

UiO : **Det juridiske fakultet**

Samvirket mellom lempning, erstatning og dokumentinnsyn i norsk konkurranserett

Kandidatnummer: 555

Leveringsfrist: 25.05.2020, kl. 12.00

Antall ord: 17 931



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	4
1.1	Tema og problemstilling	4
1.2	Rettskilder og metode	6
1.3	Videre fremstilling	7
2	LEMPNING AV OVERTREDELSSESGBYR	8
2.1	Innledning	8
2.2	Virkeområde.....	9
2.3	Overtredelsesgebyr ved brudd på kartellforbudet	10
2.4	Hel lempning.....	12
2.5	Delvis lempning	15
2.6	Lempningssøknaden.....	17
2.7	Markørordningen	17
2.8	Hypotetiske lempningssøknader	18
2.9	Oppsummering og avsluttende betraktninger	20
3	ERSTATNING ETTER OVERTREDELSE AV KARTELLFORBUDET	23
3.1	Innledning	23
3.2	Kort om EØS-rettens krav om effektiv og ekvivalent adgang til håndheving.....	23
3.3	Økonomisk tap og årsakssammenheng	24
3.4	Ansvarsgrunnlag	26
3.5	Foreldelse	28
3.6	Oppsummering og avsluttende betraktninger	29
4	DOKUMENTINNSYN I OVERTREDELSSESAKER	31
4.1	Innledning	31
4.2	Hovedregelen om innsyn i offentlighetsloven § 3	31
4.3	Begrensninger på offentlighetsloven etter konkurranse-loven § 26.....	32
4.4	Taushetsplikten etter konkurranse-loven §§ 27 og 27 a.....	33
4.5	Forholdet mellom tvistelovens bevisregler og den begrensede innsynretten etter konkurranse-loven	35
4.6	Oppsummering og avsluttende betraktninger	36
5	SAMVIRKET MELLOM LEMPNING, ERSTATNING OG DOKUMENTINNSYN I NORSK KONKURRANSERETT	38
5.1	Innledning	38
5.2	Erstatnings- og innsynsreglens mulige innvirkning på lempningsordningens effektivitet	38
5.3	Lempnings- og innsynsreglens mulige innvirkning på erstatningsrettens effektivitet.	43
5.4	Avsluttende betraktninger	46
6	LITTERATURLISTE	47
6.1	Litteratur.....	47
6.2	Lover, forskrifter, rundskriv og veiledninger.....	50
6.2.1	Norske lover	50

6.2.2	Norske forskrifter	50
6.2.3	Norske rundskriv og veiledninger	50
6.3	Forarbeider	51
6.4	Etterarbeider	51
6.5	Internasjonale rettsakter	51
6.5.1	Avtaler	51
6.5.2	Direktiver og forordninger	52
6.5.3	Øvrig	52
6.6	Praksis	53
6.6.1	Norsk rettspraksis	53
6.6.2	Forvaltningspraksis	53
6.6.3	Rettspraksis fra EU/EØS	54
6.7	Nettsider	54

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er samvirket mellom reglene om lempning, erstatning og dokumentinnsyn i norsk konkurranserett.

Temaet og problemstillingen aktualiserer seg ved brudd på konkurranseloven¹ (krrl.) § 10. Bestemmelsens første ledd lyder som følger:

"Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurranse, er forbudt ..."

Krrl. § 10 tilsvarer EØS-avtalen² art. 53, (tilsvarende TEUF³ art. 101) bestemmelsene forbyr selvstendige foretak som konkurrerer på samme marked fra å inngå samarbeid eller å koordinere sin opptreden, slik at det skapes en konkurransebegrensende eller vridende effekt på markedet. Foretakene som deltar i den ulovlige konkurransebegrensende aktiviteten omtales i fellesskap som et kartell. Krrl. § 10 og art. 53 refereres derfor ofte til som kartellforbudet.⁴

Samarbeid mellom foretak er blant de mest skadelige konkurransebegrensningene, fordi aktørene ikke trenger å tilpasse seg konkurransen i markedet. De behøver da ikke å investere i utvikling av nye og bedre produkter, samtidig kan de ta høyere pris for produktene som allerede tilbys. Konsekvensen er et lavere nivå av innovasjon og høyere priser på markedet.⁵ Fordi både forbrukerne og samfunnsøkonomien påvirkes negativt, er arbeidet med å avsløre overtredelser av forbudet høyt prioritert.⁶

En overtredelse av forbudet kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr. Gebyret utmåles konkret for hver enkelt deltaker, det skal tas særlig hensyn til foretakets omsetning, og overtredelsens grovhet og varighet, jf. krrl. § 29. Gebyret kan utgjøre et betydelig beløp oppad begrenset til 10 % av foretakets omsetning.⁷ Det høyeste ilagte gebyret for overtredelse av krrl. § 10 og art. 53 i Norge var på kroner 220 millioner.⁸

Det er de nasjonale konkurransemyndighetene som håndhever konkurranseloven, jf. krrl. §§ 8 annet ledd og 9 bokstav a. I Norge er Konkurransetilsynet (tilsynet) gitt denne kompetansen. Tilsynet har i oppgave å blant annet etterforske overtredelser og å fatte vedtak om overtredelsesgebyr.

¹ Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

² Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

³ Traktaten om den europeiske unions funksjonsmåte (2016)

⁴ Konkurransetilsynet (2018)

⁵ Kunngjøring om lempning EUT (2006), s. 1, avsn. 2

⁶ NOU 2003: 12 s. 136

⁷ Forskrift 11. desember 2013 nr. 1465 om overtredelsesgebyr (Utmålingsforskriften) § 2 annet ledd

⁸ Konkurransetilsynet V2013-3

Adgangen til å søke om lempning følger av krrl. §§ 30 og 31. Lempning innebærer at deltakerne i ulovlige karteller kan få sitt overtredelsesgebyr helt eller delvis redusert, mot at deltakeren samarbeider med tilsynet, og bidrar til å avdekke og å oppklare overtredelsen.

Det ligger i kartellets natur at det skal holdes skjult, de kan derfor være svært vanskelige å avdekke.⁹ Faren for å bli ilagt et høyt overtredelsesgebyr sammenholdt med adgangen til å søke om lempning, er ment å gi foretakene et insentiv til å bistå tilsynet med etterforskningen. Formålet med ordningen er å avdekke eksisterende karteller, og å forhindre nyetableringer.¹⁰

Krrl. § 10 og art. 53 kan i tillegg håndheves privat av fysiske eller juridiske personer, som mener å ha et rettskrav som følge av brudd på konkurranseloven. Dette kan typisk være et krav om erstatning for lidt økonomisk tap.

Det foreligger ingen formell hjemmel i konkurranseloven om krav på erstatning ved brudd på kartellforbudet. Likevel er det sikker rett og forutsatt i konkurranselovens forarbeider at overtredelse av konkurranselovens bestemmelser kan utløse erstatningskrav fra dem som rammes. Det er de alminnelige erstatningsreglene som danner grunnlaget for erstatningskravet.¹¹ Det må bevises mer sannsynlig enn ikke at det økonomiske tapet er en følge av det konkurransebegrensende samarbeidet, og at det foreligger ansvarsgrunnlag.

Den private håndhevingen skjer uavhengig av tilsynets offentlige håndheving, slik at lempningsordningen ikke har noen innvirkning på erstatningskravet. Konsekvensen av dette er at en deltaker som innvilges hel lempning av overtredelsesgebyret, fremdeles risikerer å få rettet et krav om erstatning mot seg. Erstatningskravet kan potensielt overstige overtredelsesgebyret. Det er i denne forbindelse reglene om dokumentinnsyn blir aktuelle.

I likhet med andre offentlige organer er tilsynet underlagt offentlighetsloven¹² (offl.). Offentlighetslovens innsynsregler gir allmennheten rett til innsyn i forvaltningens saksdokumenter.

Innsynsreglene er en viktig berøringsflate mellom erstatningsretten og lempningsordningen. På den ene siden vil en tredjepart ofte ha behov for innsyn i tilsynets dokumenter, for å kunne bevise sitt krav om erstatning mot kartelldeltakerne. På den andre siden vil en deltaker som inngir lempningssøknad og dermed mye dokumentasjon om overtredelsen, risikere at tredjeparter får innsyn i disse dokumentene. Frykten for at dokumentene kan bli brukt mot deltakeren i et etterfølgende søksmål kan derfor føre til at mange velger å avstå fra å søke om lempning. Samtidig vil innsnevring av innsynsretten for å avhjelpe denne utfordringen kunne føre til at tredjeparter ikke forfølger sine krav på erstatning, fordi de ikke klarer å bevise overtredelsen. Samlet innebærer dette at en snever innsynsrett kan virke negativt inn på insentivet til å håndheve konkurransereglene privat, mens en vid innsynsrett vil kunne virke negativt inn på den offentlige håndhevingen.

Problemstillingene jeg skal forsøke å løse i denne oppgaven er (i) *hvordan lempningsreglene, erstatningsretten og reglene for dokumentinnsyn i overtredelsessaker er utformet for å oppnå effektiv håndheving av krrl. § 10 og art. 53*, (ii) *hvordan erstatningsretten og innsynsreglene*

⁹ Ot.prp. nr. 6 s. 125

¹⁰ Ot.prp. nr. 6 s. 125

¹¹ Ot.prp. nr. 41 s. 82, ot.prp. nr. 6 s. s. 188

¹² Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd

virker inn på lempningsordningens effektivitet, og til slutt (iii) hvordan lempnings- og innsynsreglene virker inn på erstatningsrettens effektivitet.

Under problemstilling (ii) og (iii) vil jeg undersøke hvordan implementering av håndhevingsdirektivet¹³ vil kunne påvirke samspillet mellom regelsettene.

Oppgaven avgrenses mot redegjørelse for tilsvarende regler etter EU-retten, det strafferettslige sanksjonssporet og andre former for privat håndheving enn erstatning.

1.2 Rettskilder og metode

Selv om oppgavens tema er begrenset til å omfatte norsk rett, forekommer det betydelige innslag av EU-retten. Norge er tilknyttet EUs indre marked ved sin tilslutning til EØS-avtalen. Et av hovedformålene med EØS-avtalen er å etablere felles konkurransevilkår for næringslivet i EU- og EØS-statene.¹⁴

EØS-avtalens fortale avsnitt seksten, slår fast avtalens formål om å opprettholde en enhetlig tolkning av avtalens bestemmelser og EUs regelverk. Det er videre et mål å oppnå lik behandling av enkeltpersoner og markedsdeltakere med hensyn til konkurransevilkårene. EØS-avtalen art. 6 slår fast at tolkning skal skje i samsvar med EU-domstolens praksis, både ved gjennomføringen av reglene i nasjonal rett og ved anvendelsen av dem.

EØS-reglene har etter dette samme innhold som tilsvarende regler i EU.

Videre følger det av presumsjonsprinsippet at alle tilgjengelige tolkningsmidler skal brukes for å forhindre at de norske reglene strider mot implementerte regler fra folkeretten, herunder EU/EØS.¹⁵

The European Competition Network (ECN) er en samarbeidsplattform bestående av kommisjonen og EU-statenes nasjonale konkurransemyndigheter. ECN har utviklet et felles Leniency Programme (LP) som har til formål å harmonisere lempningsreglene på tvers av medlemslandene. Harmoniseringen skal skape forutberegnelighet for lempnings søkeren når søknad om lempning inngis til flere nasjonale konkurransemyndigheter samtidig.¹⁶

Norge har frivillig tilsluttet seg LP, og har dermed forpliktet seg til å besørge at den norske lempningsordningen oppfyller minstekravene i LP.¹⁷

I kapittel to om lempningsordningen vil utgangspunktet tas i lovens ordlyd. Der det er relevant vil bestemmelsen utfylles av komplementerende bestemmelse i forskrift. Videre vil ordlyden tolkes i lys av lovens forarbeider og LP. Dersom jeg etter mine vurderinger finner ulikheter mellom den norske lempningsordningen og LP, eller er i tolkningstvil, vil de norske reglene tolkes slik at de er i overensstemmelse med LP. Forvaltningspraksis brukes som støt-teargumentasjon.

¹³ Dir 2014/104/EU

¹⁴ Sejersted mfl. (2011) s. 21, EØS-avtalen art. 1

¹⁵ Rt. 2000 s. 1811 (s. 1830)

¹⁶ ECN LP s. 1, avsn. 2, NOU 2012: 7 s. 43

¹⁷ ECN LP s. 1 avsn. 3, NOU 2012: 7 s. 43

I kapittel tre om erstatning vil utgangspunktet i stor grad tas i rettspraksis fra Norge eller EU/EØS, ettersom erstatningsretten i stor grad er ulovfestet. Tolkningsresultatene vil finne støtte i litteraturen. På lovregulerte rettsområder vil utgangspunktet tas i lovteksten og en allmennelig tolkning av ordlyden. Innholdet vil videre klarlegges ved bruk av rettspraksis og forarbeider.

I kapittel fire om dokumentinnsyn vil utgangspunktet tas i lovtekstens ordlyd. Forarbeider og praksis vil bli benyttet til å klarlegge innholdet av rettsreglene. Reglene for krav om innsyn i tilsynets dokumenter, er foreløpig ikke påvirket av EU/EØS-retten.

I kapittel fem vil håndhevingsdirektivet bli benyttet sammen med departementets forslag til endringer i konkurranseloven. Her vil det vurderes hvordan samspillet mellom reglene kan bli påvirket ved en implementering av direktivet.

På tvers av kapitlene vil jeg finne støtte for tolkningsresultatene i juridisk litteratur.

1.3 Videre fremstilling

I oppgavens kapittel to vil lempningsordningens utforming og effektivitet undersøkes. Det vil rettes et særlig fokus på virkemidlene og lovendringene lovgiver har innført for å gi lempningssøkeren større forutberegnelighet.

I oppgavens kapittel tre vil erstatningsreglene undersøkes. Det vil rettes et særlig fokus mot utfordringene den tapslidende parten møter ved forsøk på å bevise at vilkårene for erstatning er oppfylt.

I kapittel fire vil tredjepartens innsynsrett bli undersøkt, for å kunne vurdere hvordan den innvirker på lempningsordningen, og på erstatningsretten.

Kapittel fem er oppgavens avsluttende kapittel. Her vil problemstillingene (ii) og (iii) besvares ved å sammenfatte og ytterligere problematisere hvordan lempningsreglene, erstatningsreglene og innsynsreglene virker sammen i den norske konkurranseretten, og hvordan samspillet vil kunne påvirkes dersom håndhevingsdirektivet blir implementert i norsk rett.

2 Lempning av overtredelsesgebyr

2.1 Innledning

Lempning er av Europakommisjonen (kommisjonen) definert som en mulighet for aktører som er involvert i karteller til å få overtredelsesgebyret reduseres helt eller delvis, mot å melde ifra om det ulovlige samarbeidet og å fremlegge bevis mot kartellet. Faren for at deltakerne velger å melde ifra til tilsynet skal skape usikkerhet innad i kartellet, hvilket er ment å motvirke dannelsen av nye, samtidig som eksisterende karteller blir mer ustabile.¹⁸

Lempningsordningen ble innført med den nye konkurranse-loven i 2004. Ordningen har sin hjemmel i krrl. §§ 30 og 31, og kan benyttes av foretak som deltar i overtredelse av krrl. § 10 eller EØS-avtalen art. 53.

Kunngjøringene om lempning fra kommisjonen og ESA¹⁹ er ikke-bindende rettsakter, hvilket innebærer at Norge ikke var pålagt å implementere ordningen. Den ble likevel innført grunnet EUs gode erfaringer, herunder effektivisering av etterforskningen og avdekkingen av de ulovlige kartellene.²⁰

Hensynet til forbrukerne og bevaring av et sunt marked uten kunstig påvirkning er av kommisjonen fremhevet som den bakenforliggende årsaken til at bekjempelse av kartellsamarbeid er så høyt prioritert, "*Den interesse, som forbrukerne og borgerne har i, at hemmelige karteller avsløres og straffes, vejer tungere end interessen i at pålægge de virksomheder, der gør det muligt for Kommissionen at afsløre og forbyde sådanne former for praksis, bøder.*".²¹ Det anses med andre ord som viktigere å bekjempe de store skadevirkningene kartellene påfører samfunnsøkonomien, enn å bøtelegge foretakene som muliggjør avsløringen. Det samme synet er adoptert av ESA, og fremgår av deres kunngjøring.²²

Av lovens forarbeider fremgår det at tilstrekkelig forutberegnelighet for lempningssøkeren er en forutsetning for at lempningsordningen skal kunne virke effektivt.²³ Tilsynet har i snitt mottatt 3,9 lempningssøknader per år de siste ti årene, (2009 – 2019).²⁴ Grunnet det lave antallet lempningssøknader og det store skadepotensialet et kartellsamarbeid har for samfunnsøkonomien, har lovgiver gjennomført en rekke lovendringer.

Problemstillingen i dette kapitlet er hvordan lempningsordningen er utformet for å oppnå en effektiv offentlig håndheving av konkurransereglene.

Jeg skal undersøke utformingen av lempningsordningen, herunder vilkårene for hel og delvis lempning. Videre skal jeg undersøke hvilke endringer som er blitt gjort i ordningen for å oppnå en mer effektiv offentlig håndheving, herunder innføringen av overtredelsesgebyr, kravene

¹⁸ Europakommisjonen (2019)

¹⁹ Kunngjøring om lempning EUT (2006), Kunngjøring om lempning ESA (2009)

²⁰ Ot.prp. nr. 6 s. 126

²¹ Kunngjøring om lempning EUT (2006) s. 17, avsn. 3

²² Kunngjøring om lempning ESA (2009) s. 7, avsn. 3

²³ Ot.prp. nr. 6 s. 127

²⁴ Konkurransetilsynet (2016) s. 45, Konkurransetilsynet (2020) s. 9

til lempningssøknaden, markørordningen og muligheten til å inngi en hypotetisk lempningssøknad.

Under oppsummeringen i punkt 2.8 skal jeg diskutere hvordan endringene og ordningen bidrar til å sikre nødvendig forutberegnelighet, og mer effektiv avdekking av kartellsamarbeid.

2.2 Virkeområde

Lempning kan innvilges for overtredelse av krrl. § 10 og art. 53, som forbyr et hvert konkurransevridende samarbeid "*mellom foretak*". En alminnelig tolkning av ordlyden gir anvisning på at samarbeid som begrenser den frie konkurransen er ulovlig mellom alle typer foretak, uavhengig av hvor i næringskjeden de befinner seg i forhold til hverandre. Det innebærer at man etter norsk rett kan søke om lempning av overtredelsesgebyr både ved overtredelse som følge av horisontalt²⁵ og som følge av vertikalt²⁶ samarbeid.

Adgangen til å søke om lempning for overtredelse av EØS-avtalen art. 53 følger av EØS-krrl. § 6, hvor det fremgår at "[k]onkurranseloven §§ ... 24 til 32 gjelder tilsvarende".

LP stiller krav til at de nasjonale lempningsordningene skal gjelde for kartellovertredelser på horisontalt nivå mellom næringsleddene, "*between two or more competitors*".²⁷ Fordi, "*Other types of restriction such as vertical agreements and horizontal restrictions other than cartels are normally less difficult to detect and /or investigate and therefore do not justify being dealt with under a leniency programme. ... It is not excluded, however, that a cartel which includes vertical elements may be covered by the leniency programme.*".²⁸

Adgangen til å søke om lempning i norsk konkurranserett er følgelig videre enn det som kreves etter LP. Ettersom LP stiller minstekrav til de nasjonale lempningsordningene, strider det ikke mot LP at virkeområdet for lempningsordningen er videre i norsk rett enn etter LP.

Begrunnelsen for at lempningsordningen i Norge også favner om de vertikale samarbeidene er at et horisontalt samarbeid er ansett for å ha større skadepotensiale enn et vertikalt samarbeid. Det ble derfor fremholdt i lovens forarbeider at det ville virke unaturlig å innvilge lempning i de mer alvorlige tilfellene, men ikke i de mindre alvorlige tilfellene. Fordi det vil innebære at overtredene som begår en mer alvorlig overtredelse får en større fordel enn de som ikke begår en like alvorlig overtredelse.²⁹ Begrunnelsen er den motsatte av begrunnelsen gitt i Explanatory Notes til LP, hvor det fremholdes at lempning bør begrenses til de mest alvorlige tilfellene, nettopp fordi et så inngripende virkemiddel ikke kan forsvares brukt i øvrige tilfeller som er enklere for tilsynet å oppdage. Den norske lempningsordningens anvendelsesområde tar her, i større grad enn LP, hensyn til rimelighet og likebehandling.

²⁵ Et samarbeid mellom direkte konkurrerende foretak på samme ledd i næringskjeden, for eksempel mellom to produsenter.

²⁶ Et samarbeid mellom foretak som har sin virksomhet i ulike ledd i næringskjeden, for eksempel mellom produsent og distributør.

²⁷ ECN LP s. 2, avsn. 4

²⁸ ECN LP s. 11, avsn. 14

²⁹ NOU 2003: 12 s. 138

Samlet innebærer dette at krrl. §§ 30 og 31 både kommer til anvendelse på vertikale og horisontale overtredelsessaker som enten kun påvirker det nasjonale markedet, eller som er egnet til å påvirke samhandelen i EU/EØS.³⁰

2.3 Overtredelsesgebyr ved brudd på kartellforbudet

Overtredelsesgebyret ble innført med den nye konkurranseloven av 2004. Begrunnelsen var et ønske om å effektivisere håndhevingen av atferdsreglene, ved å innføre et mer fleksibelt sanksjonssystem.³¹ Meningen var å harmonisere utmålingsreglene med gebyrutmåling etter EU/EØS.³² Harmoniseringen var ment å gi en strengere reaksjon, ved en *betydelig økning* i bøtenivået.³³

Hvordan utmålingen skal skje er regulert i utmålingsforskriften som bygger på ESAs retningslinjer og praksis fra EU.³⁴ Det følger av utmålingsforskriften § 3 at det skal tas utgangspunkt i omsetningsverdien av varene og tjenestene overtredelsen omfatter i det geografiske området overtredelsen har berørt. Avhengig av overtredelsens grovhet skal det fastsettes et beløp på inntil 30 % av den beregnede omsetningsverdien det siste hele regnskapsåret. Dette beløpet skal igjen multipliseres med antall år foretaket har deltatt i overtredelsen, og utgjør da utgangspunktet for overtredelsesgebyret. Tilsynet kan deretter påvirke utmålingen ved å vektlegge skjerpene eller formildende omstendigheter.

Overtredelsesgebyret kan likevel aldri overstige 10 % av foretakets samlede omsetning siste regnskapsår. Eller den samlede inntekten til medlemmene som er aktive på det berørte markedet, dersom en sammenslutning av foretak overtrer krrl. § 10 eller art. 53.³⁵ Utmålingen er ment å gjenspeile overtredelsens økonomiske betydning, og å virke avskrekkende mot nye overtredelser.³⁶

Et overtredelsesgebyr er en administrativ sanksjon, og det kreves derfor kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at overtredelsen anses bevist.³⁷

Før innføringen av overtredelsesgebyr, var tilsvarende sanksjon bøteleggelse som straffesaksjon. Undersøkelser viser at momentene som ble vektlagt etter norsk utmålingspraksis ikke avvok vesentlig fra hovedprinsippene for bøteutmåling i EU/EØS.³⁸ Ved sammenligning av bøtenivået i Norge og gebyrnivået i EU ble det likevel funnet store forskjeller i utmålingens prosentvise størrelse basert på årlig omsetning.³⁹

³⁰ Konkurransetilsynet V2013-3 s. 50, avsm. 404

³¹ Ot.prp. nr. 6 s. 116

³² Ot.prp. nr. 6 s. 118

³³ St.meld. nr. 15 s. 9

³⁴ ODA protokoll 4 art. 15 annet ledd bokstav a, Retningslinjer om overtredelsesgebyr (2006), Rt. 2012 s. 1556 avsn. 71 til 73

³⁵ Utmålingsforskriften § 2 annet ledd

³⁶ Retningslinjer om overtredelsesgebyr (2006) s. 44, avsn. 4 og 6

³⁷ Rt. 2012 s. 1556 avsn. 38

³⁸ Evensen (2004) s. 44

³⁹ Evensen (2004) s. 54

Det ble funnet at bøtenivået i Norge normalt utgjorde mindre enn 1 % av foretakets årlige omsetning.⁴⁰ Mens det ble funnet at gjennomsnittet for de daværende ni største kartellsakene i EU utgjorde 2,5 % av omsetningen.⁴¹ I den samme artikkelen omtales Konkurransetilsynets undersøkelser fra februar 2003 hvor det ble konkludert med at "...et uveiet gjennomsnitt for bøtene i de til da fem største kartellsakene i EU, viste at bøtene utgjorde 2,73 % av omsetningen.". I tilsynets undersøkelser av bøtenivået i Norge basert på et uveiet gjennomsnitt av 16 saker fant de at det lå på 0,48 % av siste års omsetning.⁴²

De to undersøkelsene behandlet i artikkelen viser at differansen mellom utmålingen etter norsk rett og i EU utgjorde omkring 1,5 % – 2 % av foretakenes årlige omsetning, før innføringen av overtredelsesgebyr som sanksjonsform.

Ser man på overtredelsesgebyrene i et utvalg av seks vedtak etter innføringen i norsk rett ser man at gebyrenes prosentvise størrelse har fordelt seg slik:

V2015-28 Arro Elektro AS / Arro Holding AS – Caverion Norge AS / Caverion Oyj – Ingeniør Ivar Pettersen AS / Pettersen AS ⁴³	
Arro Elektro AS / Arro Holding AS	4,07%
Caverion Norge AS / Caverion Oyj	0,01 %
Ingeniør Ivar Pettersen AS / Pettersen AS	1,86 %
V2009-17 Gran & Ekran AS og Grunnarbeid AS ⁴⁴	
Gran & ekran AS	3,47 %
Grunnarbeid AS	2,12 %
V2017-18 Cappelen Damm AS / Cappelen Damm Holding AS – Gyldendal Norsk Forlag AS / Gyldendal ASA – H. Aschehoug & W Nygaard AS – Vigmostad & Bjørke AS / Schibsted ASA ⁴⁵	
Cappelen Damm AS / Cappelen Damm Holding AS	0,6 %
Gyldendal Norsk Forlag AS / Gyldendal ASA	0,35 %
H. Aschehoug & Co W Nygaard AS	0,58 %
Vigmostad & Bjørke AS / Schibsted ASA	0,03 %
V2015-25 ES-kjeden SA ⁴⁶	
ES-kjeden SA	9,97 %
V2011-11 IcopalTak AS – Fløysand Tak AS ⁴⁷	
IcopalTak AS	0,37%
Fløysand Tak AS	1,27 %

⁴⁰ Evensen (2004) s. 53

⁴¹ Evensen (2004) s. 53

⁴² Evensen (2004) s. 47 og 49

⁴³ Konkurransetilsynet V2015-28 s. 62 avsn. 478

⁴⁴ Konkurransetilsynet V2009-17 s. 14 avsn. 131 og 137

⁴⁵ Konkurransetilsynet V2017-18 s. 84 avsn. 682 og 685

⁴⁶ Konkurransetilsynet V2015-25 s. 42 avsn. 316 og 317

⁴⁷ Konkurransetilsynet V2011-11 s. 17 avsn. 139 og 146

V2011-12 Ski Taxi BA, Follo Taxisentral BA og Ski Follo Taxidrift AS ⁴⁸	
Ski Taxi BA	8,20 %
Follo Taxisentral BA	7,84 %
Ski Follo Taxidrift AS	7,52 %
Gjennomsnittlig overtredelsesgebyr:	3,2 %

Vurderingen er basert på 6 tilfeldig valgte av 14 tilgjengelige vedtak fra tilsynets hjemmesider.⁴⁹

Tabellen viser store variasjoner i utmålingens størrelse. Helhetlig synes det likevel som at gebyrnivået har økt etter innføringen.

Kombinasjonen av høyt overtredelsesgebyr og adgangen til å søke om lempning gir deltakerne et insentiv til å bryte ut av allerede eksisterende karteller, fordi deltakeren da får beholde profitten av det ulovlige samarbeidet. Størrelsen på overtredelsesgebyret må avveies mot utformingen av lempningsordningen, slik at de ikke mister sin samlede preventive og avdek-kende effekt.⁵⁰

Å innføre økt gebyrnivå uten å innføre lempningsordningen kunne ha bidratt til en stabilisering av allerede eksisterende karteller, fremfor en destabilisering. Fordi det høye gebyret presser deltakerne til å bli i kartellet, og til å gjøre alt de kan for å unngå å bli avslørt.

På den andre siden vil et lavt overtredelsesgebyr som ikke er egnet til å eliminere gevinsten av kartelldeltakelsen verken bidra til at deltakerne avslutter kartellet eller avskrekke andre fra å inngå ulovlig samarbeid. Grunnen er at den forventede verdien av kartelldeltakelsen uansett ville ha vært høyere enn det forventede gebyret og risikoen for ileggelse. Det samme ville ha blitt resultatet ved innføring av lempningsordningen uten å øke gebyrnivået.⁵¹

Ifølge drøftingen ovenfor bidrar det økte bøtenivået til at flere deltakere ønsker å bryte ut av kartellet, forutsatt at deltakeren kan søke om lempning. Samtidig vil det økte gebyrnivået i større grad avskrekke nye foretak fra å delta i karteller i fremtiden. Slik bidrar innføringen av overtredelsesgebyr til å styrke deltakernes insentiv til å søke om lempning og en mer effektiv kartellbekjempelse.

2.4 Hel lempning

Hel lempning innebærer at et foretak kan få sitt overtredelsesgebyr 100 % nedsatt. Lempning etter konkurranseloven må ikke forveksles med lempning etter skadeerstatningsloven⁵² (skl.) § 5-2.

Foretakene som søker om lempning tar en høy risiko ved at de eksponerer seg selv for ileggelse av overtredelsesgebyr. Det er som nevnt derfor viktig at ordningen er forutberegnelig

⁴⁸ Konkurransetilsynet V2011-12 s. 17 avsn. 151 og 157

⁴⁹ Konkurransetilsynet (udatert)

⁵⁰ Konkurransetilsynet (2001) s. 6

⁵¹ Konkurransetilsynet (2001) s. 6

⁵² Lov 13. juli 1969 nr. 26 om skadeerstatning

slik at søkeren kan være trygg på at lempning vil bli innvilget, dersom bestemmelsens vilkår er oppfylt.

Jeg skal her undersøke vilkårene for innvilgelse av hel lempning, med vekt på hvordan reglene er utformet for å sikre forutberegnelighet og effektiv avdekking av kartellsamarbeid.

Det følger av bestemmelsens ordlyd "*... skal gis ...*", at reglene er utformet slik at en aktør som oppfyller vilkårene har rettskrav på å få sin søknad innvilget.

Vilkårene for hel lempning er uttømmende opplistet i krrl. § 30. Vilkårene ble flyttet fra forskrift til lov ved lovendringen i 2013. Formålet var å synliggjøre bestemmelsene for å øke antallet søknader.⁵³

Det følger av krrl. § 30 første ledd at kun det første foretaket som oppfyller vilkårene innvilges hel lempning. Regelen gjør kartellet ustabil ved at det skapes en "førstemann til mølla"-mentalitet. Effekten forsterkes av at det utgjør en betydelig økonomisk forskjell om man oppnår hel lempning, eller om man må nøye seg med delvis lempning, som maksimalt kan utgjøre 50 % av det ilagte overtredelsesgebyret.⁵⁴ At kun ett av foretakene kan innvilges hel lempning bidrar slik til effektiv avdekking, og forhindrer samtidig undergraving av gebyrets preventive effekt, ved at alle deltakerne kan unnsnippe gebyret og dermed delta i kartellet risikofritt.⁵⁵

Det følger av bestemmelsens ordlyd "*Hel lempning ... skal gis til det første foretaket som ... oppfyller følgende vilkår: ...*", at vilkårene opplistet i bokstavene a til d er kumulative.⁵⁶

For det første må foretaket "*... fremlegge[r] av eget tiltak alle bevis som det besitter ...*". Ordlyden gir anvisning på at det er deltakeren selv som må ta initiativ til å søke om lempning og å legge frem bevisene. Vilkåret er ikke oppfylt dersom det senere avdekkes at foretaket har holdt tilbake bevis, gitt feilaktige opplysninger eller lignende. Deltakeren mister sitt rettskrav på innvilgelse av hel lempning. Vilkåret tvinger slik frem et tillitsforhold mellom tilsynet og overtrederen, ved å sørge for at det er i søkerens egen interesse å fremlegge alle bevisene en besitter.

Videre må bevisene som fremlegges være "*... nye ...*". Ordlyden peker på at tilsynet selv ikke kan være i besittelse av bevisene når de fremlegges av søkeren. Bevis tilsynet allerede er i besittelse av på søknadstidspunktet danner ikke grunnlag for innvilgelse av lempning.

De nye bevisene må enten "*... være tilstrekkelig til å få beslutning om bevissikring ...*", eller "*bevise overtredelse av krrl. § 10*". Ordlyden "*... eller ...*", indikerer at bestemmelsen oppstiller to alternative måter å oppfylle kravet om *tilstrekkelig bevis*.

At bevisene må være tilstrekkelige til å danne grunnlag for bevissikring, innebærer at bevisene *etter tilsynets syn* er tilstrekkelige til at en begjæring om bevissikring vil bli innvilget av tingretten etter krrl. § 25. At de ellers må være tilstrekkelige til å bevise overtredelse, innebæ-

⁵³ NOU 2012: 7 s. 48

⁵⁴ Krrl. § 31

⁵⁵ Konkurransetilsynet (2001) s. 54

⁵⁶ Prop. 75 L s. 36

rer at bevisene som fremlegges *etter tilsynets syn* må være tilstrekkelige til å bevise et brudd på krrl. § 10 eller art. 53.⁵⁷

Den ene terskelen gjelder *før* tilsynet selv har bevis nok til å få beslutning om bevissikring av tingretten. Den andre terskelen gjelder for søknader som innkommer *etter* at grunnlaget for bevissikring er skaffet. Ved å operere med to terskler gis deltakerne insentiv til å påbegynne samarbeid med tilsynet under hele etterforskningsprosessen. Uten en slik mulighet risikerer man at etterforskningen går i stampe, fordi tilsynet ikke klarer å fremskaffe nødvendig bevis for overtredelsen under bevissikringen, og fordi deltakerne uten mulighet for hel lempning ikke lenger ønsker å samarbeide.⁵⁸ De to tersklene for tilstrekkelig bevis bidrar slik til å sikre at kartellet ikke bare blir avdekket, men sikrer også at tilsynet vil klare å finne overtredelsen bevist.

For det tredje oppstiller bestemmelsen et krav om at foretaket "*... samarbeider av eget tiltak fullt ut under hele Konkurransetilsynets saksbehandling.*".

Samarbeidsplikten er utdypet i utmålingsforskriften § 6. Foretaket skal fremlegge bevis og relevant informasjon foretaket er i besittelse av til enhver tid under hele tilsynets saksbehandling. Ordlyden peker på at dersom foretaket mottar ny relevant informasjon skal tilsynet fortløpende oppdateres. Foretaket forpliktes videre til å fremstille ansatte for intervju og er ellers forpliktet til å besvare alle henvendelser fra tilsynet. Motarbeidelse av tilsynets etterforskning som å ødelegge bevis, gi uriktige opplysninger eller annet kan føre til at foretaket mister sin rett til lempning. Blir det oppdaget at foretaket ikke har samarbeidet fullt ut oppfyller ikke foretaket vilkårene, og har således ikke noe rettskrav på lempning. Slik sikrer vilkåret at foretaket har egeninteresse i å samarbeide i god tro.

Videre må foretaket "*... opphører av eget tiltak med deltakelsen i overtredelsen ...*", med mindre samarbeidet fortsetter etter tilsynets ønske.

Til slutt kreves det at foretaket som søker om hel lempning "*... har ikke søkt å tvinge andre foretak til å delta ...*". Med ordlyden *søkt* menes at en av deltakerne ikke kan ha *prøvd* å tvinge flere foretak inn i kartellet.⁵⁹ Det er med andre ord ikke et krav at foretaket faktisk har blitt tvunget inn. Vilkåret skal forhindre utnyttelse av ordningen og støtende resultater. Mindre foretak vil av frykt for senere konsekvenser, kunne være usikre på om de skal tørre å angi kartellet fordi øvrige deltakere er større og mektigere.⁶⁰ Denne usikkerheten vil kunne utnyttes av de mer mektige foretakene ved å presse de mindre inn i kartellsamarbeid, nyte av profitten, for deretter å selv søke om hel lempning og la de mindre deltakerne sitte igjen med gebyret. Bestemmelsen forhindrer slik utnyttelse av ordningen.

Et eksempel på innvilgelse av hel lempning fra norsk rett er vedtaket⁶¹ om ileggelse av overtredelsesgebyr etter samarbeid om fordeling av asfaltkontrakter mellom Veidekke Industri AS (Veidekke) og NCC Roads AS (NCC). Veidekke ble innvilget hel lempning av overtredelsesgebyret pålydende kr. 220 millioner.

⁵⁷ ECN LP (2012) s. 2, avsn. 5 og 7

⁵⁸ Ot.prp. nr. 6 s. 127

⁵⁹ Prop. 75 L s. 36

⁶⁰ Ot. prp. nr. 6 s. 127

⁶¹ Konkurransetilsynet V2013-3

Aktørene ble funnet skyldig i å ha samarbeidet om markedsdeling, anbudssamarbeid og utveksling av strategisk informasjon. Disse samarbeidsformene er blant de mest alvorlige.⁶²

På vedtakets side 50 flg. er lempning behandlet. Tilsynets gjennomgang av lempningsvilkårene illustrerer at de i liten grad er preget av tilsynets eget skjønn.

Det var Veidekke selv som tok initiativ ved å fremlegge bevis sammen med lempningssøknad på stadiet før etterforskning var igangsatt. Tilsynet var på tidspunktet selv ikke i besittelse av tilstrekkelig bevis for beslutning om bevissikring. På bakgrunn av den innsendte dokumentasjonen ga tilsynet Veidekke tilsagn om at hel lempning ville bli gitt dersom øvrige vilkår overholdes. Det ble fremhevet at Veidekke fullt ut har samarbeidet, at deltakelsen i kartell-samarbeidet opphørte og at de for øvrig ikke har forsøkt å tvinge andre foretak inn i samarbeidet.⁶³ Ettersom alle vilkårene var oppfylt ble Veidekke innvilget hel lempning.

Vedtaket illustrerer godt at vilkårene er klart utformet slik at de bidrar til forutberegnelighet for den som søker om lempning.

Det samme kan man se av vedtaket V2011-11 hvor IcopalTak AS fikk innvilget hel lempning av sitt overtredelsesgebyr pålydende kr. 1,2 millioner. Foretaket innga selv anmodning om lempning av overtredelsesgebyret. Bevisene de fremla var nye for tilsynet, og de var tilstrekkelige til å få beslutning om bevissikring. IcopalTak AS ble ansett for å ha samarbeidet fullt ut ved å raskt ha besvart alle henvendelsene fra tilsynet, aktivt ha bistått tilsynet med fremskaffelse av informasjon og ved å ha fremstilt sine ansatte for forklaring. Deltakelsen i overtredelsen opphørte, og det ble heller ikke funnet bevist at IcopalTak AS har forsøkt å tvinge foretak til å delta i overtredelsen.⁶⁴

2.5 Delvis lempning

Delvis lempning innebærer at foretakene som inngir lempningssøknad kan få innvilget delvis nedsettelse av overtredelsesgebyret, inntil 50 %.

Foretakene som ikke oppfyller vilkårene for hel lempning, har mulighet til å søke om delvis lempning etter krrl. § 31. Ettersom avdekkingen av kartellet på dette tidspunktet ofte allerede har skjedd,⁶⁵ er det er særlig hensynet til at etterforskningen ikke skal stoppe opp som begrunner delvis lempning. Ordningen skal bidra til at tilsynet mottar nødvendig bevismateriale slik at etterforskningen og sanksjoneringen effektiviseres.⁶⁶

I likhet med bestemmelsen om hel lempning følger det av ordlyden "*... skal gis ...*", at krrl. § 31 er en rettighetsbestemmelse, som gir den som oppfyller vilkårene rett til å få innvilget delvis lempning. Det følger av ordlyden "*... og ...*", at vilkårene er kumulative.

⁶² EUT nr. C 101 (21)

⁶³ Konkurransetilsynet V2013-3 s. 50 og 51

⁶⁴ Konkurransetilsynet V2011-11 s. 18

⁶⁵ Hjelmeng mfl. (2006) s. 71

⁶⁶ ECN LP s. 13, avsn. 23

For det første må foretaket fremlegge "... bevis som vesentlig styrker [tilsynets] muligheter til å bevise en overtredelse av konkurranseloven § 10 ...".⁶⁷

Vilkåret om fremleggelse av bevis er i større grad skjønnsmessig preget. Ordlyden "... vesentlig styrker ...", gir anvisning på at vilkåret må tolkes som en rettslig standard hvis oppfyllelse må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Over tid vil forvaltningspraksis eller rettspraksis kunne gi anvisning på hva som skal til for å oppfylle vilkåret.⁶⁸ I V2015-28 ble det av tilsynet uttalt at vurderingen "... beror i utgangspunktet på en objektiv vurdering av bevisets art og innhold, sammenholdt med det bevismateriale Konkurransetilsynet allerede var i besittelse av da bevisene ble fremlagt."⁶⁹ Skylderklæringen er underlagt taushetsplikt,⁷⁰ det er derfor utfordrende å sammenfatte hvilke bevis som danner grunnlaget for innvilgning av delvis lempning.

Tilsynet får her en slags regulert adgang til å belønne informasjonsverdien.⁷¹ Tidlig informasjon gir større effektivitetsverdi enn den som kommer sent, og skal derfor gis større gebyrreduksjon. Informasjonen som ikke tilfører noe nytt til etterforskningen har ingen verdi, fordi den ikke, eller i liten grad endrer resultatet av vedtaket.

Foretaket må også oppfylle vilkårene om fullt samarbeid og opphør av deltakelsen i overtredelsen, som etter krrl. § 30 bokstav b og c.

Lempningsgraden skal utmåles i tråd med bestemmelsens andre og tredje ledd, og utmålingsforskriften. Den første som innvilges delvis lempning kan oppnå gebyrreduksjon på mellom 30 og 50 %. Neste kan oppnå en reduksjon mellom 20 og 30 %. Alle søkere etter dette kan oppnå opptil 20 % reduksjon av overtredelsesgebyret. De lovbestemte intervallene for nedsettelse av gebyret bidrar til forutberegnelighet for foretaket, ved at foretaket på forhånd kan vurdere om det vil lønne seg å samarbeide med tilsynet. Samtidig sikrer intervallene at den som inngir informasjon tidlig vil få større gebyrreduksjon, i tråd med at denne informasjonen har større effektivitetsverdi.

Et eksempel på innvilgelse av delvis lempning etter norsk rett er vedtaket⁷² om illeggelse av overtredelsesgebyr for samarbeid om fordeling av anbudskontrakter for elektrisk tjenester mellom Arro Elektro AS, Caverion Norge AS (Caverion) og Ingeniør Ivar Pettersen AS (Pettersen). Bare Caverion fikk innvilget delvis lempning.

Caverion var det første selskapet til å søke om lempning av overtredelsesgebyret, men oppfylte ikke vilkårene for hel lempning. Bevissikring var allerede gjennomført, og bevisene som ble fremlagt ble ikke ansett tilstrekkelige til å bevise en overtredelse av krrl. § 10. Caverion ble likevel innvilget delvis lempning, da bevisene ble ansett for å vesentlig styrke tilsynets sak.

⁶⁷ Krrl. § 31 (1)

⁶⁸ Høgberg mfl. (2019) s. 207 - 209

⁶⁹ Konkurransetilsynet V2015-28 avsn. 508

⁷⁰ Se punkt 4.4

⁷¹ Konkurransetilsynet (2001) s. 55

⁷² Konkurransetilsynet V2015-28

Det ble vektlagt at Caverion effektiviserte etterforskning, ved at søknaden med bevis ble inngitt allerede uken etter at tilsynet gjennomførte bevissikring. Caverion var den første som fikk innvilget delvis lempning, og hadde derfor krav på en gebyrnedsettelse på mellom 30 og 50 %. Sett i forhold til bevisene tilsynet hadde fra før, som var "*... klare dokumentbevis som pekte i retning av at det hadde foregått et samarbeid i den aktuelle tidsperioden ...*",⁷³ ble ikke bevisene ansett for å være så vesentlig styrkende for saken at 50 % lempning av overtredelsesgebyret kunne innvilges. Caverion fikk likevel innvilget 40 % lempning.

Dette viser tydelig at når i prosessen et foretak velger å samarbeide, vil kunne utgjøre en betydelig forskjell for lempningens størrelse.

2.6 Lempningssøknaden

I forbindelse med lovendringene i 2013 ble det vedtatt en ny utmålingsforskrift. I forskriften⁷⁴ § 4 ble det inntatt en bestemmelse om krav til innholdet i en lempningssøknad. Bestemmelsen er utformet etter modell fra ESA og kommisjonens retningslinjer, og oppfyller minstekravene satt i LP.⁷⁵

Bestemmelsen angir tydelig hvilken informasjon som *skal gis* for at lempningssøknaden anses for å være komplett og dermed inngitt. Lempningssøkeren må oppgi identiteten til de øvrige deltakerne, konkret beskrive overtredelsens art, hvor lenge overtredelsen har pågått, hvilke produkter overtredelsen har omfattet og hvilket geografisk omfang den har hatt. Videre skal det oppgis om foretaket har vært i kontakt med andre konkurransemyndigheter om overtredelsen. En søknad som oppfyller disse kravene til innhold anses inngitt ved tidspunktet tilsynet mottar den, jf. utmålingsforskriften § 4 annet og siste ledd.

Formålet med å tydeliggjøre kravene til lempningssøknaden var å heve kvaliteten på søknadene, og å gjøre det mer forutsigbart for foretakene å vurdere om søknaden er komplett og dermed vil bli ansett for å være inngitt eller ikke.⁷⁶

Om søknaden anses for å være komplett og inngitt har betydning for hvilken plass i prioritetsrekkefølgen foretaket har rett til, og bidrar dermed til å skape forutberegnelighet. Mer om dette under punkt 2.7 om markørordningen.

2.7 Markørordningen

Markørordningen ble innført med lovendringen i 2013. Ordningen innebærer at foretakene som er en del av et konkurransebegrensende samarbeid, kan sikre seg en plass i prioritetsrekkefølgen allerede før foretaket har rukket å samle sammen tilstrekkelige bevis til å oppfylle vilkårene i krrl. §§ 30 og 31.

Ordningen er lovfestet i krrl. § 30 annet ledd bokstav c, hvor det fremgår at "*... foretaket gis en prioritert rett til lempning fra tidspunktet det ble fremsatt krav om lempning samtidig som*

⁷³ Konkurransetilsynet V2015-28 s. 64

⁷⁴ Utmålingsforskriften

⁷⁵ Prop. 75 L s. 38, 39 og 60

⁷⁶ Prop. 75 L s. 60

foretaket samler bevis, den prioriterte retten til lempning er kun gyldig i en begrenset periode fastsatt av Konkurransetilsynet."

Når foretaket inngir lempningssøknad, vil tilsynet fastsette en frist for inngivelse av bevis. Frem til bevisene inngis vil det holdes av plass i prioritetsrekkefølgen. Overholdes fristen og bevisene anses tilstrekkelige til å innvilge lempning, sikrer deltakeren seg prioritet i lempningsrekkefølgen fra tidspunktet for søknaden.⁷⁷ Markørordningen bidrar slik til å skape større ustabilitet i kartellene ved at førstemann til mølla-virkningen ytterligere forsterkes.

Markørordningen i norsk rett skiller seg fra markørordningen i EU/EØS. Det følger av både kommisjonens og ESAs kunngjøringer om lempning at markørordningen kun gjelder for den som søker om hel lempning.⁷⁸ Det følger derimot klart av krrl. § 31 første ledd siste setning at reglene om bevisfremleggelse i § 30 annet ledd gjelder tilsvarende ved delvis lempning. Det er ikke inntatt noen reservasjon mot markørordningen.⁷⁹

At det i norsk rett er adgang til å sikre seg prioritert plass for delvis lempning medfører en effektivisering av etterforskningen, ved at flere deltakere raskere vil velge å inngi søknad. Ettersom LP kun krever at minstekravene i lempningsprogrammet er oppfylt, strider det ikke mot LP å praktisere en markørordning som favner bredere.

Hvilken plass i prioritetsrekkefølgen foretaket sikrer seg, vil ha stor økonomisk betydning. Det finnes derfor gode grunner til å tro at markørordningen gir et insentiv til å søke om lempning så fort som mulig.

2.8 Hypotetiske lempningssøknader

Ved innføringen av lempningsordningen i 2004 ble det samtidig inntatt en adgang til å inngi hypotetisk lempningssøknad etter modell fra EU/EØS.⁸⁰

En hypotetisk lempningssøknad er en anonymisert foreløpig søknad hvor foretaket beskriver bevisene det er i besittelse av. Meningen er at tilsynet skal gi en forhåndsvurdering av om bevisene er tilstrekkelige til å kvalifisere for innvilgelse av lempning.⁸¹ Som nevnt tar deltakeren en stor risiko ved å søke om lempning, særlig dersom kartellet enda ikke er avdekket. Den hypotetiske lempningssøknaden gir deltakeren større forutberegnelighet for utfallet av søknaden.

I tråd med det ovennevnte ble det i forskriften⁸² § 5 første ledd bokstav b inntatt en adgang til å gi "... en klar beskrivelse av bevismaterialets art og innhold ...". Bestemmelsen ble ved lovendringen i 2013 flyttet fra forskrift til lov, sml. krrl. § 30 annet ledd bokstav b.

Bestemmelsen gir ikke etter sin ordlyd anvisning på at foretaket kan inngi den hypotetiske søknaden anonymt. Anonymitet er likevel forutsatt i LP,⁸³ det samme følger av kommisjonen,

⁷⁷ Prop. 75 L s. 39

⁷⁸ Kunngjøring om lempning ESA (2009) s. 10, avsn. 15

⁷⁹ Se prop. 37 L s. 74

⁸⁰ Ot.prp. nr. 6 s. 127

⁸¹ Ot.prp. nr. 6 s. 127

⁸² Forskrift om overtredelsesgebyr (2005)

og ESA sine kunngjøringer om lempning.⁸⁴ At aktøren kan forbli anonym er essensielt for at ordningen skal kunne virke effektivt. Hvis ikke risikerer foretaket å sette tilsynet på sporet av kartellet eller av nye bevis, og slik selv bidra til en økt oppdagelsesfare, uten å oppnå noen sikkerhet for egen stilling.

Den hypotetiske lempningssøknaden bidrar slik til at foretaket får større forutberegnelighet, før inngivelsen av den faktiske søknaden.

Det kan stilles spørsmål til hvor nyttig den hypotetiske lempningssøknaden faktisk er. Særlig i tilfeller hvor foretaket må handle under tidspress viser ordningen seg lite nyttig.

For det første vil ikke en hypotetisk lempningssøknad sikre søkeren plass i prioriteringsrekkefølgen, ettersom markørordningen krever at søkeren opplyser om eget navn og adresse.⁸⁵ Foretaket risikerer dermed å bli forbigått av andre deltakere, mens den hypotetiske søknaden blir behandlet.

Videre er det foretaket selv som bærer risikoen for at de hypotetiske bevisene er tilstrekkelige når de faktisk fremlegges.⁸⁶ For foretaket løper det dermed en risiko for at søknaden ikke innvilges på tross av positivt svar på den hypotetiske fremleggelsen. Et avslag på søknaden vil heller ikke avskjære konkurransetilsynets mulighet til å etterforske videre på egenhånd,⁸⁷ og herunder benytte seg av virkemidler som granskning og bevissikring. I verste fall vil derfor en hypotetisk lempningssøknad føre til at man får en dårligere plass i prioritetsrekkefølgen, samtidig som deltakeren risikerer å avsløre bevis som tilsynet tidligere ikke var klar over at fantes, uten å få innvilget lempning.

Ordningen kan derimot gi stor nytte for den første deltakeren som vurderer å søke om lempning. Deltakeren kan helt anonymt få en vurdering av om bevisene en allerede besitter er tilstrekkelige til å kunne få innvilget hel lempning, eller om en bør samle inn flere bevis før søknaden inngis. Selv om innhenting av bevis også kan fortsette under markørordningen, avhenger prioriteten av at deltakeren faktisk klarer å samle tilstrekkelig bevis innen fristen satt av tilsynet. Ved inngivelse av hypotetisk søknad først, kan søkeren ved negativt svar fortsette bevisinnsamlingen uten tidspresset som følger av markørordningen.

For å utnytte ordningen optimalt bør derfor den hypotetiske søknaden kun inngis dersom øvrige kartelldeltakere ikke allerede har inngitt søknad, og kartellet ikke har noen kunnskap om pågående etterforskning. Ved positivt svar på den hypotetiske lempningssøknaden bør deltakeren deretter sikre seg førsteprioritet på hel lempning gjennom markørordningen. Markørordningen brukes da som et sikkerhetsnett i tilfelle bevisene ved den faktiske fremleggelsen likevel ikke anses for å være tilstrekkelige. Dersom bevisene ikke ble anset for å være tilstrekkelige har foretaket fremdeles frem til fristen fastsatt av tilsynet til å samle inn ytterligere bevis.

⁸³ ECN LP s. 5, avsn. 14

⁸⁴ Kunngjøring om lempning EUT (2006) s. 19 avsn. 16 b, Kunngjøring om lempning ESA (2009) s. 4 avsn. 16 b

⁸⁵ Kunngjøring om lempning ESA (2009) s. 10, ansv. 15

⁸⁶ Konkurransetilsynet (udatert), <https://konkurransetilsynet.no/sporsmal-og-svar-om-amnesti-lempning/>

⁸⁷ Utmålingsforskriften § 8, Kunngjøring om lempning ESA (2009) s. 11, avsn. 20

2.9 Oppsummering og avsluttende betraktninger

Jeg skal her gjennomgå noen av hovedfunnene fra kapittel to. Videre vil jeg diskutere om lempningsordningen etter mitt syn er utformet for å oppnå en større forutberegnelighet i søknadsprosessen, og om målet om en mer effektiv offentlig håndheving av konkurransereglene er oppnådd.

Et av hovedfunnene er at bestemmelsene om lempning i krrl. §§ 30 og 31 sammenholdt med vedtak fattet av tilsynet, viser at foretakene kan stole på at i de vil få innvilget lempning dersom de oppfyller vilkårene.

Den største utfordringen knyttet til vilkårene er å vurdere hvorvidt foretaket besitter tilstrekkelige bevis, eller bevis som er egnet til å vesentlig styrke tilsynets sak. Opplysningene som stammer fra skylderkjørningen er underlagt taushetsplikt, og dokumentene som inngis sammen med lempningssøknaden er unntatt den alminnelige innsynsretten. Det er derfor utførende å vurdere egne bevis opp mot hvilke bevis som er blitt inngitt i tidligere saker der lempning er blitt innvilget.

Et annet viktig funn i denne forbindelse er at den hypotetiske lempningsordningen er egnet til å avhjelpe bevistvilen. Dette øker forutberegneligheten for foretakene som vurderer å søke om lempning.

Samtidig har markørordningen bidratt til å skape større usikkerhet innad i kartellet. Presisering av kravene til lempningssøknaden har bidratt til å fjerne utsikkerhet rundt søknadsprosessen, og hvilken informasjon tilsynet forventer å motta.

Samlet har tiltakene bidratt til å skape større forutberegnelighet for foretakene som vurderer å søke om lempning.

Lempningsordningen har likevel blitt kritisert for kun å yte et begrenset bidrag i kartellbekjempelsen "*... det å gi en kartelldeltaker valgmuligheten å slippe straff mot at karteller avsløres, vil jo være det samme valget han ble stilt overfor da han gikk inn i kartellet.*".⁸⁸ Tanken bak kritikken er at endrede interne og eksterne forhold avgjør om en deltaker velger å bryte ut av kartellet, ikke lempningsordningen som sådan.⁸⁹

Uenighet i denne kritikken kan begrunnes med at lempningsordningen i seg selv utgjør et viktig eksternt forhold. Det følger av tradisjonell økonomisk teori at en rasjonell aktør i et hvert tilfelle tar det valget som gir størst avkastning. Dersom forventet verdi av å delta i et kartell-samarbeid er positivt etter at forventet straff og gebyr er trukket fra, vil foretaket velge å være en del av kartellet. Dersom størst forventet avkastning oppnås ved å søke om lempning, vil foretaket heller velge å inngi søknad.⁹⁰

Innføringen av lempningsordningen kombinert med økt overtredelsesgebyr har medført økt gebyr nivå og oppdagelsesfare slik at forventet verdi av deltakelsen er blitt lavere. Rasjonelle aktører vil da endre sitt handlingsmønster deretter, og forsøke å begrense eget tap.

⁸⁸ Hjelmeng mfl. (2006) s. 68

⁸⁹ Konkurransetilsynet (2001) s. 52

⁹⁰ Eide mfl. (2018) kap. 26

Dette vil for det første føre til at flere aktører velger å avstå fra kartellsamarbeid, fordi forventet verdi av deltakelsen oftere vil være negativ. For det andre vil forventet verdi av allerede eksisterende karteller kunne snu fra å være positiv til å bli negativ.

I et kartell hvor den positive forventede verdien har snudd til å bli negativ, vil en rasjonell deltaker velge å inngi lempnings søknad. Deltakeren kan da uten hensyn til de øvrige deltakeres tap, sikre sin egen avkastning ved at han får beholde hele eller deler av kartellprofitten. Dersom deltakeren derimot velger å bli i kartellet av solidaritet til de øvrige deltakerne risikerer han å bli ilagt overtredelsesgebyr, og at den negative forventede verdien av deltakelsen realiseres.

En annen kritikk er at det alltid vil finnes foretak som ønsker å utnytte fordelsordninger. Det løper en risiko for at foretakene som er godt kjent med lempningsordningen spekulerer ved å ta initiativ til samarbeid, tilegne seg profitten, for deretter å søke om hel lempning. Foretaket vil da kunne beholde profitten av kartellet, mens de øvrige deltakerne må ta regningen. Så lenge det ikke bevises at foretaket har forsøkt å tvinge andre inn i kartellet, står foretaket fritt til å søke om hel lempning etter norsk konkurranserett.

Et hensyn som taler mot lempningsordningen er forskjellsbehandlingen det innebærer at kun én kartelldeltaker kan oppnå hel lempning, og at delvis lempning er gradert. Hvilken plass i prioriteringsrekkefølgen foretaket får, utgjør derfor en betydelig økonomisk forskjell. Samtidig er det nettopp dette elementet som sørger for at kartellene forblir ustabile. Hensynet til å destabilisere kartellene er gitt større vekt i det sivilrettslige sanksjonssporet, enn hensynet til lik behandling av kartelldeltakerne.⁹¹

Alt i alt fremstår det som at norske lempningsregler legger til rette for en effektiv offentlig håndheving, og at den gir en høy grad av forutberegnelighet for lempningssøkeren. Likheten mellom den norske ordningen, og ordningen i EU/EØS er så stor at det er vanskelig å forklare hvorfor lempningsinstituttet sies å fungere mindre effektivt i Norge enn i Europa ellers.

En kan spørre seg hvorfor utviklingen i antall søknader i Norge ikke har hatt en tydeligere utvikling de siste ti årene.

2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
3	6	3	6	2	3	3	3	7	3	4

Tabell for antall lempningssøknader mottatt av tilsynet siden 2009.⁹²

Av tabellen ovenfor ser man at antall lempningssøknader per år ikke har hatt noen stabil økning, hvilket tilsier at lovendringene som ble innført i 2013 ikke har hatt noen merkbar effekt.

En årsak kan være at balansen mellom lempning, og størrelsen på overtredelsesgebyrene fremdeles ikke er optimal. Legges det til grunn at foretakene er rasjonelle i samsvar med økonomisk teori, kan det argumenteres for at gebyrene i norsk konkurranserett fremdeles er for

⁹¹ NOU 2003: 12 s. 137

⁹² Konkurransetilsynet (2020) s. 9, Konkurransetilsynet (2016) s. 45

lave til at foretakene finner forventet verdi av å delta negativ. Gebyrnivået bør i så fall økes ytterligere.

En annen potensiell årsak kan være at det ikke finnes gode nok kunnskaper om lempningsordningen blant bedriftsledere. I 2017 gjennomførte tilsynet en undersøkelse som ble besvart av omlag 3500 bedriftsledere. Undersøkelsen viste at 8 av 10 hadde lite eller ingen kunnskap om ordningen.⁹³ I årsrapporten av 2018 fremgår det at tilsynet fremover skal rette fokus mot å gjøre ordningen mer kjent.⁹⁴ Det vil bli spennende å se om dette kan påvirke antallet søknader som inngis i tiden fremover.

⁹³ Konkurransetilsynet (2019) s. 2

⁹⁴ Konkurransetilsynet (2019) s. 40

3 Erstatning etter overtredelse av kartellforbudet

3.1 Innledning

Det er alminnelig anerkjent i norsk rett at brudd på konkurransereglene kan utløse et krav om erstatning fra skadelidte tredjeparter.⁹⁵

Problemstillingen under dette kapittelet er hvordan erstatningsretten er utformet for å ivareta en effektiv privat håndheving av konkurransereglene.

Jeg vil kort gjennomgå de tre vilkårene for erstatning, og tilleggsfristen for foreldelse. Fokuset vil være rettet mot de særlige utfordringene den tapslidende møter ved forsøk på å bevise at de tre vilkårene er oppfylt.

Avslutningsvis under punkt 3.6 skal jeg diskutere hvordan erstatningsreglene ivaretar retten til effektiv privat håndheving, og hvordan den tapslidende er avhengig av innsyn i tilsynets dokumenter for å kunne rette et privat erstatningssøksmål.

3.2 Kort om EØS-rettens krav om effektiv og ekvivalent adgang til håndheving

I EU/EØS-retten er det etablert et krav om at fysiske og juridiske personer i medlemsland skal ha en ekvivalent mulighet til å effektivt håndheve sine rettigheter etter avtalen, for medlemslandenes nasjonale domstoler.

EU-domstolen har presisert innholdet av prinsippet om effektivitet. Medlemslandene er forpliktet til å sikre beskyttelse av rettighetene den enkelte har etter EU-retten, slik at den enkeltes rettigheter ikke er umulige eller uforholdsmessig vanskelige å utøve; "*... tilkommer det ... hver enkelt medlemsstat ... sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsrettens direkte virkning medfører for borgerne ... og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden ...*".⁹⁶

Prinsippet om ekvivalens innebærer at vilkårene for håndheving av rettigheter som følger av EU-retten skal være likeverdig de lignende nasjonale regler. "*... men disse regler må dog ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret ...*".⁹⁷

I saken⁹⁸ ble det slått fast at det påhviler ethvert medlemsland å sikre "*den fulde virkning*" av bestemmelsene, og å beskytte rettighetene borgerne har i henhold til EU-retten. Videre at den fulle virkning av art. [101] vil stå i fare dersom det ikke er mulig å kreve erstatning for brudd på forbudet mot inngåelse av konkurransevridende eller begrensende avtaler.⁹⁹ Det ble med dette etablert et krav til nasjonal rett om at erstatning må være et tilgjengelig sanksjonsmiddel.

⁹⁵ Ot.prp. nr. 41 s. 82, ot.prp. nr. 6 s. s. 188

⁹⁶ Sag C-453/99 Courage og Crehan avsn. 29, Ashton mfl. (2018) s. 11

⁹⁷ Sag C-453/99 Courage og Crehan avsn. 29, Ashton mfl. (2018) s. 10

⁹⁸ Sag C-453/99 Courage og Crehan

⁹⁹ Sag C-453/99 Courage og Crehan avsn. 25 og 26

Kravet om å sikre full virkning er senere gjentatt i flere saker, med presisering om at det er opp til hver enkelt nasjon å fastsette vilkårene og omfanget av erstatningsretten, så lenge ekvivalens og effektivitetsprinsippet overholdes.¹⁰⁰ Prinsippene er anerkjent av Høyesterett.¹⁰¹

Norge er etter dette forpliktet til å besørge at norsk rett sikrer den enkeltes rettigheter etter EØS-avtalen, herunder adgang til å kreve erstatning for økonomisk tap som følge av brudd på art. 53. Videre må adgangen til å håndheve art. 53 være like god som adgangen til å håndheve brudd på krrl. § 10 etter nasjonal rett.¹⁰²

I Norge er beskyttelse av den enkeltes rettigheter ved brudd på art. 53 og krrl. § 10 beskyttet ved at både fysiske og juridiske personer har rett til å kreve erstattet formuestap, etter de alminnelige erstatningsreglene.¹⁰³

3.3 Økonomisk tap og årsakssammenheng

Det følger av skadeerstatningsloven¹⁰⁴ (skl.) § 4-1 at erstatning for tingsskade og formuesskade skal dekke den skadelidtes økonomiske tap. Dette innebærer at skaden må ha en økonomisk verdi for at den skal kunne kreves erstattet.¹⁰⁵ Erstatningsutmålingen skal bero på en differansebetraktning, "*... der skadelidtes økonomiske situasjon umiddelbart før skaden sammenlignes med situasjonen etter skaden.*"¹⁰⁶ Alminnelig erstatningsrett bygger på de to hovedhensynene gjenopprettelse og prevensjon.¹⁰⁷ Formålet er at den skadelidte skal stilles som om skaden aldri hadde skjedd.

Skadeomfanget begrenses av vilkåret om at det må foreligge adekvat årsakssammenheng mellom de økonomiske tapet og skaden. Denne vurderingen kan deles i to, hvor det første spørsmålet er om den skadevoldende handling var en nødvendig betingelse for skaden.¹⁰⁸ Det andre spørsmålet er om skaden var påregnelig.¹⁰⁹ Om en skade er påregnelig beror på en konkret vurdering av om skaden er for fjern og avledet til at en normalt forstandig person ville ha forutsett den.¹¹⁰

Konkurranselovens formål er "*...å sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for virksom konkurranse.*"¹¹¹ I konkurranseretten er det særlig den preventive effekten av erstatningssøksmålene som er sentral fordi den kan bidra til å forhindre fremveksten av flere ulovlige kartellsamarbeid, hvilket igjen bidrar til at den samfunnsøkonomiske gevinsten av forbudet blir størst mulig.¹¹² Den preventive effekten bidrar slik til å styrke sunn konkur-

¹⁰⁰ Ashton mfl. (2018) s. 19, Sag C-295-298/04 Manfredi avsn. 89 og 90

¹⁰¹ Rt. 2005 s. 597 avsn. 38 og 39

¹⁰² Senter for europarett (2018)

¹⁰³ Hjelmeng mfl. (2006) s. 164 og 165

¹⁰⁴ Lov 13. juli 1969 nr. 26 om skadeerstatning

¹⁰⁵ Lødrup mfl. (2014) s. 447

¹⁰⁶ Rt. 2005 s. 65 avsn. 45, LH-2003-12650

¹⁰⁷ NOU 1977: 33 s. 23

¹⁰⁸ Rt. 1992 s. 64 (s. 69)

¹⁰⁹ Rt. 2000 s. 418 (s. 432 til 433)

¹¹⁰ Lødrup mfl. (2014) s. 374

¹¹¹ Krrl. § 1

¹¹² Konkurransetilsynet (2006) s. 1 og s. 2

ranse på markedet. Den gjenopprettende effekten av kompensasjonen vil derimot ikke ha noen verdi for samfunnet som helhet, utover verdien gjenopprettelsen har for parten som mottar den.¹¹³

Utgangspunktet etter prinsippet om effektivitet er at enhver kan kreve erstattet det økonomiske tapet en er blitt påført, som følge av overtredelse av kartellforbudet.¹¹⁴ Herunder det direkte tap som følge av overtredelsen, tapt fortjeneste og renter.¹¹⁵

De mest åpenbare økonomiske tapene er tapene som påføres foretakets direkte og indirekte kunder.

For det første påføres sluttbrukeren et direkte tap ved å betale en kunstig høy pris for en vare.¹¹⁶ Tapet påføres den tapslidende ved at kjøpet av varen gjennomføres. For det andre vil et distribusjonsledd eller salgslodd nærmere konsumenten tape i form av salgsvolum, fordi markedet etterspør færre av en vare når den selges til en høyere pris. Enkelt forklart vil selgeren ofte sitte igjen med høyere total profitt når han kan selge et stort kvantum av en vare til en lavere pris, enn når han må selge et lavere kvantum til en høyere pris. Det vil være kartellet som sitter igjen med profitten som følge av den økte salgsprisen, ikke mellomleddet (med mindre det er inngått en avtale om deling av profitten, i så tilfelle er det tale om et ulovlig vertikalt samarbeid). Mellomleddet vil derfor tjene omkring det samme per produkt, men vil få solgt færre enheter. Her vil det naturligvis finnes variasjoner mellom ulike relevante markeder, avhengig av for eksempel om markedet er prissensitivt.¹¹⁷

Det kan i tillegg tenkes en rekke andre typer tap som enten direkte eller indirekte har sin årsak i kartellsamarbeidet. EU-domstolen¹¹⁸ har slått fast at den fulle virkning av EU-rettens konkurranseregler vil undergraves dersom retten til å kreve erstatning begrenses til kun å gjelde sluttbrukere og ledd i næringskjeden. I avgjørelsen påpekes det at *"... enhver skade, som har en årsagsforbindelse til en overtrædelse af artikel 101 TEUF imidlertid kunne give anledning til erstatning med henblik på at sikre den effektive anvendelse af artikel 101 TEUF og opretholde denne bestemmelses effektive virkning."*¹¹⁹ Domstolen slo fast at personer som har gitt støttelån/subsidier til et foretak, som grunnet foretakets deltakelse i et kartell har vært høyere enn om foretaket ikke deltok i kartellet, kan kreve erstatning for det økonomiske tapet personen har lidt som følge av at den økte støtten ikke ble anvendt til andre mer fordelaktige formål.¹²⁰

I Norge vil den alminnelige erstatningslæren om adekvans måtte gi rettleddning,¹²¹ men denne kan altså ikke praktiseres så strengt at kun sluttbrukere og ledd i næringskjeden kan kreve erstatning. Alle økonomiske tap som har sin årsak i overtredelsen må som utgangspunkt kun-

¹¹³ Hjelmeng mfl. (2014) s. 498

¹¹⁴ C-435/18 Otis mfl., avsn. 23

¹¹⁵ Sag C-295-298/04 Manfredi (100)

¹¹⁶ Ashton mfl. (2018) s. 42

¹¹⁷ Ashton mfl. (2018) s. 42

¹¹⁸ C-435/18 Otis mfl., avsn. 27

¹¹⁹ C-435/18 Otis mfl., avsn. 30

¹²⁰ C-435/18 Otis mfl., avsn. 35

¹²¹ Hjelmeng mfl. (2006) s. 180

ne danne grunnlag for krav på erstatning, så sant det har en tilstrekkelig nær årsakssammenheng med overtredelsen.

Det er på det rene at den norske erstatningsordningen, med positiv kontraktsinteresse som hovedregel, oppfyller effektivitetsprinsippet. Ettersom et krav om erstatning for brudd på EØS-avtalen art. 53 følger de samme erstatningsreglene som ved brudd på krrl. § 10 er også kravet til ekvivalens oppfylt på erstatningsrettens område.

3.4 Ansvarsgrunnlag

Culpa er et subjektivt ansvarsgrunnlag betinget av at skadevolder har utvist uaktsomhet eller forsett. Ansvarsgrunnlaget bygger på en grunntanke om at den som har utvist skyld skal svare for den skade han påfører andre.¹²² I Rt. 1973 s. 1364 kom Høyesterett til at en ubåtsjef ikke kunne bebreides for å ha kollidert ubåten inn i en fisketråler fordi han "... *handlet i overensstemmelse med gjeldende bestemmelser, vanlig praksis og god skikk. Andre ubåtsjefer ville ikke ha kommet til andre konklusjoner og trolig handlet på samme måte.*". (s. 1369)

Rettssetningen viser at vurderingen av om en fysisk eller juridisk person har utvist skyld tar utgangspunkt i en vurdering av om personen har opptrådt i overensstemmelse med "*hva som rimeligvis bør kunne forventes av en innsiktsfull og normalt forstandig person som opptrer på det aktuelle området.*".¹²³

En overtredelse av krrl. § 10 eller art. 53 kan være et slikt brudd på samfunnets handlingsnormer.¹²⁴ Det er opp til skadelidte å bevise og påberope seg, overtredelsen som den ansvarsbetingende handling.

Det kan være svært utfordrende for en privat part å bevise at en overtredelse har skjedd, fordi en privat part ikke har tilgang til de samme etterforskningsmidlene som tilsynet, herunder bevissikring og rett til å kreve opplysninger utlevert.¹²⁵ Dessuten kjennetegnes de konkurransebegrensende samarbeidene av at de foregår i det skjulte. Mange tapslidende vil derfor ikke være klar over at de har lidt et økonomiske tap. For eksempel vil forbrukere sjelden være klar over at de betaler en overpris for et produkt.

Grunnet de bevismessige utfordringene knyttet til overtredelse av kartellforbudet, vil det for mange være hensiktsmessig å vente til etter at tilsynet har fattet et vedtak om overtredelse med å rette et etterfølgende søksmål.¹²⁶

Det følger av domstolshierarkiet, og domstolens selvstendige ansvar for anvendelsen av rettsreglene,¹²⁷ at et vedtak fra tilsynet ikke kan binde domstolene slik at ansvarsgrunnlag automatisk anses for å være bevist.¹²⁸ Vedtaket vil likevel kunne tillegges betydelig bevisvekt etter-

¹²² Lødrup mfl. (2014) s. 127

¹²³ Lødrup mfl. (2014) s. 131

¹²⁴ NOU 2003: 12 s. 213

¹²⁵ Krrl. §§ 24 og 25

¹²⁶ Privat håndheving av forbudsreglene etter at tilsynet har fattet et forutgående vedtak om overtredelse, Nærings- og fiskeridepartementet, EØS-notat (2015)

¹²⁷ Tvl. § 11-3

¹²⁸ Evensen mfl. (2009) s. 899

som tilsynet har spesialkompetanse innen rettsområdet, og fordi det kreves klar sannsynlighetsovervekt for å fatte vedtak om overtredelse.¹²⁹ Tilsynets vedtak bygger dermed på bevis som oppfyller et høyere beviskrav enn det som kreves i en alminnelig erstatningssak. Vedtaket bør etter dette bygge på mer enn gode nok bevis til å kunne etablere ansvarsgrunnlag i en sivil sak. Dette utelukker likevel ikke at domstolen legger et annet bevisfaktum til grunn, eller kommer til at tilsynet har gjort feil i rettsanvendelsen.

Dersom ESA har fattet en beslutning om overtredelse av art. 53 stiller det seg litt annerledes.

Det følger av EØS-krrl. § 8 at norske domstoler ikke kan treffe avgjørelser som er i strid med en beslutning truffet av ESA. Dette innebærer ikke at en beslutning fra ESA binder norske domstolers frie bevisvurdering, men det følger av lovens forarbeider at ESA sin *rettsanvendelse*¹³⁰ i beslutningen er bindende for domstolene som skal behandle den samme konkrete saken.¹³¹ Selv om rettsanvendelsen er bindende skal altså domstolen avgjøre saken etter en fri bevisvurdering. Formålet med bestemmelsen er å avhjelpe risikoen for motstridende avgjørelser.¹³²

At domstolen er bundet av ESA sin rettsanvendelse medfører at domstolen i mange tilfeller vil komme til samme resultat. Dette er likevel ikke til hinder for at det kan ha kommet til nye bevis i senere tid, eller at domstolen legger et annet bevisfaktum til grunn for sin avgjørelse.¹³³ Det er på det rene at både vedtak fattet av tilsynet og beslutninger fattet av ESA, uansett vil ha en betydelig bevisverdi i vurderingen av om det har blitt begått en ansvarsbetingende handling.

Videre følger det av rettskraftens positive virkning at rettskraftige rettsavgjørelser er bindende for domstolen ved avgjørelsen av et nytt krav, hvor domstolen må ta stilling til det samme kravet som tidligere er blitt avgjort.¹³⁴ I et etterfølgende søksmål må domstolen ta stilling til om overtredelse har skjedd for å vurdere om det foreligger ansvarsgrunnlag. Dersom domstolen i en tidligere ankesak allerede har avgjort dette spørsmålet, vil den tidligere avgjørelsen måtte legges opprøvet til grunn av domstolen i den etterfølgende erstatningssaken.

Sammenholdt innebærer dette at dersom saksøker kan fremlegge en rettskraftig avgjørelse fra en norsk domstol som slår fast at overtredelse av krrl. § 10 eller art. 53 har skjedd, skal norske domstoler i et etterfølgende erstatningssøksmål legge overtredelsen opprøvet til grunn. Vilkåret om ansvarsgrunnlag anses da for å være oppfylt. Dersom saksøker derimot kun kan fremlegge et vedtak eller en beslutning om overtredelse, fattet av tilsynet eller av ESA, vil domstolen i et etterfølgende sivil søksmål på nytt måtte ta stilling til om overtredelsen er bevist.

Saksøkeren som ikke kan fremlegge en rettskraftig rettsavgjørelse om overtredelse vil derfor ha et dårligere utgangspunkt i den etterfølgende rettsaken, enn den som kan vise til at spørsmålet om overtredelse allerede er rettskraftig avgjort.

¹²⁹ Hjelmeng (2003) s. 459 til 461

¹³⁰ Ot.prp. nr. 6 s. 205

¹³¹ Evensen mfl. (2009) s. 895, Ot.prp. nr. 6 s. 205

¹³² Evensen mfl. (2009) s. 895

¹³³ Hjelmeng (2003) s. 459 og samme side note 41

¹³⁴ Tvl. § 19-15, Hov (2017) s. 405

3.5 Foreldelse

Det følger av krrl. § 34 første ledd at foreldelsesloven¹³⁵ (fl.) § 9 gjelder tilsvarende. Krav på erstatning utenfor kontraktsforhold foreldes som hovedregel tre år etter "... *den dag skadelidte fikk eller burde skaffet seg nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige.*", jf. fl. § 9.

Ordlyden "... *fikk nødvendig kunnskap ...*", peker på at det må foretas en konkret vurdering. Høyesterett har formulert det sentrale i vurderingen som et spørsmål om "... *[skadelidte] har fått et forsvarlig fundament for å gå til søksmål. At søksmålsgrunnlaget må justeres og korrigeres under den rettslige saksforberedelse, er vanlig og er ett av formålene med saksforberedelsen.*",¹³⁶ og som at "... *fordringshaverne hadde så vidt sikre opplysninger at de hadde grunn til å reise erstatningssøksmål mot... [skyldnerne] med utsikt til et positivt resultat.*", fordi det av hensyn til reglene om rettskraft vil være uheldig om en part tvinges til å gå til sak før han har nødvendig kunnskap til å kunne vinne frem.¹³⁷ Høyesterett har også formulert kunnskapskravet som et spørsmål om når faktum står slik at erstatningskravet er prosedabelt.¹³⁸

Med andre ord løper fristen fra den dagen kravet må anses for å være prosedabelt, så snart det er forsvarlig for den skadelidte å reise søksmål for domstolene. Dette må avgjøres etter en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Det følger av ordlyden "... *eller burde skaffet seg ...*", at fristen kan begynne å løpe allerede før skadelidte fikk nødvendig kunnskap, dersom skadelidte selv må lastes for ikke å ha skaffet seg den nødvendige kunnskapen om skaden og den ansvarlige. Den som krever pålegges her en aktivitetsplikt hvor det forventes at skadelidte tar initiativ til å skaffe seg nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige.¹³⁹

Det kan være svært vanskelig å fastslå det nøyaktige tidspunktet for foreldelsesfristens utgangspunkt. Dette spørsmålet har vært opphavet til mange rettslige tvister gjennom tidene. Det kan for eksempel tenkes et tilfelle hvor etterforskning av et kartell kommer frem i media og slik til forbrukerens kunnskap. Det er da en reell sjanse for at kravet foreldes før tilsynet har avsluttet sin etterforskning og fattet overtredelsesvedtak, eller før det er avsagt rettskraftig dom.¹⁴⁰

Med lovendringene fra 2013 ble det innført en spesialbestemmelse om foreldelse i krrl. § 34. Det følger av bestemmelsens annet ledd at:

"Selv om foreldelsesfristen er ute, kan krav som nevnt i første ledd dessuten settes frem ved særskilt søksmål. Et slikt søksmål må reises innen 1 år etter at det foreligger endelig vedtak eller rettskraftig dom i saken."

Bestemmelsens ordlyd peker på at en rettskraftig dom eller et endelig vedtak utløser en tilleggsfrist på ett år. Et vedtak er endelig når det ikke lenger kan angripes med rettsmidler, det

¹³⁵ Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer

¹³⁶ Rt. 1998 s. 1042 (s. 1057)

¹³⁷ HR-2020-257-A (73)

¹³⁸ Rt. 2008 s. 1665 avsn. 42

¹³⁹ Kjørven mfl. (2011) s. 197

¹⁴⁰ Prop. 75 L s. 61

vil si at ankefristen har utløpt. En dom er rettskraftig når ankefristen er utløpt, eller når den er avgjort i siste instans.

Sammenholdt innebærer dette at et krav som følge av brudd på krrl. § 10 og art. 53, foreldes tidligst ett år etter datoen det foreligger endelig vedtak eller rettskraftig dom. Ettersom annet ikke er bestemt utløper tilleggsfristen samme dato neste år, som ankefristen utløp eller datoen overtredelsen ble avgjort i siste instans.¹⁴¹ I Norge er siste instans Høyesterett.

Tilleggsfristen sikrer følgelig at kravet ikke foreldes før det foreligger rettskraftig dom eller endelig vedtak om overtredelse.

Tilleggsfristen er ment å legge til rette for privat håndheving, "*... ved at unødige søksmål unngås, og ved at velbegrunnede søksmål kan basere seg på den utredningen som er gjort gjennom konkurransemyndighetenes og domstolenes behandling av saken.*".¹⁴² Departementet mente åpenbart å tilrettelegge for at den tapslidende tredjeparten skulle kunne nyttiggjøre seg av sakens dokumenter og vedtak eller rettsavgjørelse. I forarbeidene er dette begrunnet med at det vil være "*...tids- og prosessbesparende for alle parter.*".¹⁴³

Det er ingen tvil om at det endelige vedtaket eller den rettskraftige dommen utløser tilleggsfristen. Dette gjelder likevel kun så langt tilsynet faktisk fatter vedtak, og ikke avslutter etterforskningen før den tid. Dersom etterforskningen avsluttes uten vedtak, risikerer den skadelidte at kravet foreldes etter den alminnelige foreldelsesfristen på tre år, uten at tilleggsfristen utløses.

3.6 Oppsummering og avsluttende betraktninger

I kapittel tre har det blitt belyst at privat håndheving stadig blir viet større fokus i EU/EØS. Både EU-domstolen og EFTA-domstolen har trukket frem den privatrettslige erstatningsordningens egnethet til å forhindre inngåelsen av skjulte kartellavtaler, og bidra til en mer effektiv konkurranse i markedet.¹⁴⁴ På tross av dette er private erstatningssøksmål med grunnlag i brudd på konkurransereglene lite utbredt.¹⁴⁵

En mer effektiv privat håndheving vil øke risikoen for etterfølgende søksmål. En større risiko for etterfølgende søksmål vil forsterke erstatningsrettens avskrekkende effekt, og mer effektivt forhindre etablering av nye karteller.¹⁴⁶ Samtidig vil den økte risikoen kunne bidra til at foretakene unnlater å spekulere i lempningsordningen som nevnt under punkt 2.9.

Et argument mot effektivisering av den private håndhevingen er at det kan føre til at færre foretak velger å søke om lempning. Grunnen er at lempningssøknaden ofte avdekker kartellet, og dermed eksponerer kartelldeltakerne for etterfølgende erstatningssøksmål. Dersom foretaket ikke søker om lempning er risikoen for søksmål ikke-eksisterende, fordi tredjeparten ikke

¹⁴¹ Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene § 148 annet ledd

¹⁴² Prop. 75 L s. 61

¹⁴³ Prop. 75 L s. 61

¹⁴⁴ Sag C-453/99 Courage og Crehan avsn. 27,

Case E-14/11 DB Schenker v EFTA Surveillance Authority avsn. 132

¹⁴⁵ Nærings- og fiskeridepartementet, EØS-notat (2015)

¹⁴⁶ NOU 2012: 7 s. 176

vet at kartellet eksisterer, og heller ikke er klar over sitt økonomiske tap. Slik står en effektivisering av erstatningsretten stikk i strid med formålet bak lempningsordningen.

For å motvirke denne negative innvirkningen på lempningsordningen, har departementet vurdert om innvilgelse av lempning bør få virkning for lempningssøkerens erstatningsansvar ved eventuelle etterfølgende erstatningskrav.¹⁴⁷ Foreløpig er begrenset erstatningsansvar for lempningssøkeren ikke blitt innført, ettersom man er uenige om hvilke konsekvenser en slik ordning vil ha for skadelidtes mulighet til å kreve erstatning.¹⁴⁸

Lempning av erstatningsansvar ble innført i USA i 2004. Lempning og erstatning i amerikansk konkurranserett vil ikke vurderes ytterligere i denne oppgaven, men det påpekes likevel at endringene ga en positiv effekt, og at det ikke kan utelukkes at den positive effekten delvis kan tilskrives innføringen av lempning av erstatningsansvaret.¹⁴⁹

Alt i alt oppfyller den norske erstatningsretten som utgangspunkt kravene til ekvivalens og effektivitet. Det foreligger ingen tegn på at norsk erstatningsrett i seg selv er til hinder for en effektiv privat håndheving. Likevel uteblir søksmålene. Trolig er årsaken at det er svært vanskelig for en privat part å bevise kravet.

¹⁴⁷ NOU 2012: 7 s. 175

¹⁴⁸ NOU 2012: 7 s. 180

¹⁴⁹ Hjelmeng mfl. (2014) s. 499 og 500, NOU 2012: 7 s. 177

4 Dokumentinnsyn i overtredelsessaker

4.1 Innledning

En viktig konkurransepolitisk diskusjon er i hvilken grad det skal gis innsyn i tilsynets dokumenter. Det er en kjensgjerning at private erstatningssøksmål hindres av at det er vanskelig og svært ressurskrevende å etablere ansvarsgrunnlag og å kvantifisere det økonomiske tapet. En rett til innsyn i tilsynets dokumenter vil kunne avhjelpe disse utfordringene ved at tredjeparten får tilgang til bevis.

På motsatt side vil en ubegrenset rett til innsyn kunne medføre at foretak som vurderer å søke om lempning velger å avstå fra å søke, i frykt for at bevisene og forklaringene de gir tilsynet senere vil bli brukt mot dem i etterfølgende erstatningssøksmål. Det oppstår dermed en utfordring i å finne den konkurransepolitiske balansen som legger til rette for den mest effektive samlede håndhevingen.

I dette kapitlet vil jeg undersøke tredjepartens rett til dokumentinnsyn i overtredelsessaker hos tilsynet. Problemstillingen under dette kapitlet er hvordan innsynsreglene er utformet for å fremme en effektiv offentlig og privat håndheving.

Jeg vil undersøke innsynsretten etter offentlighetsloven (offl.), og hvordan krrl. §§ 26, 27 og 27a begrenser hovedregelen om allmennhetens rett til innsyn.

Avslutningsvis vil jeg i punkt 4.7 diskutere hvordan innsynsreglene bidrar til effektiv privat- og offentlig håndheving.

4.2 Hovedregelen om innsyn i offentlighetsloven § 3

Retten til innsyn i det offentliges dokumenter er regulert i offentlighetsloven. Tilsynet er et statlig organ underlagt regjeringen og Nærings- og fiskeridepartementet,¹⁵⁰ og er dermed underlagt offentlighetslovens bestemmelser, jf. offl. § 2 og Grl. § 100.

Loven ble opprinnelig innført for å bedre rettsikkerheten, legge til rette for demokratisk deltakelse for samfunnsborgerne og lette pressens behov for tilgang til stoff.¹⁵¹ I den nye offentlighetsloven av 2006 er det inntatt en egen formålsparagraf for å tydeliggjøre de mest sentrale hensynene, transparens og tillit til det offentlige, jf. offl. § 1.

I tillegg taler effektivitetsprinsippet for at hensynet til å gjenopprette det økonomiske tapet tredjeparten har blitt påført, må tillegges vekt ved vurderingen av om innsyn skal gis i tilsynets dokumenter. Selv om gjenopprettingshensynet i seg selv er mindre relevant i konkurranseretten, er den preventive virkningen av en mer effektiv privat håndheving et sentralt hensyn.

Hovedregelen for innsyn etter offentlighetsloven er at "*Alle kan krevje innsyn i saksdokument, journalar og liknande register til organet ...*".¹⁵² Ordlyden indikerer at innsynsretten er ube-

¹⁵⁰ Forskrift om delegering av myndighet til konkurransetilsynet etter konkurranseloven

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 70 s. 15

¹⁵² Offl. § 3

tinget, hvilket innebærer at den som ønsker innsyn ikke behøver å gi noen begrunnelse for begjæringen.

Av offentlighetslovens tredje kapittel følger det en rekke unntak fra hovedregelen. Et viktig unntak i forbindelse med denne avhandlingen er hjemlet i offl. § 13, hvor det fremgår at, "*[o]pplysninger som er underlagde teieplikt i lov ... er unntatte fra innsyn.*". Ordlyden pålegger tilsynet en plikt til å unnta taushetsbelagte opplysninger fra innsynretten.¹⁵³ Det er viktig å merke seg at det er de taushetsbelagte opplysningene, ikke selve dokumentet som er unntatt fra innsyn. Av den grunn må tilsynets gjengivelse av opplysningene i møtereferater eller i annen dokumentasjon sladdes, før innsyn kan gis i tilsynets øvrige dokumenter.

Offl. § 13 er absolutt med mindre den med krav på taushet eventuelt samtykker til innsyn.¹⁵⁴ Plikten til å unnta taushetsbelagte opplysninger innebærer at organet er avskåret fra å kunne vurdere merinnsyn etter offl. § 11.¹⁵⁵

Utgangspunktet er etter dette at enhver har rett til innsyn i tilsynets dokumenter, unntatt i opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt.

4.3 Begrensninger på offentlighetsloven etter konkurranseloven § 26

Krrl. § 26 begrenser offentlighetslovens saklige virkeområde på konkurranserettens område.

Det følger av krrl. § 26 første ledd at, "*Så lenge saken ikke er avsluttet, gjelder ikke offentleglova i saker om overtredelse av § 10 ...*". Av hensyn til effektiv etterforskning¹⁵⁶ begrenser bestemmelsen offentlighetslovens anvendelsesområde ved at ingen har lovbestemt rett til innsyn i sakens dokumenter før etter at saken er avsluttet. Et spørsmål som reiser seg i denne forbindelse er når saken anses for å være avsluttet.

Ordlyden "*... avsluttet ...*" peker på at tilsynet ikke kan ha en aktiv, pågående etterforskning, enten fordi den ble avsluttet uten vedtak, eller fordi det har blitt fattet vedtak om overtredelse. Av lovens forarbeider følger det at saken heller ikke anses avsluttet dersom det tas ut påtale,¹⁵⁷ hvilket virker logisk ser man hen til formålet om å beskytte etterforskningen.

Saksdokumentene er med andre ord unntatt den alminnelige innsynsretten som følger av offl. § 3, frem til tilsynet har fattet endelig vedtak om overtredelse, har avsluttet etterforskningen uten å fatte vedtak, eller når straffeforfølgningen er avgjort ved rettskraftig dom eller har blitt henlagt.

Med lovendringen i 2013 ble det i bestemmelsens annen setning innført en ytterligere begrensning av offentlighetslovens virkeområde, "*... for dokumenter som er mottatt av Konkurransetilsynet i forbindelse med en lempningssøknad ...*". Denne begrensningen gjelder uavhengig av om saken er avsluttet eller ikke, jf. bestemmelsens ordlyd "*... også etter at saken er avsluttet.*».

¹⁵³ Lovavdelinga (2009) s. 73

¹⁵⁴ Offl. § 13 tredje ledd

¹⁵⁵ Lovavdelinga (2009) s. 73

¹⁵⁶ Prop. 75 L s. 133

¹⁵⁷ Prop. 75 L s. 152

Formålet med å begrense innsynsretten på denne måten er å "... motvirke at lempningssøkere får et dårligere utgangspunkt enn andre kartelldeltakere i et eventuelt etterfølgende sivilt søksmål." ¹⁵⁸ Bestemmelsen er ment å sikre forutsigbarhet for lempningssøkeren, og slik bidra til å forsterke insentivet til å søke om lempning. ¹⁵⁹

Selv om dokumentene er unntatt den alminnelige innsynsretten, kan tilsynet i samsvar med god forvaltningsskikk tillate innsyn etter eget skjønn. Departementet uttrykte ved lovarbeidet at denne innsynsadgangen burde praktiseres forsiktig, av hensyn til effektivitet for lempningsordningen. ¹⁶⁰ Av tilsynets høringsuttalelse fremgår det at også tilsynet anså det som viktig å unnta lempningssøknaden med vedlegg fra innsynsretten, av hensyn til å ivareta en effektiv håndheving av konkurranseloven.

"Konkurransetilsynet anser forslaget til ny [nå § 26 første ledd] som en naturlig forlengelse av den foreslåtte regelen om lempning i konkurranseloven ... forslaget ... verner lempningssøker mot privatrettslige sanksjoner i form av erstatningssøksmål. ... forslaget ... anses å være begrunnet i hensynet til å verne om den som velger å kontakte myndighetene og opplyse om den aktuelle overtredelsen og derigjennom motvirke store samfunnsøkonomiske skadevirkninger. Bestemmelsen er således viktig for de foreliggende forslagenes samlede effekt med hensyn til å styrke håndhevelsen av konkurranseloven." ¹⁶¹

Både høringsuttalelsen fra tilsynet og departementets uttalelse i forarbeidene, tyder på at det av hensyn til beskyttelse av etterforskningen og den som søker om lempning, skal mye til før innsyn innvilges. Bestemmelsen begrenser samlet sett innsynsretten i betydelig grad.

4.4 Taushetsplikten etter konkurranseloven §§ 27 og 27 a

Krrl. §§ 27 annet ledd og 27a var nye ved lovendringen i 2013. Bestemmelsene pålegger tilsynet og parter i saken taushetsplikt om skylderklæringen.

"Enhver som utfører tjeneste eller arbeid for konkurransemyndighetene, har taushetsplikt om opplysninger som har sin opprinnelse i erklæringer fra et foretak om dets viten om en overtredelse av § 10 og foretakets egen delaktighet i overtredelsen, og som er utarbeidet spesielt med det formål å oppnå lempning ..."

Departementet uttalte ved innføring av taushetsplikten etter krrl. § 27 annet ledd at "*Lempningssøker skal således være trygg på at det ikke gis innsyn i opplysninger som stammer fra skylderklæringen.*" ¹⁶² Formålet med å underlegge opplysningene taushetsplikt er å skape større forutberegnelighet for lempningssøkeren.

Ordlyden gir anvisning på at det er *opplysningene* som stammer fra skylderklæringen som er underlagt taushetsplikt, ikke selve dokumentet.

¹⁵⁸ Prop. 75 L s. 122

¹⁵⁹ Prop. 75 L s. 124

¹⁶⁰ Prop. 75 L s. 152

¹⁶¹ Konkurransetilsynet (2009) s. 5, se høringsnotatet Fornyings- og administrasjonsdepartementet (2008) s. 9 flg. I høringsnotatet er forslaget om å unnta lempningssøknaden med vedlegg inntatt i krrl. § 27a (se høringsnotatet s. 12), men ble inntatt i krrl. § 26 ved endelig lovendring.

¹⁶² Prop. 75 L s. 126

Departementet har i forslaget til endringer i konkurranseloven fra 2015 presisert ordlyden skylderklæring. Med skylderklæring menes faktiske selvinkriminerende opplysninger som er utarbeidet ene og alene for å samarbeide med konkurransemyndighetene. Opplysningene tilsynet var i besittelse av før lempningssøknaden ble inngitt er ikke underlagt taushetsplikt.¹⁶³

Løsningen fremstår naturlig sett i sammenheng med at det kun er nye opplysninger som inngår i vurderingen av om et foretak skal innvilges lempning. Foretaket kan ikke forvente å oppnå noen fordeler for opplysningene som allerede var i tilsynets besittelse, fordi disse ikke danner grunnlag for innvilgelse av lempningssøknaden.

Da konkurranseloven av 2004 opprinnelig ble innført, fantes det ingen særskilt bestemmelse om taushetsplikt for opplysninger i skylderklæringen. Tvert om følger det av forarbeidene at det var viktig for tredjeparter som kan påvise rettslig interesse å få innsyn i sakens dokumenter. Dette var begrunnet med tredjepartens behov for tilgang til informasjon for å bevise kravet i et etterfølgende søksmål.¹⁶⁴ Innføringen av taushetsplikt om skylderklæringen i senere tid vitner om at det har skjedd et prioriteringsskifte, hvor lempningsordningens effektivitet prioriteres fremfor den private håndhevingen.

Av bestemmelsens tredje ledd følger det at fvl. §§ 13 til 13e gjelder tilsvarende så langt de passer. Det skal her kun bemerkes at det av fvl. § 13a første ledd nr. 1, følger at opplysninger kan gjøres kjent for andre i den utstrekning den med krav på taushet samtykker til det. Slik at en deltaker alltid vil kunne samtykke til at tredjeparter får innsyn i de taushetsbelagte opplysningene. Forvaltningsloven vil ikke bli behandlet ytterligere i denne oppgaven.

Det følger av krrl. § 27a første ledd at en part som har fått innsyn i skylderklæringen etter krrl. § 26 annet ledd selv underlegges taushetsplikt, og begrensninger på retten til bruk av opplysningene. Taushetsplikten og begrensningene på bruken av opplysningene, beskytter lempningssøkerens krav på taushet om skylderklæringen. Bestemmelsen gir parten anledning til å imøtegå opplysningene som fremkommer av skylderklæringen slik at kontradiksjonsprinsippet overholdes, samtidig som den forhindrer partsinnsynet fra å dempe insentivet til å søke om lempning.¹⁶⁵

Etter bestemmelsens annet ledd er "... enhver med rettslig interesse i en avsluttet sak om overtredelse ...", gitt innsynsrett i opplysninger undergitt lovbestemt taushetsplikt. Dette gjelder likevel ikke skylderklæringen. Det er den skadelidtes behov for tilgang til bevis som begrunner at den med rettslig interesse kan få innsyn i sakens øvrige dokumenter selv om de er underlagt taushetsplikt. Det vil for eksempel kunne være tale om forretningshemmeligheter, beskrivelser av berørte markeder, eller annet faktum som er avgjørende for tredjepartens mulighet til å bevise det økonomiske tapet og å konstatere årsakssammenheng. Innsyn vil videre kunne innvilges i viktige opplysninger og bevis som er skaffet til veie ved tilsynets egen bevissikring.¹⁶⁶

¹⁶³ Håndhevingsdirektivet art. 2 sekstende ledd, Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 39

¹⁶⁴ Ot.prp. nr. 6 s. 189

¹⁶⁵ Prop. 75 L s. 126

¹⁶⁶ Prop. 75 L s. 128

Gjeldende rett innebærer etter dette at opplysninger som stammer fra skylderklæringen er underlagt taushetsplikt. Opplysningene må sladdes dersom allmennheten eller tredjepart med rettslig interesse gis innsyn i sakens øvrige dokumenter.

4.5 Forholdet mellom tvistelovens bevisregler og den begrensede innsynretten etter konkurranseloven

Tvistelovens¹⁶⁷ (tvL.) femte del om bevis regulerer hvilken tilgang partene i et sivil søksmål skal gis til opplysninger og bevis som er i motpartens besittelse, og hvilken plikt partene har til selv å opplyse saken.

Utgangspunktet er etter tvL. §§ 21-4 og 21-5 at partene har en selvstendig plikt til å opplyse saken riktig og fullstendig. Parten skal selv tilby de bevis som parten besitter, uavhengig av om beviset taler for eller imot egen sak. I tillegg er parten forpliktet til å fremlegge bevisgjensstander som parten har hånd om, eller har mulighet til å skaffe til veie, dersom retten eller motparten begjærer bevisene fremlagt, jf. tvL. § 25-6.

Den vide forklarings- og bevisplikten er begrenset av reglene om bevisforbud og bevisfritak i lovens kapittel 22, jf. tvL. § 21-5.

Her oppstår det en viktig berøringsflate mellom taushetsplikten og opplysningsplikten etter tvisteloven. Spørsmålet er om saksøker etter reglene i tvisteloven kan få tilgang til opplysningene som stammer fra skylderklæringen.

TvL. § 22-3 oppstiller et forbud mot føring av bevis som er underlagt lovbestemt taushetsplikt for "*... den som har opplysningene som følge av tjeneste eller arbeid for stat eller kommune ...*", "*... når dette vil krenke lovbestemt taushetsplikt ...*". Ordlyden peker på at den som er i besittelse av taushetsbelagte opplysninger som følge av sin stilling, ikke kan føre disse opplysningene som bevis for retten.

Opplysninger som stammer fra skylderklæringen, er underlagt slik taushetsplikt. Dette innebærer at det er oppstilt et forbud mot føring av opplysningene for den som er ansatt, eller er i tjeneste for tilsynet, men ikke for overtrederen selv.¹⁶⁸

Høyesterett¹⁶⁹ har tidligere slått fast at bevisforbudet også gjelder tilfellene der den som har krav på hemmelighold er den som er i besittelse av dokumentene. Dette er begrunnet med at bestemmelsen ellers ikke gir en effektiv beskyttelse av fortroligheten bevisforbudet er ment å ivareta.

Ettersom opplysningene som stammer fra skylderklæringen er gitt til tilsynet under forutsetning om at det blir bevart taushet om opplysningene, er overtrederen i utgangspunktet beskyttet fra å måtte gi motparten opplysninger som stammer fra skylderklæringen.

Av tvL. § 22-3 annet og tredje ledd følger det to unntak fra bevisforbudet. For det første vil departementet kunne samtykke til at beviset tillates ført. Samtykke kan kun nektes dersom

¹⁶⁷ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

¹⁶⁸ Prop. 75 L s. 129

¹⁶⁹ Rt. 2004 s. 1668, avsn. 32 og 36

føringen av beviset vil utsette staten eller allmenne interesser for skade, eller vil virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighold. For det andre kan retten etter en avveining mellom hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning, tillate beviset ført selv om departementet ikke samtykker, eller nekte beviset ført dersom departementet har samtykket.

I lovens forarbeider har departementet utdypet bestemmelsens innhold. Det ble uttalt at "*Bestemmelsens reelle meningsinnhold er at partene kan føre bevis også om taushetsbelagte opplysninger med mindre dette vil utsette staten eller allmenne interesser for skade, eller vil virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighold.*".¹⁷⁰ Til dette uttales det spesielt om skylderklæringen at hensynet til en effektiv håndheving av konkurranseloven bør veie tungt.

Departementets uttalelse peker mot at det skal mye til for at behovet for innsyn skal veie tyngre enn hensynet til effektiv håndheving. Uttalelser sett i sammenheng med EU-rettens krav til effektiv privat håndheving, indikerer at å føre skylderklæringen som bevis etter tvl. § 22-3 bærer preg av å være en siste utvei. Sammenholdt innebærer dette at føring av skylderklæringen som bevis kun tillates dersom bevisbildet forøvrig er så vanskelig at tredjeparten reelt sett er avskåret fra å kreve erstatning.

Både lovens ordlyd og uttalelsene i lovens forarbeider viser at skylderklæringen ikke er underlagt et absolutt bevisforbud.

4.6 Oppsummering og avsluttende betraktninger

Av drøftelsene under kapittel fire kan man trekke ut at den i utgangspunktet vide innsynsretten er betydelig innsnevret i overtredelsessaker. Det har vært et bevisst valg fra lovgiver å fremme lempningsordningen som insentiv til å avdekke karteller og å sikre effektiv etterforskning, på bekostning av tredjeparts behov for dokumentinnsyn.

Krrl. §§ 26 og 27 sett i sammenheng innebærer for det første at lempningssøknaden med vedlegg er unntatt fra den alminnelige innsynsretten etter offl. § 3. Videre er skylderklæringen underlagt taushetsplikt og bevisforbud. Selv om bevisforbudet ikke er absolutt, tyder lovens forarbeider på at det skal mye til for at skylderklæringen tillates ført som bevis. Samlet sørger dette for at tredjeparten som utgangspunkt kun har rett til innsyn i den dokumentasjonen tilsynet uansett hadde sittet på, uavhengig av om deltakeren har søkt om lempning eller ikke.

Dette innebærer at den eneste reelle muligheten tredjeparten har til å få innsyn i opplysninger som strammer fra skylderklæringen, er at foretaket samtykker.

Innsynsreglene sørger for at foretaket som søker om lempning ikke stilles i en dårligere posisjon enn de øvrige deltakerne under et etterfølgende søksmål. Ettersom selvinkriminerende opplysninger som fremkommer av lempningssøknaden er underlagt taushetsplikt og bevisforbud, kan det tenkes at bevisene tredjeparten gis innsyn i danner et bedre grunnlag for å rette et søksmål mot de øvrige deltakerne. Slik vil lempningssøkeren sin posisjon i et etterfølgende søksmål kanskje forbedres ved inngivelse av lempningssøknad, sett i forhold til de øvrige deltakerne.

¹⁷⁰ Prop. 75 L s. 129

Innsnevringen ivaretar lempningssøkeren, og en mer effektiv offentlig håndheving. For den private håndhevingen innebærer derimot innsnevringen at det er vanskeligere å bevise kravet om erstatning.

Samtidig må det påpekes at mengden opplysninger som er underlagt taushetsplikt vil variere fra sak til sak, avhengig av når i prosessen lempningssøknaden blir inngitt. Dersom søknaden er inngitt allerede før tilsynet har igangsatt etterforskningen, vil flere opplysninger være underlagt taushetsplikt, enn om søknaden blir inngitt senere. Dette vil kunne være avgjørende for om tredjeparten klarer å bevise sitt krav eller ikke.

5 Samvirket mellom lempning, erstatning og dokumentinnsyn i norsk konkurranserett

5.1 Innledning

Kapittel fem er avhandlingens avsluttende kapittel. Her diskuteres avhandlingens problemstilling (ii) *hvordan erstatningsretten og innsynsreglene virker inn på lempningsordningens effektivitet*, og (iii) *hvordan lempnings- og innsynsreglene virker inn på erstatningsrettens effektivitet?*

Vurderingene vil bygge på det som er fremkommet av undersøkelsene i avhandlingens kapittel to, tre og fire.

Under hver problemstilling vil jeg vurdere hvordan samspillet påvirkes dersom håndhevingsdirektivet blir inkorporert i norsk rett. Grunnen til at håndhevingsdirektivet etter min vurdering er relevant for avhandlingens tema er direktivets formål. Direktivets formål er å optimalisere samspillet mellom offentlig og den privat håndheving av konkurransereglene med blant annet hjelp av regler om innsyn, erstatning og bevis.¹⁷¹

Under punkt 5.4 vil jeg sammenfatte vurderingene og gi noen avsluttende betraktninger.

5.2 Erstatnings- og innsynsreglenes mulige innvirkning på lempningsordningens effektivitet

Dette delkapittelet er begrenset til å omhandle hvordan erstatningsretten og innsynsretten kan innvirke på incentivet til å søke om lempning. Deretter vil det tas utgangspunkt i håndhevingsdirektivet, for å vurdere implementering av direktivet kan bidra til å avhjelpe den insentivdempende effekten erstatningsretten har på lempningsordningen.

På bakgrunn av undersøkelsene i oppgavens kapittel to, kan man konkludere med at effektivisering av lempningsordningen er blitt viet mye konkurransepolitisk oppmerksomhet de siste årene. Likevel har resultatene av politikken latt vente på seg.

Det kan være mange årsaker til at lempning ikke er mer utbredt i Norge. Det er særlig to sider ved samspillet mellom lempningsordningen og erstatningsretten som er egnet til å medføre at erstatningsretten setter en begrensning på lempningsordningen. For det første innrømmer foretaket skyld i overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid ved å inngi lempningssøknad. Som det kom frem under avhandlingens kapittel tre kan denne overtredelsen danne ansvarsgrunnlaget for et krav om erstatning. Med andre ord innrømmer foretaket at det har begått en ansvarsbetingende handling ved å søke om lempning. Innrømmelsen og dokumentene det gis innsyn i, vil kunne brukes mot deltakeren i et etterfølgende søksmål. Mange foretak vil av den grunn velge å avstå fra å søke om lempning.

For det andre foregår kartellvirksomhet i det skjulte. En søknad om lempning vil i mange tilfeller føre til at selve kartellet blir avdekket. Andre foretak i markedet, eller forbrukere som tidligere ikke var klar over at kartellet eksisterte vil som følge av avdekkingen kunne bli oppmerksom på sitt økonomiske tap, og vurdere å rette et krav om erstatning.

¹⁷¹ Håndhevingsdirektivet art. 1 annet ledd og fortalen avsn. 6

Et erstatningssøksmål kan raskt overstige overtredelsesgebyret. Si for eksempel at det opprettes et utmeldingssøksmål etter tvl. § 35-7, lignende forbrukerrådets søksmål mot DNB Bank ASA.¹⁷² I denne saken måtte banken totalt tilbakebetale omkring 350 millioner kroner til sine omkring 180.000 sluttbrukere.

Sammenholdt innebærer dette at inngivelse av lempningssøknad er risikabelt, fordi deltakeren utsetter seg selv for mulige etterfølgende erstatningssøksmål, ved at deltakeren innrømmer og avdekker overtredelsen.

For å avhjelpe den insentivdempende innvirkningen av etterfølgende søksmål, har det blitt vurdert om foretakene som innvilges lempning samtidig bør få begrenset sitt erstatningsansvar.¹⁷³ Forslaget har ikke ført gjennom selv om dette kunne ha bidratt til å øke insentivet til å inngi søknad.¹⁷⁴ Departementet har ønsket å vente med en eventuell ansvarsbegrensning inntil EU/EØS har avklart hvilken løsning de ønsker å implementere.¹⁷⁵

En utfordring knyttet til å innføre begrenset erstatningsansvar, er å samtidig ivareta tredjepartens rett til effektiv håndheving av sine rettigheter etter konkurranseloven, og herunder forhindre at det blir umulig, eller uforholdsmessig vanskelig å gjøre erstatningskravet gjeldende.

Den norske regelen om solidaransvar i skl. § 5-3 er egnet til å avhjelpe effektivitetsutfordringen som kan oppstå ved begrenset ansvar. I et kartell vil det alltid måtte være minst to deltakere. Tredjeparten vil etter reglen om solidaransvar kunne få sin rett til effektiv beskyttelse ivare tatt ved å rette erstatningskravet mot en hvilken som helst av de øvrige deltakerne.¹⁷⁶ Her oppstår det imidlertid flere utfordringer. For det første er det etter norsk konkurranserett ingen begrensning på hvor mange av deltakerne som kan oppnå lempning. Dersom innvilget lempning i seg selv skulle unnta parten helt eller forholdsvis etter lempningsgrad, vil man derfor risikere at det blir uforholdsmessig vanskelig for tredjeparten å få dekket hele sitt tap.

Et eksempel kan være at A, B, C og D har deltatt i et kartell og at de har påført E et tap på kr. 100 millioner. Deltakerne har fått innvilget lempning, og erstatningsansvaret lempes forholdsvis. A får innvilget hel lempning (100 %) og kan derfor ikke holdes ansvarlig for tapet. B får innvilget 50 % lempning og kan derfor kun holdes ansvarlig for inntil 50 % av tapet. C får innvilget 30 % lempning og kan dermed holdes ansvarlig for inntil 70 % av tapet. D får innvilget 20 % lempning, og kan holdes ansvarlig for inntil 80 % av E sitt tap.

I et slikt tilfelle må E saksøke minst to av deltakerne for å få dekket hele sitt tap. For eksempel kan E saksøke D for 80 millioner, og C for resterende 20 millioner av tapet. Umiddelbart ser det ut til at E vil ha gode dekningsmuligheter, ettersom dekningsgraden totalt blant deltakerne er 200 % (50 + 70 + 80).

Et annet alternativ som er enklere å praktisere, vil være å kun begrense ansvaret for den deltakeren som oppnår hel lempning, slik at de øvrige deltakerne er solidarisk ansvarlig for hele

¹⁷² HR-2020-475-A

¹⁷³ NOU 2012: 7 s. 175

¹⁷⁴ Prop. 75 L s. 44

¹⁷⁵ NOU 2012: 7 s. 180, Kunngjøring om lempning ESA (2009) s. 8

¹⁷⁶ NOU 2012: 7 s. 177 og 178

erstatningssummen. I eksempelet ville E kunne saksøke hver av de øvrige deltakerne for 100 % av tapet. Dekningsgraden blant deltakerne er da 400 % i eksempelet ovenfor.

En viktig utfordring knyttet til å begrense erstatningsansvaret er at enkelte av deltakerne kan være betalingsudyktige. Ved at én eller flere deltakere i kartellet helt eller delvis unntas fra erstatningsansvaret øker tredjepartens inndrivelsesrisiko. Sett hen til at det overordnede målet i konkurranseretten er å sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser, bør hensynet til en effektiv bekjempelse av kartellene veie tyngre enn den enkeltes rett til gjenoppretting. Dessuten er det inndrivelsesrisiko forbundet med pengekrav generelt, uavhengig av rettsområde. Man kan derfor stille spørsmål til hvor legitimt det er å vektlegge gjenopprettelseshensynet og inndrivelsesrisikoen spesielt i konkurranseretten. Dessuten vil en effektiv bekjempelse av kartellene bidra til å forhindre at kundene påføres slike tap i utgangspunktet.

Det dukker i tillegg opp en utfordring knyttet til reglene om regress, jf. skl. § 5-3 annet ledd. Etter denne regelen kan deltaker D i eksempelet kreve regress av de øvrige deltakerne. Ettersom kravet etter regelen vil bli gjort opp mellom deltakerne i ettertid, har ikke begrensningen i erstatningsansvaret noen virkning. Gitt at deltakerne deler ansvaret likt vil D i eksempelet kreve 5 % regress av C og 25 % regress av A og B. Deltakerne blir til slutt ansvarlig for sin del av tapet, uavhengig av om lempning er blitt innvilget eller ikke.

Reglene om regress må tilpasses i tråd med begrensningene på erstatningsansvaret.

En annen utfordring knyttet til lempningsordningens effektivitet er innsynsreglene. Selv om lempningssøknaden med vedlegg er unntatt offentlighetsloven og skylderklæringen er underlagt taushetsplikt, er det ofte søknaden som fører til selve avdekkingen av kartellet og som dermed utløser tilsynets etterforskning og gir tredjeparten kunnskap om skaden.

Så snart overtredelsessaken er avsluttet vil allmennheten få rett til innsyn i sakens øvrige dokumenter. Ettersom lempningssøknaden med vedlegg ikke er underlagt taushetsplikt, men kun unntatt offentlighetsloven, vil tredjeparten kunne begjære søknaden med vedlegg fremlagt etter tvl. § 25-6, mot at opplysningene som stammer fra skylderklæringen sladdes. Hvilke opplysninger og dokumenter tredjeparten får innsyn i vil variere fra sak til sak, men det er en god sjanse for at tredjeparten vil klare å bevise erstatningskravet.

For å avhjelpe innsynsreglenes negative innvirkning på lempningsordningen, vil en total begrensning av erstatningsansvaret for den som avdekker kartellet kunne virke effektivt. Underforutsetning om at regressansvaret tilpasses, sparer foretaket seg da for både overtredelsesgebyr og erstatningsansvar.

De øvrige deltakerne vil i et slik tilfelle i liten grad ha noe å tape på å inngi søknad om lempning, ettersom kartellet allerede er eksponert, og en av deltakerne samarbeider med tilsynet. Som nevnt i delkapittel 4.4 vil tredjeparter som den klare hovedregel kun få innsyn i opplysningene tilsynet ville ha vært i besittelse av, uavhengig av om søknadene inngis eller ikke. Slik at foretakenes stilling i et etterfølgende søksmål ikke er dårligere enn om søknad ikke inngis. Å la være å inngi søknad vil i et slikt tilfelle kun være rasjonelt dersom deltakeren ser en god mulighet for at bevisene tilsynet er i besittelse av fra før, ikke er tilstrekkelige til å bevise foretakets delaktighet i overtredelsen.

Ved å innføre håndhevingsdirektivet har kommisjonen forsøkt å effektivisere den private håndhevingen i EU. Direktivet hadde gjennomføringsfrist i EU-statene den 27. desember

2016, men er foreløpig ikke blitt gjort til del av EØS-avtalen. Årsaken er at EØS-avtalen som utgangspunkt ikke omfatter prosessreglene i den nasjonale lovgivningen. EFTA-komiteen gjorde dette klart i deres kommentar til direktivet allerede i 2013 "*The EEA EFTA States would, however, strongly underline that provisions on civil procedure are, in general not EEA relevant and fall outside the scope of the EEA Agreement.*".¹⁷⁷ Ønsket om en enhetlig anvendelse av EU/EØS-reglene og reglenes nære tilknytning til den private håndhevingen, tilsier at direktivet trolig vil bli implementert på sikt. Nærings- og fiskeridepartementet la i 2015 frem et forslag til endringer i konkurranseloven for å gjennomføre håndhevingsdirektivet i norsk konkurranserett. Forslaget kan gi en god pekepinn på hvordan direktivet kan bli gjennomført i norsk rett, dersom det blir gjort til del av EØS-avtalen eller implementeres på annen måte.

Direktivet legger til rette for et bedre samspill i håndhevingen av konkurranseloven, men har særlig fokus på å effektivisere erstatningsretten. En mer effektiv privat håndheving vil føre til en økning i risikoen for etterfølgende søksmål. Økt risiko vil kunne virke dempende på foretakenes insentiv til å søke om lempning, fordi mange foretak vil vegre seg mot å avdekke kartellet, og dermed eksponere seg selv og de øvrige deltakerne for private søksmål.

En løsning på dette vil være å sørge for at *én* av deltakerne velger å eksponere kartellet. Kommisjonen har forsøkt å løse denne utfordringen ved kun å innføre begrenset erstatningsansvar for den ene deltakeren som får innvilget hel lempning.

I direktivet art. 11 fjerde ledd bokstav a er det inntatt en bestemmelse om at den som innvilges hel lempning, kun kan holdes ansvarlig overfor sine egne direkte og indirekte kunder.¹⁷⁸

"... *en modtager af bødefrigivelse hæfter solidarisk på følgende måde:*

a) *Over for sine direkte eller indirekte aftagere eller leverandører"*

Dette innebærer at den som får innvilget hel lempning ikke kan holdes solidarisk ansvarlig for tap som er påført kunder av de øvrige kartelldeltakerne, eller for mer avledede tap som i C-435/18 Otis mfl. nevnt under delkapittel 3.4. Avhengig av kartellets oppbygning og deltakerens størrelse vil dette kunne utgjøre en stor begrensning i ansvaret, særlig dersom søkeren er et av foretakene i kartellet med lavest omsetning.

Bestemmelsen følges opp med en tilsvarende begrensning i regressansvaret for den samme deltakeren. Utgangspunktet etter bestemmelsen om regress er at hver deltaker kan avkreves en sum som maksimalt tilsvarende den enkeltes ansvar for den totale skaden. Begrensningen for den som har fått innvilget hel lempning, innebærer at denne deltakeren ikke kan kreves for et beløp som overstiger det økonomiske tapet til de skadelidte erstatningsansvaret er begrenset til å gjelde, jf. art. 11 femte ledd.¹⁷⁹ Slik sikrer kommisjonen at reglene om regress ikke uthuler ansvarsbegrensningen.

I art. 11 fjerde ledd bokstav b er det inntatt et unntak fra ansvarsbegrensningen. Dersom de øvrige kartelldeltakerne er betalingsudyktige, kan deltakeren som fikk innvilget hel lempning likevel holdes ansvarlig. Her skyves inndrivelsesrisikoen over på foretaket som fikk innvilget hel lempning dersom de øvrige deltakerne i kartellet er betalingsudyktige.

¹⁷⁷ EFTAs faste komité (2013) s. 2

¹⁷⁸ Som forklart i punkt 3.4

¹⁷⁹ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 24

Effektivitetsprinsippet som nevnt i delkapittel 3.2 er slått fast i direktivet art. 4.

"... retten til at gøre erstatningskrav gældende er udformet og anvendes på en sådan måde, at de ikke gør det praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig at gøre retten til fuld erstatning efter EU-retten for skade forvoldt ved en overtrædelse af konkurrenceretten gældende."

Ordlyden peker på at effektivitetskravet er knyttet til skadelidtes mulighet til å gjøre rettskravet gjeldende. Det finnes ingen indikasjoner på at prinsippet i tillegg stiller krav til hvordan inndrivelsesrisikoen håndteres, foruten at det må være mulig å inndrive kravene etter nasjonal rett. Etter min vurdering følger det ikke av ordlyden, eller av kjent praksis at effektivitetsprinsippet krever at inndrivelsesrisikoen skyves over på tredjeparten dersom de øvrige deltakerne er betalingsudyktige.

Kommisjonen har her gjort en avveining mellom hensynet til effektiv offentlig håndheving, og den privates rett til erstatning etter EU/EØS-retten. Det synes som at kommisjonen er kommet til at lempingssøkeren er nærmere til å bære tapet enn tredjeparten.

Spørsmålet om hvorvidt pengedebitor er betalingsdyktig dukker først opp i selve inndrivelsesrunden, og er en risiko som løper ved alle typer pengekrav. Det kan derfor stilles spørsmål til om det er legitimt å la hensynet til tredjeparten veie tyngre enn hensynet til en effektiv lempningsordning, ettersom hensynet til markedet skal trone øverst i konkurranseretten.

Videre styrker direktivet insentivet til å søke om lempning ved å sikre at skylderklæringen ikke kan bli brukt mot foretaket i en etterfølgende erstatningssak. Direktivet gjennomfører et absolutt bevisforbud i art. 6 sjette ledd.¹⁸⁰ Forbudet er begrunnet med faren for at deltakerne blir avskrekket fra å samarbeide med myndighetene, dersom det finnes en mulighet for at selvinkriminerende erklæringer blir fremlagt for tredjeparter.¹⁸¹

Selv om adgangen etter tvl. § 22-3 er snever, kan deltakeren ved implementering av direktivet stole helt på at skylderklæringen aldri vil komme til å bli gjenstand for bevisvurderingen, i et etterfølgende søksmål. Søkeren kan da vite med sikkerhet at han ikke stilles dårligere enn de øvrige deltakerne, og at han dermed ikke er mer eksponert enn de andre deltakerne for å få søksmålet rettet mot seg.

Direktivets art. 6 fjerde ledd bokstav a innebærer en ytterligere innsnevring av de sivilprosessuelle bestemmelsene om fremleggelse av dokumentbevis hos tilsynet, ved at det stilles strengere krav til identifisering av dokumentene som begjæres fremlagt. Det følger av bestemmelsen at domstolen, ved vurderingen av om begjæringen skal etterkommes eller ikke, skal ta hensyn til:

"hvorvidt begjæringen er affattet specifikt med hensyn til arten, genstanden eller indholdet af dokumenter forelagt for en konkurrencemyndighed eller indeholdt i dennes sagsakter snarere end som en ukonkret ansøgning vedrørende dokumenter, der er indgivet til en konkurrencemyndighed."

¹⁸⁰ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 34

¹⁸¹ Håndhevingsdirektivet ansv. 26

Bestemmelsen legger opp til at det stilles strengere krav til spesifisering av hvilke dokumenter som begjæres fremlagt. Tanken er at en motpart ikke kan begjære innsyn i alle tilsynets dokumenter i anledning saken, slik som ellers ofte vil godtas etter norsk rett.¹⁸²

Ordlyden som er foreslått gjennomført i konkurranseloven er:

"Ved vurderingen av en begjæring om bevistilgang ... [hos konkurransemyndighetene] ... skal domstolen også ta hensyn til behovet for å sikre en effektiv offentlig håndheving."¹⁸³

Vurderingen etter denne bestemmelsen skal gjøres i tråd med kravene i art. 6 fjerde ledd. Herunder bokstav a som stiller strengere krav til identifisering av dokumentene.¹⁸⁴

5.3 Lempnings- og innsynsreglenes mulige innvirkning på erstatningsrettens effektivitet

Under dette delkapittelet skal det, med utgangspunkt i undersøkelsene fra kapittel to, tre og fire, diskuteres hvordan lempningsordningen, innsynsreglene og de sivilprosessuelle reglene kan innvirke på erstatningsretten. Deretter vurderes hvordan innføring av håndhevingsdirektivet kan bidra til å effektivisere den private håndhevingen ved å bedre tredjepartens rettsstilling.

Undersøkelsene i avhandlingens tidligere kapitler har vist hvordan norsk konkurransepolitikk de senere årene har gitt effektivisering av lempningsordningen høy prioritet. Endringene i lempningsreglene, og innsynsreglene kan potensielt ha gjort den private håndhevingen mindre effektiv. Samtidig kan det ha ført til at lovgiver ikke har sett etter nye, og tilpassede løsninger for en effektiv samlet håndheving.

Lempningsordningen i seg selv berører erstatningsretten i svært liten grad ettersom den i Norge ikke har noen direkte innvirkning på erstatningskravet. På erstatningsrettens område er det i hovedsak innsynsreglene, og de sivilprosessuelle reglene om bevis som hindrer den private håndhevingens effektivitet.

Selv om innsynsretten er blitt innsnevret, har tredjeparter en relativt vid rett til innsyn så snart saken er avsluttet. Ved hjelp av overtredelsesvedtaket og sakens øvrige dokumenter vil det trolig være gode muligheter for å konstatere ansvarsgrunnlag.

Den største utfordringen ligger i å beregne det økonomiske tapet, og å konstatere årsakssammenheng. Skylderklæringen inneholder svært sentral informasjon om overtredelsens art, varighet, geografiske omfang og hvilke produkter det ble samarbeidet om.¹⁸⁵ Disse opplysningene er helt sentrale for å bevise økonomisk tap og årsakssammenheng, ettersom denne informasjonen beskriver karakteren av overtredelsen. Dersom opplysningene fra skylderklæringen er nye for tilsynet, er de etter krrl. § 27 underlagt taushetsplikt og bevisforbud etter tvl. § 22-3. Opplysningene er da ikke tilgjengelige for tredjeparten.

¹⁸² Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 34

¹⁸³ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 68 § X-7 femte ledd

¹⁸⁴ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 37

¹⁸⁵ Utmålingsforskriften § 4

Graden av innsyn vil slå ulikt ut fra sak til sak, ettersom kun opplysningene som er nye for tilsynet, underlegges taushetsplikt. Man risikerer at det for tredjeparter fremstår helt tilfeldig om innsynet er tilstrekkelig til å dokumentere kravet. I norsk konkurranserett finnes det ingen rettsregler som er godt egnet til å avhjelpe denne utfordringen.

Med innføringen av håndhevingsdirektivet er det nettopp disse utfordringene kommisjonen har tatt sikte på å avhjelpe. Ved innføring av en rekke tilpasninger i lovverket skal direktivet bidra til at flere tredjeparter reiser etterfølgende erstatningssøksmål.

Det er særlig to forslag til endringer jeg ønsker å trekke frem, da disse etter min vurdering synes å være særlig egnet til å effektivisere erstatningsretten. De to endringene består i at (i) overtredelsesvedtakene settes i en bevismessig særstilling, samtidig som (ii) konkurransemyndighetene blir gitt en større rolle i den private rettssaken.

Den første endringen følger av direktivet art. 9:

"... når en national konkurrencemyndighed eller appelret har truffet en endelig afgjørelse om overtrædelse af konkurrenceretten, anses den for at være uomtvistelig med henblik på et erstatningssøgsmaal, der er indbragt for deres nationale retter i henhold til artikel 101 ..."

Ordlyden peker på at en endelig rettsavgjørelse eller vedtak om overtredelse av art. 101, som tilsvarende art. 53 i EØS-avtalen, fra domstol eller fra konkurransemyndighetene, skal legges til grunn som bevist uten ytterligere prøving. Dette innebærer at domstolen er avskåret fra å prøve om det har skjedd en overtredelse av art. 53 i et etterfølgende erstatningssøksmål. Bestemmelsen gjelder kun etterfølgende søksmål i saker om overtredelse av art. 53, ikke overtredelser som kun gjelder krrl. § 10.¹⁸⁶

Videre vil de norske reglene om den materielle rettskraftens positive funksjon, sørge for at en *rettskraftig rettsavgjørelse* som stadfester overtredelse av krrl. § 10, har samme bindende virkning som vedtak og rettsavgjørelse om overtredelse av art. 53 har etter § X-8 i departementets forslag til lovendring.

Sammenholdt innebærer det ovennevnte at de eneste tilfellene hvor en norsk domstol *ikke* vil være bundet i et etterfølgende søksmål, er tilfellene der søksmålet baserer seg på konkurransemyndighetenes endelige vedtak om overtredelse som kun gjelder krrl. § 10.

I overtredelsessaker med lempning vil sjelden selve overtredelsen bli gjort til tvistegenstand i en eventuell ankesak, fordi lempningen baserer seg på at overtredelsen er innrømmet. Dette innebærer at domstolen sjelden vil være bundet av en rettskraftig avgjørelse om overtredelse av krrl. § 10 i lempningssaker.

En saksøker som ikke behøver å bevise at forbudsbestemmelsene i konkurranseloven og EØS-avtalen er overtrådt, vil ha en bedre rettslig posisjon under et etterfølgende søksmål, enn en saksøker som først må bevise overtredelsen.

Av en tredjepart som ikke kan lene seg på et bindende vedtak eller en rettskraftig avgjørelse, vil dette kunne oppleves som ubegrunnet forskjellsbehandling. Det vil derfor være hensiktsmessig å vurdere om § X-8 bør utvides til også å gjelde overtredelse av krrl. § 10.

¹⁸⁶ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 69, § X-8

Den andre viktige foreslåtte endringen baserer seg på direktivet art. 17 første, andre og tredje ledd. Bestemmelsen bedrer tredjepartens mulighet til å bevise sitt økonomisk tap.

"... nationale retter får beføjelse til efter nationale procedurer at ansætte skadens størrelse, hvis det er fastslået, at en sagsøger har lidt skade, men det er umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig og nøjagtigt at opgøre skaden på grundlag af de foreliggende beviser.

Det formodes, at kartelovertrædelser forvolder skade...

... national konkurrencemyndighed i forbindelse med et erstatningssøgsmål efter anmodning fra en national ret kan bistå denne nationale ret med hensyn til at opgøre skaden, ..."

Regelen gjør det enklere å bevise og kvantifisere det økonomiske tapet ved at det foreligger en presumsjon for at kartellet har voldt skade når en overtredelse er funnet bevist. Dette er en regel om omvendt bevisbyrde som innebærer at vilkåret om økonomisk tap anses oppfylt, med mindre deltakeren kan sannsynliggjøre det motsatte.¹⁸⁷

I tillegg gis domstolen i oppgave å fastsette tapets størrelse skjønnsmessig, dersom det ellers er umulig eller uforholdsmessig vanskelig å dokumentere tapets størrelse. Samtidig lovfestes det en anledning for domstolen til å be tilsynet om bistand til å kvantifisere tapet.¹⁸⁸ Å bevise det økonomiske tapet er en av de største utfordringene slik reglene nå er utformet, grunnet behovet for komplekse markedsanalyser.

Bestemmelsen er godt egnet til å avhjelpe tredjepartens bevismessige utfordringer, ved at både utmålingen og tapet er enklere å bevise enn tidligere.

En annen viktig foreslått endring gjelder reglene om foreldelse. For det første vil fristen forlenges fra tre til fem år. For det andre vil den ikke løpe under tilsynets etterforskning. Fristen vil bli satt på vent og fortsette å løpe når etterforskningen er avsluttet. Videre vil fristen tidligst løpe fra dagen overtredelsen opphørte, og tidligst utløpe ett år etter avsluttet etterforskning, endelig vedtak eller avgjørelse.¹⁸⁹

Endringen innebærer at tredjeparten kan avvente anleggelse av søksmålet til etter at tilsynet har tatt stilling til overtredelsen, og etterforskningen er avsluttet. Ved å tilføre ordlyden "*... eller at saken på annen måte er avsluttet.*",¹⁹⁰ fjernes risikoen knyttet til at kravet foreldes under etterforskningen som følge av at tilleggsfristen i krrl. § 34 annet ledd ikke utløses som nevnt under punkt 3.5.

Til slutt påpekes det at innføringen av begrenset ansvar for deltakeren som innvilges lempning som nevnt under delkapittel 5.2, vil kunne virke negativt inn på erstatningsrettens effektivitet. Fordi det i et lite kartell med to deltakere vil kunne ramme tredjepartens mulighet til å inndrive kravet betydelig, dersom en av de to deltakerne unntas fra ansvar.

¹⁸⁷ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 20

¹⁸⁸ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 20

¹⁸⁹ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 50 og 51

¹⁹⁰ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 68 § X-6

I direktivet er dette søkt løst ved at deltakeren som er unntatt ansvar likevel kan holdes ansvarlig, dersom de øvrige deltakerne ikke er søkegode. Slik vil tredjeparten faktisk ha like god sikkerhet for sitt krav som om ansvarsbegrensningen ikke fantes.

5.4 Avsluttende betraktninger

I kapittel fem har det blitt drøftet hvordan regelsettene virker inn på hverandre. Det er blitt belyst at erstatningsretten er egnet til dempe insentivet til å søke om lempning.

Hovedutfordringen er som nevnt at kartellet avdekkes når lempningssøknaden inngis. Slik at allmennheten, og de med rettslig interesse får kunnskap om sine krav. Så snart saken er avsluttet hos tilsynet og eventuelt hos påtalemyndigheten, vil disse kunne få tilgang til dokumenter som potensielt kan bevise erstatningskravet.

Videre kan det stilles spørsmål ved om erstatningsretten og innsynsretten har virket negativt inn på lempningsordningen, ettersom risikoen for etterfølgende søksmål er svært lav. Man kan driste seg til å påstå at insentivet bak lempningsordningen har vært beskyttet av erstatningsrettens ineffektivitet.

En implementering av håndhevingsdirektivet vil trolig bidra til å snu erstatningsretten fra å være ineffektiv til å bli effektiv. Bevisreglene vil langt på vei kunne avhjelpe utfordringene knyttet til å bevise kravet, samtidig som tilsynet vil kunne bistå domstolen med kvantifiseringen av tapet.

Den potensielle negative effekten en mer effektiv erstatningsrett vil kunne få på lempningsordningen er forsøkt løst i håndhevingsdirektivet, ved at den som avdekker kartellet får sitt ansvar begrenset. Ansvarer begrenses til det økonomiske tapet deltakeren har påført sine direkte og indirekte kunder. Dette betyr at deltakeren ikke risikerer å utsette seg for å bli solidarisk ansvarlig for tap kunder av de andre deltakerne er blitt påført, eller for annet mer avledet tap.

Direktivets regressregel i art. 11 femte ledd "*... en overtræder kan kræve et bidrag fra enhver anden overtræder, og at dette beløb fastsættes i lyset af deres respektive ansvar for den skade, der er forvoldt ...*", svarer til den norske regressregelen i skl. § 5-3.¹⁹¹ En kan spørre seg hvor stor fordel en lempningssøker reelt sett oppnår ved å få sitt regressansvar begrenset fra "*... sitt ansvar for overtredelsen ...*", til "*... det tapet han har påført egne kunder og distributører ...*". Ansvarsbegrensningen vil kunne slå ulikt ut avhengig av kartellets størrelse og sammensetning, og hvilken deltaker som oppnår hel lempning.

Uansett vil en implementering av håndhevingsdirektivet kunne bidra til å skape en jevnere fordeling mellom prioriteringen av erstatning og lempning. Hvor erstatningsrettens avskrek-kende effekt vil kunne harmonere lempningsordningens destabiliserende effekt på kartellene, slik at de sammen bidrar til at færre karteller opprettes, og at flere avdekkes.

¹⁹¹ Nærings- og fiskeridepartementet (2015) s. 25

6 Litteraturliste

6.1 Litteratur

- Ashton (2018) Ashton, David, Frank Maier-Rigaud og Ulrich Schwalbe. *Competition Damages Actions In The EU*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2018.
- Hov (2017) Hov, Jo. *Rettergang i sivile saker*. Oslo: Papinian AS, 2017
- EFTAs faste komité (2013) EFTAs faste komité. "EEA EFTA Comment on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and the European Union." (2013)
<https://www.efta.int/sites/default/files/documents/eea/eea-efta-comments/2013/2013-11-13-EEA-EFTA-Comment-on-action-for-damages.pdf>
hentet 27.04.20
- Eide mfl. (2018) Eide, Erling og Endre Stavang. *Rettsøkonomi*. Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2. utg., 2018.
- Evensen mfl. (2009) Evensen, Harald og Eivind Sæveraas. *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven – med kommentarer*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2009.
- Evensen (2004) Evensen, Harald. "Fra straff til overtredelsesgebyr – ny lov, tøffere tider?" *Jubileumsskrift for Konkurransetilsynet 1994 – 2004* nr. 3/2004 (2004) s. 41 – 54. <https://docplayer.me/8438748-Jubileumsskrift-2004-skrifter-fra-konkurransetilsynet-3-2004.html>
- Fornyings- og administrasjonsdepartementet (2008) Fornyings- og administrasjonsdepartementet. "Forslag til endringer i konkurranselova for å styrkje handhevinga av lova" (2008)
https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/konklov/hoyring_snotat_kartell_tiltakspakke.pdf hentet 07.04.20
- Hjelmeng mfl. (2014) Hjelmeng, Erling J. og Lars Sørgard. *Konkurransopolitikk, Rettslig og økonomisk analyse*. Ber-

- gen: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, 2014.
- Hjelmeng mfl. (2006) Hjelmeng, Erling og Hans Petter Graver. *Norsk konkurranserett: Bind II: Prosess og sanksjoner* Oslo: Universitetsforlaget, 2006.
- Hjelmeng (2003) Hjelmeng, Erling. *Privat håndheving av EØS-avtalens konkurranseregler*. Bergen: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, 2003.
- Høgberg mfl. (2019) Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde. *Juridisk metode og tenkemåte*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Incardona (2007) Incardona, Rossella. "The Fight against Hardcore Cartels and the New EU Leniency Notice" *The European Legal Forum*, nr. 1/2 (2007) s. 39 - 42 <http://www.simons-law.com/library/pdf/e/686.pdf> hentet 23.01.2020
- Kjørven mfl. (2011) Kjørven, Marte Eidsand, Herman Bruserud, Håvard H. Holdø, Jon Vegard Lervåg, Mona Nygård og Espen Nyland. *Foreldelse av fordringer*. Oslo: Universitetsforlaget, 2011
- Konkurransetilsynet (2020) Konkurransetilsynet. "Årsrapport for 2019" (2020) <https://konkurransetilsynet.no/publications/arsrapport-for-2019/>
- Konkurransetilsynet (2019) Konkurransetilsynet. "Årsrapport for 2018" (2019) <https://konkurransetilsynet.no/publications/arsrapport-for-2018/>
- Konkurransetilsynet (2016) Konkurransetilsynet. "Årsrapport for 2015" (2016) <https://konkurransetilsynet.no/publications/arsrapport-for-2015/>
- Konkurransetilsynet (2009) Konkurransetilsynet. "Høringsuttalelse – forslag til endringer for å styrke håndheving av konkurranse-loven." (2009) <https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2018/08/horing-forslag-til-lovendringer-for-a-styrke-handhevelsen-av-konkurranseloven.pdf> hentet 07.04.20

- Konkurransetilsynet (2006) Konkurransetilsynet. "Høring – EU-kommisjonens grønnbok om erstatningssøksmål ved overtredelse av EF-traktaten art. 81 og 82". (2006)
<https://konkurransetilsynet.no/decisions/867-horing-eu-kommisjonens-grom/>
- Konkurransetilsynet (2001) Konkurransetilsynet. "Sanksjonering – er det verdt prisen?" *Skrifter fra Konkurransetilsynet* nr. 1/2001 (2001) s. 52
- Lødrup mfl. (2014) Lødrup, Peter og Morten Kjelland. *Lærebok i erstatningsrett*. 6. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2014
- Nærings- og fiskeridepartementet, EØS-notat (2015) Nærings- og fiskeridepartementet. "Erstatningssøksmål" EØS-notat oppdatert 02.12.2015.
<https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatba-sen/notatene/2014/apr/erstatningssoksmal/id2434489/> hentet 08.05.2020
- Nærings- og fiskeridepartementet (2015) Nærings- og fiskeridepartementet. "Forslag til endringer i konkurranseloven – gjennomføring i norsk rett av direktiv 2014/104/EU om privat håndheving av EU/EØS-konkurransereglene". (2015)
<https://www.regjeringen.no/contentassets/ec9a55f8681b4262a6157c67856c45ab/horingsnotat---forlag-til-endringer-i-konkurran-11625139.pdf> hentet 28.04.2020
- Sejersted mfl. (2011) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad. *EØS-rett*. Oslo: Universitetsforlaget, 3. utg., 2011.
- Senter for europarett (2018) Senter for europarett. "Effektivitet og ekvivalens" *EuroRett*, nr. 15 (2018)
<https://lovdata.no/pro/#document/EUR/eur-2018-15-02?from=NL/lov/1992-11-27-109/e%C3%B8sl/a3>
- Velde (2014) Velde, Johannes Notaker. "Hvilken grad av forutberegnelighet har lempningssøkere i overtredelsessaker?" *Tidsskrift for forretningsjus*, nr. 1 (2014) s. 3 – 26.

6.2 Lover, forskrifter, rundskriv og veiledninger

6.2.1 Norske lover

2006	Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister
2004	Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger
2004	Lov 05. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv.
1992	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde
1979	Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer
1969	Lov 13. juli 1969 nr. 26 om skadeerstatning
1967	Lov 2. oktober 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker
1915	Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene
1814	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Noregs grunnlov

6.2.2 Norske forskrifter

2013	Forskrift 11. desember 2013 nr. 1465 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr
2005	Forskrift 22. august 2005 nr. 909 om Overtredelsesgebyr
2004	Forskrift 21. desember nr. 1724 om delegering av myndighet til Konkurransetilsynet etter konkurranseloven

6.2.3 Norske rundskriv og veiledninger

Lovavdelinga (2009)

Lovavdelinga. "Rettleiar til offentleglova" 2009 nr. 419
https://www.regjeringen.no/contentassets/3a11886db3604e9d9a049e872564467d/rettleiar_offentleglova.pdf

6.3 Forarbeider

Prop. 37 L (2015-2016)

Endringer i konkurranseloven (Konkurransesklagemnda, kartellforlik mm.)

Prop. 75 L (2012-2013)

Endringer i konkurranseloven

NOU 2012: 7

Mer effektiv konkurranselov

Innst. O. nr. 50 (2003-2004)

Om ny konkurranselov

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)

NOU 2003: 12

Ny konkurranselov

NOU 2003: 30

Ny offentlighetslov

Ot.prp. nr. 41 (1992-1993)

Om A. Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven) B. Lov om pristiltak

NOU 1977: 33

Om endringer i erstatningslovgivningen

Ot.prp. nr. 70 (1968-1969)

Om lov om offentlighet i forvaltningen

6.4 Etterarbeider

St.meld. nr. 15(2004-2005)

Om konkurransepolitikken

6.5 Internasjonale rettsakter

6.5.1 Avtaler

EØS-avtalen

Avtale 2. mai 1992 nr. 1 om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

TEU

Traktaten om Den Europæiske Union. Konsolidert udgave 2016. (EUT 2016/C 202/1)

TEUF	Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde. Konsolideret udgave 2016. (EUT 2016/C 202/1)
ODA-avtalen	Avtale 2. mai 1992 nr. 2 mellem EFTA-statene om oprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstolen
6.5.2 Direktiver og forordninger	
Dir 2014/104/EU	Europa-parlamentets og rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret (Håndhevingsdirektivet) https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=DA
For 1/2003/EF	Rådets forordning (EF) Nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN
6.5.3 Øvrig	
ECN LP	ECN Model Leniency Programme with Explanatory Notes (As revised in November 2012) https://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf
EUT nr. C 101	Meddelelse fra Kommissionen. "Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk 3". <i>EU-Tidende</i> nr. C 101 af 27/04/2004 s. 0097-0118 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=celex:52004XC0427(07)
Kunngjøring om lempning ESA (2009)	EFTA Surveillance Authority Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases (2009/C 294/04) https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:294:0007:0014:EN:PDF

Kunngjøring om lempning EUT (2006)	Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedssettelse i kartelsager (2006/C 298/11) https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC1208(04)&qid=1584013724090&from=EN
Retningslinjer om overtr.gebyr (2006)	Retningslinjer om metoden for fastsettelse av bøter ilaget i henhold til overvåknings- og domstolsavtalens protokoll 4 kapittel ii artikkel 23 nr. 2 bokstav a) (2006/EØS/63/03) https://www.efta.int/sites/default/files/documents/eea-supplements/norwegian/2006-no/su-nr-63-no-21-12-2006.pdf

6.6 Praksis

6.6.1 Norsk rettspraksis

2020	HR-2020-475-A
2020	HR-2020-257-A
2011	Rt. 2011 s. 910
2008	Rt. 2008 s. 1665
2005	Rt. 2005 s. 597
2005	Rt. 2005 s. 65
2004	Rt. 2004 s. 1668
2000	Rt. 2000 s. 1811
2000	Rt. 2000 s. 418
1998	Rt. 1998 s. 1042
1992	Rt. 1992 s. 64
1973	Rt. 1973 s. 1364
2003	LH-2003-12650

6.6.2 Forvaltningspraksis

V2017 – 18 (tilsynet)	V2017-18 Cappelen Damm AS / Cappelen Damm Holding AS – Gyldendal Norsk Forlag AS / Gyldendal ASA – H. Aschehoug & W Nygaard AS – Vigmostad & Bjørke AS / Schibsted ASA
V2015 – 28 (tilsynet)	V2015 – 28 Arro Elektro AS/Arro Holding AS – Caverion Norge AS/Caverion Oyj – Ingeniør Ivar Pettersen AS/Pettersen AS
V2015 – 25 (tilsynet)	V2015-25 ES-kjeden SA
V2013 – 3 (tilsynet)	V2013 – 3 Veidekke ASA/Veidekke Industri AS og NCC AB/NCC Roads AS
V2011 – 12 (tilsynet)	V2011 – 12 Ski Taxi BA, Follo Taxisentral BA og Ski Follo Taxidrift AS
V2011 – 11 (tilsynet)	V2011 – 11 IcopalTak AS – Fløysand Tak AS
V2009 – 17 (tilsynet)	V2009 – 17 Gran & Ekran AS og Grunnarbeid AS

6.6.3 Rettspraksis fra EU/EØS

Case E-14/11 DB Schenker v EFTA S.A.	Case E-14/11 DB Schenker v. EFTA Surveillance Authority
Sag C-435/18 Otis m.fl.	ECLI:EU:C:2019:1069
Sag C-295-298/04 Manfredi	ECLI:EU:C:2006:461
Sag C-453/99 Courage og Crehan	ECLI:EU:C:2001:465

6.7 Nettsider

Konkurransetilsynet (2018)	Konkurransetilsynet. "Hva er ulovlig samarbeid?", (2018) https://konkurransetilsynet.no/hva-er-ulovlig-samarbeid/ hentet 14.01.2020
Konkurransetilsynet (udatert)	Konkurransetilsynet. Vedtak og uttalelser https://konkurransetilsynet.no/vedtak-og-uttalelser/?cat=30&years=&paragraf1=krri%C2%A710&paragraf2=krri%C2%A729&submit=Filtrer hentet 18.03.2020

Konkurransetilsynet (udatert)

Konkurransetilsynet. Ofte stilte spørsmål om amnesti/lempningsordningen, "Kan jeg fremlegge en hypotetisk lempningsøknad?"
<https://konkurransetilsynet.no/sporsmal-og-svar-om-amnesti-lempning/> hentet 25.05.2020

Europakommisjonen (2019)

Europakommisjonen. "About the leniency policy" (2019)
<https://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html> hentet 09.01.2020