



Fornyings- og administrasjonsdepartementet
Postboks 8004
0030 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2008/1094
STAB-JD MAAA 601.2

Dato: 23.02.2009

Høringsuttalelse – forslag til lovendringer for å styrke håndhevelsen av konkurranseloven

Konkurransetilsynet viser til Fornyings- og administrasjonsdepartementets høringsbrev 12. desember 2008 angående ovennevnte.

Formålet med lovendringsforslaget er å styrke håndhevelsen av konkurranseloven. For å styrke lempningsprogrammet etter konkurranseloven¹ § 31 foreslår departementet å utvide anvendelsesområdet for lempning til også å omfatte straff etter konkurranseloven § 30. I tillegg forelås en begrensning i retten til innsyn i dokumenter som har blitt utarbeidet i forbindelse med en søknad om lempning, slik at den som søker om lempning ikke blir mer eksponert for sivile erstatningssøksmål enn den som ikke søker om lempning.

Endelig har departementet foreslått en bestemmelse som skal styrke vernet om anonymiteten til foretak eller personer som tipser Konkurransetilsynet om overtredelser av konkurranseloven § 10 eller § 11.

Lovforslaget bygger i stor grad på innspill fra Konkurransetilsynet til Fornyings- og administrasjonsdepartementet i brev av 1. juli 2008. Konkurransetilsynet er følgende positiv til lovendringsforslaget. I det følgende kommenteres nærmere de enkelte deler av forslaget.

1. Konkurransetilsynets merknader

1.1. Særtrekk ved kartellsamarbeid – behovet for spesialregler

Innledningsvis vil Konkurransetilsynet understreke at kartellsamarbeid er vanskelig å oppdage og vanskelig å bevise. Det er en økende bevissthet blant markedsaktørene om Konkurransetilsynets adgang til bevissikring, noe som forverrer bevisituasjonen ved at aktørene i større grad iverksetter tiltak for å skjule bevis for ulovlig samarbeid. Etter Konkurransetilsynets erfaring finnes det som regel få beviser, og i tillegg er de normalt av svært fragmentarisk karakter.

Kartellsamarbeid i sin alvorligste form ("hard core cartels") kan defineres som skjult konkurransebegrensende samarbeid mellom to eller flere foretak om priser, produksjon, anbud og fordeling av marked. Det er altså en form for *organisert* kriminalitet som kjennetegnes ved at flere gjerningsmenn går sammen om en forbrytelse. Denne typen økonomisk kriminalitet medfører store økonomiske skadevirkninger som rammer samfunnet i sin helhet, i form av blant annet høyere priser på de produktene som omfattes av kartellsamarbeidet. Som departementet påpeker i høringsnotatet, viser internasjonale studier at et kartell kan føre til priser som ligger

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

omkring 15-40 prosent over det prisnivået som ville ha foreligget ved konkurranse i det aktuelle markedet.

Konkurransetilsynet vil særlig understreke betydningen av konkurransesakers internasjonale aspekt ved utformingen av reglene om lempning i konkurranseloven.

Kartellsamarbeid involverer ofte multinasjonale selskaper med virksomhet i flere land. En overtredelse av konkurransereglene som involverer slike selskap vil således kunne forfølges i flere land. På denne bakgrunn er det viktig at de nasjonene som har en utviklet konkurranselovgivning også har lempningsprogram som er effektive og så langt som mulig harmoniserte. Dette styrker forutberegneligheten for potensielle lempningssøkere, og reduserer sannsynligheten for at store internasjonale kartellsamarbeid med store samfunnsøkonomiske skadevirkninger aldri blir oppdaget på grunn av ett lands mangelfulle lempningsprogram.

Som det fremgår av departementets høringsnotat side fire, foreligger det internasjonale føringer fra blant annet EU, European Competition Network (ECN),² International Competition Network (ICN) og OECDs konkurransekomité med hensyn til viktigheten av den totale effekten til de ulike nasjonenes lempningsprogram.

Forannevnte særtrekk ved kartellsamarbeid gir et behov for særregler for å oppnå en effektiv håndhevelse av forbudet mot karteller i konkurranseloven § 10.

1.2. Nærmere om de enkelte forslagene

1.2.1 Forslag til endringer i konkurranseloven § 31 – lempning for straff

Departementet har foreslått å utvide konkurranseloven § 31, slik at det også kan gis lempning for personstraff etter konkurranseloven § 30.

Gjeldende konkurranselov § 31 trådte i kraft mai 2004. I henhold til bestemmelsen skal det ved utmålingen av overtredelsesgebyr etter § 29 eller bøter til foretak etter § 30 for overtredelse av § 10, tas i betraktning om foretaket har bistått konkurransemyndighetene med oppklaringen av egen eller andres overtredelse. Nærmere regler er fastsatt i forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.³

Bakgrunnen for innføringen av regler om lempning var å gi deltakerne i kartellsamarbeid tilstrekkelig insentiver til å bistå myndighetene med å avsløre ulovlige kartell. Den gode erfaringen med lempningsprogram i andre europeiske land og hensynet til harmoniseringen med EU/EØS-reglene ble også vektlagt ved innføringen av regler om lempning i den norske konkurranseloven.⁴

Som departementet viser til har ikke lempningsprogrammet etter konkurranseloven § 31 fungert som tilsiktet, og Konkurransetilsynet har mottatt svært få søknader om lempning. Konkurransetilsynet er enige med departementet i at det kan være flere årsaker til dette. En viktig årsak kan være at det kan ilegges straff etter konkurranseloven § 30 for overtredelser av konkurranseloven § 10, mens det samtidig ikke kan gis lempning for personstraff etter konkurranseloven § 31.

Som departementet viser til kjennetegnes et effektivt lempningsprogram ved at det er forutberegnelig for potensielle lempningssøkere i hvilken grad den informasjonen de legger frem for konkurransemyndighetene vil bli vektlagt både ved illeggelsen av overtredelsesgebyr og straff for overtredelser av konkurranseloven § 10. Når personer i foretaket som vurderer å inngi

² Se spesielt ECNs "Model Leniency Program":
http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf

³ Forskrift 22. august 2005 nr. 909.

⁴ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 128.

lempningssøknad samtidig risikerer personlig straffansvar for den overtredelsen det søkes lempning fra, er det mindre sannsynlighet for at slik søknad inngis.

Illustrerende for ovennevnte problem er de tyske reglene om sanksjoner mot kartellsamarbeid og lempning. Tyskland har bare fengselsstraff for anbudssamarbeid. Andre former for horisontale samarbeid er ikke kriminalisert. Tyskland har et velfungerende lempningsprogram for lempning i forhold til horisontalt samarbeid, men har aldri mottatt en søknad om lempning for anbudssamarbeid.⁵ Konkurransetilsynet er enig med departementet i at dette peker i retning av at fengselsstraff uten korresponderende regler om lempning, kan svekke lempningsprogrammets effektivitet.

Problemet med fengselsstraff for overtredelser av konkurranseloven § 10 uten korresponderende regler om lempning er søkt imøtesett i Konkurransetilsynets uttalelse om unnlattelse av å anmelde i saker om lempning, utarbeidet mars 2008.⁶ Her uttales det blant annet at for å redusere den usikkerhet som mulig anmeldelse av enkeltindivider kan medføre i saker hvor et foretak søker om lempning, gjøres det klart at Konkurransetilsynet normalt ikke vil anmelde enkeltpersoner, som er ansatt i et foretak som oppfyller vilkårene for hel eller delvis lempning, for det samme forhold som foretaket søker om lempning for.

Selv om Konkurransetilsynet ikke anmelder enkeltpersoner ansatt i foretak som oppfyller vilkårene for lempning, vil Økokrim/politiet kunne få anmeldelse eller opplysninger om mulig overtredelse av konkurranseloven § 10 fra andre enn Konkurransetilsynet. For å redusere den usikkerhet dette kan medføre i forbindelse med en lempningssøknad, redegjøres det i uttalelsen for hvordan Økokrim/politiet vil forholde seg til slike anmeldelser/opplysninger. I uttalelsen vises det til påtaleinstruksen § 7-3 andre ledd om at etterforskning ikke "bør" iverksettes før Konkurransetilsynet har vært forelagt anmeldelsen (mistanken) om overtredelse av konkurranselovens bestemmelser. Det uttales videre at Økokrim har gjort det klart overfor Konkurransetilsynet at det normalt ikke vil iverksette etterforskning i saker om overtredelse av konkurranselovens bestemmelser uten at forholdet er anmeldt fra Konkurransetilsynet eller at tilsynet er forelagt anmeldelsen/mistanken etter påtaleinstruksen § 7-3 annet ledd, og har stilt seg positiv til straffeprosessuell etterforskning.

Manglende søknader om lempning også etter ovennevnte uttalelse kan imidlertid tyde på at Konkurransetilsynets uttalelse ikke gir deltakerne i kartell tilstrekkelig grad av forutberegnelighet.

På denne bakgrunn er Konkurransetilsynet enig med departementet om at anvendelsesområdet for lempning etter § 31 bør utvides til også å omfatte straff etter konkurranseloven § 30.

Konkurransetilsynet anser det som formålstjenlig at en lempningssøknad fra et foretak ikke omfatter tidligere ansatte i foretaket, slik departementet har foreslått. Denne regelen vil kunne effektivisere lempningsprogrammet ved at insentivene til å søke om lempning for både tidligere ansatte og foretaket øker, ettersom en lempningssøknad fra ett av disse subjektene ikke omfatter det andre. Konkurransetilsynet støtter departementets forslag om å gi uttrykk for denne regelen direkte i konkurranseloven § 31, ettersom det vil styrke forutberegneligheten for regeladressatene å innta dette på lovnivå.

1.2.2 Forslag til ny § 27a i konkurranseloven om beskyttelse av kilder – første ledd – taushetsplikt om identiteten til foretak eller personer som gir tips til Konkurransetilsynet

⁵ Se departementets høringsnotat side 4.

⁶ Se:

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

Departementets forslag til ny § 27a første ledd innebærer at Konkurransetilsynet pålegges taushetsplikt om identiteten til foretak eller personer som gir tips til tilsynet om overtredelse av konkurranseloven § 10 eller § 11.

Konkurransetilsynet understreker viktigheten av at potensielle tipsere med informasjon om overtredelser av konkurranseloven kan forutberegne vernet om sin identitet før de kontakter tilsynet. Konkurransetilsynets erfaring med henvendelser fra personer eller foretak med slike opplysninger viser at vern om identitet ofte er avgjørende for at opplysningene formidles til tilsynet. På denne bakgrunn er det trolig også en rekke foretak eller personer som overhodet ikke kontakter Konkurransetilsynet på bakgrunn av usikkerhet knyttet til vern om identitet og frykt for ulike former for represalier i forbindelse med en varsling om overtredelser av konkurranselovgivningen. Forannevnte viser behovet for den regelen departementet har foreslått inntatt i ny § 27a første ledd i konkurranseloven.

Konkurransetilsynet vil også påpeke at reglene om lempning i konkurranseloven § 31 i dag kun omfatter de personer som kan ilegges sanksjoner for overtredelse av konkurranseloven § 10. Det er således behov for en regel som også gir andre personer enn de som omfattes av konkurranseloven § 31 et vern mot skadevirkninger som følge av sin henvendelse til tilsynet, og da gjennom et vern om deres identitet.

Det fremgår av departementets høringsnotat side seks at *”det vil ofte vere vanskeleg å oppdaga eit brotsverk utan ein søknad om lemping etter konkurranselova § 31 eller eit tips med substansielt innhold”*. Informasjon fra varslere kan være et alternativ til lempning med hensyn til å oppdage og bevise kartellsamarbeid. På denne bakgrunn er det således viktig å understreke sammenhengen mellom det foreliggende forslaget til endringer i konkurranseloven § 31 og ny § 27a første ledd i konkurranseloven. De foreslåtte bestemmelsene må anses som komplementære med hensyn til å effektivisere håndhevelsen av konkurranseloven. Økt omfang av tips til Konkurransetilsynet vil også kunne øke ustabiliteten i pågående kartellsamarbeid, og derigjennom medføre flere søknader om lempning etter § 31.

Konkurransetilsynet er enig med departementet i at taushetsplikten etter ny § 27a første ledd avgrenses mot anmodninger om pålegg om opphør etter konkurranseloven § 12 første ledd. Taushetsplikt i disse tilfellene synes ikke nødvendig for å oppnå formålet med regelen om vern av tipseres identitet, nærmere bestemt økt omfang og substansielt innhold i de henvendelser som rettes til tilsynet om mulige overtredelser av konkurranseloven. Det er tilstrekkelig for å oppnå dette formålet at personer eller foretak med opplysninger om overtredelser av konkurranseloven kan forutberegne vernet av sin identitet ved å velge å formidle disse opplysningene til tilsynet gjennom et tips.

Konkurransetilsynet er enig med departementet i at identiteten til foretaket eller personen som gir tips til tilsynet ikke er avgjørende for deres kontradiksjon i sakens anledning. Partene vil fortsatt kunne gis innsyn i de delene av tipset som ikke tilkjenner tipsers identitet. Videre vil Konkurransetilsynet vurdere et tips ut fra hvem som avgir tipset, herunder kvalitetssikre innholdet i tipset før det gjennomføres inngripende tiltak i saken, som for eksempel bevissikring etter konkurranseloven § 25. Som et ledd i utredningsplikten etter forvaltningsloven § 17 vil tilsynet også innhente ytterligere informasjon før det tas en endelig avgjørelse i saken. Konkurransetilsynet understreker at tipset har som funksjon å sette i gang en sak som vil kunne lede frem til for eksempel et vedtak.

1.2.3 Forslag til ny § 27a i konkurranseloven om beskyttelse av kilder – annet ledd – begrenset innsyn i søknader om lempning

Departementets forslag til ny § 27a annet ledd innebærer at dokumenter vedrørende et foretak eller en person sin viten om en overtredelse av § 10 og foretaket eller personen sin delaktighet i overtredelsen, og som er utarbeidet i forbindelse med en søknad om lempning etter § 31, er unntatt offentlighet. Det heter videre at konkurransemyndighetene og andre offentlige organ har taushetsplikt om opplysninger som bare fremkommer av slike dokumenter. Forannevnte

dokumenter er i utgangspunktet ikke unntatt fra partsinnsyn, men dersom partene gjøres kjent med opplysningene i dokumentene kan de kun bruke disse for å ivareta sine interesser i saken.

Konkurransetilsynet er av den oppfatning at risikoen for private erstatningssøksmål ved overtredelser av konkurranseloven § 10 vil kunne medføre at det ikke inngis søknader om lempning etter konkurranseloven § 31. Departementets forslag til ny § 27a annet ledd reduserer risikoen for private erstatningssøksmål for den som søker om lempning, og erkjenner således sammenhengen mellom lempningsprogrammet og private erstatningssøksmål.

Konkurransetilsynet peker også på det urimelige ved at et foretak eller en person som søker om lempning har et dårligere utgangspunkt i et eventuelt etterfølgende erstatningssøksmål enn de deltakerne i kartellsamarbeidet som har valgt å ikke kontakte myndighetene, og da på bakgrunn av lempningssøkers erkjennelser av skyld overfor konkurransemyndighetene i forbindelse med inngivelse av lempningssøknaden.

Konkurransetilsynet er enig med departementet i at hensynet til partenes kontradiksjon tilsier at forslaget til ny § 27a annet ledd avgrenser mot partsinnsyn i de dokumentene som omfattes av bestemmelsens første punktum. Tilsynet er av den oppfatning at det er tilstrekkelig for å oppnå formålet med bestemmelsen at partene pålegges en begrensning med hensyn til den videre bruken av opplysningene i disse dokumentene.

Konkurransetilsynet anser forslaget til ny § 27a annet ledd som en naturlig forlengelse av den foreslåtte regelen om lempning i konkurranseloven § 31. Lemping etter § 31 gir vern mot offentlige sanksjoner i form av overtredelsesgebyr og straff, mens forslaget til § 27a annet ledd verner lempningssøker mot privatrettslige sanksjoner i form av erstatningssøksmål. Tilsynet understreker at erstatningsbeløpene i slike saker kan være betydelige, og i mange tilfelle overstige et eventuelt overtredelsesgebyr i saken. Det gjøres også oppmerksom på at det pågående regelverksarbeidet i EU om privat håndhevelse av konkurransereglene⁷ og de nye bestemmelsene om gruppesøksmål i tvisteloven kapittel 35 vil kunne øke omfanget av private søksmål om erstatning for brudd på konkurransereglene, noe som igjen øker behovet for regelen departementet foreslår inntatt i konkurranseloven § 27a annet ledd.

På samme måte som forslaget til endringer i konkurranseloven § 31 og ny § 27a første ledd, må også forslaget til ny § 27a annet ledd anses å være begrunnet i hensynet til å verne 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.

1.2.4 Forslag til nytt siste punktum i konkurranseloven § 26 annet ledd

I henhold til konkurranseloven § 26 annet ledd første punktum skal det etter en rimelighetsvurdering gis innsyn i opplysninger undergitt lovbestemt taushetsplikt. Konkurransetilsynet er enig med departementet i at denne regelen i vesentlig grad vil svekke effekten til det foreliggende forslaget til den nye bestemmelsen om vern av kilder i konkurranselov § 27a, ettersom denne adgangen til innsyn svekker forutberegneligheten til tilsynets kilder med hensyn til innsyn i eller offentliggjøring av de opplysningene som inngis. På denne bakgrunn støtter Konkurransetilsynet departementets forslag til nytt § 26 annet ledd siste punktum om at § 26 ikke får anvendelse på opplysninger underlagt taushetsplikt etter konkurranseloven § 27a.

⁷ Se Kommisjonens ”White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules.

Link: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_en.pdf



Med hilsen

Thea Susanne Skaug (e.f.)
juridisk direktør

Magnus Aarø
rådgiver