

Overtredelsesgebyr etter konkurranseloven

- momenter ved utmålingen

Kandidatnummer: 377

Veileder: Eivind Sæveraas

Leveringsfrist: 27. november 2006

Til sammen 17.906 ord

26.11.2006

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|---|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| 1.1 | Problemstilling og metode | 1 |
| 1.2 | Historikk | 3 |
| 1.3 | Aktualitet | 4 |
| 1.4 | Disposisjon og avgrensning | 5 |
| <u>2</u> | <u>KONKURRANSELOVENS SANKSJONSSYSTEM</u> | <u>6</u> |
| 2.1 | Privat og offentlig sanksjonering | 6 |
| 2.2 | Privat sanksjonering | 6 |
| 2.3 | Offentlig sanksjonering | 7 |
| 2.4 | Overtredelsesgebyr | 9 |
| 2.4.1 | Forholdet mellom Konkurransetilsynet og påtalemyndigheten | 10 |
| <u>3</u> | <u>EU-/EØS-RETTENS SANKSJONSSYSTEM</u> | <u>11</u> |
| 3.1 | Generelt | 11 |
| 3.2 | Særlig om bøter | 12 |
| <u>4</u> | <u>MOMENTER I DEN SKJØNNMESSIGE FASTSETTELSE AV OVERTREDELSSESGBYR</u> | <u>14</u> |
| 4.1 | Innledende bemerkninger | 14 |
| 4.2 | Avskrekking | 16 |

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| 4.3 | Differensiering | 17 |
| 4.4 | Kvantitative begrensninger | 18 |
| 4.5 | Foretakets omsetning | 21 |
| 4.6 | Grovhetsvurderingen | 24 |
| 4.6.1 | Overtredelsens art | 25 |
| 4.6.2 | Den faktiske innvirkning | 28 |
| 4.6.3 | Størrelsen på det berørte marked | 34 |
| 4.6.4 | Gevinsten | 36 |
| 4.6.5 | Utvist skyld | 40 |
| 4.6.6 | Overtrederens rolle | 42 |
| 4.7 | Varigheten av overtredelsen | 46 |
| 4.8 | Skjerpene og formildende omstendigheter | 49 |
| 4.8.1 | Avtaler eller tiltak er gjennomført | 49 |
| 4.8.2 | Retningslinjer, instruksjoner og lignende | 51 |
| 4.8.3 | Samarbeid med Konkurransetilsynet | 52 |
| 4.8.4 | Konsernets økonomi | 55 |
| 4.8.5 | Andre skjerpene og formildende omstendigheter | 56 |
| 4.9 | Hvilket beløp er utgangspunktet? | 60 |
| <u>5</u> | <u>AVSLUTNING</u> | <u>62</u> |
| <u>6</u> | <u>KILDER</u> | <u>64</u> |

1 Innledning

1.1 Problemstilling og metode

Konkurranseloven § 29 første ledd gir Konkurransetilsynet en skjønnsmessig adgang til å ilegge overtredelsesgebyr for brudd på konkurransereglene.¹ Det følger av ordlyden i § 29 tredje ledd at det ved utmålingen skal tas hensyn til ”foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet”. Tema for avhandlingen er disse og andre momenter rettsordenen har oppstilt for utmåling av overtredelsesgebyr. Den rettslige hovedproblemstillingen er å redegjøre for *innholdet* i momentene som Konkurransetilsynet skal og kan ta i betraktning.

Avhandlingens metode vil være å tolke relevante rettskilder for å kunne foreta en oversiktlig fremstilling av momentene og deres innhold. En sentral rettskilde i denne relasjon, er Moderniseringsdepartementets forskrift som utpensler ordlyden i konkurranseloven § 29 (utmålingsforskriften).² Metodisk vil avhandlingen basere seg på momentene slik de fremgår av utmålingsforskriften.

På grunn av at utmålingsforskriften i betydelig grad er basert på Kommisjonens retningslinjer for beregning av bøter (retningslinjene), vektlegges også kommisjonspraksis og praksis fra Førsteinstansretten og EF-domstolen.³ Praksis fra før retningslinjenes

¹ Lov nr. 12/2004 (konkurranseloven). Den opphevet samtidig den tidligere konkurranselov, lov nr. 65/1993.

² Forskrift nr. 909/2005 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr. Merknadene til forskriften følger vedlagt i den offentlige kunngjøringen. Forskriften hører nå under Fornyings- og administrasjonsdepartementet.

³ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15(2) of Regulation No 17 and Article 65(5) of the ECSC Treaty, EFT 1998 C9/3. Se merknadene til § 3 tredje avsnitt jfr. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 111.

vedtakelse vil også ha betydning. Dette skyldes at retningslinjene til dels baserer seg på tidligere praksis.

Ovennevnte rettskilder vil ha særlig stor vekt når utmålingsforskriften anvendes. Dette følger av forarbeidene til konkurranseloven, som klart uttrykker at det er lovgivers intensjon å harmonisere det norske konkurranseregelverket med EU-/EØS-konkurransereglene.⁴ ESA har vedtatt likelydende retningslinjer.⁵ Det eksisterer til nå ingen avgjørelse om ileggelse av bøter fra ESA.

Kommisjonens retningslinjer er nylig endret.⁶ Det er i skrivende stund usikkert både når og hvordan disse endringene vil bli implementert i utmålingsforskriften.⁷ Fordi den norske loven og forskriften er sterkt knyttet opp mot de EF-rettslige prinsippene, er det imidlertid sannsynlig at utmålingsforskriften vil bli endret i tråd med endringene i EU der dette er nødvendig. De reviderte retningslinjene betegnes i det videre som ”de nye retningslinjene”.

Norsk rettspraksis vil ha betydning i den grad den belyser innholdet i momentene som følger av straffeloven § 48 b. Det er nevnt i utmålingsforskriftens merknader at den til dels også er basert på momenter som følger av straffeloven § 48 b.⁸ Praksis er begrenset fordi store konkurransesaker som regel avsluttes med vedtakelse av forelegg.⁹ Det er foreløpig

⁴ Se NOU 2003: 12 s. 127, 133 og 245 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 118.

⁵ Retningslinjer fra EFTAs overvåkningsorgan om metoden for fastsettelse av bøter ilagt i henhold til EØS-avtalens konkurranseregler, EØS-tillegget 3/2003, s. 8.

⁶ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, EFT 2006 C210/02.

⁷ En gruppe skal se på om det er nødvendig å endre utmålingsforskriften, senhøstes 2006, jfr. e-post fra Steinar Undrum i Fornyings- og administrasjonsdepartementet 4. september.

⁸ I Rt. 1995/1922 (Bølgepapp I) s. 1932: ”Jeg legger også vekt på de momenter som er angitt i ... straffeloven § 48 b, idet jeg anser denne som uttrykk for allmenne prinsipper for utmåling av foretaksstraff.”

⁹ Jfr. Evensen: ”Fra straff til overtredelsesgebyr”, i *Konkurransetilsynets jubileumsskrift* 2004, s. 43-44.

Foreleggspraksis er særlig interessant for en fremstilling av overtredelsesgebyrenes størrelse, slik at praksisen ikke vil bli omtalt nærmere.

lite praksis fra Konkurransetilsynet, men i den utstrekning Konkurransetilsynet har fattet vedtak, vil tilsynets praksis bli trukket inn i fremstillingen.

1.2 Historikk

Konkurranseretten i Europa har i den senere tid gjennomgått betydelige forandringer. Mest markant er overgangen til et rent forbudsregime, der også nasjonale konkurransemyndigheter kan håndheve EF artikkel 81 og 82.¹⁰ Noe av begrunnelsen var ønsket om å desentralisere håndhevingen av konkurransereglene. Derfor ble Rådsforordning 1 av 2003 (forordning 1/2003) utarbeidet.¹¹

Før desentraliseringen eksisterte det et notifikasjonsopplegg, der foretakene sendte inn en notifikasjon til Kommisjonen om at de ønsket å innlede et bestemt samarbeid. Kommisjonen foretok deretter en forhåndsvurdering av om avtalen ville stå seg i forhold til konkurransereglene. Håndhevelsessystemet, og det forhold at Kommisjonen hadde monopol på anvendelsen av EF artikkel 81 tredje ledd om individuelle fritak, krevde store ressurser og hindret etterforskning av potensielle overtredelser. Dagens håndhevelsessystem lar det derimot være opp til foretakene å vurdere hvorvidt deres atferd vil stå seg ved en eventuell rettslig prøving.

Et tilsvarende forbudsregime er innført under EØS-avtalen. Konkurransetilsynet skal nå håndheve artikkel 53 og 54, jfr. lov nr. 11/2004 (EØS-konkurranseloven) §§ 6 og 7. Det innebærer bl.a. adgang til å ilegge norske foretak bøter for brudd på EØS-avtalens konkurranseregler.

¹⁰ Treaty establishing the European Economic Community (EF), Rome 25 March 1957, med senere endringer.

¹¹ Council Regulation (EC) No 1 2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

Forarbeidene til konkurranseloven bærer, som påpekt, sterkt preg av et ønske om regelharmonisering. Dette gjelder også sanksjonssystemet og bøtenivået.

Sanksjonssystemet etter den tidligere konkurranselov var ineffektivt. Det var naturlig å kopiere deler av EUs sanksjonssystem inn i den nye konkurranseloven, fordi det viste seg å være svært effektivt pga. adgangen for et administrativt organ til å ilegge bøter.

Harmoniseringen er samtidig rasjonell fordi norske foretak må forholde seg til to typer regelsett, konkurranseloven og EØS-konkurranseloven.

1.3 Aktualitet

Det er Konkurransetilsynet som vedtar overtredelsesgebyr, og Konkurransetilsynets etterforskningskapasitet avhenger av tilførte ressurser fra Stortinget. At det nå stilles større krav til foretakenes atferd som følge av forbudsprinsippet i konkurranseloven, gjør at det kan forventes hyppig bruk av overtredelsesgebyr som sanksjonsform i fremtiden. Samtidig kan øket sanksjonering forklares med et tiltagende fokus på forbrukervern. En virksom konkurranse mellom markedsaktørene kommer forbrukerne til gode, i form av bedre utvalg av produkter og tjenester, høyere kvalitet og lavere pris. En tredje forklaring relateres til den økonomiske veksten, som fremtvinger strengere krav enn tidligere til fornuftig statlig styring av samvirke mellom foretak.

Lempningsprogrammet kan også medføre økt bruk av overtredelsesgebyr.

Konkurranseloven § 31 inneholder en regel om hel eller delvis lempning av gebyr, alt etter graden av samarbeid med konkurransemyndighetene. Kapittel 3 i utmålingsforskriften tar sikte på at foretak selv skal kunne melde fra om ulovlig samarbeid for helt eller delvis å slippe overtredelsesgebyr. Programmet er ment å gi kartelldeltakere et incitament til å tre ut av samarbeidet. Følgelig er det naturlig at flere saker vil kunne komme frem i lyset.

Foretakene skal kunne vurdere om det skal vedta et ilagt overtredelsesgebyr, eller søke illeggelsen opphevet eller endret ved søksmål for domstolene. Dette behovet forutsetter kjennskap til innholdet i retningslinjene for skjønnsutøvelsen ved utmåling av overtredelsesgebyr. Foretakene må selv kunne vurdere hvorvidt Konkurransetilsynet

utviser vilkårlighet eller foretar diskriminerende vurderinger. Temaet er derfor aktuelt for næringslivet.

1.4 Disposisjon og avgrensning

Avhandlingen har som målsetting å gi en vurdering av de momentene Konkurransetilsynet skal og kan ta i betraktning. For en fullstendig fremstilling er det nødvendig å ha kjennskap til andre sanksjoner Konkurransetilsynet har til rådighet. Samtidig er det nødvendig med kjennskap til den tilsvarende bøtesanksjon i EU. I kapittel 2 og 3 gis en kort innføring i de konkurranserettslige sanksjonssystemene i konkurranseloven og EU. I kapittel 4 beskrives innholdet i momentene.

Avhandlingens tema reiser en rekke tilgrensende problemstillinger det er hensiktsmessig å avgrense mot. Blant spørsmålene som ikke berøres, nevnes lempningsreglene i utmålingsforskriften kapittel 3. Lempningsreglene nevnes bare i den utstrekning det er nødvendig for å belyse momentene som følger av kapittel 2. Utmålingsmomentene får anvendelse på ileggelsesstadiet. Det avgrenses således mot materielle vilkår og prosessuelle regler som må være oppfylt for ileggelse av overtredelsesgebyr. De alminnelige forvaltningsrettslige skrankene for skjønnsutøvelsen som Konkurransetilsynet må forholde seg til, behandles ikke.

Overtreder kan være både foretak og sammenslutninger av foretak. Betegnelsen foretak eller overtreder vil bli brukt i det videre. Der det foreligger særlige regler for sammenslutninger av foretak vil de bli berørt, men ikke problematisert.

2 Konkurranselovens sanksjonssystem

2.1 Privat og offentlig sanksjonering

Konkurranseloven hjemler både offentligrettslige og privatrettslige sanksjoner. Overtredelsen kan bli sanksjonert på initiativ fra Konkurransetilsynet eller påtalemyndigheten, eller som følge av at en privat part anlegger sivilt søksmål for domstolene.

Inndelingen følger ikke direkte av konkurranseloven. Bortsett fra regelen om ugyldighet i § 10 annet ledd, er den taus om hvilke sanksjoner den private har til rådighet. På grunn av lovens fragmentariske karakter, må rettsanvenderen se hen til de sivile reaksjoner som følger av den privatrettslige lovgivning.

2.2 Privat sanksjonering

Det er ikke gitt at private skal kunne håndheve brudd på konkurransereglene. Det skyldes primært reglenes offentligrettslige karakter og kravet til rettslig interesse.¹²

Kravet til rettslig interesse er likevel ikke en *avvisningsgrunn* fordi konkurransereglene beskytter den enkelte markedsaktør, i tillegg til markedet som sådan.¹³ Det er derfor adgang til å gå til søksmål med krav om at en opptreden må opphøre, eventuelt et krav om at noe skal gjøres, f.eks. stille en essensiell fasilitet til rådighet. Erstatningskrav må forankres i alminnelige erstatningsregler.¹⁴ Der den krenkede oppdager overtredelsen tidlig i dens forløp, kan det kreves midlertidig forføyning etter lov nr. 86/1992

¹² Se Erling Hjelmeng, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, Bergen, 2003 s. 126-127.

¹³ Om dette, se Graver og Hjelmeng, *Norsk Konkurranserett Bind II Prosess og sanksjoner*, Oslo, 2006 s. 165-166.

¹⁴ Se Ot.prp. nr 6 (2003-2004) s. 188. Se også NOU 2003: 12 s. 213. Utvalget viser til sak C-453/99, *Courage v Bernard Crehan*. Om problemet med overveltning av priser, se Graver og Hjelmeng s. 181-182.

(tvangsfullbyrdelsesloven) kapittel 15.¹⁵

Etter konkurranseloven § 10 annet ledd, har forbudte avtaler ingen rettsvirkning. Det samme gjelder utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling etter § 11.¹⁶ Det ulovlige påvirker ikke avtalen lenger enn ulovligheten rekker.¹⁷ Ønskes ytterligere revisjon utover det som følger av hovedreglen om partiell ugyldighet, kan krenkede påberope seg avtaleloven § 36 eller forutsetningslæren.

2.3 Offentlig sanksjonering

I relasjon til offentlig sanksjonering, sondres det mellom forvaltningsrettslig og strafferettslig sanksjonering. Avgjørende er hvorvidt *Konkurransetilsynet* kan vedta sanksjonen.

Konkurransetilsynet kan etter konkurranseloven § 29 ilegge overtredelsesgebyr for forsettlig og uaktsomme overtredelser. Alle overtredelser av konkurranseloven skal kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr, både prosessuelle og materielle, jfr. oppregningen i § 29 første ledd. Overtredelsesgebyr er ikke straff i relasjon til Grunnlovens terminologi, men en rent sivilrettslig bot fastsatt av et administrativt organ.¹⁸ På den annen side er overtredelsesgebyr straff i EMKs forstand.¹⁹

Konkurransetilsynet kan videre ilegge tvangsmulkt etter § 28. Sanksjonen var en sentral del av sanksjonssystemet etter den tidligere konkurranseloven, fordi alternativet var å anmelde

¹⁵ Tilsvarende bestemmelse i tvisteloven nr. 90/2005 kapittel 34 (ennå ikke trådt i kraft). Alternativt er det mulig å be Konkurransetilsynet treffe midlertidig vedtak etter konkurranseloven § 12 fjerde ledd.

¹⁶ Jfr. Graver og Hjelmeng s. 170.

¹⁷ Op.cit. s. 169.

¹⁸ Jfr. NOU 2003: 12 s. 132 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 116. Det samme følger indirekte av SAS-avgjørelsen, TOSLO-2005-111347, pkt. 1.

¹⁹ Jfr. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 117. EMK er inkorporert ved lov nr. 21/1999 (menneskerettsloven) § 2 første ledd.

forholdet til påtalemyndigheten for straffeforfølgning.²⁰ I medhold av § 12, kan Konkurransetilsynet gi pålegg om opphør og iverksette midlertidige vedtak.

Bøter eller fengsel kan ilegges av påtalemyndigheten etter § 30. Straffebestemmelsen tar utgangspunktet i at atferd som var lovlig etter den gamle konkurranseloven, ikke skal medføre straffansvar etter den nye.²¹ Det innebærer bl.a. at kartellsamarbeid etter § 10 kan straffesanksjoneres, mens misbruk etter § 11 holdes utenfor straffansvaret.²² Ved overtredelse av pålegg om opphør av atferd i strid med § 11, kan det imidlertid ilegges straffansvar, jfr. § 30 første ledd litra b, jfr. § 12. Straffansvaret omfatter både foretak og privatpersoner.

Ved utmåling av overtredelsesgebyr etter § 29 eller bøter etter § 30, *skal* det tas med i betraktning hvis foretaket har bistått konkurransemyndighetene. Der konkurransebegrensende samarbeid blir forsøkt sanksjonert med bøter etter § 30 supplerer lempningsregelen i § 31 derfor straffeloven § 59. Konkurranseloven § 31 rekker i tillegg lenger ved at den etter sin ordlyd gir virksomheten *en garanti for* belønning.

Sanksjonene nevnt her vil få anvendelse også i de tilfeller der norske konkurransemyndigheter anvender EØS-konkurranseloven, jfr. EØS-konkurranseloven § 6 første ledd.

²⁰ Vinningsavståelse etter tidligere konkurranselov § 6-5 ble aldri benyttet, særlig fordi det er svært vanskelig å beregne vinning. Se om dette, ”Sanksjonering – er det verdt prisen?”, *Konkurransetilsynets skriftserie* 1/2001, kapittel 5. Vinningsavståelse er ikke videreført i konkurranseloven, se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 129.

²¹ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 124.

²² En annen begrunnelse for ikke å straffesanksjonere slik atferd i konkurranseloven er at det fordrer svært kompliserte økonomiske vurderinger for retten å konstantere misbruk. Det er tilsvarende komplisert for foretaket å forutse om atferden er i strid med forbudet, som igjen har betydning for straffverdigheten, se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 118. Dette forhold veier ikke like tungt ift. ileggelse av overtredelsesgebyr, som ikke statuerer straff i tradisjonell forstand.

2.4 Overtredelsesgebyr

Forbudssystemet, som innebærer at flere forhold er forbudt etter konkurranseloven enn tidligere, aktualiserte behov for et mer fleksibelt sanksjonssystem.²³ Overtredelsesgebyr kan lettere tilpasses den enkelte overtredelse enn det som er tilfellet med foretaksstraff. Prinsippet om at reaksjonen skal være proporsjonal med overtredelsen er sentral, fordi straffesanksjonering er mer inngripende enn en administrativ sanksjon.

En tilnærming til det høye bøtenivået i EU vil antakelig avskrekke virksomheter fra å begå overtredelser, i samvirke med straffetrusselen. Tilnærmingen gjelder også for fastsettelse av bøter etter konkurranseloven § 30.²⁴ Når det sees hen til bøtenivået i EU, må man imidlertid ha i bakhodet at Kommisjonen, pga. ressursmangel, har konsentrert seg om å etterforske overtredelser av høy alvorlighetsgrad.

Konkurransetilsynet har gått fra å være et organ som vedtok forskrifter eller grep inn med enkeltvedtak, til å bli et organ med vide etterforskningsfullmakter og myndighet til å ilegge gebyr i saker som det selv har etterforsket. En slik konstruksjon reiser rettssikkerhetsmessige spørsmål, fordi det ikke er et klart skille mellom etterforsker og håndhever. Et av hovedformålene bak utmålingsforskriften er imidlertid å sikre en gjennomiktig prosess for fastsettelse av overtredelsesgebyr, slik at foretakene kan vurdere om fastsettelsen er korrekt eller om den er diskriminerende eller vilkårlig.²⁵

Utmåling av overtredelsesgebyr må likevel ikke være for matematisk. En forutsigbar beregningsmodell kan virke mot sin hensikt da foretakene kan bli fristet til å foreta en nytte-kostnadsanalyse av hvorvidt overtredelse er hensiktsmessig. Det vil redusere overtredelsesgebyrets avskrekkende effekt. Ved utarbeidelsen av utmålingsforskriften var det derfor viktig å finne en balanse mellom Konkurransetilsynets behov for frihet i skjønnet og foretakenes behov for forutberegnelighet.

²³ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 116.

²⁴ Jfr. NOU 2003: 12 s. 135.

²⁵ Konkurransetilsynet har begrunnelsesplikt etter forvaltningsloven nr. 00/1967 § 24.

2.4.1 Forholdet mellom Konkurransetilsynet og påtalemyndigheten

Straff og overtredelsesgebyr er i utgangspunktet likestilte sanksjonsformer.²⁶

Dobbeltstraffregelen i EMKs tilleggsprotokoll nr. 7 artikkel 4, gjør det nødvendig med klare retningslinjer for når Konkurransetilsynet selv skal behandle saken, og når det skal anmeldes med tanke på straffesanksjoning. Problemstillingen er relevant også med tanke på hvilke saker som vil sanksjoneres med overtredelsesgebyr.

Konkurranselovutvalget anførte, i forbindelse med lovforarbeidet, at innføring ”av sivilrettslige bøter i den norske konkurranseloven vil kunne bidra til å fange opp lovovertridelser som ikke er så graverende at det er nødvendig med en straffereaksjon”.²⁷ Dette indikerer at kun de mest alvorlige overtredelsene vil anmeldes. I tillegg synes departementet å gi sin tilslutning til Sanksjonsutvalget i NOU 2003: 15 når det viser til anbefalingen om at sivile bøtesanksjoner skal benyttes der overtredelsen ikke er så alvorlig at det bør reageres med straff.²⁸ Dette er for så vidt i overensstemmelse med Sanksjonsutvalgets mandat om at bruken av straff bør reduseres, det såkalte subsidiaritets hensynet.²⁹

Overtredelsens alvorlighet må avgjøres konkret i hvert tilfelle etter en helhetlig vurdering.³⁰ Det er ennå ikke utarbeidet noen anmeldelsesinstruks.³¹ Ut fra ønsket om konsekvens i lovgivningen, må det forventes at visse typer kartellsamarbeid er i faresonen *per se*, så som horisontale anbuds- og prissamarbeid. Slikt samarbeid kan sidestilles med grov økonomisk kriminalitet, som er straffebelagt i straffeloven (særlig bedrageri, jfr. straffeloven § 270).

²⁶ Jfr. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 124. Det tosporede systemets hensiktsmessighet er diskutert av Høivik i *LoR* 2006 s. 360 flg.

²⁷ Jfr. NOU 2003: 12 s. 126.

²⁸ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 116.

²⁹ Se NOU 2003: 15 s. 143.

³⁰ Om Sanksjonsutvalgets generelle kvalifikasjonskrav, se NOU 2003: 15 kapittel 10.

³¹ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 124. Konkurransetilsynet har foreløpig ikke anmeldt noen for brudd på den nye loven.

Overtredelsesgebyr vil etter dette være mest aktuelt for mindre alvorlige brudd på konkurranseloven § 10, samt prosessuelle overtredelser og misbruk av dominerende stilling. Samtidig gir drøftelsen foran grunn til å anta at lempningsinstituttet i utmålingsforskriften ikke vil ha tilsiktet virkning fordi straff etter konkurranseloven § 30 synes å være foretrukket sanksjonsform for brudd på § 10. Lempningsreglene i utmålingsforskriften gjelder kun overtredelsesgebyr og er laget for karteller. Det gjør det etter min mening aktuelt å sette spørsmålsteget ved lempningsreglenes hensiktsmessighet. I tillegg kommer at opphør etter § 12 uten tilknyttet overtredelsesgebyr antakelig vil være den mest praktiske sanksjonsform ved mindre alvorlige brudd på § 10.³² Konkurransetilsynets praksis viser også at overtredelsesgebyr hittil kun er ilagt ved brudd på § 11 og for prosessuelle overtredelser. Det gjenstår å se hvorvidt Konkurransetilsynet vil følge straffesporet ved brudd på § 10. Det er bare ca. to og et halvt år siden Konkurranseloven trådte i kraft, slik at Konkurransetilsynets praksis ikke gir grunnlag for klare konklusjoner.

3 EU-/EØS-rettens sanksjonssystem

3.1 Generelt

EU-/EØS-rettens sanksjonssystem skiller seg fra konkurranselovens, ved at Kommisjonen ikke har adgang til å ilegge straff i tradisjonell forstand. De sanksjoner som er tilgjengelige for Kommisjonen følger av forordning 1/2003 artikkel 23 og artikkel 24. I medhold av artikkel 23 kan det ilegges bøter både for prosessuelle og materielle overtredelser. Etter artikkel 24 kan det ilegges tvangsmulkt. Tilsvarende sett av sanksjoner følger av Fusjonsforordningen, hhv. artikkel 14 og 15.³³

³² Se NOU 2003: 12 s. 67.

³³ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings.

Fellesskapsretten har direkte virkning i medlemsstatene, hvilket innebærer at individene har rettigheter som kan håndheves for nasjonale domstoler.³⁴ Rettighetene skal kunne prøves selv om nasjonale regler sperrer for slik prøvelse.³⁵

3.2 Særlig om bøter

I 1998 introduserte Kommisjonen et sett retningslinjer som svar på kritikken om at metoden for fastsettelse av bøter var vilkårlig og lite gjennomiktig.³⁶ Retningslinjene forlot samtidig utgangspunktet om at fastsettelsen skulle baseres på foretakets omsetning i det relevante marked til fordel for en mer helhetlig vurdering, der overtredelsens grovhet og varighet skulle være det sentrale.

Intensjonen bak retningslinjene er å definere momenter som inngår i en bøtefastsettelse, og metoden legger opp til en prosess bestående av fem stadier. I det første stadiet estimeres et grunnbeløp basert på overtredelsens grovhet og varighet. Overtredelsen plasseres i angitte kategorier fra mindre grove til svært grove.³⁷ Veiledende bøtenivå angis i teksten for hver kategori, og det er eksemplifisert hvilke overtredelser det er grunn til å tro vil havne i de ulike kategoriene. Varigheten er enten kort, middels eller lang.

Det andre stadiet fremgår av seksjon 2 og 3 i retningslinjene. Grunnbeløpet kan heves eller reduseres pga. formildende eller skjerpene omstendigheter. Lempningsprogrammet

³⁴ Se sak 26/62, van Geend en Loos.

³⁵ Se sak C-453/99, Courage v Bernard Crehan. Som etter norsk rett er det ikke praktisk med privat håndhevelse. Se White Paper on Modernisation of the rules implementing Articles 81 and 82 of the Treaty, COM (1999) 101, avsnitt 39.

³⁶ Jf. Kerse, *EC antitrust procedure*, London, 2005, 7-023.

³⁷ Veiledningen vedrørende klassifiseringen er ikke videreført i de nye retningslinjene. Dette skyldes antakelig at klassifiseringen i praksis var vilkårlig pga. en uklar grense mellom grove og svært grove overtredelser. Se om dette Geradine, "The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts' judgements", http://professorgeradin.blogs.com/damien_geradins_papers/, særlig s. 26-29.

foranlediger det tredje stadiet, der det fastsatte beløp reduseres ved samarbeid med Kommisjonen slik det er foreskrevet i lempningskunngjøringen.³⁸ Det fjerde og femte stadiet består i en justering avhengig av foretakets posisjon i markedet og deres relative størrelse, og en tilpassing til regelen om at boten ikke kan være høyere enn 10 % av foretakets omsetning.

Kommisjonens retningslinjer av 1998 er nå avløst av et nytt sett, publisert 2. september 2006. Bakgrunnen var ønsket om å tilpasse utmålingen til erfaringene en hadde gjort seg ved bruken av de eldre retningslinjene, særlig å la utmålingen i større grad enn tidligere være basert på at boten skal være tiltrekkelig avskrekkende.³⁹

Den nye metoden tar utgangspunkt i en prosentsats av foretakets siste års omsetning på det relevante marked. For de mindre foretakene, f.eks. i kartellsamarbeid med ledende aktører, er det en fordel med en omsetningsbasert utmåling. Tidligere stod de i fare for å være ansvarlige for like høye bøter, da grunnbeløpet kun var basert på overtredelsens grovhet og varighet uten at foretakets omsetning ble tatt i betraktning.

Tre andre endringer av betydning må nevnes. Etter avsnitt 24 skal grunnbeløpet multipliseres med antall år overtredelsen har vart.⁴⁰ I tillegg er det introdusert en ”entry fee”-regel i avsnitt 25, som innebærer at foretakene vil bli ilagt en bot på mellom 15 % og 25 % av omsetningen på det relevante marked, uavhengig overtredelsens varighet. Ulovlig virksomhet koster følgelig automatisk minst 15 % av relevant omsetning. Til slutt er det lagt økt vekt på å avskrekke foretak fra å gjenta ulovlig virksomhet. Etter de nye retningslinjene økes grunnbeløpet med opp til 100 %, jfr. avsnitt 28.

Kommisjonens retningslinjer er ikke blant de bindende rettsaktene i EF artikkel 249, rettskildemessig har de derfor liten vekt i EU-retten. På den annen side er retningslinjene

³⁸ Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, EFT 2002 C45/3.

³⁹ Se de nye retningslinjene avsnitt 3-4.

⁴⁰ Tidligere var regelen i seksjon B i retningslinjene at summen skulle heves med 10 % for hvert år.

noe nær bindende for Kommisjonen selv, pga. den legitime forventning retningslinjene skaper om at Kommisjonen vil anvende den metode retningslinjene foreskriver.⁴¹

4 Momenter i den skjønnsmessige fastsettelse av overtredelsesgebyr

4.1 Innledende bemerkninger

Utmålingsforskriftens saklige virkeområde omfatter de typer overtredelser som er nevnt i konkurranseloven § 29, jfr. utmålingsforskriften § 1 første ledd. Virkeområdet dekker dermed både materielle og prosessuelle overtredelser.

Kommisjonens retningslinjer har derimot et langt mer snevert virkeområde. Meddelelsen gjelder overtredelser av EF artikkel 81 og 82, der bøtehjemmelen følger av forordning 1/2003 artikkel 23 nr. 2 litra a. Det er med andre ord en distinksjon mellom overtredelser av de materielle reglene i EF artikkel 81 og 82 og reglene i forordning 1/2003 artikkel 8 og 9. Bøtehjemmelen for overtredelse av de prosessuelle reglene følger av forordning 1/2003 artikkel 23 nr. 1 litra a til e. For brudd på reglene om fusjonskontroll, gjelder Fusjonsforordningen. Utgangspunktet for utmålingen skal være den samme som i retningslinjene, både etter Fusjonsforordningen og etter forordning 1/2003 artikkel 23 nr. 1, i.e. hensyntagen til overtredelsens grovhet og varighet.

Med unntak av SAS-saken, har Konkurransetilsynet hittil bare ilagt overtredelsesgebyr for overtredelser av den alminnelige meldeplikten etter konkurranseloven § 18 første ledd. Konkurransetilsynets praksis i slike saker er lite egnet til å belyse innholdet i de momentene som Konkurransetilsynet skal og kan ta i betraktning ved utmålingen. Dette

⁴¹ Mr Advocate General Tizzano: "[T]he Commission cannot depart at will from the rules which it has imposed on itself", se premiss 59 i Opinion of the Advocate General, Sml. 2005 s. I-5425(AG Tizzano). Se også sak T-59/02, Archer Daniels Midland Co v Kommisjonen (ADM), premiss 43.

skyldes at vurderingen i disse sakene i utgangspunktet er mindre omfattende enn ved saker som dreier seg om brudd på de materielle reglene i konkurranseloven §§ 10 og 11.

Utmålingsforskriften har en noe enklere utforming enn Kommisjonens retningslinjer, ved at den ikke intuitivt er like beskrivende i sin metode. Retningslinjenes førtale statuerer at det skal fastsettes et grunnbeløp som deretter vil bli justert for forsterkende eller formildende omstendigheter. Et sentralt spørsmål er om Konkurransetilsynet vil anvende en tilsvarende beskrivende metode ved utmåling av overtredelsesgebyr. Alternativet er en helhetsvurdering av den konkrete sak uten å anvende et grunnbeløp og proSENTSATSER for formildende eller skjerpene omstendigheter.

Etter utmålingsforskriften § 3 første ledd skal det ”særlig” legges vekt på foretakets omsetning og overtredelsens grovhet og varighet. Videre følger de viktigste momentene i grovhetsvurderingen av annet ledd. Andre momenter som kan ”påvirke” utmålingen følger delvis av tredje ledd. Således synes det å ligge implisitt i utmålingsforskriftens oppbygning at Kommisjonens metode skal anvendes. Graver og Hjelmeng fremholder også at utmålingsprosessen vil være mer eller mindre identisk.⁴² Ulikheter i metoden vil kunne få stor betydning for bøtenivået. Å benytte den samme metode vil være ønskelig pga. harmoniseringshensynet.⁴³

⁴² Se Graver og Hjelmeng s. 59.

⁴³ I vedtak 2005-9 SAS (Haugesund) (SAS-saken), opphevet ved dom TOSLO-2005-111347, brukte riktignok Konkurransetilsynet retningslinjenes metodikk, men det skyldes at utmålingsforskriften ikke var vedtatt da vedtaket ble truffet.

4.2 Avskrekking

Overtredelsesgebyrets primære funksjon er å hindre gjentakelse av overtredelsen. Dersom overtredelsesgebyr skal virke preventivt er det nødvendig å fastsette dem på et nivå som virker tilstrekkelig avskrekkende. I EU-retten har en slik betraktning spilt en grunnleggende rolle i utviklingen av praksis og retningslinjene.

Hvilken betydning det skal ha for utmålingen, at overtredelsesgebyr skal virke avskrekkende, er ikke regulert i Konkurranseloven eller i utmålingsforskriften.⁴⁴ Betraktningen kommer imidlertid til anvendelse som *en generell rettesnor*. Dette følger allerede av at Konkurransetilsynet skal sørge for at næringslivet opptrer i overensstemmelse med konkurransereglene, jfr. konkurranseloven § 9. Foretaksstraffens preventive virkning er samtidig en del av oppregningen i straffeloven § 48 b, og Høyesterett la i *Bølgepapp I* vekt på uttalelser i forarbeider om at bøter må ilegges på et nivå som virker tilstrekkelig avskrekkende.⁴⁵ At bøter skal virke tilstrekkelig avskrekkende, tillegges dessuten betydelig vekt i EU-retten.

Ulike grunner gjør det nødvendig å anvende betraktningen om at overtredelsesgebyr skal virke avskrekkende. En grunn kan være at Konkurransetilsynet ser det som nødvendig å heve det generelle nivået på overtredelsesgebyr for en viss type overtredelse som viser seg å være relativt hyppig forekommende.⁴⁶ Andre grunner vil bli berørt fortløpende nedenfor.

Vurderingen av hvorvidt overtredelsesgebyr virker tilstrekkelig avskrekkende, vil ha mindre betydning for Konkurransetilsynet enn for Kommisjonen. Omsetningen som tas i betraktning etter utmålingsforskriften er foretakets globale omsetning. Etter de nye retningslinjene avsnitt 13, legges omsetningen relatert til det relevante marked til grunn. Utmåling av overtredelsesgebyr, vil derfor lettere tilpasse seg overtrederens størrelse, med

⁴⁴ Betraktningen følger dog forutsetningsvis av merknadene til § 3 åttende avsnitt.

⁴⁵ *Bølgepapp I* s. 1932.

⁴⁶ Se f.eks. sak T-311/94, BPB v Kommisjonen, premiss 303. Gjentatt i sak T-304/02, Hoek Loos v Kommisjonen, premiss 130.

mindre rom for å måtte oppjustere overtredelsesgebyr for å sikre tilstrekkelig avskrekkende effekt.

Anvendelsen må riktignok modifieres i to relasjoner. For det første skal ikke overtredelsesgebyr overstige maksimumsgrensene i utmålingsforskriften, se kapittel 4.4. For det annet *bør ikke* bøtenivået settes så høyt at foretak går konkurs, se kapittel 4.8.5.

4.3 Differensiering

I konkurransesaker med flere overtredere er det nødvendig å differensiere utmålingen. Differensieringen skyldes at ileggelse av overtredelsesgebyr skal individualiseres. Ileggelsen skal tilpasses den enkelte overtreders relative deltakelse. Begrunnelsen er likebehandlingsprinsippet, som ikke bare tilsier at like tilfeller skal bedømmes likt, men også at ulike tilfeller skal bedømmes ulikt.⁴⁷

Differensiering vil særlig ha betydning i to sammenhenger. For det første der foretakene har tatt del i overtredelsen på ulike tidspunkt. For det annet er det nødvendig for å ta hensyn til skjerpende eller formildende omstendigheter.

Gjeldende rett ble oppsummert i *Archer Daniels Midland*:

“As is clear from case-law, where an infringement is committed by several undertakings, the relative gravity of the participation of each of them must be examined ... so that it may be established whether aggravating or mitigating circumstances are applicable to them. ... That conclusion follows logically from the principle that penalties and sanctions must fit the offence, according to which an undertaking may be penalised only for acts imputed to it individually. That principle applies in any administrative procedure that may lead to the imposition of sanctions.”⁴⁸

⁴⁷ Jfr. ADM, premiss 133.

⁴⁸ Sak T-224/00, Archer Daniels Midland v Kommisjonen (Archer Daniels Midland), premiss 260-261.

En tredje sammenheng vedrører overtredelsens grovhet. Det foreligger betydelig praksis om dette i EU-retten, f.eks. *Nintendo* og *Vitamins*.⁴⁹ Praksisen er stor sett knyttet opp mot differensiering som produkt av å la utmålingen gjenspeile de ulike kartelldeltakernes størrelse. Kommisjonen tar i betraktning foretakenes effektive økonomiske kapasitet og at boten skal være tilstrekkelig avskrekkende. At større foretaks konkurransebegrensende atferd er mer ødeleggende på konkurransen enn mindre foretaks, bidrar til å øke overtredelsens grovhet. Dette forhold, og likhetshensyn, legitimerer differensieringen. Rent praktisk grupperes foretakene etter omsetning. Etersom foretakets omsetning er et obligatorisk moment etter utmålingsforskriften, vil det ikke være nødvendig å differensiere ut ifra overtredelsens grovhet. Det samme gjelder nå for Kommisjonen, se kapittel 3.2. Differensiering på bakgrunn av omsetning ble for øvrig foretatt i *Bølgepapp I* s. 1933.

Differensieringen må pga. likhetshensyn være begrunnet. Vurderingstema er om differensieringen er logisk og objektiv.⁵⁰ Det vil den være dersom etterforskningen viser at varigheten for de ulike foretakene er forskjellige eller dersom den avdekker skjerpene eller formildende omstendigheter som kun relateres til ett eller noen av foretakene.

4.4 Kvantitative begrensninger

Konkurranseloven inneholder ikke regler som angir overtredelsesgebyrenes maksimale størrelse. Maksimumsgrensene følger derimot av utmålingsforskriften og nødvendigvis av målet om at bøtenivået skal harmoniseres med nivået i EU. Utmålingsforskriften er på dette punkt en kopi av Kommisjonens retningslinjer.

Etter § 2 første ledd er det en maksimumsgrense på 1 % av foretakets omsetning for overtredelser av reglene nevnt i litra a til f. Grensen på 10 % gjelder for materielle overtredelser av konkurranseloven §§ 10 og 11 og ellers overtredelser av reglene nevnt i

⁴⁹ *Vitamins*, EFT 2003 L6/1; *Nintendo*, EFT 2003 L255/33.

⁵⁰ Jf. forenede saker T-236/1, T-239/01, T-244/01 – T-246/01, T-251/01 og T252/01, Tokai Carbon v Kommisjonen (Tokai Carbon), premiss 220.

annet ledd litra b til g. Forskjellen skyldes at overtredelser av den art som er nevnt i annet ledd har større innvirkning på konkurransen.

Et tak for størrelsen på overtredelsesgebyr innebærer at Konkurransetilsynet ikke under noen omstendighet kan ilegge et høyere gebyr, jfr. ”inntil” i § 2. Det er likevel på ingen måte meningen at terskelen skal være en pekepinn på overtredelsesgebyrenes nivå ved utmålingen. Praksis viser nettopp at nivået på bøtene jevnt over ikke er i nærheten av maksimumsgrensene.⁵¹

Maksimumsgrensene begrunnes i proporsjonalitetsbetraktninger. Dette fremgår ikke av forarbeidene men synes klart som følge av uttalelser i praksis fra Kommisjonen og EU-domstolene. Formålet er å hindre at overtredelsesgebyret fastsettes med en slik størrelse at det er uproporsjonalt i forhold til foretakets omsetning.⁵² Høyere gebyrer vil kunne virke mot sin hensikt fordi foretakene undertiden ikke vil være i stand til å betale. Konkurs vil dempe konkurransen da det aktuelle markedet vil være en aktør mindre. Grensen, og således proporsjonaliteten, regnes ut ifra foretakets omsetning, som antas er best egnet som indikasjon på foretakets størrelse. Hva som nærmere ligger i ”omsetning” er vurdert i kapittel 4.5.

Et nærliggende spørsmål er om Konkurransetilsynet kan ta en hypotetisk høyere andel i betraktning ved beregning av endelig overtredelsesgebyr. Dette er særlig relevant i kartellsaker der det er aktuelt å anvende lempningsregelen i konkurranseloven § 31. Spørsmålet aktualiseres fordi det er mer gunstig for overtrederen dersom en reduksjon

⁵¹ Konkurransetilsynets undersøkelse av de fem største kartellsakene i EU viser at boten i snitt utgjorde 2,73 % av foretakenes omsetning, jfr. Evensen s. 49. Gjennomsnittlig bot i saker for brudd på meldeplikten etter vedtak 2006-13 (som må sies å være den siste saken i rekken der Konkurransetilsynet kun ila et symbolsk beløp) er ca. 30.000 kr pr. 14. november.

⁵² Se forenede saker C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P til C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. v Kommisjonen (Dansk Rørindustri), premiss 280 som viser til forenede saker 100-103/80, Musique Diffusion v Kommisjonen.

foretas av en sum som tilsvarerer eller er mindre enn 10 % av omsetningen, enn dersom lempningen har som utgangspunkt en sum, f.eks. i størrelsesorden 15 % av omsetningen.

Svaret kan vanskelig utledes av ordlyden i utmålingsforskriften. Spørsmålet var imidlertid oppe til vurdering for EF-domstolen vedrørende et kartell i varmerørsektoren. Flere deltakere, blant andre Dansk Rørindustri, hevdet at det var i strid med retningslinjene å tillate at det på et tidspunkt under utmålingsprosessen, var anvendt en sum som oversteg 10 % av omsetningen. Domstolen gjentok det AG Tizzano allerede hadde statuert i sin opinion:

”As the Court of First Instance rightly held, Article 15(2) ... does not therefore prohibit the Commission from referring, for the purpose of its calculation, to an intermediate amount in excess of that limit.”⁵³

Tolkingsresultatet er at ordlyden i utmålingsforskriften § 2 må tolkes bokstavelig, slik at vurderingstema er hvorvidt *det endelige gebyret* overstiger grensen.⁵⁴ Regelen er at maksimumsgrensene kun relaterer seg til den endelige summen, etter at formildende eller skjerpene omstendigheter tas i betraktning, men *før* anvendelse av lempningsreglene.⁵⁵ Dette er nødvendig av hensyn til formålet bak lempningsinstituttet, nettopp at foretakene skal være sikre på å ha fordel av å samarbeide med Konkurransetilsynet.

Dersom en sammenslutning av foretak er overtredelse og overtredelsen gjelder medlemsforetakenes aktiviteter, skal den samlede salgssinntekten til medlemmene som er aktive på det relevante markedet legges til grunn ved utmålingen, jfr. utmålingsforskriften § 2 tredje ledd annet punktum.⁵⁶

⁵³ Se Dansk Rørindustri, premiss 278 og AG Tizzano, premiss 32.

⁵⁴ Jfr. også seksjon 5 a) i retningslinjene: ”It goes without saying that the final amount calculated according to this method ... may not in any case exceed 10% of the world-wide turnover of the undertakings”.

⁵⁵ Se Ortiz, *EC competition procedure*, Oxford, 2006 s. 452.

⁵⁶ En nærmere redegjørelse om dette i Graver og Hjelmeng s. 76 flg.

4.5 Foretakets omsetning

Det følger av konkurranseloven § 29 tredje ledd at det særlig skal legges vekt på foretakets omsetning. Overtrederens omsetning utgjør derfor både en formell grense for hvor stort overtredelsesgebyret kan være, og samtidig et obligatorisk moment i utmålingen.

Omsetningen er derfor et av kjerneelementene. Det samme gjelder i Kommisjonens nye retningslinjer. Annerledes er det i retningslinjene, som statuerer som utgangspunkt en vurdering av grovheten og varigheten.⁵⁷

Utmålingsforskriften § 2 siste ledd legaldefinerer omsetning som ”foretakets samlede salgsinntekt for siste regnskapsår”. Vurderingen som følger er i utgangspunktet gjort med tanke på omsetningen som moment, men den vil også være relevant med tanke på maksimumsgrensene.

Regnskapsåret følger som hovedregel kalenderåret, jfr. lov nr. 56/1998 (regnskapsloven) § 1-7. Det er videre foretakets samlede salgsinntekt som skal tas i betraktning, jfr. ordlyden i utmålingsforskriften § 2 siste ledd. Det betyr at også salgsinntekt fra utlandet omfattes i beregningen.⁵⁸ Den samlede salgsinntekten gir den mest presise indikasjon på foretakets størrelse.

Betydningen av hvilken omsetning som legges til grunn, har kommet på spissen ved differensiering. Frem til vedtakelsen av de nye retningslinjene, kunne Kommisjonen velge om global eller relevant omsetning skulle anvendes. Anvendelse av global omsetning ble ansett for å være mest hensiktsmessig for å avskrekke store konsern, men til ulempe for små og mellomstore foretak som for det meste hadde konsentrert sin virksomhet i andre markeder enn det relevante marked. For slike mindre foretak, ville det følgelig være mest fordelaktig at relevant omsetning ble anvendt. *ADM* er illustrerende, særlig premiss 11, 119 og 131. Betydningen valg av type omsetning har i tall, fremgår av premiss 85.

⁵⁷ Se de nye retningslinjene avsnitt 19. Sml. retningslinjene seksjon 1.

⁵⁸ SAS-saken pkt. 10.7: ”Med foretakets omsetning menes dets årlige omsetning på verdensbasis.”

I *SAS-saken* ble SAS-gruppens omsetning på verdensbasis lagt til grunn ved utmålingen, ikke omsetningen tilknyttet ruten Oslo-Haugesund.⁵⁹

Det vil føre for langt å gå inn på en diskusjon om subjektet for gebyret. Her er det tilstrekkelig å vise at dersom et morselskap i et konsern regnes for å være overtreders, skal hele konsernets omsetning legges til grunn. Dersom overtrederen er et datterselskap, skal derimot datterselskapets omsetning anvendes.⁶⁰ Det synes klart ut ifra harmoniseringsformålet at de samme prinsippene for løsningen av denne problematikken i EU, skal anvendes etter norsk rett. Dette innebærer bl.a. at grensen for når morselskapet regnes for å være overtreders er svært flytende, slik at det skal lite til før hele konsernets omsetning tas i betraktning.⁶¹ Problematikken har betydning fordi en løsning der morselskapet anses for å være overtreders nødvendigvis vil medføre at boten settes høyere.

Det er tradisjon i Norge for å se hen til foretakets omsetning ved utmåling av foretaksbøter. Således ble det i *Trafikkskole-saken* uttalt at det var ”naturlig å se reaksjonen i en viss sammenheng med størrelsen av omsetningen, som gir en indikasjon på omfanget av overtredelsen”.⁶² Foretakets omsetning var også vektlagt som utmålingsmoment i *Bølgepapp I*.⁶³

Etter utmålingsforskriften er det siste års omsetning som skal legges til grunn. Dette er omsetningen året før Konkurransetilsynet fatter sitt vedtak, jfr. forordning 1/2003 artikkel 23 nr. 2 annet ledd og praksis fra EU.⁶⁴ Et spørsmål er om ordlyden skal tolkes strengt slik at det *alltid* er siste års omsetning som er relevant. Spørsmålet kan være svært sentralt for

⁵⁹ Op.cit. pkt. 10.7. Noe annet er at ruteomsetningen ble vektlagt i grovhetsvurderingen, se pkt. 10.5.

⁶⁰ Se merknadene til § 2 sjette avsnitt. Konsernets økonomi kan riktignok vektlegges i medhold av utmålingsforskriften § 3 tredje ledd litra d. Se kapittel 4.8.4.

⁶¹ For en inngående drøftelse, se Graver og Hjelmeng s. 71 flg.

⁶² Rt. 1995/1907 s.1908.

⁶³ Bølgepapp I s. 1934.

⁶⁴ Se sak C-291/98 P, Sarriò v Kommissjonen, premiss 85.

foretaket da det kan være store forskjeller i omsetningen fra år til år, avhengig av ulykke, streik eller krise i den relevante sektoren. Også innenfor ordinær drift kan det i noen bransjer være betydelige svingninger, typisk der det konkurreres om få, men store, oppdrag. I tillegg kan det være at tall fra siste regnskapsår overhodet ikke er tilgjengelig for Konkurransetilsynet.

En nylig avsagt dom fra Førsteinstansretten belyser problemstillingen.⁶⁵ Avgjørelsen gjaldt et markedsdelingskartell i sinkfosfat-sektoren. Britannia krevde kommisjonens vedtak annullert eller redusert i den grad den ila bot. Begrunnelsen var at Kommisjonen hadde lagt til grunn tall fra regnskapsåret som endte 30. juni 1996, det siste fulle regnskapsåret i perioden overtredelsen fant sted. Dette var problematisk fordi Kommisjonens avgjørelse var datert 11. desember 2001, hvilket skulle bety at tall fra regnskapsåret som endte 30. juni 2001 burde vært brukt. Videre var det problematisk at foretaket hadde trukket sin virksomhet ut av sektoren i 1997 slik at omsetningen i de etterfølgende år, var lik null. Britannia fikk ikke medhold. Begrunnelsen var at en streng ordlydsfortolkning ville ledet til et svært diskriminerende resultat i forhold til andre kartelldeltakere.⁶⁶ Den ville også medføre at foretak kan unndra seg store bøteansvar ved å avhende eller trekke seg ut av all innbringende virksomhet.

Etter å ha presisert at det i utgangspunktet er det siste året før avgjørelsen som skal legges til grunn, fremholdt Førsteinstansretten at det kan være rom for modifikasjoner i eksepsjonelle tilfeller:

”The Commission may use such an earlier business year only in exceptional circumstances ... It is obliged to refer to the last full business year corresponding to a full year of normal economic activity.”

Uttalelsen kom i forlengelsen av at Førsteinstansretten tidligere hadde fremholdt at

⁶⁵ Sak T-33/02, Britannia v Kommisjonen.

⁶⁶ Op.cit. premiss 63.

“the Court considers that the Commission is obliged to fix the maximum limit of the fine by reference to the most recent turnover corresponding to a complete year of economic activity”.⁶⁷

Spørsmålet er om dette syn er overførbart til norsk rett. Ordlyden i utmålingsforskriften er klar, jfr. ”siste regnskapsår” i utmålingsforskriften § 2. Nettopp av den grunn vil nok norske konkurransemyndigheter og interne domstoler forholde seg noe mer stringent til utmålingsforskriftens ordlyd, som jo er gitt i medhold av lov. På den annen side synes argumentene for å tolke ordlyden utvidende, relevante også for norske forhold, slik at gode grunner taler for at regelen og vurderingstema blir det samme. Det veier samtidig tungt at Kommisjonens retningslinjer uttrykkelig åpner for at tall fra tidligere år enn siste regnskapsår kan legges til grunn.⁶⁸

Konklusjonen er at utmålingsforskriften § 2 tredje ledd ikke tolkes strengt etter sin ordlyd, men at Konkurransetilsynet i særlige tilfeller har mulighet til å legge til grunn tall fra andre regnskapsår enn det siste. Vurderingstema ved tolkningen av ”siste regnskapsår” blir etter dette hvorvidt omsetningen representerer foretakets virksomhet i et fullt regnskapsår med normal økonomisk aktivitet. Dersom det ikke er tilfelle, skal det sees hen til året før osv.

4.6 Grovhetsvurderingen

Det følger indirekte av ordlyden i utmålingsforskriften § 3 annet ledd at en statuering av overtredelsens grovhet forutsetter en vurdering av en rekke momenter. Konkurransetilsynet skal foreta en rettslig vurdering av den konkrete sak der alle relevante forhold potensielt kan ha relevans. I den grunnleggende *Musique Diffusion* ble dette gjort klart:

”In assessing the gravity of an infringement regard must be had to a large number of factors, the nature and importance of which vary according to the type of infringement in question and the particular circumstances of the case.”⁶⁹

⁶⁷ Op.cit. premiss 49 og 74.

⁶⁸ Se retningslinjene seksjon 5 a). De nye retningslinjene avsnitt 13.

⁶⁹ Forenede saker 100-103/80, *Musique Diffusion v Kommisjonen*, premiss 120.

EU-domstolenes praksis er kodifisert i de nye retningslinjene fra Kommisjonen: “The assessment of gravity will be made on a case-by-case basis for all types of infringement, taking into account of all the relevant circumstances of the case.”⁷⁰ Vurderingen styres av regelen om at jo grovere overtredelsen er, desto større vil overtredelsesgebyret være.

Grovheten er et utmålingsmoment etter straffeloven § 48 b litra b. Rettspraksis vedrørende dette momentet vil bli nevnt der det er hensiktsmessig.

4.6.1 Overtredelsens art

Overtredelsens art vil i de fleste saker utgjøre kjernen i grovhetsvurderingen. Det er derfor også oppregnet som det første momentet i utmålingsforskriften § 3 annet ledd, se litra a. Momentets betydning fremgår av at visse *typer* overtredelser av konkurransereglene er så konkurransebegrensende i seg selv at de bør klassifiseres som grove av den grunn, med et tilsvarende høyt overtredelsesgebyr.

Utgangspunktet er likevel at klassifiseringen beror på en helhetlig vurdering, slik at andre omstendigheter kan lede frem til en klassifisering som avviker fra den en vurdering av overtredelsens art skulle tilsi. Dette var særlig tydelig i *Luxembourg Brewers* som gjaldt et markedsdelingskartell. Overtredelsen ble klassifisert som grov (ikke svært grov), bl.a. fordi den gjaldt et begrenset geografisk marked (Luxembourg).⁷¹

Det er alminnelig i en konkurranserettslig sammenheng å operere med typer av overtredelser. Overtredelsens art som utmålingsmoment vil ha større betydning for noen typer overtredelser enn andre.

Når det gjelder horisontale karteller, som pris- eller markedsdelingssamarbeid, vil arten bli tillagt stor betydning. Slike tradisjonelle brudd på konkurransereglene blir i praksis

⁷⁰ De nye retningslinjene avsnitt 20.

⁷¹ *Luxembourg Brewers*, EFT 2002 L253/21, avsnitt 92.

automatisk klassifisert som svært grove med en tilsvarende streng sanksjon til følge.⁷²

Dette følger uttrykkelig av avsnitt 23 i de nye retningslinjene:

”Horizontal price-fixing, market-sharing and output-limitation agreements, which are usually secret, are, by their very nature, among the most harmful restrictions of competition. As a matter of policy, they will be heavily fined.”

Det samme gjelder etter norsk rett. I den såkalte *Bølgepapp I*, hadde bølgepappprodusentene anvendt en kalkulasjonsmodell til å beregne en pris som ville sikre lønnsom drift. Førstvoterende uttalte at han ellers var ”enig med aktor i at det ved fastsettelsen av bøtenivået må legges vesentlig vekt på at det dreier seg om et kalkulasjonssamarbeid”.⁷³

Vertikalt samarbeid har i utgangspunktet mindre konkurransebegrensende virkning på markedet enn de horisontale. Dette har likevel ikke kommet til uttrykk i praksis.

Kommisjonen ser ikke ut til å bedømme slikt samarbeid noe mildere.⁷⁴ I de senere år har Kommisjonen vedtatt to beslutninger om slike avtaler, og både i *PO/Yamaha* og i *Nintendo* ble overtredelsens vertikale karakter betegnet som svært grov.⁷⁵

Misbruk av dominerende stilling, særlig der virksomheten i realiteten har monopol, blir raskt sanksjonert med svært høye bøter. Det var tilfellet i *Microsoft-saken*, der Microsoft ble funnet skyldig i å ha overtrådt EF artikkel 82 ved å ha begrenset funksjonen mellom Windows pc-er og arbeidsgruppeservere som ikke har Microsofts styresystem, og for å ha

⁷² Se i.a. *Vitamins*, EFT 2003 L6/1, avsnitt 663 og 674; *Methionine*, EFT 2003 L255/1, avsnitt 271 og 293. Se også *Kerse 7-028*.

⁷³ *Bølgepapp I* s. 1934.

⁷⁴ Jf. *Evensen* s. 47 og 52.

⁷⁵ *PO/Yamaha*, sak 37.975 av 16. juli 2003, avsnitt 190. I sum var overtredelsen riktignok klassifisert som grov. *Nintendo*, EFT 2003 L255/33, avsnitt 374. Det er usikkert om vurderingen etter konkurranseloven vil være den samme, se kapittel 4.6.3.

bundet Windows Media Player til styresystemet. Kommisjonen konkluderte med at overtredelsen ”constitutes by its very nature a very serious infringement”.⁷⁶

Det særegne med overtredelser av denne art er at grovhetsvurderingen i større grad enn ved kartellsaker styres av andre momenter, så som den dominerende aktørens størrelse, graden av dominans og størrelsen på det relevante marked.⁷⁷ I *SAS-saken* fattet Konkurransetilsynet vedtaket med det for øye at det var tale om *underprising* fra en dominerende markedsaktør for å presse en konkurrent ut av markedet. Etter en samlet vurdering kom Konkurransetilsynet til at overtredelsen var grov, selv om praksis fra EU-retten er tilbøyelig til å klassifisere slik atferd som svært grov. Avviket var legitimt fordi det geografiske markedet var meget lite i forhold til de sammenlignbare sakene i EU-retten.⁷⁸

I Konkurransetilsynets saker vedrørende brudd på meldeplikten er det påpekt at det er tale om overtredelse av en regel hvis etterlevelse er vital for en fungerende kontroll med foretakssammenslutninger. I *Norsk Aller* holdt Konkurransetilsynet frem at

”konsekvensen av unnlattelse av å melde en foretakssammenslutning til Konkurransetilsynet er at tilsynet ikke får vurdert om det er aktuelt med inngrep etter konkurranseloven § 16”.⁷⁹

Det samme fremholdes i Kommisjonspraksis, eksempelvis i *Tetra* der Tetra hadde levert ukorrekt eller villedende informasjon i forbindelse med en melding om fusjon:

”In the Commission’s view, the infringements in this case are very serious. A notification is the basis and the starting point for the Commission’s investigation of a concentration.”⁸⁰

⁷⁶ Microsoft, av 24. mars 2004, COMP/C-3/37.792 (Microsoft), avsnitt 1068. Brakt inn for Førsteinstansretten under sak T-201/04.

⁷⁷ Jff. merknadene til utmålingsforskriften § 3 fjerde avsnitt.

⁷⁸ SAS-saken pkt. 10.5.

⁷⁹ Vedtak 2005-14 Norsk Aller.

⁸⁰ Tetra, EFT 2005 L98/27, avsnitt 34.

Brudd på meldeplikten er samtidig overtredelse av en bestemmelse som retter seg mot en *bestemt type* atferd, slik at overtredelsens art er identisk med den atferd som bestemmelsen uttrykkelig retter seg mot. Grovheten er derfor for en stor del avhengig av de hensyn bestemmelsen skal ivareta. Det samme gjelder andre prosessuelle overtredelser, som nærmest har karakter av ordensovertredelser. Vurderingen av overtredelsens art blir derfor mindre sammensatt ved prosessuelle enn ved materielle overtredelser.

Etter de konkrete omstendigheter kan det likevel foreligge sider ved prosessuelle overtredelser som gjør noen grovere enn andre. I saker om meldeplikt etter konkurranseloven § 18 første ledd vil det f.eks. påvirke grovhetsvurderingen dersom meldingen sendes til Konkurransetilsynet av eget tiltak.⁸¹ Videre, vil det ha betydning hvorvidt transaksjonen er gjennomført, fordi slike er vanskelig reverserbare.⁸² For brudd på opplysningsplikten etter konkurranseloven § 24 kan det ha betydning om opplysningene som gis er mangelfulle, og ikke direkte manipulererte. Det kan gjøre forholdet grovere enn dersom foretaket kun holder opplysningene tilbake.

4.6.2 Den faktiske innvirkning

Et moment i grovhetsvurderingen er overtredelsens faktiske innvirkning på markedet, jfr. utmålingsforskriften § 3 annet ledd litra b. Etter en naturlig fortolkning siktes det til den negative effekt overtredelsen har hatt på det aktuelle marked overtredelsen gjelder.

Etter merknadene til § 3 femte avsnitt er målestokken, det samfunnsøkonomiske tapet. Spørsmålet er om samfunnet som sådan har lidt et tap. Det er vanskelig å beregne slikt tap, og beregningene vil uansett være beheftet med betydelig usikkerhet. Normalt må en derfor nøye seg med å vurdere enkelte faktorer som kan indikere hvor omfattende tapet er.

⁸¹ Se f.eks. vedtak 2006-99 Coop Steinkjer BA; vedtak 2006-120 Ole Kr. Ertsvik AS.

⁸² Se f.eks. vedtak 2006-120 Ole Kr. Ertsvik AS.

I prissamarbeidstilfellene innebærer det en vurdering av pris, der prisen ved overtredelsen sammenliknes med prisen dersom overtredelsen tenkes borte.⁸³ Ved misbruk av dominerende markedsrett vil vurderingen heller være rettet mot konkurranseforholdene i det marked den dominerende aktøren opptrer i, særlig om overtredelsen har bidratt til å opprettholde og gjøre dens dominerende posisjon enda mer overlegen, eller har truet med å eliminere konkurrenter.⁸⁴ Det siste var tydelig i *SAS-saken*, der Konkurransetilsynet viste til at SAS hadde eliminert sin eneste konkurrent ved å sette prisene under egne kostnader. I forlengelsen av dette ble det lagt til grunn at ”overtredelsen vil være av stor betydning for forbrukerne, fordi SAS gjennom monopol har mulighet til å øke prisene betraktelig”.⁸⁵ De samme synspunkter vil gjøre seg gjeldende i saker om meldeplikt der partene i transaksjonen oppnår monopol.

Ved misbruk av dominerende markedsrett er det grunn til å tillegge innvirkning betydelig vekt. Det vil kompensere for at varighetsvurderingen ikke alltid gjenspeiler den tiden overtredelsen faktisk har innvirkning. Samtidig er det nødvendig av hensyn til at overtredelsesgebyret skal være proporsjonalt til overtredelsen. Kortvarig misbruk kan ha langvarig innvirkning, eksempelvis i saker der misbruket har opphørt men der det allikevel har medført at en konkurrent er eliminert. Overtredelsen vil dermed ha effekt helt frem til det kommer en ny konkurrent på markedet.

I EU-retten er målestokken mer snever. Vurderingen av faktisk innvirkning tar utgangspunkt i skaden på markedet eller for forbrukerne. Forskjellen skyldes at formålet bak regelsettene er ulike. Formålet med konkurranseloven er å fremme konkurranse som ledd i effektiv bruk av samfunnets ressurser, jfr. konkurranseloven § 1. Derimot er de EU-

⁸³ Se *Bølgepapp I s. 1933* og *Archer Daniels Midland*, premiss 151 der det uttales at ”in the case of price agreements, there must be a finding by the Commission that such agreements have in fact enabled the undertakings concerned to achieve a higher level of transaction price than that which would have prevailed had there been no cartel”. Vurderingstema bekreftet i ankebehandling, ADM, se premiss 181.

⁸⁴ Se i.a. *Tetra Pak II*, EFT 1992 L72/1, avsnitt 184.

⁸⁵ *SAS-saken* pkt. 10.5.

rettslige konkurransereglene ment å bidra til et stabilt indre marked, jfr. EF artikkel 2 og 3. Det er mulig at disse forskjellene vil manifestere seg i praksis.⁸⁶ Eksempelvis kan vurderingen av vertikale avtaler etter konkurranseloven bli annerledes enn etter EF artikkel 81. Det skyldes at vertikale avtaler kan ha markedsoppdelingsvirkninger som hemmer EUs integrasjonsmålsetting.

Momentets betydning fremgår av at overtredelsesgebyr som et utgangspunkt settes lavere jo mindre innvirkning overtredelsen har. Formålet er ikke å komme frem til et konkret tall som skal brukes som utgangspunkt ved utmålingen.⁸⁷ Problemet er nettopp at det er komplisert å beregne en eventuell negativ innvirkning.⁸⁸ Dersom ikke etterforskningen har ledet frem til konkrete tall, blir beregningen fort vilkårlig fordi den innebærer en skjønnsmessig vurdering.⁸⁹ Det er vel derfor Kommisjonen ikke har inntatt overtredelsens virkning som et uttrykkelig moment i de nye retningslinjene. Kerse hevder at “the Commission tends to be circumspect about invoking the effect on the market as a factor in setting the basic fine for the gravity”.⁹⁰ I tillegg kommer at retningslinjene nedtonet momentets betydning ved at det kun var relevant ”where this can be measured”, jfr. seksjon 1 A.

Problemkomplekset var særlig tydelig i Bølgepapp I, der det for Høyesterett ble utarbeidet en sakkyndig rapport som konkluderte med at samarbeidet hadde resultert i et netto effektivitetstap for samfunnet på grunn av økte priser. Til grunn for resultatet ligger kompliserte økonomiske betraktninger.⁹¹

⁸⁶ Om hvilken betydning det har for tolkningen av konkurranselovens regler at formålene er ulike, se Graver, ”Fra Inngrep til forbud – konkurranseloven av 2004”, i *Konkurransetilsynets jubileumsskrift 2004*, s. 34-35. Se også NOU 2003: 12 s. 48-49.

⁸⁷ Jfr. Food flavour enhancers, EFT 2004 L75/1, avsnitt 228.

⁸⁸ Se Graver og Hjelmeng s. 61.

⁸⁹ Konkrete tall forelå i Carbonless Paper, EFT 2004 L115/1, avsnitt 382.

⁹⁰ Kerse 7-029.

⁹¹ For en inngående redegjørelse, se ”Sanksjonering – er det verdt prisen?”, *Konkurransetilsynets skriftserie* 1/2001, s. 33 flg.

Spørsmålet er om det skal innfortolkes en tilsvarende forutsetning i utmålingsforskriften, slik at innvirkning kun er den del av grovhetsvurderingen dersom den kan måles. Det er opplagt at innvirkningen ikke kan tas i betraktning dersom den er umulig å estimere. Spørsmålet kommer imidlertid ikke på spissen fordi ”where this can be measured” i praksis ikke tolkes på ordene. I stedet for å forsøke å anvende en presis beregningsmodell for å påvise innvirkning, omgås problemene, ved å presumere innvirkning.⁹² Dette ble gjort i *Nintendo* der Kommisjonen kun viste til faktiske omstendigheter, bla. at partene hadde foretatt bevisste skritt for å iverksette distribueringsavtalen.⁹³ Det samme bør etter forholdene gjelde ved anvendelse av utmålingsforskriften. Det er samtidig en god regel fordi Konkurransetilsynet i motsatt fall er nødt til å engasjere eksperter for å måle eksakt innvirkning. Det ville i tillegg være tidkrevende og hindre en effektiv håndhevelse.⁹⁴

Metoden med å presumere innvirkning ved å se hen til overtredelsens karakter og mål, hadde blitt brukt i *Lysine*. Som svar på kartelldeltakernes anførsel om at samarbeidet i realiteten ikke hadde medført noen negativ virkning på markedet, sa Kommisjonen: ”It is inconceivable that the parties would have repeatedly agreed to meet in locations across the world to fix prices ... over such a long period without there being an impact on the lysine market.”⁹⁵

At det legges stor vekt på overtredelsens art i EU-retten skyldes antakelig nettopp at det er vanskelig å estimere innvirkning. Er det tale om prissamarbeid er det nærmest per definisjon en overtredelse med stor negativ effekt. Dette fordi deltakerne med stor grad av presisjon kan forutse konkurrentenes prissetting. Derfor anses slikt samarbeid for å ha konkurransebegrensende formål i henhold til forbudet i

⁹² Graver og Hjelmeng s. 61: ”Det må fremheves at det er en særdeles vanskelig oppgave å kvantifisere virkningene av en overtredelse av konkurransereglene. Kommisjonens vil jevnt over heller ikke forsøke å foreta en slik vurdering.”

⁹³ *Nintendo*, EFT 2003 L255/33, avsnitt 382.

⁹⁴ Dette forhindrer selvsagt ikke at den som risikerer et overtredelsesgebyr anvender slik ekspertise for å forsøke å sannsynliggjøre at virkningen av en eventuell overtredelse ikke har vært betydelig.

⁹⁵ *Lysine*, EFT 2001 L152/24, avsnitt 286.

konkurranseloven § 10. Det er dermed ikke nødvendig å vurdere mulige konkurransebegrensende virkninger for å konstatere overtredelse.

Førsteinstansretten har nylig bekreftet metodens legitimitet i *ADM*. Det ble ytterligere presisert at presumsjonen må hvile på indikatorer som med en *rimelig grad av sannsynlighet* viser at overtredelsen hadde innvirkning.⁹⁶ Selv om det ikke er et krav om at faktisk innvirkning påvises, er det likevel en forutsetning for å vektlegge innvirkning, at det er rimelig sannsynlig at overtredelsen hadde negativ effekt på markedet.

Undertiden er det på det rene at overtredelsen ikke har hatt noen innvirkning, eventuelt at innvirkningen har vært liten. Det synes i teorien å være usikkert om *det* anses som formildende. Visse typer overtredelser av konkurranseloven § 10 anses dog som grove uavhengig en eventuell innvirkning, slik at utgangspunktet i hvert fall i slike saker er at det ikke foretas noen reduksjon.⁹⁷ Det samme vil vel gjelde overtredelser av konkurranseloven § 11 som rammer selv objektive begrensninger på konkurransestrukturen. I flere av Konkurransetilsynets saker vedrørende brudd på meldeplikten etter § 18 første ledd er det likevel nevnt i formildende retning at overtredelsen ikke har hatt negative konsekvenser for konkurransen.⁹⁸

En konkret problemstilling reiser seg der foretaket uaktsomt har overtrådt meldeplikten uten at overtredelsen har hatt innvirkning, samtidig som foretaket på eget initiativ melder fra om forholdet til Konkurransetilsynet. Det kan være betenkelig å sanksjonere i slike tilfeller fordi foretak i liknende situasjoner kan være fristet til å unnlate å melde fra overhodet, med konkurransebegrensende følger. Spørsmålet var oppe i *Samsung* der Samsung argumenterte for amnesti. Det fikk ikke medhold, men det talte i formildende retning at foretaket hadde meldt inn forholdet da det ble klar over overtredelsen.⁹⁹

⁹⁶ ADM, se særlig premiss 159 og 161.

⁹⁷ Jff. Graver og Hjelmeng s. 61.

⁹⁸ Se f.eks. vedtak 2006-108 NG Spar Rogaland AS; vedtak 2006-121 Norconsult. Foretakene har bevisbyrden for at innvirkningen har vært ubetydelig, jff. Graver og Hjelmeng s. 61.

⁹⁹ Samsung, EFT 1999 L225/12, avsnitt 18.

Utmålingsforskriften legger opp til en vurdering av *faktisk* innvirkning. Et særlig spørsmål er om Konkurransetilsynet kan ta i betraktning følger eller tap som overtrederen ikke kunne forutse. Eksempelvis kan det være at markedet parallelt med den konkurransebegrensende atferd, er gjenstand for en krise som ytterligere forverrer overtredelsens innvirkning. Tatt i betraktning overtredelsesgebyrets pønale karakter, er det naturlig å se hen til strafferettens løsning. Vurderingstema i strafferetten er hvorvidt følgene var mulige å forutse. Følger foretaket ikke har hatt mulighet til å forutse, skal derfor normalt ikke tas med i grovhetsvurderingen.¹⁰⁰

En annen rettslig problemstilling er hvorvidt overtredelsens skadepotensial kan tas i betraktning, og hvilken betydning det eventuelt skal ha. Skadepotensialet faller ikke inn under ordlyden i utmålingsforskriften, som retter seg mot faktisk innvirkning.

Utmålingsforskriften er dog ikke uttømmende. Samtidig følger det av merknadene til § 3 at potensiell skade er et viktig moment. Etter min mening vil et stort skadepotensial gjøre forholdet grovere og påvirke utmålingen i skjerpende retning. Eksempelvis vil det være tilfellet dersom to aktører som hver for seg har tilnærmet monopol innenfor nærliggende markeder, gjennomfører et oppkjøp uten å melde fra til Konkurransetilsynet etter § 18 første ledd. Det samme gjelder dersom en uanmeldt fusjon foretas mellom konkurrenter på det samme produktmarkedet. Transaksjoner av denne art virker svært konkurransebegrensende, slik at farepotensialet bør tillegges vekt i skjerpende retning. *Deutsche Telekom* kan muligens tas til inntekt for dette: ”DT is jeopardising the objective of achieving EU-wide establishment of an internal market”.¹⁰¹ Skadepotensialet vil uansett bero på overtredelsens art, samt bl.a. på overtrederens markedsposisjon og det relevante markeds betydning for økonomien.

¹⁰⁰ Jfr. også merknadene til § 3 femte avsnitt.

¹⁰¹ *Deutsche Telekom*, EFT 2003 L263/9, avsnitt 203.

4.6.3 Størrelsen på det berørte marked

I grovhetsvurderingen skal det tas hensyn til størrelsen på det berørte markedet, jfr. utmålingsforskriften § 3 annet ledd litra c. Det berørte marked må forstås som en henvisning til det relevante geografiske markedet.¹⁰²

At det er overtredelsens geografiske utstrekning det siktes til understøttes av ordlyden jfr. ”størrelsen”. I retningslinjene seksjon 1 A første avsnitt, heter det at det er ”the size of the relevant geographic market” som skal tas i betraktning. Tilsvarende fremheves det i de nye retningslinjene avsnitt 22 at størrelsen relateres til ”the geographic scope of the infringement”.

Det relevante produktmarked skal i utgangspunktet ikke tas i betraktning, jfr. *Food flavour enhancers*, som gjaldt et prissamarbeids- og markedsdelingskartell: ”It would be erroneous to conclude on the basis of the small size of the market that this infringement was not very serious.”¹⁰³ Det skal likevel bemerkes at det relevante produktmarkedet undertiden kan ha betydning, der det er lite, men praksis viser at det skjer sjelden.¹⁰⁴ *SAS-saken* er riktignok et eksempel. Der var det geografiske markedet ruten mellom Oslo-Haugesund. Konkurransetilsynet fremholdt at overtredelsen var grov, etter å ha konstatert at ruten utgjør et lite marked sammenliknet med andre innenriksruter.¹⁰⁵ Det ble referert til omsetningen på det lokale markedet, ikke til den geografiske utstrekningen som sådan.

Ved anvendelsen av momentet må en forholde seg til to motpoler. På den ene side har en saker der overtredelsen kun berører et begrenset marked i Norge. På den annen side har en

¹⁰² I konkurranseretten kan begrepet marked være det relevante produktmarked, det relevante geografiske marked eller begge deler. Det foreligger utbredt doktrine og praksis vedrørende grensedragningene. For en nærmere fremstilling, se Wish, *Competition Law*, 2005 s. 23-48.

¹⁰³ *Food flavour enhancers*, EFT 2004 L75/1, avsnitt 226.

¹⁰⁴ Jfr. Kerse 7-028. Eksempler der små produktmarkeder påvirket grovhetsvurderingen: *Zinc Phosphate*, EFT 2003 L153/1, avsnitt 302; *Food flavour enhancers*, op.cit., avsnitt 226.

¹⁰⁵ *SAS-saken* pkt. 10.5.

saker der overtredelsen berører hele EØS-området. Betydningen kommer til uttrykk ved at overtredelsen er grovere jo større markedet er. Dette har nær sammenheng med overtredelsens art, slik at det skal mye til før f.eks. et prissamarbeidskartell blir sanksjonert som noe annet enn en svært grov overtredelse. Utgangspunktet er, at alvorlige overtredelser av konkurransereglene blir klassifisert deretter uavhengig av det berørte markeds størrelse, jfr. *Industrial and Medical Gases*:

“Nevertheless, it has to be noted that the Commission is under no obligation to deviate from the rule that a price cartel is by its very nature a "very serious infringement" if the geographic scope of the relevant market is limited.”¹⁰⁶

Praksis viser likevel at størrelsen på markedet legger sterke føringer på grovhetsvurderingen. *IMG* gjaldt samarbeid om prisøkninger og minstepriser, typisk svært grove overtredelser. Kommisjonen klassifiserte samarbeidet som grovt ved å vise til at samarbeidet kun hadde innvirkning på en begrenset del av fellesskapets marked (det nederlandske).¹⁰⁷ Praksis fra en rekke sammenliknbare saker ble her fulgt opp.¹⁰⁸

Kommisjonspraksis der det geografiske markedet er begrenset til en stat, er ikke konsekvent. Det skyldes prinsippet om at hvert enkelt tilfelle må vurderes for seg. Således kom Kommisjonen til at kartellvirksomheten i *Interbrew* var svært grovt selv om det var begrenset til den belgiske øl-sektoren.¹⁰⁹ Det samme var tilfellet i *French Beef* som gjaldt det franske kjøttmarkedet hvor overtredelsen var svært grov selv om saken primært gjaldt det franske markedet. Klassifiseringen skyldtes særlig at markedet var et av de største kjøttmarkedene i Europa.¹¹⁰

¹⁰⁶ *Industrial and Medical gases*, EFT 2003 L84/1 (IMG), avsnitt 425.

¹⁰⁷ *Op.cit.* avsnitt 422.

¹⁰⁸ *British Sugar*, EFT 1999 L76/1; *Greek Ferries*, EFT 1999 L109/24; *FEG*, EFT 2000 L39/1.

¹⁰⁹ *Interbrew*, EFT 2003 L200/1. Flere omstendigheter gjorde det legitimt å opprettholde klassifiseringen, bl.a. at *Interbrew* er den nest største ølbryggeren i verden.

¹¹⁰ *French Beef*, EFT 2003 L209/12, avsnitt 166.

I andre tilfeller har størrelsen på markedet vært en faktor for å underbygge en klassifisering om at overtredelsen er svært grov. Dette var tilfellet i *Microsoft* der Kommisjonen la vekt på at Microsofts overtredelse var ”EEA-wide in scope”.¹¹¹

For Konkurransetilsynet vil betydningen av størrelsen på det berørte marked variere etter hvorvidt det håndhever konkurransereglene i EØS-avtalen eller konkurranseloven.

Spørsmålet om det ved håndhevelsen av konkurranseloven kan legges vekt på virkninger utenfor Norge, reguleres i konkurranseloven § 5, som angir konkurranselovens stedlige virkeområde. Vurderingstema vil være om overtredelsen har virkninger på et begrenset geografisk marked innenfor Norge eller om markedet er nasjonalt. Ved håndhevelse av EØS-reglene må det derimot legges vekt på virkninger utenfor Norge men innenfor EØS.

4.6.4 Gevinsten

Et moment i grovhetsvurderingen er foretakets gevinst, jfr. utmålingsforskriften § 3 annet ledd litra d. Med dette menes den faktiske økonomiske fordelen foretaket sitter igjen med som produkt av overtredelsen.¹¹²

Gevinsten inngår som et obligatorisk moment i grovhetsvurderingen, slik det er foreskrevet i utmålingsforskriften, jfr. ”skal” i § 3 annet ledd første punktum. Dette er annerledes i Kommisjonens retningslinjer. Der er gevinsten et moment dersom det viser seg at grunnbeløpet justert for formildende og skjerpene omstendigheter, ikke overstiger gevinsten. Forutsetningen er at det er mulig å beregne den.¹¹³ Det kan oppfattes som nærliggende å la utmålingen ta utgangspunkt i fordelen. På den annen side vil en

¹¹¹ Microsoft, avsnitt 1073.

¹¹² Gevinsten er også et moment etter straffeloven § 48 b. Momentet der omfatter også ikke-økonomiske fordeler, som økte produksjonsmuligheter eller at virksomheten ved overtredelsen er kvitt en konkurrent, se Matningsdal, *Straffeloven Kommentartutgave*, Oslo, 2003 s. 419. Det er ikke nødvendig å tolke utmålingsforskriften § 3 litra d på samme måte da omstendigheter som ikke har manifestert seg i ren økonomisk gevinst vil være av betydning ift. andre momenter i grovhetsvurderingen.

¹¹³ Retningslinjene seksjon 5 b). De nye retningslinjene avsnitt 31.

utmålingsmetode med dette utgangspunkt, stå i fare for å ignorere at overtredelsesgebyret skal ha tilstrekkelig avskrekkende effekt, og at atferden faktisk medførte overtredelse av en konkurranseregulering.¹¹⁴

Et spørsmål er om det samme anvendelsesområdet gjelder etter utmålingsforskriften, altså at gevinsten kun er en obligatorisk del av grovhetsvurderingen dersom overtredelsesgebyret ikke overstiger gevinsten. Alternativet er å beregne gevinsten for deretter å la den få betydning i den grad den er stor eller liten.

Flere argumenter kan anføres for at det samme anvendelsesområdet skal gjelde etter utmålingsforskriften, bl.a. teorier om at overtredelsesgebyr heller skal fastsettes med hensyntagen til *forventet* gevinst, hvilket toner ned betydningen av å legge vekt på faktisk gevinst.¹¹⁵ Dersom beløpet som fremgår etter en vurdering av omsetningen, grovheten og varigheten ikke overstiger gevinsten, er det ikke tilstrekkelig å ilegge gebyr som tilsvarer gevinsten, som påpekt rett ovenfor. Det er også på det rene at gevinstberegning er fraværende i de fleste Kommisjonsvedtak.¹¹⁶ Det taler i samme retning at utmålingsforskriften bygger på Kommisjonens retningslinjer, og at de nye retningslinjene knytter gevinstmomentet opp mot vurderingen av hvorvidt boten vil være tilstrekkelig avskrekkende.

Det må derfor etter min mening være slik at gevinstmomentet er relevant etter utmålingsforskriften dersom utmålingen leder frem til et resultat som ikke overstiger gevinsten.

I tillegg kommer spørsmålet om hvorvidt det skal innfortolkes en forutsetning om at det skal være mulig å beregne gevinsten. I det ligger ikke bare det opplagte i at gevinsten ikke

¹¹⁴ Se ADM, premiss 130.

¹¹⁵ Se Wils, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: Essays in Law & Economics*, Haag, 2002 s. 76. Teorien er oppsummert i Graver og Hjelmeng s. 62.

¹¹⁶ Jfr. Wils s. 76.

skal tas i betraktning dersom det ikke lar seg gjøre å beregne den. Det må samtidig være mulig å beregne den med en viss presisjon jfr. Ortiz: "where the benefit can be assessed properly".¹¹⁷ Gode grunner taler for en innfortolkning av vilkåret. Et motsatt resultat vil være prosessøkonomisk urasjonelt og estimeringen vil fort bære preg av vilkårlighet dersom det ikke foreligger tilstrekkelig tallmateriale. Det må derfor innfortolkes en tilsvarende forutsetning i utmålingsforskriften.

Det samme problemkomplekset melder seg her som ved estimering av overtredelsens innvirkning på markedet. For en inngående drøftelse av det, vises det til "Sanksjonering – er det verdt prisen?" i *Konkurransetilsynets skriftserie* kapittel 5, der det pekes på at vanskelighetene skyldes problemene med innhenting av informasjon og at det i norsk rett ikke er i bruk en anvendbar metode for beregning av vinning.

Hovedkonklusjonen er at i de tilfeller der det er mulig å estimere foretakets gevinst og dersom den overstiger grunnbeløpet, *skal* gevinsten i tråd med ordlyden i utmålingsforskriften § 3, tas i betraktning.

I saker med flere overtredere og der vinningen dem imellom er ulik, må Konkurransetilsynet differensiere alt etter hvor stor fordel foretakene har hatt.¹¹⁸ Undertiden kan det være at foretaket ikke har oppnådd gevinst eller endog lidd tap som følge av overtredelsen. For eksempel har samarbeidet ikke ført frem fordi det aldri har vært foretatt skritt for å virkeliggjøre det, eller prisene i den aktuelle sektoren har falt. Utgangspunktet er at *dette* ikke er formildende fordi overtredelsesgebyr skal virke avskrekkende på markedsaktørene.¹¹⁹

Overtrederen kan ha kompensert kunder eller konkurrenter som har lidt tap som følge av overtredelsen, *før* en eventuell offentlig håndhevelse settes i gang, eksempelvis fordi tredjemann har fått erstatning gjennom privat søksmål. I utgangspunktet går slik

¹¹⁷ Se Ortiz s. 468.

¹¹⁸ Se f.eks. Gosme/Martell, EFT 1991 L185/23, avsnitt 42.

¹¹⁹ Se f.eks. Cimenteries, EFT 2000 II-491, avsnitt 4881-4882; Interbrew, EFT 2003 L200/1, avsnitt 352; Nintendo, EFT 2003 L255/33, avsnitt 448; Carbonless Paper, EFT 2004 L115/1, avsnitt 431.

kompensasjon til fradrag. Prejudikatet er *Pre-insulated Pipes*, der ABB ble gitt en reduksjon på 5 millioner ECU for betaling til en konkurrent.¹²⁰ Samme regel ble lagt til grunn i *Nintendo* der kompensasjon var gitt til ulike tredjemenn.¹²¹ Det er derfor som hovedregel *nettogevinsten* som skal tas i betraktning ved utmåling av overtredelsesgebyr, men i følge Kerse er praksis ikke konsekvent.¹²²

Som regel vil nok kompensasjonskrav komme *etter* konkurransemyndighetenes intervensjon. De lege lata synes det ikke å være rom for slike fradrag, jfr. *Graphite Electrodes* hvor det ble vedtatt at ”the possibility that undertakings may have been required to pay damages in civil actions is of no relevance”.¹²³ Antakelig skyldes dette at fradragsrett i slike tilfeller ville knytte enda flere usikkerhetsmomenter til utmålingen, bl.a. vil ikke størrelsen på kompensasjonskravene være gitt på ileggelsesstadiet.

Et særlig spørsmål er om Konkurransetilsynet kan ta i betraktning *potensielle gevinster* som følger av overtredelsen. En slik adgang følger ikke av ordlyden. I tillegg taler det for et benektende svar, at ordlyden i straffeloven § 48 b litra e *uttrykkelig omfatter* potensielle gevinster. Samtidig ser det ikke ut til å ha vært intensjonen å la potensielle gevinster inngå som en del av gevinstmomentet, jfr. merknadene: ”Det er den faktiske gevinsten det siktes til, men en stor potensiell gevinst vil ofte ha sammenheng med at overtredelsen etter sin art og markedets størrelse er grov.”¹²⁴ I *SAS-saken* ble det pekt på at SAS gjennom monopol har mulighet til å øke prisene betraktelig, men det var nettopp i tilnytning til vurdering av overtredelsens art at tilsynet trakk inn muligheten for merprofitt.¹²⁵ Regelen er derfor at potensiell gevinst formelt ikke skal trekkes inn ved vurderingen av foretakets gevinst, da vurderingen må ta utgangspunkt i *faktisk* oppnådd fordel.

¹²⁰ *Pre-insulated Pipes*, EFT 1999 L24/1, avsnitt 172.

¹²¹ *Nintendo*, EFT 2003 L255/33, avsnitt 405.

¹²² Se Kerse 7-043.

¹²³ *Graphite Electrodes*, EFT 2002 L100/1, avsnitt 186.

¹²⁴ Merknadene til § 3 sjette avsnitt.

¹²⁵ *SAS-saken* pkt. 10.5.

4.6.5 Utvist skyld

Etter konkurranseloven § 29, er skyldkravet forsett eller uaktsomhet. Vurderingstema for Konkurransetilsynet vil derfor være å finne ut i hvilken grad overtrederen skjønnte eller holdt som mest sannsynlig at atferden var ulovlig, eventuelt om overtrederen handlet uaktsomt. Et subjektivt moment i grovhetsvurderingen er overtreders skyld, jfr. utmålingsforskriften § 3 annet ledd litra e. Konkurransetilsynets vurdering av skyldvilkåret vil derfor også ha betydning ved utmålingen.

Utvist skyld skal tillegges stor vekt i grovhetsvurderingen. Merknadene viser til Andenæs, hvor det fremkommer at

”alt som bidrar til å skjerpe den alminnelige moralske dom over handlingen, også er skjerpende momenter ved straffeutmålingen, mens alt som bidrar til å avlaste det moralske ansvar, virker som formildende omstendigheter”.

Departementet fremhever at det samme enkle prinsipp kan legges til grunn ved utmåling av overtredelsesgebyr.¹²⁶ De ulike *grader* av forsett eller uaktsomhet vil også ha betydning. Begrunnelsen for å distingvere mellom skyldgradene, er at forsettlige overtredelser er mer straffverdige enn uaktsomme.

Utvist skyld er ikke en del av grovhetsvurderingen i Kommisjonens retningslinjer, men det vil virke *formildende* dersom overtredelsen ikke skyldes forsett men uaktsomhet.¹²⁷

SAS saken er et eksempel på at Konkurransetilsynet la vekt på skyldgraden ved utmålingen. Det ble lagt til grunn som bevist at bedriften hadde til hensikt å eliminere Coast Air. Deretter ble det uttalt: ”Hensikt er en kvalifisert form for forsett og SAS’ atferd må ansees sterkt klanderverdig.” Uten at det er særskilt begrunnet i vedtaket var nok dette forhold sterkt meddrivende til at overtredelsen i alt ble sett på som grov. Vedtaket viser

¹²⁶ Se merknadene til § 3 syvende avsnitt.

¹²⁷ Retningslinjene seksjon 2. De nye retningslinjene avsnitt 29.

også at vurderingen av graden av utvist skyld vil være sammensatt, bl.a. vil det undertiden være relevant å se på måten overtredelsen er gjennomført på og med hvilken intensitet den er søkt gjennomført.¹²⁸

Overtredelsesgebyr kan bli redusert dersom det er første gang Konkurransetilsynet sanksjonerer overtredelsen. Det var tilfellet med de første sakene vedrørende brudd på meldeplikten etter konkurranseloven § 18 første ledd, der det ble ilagt et symbolsk beløp. Praksisen er den samme i EU-retten.¹²⁹

Reduksjon vil også kunne skje dersom det foreligger rimelig tvil med hensyn til overtredelsens lovlighet. Normalt skal en derfor se strengere på godt planlagte overtredelser enn på overtredelser som skyldes manglende kjennskap til regelverket. I *Akzo* ble boten redusert fordi grensene for konkurranseskadelig underprising var vage.¹³⁰ De samme betraktningene ble lagt til grunn i *GVG/FS* som gjaldt brudd på EF artikkel 82. Kommisjonen lot være å ilegge bot fordi saken gjaldt et nytt og uavklart forhold til tross for at FS var klar over at foretakets opptreden innebar en forretningsnektelse.¹³¹ Et spesielt eksempel er *Greek Ferries*, der reduksjon ble gitt pga. tvil forårsaket av den greske regjering.¹³²

På generelt grunnlag vil grove brudd på konkurranseloven §§ 10 og 11, eller brudd på meldeplikten etter § 18 første ledd, likevel ikke medføre reduksjon eller bortfall av

¹²⁸ SAS-saken pkt. 10.5.

¹²⁹ Se i.a. Eurocheque, EFT 1992 L95/50, avsnitt 90. Graver og Hjelmeng s. 65-66, viser i denne sammenheng til Commission Notice on informal guidance relating to novel questions concerning Articles 81 and 82 of the EC Treaty that arise in individual cases, EFT 2004 C101/78, avsnitt 4: "Furthermore, it is the practice of the Commission to impose more than symbolic fines only in cases where it is established, either in horizontal instruments or in the case-law and practice that a certain behaviour constitutes an infringement." Dette innebærer samtidig at overtredere ikke kan forvente immunitet.

¹³⁰ Sak C-62/86, *Akzo v Kommisjonen*, premiss 163.

¹³¹ *GVG/FS*, EFT 2004 L11/17, avsnitt 164.

¹³² *Greek Ferries*, EFT 1999 L109/24, avsnitt 163.

gebyransvar. Tendensen i Kommisjonspraksis er også at foretakene ikke skal ha noen fordel av tvilen.¹³³ I denne sammenheng vil imidlertid infrastruktur og ressurser spille en rolle. Det forventes at store foretak viser en høy grad av overvåkenhet når det gjelder etterlevelse av forbudsbestemmelsene. I *SAS-saken* ble det bemerket at ”større foretak og foretak som har tilgang på bistand fra profesjonelle rådgivere vil normalt ha gode muligheter til å ivareta sine interesser”. I tillegg vil det ha betydning om foretaket har blitt varslet av Konkurransetilsynet, interne rådgivere eller andre om at atferden er i strid med konkurranseregelverket.¹³⁴

Anvendelsesområdene til forbudsbestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 og 11 er uklare. Det er derfor grunn til å tro at Konkurransetilsynet vil ta hensyn til det i svært kompliserte saker. Det gjelder enn mer der foretaket har etterspurt veiledning fra Konkurransetilsynet, og tilsynet viser manglende evne eller vilje til å veilede pga. sakens kompleksitet.¹³⁵ Alternativt, kan Konkurransetilsynet la uklarheten få betydning ved å pålegge foretakene å bringe overtredelsen til opphør etter konkurranseloven § 12, uten å kombinere pålegget med overtredelsesgebyr.¹³⁶

4.6.6 Overtrederens rolle

Et siste oppregnet moment i grovhetsvurderingen er overtrederens rolle. Momentet er relevant i samarbeidstilfellene etter konkurranseloven § 10 og der det foreligger kollektiv dominans etter § 11¹³⁷. Vurderingstema følger allerede av ordlyden i utmålingsforskriften

¹³³ Jfr. Kerse 7-050. Se f.eks. Samsung, EFT 1999 L225/12, avsnitt 12.

¹³⁴ Se SAS-saken pkt. 10.3 og 10.5. I London European/Sabena, EFT 1988 L317/47, ble foretaket varslet av den juridiske avdeling, se avsnitt 36.

¹³⁵ I SAS-saken var det imidlertid ikke formildende at SAS hadde søkt veiledning forut for den påståtte overtredelsen, selv om Konkurransetilsynet ikke var i stand til å gi noen kvalifisert oppfatning om de mange kompliserte og uavklarte spørsmålene reist i saken, før i ettertid.

¹³⁶ Jfr. Graver og Hjelmeng s. 30.

¹³⁷ Se Taca, EFT 1999 L95/1, avsnitt 605. Ingen av partene argumenterte riktignok for at de var passive.

§ 3 annet ledd litra f. Spørsmålet er om overtrederen har hatt en ledende eller passiv rolle. Betydningen fremgår ved at en ledende rolle forsterker overtredelsens grovhet mens passivitet foranlediger en reduksjon. I EU-retten opereres det gjerne med en tredje kategori, aktive deltakere, som verken vil bli bedømt strengere eller mildere.¹³⁸

Overtrederens rolle er et sentralt moment i EU-retten, som en skjerpene, eventuelt formildende omstendighet.¹³⁹ Bøtepraksis viser at utspilt rolle vil bli tillagt stor betydning. I *Alloy Surcharge* ble således grunnbeløpet tiltenkt for Usinor, som initiativtaker og den som foretok kalkulasjoner og sendte dem til de ulike produsentene, gjenstand for en forhøyning på 25 %.¹⁴⁰ Prosentsatsen avhenger av omstendighetene i den konkrete sak, og kan settes høyere. I *Pre-insulated Pipes* ble ABB's grunnbeløp hevet med 50 % fordi det hadde inntatt en lederrolle i kartellet og fordi det hadde presset andre virksomheter til å delta.¹⁴¹

Hvorvidt en deltaker har utspilt en ledende rolle beror på de konkrete omstendigheter, f.eks. at det har avholdt møter, at foretaket er representert med flere representanter på møtene eller at det har vært initiativtaker. At kartellets ledere systematisk bøtelegges hardt, har en avskrekkende effekt ved at det blir mindre attraktivt å ha denne posisjonen.¹⁴²

Flere virksomheter i et samarbeid kan ha en ledende rolle. I *Graphite Electrodes* fikk blant annet SGL og UCAR grunnbeløpet hevet med 50 % fordi begge hadde rollen som kartelledere.¹⁴³

¹³⁸ Kategoriseringen følger bl.a. av *Carbonless paper*, EFT 2004 L115/1, avsnitt 426.

¹³⁹ Retningslinjene seksjon 2-3.

¹⁴⁰ *Alloy Surcharge*, EFT 1999 L100/55, avsnitt 81.

¹⁴¹ *Pre-insulated Pipes*, EFT 1999 L24/1, avsnitt 171. Det samme i *Nintendo*, EFT 2003 L255/33, avsnitt 406.

¹⁴² Jfr. Midthjell, "Utmåling av konkurransebøter i EF/EØS-retten", *LoR* 1999 s. 544.

¹⁴³ *Graphite Electrodes*, EFT 2002 L100/1, avsnitt 160 og 187.

For at passivitet skal være en formildende omstendighet, kreves det mer enn at en har vært nøytral. Praksis viser at vurderingen er streng, der overtredersens opptreden gjennom hele varigheten av overtredelsen spiller inn. Det må med andre ord foreligge en kvalifisert passivitet. Særlig vil passivitetsvurderingen bli ledsaget av i hvilken grad overtrederen har deltatt på møter o.l. med det for øye å legge til rette for et konkurransebegrensende samarbeid.¹⁴⁴ Er møtedeltakelsen sporadisk, og foretaket i tillegg har kommet inn som deltaker på et sent stadium, vil det kunne lede til reduksjon.¹⁴⁵ I *Graphite Electrodes*, fikk C/G grunnbeløpet redusert med 40 % fordi det ikke hadde deltatt på noen av kartellmøtene.¹⁴⁶

I vertikale saker vil typisk konkurransebegrensningen kun virke til fordel for en av partene. Et særlig spørsmål er derfor om det skal legges til grunn en presumsjon for at *distributøren* er passiv. I *Nintendo* kom Kommisjonen frem til at ”the vertical nature of the infringement is a general feature of the infringement that has no relevance for assessing the actual behaviour”.¹⁴⁷ Det er derfor ingen automatikk i at deltakere lenger ned i distribusjonsskjeden er passive mens leverandørene har en ledende rolle. På den annen side vil nok distributørene i praksis være passive. Kommisjonspraksis viser også at distributørene undertiden ikke blir ilagt bøter.¹⁴⁸ I den sammenheng vil det kunne ha betydning om distributøren har tatt initiativ til overtredelsen, hatt fordel av eller vært presset til å inngå samarbeidet med leverandøren.

¹⁴⁴ Det er en uklar grense mellom passiv deltakelse og medvirkning. I *Organic Peroxides*, EFT 2005 L110/44, ble AC Treuhand ilagt en symbolsk bot for bl.a. å ha arrangert møter og ført statistikk, i strid med EF artikkel 81. Om medvirkningsansvaret etter konkurranseloven, se Hjelmeng, ”Medvirkningsansvar og EØS-harmonisering av konkurranseloven”, *Tidsskrift for Forretningsjuss* 2006 s. 131-156 (s. 141-142).

¹⁴⁵ Slik oppsummerte Førsteinstansretten de lege lata i sak T-220/00, *Cheil Jedang v Kommisjonen*, premiss 168. Se også sak T-48/02, *Brouwerij v Kommisjonen (Brouwerij)*, premiss 75; *Vitamins*, EFT 2003 L6/1, avsnitt 725.

¹⁴⁶ *Graphite Electrodes*, EFT 2002 L100/1, avsnitt 234.

¹⁴⁷ *Nintendo*, EFT 2003 L255/33, avsnitt 429.

¹⁴⁸ Se *VW-Audi*, EFT 2001 L262/14, avsnitt 104.

Det forhold at kartelldeltakere ikke har rapportert til konkurransemyndighetene har også blitt tillagt vekt i passivitetsvurderingen. I *Citric Acid* la Kommisjonen vekt på at selskapet kunne rapportert samarbeidet inn for Kommisjonen.¹⁴⁹ Det ville dog undergrave momentets formildende karakter dersom det skulle være et *vilkår*, men Kommisjonen viser ved dette at passivitetsvurderingen er streng.

I nær sammenheng med momentet om hvilken rolle deltakeren har utspilt i samarbeidet, kommer den omstendighet at et foretak har presset andre til å delta, eller foretatt skritt for å sørge for at avtalen gjennomføres etter sitt innhold. Det fremgår av Kommisjonens nye retningslinjer at slik atferd vil være skjerpene.¹⁵⁰ Atferden kan bestå i bruk av økonomiske maktmidler, og vil i praksis bli foretatt av samarbeidets initiativtaker eller dets leder. Foruten nevnte *Pre-insulated Pipes*, er *VW-Audi* et eksempel på at dette kom i betraktning. Volkswagen hadde sent brev til sine distributører med varsel om at ikke-etterlevelse av prissamarbeidet kunne lede til at kontrakter ble brutt. I tillegg hadde markedsdirektøren oppfordret distributørene til å angi hverandre dersom en fikk kjennskap til at de fastsatte prisbestemmelsene ikke ble fulgt.¹⁵¹ Et ekstremt eksempel er *French Beef*, der franske bønder tilknyttet bondeforeningen fikk grunnbeløpet øket med 30 % fordi det hadde brukt fysisk makt og hindret slakterienes produksjon, for å få dem til å slutte seg til en avtale om minstepris og importrestriksjoner.¹⁵²

Det forhold at Konkurransetilsynet legger til grunn en ledende rolle som en forsterkende omstendighet, betyr ikke at de andre deltakerne blir ansett for å ha vært passive.¹⁵³ Det samme gjelder i de tilfeller der det er utøvet press.¹⁵⁴ Eksempelvis ble det uttalt i *Nintendo*

¹⁴⁹ *Citric Acid*, EFT 2002 L239/18, avsnitt 283.

¹⁵⁰ De nye retningslinjene avsnitt 28. Slik atferd eliminerer muligheten for hel lempning jfr. utmålingsforskriften § 4 annet ledd litra c

¹⁵¹ *VW-Audi*, EFT 2001 L262/14, avsnitt 121.

¹⁵² *French Beef*, EFT 2003 L209/12, avsnitt 173.

¹⁵³ *Brouwerij*, premiss 79.

¹⁵⁴ I *French Beef*, op.cit., fikk dog slakterne boten redusert med 30 %, se avsnitt 177.

at John Menzies, som følte seg presset av Nintendo, burde ha kontaktet Kommisjonen og klaget til den om Nintendos atferd.¹⁵⁵

4.7 Varigheten av overtredelsen

Ved utmåling av overtredelsesgebyr er Konkurransetilsynet forpliktet til å ta hensyn til overtredelsens varighet, jfr. konkurranseloven § 29 tredje ledd og utmålingsforskriften § 3 første ledd. Hovedbegrunnelsen er presumsjonen om at overtredelsens konkurransebegrensende virkninger er proporsjonale med overtredelsens varighet.

Reglene om varighetens betydning reguleres av utmålingsforskriften § 3 fjerde ledd. Det er opp til Konkurransetilsynets skjønn hvor stor betydning varigheten skal ha, jfr. ”kan”. I tillegg er det beløpet, slik det fremkommer etter en vurdering av omsetningen og grovheten, tatt i betraktning momentene som følger av tredje ledd, som eventuelt skal heves.

Har overtredelsen pågått i mellom ett og fem år, kan beløpet økes med inntil 50 %. Dersom overtredelsen har pågått i mer enn fem år, kan beløpet økes med 10 % for hvert av årene.¹⁵⁶ Varigheten kan følgelig deles inn i tre kategorier, der den tredje er overtredelser med varighet på mindre enn ett år. For denne kategorien vil det ikke være noen økning. I saker vedrørende brudd på meldeplikten etter § 18 første ledd vil det relativt sett i utgangspunktet være tale om tidsperioder langt kortere enn eksempelvis ved samordnet opptreden etter § 10. Uker eller måneder vil derfor antakelig ha større betydning i slike saker.

Utmålingsforskriften er på dette punkt en kopi av Kommisjonens eldre retningslinjer. Som påpekt har imidlertid Kommisjonen nå introdusert en ”entry fee”-regel og samtidig en regel om at grunnbeløpet skal multipliseres med antall år virksomheten har deltatt i overtredelsen. Reglene vil øke bøtene for langvarig kartellvirksomhet drastisk. Dersom grunnbeløpet i et tenkt tilfelle var på 1 million og varigheten ble satt til 6

¹⁵⁵ Nintendo, EFT 2003 L255/33, avsnitt 443.

¹⁵⁶ Den største økningen pga. varighet, 245 %, ble gitt i Organic Peroxides, EFT 2005 L110/44, avsnitt 19.

år, vil beløpet kunne ende opp på 6 millioner. Etter utmålingsforskriften og de eldre retningslinjene vil derimot beløpet være på 1,6 millioner.

Overtredelser vil bli sanksjonert hardere jo lenger overtredelsen har vart. Dette er bl.a. en logisk følge av lempningsprogrammet. Fordi potensielle gebyrer stiger jo lengre overtredelsen varer, desto større incitament har en kartelldeltaker til å være den første som legger samarbeidet fram for konkurransemyndighetene.¹⁵⁷

Skjæringstidspunktene for varighetsvurderingen er tidspunktet da overtredelsen startet og tidspunktet overtredelsen ansees å være opphørt, i praksis når etterforskningen begynner. Tidspunktene må fastslås på bakgrunn av innhentede bevis. For kartellsamarbeid som hviler på avtaler, vil i realiteten tidsperspektivet regnes fra det første kartellmøtet. Tidsperspektivet for brudd på konkurranseloven § 18 første ledd tar utgangspunkt i det øyeblikk meldeplikten inntre.¹⁵⁸ I *Microsoft*, som gjaldt misbruk av dominerende stilling, var utgangspunktet det tidspunktet Microsoft nektet å utlevere informasjon til Sun for første gang.¹⁵⁹ At det legges stor betydning på overtredelsens varighet vil nok bety at flere saker i fremtiden vil gjelde vurderingen av Konkurransetilsynets bevis for når overtredelsen startet og opphørte.

I forhold til konkurranseloven, vil overtredelsens varighet ved brudd på forbudet i konkurranseloven § 11 være begrenset til den perioden overtredelsen har vart etter 1. mai 2004. Dette fordi det var da loven trådte i kraft, og fordi konkurranseloven av 1993 ikke hadde et forbud mot misbruk av dominerende markedsmakt.¹⁶⁰ Det innebar at varigheten var relativt kort i *SAS-saken* fordi Coast Air innstilte sine flygninger 13. juni 2004.

¹⁵⁷ Jfr. Geradin s. 10-11.

¹⁵⁸ Vedtak 2006-121 Norconsult.

¹⁵⁹ Microsoft, avsnitt 786.

¹⁶⁰ Se også SAS-saken pkt. 10.5.

Ved utmåling av straff for brudd på konkurranseloven § 10, jfr. § 30, for forhold som også var forbudt etter konkurranseloven av 1993, vil utmåling ved fortsatt forhold påbegynt før 1. mai 2004 og avsluttet senere, skje etter den gamle loven for perioden før denne datoen og etter den nye loven for perioden etter. Et særlig spørsmål er om Konkurransetilsynet i slike tilfeller kan ta hensyn til perioden før loven trådte i kraft. Konkurransetilsynet hadde ikke hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr etter den gamle loven. Slik jeg ser det, vil det være i strid med Grunnloven § 97 fordi konkurranseloven gis retroaktiv virkning på eldre handlinger som ikke kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr, såkalt egentlig tilbakevirkning. Det kan tale for at Konkurransetilsynet i slike tilfeller velger straffesporet, dvs. å anmelde forholdet til Økokrim.

Ordlyden i utmålingsforskriften § 3 fjerde ledd gir Konkurransetilsynet vid skjønnsmessig adgang til å bestemme betydningen varigheten skal få for overtredelsesgebyrets størrelse. Det samme gjelder for Kommisjonen. Det er likevel en viss *konsekvens* i Kommisjonens praksis. Eksempelvis vil overtredelser av middels varighet, generelt bli behandlet etter den samme metode som overtredelser med varighet lenger enn fem år, dvs. at boten økes med 10 %.¹⁶¹

I de tilfeller der Konkurransetilsynet ikke har et klart tidsperspektiv å forholde seg til, kan det undertiden sees hen til i hvilken grad av intensitet partene har brutt konkurransereglene. I *JCB* la Kommisjonen til grunn at JCB alt i alt hadde overtrådt konkurransereglene mellom 1988 og 1998. Overtredelsen bestod riktignok av flere ulike elementer der kun et av dem hadde vart i 11 år. Restriksjoner på distributørens adgang til å bestemme pris var eksempelvis kun i kraft mellom 1991 og 1996. Den varierende intensiteten medførte bare en økning på 55 %, på tross av at en del av overtredelsen hadde vart i 11 år.¹⁶²

I de tilfeller der den konkurransebegrensende avtalen ikke er gjennomført vil det ikke være noen økning søm følge av varighet. I *French Beer*, hadde Danone og Heineken inngått en

¹⁶¹ Jfr. Kerse 7-033.

¹⁶² JCB, EFT 2002 L69/1, avsnitt 252-253.

avtale, bl.a. om å begrense oppkjøpskostnadene av råvareselgere. Kommisjonen hevet likevel ikke boten på grunnlag av varighet, da avtalen aldri var blitt implementert.¹⁶³ Uttrykket ”pågått” i utmålingsforskriften § 3 fjerde ledd reserveres således for overtredelser som er gjennomført.

I karteller der deltakerne har gått inn i samarbeidet på ulike tidspunkt vil Kommisjonen foreta en tilsvarende differensiering.¹⁶⁴

4.8 Skjerpende og formildende omstendigheter

Det følger av utmålingsforskriften at andre momenter enn de som følger av gjennomgangen ovenfor kan påvirke utmålingen. Disse momentene kan påvirke størrelsen på boten i formildende eller skjerpende retning. Adgangen til å ta hensyn til slike momenter, gjør det mulig for Konkurransetilsynet å la den konkrete saks subjektive forhold innvirke på overtredelsesgebyrets størrelse. Dette er i tråd med EU-retten om at utmålingen skal være saksspesifikk.¹⁶⁵

4.8.1 Avtaler eller tiltak er gjennomført

Det taler i formildende retning at den konkurransebegrensende avtalen eller tiltaket ikke er gjennomført, jfr. utmålingsforskriften § 3 tredje ledd litra a. At avtalen ikke er gjennomført innebærer at den ikke er satt ut i livet. Følgen er at det kan skje en reduksjon selv om det eksisterer en konkurransebegrensende avtale på papiret eller at det har vært avholdt møter o.l.

¹⁶³ French Beer, EFT 2005 L 184/57, avsnitt 14.

¹⁶⁴ Se Pre-insulated Pipes, EFT 1999 L24/1, avsnitt 153; Organic Peroxides, EFT 2005 L110/44, avsnitt 18.

¹⁶⁵ Se Kerse 7-034.

Spørsmålet om hvorvidt ikke-implementeringen skal gjelde kartellet som et hele, eller om vurderingen kun skal relateres til hvorvidt hver enkelt deltaker har implementert avtalen, ble drøftet i *Archer Daniels Midland*. Førsteinstansretten fremholdt:

”It follows that the Commission is clearly wrong to interpret the second indent of Section 3 ... as referring only to cases where a cartel as a whole is not implemented and not to the individual conduct of each undertaking.”¹⁶⁶

Konklusjonen er at kartelldeltakere som ikke har implementert den konkurransebegrensende avtalen, vil oppnå reduksjon. Det forhold at samarbeidet ikke oppnår den tilsiktede virkning er ikke ensbetydende med at det ikke er gjennomført.¹⁶⁷

Det skal lite til før en avtale i strid med konkurransereglene anses implementert.¹⁶⁸ Kommisjonens restriktive linje er videreført i de nye retningslinjene avsnitt 29 tredje ledd litra d. Vurderingen vil avhenge av det konkrete saksforholdet. I prissamarbeidstilfellene er det utslagsgivende dersom et foretak faktisk har fastsatt prisene etter prinsippene i avtalen. Vurderingstema er derfor om foretaket, gjennom den perioden det var en del av samarbeidet, faktisk unngikk å gjennomføre avtalen ved å fortsette med konkurransedyktig atferd i markedet.¹⁶⁹ Det er ikke tilstrekkelig at det viser seg at foretaket ikke har overholdt det avtalte. Slik opptreden kan innebære utnyttning av kartellet til egen fordel.¹⁷⁰ Det må derfor ha fulgt en uavhengig rolle i markedet.

¹⁶⁶ Archer Daniels Midland, premiss 264. Sitatet var obiter fordi retten kom frem til at avtalen faktisk var implementert.

¹⁶⁷ Se Kerse 7-048.

¹⁶⁸ Op.cit. Jfr. også Archer Daniels Midland, premiss 269, der instruksjoner til salgsteamene ble lagt til grunn som bevis for at avtalen var gjennomført.

¹⁶⁹ Jfr. de nye retningslinjene avsnitt 29 tredje strekpunkt. Bestemmelsen kodifiserer vurderingstema slik det lød i Archer Daniels Midland, premiss 268.

¹⁷⁰ Vitamins, EFT 2003 L 6/1, avsnitt 728.

4.8.2 Retningslinjer, instruksjer og lignende

Etter utmålingsforskriften § 3 tredje ledd litra b, kan det legges vekt på om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget overtredelsen.

Overtredelsesgebyr som sanksjon for brudd på konkurransereglene rammer selskapet, ikke enkeltpersoner. Fordi forbudene i konkurranseloven virker preventivt, er det praktisk at foretakene introduserer et gjeldende regelverk for ansatte, og samtidig sørger for rutiner og kontrollordninger for å sikre at regelverket følges. Såkalte etterlevelsprogram er derfor viktige for selskapene, også fordi en kontroll vil kunne avdekke en overtredelse tidlig i sitt forløp. Dette vil øke mulighetene for immunitet eller delvis lempning etter kapittel 3 i utmålingsforskriften.¹⁷¹

Praksis etter straffeloven § 48 b litra c viser at eksistensen av interne regelverk og kontrollordninger vil ha betydning ved straffeutmålingen.¹⁷² Begrunnelsen for å vektlegge etterlevelsestiltak er at det er mindre å legge virksomheten til last dersom ikke overtredelsen kunne vært forebygget ved slike tiltak. Overtredelsesgebyret vil ikke ha preventiv effekt dersom foretaket ikke hadde mulighet til å hindre overtredelsen. Manglende mulighet til å forebygge overtredelsen kan endatil innebære at skyldkravet i konkurranseloven § 29 første ledd ikke er oppfylt, jfr. merknadene til utmålingsforskriften § 3 åttende avsnitt: ”Dersom foretaket ikke kunne ha forebygget overtredelsen, vil det være tvilsomt om grunnlaget for å straffe foretaket overhodet er tilstede.” I grensetilfellene bør vel Konkurransetilsynet, alle relevante forhold tatt i betraktning, sette overtredelsesgebyret på et symbolsk nivå.

Det faktum at det er utarbeidet tiltak er alene ikke tilstrekkelig for reduksjon. Det må samtidig kreves at foretaket utarbeider kontrollrutiner. Motsatt vil slette rutiner virke

¹⁷¹ Jfr. J.M. Griffin, ”An inside Look at a cartel at work: Common characteristics of international cartels”, i *Fighting Cartels, Why and How?*, Konkurrentverket 2001 s. 29.

¹⁷² Se i.a. Rt. 1993/459 som riktignok gjaldt brudd på intern instruks om tollklarering.

skjerpende og underbygge en økning av overtredelsesgebyr.¹⁷³ Det samme vil være tilfellet dersom det i det hele tatt ikke er satt i verk etterlevelsestiltak. Foretakets infrastruktur og tilgang på ekspertise kan vektlegges i denne sammenheng, ved at det stilles større krav til foretak med store ressurser.

Momentets anvendelse er begrenset til tilfeller der foretaket iverksetter tiltaket *før* konkurransemyndighetene intervensjoner, jfr. ”kunne ha forebygget” i litra b. Det ekskluderer å anvende momentet som en begrunnelse for reduksjon der tiltaket er kommet til etter at overtredelsen er oppdaget av virksomheten, men før konkurransemyndighetene oppdager den.

Utmålingsforskriften avviker her fra retningslinjene og praksis i EU-retten. Kommisjonen er ikke forpliktet til å vektlegge etterlevelsestiltak, verken introdusert før eller etter intervensjon, og har i flere saker gjort det klart at slike tiltak ikke er formildende. Tiltakene er naturlig nok velkomne også i EU, men praksis viser at de ikke medfører reduksjon.¹⁷⁴

4.8.3 Samarbeid med Konkurransetilsynet

Samarbeid med Konkurransetilsynet kan vektlegges etter utmålingsforskriften § 3 tredje ledd litra c. Signaleffekten av momentet er betydelig, da det gir et klart incitament til foretakene om å bidra i etterforskningen.

Kommisjonspraksis viser at samarbeid kan lede til store reduksjoner. I *Nathan-Bricolux* ble Nathans bot redusert med 40 % fordi det hadde samarbeidet, bl.a. ved å utlevere dokumenter som var vitale for Kommisjonens vurdering av om det forelå en overtredelse.¹⁷⁵

¹⁷³ Jfr. merknadene til § 3 åttende avsnitt.

¹⁷⁴ Jfr. Kerse 7-054. Se også Graver og Hjelmeng s. 65 som bl.a. viser til sak T-31/99, ABB v Kommisjonen, premiss 221 og Nintendo, EFT 2003 L255/33, avsnitt 451.

¹⁷⁵ *Nathan-Bricolux*, EFT 2001 L54/1, avsnitt 134.

Begrepet ”bistått Konkurransetilsynet” i utmålingsforskriften forstås identisk med samarbeidskriteriet i retningslinjene. Det er sikker rett at en reduksjon for samarbeid under den administrative prosessen, bare blir gitt dersom samarbeidet bidro til å gjøre det lettere for håndheveren å avdekke overtredelsen og bringe den til opphør. I tillegg kreves det at samarbeidet må være videre enn det som følger av foretakets lovpålagte plikt.¹⁷⁶

Hvorvidt bistanden er effektiv beror på en objektiv vurdering av de fremlagte opplysningene. På den annen side må ikke begrepet tolkes like strengt som kriteriene i lempningskapittelet i utmålingsforskriften. Eksempelvis innebærer sammenlikningen at det ikke kreves at fremleggelsen av bevis vesentlig styrker Konkurransetilsynets muligheter til å konstantere overtredelse, sml. utmålingsforskriften § 6 litra a. Regelen er etter dette at bistanden må være effektiv og bestå i noe mer enn det som følger av konkurranseloven § 24. At bistanden må være effektiv innebærer samtidig at det er vanskeligere å få uttelling for bistanden hvis ikke foretaket samarbeider fra starten av.

Det fører for langt å inn på grensedragningen mellom samarbeidskriteriet og konkurranseloven § 24. Det skal likevel bemerkes at dersom virksomheten legger frem detaljerte beskrivelser av formålet med og konklusjoner som ble nådd ved kartellmøter, vil det kunne resultere i reduksjon. Slik informasjon vil langt på vei være en innrømmelse av å ha deltatt i kartellet som må bli oppfattet som effektiv bistand. Se Førsteinstansrettens oppsummering i *Brouwerij*.¹⁷⁷

På samme måte som samarbeid vil bli belønnet, vil manglende samarbeid og forsøk på å hindre etterforskningen være skjerpene. Dette er uttrykkelig nevnt i Kommisjonens retningslinjer.¹⁷⁸ Ordlyden i utmålingsforskriften åpner ikke for dette intuitivt og det følger heller ikke av merknadene. På den annen side vil en antitetisk tolkning bygget på harmoniseringsformålet og det forhold at oppregningen i utmålingsforskriften ikke er uttømmende, lede til et tilsvarende resultat. I tillegg viser praksis at momentet tillegges

¹⁷⁶ Se de nye retningslinjene avsnitt 29 fjerde ledd i.f., som kodifiserer praksis. Jfr. *Brouwerij*, premiss 104 og 106.

¹⁷⁷ Se *Brouwerij*, premiss 107.

¹⁷⁸ Retningslinjene seksjon 2. De nye retningslinjene avsnitt 28.

vekt. I *Dansk Rørindustri* ble kommisjonsvedtaket om å heve boten, opprettholdt av EF-domstolen, fordi Henss/Isoplus hadde levert ufullstendig og misledende informasjon til Kommisjonen.¹⁷⁹ I *Greek Ferries* ble Minoans bot hevet med 10 % fordi det hadde foreslått å restrukturere kartellet ovenfor andre kartelldeltakere, etter at Kommisjonen hadde startet etterforskningen. Slik ville det blitt vanskeligere for Kommisjonen å oppdage kartellvirksomheten.¹⁸⁰ Det er grunn til å forvente at manglende samarbeid vil ha ekstra stor betydning ved prosessuelle overtredelser.

Når det gjelder spørsmålet om det er i strid med selvinkrimineringsvernet å legge vekt på manglende bistand under etterforskningen, vises det til NOU 2003: 12 kapittel 8, særlig s. 184-188.

Det forhold at foretak varsler andre om forestående etterforskning vil også bli sett på som skjerpene, jfr. *Tokai Carbon* der Førsteinstansretten opprettholdt vedtaket om å øke SGL's bot med 25 % fordi det hadde varslet andre foretak om en nært forestående etterforskning.¹⁸¹ Hvorvidt en ser dette som en antitese av § 3 tredje ledd litra c spiller ingen praktisk rolle fordi omstendigheten uansett vil kunne påvirke utmålingen fordi oppregningen i utmålingsforskriften ikke er uttømmende.

Vilkårene for lempning etter utmålingsforskriften kapittel 3 er strengere enn for lempning etter § 3 tredje ledd litra c. Sammenhengen i utmålingsforskriften er at lempning etter § 3 er aktuelt dersom vilkårene i kapittel 3 ikke er oppfylt. Lempningsprogrammet får kun anvendelse på brudd på konkurranseloven § 10, jfr. § 31. Samarbeid ved overtredelser av meldeplikten eller av forbudet mot misbruk av dominerende stilling, må derfor vurderes i medhold av kapittel 2. Begrunnelsen for distinksjonen er at de sjenerøse lempningsreglene i kapittel 3 kun rettfærdiggjøres ved overtredelser av § 10 som Konkurransetilsynet i motsatt fall ville ha store vanskeligheter med å avdekke.

¹⁷⁹ Dansk Rørindustri, premiss 358.

¹⁸⁰ Greek Ferries, EFT 1999 L109/24, avsnitt 161.

¹⁸¹ Tokai Carbon, premiss 312.

4.8.4 Konsernets økonomi

Etter utmålingsforskriften § 3 tredje ledd litra d kan økonomien til konsernet foretaket er en del av, påvirke utmålingen av overtredelsesgebyr. Begrunnelsen er at overtredelsesgebyr skal ha tilstrekkelig avskrekkende effekt.¹⁸² Vurderingstema for Konkurransetilsynet vil være hvorvidt det forhold at overtredelsesgebyret skal ha en avskrekkende effekt, tilsier at overtredelsesgebyret heves som følge av konsernets økonomi. Konsernets økonomi kan vektlegges etter straffeloven § 48 b.¹⁸³

Med økonomi menes her konsernets samlede finansielle ressurser, deriblant overskudd og reserver. Det er kun disse faktorer som gir en presis indikasjon på om overtredelsesgebyret virker avskrekkende.¹⁸⁴

Konsernets økonomi er et relevant moment der overtrederen er et datterselskap eller et morselskap. Momentet gjelder ikke der overtrederen er et foretak med god økonomi uten tilknytning til et konsern. Det er tilsiktet, fordi foretakets økonomi til en viss grad gjenspeiles i utmålingen allerede ved at foretakets omsetning skal tas i betraktning etter utmålingsforskriften § 3 første ledd.

Konsernets økonomi vil etter dette ha betydning der datterselskapet anses for å være overtreders slik at dets omsetning legges til grunn etter § 3 første ledd, og datterselskapet er en del av et konsern med god økonomi. Den omstendighet at et foretak som alene anses for å være overtreders, tilhører et konsern med god økonomi, vil derfor kunne medføre at overtredelsesgebyret heves.

¹⁸² Se sak C-289/04 P, Showa Denko v Kommisjonen, premiss 18.

¹⁸³ Jfr. Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 35 og Rt. 1992/19 s. 22. I Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 34 ble det uttalt at for "foretak med solid økonomi bør dette hensynet etter omstendighetene lede til høye bøter, slik man har sett det i praksis".

¹⁸⁴ Dette følger uttrykkelig av sak T-330/01, Akzo Nobel v Kommisjonen, premiss 112.

Det er en nær sammenheng mellom momentet om konsernets økonomi og foretakets omsetning. Næringslivet kan være strukturert på ulike måter. I de tilfellene der et datterselskap er overtredende, kan det være svært sentralt å se hen til konsernets økonomi for at overtredelsesgebyret skal virke tilstrekkelig avskrekkende. Særlig gjelder dette for å unngå at konsern sentrerer tvilsom atferd i et datterselskap uten at morselskapet anses for å være overtredende av den grunn.

Momentet som ligger til grunn for drøftelsen her, fremgår ikke direkte av Kommisjonens retningslinjer. Det er likevel sikker rett at det har betydning i EF-retten, der som et moment i vurderingen av hvorvidt boten er tilstrekkelig avskrekkende. I *Microsoft* ble det eksempelvis lagt vekt på Microsofts store økonomiske kapasitet. Følgen var at grunnbeløpet ble multiplisert med to.¹⁸⁵

Det er verdt å merke seg i denne sammenheng at boten aldri skal overstige maksimumsgrensene i utmålingsforskriften § 2. I prinsippet vil det kunne medføre at overtredelsesgebyret ikke vil bli oppfattet som avskrekkende på *konsernet*, fordi det ikke under noen omstendighet kan overstige 10 % av *foretakets* globale omsetning.

4.8.5 Andre skjerpende og formildende omstendigheter

Verken utmålingsforskriften eller Kommisjonens retningslinjer er uttømmende. For utmålingsforskriftens vedkommende følger dette av ordlyden og merknadene. Som ved grovhetsvurderingen, oppregner utmålingsforskriften de viktigste skjerpende og formildende omstendighetene. Oppregningen er ikke uttømmende, slik at alle relevante forhold undertiden kan ha betydning. Det skal således foretas en individuell og skjønnsmessig helhetsvurdering. Redegjørelsen nedenfor pretenderer derfor ikke å være uttømmende.

¹⁸⁵ Microsoft, avsnitt 1076.

Etter merknadene til § 3 syvende avsnitt, er ”tidligere vandel” et relevant moment. Dette er i tråd med EU-retten, hvor det slås hardt ned på gjentakelsestilfeller.¹⁸⁶ I *Michelin* ble grunnbeløpet hevet med 50 % fordi Michelin tidligere hadde blitt funnet skyldig i samme type overtredelse. Det spiller ingen rolle om den tidligere overtredelsen er tilknyttet et annet geografisk marked.¹⁸⁷ At overtrederen ikke tidligere er sanksjonert for konkurransebegrensende atferd, skal ikke heller være formildende.¹⁸⁸

Forutsetningen for vektlegging av gjentakelse er at det er en viss likhet mellom overtredelsene, men vurderingen er ikke streng. Gjentakelse er et bevis på at den forrige boten ikke avskrekket foretaket fra å overtre konkurransereglene. Det er således legitimt å heve gebyret ved gjentakelse også for overtredelser som ikke er identiske med den forrige. Praksis vedrørende fortaksstraff etter straffeloven § 48 b viser at tidligere *anmeldelser* som ikke har medført straff, også kan vektlegges.¹⁸⁹

Ved gjentakelse kan det undertiden være aktuelt for Konkurransetilsynet å anmelde forholdet til påtalemyndigheten, også der det ikke i seg selv er tale om et tilstrekkelig alvorlig tilfelle.¹⁹⁰

I strafferetten kan det ved straffeutmålingen tas i betraktning straffer idømt i utlandet, jfr. straffeloven § 61 siste ledd. Spørsmålet er om Konkurransetilsynet ved håndhevelse av konkurranseloven kan legge vekt på at foretak er bøtelagt i andre jurisdiksjoner. Løsningen er usikker og ikke regulert i utmålingsforskriften. Formålet bak gjentakelsesmomentet taler imidlertid for at Konkurransetilsynet kan vektlegge andre jurisdiksjoners bøteileggelse. Dersom for eksempel Hydro har vært bøtelagt for kartellvirksomhet i Sverige, og den

¹⁸⁶ Se i.a. *Interbrew*, EFT 2003 L200/1, avsnitt 314; *Organic Peroxides*, EFT 2005 L110/44, avsnitt 20; *French Beer*, EFT 2005 L184/57, avsnitt 16. Jfr. Ortiz s. 465.

¹⁸⁷ *Michelin*, EFT 2002 L143/1, avsnitt 361-363.

¹⁸⁸ Se sak T-352/94, *Mo & Domsjö v Kommisjonen*, premiss 421.

¹⁸⁹ Se Rt. 2000/1451 s. 1454.

¹⁹⁰ Det åpnes for dette i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 117.

samme type virksomhet avdekkes i Norge, er det således nødvendig for å sikre tilstrekkelig avskrekkende effekt, å ilegge en bot som ligger høyere enn den egentlig ville vært. Et annet argument for et bekræftende svar er at Kommisjonen kan ta i betraktning avgjørelser fra nasjonale kompetansemyndigheter, jfr. de nye retningslinjene avsnitt 28 første strekpunkt.

Dersom det dreier seg om samme forhold, f.eks. et kartell med virkning i flere land, kan ikke Konkurransetilsynet vektlegge virkninger utenfor Norge, jfr. konkurranseloven § 5. Av samme grunn skal det ikke tas hensyn til utmålt straff i andre jurisdiksjoner for samme forhold ettersom samme geografiske begrensning presumptivt gjelder der. Det er derfor nødvendig for å sikre en tilstrekkelig preventiv effekt i slike tilfeller, å *ikke* ta hensyn til andre jurisdiksjoners bøteleggelse.

At foretak fortsetter overtredelsen etter at Konkurransetilsynet har intervenert, er skjerpene på utmålingen. Det er utbredt praksis for at Kommisjonen vektlegger dette.¹⁹¹ I *French Beef* ble boten hevet med 20 % fordi partene fortsatte samarbeidet etter at de hadde mottatt meddelelse om etterforskning fra Kommisjonen.¹⁹² Måten avtalen blir etterlevet på vil ha betydning. I *Nintendo* ble således boten hevet med 25 % fordi partenes atferd viste at de var særlig opptatt av å fortsette overtredelsen selv om Kommisjonen uttrykkelig hadde gjort det klart at avtalen var i strid med EF artikkel 81.¹⁹³ Der det er berettiget tvil om atferdens ulovlighet er det derimot betenkelig å legge vekt på fortsatt overtredelse.¹⁹⁴

Opphør med overtredelsen så snart Konkurransetilsynet intervenerer vil på den annen side kunne virke formildende.¹⁹⁵ Forutsetningen er at foretaket viser at den frivillige tilbaketrekkingen er et *direkte produkt* av intervensjonen og at det skjer øyeblikkelig.

¹⁹¹ Se f.eks. Volkswagen, EFT 1998 L124/60, avsnitt 219; Pre-insulated Pipes, EFT 1999 L24/1, avsnitt 179.

¹⁹² French Beef, EFT 2003 L209/12, avsnitt 174.

¹⁹³ Nintendo, EFT 2003 L255/33, avsnitt 408.

¹⁹⁴ Jfr. Midthjell s. 545.

¹⁹⁵ For samarbeidssaker som faller inn under virkeområdet til utmålingsforskriften kapittel 3, vil delvis lempning skje etter utmålingsforskriften § 6 litra b.

Opphører foretakets atferd derimot før intervensjon, vil det ikke være formildende.¹⁹⁶ Ensidig avstandtagen vil riktignok være til fordel for foretaket fordi det korter ned på overtredelsens varighet. Umiddelbart opphør kombinert med kompensasjon til tapslidende, kan lede til gebyrfritak.¹⁹⁷ Foretak som derimot fortsetter overtredelsen men som forsøker å la det skinne igjennom utad at den er opphørt, må regne med skjerpelse.¹⁹⁸

Det skal bemerkes at fortsatt overtredelse og opphør av overtredelsen, ikke alltid påvirker utmålingen. Førsteinstansretten har lagt til grunn at det helt enkelt beror på sakens kontekst.¹⁹⁹ Samtidig har det betydning at et system som automatisk vektlegger momentet i formildende retning, vil undergrave konkurransereglens effektivitet og eliminere et incitament til å stoppe overtredelsen.²⁰⁰

I Kommisjonens nye retningslinjer skal det tas hensyn til foretakenes evne til å betale boten, der faren for arbeidsledighet og sosial beskyttelse vil spille en rolle.²⁰¹ Konkursfare er ikke uttrykkelig nevnt som formildende i utmålingsforskriften. Likevel taler harmoniseringsformålet for å vektlegge svak økonomi. Det samme gjør det faktum at det vil virke mot sin hensikt dersom Konkurransetilsynet setter overtredelsesgebyrene på et nivå som medfører at foretakene blir insolvente.²⁰² Følgen vil være at markedet blir en konkurrent mindre med desto mindre konkurranse mellom markedsaktørene og høyere priser.²⁰³

¹⁹⁶ Vitamins, EFT 2003 L6/1, avsnitt 732.

¹⁹⁷ Se sak 26/75, General Motors v Kommisjonen, premiss 22.

¹⁹⁸ Se f.eks. Volkswagen, EFT 1998 L124/60, avsnitt 219.

¹⁹⁹ Jfr. sak T-31/99, ABB v Kommisjonen, premiss 213. Eksempelvis vil opphør i samråd med etterlevelsestiltak være formildende, jfr. sak 85/76, Hoffmann La Roche v Kommisjonen, premiss 140.

²⁰⁰ Se ADM, premiss 335-337.

²⁰¹ De nye retningslinjene avsnitt 35.

²⁰² Insolvensproblemet var diskutert i Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 34-35. Diskusjonen dreide seg om hvorvidt insolvens skulle ha betydning for i det hele tatt å ilegge foretaksstraff. Konklusjonen var åpen.

²⁰³ På hvilken måte en konkurs påvirker konkurransen, se Stephan, "The Bankruptcy Wildcard in Cartel Cases", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=912169, s. 14.

Utgangspunktet er dog at svak økonomi ikke er formildende. Den rettslige begrunnelsen er at det ville være ”tantamount to conferring an unjustified competitive advantage on those undertakings least well adapted to market conditions”.²⁰⁴ I tillegg vil utbredt praksis med insolvensrabatter underminere betydningen av konkurransereglene, ved at foretak garanteres videre eksistens.²⁰⁵ Praksis er likevel tilbøyelig til å vektlegge svak økonomi, men kun i eksepsjonelle tilfeller.²⁰⁶ Et eksempel er *Carbon & Graphite*, der SGL mottok reduksjon på 33 % fordi det hadde betydelige finansielle problemer og nylig hadde blitt bøtelagt i to tilfeller.²⁰⁷

4.9 Hvilket beløp er utgangspunktet?

Kommisjonens utmålingsmetode, reiser spørsmålet om hvilken sum en skal heve eller redusere pga. skjerpene og formildende omstendigheter. Spørsmålet er relevant for Konkurransetilsynet dersom det velger å anvende en like formalisert metode som den retningslinjene foreskriver.²⁰⁸ Et alternativ er å heve eller redusere overtredelsesgebyret slik det fremgår av grunnbeløpet. Et annet, er å heve eller redusere summen slik det løpende fremgår etter at det allerede er tatt i betraktning skjerpene eller formildende omstendigheter. Fordi det i denne sammenheng opereres med proSENTSATSER vil valget kunne ha stor betydning for overtrederen.

Den rettslige løsningen fremgår av *Cheil Jedang* som vedrørte Lysine-kartellet. Dommen er prejudikat for at Kommisjonen skal redusere eller heve beløpet, slik det fremgår etter en vurdering av foretakets omsetning, og overtredelsens grovhet og varighet (grunnbeløpet). Førsteinstansretten anførte at

²⁰⁴ Jfr. *Graphite Electrodes*, EFT 2002 L100/1, avsnitt 206.

²⁰⁵ Se Stephan s. 18.

²⁰⁶ Jfr. *Nintendo*, EFT 2003 L255/33, avsnitt 465 og 469. Rettspraksis er kodifisert i Kommisjonens nye retningslinjer avsnitt 35.

²⁰⁷ *Carbon & Graphite*, EFT 2004 L125/45, avsnitt 22.

²⁰⁸ Se kapittel 4.1.

”any percentage increases or reductions decided upon to reflect aggravating or mitigating circumstances must be applied to the basic amount of the fine ... not to the amount of any increase already applied for the duration of the infringement or to the figure resulting from any initial increase or reduction to reflect aggravating or mitigating circumstances”.²⁰⁹

Løsningen er etter dette at Konkurransetilsynet må trekke fra eller legge til i beløpet, slik det fremgår etter en vurdering av foretakets omsetning, og overtredelsens grovhet og varighet. Rent praktisk gjøres dette ved at en anvender en nettoprosentsats. Kommer Konkurransetilsynet til at overtredelsesgebyret skal reduseres med 30 % pga. samarbeid, og samtidig at det bør heves med 10 % pga. at markedsdelingsavtaler er gjennomført, reduseres grunnbeløpet med 20 %.

²⁰⁹ Sak T-220/00, Cheil Jedang v Kommisjonen, premiss 229.

5 Avslutning

Adgangen for Konkurransetilsynet til å ilegge overtredelsesgebyr er et viktig instrument i håndhevelsen av konkurransereglene. Harmoniseringsformålet medfører at utmålingen primært skal følge prinsippene i EU/EØS. Som et utgangspunkt er det derfor en presumsjon for at momentene i utmålingsforskriften skal forstås på samme måte som i EU-/EØS-retten. Tiden vil vise om det likevel legges til grunn avvikende tolkninger, tilpasset norske forhold.

Som påpekt er det introdusert nye retningslinjer fra Kommisjonen. Det er derfor et spørsmål om utmålingsforskriften bør revideres. Fraværet av en beskrivende metode i utmålingsforskriften er et poeng i så måte. Utmålingsforskriftens innebygde dynamikk gjør den velegnet for å tilpasse seg endringer fra EU-hold. Ordlyden i utmålingsforskriften § 3 er tøyelig, jfr. ”særlig” og ”blant annet”. Oppregningen av momenter er ikke uttømmende, og Konkurransetilsynet kan ta i betraktning nye momenter som skulle følge av de nye retningslinjene. Dette taler mot revisjon.

Utmålingsforskriften avviker særlig fra de nye retningslinjene på ett punkt. Etter de nye retningslinjene skal foretakets årlige omsetning på det relevante geografiske markedet tas i betraktning, jfr. avsnitt 13. Etter legaldefinisjonen av omsetning i utmålingsforskriften § 2 tredje ledd skal derimot foretakets samlede salgsinntekt for siste regnskapsår gjelde som moment i utmålingen. Den forskjell dette kan ha i praksis, vil nok veie tungt for revisjon når Fornyings- og administrasjonsdepartementet skal se på spørsmålet.

Utmåling av overtredelsesgebyr er ingen eksakt vitenskap, og momentene som skal eller kan tas i betraktning avhenger av det konkrete saksforholdet. Dersom departementet velger å revidere utmålingsforskriften i tråd med de nye retningslinjene, vil overtredelsesgebyret antakelig i større grad kunne tilpasses overtredelsens økonomiske følger, samt sørge for at overtredelsesgebyret virker avskrekkende.

Konkurransekommissær Neelie Kroes oppsummerer effekten av de nye retningslinjene slik:

”The three main changes – the new entry fee, the link between the fine and the duration of the infringement, and the increase for repeat offenders – send three clear signals to companies. Don’t break the anti-trust rules; if you do, stop it as quickly as possible, and once you’ve stopped, don’t do it again.”

6 Kilder

Litteratur

- Evensen Evensen, Harald: "Fra straff til overtredelsesgebyr", *Konkurransetilsynets jubileumsskrift 2004* s. 44 flg.
- Geradin Geradin, Damien og David Henry: "The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts' judgements". Tilgang: http://professorgeradin.blogs.com/damien_geradins_papers/
- Graver Graver, Hans Petter: "Fra Inngrep til forbud – konkurranseloven av 2004", *Konkurransetilsynets jubileumsskrift 2004* s. 33 flg.
- Graver og Hjelmeng Graver, Hans Petter og Erling Hjelmeng: *Norsk Konkurranserett bind II Prosess og sanksjoner*, Oslo, 2006
- Griffin Griffin, J. M.: "An inside Look at a cartel at work: Common characteristics of international cartels", i *Fighting Cartels, Why and How?*, *Konkurrenserettet 2001* s. 29
- Hjelmeng Hjelmeng, Erling: *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, Bergen, 2003
- Hjelmeng i TfR Hjelmeng, Erling: "Medvirkningsansvar og EØS-harmonisering av konkurranseloven", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2006 s. 131-156
- Høivik Høivik, Knut: "Er konkurranselovens tosporede sanksjonssystem overfor foretak hensiktsmessig?", *Lov og Rett* 2006 s. 360 flg.
- Kerse Kerse, Christopher og Nicholas Khan: *EC antitrust procedure*, 5th ed., London, 2005
- Matningsdal Matningsdal, Magnus og Anders Bratholm (red.): *Straffeloven Kommentartutgave, 2. utg. Første del. Almindelige Bestemmelser*, Oslo, 2003
- Midthjell Midthjell, Jon Øyvind Eide: "Utmåling av konkurransebøter i EF/EØS-retten", *Lov og Rett* 1999 s. 537 flg.
- Ortiz Ortiz, Luis Blanco: *EC competition procedure*, 2nd ed., Oxford, 2006

- Stephan Stephan, Andreas: ”The Bankruptcy Wildcard in Cartel Cases”.
Tilgang:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=912169
- Whish Wish, Richard: *Competition Law*, 5th ed., London, 2004
- Wils Wils, Wouter P.J.: *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: Essays in Law & Economics*. Haag, 2002.

Lov/forskrift

- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
10. februar 1967
- 1992 Lov nr. 86/1992 om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring
(tvangsfullbyrdelsesloven)
- 1993 Lov nr. 65/1993 om konkurranse i ervervsvirksomhet (opphevet)
- 1999 Lov nr. 21/1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i
norsk rett
- 2004 Lov nr. 11/2004 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens
konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)
- 2004 Lov nr. 12/2004 om konkurranse mellom foretak og kontroll med
foretakssammenslutninger (konkurranseloven)
- 2005 Lov nr. 90/2005 om mekling og rettergang i sivile tvister
(tvisteloven), ennå ikke trådt i kraft
- 2005 Forskrift nr. 909/2005 om utmåling og lempning av
overtredelsesgebyr (utmålingsforskriften)

Forarbeider

NOU 2003: 12 Ny konkurranselov

NOU 2003: 15 Fra bot til bedring

Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) Straffeloven m.m. (straffansvar for foretak)

Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Rettsavgjørelser i Norge

Rt. 1992/19

Rt. 1993/459

Rt. 1995/1907 Trafikkskole-saken

Rt. 1995/1922 Bølgepapp I

Rt. 2000/1451

TOSLO-2005-111347

Vedtak fra Konkurransetilsynet

Vedtak 2005-9 SAS (Haugesund)

Vedtak 2005-14 Norsk Aller

Vedtak 2006-99 Coop Steinkjer BA

Vedtak 2006-108 NG Spar Rogaland AS

Vedtak 2006-120 Ole Kr. Ertsvik AS

Vedtak 2006-121 Norconsult.

Traktater og forordninger

Treaty establishing the European Economic Community (EF), Rome 25 March 1957, med senere endringer

Council Regulation No 1 2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, EFT 2003 L1/1

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, EFT 2004 L24/1

Meddelelser

Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15(2) of Regulation No 17 and Article 65(5) of the ECSC Treaty, EFT 1998 C9/3

Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, EFT 2002 C45/3

Commission Notice in informal guidance relating to novel questions concerning Articles 81 and 82 of the EC Treaty that arise in individual cases, EFT 2004 C101/78

Guidelines on the method of setting fines pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, EFT 2006 C210/02

Retningslinjer fra EFTAs overvåkningsorgan om metoden for fastsettelse av bøter ilagt i henhold til EØS-avtalens konkurranseregler, EØS-tillegget 3/2003, s. 8.

EF-domstolen

- van Gend en Loos Sak 26/62, N.V. Algemeine Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos v Netherlands Inland Revenue Administration, Sml. 1954-64 s. 375
- General Motors Sak 26/75, General Motors Continental NV v Kommisjonen, Sml. 1975 s. 1367
- Hoffman La Roche Sak 85/76, Hoffmann La Roche & Co Ag v Kommisjonen, Sml. 1979 s. 461
- Musique Diffusion Forenede saker 100-103/80, SA Musique Diffusion Francaise m.fl. v Kommisjonen, Sml. 1983 s. 1825
- Akzo Sak C-62/86, Akzo v Kommisjonen, Sml. 1991 s. I-3359
- Sarrió Sak C-291/98 P, Sarrió SA v Kommisjonen, Sml. 2000 s. I-9991
- Courage Sak C-453/99, Courage Ltd v Bernard Crehan, Sml. 2001 s. I-6297
- Dansk Rørindustri Forenede saker C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P til C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri A/S m.fl. v Kommisjonen, Sml. 2005 s. I-5425
- Showa Denko Sak C-289/04 P, Showa Denko KK v Kommisjonen, av 29. juni 2006, ennå ikke i Sml.

Opinion of Mr Advocate General Tizzano, Sml. 2005 s. I-5425

Førsteinstansretten

- BPB Sak T-311/94 BPB de Eendracht NV v Kommisjonen, Sml. 1998 s. II-1129
- Mo & Domsjö Sak T-352/94, Mo & Domsjö v Kommisjonen, Sml. 1998 s. II-1989
- ABB Sak T-31/99, ABB Asea Brown Boveri Ltd v Kommisjonen, Sml. 2002 s- II-1881
- Cheil Jedang Sak T-220/00, Cheil Jedang v Kommisjonen, Sml. 2003 s. II-02473
- Archer Daniels Midland Sak T-224/00 Archer Daniels Midland Co and Archer Daniels Midland Ingredients Ltd v Kommisjonen, Sml. 2003 s. II-2597

| | |
|------------------------------|---|
| Tokai Carbon | Sak T-236/01 etc., Tokai Carbon v Kommisjonen, Sml. 2004 s. II-1181 |
| Akzo Nobel | Sak T-330/01, Akzo Nobel NV v Kommisjonen, av 27. september 2006, ennå ikke i Sml. |
| Britannia | Sak T-33/02, Britannia Alloys & Chemicals Ltd v Kommisjonen, av 29. november 2005, ennå ikke i Sml. |
| Brouwerij | Sak T-48/02, Brouwerij Hacht NV v Kommisjonen, av 6. desember 2005, ennå ikke i Sml. |
| Archer Daniels Midland Co | Sak T-59/02, Archer Daniels Midland Co. v Kommisjonen, av 27. september 2006, ennå ikke i Sml. |
| Hoek Loos | Sak T-304/02 Hoek Loos NV v Kommisjonen, av 4. juli 2006, ennå ikke i Sml. |

Kommisjonen

| | |
|------------------------|------------------|
| London European/Sabena | EFT 1988 L317/47 |
| Gosme/Martell | EFT 1991 L185/23 |
| Eurocheque | EFT 1992 L95/50 |
| Volkswagen | EFT 1998 L124/60 |
| Pre-insulated Pipes | EFT 1999 L24/1 |
| Taca | EFT 1999 L95/1 |
| Alloy Surcharge | EFT 1999 L100/55 |
| Tetra Pak II | EFT 1999 L109/24 |
| Samsung | EFT 1999 L225/12 |
| FEG | EFT 2000 L39/1 |
| Cimenteries | EFT 2000 II-491 |
| Nathan-Bricolux | EFT 2001 L54/1 |
| Lysine | EFT 2001 L152/24 |
| VW-Audi | EFT 2001 L262/14 |
| JCB | EFT 2002 L69/1 |
| Graphite Electrodes | EFT 2002 L100/1 |

| | |
|------------------------------|--|
| Michelin | EFT 2002 L143/1 |
| Citric Acid | EFT 2002 L239/18 |
| Luxembourg Brewers | EFT 2002 L253/21 |
| Vitamins | EFT 2003 L6/1 |
| Industrial and Medical gases | EFT 2003 L84/1 |
| Zinc Phosphate | EFT 2003 L153/1 |
| Interbrew | EFT 2003 L200/1 |
| French Beef | EFT 2003 L209/12 |
| Methionine | EFT 2003 L255/1 |
| Nintendo | EFT 2003 L255/33 |
| Deutsche Telekom | EFT 2003 L263/9 |
| PO/Yamaha | Sak 37.975 av 16. juli 2003 |
| GVG/FS | EFT 2004 L11/17 |
| Food flavour | EFT 2004 L75/1 |
| Carbonless Paper | EFT 2004 L115/1 |
| Microsoft | Vedtak av 24. mars 2004, COMP/C-3/37.792 |
| Carbon & Graphite | EFT 2004 L125/45 |
| Tetra | EFT 2005 L98/27 |
| Organic Peroxides | EFT 2005 L110/44 |
| French Beer | EFT 2005 L184/57 |

Andre dokumenter

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon – EMK)

White Paper on Modernisation of the rules implementing Articles 81 and 82 of the Treaty, COM (1999) 101

”Sanksjonering – er det verdt prisen”, *Konkurransetilsynets skriftserie 1/2001*

