreligger en anmodning om hel lempning.¹⁷ Det er kun i denne kontekst regler om delvis lempning gir sterke nok insitamenter for kartelldeltakere til å velge å samarbeide med konkurransemyndighetene. Her står ikke foretak lenger foran et valg mellom enten å bli værende i et kartellsamarbeid eller å oppsøke myndighetene. Kartellsamarbeidet er på dette tidspunkt brutt sammen eller i ferd med å bryte sammen som følge av at et annet foretak har anmodet om hel lempning. I en slik situasjon fremstår faren for å bli ilagt overtredelsesgebyr som overhengende. Kartelldeltakerne blir dermed tvunget til å konkurrere med hverandre om å legge frem mest mulig bevis så snart som mulig for myndighetene, for på den måten å oppnå en sanksjonsnedsettelse.

Det fremgår at reglene om delvis lempning har en nærmere tilknytning til de prosessøkonomiske hensyn enn hva tilfellet er for hel lempning. Konkurransemyndighetene blir satt i stand til å sanksjonere overtredelser av krrl § 10 raskere og ved bruk av mindre ressurser, i og med at foretak blir gitt en sterk oppfordring i regler om delvis lempning til å

forutberegnlighet er derfor betydelig svakere enn ved hel lempning, hvor foretaket har visshet om at overtredelsesgebyret faller bort i sin helhet. (Såfremt foretaket oppfylder vilkårene for hel lempning, se kapittel 2.)

¹⁵ Se nærmere om "fangenes dilemma" nedenfor.

¹⁶ Se "Sanksjonering - er det verd prisen?" (2001) s. 52.

¹⁷ For fullstendighetens skyld skal det påpekes at det ikke er et vilkår for delvis lempning etter lempningsforskriften at det foreligger en anmodning om hel lempning. (Der et kartellmedlem "har søkt å tvinge andre foretak til å delta i overtredelsen" jf kapittel 2.2.7, vil delvis lempning være eneste alternativ, dersom foretaket vurderer å anmode om lempning.)

samarbeide med myndighetene under etterforskningen. Reglene om delvis lempning spiller derimot en mindre rolle i forhold til å avdekke det som for konkurransemyndighetene er ukjente kartellsamarbeid.

Lempningsregelen vil således være et virkemiddel som styrker konkurransemyndighetenes mulighet til å avdekke og sanksjonere kartellovertredelser. Dessuten vil lempningsregelen generelt øke oppdagelsesfaren for kartellsamarbeid og således skape aversjon mot å gå inn i kartellsamarbeid, med andre ord styrke kartellforbudets preventive effekt.¹⁸

Lempningsregelens formål og effekt kan illustreres ved å ta i bruk tankemodeller og begreper fra rettsøkonomi/økonomi faget.

Foretak går sammen om å skape hemmelige ulovlige kartellsamarbeid, motivert av den monopolprofitt samarbeidet skaper ved å sette den virksomme konkurransen i markedet ut av spill. Drivkraften bak dannelsen av kartellet er således den enkelte kartelldeltakers egeninteresse i å få ta del i monopolprofitten. Det er den samme egeninteressen, og den iboende ustabilitet den bringer til kartellet,¹⁹ lempningsregelen er ment å utnytte.

Virkingen av regelen om hel lempning kan illustreres ved hjelp av spillteori, i form av fangenes dilemma.²⁰ Selv om kartelldeltakerne er inneforstått med at det beste for fellesskapet er at kartellet består, med tilhørende monopolprofitt, vet den enkelte kartelldeltaker at det til en hver tid avhenger av at ingen av de øvrige kartelldeltakerne gir myndighetene informasjon om det ulovlige samarbeidet. Den enkelte kan ikke vite hvilke valg de andre kartelldeltakerne gjør i fremtiden og om de da tenker på fellesskapets beste, og er dermed stilt overfor en valgsituasjon. Enten å stole på de andre og dermed leve med en risiko for å bli angitt og sanksjonert, eller å selv angi de andre og være fri fra en hver risiko for å bli sanksjonert. Det er denne dynamikken som er ment å forsterke kartellets

¹⁸ Se NOU 2003: 12 s. 136.

¹⁹ Kartellsamarbeid er i litteraturen blitt omtalt som "en våpenhvile mellom rivaler", noe som på en poengtert måte beskriver denne iboende ustabiliteten. Se Harding (2003).

²⁰ Se Eide (2003) s. 42 flg.

ustabilitet, med det resultat at foretak oppsøker konkurransemyndighetene med anmodning om hel lempning.²¹

Reglene om lempning kan reise motforestillinger, i særdeleshet i forhold til hel lempning som kan hevdes å innebære en aksept for å la grove økonomiske lovbrudd gå ustraffet. Til det kan det innvendes at lempningsinstituttet bare prima facie har denne virkning. De jure er det klart nok at lempningsreglene åpner for at ett kartellmedlem får gå ustraffet for sin overtredelse, mot å gi informasjon til myndighetene. De facto vil erfaringsmessig²² lempningsregelen derimot føre til at flere karteller blir avslørt og at flere kartelldeltakere blir sanksjonert for sine overtredelser. Det kan uttrykkes slik at valget for lovgiver står mellom enten å åpne for å la ett kartellmedlem gå fri fra sanksjoner og som resultat bli i stand til å sanksjonere de øvrige kartelldeltakerne, eller la kartellet fortsette å operere i det skjulte og dermed la samtlige kartelldeltakere gå ustraffet.

Med Kommisjonenes ord: *"The interests of consumers and citizens in ensuring that such practices are detected and prohibited outweigh the interest in fining those enterprises which cooperate with the Commission, thereby enabling or helping it to detect and prohibit a cartel."*²³

²¹ For en grundig økonomisk analyse av lempningsinstituttet se Motta (2004) s. 193 flg.

²² OECD *Report on Leniency Programmes to Fight Hard Core Cartels* (2001) og NOU 2003: 12 s. 137.

²³ Kommisjonens 1996 kunngjøring avsnitt 4.

1.5 Lempning i konkurranselovens tosporede sanksjonssystem

1.5.1 Innledning

Konkurranseloven har to sanksjonstyper, overtredelsesgebyr (§ 29) og straff (§ 30). Ved overtredelse av krrl § 10 er begge typer sanksjoner anvendelige overfor foretak. Som det vil fremgå av den videre fremstillingen, har ikke lempningsregelen i krrl § 31 nødvendigvis et identisk innhold anvendt på straff og overtredelsesgebyr. Dermed vil det kunne være av betydning for en kartelldeltaker som vurderer å anmode om lempning, hvilket av de to sanksjonssporene som vil komme til anvendelse overfor foretakets overtredelse.

I dette kapittelet vil det først redegjøres for bakgrunnen for konkurranselovens tosporede sanksjonssystem, dernest vil det bli forsøkt redegjort for hva som avgjør når henholdsvis straff og overtredelsesgebyr kommer til anvendelse overfor foretak ved overtredelse av krrl § 10.

1.5.2 Bakgrunn

Den viktigste foranledning til at overtredelsesgebyr ble innført som sanksjon i konkurranseloven, ligger i overgangen fra en konkurranselov med en kombinasjon av forbuds- og inngrepshjemler til en ren forbudslov.²⁴ Dette innebærer at flere handlinger er forbudt i den nye loven enn hva tilfellet var etter den tidligere konkurranseloven av 1993. Samtidig var det ikke noe ønske fra lovgiverens side at den nye forbudsbaserte

²⁴ Overgangen fra en inngreps- og forbudslov til en ren forbudslov var igjen motivert av et ønske om å harmonisere den materielle reglene i konkurranseloven med de materielle konkurransereglene i EF/EØS-retten.

konkurranseloven skulle medføre en kriminalisering av adferd som tidligere var lovlig.²⁵ Innføringen av sivilrettslige sanksjoner i form av overtredelsesgebyr innebar at overtredelse av de nye forbudsbestemmelsene kunne sanksjoneres uten utvidet bruk av straff.

En annen viktig begrunnelse for innføringen av overtredelsesgebyr i konkurranseloven var lovgivers ønske om en mer effektiv håndheving av konkurranselovens forbudsbestemmelser, enn hva som hadde vært tilfellet når håndheving fant sted i strafferettspleien²⁶.

I tillegg var det fra lovkonsepistenes side sett på som positivt at innføringen av forvaltningsrettsling sanksjonering gjennom overtredelsesgebyr, medførte at norsk konkurranseprosess ble mer harmonisert med konkurranseprosessen i EØS/EF-retten.²⁷

Straffens allmennpreventive virkning begrunnet at straffesanksjonene ble videreført i den ny konkurranseloven for de mest alvorlige overtredelsene,²⁸ som også var straffesanksjonert i den tidligere konkurranseloven.²⁹ Særlig viktig i forhold til allmennprevensjonen er det at straffesanksjoner rammer både foretak³⁰ og personer, i motsetning til overtredelsesgebyr som kun kan ilegges foretak. Det er i lovforarbeidene fremhevet at personstraff fortsatt skulle være den primære sanksjonen ved overtredelse av konkurranselovens straffesanksjonerte bestemmelser, og at introduksjonen av overtredelsesgebyr ikke skulle skje til fortrengsel for det personlige straffeansvaret.³¹

²⁵ NOU 2003: 12 side 124 og Ot.prp. nr.6 (2003-2004) side 116. (Tvert imot er det et uttalt ønske å redusere bruken av straffereaksjoner i særlovgivningen jf NOU 2003: 15.)

²⁶ Det at det oppstilles lavere beviskrav i sivilprosessen enn i straffeprosessen ble blant annet fremholdt som en effektivitetsgevinst i forarbeidene jf NOU 2003: 12 side 131. Se også Ot.prp. nr.6 (2003-2004) side 117.

²⁷ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) side 116 og NOU 2003: 12 side 124.

²⁸ overtredelser av kartellforbudet i krrl §10 ”kan være så alvorlige at det kan likestilles med grov økonomisk kriminalitet” jf NOU 2003: 12 side 134.

²⁹ NOU 2003: 12 side 127.

³⁰ Jf straffeloven § 48a.

³¹ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) side 124.

1.5.3 Valg av sanksjonsspor

Overtredelse av krrl § 10 er, som allerede nevnt, for foretaks vedkommende sanksjonert både ved straff etter krrl § 29 og ved overtredelsesgebyr etter krrl § 30. Samtidig innebærer forbudet mot dobbeltstraff³² at et foretak ikke kan ilegges begge typer sanksjoner for samme overtredelse.³³ Spørsmålet blir så hva som avgjør valget mellom disse to alternative sanksjonssporene ved en overtredelse av krrl § 10.

Lovens ordlyd gir ingen anvisning på hvilket sanksjonsspor som skal anvendes i det konkrete tilfellet, sanksjonssporene er i loven likestilt. Der det foreligger grovt uaktsom eller forsettlig overtredelse av krrl § 10 kan det sanksjoneres både med overtredelsesgebyr og foretaksstraff.³⁴

Etter forarbeidene er utgangspunktet at Konkurransetilsynet er gitt et ”betydelig skjønn”³⁵ til å vurdere når tilsynet selv vil forfølge et forhold ved å ilegge overtredelsesgebyr, og når det vil velge å overlate forfølgelsen til påtalemyndigheten ved å anmelde forholdet. Videre heter det i forarbeidene at ”overtredelsesgebyr overfor foretak bør innføres som et supplement til, og ikke til fortrensel for, gjeldende strafferettslige sanksjoner ved overtredelser av konkurranseloven”³⁶.

Dette kan karakteriseres som det nominelle utgangspunkt når forholdet mellom overtredelsesgebyr og foretaksstraff skal vurderes. Samtidig må det være riktig å se det slik at når lovgiver har valgt å innføre overtredelsesgebyr som et supplement til den allerede eksisterende straffesanksjonen for overtredelse av krrl § 10, så har lovgiver gjennomført en

³² EMKs tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 nr. 1.

³³ Overtredelsesgebyr har status som straff etter EMK, se kapittel 2.5.3.

³⁴ Der hvor det er utvist uaktsomhet men ikke grov uaktsomhet ved overtredelse av § 10 vil det ikke være noen valgsituasjon. Kun overtredelsesgebyr er anvendelig, jf forskjellen mellom skyldkravet i krrl § 29 og § 30.

³⁵ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) side 124.

³⁶ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) side 124.

”delvis avkriminalisering”³⁷ av den aktuelle handlingsnormen i krrl § 10. Forarbeidene til konkurranseloven ser ut til å legge et tilsvarende resonnement til grunn når det uttales:

”dette kan innebære at foretaksstraff og individuelt straffeansvar gis en noe mer tilbaketrukket rolle der dette er rimelig og hensiktsmessig”.³⁸ Overtredelsesgebyr skal altså anvendes, til fortregning for foretaksstraff, der det er ”rimelig og hensiktsmessig”.

Ut fra forarbeidene ser det ut til at særlig to momenter er sentrale i vurderingen av når det er ”rimelig og hensiktsmessig” å benytte seg av det sivilrettslige sanksjonssporet. For det første heter det at ”praktiske hensyn kan tillegges vekt ved valg av reaksjon”,³⁹ og for det andre henvises det i forarbeidene til ”kvalifikasjonskravet”⁴⁰ som er utviklet av Sanksjonsutvalget.⁴¹

Når det gjelder ”praktiske hensyn” er det særlig et forhold som vil kunne være av relevans. Dersom det er aktuelt å straffeforfølge personer må det skje innenfor det strafferettslige sporet. Da er det av prosessøkonomiske hensyn en fordel om også sanksjoneringen av foretaket skjer innenfor det strafferettslige sporet, slik at det ikke trengs to forskjellige etterforskninger og prosesser hos henholdsvis Konkurransetilsynet og påtalemyndigheten.⁴²

³⁷ Jf Sanksjonsutvalget, NOU 2003: 15 side 150.

³⁸ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) side 124.

³⁹ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) side 124.

⁴⁰ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) side 116.

⁴¹ Jf NOU 2003: 15.

⁴² Andre pragmatiske hensyn, som departementet forutsetningsvis ikke har ment å inkludere i ”praktiske hensyn”, er at sanksjonering er lettere å gjennomføre innen det sivile sporet enn det strafferettslige sporet. Dette fordi konkurranseloven gir Konkurransetilsynet videre fullmakter under etterforskningen, blant annet i forhold til å pålegge foretaket opplysningsplikt, enn hva straffeprosessloven gir påtalemyndigheten. Dessuten er bevisskravet vesentlig lavere i det sivilrettslige sporet enn hva det er i det strafferettslige sporet. Det kan derfor fremstå slik at Konkurransetilsynet har ”lite incitament til å overføre saker til politiet for en straffeforfølgning mot foretak som bryter konkurranseloven” jf Høivik, Knut. *Er konkurranselovens tosporede sanksjonssystem overfor foretak hensiktsmessig?* I: Lov og rett. 2006, nr 06 s. 360 på side 370. En uttalelse i samme retning finnes i Evensen, Harald. *Fra straff til overtredelsesgebyr –ny lov, tøffere tider?* I: Konkurransetilsynets jubileumsskrift 2004 s. 41 på side 41: ”Det er rimelig å anta at Konkurransetilsynet i fremtiden som hovedregel vil sanksjonere brudd på § 10 med overtredelsesgebyr heller enn anmeldelse til påtalemyndigheten.”

”Kvalifikasjonskravet”⁴³ innebærer at straffsporet skal forbeholdes de alvorligste overtredelsene. Dette fordrer en vurdering av om den konkrete overtredelsen av krrl § 10, skal anses som tilstrekkelig alvorlig til at straff bør anvendes. Vurderingen av kvalifikasjonskravet inneholder to hovedelementer. For det første hvor vesentlig overtredelsen er og dernest hvorvidt det foreligger gjentakelse.

Hva gjelder gjentakelse er det tilstrekkelig i denne sammenheng å poengtere at det må foreligge en tidligere overtredelse av krrl § 10 begått av det samme rettssubjektet.

I vurderingen av hvor vesentlig overtredelsen er, vil for det første omfanget av overtredelsen være relevant. Her vil det spille en rolle hvor lenge det ulovlige samarbeidet har pågått og hvor stort produktmarked som er berørt. For det andre vil det spille en rolle hvor skadelig samarbeidet har vært for den virksomme konkurransen i markedet. Klart nok vil et horisontalt kartellsamarbeid ha større skadevirkning enn et vertikalt samarbeid. For det tredje vil størrelsen på den vinning foretaket har fått ved det ulovlige samarbeidet være relevant. Et fjerde moment i vesentlighetsvurderingen er graden av utvist skyld. Her vil det blant annet kunne utgjøre en forskjell om foretaket har vært en pådriver eller initiativtaker til det ulovlige samarbeidet. Denne vurderingen av kvalifikasjonskravet er individuell for hvert foretak. Likevel vil prosessøkonomiske hensyn kunne tilsi at alle deltakere i den samme overtredelsen blir behandlet under ett i det samme sanksjonssporet, og som det fremgår ovenfor er et slikt praktisk hensyn i følge forarbeidene til konkurranseloven relevant ved valget av sanksjonsspor.

Fremstillingen ovenfor hviler på en forutsetning om at det er Konkurransetilsynet som bestemmer valg av sanksjonsspor. Likevel er det i prinsippet adgang for påtalemyndigheten til å forfølge en overtredelse av krrl § 10 på eget initiativ. Påtalemyndigheten og Konkurransetilsynet har overlappende kompetanse til å forfølge overtredelser av krrl § 10. Hittil har alle straffeforfølgninger startet etter at Konkurransetilsynet har anmeldt

⁴³ Se NOU 2003: 15 side 153-156.

forholdet.⁴⁴ Det forandre likevel ikke det formelle utgangspunkt at det ved overtredelse av krrl § 10 er ubetinget offentlig påtale, jf straffeloven § 77⁴⁵. Påtale er således ikke avhengig av anmeldelse fra Konkurransetilsynet. Påtalemyndigheten har anledning til å forfølge en overtredelse selv om Konkurransetilsynet forfølger den samme overtredelsen.⁴⁶ Det står med andre ord påtalemyndigheten fritt til å ta ut tiltale mot et foretak, uavhengig av Konkurransetilsynets vurdering av hvorvidt strafferettslig forfølgelse er hensiktsmessig.

Det følger av fremstillingen ovenfor at det kan fremstå som uklart hvilket av konkurranselovens to sanksjonsspor som vil komme til anvendelse ved den enkelte overtredelse av krrl 10. Det som er relevant i denne sammenheng er hvilken betydning denne rettsuvissheten har for lempningsinstituttets funksjon. Som det fremgikk av innledningen vil det være av interesse for et kartellmedlem som vurderer å anmode om lempning, hvilket av sanksjonssporene som vil bli fulgt. Det fremstår likevel som ganske klart at et foretak i liten grad har mulighet til å forutberegne sin rettsstilling i dette henseende.

Følgelig kan det hevdes at den fleksibilitet konkurranselovens tosporede sanksjonssystem gir, har en kostnadsside bestående av redusert forutberegnelighet for foretak som vurderer å anmode om lempning.⁴⁷

⁴⁴ NOU 2003: 12 side 113.

⁴⁵ Motsatt er det der påtalen er avhengig av allmenne hensyn, hvor det vil være overlatt til påtalemyndighetens skjønn om etterforskning skal iverksettes og om det skal taes ut tiltale.

⁴⁶ Vernet mot dobbeltstraff, jf EMK, vil først avskjære strafferettslig forfølgelse der det foreligger et vedtak om overtredelsesgebyr. Parallell forfølgning fra to myndighetsorgan av samme overtredelse er ikke i strid med EMK.

⁴⁷ Forutberegnelighet er en forutsetning for at lempningsreglen skal virke som et sterkt nok insentiv for foretak til å bryte ut av kartellsamarbeid, jf NOU 2003: 12 s. 139.

2 Lempning av overtredelsesgebyr

2.1 Innledning

I denne delen av oppgaven redegjøres det for konkurranselovens regler om lempning av overtredelsesgebyr ilagt etter krrl § 29 for brudd på krrl § 10. Lempingsforskriftens⁴⁸ kapittel tre, gitt med hjemmel i krrl § 31 annet ledd, inneholder de nærmere regler om lempning av overtredelsesgebyr.

Det går et viktig skille mellom hel og delvis lempning.⁴⁹ Hel lempning etter forskriftens § 4 innebærer at overtredelsesgebyr faller bort i sin helhet, mens delvis lempning etter forskriftens § 6 innebærer at overtredelsesgebyret vil kunne settes ned med inntil femti prosent.

Når vilkårene i forskriften er oppfylt har foretaket krav på at lempning blir gitt. I både forskriften § 4 (om hel lempning) og i § 6 (om delvis lempning) heter det at lempning ”skal gis”. Forskriftens ordlyd vil gi den grad av forutberegnlighet som er nødvendig for at lempingsinstituttet skal fungere som et sterkt nok insitament for foretak til å velge å gå ut av kartellsamarbeid og informere myndighetene om sin egen og andre kartellmedlemmers overtredelser.

Dette kan kontrasteres mot krrl § 31 første ledd hvor det heter at når et foretak har bistått konkurransemyndighetene, så ”skal det tas i betraktning” ved utmåling av overtredelsesgebyr. Konkurranseloven gjør bruk av samme formulering som i straffeloven

⁴⁸ Forskrift nr 909 av 22 august 2005 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.

⁴⁹ For en nærmere redegjørelse av forholdet mellom hel og delvis lempning se kapittel 1.4 ovenfor.

§ 59 annet ledd, der det heter at hvor det foreligger en uforbeholden tilståelse fra siktede så ”skal retten ta dette i betraktning ved straffutmålingen”. Ordlyden innebærer kun at bistand fra foretaket med å avdekke sine egne og andres overtredelser er et relevant moment i utmålingen av overtredelsesgebyr. Noen garanti for at samarbeid vil resultere i en reduksjon av overtredelsesgebyr vil foretak ikke ha. Det vil etter ordlyden i § 31 avhenge av rettens skjønn.

I det følgende vil de materielle vilkårene for hel og delvis lempning bli behandlet i hvert sitt kapittel, hhv kapittel 2.2 og 2.3. Deretter redegjøres det for fastsettelsen av lempningens størrelse ved delvis lempning i kapittel 2.4. I kapittel 2.5 behandles så forholdet mellom lempning og opplysningspliktens grenser. Til slutt tar kapittel 2.6 for seg forskriftens saksbehandlingsregler.

2.2 Vilkår for hel lempning av overtredelsesgebyr

2.2.1 Innledning

Det oppstilles seks vilkår for hel lempning i lempningsforskriftens § 4, som alle må være oppfylt for at overtredelsesgebyret skal falle bort i sin helhet for det aktuelle foretaket.

Paragrafens første ledd inneholder tre kumulative vilkår. For det første må foretaket fremlegge *tilstrekkelige bevis* til at Konkurransetilsynet enten kan beslutte bevissikring i en sak om overtredelse av krrl § 10 eller kan bevise overtredelsen av § 10 til en slik grad at tilsynet kan fatte vedtak om overtredelsesgebyr. For det andre må foretaket være *det første* til å oppfylle vilkåret beskrevet ovenfor, og dessuten kreves det at foretakets bevisfremleggelse skjer av *eget tiltak*.

Paragrafens andre ledd oppstiller i tillegg tre negativt definerte vilkår, som hver for seg vil utelukke hel lempning. De to første vilkårene går på foretakets nåtidige og fremtidige adferd. Annet ledd bokstav a krever at foretaket *samarbeider fullt ut* med Konkurransetilsynet, bokstav b krever at overtredelsen fra foretakets side *opphører*. Det siste av disse tre vilkårene, i bokstav c, utelukker hel lempning hvor foretaket som en del av sin kartellvirksomhet har *søkt å tvinge andre til å delta* i overtredelsen. Disse seks vilkårene vil bli behandlet i det følgende.

2.2.2 Tilstrekkelig bevis

Kravet om at foretak må fremlegge tilstrekkelige bevis kan betegnes som grunnvilkåret for hel lempning. Det er den verdi bevisfremleggelsens innhold har for Konkurransetilsynets

arbeid med å avdekke og sanksjonere overtredelser av krrl § 10, som begrunner adgangen til hel lempning.

Det er to alternative måter et foretaks bevisfremleggelse kan kvalifisere til å være ”tilstrekkelig”. Enten må bevisene gjør det mulig for tilsynet å foreta en bevissikring jf forskriftens § 4 første ledd bokstav a, eller så må bevisene sette tilsynet i stand til å bevise en overtredelse av krrl § 10 jf forskriftens § 4 første ledd bokstav b.

Ved en anmodning om hel lempning etter første alternativ, jf bokstav a, kreves det at foretakets bevisfremleggelse setter Konkurransetilsynet i stand til å få en beslutning om bevissikring fra tingretten, jf krrl § 25. For at tingretten skal fatte beslutning om bevissikring kreves det at retten finner ”rimelig grunn” til å anta at det foreligger en overtredelse av krrl § 10.

Spørsmålet blir så hvilke krav ”rimelig grunn”, jf krrl § 25, setter til bevisfremleggelsens innhold for hel lempning etter første ledd bokstav a. Ut i fra en språklig fortokning er ”rimelig grunn” et mindre omfattende krav hva gjelder bevisenes styrke, enn hva som kreves av straffeprosesslovens regler for ransaking hvor vilkåret er at det foreligger ”skjellig grunn”⁵⁰ til mistanke. Skjellig grunn til mistanke er etter rettspraksis forstått som et krav til sannsynlighetsovervekt, det må med andre ord være gjort mer sannsynlig at mistenkte har begått lovbruddet enn at han ikke har det.⁵¹ Kravet til bevisenes styrke ved beslutning om bevissikring etter konkurranseloven er følgelig at overtredelsen til en viss grad blir sannsynliggjort, men ikke nødvendigvis til en grad hvor det er sannsynlighetsovervekt for at det foreligger en overtredelse.⁵² Dette vil igjen være kravet som stilles til bevisfremleggelsens innhold for hel lempning etter forskriftens § 4 første ledd bokstav a.

⁵⁰ Straffeprosessloven § 192.

⁵¹ Jf Rt 1993 s. 1302.

⁵² Jf Ot.prp. nr.6 (2003-2004) side 162.

Kravet til bevisfremleggelsens innhold for hel lempning etter første ledd bokstav a, kan etter dette karakteriseres som ikke særlig omfattende. Begrunnelsen for å gi hel lempning på grunnlag av en slik bevisfremleggelse, ligger i hensynet til at flest mulig foretak skal gis insentiver til å gå ut av kartellsamarbeid og påta seg den ”varsler” rollen lempningsregelen er ment å oppmuntre. Første ledd bokstav a åpner for at kartelldeltakere som på grunn av sin mer perifere rolle i kartellet besitter en begrenset mengde opplysninger og *bevis*, også blir gitt adgang til å anmode om hel lempning. Dermed blir kretsen av potensielle ”angivere” tilsvarende stor.

Når først Konkurransetilsynet er i stand til å foreta en bevissikring, vil tilsynet kunne ta besittelse av nødvendige bevis hos de mer sentrale kartellmedlemmene slik at overtredelsen kan bevises og overtredelsesgebyr ilegges. Dermed vil en bevisfremleggelse etter første ledd bokstav a kunne være av stor verdi for Konkurransetilsynets evne til å etterforske og sanksjonere overtredelser av krrl § 10.

Adgangen til hel lempning etter første ledd bokstav a må sees i sammenheng med den samarbeidsplikt som oppstilles i annet ledd bokstav a.⁵³ Av denne samarbeidsplikten følger det at der hvor en mer sentral kartelldeltaker ønsker hel lempning, kan vedkommende foretak ikke begrense seg til å fremlegge bevis som oppfyller kravet til bevissikring i bokstav a, hvis det er i besittelse av bevis og opplysninger som går ut over dette kravet. Etter § 4 annet ledd bokstav a må alle opplysninger og bevis foretaket besitter fremlegges, jf kravet om å samarbeide ”fullt ut” og herunder opplyse om ”alle bevis som det kjenner til”, jf kapittel 2.2.5 nedenfor. Selv om terskelen for hel lempning kan sies å være lav, åpner dette altså ikke for at foretak kan spekulere i å være selektiv og begrenset i sin bevisfremleggelse.

Anmodning om hel lempning etter første ledd bokstav b, stiller høyere krav til bevisfremleggelsens innhold enn hva tilfellet er etter bokstav a. Her kreves det at Konkurransetilsynet blir satt i stand til å bevise en overtredelse av krrl § 10. Etter forarbeidene kreves det alminnelig sannsynlighetovervekt for et vedtak om

⁵³ Se departementets høringsnotat side 5.

overtredelsesgebyr,⁵⁴ og dette blir dermed også terskelen for hva som kreves av foretakets bevisfremleggelse ved anmodning om hel lempning etter første ledd bokstav b.

Det er i teorien antatt at der det viktigste elementet i det foretaket fremlegger av bevis er foretakets eget vitnesbyrd om eksistensen av et ulovlig kartellsamarbeid, så stiller det krav til de formuleringer foretaket gjør bruk av i sin redegjørelse. Det vil således ikke være tilstrekkelig for foretak å opplyse Konkurransetilsynet om et ”mulig” ulovlig samarbeid, eller lignende, og på dette grunnlag kvalifisere til hel lempning. I en anmodning om lempning må det implisitt ligge en innrømmelse fra foretakets side av at det foreligger et ulovlig kartellsamarbeid hvor foretaket selv har vært en av deltakerne. Dersom vage formuleringer i foretakets fremleggelse for tilsynet trekker dette i tvil, vil ikke foretaket kunne oppnå hel lempning.⁵⁵ Foretak kan tenkes å ha to agendaer når de anmoder om lempning, ved at de på samme tid ønsker å sikre seg første plass i køen for hel lempning samtidig som de ikke ønsker å skade sine samarbeidsparter i kartellet ved å sette Konkurransetilsynet i stand til å sanksjonere overtredelsen. Dette kan ikke oppnås ved at fremleggelsen fra foretaket er vag eller inneholder forbehold, en slik fremleggelse må nødvendigvis sees på som en nullitet i forhold til hel lempning,⁵⁶ slik at hel lempning fortsatt er tilgjengelig for andre foretak.⁵⁷

Ved bevisfremleggelse etter både bokstav a og b, kreves det at ”tilsynet ikke var i besittelse av tilstrekkelige bevis” etter hhv bokstav a eller b. Konkurransetilsynets bevismessige situasjon vil da heller ikke tilsi at foretak burde tilbys hel lempning. Dette kan karakteriseres som et krav om at foretak må fremlegge nye bevis.

Dette innebærer at fra det tidspunkt tilsynet har tilstrekkelig bevis i forhold til kravet etter bokstav a, vil ikke hel lempning kunne gis etter dette alternativ, mens det fortsatt vil være anledning til hel lempning etter bokstav b. Der hvor tilsynet allerede har tilstrekkelige bevis i forhold til kravet i bokstav b, vil hel lempning være utelukket, siden tilsynet her nødvendigvis også har tilstrekkelige bevis i forhold til kravet i bokstav a.

⁵⁴ Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 117. I samme retning dom i Oslo Tingrett 2006-07-26, dommen er ikke rettskraftig. (Se kritisk artikkel av Håvard K. Sandnes i DN 21 august 2006 side 3.)

⁵⁵ Van Barligen (2005) s. 11.

⁵⁶ Jf også kravet om samarbeid etter annet ledd bokstav a omhandlet nedenfor i kapittel 2.2.5.

⁵⁷ Kun et foretak kan bli gitt hel lempning, slik det redegjøres for i neste kapittel.

Siden beviskravene i bokstav a og b er alternative, vil en anmodning om hel lempning bli vurdert etter det mindre omfattende kravet i bokstav a, når Konkurransetilsynet ikke besitter tilstrekkelige bevis verken etter bokstav a eller b. Følgelig vil hel lempning etter bokstav b være aktuelt når Konkurransetilsynet er i besittelse av nok bevis til å kreve en beslutning om bevissikring fra tingretten, men uten at bevissikring er foretatt eller hvor dette er gjort uten at det har satt tilsynet i stand til å bevise overtredelsen.

2.2.3 Det første foretaket

Hel lempning kan etter forskriftens ordlyd kun oppnås av ”det første” foretaket som fremlegger tilstrekkelig bevis for Konkurransetilsynet med anmodning om lempning. Vilkåret er sentralt for lempningsinstituttets funksjon ved at det skaper en konkurranse- og konfliktsituasjon mellom kartelldeltakerne, med den konsekvensen det har for kartellets stabilitet.⁵⁸

Spørsmålet er så hva det innebærer at det oppstilles som krav for hel lempning at foretaket er ”det første” til å fremlegge bevis. Det kan tenkes to alternativer måter å avgrense hvilket foretak som skal regnes som ”det første”. Enten ved å la det være avgjørende hvilket foretak som henvender seg til Konkurransetilsynet og begynner sin bevisfremleggelse først, eller ved å la det være avgjørende hvilket foretak som først har fremlagt ”tilstrekkelige” bevis, jf kapittel 2.2.2 ovenfor. Det fremgår av departementets høringsnotat,⁵⁹ at det er det siste alternativet som skal legges til grunn ved tolking av bestemmelsen.

Dette innebærer at Konkurransetilsynet ikke vil vurdere etterfølgende fremleggelse av bevis fra andre foretak, før den tidligere fremleggelsen er vurdert opp mot kravet til ”tilstrekkelighet”. Rekkefølgen og dermed også tidspunktet for når bevisene blir fremlagt,

⁵⁸ Se kapittel 1.4 ovenfor for en nærmere redegjørelse av begrunnelsen for dette vilkåret.

⁵⁹ Jf side 6.

vil følgelig kunne være av avgjørende betydning.⁶⁰ Når et foretaks bevisfremleggelse er funnet å oppfylle kravene i første ledd er adgangen til hel lempning utelukket for etterfølgende bevisfremleggelser fra andre foretak.⁶¹

Dersom det første foretakets bevisfremleggelse ikke anses å oppfylle kravet til tilstrekkelig bevis, vil derimot senere innkomne bevisfremleggelser fra andre foretak bli vurdert for hel lempning. Foretak som ønsker hel lempning vil dermed ha god motivasjon til å være effektive i sin prosess med å fremlegge bevis for tilsynet, siden andre foretak kan fremlegge bevis til fortrensel for tidligere bevisfremleggelser på et hvert tidspunkt frem til det tidligere foretaket har lagt frem ”tilstrekkelig” bevis etter første ledd.⁶²

Et annet tolkningsspørsmål vilkåret reiser er hvilken betydning det skal tillegges for etterfølgende anmodninger om lempning, at foretaket som prima facie kvalifiserte til hel lempning senere viser seg å ikke oppfylle samtlige nødvendig vilkår etter forskriftens § 4.

Denne situasjonen vil oppstå der Konkurransetilsynet i løpet av etterforskningen avdekker at det første foretaket som fremla tilstrekkelige bevis, har handlet i strid med ett av de tre vilkårene som oppstilles i forskriftens § 4 annet ledd.⁶³ Det aktuelle foretaket vil dermed være utelukket fra å oppnå hel lempning.

Problemstillingen blir hvilken innvirkning et slikt hendelsesforløp skal ha for foretak med senere innkomne bevisfremleggelser. Spørsmålet er om disse foretakene kan bli vurdert for

⁶⁰ Illustrerende for dette er forskriftens § 8 annet ledd hvor det er angitt at tilsynet skal gi ”en skriftlig bekreftelse med dato og klokkeslett for når anmodningen med tilhørende bevis er mottatt.” Hvorvidt et foretak vil kunne oppnå hel lempning kan satt på spissen handle om minutter i tid, med tilhørende økonomiske konsekvenser.

⁶¹ Det er nødvendigvis kun ett foretak som kan oppfylle kravet om å være først, dette er til overmål gjentatt i paragrafens tredje ledd hvor det heter at ”Kun ett foretak kan gis hel lempning...”.

⁶² Dette i motsetning til lempning med et ”marker system”, hvor det første foretaket beholder sin posisjon uavhengig av henvendelser fra andre foretak så lenge det første foretaket til syvende og sist evner å fremlegge tilstrekkelige bevis, og oppfyller de andre kravene for hel lempning. Se *EU Competition Law: Procedures and Remedies* (2006) s. 189-191.

⁶³ Se til illustrasjon faktum i Kommisjonens avgjørelse i *Raw Tobacco Italy*, hvor et foretak i etterkant av å ha blitt gitt ”conditional immunity”, informerte andre kartelldeltakere om samarbeidet med Kommisjonen og således saboterte Kommisjonens videre etterforskningsskritt mot de øvrige kartelldeltakerne. Dette var i strid med den samarbeidsplikt som oppstilles ved hel lempning. (Om dette vilkåret se kapittel 2.2.5).

hel lempning, da det første foretaket ikke vil bli gitt hel lempning. Med andre ord om det skal foretas et ”opprykk” for foretak med etterfølgende bevisfremleggelser, slik at det første blant dem som oppfyller alle vilkårene i forskriftens § 4 har krav på hel lempning.

Ordlyden i § 4 første ledd tilsier at senere innkomne bevisfremleggelser ikke kan kvalifisere til hel lempning, selv foretaket som først fremla tilstrekkelige bevis ikke vil bli gitt hel lempning. Både første ledd bokstav a og b inneholder forbeholdet ”og Konkurransetilsynet på det tidspunkt opplysningene ble fremlagt, ikke var i besittelse av tilstrekkelige bevis”. Det fremholdes at selv om det første foretaket har mistet sitt krav på hel lempning, forandres ikke det faktum at dette foretakets bevisfremleggelse ga Konkurransetilsynet besittelse av ”tilstrekkelige bevis”.⁶⁴

2.2.4 Av eget tiltak

Forskriften § 4 oppstiller som vilkår for hel lempning at fremleggelsen av bevis skjer av foretakets ”eget tiltak”. Et spørsmål som reises i redegjørelsen for innholdet av dette vilkåret, er om vilkåret kun gjelder ved hel og ikke ved delvis lempning, slik ordlyden i forskriften motsetningsvis tilsier når kravet om ”av eget tiltak” ikke er oppstilt i forskriftens § 6 om delvis lempning.

En språklig fortolkning av vilkåret ”av eget tiltak” tilsier at det må foreligge en grad av frivillighet hos foretaket. Fra det er det naturlig å slutte at foretak som fremlegger bevis under tvang ikke kan kvalifisere til hel lempning. Det innebære at bevis som tilfaller Konkurransetilsynet ved at det foretas bevissikring etter krrl § 25 eller ved at et foretak blir avkrevd opplysninger og bevis etter krrl § 24, ikke er gitt ”av eget tiltak” fra foretakets side.⁶⁵

⁶⁴ Kommisjonen har i sin avgjørelsespraksis lagt til grunn at slikt ”opprykk” ikke finner sted jf *Rubber chemicals* avsnitt 366 og *Raw tobacco Italy* avsnitt 465. Se også Van Barligen (2005) s. 13.

⁶⁵ Se også departementets høringsnotat side 6.

Et annet tolkningsspørsmål som kan reises er om vilkåret ”av eget tiltak”, stiller krav til foretakets subjektive motivasjon bak bevisfremleggelsen. Således vil for eksempel en bevisfremleggelse provosert frem av et rykte eller informasjon om at Konkurransetilsynet planlegger en etterforskning av den aktuelle overtredelsen, kunne bli vurdert i et annet lys enn hvor bevisfremleggelsen ikke er foranlediget av slike omstendigheter. (Et resonnement som vil ha paralleller til det strafferettslige konseptet om ”i gjerning vist anger” jf strl § 59 første ledd). Det fremholdes at vilkåret ”av eget tiltak” ikke fordrer en vurdering slike subjektive forhold. Lempningsregelen innebærer en byttehandel hvor myndighetene fraskriver seg retten til å gi en rimelig sanksjon for en overtredelse, mot at overtrederen gir tilstrekkelig informasjon som motytelse. Det er en utmålingsregel som innebærer et eklatant brudd med de hensyn som vanligvis blir tillagt vekt ved utmåling av sanksjoner, og hvor overtreders subjektive forhold er uten relevans. (For fullstendighetens skyld skal det nevnes at det oppstilles et unntak hvor foretakets subjektive skyld tillegges vekt i forhold til om hel lempning gis. Foretak som har ”søkt å tvinge andre” til å delta i overtredelsen innrømmes ikke hel lempning, jf kapittel 2.2.7 nedenfor.)

Spørsmålet er så om innholdet av vilkåret ”av eget tiltak”, slik det er utlagt ovenfor, kun gjelder ved hel og ikke ved delvis lempning slik ordlyden i forskriften kan tilsi når vilkåret utelates i § 6 om delvis lempning. Problemstillingen blir om vilkåret innebærer noe mer enn hva som allerede følger av krrl § 31, hva gjelder forholdet til tvangsmiddelene i krrl §§ 24 og 25.

Etter ordlyden i krrl § 31 første ledd fordrer lempning at foretaket har ”bistått konkurransemyndighetene” med oppklaring av overtredelsen. For at et foretak kan sies å bistå konkurransemyndighetene må det foreligge et element av frivillig samarbeid fra det aktuelle foretakets side, som typisk må avgrenses mot informasjon fremkommet under tvang med hjemmel i krrl §§ 24 og 25.

Formålet med lempningsregelen er at konkurransemyndighetene skal kunne belønne samarbeid fra foretak som gir informasjon og bevis tilsynet ellers ikke ville ha fått ta del av, og dermed lette tilsynets arbeid med å avdekke og sanksjonere overtredelser. Det vil ikke gi mening ut fra dette formål dersom et foretak skulle kunne bli innrømmet hel lempning på grunnlag av informasjon Konkurransetilsynet har innhentet med hjemmel i krrl §§ 24 og 25. Behovet for å motivere foretak til å fremlegge bevis, ved hjelp av

belønning i form av lempning, gjør seg klart nok ikke gjeldende der den ønskede ”medvirkningen” oppnås ved hjelp av tvangsmidler.

Vilkåret ”av eget tiltak” i forskriftens § 4 kan etter dette ikke sees å tilfører noe mer enn hva som allerede følger av krrl § 31, hva gjelder forholdet til tvangsmiddelene i krrl §§ 24 og 25. Det som følger av ordlyden og formålet til krrl § 31, vil også gjøre seg gjeldende ved delvis lempning etter forskriftens § 6. Lempningsinstituttet må derfor i sin helhet avgrenses mot tilfeller hvor konkurransetilsynet gjør bruk av tvangsmiddelene i krrl §§ 24 og 25 og foretak gir informasjon og utleverer bevis som følge en lovpålagt plikt.⁶⁶

Dette inviterer til å reise spørsmålet om vilkåret, ”av eget tiltak”, er ment å tilføre noe annet, som gjør terskelen for hel lempning etter § 4 høyere enn terskelen for delvis lempning etter § 6.

En mulig tolkning er at adgangen til hel lempning er avskåret fra det tidspunkt konkurransemyndighetene igangsetter en etterforskning av den aktuelle overtredelsen, og at det fra dette tidspunkt bare er aktuelt med delvis lempning.

Dette ville være i samsvar med praksis fra EF domstolen under Kommisjonens 1996 kunngjøring om lempning, hvor hel lempning ikke var tilgjengelig etter at Kommisjonen hadde iverksatt etterforskning.⁶⁷ En tilsvarende avgrensning følger ikke av Kommisjonens 2002 kunngjøring, som utgjør mønster for den norske lempningsforskriften.

Det fremsettes at en tolkning av forskriften slik at hel lempning ikke gis foretak etter at konkurransemyndighetene har igangsatt etterforskning ikke kan medføre riktighet. At hel lempning også er tilgjengelig på dette tidspunkt går klart frem når man ser hen til forskriftens § 4 første ledd bokstav b, som åpner for hel lempning også etter at konkurransemyndighetene har foretatt bevissikring, noe som nødvendigvis innebærer at

⁶⁶ En plikt som dessuten er sanksjonert med straff etter § 30, og for § 24 sitt vedkommende med tvangsmulkt etter § 28.

⁶⁷ Leniency notice 1996 avsnitt B (a): ” informs the Commission about a secret cartel *before* the Commission has undertaken an *investigation* ...”. (Mine uth.)

etterforskning er igangsatt. Følgelig er hel lempning etter forskriftens § 4 tilgjengelig også etter at etterforskning er igangsatt.⁶⁸ Foretaket kan også på dette tidspunkt i prosessen ”av eget tiltak” fremlegge bevis som kvalifiserer til hel lempning.

Kravet om at foretaket må ha fremlagt bevis ”av eget tiltak” innebærer en avgrensning mot bevis Konkurransetilsynet har innhentet ved hjelp av hjemlene i krrl §§ 24 og 25. En avgrensning som også følger av krrl § 31. Bevis Konkurransetilsynet tar besittelse av ved bruk av etterforskningsskritt hjemlet i de nevnte bestemmelsen, er ikke relevante ved vurdering av om og hvor mye lempning som skal gis. Denne avgrensningen vil også ha gyldighet i forhold til delvis lempning.

2.2.5 Samarbeidsplikt

Det oppstilles som vilkår for hel lempning i forskriftens § 4 annet ledd bokstav a at det aktuelle foretaket ”samarbeider fullt ut” med Konkurransetilsynet. Begrunnelsen for samarbeidsplikten ligger i at foretaket skal være tvunget til å bidra lojalt til Konkurransetilsynets etterforskning av overtredelsen. I redegjørelsen for innholdet av dette vilkåret vil en sentral problemstilling være hva samarbeidsplikten krever av foretaket, som anmoder om lempning, i forhold til hvordan det forholder seg til de andre kartelldeltakerne i tiden etter at anmodning om lempning er gitt.

En viktig side av samarbeidsplikten, som fremgår direkte av ordlyden i bestemmelsen, er at foretaket må gi Konkurransetilsynet alle bevis og all informasjon det besitter om det

⁶⁸ Se departementets høringsnotat på side 4. (Ritter (2004) ser ut å legge et motsatt syn til grunn når det gjelder det samme spørsmålet etter EF-retten, slik at hel lempning (immunity) ikke er tilgjengelig etter at etterforskning er igangsatt, jf s. 1137: ”The Commission must be unaware of the alleged cartel ...”. Det fremholdes at dette må bero på en inkurie i den aktuelle boken.)

aktuelle kartellsamarbeidet og at det besvarer enhver henvendelse fra tilsynet.⁶⁹ I dette må det også ligge at foretaket stiller ledere og ansatt tilgjengelig for tilsynet, og at de instruerer personale til å lojalt følge opp henvendelser der det er nødvendig.⁷⁰

Et tokningsspørsmål vilkåret reiser er hvordan samarbeidsplikten er avgrenset i tid. Etter ordlyden i forskriften plikter foretaket å samarbeide med tilsynet ”under hele Konkurransetilsynets saksbehandling”. Det er naturlig å forstå det slik at med ”saksbehandlingen” menes ikke bare saken mot foretaket som anmoder om hel lempning, men også de saker tilsynet fører mot andre foretak i det samme kartellsamarbeidet. Saksbehandlingen vil være avsluttet når endelige vedtak om overtredelsesgebyr er fattet.

Etterfølgende rettssaker, hvor et foretak saksøker tilsynet for å få en rettslig prøvelse av sitt vedtak,⁷¹ kan vanskelig betegnes som å tilhøre Konkurransetilsynets ”saksbehandling”. Det kan formodentlig derfor ikke kreves med grunnlag i samarbeidsplikten at foretaket som er gitt hel lempning, vitner mot de andre kartelldeltakerne i slike rettssaker.

Spørsmålet er så hva samarbeidsplikten fordrer av foretaket i forhold til hvordan det forholder seg til de øvrige kartelldeltakerne under Konkurransetilsynets etterforskning.

Det fremstår som klart at kravet om lojalt samarbeid fra foretakets side innebærer at foretaket må avstå fra å opplyse andre kartelldeltakerer om samarbeidet med Konkurransetilsynet. Dette følger av formålet med lempningsinstituttet som er å underlette

⁶⁹ Se også C-189/02 Dansk Rørindustri AS v Kommisjonen avsnitt 395 og 397. I dommen slo EFD fast at lempning, det være seg hel eller delvis, bare kan finne sted når det aktuelle foretaket har utvist ”genuine cooperation”. Det vil blant annet innebære at lempning ikke er aktuelt hvis foretakets bevisfremleggelse er ufullstendig og inneholder feilaktigheter.

⁷⁰ Det kan tenkes tilfeller hvor enkelte individ er motvillig til et slikt samarbeide på grunn av eventuell egen eksponering for strafferettslig forfølgelse. Det antas at kravet til samarbeid fra foretakets side bare i begrenset grad kan fordre press på slike individer til å yte bistand til tilsynet. Dersom motvillighet hos en ansatt derimot skyldes personlige lojalitetsbånd til medsamsvorne i andre foretak i kartellet, er det større grunn til å kreve at ledelsen bruker sin instruksjonsmyndighet til å kreve at vedkommende ansatt yter nødvendig bistand til tilsynet.

⁷¹ Krrl § 29 fjerde ledd.

Konkurransetilsynets arbeid med å avdekke og sanksjonere overtredelser av konkurranselovens kartellforbud.⁷²

Dersom foretaket som oppsøker Konkurransetilsynet med et krav om hel lempning, informerer de andre kartelldeltakerne om dette, vil det kunne vanskeliggjøre tilsynets arbeid. De øvrige kartellmedlemmene vil bli gitt tid og mulighet til å fjerne eller manipulere dokumenter og andre bevis de er i besittelse av. Særlig skadelig vil det være hvor hel lempning er krevd med grunnlag i § 4 første ledd bokstav a. Formålet bak å gi hel lempning på grunnlag av bevisfremleggelse etter første ledd bokstav a, er nettopp at Konkurransetilsynet blir i stand til selv å ta besittelse av bevis hos de andre kartelldeltakerne ved hjelp av tvangsmidler. Det vil være stor fare for at en bevissikring mister mye av sitt potensial til å avdekke bevis når de aktuelle foretakene er blitt advart.

Videre kan det spørres om Konkurransetilsynet på grunnlag av samarbeidsplikten kan kreve at foretaket fortsetter sin deltakelse i kartellet, etter at anmodning om hel lempning er gitt. Ved å pålegge foretaket en slik oppgave, vil Konkurransetilsynet for det første kunne forsikre seg om at de øvrige kartelldeltakerne ikke har grunn til å mistenke at det foreligger et samarbeid mellom det aktuelle foretaket og tilsynet. Dessuten vil foretaket i en slik situasjon fungere som en informant for tilsynet på senere kartellmøter, noe som også vil kunne være av verdi for tilsynets etterforskning.

Forskriftens § 4 annet ledd bokstav b åpner for at Konkurransetilsynet kan ”anmode” foretaket om en slik fortsatt deltakelse i kartellet. Ordlyden tilsier at tilsynet ikke har anledning til å kreve at foretaket fortsetter aktivt med kartellvirksomheten for derigjennom å villedde de andre kartellmedlemmene om sin kontakt med tilsynet.

Det er derimot adgang for tilsynet til å anmode foretaket om påta seg en slik rolle,⁷³ og som beskrevet ovenfor inkluderer plikten til samarbeid i alle tilfelle at foretaket avstår fra å aktivt informere de andre kartellmedlemmene om tilsynets etterforskning.

⁷² Det er også lagt til grunn av Kommisjonen i *Raw Tobacco Italy*. Se avgjørelsens avsnitt 432, 433, 436.

2.2.6 Plikt til å innstille overtredelsen

Det er et vilkår for hel lempning at foretaket ”opphører med deltakelsen i overtredelsen senest på det tidspunkt det fremlegger bevis” jf forskriftens § 4 annet ledd bokstav b. Et fravær av dette kravet i forskriften ville medført at lempningsinstituttet ga amnesti for fremtidig rettsstridig adferd. Vilkåret begrenser således lempningsinstituttets virkeområde i tid, til lovbrudd som allerede forelå på det tidspunkt foretaket anmodet om lempning.

I prinsippet er det en viss grad av spenning mellom samarbeidsplikten i annet ledd bokstav a, og kravet i bokstav b om at foretaket må opphøre sin deltakelse i kartellet.

Kravet til samarbeid fordrer som forklart ovenfor i kapittel 2.2.5 at foretaket ikke avslører sitt samarbeid med Konkurransetilsynet overfor de øvrige kartelldeltakerne. Hemmelighold av samarbeidet med tilsynet vil kunne være vanskelig å kombinere med en plikt til straks å tre ut av kartellet. Dersom det er et nært forestående møte mellom kartelldeltakerne og tilsynet ikke er i stand til å iverksette bevissikring før den tid, vil en uannonsert uteblivelse fra foretakets side være en god indikator for de andre kartelldeltakerne på at foretaket har inngått et samarbeid med Konkurransetilsynet. I en slik situasjon kan ikke foretaket på en og samme tid oppfylle et krav om straks å gå ut av kartellet, og samtidig bidra til at samarbeidet med tilsynet forblir skjult for de øvrige kartelldeltakerne. Det siste vil nettopp fordre at foretaket deltar i kartellmøtet.

Aveiningen mellom disse to hensyn finner sin løsning i ordlyden i annet ledd bokstav b hvor det heter at foretaket plikter å opphøre sin deltakelse i kartellet ”med mindre Konkurransetilsynet har anmodet om noe annet”. Kravet til at foretaket må opphøre sin kartelldeltakelse står med andre ord tilbake for vilkåret om fullt samarbeid når tilsynet

⁷³ Der et foretak deltar i et kartell som følge av en slik anmodning vil det kunne reise problemstillinger i forhold til ”bevis-provokasjon” og i forhold til erstatningsbetingende tap kunder påføres i denne perioden. Disse problemstillingene er ikke direkte relevant i forhold til lempning og det rekkes for langt å vurdere dem i denne sammenheng.

finner det hensiktsmessig. Der det ikke foreligger en slik anmodning vil en fortsatt deltakelse i kartellet være et brudd med vilkårene for hel lempning.⁷⁴

2.2.7 Søkt å tvinge andre

Etter forskriften er hel lempning i utgangspunktet aktuelt for enhver kartelldeltaker uavhengig av hvor sentralt eller perifert foretaket har vært i det ulovlige samarbeidet. Det oppstilles likevel et vilkår som utelukker foretak som har ”søkt å tvinge andre foretak til å delta i overtredelsen” jf § 4 annet ledd bokstav c, fra å oppnå hel lempning. Vilkåret har sin bakgrunn i at det i visse tilfeller anses støtende å gi hel lempning, på grunn av overtredelsens grovhet fra det aktuelle foretakets side.

Spørsmålet er så hva det innebærer at et foretak har ”søkt å tvinge andre foretak til å delta i overtredelsen”, og dermed er diskvalifisert fra hel lempning.

Etter ordlyden er det tilstrekkelig at foretaket har ”søkt” å tvinge andre til å delta i overtredelsen. Dette innebærer at et foretak har handlet i strid med dette vilkåret også når det ikke har lyktes med å tvinge andre foretak til å delta i overtredelsen. Forsøket vil i seg selv være nok til at vilkåret i annet ledd bokstav c ikke er overholdt.⁷⁵

Et spørsmål ordlyden i bestemmelsen reiser er om ”søkt å tvinge andre til å delta” kun refererer til tilfeller hvor foretak har forsøkt å rekruttere nye medlemmer til kartellet, eller om tilfeller hvor et foretak har søkt å hindre allerede eksisterende medlemmer fra å bryte ut av kartellet også er omfattet. En språklig fortolkning gir ingen holdepunkter for å anta at bestemmelsen ikke er ment å dekke også tilfeller hvor et foretak tvinger andre foretak til

⁷⁴ Til illustrasjon vises det til “Stolt-Nielsen saken” som verserer i mediene, hvor et norsk rederi anmodet om og ble gitt ”immunity” (hel lempning) men hvor DoJ i løpet av etterforskningen kom frem til at rederiet ikke umiddelbart hadde innstilt sine overtredelser. DoJ trakk på (blant annet) dette grunnlag ”immunity” tilbake, og har nå tiltalt rederiet for kartellvirksomhet.

⁷⁵ Jf høringsnotatet side 7.

fortsatt deltakelse. Det kan heller ikke sees andre momenter som tilsier at det bør skilles mellom disse to tilfellene. Selv om løsningen ikke fremstår som sikker fremsettes det at begge tilfeller vil representere et brudd på det oppstilte vilkåret.

Det neste tolknings spørsmål som må behandles er hva ”tvang” eller forsøk på tvang fra foretakets side innebærer.

Tilfeller som klart nok fanges opp av ordlyden er hvor foretaket har gjort bruk av vold eller trusler om vold for å tvinge andre foretak til å delta i kartellsamarbeidet.

Det kan videre ikke utelukkes at sterkt økonomisk press kan innebære tvang etter bestemmelsen. Et slikt press kan for eksempel bestå av en trussel om rov-prising⁷⁶ fra kartellets side som straff dersom et foretak velger å ikke delta i kartellsamarbeidet. Når kartellet har en dominerende stilling på det relevante markedet vil effektivisering av en slik trussel i ytterste konsekvens innebære fare for konkurs hos det mindre foretaket som motsetter seg å delta i kartellet.⁷⁷ Her er det naturlig å se det slik at det er ”søkt å tvinge” vedkommende foretak til å delta i overtredelsen.

Kommisjonens avgjørelse i ”*Pre-insulated pipes*”⁷⁸ er illustrerende for hva slags tvang et kartell kan ta i bruk overfor en konkurrent som motsetter seg deltakelse i kartellet. Foretaket Powerpipe AB ble gitt valget mellom enten å delta i det rådende kartellet, eller bli utsatt for en kampanje fra kartellet dersom det fortsatte å operere som en uavhengig aktør på markedet. Da Powerpipe fortsatte sin virksomhet uavhengig av kartellet, tok kartellet i bruk en rekke virkemiddel for å presse Powerpipe av markedet. Blant annet presset kartellet leverandører Powerpipe var avhengig av, til ikke å levere eller til å leverer for sent på Powerpipes bestillinger. Dessuten gikk kartellet inn for å boikotte kunder som benyttet seg av Powerpipe som leverandør i sine prosjekter.

⁷⁶ En adferd som også vil innebære overtredelse av konkurranseloven § 11.

⁷⁷ Se faktum i C-395/96 *Compagnie maritime belge transports SA* til illustrasjon. Her misbrukte kartellet, som hadde en markedsandel på 90%, sin kollektivt dominerende stilling til å føre en rov-pris kampanje (ved bruk av ”fighting ships”) mot den eneste konkurrenten som opererte utenfor kartellet.

⁷⁸ Avsnitt 90 flg.

Tilfeller som derimot ikke kan karakteriseres som tvang er der hvor et kartellmedlem oppfordrer eller overtaler andre foretak til å delta i kartellsamarbeidet uten at det forekommer den type press som er beskrevet ovenfor. Vilkåret vil dermed ikke ekskludere pådrivere eller initiativtagere til kartellet fra å kunne oppnå hel lempning.

Etter Kommisjonens kunngjøring fra 1996 kunne ikke kartellets ringleader/hovedmann gis hel lempning.⁷⁹ I Kommisjonens kunngjøring fra 2002, som har fungert som mønster for lempningsforskriften, ønsket man en klarere og snevrere avgrensning av de tilfeller hvor hel lempning er utelukket som følge av foretakets tidligere adferd i kartellet.⁸⁰ Bakgrunnen for denne endringen var at Kommisjonen erfarte at kriteriet i 1996 kunngjøringen skapte tolkningsproblemer og usikkerhet som svekket forutberegnligheten og effektiviteten til lempningsinstituttet.

Gode grunner taler for at terskelen for når et foretak blir diskvalifisert fra hel lempning etter dette vilkåret, bør settes relativt høyt.⁸¹ Dersom bestemmelsen blir gitt en vid tolking vil det svekke lempningsinstituttets effektivitet ved at antall foretak som er ekskludert fra å kunne kreve hel lempning blir tilsvarende høyt. Hensynet til lempningsregelens effektivitet taler derfor for å gi vilkåret en snever tolkning.

Det kan settes spørsmålsteget ved hvor hensiktsmessig det er å avgrense adgangen til hel lempning på denne måten. For det første svekkes effektiviteten til lempningsinstituttet i og med at færre foretak kan kreve hel lempning. Særlig problematisk er det at når kartellet øver press mot en uavhengig aktør med det formål å få foretaket til å delta i kartellet, vil det innebære at samtlige kartelldeltakere har handlet i strid med dette vilkåret uavhengig om den enkelte deltar aktivt, jf T-23/99 LR af 1998 A/S v Kommisjonen avsnitt 157-159. I slike tilfeller vil lempningsinstituttet trolig miste mye av sin effekt overfor det aktuelle kartellet, siden hel lempning er en forutsetning for å provosere frem den første "avhopperen" som varsler myndighetene. For det andre reiser også dette kriteriet tolkingsspørsmål, som redegjørelsen ovenfor viser. Sist men ikke minst kan det innvendes at selve avgrensningen er malplassert siden lempningsinstituttet i seg selv er kontroversielt og siden det nok alltid vil kunne oppfattes som støtende når lovbrøtere slipper sanksjoner som belønning for å "tyste"

⁷⁹ 1996 Leniency Notice section B (e), hvor følgende var vilkår for hel lempning: "has not compelled another enterprise to take part in the cartel and has not acted as an instigator or played a determining role in the illegal activity".

⁸⁰ Jf 2002 Leniency Notice section 11 (c): "...did not take steps to coerce other undertakings to participate...".

⁸¹ Kerse & Khan (2005) s. 420.

på medsammensvorne. Samtlige kartelldeltakere er per definisjon skyldig i grov økonomisk kriminalitet. Det er vanskelig å se at begrunnelsen for lempningsinstituttet strekker seg til å dekke alle overtredere med unntak av foretak som har søkt å tvinge andre til å delta.⁸² Det må i denne sammenheng påpekes at der hvor tvangen er tilstrekkelig grov vil den i seg selv innebære et lovbrudd som lempningsinstituttet ikke kommer til anvendelse på.

Det skal likevel ikke underslås at lempningsregler i andre jurisdiksjoner og i EF/EØS-retten inneholder samme regel og at det kan konstateres konsensus i juridisk teori om at denne regelen er ønskelig og hensiktsmessig.⁸³

Der hvor et foretak ikke fyller disse seks kumulative vilkårene for hel lempning, vil foretaket stå fritt til å kreve delvis lempning som vil bli behandlet i det følgende.

⁸² Et foretak som har rollen som initiativtager til kartellet og slik sett fremstår som “hovedmannen” i overtredelsen vil for eksempel ikke være utelukket fra hel lempning.

⁸³ Se kritikk i motsatt retning Geradin (2005) s. 18. Her fremholdes det at et foretak kan være initiativtager til kartellet og overtale andre til å delta uten å komme i konflikt med dette vilkåret, slik at det deretter kan snu seg rundt og varsle myndighetene for på den måten å skade konkurrentene og selv gå fri. Etter det videre vilkåret i Kommisjonens 1996 kunngjøring var det ikke mulig siden “ring leader”/hovedmannen i et kartell ikke kunne oppnå hel lempning.

2.3 Vilkår for delvis lempning av overtredelsesgebyr

2.3.1 Innledning

Etter forskriften § 6 har foretak krav på delvis lempning av overtredelsesgebyr når to vilkår er innfridd. Foretaket må fremlegge *bevis som vesentlig styrker* Konkurransetilsynets arbeid med å avdekke og sanksjonere overtredelser av krrl § 10 og dessuten må foretaket *opphøre med overtredelsen* fra det tidspunkt anmodningen om lempning fremsettes og bevisene fremlegges for tilsynet. Til forskjell fra hel lempning, som kun ett foretak kan oppnå, kan samtlige kartelldeltakere i prinsippet oppnå delvis lempning.

Nedenfor vil det i kapittel 2.3.2 redegjøres for kravet til bevisfremleggelsens innhold ved anmodning om delvis lempning. Deretter vil kapittel 2.3.3 problematisere det forhold at foretak i sin bevisfremleggelse ved delvis lempning ikke er underlagt den samme plikten til å samarbeide fullt ut som gjelder ved hel lempning. Hva gjelder forskriftens § 6 bokstav b hvor det oppstilles som vilkår for delvis lempning at foretaket opphører overtredelsen, vises det til fremstillingen i kapittel 2.2.6 hvor det tilsvarende kravet for hel lempning er behandlet.⁸⁴

2.3.2 Krav til bevisfremleggelsen

Forskriften § 6 bokstav a oppstiller som vilkår for delvis lempning at foretaket fremlegger ”bevis som vesentlig styrker Konkurransetilsynets muligheter til å bevise en overtredelse av konkurranseloven § 10”. Av ordlyden fremgår det at vurderingen av om bevisfremleggelsen rekker til å være ”vesentlig” etter bestemmelsen, avhenger av i hvilken

⁸⁴ Det er likevel den forskjell at Konkurransetilsynet etter ordlyden i § 6 bokstav b ikke har anledning til å anmode foretaket om fortsatt deltakelse i kartellet, slik tilfellet er i § 4 annet ledd bokstav b.

grad fremleggelsen konkret påvirker Konkurransetilsynets ”muligheter” til å avdekke overtredelsen.

Bevismaterialets styrke i seg selv til å bevise overtredelsen blir dermed ikke det sentrale i denne vurderingen, det sentrale er hvilken *tilleggsverdi* bevisfremleggelsen har for tilsynet sett i forhold til de bevis det allerede besitter. Det er denne merverdien i forhold til det øvrige bevisbildet som må være ”vesentlig” for at kravet til bevisfremleggelse etter bestemmelsen skal være oppfylt.

Følgelig vil det være slik at desto tidligere i Konkurransetilsynets etterforskning foretaket fremlegger sine bevis, desto mindre krevende vil det være å oppfylle vesentlighetskravet. Særlig viktig vil tidspunktet for bevisfremleggelsen være der også andre foretak anmoder om delvis lempning. Her vil det kunne spille en stor rolle for vesentlighetskravets innhold hvilken plass i rekken foretakets bevisfremleggelse har. Dette fordi tidligere bevisfremleggelser fra andre foretak styrker den bevismessige situasjonen til Konkurransetilsynet, noe som igjen vil øke kravet til en senere bevisfremleggelses innhold for at dennes tilleggsverdi skal rekke til å være vesentlig.⁸⁵

Kommisjonen har påpekt at utgangspunktet er at det bare er der bevisfremleggelsen i forbindelse med anmodning om hel lempning inneholder svakheter og mangler at det er rom for delvis lempning.⁸⁶ Det innebærer at bevisfremleggelsen til et foretak som anmoder om delvis lempning enten må inneholde fakta Konkurransetilsynet ikke kjente til, eller at bevisfremleggelsen dekker forhold tilsynet kjente til men ikke betraktet som bevist i den grad som fordres før vedtak om overtredelsesgebyr kan fattes.⁸⁷

⁸⁵ Det vil også kunne være av betydning om det er blitt gitt hel lempning til et annet foretak på grunnlag av en bevisfremleggelse etter § 4 første ledd bokstav a eller det mer omfattende beviskravet i bokstav b.

⁸⁶ *Rubber chemicals* avsnitt 355.

⁸⁷ For fullstendighetens skyld påpekes at det kan se ut til at Kommisjonen ved delvis lempning setter en lavere terskel for kravet til bevisfremleggelses innhold der foretaket er en mer perifer kartelldeltaker som er sporadisk involvert i kartellet jf *Rubber chemicals* avsnitt 377. Denne tolkningspraksis fra Kommisjonens side kan verken sees å ha noen solid forankring i bestemmelsens ordlyd eller formål. Der et foretak ikke er i stand til å fremlegge bevis som vesentlig styrker Konkurransetilsynet i sitt arbeid med det aktuelle kartellsamarbeidet er det ingen grunn til å belønne foretaket med en lempning av sanksjoner, selv når dette skyldes foretakets begrensede deltakelse i overtredelsen.

Selv om vurderingen av bevisfremleggelsens verdi i forhold til vesentlighetskravet i § 6 bokstav a alltid er relativ sett i forhold til det øvrige bevisbildet, vil den objektive karakteren til bevismidlene kunne være av betydning i denne vurderingen. Bevis bestående av samtidige dokumenter fra tidsrommet kartellet opererte vil generelt ha større verdi enn bevis foretaket fremlegger i form av redegjørelser til Konkurransetilsynet under etterforskningen. Dessuten vil det ha betydning hvor direkte slike dokumentbevis avdekker kartellsamarbeidet. Et dokument som refererer innholdet av et kartellmøte vil for eksempel ha større verdi enn mer indirekte bevis bestående av kvitteringer tilknyttet et slikt møte som kan være med på å angi hvor og når kartellmøter har funnet sted.⁸⁸

Det er i juridisk teori⁸⁹ påpekt at man i et typetilfelle ganske klart kan identifisere når dette kravet til vesentlig merverdi etter § 6 bokstav a må anses som oppfylt. Situasjonen man tenker på er der hvor det er blitt gitt hel lempning på grunnlag av forskriftens § 4 bokstav a, men hvor Konkurransetilsynet på tross av denne bevisfremleggelsen og påfølgende bevissikringer ikke er i stand til å bevise overtredelsen. I dette scenarioet må en etterfølgende bevisfremleggelse som setter tilsynet i stand til å bevise overtredelsen, nødvendigvis anses å oppfylle kravet i § 6 bokstav a.

Det fremgår at de materielle vilkårene for både hel og delvis lempning lar det være avgjørende hvilket tidspunkt foretaket anmoder om lempning og fremlegger bevis. Ved hel lempning er det klart, her er foretaket enten først eller så er hel lempning utelukket. Men også ved delvis lempning kan det, som fremstillingen har vist, være av avgjørende betydning hvilket tidspunkt man fremlegger bevis og anmoder om lempning. Dette viser hvordan de materielle vilkårene for lempning, både hel og delvis, skape en dynamikk hvor kartelldeltakere blir satt opp mot hverandre i en konkurranse om å være først med å fremlegge bevis for overtredelsen til Konkurransetilsynet.

⁸⁸ Jf departementets høringsnotat side 8. Sml. Kommisjonens 2002 Leniency Notice avsnitt 22.

⁸⁹ Van Barligen (2005) s. 13.

2.3.3 Faren for selektiv bevisfremleggelse

Spørsmålet som reises i dette kapittelet er hvorvidt forskriftens regler for delvis lempning skaper en fare for at foretak vil velge å utelate enkelte elementer i sin bevisfremleggelse, med den følge at Konkurransetilsynets etterforskning kan bli skadelidende.

Problemstillingen oppstår som en konsekvens av at foretak ved delvis lempning ikke har noen plikt til fullt ut å samarbeide med Konkurransetilsynet, i motsetning til hva tilfellet er ved hel lempning.⁹⁰ Foretak kan derfor ved delvis lempning vurdere om det vil være formålstjenlig å være selektiv med de bevis de legger frem for tilsynet, så lenge foretaket er trygg på at det oppfyller det minimumskrav til bevisfremleggelsens innhold som forskriften § 6 bokstav a oppstiller.⁹¹

Der et foretak fremlegger bevis angående faktum som direkte påvirker bedømmelsen av overtredelsens grovhet og varighet, vil det resultere i at utmålingen av overtredelsesgebyret før lempning øker jf krrl § 29 tredje ledd. Denne økningen i overtredelsesgebyrets størrelse etter § 29, vil i visse tilfeller kunne utgjøre et større beløp enn den gevinst foretaket oppnår ved fastsettelse av lempningens størrelse etter forskriftens § 7 annet ledd.⁹² I en gitt situasjon vil derfor foretak kunne se det som opportunt å være selektiv i sin bevisfremleggelse, ved å holde tilbake denne typen bevis, med den konsekvens det har for Konkurransetilsynets etterforskning.

Det kan for eksempel tenkes at foretaket besitter dokumentbevis som viser at kartellsamarbeidet går fem år lenger tilbake i tid enn de tre årene Konkurransetilsynet kjenner til. Her vil ikke foretaket ha insentiver til å fremlegge dette dokumentet, siden det er grunn til å anta at det vil ha betydelig innvirkning på fastsettelsen av gebyrets størrelse før lempning jf krrl § 29.

⁹⁰ Jf kapittel 2.2.5.

⁹¹ "... fremlegger bevis som vesentlig styrker Konkurransetilsynets muligheter til å bevise en overtredelse av konkurranseloven § 10".

⁹² Se kapittel 2.4 nedenfor.

Av Kommisjonens kunngjøring⁹³ fremgår det at de bevis et foretak fremlegger ved anmodning om delvis lempning, ikke vil bli brukt mot det aktuelle foretaket der bevisene gjelder faktum som til da var ukjent for Kommisjonen og som direkte påvirker bedømmelsen av overtredelsens grovhet og varighet. I EF-retten vil det derfor fremstå som rasjonelt å fremlegge også slike bevis, siden det kun vil øke utmålingen overfor de andre kartelldeltakerne samtidig som foretaket oppnår gevinsten av høyere lempning (jf forskriftens § 7 annet ledd).

Fremstillingen viser at lempningsforskriftens vilkår skaper en viss fare for at foretak ved anmodning om delvis lempning i gitte situasjoner vil være tilbakeholdne med å fremlegge visse typer bevis, med den følge at Konkurransetilsynets etterforskning står i fare for å bli skadelidende.

Det er derfor grunn til å sette spørsmålstegn ved valget av ikke å innføre en regel i forskriften tilsvarende den som er oppstilt i Kommisjonens kunngjøring.⁹⁴ Alternativt burde den svakhet som fraværet av denne regelen skaper, avbøtes ved at det oppstilles en plikt til å samarbeide fullt ut med Konkurransetilsynet ved delvis lempning slik tilfellet er ved hel lempning.⁹⁵

⁹³ Avsnitt 23 i.f.

⁹⁴ Det finnes ingen avgjørelsespraksis i EF-retten som belyser hvilken verdi denne regelen har, men det er vanskelig å se at det norske lempningsinstituttet hadde blitt svekket dersom en tilsvarende regel hadde blitt innført også i norsk rett.

⁹⁵ En plikt til å samarbeide fullt ut ved anmodning om delvis lempning er også inntatt i Kommisjonens forslag til "amended 2002 Leniency Notice" (Draft Commission Notice) avsnitt 24. EFD har riktignok innfortolket et krav om "genuine cooperation" for lempning, jf C-189/02 Dansk Rørindustri AS v Kommisjonen avsnitt 395 og 397. Selv om dette kravet også gjelder ved delvis lempning er det ikke dermed sagt at det har samme innhold og omfang som ved hel lempning. Det kan derfor ikke ved en anmodning om delvis lempning etter forskriften oppstilles en "plikt til å samarbeide fullt ut" og "herunder opplyser om alle bevis som det kjenner til" for foretak slik tilfellet er ved hel lempning, og dermed oppstår den omtalte faren for selektiv bevisfremleggelse.

2.4 Fastsettelse av lempningens størrelse ved delvis lempning

Foretak som anmoder om delvis lempning kan oppnå en reduksjon av overtredelsesgebyret på inntil 50 prosent, dette fremgår av forskriftens § 7 som også inneholder regler for den nærmere fastsettelsen av lempningsprosenten. Fastsettelsen av lempningens størrelse skjer i to trinn.

Først skal foretakets krav på lempning plasseres innenfor et av tre alternative reduksjons ”nivå” jf første ledd bokstav a til c. Første nivå (bokstav a) er fra 30 til 50 prosent, andre nivå (bokstav b) er fra 20 til 30 prosent og tredje og siste nivå (bokstav c) er på inntil 20 prosent reduksjon. Hvilket av disse tre nivåene et foretaks krav om delvis lempning plasseres i avhenger av hvilken plass i rekken av anmodninger om delvis lempning foretaket har. Således vil den første og andre anmodningen om delvis lempning plasseres i henholdsvis første og andre nivå, mens den tredje og alle andre etterfølgende anmodninger plasseres i det tredje nivået.⁹⁶

Dernest skal den endelige lempningsprosenten innenfor det aktuelle nivået fastsettes. Bestemmelsens annet ledd angir tre momenter som skal legges til grunn for denne vurderingen. Det skal tas hensyn til hvor ”tidlig” bevisene ble fremlagt, ”styrken” i denne bevisfremleggelsen og til det ”samarbeidet” foretaket har utvist overfor Konkurransetilsynet. Etter forskriftens egne merknader er ikke denne oppstillingen ment å være uttømmende i forhold til hva som er relevante momenter i denne vurderingen.

Tidspunktet for bevisfremleggelsen har, som det fremgår, betydning både i forhold til paragrafens første og annet ledd, selv om de to vurderingene har et noe ulikt innhold. Etter annet ledd er vurderingen av tidsmomentet sett i forhold til hvor langt i etterforskningen

⁹⁶ Det vil på samme måte som ved hel lempning, jf kapittel 2.2.2, ikke være avgjørende hvilket foretak som anmoder om lempning og starter sin bevisfremleggelse først. Det avgjørende er hvem som oppfyller kravet til bevisfremleggelsens innhold i § 6 bokstav a først. Dette skjæringspunktet bestemmer hvilket av de tre alternative lempningsnivåene i § 7 som kommer til anvendelse overfor det enkelte foretak.

Konkurransetilsynet har kommet, i motsetning til etter første ledd hvor tidsmomentet kun har betydning i forhold til tidspunktet for andre foretaks bevisfremleggelser.

Det finnes få holdepunkter for å angi hva som vil regnes som tidlig eller sent i forhold til den utpregede skjønnsmessige vurderingen i annet ledd, men Kommisjonen har betegnet den første måneden i etterforskningsprosessen som svært tidlig⁹⁷ mens halvannet år er blitt betegnet som relativt sent⁹⁸, med den begrensede veiledning dette gir.

Når det gjelder vurderingen av bevisenes styrke vil mange av de samme synspunktene som gjorde seg gjeldende i forhold til vurderingen av bevisene etter forskriftens § 6 bokstav a også ha gyldighet her, jf det som er skrevet ovenfor om betydningen av bevisenes objektive karakter⁹⁹. Det er likevel den forskjell at vurderingen av bevisenes styrke ikke er koblet opp mot de bevis Konkurransetilsynet allerede besitter, slik tilfellet er i vurderingen av om bevisfremleggelsen har en vesentlig tileggsverdi etter § 6. I § 7 annet ledd er spørsmålet hvilken styrke det fremlagte bevismaterialet isolert sett har til å bevise overtredelsen, uavhengig av det øvrige bevisbildet.

Det siste vurderingsmomentet § 7 annet ledd oppstiller er hvilken grad av samarbeid foretaket har utvist overfor Konkurransetilsynet. Følgelig er det slik at selv om det ikke oppstilles noen plikt til å samarbeide fullt ut overfor Konkurransetilsynet for foretak når det anmodes om delvis lempning, vil det være av betydning ved fastsettelsen av lempningsprosenten i hvilken grad foretaket faktisk har valgt å samarbeide.

Det fremtrer som et gjennomgående trekk ved lempningsforskriftens bestemmelser at foretak stimuleres til å samarbeide med Konkurransetilsynet på et tidligst mulig tidspunkt. Det er påpekt tidligere at tidspunktet for bevisfremleggelsen er av avgjørende betydning i forhold til de materielle vilkårene for lempning, og det fremgår av dette kapittelet at

⁹⁷ *Rubber chemicals* avsnitt 369.

⁹⁸ *Rubber chemicals* avsnitt 377.

⁹⁹ Se kappitel 2.3.2.

tidspunktet for bevisfremleggelsen også er bestemmende for fastsettelsen av lempningens størrelse ved delvis lempning.

2.5 Opplysningspliktens grenser og lempning

2.5.1 Innledning

Problemstillingen i dette kapitlet er hvilke skranker vernet mot tvungen selvinkriminering setter for foretakets opplysningsplikt (og utleveringsplikt) etter krrl § 24. Denne grensedragningen vil kunne være av betydning for hvorvidt et foretak har krav på lempning.

Ovenfor i kapittel 2.2.4 er det redegjort for at bevis Konkurransetilsynet innhenter fra et foretak med hjemmel i krrl § 24 ikke berettiger til lempning. Likevel er slik at selv om Konkurransetilsynet innhenter opplysninger med hjemmel i krrl § 24 så innebærer ikke det nødvendigvis at all informasjon og alle bevis et foretak besitter faller utenfor hva som kan være relevant ved vurderingen av om lempning skal gis.

Forbudet mot tvungen selvinkriminering setter skranker for hva et foretak er pliktig til å gi fra seg av bevis og opplysninger når Konkurransetilsynet benytter seg av hjemmelen i krrl § 24. Der foretak overleverer opplysninger og beviser til Konkurransetilsynet som går ut over plikten de er pålagt når tilsynet gjør bruk av hjemmelen i § 24, vil dette ”tilleggs bidraget” kunne være relevant i forhold til lempning.

Grensedragningen mellom hvilke beviser som har eller ikke har relevans i forhold til lempning i en situasjon hvor Konkurransetilsynet bruker sin hjemmel etter § 24, reiser dermed spørsmålet om hvilket vern forbudet mot tvungen selvinkriminering gir foretak i en sak om overtredelsesgebyr. Omfanget av foretakets opplysningsplikt etter § 24 må avgrenses etter dette selvinkrimineringsvernet.

Videre er det slik at den skisserte problemstillingen ikke nødvendigvis har den samme løsning der Konkurransetilsynet hhv håndhever konkurransereglene i EØS-avtalen¹⁰⁰ og konkurranselovens regler. Dette fordi Konkurransetilsynet ved håndhevingen av konkurransereglene i EØS-avtalen, må respektere selvinkrimineringsvernet slik det er blitt definert av EF-domstolen.¹⁰¹ Noe Konkurransetilsynet derimot ikke er forpliktet til ved håndheving av konkurranselovens regler.¹⁰²

I det følgende vil det bli forsøkt redegjort for hvilke skranker selvinkrimineringsvernet i EF/EØS-retten og selvinkrimineringsvernet i norsk intern rett setter for Konkurransetilsynets hjemmel i § 24, med den konsekvens det har for lempning. Først vil problemstillingen bli behandlet i forhold til EF/EØS-retten dernest vil problemstillingen bli behandlet i forhold til norsk intern rett.

2.5.2 Opplysningspliktens grenser og lempning i EF/EØS-retten

Ved håndheving av EØS avtalens artikkel 53 vil de skranker som det EF-rettslige selvinkrimineringsvernet setter, være avgjørende for avgrensningen av opplysningspliktens grenser. Problemstillingen blir så hvilket innhold EF-retten har gitt til selvinkrimineringsvernet for foretak i en slik forvaltningsprosess.

EF-domstolene har utviklet et selvinkrimineringsvern for foretak i kartellsaker¹⁰³ hvor Kommisjonen etterforsker og bøtelegger overtredelser. I slike saker har foretaket

¹⁰⁰ Desentralisert håndheving jf EØS-konkurranseloven § 6.

¹⁰¹ Dette er også lagt til grunn av departementet jf Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 146: "... vil imidlertid [Konkurransetilsynets] etterforskning av overtredelser av disse bestemmelsene [dvs artikkel 53 og 54] måtte skje med de begrensninger som følger av foretakenes kontradiktoriske rettigheter, slik de er utviklet i fellesskapsretten".

¹⁰² På side 146 i Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) heter det at departementet "ikke ønsker å innføre et særskilt vern for foretak i overensstemmelse med EF-domstolens praksis".

¹⁰³ Jf TEU artikkel 81.

opplysningsplikt i forhold til Kommisjonen,¹⁰⁴ som har en rolle tilsvarende Konkurransetilsynets rolle i saker om overtredelsesgebyr.

EFD har slått fast at innholdet og omfanget av et foretaks opplysningsplikt må sees i lys av foretakets ”rights of defence”¹⁰⁵ hvor vernet mot tvungen selvinkriminering inngår. Utgangspunktet for denne læren er EFDs avgjørelse i Orkem v Kommisjonen¹⁰⁶.

Etter domstolens syn inneholder opplysningsplikten to elementer. Foretaket gir opplysninger for det første gjennom å besvare spørsmål fra Kommisjonens side og for det andre ved å utlevere allerede eksisterende dokument til Kommisjonen. EFD sonderer her mellom hva som i krrl § 24 er betegnet som opplysningsplikt etter første ledd og granskning etter annet ledd.

Hva gjelder granskning, kom domstolen til at vernet mot selvinkriminering ikke legger noen begrensninger på hvilke dokumenter som kan kreves utlevert, uansett deres innhold.

Det samme gjelder derimot ikke for opplysninger foretaket gir gjennom å svare på spørsmål fra Kommisjonen. Vernet mot selvinkriminering setter begrensninger i hva slags type opplysninger et foretak er pliktig til å gi som tilsvar på spørsmål fra Kommisjonens side. Igjen foretar EFD en sondring, her mellom spørsmål som bare angår faktiske forhold og spørsmål som vil kunne innebærer en tilståelse. Det er bare spørsmål av det siste slaget vernet mot selvinkriminering fritar foretak fra å besvare.¹⁰⁷

Innholdet av selvinkrimineringsvernet slik det er definert i Orkem v Kommisjonen er blitt bekreftet av EFD i etterfølgende avgjørelser, senest i SLG Carbon v Kommisjonen (”graphite electrodes”)¹⁰⁸. Foretak har ikke plikt til å svare på spørsmål som ber dem om en vurdering av om det foreligger en overtredelse, altså en vurdering av egen skyld. Det er

¹⁰⁴ Nå med hjemmel i Rådsforordning 2003/1 artikkel 20, tidligere Rådsforordning 17 artikkel 11.

¹⁰⁵ Oversatt til ”kontradiktoriske rettigheter” i NOU 2003:15.

¹⁰⁶ C-374/87 Orkem v Kommisjonen.

¹⁰⁷ C-374/87 Orkem v Kommisjonen avsnitt 34-35.

¹⁰⁸ C-301/04 SLG Carbon v Kommisjonen avsnitt 42.

heller ingen plikt til å gi opplysninger om subjektive forhold, slik som for eksempel hva formålet med et møte med konkurrenter var.¹⁰⁹

Det følger også av denne praksis at hvor opplysninger er gitt fra et foretak som svar på en forespørsel fra Kommisjonen, vil disse opplysningene regnes som frivillig samarbeid i den grad de går ut over det som kreves av den opplysningsplikt foretaket er underlagt. Slikt frivillig samarbeid vil være relevant i forhold til om det aktuelle foretaket har krav på lempning.¹¹⁰

2.5.3 Opplysningspliktens grenser og lempning etter konkurranseloven

Departementet fremholder at selvinkrimineringsvernet i saker etter konkurranseloven skal være knyttet til den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) og den europeiske menneskerettighetsdomstolens (EMD) praksis.¹¹¹ Spørsmålet blir så hvilket vern foretak har mot selvinkriminering etter EMK i en sak om overtredelsesgebyr.

Vernet mot tvungen selvinkriminering er innfortolket av EMD i EMK artikkel 6, og utgjør en del av kravet om "fair hearing" der hvor det etter konvensjonen foreligger "criminal charge". Følgelig må to spørsmål reises og besvares positivt før det kan konstateres at det foreligger et selvinkrimineringsvern for foretak som er gjenstand for en sak om overtredelsesgebyr etter krrl § 29. Det første spørsmålet er om juridiske personer er omfattet av selvinkrimineringsvernet i artikkel 6, eller om dette vernet er forbeholdt fysiske

¹⁰⁹ C-374/87 Orkem v Kommisjonen avsnitt 38-39.

¹¹⁰ T-38/02 Groupe Danone v Kommisjonen avsnitt 451: "where the undertaking provides information in a response to a request for information under Article 11 of Regulation 17 which is well in excess of that which the Commission may require it to provide under that article, the undertaking concerned may benefit from a reduction in the fine". (Se også T-230/00 Daesang Corp. og Sewon Europe v Kommisjonen avsnitt 137.) For en ikke bindende men instruktiv redegjørelse av forholdet mellom opplysningsplikt og lempning i EF-retten se AG Geelhoed i hans "Opinion" til C-301/04 SLG Carbon v Kommisjonen.

¹¹¹ Jf Ot. prp. Nr. 6 (2003-2004) side 146.

personer. Det andre spørsmålet er om en sak overtredelsesgebyr etter krrl § 29 innebærer en ”criminal charge” etter konvensjonen.

Når det gjelder det første spørsmålet har EMD lagt til grunn i flere avgjørelser at juridiske personer kan ha et vern etter artikkel 6. Utgangspunktet må derfor være, slik sanksjonsutvalget fremholdt,¹¹² at foretak er omfattet av de rettigheter i artikkel 6 som etter sin art er aktuelle for juridiske personer. Det foreligger ingen avgjørelser fra EMD eller fra norske domstoler som spesifikt slår fast at juridiske personer har et vern mot tvungen selvinkriminering. Likevel kan det ikke sees noen grunn til at foretak ikke skal ha et krav på ”fair hearing” hvor vern mot selvinkriminering inngår, der hvor foretaket er gjenstand for en ”criminal charge”.

Så til spørsmålet om en sak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven innebærer en ”criminal charge” etter EMK artikkel 6. Av konvensjonspraksis følger det at tre vurderingstema er sentrale i en drøftelse av hvorvidt en sanksjon er å regne som ”criminal charge” etter konvensjonen. Vurderingstemaene er den internrettslige klassifisering av sanksjonen, lovbruddets karakter og sanksjonenes innhold og alvor.¹¹³

Uten å gå inn i en lengre drøftelse basert på disse tre momenter, av hvorvidt overtredelsesgebyr etter krrl § 29 er å regne som ”criminal charge”, kan det fastslås at både etter EMD praksis¹¹⁴ og etter praksis fra Høyesterett¹¹⁵ er administrativt ilagte økonomiske sanksjoner regnet som ”criminal charge”. Det må derfor legges til grunn at også overtredelsesgebyr etter krrl § 29 faller inn under betegnelsen ”criminal charge” i EMK artikkel 6.

Det kan altså fastslås at foretak har et selvinkrimineringsvern etter EMK i saker om overtredelsesgebyr. Derimot er det vanskelig å definere det nærmere innholdet av dette

¹¹² NOU 2003: 15 Fra bot til bedring side 94-95.

¹¹³ Engels v Nederland.

¹¹⁴ Bendenoun v Frankrike (gjelder tilleggsskatt)

¹¹⁵ jf ”tilleggsskatt dommene” Rt 2002 side 497, Rt 2002 side 509 og Rt 2002 side 557. Se også Rt 2002 side 1216.

selvinkrimineringsvernet, og hvilke skranker dette vernet setter for opplysningsplikten omfang etter krrl § 24.

Departementet redegjør for innholdet på følgende måte: “Omfanget av selvinkrimineringsvernet for foretak etter EMK er riktignok usikkert, men det er etter departementets oppfatning sannsynlig at det eksisterer et visst vern”.¹¹⁶ Det er naturlig å lese forarbeidende slik at det er overlatt til domstolene å definere innholdet av foretakets selvinkrimineringsvernet i saker om overtredelsesgebyr.

Det kan settes spørsmålstejn ved hensiktsmessigheten av departementets valg av å ikke gi foretak et selvinkrimineringsvern etter mønster av EF-retten. EFD har foretatt en avveining mellom hensynet til foretakets interesse mot tvungen selvinkriminering på den ene side, og hensynet til en effektiv håndheving av konkurransereglene hvor opplysningsplikten er et viktig virkemiddel på den andre siden. Det flere forhold som kan tale for at den grensedragning EFD har foretatt burde kunne legges til grunn også i norsk konkurranserett.

For det første er sanksjonssystemet i EF-retten sammenlignbart med konkurranselovens sivilrettslige sanksjonssystem. På samme måte som ved overtredelsesgebyr, er problemstillingen i EF-retten hvilket innhold selvinkrimineringsvernet skal gis i en prosess hvor foretaket alene er gjenstand for sanksjoner, og hvor vi befinner oss utenfor den formelle strafferetten. I EU er det Kommissjonen som etterforsker og gir bøter til foretak som overtrer kartellforbudet. Bøtene som blir gitt kan ikke påklages, men de kan bringes inn for EF domstolen. Dette tilsvarer i stor grad systemet etter konkurranseloven der Konkurransetilsynet ilegger overtredelsesgebyr.

For det andre har EMK blitt gitt en tilsvarende stilling i EMDs praksis som den har i norsk rett. Selv om EU ikke er en kontraherende part til EMK, og EMDs praksis som sådan ikke er bindende for EF domstolene, har domstolen gitt uttrykk for at den anser seg bundet av EMK og rettspraksis fra EMD.¹¹⁷

¹¹⁶ jf Ot. prp. nr. 6 2003-2004 side 146

¹¹⁷ jf C-238/99 Limburgse Vinyl Maatschappij v Kommissjonen avsnitt 274 flg. I saken foretar domstolen en vurdering av hvorvidt den tidligere Orkem dommen står seg mot nyere rettspraksis fra EMD og kommer til at så er tilfelle. Dette viser hvordan EFD anser seg bundet av EMDs dynamiske tolkning av EMK.

For det tredje har EFD lang erfaring i å håndtere denne problemstillingen, og har således hatt anledning til å utvikle og gi innhold til foretakets selvinkrimineringsvern. I norsk rettspraksis har derimot problemstillingen hittil ikke vært reist.

Disse forhold kan tale for at departementet burde ha fulgt lovutvalgets¹¹⁸ forslag om at foretakets selvinkrimineringsvern ved håndhevelse av konkurranseloven burde utformes i samsvar med EFDs praksis.

Fremstillingen viser at lovkonsipistene i stor grad har latt det stå åpent hvilket innhold foretakets selvinkrimineringsvern har i saker om overtredelsesgebyr, siden forarbeidene legger til grunn at løsningen skal bygge på EMDs praksis hvor spørsmålet til dels er uavklart. Det har som konsekvens at grensen for foretaks opplysningsplikt etter krrl § 24 heller ikke er klart definert.

Frem til disse problemstillingene finner sin løsning i norsk rettspraksis, er det i stor grad et åpent spørsmål i hvilken grad, om noen, beviser og opplysninger et foretak besitter kan være relevante i forhold til lempning når Konkurransetilsynet har tatt etterforskningskritt med hjemmel i krrl § 24.

¹¹⁸ NOU 2003: 12 side 187.

2.6 Prosedyre

I dette kapittelet vil det kort redegjøres for saksbehandlingsreglene i lempningsforskriften.

Når foretak som har overtrådt krrl § 10 ønsker å samarbeide med Konkurransetilsynet innenfor lempningsinstituttet, må foretaket rette en anmodning om dette til tilsynet jf forskriftens § 8 første ledd. Foretaket mottar en skriftlig bekreftelse fra tilsynet ”med dato og klokkeslett for når anmodningen med tilhørende bevis” ble mottatt, jf paragrafens annet ledd. Tidspunktet for når kravet til bevisfremleggelse er oppfylt er, som det vil ha fremgått i fremstillingen ovenfor, av avgjørende betydning i flere relasjoner. Den skriftlige bekreftelsen sikrer foretaket notoritet rundt tidspunktet for anmodning om lempning og den tilhørende bevisfremleggelsen.

Når det gjelder selve bevisfremleggelsen, er det for hel lempning sitt vedkommende to alternative fremgangsmåter. Foretaket kan enten velge en ”ordinær” bevisfremleggelse etter § 5 første ledd bokstav a hvor alle bevis i foretakets besittelse umiddelbart fremlegges, eller foretaket kan velge en ”hypotetisk” bevisfremleggelse etter § 5 første ledd bokstav b.

Ved ordinær bevisfremleggelse er det etter forskriftens egne merknader til § 5 tilstrekkelig at foretaket ”var i aktsom god tro” i forhold til hvilke beviser det var i besittelse av når anmodningen ble gitt og den umiddelbare plikten til å fremlegge alle bevis inntraff.

Hypotetisk bevisfremleggelse innebærer at foretaket i stedet for å fremlegge bevis sammen med anmodning om hel lempning, gir en beskrivelse av ”bevismaterialets art og innhold” jf § 5 bokstav b. Formålet med den hypotetiske bevisfremleggelsen er at foretak som er usikre på om de oppfyller kravene til hel lempning kan få en avklaring fra tilsynet før de går til det skritt å overlevere inkriminerende bevis. Etter forskriftens egne merknader vil tidspunktet for den hypotetiske bevisfremleggelsen være avgjørende i forhold til kravet i § 4 om å være ”det første” foretaket. Hel lempning vil avhenge av at de beviser som er

beskrevet i den hypotetiske bevisfremleggelsen blir fremlagt på et senere tidspunkt bestemt av tilsynet, og at alle vilkårene etter § 4 er oppfylt.

Der hvor et foretak anmoder om hel lempning men uten at vilkårene for det er tilstede, vil foretaket, som tidligere nevnt, stå fritt til å kreve delvis lempning. I tillegg er det slik at der anmodningen om hel lempning ikke tas til følge på grunn av fraværet av tilstrekkelig bevis etter § 4 første ledd, kan foretaket kreve at tilsynet tilbakeleverer de fremlagte bevisene, jf § 5 tredje ledd.

Konkurransetilsynet er i forskriftens § 9 pålagt å underrette de foretak som har anmodet om lempning underveis i prosessen før endelig vedtak foreligger. For hel lempning sitt vedkommende betyr det at tilsynet skal underrette om det anser vilkåret ”tilstrekkelig bevis” som oppfylt når denne vurderingen er tatt. Underretningen vil angi at hel lempning vil bli gitt dersom også de andre vilkårene som oppstilles i § 4 er oppfylt på det tidspunkt vedtak om overtredelsesgebyr fattes.

Der det anmodes om hel lempning ved en hypotetisk bevisfremleggelse skal foretaket underrettes om tilsynets vurderinger i to omganger. Først skal tilsynet underrette om bevisbeskrivelsen tilfredsstillende kravet til ”tilstrekkelige bevis” etter § 4. Dernest skal foretaket underrettes om tilsynets senere vurdering av om den etterfølgende bevisfremleggelsen stemmer overens med den bevisbeskrivelsen som er gitt, slik at kravene til ”tilstrekkelige bevis” i § 4 vitterlig er oppfylt. Tilsvarende skal foretak som har anmodet om delvis lempning underrettes når tilsynet har vurdert om kravet til bevisfremleggelse i § 6 bokstav a er innfridd. Underretningen skal også angi hvilket av de tre lempningsnivåene som oppstilles i § 7 første ledd bokstav a til c, som vil komme til anvendelse ved fastsettelse av lempningens størrelse. Slike underretninger vil innebære en betinget forhåndsbinding av Konkurransetilsynets myndighet, jf høringsnotatet side 11.

Reglene om underretning er ment å tilføre foretak forutberegnlighet i lempningsprosessen, og således øke insitamentet til å anmode om lempning.

3 LEMPNING AV STRAFFEANSVAR

3.1 Innledning

En overtredelse av krrl § 10 kan, i tillegg til overtredelsesgebyr som omhandlet ovenfor, sanksjoneres med straff etter krrl § 30. Straffen er bøter eller fengsel inntil tre år etter første ledd og inntil seks år ved ”særdeles skjerpene omstendigheter” etter annet ledd.¹¹⁹ Straff kan ilegges personer og foretak jf straffeloven § 48a.

Lempningsregelen i krrl § 31 kommer etter ordlyden til anvendelse på foretaks straffeansvar, på samme måte som ved overtredelsesgebyr. Utgangspunktet er følgelig at foretak ved overtredelse av krrl § 10 kan anmode om lempning uavhengig av om overtredelsen forfølges i det sivilrettslige eller strafferettslige sanksjonssporet. Likevel har, som fremstillingen nedenfor vil vise, lempningsregelen ikke nødvendigvis et identisk innhold anvendt på henholdsvis foretaksstraff og overtredelsesgebyr.

Derimot gjelder konkurranselovens lempningsregel ikke for det personlige straffeansvaret. Likevel er det nødvendig også å vurdere denne siden av en overtredelse av krrl § 10, for å få et helhetlig bilde av lempningsinstituttets funksjon.

Først i fremstillingen vil det redegjøres for lempningsregelens anvendelse på foretaksstraff. Dernest vil det personlige straffeansvarets stilling i lempningsinstituttet bli behandlet.

¹¹⁹ De vurderingsmomenter krrl § 30 annet ledd oppstiller gir grunn til å anta at kartellsamarbeid som hovedregel vil innebære at ”særdeles skjerpene omstendigheter” foreligger etter denne bestemmelsen.

3.2 Lempning av foretaksstraff

For foretaksstraff sitt vedkommende inneholder krrl § 31 ingen hjemmel for å gi nærmere regler om lempning ved forskrift.¹²⁰ Innholdet av lepningsregelen må derfor søkes i lovens ordlyd og i de holdepunkter for lovgivers intensjoner som kan identifiseres i lovens forarbeider.

Etter ordlyden i § 31 ”skal det tas i betraktning om foretaket har bistått konkurransemyndighetene med oppklaringen av egen eller andres overtredelse”. Lovgiver har her benyttet seg av en formulering som ligger nært opptil ordlyden i straffeloven § 59 annet ledd¹²¹ hvor det heter at ved en uforbeholden tilståelse fra siktede så ”skal retten ta dette i betraktning ved straffutmålingen”. I begge bestemmelsene heter det at når vilkårene etter de to bestemmelsene er oppfylt, dvs ”uforbeholden tilståelse” i strl § 59 og ”bistått” i krrl § 31, er dette noe som *skal tas i betraktning* ved utmålingen av straff. Denne ordlyden sier ikke noe om hvilken betydning samarbeidet skal ha for utmålingen av straff, det vil avhenge av rettens skjønn.¹²² Følgelig er det prima facie et langt stykke fra den lepningsregel som gjelder for overtredelsesgebyr, som beskrevet i kapittel 2, og lepningsregelen for foretaksstraff etter krrl § 31. Ingen av de helt sentrale elementene i lepningsinstituttet, slik som at straffen kan falle bort i sin helhet men bare for det første foretaket, går frem av bestemmelsens ordlyd. Når det gjelder størrelsen på straffenedsettelsen går ordlyden i krrl § 31 ikke lenger i å gi foretak forutberegnlighet for sin rettsstilling enn hva som følger av strl § 59 annet ledd.

Spørsmålet er så om forarbeidene gir en anvisning på hva det nærmere innholdet av lepningsregelen for foretaksstraff er. Departementet sier på den ene side at de ønsker innført en bestemmelse om lempning ”ved utmålingen av overtredelsesgebyr etter § 29

¹²⁰ Konkurranseloven § 31 annet ledd, inneholder en forskriftshjemmel for å gi ”nærmere regler om lempning ved utmåling av *gebyr*”. Noe som innebærer at foretaksstraff ikke er innenfor lepningsforskriftens anvendelsesområde.

¹²¹ § 59 annet ledd gjelder også for foretaksstraff jf Ot. prp. nr. 81 (1999-2000).

¹²² Eventuelt påtalemyndighetens skjønn der det utferdiges et forelegg som vedtas av foretaket.

eller *bøter etter § 30* for overtredelse av § 10”. På den annen side går de videre til å si at det for overtredelsesgebyrets vedkommende bør gis en forskrift med ”klare regler om hvor mye det skal lempes”. Dette for å gi overtredere ”tilstrekkelig grad av forutsigbarhet” i forhold til lempning av overtredelsesgebyr.¹²³ Det kan hevdes at departementets uttalelser motsetningsvis innebærer at det i forhold til foretaksstraff ikke ønskes innført ”klare” lempningsregler med ”tilstrekkelig grad av forutsigbarhet”.

En viss veiledning til det nærmere innholdet av lempningsregelen for foretaksstraff finnes i departementets merknad til krrl § 31 hvor det heter at bestemmelsen ”gir adgang til hel eller delvis nedsettelse av ... bøter”¹²⁴. Dette innebærer at domstolen¹²⁵ har *anledning* til å la foretaksstraffen falle bort i sin helhet, som ved lempning av overtredelsesgebyr. Det gir derimot ikke foretaket som vurderer å anmode om lempning noen garanti for verken hel eller delvis lempning når foretaket har bistått konkurransemyndighetene på den etter lempningsforskriften foreskrevne måte. Hvorvidt bøkene blir satt ned og med hvor mye er overlatt til domstolens skjønn.

Til dette kommer at foretaksstraffen etter strl § 48a er fakultativ.¹²⁶ Påtalemyndighet og domstol har og hadde adgang til å velge å ikke ilegge foretaksstraff når det er på det rene at vilkårene for straff foreligger etter krrl § 10, uavhengig av lempningsregelen i krrl § 31. I så måte hensende tilfører bestemmelsen i krrl § 31 lite nytt for foretaksstraffens vedkommende, når den gir adgang til å la straffen falle bort i sin helhet. Det foretaksstraffens fakultative karakter derimot ikke innebærer, og som en lempningsregel av det innhold som er gitt i lempningsforskriften hadde tilført, er den nødvendige grad av forutberegnlighet foretak trenger for å ha insentiver til å gå ut av et kartellsamarbeid.

Det fremgår at verken ordlyden i krrl § 31 eller lovens forarbeider gir anvisning på det nærmere innholdet av lempningsregelen for foretaksstraff. Når det samtidig er gitt en

¹²³ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) side 128 – 129.

¹²⁴ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) side 242.

¹²⁵ Se fotnote 122.

¹²⁶ jf ordlyden i strl § 48a: “Når et straffebed er overtrådt ... *kan* foretaket straffes.” (Min uth.) Se nærmere Ot.prp.nr.27 (1990-1991) kapittel 6 (side 21-23).

forskrift hvor det nærmere innholdet av lempningsregelen anvendt på overtredelsesgebyr er regulert, er det naturlig å vurdere om denne forskriften kan gis analogisk anvendelse på lempning av foretaksstraff.

Det kan anføres at formålsbetraktninger tilsier at en analogisk tolkning av lempningsforskriften legges til grunn ved lempning av foretaksstraff. Formålet bak lempningsregelen i krrl § 31 er å avdekke brudd på krrl § 10 ved at foretak gis et insitament til å avdekke overtredelsen overfor myndighetene. Straff etter krrl § 30 vil komme til anvendelse på grove overtredelser av krrl § 10,¹²⁷ og det er nettopp slike grove overtredelser i form av kartellsamarbeid lempningsregelen har til formål å avdekke. Dersom dette formålet skal oppnås tilsier det at påtalemyndighet og domstol legger en analogisk anvendelse av lempningsforskriften til grunn ved lempning av foretaksstraff. Reglene i forskriften gir den forutberegnlighet og trygghet til foretak som er nødvendig for at en anmodning om lempning skal fremstå som et attraktivt handlingsalternativ. Følgelig kan det hevdes at formålet bak bestemmelsen i krrl § 31 taler for at man gir lempningsforskriften analogisk anvendelse ved lempning av foretaksstraff.

Departementet uttalte følgende i sitt høringsnotat til lempningsforskrift på side 3: ”i praksis kan det være naturlig å se hen til forskriften også ved lempning av strafferettslige foretaksbøter etter § 31 første ledd”. Departementet gir her klart nok uttrykk for at en analogisk anvendelse av lempningsforskriften ved lempning av foretaksstraff er å foretrekke. Dette kan rubriseres som en form for ”etterarbeid” eller etterfølgende uttalelse fra lovgiver.

Spørsmålet er hvilken vekt departementets utsagn gitt i denne sammenheng skal gis ved tolkningen av krrl § 31 når det gjelder lempning av foretaksstraff. Departementets rolle som ”lovgiver” i arbeidet med forskriften, har sine gitte skranker i forskriftshjemmelen i krrl § 31 annet ledd. Etter denne bestemmelsen er departementet delegert reguleringsmyndighet til å angi det nærmere innholdet av regelen for lempning av overtredelsesgebyr. Det kan derfor hevdes at lempning av foretaksstraff i denne sammenheng ligger utenfor departementets arbeidsområde. Når departementet

¹²⁷Dersom forarbeidenes forutsetninger blir lagt til grunn jf kapittel 1.5.

i denne sammenheng legger føringer for fortolkningen av krrl § 31 hva angår foretaksstraff, er det ikke åpenbart at departementet uttrykker seg i kraft av å være en av lovkonsipistene bak denne paragrafen. Det fremholdes derfor at departementets utsagn i forbindelse med arbeidet med forskriftsregulering av lempningsregelen for overtredelsesgebyr, i liten grad gir veiledning for tolkningen av lempningsregelen for foretaksstraff etter krrl § 31 første ledd. Spørsmålet om hvilken vekt dette utsagnet bør tillegges er uansett ikke av avgjørende betydning i denne sammenheng, siden synspunktet det bærer frem trekker i samme retning som det øvrige rettskildebildet.

Det er heller ikke lett å se hvilke argumenter som taler mot en analogisk anvendelse av lempningsforskriften ved lempning av foretaksstraff. Alternativet til å legge lempningsforskriften til grunn, vil være at domstolen selv utvikler de nærmere regler for hel og delvis lempning av foretaksstraff.

Selv om de beste grunner taler for at en analogisk tolkning av lempningsforskriften legges til grunn ved lempning av foretaksstraff, kommer man likevel ikke bort fra det utgangspunkt at lempning av foretaksstraff etter krrl § 31 er overlatt til domstolens skjønn. Hvorvidt dette skjønnen brukes til å gi lempningsforskriften analogisk anvendelse er derfor nødvendigvis et forholdsvis åpent spørsmål frem til rettspraksis foreligger, og det kan av den grunn fremstå som om den grad av forutberegnlighet et fungerende lempningsinstitutt fordrer er fraværende for foretaksstraffens vedkommende.

3.3 Det personlige straffeansvar

Det personlige straffeansvaret ved overtredelse av krrl § 10 er utenfor anvendelsesområdet til lempningsregelen i krrl § 31. Der en person blir tiltalt etter krrl § 10 jf § 30 må det samarbeidet personen eventuelt har ytt myndighetene vurderes under strl § 59 annet ledd. Det som er av interesse i denne sammenheng er i hvilken grad fraværet av regler for lempning av personstraff ved overtredelse av krrl § 10 påvirker effekten av lempningsregelen i krrl § 31.

Straffeloven gir i § 59 adgang til nedsettelse av straff der siktede har gitt en uforbeholden tilståelse. Det er særlig prosessøkonomiske hensyn som begrunner denne regelen.¹²⁸ Verken størrelsen på straffenedsettelsen eller graden av forutberegnlighet er tilstrekkelig til å gi personer tilsvarende insitament som regelen om hel lempning gir foretaket. Til det er belønningen for å samarbeide for liten og for usikker.

Overtredelse av krrl § 10 er underlagt ubetinget offentlig påtale¹²⁹, noe som innebærer at påtalemyndigheten i liten grad har anledning til å la være å ta ut tiltale av hensiktsmessighetsgrunner når straffbarhetsvilkårene er oppfylt. Rommet for diskresjon er særlig lite der det foreligger grove overtredelser, slik som ved omfattende kartellsamarbeid. I tillegg kommer det at det i forarbeidene til konkurranseloven er gitt uttrykk for at det personlige straffeansvaret ikke skal være ”sekundært i forhold til foretaksstraffen”¹³⁰ ved en overtredelse av krrl § 10.

Samtidig kan det konstateres at det i praksis ikke alltid har blitt tatt ut tiltale eller utferdiget forelegg mot individer der foretak er blitt tiltalt for kartellvirksomhet, og at det kan være

¹²⁸ Og hensynet til fornærmede jf Ot. prp. nr. 81 (1999-2000).

¹²⁹ Jf straffeloven § 77.

¹³⁰ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) side 124. Se også forarbeidene til strl § 48a Ot.prp.nr.27 (1990-1991) side 23 hvor det fremgår at det ikke er en fakultativ adgang til å la være å tiltale personer der foretaket straffes, når det fremgår av etterforskningen at enkeltpersoner er straffeskyldige.

flere gode grunner til det.¹³¹ Det rekkes for langt i denne sammenheng å gå inn i generelle problemstillinger knyttet til påtalemyndighetens kompetanse til å henlegge saker og til å gi påtaleunntatelse der det anses hensiktsmessig.

Det som er relevant i denne sammenheng er om det personlige straffeansvaret ved overtredelse av krrl § 10 er egnet til å skape aversjon mot å anmode om lempning etter krrl § 31. Det som er klart er at verken påtalemyndigheten¹³² eller Konkurransetilsynet har anledning til å gi løfte om at personer innenfor det aktuelle foretaket som har vært aktive i kartellvirksomheten, ikke vil bli tiltalt for overtredelse av krrl § 10 dersom foretaket de har virket i anmoder om lempning etter krrl § 31. Den begrensede og skjønnsmessige straffenedsettelsen straffeloven hjemler vil i liten grad avhjelpe situasjonen, særlig med tanke på den relativt høye strafferammen i krrl § 30¹³³. En anmodning om lempning etter krrl § 31 vil følgelig medføre at individer i foretaket løper en risiko for å bli idømt et ikke ubetydelig personlig straffeansvar.

At risikoen for et personlig straffeansvar vil kunne påvirke et foretaks beslutning om å anmode om lempning eller ikke, kan ikke være særlig tvilsomt. I særdeleshet der beslutningstagere i foretaket som på vegne av foretaket avgjør om anmodning om lempning skal gis, er blant dem som løper risikoen for å bli ilagt et personlig straffeansvar. Men også ellers må det antas at de styrende organer i et foretak vil kunne ha aversjoner mot å anmode om lempning når det har som konsekvens at ansatte og ledere i bedriften kan bli utsatt for straffeforfølgelse.¹³⁴

¹³¹ Kartellsamarbeidet kan ha strukket seg over en lengre tidsperiode med et betydelig antall personer involvert. Da kan det av ressursmessige hensyn være vanskelig å tiltale samtlige involverte, og det vil også melde seg motforestillinger mot å plukke ut enkelte mer eller mindre tilfeldig valgte individ blant denne gruppen. Det kan også ligge andre motiv bak en unntatelse av å tiltale/utferdige forelegg mot personer der foretaket straffefølges for brudd på konkurranselovgevingen. Se Kjelby, Gert Johan. *Forhandlinger og avtaler mellom påtalemyndighet og siktede – straffeprosessuelle forlik?* I: Kritisk Juss. 1996, s. 227 på side 242 – 250.

¹³² jf straffeprosessloven § 92.

¹³³ Det skal påpekes at selv om strafferammen er på inntill seks års fengsel ved særdeles skjerpene omstendigheter, har det hatt liten realitet siden fengselsstraff hittil aldri har blitt idømt for overtredelse av kartellforbudet (nå i krrl § 10). Personer har derimot blitt idømt bøtestraff.

¹³⁴ Se Wils (2006) s. 39 og Arp (2003) s. 17.

Det kan dermed ikke utelukkes at fraværet av bestemmelser for lempning av det personlige straffeansvaret svekker effekten av konkurranselovens lempningsregler.¹³⁵

¹³⁵ Det bemerkes at lempningsregler i andre jurisdiksjoner som også har personstraff for kartellsamarbeid, slik som i USA og Storbritannia, gir anledning til å gi ansatte og ledere i foretaket immunitet mot straffeforfølgelse.

4 Konklusjon

I fremstillingen av lempningsregelens anvendelse på overtredelsesgebyr ble særlig to forhold problematisert. For det første ble det påpekt at reglene for delvis lempning skaper en viss fare for selektive og dermed ufullstendige bevisfremleggelse. For det andre ble den rettsuvisshet som eksisterer rundt opplysningspliktens grenser etter krrl § 24 og den relevans det har for lempningsregelen behandlet. Det fremsettes likevel at redegjørelsen viser at det, til tross for disse to problemstillingene, er innført lempningsregler med anvendelse på overtredelsesgebyr hvor det skapes insentiver for foretak til å samarbeide med konkurransemyndighetene til oppklaring av kartellovertredelser.

Likevel er det andre trekk ved konkurranselovens lempningsregler som undergraver denne konklusjonen, og som gir grunn til å trekke i tvil om lempningsregelen vil fungere etter sitt formål.

For det første fremstår det som til dels usikkert hvordan lempningsregelen vil bli anvendt overfor foretaksstraff. Det hevdes i denne fremstillingen at de beste grunner taler for å gi lempningsforskriften analogisk anvendelse ved lempning av foretaksstraff etter krrl § 31, men det fremholdes at hvilket innhold lempningsregelen vil ha ved lempning av foretaksstraff er et uavklart spørsmål frem til rettspraksis foreligger. Den nødvendige grad av forutberegnelighet et fungerende lempningsinstitutt fordrer er således ikke tilstede hva gjelder foretaksstraff.

For det andre fremgår det at foretak i liten grad kan forutberegne hvilket av konkurranselovens to sanksjonsspor som vil komme til anvendelse ved forskjellige overtredelser. Følgelig vil det være slik at selv om reglene for lempning av overtredelsesgebyr tilfredsstillt kravene til forutberegnelighet, så har foretak liten mulighet

til å avgjøre om deres overtredelse vil bli behandlet i det sivilrettslige sanksjonssporet. Paradoksalt nok legger forarbeidene føringer i retning av at alvorlige overtredelser i form av kartellsamarbeid ikke skal behandles i det sivilrettslige men i det strafferettslige sporet, hvor lempningsreglen ikke kan sees å ha blitt gitt den forutberegnlighet som kreves.

Dessuten er det påpekt i fremstillingen at lempningsregelen ikke kommer til anvendelse på det personlige straffeansvaret, og at det er grunn til å anta at det kan medføre en grad av aversjon hos foretak mot å anmode om lempning.

Konklusjonen som følger er at det fremstår som tvilsomt om lempningsregelen i krrl § 31 vil fungere etter sitt formål. De svakheter som er identifisert ovenfor medfører at foretak trolig ikke vil ha sterke nok insitamenter til å gå ut av kartellsamarbeid og anmode om lempning.

5 Litteraturliste

- Arp**, Jarrett og Christof R.A. Swaak. *A tempting offer: Immunity from Fines for Cartel Conduct Under the European Commission's New Leniency Notice*. I: European Competition Law Review. 2003, 24(1) s. 16
- Eide**, Erling og Endre Stavang *Rettsøkonomi*. Oslo, 2003
- Evensen**, Harald. *Fra straff til overtredelsesgebyr –ny lov, tøffere tider? I: Konkurransetilsynets jubileumsskrift 2004*, s. 41
- EU Competition Law: Procedures and Remedies*. Gray, Margaret ... [et al.]. Richmond, 2006
- Geradin**, Damien og David Henry. *The EU fining policy for violations of competition law: An Empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts' judgements*. Bruges, 2005.
<http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2003-05.pdf>
[20 november 2006]
- Harding**, Christopher og Julian Joshua *Regulating Cartels in Europe*. Oxford, University Press, 2003
- Høivik**, Knut. *Er konkurranselovens tosporede sanksjonssystem overfor foretak hensiktsmessig? I: Lov og rett*. 2006, nr 06, s. 360
- Kerse**, Christopher .S og Nicholas Khan *EC antitrust procedure*. 5. utg. London, Sweet & Maxwell, 2005
- Kjelby**, Gert Johan. *Forhandlinger og avtaler mellom påtalemyndighet og siktede – straffeprosessuelle forlik? I: Kritisk Juss*. 1996, s. 277
- Motta**, Massimo *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge, 2004
- OECD**, *Report on Leniency Programmes to Fight Hard Core Cartels*. 2001
<http://www.oecd.org/dataoecd/49/16/2474442.pdf> [20. november 2006]

OECD, *Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws*. 2002

<http://www.oecd.org/dataoecd/16/20/2081831.pdf> [20. november 2006]

Ritter, Lenart og W. David Braun. *European Competition Law: A Practitioner's Guide*. 3. Utg. Haag, Kluwer Law, 2004

Sanksjonering - er det verd prisen? Riis, Christian ... [et al.] Oslo, (Skrifter fra Konkurransetilsynet) 2001

http://www.konkurransetilsynet.no/archive/internett/publikasjoner/Skriftserien/01_01_Sanksjonsrapport.pdf

Van Barligen, Bertus. *The European Commission's 2002 Leniency Notice in Practice*. I: Competition Policy Newsletter. 2005, nr 3, s.6

Wils, Wouter P.J. *Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice*. 2006. Under utgivelse: World Competition, Volume 30, nr. 1 Mars 2007

Lover

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12

Lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 10

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109

Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25

Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10

Forskrift

Forskrift nr 909 av 22 august 2005 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr
Høringsnotat til Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr

http://www.dep.no/filarkiv/215642/horingsnotat_lempning.doc [20 november 2006]

Forarbeider

Ot.prp. nr.6 (2003-2004) Om lov om konkurranseloven og om lov om EØS konkurranseloven

Ot.prp. nr.27 (1990-1991) Om lov om endringer i straffeloven m.m. (straffeansvar for foretak)

Ot. prp. nr. 81 (1999-2000) (endringslov) Straffeloven og straffeprosessloven.

NOU 2003: 12 Ny konkurranselov

NOU 2003: 15 Fra bot til bedring

Norsk Retstidende (Rt)

2002 s. 1216

2002 s. 557

2002 s. 509

2002 s. 497

1993 s. 1302

Underrettsdommer

Oslo Tingretts dom av 26 juli 2006

EF-domstolen

C-301/04 SLG Carbon v Kommisjonen	Saml. 2006 I-0000
C-189/02 Dansk Rørindustri AS v Kommisjonen	Saml. 2005 I-5425
C-238/99 Limburgse Vinyl Maatschappij v Kommisjonen	Saml. 2002 I-8375
C-395/96 Compagnie maritime belge transports v Kommisjonen	Saml. 2000 I-1365
374/87 Orkem v Kommisjonen	Saml. 1989 s. 3283

EF-domstolen i første instans

T-38/02 Groupe Danone v Kommisjonen Saml. 2005 II-4407

T-230/00 Daesang Corp. og Sewon Europe v Kommisjonen Saml. 2003 II-2733

T-23/99 LR af 1998 A/S v Kommisjonen Saml. 2002 II-1705

Kommisjonsavgjørelser

COMP/C.38.281/B.2 *Raw tobacco Italy*

COMP/F/38.443 *Rubber chemicals*

IV/35.691/E-4 *Pre-insulated pipes* (1999/60/EC)

Kommisjonens kunngjøringer

Commission Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases [2002]
OJ C45/3

Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases [1996] OJ
C204/14

Draft Commission Notice (“Amended 2002 notice”)

http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/draft_revised_notice_en.pdf

[20 november 2006]

ESA kunngjøring

EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om fritak for eller nedsettelse av bøter i
kartellsaker. (2003/EØS/3/01)

Dommer fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen

Bendenoun v Frankrike, The European Court of Human Rights. Strasbourg, 24. februar 1994.

Engel v Nederland, The European Court of Human Rights. Strasbourg, 8. juni 1976