

HÅNDHEVELSE AV KONKURRANSEREGLENE ^F

– er ad hoc-løsninger veien å gå?



ERLING HJELMENG, Professor ved Institutt for privatrett, UiO, og Professor II ved Norges Handelshøyskole. Hjelmeng har publisert flere bøker og artikler innenfor konkurranserett, EØS-rett og erstatningsrett.

SAMMENDRAG

Effektiv håndhevelse er en forutsetning for implementeringen av konkurransepolitikken. En slik effektiv håndhevelse forutsetter at overtredelser av reglene avdekkes og avskrekkes, samtidig som det legges til rette for gode konkurransepolitiske løsninger i enkeltsaker.

I senere tid har konkurransemyndighetene fått flere nye virkemidler, som alle bærer preg av at det søkes konkrete løsninger i den enkelte sak. Dette gjelder amnestiprogrammer og mulighet til å inngå

forlik i kartellsaker, men kanskje i første rekke muligheten for å henlegge en sak dersom foretakene aksepterer konkret fremforhandlede «tilsagn».

Denne utviklingen reiser spørsmål om sammenhengen mellom myndighetenes virkemidler, og spillet mellom offentlig og privat håndhevelse av konkurranselovgivningen. Artikkelen setter et kritisk søkelys på denne utviklingen, og vurderer hvilke implikasjoner den kan ha for håndhevelsessystemet sett under ett.

1 PROBLEMSTILLING

I senere tid har håndhevelsen av konkurransereglene i stadig større utstrekning blitt preget av det som kan kalles ad hoc-håndhevelse, det vil si at det søkes konkrete løsninger i samarbeid med foretakene istedenfor at myndighetene ensidig fatter vedtak om bøter, stansing eller fastslår at overtredelse har funnet sted. I norsk rett er dette særlig aktuelt etter at Stortinget 14. juni 2013 vedtok å gi Konkurransetilsynet hjemmel til å gjøre forhandlingsløsninger med foretak bindende, såkalte tilsagn.¹

Innføringen av en tilsagnshjemmel kan skape utfordringer knyttet til sammenhengen i håndhevelsessys-

temet. Én hypotese er at virkemidler som skaper mer fleksibilitet for løsninger i enkeltsaker, kan vanskeliggjøre privat håndhevelse gjennom erstatningssøksmål eller forbudssøksmål, en annen at de reduserer den preventive effekten av regelverket, og en tredje at det skapes «remedies beyond law», det vil si at foretakene forplikter seg til regulatoriske grep utover det som følger av konkurransereglene fastsatt av lovgiver. Slike tilsagn er heller ikke de eneste ad hoc-løsningen i konkurranseretten, også lempningsinstituttet og EUs forliksordning i kartellsaker bidrar til en mer forhandlingsorientert konkurranserett.

I det følgende settes det et kritisk søkelys på denne utviklingen, og det vurderes hvilke implikasjoner utviklingen kan ha for konkurransehåndhevelsen samlet sett.

1. Lov nr. 35/2013 om endringer i konkurranseloven, ny § 12 tredje ledd, i kraft 1. januar 2014.

2 KONKURRANSEHÅNDHEVELSE I ET FORBUDSREGIME

2.1 OVERSIKT

Håndhevelse av rettsregler kan ha tre funksjoner: represjon, det vil si at overtredelser stanses og bringes til opphør; prevensjon, det vil si at fremtidige overtredelser avskrekkes, og kompensasjon eller reparasjon, det vil si at skadevirkninger av overtredelser repareres. Til dette kommer avklaring av rettstilstanden. Offentlig og privat håndhevelse forholder seg i utgangspunktet ulikt til disse funksjonene.

For privat håndhevelse dreier det seg primært om å utlede rettsvirkninger av historiske overtredelser i form av (primært) erstatningsansvar og restitusjon som ugyldighetsvirkning. Domstolene har imidlertid også en rolle ved å fastslå rettsstillingen fremover; man kan kreve stansing av en overtredelse, og det kan fastslås at en avtale ikke gjelder for fremtiden (ugyldighet i form av ikke-oppfyllelse). Privat håndhevelse sikrer dermed først og fremst *represjon og kompensasjon*.

Offentlig håndhevelse ivaretar primært represjon og prevensjon, gjennom påbud om opphør (krrl. § 12, jf. § 28 om tvangsmulkt), overtredelsesgebyr (§ 29) og personstraff (§ 32 etter lovendring). I likhet med privat håndhevelse består offentlig håndhevelse i at myndighetene fatter vedtak som fastsetter (offentligrettslige) virkninger av brudd på forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling.² Modellen med forbudsregler gir imidlertid i begrenset grad mulighet for normering for fremtiden.³ Dette i motsetning til krrl. 1993, der tilsynet både hadde en generell inngrepshjemmel i § 3–10, og dessuten hadde mulighet til å sette vilkår for dispensasjoner fra forbudsreglen. Den nye hjemmelen til å fastsette bindende tilsagn vil imidlertid primært fastsette hvordan foretak skal opptre i fremtiden. Ved bruk av denne bestemmelsen tas det heller ikke stilling til om loven i utgangspunktet er overtrådt eller ei, slik at det hele bærer preg av et forhandlingsbasert inngrepsvedtak.

-
2. Bortsett fra særregler som for eksempel ekomloven § 10–12 om tilbakebetaling mellom tilbydere, er det opp til de alminnelige domstoler å fastsette rettsstillingen mellom private parter basert på overtredelser av offentligrettslig regulering.
 3. Elementer ligger likevel i adgangen til å pålegge strukturelle tiltak, jf. § 12 første ledd, som primært må benyttes for å hindre gjentakelser av overtredelser.

2.2 OFFENTLIG HÅNDHEVELSE

De sentrale elementene i den offentlige håndhevelse er bøter (overtredelsesgebyr) og påbud om opphør.⁴ I Norge er overtredelse av kartellforbudet dessuten straffbart.

Bøter kan ilegges for en historisk overtredelse og forutsetter at foretaket har utvist skyld, jf. formuleringen «forsettlig eller uaktsomt». Både i Norge og EU/EØS ilegges bot administrativt, og det er opp til foretaket å bringe saken inn for domstolene. Kriteriene for utmåling av gebyr etter konkurranseloven er fastlagt i forskrift, som bygger på Kommisjonens retningslinjer for bøteutmåling.⁵

EU-domstolen har uttalt at de sentrale hensynene bak bøtesanksjonen er å bringe overtredelser til opphør og å hindre gjentakelse (prevensjon): «Their object is to suppress illegal activities and to prevent any recurrence.»⁶ Bøtenivået i EU-retten har økt gradvis og har i flere saker nådd opp i flere hundre millioner euro. De høyeste individuelle bøtene som er ilagt, er *Intel*⁷ (1,06 milliarder euro for misbruk av dominerende stilling) og *St. Gobain*⁸ (896 millioner euro for kartellvirksomhet). Også i norsk rett har det vært en økning, med Veidekke/NCCs asfaltsarbeid i Midt-Norge som et toppunkt på hhv. 220 og 140 millioner NOK (Veidekkes gebyr bortfalt som følge av varsling og lempning).⁹ Vedtak der det ilegges bøter, kan dessuten ha en rettsavklarende funksjon; i saker hvor «nye» typer atferd sanksjoneres, har Kommisjonen en praksis på bare å ilegge en symbolsk bot.¹⁰

.....

4. Om ulike virkemidler i håndhevelsessystemet, se Hjelmeng (2013).

5. Forskrift nr. 909 av 22. august 2005 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr, jf. Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No. 1/2003 [2006] OJ C 210/2. Se også Konkurransetilsynets utkast til veiledning om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr av 6. juni 2012.

6. Sak 45/69, *Boehringer Mannheim GmbH v Kommisjonen*, [1970] ECR 769, prem. 53.

7. Sak COMP/37.990 (vedtak 13. mai 2009), brakt inn for Underretten (sak T-286/09).

8. Sak COMP/39.125 *Carglass* (vedtak 26. november 2008), brakt inn for Underretten (sak T-56/09 og T-73/09).

9. Vedtak 2013–3 av 5. mars 2013.

10. Se for eksempel sak T-99/04 *AC Treuhand v Kommisjonen* [2008] ECR II-1501, der det ble ilagt en bot på 1000 euro for et foretak som hadde medvirket til et kartell. Se også Utkast til veiledning om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr av 6. juni 2012, avsn. 31.

Det andre hovedsporet i den offentlige håndhevelsen er påbud om opphør, jf. forordning 1 artikkel 7¹¹ og krnl. § 12. I henhold til denne bestemmelsen kan Konkurransetilsynet pålegge foretak «ethvert tiltak som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør». Kompetansen omfatter eksplisitt strukturelle tiltak, det vil si pålegg om organisatoriske skiller, salg av virksomhet, oppsplitting, og så videre.¹² Denne hjemmelen inneholder noen begrensninger som er særlig relevante for diskusjonen av ad hoc-tiltak, ved at den gir et meget begrenset rom for normering utover det som følger av forbudsbestemmelsene selv. Hjemmelen dreier seg primært om å få foretak til å *innstille aktiviteter i strid med konkurransereglene*.¹³ Dersom det er flere alternative måter å tilpasse seg konkurransereglene på, kan myndighetene imidlertid ikke pålegge foretakene å gjøre dette på bestemte måter. Denne begrensningen følger av proporsjonalitetsprinsippet og ble formulert som følge av Underretten i Automec II: «[I]t is not for the Commission to impose upon the parties its own choice from among all the various potential courses of action which are in conformity with the Treaty.»¹⁴ På denne bakgrunn kan man si at kompetansen til å gi pålegg om opphør er begrenset til tiltak «mirroring the infringement».¹⁵ Dette betyr også at adgangen til å pålegge positive forpliktelser er begrenset til tilfeller hvor unnlatelser er i strid med regelverket, noe som primært er tilfellet ved forretningsnektelser under misbruksforbudet. På visse områder går imidlertid artikkel 7 og § 12-kompetansen lenger:

For det *første* kan myndighetene fastsette positive plikter som er nødvendige for å bringe en avtale eller en felles forståelse til opphør, typisk informasjonsplikter.¹⁶

.....

11. Rådsforordning (EC) Nr. 1/2003 av 16. desember 2002, [2003] OJ L 1/1.
12. Se nærmere Larssen (2006), og Graver/Hjelmeng (2006), s. 43–49.
13. Se forente saker 6–7/73 Commercial Solvents v Kommisjonen, [1974] ECR 223, prem. 45.
14. Sak T-24/90, Automec Srl v Kommisjonen, [1992] ECR II-2223, prem. 52, jf. også forente saker 228 og 229/82, Ford v Kommisjonen, [1984] ECR 1129, prem. 21 f.
15. Se nærmere Hjelmeng (2013), avsnitt 4.1, med videre henvisninger.
16. Se Ecosystem SA v Peugeot SA, [1990] 4 C.M.L.R. 449, jf. også Has-selblad, [1982] OJ L 161/18, Publishers Association, [1989] L 22/12, Mercedes, [2002] OJ L 257/1, JCB, [2002] OJ L 69/1.

For det *andre* kan det fattes vedtak som forbyr gjentakelse («like-effects orders»). Slike vedtak anses imidlertid bare å være deklorative, det vil si at de ikke pålegger mer omfattende plikter enn det som følger av forbudsbestemmelsene selv.¹⁷

For det *tredje* kan myndigheten pålegge foretak å reversere varige skadevirkninger på markedet.¹⁸ Dette inkluderer sannsynligvis muligheten til å pålegge kartelldeftagere å reforhandle kundeavtaler, for å sikre at kundene ikke må fortsette å betale en kartellpris. Denne kompetansen er imidlertid knapt nok benyttet, og rettstilstanden fremstår som uklar.¹⁹

For det *fjerde* kan myndighetene pålegge strukturelle tiltak. Denne kompetansen er begrunnet i hensynet til å unngå fremtidige overtredelser og skiller seg dermed fra andre former for påbud om opphør. Dette er reflektert i fortalen til forordning 1, pkt. 12, der det heter at slike tiltak «would only be proportionate where there is a substantial risk of a lasting or repeated infringement that derives from the very structure of the undertaking».

Med få unntak er dermed kompetansen til å påby opphør begrenset til påbud om å endre atferd slik at overtredelser bringes til opphør, eventuelt også avbøte varige skadevirkninger. Med hensyn til prospektiv bruk av kompetansen kan myndighetene forby gjentakelser, men denne muligheten går ikke lenger enn det som uansett følger av forbudsbestemmelsene, med et mulig unntak for strukturelle tiltak. Kompetansen fremstår derfor som lite egnet til å sikre konkurransefremmende løsninger i et marked, og det er nettopp her ad hoc-tiltak i form av tilsagn kommer inn, jf. nedenfor.

Endelig kan myndighetene fatte såkalt *fastsettelsesvedtak*. Dette innebærer at selv om en overtredelse har opphørt, kan det fattes vedtak som fastslår at overtredelsen har funnet sted. Det stilles her krav om at det foreligger en «berettiget interesse», jf. artikkel 7.1 i.f.²⁰ I EU-retten kan slike vedtak ha en funksjon ved

.....

17. Jf. forente saker C-241-42/91 P RTE v Kommisjonen, [1995] ECR I-743, prem. 93, Rettens avgjørelse i sak T-34/92, Fiatagri UK Ltd. og New Holland Ford Ltd. v Kommisjonen, [1994] ECR II-905, prem. 39.
18. Sak C-119/97 P UFEX v Commission, [1999] ECR I-1341, prem. 94–95, med henvisning til sak 6/72 Europemballage and Continental Can v Commission [1973] ECR 215.
19. Se nærmere Cauffman (2012), s. 95–96.
20. Se nærmere sak 7/82 GVL v Kommisjonen [1983] ECR 483, prem. 16–28.

å støtte private erstatningssøksmål, rettsavklaring og behov for å hindre gjentakelse.²¹ Det stilles krav til at Kommisjonen begrunner sin interesse i å fatte slikt særskilt vedtak.²²

Det må legges til grunn at Konkurransetilsynet har tilsvarende kompetanse.²³ Et vedtak som fastslår overtredelse av konkurranseloven etter at den påståtte overtredelsen er avsluttet, er imidlertid vanskelig å karakterisere rettslig. Som forvaltningsavgjørelse vil den ikke ha rettskraft, og det er på det rene at tilsvarende vedtak fra Kommisjonen vil ha en annen gjennomslagskraft overfor nasjonale domstoler (siden Kommisjonens vedtak er bindende for disse). Det vil heller ikke knyttes spesifikke rettsvirkninger til et slikt vedtak, utover muligens en viss bevisverdi i en senere sivil sak mellom private. Samtidig vil vedtaket nødvendigvis gi uttrykk for hvordan Konkurransetilsynet forstår rettstilstanden. En part som gjenopptar atferd som er kjent ulovlig i medhold av et slikt vedtak, kan imidlertid ikke straffes for brudd på vedtaket; det må da åpnes ny overtredelsessak. På denne bakgrunn fremstår et fastsettelsesvedtak fra Konkurransetilsynet (i motsetning til Kommisjonen) som temmelig innholdsløst, og det kan reises spørsmål om det overhodet utgjør et enkeltvedtak etter forvaltningsloven.

2.3 PRIVAT HÅNDHEVELSE

I kraft av bindende normer vil konkurranseloven ha flere sivil- eller privatrettslige virkninger. Dette gjelder særlig ugyldighet for avtaler i strid med loven, som for samarbeidsforbudet følger av regelverket selv (krll. § 10 annet ledd / EØS artikkel 53 annet ledd). Videre vil overtredelser kunne innebære erstatningsansvar.²⁴

Det har vært et tiltagende fokus på privat håndhevelse i Europa de senere år, særlig gjennom initiativer

fra Kommisjonen.²⁵ Dette har kulminert i Kommisjonens forslag om direktivregulering av privat håndhevelse.²⁶ Her foreslås det dels regler som skal gjøre privat håndhevelse mer effektiv og realistisk, for eksempel gjennom minstekrav med hensyn til tilgang til bevis, regulering av foreldelsesfrister, regler om solidaransvar og presumsjonsregel for eksistensen av skade, og tiltak for å sikre at privat håndhevelse ikke forstyrrer lempningsinstituttet gjennom begrensning av tilgang til og bruk av lempningssøknader i private søksmål. Det vil føre for langt å komme inn på reguleringsforslaget på alle disse punktene. Hovedpoenget ut fra problemstillingen knyttet til ad hoc-virkemidler er at det har vært vanskelig å realisere en effektiv privat håndhevelse i Europa, og at private ofte er avhengig av å støtte seg på konkurransemyndighetenes vedtak (såkalte *follow-on suits*). Spørsmålet er hvordan dette samspillet påvirkes av ad hoc-virkemidlene.

3 AD HOC-BASERTE VIRKEMIDLER

3.1 TILSAGN

I henhold til forordning 1 artikkel 9 kan Kommisjonen akseptere tilsagn fra foretak under etterforskning for brudd på konkurransereglene, og ved vedtak gjøre disse bindende for foretakene. Et slikt vedtak avslutter saken og vil ikke innebære at det tas stilling til om konkurransereglene har vært overtrådt i den konkrete saken. Kompetansen ble innført gjennom forordning 1/2003. Reglene om tilsagn skaper en slags vinn-vinn-situasjon for Kommisjonen og foretakene; for Kommisjonen ved at det kan oppnås mer målrettede og omfattende forpliktelser fra foretakene enn det som kunne vært pålagt ensidig, for foretakene ved at de slipper «av kroken» uten at det konstateres overtredelse og at de selv kan utforme forpliktelsene. For begge oppstår det dessuten fordeler gjennom en forenkling og forkortelse av prosessen.

21. Et eksempel på det siste finnes i vedtak av 26. oktober 2004 i sak COMP/38662 GdF/ENEL.

22. Forente saker T-22 og 23/02 Sumitomo v Kommisjonen [2005] ECR II-4065, prem. 138. Se også sak T-120/04 Peróxidos Orgánicos v Kommisjonen, [2006] ECR II-4441, prem. 18.

23. NOU 2003:12, s. 67, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004), s. 70.

24. Sak C-453/99 Courage v Crehan [2001] ECR I-6297, forente saker C-295 etc./04 Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni, [2006] ECR I-6619, og sak C-199/11 Europese Gemeenschap v Otis NV [2012] ECR I-____ (6. november 2012).

25. Se Grønnboken fra 2005 – Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 672, og Hvitboken fra 2008 – White Paper on actions for damages (COM(2008) 165 final), og Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404.

26. 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 of the European Union, 11. juni 2013 (COM(2013) 404 fin.).

Forut for forordning 1 var det en utbredt praksis at saker ble avsluttet gjennom uformelle avtaler med foretakene.²⁷ Et bærende hensyn bak reglene i forordning 1 var at forlikene måtte gjøres rettslig bindende, slik at forpliktelsene kunne håndheves for nasjonale domstoler.²⁸ Samtidig var ønsket om en mer effektiv håndhevelse av tilsagn fra Kommisjonens side viktig. Endelig ble det ansett som en svakhet at prosedyrene var lite gjennomsluktige for berørte tredjeparter.²⁹

Da forordning 1 trådte i kraft, var holdningen at bruken av artikkel 9 ville være begrenset. Det har imidlertid vært en økende bruk av forlik med artikkel 9-tilsagn etter at Kommisjonen fikk hjemmelen 1. mai 2004. Et raskt overblikk over vedtakspraksis fra Kommisjonen viser at det – generelt sett – særlig er to typer vedtak som fremhever seg: bøtesaker under både artikkel 101 og 102 (Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte – TEUV), med en betydelig økning i bøtenivået, og artikkel 9-saker.

Det hersket lenge usikkerhet rundt rekkevidden av kompetansen. Mye ble imidlertid avklart i Alrosa-saken, der EU-domstolen slo fast at proporsjonalitetsprinsippet ikke kunne forstås slik at kompetansen var begrenset til vedtak Kommisjonen uansett kunne ha pålagt ensidig.³⁰ Artikkel 9-kompetansen har derfor et potensial i seg til å omfatte meget langtrekkende forpliktelser for foretakene. Utover at Kommisjonen har stor frihet til å akseptere ulike virkemidler, knyttes ikke virkemidlene opp mot påviste overtredelser av kartell- og misbruksforbudet, men mot Kommisjonens «concerns», altså bekymringer i den konkrete saken.

Hjemmelen for å akseptere tilsagn som er inntatt i konkurranseloven etter lovendringen 14. juni 2013, er for de fleste praktiske formål identisk med Kommisjonens hjemmel, bortsett fra særregler knyttet til klageadgangen til departementet.³¹ Av størst praktisk interesse er nok muligheten for en full prøving av om atferden utgjør en overtredelse.

Siden 2004 er artikkel 9-kompetansen blitt benyttet i et tredvetalls saker.³² Kommisjonen har oppnådd forpliktelser fra foretakene som klart går lenger enn det som kunne vært pålagt ensidig i en ordinær overtredelsessak. Flere saker retter seg også mot atferd der det mangler avklaring fra Domstolen på hvordan atferden faktisk skal vurderes etter konkurransereglene. Vidtrekkende tilsagn har særlig vært oppnådd i energimarkedene. Eksempler på dette er kravene om salg av infrastruktur overfor E.ON, RWE og ENI.³³ Et annet tydelig eksempel er Microsoft. Fellestrekket mellom Microsoft I³⁴ og Microsoft II³⁵ er kobling mellom applikasjoner (Windows Media Player i Microsoft I og Internet Explorer i Microsoft II) og operativsystemet Windows. I Microsoft I påla Kommisjonen Microsoft ensidig å markedsføre en versjon av Windows strippet for Media Player, det såkalte Windows N. Som avhjelpende tiltak må dette anses som katastrofalt. Svært få kunder kjøpte dette produktet, ikke minst av frykt for å miste funksjonalitet. Selve koblingen var imidlertid brakt til opphør, idet Windows faktisk var tilgjengelig også uten Media Player. Dette kan kontrasteres med Microsoft II, der Internet Explorer fortsatt er integrert, mens kunden ved oppstart får et valg mellom andre konkurrerende nettlesere. Her gis kunden både informasjon om konkurrerende nettlesere og får samtidig en valgmulighet, uten at én nettleser favoriseres fremfor andre. Dette tiltaket sikrer nødvendigvis konkurranse på en helt annen og mer effektiv måte enn Microsoft I-vedtaket.³⁶ Det fremstår imidlertid som ganske åpenbart at Kommisjonen ikke kunne ha pålagt denne spesifikke løsningen under artikkel 7.

Det følger av dette at muligheten for tilsagn gir en fleksibilitet, særlig med hensyn til å legge til rette for konkurranse i fremtiden, som ikke finnes i den ordinære hjemmelen til å gi påbud om opphør.

Samtidig knytter forpliktelsene seg til Kommisjonens «concerns» (i den norske lovteksten «de konkur-

27. For eksempel GFU-saken, jf. IP/02/1084, 17. juli 2002.

28. Se for eksempel forslag til forordningen KOM(2000) 582 endelig, s. 18.

29. Se Hvitbok om modernisering av konkurransereglene, [1999] OJ C 132, særlig avsnitt 90.

30. Sak C-441/07 P Kommisjonen v Alrosa [2010] ECR I-5949.

31. Se nærmere Prop. 75 L (2012–13), s. 27.

32. Alle tilsagnsvedtak tom. 2010 er behandlet i Hjelmeng (2011).

33. Hhv. sakene COMP/39388 og 39389 (vedtak 26. november 2008), sak COMP/39402 (vedtak 18. mars 2009) og sak COMP/39315 (vedtak 29. september 2010).

34. Kommisjonens vedtak 2007/53/EC av 24. mars 2004. Vedtakets materielle innhold ble opprettholdt av Retten i sak T-201/04 Microsoft v Kommisjonen, [2007] ECR II-3601.

35. Vedtak 16. desember 2009 i sak COMP/39530.

36. Microsoft er ved vedtak 5. mars 2013 ilagt en bot på 561 millioner euro for ikke å ha etterlevd tilsagnet, jf. IP/13/196.

ransemessige problemene som Konkurransetilsynet har funnet»), og ikke til eksistensen av en overtredelse. Dels øker dette fleksibiliteten i hva som kan aksepteres, men det er også en fare for at vedtakene får mer preg av regulering for å åpne for konkurranse enn tiltak for å bringe overtredelser til opphør. Når forholdet til overtredelsen skyves i bakgrunnen, betyr dette også at vedtaket vil gi liten veiledning for rekkevidden av forbudsbestemmelsene.

Slik tilsagnskompetansen har vært benyttet i EU, har det utviklet seg en form for forhandlet konkurransepolitikk eller «negotiated antitrust» der foretakenes forpliktelser bestemmes etter forhandlinger i den enkelte saken, og der koblingen til forbudsreglene løses opp. Klart nok representerer en slik utvikling et viktig konkurransepolitisk policyinstrument. På den annen side kan man diskutere om ikke konkurransemyndighetene kan gå for langt i regulatorisk retning, og også hvordan utviklingen påvirker både etterlevelse og håndhevelse av de «ordinære» konkurransereglene. Dette diskuteres i avsnitt 4 nedenfor.

3.2 FORLIK I KARTELLSAKER

I 2008 innførte EU en forlikprosedyre i kartellsaker.³⁷ Formålet med forlikprosedyren er å kunne gjennomføre en raskere og enklere saksbehandling i kartellsaker. Prosedyren er hjemlet i ny artikkel 10 a i Kfo. 773/2004.³⁸ Essensen i prosedyren er at foretakene kan oppnå en reduksjon i boten på ti prosent mot at de innrømmer deltakelse i overtredelsen og fraskriver seg en del prosessuelle rettigheter.

Kommisjonen skal vurdere om en sak er egnet for en forlikprosedyre når den har avsluttet sin innledende etterforskning, det vil si på det stadiet i saksbehandlingen hvor den normalt ville sendt partene en Statement of Objections (SO eller «meddelelse om klagepunkter»). Det er Kommisjonen som avgjør om det skal innledes en forlikprosedyre, og partene har følgelig ikke noe krav på at det skal innledes en slik prosedyre.

Det følger videre av artikkel 10a nr. 2 at Kommisjonen kan fastsette en frist for partene til å forplikte seg til et forlik og til å erkjenne deltagelsen i en overtredelse av TEUV artikkel 101. Erkjennelsen fra partene

.....

37. Prosedyren er beskrevet i Kommisjonenes kunngjøring om forlikprosedyrer, [2008] OJ C 167/1.

38. Beskrivelsen her bygger på fremstillingen i NOU 2012:7, s. 71.

skal være en klar og utvetydig innrømmelse av ansvar for overtredelsen. Partene skal ifølge Kommisjonens meddelelse også angi et maksimalt bøtenivå som de er villig til å akseptere. Kommisjonen har etter artikkel 10a nr. 4 under hele prosessen en skjønsmessig adgang til å vurdere om det er formålstjenlig å gå videre med en forlikprosedyre. Etter å ha mottatt et svar fra partene hvor disse sier seg villig til et forlik, kan Kommisjonen vedta en beslutning etter forordning 1.

Da prosedyren ble introdusert i 2008, ble den møtte med skepsis, dels fordi ti prosent-gevinsten ble ansett som lav, og dels fordi prosedyren ble ansett som ensidig i favør av Kommisjonen, blant annet fordi Kommisjonen kunne trekke tilbake tilbud om forlik samtidig som fraskrivelsen av rettigheter var omfattende. På tross av dette har forlik i henhold til opplysninger på Kommisjonens hjemmeside blitt benyttet i fem saker (per august 2013).³⁹

Konkurranselovutvalget var i sitt mandat bedt om å utrede mulighetene for å innføre en tilsvarende løsning i Norge. Utvalget prioriterte imidlertid ikke dette, på grunn av knappe tidsfrister.⁴⁰ Departementet ba i høringsrunden om at en forlikprosedyre ble særskilt kommentert, men få instanser ga kommentarer. I lovproposisjonen la departementet til grunn at ordningen var for lite utredet til å bli inn tatt i forslaget.⁴¹ Konkurransetilsynet besitter følgelig ikke den formaliserte muligheten Kommisjonen har til å inngå forlik med foretak om botens størrelse.

3.3 LEMPNING

Lempning (strafferabatt, *leniency*) er en mekanisme som tar sikte på å gi deltagere i ulovlige samarbeid incentiver til å bryte ut. Muligheten for lempning bidrar til å gjøre karteller mer ustabile. Mekanismen består i at foretak som legger kortene på bordet overfor konkurransemyndighetene, belønnes med nedsettelse eller fullstendig bortfall av boten. Det første foretaket som oppfyller vilkårene, innvilges fullt fritak, mens

.....

39. COMP/38.511 – DRAMs (vedtak 19. mai 2010), COMP/38.866 – Animal feed phosphates (vedtak 20. juli 2010), COMP/39.579 – Consumer detergents (13. april 2011), COMP/39.605 – CRT Glass (vedtak 19. oktober 2011) og COMP/39.600 – Refrigeration compressors (vedtak 7. desember 2011), COMP/39.611 – Water management products (vedtak 27. juni 2012) og COMP/39.748 – Wire harnesses (10. juli 2013).

40. Se NOU 2012:7, s. 71.

41. Prop. 75 L (2012–13), s. 11.

de øvrige kan gis mer begrensede nedsettelse avhengig av hvilket bidrag de gir til etterforskningen. Det er essensielt at det første foretaket belønnes særskilt, og at ikke alle kartellmedtagere kan få fritak, idet dette ville gjort kartellet «risikofritt».⁴²

Lempningspolicyen i EU-retten er basert på den såkalte *leniency notice*.⁴³ Under konkurranseloven følger det av loven § 31 første ledd at «Ved utmålingen av gebyr etter § 29 eller bøter til foretak etter § 30 for overtredelse av § 10, skal det tas i betraktning om foretaket har bistått konkurransemyndighetene med oppklaringen av egen eller andres overtredelse».⁴⁴ Videre er det gitt nærmere regler i samsvar med Kommisjonens kunngjøring i utmålingsforskriften.⁴⁵ Ved reformen av konkurranseloven i 2013 er de nærmere vilkårene for lempning tatt inn i selve loven, jf. ny § 30 om hel lempning og ny § 31 om delvis lempning.⁴⁶ Et forslag om å utvide lempningsordningen til formelt også å omfatte personstraff ble ikke tatt til følge av departementet. I stedet er koordineringsproblemene mellom straffe- og forvaltningssporet forsøkt løst ved en regel om betinget påtale (ny § 33), og ved at foretaksstraffen oppheves. Personstraff skal etter dette som hovedregel kun anvendes der Konkurransetilsynet begjærer det, slik at tilsynet vil være i stand til å love «amnesti» også til enkeltpersoner.

Departementet avviste for øvrig også et forslag fra mindretallet i lovutvalget om å la erstatningsansvaret bli omfattet av lempningsordningen, under henvisning til at «En så effektiv lempningsordning er etter departementets mening ingen ønsket løsning på konkurranserettens område».⁴⁷ Derimot ble det innført regler som begrenser mulighetene til innsyn i lempningsbegjæringer (ny § 27), nettopp for å hindre at frykt for erstatningssøksmål påvirker insitamentene til å søke lempning negativt.

Konkurransemyndigheter som har implementert et lempningsprogram, har opplevd en markant økning i antallet konkurransesaker. De fleste kartellvedtak fra

42. For en beskrivelse av insentivene, se Motta (2004), s. 193 ff.

43. Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, [2006] OJ C298/17.

44. Jf. NOU 2003:12, s. 136, 246, Ot.prp. nr. 6 (2003–2004), s.128.

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

46. Lov nr. 35 om endringer i konkurranseloven av 14. juni 2013.

47. Prop. 75 L (2012–13), s. 60. Mindretallets forslag er utdypet i Hjelmen/Sørgard (2012).

Kommisjonen i senere år skyldes slike søknader. Også i Norge er antallet lempnings søknader stigende.⁴⁸ Det er derfor tydelig at lempningsinstituttet bidrar til avdekking av overtredelser, men det kan reises spørsmål om hvorvidt man samtidig taper på prevensjon, jf. nedenfor.

4 BETYDNING

4.1 INNLEDNING

Ad hoc-mekanismene har tre hovedformål: oppdagelse, forenkling av prosedyren og mer smidige løsninger på konkurranseproblemer. Slike løsninger kan diskuteres i to relasjoner; for det første hvilke nye muligheter som skapes, og i hvor stor utstrekning disse er ønskelige; og for det andre hvordan de påvirker den indre sammenhengen i håndhevelsessystemet.

4.2 «NEGOTIATED ANTITRUST» OG TILRETTELEGGELSE FOR KONKURRANSE

Mens forliksprosedyrer primært bidrar til å forenkle prosessene i kartellsaker, er essensen i lempningsordningen å avdekke flere overtredelser. Begge disse mekanismene dreier seg således i første rekke om å effektivisere det klassiske håndhevelsesregimet som bygger på prevensjon gjennom bøter/overtredelsesgebyr.⁴⁹

Dette stiller seg annerledes for tilsagnsinstituttet. Selv om også dette opprinnelig hadde prosessuell forenkling og effektivisering som formål, har det utviklet seg til noe mer av et regulatorisk instrument.

Direkte skyldes dette både at tilsagnene ikke må knyttes opp mot dokumenterte brudd på konkurransereglene, og at artikkel 9 uansett ikke inneholder de samme begrensninger med hensyn til utforming av tiltak som artikkel 7. De mulighetene som i denne sammenheng ligger i regelverket, kan forsterkes av Kommisjonens «forhandlingsposisjon» (på grunn av foretakenes frykt for bøter). I kombinasjon med at vedtakene sjelden vil bli gjenstand for domstolskontroll, skaper dette en risiko for at praksis kan utvikle seg langt utenfor kjernebestemmelsene i artikkel 101 og 102. Nettopp dette aspektet ved artikkel 9 har blitt møtt med kritikk.⁵⁰ Denne kritikken har en parallell

48. Iht. NOU 2012:7, s. 45, var det per februar 2012 innkommet tolv søknader.

49. Kommisjonen beskriver selv forskjellen mellom lempning og forlik som følger på sine hjemmesider: «Leniency is an instrument to gather the evidence while settlement is an efficiency instrument.»

50. Georgiev (2007), Wagner-von Papp (2012).

i amerikansk rett og skepsisen mot *consent decrees* (parallellen til artikkel 9-vedtak i amerikansk rett).⁵¹

Videre er det fremmet kritikk i retning av at artikkel 9 kan benyttes til å restrukturere markeder, og at den således kan benyttes som et regulatorisk verktøy. I flere av artikkel 9-sakene har Kommisjonen i pressemeldingen eksplisitt vist til at forliket bidrar til å liberalisere markeder.⁵² Ofte vil det kunne trekkes en temmelig klar grense mellom reguleringspolitikk og konkurranseretten i mer snever forstand, ved at konkurranseretten beskytter den konkurransen som «naturlig» forekommer på markedet, mens regulerings- eller liberaliseringspolitikk tar sikte på å skape eller legge til rette for mer konkurranse. Post-, tele-, transport- og energisektoren er klare eksempler på slik sektorvis liberalisering. Nettopp ved artikkel 9-tilsagn, som slik det er vist har en hovedfunksjon ved å pålegge konkrete plikter for å sikre konkurranse fremover mer enn å bringe konkrete overtredelser til opphør, vil denne grensen imidlertid lett kunne overskrides.⁵³ Typisk skjer dette fordi strukturelle tiltak i form av for eksempel organisatoriske skiller mellom for eksempel infrastrukturereierskap og innholdsleveranser vil kunne bidra til å skape ny konkurranse – noe som samtidig representerer et hovedverktøy i liberaliseringslovgivningen. Denne utviklingen er ikke nødvendigvis ønskelig, blant annet ut fra et ønske om politisk kontroll med liberaliseringsprosesser.

Et annet aspekt er bruk av forlik på områder hvor rettstilstanden er uklar. Det er – ikke minst under artikkel 102 – en rekke uavklarte spørsmål knyttet til konkurransereglens rekkevidde. Hvis forliksløsningen fremstår som et attraktivt alternativ til en lang administrativ prosess og kanskje senere runder i Domstolen, er det rimelig opplagt at Kommisjonen vil kunne oppnå løsninger som i beste fall ligger på yttergrensen av kompetansen. Usikkerhet knyttet til den materielle jussen kan gjøre artikkel 9 mer attraktiv både for Kommisjonen og foretak. Eksempler på slike vedtak er for eksempel ENI og CEZ. I ENI ble det blant annet vist til at foretaket hadde underinvestert i rørledningskapasitet,

og at dette utgjorde et mulig misbruk av dominerende stilling. Saken ble løst ved strukturelle tilsagn (salg av infrastruktur).⁵⁴ Påstått overtredelse i CEZ representerte overbooking av kapasitet. Denne saken ble løst ved utsalg av kraftproduksjonskapasitet.⁵⁵

4.3 INDRE SAMMENHENG I HÅNDHEVELSESYSTEMET

4.3.1 RETTSAVKLARING

Avslutning av saker ved forlik vil ikke skape presedens ved uavklarte spørsmål. Dette kan både vanskeliggjøre håndhevelsen i senere saker samt øke risikoen for overtredelser ved adferd i randsonene av regelverket. Et tilsagnsvedtak, som ikke tar stilling til om det foreligger en overtredelse, vil gi begrenset veiledning for foretak og deres rådgivere med hensyn til tilpasning til regelverket. Derimot kan disse bli for forsiktige, slik at resultatet kan bli *mindre intens* konkurranse.

Tilsagn reduserer på denne bakgrunn forutberegneligheten i konkurranseretten, selv om de fleste av sakene hittil har vært mindre problematiske i så måte – i den forstand at det ikke har vært særlig vanskelig å identifisere hva Kommisjonen har ansett som en overtredelse.

4.3.2 PREVENSJON

Utstrakt bruk av tilsagn vil, ved visse typer overtredelser, kunne medføre at overtredelser oppfattes som mindre risikable, fordi man vil kunne redde seg med et forlik med myndighetene. Denne effekten er imidlertid ikke særlig klar og vil være avhengig av hvordan konkurransemyndighetene benytter sine fullmakter. Samtidig er det på det rene at det generelle bøtenivået har økt kraftig de siste årene, også i Norge, og det er neppe synnerlig grunn til å frykte at den økende bruken av artikkel 9-tilsagn reduserer foretakenes vilje til etterlevelse. Snarere kan de to ses i sammenheng, der det nettopp er bøtenivået og det generelt negative fokuset knyttet til å være involvert i konkurransesaker som gjør det mulig å få til vidtrekkende forlik med foretakene. I den utstrekning fokuset på konkurransepolitiske problemer mer enn konkrete overtredelser leder til økt for-

51. Se for eksempel Melamed (1996).

52. Se for eksempel IP/10/494 i E.ON (*gas foreclosure*) og IP/10/290 i EDF.

53. Melamed, cit., påpeker at «because consent decree proceedings tend to focus more on the remedy than the wrong, the requirements of consent decrees are sometimes regulatory in nature».

54. Sak COMP/39315 (vedtak 29. september 2010). Et interessant trekk ved vedtaket er at Kommisjonen legger betydelig vekt på ENIs påståtte intensjon om å begrense konkurranse, selv om det også etableres en link til misbruksbestemmelsen ved henvisning til plikten en infrastrukturereier har til å ta hensyn til tredjepartsbrukere.

55. Sak COMP/39727 (vedtak 10. april 2013).

siktighet blant foretak, kan det også hevdes at forlik på sin måte bidrar til økt prevensjon. Også denne effekten kan imidlertid slå begge veier; blir foretak for forsiktede, kan dette i seg selv dempe konkurranseintensiteten.

Også forliksprosedyren i kartellsaker kan drøftes under synsvinkelen tap av preventiv virkning. Den mulige reduksjonen (maks. ti prosent) i kombinasjon med en stadig økning i bøtenivået gjør imidlertid at denne innvendingen neppe kan ses på som tungtveiende.

4.3.3 PRIVAT HÅNDHEVELSE

Som et utgangspunkt vil ad hoc-løsninger ikke bidra til å fremme kompensasjon til ofre gjennom privat håndhevelse. Privat håndhevelse er knyttet opp mot forbudsnormene i kartell- og misbruksforbud. Faktum i slike saker kan være komplisert å kartlegge og bevise, og private er derfor i mange sammenhenger avhengig av å kunne støtte seg på vedtak fra myndighetene. Forliksprosedyren i kartellsaker innebærer at foretak innrømmer overtredelsen, og vil derfor kunne bidra positivt til den private håndhevelsen. Tilsvarende gjelder lempningsinstituttet, siden det bidrar til bedre avdekking av karteller, selv om det er innført begrensninger på tilgang til bevismateriale for å motvirke at trusselen om erstatningssøksmål begrenser insentivene til å søke lempning.

Effektene av tilsagnsbeslutninger er mer usikre. Den åpenbare ulempen sammenliknet med privat håndhevelse er at saken avsluttes uten at det tas stilling til om det foreligger en overtredelse eller ei. Dermed mangler private også den støtte som normalt ligger i at Kommisjonens vedtak vil binde nasjonale domstoler. Hvis det blir vanskeligere å nå frem med private søksmål, innebærer dette tapte kompensasjon, og Kommisjonens initiativer for å øke den private håndhevelsen kan bli vanskeliggjort. På dette punktet må det imidlertid skilles mellom privat håndhevelses ulike roller. Ut fra hensynet til effektiv ressursbruk bør ikke nødvendigvis kompensasjon av privates tap, der det konkurransemessige problemet løses for ettertiden, være et prioritert område. Kompensasjon representerer en etterfølgende omfordeling av velferd som ikke kan rette opp det effektivitetstapet overtredelsen har påført samfunnet. Hovedpoenget i et slikt perspektiv er å sørge for effektive løsninger for fremtiden. Nettopp derfor bør ikke tapte kompensasjon som følge av ad hoc-løsninger være noen bekymring.

Privat håndhevelse kan imidlertid også bidra til en preventiv effekt. Innenfor det europeiske konkurranserettssystemet er det likevel ingen tvil om at hovedformålet med privat håndhevelse er kompensasjon, og at prevensjon er en sideeffekt. Samtidig må det understrekes at konkurransemyndighetenes valg av tilsagn fremfor en full overtredelsesprosedyre vil måtte ta hensyn til tap av en preventiv effekt på grunn av at det ikke ilegges bot. Tapet av preventiv virkning av private søksmål blir i det perspektivet underordnet.

Dersom bruken av tilsagn også skulle innebære svekkede søksmåls- og klageinsentiver fra private på mer generelt grunnlag, kan det imidlertid være problematisk ut fra et perspektiv om effektiv håndhevelse. En slik mulig effekt kan skyldes manglende klargjøring av forbudenes grenser. Dette synes imidlertid høyst usikkert, allerede av den grunn at tilsagnspraksis snarere synes å utvide forbudene enn å snevre dem inn.

5 NEGOTIATED ANTITRUST OG BEHOVET FOR ET OVERORDNET PERSPEKTIV

Kombinasjonen av et høyere bøtenivå og muligheten for å formalisere forhandlede løsninger kan lede til en forhandlet konkurransepolitikk der de konkrete løsningene avhenger av myndighetenes forhandlingsposisjon versus foretakenes, og der de avtaler som inngås, ligger utenfor det lovgiver opprinnelig så for seg som virkemidler for å ivareta hensynet til konkurranse på markedet. Mekanismer som gir begge parter insentiver til å ta løsningene «ett steg videre», kan på kort sikt virke positivt i den forstand at det oppnås konkurransegunstige løsninger, men kan på lengre sikt underminere konkurranserettens hovedfunksjon som normering av markedet. Poenget er at det kan skapes doble standarder der saker avsluttes gjennom forhandlede løsninger som ikke nødvendigvis kan håndheves i andre saker – fordi de er resultat av forhandlinger, og ikke rettsutvikling. Dermed vil preventiv virkning og muligheten for privat håndhevelse i ytterste konsekvens være begrenset til en statisk standard.

Ad hoc-løsninger representerer imidlertid viktige supplementer til håndhevelse, gjennom bedre avdekking (lempning), prosessbesparende effekter (tilsagn, forlik) og mer fleksibilitet (tilsagn). Ad hoc-mekanismene *virker* først og fremst på grunn av bøtesanksjonens preventive effekt og muligheten for

private søksmål. Nettopp på denne bakgrunn er det essensielt at systemet er i balanse. For utstrakt bruk av ad hoc-løsninger – først og fremst tilsagn – skaper en

risiko for kannibalisme innad i håndhevelsessystemet. Suksessfaktoren er derfor avhengig av bevissthet fra myndighetenes side. M

REFERANSER

Cauffman (2012): The Impact of Voidness for Infringements of Article 101 TFEU on Related Contracts, *European Competition Journal*, 8, 95–122.

Georgiev (2007): Contagious Efficiency: The growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law, *Utah L. Rev.* 971–1038.

Graver/Hjelmeng (2006): *Norsk konkurranserett*, Bind 2

Hjelmeng (2011), *Bindende tilsagn i konkurransesaker – forordning 1 artikkel 9 og relevansen for konkurranseloven* (SNF Arbeidsnotat 13/11).

Hjelmeng (2013): Competition Law Remedies – Striving for Coherence or Finding New Ways? *CMLRev.* 50, 1007–1038.

Hjelmeng/Sørgard (2012): «En mer effektiv konkurranselov», *Samfunnsøkonomen* nr. 7, 2012.

Larssen (2006): Strukturelle tiltak ved overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser, *Lov og Rett* s. 195–218.

Melamed (1996): Antitrust: The New Regulation, *The Antitrust*, 10(13) (1995–96).

Motta (2004): *Competition policy: theory and practice*.

Wagner-von Papp (2012): Best and Even Better Practices in Commitment Procedures after Alrosa: The Dangers of Abandoning the ‘Struggle for Competition Law’, *CMLRev.* 49, 929–970.





VISSTE DU...?

- ⦿ at Bank2 hjelper kunder der andre banker ikke har mulighet?
- ⦿ at Bank2 stadig oftere blir anbefalt av andre banker?
- ⦿ at Bank2 både har privat- og bedriftskunder?
- ⦿ at Bank2 tilbyr bedrifter prosjekt- og likviditetslån?
- ⦿ at Bank2 har spesiell kompetanse og lang erfaring med byggelån?
- ⦿ at Bank2 tilbyr lån til kunder med betalingsanmerkninger?

bank2.no - tlf: 24 13 20 60