

UiO : **Det juridiske fakultet**

Forholdet mellom lempningsprogram og private erstatningssøksmål i det konkurranserettslige håndhevingsregimet

Kandidatnummer: 576

Leveringsfrist: 25.11.2012

Antall ord: 17993



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Presentasjon av emne og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger og presiseringer	4
2	LEMPNINGSORDNINGEN SOM KONKURRANSEPOLITISK VIRKEMIDDEL	7
2.1	Innledning	7
2.2	Lempningsinstituttets betydning som konkurransepolitisk virkemiddel	8
2.2.1	Formålet med den offentlige håndhevelse av kartellforbudet	8
2.2.2	Lempningsordningen og innsamling av bevis	8
2.2.3	Lempningsordningens virkning på fremtidig kartellformasjon	10
2.3	Implementering av lempningsprogram i EU/EØS-retten og norsk rett	11
2.3.1	Lempning av bøter i kartellsaker med EU/EØS-rettslig dimensjon	11
2.3.2	Lempning etter konkurranseloven	14
2.3.3	Saksallokering og informasjonsutveksling mellom konkurransemyndigheter i EU/EFTA-samarbeidet	17
2.4	Oppsummering	19
3	PRIVATE ERSTATNINGSØKSMÅL SOM HÅNDHEVELSESMEKANISME I KONKURRANSERETTEN	21
3.1	Innledning	21
3.2	Formålet med erstatningssøksmål i konkurranseretten	21
3.3	Privates rett til erstatning ved brudd på konkurransereglene	23
3.3.1	Kravet til effektive sanksjoner ved brudd på EU/EØS-retten	24
3.3.2	Adgangen til å kreve erstatning ved brudd på konkurranseloven	26
3.3.3	Privates behov for innsyn i lempningsdokumenter	27
3.4	Oppsummering	29

4	PRIVATES INNSYN I LEMPNINGSSAKER MED EU/EØS-RETTLIG DIMENSJON	31
4.1	Innledning	31
4.2	Allmennhetens innsynsrett i Kommisjonens saksdokumenter etter Europa-Parlamentets og Rådets (EF) forordning nr. 1049/2001	32
4.2.1	EU-retten om forholdet mellom innsynsretten og lempningsinstituttet	33
4.2.2	EU-domstolen om forholdet mellom innsynsretten og fusjonskontroll	40
4.3	Innsyn i lempningsdokumenter hos EFTAs Overvåkningsorgan	43
4.4	EU/EØS-rettens føringer på praktisering av nasjonalt regelverk	45
4.4.1	EU-domstolens prejudisielle avgjørelse i <i>Pfleiderer</i> -saken	45
4.4.2	<i>Pfleiderer</i> -sakens betydning for nasjonalt regelverk	47
4.5	Oppsummering	49
5	PRIVATES RETT TIL INNSYN I LEMPNINGSDOKUMENTER ETTER NORSK RETT	50
5.1	Innledning	50
5.2	Rett til innsyn i Konkurransetilsynets bevismateriale før sak er avsluttet	51
5.3	Saksøkers innsynsrett i taushetsbelagte opplysninger når sak er avsluttet	53
5.4	Konkurransetilsynets taushetsrett om lovbrudd fra private	55
5.6	Oppsummering	59
6	KOORDINERING AV LEMPNINGSPROGRAM OG PRIVATE ERSTATNINGSSØKSMÅL.....	60
6.1	Utgangspunktet for den rettspolitiske vurdering	60
6.2	Beskyttelse av lempningssøknaden mot utlevering til private	61
6.3	Lempning av erstatningsansvar	66
7	AVSLUTTENDE MERKNADER.....	70
8	KILDEHENVISNINGER	72

1 INNLEDNING

1.1 Presentasjon av emne og problemstilling

Denne avhandling behandler forholdet mellom lempningsprogram og private erstatningssøksmål i det konkurranserettslige håndhevingsregimet. Dette temaet har vært gjenstand for oppmerksomhet i Norge og EU/EØS den senere tid, og berører i hovedsak samspillet mellom offentlig og privat håndhevelse av konkurransereglene.

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 5. mars 2004 ('Konkurranseloven') § 10 forbyr samarbeid mellom foretak som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke, eller vri konkurransen. Bestemmelsen ble innført i norsk rett etter modell fra EØS-avtalen artikkel 53 og artikkel 101 i Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte ('TEUV'). Kartellsamarbeid representerer utvilsomt den mest alvorlige overtredelsen av nevnte forbudsbestemmelser.

Konkurransemyndighetene bruker betydelige ressurser på å avdekke kartellsamarbeid, og foretak som deltar i ulovlig virksomhet ilegges bøter eller overtredelsesgebyr på inntil 10 prosent av foretakets omsetning.¹ Karteller kan defineres som avtaler eller samordnet opptreden mellom to eller flere konkurrerende foretak som har til formål å samordne aktørenes konkurransemessige atferd eller påvirke relevante konkurranseparametere gjennom prissamarbeid, markedsdeling eller ved tildeling av produksjons- og salgskvoter.² Konsekvensene av slikt samarbeid er samfunnsøkonomisk tap i form av høyere priser på produkter og tjenester og reduserte valgmuligheter for konsumenter.³

¹ Almunia (2009). Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 23 nr. 2 og forskrift av 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr § 2 annet ledd

² Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases (2006) ("Lempningskunngjøringen") nr. 1 Tilsvarende Kunngjøring fra EFTAs Overvåkningsorgan om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker (2009). Den videre fremstilling vil utelukkende henviser til Kommisjonens Lempningskunngjøring, men henvisningene er gyldig også for regelverket i EFTA-pilaren.

³ Eriksen og Søreide (2012), s. 2

Etterforskning og sanksjonering av denne type økonomisk kriminalitet er utfordrende fordi karteller utvikler stadig mer sofistikerte samarbeidsformer for å holde den ulovlige virksomheten skjult for omverdenen.⁴ Implementering av lempningsprogram har derfor blitt betegnet som viktig for konkurransemyndighetenes håndhevelse av kartellforbudet.⁵ Lempning er en ordning som innrømmer amnesti eller betydelig sanksjonsnedsettelse til foretak som frivillig avslører egen og andres deltakelse i et påstått kartell, og fremlegger kvalifiserte bevis for overtredelsen før eller under konkurransemyndighetenes etterforskning.⁶

Konkurransemyndighetenes lempning skjermer ikke foretaket fra privatrettslig erstatningsansvar. Retten for private til å søke erstatning ved tap lidt som følge av kartellsamarbeid følger av prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse i EU/EØS-retten og etter alminnelige erstatningsrettslige prinsipper i norsk rett.⁷ Private erstatningssøksmål mot foretak som deltar i kartellsamarbeid har likevel vært underrepresentert ved håndhevelsen av EU-rettens konkurranseregler på medlemsstatsnivå, og ved sanksjonering av brudd på konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53 i Norge. Siden fraværet av et effektivt system for private erstatningssøksmål hindrer den fulle håndhevelse av konkurransereglene, har EU-Kommisjonen ('Kommisjonen') varslet at det vil fremmes forslag til et direktiv om regler for private erstatningssøksmål ved brudd på konkurransereglene i desember inneværende år.⁸

Den offentlige og private håndhevelse av kartellforbudet er som utgangspunkt er atskilte sanksjonsspor i konkurranseretten, og det kan derfor ikke oppstilles et hierarkisk forhold

⁴ Meyer (2011)

⁵ Lempningskunngjøringen (2006), nr. 4.

⁶ ICN (2009), s. 2

⁷ Sak C-453/99, *Courage mot Crehan*, premiss 23-25. Tilsvarende prinsipp gjelder også i EØS-retten, jf. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-9/97, *Sveinbjörnsdottir mot Island*. Se Ot. prp. nr. 6 (2003-2004), s. 188-189 for norsk retts vedkommende.

⁸ <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>
http://ec.europa.eu/atwork/pdf/forward_programming_2012.pdf

mellom konkurransemyndighetenes sanksjonering av overtredelser og privat håndhevelse gjennom erstatningssøksmål.⁹ Manglende koordinering av offentlige og private sanksjonsmekanismer skaper dermed et motsetningsforhold mellom lempningsinstituttet og utøvelsen av retten til kompensasjon.¹⁰

Private har begrensede muligheter til å fremskaffe bevis for skjult samarbeid ettersom informasjon om overtredelsen oftest er begrenset til kartellets medlemmer, og private ikke besitter effektive etterforskningsfullmakter.¹¹ Enkeltindivider og foretak som ønsker å fremme krav om erstatning for tap lidt som følge av kartellsamarbeid vil derfor ha behov for utnytte konkurransemyndighetenes etterforskningsmateriale for å bevise sitt krav ved søksmål for nasjonale domstoler.¹² Dersom private gis innsyn i foretakets lempningssøknad vil lempningssøker bli eksponert mot erstatningssøksmål i større grad enn kartelldeltakere som ikke frivillig har samarbeidet med konkurransemyndighetene.¹³ Foretak som anmoder konkurransemyndighetene om lempning vil komme med innrømmelser og detaljerte omtaler av overtredelsen, og vanskelig kunne bestride sitt ansvar i etterfølgende erstatningssøksmål. Siden fordelene med å få innvilget amnesti fra konkurransemyndighetene kan falle bort ved at saksøker retter hele erstatningskravet mot lempningssøker, er informasjonsdeling mellom konkurransemyndighetene og private i saker om lempning egnet til å redusere foretakets incentiver til å søke lempning.¹⁴

Dette gir grunnlag for å oppstille følgende problemstilling: *Hvilke håndhevelsessyn ivaretar lempningsprogram og private erstatningssøksmål i konkurranseretten, og er reglene om tredjemenns rett til innsyn i konkurransesaker slik de fremstår i EU/EØS-retten og norsk rett egnet til å beskytte lempningsprogram og samtidig tjene som et instrument for utøvelsen av privates rett til erstatning ved brudd på konkurransereglene?*

⁹ Graver og Hjelmeng (2006), s. 159, Komninos (2006), s. 17

¹⁰ Komninos (2006), s. 21

¹¹ Wils (2009) s. 10

¹² NOU 2003: 12, s. 214

¹³ Wils (2007), s. 40

¹⁴ Skadeerstatningsloven § 5-3

Problemstillingen vil besvares gjennom avhandlingens to hoveddeler. Den første del vil redegjøre for lempningsprogrammets betydning som konkurransepolitisk virkemiddel og erstatningssanksjonen som håndhevelsesmekanisme i konkurranseretten (Kapittel 2 og 3). Denne fremstillingen vil belyse hvilke håndhevelses hensyn som gjør seg gjeldende ved sanksjonering av kartellsamarbeid. Den andre del vil drøfte hvordan forholdet mellom lempningsprogram og erstatningssøksmål konkret utspiller seg gjennom regler om innsyn i konkurransemyndighetenes saksdokumenter i EU/EØS-retten og etter norsk rett (Kapittel 4 og 5). Det vil på grunnlag av resultater som fremkommer i avhandlingens hoveddel foretas en rettspolitisk vurdering av hvordan lempningsprogram og private erstatningssøksmål bør koordineres for å sikre en effektiv offentlig og privat håndhevelse av kartellforbudet (Kapittel 6). Avsluttende merknader vil deretter følge (Kapittel 7).

1.2 Avgrensninger og presiseringer

Private parter kan opptre på flere stadier av en konkurransesak. Intervensjon fra private kan forekomme under konkurransemyndighetenes etterforskning, eller i påfølgende rettsak hvor sanksjonerte foretak bestrider grunnlaget for konkurransemyndighetenes overtredelsesvedtak. Begrepet 'privat håndhevelse' reserveres imidlertid for de tilfeller hvor fysiske eller juridiske personer fremmer *selvstendige* sivile krav eller motkrav mot foretak på grunnlag av konkurransereglene.¹⁵

Overtredelser av konkurransereglene kan gi opphav til privatrettslige virkninger i form av søksmål om erstatning, ugyldighet, og midlertidige forføyninger. Denne oppgaven har kun til hensikt å behandle privat håndhevelse av konkurransereglene gjennom erstatningssøksmål. Dette har sammenheng med at forslagene om å effektivisere private initiativ i konkurranseretten utelukkende er forankret i erstatningssanksjonen. Represjon

¹⁵ Komminos (2008), s. 2

gjennom søksmål om ikke-oppfyllelse av kontraktmessige forpliktelser og midlertidige forføyninger vil videre ikke ramme lempningssøker i større utstrekning enn andre foretak som deltar i kartellsamarbeidet.

Tredjemenn som ønsker å anlegge erstatningssøksmål mot lempningssøker kan få tilgang til informasjon inntatt i lempningssøknad gjennom den offentlige versjonen av konkurransemyndighetenes overtredelsesvedtak, gjennom innsyn i konkurransemyndighetens etterforskningsmateriale, gjennom regler om bevisfremleggelse i rettssak og internasjonale discovery-mekanismer. Det er privates mulighet til å få innsyn i lempningsdokumenter hos konkurransemyndighetene som behandles i denne avhandling. Dette har sammenheng med at overtredelsesbeslutningen kun vil gjengi informasjon fra lempningssøker i begrenset omfang. Det vil videre være vanskelig for private å oppfylle spesifikasjonskravet som stilles for inter partes bevisprovokasjon. Discovery-mekanismer gjennom amerikanske domstoler er også mindre praktisk når foretak søker lempning til Konkurransetilsynet og Kommisjonen/ESA. Praksis synes også å gi holdepunkter at innsyn i konkurransemyndighetens etterforskningsmateriale er den foretrukne mekanismen for bevis tilgang i lempningssaker.¹⁶ Oppgavens omfang begrunner også en avgrensning mot øvrige mekanismer om bevis tilgang.

Oppgaven vil ikke behandle kartelldeltakernes partsinnsynrett i saker om lempning.¹⁷ Hensynet til kontradiksjon i rettsprosessen antas å begrunne en fortsatt innsynsrett i foretakets lempningssøknad for øvrige medlemmer i kartellsamarbeidet.

Når det gjelder rettskildebildet, er praksis fra Unionens domstoler sparsom og begrenset til fragmentariske aspekt ved avhandlingens problemstilling. Det vil derfor også vises til praksis på tilgrensende områder i konkurranseretten. Særlig aktuelt er EU-domstolens avgjørelser om innsyn i fusjonssaker. Det foreligger ikke rettspraksis fra norske domstoler

¹⁶ Se kapittel 4

¹⁷ Konkurranseloven § 27 i norsk rett. I EU/EØS-retten vises til Forordning nr. 1/2003/ODA Protokoll 4 Kapittel II artikkel 27 og Kommisjonsforordning (EF) nr. 773/2004/ODA Protokoll 4 Kapittel III artikkel 15.

knyttet til innsyn i saker om lempning. Fremstillingen vil derfor i hovedsak basere seg på lovmotiver, vedtakspraksis og tolkningsuttalelser som er egnet til å belyse forholdet mellom lempningsprogram og private erstatningssøksmål. Utredningen om 'Mer effektiv konkurranselov'; NOU 2012: 7, er spesielt aktuell.

2 LEMPINGSORDNINGEN SOM KONKURRANSEPOLITISK VIRKEMIDDEL

2.1 Innledning

Konkurransemyndighetene står overfor praktiske utfordringer ved etterforskning av kartellsamarbeid. Spørsmålet av betydning for denne avhandling er hvordan implementering av lepningsprogram som belønner foretak som frivillig avslører egen og andres deltakelse i et påstått kartell kan bidra til flere avsløringer om ulovlig atferd og økt sanksjonering av brudd på konkurranseloven § 10 og tilsvarende bestemmelser i EU/EØS-retten.

Den videre fremstilling tar sikte på vurdere lepningsordningens betydning som virkemiddel i kartellpolitikken. Implementering av lepningsprogram som middel for å effektivisere offentlig håndhevelse av kartellforbudet, berettiger også en presentasjon av lepningsinstituttet i EU/EØS-retten og norsk rett. Siden det ikke er utarbeidet et harmonisert system for lepning, vil prinsippene for saksallokering og informasjonsutveksling innenfor nettverket av konkurransemyndigheter i EU/EFTA-samarbeidet drøftes avslutningsvis.

2.2 Lempningsinstituttets betydning som konkurransepolitisk virkemiddel

2.2.1 Formålet med den offentlige håndhevelse av kartellforbudet

Konkurransemyndighetenes håndhevelse av kartellforbudet har primært til formål å bringe foretakenes ulovlige atferd til opphør og forhindre fremtidig kartellformasjon.¹⁸ Den optimale kartellpolitikk tar derfor i bruk virkemidler som er egnet til å påvirke kartellets stabilitet, slik at kartellets incentivstruktur endres og samarbeid ikke lenger kan opprettholdes.¹⁹

Det sentrale virkemiddel konkurransemyndighetene har til rådighet for å sikre etterlevelse av konkurransereglene er adgangen til å ilegge økonomiske sanksjoner dersom foretak handler rettsstridig.²⁰ Nivået på sanksjonene som tradisjonelt er forbundet med kartellsamarbeid, sannsynligheten for at konkurransemyndighetene oppdager den ulovlige virksomhet, og muligheten for å oppnå lempning er avgjørende for om kartellpolitikken har den nødvendige avskrekkende virkning.²¹ Lempningsinstituttets betydning for konkurransemyndighetenes bevisinnsamling og ordningens virkning på fremtidig kartellstabilitet har derfor interesse.

2.2.2 Lempningsordningen og innsamling av bevis

Sanksjonering av ulovlig markedssamarbeid forutsetter at konkurransemyndighetene kan fremskaffe kvalifiserte bevis for overtredelsen. Konkurransemyndighetene har flere virkemidler til disposisjon for å få tilgang til informasjon om kartellsamarbeid.

¹⁸ Wils (2009), s. 6 og forente saker 103/80, *Musique Diffusion mot Kommisjonen*, premiss 105

¹⁹ Friederiszick og Maier Rigaud (2007) s.9

²⁰ Wils (2009), s. 7

²¹ Wils (2009), s. 7

Ved mistanke om ulovlig koordinering av konkurransemessig atferd kan konkurransemyndighetene for det første beslutte å iverksette markedsovervåking.²² Denne formen for bevisinnhenting har imidlertid svakheter siden karteller er velorganisert og benytter sofistikerte metoder for å holde virksomheten skjult. Tips fra kunder og konkurrenter kan også danne grunnlag for etterforskning av et påstått kartellsamarbeid.²³ Påstander om ulovlig markedssamarbeid kan imidlertid skyldes mindre aktverdige motiv hos tidligere ansatte eller være et utslag av misnøye omkring markedsforholdene.²⁴ Oppfølging av slike tips er meget ressurskrevende, og vil derfor ikke nødvendigvis *effektivisere* konkurransemyndighetene håndhevelse av kartellforbudet. Opplysninger om et kartell kan dernest komme til konkurransemyndighetenes kunnskap fra foretak som selv har deltatt i kartellvirksomheten.²⁵ Siden det karakteristiske ved hemmelig kartellsamarbeid er at kun kartellets medlemmer besitter pålitelige bevis om overtredelsen, vil tilgang til informasjon fra de impliserte foretak være fordelaktig.²⁶

Bevis for overtredelsen fra foretak som har deltatt i kartellet kan innhentes gjennom bevissikring,²⁷ gjennom informasjonsinnhentingshjemler,²⁸ eller ved at foretak anmoder om lempning.²⁹ Lempningsordningen er fordelaktig siden foretaket vil avgi en detaljert erklæring om samarbeidet, og myndighetens bevismateriale er dermed ikke begrenset til foruteksisterende bevis slik tilfellet er ved bevissikring.³⁰ Ordningen har også prosessøkonomiske fordeler ved at bevis kan fremskaffes ved hjelp av ansatte i foretaket med kunnskap om overtredelsen, i stedet for at konkurransemyndighetene gjennomfører vidtgående søk. Sammenliknet med innhenting av informasjon gjennom tvangshjemler, kan

²² Wils (2007), s. 38-39

²³ Wils (2007), s. 39

²⁴ Wils (2007), s. 39

²⁵ Wils (2007), s. 39

²⁶ Wils (2007), s. 39

²⁷ Konkurranseloven § 25, Rådsforordning nr. 1/2003/ODA Protokoll 4 Kapittel II artikkel 20

²⁸ Konkurranseloven § 24, Rådsforordning nr. 1/2003/ODA Protokoll 4 Kapittel II artikkel 18

²⁹ Wils (2007), s. 39-40

³⁰ Wils (2007), s. 40-41

lempningsordningen føre til at konkurransemyndighetene får tilgang til mer pålitelig informasjon fra foretaket, ettersom misvisende opplysninger utelukker lempning.³¹

Lempningsordningen kan også bidra til å effektivisere konkurransemyndighetenes håndhevelse av kartellforbudet på generelt grunnlag, ettersom utsiktene til å søke lempning gir foretaket incentiver til å oppbevare flere bevis for ulovlig markedssamarbeid.³² Dette har sammenheng med at lempning forutsetter at foretaket fremlegger bevis for overtredelsen. Bevis for kartellvirksomhet kan dermed i større grad oppdages gjennom bevissikring i tilfeller hvor konkurransemyndighetene initierer overtredelsessaker uten forutgående lempningssøknad.³³

2.2.3 Lempningsordningens virkning på fremtidig kartellformasjon

Lempningsordningens betydning som virkemiddel i kartellpolitikken kan illustreres under henvisning til den interne dynamikken i kartellsamarbeidet. Det er velkjent fra rettsøkonomien at karteller er grunnleggende ustabile.³⁴ Konflikten mellom individuell og kollektiv rasjonalitet i et kartell kan sammenliknes med et *Fangenes Dilemma* spill.³⁵ Den optimale strategi for samtlige kartellmedlemmer vil være å følge kartellets «spilleregler». Samarbeid genererer størst fortjeneste på lang sikt fordi likevektsprisen ved kartelldannelse er høyere enn i et marked karakterisert ved fullkommen konkurranse. Utsiktene til kortsiktig vinning gjør det imidlertid rasjonelt for enkeltmedlemmer å bryte samarbeidet og tilby en lavere pris på markedet.³⁶ Utbryterens beslutning om å forfølge sin egeninteresse vil resultere i en aggressiv priskrig som reduserer fortjenesten for samtlige kartellmedlemmer. Lempningsordningen søker å utnytte denne interne sårbarheten i

³¹ Wils (2007), s. 41

³² Wils (2007), s. 41

³³ Wils (2007), s. 41

³⁴ Jones og Sufrin (2010), s. 784-787

³⁵ Eide og Stavang (2008), s. 123-125

³⁶ Eriksen og Søreide (2012), s. 3

kartellet ved å gi foretak økonomiske incentiver til å bryte ut av samarbeidet. Dersom amnesti er forbeholdt det foretaket som først varsler myndighetene om samarbeidet og konkurransemyndighetene fører en aggressiv sanksjonspraksis mot resterende kartellmedlemmer, stimuleres det til et 'kappløp' blant deltakerne om å rapportere om overtredelsen.³⁷ Tillitten mellom kartelldeltakere reduseres som følge av frykten for senere 'angiveri' blant medlemmene og øker kostnaden med å opprettholde ulovlig markedssamarbeid.³⁸

2.3 Implementering av lempningsprogram i EU/EØS-retten og norsk rett

2.3.1 Lempning av bøter i kartellsaker med EU/EØS-rettslig dimensjon

Systemet med lempning av bøter i kartellsaker med EU-rettslig dimensjon reguleres av Kommisjonens 'Kunngjøring om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker' fra 2006 ('Kunngjøringen'). Vilkårene for lempning er hovedsaklig en presisering av prinsippene for belønning av foretakets bistand som fulgte av lempningsprogrammet fra 2002.³⁹ Manglende spesifisering av foretakets forpliktelser førte tidligere til ufullstendige lempningssøknader, og den nåværende kunngjøring har som mål å sikre større forutberegnelighet for foretak.⁴⁰ For å opprettholde like konkurransevilkår og sikre ensartet anvendelse av EØS-konkurransereglene vedtok EFTAs Overvåkningsorgan ('ESA') et revidert lempningsprogram i 2009 som samsvarer med Kommisjonens Kunngjøring fra 2006.⁴¹

Innrømmelse av fritak for eller reduksjon av bøter kan forsvares i tilfeller hvor foretaket yter bistand som er avgjørende for at konkurransemyndighetene kan innlede undersøkelser

³⁷ Wils (2007) s. 43

³⁸ Spagnolo (2006), s. 15

³⁹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-1705_en.htm?locale=en

⁴⁰ http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2007_1_7.pdf

⁴¹ Kunngjøring fra ESA om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker (2009)

mot et påstått kartell eller fastslå overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.⁴² Lempning er derfor betinget av at foretaket fremskaffer bevis som gjør Kommisjonen/ESA i stand til å utføre en «målrettet kontroll» eller konstatere en overtredelse av kartellforbudet, jf. Kunngjøringens punkt nr. 8 bokstav a og b.

Det oppstilles nærmere vilkår for hvilke bevis som kreves for at institusjonene skal kunne utrette en «målrettet kontroll» i punkt nr. 9. Det kreves bl.a. at foretaket avgir en detaljert beskrivelse av kartellsamarbeidets formål, omfang og varighet, og overleverer alle bevis det besitter om overtredelsen.⁴³ Presiseringen av beviskravet er viktig siden forutberegnelighet er sentralt for at lempningsordningen skal virke etter sin hensikt.⁴⁴ Begrunnelsen for å innrømme lempning i tilfeller hvor foretakets bistand kun foranlediger en «målrettet kontroll», er å gi incentiver til foretak om å avsløre kartellsamarbeid på et tidlig stadium og dermed forsterke ustabiliteten i kartellet.⁴⁵ Hel lempning er imidlertid utelukket dersom Kommisjonen/ESA allerede var i besittelse av tilstrekkelige bevis til å fatte vedtak om å foreta kontroll i forbindelse med det påståtte kartellet.⁴⁶ Konkurransemyndighetenes etterforskningskritt vil i slike tilfelle ikke være et utslag av samarbeid med foretak som har deltatt i den ulovlige virksomhet. Det kreves derfor at foretakets bevisfremleggelse er tilstrekkelig for å konstatere en overtredelse dersom lempning skal innvilges etter at etterforskning er iverksatt.

Dersom foretakets bistand skal være tilstrekkelig for å konstatere en overtredelse, kreves foruten en detaljert beskrivelse av kartellsamarbeidet at foretaket er det første til å fremlegge samtidig og inkriminerende bevismateriale mot det påståtte kartellet. Lempning er utelukket dersom et annet foretak tidligere er innrømmet betinget fritak etter punkt nr. 8 bokstav a. Incentivene til å avsløre kartellet vil reduseres dersom foretak kan oppnå hel

⁴² Lempningskunngjøringen (2006), nr. 4 og 5

⁴³ Lempningskunngjøringen (2006), nr. 9 a og b

⁴⁴ Bloom (2006), s.2

⁴⁵ Jones og Sufrin (2010), s. 1124

⁴⁶ Lempningskunngjøringen (2006), nr. 10

lempning også hvor øvrige kartellmedlemmer har varslet om overtredelsen ettersom trusselen om sanksjoner i slike tilfeller ikke vil fremstå som reell.⁴⁷

Foretak som anmoder Kommisjonen/ESA om lempning må videre oppfylle de generelle betingelser som foreskrives i punkt nr. 12 for å kvalifisere til bøtefritak. Det stilles herunder krav om at foretaket må samarbeide oppriktig, fullt ut, løpende og effektivt gjennom den administrative saksbehandling. Samarbeidskravet omfatter en plikt for foretaket til å stille nåværende og tidligere ansatte til rådighet for intervjuer med Kommisjonen/ESA. Foretaket må videre avstå fra å ødelegge eller skjule relevante opplysninger eller bevis, og heller ikke avsløre at det har anmodet om lempning eller gjengi innholdet i lempningssøknaden før det er utstedt meddelelse om innsigelser. Det oppstilles krav om at foretaket bringer sin deltakelse i det påståtte kartellet til opphør umiddelbart etter at søknad om lempning er avgitt, med mindre fortsatt deltakelse er nødvendig for å sikre effektive kontroller. Begrunnelsen for å utelukke lempning dersom foretaket fortsetter den rettstridige atferd er behovet for å beskytte etterforskningens integritet.⁴⁸

Tilsagn om fritak for bøter er utelukket for det tilfelle at foretaket har tatt skritt for å tvinge andre foretak til å delta eller forbli i kartellet.⁴⁹ Dersom lempning ble innvilget i slike tilfeller ville det kunne være økonomisk rasjonelt å initiere kartellsamarbeid for det formål å rapportere om overtredelsen straks kartellfortjenesten var realisert.⁵⁰

Foretak som ikke tilfredsstillter kriteriene for full immunitet kan likevel innrømmes en nedsettelse av boten, forutsatt at foretaket fremlegger bevis som representerer en «vesentlig merverdi» og innfrir de generelle betingelser for lempning etter punkt nr. 12⁵¹

⁴⁷ Wils (2007), s. 45-46

⁴⁸ Lempningskunngjøringen (2006), nr. 12 b

⁴⁹ Lempningskunngjøringen (2006), nr. 13

⁵⁰ Wils (2007), s. 48-49

⁵¹ Lempningskunngjøringen (2006), nr. 24

Retningslinjene for nedsettelse av boten er basert på tidspunktet for foretakets bevisfremleggelse og graden av merverdi som tilføres.⁵²

2.3.2 Lempning etter konkurranseloven

Konkurransetilsynet kan i medhold av konkurranseloven § 31 første ledd gi tilsagn om lempning av overtredelsesgebyr eller bøter til foretak som overtrer konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53, jf. EØS-konkurranseloven § 6. Grunnvilkåret for at et foretak skal kvalifisere til lempning er at foretaket yter bistand til Konkurransetilsynet med oppklaring av egen og andres overtredelse.⁵³ Det følger direkte av lovteksten at foretakets bistand «skal tas i betraktning» ved utmåling av gebyr eller bøter.

De nærmere vilkår for lempning er inntatt i Forskrift nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr av 22. august 2005 ('Lempningsforskriften').⁵⁴ Lempningsforskriften gjelder kun for overtredelsesgebyr, jf. konkurranseloven § 31 annet ledd og forskriften § 1. Det er ikke gitt regler for gjennomføring av lempning av foretaksstraff etter konkurranseloven § 31 første ledd. Konkurranselovutvalget har imidlertid fremmet forslag om straffbortfall for foretak som innvilges hel lempning av overtredelsesgebyr for å øke forutberegneligheten for foretak.⁵⁵

Konkurransemyndighetenes lempning er ikke til hinder for at påtalemyndigheten initierer straffeforfølgning mot enkeltindivider som oppfyller de objektive og subjektive vilkår for straff for brudd på konkurranselovens § 10 eller EØS-avtalen artikkel 53, jf. konkurranseloven § 30 og EØS-konkurranseloven § 6 første ledd. Dette er uheldig ettersom risikoen for straffeforfølgning av foretakets ansatte reduserer incitamentene til å

⁵² Lempningskunngjøringen (2006), nr. 26

⁵³ Evensen og Sæveraas (2009), s. 774

⁵⁴ Konkurranselovutvalget foreslår å innta kravene til lempning i loven, jf. NOU 2012: 7, s. 204.

⁵⁵ NOU 2012: 7, s. 49 om forslaget til ny § 33 fjerde ledd

søke lempning.⁵⁶ Ansatte som selv har deltatt i kartellet vil være mindre villige til å rapportere om overtredelsen dersom samarbeid med Konkurransetilsynet medfører risiko for selvinkriminering.⁵⁷

Konkurransetilsynet har på denne bakgrunn avgitt en uttalelse om unnlatt anmeldelse av i lempningssaker, hvor det fremgår at tilsynet normalt ikke vil anmelde enkeltpersoner ansatt i foretak som oppfyller vilkårene for hel eller delvis lempning for det forhold som er omfattet av lempningssøknaden.⁵⁸ Det presiseres i notatet at Økokrim ikke vil iverksette etterforskning i saker om overtredelse av konkurranselovens bestemmelser uten at Konkurransetilsynet har anmeldt forholdet eller stilt seg positiv til straffeprosessuell etterforskning. Påtalemyndigheten er likevel ikke bundet til å avstå fra straffeforfølgning, og det kan derfor stilles spørsmålsteget ved om den norske lempningsordningen skaper tilstrekkelig grad av forutsigbarhet for foretak.⁵⁹ Konkurranselovutvalget har fremmet forslag om straffbortfall for nåværende og tidligere ansatte i foretak som oppfyller vilkårene for hel lempning.⁶⁰ Dersom forslaget vedtas må det antas at foretakets incentiver til å søke lempning vil øke.

Lempningsforskriften sonderer i likhet med regelverket i EU/EØS mellom hel og delvis lempning. Hel lempning er forbeholdt det første foretaket som av eget tiltak gir myndighetene tilstrekkelige bevis om overtredelsen, og det er kun ett foretak som kan innvilges hel lempning i samme sak, jf. forskriften § 4 første og tredje ledd. Dette illustrerer at lempningsordningen søker å gi foretaket incentiver til å bryte ut av det ulovlige samarbeidet.

Dersom hel lempning skal innvilges må foretaket fremlegge bevis som gjør Konkurransetilsynet i stand til å bevise en overtredelse av konkurranseloven § 10 eller

⁵⁶ Wils (2007), s. 56

⁵⁷ Wils (2007), s. 56

⁵⁸ Konkurransetilsynets uttalelse om unnlatt anmeldelse av å anmelde i saker om lempning av 6. mars 2008

⁵⁹ Eriksen og Søreide (2012), s. 6

⁶⁰ NOU 2012: 7, s. 50-51 om forslaget til ny § 33 fjerde ledd

EØS-avtalen artikkel 53, eller foreta bevissikring etter konkurranseloven § 25, jf. forskriften § 4 første ledd. Hvis Konkurransetilsynet på tidspunktet for foretakets bevisfremleggelse allerede besitter «tilstrekkelig bevis» til å treffe beslutning om bevissikring eller fastslå overtredelsen, vil amnesti ikke innrømmes. Hel lempning er videre betinget av at foretaket samarbeider fullt ut med Konkurransetilsynet under etterforskningen, jf. forskriften § 4 annet ledd bokstav a. Innholdet av samarbeidsplikten fremgår direkte av forskriften, som foreskriver at foretaket må opplyse om alle bevis det kjenner til og besvare enhver henvendelse fra Konkurransetilsynet. Samarbeidsvilkåret er utformet etter modell fra EU/EØS med enkelte språklige presiseringer. Foretaket plikter å opphøre med overtredelsen senest når anmodning om lempning fremsettes til Konkurransetilsynet, jf. forskriften § 4 annet ledd bokstav b. Tilsagn om lempning omfatter ikke fremtidig rettstridig atferd med mindre Konkurransetilsynet har anmodet foretaket om å fortette samarbeidet for å vinne tid til å iverksette etterforskningsskritt.⁶¹ Det fremgår videre av forskriften at foretak som har søkt å tvinge andre til å delta i overtredelsen ikke kan innvilges hel lempning av overtredelsesgebyr, jf. § 4 annet ledd bokstav c. Det ville føre til støtende resultater dersom foretak som søkte å oppfordre til rettstridige handlinger kunne oppnå amnesti.⁶² Det må antas at sistnevnte vilkår har preventiv effekt ettersom incentivene til å initiere kartellsamarbeid reduseres når foretak som oppfordrer til rettstridig atferd er avskåret fra å oppnå lempning.

Foretak som ikke oppfylder vilkårene for hel lempning kan likevel innrømmes reduksjon av overtredelsesgebyr (delvis lempning), forutsatt at bevisene som tilbys styrker Konkurransetilsynets muligheter til å fastslå overtredelsen og foretaket opphører med den ulovlige virksomhet senest på det tidspunkt bevisene fremlegges, jf. forskriften § 6.⁶³ Overtredelsesgebyret vil etter forskriften § 7 reduseres forholdsmessig avhengig av tidspunktet for bevisfremleggelsen, bevisenes styrke og foretakets samarbeid med Konkurransetilsynet.

⁶¹ Graver og Hjelmeng (2006), s. 70

⁶² NOU 2003: 12, s. 139

⁶³ Graver og Hjelmeng (2006), s. 71

2.3.3 Saksallokering og informasjonsutveksling mellom konkurransemyndigheter i EU/EFTA-samarbeidet

Kompetansen til å anvende EU-rettens konkurranseregler reguleres av Rådsforordning (EF) nr. 1/2003. Denne rettsakten skaper et system med parallell kompetanse, hvor Kommisjonen og medlemsstatenes konkurransemyndigheter kan anvende artikkel 101 og 102 TEUV.⁶⁴ Forordning nr. 1/2003 er inntatt i EØS-avtalen og etablerer et tilsvarende system for desentralisert håndhevelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54 mellom EFTA-statene.⁶⁵ Det følger av EØS-konkurranseloven § 6 at norske konkurransemyndigheter har kompetanse til å anvende EØS-avtalens konkurranseregler.

Systemet med parallell kompetanse innebærer at overtredelsessaker kan være gjenstand for behandling av flere konkurransemyndigheter samtidig. Kommisjonen/ESA har derfor utarbeidet en kunngjøring om samarbeidet innenfor nettverket av konkurransemyndigheter ('Nettverkskunngjøringen') som gir retningslinjer for saksallokering mellom nasjonale konkurransemyndigheter i EU/EFTA-samarbeidet, og Kommisjonen/ESA.⁶⁶ Foreløpig er det imidlertid ikke utarbeidet et harmonisert system for lempningssaker.

Fraværet av et harmonisert system for lempning, sammenholdt med risikoen for at overtredelsessaken reallokeres innenfor nettverket av konkurransemyndigheter, innebærer at foretak bør anmode om lempning til alle konkurransemyndigheter med kompetanse til å anvende EU/EØS-rettens konkurranseregler i det territoriet som er berørt av overtredelsen,

⁶⁴ Forordning nr. 1/2003 art. 5 og 6

⁶⁵ Evensen og Sæveraas (2009), s. 806. EØS-avtalen Protokoll 21 artikkel 2 og ODA Protokoll 4, kapitel II, art. 5 og 6

⁶⁶ Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities (2004) og Kunngjøring fra ESA om samarbeid innenfor EFTA-nettverket av konkurransemyndigheter (2006). Heretter benyttes samlebetegnelsen 'Nettverkskunngjøringen' for Kunngjøringen utarbeidet av henholdsvis Kommisjonen/ESA

og som kan antas å være godt plassert til å behandle overtredelsessaken.⁶⁷ Det følger av nettverkskunngjøringen at Kommisjonen/ ESA vil ha særlige forutsetninger for å behandle saken dersom kartellsamarbeidet har virkning i mer enn tre/to EU/EFTA-stater.⁶⁸

Dersom overtredelsessaken reallokeres til et medlemsland hvor allmennheten er gitt en vidtgående rett til innsyn i konkurransemyndighetens saksdokumenter, vil graden av informasjonsutveksling innenfor nettverket ha betydning for foretakets rettsstilling i senere sivilt søksmål. Dersom foretakets lempningssøknad utleveres private som forbereder erstatningssøksmål mot kartellmedlemmene er det antatt at kostnaden forbundet med å søke lempning øker.⁶⁹ Risikoen for at innsyn i foretakets lempningssøknad vil tilrettelegge for private erstatningssøksmål sammenholdt med at lempningssøker vil stilles dårligere i søksmålet enn kartelldeltakere som ikke frivillig har samarbeidet med konkurransemyndighetene utgjør det prinsipale argument mot en rett til innsyn for private i foretakets lempningssøknad.⁷⁰ Nasjonale konkurransemyndigheter kan derfor bare utveksle informasjon det får kunnskap om som følge av en lempningssøknad dersom mottakerlandet gir tilsvarende beskyttelse til lempningsdokumentene.⁷¹ Øvrige medlemsland er også avskåret fra å bruke informasjon som utveksles innenfor nettverket for å iverksette egne etterforskningsskritt.⁷² Videre foreskrives at lempningssøker må samtykke dersom informasjon avgitt frivillig av foretaket eller som konkurransemyndighetene har innhentet under etterforskningen skal kunne overføres til et annet nettverksmedlem.⁷³ Det er gjort unntak fra nevnte hovedregel om informasjonsutveksling mellom konkurransemyndigheter som alle har mottatt anmodning om lempning fra foretaket i samme sak, eller dersom mottakerlandet skriftlig erklærer at det frafaller sin rett til å sanksjonere foretaket.⁷⁴ Regelverket er på dette punkt fordelaktig for lempningssøker, i det amnesti innrømmet av

⁶⁷ Nettverkskunngjøringen, nr. 38

⁶⁸ Nettverkskunngjøringen, nr. 14

⁶⁹ Wils (2007), s. 42

⁷⁰ Kommisjonens hvitbok om erstatningssøksmål ("Hvitboken") (2008), s. 10

⁷¹ Nettverkskunngjøringen, nr. 40 og forordning nr. 1/2003/ODA Protokoll 4 Kapittel II art. 12

⁷² Nettverkskunngjøringen nr. 39

⁷³ Nettverkskunngjøringen, nr. 40

⁷⁴ Nettverkskunngjøringen, nr. 41

en medlemsstat kan overføres med virkning for annen stat gjennom informasjonsutveksling.⁷⁵

Nettverksmeldingen inneholder flere tiltak for å sikre konfidensiell behandling av lempningssøknader. Det er imidlertid ikke uten betydning at nettverkskunngjøringen er en ikke-bindende rettsakt. Det kan ikke utelukkes at en nasjonal konkurransemyndighet vil initiere etterforskning på bakgrunn av informasjon utvekslet innenfor nettverket, under pretensjon om at informasjon er innkommet fra en ekstern kilde. For å bøte på usikkerheten som oppstår ved utveksling av informasjon innenfor nettverket av konkurransemyndigheter har konkurransemyndighetene i EU-samarbeidet ('ECN') undertegnet en erklæring som forplikter dem til å følge prinsippene i nettverkskunngjøringen.⁷⁶ ECN publiserte også nylig en resolusjon hvor konkurransemyndighetene understreket behovet for å beskytte lempningsdokumenter mot utlevering til private og presiserte at lempningssøknaden ville undergis konfidensiell behandling så langt dette var mulig innenfor rammene av medlemsstatenes lovgivning.⁷⁷

2.4 Oppsummering

Fremstillingen har vist at lempningsprogram kan representere et målrettet og effektivt virkemiddel for konkurransemyndighetens håndhevelse av kartellforbudet. Betydningen av lempningsinstituttet illustreres ved at over 70 prosent av kartellene som forfølges av Kommisjonen er avdekket gjennom lempningssøknader.⁷⁸ Flere av de største overtredelsessakene etter konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53 har også sitt opphav i frivillige innrømmelser fra foretak.⁷⁹

⁷⁵ Brammer (2009), s. 186

⁷⁶ Oversikt over medlemslandene som har signert erklæringen:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/list_of_authorities_joint_statement.pdf

⁷⁷ http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf

⁷⁸ Stolt-Nielsen (2011)

⁷⁹ Konkurransetilsynet 2011-2012, s. 5

Dersom lempningsprogram skal ha den tilsiktede virkning om å hindre fremtidig kartellformasjon må imidlertid ikke kostandene ved å rapportere om overtredelsen overstige gevinsten. Det er fra et offentlig håndhevelsesperspektiv derfor viktig at lempningssøknaden beskyttes mot utlevering til private. Siden kostnaden ved å rapportere om overtredelser vil øke dersom lempningssøker eksponeres mot erstatningsøksmål som resultat av informasjonsdeling mellom konkurransemyndigheter, synes en større grad av harmonisering ønskelig for å sikre foretak større forutberegnelighet.

3 PRIVATE ERSTATNINGSSØKSMÅL SOM HÅNDHEVELSESMEKANISME I KONKURRANSERETTEN

3.1 Innledning

Integrasjonen av private initiativ i kartellpolitikken reiser spørsmål om erstatningssøksmål kan bidra til å styrke konkurransemyndighetenes håndhevingsoppgave. Diskusjonen om hvorvidt private erstatningssøksmål bør ses som instrument for håndhevelsen av konkurransereglene, eller som et system for å sikre kompensasjon for tap lidt som følge av kartellsamarbeid har derfor interesse. Private håndhevelseshensyn og forholdet til lempningsinstituttet foranlediger også en gjennomgang av hvilken rettslig forankring private initiativ har i EU/EØS-retten og norsk rett, og i hvilken grad utøvelsen av retten til erstatning forutsetter at private gis innsyn i konkurransemyndighetenes etterforskningsmateriale.

Det vil i det følgende først redegjøres for formålet med erstatningssanksjonen i konkurranseretten. Deretter vil grunnlaget for private erstatningssøksmål ved brudd på konkurransereglene presenteres, før betydningen av innsyn i foretakets lempingssøknad for utøvelsen av retten til erstatning gjennomgås.

3.2 Formålet med erstatningssøksmål i konkurranseretten

Privat håndhevelse gjennom erstatningssøksmål for nasjonale domstoler representerer utvilsomt en økt kostnad for overtrederen som reduserer fordelene ved å delta i kartellsamarbeid.⁸⁰ Risikoen for at foretaket vil møtes med erstatningskrav promoterer på denne måten den samlede håndhevelse av konkurransereglene ved å virke avskrekkende på

⁸⁰ Milutinovic (2010), s. 15

fremtidig kartellformasjon.⁸¹ Siden de fleste erstatningssøksmål først finner sted etter at konkurransemyndighetene har truffet overtredelsesvedtak («follow-on» erstatningssøksmål) taler prosessøkonomiske hensyn likevel for at den avskrekkende virkning bedre oppnås gjennom at konkurransemyndighetene hever nivået på de økonomiske sanksjoner forbundet med kartellsamarbeid.⁸² «Stand-alone» søksmål ivaretar prevensjonshensynet i større grad. «Stand-alone» erstatningssøksmål initieres uten at konkurransemyndighetene har fattet overtredelsesvedtak, enten fordi konkurransemyndighetene har besluttet å innstille forfølgningen eller fordi saksøker ikke ønsker å avvente myndighetenes vedtak.⁸³ De virkemidler som konkurransemyndighetene har til disposisjon i form av etterforsknings- og sanksjonsfullmakter, tilsier likevel at den offentlige håndhevelse av kartellforbudet vil være den mest effektive metoden for forhindre nye lovbrudd.⁸⁴

Den rådende oppfatning i europeisk sammenheng er at erstatningssøksmål skal verne private aktørers interesse i å unngå tap oppstått som følge av konkurranseskadelig atferd.⁸⁵ Prinsippet om full kompensasjon til aktører som lider tap som følge av brudd på konkurransereglene var herunder retningsgivende for forslagene i Kommisjonens Hvitbok om erstatningssøksmål.⁸⁶ Det fremgår av Norges kommentarer til Hvitboken at Norge deler oppfatningen om at private erstatningssøksmål primært bør ha kompensatorisk funksjon, og ikke bør benyttes som instrument for å håndheve konkurransereglene.⁸⁷ Når private erstatningssøksmål på denne måten ses som et middel for å sikre økonomisk kompensasjon for tap lidt som følge av kartellsamarbeid, vil private initiativ kun indirekte yte bidrag til håndhevelsen av konkurransereglene.⁸⁸

⁸¹ Wils (2009), s. 12

⁸² Wils (2009), s. 8

⁸³ NOU 2012: 7, s. 161

⁸⁴ Wils (2009) s. 8

⁸⁵ Hjelmeng (2003), s. 489 og Wils (2009), s.12

⁸⁶ Hvitboken (2008), s. 2- 3

⁸⁷ Norges høringssvar til Hvitboken om erstatningssøksmål (2008), s. 2

⁸⁸ NOU 2012:7, s. 18 og Graver og Hjelmeng (2006), s. 189.

Standpunktet til private initiativ i EU/EØS-konkurranseretten skiller seg markant fra rettstilstanden i USA, hvor private opptrer som ‘private-attorney-generals’, og erstatningssøksmål ses som utslagsgivende for at kartellpolitikken skal ha avskrekkende virkning.⁸⁹ Amerikansk konkurranselovgivning tilrettelegger derfor for privat håndhevelse gjennom regler om «treble damages» ved kartellovertredelser.⁹⁰ Dette innebærer at saksøker tilkjennes kompensasjon tilsvarende tre ganger det reelle tap, noe som utvilsomt bidrar til å redusere fortjenesten ved kartellsamarbeid på det amerikanske markedet.

Selv om man legger til grunn at prevensjon oppnås best gjennom offentlig sanksjonering av brudd på konkurransereglene, er privat håndhevelse ikke uten betydning for å forhindre konkurranseskadelig atferd. Dersom det etableres et effektivt system for å sikre private aktører økonomisk kompensasjon, vil erstatningssøksmål kunne utgjøre et viktig supplement til konkurransemyndighetenes håndhevelse av kartellforbudet. Det vises her til EU-domstolens avgjørelse i *Courage*, hvor det ble fremhevet at adgangen for enhver til å kreve erstatning ved brudd på konkurransereglene «...forøger virkningen af Fællesskabets konkurrenceregler og er egnet til at hindre ofte skjulte aftaler eller former for adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen. Set i dette perspektiv kan erstatningssøgsmål for de nationale domstole yde et væsentligt bidrag til opretholdelsen af en effektiv konkurrence inden for Fællesskabet.»⁹¹

3.3 Privates rett til erstatning ved brudd på konkurransereglene

Konkurransemyndighetenes håndhevelse av brudd på kartellforbudet har vært mest fremtredende ved konkurransepolitikken i EU/EØS. Fraværet av en bestemmelse om privat håndhevelse i Traktatene innebar lenge usikkerhet om grunnlaget for privat sanksjonering av brudd på konkurransereglene. Det vil i det følgende redegjøres for prinsippene som

⁸⁹ Harding og Joshua (2010), s. 359

⁹⁰ Clayton Act, Section 4. Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure

⁹¹ Sak 453/99, *Courage mot Crehan*, premiss 27

danner grunnlaget for privates rett til å fremme krav om erstatning ved overtredelser av EU/EØS-rettens konkurranseregler og forbudsbestemmelsene i konkurranseloven. Privates behov for innsyn i lempningsdokumenterfor utøvelsen av retten til erstatning vil også presenteres.

3.3.1 Kravet til effektive sanksjoner ved brudd på EU/EØS-retten

Det rettslige grunnlaget for privat håndhevelse av EU-rettens konkurranseregler utspringer fra læren om direkte virkning. Dette prinsippet kom første gang til uttrykk i *Van Gend & Loos*, hvor EU-domstolen fastslo at private kan utlede rettigheter fra EU-retten uavhengig av om regelen er implementert i nasjonal rettsorden, forutsatt at regelen er tilstrekkelig klar, presis og uforbeholden.⁹² Det følger nå av veletablert praksis at Traktatens konkurranseregler har slik direkte virkning i forholdet mellom private. Konsekvensen er dermed at overtredelse av konkurransereglene gir opphav til private rettigheter som nasjonale domstoler plikter å beskytte.

I fravær av fellesskapsrettslig harmonisering hører det inn under medlemsstatenes kompetanse å fastsette regler for gjennomføringen av rettigheter som kan utledes av konkurransereglene.⁹³ Medlemsstatene må imidlertid sikre EU-retten effektivt gjennomslag.⁹⁴ Denne forpliktelsen innebærer at nasjonale regler «ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet), og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden (effektivitetsprincippet)».⁹⁵

⁹² Sak 26/62, *van Gend & Loos mot Nederland*, s. 13

⁹³ Sak 453/99, *Courage mot Crehan*, premiss 29

⁹⁴ Thorson (2011), s. 207 og Hjelmeng (2003), s. 41

⁹⁵ Sak 453/99, *Courage mot Crehan*, premiss 29

Domstolen kom med en prinsipklæring om erstatningsansvar ved brudd på konkurransereglene i *Courage*-saken, som gjaldt spørsmålet om en part kunne påberope seg ugyldighet og erstatning overfor sin medkontrahent under henvisning til at kontraktsforpliktelsen var konkurransebegrensende.⁹⁶ Dette ble besvart bekreftende, og domstolen uttalte at «(d)en fulde virkning af traktatens artikel 85, og navnlig den effektive virkning af forbuddet i stk. 1, ville blive bragt i fare, hvis det ikke var muligt for nogen at kræve erstatning for skade påført dem som følge af en aftale eller en adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen».⁹⁷ Retten for private til å kreve erstatning som følge av brudd på konkurransereglene ble bekreftet i *Manfredi*-saken, hvor EU-domstolen uttalte at «enhver har adgang til at kræve erstatning for den lidte skade, når der er årsagsforbindelse mellem den nævnte skade og en aftale eller praksis, der er forbudt i henhold til artikel 81 EF.»⁹⁸ Denne søksmålsadgangen må i lys av rettsbeskyttelsesprinsippene sikres prosessuell likebehandling og effektivt gjennomslag i den nasjonale rettsorden⁹⁹

Prinsippet om ekvivalens og effektivitet kan tilsvarende utledes av EØS-retten, og får dermed anvendelse i norsk rett på rettigheter som har sitt opphav i EØS-avtalen, jf. EØS-loven § 1.¹⁰⁰ Det vises i denne sammenheng til EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i *Sveinbjörnsdóttir*, hvor domstolen fremholdt at EØS-avtalen gir opphav til rettigheter for enkeltindivider og økonomiske aktører som må være mulig å håndheve dersom EØS-avtalen skal virke etter sin hensikt.¹⁰¹ Dette standpunkt ble lagt til grunn av Høyesteretts Ankeutvalg i Rt. 2005 s. 597 (Allseas), hvor det ble fremholdt at EØS-retten inneholder et effektivitetsprinsipp i tradisjonell forstand og at prinsippet må komme til anvendelse når EØS-avtalens bestemmelser håndheves nasjonalt.¹⁰² Konsekvensen av dette er at private

⁹⁶ Graver og Hjelmeng (2006), s. 162

⁹⁷ Sak 453/99, *Courage mot Crehan*, premiss 26

⁹⁸ Forente saker C-295-298/04, *Manfredi mot Lloyd Adriatico Assicurazioni*, premiss 61

⁹⁹ Thorson (2011), s. 210

¹⁰⁰ Hjelmeng (2003), s. 55-56 og Thorson (2011), s. 219

¹⁰¹ Sak E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir mot Island*, premiss 57

¹⁰² Thorson (2011), s. 218

må sikres effektiv søksmålsadgang for norske domstoler og prosessuell likebehandling ved håndhevelsen av rettigheter som kan utledes av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

3.3.2 Adgangen til å kreve erstatning ved brudd på konkurranseloven

Det forutsettes i forarbeidene til konkurranseloven at alminnelige erstatningsrettslige prinsipper vil være utslagsgivende for hvorvidt private kan kreve erstatning som følge av brudd på loven. Utvalget fant derfor ikke å ville innføre særlige erstatningsregler for overtredelse av forbudsbestemmelsene, men antok at de nærmere regler og prinsipper for erstatningsansvar og tapsutmåling ville bli utkrystallisert i rettspraksis.¹⁰³ Standpunktet ble tilrådt av departementet som uttalte at det «det følger av alminnelig erstatningsrett at overtredelser av konkurranseloven eller vedtak fattet i medhold av loven, kan utløse erstatningskrav».¹⁰⁴ Konkurransereglene må dermed sies å beskytte private interesser på en måte som gir grunnlag for erstatningssøksmål.

Erstatningsansvar ved overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser må vurderes etter prinsippet om brudd på skrevne handlingsnormer.¹⁰⁵ Utgangspunktet i norsk rett er at lovbruddet er ett av flere moment som inngår i culpavurderingen, uten at overtredelsen gir opphav til en presumpsjon for uaktsomhet.¹⁰⁶ Konkurransereglens sondring mellom og akseptabel og klanderverdig markedsatferd tilsier likevel at foretakets pliktbrudd normalt vil gi grunnlag for et alminnelig culpaansvar.¹⁰⁷ Spørsmålet er da hvilken personkrets som må antas å ha en erstatningsrettslig beskyttet interesse og for hvilke skade erstatning må svares.¹⁰⁸ Det synes rimelig klart at konkurrenter, kunder og personer som er part i en konkurransebegrensende avtale vil tilhøre den personkrets som

¹⁰³ NOU 2003: 12, s. 213

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), s. 188

¹⁰⁵ Graver og Hjelmeng (2006), s. 177

¹⁰⁶ Thorson (2011), s. 193

¹⁰⁷ Graver og Hjelmeng (2006) s. 193

¹⁰⁸ Graver og Hjelmeng (2006), s. 178

kan fremme krav om erstatning ved brudd på de norske konkurransereglene.¹⁰⁹ Det oppstilles imidlertid også vilkår om at tapet som kreves erstattet utgjør den «hele eller delvise begrunnelsen for at handlingen i første omgang trekkes inn under forbudet».¹¹⁰ Denne formuleringen viser til at det bare er tap som oppstår som en følge av overtredelsens konkurranseskadelige virkning som er relevante i erstatningsomgangen.¹¹¹ Saksøker må videre påvise at det foreligger årsakssammenheng mellom den konkurranseskadelige markedsatferd og tapet som søkes erstattet og være i stand til å kvantifisere sitt økonomiske tap dersom erstatning skal tilkjennes.¹¹² Det ligger utenfor denne oppgavens ramme å gi en omfattende redegjørelse for de materielle vilkår for erstatning ved brudd på konkurransereglene etter norsk rett.¹¹³ Det sentrale for avhandlingens problemstilling er at konkurransereglene gir private en erstatningsrettslig beskyttet vern og at søksmål mot foretak som deltar i kartellsamarbeid dermed kan bidra til å sikre konkurransereglenes fulle virkning.

3.3.3 Privates behov for innsyn i lempningsdokumenter

Det fremgår av Kommisjonens Hvitbok om erstatningssøksmål at mangelen på bevis og informasjonsasymmetri mellom partene i en konkurransesak kan hindre privat håndhevelse av konkurransereglene.¹¹⁴ Spørsmålet er da om private håndhevelsessensyn tilsier at saksøker gis innsyn i lempningsdokumenter for å fremme krav om erstatning ved brudd på konkurransereglene.

Dersom Kommisjonen/ESA har truffet vedtak om overtredelse av kartellforbudet, må nasjonale domstoler i EU/EFTA-samarbeidet legge rettsbruddet til grunn i senere sivilt

¹⁰⁹ Graver og Hjelmeng (2006) s. 179

¹¹⁰ Hjelmeng (2003), s. 380

¹¹¹ Graver og Hjelmeng (2006), s. 179

¹¹² Graver og Hjelmeng (2006), s. 180 og 184

¹¹³ For en nærmere fremstilling henvises til Hjelmeng (2003), s. 327 flg.

¹¹⁴ Hvitboken (2008), s. 5

erstatningssøksmål mot kartellmedlemmene.¹¹⁵ Den bindende virkning av overtredelsesbeslutningen begrenser seg til erstatningssøksmål mot samme parter og for den samme overtredelsen som var gjenstand for Kommisjonens/ESAs beslutning.¹¹⁶ Behovet for å få innsyn i lempingsøknaden reduseres når domstolen må legge vedtaket til grunn i spørsmålet om det foreligger en overtredelse eller ikke. Det kan derfor stilles spørsmålstegn ved om utøvelsen av retten til erstatning ved brudd på konkurransereglene forutsetter at private gis innsyn i foretakets lempningssøknad. Dette argumentet gjør seg ikke gjeldende med samme styrke når Konkurransetilsynet håndhever konkurranseloven § 10 eller EØS-avtalen artikkel 53. Det klare utgangspunkt i norsk rett er at Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr ikke binder domstolene i sivilrettslige søksmål.¹¹⁷ Skadelidte må fremskaffe tilstrekkelige bevis for at foretaket har opptrådt rettstridig, og kan ikke basere sitt erstatningskrav utelukkende på Konkurransetilsynets overtredelsesvedtak. Adgangen til å kontrollere forvaltningens hjemmelsgrunnlag, saksbehandling og vedtakets eventuelle urimelighet utgjør herunder en sentral del av norske domstolars kompetanse.¹¹⁸ Det må likevel legges til grunn at Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr vil tillegges betydelig bevisverdi ved rettens vurdering av om foretakets markedsatferd er ansvarsbetingende.¹¹⁹ Den særlige kompetanse som Konkurransetilsynet besitter gjør det trolig at domstolene vil tillegge tilsynets vurdering av foretakets atferd i forhold til forbudsbestemmelsen i konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53 stor vekt.¹²⁰ Dette innebærer at innsyn i foretakets lempningssøknad som hovedregel ikke vil være nødvendig for å etablere en overtredelse i etterfølgende erstatningssøksmål mot kartelldeltakerne.

¹¹⁵ Forordning nr. 1/2003/ODA Protokoll 4 kapittel II artikkel 16, EØS-konkurranseloven § 8. Se også Wils (2009), s. 16 og Evensen og Sæveraas, s. 898. Motsatt Graver og Hjelmeng (2006), s. 161 og Hjelmeng (2003), s. 459 flg.

¹¹⁶ Wils (2009), s. 16

¹¹⁷ Hjelmeng (2003), s. 459

¹¹⁸ Konkurransetilsynets høringssvar (2008), s. 4

¹¹⁹ Graver og Hjelmeng (2006), s. 161

¹²⁰ Hjelmeng (2003), s. 461

Private må imidlertid også påvise at det foreligger årsakssammenheng mellom foretakets konkurransebegrensende atferd og tapet som søkes erstattet, og kvantifisere virkningen av kartellsamarbeidet dersom erstatning skal tilkjennes.¹²¹ Når det gjelder kvantifikasjon av tap må skadelidte kunne demonstrere forskjellene mellom kartellprisen og prisen som skulle vært betalt ved fullkommen konkurranse.¹²² Dette er ingen enkel oppgave. Overtrederen vil typisk forsvare seg med at overprisen er veltet videre til senere ledd i omsetningskjeden («passing-on» defence) som argument for at kartellsamarbeidet ikke har påført saksøker økonomisk tap.¹²³ Foretakets lempningssøknad vil gjerne henviser til bevis som er aktuell for tapsutmålingsanalysen. Møtereferat, e-post korrespondanse, og andre dokumentbevis kan herunder inneholde informasjon om den avtalte prisøkning. Det må imidlertid påpekes at behovet for innsyn i lempningssøknaden vil reduseres dersom private i stedet får tilgang til foruteksisterende bevis om overtredelsen som ikke er særskilt utarbeidet for det formål å oppnå lempning. Når det gjelder kravet om årsakssammenheng vil det ofte være en utfordring for saksøker å bevise at lempningssøker har forårsaket den aktuelle skade. Innsyn i lempningssøknaden kan på denne bakgrunn være viktig for å effektivisere erstatningsadgangen. Når man tar i betraktning at konkurransereglene gir private et erstatningsrettslig beskyttet vern synes det fra et privat håndhevingsperspektiv derfor rimelig at saksøker gis innsyn i lempningssøknaden for å utøve sin rett til kompensasjon.

3.4 Oppsummering

Fremstillingen har vist at erstatningssøksmål ved brudd på konkurransereglene primært ivaretar formålet om sikre private kompensasjon for tap lidt som følge av kartellsamarbeid. Den offentlige og private håndhevelsen av konkurransereglene ivaretar således ulike formål. Private erstatningssøksmål kan likevel indirekte yte et bidrag til opprettholdelsen

¹²¹ Arbeidsdokumentet tilhørende Hvitboken (2008), avsnitt 89

¹²² Se Kommisjonen utkast til retningslinjer om kvantifisering av skade (2011)

http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/draft_guidance_paper_en.pdf

¹²³ Graver og Hjelmeng (2006), s. 181 og Hvitboken (2008) s. 6

av effektiv konkurranse og kan dermed forsvares som håndhevelsesmekanisme i konkurranseretten.

Det er klart fra EU-domstolens avgjørelse i *Courage* og uttalelser i forarbeidene til konkurranseloven at konkurransereglene også tar sikte på å beskytte private interesser på en måte som gir grunnlag for erstatningsrettslig vern. Retten til å fremme krav om erstatning ved brudd på konkurransereglene i EU/EØS-retten må herunder sikres effektivt gjennomslag i den nasjonale rettsorden. Innsyn i foretakets lempningssøknad vil bidra til å effektivisere utøvelsen av retten til kompensasjon ved brudd på konkurransereglene og synes derfor ønskelig fra et privat håndhevelsesperspektiv.

4 PRIVATES INNSYN I LEMPNINGSSAKER MED EU/EØS-RETTSLIG DIMENSJON

4.1 Innledning

Konkurransemyndighetens lempningsprogram og private erstatningssøksmål bør ideelt ses komplementære håndhevelsesmekanismer i konkurranseretten. Når amnesti fra konkurransemyndighetene ikke får virkning overfor foretakets privatrettslig erstatningsansvar oppstår det imidlertid et motsetningsforhold mellom lempningsprogram og utøvelsen av privates rett til erstatning ved brudd på konkurransereglene. Det vises til at foretakets sikkerhet for at konkurransemyndighetene undergir lempningsdokumenter konfidensiell behandling er sentralt for at lempningsordningen skal virke etter sin hensikt, samtidig som innsyn i konkurransemyndighetenes etterforskningsmateriale vil være viktig for at det fremmes etterfølgende erstatningssøksmål mot kartellmedlemmene.¹²⁴ Den manglende koordinering av offentlige og private håndhevelsesmekanismer foranlediger en analyse av hvordan forholdet mellom lempningsprogram og private erstatningssøksmål utspiller seg gjennom regler om privates innsynsrett i konkurransemyndighetenes etterforskningsmateriale.

Spørsmålet om hvorvidt regelverket kan beskytte lempningsprogram og samtidig tjene som et instrument for utøvelsen av retten til erstatning vil i det følgende belyses gjennom en presentasjon av saksøkers rett til innsyn i lempningsdokumenter etter regler om offentlighet for EU/EØS-institusjonenes saksdokumenter. Den senere tids rettsutvikling foranlediger også en drøftelse av hvilke føringer EU/EØS-retten har på medlemsstatenes praktisering av nasjonale regler om innsynsrett.

¹²⁴ Bloom (2006), s. 2, Wils (2009), s. 17-18

4.2 Allmennhetens innsynsrett i Kommisjonens saksdokumenter etter Europa-Parlamentets og Rådets (EF) forordning nr. 1049/2001

Prinsippet om offentlig tilgang til saksdokumenter fra Unionens institusjoner er forankret i Artikkel 15 (3) i TEUV, hvor det heter at «[a]lle unionsborgere og alle fysiske og juridiske personer, der har bopæl eller vedtægtsmæssigt hjemsted i en medlemsstat, har ret til aktindsigt i dokumenter fra Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer, uanset medium, efter de principper og på de betingelser, der fastsættes i henhold til dette stykke.» Betingelsene for dokumentinnsynsretten etter artikkel 15 (3) TEUV er nærmere fastsatt i forordning nr. 1049/2001, som oppstiller regler for de europeiske institusjoners forvaltningspraksis.

Allmenheten er i utgangspunktet gitt en vidtgående rett til innsyn i institusjonenes saksdokumenter etter forordning nr. 1049/2001. Innsynsretten gjelder alle dokumenter innenfor Unionens aktivitetsområder, herunder også dokumenter i konkurransesaker.¹²⁵ Det oppstilles imidlertid viktige unntak fra offentlighetsprinsippet i forordningens artikkel 4 for å sikre adekvat beskyttelse av visse offentlige og private interesser. Spørsmålet av betydning for denne avhandling er om dokumentasjon Kommisjonen besitter som følge av søknad om lempning vil være sikret konfidensialitet etter nevnte bestemmelse.

Kommisjonens kunngjøring om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker foreskriver at alle *dokumenter* eller *skriftlige erklæringer* eller *opptak av erklæringer* som mottas i forbindelse med foretakets anmodning om lempning vil skjermes fra offentlighet i medhold av forordning nr. 1049/2001 artikkel 4 nr. 2.¹²⁶ Denne bestemmelsen pålegger bl.a. Kommisjonen en plikt til å nekte innsyn i saksdokument dersom offentlighet ville være til skade for beskyttelsen av en fysisk eller juridisk persons forretningsmessige interesser eller skade formålet med institusjonenes inspeksjoner og undersøkelser. Det gis

¹²⁵ Forordning nr. 1049/2001, art. 2. nr 3

¹²⁶ Lempningskunngjøringen (2006), nr. 40

imidlertid anvisning på en konkret interesseavveining, slik at tredjemenn skal gis tilgang til saksdokumenter i tilfeller hvor det foreligger mer tungtveiende offentlige interesser som begrunner innsyn.¹²⁷ Lempningssøker og annet foretak som har overgitt dokumentasjon til Kommisjonen i en konkurransesak har som hovedregel rett til å bli konsultert ved vurderingen av om unntakene i artikkel 4 nr. 2 er anvendelige.¹²⁸

Foretakets mulighet til å opplyse om konkrete forhold som kan begrunne konfidensialitet, sammenholdt med at lempningssøknaden og foruteksisterende bevis om overtredelsen gis likeverdig beskyttelse, synes å sikre lempningsprogrammets effektivitet. Det er imidlertid verdt å bemerke at kunngjøringen er en ikke-bindende rettsakt som kun vil tillegges argumentasjonsverdi i saker overfor Unionens domstoler. Den reelle beskyttelse av dokumenter inngitt av foretak ved anmodning om lempning, må derfor søkes avklart gjennom rettspraksis.

4.2.1 EU-retten om forholdet mellom innsynsretten og lempningsinstituttet

Kommisjonens praktisering av dokumentinnsyn i konkurransesaker var gjenstand for rettslig prøving i *CDC Hydrogene Peroxide* ('CDC').¹²⁹ Saken gjaldt spørsmål om gyldigheten av Kommisjonens beslutning om å avslå begjæring om fullt innsyn i saksloggen i *Hydrogen peroksid og perborat* saken.¹³⁰ Spørsmålet for retten var om Kommisjonens tolkning av unntaket fra offentlighet for dokument fordi innsyn ville skade foretakets forretningsmessige interesser eller institusjonens etterforskning etter forordning nr. 1049/2001 artikkel 4, var forenelig med fellesskapsretten.

¹²⁷ Forordning nr. 1049/2001, art. 4 nr. 2

¹²⁸ Forordning nr. 1049/2001, art. 4 nr. 4

¹²⁹ Sak T 437/08, *CDC Hydrogene Peroxide mot Kommisjonen*

¹³⁰ COMP/F/C.38.620, *CDC Hydrogene Peroxide Decision*

Innledningsvis presiserte retten at Kommisjonen måtte foreta en konkret vurdering av hvorvidt dokumentene søkeren begjærte utlevert var omfattet av unntakene i artikkel 4.¹³¹ Retten aksepterte dermed ikke en generell presumpsjon om konfidensialitet for visse kategorier av dokumenter i konkurransesaker tilsvarende som for statsstøttesaker. Det vises her til storkammerets dom i *Technische Glaswerke Ilmenau (TGI)*, hvor EU-domstolen uttalte at Kommisjonen ved behandling av begjæring om innsyn i statsstøttesak kunne «... basere sin beslutning herom på de generelle formodninger, der gjelder for visse kategorier af dokumenter, da sådanne generelle beragtninger må antages også have gyldighed for begjæringer om aktindsigt i dokumenter af tilsvarende karakter».¹³² Domstolen begrunnet sitt standpunkt med at når interesserte parter ikke hadde rett til innsyn etter Rådsforordning (EF) nr. 659/1999 som gir regler for behandlingen av statsstøttesaker, ville statsstøtteordningen underkjennes om innsyn likevel måtte tilkjennes etter forordning nr. 1049/2001.¹³³

Forholdet mellom allmenhetens innsynsrett etter forordning nr. 1049/2001 og spesialbestemmelser om innsyn i overtredelsessaker ble ikke drøftet av retten i *CDC*-saken. Hensett til at forordning nr. 1/2003 kun foreskriver en rett for involverte parter til å få innsyn i dokumentene i en overtredelsessak er dette uheldig. Når reglene om prosedyren for etterforskning av overtredelsessaker ikke gir utenforstående rett til innsyn i saksdokumentene, synes det vanskelig å akseptere at domspremissene i *TGI*-saken skulle være uten relevans for vurderingen av innsyn i konkurransesaker.¹³⁴

Kommisjonen anførte som begrunnelse for å avslå innsyn i den konfidensielle versjonen av saksloggen, at innsyn ville skade de 'forretningsmessige interessene' til foretak som var identifisert i dokumentoversikten. Kommisjonen viste herunder til at informasjon som fremkom i saksloggen, sammenholdt med opplysninger som var inntatt i den publiserte

¹³¹ Sak T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide mot Kommisjonen*, premiss 35

¹³² Sak C-139/07 P, *Kommisjonen mot Technische Glaswerke Ilmenau*, premiss 54

¹³³ Sak C-139/07 P, *Kommisjonen mot Technische Glaswerke Ilmenau*, premiss 58

¹³⁴ Forordning nr. 1/2003/ODA Protokoll 4 Kapittel II art. 27 nr. 2

versjonen av overtredelsesvedtaket, var egnet til å oppfordre private til å anlegge erstatningssøksmål mot kartellmedlemmene.¹³⁵ Retten presiserte at saksloggen kun ville utgjøre en del av foretakets 'forretningsmessige interesser' dersom Kommisjonens dokumentoversikt inneholdt informasjon om foretakets forretningsforbindelser, produktpriser, kostnadsstruktur, markedsandeler o.l.¹³⁶ Når det gjaldt bruk av saksloggen som grunnlag for begjæring om bevisstilgang i erstatningssøksmål, uttalte retten at spørsmålet om bevisstilgang hørte inn under nasjonale domstolars kompetanse. Retten viste til avgjørelsene i *Courage* og *Manfredi* og fant at «...den interesse, som et selskab, der har deltager i kartellet, har i at undgå sådanne sagsanlæg, ikke anses for at udgjøre en beskyttelsesværdig interesse, navnlig henset til den adgang, som enhver har til at kræve erstatning for skade, der er påført ham som fæøge af en adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen ...».¹³⁷

Det ble også anført fra Kommisjonen at saken ikke kunne anses avsluttet når vedtak om overtredelsesgebyr var brakt inn for domstolene, slik at hensynet til formålet med institusjonens etterforskning fortsatt gjorde seg gjeldende i perioden mellom vedtaksutstedelse og domsslutning.¹³⁸ I forlengelsen av dette ble det fremhevet at lempningsordningen var et sentralt virkemiddel for konkurransemyndighetens håndhevelse av kartellforbudet, og at en rett for allmennheten til å få innsyn i lempningsmateriale ville redusere foretakets incentiver til å samarbeide med Kommisjonen i fremtiden.¹³⁹

Retten kom til at etterforskningen måtte anses avsluttet når det ble truffet endelig administrativ avgjørelse i overtredessaken.¹⁴⁰ Dersom unntaket fra offentlighet kunne gjøres gjeldende etter saksbehandling var avsluttet ville dette innebære at «... Kommisjonen uden tidsbegrænsning vil kunne unddrage alle dokumenter i en konkurrencesag fra

¹³⁵ Sak T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide mot Kommisjonen*, premiss 29 og 30

¹³⁶ Sak T-437/07, *CDC Hydrogene Peroxide mot Kommisjonen*, premiss 45

¹³⁷ Sak T-437/07, *CDC Hydrogene Peroxide mot Kommisjonen*, premiss 49

¹³⁸ Sak T-437/07, *CDC Hydrogene Peroxide mot Kommisjonen*, premiss 55

¹³⁹ Sak T-437/07, *CDC Hydrogene Peroxide mot Kommisjonen*, premiss 56

¹⁴⁰ Sak T-437/07, *CDC Hydrogene Peroxide mot Kommisjonen*, premiss 62

andvendelsesområdet til forordning nr. 1049/2001 alene med den henvisning til, at dens samarbejdspolitik eventuelt vil blive bragt i fare.»¹⁴¹ Når det i denne saken ikke var spørsmål om å utlevere dokumenter inngitt av foretak i forbindelse med lempning, men utelukkende spørsmål om innsyn i Kommisjonens sakslogg, fremhevet retten at en utvidende tolkning av unntaksbestemmelsen i artikkel 4 under henvisning til lempningsordningens effektivitet var uforenelig med forordningens formål om å sikre allmennheten innsyn i institusjonenes saksdokumenter. Retten bemerket i denne sammenheng at forordning nr. 1049/2001 ikke på noen måte indikerte at konkurransesaker stod i en særstilling.¹⁴²

Privates innsynsrett og forholdet til lempning ble videre vurdert i rettens dom i *EnBW Energie*-saken.¹⁴³ Nevnte sak gjaldt spørsmål om gyldigheten av Kommisjonens beslutning om å avslå innsyn i overtredelsesbeslutningen i *Gas Insulated Switchgear* saken, hvor produsenter av gassisolerende koblingsanlegg ble sanksjonert for kartellsamarbeid. EnBW Energie Baden-Württemberg AG, en energidistributør som påsto seg berørt av kartellsamarbeidet, begjærte innsyn i en rekke kategorier av dokumenter, herunder også foretakets erklæring om overtredelsen utarbeidet for det formål å oppnå lempning.

Retten aksepterte heller ikke i denne saken at innsyn i lempningsdokumentene kunne avslås basert på en presumpsjon om at denne kategorien av dokumenter falt inn under unntaket i forordning nr. 1049/2001 artikkel 4. Det ble for det første vist til at Kommisjonen ikke hadde truffet endelig avgjørelse i statsstøttesaken da innsyn i dokumenter ble avslått i *TGI*-saken.¹⁴⁴ Når spesiallovgivningen som regulerer innsyn i en bestemt prosedyre kun kommer til anvendelse under saksbehandlingen, fant retten at domstolens argumentasjon i *TGI* ikke var anvendelig for det tilfelle at Kommisjonen hadde fattet

¹⁴¹ Sak T-437/07, *CDC Hydrogene Peroxide mot Kommisjonen*, premiss 70

¹⁴² Sak T-437/07, *CDC Hydrogene Peroxide mot Kommisjonen*, premiss 72

¹⁴³ Sak T-344/08, *EnBW Energie mot Kommisjonen*

¹⁴⁴ Sak T-344/08, *EnBW Energie mot Kommisjonen*, premiss 57

overtredelsesbeslutning.¹⁴⁵ Rettens argumentasjon synes lite overbevisende. Dersom det først legges til grunn at spesialbestemmelser om innsyn i konkurransesaker skal tillegges vekt ved tolkningen av unntakshjemmelen, er det vanskelig å akseptere at behovet for å bevare kontrollprosedyrens integritet ikke lenger vil gjøre seg gjeldende når den administrative saksbehandling er avsluttet. Sikkerheten for lempningsdokumenter vil behandles konfidensielt vil være uten realitet dersom private gis innsyn i dokumentene straks kontrollprosedyren er avsluttet.

Deretter fremholdt retten at om premissene i TGI ble anvendt analogisk, måtte en presumpsjon for at dokumenter i konkurransesak var unntatt offentlighet være mulig å utlede fra forordning nr. 1/2003.¹⁴⁶ Retten anerkjente i denne sammenheng at forordning nr. 1/2003 ikke gir utenforstående rett til innsyn i dokumenter i en kartellsak.¹⁴⁷ Det ble imidlertid påpekt at foretak som var omfattet av overtredelsessaken på visse vilkår har rett til innsyn for å ivareta sitt forsvar, med den begrensning at innsynsretten ikke omfatter interne dokumenter, øvrige foretaks forretningshemmeligheter eller informasjon underlagt taushetsplikt.¹⁴⁸ Videre ble det påpekt at en klager på nærmere betingelser har rett til innsyn i saksdokumentene i tilfeller hvor klagen blir avvist i henhold til Kommisjonsforordning (EF) nr. 773/2004. Det ble på denne bakgrunn fastholdt at selv om foretak omfattet av en kartellsak hadde rett til innsyn i visse saksdokumenter, var innsynsretten underlagt slike begrensninger at det var nødvendig å foreta en konkret vurdering av innsynsbegjæringen i hver enkelt sak.¹⁴⁹ Retten fant derfor at selv om man fulgte domspremissene i TGI og tillot spesiallovgivningen betydning ved tolkningen av rekkevidden av unntakshjemmelen i forordning nr. 1049/2001 artikkel 4, ville reglene om innsyn i konkurransesaker ikke gi grunn til anta at alle dokumenter i overtredelsessaken var omfattet av unntaket fra offentlighet.¹⁵⁰ Rettens forankret dermed sin argumentasjon i forskjellene mellom

¹⁴⁵ Sak T-344/08, *EnBW Energie mot Kommisjonen*, premiss 57

¹⁴⁶ Sak T-344/08, *EnBW Energie mot Kommisjonen*, premiss 58

¹⁴⁷ Sak T-344/08, *EnBW Energie mot Kommisjonen*, premiss 59

¹⁴⁸ Sak T-344/08, *EnBW Energie mot Kommisjonen*, premiss 59

¹⁴⁹ Sak T-344/08, *EnBW Energie mot Kommisjonen*, premiss 60

¹⁵⁰ Sak T-344/08, *EnBW Energie mot Kommisjonen*, premiss 61

innsynsretten i konkurransesaker og innsynsretten i statsstøttesaker, hvor heller ikke involverte parter har er gitt adgang til innsyn i sakens dokumenter.¹⁵¹

Når det gjaldt unntak fra offentlighet for dokumentene i saken med den begrunnelse at innsyn ville skade formålet med Kommisjonens undersøkelser, fant retten ikke å kunne vektlegge argumentet om at innsyn etter saksbehandlingen var avsluttet ville føre til at foretak ble mer tilbakeholdne med å søke lempning. Det ble herunder uttalt at konsekvensene for lepningsordningens effektivitet berodde på usikre faktorer «heriblandt den bruk, som parter, der har lidt skade på grund af et kartel, kan gøre af de indsamlede dokumenter, hvorvidt der blive givet medhold i eventuelle erstatningssøgsmål indledt af disse parter, de beløb, som de pågældende eventuelt vil blive tilkendt af de nationale domstole, såvel som fremtidige tiltag fra virksomheder, som deltager i karteller.»¹⁵² Retten understreket i denne forbindelse at lepningsordningen ikke var det eneste virkemiddel for å sikre etterlevelse av konkurransereglene, og at private erstatningssøgsmål for nasjonale domstoler kunne yte vesentlige bidrag til opprettholdelsen av effektiv konkurranse.¹⁵³

Anførselen fra Kommisjonen om at avslaget på innsynsbegjæringen var berettiget fordi innsyn ville skade de impliserte foretakenes forretningsmessige interesser fikk heller ikke tilslutning. Retten fant under henvisning til alderen på størstedelen av opplysningene som var omfattet av innsynsbegjæringen at partenes interesse i at dokumentene ikke ble utlevert ikke var forankret i et ønske om å bevare konkurranseevnen på markedet, men et ønske om å unngå eksponering mot erstatningssøgsmål. Denne interesse var ikke beskyttelsesverdig, hensett til den rett private har til å fremme kreve erstatning ved brudd på konkurransereglene.

Det er på bakgrunn av rettens avgjørelser i *CDC* og *EnBW Energie* rimelig å anta at Kommisjonens diskresjonsmyndighet i lepningsaker vil begrenses, ettersom det ikke kan presumeres at innsyn i lepningsdokumenter vil skade foretakenes forretningsmessige

¹⁵¹ Forordning nr. 659/99/ODA Protokoll 3 Kapittel I art. 20

¹⁵² Sak T-344/08, *EnBW Energie mot Kommisjonen*, premiss 125

¹⁵³ Sak T-344/08, *EnBW Energie mot Kommisjonen*, premiss 128

interesser eller beskyttelsen av formålet med Kommisjonens undersøkelser. Nevnte saker er dermed egnet til å øke usikkerheten for foretak og dermed redusere incentivene til å søke lempning. Retten synes å tillegge privates rett til å kreve erstatning relativt større vekt, slik at Kommisjonen ikke kan unnta dokument i lempningssak fra offentlighet under henvisning til at innsyn ville skade lempningsintituttets effektivitet. Det kan derfor ventes at private i større grad vil benytte forordning nr. 1049/2001 som instrument for å søke innsyn i Kommisjonens saksdokumenter for å forberede erstatningssøksmål mot lempningsøker.

Det må imidlertid bemerkes at *CDC*-saken og *EnBW Energie* ble avgjort under henvisning til arten av dokumentene som ble søkt utlevert. Rekkevidden av rettens avgjørelser for forholdet mellom lempningsprogram og erstatningssøksmål er dermed ikke sikker. Det vises i denne sammenheng til at *CDC*-saken kun gjelder innsyn i Kommisjonens sakslogg, og derfor ikke automatisk har overføringsverdi til saker hvor begjæring om innsyn knytter seg til foretakets lempningssøknad. Konsekvensene for lempningsordningens effektivitet er i slike tilfeller usikker og vil avhenge av hvilken verdi saksloggen vil ha for privates mulighet til å anlegge erstatningssøksmål. Avgjørelsen i *EnBW Energie* omhandler spørsmålet om innsyn i foretakets erklæring om overtredelsen, men avgjørelsen er nært knyttet til spørsmålet om presumpsjonen for unntak fra offentlighet for visse kategorier av dokumenter. Det utelukkes ikke at det etter en konkret vurdering vil være mulig å unnta informasjonen fra offentlighet. Endelig bemerkes at rettens avgjørelser er begrenset til en prøvelse av gyldigheten av Kommisjonens beslutning om å avslå innsyn, uten at retten på selvstendig grunnlag gir pålegg om å utlevere dokumentene. Det synes derfor uklart hvilke implikasjoner rettens avgjørelser vil ha for samspillet mellom lempningsprogram og erstatningssøksmål. Kommisjonen har anket rettens dom i *EnBW Energie*-saken til EU-domstolen.¹⁵⁴

¹⁵⁴<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:287:0029:0030:EN:PDF>

4.2.2 EU-domstolen om forholdet mellom innsynsretten og fusjonskontroll

Forholdet mellom innsynsretten etter forordning nr. 1049/2001 og spesialbestemmelser om offentlighet i konkurransesaker ble vurdert av EU-domstolen i *Kommisjonen mot Éditions Odile Jacob SAS*¹⁵⁵ og *Kommisjonen mot Agrofert Holding*.¹⁵⁶ Spørsmålet for domstolen var om Kommisjonen kunne basere sin beslutning om å avslå innsyn i dokumenter innhentet som ledd i fusjonskontroll på en presumpsjon om at visse kategorier av dokumenter ville omfattes av unntakshjemmelen i forordning nr. 1049/2001 artikkel 4. Da saksforholdet var tilnærmet parallelt i begge avgjørelsene, finner jeg det formålstjenlig å begrense fremstillingen til relevante aspekt ved domstolens avgjørelse i *Kommisjonen mot Agrofert Holding*.

Innledningsvis presiserte domstolen at forordning nr. 1049/2001 om allmennhetens innsynsrett i institusjonens saksdokumenter og Rådsforordning (EF) nr. 139/2004 om kontrollen med foretakssammenslutninger ('fusjonsforordningen') var likestilte rettsakter som ivaretok ulike formål.¹⁵⁷ Spørsmålet om hvorvidt dokumentene i en fusjonskontrollprosedyre kunne unntas offentlighet måtte derfor løses slik at forordningene kunne anvendes i overensstemmelse.¹⁵⁸

Domstolen fant under henvisning til sin tidligere avgjørelse i *TGI* at en presumpsjon om unntatt offentlighet for visse kategorier av dokumenter i fusjonskontroll kunne aksepteres, ettersom fusjonsforordningen fastsatt strenge regler for behandlingen av innhentede opplysninger.¹⁵⁹ Det ble vist til at fusjonsforordningen begrenser retten til innsyn i opplysninger vedrørende foretakssammenslutningen til involverte parter under hensyn til foretakenes interesse i å beskytte forretningshemmeligheter, og foreskriver at opplysninger

¹⁵⁵ Sak C-404/10, *Kommisjonen mot Éditions Odile Jacob SAS*

¹⁵⁶ Sak C-477/10 *Kommisjonen mot Agrofert Holding*

¹⁵⁷ Sak C-477/10, *Kommisjonen mot Agrofert Holding*, premiss 51-52

¹⁵⁸ Sak C-477/10, *Kommisjonen mot Agrofert Holding*, premiss 52

¹⁵⁹ Sak C-477/10, *Kommisjonen mot Agrofert Holding*, premiss 59

innhentet i forbindelse med melding og kontroll med en foretakssammenslutning ikke må benyttes til andre formål eller videreformidles i strid med lovbestemt taushetsplikt.¹⁶⁰ Domstolen fant på denne bakgrunn at en alminnelig rett for andre enn de deltakende parter til å få innsyn i dokumenter i sak om fusjonskontroll ville forrykke den balanse lovgiver hadde søkt å etablere mellom partenes forpliktelse til å fremlegge sensitive opplysninger med henblikk på vurderingen av om fusjonen var forenelig med fellesskapsretten, og den beskyttelse partene ble forestått gjennom institusjonenes taushetsplikt for forretningshemmeligheter.¹⁶¹ Prosedyren med kontroll av foretakssammenslutninger ville derfor undergraves om andre parter likevel kunne få innsyn i dokumentene i medhold av forordning nr. 1049/2001.

Domstolen presiserte at denne lovforståelse ville ha gyldighet uavhengig av om innsynsbegjæringen var knyttet til en pågående kontroll eller først ble fremmet etter at den administrative saksbehandling var avsluttet.¹⁶² Offentliggjøring av sensitive opplysninger kunne skade foretakenes forretningsmessige interesser uavhengig av om kontrollprosedyren var avsluttet, og dermed redusere foretakenes samarbeidsvillighet.¹⁶³ Presumpsjonen for unntatt offentlighet for dokumenter i en fusjonssak utelukket likevel ikke at søkeren kunne fremføre argumenter som tilbakeviste presumpsjonen eller at offentlige interesser ville kunne berettige utlevering.¹⁶⁴

Domstolens avgjørelser i *Kommisjonen mot Éditions Odile Jacob SAS* og *Kommisjonen mot Agrofert Holding* synes i noen grad å tilbakevise premissgrunnlaget for rettens avgjørelser i *CDC* og *EnBW Energie*. Det kan for det første vises til at domstolens avgjørelser synes å åpne for at regimet som regulerer innsynsretten i overtredelsessaker må tillegges betydning ved tolkning av unntaket fra offentlighet i forordning nr. 1049/2001

¹⁶⁰ Sak C-477/10, *Kommisjonen mot Agrofert Holding*, premiss 60 og Forordning nr. 139/2004/ODA Protokoll 4 Kapittel 4 art. 17 og 18

¹⁶¹ Sak C-477/10, *Kommisjonen mot Agrofert Holding*, premiss 62

¹⁶² Sak C-477/10, *Kommisjonen mot Agrofert Holding*, premiss 66

¹⁶³ Sak C-477/10, *Kommisjonen mot Agrofert Holding*, premiss 66

¹⁶⁴ Sak C-477/10, *Kommisjonen mot Agrofert Holding*, premiss 68

artikkel 4. Forordning nr. 1/2003 og forordning nr. 1049/2001 er likestilte rettsakter i EU-retten. Dersom domstolenes standpunkt om at spørsmål om innsyn må løses slik at begge forordninger sikres anvendelse, synes det vanskelig å akseptere at spesialbestemmelsene om innsyn etter forordning nr. 1/2003 skal være uten relevans for innsynsretten i lempningssaker. Spørsmålet er da hvilken betydning domstolen vil tillegge at informasjon som inngis av foretaket ved anmodning om lempning er avgitt i samsvar med Kommisjonens kunngjøring om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker. Det er klart at Kommisjonens kunngjøring ikke kan binde Unionens eller medlemsstatenes domstoler ved vurderingen av spørsmålet om innsyn i sak om lempning. Det kan derfor ikke utelukkes at EU-domstolen vil forankre sin argumentasjon i at forordning nr. 1049/2001 har større rettskildemessig verdi enn kunngjøringen om bøtenedsettelse i kartellsaker ved spørsmål om innsyn i lempningsdokumenter.

Når det gjelder domstolenes henvisning til samarbeidshensynet som begrunnelse for at unntaket fra offentlighet for dokumenter i fusjonssaker måtte få anvendelse etter at den administrative saksbehandling var avsluttet, gjør dette hensynet seg gjeldende med samme styrke i lempningssaker. Det må derfor antas at domstolene vil vektlegge betydningen av samarbeid for den offentlige håndhevelse av kartellforbudet ved vurderingen av om innsyn vil skade formålet med institusjonens inspeksjoner etter forordning nr. 1049/2001.

Det er imidlertid viktige forskjeller mellom den type dokumentasjon som innhentes som ledd i kontrollen med en foretakssammenslutning og informasjon foretak inngir for å oppnå lempning ved overtredelser av kartellforbudet.¹⁶⁵ Formålet med fusjonskontroll er å vurdere om foretakssammenslutningen er forenelig med fellesskapsretten. Kommisjonen foretar herunder en analyse av virkningene fusjonen må antas å få på markedene som berøres av transaksjonen. Involverte parter må avgi informasjon om markedsandeler, kunder og konkurrenter som begrenser foretakenes konkurransemessige atferd, fremtidige

¹⁶⁵ Botteman og Hughes (publiseres i 2013), s. 6
<http://www.steptoe.com/assets/htmldocuments/Botteman%20Hughes%20GCR%20EU%20Cartels%20Leniency%202013.pdf>

forretningsstrategier m.m.¹⁶⁶ Offentliggjøring av informasjon relatert til foretakenes fremtidige økonomiske virksomhet vil være særlig egnet til å svekke foretakets konkurranseevne på markedet. Foretakets erklæring om egen og andres deltakelse i det påståtte kartellet vil inneholde informasjon om markeder som er berørt av overtredelsen, og hvilke tiltak kartellet har iverksatt for å begrense konkurransen. Denne type informasjon vil ofte ha historisk verdi, men vil ikke nødvendigvis påvirke foretakets fremtidige konkurranseevne.¹⁶⁷

Samlet sett synes EU-domstolens avgjørelse i *Kommisjonen mot Éditions Odile Jacob SAS* og *Kommisjonen mot Agrofert Holding* å åpne for at innsynsreglene som kommer til anvendelse i overtredelsessaker tillegges vekt ved tolkningen av unntaket fra offentlighet for institusjonenes saksdokumenter etter forordning nr. 1049/2001 artikkel 4. Det gjenstår imidlertid å se hvilken betydning domstolen vil tillegge at informasjon som fremkommer i foretakets erklæring om overtredelsen er avgitt under kunngjøringen om lempning i kartellsaker, mens allmennhetens innsynsrett har høyere rettskildemessig forankring gjennom forordning nr. 1049/2001.

4.3 Innsyn i lempningsdokumenter hos EFTAs Overvåkningsorgan

Kompetansefordelingen mellom Kommisjonen og ESA ved håndheving kartellforbudet i EØS-avtalen artikkel 53 reguleres av EØS-avtalen artikkel 56. Slik bestemmelsen er utformet vil Kommisjonen i praksis håndtere de fleste overtredelsessaker med grensekryssende effekt. ESA vedtok nye regler om innsynsretten i konkurransesaker 5. september 2012 som vil komme til anvendelse dersom Overvåkningsorganet håndhever forbudet i EØS-avtalen artikkel 53.¹⁶⁸ Da reglene på viktige punkter skiller seg fra etter

¹⁶⁶ Botteman og Hughes (publiseres 2013), s. 6

¹⁶⁷ Botteman og Hughes (publiseres 2013), s. 6

¹⁶⁸ Kollegiets vedtak 300/12/COL av 5. september 2012

forordning nr. 1049/2001, anses det derfor hensiktsmessig å gi en fremstilling av regelverket innenfor EFTA-pilaren.

Det følger av artikkel 4 i Kollegiets vedtak at Overvåkningsorganet kan avslå innsyn i et dokument som vedrører en pågående etterforskning.¹⁶⁹ Sak vil ikke anses avsluttet før overvåkningsorganet ikke lenger kan pålegges å gjenåpne etterforskningen. Konsekvensen av dette er at dokumenter ikke kan utleveres så lenge overvåkningsorganets vedtak er anket til EFTA-domstolen. Det fremgår videre at begjæring om innsyn i dokument som vedrører innsamling, innhenting og mottak av informasjon i statsstøtte- og konkurransesaker skal avslås, med mindre det finnes mer tungtveiende offentlig interesser som begrunner utlevering.¹⁷⁰ Reglene for dokumentinnsyn i EFTA-pilaren sikrer dermed lempningssøker større beskyttelse enn regelverket som praktiseres innenfor EU etter forordning nr. 1049/2001. Private vil kun få innsyn i dokumenter i sak om lempning hos ESA dersom offentlige interesser likevel tilsier at dokumentene utleveres. Det må antas at dette vil kunne være tilfelle dersom private erstatningssøksmål mot kartellmedlemmene er ønskelig for å fremme konkurransereglens preventive virkning. Spørsmålet er imidlertid om regelverket samlet sett gir rom for private til å effektivt kunne utøve sin rett til erstatning ved brudd på konkurransereglene. Det bemerkes i denne sammenheng at begrensningen i innsynsretten gjøres gjeldende for alle dokumenter ESA får tilgang til som ledd i en kontrollprosedyre, og ikke utelukkende dokumenter som foretak har utarbeidet spesielt for det formål å oppnå lempning. Likevel er det et moment av betydning at å gi private innsynsrett i konkurransesaker i henhold til et offentligrettslig regimet som i lite grad er tilpasset konkurranserettens særegenheter uansett er lite hensiktsmessig. Dokumentene som utleveres i henhold til ESAs regelverk vil være ubetinget offentlig uten at det knyttes vilkår til bruken av opplysningene. Det synes på denne bakgrunn bedre å innføre en ordning for innsyn i konkurransesaker som er tilpasset privates behov for bevis tilgang uten at foretaket stilles dårligere i private erstatningssøksmål.

¹⁶⁹ 300/12/COL, art. 4 nr. 2 bokstav a

¹⁷⁰ 300/12/COL, art. 4 nr.2 bokstav b

Informasjon som utveksles mellom ESA og Kommisjonen, og mellom Overvåkningsorganet og nasjonale konkurransemyndigheter i EFTA-samarbeidet, er videre unntatt fra offentlighet i henhold til ESAs nye regelverk.¹⁷¹ Denne presisering synes å avbøte problemene som følger av dagens system med hensyn til informasjonsutveksling mellom konkurransemyndighetene.

4.4 EU/EØS-rettens føringer på praktisering av nasjonalt regelverk

Reguleringen av allmennhetens rett til innsyn i institusjonenes saksdokumenter etter forordning nr. 1049/2001 og ESAs vedtak av 5. september 2012 har utelukkende virkning for nevnte organers forvaltningspraksis og legger ingen føringer på medlemsstatenes praktisering av nasjonale regler ved spørsmål om innsyn i lempningssaker.¹⁷²

EU-domstolens storkammer kom imidlertid med en viktig prinsipputtalelse om forholdet mellom lempningsprogram og private erstatningssøksmål når medlemsstatene håndhever av EU-rettens konkurranseregler i *Pfleiderer*-saken.¹⁷³ Det vil i den følgende redegjøres for premissgrunnlaget for domstolens rådgivende uttalelse, og deretter foretas en vurdering av hvilke implikasjoner avgjørelsen må antas å få for medlemsstatenes praktisering av nasjonale regler om innsyn i konkurransemyndighetenes etterforskningsmateriale.

4.4.1 EU-domstolens prejudisielle avgjørelse i *Pfleiderer*-saken

Pfleiderer-saken kom for EU-domstolen etter anmodning om prejudisiell avgjørelse fra Amtsgericht Bonn i forbindelse med en sak mellom *Pfleiderer* og Bundeskartellamt

¹⁷¹ 300/12/COL, art. 4 n.r 2 bokstav c og d

¹⁷² Se forordning nr. 1049/2001, fortalen nr. 15 og 16

¹⁷³ Sak C-360/98, *Pfleiderer mot Bundeskartellamt*

angående begjæring om fullt innsyn i dokumenter i overtredelsessak innenfor dekorasjonspapirsektoren. Pfleiderer, som var kunde hos de sanksjonerte foretak, begjærte innsyn i lempningsdokumenter med henblikk på å anlegge erstatningssøksmål. Spørsmålet forelagt for domstolen var om fellesskapsrettens konkurranseregler var til hinder for at personer som hadde lidt tap som følge av kartellsamarbeid ble gitt innsyn i lempningsmateriale i overtredelsessak hvor nasjonale konkurransemyndigheter anvendte fellesskapsrettens konkurranseregler.¹⁷⁴

EU-domstolen presiserte innledningsvis at verken Traktatbestemmelsene om konkurranse, eller forordning nr. 1/2003 om gjennomføring av konkurransereglene, foreskrev en harmonisering av regelverk knyttet til lempning av bøter i kartellsaker eller saksøkers rett til innsyn i lempningsmateriale. Det ble i forlengelsen av dette påpekt nettverkskunjøringen, modellprogrammet for lempning utarbeidet av ECN, og Kommisjonens kunngjøring om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker, konstituerte ikke-bindende rettsakter uten autoritativ virkning for medlemslandenes rettsinstanser.¹⁷⁵ Saksøkers innsynsrett i lempningsmateriale måtte på denne bakgrunn avgjøres etter nasjonale regler, forutsatt at nasjonalt regelverk ikke gjorde det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å gjennomføre EU-retten og sikre den effektive anvendelse av artikkel 101 og 102 TEUV.¹⁷⁶

Domstolen fant under henvisning til lempningsprogrammets betydning for konkurransemyndighetenes kartellbekjempelse, at lempningsordningen ivaretok formålet med å sikre en effektiv anvendelse av artikkel 101 TEUV.¹⁷⁷ Det ble videre erkjent at utlevering av lempningsmateriale til personer som hadde til hensikt å anlegge erstatningssøksmål mot kartellmedlemmene kunne redusere foretakets incentiver til å

¹⁷⁴ Sak C-360/09, *Pfleiderer mot Bundeskartellamt*, premiss 18

¹⁷⁵ Sak C-360/09, *Pfleiderer mot Bundeskartellamt*, premiss 21 og 22

¹⁷⁶ Sak C-360/09, *Pfleiderer mot Bundeskartellamt*, premiss 23 og 24

¹⁷⁷ Sak C-360/09, *Pfleiderer mot Bundeskartellamt*, premiss 25

rapportere om overtredelsen og dermed begrense lempningsprogrammets effektivitet.¹⁷⁸ Deretter fremhevet domstolen at det fulgte av fast praksis at enhver hadde rett til å fremme krav om erstatning som følge av overtredelser av artikkel 101 TEUV.¹⁷⁹ Adgangen til å anlegge erstatningssøksmål ville forsterke virkningen av fellesskapsrettens konkurranseregler og «... yde et væsentligt bidrag til opretholdelsen af en effektiv konkurrence inden for Den Europæiske Union...».¹⁸⁰

Domstolen uttalte at det ved vurderingen av om saksøker skulle gis innsyn i lempningsdokumenter var nødvendig å «at afveje de hensyn, der kan berettige videregivelsen af oplysninger og beskyttelsen af de oplysninger, der er frivilligt afgivet av ansøgeren om bødenedssettelse».¹⁸¹ Fellesskapsrettens konkurranseregler var imidlertid ikke til hinder for å gi saksøker innsyn i lempningsdokumenter overlevert nasjonale konkurransemyndigheter i overtredelsessak med grensekryssende effekt.¹⁸² Det tilkom dermed nasjonale domstoler på grunnlag av medlemsstatenes lovgivning å «fastlægge betingelserne for, hvorvidt en sådan adgang skal tillades eller afvises, idet de herved skal foretage en afvejning af de hensyn, som beskyttes af EU-retten.»¹⁸³

4.4.2 *Pfleiderer*-sakens betydning for nasjonalt regelverk

Pfleiderer saken gjaldt innsyn i dokumenter overlevert nasjonale konkurransemyndigheter i forbindelse med anmodning om lempning som følge av overtredelse av artikkel 101 TEUV. Dommen vil også få betydning for saksøkers innsynsrett i lempningsdokumenter hvor Konkurransetilsynet håndhever EØS-avtalen artikkel 53, jf. EØS-konkurranseloven § 6.

¹⁷⁸ Sak C-360/09, *Pfleiderer mot Bundeskartellamt*, premiss 26 og 27

¹⁷⁹ Sak C-360/09, *Pfleiderer mot Bundeskartellamt*, premiss 28

¹⁸⁰ Sak C-360/09, *Pfleiderer mot Bundeskartellamt*, premiss 29

¹⁸¹ Sak C-360/09, *Pfleiderer mot Bundeskartellamt*, premiss 30

¹⁸² Sak C-360/09, *Pfleiderer mot Bundeskartellamt*, premiss 33

¹⁸³ Sak C-360/09, *Pfleiderer mot Bundeskartellamt*, premiss 32

Det fremgår av den operative del i EU-domstolens avgjørelse at medlemstatenes rettsinstanser må foreta en avveining av de beskyttelsesverdige hensyn som kan utledes av fellesskapsrettens konkurranseregler ved vurderingen av om saksøker skal gis innsyn i lempningsmateriale etter nasjonal rett.¹⁸⁴ Saksøkers rett til å kreve erstatning som følge av brudd på konkurransereglene utgjør herunder et relevant moment ved interesseavveiningen. Domstolens henvisning til *Courage* og *Manfredi* bekrefter en slik fortolkning. Domstolen legger videre til grunn at private erstatningssøksmål vil fremme konkurranse, og antyder dermed at nasjonale domstoler kan vektlegge generelle håndhevelsesshensyn ved vurderingen av spørsmålet om innsyn.¹⁸⁵ Formålet om å effektivisere konkurransereglene gjennom private søksmål må etter dette kunne tas i betraktning ved avveiningen av om innsyn i lempningsdokumenter er berettiget i den konkrete sak.

Håndhevelsesshensynet kan imidlertid også begrunne en *begrensning* i saksøkers innsyn i lempningsmateriale. Domstolen anerkjenner lempningsinstituttets sentrale funksjon som konkurransepolitisk virkemiddel og erkjenner at incentivene for å søke lempning vil reduseres for det tilfelle at sensitiv dokumentasjon utleveres saksøker til bruk i erstatningssøksmål.¹⁸⁶ Hensynet til effektivt offentlig håndhevelse av kartellforbudet taler dermed for at lempningsdokumenter skjermes fra offentlighet. Det kan videre argumenteres for at privat håndhevelse er betinget av at konkurransemyndighetene har effektive virkemidler til disposisjon i kartellpolitikken, siden bevissituasjonen i konkurransesaker innebærer at de fleste erstatningssøksmål først anlegges i kjølvannet av konkurransemyndighetens overtredelsesvedtak.¹⁸⁷ Domstolens henvisning til lempningsprogram som «nyttige redskaber» for konkurransemyndighetenes håndhevelse av kartellforbudet kan etter min oppfatning imidlertid likevel ikke tolkes dithen at nasjonale regler på generelt grunnlag kan avskjære saksøker innsyn i lempningsdokumenter.¹⁸⁸ Kravet til en konkret interesseavveining indikerer at nasjonale regler som nedlegger et

¹⁸⁴ Sak C-360/09, *Pfleiderer mot Bundeskartellamt*, premiss 32

¹⁸⁵ Sak C-360/09, *Pfleiderer mot Bundeskartellamt*, premiss 27

¹⁸⁶ Sak C-360/09, *Pfleiderer mot Bundeskartellamt*, premiss 25 og 27

¹⁸⁷ Cauffman (2011), s. 605

¹⁸⁸ Sak C-360/09, *Pfleiderer mot Bundeskartellamt*, premiss 25

absolutt forbud mot innsyn i lempningsdokumenter er uforenelig med EU-retten.¹⁸⁹ Denne fortolkning støttes av Domstolens henvisning til rettsbeskyttelsesprinsippene. Effektivitetsprinsippet synes herunder å innebære at nasjonale regler som avskjærer innsyn i lempningsmateriale, uten å gi rom for en avveining av beskyttelsesverdige interesser, hindrer EU-rettens effektive gjennomslag.¹⁹⁰

4.5 Oppsummering

Fremstillingen har vist at det er betydelig usikkerhet knyttet til hvilken vekt lempningsinstituttets effektivitet vil tillegges i saker hvor private begjærer innsyn i lempningsdokumenter etter forordning nr. 1049/2001. EU-retten synes foreløpig ikke å tillegge lempningsinstituttet vekt ved tolkning av unntaket fra offentlighet for institusjonens saksdokumenter. Domstolen inntar et mer prinsipielt standpunkt, og foreskriver at spørsmålet om innsyn må løses slik at det mulig å anvende forordning nr. 1049/2001 og spesiallovgivning av likestilt rettslig karakter i overenstemmelse.

Det gjenstår imidlertid å se om EU-domstolen vil ha en like sympatisk tilnærming til lempningssaker. Dersom domstolen skulle innta en mer restriktiv holdning til innsynsretten i saker om lempning, vil nasjonale domstoler bli stilt overfor flere saker om bevistilgang etter intern rett og måtte foreta den interesseavveining *Pfleiderer*-saken gir anvisning på. Dette er ikke uproblematisk ettersom ulike løsninger på nasjonalt nivå kan føre til et fragmentert rettsbilde innenfor EU/EØS.

¹⁸⁹ Cauffman (2011), s. 606

¹⁹⁰ Cauffman (2011), s. 607

5 PRIVATES RETT TIL INNSYN I LEMPNINGSDOKUMENTER ETTER NORSK RETT

5.1 Innledning

Norsk rett har ingen bestemmelser som direkte regulerer retten til innsyn i dokumenter overlevert til Konkurransetilsynet i forbindelse med foretakets søknad om lempning. Saksøkers rett til innsyn i lempningsdokumenter må derfor fastlegges på bakgrunn av de alminnelige innsynsbestemmelsene i offentleglova, og gjennom særreglene om innsyn i overtredelsessaker i konkurranseloven § 26.

Forvaltningens saksdokumenter er i utgangspunktet ubetinget offentlige, jf. offentleglova § 3 sammenholdt med Grunnloven § 100 femte ledd. Konkurranseloven § 26 første ledd hjemler imidlertid et viktig unntak fra offentlighetsprinsippet når Konkurransetilsynets etterforskning en sak om påstått kartellsamarbeid etter konkurranseloven § 10. Private som ønske å anlegge erstatningssøksmål mot kartellmedlemmene er i medhold av konkurranseloven § 26 annet ledd imidlertid gitt en utvidet rett til innsyn i taushetsbelagte opplysninger når overtredelsessaken er avsluttet. Bestemmelsen kommer tilsvarende til anvendelse når Konkurransetilsynet håndhever EØS-avtalens konkurranseregler, jf. EØS-konkurranseloven § 6 første ledd annet punktum. Denne begrensning i taushetsplikten er likevel ikke til hinder for at Konkurransetilsynet unntar dokument om lovbrudd fra innsyn også overfor private som ønsker å anlegge erstatningssøksmål mot kartelldeltakere for tap lidt som følge av ulovlig samarbeid, jf. offentleglova § 24.

Spørsmålet av betydning for denne avhandling er om regelverket samlet sett sikrer lempningsmateriale adekvat beskyttelse mot utlevering til private, uten å forhindre en effektiv søksmålsadgang for private ved brudd på konkurransereglene. Det vil i det

følgende redegjøres for saksøkers mulighet til å få innsyn i lempningsmateriale hos Konkurransetilsynet før og etter at overtredelsessak er avsluttet.

5.2 Rett til innsyn i Konkurransetilsynets bevismateriale før sak er avsluttet

Konkurranseloven § 26 første ledd regulerer tredjemenns rett til innsyn i dokumenter i Konkurransetilsynets besittelse under saksbehandlingen. Bestemmelsen fastslår at offentleglova ikke får anvendelse i overtredelsessaker så lenge saken ikke er «avsluttet». Den rettslige begrunnelsen for å unnta overtredelsessaker fra hovedregelen om innsynsrett i forvaltningens saksdokumenter er hensynet til Konkurransetilsynets etterforskning.¹⁹¹ Konkurransetilsynets etterforskning av overtredelsessaker har klare likhetstrekk med påtalemyndighetens virksomhet som er unntatt offentlighet, jf. offentleglova § 2 femte ledd.¹⁹² Den dels overlappende kompetanse som er forestått Konkurransetilsynet og påtalemyndigheten ved sanksjonering av brudd på konkurranseloven § 10, taler dermed for harmoniserte regler om innsynsrett uavhengig av det offentliges valg av sanksjonsspor.¹⁹³ Begrensningen i offentleglovas anvendelsesområde er ikke til hinder for at tilsynet velger å utlevere opplysninger under saksbehandlingen, med de begrensninger som følger av forvaltningens lovbestemte taushetsplikt.¹⁹⁴ Gjeldende rett oppstiller ingen generell taushetsplikt for opplysninger inngitt i forbindelse med lempningssøknad. Lempningsordningens betydning for Konkurransetilsynets håndhevelse av forbudsbestemmelsen i konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53, gjør det imidlertid lite trolig at tilsynet vil praktisere 'meroffentlighet' for opplysninger inntatt i lempningssøknad eller tilhørende vedlegg under etterforskningen.

¹⁹¹ Ot. Prp. Nr. 6 (2003-2004), s. 176

¹⁹² Ot. Prp. Nr. 6 (2003-2004), s. 177

¹⁹³ Evensen og Sæveraas (2009), s. 750

¹⁹⁴ Forvaltningsloven § 13

Det vil være av betydning å avklare når sak skal regnes som «avsluttet» i lys av at saksøker gitt en utvidet rett til innsyn i taushetsbelagte opplysninger når saken er ferdigbehandlet, jf. konkurranseloven § 26 annet ledd. Lovmotivene foreskriver at sak regnes som avsluttet når Konkurransetilsynet har besluttet å innstille forfølgningen, fattet vedtak om overtredelsesgebyr i medhold av konkurranseloven § 29 eller gitt pålegg om å bringe den ulovlige atferd til opphør etter § 12.¹⁹⁵ Dersom forholdet anmeldes, følger det direkte av konkurranseloven § 26 første ledd annet punktum at sak ikke være «avsluttet» før påtalemyndigheten har ferdigbehandlet saken.

Det kan oppstå tvil om saken er «avsluttet» dersom foretak som har vært gjenstand for etterforskning reiser søksmål for domstolene for å prøve tilsynets vedtak om overtredelsesgebyr. Konkurranselovutvalget la ved utforming av 2004-loven til grunn at saken i slike tilfeller først være «avsluttet» når det forelå domsslutning, uten at det ble stilt vilkår om rettskraft.¹⁹⁶ Departementet fulgte ikke opp forslaget. Begrunnelsen for å unnta overtredelsesaker fra offentlighet før saken er avsluttet er i odelstingsproposisjonen utelukkende forankret i etterforskningshensyn.¹⁹⁷ Hensynet til Konkurransetilsynets etterforskning vil imidlertid ikke gjøre seg gjeldende med stor tyngde når tilsynet har avsluttet sin saksbehandling og utstedt vedtak om overtredelsesgebyr i medhold av konkurranseloven § 29.¹⁹⁸ Sak må derfor anses avsluttet når Konkurransetilsynet har utstedt vedtak om overtredelsesgebyr.

Konkurranseloven § 26 første ledd synes å sikre lempningsdokumenter adekvat beskyttelse i tilfeller hvor Konkurransetilsynet etterforsker påstått kartellsamarbeid etter konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53. Siden konfidensialitet et en forutsetning for at lempningsordningen skal virke etter sin hensikt, innebærer regelen om

¹⁹⁵ Ot. prp. nr. 6 (2003-2004), s. 239

¹⁹⁶ NOU 2003: 12, s. 243

¹⁹⁷ Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 177

¹⁹⁸ Evensen og Sæveraas (2009), s. 733

unntatt innsyn at lempningsinstituttet ivaretas som virkemiddel i den norske kartellpolitikken.

5.3 Saksøkers innsynsrett i taushetsbelagte opplysninger når sak er avsluttet

Saksøkers innsynsrett i etterforskningsmateriale etter konkurranseloven § 26 annet ledd har særlig betydning for forholdet mellom lempningsprogram og private erstatningssøksmål. Denne bestemmelsen gir personer med «rettslig interesse» krav på innsyn i opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt når overtredelsessaken er avsluttet, med mindre innsyn ville virke urimelig overfor den opplysningene gjelder.

Det fremgår av konkurranselovens forarbeider at det primært vil være aktuelt å gi innsyn i taushetsbelagte opplysninger dersom opplysningene skal brukes eller vurderes brukt i privat søksmål.¹⁹⁹ Saksøkers rett til innsyn i opplysninger som ellers kunne vært unntatt som forretningshemmeligheter har herunder særlig praktisk betydning.²⁰⁰ Kravet til «rettslig interesse» innebærer at innsyn i taushetsbelagte opplysninger er betinget av at saksøker har et rettslig begrunnet krav.²⁰¹ Konkurransetilsynet må videre ta stilling til om opplysningene som begjæres utlevert har den nødvendige aktualitet og tilknytning til søksmålet.²⁰² Dersom saksøker tilhører den personkrets som må anses erstatningsrettslig vernet brudd på konkurransereglene vil vilkåret om aktuell rettslig interesse anses oppfylt.²⁰³ Dette vil typisk omfatte kunder og konkurrenter som lider tap ved betaling av overpris eller som følge av markedseksklusjon.²⁰⁴

¹⁹⁹ Ot. Prp. Nr. 6 (2003-2004), s. 172

²⁰⁰ Evensen og Sæveraas (2009), s. 734

²⁰¹ Robberstad (2009), s. 77 og 84

²⁰² Tvl. § 1-3. Robberstad (2009) s. 84

²⁰³ Graver og Hjelmeng (2006), s. 183.

²⁰⁴ Graver og Hjelmeng (2006), s. 179

Det vil være fordelaktig for saksøker å få innsyn i foretakets lempningssøknad ettersom Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr ikke har rettskraftsvirkning i etterfølgende erstatningssøksmål.²⁰⁵ Lempningssøknaden inneholder innrømmelser om skyld og detaljert omtale av overtredelsens karakter, varighet og omfang, og slik dokumentasjon vil tjene som bevis for ulovlig samordning av konkurransemessig atferd på markedet. Lempningssøknaden vil også tjene som bevis for at kravet om årsakssammenheng og økonomisk tap er oppfylt. Saksøkers adgang til å få innsyn i forretningshemmeligheter som fremkommer i foretakets lempningssøknad er imidlertid betinget av at det ikke vil virke «urimelig» overfor den opplysninger gjelder, jf. konkurranseloven § 26 annet ledd første punktum. Bestemmelsen gir anvisning på en interesseavveining hvor hensynet til saksøker kompensasjonsadgang og hensyn som ligger til grunn for taushetsplikten vil være relevant.²⁰⁶ Risikoen for private erstatningssøksmål vil ikke i seg selv gjøre innsyn «urimelig» overfor den som har krav på taushet.²⁰⁷ Den som har krav på taushet skal varsles og gis en frist til å uttale seg før tilsynet tar endelig stilling til begjæring om innsyn i opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt.²⁰⁸ Konkurransetilsynet har lagt til grunn at uttalelser fra parten vil kunne gi tilsynet verdifull informasjon om behovet for å nekte innsyn.²⁰⁹ Foretak som anmoder myndighetene om lempning av overtredelsesgebyr har imidlertid ingen garanti mot at taushetsbelagte opplysninger som er meddelt i lempningssøknad vil utleveres til erstatningssøker og brukes mot foretaket i etterfølgende sivilt søksmål.

Selv om foretaket innvilges hel lempning av overtredelsesgebyr fra Konkurransetilsynet, vil foretaket potensielt stå overfor betydelige erstatningskrav fra kunder og konkurrenter i etterkant av konkurransemyndighetenes vedtak. Sammenholdt med regelen om solidansvar for kartellmedlemmene etter skadeerstatningsloven § 5-3, vil innsynsretten etter konkurranseloven § 26 annet ledd derfor kunne føre til at lempningssøker stilles dårligere i

²⁰⁵ Graver og Hjelmeng (2006), s. 161. For en mer utførlig fremstilling se Hjelmeng (2003), s. 459 flg.

²⁰⁶ Ot. prp. nr. 6 (2003-2004), s. 176

²⁰⁷ Ot. prp. nr. 6 (2003-2004), s. 176

²⁰⁸ Konkurranseloven § 26 annet ledd annet punktum.

²⁰⁹ Konkurransetilsynets anførsler i FADs klagevedtak av 17. Juni 2009

etterfølgende erstatningssøksmål enn kartellmedlemmer som ikke har samarbeidet med myndighetene. Regresskrav mot resterende deltakere i kartellet kan først gjeldende etter at dommen i erstatningssaken er rettskraftig, og lempningssøker vil dermed pålegges en uforholdsmessig økonomisk byrde frem til regressoppjøret finner sted.²¹⁰ Saksøkers utvidede innsynsrett i avsluttet overtredelsessak er dermed egnet til å redusere foretakets incentiver til å søke lempning og vanskeliggjøre konkurransemyndighetenes arbeid med å avdekke og sanksjonere kartellsamarbeid. Dersom foretaket ikke er det første til å rapportere om overtredelsen vil samarbeid med Konkurransetilsynet for å oppnå delvis lempning heller ikke nødvendigvis fremstå som rasjonelt for øvrige kartellmedlemmer i lys av risikoen for erstatningssøksmål.

Begrensningen i taushetsplikten etter konkurranseloven § 26 annet ledd innebærer ikke at Konkurransetilsynet er avskåret fra å anvende unntaksbestemmelser i offentleglova overfor personer med kvalifisert tilknytning til saken.²¹¹ Konkurransetilsynet har i flere saker avvist begjæring om innsyn fra personer med rettslig interesse i saker om lempning i medhold av offentleglova § 24 annet ledd første punktum.²¹²

5.4 Konkurransetilsynets taushetsrett om lovbrudd fra private

Offentleglova § 24 annet ledd første punktum gir forvaltningen adgang til å unnta «melding, tips eller liknande dokument om lovbrudd frå private» fra offentlighet. Bestemmelsen oppstiller ingen tidsbegrensning for forvaltningens taushetsrett, men det er et vilkår at dokumentet omhandler brudd på formell lov eller vedtak fattet i medhold av loven.²¹³ Det understrekes i Justisdepartementets 'Rettleiar til offentleglova' at bestemmelsens virkeområde er begrenset til dokument som «direkte omhandlar og er

²¹⁰ Skadeerstatningsloven §§ 5-3 (2) og 4-2 (2)

²¹¹ Sivilombudsmannens uttalelse av 1. desember 2009

²¹² FADs klagevedtak av 17. Juni 2009, FADs klagevedtak av 23 mai 2012.

²¹³ Ot prp. nr. 102 (2004-2005) s.146

forfatta som følgje av eit konstatert eller mogleg lovbrøt, til dømes for å klargjere, stoppe eller sanksjonere det».²¹⁴ Spørsmålet er om søknad om lempning etter konkurranseloven § 31 kan unntas offentlighet i medhold av nevnte bestemmelse.

Foretakets søknad om lempning etter konkurranseloven § 31 vil inneholde erklæringer som innrømmer og omtaler angivelige overtredelser av kartellforbudet og henviser til vedlegg som indikerer overtredelse, jf. lempningsforskriften §§ 4 flg. Når et av vilkårene for innvilgelse av lempning er at foretaket fremlegger bevis for egen og andres overtredelse, må lempningssøknaden være å betrakte som «tips eller liknande dokument om lovbrøt frå private» som kan unntas offentlighet på ubestemt tid, jf. offentleglova § 24 annet ledd første punktum.

Det kan stilles spørsmålsteget ved om adgangen til å unnta foretakets anmodning om lempning fra offentlighet også omfatter vedleggene til lempningssøknaden. Departementet har lagt en slik forståelse til grunn under henvisning til formålet med unntaksretten i offentleglova § 24 annet ledd første punktum.²¹⁵ Det følger av lovforarbeidene at adgangen til å unnta dokument om lovbrudd fra private er begrunnet i hensynet til en effektiv offentlig kontrollvirksomhet og at «omfanget av slike anmeldelser og tips ville reduseres betraktelig dersom det ikke var adgang til å unnta dem fra offentlighet».²¹⁶

Forholdet mellom foretakets søknad om lempning og vedleggene til lempningssøknaden ble vurdert av sivilombudsmannen i klage over konkurransemyndighetenes beslutning om å avslå innsyn i saker om lempning med hjemmel i offentleglova § 24 annet ledd første punktum. Ombudsmannen fant at det ville bero på en konkret vurdering i hvilken grad vedleggene til foretakets anmodning om lempning måtte anses løsrevet fra hoveddokumentet.²¹⁷ Det ble deretter påpekt at «(h)vorvidt bevisene fremgår som

²¹⁴ Justisdepartementets rettleiar til offentleglova, s. 146

²¹⁵ FADs klagevedtak av 17. Juni 2009

²¹⁶ NOU 2003: 30, s. 205

²¹⁷ Sivilombudsmannens uttalelse av 1. desember 2009, s. 2-3

dokumentvedlegg, eller er inntatt i og beskrevet i selve hoveddokumentet kan være tilfeldig. Under enhver omstendighet synes det å være en slik nær sammenheng mellom anmodningen og bevisfremleggelsen i form av dokumentvedlegg at hensynet bak unntaksadgangen i offentleglova § 24 annet ledd første punktum også gjør seg gjeldende for vedleggene.»²¹⁸ Denne uttalelsen er viktig, i det en sontring mellom opplysninger som fremkommer i lempningssøknaden og bevis inntatt i vedleggene vil kunne hindre offentlig kontrollvirksomhet på konkurranserettens område.²¹⁹ Likevel kan det stilles spørsmålstegn med hvilke muligheter private har for å nyttiggjøre seg av bevis i en sak om lempning, dersom også foruteksisterende bevis unntas offentlighet.

Det er kun dokument «frå private» som er omfattet av unntaket i offentleglova § 24 annet ledd første punktum. Denne begrensningen var tilsiktet fra lovgiver.²²⁰ Konkurransetilsynet har dermed ikke anledning til å unnta «andre dokument om lovbrøt» på ubestemt tid, jf. offentleglova § 24 annet ledd annet punktum. Dette innebærer at dokument sendt *fra* tilsynet ikke kan unntas offentlighet etter at sak er avsluttet, slik at saksøker fra dette tidspunkt kan få innsyn i lempningsmateriale i den grad korrespondansen gjengir opplysninger fra lempningssøknaden.²²¹ Lovavdelingens prinsipputtalelse av 15. september 2010 om tolkningen av offentleglova § 24 annet ledd annet punktum, gir imidlertid holdepunkter for at det i noen tilfeller også vil være grunnlag for varig unntak fra innsyn i svar som forvaltningen gir på henvendelser om lovbrudd.²²² Lovavdelingen presiserer at det «... i slike svar må kunne gjøres varig unntak fra innsynretten for opplysninger som ville vært omfattet av § 24 andre ledd første punktum. I motsatt fall ville muligheten til beskyttelse etter første punktum være ufullstendig.»²²³ På denne bakgrunn har Departementet sondret mellom *dokumenter* om lovbrudd, som kun kan unntas offentlighet inntil saken er avgjort, og de *opplysninger* om lovbruddet som fremkommer i dokumentet.

²¹⁸ Sivilombudsmannens uttalelse av 1. desember 2009, s. 2-3

²¹⁹ Sivilombudsmannens uttalelse av 1. desember 2009, s. 2-3

²²⁰ Ot. Prp. Nr. 102 (2004-2005), s. 146

²²¹ Ot. Prp. Nr. 102 (2004-2005) side 146

²²² Lovavdelingens prinsipputtalelse av 15. september 2010

²²³ Lovavdelingens prinsipputtalelse av 15. september 2010

Unntaksretten for opplysninger er etter Departementets lovforståelse ikke nødvendigvis tidsbegrenset.²²⁴ Dersom opplysningene i dokumentet fra Konkurransetilsynet stammer fra lempningssøknaden, vil saksøker derfor nektes innsyn i slike opplysninger på samme måtes som det kan nektes innsyn i lempningssøknaden etter § 24 annet ledd første punktum, forutsatt at det fremdeles foreligger behov for skjerming.²²⁵ I tilfeller hvor det begjæres innsyn i dokument som for det vesentligste inneholder opplysninger som kan unntas offentlighet med hjemmel i offentleglova § 24 annet ledd første punktum vil Konkurransetilsynet følgelig kunne unnta hele dokumentet fra offentlighet i medhold av offentleglova § 12 bokstav c.²²⁶

Det er ikke avklart hvorvidt Konkurransetilsynets sakslogg kan unntas offentlighet med hjemmel i offentleglova § 24 annet ledd første punktum. Departementet har lagt til grunn at det vil være hjemmel til å sladde opplysninger om lempningssøkers identitet og bransjeinformasjon som fremkommer i dokumentoversikten, men at delvis innsyn vil være aktuelt når dette vil gi private mulighet til å orientere seg om dokumenter som er underlagt offentlighet.²²⁷

Offentleglova § 24 annet ledd oppstiller ikke taushetsplikt for forvaltningen. Konkurransetilsynet må derfor vurdere om det skal gis merinnsyn når saksøker begjærer innsyn i dokument som omhandler lovbrudd, jf. offentleglova § 11, jf. § 24 annet ledd. Dersom hensynet til innsyn veier tyngre enn behovet for å unnta dokument fra offentlighet bør meroffentlighet praktiseres jf. offentleglova § 11. Departementet legger til grunn at det «neppe være et slikt behov etter at en sak som startet med en søknad om lempning er avgjort med et vedtak om overtredelse, utmåling av overtredelsesgebyr av ulik størrelse og

²²⁴ FADs klagevedtak av 23. mai 2011, s. 7

²²⁵ FADs klagevedtak av 23. mai 2011, s. 7

²²⁶ FADs klagevedtak av 23. mai 2011, s. 7

²²⁷ FADs klagevedtak av 23. mai 2011, s. 9

eventuelt lempning.»²²⁸ Det er likevel ikke funnet eksempler på at Konkurransetilsynet har praktisert meroffentlighet for dokumenter eller opplysninger i sak om lempning.

5.6 Oppsummering

Fremstillingen har vist at private ikke vil gis tilgang til lempningsdokumenter før sak er avsluttet av hensyn til Konkurransetilsynets etterforskning.²²⁹ Selv om konkurranseloven gir tredjemenn med rettslig interesse en utvidet innsynsrett i taushetsbelagte opplysninger etter at sak er avsluttet, og dermed tilrettelegger for private erstatningssøksmål, er det ikke funnet eksempler på at Konkurransetilsynet har utlevert lempningsdokumenter etter nevnte bestemmelse.²³⁰ Tilsynet synes konsekvent å unnta lempningsdokumenter fra innsyn på ubestemt tid under henvisning til at lempningssøknaden og tilhørende vedlegg omhandler lovbrudd fra private.²³¹ Konkurransetilsynet har imidlertid uttalt at private søksmål mot kartelldeltakere er ønskelig for å fremme sunnere konkurranse.²³² Rettstilstanden må derfor anses uavklart.

²²⁸ FADs klagevedtak av 23. mai 2011, s. 7

²²⁹ Krrl. § 26 første ledd

²³⁰ Krrl. § 26 annet ledd

²³¹ Offentleglova § 24 annet ledd

²³² <http://www.konkurransetilsynet.no/no/Aktuelt/Artikler-og-innlegg/Private-soksmal-for-sunnere-konkurranse/>

6 KOORDINERING AV LEMPNINGSPROGRAM OG PRIVATE ERSTATNINGSSØKSMÅL

6.1 Utgangspunktet for den rettspolitiske vurdering

Avhandlingens hoveddel har vist at det er behov for å avklare forholdet mellom den offentlige håndhevelse av kartellforbudet gjennom lempningsprogram og utøvelsen av retten til erstatning ved brudd på konkurransereglene.

Det er klart at EU/EØS-konkurransereglene og konkurranselovens forbudsbestemmelser gir private et erstatningsrettslig beskyttet vern. Informasjonsdeling mellom konkurransemyndighetene og private i en sak om lempning vil kunne tilrettelegge for at enkeltindivider og foretak anlegger søksmål om erstatning som følge av kartellsamarbeid, og dermed fremme den samlede anvendelsen av konkurransereglene. Dersom private gis tilgang til dokumentasjon inngitt i forbindelse med anmodning om lempning vil imidlertid lempningsinstituttets funksjon som konkurransepolitisk virkemiddel bringes i fare, ettersom lempningssøker vil bli eksponert mot erstatningssøksmål i større grad enn kartelldeltakere som ikke frivillig har samarbeidet med konkurransemyndighetene.

Det er på bakgrunn av praksis fra Unionens domstoler uklart i hvilken grad dokumenter i sak om lempning vil beskyttes mot utlevering til private. Det er heller ikke etablert en enhetlig tilnærming til spørsmålet i norsk rett. Dette er uheldig ettersom lempningsinstituttet må sikre foretak forutberegnelighet for å virke etter sin hensikt. Situasjonen er heller ikke holdbar for private som ønsker å fremme erstatningskrav mot foretak som deltar i kartellsamarbeid. Kostbare og tidkrevende tiltak for å få tilgang til bevis uten sikkerhet for bevistilgang vil oppnås vil etter all sannsynlighet føre til at private avstår fra å tilbakesøke sitt tap. Når både offentlig privat håndhevelse er nødvendig for å fremme konkurransereglens fulle virkning er denne rettstilstanden uheldig.

EU-domstolens avgjørelse i *Pfleiderer* saken gir anvisning på en konkret interesseavveining mellom beskyttelse av lempningsprogram og privates rett til innsyn i lempningsdokumenter for det formål å fremme krav om erstatning.²³³ Fraværet av harmonisering på EU/EØS-nivå vil kunne føre til at avveiningen mellom disse konkurrerende interesser får ulikt utfall når nasjonale domstoler tar stilling til spørsmålet om saksøkers rett til innsyn i konkurransemyndighetenes etterforskningsmateriale og dermed resultere i et fragmentert bilde av beskyttelse i Europa. Dette vil hindre effektiv samarbeid mellom konkurransemyndighetene, aktualisere muligheten for *forum shopping* og redusere foretakets incentiver til å søke lempning. Spørsmålet er da hvordan lovgiver kan intervensere for å sikre adekvat beskyttelse for lempningsprogram uten at privates mulighet til å utøve sin rett til erstatning ved brudd på konkurransereglene hindres eller i urimelig grad vanskeliggjøres.

Det er hensiktsmessig å ta utgangspunkt i hvordan privat håndhevelse av kartellsamarbeid påvirker lempningsinstituttets effektivitet ved den rettspolitiske vurdering av forholdet mellom lempningsprogram og private erstatningssøksmål. Den videre fremstilling vil derfor drøfte hensiktsmessigheten av å innføre harmoniserte regler som sikrer lempningssøknaden beskyttelse mot utlevering til private og muligheten for å utvide lempningsinstituttet slik at lempning også får virkning overfor privatrettslig erstatningsansvar.

6.2 Beskyttelse av lempningssøknaden mot utlevering til private

Det er ventet at Kommisjonen vil avklare forholdet mellom beskyttelsen av lempningsprogram og retten til erstatning ved brudd på konkurransereglene i forslaget til et direktiv om regler for private erstatningssøksmål.²³⁴ Kommisjonen har signalisert at

²³³ Sak 360/09, *Pfleiderer mot Bundeskartellamt*, premiss 30

²³⁴ http://ec.europa.eu/atwork/pdf/forthcoming_cwp_initiatives_2012_en.pdf

direktivet vil bygge på forslaget som fremkom i Hvitboken om erstatningssøksmål.²³⁵ Dette forslaget går ut på at foretakets *erklæring* om deltakelse i et påstått kartell i sak om overtredelse av artikkel 101 TEUV ikke skal kunne utleveres private. Lempningssøknad vil unntas offentlighet også hvor lempningssøknaden avvises eller ikke fører til et vedtak om overtredelse.²³⁶

Norsk rett oppstiller for øyeblikket ingen generell taushetsplikt for opplysninger som fremkommer i foretakets lempningssøknad. Konkurranselovutvalget har i forslaget til ny § 27a i konkurranseloven imidlertid foreslått inntatt en bestemmelse som pålegger konkurransemyndighetene taushetsplikt om opplysninger gitt i en erklæring fra et foretak om dets kunnskap om en overtredelse av konkurranseloven og foretakets medvirkning til overtredelsen, og som er utarbeidet særskilt for å oppnå lempning.²³⁷ Bestemmelsen samsvarer fullt ut med forslaget i Kommisjonens Hvitbok.

Dersom Konkurransetilsynet pålegges taushetsplikt for opplysninger som fremkommer i lempningssøknaden, vil foretak sikres økt forutberegnelighet i forhold til dagens regelverk, som kun gir tilsynet adgang til å unnta opplysninger fra innsyn på nærmere bestemte vilkår. Når det gjelder forholdet til særregelen om innsyn i konkurranseloven § 26 annet ledd foreslår lovutvalget at også personer med rettslig interesse skal være avskåret fra innsyn i lempningssøknaden.²³⁸ Opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt kan ikke føres som bevis i etterfølgende erstatningssøksmål uten departementets samtykke, jf. tvisteloven § 22-3. Selv om departementet ikke gir slikt samtykke, kan retten etter en avveining av hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning bestemme at beviset likevel skal føres. Det fremgår av utvalgets innstilling at hensynet til effektiv sanksjonering av kartellsamarbeid bør veie tungt ved rettens vurdering etter tvisteloven § 22-3 tredje ledd.²³⁹

²³⁵ Italianer (2008), s. 8

²³⁶ Arbeidsdokumentet (2008), avsnitt 295-297

²³⁷ NOU 2012: 7, s. 206

²³⁸ NOU 2012: 7 s, 206

²³⁹ NOU 2012: 7, s. 163

Begrunnelsen for å innføre taushetsplikt for lempningssøknaden er å sikre en effektiv offentlig håndhevelse av konkurransereglene. Lempningssøknaden vil være særlig sensitiv i etterfølgende erstatningssøksmål og i lys av lempningsordningens betydning for konkurransemyndighetenes håndhevelse av kartellforbudet, kan det forsvares at slik dokumentasjon unntas offentlighet. Samlet sett må Kommisjonens/Utvalgets forslag derfor antas å motvirke uheldige virkninger av private erstatningssøksmål for lempningsordningens effektivitet. En regel som innebærer at lempningssøknaden gis beskyttelse også i tilfeller hvor lempning ikke innvilges synes også velbegrunnet. Siden foretaket først får kunnskap om hvordan samarbeidet er vektlagt og belønnet når det utstedes meddelelse om innsigelser eller varsel om overtredelsesvedtak, ville en motsatt regel kunne føre til at foretak ble mindre villig til å avgi fullstendige erklæringer om sin deltakelse i kartellsamarbeidet.

Når det gjelder privates mulighet til å utøve sine rettigheter ved brudd på konkurransereglene kan det generelt bemerkes at taushetsplikt for lempningssøknaden ikke vil stille saksøker dårligere enn i tilfeller hvor overtredelsesvedtak treffes uten forutgående lempningssøknad. Det må videre antas at de fleste erstatningssøksmål for tap lidt som følge av kartellsamarbeid vil anlegges etter at konkurransemyndighetene har fattet overtredelsesvedtak på grunn av privates vanskeligheter med å fremskaffe bevis.²⁴⁰ Lempningsordningen kan derfor indirekte tilrettelegge for privat håndhevelse av konkurransereglene ved at konkurransemyndighetene avslører og sanksjonerer kartellsamarbeid som ellers ikke ville vært oppdaget. Lempningsordningen som destabiliserende faktor i kartellsamarbeidet vil også føre til at overtredelser bringes til opphør på et tidligere tidspunkt. Dette vil utvilsomt komme kartellets kunder og konkurrenter til gode ettersom relevante konkurranseparametere på markedet vil gjenopprettes når foretakenes ulovlige atferd bringes til opphør.

²⁴⁰ Graver og Hjelmeng (2006), s. 193

Det kan videre vises til at dersom Kommisjonen/ESA har truffet vedtak om overtredelse av kartellforbudet, må nasjonale domstoler i EU/EFTA-samarbeidet legge rettsbruddet til grunn i senere sivilt erstatningssøksmål anlagt mot kartellmedlemmene.²⁴¹ Behovet for å få innsyn i lempingssøknaden reduseres når domstolen må legge vedtaket til grunn i spørsmålet om det foreligger en overtredelse eller ikke. Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr vil også tillegges betydelig bevisverdi ved rettens vurdering av om foretakets markedsatferd er ansvarsbetingende.²⁴² På denne bakgrunn synes innføringen av taushetsplikt for foretakets lempingssøknad ikke å vanskeliggjøre privates rett til å fremme krav om erstatning i urimelig grad.

Det er lite trolig at Kommisjonen vil fremme forslag om å innføre taushetsplikt for bevis som ikke er særskilt utarbeidet for det formål å oppnå lempning.²⁴³ Saksøker vil derfor fortsatt kunne få innsyn i foruteksisterende bevis om overtredelsen. Denne begrensning skal sikre at ikke lempningssøker stilles bedre overfor skadelidte parter enn om foretaket ikke hadde anmodet om lempning.

Konkurranselovutvalget har imidlertid fremmet forslag om at også bevis som inngår i vedleggene til lempingssøknaden og andre dokumenter Konkurransetilsynet mottar i forbindelse med krav om lempning skal unntas offentlighet.²⁴⁴ Personer med rettslig interesse skal heller ikke gis innsyn i slike opplysninger etter at sak er avsluttet.²⁴⁵ Dette innebærer at tredjemenn i praksis vil ha få muligheter til å få innsyn i lempingsdokumenter når Konkurransetilsynet behandler overtredelsessak etter konkurranseloven § 10 eller EØS-avtalen artikkel 53. Siden både dokumenter og opplysninger som omhandler lovbruddet i dag skjermes mot innsyn i medhold av offentleglovas unntaksbestemmelser, kan det i utgangspunktet synes lite kontroversielt å lovfeste et unntak fra offentlighetsprinsippet for vedleggene til lempingssøknaden. En slik

²⁴¹ Forordning nr. 1/2003/ODA Protokoll 4 kapittel II art. 16, EØS_konkurranseloven § 8. Se note 118

²⁴² Graver og hjelmeng side 161

²⁴³ Italianer (2012), s. 8

²⁴⁴ Forslaget til ny krrl. § 27a annet ledd og § 26 annet ledd

²⁴⁵ Forslaget til ny krrl. § 26 annet ledd

ordning vil imidlertid gå lenger enn å nøytralisere lempningssøkers utgangspunkt i etterfølgende erstatningssøksmål og vanskeliggjøre privates tilgang til bevis i lempningssaker. Kommisjonens forslag synes på denne bakgrunn å treffe en riktigere balanse mellom behovet for å beskytte lempningsprogram og privates rett til å kreve erstatning ved brudd på konkurransereglene. Det antas at direktivet fra Kommisjonen tar sikte på en minimumsharmonisering av medlemslandenes prosessrett, slik at Utvalgets forslag likevel ikke vil være problematisk i EØS-rettslig perspektiv om direktivet skulle aktualisere en implementeringsforpliktelse for Norge.²⁴⁶

Harmonisering på medlemsstatsnivå løser ikke spørsmålet om privates innsynsrett i Kommisjonens saksdokumenter etter forordning nr. 1049/2001. Dersom lempningsprogram skal sikres adekvat beskyttelse bør det også innføres taushetsplikt for lempningssøknaden på europeisk nivå. Nevnte rettsakt er under revisjon, og dokumenter som Kommisjonen har fått tilgang til som følge av søknad om lempning er identifisert som en kategori av dokumenter som berettiger spesiell beskyttelse.²⁴⁷ Innføringen av et regimet tilsvarende ESAs regler om dokumentinnsyn synes i denne sammenheng hensiktsmessig.

Det legges på denne bakgrunn til grunn at innføringen av en taushetsplikt for foretakets erklæring om overtredelsen er et egnet tiltak for å beskytte lempningsprogrammets effektivitet uten at privates tilgang til kompensasjon vanskeliggjøres. Det er imidlertid ønskelig med en EU/EØS-rettslig harmonisering også i spørsmålet om hvilke dokumenter som bør være omfattet av unntaket fra offentlighet. Departementet bør derfor avvende tiltakene som fremkommer i direktivet om private erstatningssøksmål for det fremmes forslag om å unnta vedleggene til lempningssøknaden.

²⁴⁶ Det fremgår av Norges Høringssvar (2008) at departementet ikke har tatt stilling til EØS-relevansen av forslagene som fremkommer i Hvitboken

²⁴⁷ <http://www.statewatch.org/news/2012/mar/coe-reg-access-docs.pdf>, s. 4

6.3 Lempning av erstatningsansvar

Det er på bakgrunn av EU-domstolens avgjørelse i *Pfleiderer*-saken liten grunn til å anta at lempning av erstatningsansvar vil inngå som et tiltak for a beskytte lempningsprogram i Kommisjonens forslag til direktiv om regler for private erstatningssøksmål. Domstolen gir i nevnte sak uttrykk for at hensynet til lempningsinstituttets effektivitet ikke har noen forrang fremfor retten erstatning ved brudd på EU-rettens konkurranseregler. Når private har et erstatningsrettslig vern for tap lidt som følge av kartellsamarbeid vil en ordning med lempning av erstatningsansvar stride mot prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse og dermed være uforenlig med fellesskapsretten. Tilsvarende argumenter gjør seg gjeldende ved brudd på EØS-avtalen artikkel 53.

Det er i Norge ikke endelig avklart om lempning av erstatningsansvar vil bli aktuelt i saker om overtredelse av konkurranseloven § 10. Konkurranselovutvalget var delt i spørsmålet om det var hensiktsmessig å innføre lempning i det private sanksjonsspor. Flertallet gikk imot en ordning med lempning av erstatningsansvar. Begrunnelsen var dels at det er usikkert om det foreligger et reelt behov for å innføre lempning av erstatningsansvar når det er på det rene at antall lempningssøknader øker i EU og Norge.²⁴⁸ Videre fremhever flertallet at lempning i det offentlige og private spor er forankret i ulike hensyn og at lempning av erstatningsansvar kan føre til at foretak som innvilges hel lempning sitter igjen med en betydelig gevinst som følge av ulovlig samarbeid.²⁴⁹ Lempning av erstatningsansvar vil således kunne øke insentivene for å inngå kartellsamarbeid.

Konkurranselovutvalgets mindretall synes imidlertid å legge størst vekt på behovet for å bevare et effektivt lempningsinstitutt. Det fremheves at lempning av erstatningansvar ikke vil innebære at skadelidtes dekningsmuligheter faller bort, siden øvrige kartellmedlemmer

²⁴⁸ NOU 2012: 7, s. 179-180

²⁴⁹ NOU 2012: 7, s. 179-180

vil være solidarisk ansvarlig for det fulle tap.²⁵⁰ Mindretallet vurderte det også slik at en ordning hvor lempningssøker ble skjermet fra solidaransvar og kun ble ansvarlig overfor egne kunder, ikke var tilstrekkelig for at ordningen skulle fungere etter sin hensikt.²⁵¹ På denne bakgrunn fremmet lovutvalgets mindretall forslag om at foretak som er innvilget hel lempning også vil fritas fra eventuelle restitusjons- og erstatningskrav.²⁵²

Spørsmålet om fritak for privatrettslig erstatningsansvar for foretak som innvilges hel lempning av konkurransemyndighetene berører etter sin art kjernen i samspillet mellom offentlig og privat håndhevelse av konkurransereglene.²⁵³ Det vises i denne sammenheng til at privat og offentlig håndhevelse til dels ivaretar ulike formål. En utvidelse av lempningsinstituttet til å omfatte privatrettslige virkninger av foretakets rettsbrudd reiser derfor prinsipielle betenkeligheter.

Det er klart at lempning av erstatningsansvar vil kunne bidra til å fremme den offentlige håndhevelse av kartellforbudet ettersom utsikten til å unngå erstatningsansvar vil forsterke foretakets incentiver om å melde seg for Konkurransetilsynet.²⁵⁴ Lempning i det private sanksjonsspor er imidlertid strengt tatt ikke er nødvendig for å bevare et effektivt lempningsinstitutt.²⁵⁵ Det presiseres herunder at lempning ikke er et selvstendig mål i konkurransepolitikken, men et virkemiddel for å avhjelpe vanskelighetene med å avsløre kartellsamarbeid.²⁵⁶ Dersom det er nødvendig for å sikre at anmodning om lempning fremstår som et attraktivt alternativ, kan økte sanksjoner fra konkurransemyndighetene øke incentivene til å rapportere om overtredelsen.²⁵⁷

²⁵⁰ NOU 2012: 7, s. 179-180

²⁵¹ NOU 2012: 7, s. 179-180

²⁵² NOU 2012: 7, s. 180

²⁵³ Komminos (2006), s. 22

²⁵⁴ Wils (2009), s. 40

²⁵⁵ Wils (2009), s. 25

²⁵⁶ Wils (2009), s. 25

²⁵⁷ Wils (2009), s. 32

Lempning av erstatningsansvar kan også ha uheldige signaleffekter. Det vises for det første til at en utvidelse av lempningsinstituttet til å omfatte privatrettslige virkninger av overtredelsen, kan redusere den spontane lovlydighet hos ansatte som handler på vegne av foretaket.²⁵⁸ Lempningsordningen vil kun ha normerende virkning for foretakets ansatte når ordningen oppfattes som rettferdig.²⁵⁹ Det er derfor viktig at konkurransemyndighetene ikke innvilger lempning i større utstrekning enn nødvendig.²⁶⁰ Når det er på det rene at antall lempningssøknader øker i Norge og EU, synes flertallets forslag derfor å ha de beste grunner for seg. For det andre vil lempningsordningen kun virke destabiliserende på fremtidig kartellformasjon dersom foretak oppfatter risikoen for sanksjoner ved overtredelsen som reell.²⁶¹ Sanksjonstrusselen reduseres dersom lempning også omfatter erstatningsansvar.

Når det gjelder mindretallets henvisning til at bortfall av erstatningsansvar for foretak som innvilges hel lempning fra Konkurransetilsynet ikke vil vanskeliggjøre skadelidtes dekningsmuligheter i etterfølgende erstatningssøksmål, synes dette resonnement mindre overbevisende. Selv om kravet kanaliseres til de øvrige kartelldeltakerne som er solidarisk ansvarlig for tapet, forutsetter full kompensasjon at øvrige kartelldeltakere er solvente. Dette er ikke opplagt. Det vises for det første til at Konkurransetilsynet ikke tar hensyn til omfanget av eventuelle erstatningsutbetalinger når det illegges administrative sanksjoner. For det annet kan det vises til at lempning også er tilgjengelig hvor kartellet kun består av to foretak.²⁶² Dekningsmuligheten for private vil i slike tilfeller bli betydelig redusert dersom Konkurransetilsynets lempning også skjermer foretaket fra privatrettslig erstatningsansvar. Det kan ikke utelukkes at innføringen av slik ordning vil incentivere det mest ressurssterke foretak til å søke lempning, mens det mindre foretak vil være det eneste subjekt for private tapsdekning. De positive erfaringene fra USA med lempning av erstatningsansvar som det henvises til i Utvalgets forslag synes også å ha liten

²⁵⁸ Wils (2007), s. 32

²⁵⁹ Wils (2007), s. 31

²⁶⁰ Wils (2007), s. 32

²⁶¹ Wils (2009), s. 25-26

²⁶² Konkurransetilsynets vedtak i *Icopal/Fløysand* tak

overføringsverdi til norsk rett. Privat håndhevelse er for det første et mer fremtredende element ved håndhevelsen av konkurransereglene i USA, og det innført effektive virkemidler for private til å fremme krav om erstatning i den amerikanske rettspleien. For det andre kan det vises til at den amerikanske løsning kun fritar foretaket fra solidaransvar for tap forårsaket av kartellsamarbeid og fører til en ”dretabling” av erstatningsansvaret.²⁶³ Foretak som innvilges lempning vil imidlertid fortsatt vil være ansvarlig for det tap som er påført egne kunder. Lempning i av sivile krav i USA er også betinget av at lempningssøker assisterer private med å bringe søksmål mot de andre kartellmedlemmene. Privates dekningsmuligheter vil derfor ikke forringes som følge av at konkurransemyndighetene kan innvilge lempning i det privatrettslige sanksjonsspor. Slike forslag søkes ikke innført på EU/EØS-rettslig plan eller i Norge. De positive gevinster som oppnås ved lempning av erstatningsansvar synes derfor ikke i tilstrekkelig grad å oppveie kostnadene med et slikt system i norsk rett.

Den foreslås på denne bakgrunn at reguleringen av forholdet mellom lempningsprogram og private erstatningssøksmål primært bor forankres i regler om taushetsplikt for lempningssøknaden. Innføringen av et system med lempning av erstatningsansvar ved overtredelse av konkurranseloven § 10 synes ikke å ivareta privates rett til erstatning for brudd på konkurransereglene i tilstrekkelig grad.

²⁶³ Se ACPERA inntatt i note til 15 U.S.C. 1 (Sherman Act Sect. 1).

7 AVSLUTTENDE MERKNADER

Avhandlingen har behandlet hensynene som ligger til grunn for lempningsprogram og private erstatningssøksmål i det konkurranserettslige håndhevingsregimet og drøftet i hvilken grad reglene om tredjemenns rett til innsyn i konkurransesaker i EU/EØS-retten og norsk rett er egnet til å beskytte lempningsprogram og samtidig tjene som instrument for private ved utøvelsen av retten til erstatning ved brudd på konkurransereglene.

Avhandlingens resultat kan oppsummeres som følger: Offentlig og privat håndhevelse er komplementære sanksjonsmekanismer i det konkurranseretten og ivaretar dels ulike formål. Offentlige håndhevelsesshensyn tilsier at lepningsdokumenter beskyttes mot utlevering til private. Utøvelsen av retten til kompensasjon vil imidlertid effektiviseres dersom private gis innsyn i foretakets lempningssøknad, slik at private håndhevelsesshensyn taler for informasjonsdeling mellom konkurransemyndighetene og saksøker i saker om lempning. Det kan ikke oppstilles et hierarkisk forhold mellom konkurransemyndighetenes sanksjonering av overtredelser og privat håndhevelse gjennom erstatningssøksmål.²⁶⁴ Fokuset bør derfor være på å finne den riktige balansen mellom beskyttelsen av lempningsprogram som konkurransepolitisk virkemiddel og utøvelsen av retten til kompensasjon for tap forårsaket av kartellsamarbeid. Det er ingen enhetlig tilnærming til spørsmålet i EU/EØS-retten eller norsk rett. Praksis fra Unionens domstoler har skapt betydelig usikkerhet om i hvilken grad lempningsprogram sikres beskyttelse i spørsmålet om innsyn i lempningssaker, uten at privates rettsstilling er tilstrekkelig avklart. Situasjonen i Norge synes også preget av mangel på forutberegnelighet. Fraværet av harmonisering på EU/EØS-nivå vil kunne føre til at avveiningen mellom disse konkurrerende interesser får ulikt utfall når nasjonale domstoler tar stilling til spørsmålet om saksøkers rett til innsyn i konkurransemyndighetenes etterforskningsmateriale. Dette vil fragmentere rettstilstanden og aktualisere muligheten for *forum shopping*. En slik situasjon

²⁶⁴ Graver og Hjelmeng (2006), s. 159, Komninos (2006), s. 17

vil være uheldig, både for effektiviteten av lempningsprogram og for private som vil tilbakesøke sitt tap. Lovgiver bør derfor søke å optimalisere forholdet mellom offentlig og privat håndhevelse av konkurransereglene gjennom regler om beskyttelse av lempningssøknaden mot utlevering til private. En slik løsning vil avhjelpe de svakheter som finnes i dagens system uten at privates rett til å fremme krav om erstatning i urimelig grad vanskeliggjøres.

8 KILDEHENVISNINGER

Bøker

Brammer, Silke, *Co-operation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, Oxford (Hart publishing), 2009

Eide, Erling og Stavang, Endre, *Rettsøkonomi*, Oslo (Cappelen Akademisk Forlag), 2008

Evensen, Harald, og Sæveraas Eivind (red.), *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, Oslo (Gyldendal Akademisk Forlag), 2009

Graver, Hans Petter og Hjelmeng, Erling, *Norsk Konkurranserett Bind II: Prosess og sanksjoner*, Oslo (Universitetsforlaget), 2006

Harding, Christopher, og Julian Joshua, *Regulating Cartels in Europe*, Oxford (Oxford University Press), 2010

Hjelmeng, Erling, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, Bergen (Fagbokforlaget), 2003

Jones, Allison og Brenda Suffrin, *EU competition law: text, cases, and materials*, Oxford (Oxford University Press), 2010

Komninos, Assimakis P., *EC private antitrust enforcement: decentralised application of EC competition law by national courts*, Oxford (Hart Publishing), 2008

Milutinović, Veljko, *The 'right to damages' under EU Competition Law : from Courage v. Crehan to the White Paper and beyond*, London (Kluwer Law International), 2010

Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, Bergen (Fagbokforlaget), 2009

Thorson, Bjarte, *Erstatningsrettslig vern for rene formuestap*, Oslo (Gyldendal Akademisk), 2011

Artikler

Botteman, Yves og Hughes, Paul: 'Cartels and Leniency', *The European Antitrust Review*, (2013)

Cauffman, Caroline: 'Access to Leniency Related Documents after Pfleiderer', *World Competition*, Volume 34 No. 4, pp. 597-614, (2011)

Cauffman, Caroline: 'The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages', *The Competition Law Review*, Volume 7 No. 2, pp. 181-220, (2011)

Eriksen, Birthe, og Søreide, Tina: 'Lempning for Kartellvirksomhet og Korrupsjon: Hvordan koblinger mellom korrupsjon og konkurransekriminalitet utfordrer lempningsinstituttet', 10. februar 2012
<http://blogg.nhh.no/beccle/wp-content/uploads/2012/03/Eriksen-og-Soreide.pdf>

Hans, W. Friederiszick, and Frank P. Maier Rigaud, 'The Role of Economics in Cartel Detection in Europe',
http://www.esmt.org/fm/312/Role_of_Economics_in_Cartel_Detection_in_Europe.pdf

Komninos, Assimakis P.: 'Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?', *The Competition Law Review*, Volume 3 No. 1, pp. 5-26, (2006)

Lande, Robert H., og Joshua P. Davis: 'Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrust Laws', *Univ. of San Francisco Law Research Paper No. 2010-17*. (<http://ssrn.com/abstract=1565693>)

Meyer, Christine B.: 'Vennskap og kartell', *Dagens Næringsliv*, 20. mai 2011
<http://www.konkurransetilsynet.no/no/Aktuelt/Artikler-og-innlegg/Vennskap-og-kartell/>

Spagnolo, Giancarlo: 'Leniency and Whistleblowers in Antitrust', *CEPR Discussion Paper No. 5794*, (2006) (<http://ssrn.com/abstract=936400>)

Stolt-Nielsen, Eirik: 'Når tale blir gull og taushet koster', *Advokatbladet*, 2011, nr. 3
<http://www.konkurransetilsynet.no/no/Aktuelt/Artikler-og-innlegg/-Nar-tale-blir-gull-og-taushet-koster/>

Wils, Wouter P.J., 'Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice', *World Competition*, Volume 30 No. 1, (2007)

Wils, Wouter P.J.: 'The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages', *World Competition*, Volume 30, nr. 1, pp. 3-26, (2009)

Lov- og forarbeidsregister

Norske lover

1814 Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen på Eidsvold den 17de Mai 1814 av 17. mai 1814 nr. 00

1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967 nr. 00

- 1969 Lov om skadeerstatning (skadeerstatningsloven) av 13. juni 1969 nr. 26
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109
- 2004 Lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 11
- 2004 Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90
- 2006 Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova) av 19. mai 2006 nr. 16

Traktater

- EØS-avtalen Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Porto 2. mai 1992
- TFEU Treaty on the Functioning of the European Union, Roma 25. mars 1997

Forordninger fra den Europeiske Union

EEC Council: Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, OJ 013, 21/02/1962, p. 0204 – 0211

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31962R0017:EN:HTML>

Rådsforordning (EF) nr. 659/1999 av 22. mars 199 om fastsettelsen av regler for anvendelsen av EF-Traktatens artikkel 93, OJ L 83, 27.3.1999

<http://eur->

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:083:0001:0009:EN:PDF

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 av 30. mai 2001 om innsyn I Europa-Parlamentets, Rådets og Kommisjonens dokumenter, OJ L 145, 31.5.2001, s. 43

http://www.europarl.europa.eu/register/pdf/r1049_en.pdf

Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 av 16. desember 2002 om gjennomføringen av konkurransereglene i traktatens artikkel 81 og 82, OJ L 1, 04.01.2003, s.1-25

[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:EN:PD](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:EN:PDF)

[F](#)

Rådsforordning (EF) nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om kontrollen med foretakssammenslutninger, OJ L 24, 29.01.2004

<http://eur->

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:024:0001:0022:EN:PDF

Kommisjonens forordning (EF) nr. 773/2004 av 7. april 2004 om Kommisjonens gjennomføring av prosedyrer i henhold til EF-traktatens artikkel 81 og 82, OJ L 123, 27.4.2004, s. 18-24

[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:123:0018:0024:DA:PD](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:123:0018:0024:DA:PDF)

[F](#)

Amerikanske rettsakter:

1914 The Clayton Antitrust Act of October 15, 1914

2004 Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 (ACPERA)

2009 Federal Rules of Civil Procedure as amended by December 1, 2009

Forarbeider:

NOU 2003: 12 Ny konkurranselov

[http://www.regjeringen.no/Rpub/NOU/20032003/012/PDFS/NOU200320030012000DDD
PDFS.pdf](http://www.regjeringen.no/Rpub/NOU/20032003/012/PDFS/NOU200320030012000DDD
PDFS.pdf)

NOU 2003: 30 Ny offentlighetslov

[http://www.regjeringen.no/Rpub/NOU/20032003/030/PDFS/NOU200320030030000DDD
PDFS.pdf](http://www.regjeringen.no/Rpub/NOU/20032003/030/PDFS/NOU200320030030000DDD
PDFS.pdf)

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)

[http://www.regjeringen.no/Rpub/OTP/20032004/006/PDFS/OTP200320040006000DDDP
DFS.pdf](http://www.regjeringen.no/Rpub/OTP/20032004/006/PDFS/OTP200320040006000DDDP
DFS.pdf)

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

[http://www.regjeringen.no/Rpub/OTP/20042005/051/PDFS/OTP200420050051000DDDP
DFS.pdf](http://www.regjeringen.no/Rpub/OTP/20042005/051/PDFS/OTP200420050051000DDDP
DFS.pdf)

Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) Om lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova)

<http://www.regjeringen.no/Rpub/OTP/20042005/102/PDFS/OTP200420050102000DDDPDFS.pdf>

NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov

<http://www.regjeringen.no/pages/36982317/PDFS/NOU201220120007000DDDPDFS.pdf>

Saksregister

Dommer fra Norges Høyesterett

Rt. 2005 s. 597 (Allseas)

Avgjørelser fra EU-domstolen

Sak 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, (1963), ECR 00001 (English special edition)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962CJ0026:EN:PDF>

Forente saker 100-103/80, *SA Musique Diffusion française and others v Commission of the European Communities*, (1983), ECR 01825 (English special edition)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61980CJ0100:EN:HTML>

Sak C-453/99, *Courage Ltd. v Bernard Crehan and Bernard Crehan v. Courage Ltd.*, (2001), ECR I-06297

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999CJ0453:SV:PDF>

Forente saker C-295/04 til C-298/04, *Vincenzo Manfredi and Others v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Others*, (2006), ECR I-06619

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004CJ0295:EN:HTML>

Sak C-139/07 P, *European Commision v. Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*, (2010),
ECR I-05885

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007CJ0139:EN:HTML>

Sak C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*, (2011), ECR 00000

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CJ0360:SV:HTML>

Sak C-404/10, *European Commission v Éditions Odile Jacob SAS* (2012), ECR 00000

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0404:EN:HTML>

Sak 477/10, *European Commission v. Agrofert Holding a.s.*, (2012) ECR 00000

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0477:EN:HTML>

Avgjørelser fra EU-retten

Sak T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims (CDC Hydrogene Peroxide)*, (2011), ECR 00000

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008TJ0437:EN:HTML>

Sak T-344/08, *EnBW Energie Baden-Wurttemberg AG v European Commission*, (2012),
ECR 00000

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008TJ0344:EN:HTML>

Avgjørelser fra EFTA-domstolen

Sak E-9/97, *Erla Maria Sveinbjörnsdottir v. Island*, REC 1998 s. 95.

http://www.eftacourt.int/images/uploads/9-97_Advisory_Opinion.pdf

Kommisjonsbeslutninger

Sak COMP/F/C.38.620, *Hydrogenperoksid og perborat*, 2006, OJ L 353, side 53-59

[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:353:0054:0059:DA:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:353:0054:0059:DA:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:353:0054:0059:DA:PDF)

Sak COMP/F/38.899, *Gas insulated switchgear*, 2007

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38899/38899_1030_7.pdf

Departementets vedtak i klagesaker

Fornyings- og Administrasjonsdepartementets vedtak av 17. juni 2009

http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Klagevedtak/Klagevedtak_lemping_AdB.pdf

Fornyings-, Administrasjons- og Kirkedepartementets vedtak av 23. mai 2011

http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Klagevedtak/Klagevedtak_innsyn_lemp.pdf

Konkurransetilsynets vedtak

Vedtak V2011-11 (IcopalTak AS - Fløysand Tak AS) av 30. juni 2011

http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVaultFiles/id_5065/cf_5/V2011-11_-_offentlig_versjon-.PDF

Tolkningsuttalelser og veiledninger

Sivilombudsmannens uttalelse av 1. desember 2009 (2009) i sak om innsyn i søknader om lempning

Justis- og Politidepartementets rettleier til offentleglova, (2009)

http://www.regjeringen.no/upload/JD/Vedlegg/Veiledninger/Rettleiar_offentleglova.pdf

Lovavdelingens prinsipputtalelse av 15.09.2010 om offentleglova § 24 andre ledd

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/agenda/tolkningsuttalelser/forvaltningsrett/tolkningsuttalelse-om-offentleglova/-24---offentleglova--24-andre-ledd.html?id=615704>

Øvrige kilder

Almunia, Joaquín, Vice President of the European Commission, Speech 11/268, Cartels: the priority in competition enforcement, 14.4.2009

http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-268_en.htm?locale=en

Bloom, Margaret: 'Despite Its Great Success, the EC Leniency Program Faces Great Challenges', European University Institute, EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings, 2006

[http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Bloom.pdf](http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Bloom.pdf)

Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities, OJ C 101, 27.04.2004, p. 43-53

<http://eur->

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0043:0053:EN:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0043:0053:EN:PDF)

Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, [2006] OJ C 298, 8.12.2006, p. 17-22

<http://eur->

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:298:0017:0022:EN:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:298:0017:0022:EN:PDF)

Commission White Paper on Damages Actions for breach of the EC antitrust rules
COM(2008) 165, 2.4.2008 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:EN:PDF>

Commission Staff Working Paper Accompanying the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC (2008) 404, 2.4.2008, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:0404:FIN:EN:PDF>

Commission Staff Working Paper Accompanying the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC (2008) 405, 2.4.2008 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:0405:FIN:EN:PDF>

Commission Work Programme 2012, COM(2011) 777 final, 15.11.2011
http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp2012_en.pdf.http://ec.europa.eu/atwork/programmes/docs/cwp2012_annex_en.pdf

Decision of the EFTA Surveillance Authority of 5 September 2012 to adopt revised Rules on public access to documents, and repealing Decision 4071/81COL
http://www.eftasurv.int/media/decisions/College_Decision_300-12-COL.pdf

ECN Model Leniency Programme, (2006)
http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf

ECN, Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities, 23.5.2012
http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf

International Competition Network, Anti-Cartel Enforcement Manual: Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy (2009)

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc341.pdf>

Konkurransetilsynet: 'Private søksmål for sunnere konkurranse', publisert 14.07.2008

<http://www.konkurransetilsynet.no/no/Aktuelt/Artikler-og-innlegg/Private-soksmal-for-sunnere-konkurranse/>

Konkurransetilsynets uttalelse om unnlattelse av å anmelde i saker om lempning, 6. mars 2008

http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/429251/080306_UTTAELSE_A_NMELDELSE_LEMPNING.PDF

Konkurransetilsynet: Konkurransetilsynet 2011-2012, publisert 20.02.2012,

http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVaultFiles/id_5414/cf_5/Konkurransetilsynet_2011-2012.PDF

Kunngjøring fra ESA om samarbeid innenfor EFTA-nettverket av konkurransemyndigheter.

OJ C 227, 21.9.2006, p. 10 and EEA Supplement to the OJ No 47, 21.9.2006, p. 1.

<http://www.efta.int/~media/Documents/EEA-Supplements/Norwegian/2006-NO/47-no.ashx>

Kunngjøring fra ESA om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker, OJ C 294,

3.12.2009, p. 7 and EEA Supplement to the OJ No 64, 3.12.2009, p. 1.

<http://www.eftasurv.int/media/competition/No64-09-NO.pdf>

Italianer, Alexander, Recent developments regarding the Commission's cartel enforcement
Speech 14 March 2012, Brussels

http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2012_03_en.pdf

National Authorities which have signed the Statement regarding the Commission Notice on Co-operation within the Network of Competition Authorities

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/list_of_authorities_joint_statement.pdf

Norwegian comments to the White Paper on Damages actions for breach of the EC anti-trust rules, 15.7.2008,

http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/antitrust_080715.pdf