



Mottaker
Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Deres ref.: 23_2063-1

Vår ref.: 2023/0154-2

Saksbehandler: Linn Kristin Nyvold Roti
Saksansvarlig: Karin Laastad

Dato: 29.06.2023

Høringsuttalelse - forslag til endringer i konkurranseloven - markedsetterforskning - utredning av overtredelsesgebyr og ledelseskantene mot fysiske personer

1 Innledning

- (1) Konkurransetilsynet viser til høringsbrev fra Nærings- og fiskeridepartementet 30. mars 2023, der høringsnotat om nytt markedsetterforskningsverktøy og utredning skrevet av professor Jon Petter Rui om overtredelsesgebyr til fysiske personer og forbud mot ledelsesfunksjon ble sendt på høring. Høringsfristen er satt til 30. juni 2023.
- (2) Forslagene vil samlet sett gi Konkurransetilsynet nye muligheter til å håndheve konkurranseloven enda mer effektivt og treffsikkert enn i dag, og derigjennom nå de målene som konkurransereglene er satt til å fremme. Markedsetterforskning representerer et helt nytt verktøy på siden av den etablerte atferds- og fusjonskontrollen, mens forslaget om hjemmel til å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr og forbud mot ledelsesfunksjon innebærer nye former for reaksjoner som tilsynet kan benytte ved overtredelser av konkurranseloven.
- (3) Konkurransetilsynet er gjennomgående positiv til forslagene til lovendringer som er foreslått. Samtidig er det på det rene at forslagene samlet sett gir tilsynet mer omfattende hjemler. Det er derfor viktig å tydeliggjøre aktuelle implikasjoner for saksbehandling og prosess, samt påpeke hvilke rettsikkerhetsgarantier og prosessuelle rettigheter som må ivaretas i begge spor for å sikre et tilstrekkelig balansert regelverk.
- (4) I det følgende vil Konkurransetilsynet i kapittel 2 til 5 behandle forslaget til nytt markedsetterforskningsverktøy. Deretter vil tilsynet se på de ulike forslagene som er fremmet i utredningen fra Rui i kapittel 6 til 9.

2 Overordnet om behovet for et markedsetterforskningsverktøy

2.1 Innledning

- (5) I høringsnotatet foreslår departementet at det skal innføres adgang til å gjennomføre markedsetterforskning, med tilhørende kompetanse til å vedta avhjelpende tiltak. I beskrivelsen av behovet for ny lovgivning viser departementet til at det er nødvendig å supplere dagens lov for å løse eksisterende og fremtidige konkurranseutfordringer. I denne sammenheng vises det til utfordringer knyttet til digitalisering, ensidig adferd fra aktører som ikke er dominerende, utfordringer i dagligvaremarkedet samt noen øvrige utfordringer.

- (6) Effektiv konkurranse mellom bedrifter i et marked hindrer enkelt-bedrifter i å utnytte markedsmakt til ulempe for forbrukerne. Konkurranseloven legger begrensninger på bedriftenes handlingsrom i forbindelse med oppkjøp, konkurransebegrensende avtaler og misbruk av dominerende stilling. Vanligvis er effektiv håndhevelse av konkurranseloven tilstrekkelig for å sikre god konkurranse og effektiv ressursutnyttelse til det beste for forbrukerne.
- (7) Konkurransetilsynet er likevel enig med departementet i at det er behov for et markedsetterforskningsverktøy, samt i erkjennelsen av at virkemidlene tilsynet har i dag ikke alltid er tilstrekkelige til å løse alle potensielle problemer i markeder med omfattende og sammensatte konkurranseutfordringer. Videre er tilsynet enig i at forslaget må sees i sammenheng med lignende diskusjoner som foregår i en internasjonal kontekst, både på nasjonalt og overnasjonalt plan.
- (8) Velfungerende konkurranse fremmer produktivitet, vekst, innovasjon, fleksibilitet, service, effektivisering, utvikling og rettferdig fordeling.¹ Flere av disse faktorene har stor betydning for den grønne omstillingen man nå står overfor. Dersom konkurransen i et marked er vesentlig begrenset, virker det hemmende på de nevnte faktorene. Forslaget er derfor etter tilsynets oppfatning et viktig supplement til dagens lovgivning, fordi det åpner for at tilsynet kan pålegge avhjelpende tiltak gjennom enkeltvedtak for å korrigere markedssvikt som har sitt opphav i forhold som ikke kan håndteres effektivt gjennom håndhevelse av eksisterende konkurranselovgivning.
- (9) Selv om Konkurransetilsynet er enig med departementet i at konkurranseutfordringer med opphav i markedsutviklingen nevnt i avsnitt (5) gir en dekkende beskrivelse av behovet for ny lovgivning, er det etter tilsynets oppfatning også relevant å se hen til praksis fra britiske konkurransemyndigheter, som har hatt et markedsetterforskningsverktøy siden 2002, for å få en bredere forståelse av når det kan være aktuelt å ta i bruk lovgivningen. Erfaringene fra Storbritannia gir særlig innsikt i hvilke skadevirkninger det kan være aktuelt å rette avhjelpende tiltak mot, samt hva de avhjelpende tiltakene faktisk innebærer. Tilsynet viser i denne sammenheng til høringsvarets kapittel 3, hvor disse forholdene beskrives nærmere.
- (10) I de følgende avsnittene vil Konkurransetilsynet knytte noen nærmere kommentarer til enkelte sider ved departementets vurdering av behovet for ny lovgivning, herunder utviklingen i digitaliserte markeder og dagligvaremarkedet, samt risikoen for at ny lovgivning svekker innovasjon. Tilsynet vil også kort redegjøre for sitt syn på forholdet mellom politisk styring og konkurransefaglige vurderinger når det gjelder bruken av den foreslåtte lovgivningen.

2.2 Utvikling i digitaliserte markeder

- (11) I høringsnotatets kapittel 7.2.1 viser departementet til at behovet for ny lovgivning må sees i sammenheng med at visse trekk ved den digitale utviklingen kan begrense konkurransen. Digitaliseringen øker risikoen for vesentlige konkurransebegrensninger som ikke skyldes overtredelse av forbudsbestemmelsene, men som tar utgangspunkt i komplekse sammenhenger mellom trekk ved markedet, bedriftenes atferd, teknologiske forhold og forbrukeratferd. Konkret viser departementet til at enkelte kjennetegn og karakteristika ved digitale plattformmarkeder kan føre til at slike markeder tipper samtidig som at etableringshindringene er betydelige, samt at økt bruk av prising- og overvåkingsalgoritmer kan øke sannsynligheten for stilltiende samarbeid.
- (12) Konkurransetilsynet er enig i at økt digitalisering og mer komplekse markeder underbygger behovet for å få på plass et regelverk som også gir rammer for håndtering av fremtidige utfordringer. Som departementet redegjør for, kan eksistensen av stor- og samdriftsfordeler samt nettverkseffekter og behov for data føre til konkurranseutfordringer

¹ Se [Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes \(oecd.org\)](https://www.oecd.org/daf/competition/2014-competition-factsheet-iv-en.pdf) - <https://www.oecd.org/daf/competition/2014-competition-factsheet-iv-en.pdf>

i digitale plattformmarkeder som det kan være utfordrende å håndtere innenfor dagens lovverk.

- (13) Konkurransetilsynet deler departementets bekymring for at økt bruk av algoritmer kan legge til rette for stilltiende samarbeid, og at dagens lovgivning ikke i tilstrekkelig grad er egnet til å løse slike utfordringer. Denne erkjennelsen er i samsvar med konklusjoner fra sammenlignbare diskusjoner i konkurransefaglige miljø internasjonalt.² For en nærmere redegjørelse av hvordan algoritmer kan føre til stilltiende samarbeid vises det også til bidraget tilsynet har utarbeidet og oversendt OECD i juni 2023.³
- (14) Som Konkurransetilsynet redegjør for i bidraget til OECD kan økt digitalisering, for eksempel bruk av algoritmer, også ha positive konsekvenser for konkurransen. Etter tilsynets oppfatning legger departementets lovforslag opp til at positive effekter ved digitalisering også skal inngå i vurderingen av om et gitt avhjelpende tiltak er forholdsmessig for å avhjelpe en vesentlig konkurransebegrensning. Tilsynet viser i denne sammenheng til høringssvarets kapittel 2.4, hvor lovforslagets betydning for insentiver til å innovere vurderes nærmere.

2.3 Dagligvaremarkedet

- (15) I høringsnotatet påpeker departementet videre at utfordringene i dagligvaremarkedet er knyttet til sammensatte atferdsmessige og strukturelle forhold. Konkurransetilsynet har ved flere anledninger uttalt at et markedsetterforskningsverktøy vil kunne adressere konkurransemessige utfordringer i dagligvaremarkedet, som per i dag ikke kan løses, eller vanskelig lar seg løse ved bruk av konkurranselovens gjeldende bestemmelser. Tilsynet har blant annet trukket frem at konkurransekorrigerende tiltak som følge av en markedsetterforskning kan treffe mer målrettet enn håndhevelse av generelle forskrifter. Dette har særlig vært nevnt i forbindelse med en eventuell markedsetterforskning knyttet til forskjeller i innkjøpspriser.
- (16) Konkurransetilsynet er enig i den beskrivelsen som departementet gir i høringsnotatet, hvor det fremgår at prisdiskriminering fra én leverandør ofte vil ha liten effekt på de totale kostnadene til dagligvarekjeden, og det er derfor vanskelig å påvise at en slik atferd er konkurransebegrensende. Tilsynet støtter dermed oppfatningen om at det kan være nødvendig å vurdere de samlede virkningene av prisdiskriminering på alle produktene som inngår i en handlekurv for å kunne avgjøre om atferden innebærer konkurranseskadelige virkninger. Videre er tilsynet enig i at inngrep basert på slike vurderinger er utfordrende innenfor dagens konkurranselov.
- (17) Sammenlignet med dagens lovgivning og forslagene om å benytte konkurranseloven § 14 er det Konkurransetilsynets vurdering at et markedsetterforskningsverktøy kan være en mer effektiv måte å redusere eventuelle etableringshindringer som følge av forskjeller i innkjøpspriser. Et slikt verktøy kan gjøre det mulig å tilpasse tiltakene til de årsakene til forskjeller som virker konkurransebegrensende, samtidig som man i vurderingen også tar hensyn til konkurransefremmende elementer. Dersom analysen viser at forskjellene effektivt hindrer nyetablering i markedet vil dette også kunne hensyntas på en mer spisset og målrettet måte.
- (18) Konkurransetilsynet peker videre på at det er de samlede virkningene av flere ulike etableringshindringer som gjør det særlig vanskelig for nye aktører å etablere seg i det norske dagligvaremarkedet. Det er derfor tilsynets vurdering at en samlet og helhetlig analyse av etableringshindringene vil være den beste fremgangsmåten for å oppnå mest mulig formålstjenlige tiltak for sektoren, og at markedsetterforskningsverktøyet bedre legger til rette for en slik tilnærming. Dette vil etter tilsynets skjønn sikre at de tiltak som eventuelt innføres både treffer mest mulig effektivt og minst mulig inngripende i den frie konkurransen.

² Se for eksempel OECD (2023), *Algorithmic Competition, OECD Competition Policy Roundtable Background Note*, tilgjengelig her: [algorithmic-competition-2023.pdf \(oecd.org\)](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2023)14/en/pdf).

³ Bidraget er tilgjengelig her: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2023\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2023)14/en/pdf).

2.4 Økt usikkerhet og redusert innovasjon ved innføring av ny lovgivning

- (19) I høringsnotatets kapittel 7.3.5 og kapittel 11 vises det til at innføringen av et markedsetterforskningsverktøy vil medføre økt usikkerhet for næringslivsaktører om hvilke forhold det kan være aktuelt for Konkurransetilsynet å gripe inn mot. Et markedsetterforskningsverktøy som gir høy grad av fleksibilitet for myndighetene vil dermed gi mindre forutberegnelighet for næringslivet, fordi man kan gripe inn der lovens forbud ikke er overtrådt. Mangel på forutberegnelighet kan ifølge departementet i verste fall føre til at insentivene til å innovere eller utvikle nye produkter reduseres.
- (20) I samsvar med formålsparagrafen i konkurranseloven vil Konkurransetilsynet kun pålegge avhjelpende tiltak etter en markedsetterforskning dersom tilsynet etter en helhetlig vurdering finner at konkurransen begrenses vesentlig slik at forbrukerne blir skadelidende. Tilsynet vil i denne sammenheng vurdere hvordan de aktuelle forholdene som etterforskes påvirker faktorer som pris, kvalitet, investering og innovasjon. I utgangspunktet vil derfor avskrekkingseffekten knyttet til verktøyet kunne være positiv for samfunnet fordi markedsaktørene kan velge å endre skadelig adferd, eller ikke investere/innovere i potensielt skadelig adferd, fordi de forventer at adferden vil medføre tiltak etter en markedsetterforskning.
- (21) Avskrekkingseffekten kan imidlertid ha negative effekter dersom aktørene forventer at markedsetterforskning med tiltak vil skje også i tilfeller der den aktuelle adferden ikke er konkurranseskadelig. En negativ avskrekkingseffekt vil derfor kunne oppstå dersom markedsaktørene forventer at tilsynet gjør en feilaktig vurdering av om forhold begrenser konkurransen i vesentlig grad, eller om det avhjelpende tiltaket samlet sett er forholdsmessig og effektivt.
- (22) Samtidig anerkjenner Konkurransetilsynet at markedsaktørens insentiv til å innovere i enkelte tilfeller kan avhenge av hvorvidt en aktør i en periode oppnår økt markedsrett. I markeder hvor FoU er en sentral konkurranseparameter og hvor et produkt er under patentbeskyttelse kan det for eksempel være uheldig om konkurransemyndighetene griper inn ved å fatte vedtak om misbruk om dominerende stilling gjennom urimelige høye priser.
- (23) I denne sammenheng viser Konkurransetilsynet videre til lovforslagets § 42, hvor det fremgår at tilsynet bare vil ha hjemmel til å pålegge tiltak "*dersom det foreligger forhold som vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen i strid med lovens formål*" (tilsynets utheving). Eksempler på slike forhold fremgår av høringsnotatets kapittel 7.2, samt kapittel 2 og 3 i dette høringssvaret. I vurderingen av om det foreligger en vesentlig konkurransebegrensning samt om et gitt avhjelpende tiltak er forholdsmessig vil det med andre ord være avgjørende om det kan identifiseres spesifikke forhold som påvirker graden av markedsrett slik at konkurransen vesentlig begrenses. At en bedrift midlertidig øker sin markedsandel og/eller markedsrett fordi den har utviklet et produkt som forbrukerne anser som bedre enn alternativene, vil i seg selv ikke nødvendigvis utgjøre et forhold som muliggjør vedtak etter en markedsetterforskning.
- (24) Samlet sett er det Konkurransetilsynets vurdering at departementets forslag imøtekommer potensielle utfordringer knyttet til lovgivningens påvirkning på innovasjon og utvikling av nye produkter.

2.5 Forholdet mellom politisk styring og konkurransefaglige vurderinger

- (25) I høringsnotatet redegjør ikke departementet nærmere for forholdet mellom politiske føringer og konkurransefaglige vurderinger. Konkurransetilsynet vil likevel knytte noen kommentarer til dette.
- (26) Det går frem av lovforslaget at igangsetting og gjennomføring av markedsetterforskning skal være fundert på konkurransefaglige vurderinger. I denne sammenheng viser tilsynet til konkurranseloven § 8 tredje ledd siste punktum, som slår fast at "*Kongen kan pålegge Konkurransetilsynet å ta en sak opp til behandling.*" Ved et slikt pålegg kan tilsynet bli bedt om å vurdere muligheten for å igangsette en markedsetterforskning. Pålegget kan

imidlertid ikke instruere utfallet av vurderingen, siden beslutningen skal baseres på et konkurransefaglig skjønn. Videre ligger beslutningsmyndigheten til tilsynet og lovforslaget stiller konkrete krav til prosessen frem mot en beslutning. Dersom tilsynet skulle komme til at det ikke er faglig grunnlag for å starte en markedsetterforskning, oppfattes forslaget slik at det vil være anledning til å legge bort saken uten å innlede prosess med høring av beslutningsgrunnlag. Konkurransetilsynet forstår videre lovforslaget slik at tilsynet på ethvert tidspunkt vil kunne avslutte en påbegynt markedsetterforskning, dersom det ikke lenger er faglig grunnlag for å fortsette denne.

- (27) I denne forbindelse understreker Konkurransetilsynet betydningen av at konkurransepolitikken har en høy grad av legitimitet i næringslivet og i offentligheten. Departementet har også tidligere fremhevet denne betydningen, blant annet i forbindelse med etableringen av Konkurranseskjennemnda. I den sammenheng ble det påpekt at uavhengigheten bidrar til å gi konkurransepolitikken nødvendig faglig tyngde og posisjon i offentligheten og næringslivet. Videre ble det vist til at uavhengig myndighetsutøvelse ikke truer den demokratiske styringen, men gir den en annen form, og at politisk styring er ivarettatt ved lovgiveransvaret. Uavhengighet bidrar til å gi tydeligere roller og tillit til at utenforliggende hensyn ikke har påvirket avgjørelsene. Å legge håndhevingen til uavhengige organer er legitimt og bidrar til å styrke faglige hensyn samt til å sikre mer konsekvent og rettsriktig gjennomføring.⁴

3 Markedsetterforskningsverktøy i andre jurisdiksjoner

3.1 Overordnet om lovgivning i andre jurisdiksjoner

- (28) I høringsnotatets kapittel 5 redegjør departementet for arbeid med markedsetterforskningsverktøy i andre jurisdiksjoner, herunder EU, Island, Storbritannia, Tyskland, Danmark og Island. Videre nevnes det at også Hellas, Sør-Afrika og Mexico har tilsvarende virkemidler.
- (29) Etter Konkurransetilsynets oppfatning gir beskrivelsene i høringsnotatets kapittel 5 en god oversikt over det historiske bakteppet for og aktualiteten av departementets forslag. Som det fremgår av kapittel 5.2.2 har for eksempel Europa-kommisjonen fått utarbeidet flere ekspertrapporter som konkluderer med at det er behov for å innføre ny lovgivning fordi dagens regler ikke er tilstrekkelig for å hindre konkurranseskadelig adferd og strukturer. Bakgrunnen for dette er blant annet den stadig økende digitaliseringen av en rekke markeder. Høringsnotatet viser også til at både britiske og islandske konkurransemyndigheter anser enkeltvedtak etter en markedsetterforskning som et effektivt verktøy for å håndtere forhold som stilltiende samarbeid.
- (30) Som det fremgår av høringsnotatets kapittel 5.4 er det i europeisk kontekst britiske konkurransemyndigheter som har bredest erfaring med å gjennomføre markedsetterforskninger. Høringsnotatet redegjør i hovedsak for de prosessuelle sidene ved den britiske lovgivningen. Etter tilsynets oppfatning kan imidlertid også de materielle erfaringene fra Storbritannia gi nyttig informasjon om hvilke skadevirkninger og tiltak som kan være aktuelle dersom lignende lovgivning innføres i Norge. Konkurransetilsynet vil derfor i avsnitt (32)-(37) kort beskrive disse erfaringene.
- (31) I høringsnotatet nevnes det også at svenske konkurransemyndigheter har foreslått at det innføres et markedsetterforskningsverktøy i Sverige, men at dette foreløpig ikke har resultert i konkrete forslag til endringer i konkurransereguleringen. Etter tilsynets oppfatning gir vurderingene utført av det svenske konkurransetilsynet nyttig veiledning om hvilke typer konkurranseutfordringer som er relevante i tilknytning til det norske lovforslaget. Det svenske konkurransetilsynets arbeid beskrives derfor kort i avsnitt (38)-(39)).

⁴ Se Prop.37 L (2015–2016) *Endringer i konkurranseloven (Konkurranseskjennemnda, kartellforlik mm)*, under gjennomgangen av utvalgets mandat (Se punkt II. *Relevante hensyn ved opprettelsen av et uavhengig klageorgan for konkurransesaker*).

3.2 Erfaringer fra Storbritannia

- (32) Siden 2002 har britiske myndigheter gjennomført 23 markedsetterforskinger.⁵ Det britiske konkurransetilsynet, (CMA), vil i vurderingen av avhjelpende tiltak se hen til i hvilken grad det er sannsynlig at tiltak er effektive for å oppnå formålet, og om tiltaket er praktisk og forholdsmessig og kan gi resultater innen relativt kort tid.
- (33) Ett eller flere konkurranseproblemer ble funnet og ett eller flere tiltak ble implementert i 22 av de 23 markedsetterforskningene som er gjennomført i Storbritannia. I denne forbindelse er det imidlertid viktig å understreke at britiske konkurransemyndigheter kun åpner markedsetterforskninger dersom de i en foregående "market study" finner tilstrekkelig konkurranseproblemer.⁶ Markedsstudiene avsluttes ofte uten at CMA går videre med en full markedsetterforskning. I sakene som ble avsluttet uten markedsetterforskning kan CMA likevel komme med anbefalinger til offentlige myndigheter.
- (34) Skadevirkningene som er identifisert i markedsundersøkelsene kan grupperes i seks ulike kategorier.⁷ Disse er stilltiende samarbeid, asymmetrisk informasjon mellom bedrifter og forbrukere som øker sistnevntes byttekostnader, høy markedskonsentrasjon og betydelige etableringshindringer, restriktive kontraktsvilkår, essensielle innsatsfaktorer og interoperabilitet samt komplementære varer og vertikale relasjoner.
- (35) Blant disse konkurranseutfordringene er det informasjonsproblemer og byttekostnader på etterspørselssiden som er den vanligste årsaken til konkurransebekymringene i markedsetterforskningene som er gjennomført. Ellers står høy markedskonsentrasjon og/eller høye etableringshindringer og restriktive kontraktsvilkår for en relativt stor andel av konkurransebekymringene som er identifisert i markedsundersøkelsene.
- (36) CMA har gjennom årene vedtatt flere typer avhjelpende tiltak for å avbøte de ulike konkurransebegrensningene som er avdekket gjennom deres markedsundersøkelser. Tiltakene kan deles i følgende kategorier:
- Strukturelle
 - Redusere gjennomsiktighet mellom tilbyderne
 - Øke gjennomsiktighet og redusere byttekostnadene for etterspørerne
 - Kontraktsvilkår/"unbundling"
 - Tilgang til infrastruktur
 - Tiltak knyttet til nettplattformer
 - Annet
- (37) Tiltak rettet mot å bedre informasjonen og/eller redusere byttekostnader for forbrukere er det vanligste tiltaket. Ellers har andre adferdsrelaterte tiltak knyttet til for eksempel kontraktsvilkår blitt vedtatt i noen tilfeller. Strukturelle tiltak ble pålagt i kun tre av de 22 markedsundersøkelsene, og i et av tilfellene frafalt CMA senere pålegget.⁸ De senere årene har CMA hatt flere markedsstudier og markedsetterforskninger knyttet til digitale markeder, noe som indikerer at nye skadehypoteser og tiltak kan være aktuelle i årene som kommer.⁹

⁵ Alle markedsundersøkelsene er tilgjengelig her: [Competition: Markets - detailed information - GOV.UK \(www.gov.uk\)](https://www.gov.uk/government/collections/competition-markets-detailed-information). Markedsundersøkelse om mobile nettlere og nettlersmotorer pågår fortsatt.

⁶ Slike markedsstudier kan også utføres av andre reguleringsmyndigheter.

⁷ Jf. rapporten "An economic evaluation of the EC's proposed "new competition tool" (2020) av Crawford, G. S., Rey, P. og Schnitzer, M. på oppdrag fra Europa-kommisjonen.

⁸ I markedsundersøkelse av privathelsetjeneste frafalt CMA senere pålegget om salg av sykehus.

⁹ I Storbritannia har man også opprettet en egen enhet i CMA, "DMU – Digital Markets Unit" som skal håndheve ny ex-ante lovgivning i Storbritannia. Enkelte problemstillinger vil i fremtiden håndteres av denne enheten, mens andre vil kunne håndteres gjennom markedsetterforskning.

3.3 Forslag fra svenske konkurransemyndigheter

- (38) Konkurransetsilsynet viser videre til at svenske konkurransemyndigheter (Konkurrensverket) ved flere anledninger har tatt til orde for at det bør innføres lovgivning som gir hjemmel til å gjennomføre markedsetterforskning og pålegge avhjelpende tiltak i Sverige. Konkurrensverket har for eksempel gjort en vurdering av konkurransesituasjonen i markedet for byggevarer, og konkludert med at konsentrasjonen i markedet er høy, at det er vanskelig for forbrukerne å sammenligne priser og at konkurransen er begrenset. Konkurrensverket viser til at et markedsetterforskningsverktøy kan være effektivitetsfremmende for å håndtere konkurranseutfordringer som har sitt opphav i markedsstrukturen, og ikke i bedriftenes atferd som sådan.¹⁰
- (39) Konkurrensverket har også tatt til orde for at det kan være behov for nye verktøy for å håndtere konkurransesituasjonen i digitale plattformmarkeder.¹¹ I denne sammenheng vises det til at digitale plattformers vekst i seg selv ikke trenger å være skadelig for forbrukerne. En plattforms økning i markedsandeler kan indikere at mange forbrukere ser på plattformen som det foretrukne alternativet. Samtidig vises det til at veksten til enkelte plattformer også kan være problematisk, for eksempel fordi en plattform hindrer andre konkurrenter i å komme inn på markedet. I denne sammenheng vises det blant annet til at en plattform kan ha insentiver til å iverksette tiltak som låser kundene til plattformen, slik at det blir vanskelig for dem å bytte tilbyder, og at slik adferd ikke alltid kan håndteres innenfor nåværende lovgivning.

4 Nærmere om departementets forslag til markedsetterforskningsverktøy

4.1 Materieell terskel for oppstart og inngrep

- (40) I høringsnotatet ber departementet om innspill på hvorvidt det skal innarbeides et vesentlighetskrav som en del av den materielle terskelen for oppstart, samt hvilket beviskrav som bør gjelde ved vurderingen av oppstart. Departementet påpeker i høringsnotatet punkt 8.2 at dette vil skape større samsvar mellom kravene for oppstart og inngrep. Videre legger departementet til grunn at et markedsetterforskningsverktøy kan brukes i markeder hvor det foreligger vesentlige utfordringer for konkurransen, og hvor årsaken ikke synes å være overtredelser av konkurranseloven.
- (41) For å sikre samsvar mellom regulering og praksis anbefaler Konkurransetsilsynet at det også innføres et vesentlighetskrav for oppstart av en markedsetterforskning. Dette vil gi større forutsigbarhet med hensyn til håndhevingen, redusere usikkerhet for markedsaktørene og det bidra til å sikre mer effektiv ressursbruk ved at oppstart av en markedsetterforskning forbeholdes markeder der det synes å foreligge vesentlige konkurransebegrensninger.
- (42) Som departementet påpeker følger det av ordlyden i lovutkastet § 41, «forhold som tilsier», at beviskravet ved vurdering av oppstart vil være lavere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Konkurransetsilsynet er enig i at beviskravet ved oppstart av en markedsetterforskning bør være lavere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Etter tilsynets oppfatning vil det være en nødvendig forutsetning at det legges til grunn et slikt lavere beviskrav, siden beslutningen om igangsetting av en markedsetterforskning skal treffes før saken er ferdig utredet.
- (43) Departementet foreslår at den materielle terskelen for inngrep skal være «forhold som vesentlig begrenser eller er egnet til å vesentlig begrense konkurransen i strid med lovens formål.» Begrunnelsen for å innarbeide et vesentlighetskrav er å gjøre det klart at konkurransebegrensningen må være så alvorlig at den rettferdiggjør inngrep i markedsaktørenes frihet til å drive en virksomhet. Departementet legger følgerlig til grunn

¹⁰ Se sammendrag av rapporten her: [Konkurrensen i byggmaterialindustri | Konkurrensverket](#)

¹¹ Se sammendrag av rapporten her: [Summary. The Swedish Competition Authority's report 2021:1 \(konkurrensverket.se\).](#)

at det ikke skal gripes inn mot noe som bare utgjør mindre negative virkninger på konkurransen, herunder begrensninger av konkurransen som har en kortvarig eller midlertidig karakter. Videre legger departementet til grunn at Konkurransetilsynet i et eventuelt pålegg om avhjelpende tiltak må begrunne hva som leder til at konkurransebegrensningen vurderes som «vesentlig».

- (44) Konkurransetilsynet støtter forslaget om å innarbeide et vesentlighetskrav for pålegg om avhjelpende tiltak, og støtter begrunnelsen nevnt over som departementet gir i høringsnotatet på dette punktet.
- (45) Når det gjelder rekkevidden av kompetansen til å vedta pålegg, legger departementet til grunn at avhjelpende tiltak som pålegges av Konkurransetilsynet kan omfatte adferdsmessige eller strukturelle tiltak som er nødvendige for å eliminere eller redusere begrensningen av konkurransen. Videre fremgår det av lovforslaget at strukturelle tiltak bare kan pålegges dersom det ikke finnes like effektive adferdsregulerende tiltak, eller dersom et adferdsregulerende tiltak vil være mer byrdefullt for foretaket. Departementet påpeker i høringsnotatet at det noen ganger kan være krevende å slå fast hvorvidt et tiltak skal karakteriseres som adferdsmessig eller strukturelt. Når det gjelder behovet for å inkludere adgangen til å vedta strukturelle tiltak viser departementet til begrunnelsen som ble gitt i forarbeidene til konkurranseloven, hvor konkurransemyndighetenes kompetanse til å pålegge strukturelle tiltak for å bringe en overtredelse til opphør ble drøftet.¹² I den forbindelse ble det påpekt at strukturelle tiltak kan være mer effektive enn adferdsregulerende tiltak, siden strukturelle tiltak kan fungere uten kontinuerlig oppfølging og uten at konkurransemyndighetene behøver detaljert kjennskap til bedriftens aktiviteter. Videre fremhever departementet i høringsnotatet at dersom konkurranseutfordringene er strukturelle, og adferdsmessige tiltak ikke avbøter problemet, vil det være uheldig hvis Konkurransetilsynet ikke har kompetanse til å treffe strukturelle tiltak. Strukturelle tiltak kan også være mer fordelaktige enn adferdsmessige tiltak, siden strukturelle tiltak medfører en varig endring i markedsstruktur og bedriftenes insentiver. Videre vil et foretak få større fleksibilitet i sin markedstilpasning etter innføring av strukturelle tiltak, og strukturelle tiltak kan dermed også være mer fordelaktig for markedsaktørene.
- (46) Konkurransetilsynet er enig i at adgangen til å vedta avhjelpende tiltak bør omfatte både adferdsmessige og strukturelle tiltak, og viser i denne sammenheng til begrunnelsen som gis av departementet i høringsnotatet, som nevnt over. Videre støtter tilsynet forslaget om at nødvendigheten av tiltakene må vurderes.
- (47) Departementet foreslår videre at partene skal ha anledning til å foreslå avhjelpende tiltak, som kan gjøres bindende ved at Konkurransetilsynet fatter et vedtak i samsvar med forslaget. Tilsynet er enig i at det bør foreligge en mulighet for å avslutte saken ved forslag om avhjelpende tiltak som fremsettes av partene.

4.2 Mulighet for å vedta midlertidige avhjelpende tiltak

- (48) Departementet foreslår at Konkurransetilsynet skal ha mulighet til å vedta midlertidige avhjelpende tiltak mens markedsetterforskningen pågår, dersom det er nødvendig. Midlertidige avhjelpende tiltak kan også foreslås av partene, og gjøres bindende ved at tilsynet fatter et foreløpig vedtak i samsvar med forslaget. Midlertidig vedtak kan være nødvendig dersom det er fare for at konkurransen vil bli skadet eller begrenset på en mer alvorlig eller varig måte dersom man venter til markedsetterforskningen er fullført før avhjelpende tiltak pålegges. Videre kan midlertidig vedtak være aktuelt dersom dette er nødvendig for å unngå mer inngripende tiltak etter gjennomført markedsetterforskning, eller for å hindre pågående skade på konkurransen. Av høringsnotatet fremgår det også at

¹² Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 6.6.4.

midlertidig vedtak kan være nødvendig dersom dette er en forutsetning for å bevare fremtidige valgmuligheter for avhjelpende tiltak.

- (49) Konkurransetilsynet er enig med departementet i at det kan foreligge behov for å vedta midlertidige avhjelpende tiltak. Videre er tilsynet enig i at det må legges til grunn et lavere beviskrav for slike vedtak, da vurderingen nødvendigvis må gjøres før saken er fullt utredet. Dersom adgangen til å fatte midlertidige vedtak skal ha en realitet i praksis, kan ikke vilkårene og beviskravene være tilsvarende som for vedtak etter at markedsetterforskning er gjennomført.
- (50) Når det gjelder det konkrete lovforslaget i § 42 om midlertidige tiltak, ønsker Konkurransetilsynet å bemerke enkelte forhold ved selve utkastet til ordlyd. Det kan vurderes å flytte reguleringen av midlertidige vedtak ut i en egen lovbestemmelse, på en slik måte at dette gjør regelverket mer oversiktlig.
- (51) Konkurransetilsynet antar at midlertidige vedtak er ment regulert i andre ledd, men dette er noe uklart siden det mangler et innrykk som tydeliggjør at det er tale om et nytt ledd. Videre stiller tilsynet spørsmål ved om alternativene a), b) og c) skulle komme etter teksten *"Konkurransetilsynet kan pålegge midlertidige avhjelpende tiltak mens markedsetterforskningen pågår dersom det er nødvendig. Midlertidige avhjelpende tiltak kan være nødvendig dersom:"*. I forslaget slik det nå foreligger fremgår den nevnte teksten som en del av alternativ a).
- (52) Videre påpeker Konkurransetilsynet at et midlertidig vedtak i sin natur vil være en foreløpig avgjørelse. Det innebærer at et slikt vedtak vil gjelde frem til markedsetterforskningssaken er avsluttet og det midlertidige vedtaket utløper og eventuelt erstattes av et vedtak om avhjelpende tiltak etter § 42 første eller tredje ledd.
- (53) Konkurransetilsynet forstår dermed ordlyden i lovforslaget § 42 tredje ledd siste punktum (avhjelpende tiltak som foreslås av partene) slik at denne må sees i sammenheng med de forslag som fremsettes, herunder hvorvidt dette gjelder forslag om avhjelpende tiltak etter første ledd, eller alternativt et forslag om midlertidige avhjelpende tiltak etter annet ledd. For å få dette tydeligere frem foreslår tilsynet at ordlyden justeres, eksempelvis slik: "Vedtaket skal fastslå at Konkurransetilsynet ikke vil gå videre med saken etter første ledd eller etter annet ledd dersom tiltakene gjennomføres." Slik bestemmelsen nå er foreslått regulert ser det ut til at et midlertidig vedtak om avhjelpende tiltak etter forslag fra partene skal slå fast at "Konkurransetilsynet ikke vil gå videre med saken etter første ledd". Dette vil ikke være i samsvar med det som er rammene for et midlertidig vedtak, nemlig å være en foreløpig avgjørelse i påvente av at markedsetterforskningen fullføres.

4.3 Nærmere om regulering av prosess

- (54) Departementets forslag innebærer at prosessen i saker om markedsetterforskning i utgangspunktet vil reguleres av forvaltningsloven, men med utfyllende regulering på enkelte områder. Det foreslås at den generelle utredningsplikten suppleres med en egen bestemmelse om høring før det besluttes å igangsette en markedsetterforskning, og det foreslås en egen regulering for offentlig innsyn. Videre fastsetter lovforslaget en egen tidsfrist for markedsetterforskning og vedtak om avhjelpende tiltak.
- (55) Konkurransetilsynet er enig med departementet i at forvaltningsloven gir et godt utgangspunkt for ivaretagelse og avveining av grunnleggende hensyn når det gjelder prosessen frem mot et eventuelt vedtak om avhjelpende tiltak. Som departementet redegjør nærmere for i høringsnotatet inneholder reglene i forvaltningsloven kapittel IV til VI sentrale plikter og rettigheter i saker om enkeltvedtak, som ivaretar partenes rettsikkerhet og legger til rette for riktige vedtak. Prosessen etter forvaltningsloven er godt kjent, og det er i praksis gitt avklaringer som bidrar til å styrke forutberegneligheten.
- (56) Konkurransetilsynet er også enig med departementet i at det ikke er hensiktsmessig med en særlig regulering av partsstatus i markedsetterforskningssaker. Videre støtter tilsynet forslaget om å gjennomføre en offentlig høring som bidrar til å utrede grunnlaget for beslutningen om å starte en markedsetterforskning. Dette vil kunne bidra til å fremskaffe

relevant informasjon, og kan redusere risiko for oppstart av prosess med markedsetterforskning i tilfeller hvor dette ikke er hensiktsmessig.

- (57) Departementet foreslår en særlig regulering av tidsfrist for gjennomføring i lovutkastet § 42 fjerde ledd, hvor det fremgår at avhjelpende tiltak kan pålegges senest 18 måneder etter beslutning om å gjennomføre en markedsetterforskning, og at Konkurransetilsynet i særlige tilfeller kan forlenge fristen med seks måneder.
- (58) Konkurransetilsynet er enig i at en slik frist er hensiktsmessig, både av hensyn til prioritering og effektivisering av prosessen samt for å gi forutsigbarhet når det gjelder tidsperspektiv for mulige inngrep. Videre støtter tilsynet forslaget om å innarbeide en adgang til å forlenge fristen dersom utredningsprosessen er forsinket av spesielle omstendigheter, prosess med midlertidig vedtak, eller dersom utredningsprosessen har avdekket behov for grundigere og mer tidkrevende analyser. Videre foreslår departementet en særlig regulering av spørsmålet om offentlig innsyn. Konkurransetilsynet er enig i at denne bestemmelsen må ses i sammenheng med reguleringen av tidsfrist for gjennomføring, og prioritering av ressursene i perioden da markedsetterforskningen pågår. Partenes rettigheter når det gjelder innsyn vil reguleres av bestemmelsene i forvaltningsloven.
- (59) I lovforslaget § 45 foreslår departementet at offentleglova ikke skal gjelde før saken er avsluttet. Videre fremgår det av lovforslaget at dette vil være når vedtak om avhjelpende tiltak er truffet, når avslutning av markedsetterforskningen er offentliggjort, eller når fristen for å treffe vedtak etter § 42 fjerde ledd er utløpt. Konkurransetilsynet støtter forslaget, og viser i denne sammenheng til den begrunnelsen som gis i høringsnotatet om at behovet for å gjennomføre en effektiv prosess innenfor foreslåtte tidsfrister fremheves.
- (60) Departementet ber om høringsinstansenes syn på hvorvidt det foreligger behov for å begrense klageinstansens overprøvningskompetanse i markedsetterforskningssaker, og ikke bare ved avhjelpende tiltak som foreslås av partene etter lovutkastet § 42 tredje ledd. I utgangspunktet ser Konkurransetilsynet at det foreligger argumenter som taler for å begrense klageinstansens prøvningskompetanse. I denne forbindelse viser tilsynet til at avhjelpende tiltak i saker om markedsetterforskning vil gjelde vurderinger som er framoverskuende, og ikke vurderinger av tidligere begåtte overtredelser. Videre vil det være et omfattende arbeid med informasjonsinnhenting og analyse som danner grunnlag for avgjørelsene om avhjelpende tiltak, og tilsynets fagkunnskap og markedskunnskap er en viktig del av konteksten som ligger til grunn for vurderingene.
- (61) Imidlertid er det alminnelige forvaltningsrettslige utgangspunktet at klageinstansen kan prøve alle sider av saken, jf. forvaltningsloven § 34 andre ledd. I forbindelse med utredningen av ny forvaltningslov drøftet utvalget behovet for begrensninger som stiller klageinstansen mindre fritt enn underinstansen¹³. Utvalgets anbefaling var at den alminnelige ordningen med full overprøvningskompetanse ble foreslått videreført. Det ble likevel påpekt at forhold som taler for en begrensning, heller bør føre til at klageinstansen etter omstendighetene viser tilbakeholdenhet i overprøvingen, men uten at adgangen til overprøving avskjæres. Utvalget viste til at dette også ville gjelde når klageinstansen er en særskilt klagenemnd med særlig fagkunnskap. Etter tilsynets oppfatning gjør tilsvarende hensyn seg også gjeldende for klageordningen når det gjelder saker om markedsetterforskning. Det kan også argumenteres for at prøvningsintensiteten for domstolen bør avgrenses til en lovlighetskontroll. Vide rammer for skjønnsmessig overprøving vil redusere forutsigbarheten for parter og andre involverte aktører. En vid overprøvningsadgang vil også redusere muligheten til å komme frem til et endelig resultat innen forholdsvis kort tid. I denne sammenheng viser Konkurransetilsynet til at tidsperspektivet i de tradisjonelle håndhevingssakene er en del av grunnlaget for den

¹³ Se NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov — Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven), punkt 24.12.3 Full eller begrenset overprøvningskompetanse?

konkurransesfaglige erkjennelsen av behovet for nye verktøy i den digitale tidsalderen, som departementet også nevner innledningsvis i høringsnotatet.

5 Økonomiske og administrative konsekvenser

- (62) I høringsnotat legger departementet til grunn at mer effektiv konkurranse som følge av markedsetterforskninger kan gi opphav til en rekke samfunnsøkonomiske gevinster for forbrukerne og næringslivet. Departementet legger imidlertid til grunn at markedsetterforskningssaker i mindre grad enn overtredelsessaker vil gi opphav til allmennpreventive virkninger. Samtidig vises det til at arbeidet med vedtak om markedsetterforskning sannsynligvis vil innebære at tilsynet må nedprioritere andre oppgaver.
- (63) Konkurransetilsynet er enig i at lovendringen legger til rette for styrket konkurranse og mer effektiv ressursbruk. Tilsynet deler også oppfatningen om at markedsetterforskning i mindre grad enn de tradisjonelle bestemmelsene vil gi opphav til allmennpreventive virkninger. Det er derfor avgjørende at bruk av markedsetterforskning ikke går utover håndheving av forbudsbestemmelsene.
- (64) Konkurransetilsynet ønsker i denne forbindelse å understreke at igangsetting, gjennomføring og oppfølging av en sak om markedsetterforskning vil kreve betydelige ressurser, både i arbeidet med informasjonsinnhenting og i den etterfølgende fasen med analyse. Videre medfører tidsfristen samt kompleksiteten i analysene at ansatte som skal arbeide med en sak om markedsetterforskning ofte ikke vil kunne jobbe med flere andre saker parallelt. Tilsynet viser i denne forbindelse til hvordan gjennomføring av saker om markedsetterforskning er organisert hos britiske konkurransemyndigheter, CMA, der en egen avdeling har ansvaret for håndtering av slike saker. I en sak om markedsetterforskning vil kontinuitet i prosessen være en nødvendig forutsetning for å sikre kvalitet og effektivitet, samt at behandlingen av saken kan fullføres innen utløp av tidsfristen. Konkurransetilsynet er enig med departementet i at dersom implementering av markedsetterforskningsverktøyet innebærer at tilsynet må nedprioritere håndheving av forbudsbestemmelsene eller fusjonskontrollen, vil dette totalt sett ha negative virkninger for konkurransen og forbrukerne. Tilsynet har også i dag knappe ressurser sammenholdt med de oppgaver som skal løses, og må jevnlig nedprioritere behandling av mulige saker. Det er etter tilsynets oppfatning svært viktig at håndhevingen av forbudsbestemmelsene og fusjonskontrollen ikke blir skadelidende som følge av at et nytt verktøy innføres.
- (65) Etter tilsynets oppfatning forutsetter derfor innføring av den foreslåtte lovgivningen at tilsynet får økte ressurser gjennom tilførte budsjettmidler. Basert på omfanget av tradisjonelle konkurransesaker og erfaring med ressursbruk i disse er det tilsynet oppfatning at det er behov for økte saksbehandlingsressurser i størrelsesorden 10-12 årsverk. I tillegg vil det være behov for midler til utvikling og drift av teknologisk infrastruktur, herunder teknologi og kapasitet til å kunne analysere store mengder data på en effektiv måte.

6 Høring av utredning om sivilrettslige sanksjoner - overordnet om behovet for endringer i konkurranseloven kapittel 7

- (66) Konkurransetilsynet finner langt på vei å kunne slutte seg til den beskrivelsen som gis i utredningen for hvilke rettsgoder konkurranseloven er satt til å beskytte, og at sanksjoner og reaksjoner må utformes og håndheves slik at det samlet sett oppnås en best mulig beskyttelse av disse rettsgodene.
- (67) Overtredelser av konkurranseloven var sanksjonert med straff i konkurranseloven av 1993 § 6-6, og denne bestemmelsen ble delvis videreført ved vedtagelsen av konkurranseloven 2004 § 30. Konkurranseloven 2004 innførte også adgangen for tilsynet til å administrativt fatte vedtak om overtredelsesgebyr for foretak ved nærmere angitte overtredelser av konkurranseloven, jf. konkurranseloven § 29. Ved endringene i reglene om lempning ble bestemmelsen om straff flyttet til konkurranseloven § 32, jf. Prop. 75 L (2012-2013). I den

samme lovrevisjonen ble bestemmelsen om foretaksstraff opphevet, og det ble innført en bestemmelse om betinget påtale i konkurranseloven § 33. Bestemmelsen om betinget påtale ble senere opphevet med virkning fra 1. juli 2022. Det fremgår imidlertid av bestemmelsens forarbeider at intensjonen ikke var at etablerte ordninger i politiet og påtalemyndigheten for innhenting av vurderinger mv. fra organer som var utpekt som påtaleberettiget, skulle bringes til opphør.

- (68) Etter gjeldende rett er følgelig systemet at foretak kan ilegges administrativt overtredelsesgebyr ved brudd på konkurranseloven, mens fysiske personer kan idømmes straff i form av bøter eller fengselsstraff. Konkurranseloven §§ 30 og 31 hjemler hel eller delvis lempning av overtredelsesgebyr for foretak som avslører et ulovlig samarbeid overfor konkurransemyndighetene, eller fremlegger bevis som vesentlig styrker Konkurransetilsynets muligheter til å bevise en overtredelse. Bestemmelsene om lempning gjelder ikke personstraff. Fysiske personer som har deltatt i ulovlig samarbeid, risikerer derfor i utgangspunktet strafforfølgning selv om foretaket får innvilget lempning.
- (69) Videre gjelder regelen om ubetinget offentlig påtale, jf. straffeprosessloven § 62 a første ledd, som innebærer at påtalemyndigheten kan ta ut påtalebegjæring i en sak om mulig overtredelse av konkurranseloven helt uavhengig av tilsynets vurdering eller befatning med saken. Det forutsettes imidlertid i forarbeidene til den seneste lovendringen at det vil være et moment i vurderingen etter straffeprosessloven § 62 a nytt tredje ledd hvorvidt en berørt myndighet ønsker at forholdet forfølges.¹⁴ Poli- og påtalemyndigheten har så langt ikke iverksatt etterforskning av brudd på konkurranseloven på eget initiativ. Konkurransetilsynets veileder om anmeldelse av personer ved overtredelser av konkurranseloven § 10 (utgitt i juni 2016) gir relevant veiledning om hvilke saker tilsynet vil vurdere å anmelde, og hvordan tilsynet vil vurdere anmeldelse i saker der vedkommende har bidratt til oppklaring av saken. Det fremgår blant annet av veilederen at tilsynet normalt ikke vil anmelde personer som på eget initiativ melder fra om et ulovlig samarbeid til tilsynet, eller personer som opplyser om et ulovlig samarbeid overfor sin arbeidsgiver, og på den måten bidrar til at arbeidsgiver kan søke om lempning.
- (70) Det gjeldende settet av sanksjoner og reaksjoner som kan brukes ved overtredelser av konkurranseloven skal i utgangspunktet virke avskrekkende på både foretak og fysiske personer. Videre er systemet utformet med sikte på å øke foretakenes insentiver til å søke om lempning, samtidig som fysiske personer både gjennom tilsynets praksis og veileder er gitt en viss forutberegnelighet med hensyn til at det normalt ikke vil bli anmeldt i saker der vedkommende har bidratt til avdekking av overtredelsen.
- (71) Konkurransetilsynet erkjenner samtidig at den avskrekkende effekten av sanksjons- og reaksjonsbestemmelser ikke bare handler om hvilke lovhjemler tilsynet har for å reagere mot overtredelser, men også om hvordan disse hjemlene benyttes i praksis. Selv om en hjemmel om fengselsstraff i utgangspunktet vil kunne ha en sterk avskrekkende effekt på fysiske personer, vil denne effekten gradvis svekkes over tid dersom hjemmelen aldri benyttes. Selv om det ikke foreligger noen undersøkelser som underbygger dette, finner tilsynet det nærliggende at straffesporet av mange vil oppfattes som "sovende" når ingen fysiske personer er blitt holdt strafferettslig ansvarlig siden 2004. Etter tilsynets vurdering gjelder dette selv om det er sammensatte årsaker til manglende håndhevelse av konkurranseloven § 32. Tilsynet peker i denne sammenheng blant annet på det relativt lave antallet vedtak som treffes per år om overtredelse av konkurranseloven, hvilke typer overtredelsessaker tilsynet har hatt siden 2004 og det konkrete bevisbildet i disse, beskyttelse av lempningsinstituttet, prioriteringer og vurderinger hos påtalemyndigheten samt ressurs- og etterforskningsmessige hensyn internt i tilsynet.
- (72) Videre er Konkurransetilsynet enig i at illeggelse av overtredelsesgebyr til foretak kan ha en viss avskrekkende effekt også på fysiske personers tilbøyeligheter til å overtre eller medvirke til å overtre bestemmelser i konkurranselovgivningen. Samtidig er det slik at denne effekten er mer avledet og indirekte, og at det ofte vil være av avgjørende betydning

¹⁴ Prop. 146 L (2020-2021) kapittel 15.3.

å også kunne holde fysiske personer direkte ansvarlige for å oppnå den tilstrekkelige preventive effekten. Dersom ansatte i et foretak forstår at de kan bli holdt personlig ansvarlig for handlinger de gjør på vegne av foretaket, antas de å være mer tilbøyelige til å sikre at handlingene skjer i etterlevelse med lovkrav. Dette vil kunne bidra til å redusere risiko for forretningspraksis som kan skade samfunnet. Videre vil den totale omdømmemessige kostnaden forbundet med å bli avslørt i lovbrudd øke, og det bidrar til å øke insentivene for etterlevelse, utover den direkte effekten av et gebyr. Det kan også argumenteres for at for å sikre et tilsynssystem som fungerer så effektivt som mulig for å unngå lovbrudd, er det nødvendig å kombinere reaksjoner overfor individer og foretak. Det kan heller ikke utelukkes at risikoen for å bli holdt personlig økonomisk ansvarlig medfører at den enkelte finner det mer aktuelt å søke om lempning for foretaket enn i dag, særlig dersom det klargjøres i den nye hjemmelen at lempning skal hensyntas i tilsynets vurdering av om det skal ilegges overtredelsesgebyr til fysiske personer. Forskjellen fra dagens løsning vil være at kompetansen til å avgjøre om det skal ilegges en slik reaksjon utelukkende ligger til tilsynet, og dermed reduseres muligheten for at det likevel ilegges en reaksjon til tross for lempning.

- (73) Konkurransetilsynet er på denne bakgrunn positiv til endringer i konkurranseloven som kan bidra til å sikre at både foretak og fysiske personer, i større grad enn i dag, effektivt avskrekkes fra å begå overtredelser av konkurranseloven. Overordnet er tilsynet derfor enig i at en hjemmel som gir tilsynet mulighet til å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr ved nærmere bestemte overtredelser av konkurranseloven, anses som en mer egnet og forholdsmessig reaksjon enn straff. Samtidig mener tilsynet det er viktig at det for de groveste overtredelsene av konkurranseloven fortsatt skal være mulig for tilsynet å anmelde forholdet, og at vedkommende kan idømmes straff. Dersom departementet går inn for å innføre overtredelsesgebyr til fysiske personer, er tilsynet derfor enig i de foreslåtte endringene i bestemmelsen om straff i konkurranseloven § 32. Tilsynet vil kommentere de nærmere detaljene i forslaget nedenfor.
- (74) Selv om Konkurransetilsynet støtter forslaget om å innføre overtredelsesgebyr for fysiske personer, reiser forslaget samtidig flere spørsmål knyttet til den nærmere utformingen av bestemmelsen. Dette gjelder blant annet hvilke typer overtredelser som skal kunne medføre overtredelsesgebyr til fysiske personer, fastsettelse av maksimalgebyr og utmålingsmomenter samt særskilte problemstillinger knyttet til saksbehandling og prosess. Dette vil tilsynet kommentere mer detaljert nedenfor i høringssvaret.
- (75) Når det gjelder forslaget om å innføre en hjemmel til å administrativt kunne fatte vedtak om forbud mot ledelsesfunksjon, jf. lovforslaget § 28 a, er tilsynet enig i at en slik reaksjon åpenbart vil kunne ha en avskrekkende effekt på fysiske personer, og slik sett kunne bidra til en mer effektiv etterlevelse av konkurranseloven. At dette er en reaksjonsform som blant annet finnes i Storbritannia og Sverige, samt at det i stor grad er innført innen norsk finansregulatorisk lovgivning, støtter opp under at dette også kan være en egnet reaksjonsform i konkurranseloven. Samtidig er det forskjeller på hvordan dette er regulert i ulike jurisdiksjoner sammenholdt med utkastet til ny lovbestemmelse, som reiser ulike problemstillinger. Videre er det ulikheter mellom hvilke oppgaver og ansvarsområder henholdsvis Konkurransetilsynet og Finanstilsynet har, som kan tilsi at det ikke er helt uproblematisk å innta den samme reguleringen av ledelseskarantene i konkurranseloven som i finansregulatorisk lovgivning. Videre reiser denne delen av lovforslaget en del særskilte problemstillinger opp mot saksbehandling og prosess. Tilsynet kommer nærmere tilbake til sitt syn på denne delen av lovforslaget under kommentarene til § 28 a nedenfor.

7 Straff – forslaget om å oppheve konkurranseloven § 32 første ledd og videreføre straff for særlig grove overtredelser av konkurranseloven § 10

- (76) I utredningen foreslås det å oppheve bestemmelsen i konkurranseloven § 32 første ledd, som gir hjemmel til å ilegge bøter eller fengsel i inntil 3 år ved overtredelse av en lang

rekke bestemmelser i konkurranseloven, jf. bokstav a til f. Samtidig foreslås det å beholde adgangen til å anvende fengsel i inntil 6 år ved overtredelser av konkurranseloven § 10 som er skjedd under særdeles skjerpene omstendigheter, jf. konkurranseloven § 32 andre ledd.

- (77) Under forutsetning av at det innføres overtredelsesgebyr til fysiske personer, er Konkurransetilsynet som nevnt positiv til denne delen av lovforslaget. Tilsynet finner langt på vei å kunne slutte seg til begrunnelsen som er gitt for behovet for lovendringen i utredningen. Tilsynet vil likevel inngi noen supplerende merknader til denne delen av utredningen.
- (78) Etter Konkurransetilsynets vurdering vil det være mindre behov for å videreføre hjemmelen for straff for overtredelse av bestemmelsene som følger av konkurranseloven § 32 første ledd, dersom man velger å lovfeste en adgang til å ilegge overtredelsesgebyr ved slike overtredelser for fysiske personer. Dette henger først og fremst sammen med at hjemmelen ikke er blitt benyttet siden 2004, og at dette i seg selv indikerer at det er mindre behov for bestemmelsen. Videre er tilsynet enig i at en hjemmel til å kunne ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr samlet sett fremstår som en mer egnet og forholdsmessig reaksjon for denne typen overtredelser av konkurranseloven, enn straff. Tilsynet vil selv ha kontroll over når og på hvilken måte overtredelsesgebyr til fysiske personer skal benyttes.
- (79) Momentene nevnt ovenfor som støtter opphevelse av konkurranseloven § 32 første ledd, kan i utgangspunktet også tale for å oppheve § 32 andre ledd og avkriminalisere brudd på konkurranseloven fullt ut. Manglende håndhevelse gjør seg også gjeldende for denne delen av bestemmelsen, og usikkerheten knyttet til om enkeltpersoner vil straffeforfølges selv om foretaket har søkt om lempning vil gjøre seg like mye gjeldende i disse tilfellene. Videre kan det argumenteres for at den avskrekkende effekten man ønsker å oppnå på fysiske personer vil bli ivaretatt gjennom forslaget om overtredelsesgebyr i ny § 29 a.
- (80) Konkurransetilsynet finner imidlertid samlet sett å kunne slutte seg til forslaget i utredningen om å beholde hjemmelen for straff ved de svært grove overtredelsene av konkurranseloven § 10. Tilsynet er enig i at en fullstendig avkriminalisering av overtredelser av konkurranseloven vil være å gå for langt, selv om bestemmelsen så langt ikke har vært benyttet i praksis. Etter tilsynets vurdering vil det fortsatt ha en viktig allmennpreventiv effekt at det kan reageres med fengselsstraff ved de mest alvorlige tilfellene av brudd på konkurranseloven. For de groveste tilfellene av overtredelser av § 10 kan det dessuten hevdes at trusselen om et overtredelsesgebyr ikke i tilstrekkelig grad vil avskrekke fysiske personer fra å begå denne typen overtredelser. Muligheten til å benytte straffesporet i konkurransesaker er også løsningen i de fleste land det er naturlig å sammenligne seg med, og spesiallovgivning som har likhetstrekk med overtredelser av konkurranseloven inneholder også i stor grad slike hjemler til å kunne ilegge straff. Videre vil de mest alvorlige tilfellene av overtredelser av konkurranseloven § 10 kunne kjennetegnes av bedrageriets modus, og ha likhetstrekk med andre former for økonomisk kriminalitet som er straffsanksjonert etter straffeloven. En ytterligere fordel ved å beholde straffesporet for de groveste sakene vil dessuten være at politiet, eventuelt etter anmeldelse eller tips fra tilsynet, har mulighet til å bruke noen av de særskilte etterforskningsmetodene som følger av straffeprosessloven i etterforskningen av denne typen overtredelser. Videre vil det at straffesporet beholdes gjøre at politi- og påtalemyndighet etter omstendighetene kan legge ned påstand om rettingstap, jf. straffeloven § 56, som har en side til forslaget om forbud mot ledelsesfunksjon.
- (81) Når det gjelder plasseringen av straffebestemmelsen som i dag følger av konkurranseloven § 32 andre ledd, ser Konkurransetilsynet at det både er fordeler og ulemper med å videreføre dagens plassering i konkurranseloven. Etter tilsynets vurdering vil den avskrekkende effekten tydeliggjøres gjennom en plassering i konkurranseloven, og dette vil gi foretak og fysiske personer en mer samlet oversikt over hvilke sanksjoner og reaksjoner som kan benyttes i saker om overtredelse av konkurranseloven. Dette kan være viktig for å sikre best mulig forutberegnelighet rundt hvilke konsekvenser brudd på

konkurranselovgivningen kan få. Rent lovteknisk er en slik regulering også den mest vanlige, blant annet i den finansregulatoriske lovgivningen som det er vist til i utredningen. Samtidig vil en plassering i straffeloven tydeliggjøre at ansvaret for håndheving av straffebestemmelsen ligger til politi- og påtalemyndighet.. Videre er det grunn til å tro at en regulering i straffeloven vil øke bevisstheten og ansvaret hos politi/påtalemyndighet for å følge opp konkurranselovbrudd enn det som er tilfellet med dagens plassering i konkurranseloven.

8 Overtredelsesgebyr til fysiske personer - forslaget til ny § 29 a i konkurranseloven

- (82) I utredningen er det foreslått en ny hjemmel i konkurranseloven § 29 a som skal gi Konkurransetilsynet mulighet til å treffe administrativt vedtak om overtredelsesgebyr til fysiske personer som har begått nærmere bestemte overtredelser av konkurranseloven. Lovforslaget er blant annet begrunnet i at dette vil være et mer egnet og forholdsmessig tiltak rettet mot fysiske personer enn straff, som ikke har vært benyttet siden 2004. Videre er det pekt på at tilsynet selv vil ha full kompetanse til å avgjøre når og på hvilken måte denne reaksjonsformen skal benyttes, og dermed skape en høyere grad av forutberegnelighet opp mot lempningsinstituttet.
- (83) Konkurransetilsynet er positiv til forslaget om å innføre en egen hjemmel for overtredelsesgebyr til fysiske personer. Dette begrunner tilsynet først og fremst med at det for denne typen overtredelser av konkurranseloven fremstår som en mer egnet og forholdsmessig reaksjonsform å kunne benytte overtredelsesgebyr sammenlignet med personstraff. Det vises i denne sammenheng til det som er sagt ovenfor om manglende bruk av straffespolet, og at tilsynet slutter seg til de endringene som er foreslått i konkurranseloven § 32. Tilsynet er enig i at overtredelsesgebyr gjennomgående vil anses mindre inngripende enn fengselsstraff, og slik sett vil være en mer forholdsmessig reaksjon ved mange typer overtredelser av konkurranseloven. Tilsynet har også bred erfaring med å ilegge foretak overtredelsesgebyr, og vil kunne dra nytte av denne kompetansen også i saker der det er aktuelt å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr. Samlet sett anser tilsynet det sannsynlig at lovforslaget vil kunne bli et effektivt virkemiddel for tilsynet i håndhevingen av konkurranseloven, og at det også kan ha positiv effekt på lempningsinstituttet.
- (84) Selv om Konkurransetilsynet allerede har kompetanse til å ilegge foretak overtredelsesgebyr, og håndhevingspraksis viser at dette også gjøres relativt ofte, er tilsynet enig i at den avskrekkende effekten dette har på fysiske personer må anses mer avledet og indirekte. En slik effekt vil naturligvis kunne variere noe ut fra størrelsen på og organiseringen/strukturen i det aktuelle foretaket, men tilsynet finner at de avskrekkende virkningene blir styrket når fysiske personer risikerer økonomiske konsekvenser.
- (85) Etter Konkurransetilsynets vurdering vil overtredelsesgebyr til fysiske personer kunne være en aktuell sanksjonsform i ulike sakstyper. For det første vil det kunne være aktuelt å benytte gebyr i de sakene der det etter gjeldende rett vil kunne være aktuelt å anvende straff, jf. konkurranseloven § 32 første ledd, og som er foreslått opphevet i lovforslaget. Videre vil gebyr til fysiske personer også kunne være et alternativ til straff ved de grove overtredelsene av konkurranseloven § 10. Endelig vil gebyr til fysiske personer kunne ilegges i saker der det også er aktuelt å ilegge foretaket gebyr, jf. konkurranseloven § 29. Det vil ligge til tilsynets skjønn å vurdere hvilke saker som er egnet for ileggelse av gebyr til fysiske personer, og om dette skal skje i kombinasjon med reaksjoner til foretaket.
- (86) Selv om Konkurransetilsynet støtter forslaget om å innføre en ny hjemmel som gir tilsynet mulighet til å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr, mener tilsynet at lovforslaget reiser noen viktige problemstillinger knyttet til den nærmere utformingen av bestemmelsen, som er nærmere beskrevet i det følgende.
- (87) Etter lovforslaget skal det kunne reageres med overtredelsesgebyr til fysiske personer ved overtredelse av de samme bestemmelsene som i dag er belagt med straff etter

konkurranseloven § 32 første ledd, med unntak av vedtak etter konkurranseloven §§ 16 og 16 a, forskrift i medhold av § 14 og misbruk av dominerende stilling etter § 11. Begrunnelsen for å unnta de nevnte bestemmelsene er noe ulike, og er nærmere redegjort for i utredningen.

- (88) Konkurransetilsynet mener at bestemmelsen om overtredelsesgebyr til fysiske personer som utgangspunkt bør utformes mest mulig likt som overtredelsesgebyr til foretak, jf. konkurranseloven § 29. Dette gjelder også spørsmålet om hvilke typer overtredelser som kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr til fysiske personer. Etter tilsynets vurdering gir det en bedre sammenheng i regelverket å ha det samme virkeområdet for illeggelse av overtredelsesgebyr for foretak og fysiske personer, enn å knytte overtredelsesgebyr til fysiske personer til det som i dag er belagt med straff. Tilsynet ser samtidig at enkelte av bestemmelsene i konkurranseloven er utformet slik at de i mindre grad retter seg mot atferd begått av identifiserbare fysiske personer. Dette kan tilsi at det sjeldnere vil være aktuelt å benytte denne hjemmelen overfor fysiske personer. Likevel er det slik at det er foretak som er de primære subjektene etter konkurranseloven, jf. definisjonen i § 2, og disse kan ikke i egenskap av seg selv handle eller unnlate å handle. Det vil alltid være fysiske personers handlinger eller unnlater, og summen av disse, som utgjør det faktiske grunnlaget for om det kan konstateres en overtredelse av konkurranseloven.
- (89) Når det særskilt gjelder konkurranseloven § 11 vil Konkurransetilsynet bemerke at visse handlinger/unnlater etter omstendighetene både kan utgjøre en overtredelse av konkurranseloven § 10 og § 11, men at tilsynet kan utvise et faglig skjønn til å forfølge saken i det sporet som fremstår mest hensiktsmessig. Det kan dermed fremstå som tilfeldig om dette valget av rettslig rubrering av en type atferd som enten en sak etter § 10 eller § 11 skal være avgjørende for om det kan reageres med overtredelsesgebyr eller ikke. Videre vil vurderingen av om det foreligger en dominerende stilling knytte seg til foretaket og markedet det opererer i, mens vurderingen av det aktuelle misbruket ofte vil implisere fysiske personer i det aktuelle foretaket.
- (90) På denne bakgrunn mener Konkurransetilsynet at det ikke kan utelukkes at det kan være aktuelt å sanksjonere enkeltpersoner for overtredelse av vedtak om inngrep mot foretakssammenslutninger og minoritetsserverv (§§ 16 og 16a), forskrifter med hjemmel i § 14 og forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i § 11. Etter tilsynets vurdering bør derfor lovforslaget endres slik at det fremgår at fysiske personer som forsettlig eller uaktsomt overtrer eller medvirker til å overtre bestemmelsene angitt i konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a til f kan ilegges overtredelsesgebyr.
- (91) Når det gjelder forslaget om at overtredelsesgebyr i utgangspunktet skal kunne ilegges enhver "fysisk person", samt at skyldkravet skal være forsett eller uaktsomhet, finner Konkurransetilsynet å kunne slutte seg til begrunnelsen for dette.
- (92) Det fremgår videre av lovforslaget til ny § 29 a andre ledd at overtredelsesgebyr til fysiske personer skal være begrenset til maksimalt 43 millioner kroner ved overtredelse av § 10, og maksimalt 9 millioner kroner ved øvrige overtredelser. Videre følger det av § 29 a tredje ledd at overtredelsesgebyret kan fastsettes til inntil tre ganger oppnådd fortjeneste eller unngått tap som følge av overtredelsen dersom dette gir et høyere gebyr enn etter andre ledd. Forslaget er blant annet begrunnet i at forvaltningsloven § 44 andre ledd stiller krav om at det angis en øvre ramme for overtredelsesgebyrets størrelse i lov eller forskrift, og at dette av hensyn til forutberegnelighet også bør være retningsgivende for tilsynet selv om bestemmelsen formelt sett ikke gjelder for tilsynet. Når det gjelder de konkrete maksimumsbeløpene som er foreslått, er det i utredningen sett hen til regulering av dette i finansregulatorisk lovgivning og foreslått beløp som ligger tett opp til maksimalbeløpene som er lovfestet her. Etter tilsynets vurdering er denne delen av lovforslaget særlig utfordrende, og det er ikke åpenbart for tilsynet hvilken regulering som er den mest hensiktsmessige. Utredningen oppfattes også som noe knapp på dette punktet, og etter tilsynets vurdering hadde det vært en fordel om disse sidene av lovforslaget var drøftet enda mer inngående. Blant annet er det uklart om henvisningen til inntil tre ganger oppnådd fortjeneste eller unngått tap knytter seg til overtredelsen som sådan, eller om det

er ment å knytte seg til den personlige fortjenesten/reduuerte gevinsten som personen har hatt som følge av overtredelsen. Etter tilsynets vurdering er det en svakhet at utredningen i svært liten grad ser hen til og avpasser forslaget til reglene om overtredelsesgebyrets maksimale størrelse som for foretak fremgår av utmålingsforskriften § 2.

- (93) Overordnet finner Konkurransetilsynet grunn til å påpeke at valget av de beløpsmessige tersklene, samt hvilke overtredelser som reguleres av hvilke terskler, fremstår noe tilfeldig og løsevet fra det som ellers er det etablerte systemet i konkurranseloven. De beløpsmessige grensene som er lovfestet i finansregulatorisk lovgivning er satt med bakgrunn i at tilsvarende tak er fastsatt i de EU-direktivene og forordningene som de norske lovreglene implementerer. Videre er det for en lang rekke av disse bestemmelsene også fastsatt beløpsmessige tak for foretak, som eksempelvis verdipapirhandelloven § 21-1. Det foreligger til sammenligning ingen EU- eller EØS-rettslig regulering av overtredelsesgebyr til fysiske personer.
- (94) Konkurransetilsynet er enig i at det av hensyn til forutberegnelighet bør fastsettes en øvre ramme for overtredelsesgebyrets størrelse også til fysiske personer. Dette er også løsningen etter gjeldende rett for foretak, der det etter utmålingsforskriften § 2 er fastsatt et tak på inntil 1 eller 10 prosent av foretakets omsetning for overtredelser av konkurranseloven, etter mønster av tilsvarende regelverk i EU/EØS-konkurranseretten. Tilsynet mener at reguleringen av overtredelsesgebyrets maksimale størrelse bør inntas i utmålingsforskriften slik løsningen er for reguleringen for foretak, og ikke i konkurranseloven slik utredningen legger til grunn. Etter tilsynets vurdering vil det gi en rettteknisk bedre løsning å samle de mer detaljerte reglene om maksimalstørrelse og utmålingsmomenter i utmålingsforskriften, fremfor å ha dette regulert både i lov og forskrift. Utmålingsforskriften ble vedtatt i 2013, med visse endringer i 2016, og er godt kjent blant foretak og deres rådgivere. Det vil også være lettere å få justert tersklene gjennom forskriftsendringer.
- (95) Når det gjelder spørsmålet om hvordan overtredelsesgebyrets maksimale størrelse til fysiske personer skal fastsettes, kan det tenkes ulike løsninger. Etter Konkurransetilsynets vurdering bør reguleringen av dette både tilstrebe å skape en viss forutberegnelighet med hensyn til hvor høye gebyrene kan bli, samtidig som reguleringen ikke skaper såkalte terskeeffekter og gjør det mulig for foretakene å kalkulere inn denne typen utgifter på en slik måte at lovbrudd lønner seg. Etter tilsynets vurdering vil den avskrekkende effekten bli mest effektiv dersom reaksjonen i størst mulig grad innrettes mot den økonomiske situasjonen som den aktuelle overtrederen befinner seg i. Beløpsmessige terskler fastsatt i millioner kroner kan etter omstendighetene fremstå svært høye for noen typer overtredere, mens det for andre med en helt annen finansiell styrke kan fremstå som symbolske summer. På denne bakgrunn kunne en alternativ innretning på angivelsen av maksimalstørrelsen være knyttet til x-ganger av siste års brutto årsinntekt (inklusive bonus, provisjon, pensjon og andre kompensasjonsutbetalinger), eller til en nærmere prosentsats av vedkommende sin ligningsmessige formue. Dersom en bedriftsleder som blir funnet å ha overtrådt konkurranseloven eksempelvis hadde en brutto årslønn i 2022 på 5,5 millioner kroner og vedkommende samme år hadde en ligningsmessig formue på 500 millioner, ville en regel der maksimalstørrelsen var satt til det høyeste av 5 ganger brutto årsinntekt eller 10 prosent av ligningsmessig formue gi et maksimalt overtredelsesgebyr på 50 millioner kroner. Innvendingen mot en slik løsning kan være at foretakene og den enkelte kan velge å organisere utbetalinger av kompensasjon på ulike måter, samt å strukturere sin private økonomi på måter slik at de reelle verdiene oppgis på andre måter.. Det kan også innvendes at et tak bør fastsettes på enklest mulig måte for å hindre mulige omgåelser, og at hensynet til den enkeltes finansielle styrke uansett skal hensyntas som et utmålingsmoment som kan øke eller redusere gebyret innenfor de rammene som maksimalstørrelsen angir.
- (96) Hvilken løsning som samlet sett ivaretar de nevnte hensynene på best mulig måte avhenger av hvilket aspekt man legger mest vekt på. Tilsynet finner at en regel som kombinerer muligheten til enten å bygge på det høyeste av 1) x-ganger av siste års brutto årsinntekt eller 2) prosentsats av ligningsmessig formue, eventuelt supplert med

muligheten til å benytte 3) inntil x-ganger estimert fortjeneste eller unngått tap for vedkommende om det gir høyere gebyr enn etter utgangspunktet, vil gi en løsning som harmonerer bedre med løsningen for foretak i utmålingsforskriften § 2 enn fastlåste beløpsmessige terskler. Etter tilsynets vurdering vil en slik løsning også ha en større avskrekkende effekt, og den vil i mindre grad gi rom for terskeeffekter. Videre vil en slik løsning ha et dynamisk element over seg, som gir en mer treffsikker løsning over tid.

- (97) Videre mener Konkurransetilsynet at inndelingen av hvilke overtredelser som skal ha de høyeste og laveste satsene for maksimalgebyr, bør følge den samme inndelingen som er innarbeidet i utmålingsforskriften § 2 for foretak. Etter tilsynets vurdering innebærer den inndelingen som er foreslått i utredningen som for grovmasket, der det kun er kategoriene overtredelse av konkurranseloven § 10 og øvrige overtredelser. Etter tilsynets vurdering bør det være de samme kategoriene av overtredelser som har en maksimalstørrelse på 1 prosent av foretakets omsetning, som også har det laveste maksimalgebyret ved overtredelsesgebyr til fysiske personer.
- (98) Konkurransetilsynet vil understreke at det ovennevnte er et eksempel på en mulig regulering, der det trolig kan tenkes ulike varianter som ivaretar dette på en like god eller bedre måte. Det mest sentrale sett fra tilsynets ståsted er å få reguleringen av maksimalstørrelsen av gebyrene mer i samsvar med hvordan dette er regulert for gebyr til foretak etter utmålingsforskriften, og at dette trolig vil gi en mer hensiktsmessig regulering enn å basere seg på reguleringen av dette i finansregulatorisk lovgivning.
- (99) Når det gjelder reguleringen av hvilke utmålingsmomenter som skal gjelde ved utmåling av overtredelsesgebyr til fysiske personer, er dette foreslått inntatt i lovforslaget § 29 a fjerde ledd. Utkastet er på dette punktet utformet etter mønster av forvaltningsloven § 44 tredje ledd, men med det tillegget at det skal legges vekt på lempning etter §§ 30 og 31.
- (100) Overordnet er Konkurransetilsynet enig i at de mest sentrale utmålingsmomentene bør følge av lovteksten § 29 a, slik dette også er regulert for foretak i § 29 andre ledd. Videre kan det tenkes at det kan gjøres en endring i utmålingsforskriften § 3 ("momenter i utmålingen") eller at det inntas en ny bestemmelse om momenter i utmålingen ved gebyr til fysiske personer, der det fastsettes at utmålingsforskriften § 3 andre, sjette, syvende, åttende og niende ledd gjelder tilsvarende så langt de passer ved utmåling av gebyr til fysiske personer.
- (101) Også på dette punktet mener Konkurransetilsynet at det vil være en fordel at bestemmelsen i størst mulig grad tilpasses tilsvarende bestemmelse for foretak, med de nødvendige justeringene som trengs siden gebyret utmåles til en fysisk person og ikke til et foretak. Etter tilsynets vurdering kan det fremgå av § 29 a fjerde ledd at tilsynet vedtar overtredelsesgebyr, og at det ved fastsettelse av gebyrets størrelse "skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet og varighet, lempning etter §§ 30 og 31, fordeler som er eller kunne vært oppnådd for overtrederen ved overtredelsen, samt overtrederens økonomiske evne". De øvrige momentene som er nevnt i lovforslaget vil inngå i vurderingen av overtredelsens grovhet som følger av utmålingsforskriften § 3 andre ledd, og som tilsynet mener bør gjelde tilsvarende ved utmåling av gebyr til fysiske personer. Dette gjelder overtredelsens omfang og virkninger, samt graden av utvist skyld.
- (102) Saksbehandling og prosess i saker der Konkurransetilsynet vurderer å treffe vedtak om gebyr til fysiske personer, er ikke omtalt nærmere i utredningen. Det er imidlertid foreslått at reglene om klage og søksmål, samt foreldelse mv., jf. konkurranseloven § 29 tredje til sjette ledd, skal gjelde tilsvarende ved gebyr til fysiske personer. Tilsynet legger til grunn at de alminnelige saksbehandlingsreglene for enkeltvedtak som følger av forvaltningsloven, samt de spesielle saksbehandlingsreglene som gjelder for saker om overtredelse av konkurranseloven, gjelder tilsvarende ved saker om ileggelse av overtredelsesgebyr til fysiske personer. Dette innebærer blant annet at den fysiske personen som undersøkes for mulig overtredelser av konkurranseloven vil ha partsstatus, med de rettigheter og plikter som følger av dette. Videre vil vedkommende ha rett på innsyn og kontradiksjon, samt forhåndsvarsel. På tilsvarende måte vil de skrankene og

begrensningene som følger av konstitusjonelle og folkerettslige forpliktelser som Norge er bundet av, gjelde på lik linje for denne typen saker.

- (103) Det vil være den nærmere etterforskningen, herunder funn i beslaglagt materiale og forhold avdekket gjennom forklaringsopptak, som avgjør om det vil være aktuelt å gå videre med saken i form av varsel om overtredelsesgebyr til de involverte foretakene, fysiske personer eller en kombinasjon av disse. Konkurransetilsynet mener at det normalt vil være mest hensiktsmessig å etterforske både med sikte på gebyr til foretaket og fysiske personer i en og samme prosess, for på den måten å effektivisere saksbehandlingen og dermed belastningen for de involverte. Det vil imidlertid være viktig at tilsynet, når det gjennomfører etterforskningsskritt som eksempelvis forklaringsopptak, opplyser om det er aktuelt å gå videre med en sak overfor foretaket eller fysiske personer, eller begge deler, dersom tilsynet på det tidspunktet har foretatt en vurdering av disse spørsmålene. Vernet mot selvinkriminering vil gjelde i begge tilfeller, og tilsynet vil her fortsette sin praksis med alltid å redegjøre nærmere for innholdet i denne retten. Selv om et saksforhold både kan danne grunnlag for gebyr mot et foretak og fysiske personer, legger tilsynet til grunn at disse er ulike subjekter og at det dermed må treffes separate vedtak mot disse. Et foretak og en fysisk person vil eksempelvis kunne ha motstridende interesser i å gå videre med en klage eller et søksmål i en sak om overtredelsesgebyr. Det vil derfor være grunnleggende viktig at deres rettigheter respekteres helt uavhengig av hverandre.
- (104) Når det gjelder Konkurransetilsynets saksbehandlingstid i saker om overtredelsesgebyr, blir den belastningen det er for foretak å være under etterforskning ofte påpekt. Kompleksiteten og omfanget av overtredelsessaker, kombinert med at utredningen og ivaretagelse av prosessuelle rettigheter underveis i saksbehandlingen tar tid, medfører at saksbehandlingen kan ta flere år fra etterforskning iverksettes til endelig vedtak er truffet. Deretter kan prosess med klagebehandling og domstolsprøving medføre at det går ytterligere flere år før saken er rettskraftig avgjort. Belastningen med å ha en overtredelsessak gående vil forsterkes ytterligere for fysiske personer som blir etterforsket for overtredelser av konkurranseloven. Tilsynet bestreber seg i alle saker på å avgjøre så raskt som mulig om det er grunnlag for å gå videre med varsel/vedtak i saken eller om saken skal avsluttes uten reaksjon, og denne målsetningen vil ikke endres selv om tilsynet skulle få hjemmel til også å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr.

9 Forbud mot ledelsesfunksjon - forslaget til § 28 a i konkurranseloven

- (105) I utredningen er det foreslått en ny hjemmel i konkurranseloven § 28 a som skal gi Konkurransetilsynet mulighet til å treffe administrativt vedtak om forbud mot ledelsesfunksjon til fysiske personer i tilfeller der det er begått nærmere bestemte overtredelser av konkurranseloven. Lovforslaget er blant annet begrunnet i at dette vil være et mer egnet og forholdsmessig tiltak rettet mot fysiske personer enn straff, som ikke har vært benyttet siden 2004. På tilsvarende måte som ved overtredelsesgebyr vil tilsynet dessuten ha kompetanse til å avgjøre når og på hvilken måte denne reaksjonsformen skal benyttes, som vil kunne skape en noe høyere grad av forutberegnelighet opp mot lempningsinstituttet.
- (106) Forslaget om å innføre en regel om ledelseskantene i konkurranseloven er inspirert av lovreguleringen av dette i andre land, som Storbritannia, Sverige og Finland. Videre er det i utredningen i stor grad vist til at muligheten til å ilegge forbud mot ledelsesfunksjon administrativt er innført i en rekke lover på det finansregulatoriske området der Finanstilsynet er tilsynsmyndighet. Konkurransetilsynet har i sitt arbeid med høringen sett hen til et bakgrunnsnotat utarbeidet av OECD i 2022 om "Director disqualification and bidder exclusion in competition enforcement". Dette notatet gir blant annet en beskrivelse av hvilke hensyn som begrunner en regulering av ledelseskantene innen konkurranseretten, hvilke typer reguleringer av ledelseskantene som finnes i ulike jurisdiksjoner, ulike praktiske utfordringer knyttet til en slik regulering, og hvilke betingelser som bør være på plass for å sikre at dette blir et effektivt verktøy.

- (107) Et forbud mot å inneha ledelsesfunksjon ved overtredelse av konkurranseloven, uavhengig av klassifiseringen som administrativ reaksjon eller sanksjon, vil etter Konkurransetilsynets vurdering kunne ha en sterk allmenn- og individualpreventiv virkning på fysiske personer. Mange av de samme argumentene og hensynene som taler for å erstatte hjemmelen for straff i konkurranseloven § 32 første ledd med en hjemmel for overtredelsesgebyr til fysiske personer, gjør seg også gjeldende i spørsmålet om å lovfeste et forbud mot ledelsesfunksjon. I det følgende vurderes kort effektene av ledelseskarantene som går utover effektene av gebyr til fysiske personer.
- (108) Overtredelser av konkurranselovgivningen kan gi involverte foretak svært høye gevinster, og det kan være utfordrende å utmåle sanksjoner og reaksjoner som i tilstrekkelig grad rammer den økonomiske siden av overtredelsen. Foretak kan på forhånd kalkulere inn risiko for oppdagelse og ileggelse av overtredelsesgebyr til både foretaket og fysiske personer, og gjøre det klart at foretaket vil kompensere ledere som gebyrlegges. Slik kan foretaket motvirke den avskrekkende effekten av gebyr til fysiske personer. Et forbud mot ledelsesfunksjon begrenser karrieremulighetene til de aktuelle lederne, og kan ikke på samme måte direkte og fullstendig motvirkes med kompensasjon fra foretaket.
- (109) I tillegg vil et forbud mot ledelsesfunksjon kunne ha en viktig individualpreventiv virkning, ved at personer som på grunn av overtredelser av konkurranselovgivningen anses uskikket til å inneha en ledelsesfunksjon, for en periode er forhindret fra å være ledere i markedet. Dette vil kunne beskytte næringslivet mot at personer som har vært med på overtredelser av konkurranseloven får inneha ledende funksjoner i foretak.
- (110) Et ytterligere moment er at ledelseskarantene kan hindre stilltiende samarbeid i forlengelsen av eksplisitte kartell. Det er et kjent problem at foretak som gjennom et eksplisitt kartell har klart å koordinere seg om en konkurranseskadelig adferd, stilltiende kan videreføre den skadelige adferden også etter at kartellet er avslørt.¹⁵ Slik adferd kan forlenge de skadelige virkningene av karteller. Stilltiende samarbeid i etterkant av kartellavsløringer kan bli vanskeligere dersom ledere som la til rette for kartellet fjernes fra stillingene sine i de aktuelle foretakene.¹⁶
- (111) I noen tilfeller kan imidlertid ledelseskarantene være et mindre effektivt virkemiddel enn gebyr til fysiske personer. Dette gjelder i tilfeller der karantenen ikke "biter", for eksempel fordi personen er nær pensjonsalder eller der personen enkelt kan få en tilsvarende lederstilling i en annen jurisdiksjon. De samme problemene knyttet til insentiver til å søke lempning som for gebyr til enkeltpersoner gjelder også for ledelseskarantene. På tilsvarende måte som ved overtredelsesgebyr er det derfor viktig at tilsynet tar høyde for insentivene til å søke lempning, når en vurderer hvilke saker det skal ilegges ledelseskarantene.
- (112) Som vist ovenfor kan gebyr til fysiske personer og forbud mot ledelsesfunksjon påvirke ulike insentiver hos fysiske personer. Dette kan tilsi at det er plass til og behov for begge hjemlene.
- (113) Konkurransetilsynet finner grunn til å knytte noen mer overordnede bemerkninger til den sammenligningen med finansregulatorisk lovgivning som er foretatt i utredningen. Uten at tilsynet kjenner bakgrunnen for de ulike lovendringene detaljert, er bakgrunnen for innføringen av hjemler til å ilegge forbud mot ledelsesfunksjon innenfor disse områdene direkte knyttet til implementeringen av ulike EU/EØS-rettslige direktiver og forordninger. Innenfor konkurranseretten foreligger det til sammenligning ikke noe EU/EØS-rettslig regulering som binder Norge til å innføre forbud mot ledelsesfunksjon, eller som gir direkte føringer for hvordan en slik hjemmel eventuelt skal utformes.
- (114) Videre foreligger det forskjeller mellom Konkurransetilsynet og Finanstilsynets tilsynsoppgaver, både når det gjelder omfanget av og typen regelverk som det føres tilsyn

¹⁵ Se Post-cartel tacit collusion: Determinants, consequences, and prevention (2020), Subhasish M. Chowdhury og, Carsten J. Crede. International Journal of Industrial Organization.

¹⁶ Ibid.

med og ulikheter i ansvarsområder. Blant annet fører Finanstilsynet tilsyn med en rekke spesifiserte sektorer innen finans, mens Konkurransetilsynet fører tilsyn med et regelverk som er sektorovergripende og som gjelder ethvert foretak uavhengig av næring (med noen få unntak). I flere av lovene som Finanstilsynet fører tilsyn med kreves det tillatelse eller konsesjon til å drive den aktuelle virksomheten, og det stilles gjennomgående strenge krav i de ulike lovene til vurdering av egnethet for å kunne være leder i slike foretak. Finanstilsynet fører et mer løpende tilsyn, og foretak må i mange tilfeller løpende rapportere om endringer og annet relevant for tillatelser o.l. Finanstilsynet har dessuten hjemler til å trekke tilbake tillatelser som er gitt om det er grunnlag for det, for eksempel i form av tilbakekall av godkjenning eller suspensjon. Videre er finansregulatorisk lovgivning utformet slik at denne i større grad enn konkurranseloven har bestemmelser som enten er rettet inn mot foretak, mot enkeltpersoner eller mot en kombinasjon av foretak og enkeltpersoner. Etter det tilsynet kjenner til har Finanstilsynet ennå ikke truffet noen vedtak om illeggelse av forbud mot ledelsesfunksjon, selv om enkelte av disse bestemmelsene har vært i kraft i noen år.

- (115) Konkurransetilsynet finner også grunn til å knytte noen kommentarer til hvordan forbud mot ledelsesfunksjon er utformet i noen av de landene som det er vist til i utredningen. Redegjørelsen er bygget på informasjon om ordningene i litteratur og på myndighetenes egne nettsider, og tilsynet understreker at det ikke har noen dyptgående kunnskap om bestemmelsene.
- (116) I Storbritannia følger bestemmelsene om ledelseskantene av the Company Directors Disqualification Act 1986 (CDDA 1986), og de aktuelle bestemmelsene i 9A til 9E ble innført ved en lovendring i 2002. Etter disse reglene kan en direktør/skyggedirektør i et selskap ilegges ledelseskantene på opptil 15 år i tilfeller der selskapet de leder er funnet skyldig i overtredelser av konkurranselovgivningen. Bestemmelsene er ikke begrenset til overtredelse av kartellforbudet, men gjelder for alle typer overtredelser av forbudene i the Competition Act 1998 kapittel I og II, jf. CDDA 9A (4). Dette innebærer at ledelseskantene kan ilegges i alle typer saker som gjelder overtredelse av det som har sin parallell til konkurranseloven §§ 10 og 11. I tillegg til at det må foreligge en overtredelse av konkurranselovgivningen, er det et vilkår for å illegge kantene at atferden som direktør gjør han eller henne uskikket ("unfit") til å inneha en ledelsesfunksjon i et selskap. Loven angir i 9A (5), (6) og (7) nærmere momenter som domstolen enten skal, kan eller ikke skal vektlegge i sin vurdering av om vedkommende anses uskikket. Blant annet skal domstolen vektlegge om direktørens atferd har bidratt til overtredelsen, om han/hun hadde rimelig grunn til å mistenke at selskapets atferd utgjorde en overtredelse uten å iverksette noen skritt for å hindre det, eller om han/hun burde ha forstått at selskapets atferd utgjorde en overtredelse. I perioden som karantenen gjelder for vil det blant annet være straffbart for vedkommende å være direktør i et selskap. I henhold til CDDA 1986 kan det ilegges ledelseskantene også for andre typer overtredelser enn overtredelser av konkurranselovgivningen.
- (117) I Sverige er det gitt bestemmelser om ledelseskantene i lag om næringsforbud (lag 2014:836). I likhet med ordningen i Storbritannia gjelder loven også for andre typer overtredelser enn konkurranselovgivningen, for eksempel ledelseskantene som følge av grov tilsidesettelse av plikter i næringsvirksomhet i forbindelse med konkurs eller skatte- og avgiftsregulering. Bestemmelsene som særskilt regulerer overtredelse av konkurransereglene følger av loven 7 § og 9 §. Hvem som kan ilegges næringsforbud er nærmere regulert i 3 § og gjelder overordnet den eller de "som faktisk har utøvet ledningen av en næringsvirksomhet som en juridisk person har bedrivit". I tillegg er det i samme bestemmelse gitt en særskilt regulering av nærmere spesifiserte kategorier av stillinger/roller i ulike typer juridiske personer o.l., og hvem i disse som kan ilegges ledelseskantene. Et næringsforbud kan besluttes for minimum 3 år og maksimalt 10 år, jf. 10 §. Etter 7 § kan det besluttes næringsforbud/kantene for den som grovt har tilsidesatt sine plikter ved overtredelse av konkurranseloven 1 § eller artikkel 101 (parallell til konkurranseloven § 10). Et tilleggsvilkår er at næringsforbud må anses nødvendig ut fra allmenne hensyn. I vurderingen av allmenne hensyn skal det i saker om overtredelse av

konkurranseloven særlig legges vekt på om atferden har vært egnet til å alvorlig hindre, begrense eller vri konkurransen, jf. 9 §. Videre er det uttrykkelig inntatt at allmenne hensyn ikke skal anses å foreligge om vedkommende selv eller innen rammen for næringsvirksomheten har medvirket til på vesentlig måte å bistå i utredningen av en slik overtredelse. Rettsvirkningen av en beslutning om næringsforbud er at vedkommende ikke kan drive næringsvirksomhet eller faktisk utøve ledelsen i en næringsvirksomhet, jf. 11 §. Bestemmelsen inneholder ellers en detaljert regulering av rettsvirkningen av forbudet i nærmere spesifiserte kategorier av stillinger/roller i ulike typer juridiske personer. Konkurrentverket har kompetanse til å fremsette et krav om næringsforbud gjennom en begjæring til Patent- og marknadsdomstolen, jf. 17 §. Det er gitt egne regler om domstolens behandling av denne typen saker i 18 §.

- (118) Ifølge bakgrunnsnotatet fra OECD er ledelseskantene en sanksjon/reaksjon for brudd på konkurranselovgivningen i til sammen 23 ulike jurisdiksjoner, og for 10 av disse er bestemmelsene inntatt som en del av konkurranselovgivningen. Ledelseskantene blir i de fleste jurisdiksjoner pålagt av en domstol etter krav/begjæring fra en konkurransemyndighet.
- (119) Konkurrentilsynet viser i tillegg til reglene om ileggelse av konkursskantene etter konkursloven §§ 142 og 143, samt adgangen til å ilegge rettighetstap i det strafferettslige sporet etter straffeloven § 56. Etter konkursloven § 142 kan en skyldner hvis bo er tatt under konkursbehandling, settes i konkursskantene av tingretten blant annet dersom det må antas at vedkommende på grunn av uforsvarlig forretningsførsel er uskikket til å stifte et nytt selskap eller å være styremedlem eller daglig leder (administrerende direktør) i et slikt selskap. Det følger av bestemmelsen at det ved avgjørelsen skal legges vekt på om det ut fra skyldnerens handlemåte og forholdene for øvrig synes rimelig å sette ham i kantene. Videre fastslår straffeloven § 56 at den som har begått en straffbar handling som viser at vedkommende er uskikket til eller kan misbruke en stilling, virksomhet eller aktivitet, kan fratras stillingen eller fratras retten til for fremtiden å ha en stilling/utøve virksomhet, dersom allmenne hensyn tilsier det. Et rettighetstap trer i kraft den dag dommen eller forelegget er endelig, og ilegges for en bestemt tid inntil 5 år, eller på ubestemt tid når særlige grunner tilsier det.
- (120) Ovennevnte redegjørelse viser variasjon i måten ulike former for kantene er utformet på, både i norsk og utenlandsk rett. Etter Konkurrentilsynets vurdering ville det vært en fordel om det i utredningen/høringsnotatet var foretatt en noe bredere beskrivelse av ulike bestemmelser om ledelseskantene, ut over den beskrivelsen som er gitt av finansregulatorisk lovgivning på området. På bakgrunn av variasjonene i reguleringsform, er det ikke åpenbart for tilsynet at en innføring av hjemmel til å kunne ilegge ledelseskantene nødvendigvis bør skje gjennom en ny bestemmelse i konkurranseloven. Selv om dette er løsningen som er valgt innenfor det lovverket som Finanstilsynet fører tilsyn med, er det som nevnt viktige forskjeller både med hensyn til tilsynsoppgaver og bakgrunn for lovendringer som kan tilsi at reguleringen ikke nødvendigvis bør utformes likt. Videre viser tilsynet til at selv om tilsynet har inngående kunnskap om forbudsbestemmelsene i konkurranseloven, og lang erfaring med å håndheve disse, er dette vurderinger og analyser som skiller seg fra å skulle vurdere en persons skikkethet til å kunne inneha en ledende stilling fremover i tid. Uavhengig av den rettslige klassifiseringen av ledelseskantene som sanksjon eller reaksjon, er det etter tilsynets vurdering en reaksjonsform som krever at reguleringen ivaretar grunnleggende rettssikkerhetsgarantier for den enkelte. Dette berører spørsmål knyttet til hvor i lovverket en slik bestemmelse best hører hjemme, hvilken myndighet som er best egnet til å vurdere skikkethet, hvor vidtrekkende reguleringen skal være og hvordan saksbehandling/prosess skal reguleres.
- (121) Konkurrentilsynet ønsker videre å knytte noen bemerkninger til det konkrete lovforslaget. Overordnet er tilsynet av den oppfatningen at lovforslaget § 28 a er noe for vidtrekkende både på vilkårs- og rettsvirkningssiden, og vil i det følgende trekke frem forslag til visse justeringer som trolig kan bedre effektiviteten av et slik håndhevingsverktøy.

- (122) I utredningen er det foreslått at Konkurransetilsynet kan treffe vedtak om forbud mot ledelsesfunksjon ved flere typer overtredelser av konkurranseloven. Bestemmelsene er de samme som det etter lovforslaget skal kunne reageres med overtredelsesgebyr til fysiske personer for, og omfatter overtredelse av konkurranseloven § 12 andre og femte ledd, § 10, § 18 første ledd, § 19 første ledd, § 24, § 25 og brudd på plikten til å gi riktige og fullstendige opplysninger. Etter tilsynets vurdering vil det være en uforholdsmessig streng reaksjon å ilegge ledelseskarantene for overtredelse av flere av disse bestemmelsene. I tråd med reguleringen i Storbritannia og Sverige bør anvendelsesområdet for bestemmelsen reserveres til overtredelse av de mest sentrale forbudsbestemmelsene i konkurranseloven. Dette er også anbefalingen som følger av bakgrunnsnotatet fra OECD (2022) om blant annet ledelseskarantene, der det fremgår at ledelseskarantene bør anvendes overfor de mest alvorlige formene for konkurranselovbrudd.¹⁷ Tilsynet forslår derfor at vedtak om ledelseskarantene skal kunne treffes i saker om overtredelse av konkurranseloven § 10 og 11, slik tilsvarende regulering blant annet er i Storbritannia. Selv om overtredelse av konkurranseloven § 11 ikke har vært belagt med straff etter konkurranseloven § 32, mener tilsynet at det gir best sammenheng i regelverket om både overtredelsesgebyr til fysiske personer og ledelseskarantene kan ilegges også ved brudd på konkurranseloven § 11. Tilsynet mener videre at ledelseskarantene kan være aktuelt ved alle typer overtredelser av §§ 10 og 11, og vil derfor ikke begrense anvendelsesområdet til særlig grove tilfeller eller lignende. Grovheten vil imidlertid kunne spille inn som et moment i vurderingen av karantenes varighet.
- (123) Videre er det i utredningen foreslått at forbud mot ledelsesfunksjon skal kunne ilegges "styremedlemmer, andre tillitsvalgte i styre, daglig leder eller tilsvarende stilling, eller person med ledende stilling i virksomheten", jf. lovforslaget § 28 a. I utredningen er det nærmere diskutert om også personer uten en ledende stilling skal kunne ilegges et slikt forbud, men der konklusjonen er at dette trolig vil være å gå lenger enn nødvendig og ikke vil være proporsjonalt. Konkurransetilsynet deler denne oppfatningen, og mener at en bestemmelse om ledelseskarantene nettopp må rette seg mot de personene som sitter i de mest sentrale posisjonene i et foretak. Reguleringen av dette er noe ulik i Storbritannia og Sverige, der kretsen av personer som omfattes er mer begrenset i Storbritannia enn i Sverige. Etter CDDA kan ledelseskarantene kun ilegges någjeldende eller tidligere "director", og dette er i 22 (4) presisert å gjelde "any person occupying the position of director, by whatever name called". Videre er det i 9E (5) presisert at betegnelsen direktør også omfatter "shadow director". Tilsynet viser også til at bestemmelsen om konkursskarantene til sammenligning gjelder for styremedlemmer og daglig leder (administrerende direktør).
- (124) Etter Konkurransetilsynets vurdering er det hensiktsmessig å begrense kretsen av personer som kan ilegges ledelseskarantene. Hvis formålet er å tydeliggjøre lederansvaret i saker om konkurranselovbrudd, og slik ha preventiv virkning, bør bestemmelsen avgrenses på en måte som skaper forutberegnelighet med hensyn til hvem som kan rammes. En slik avgrensning vil i tillegg gjøre bestemmelsen retts teknisk enklere å håndheve. Tilsynet legger til grunn at betegnelsen "direktør" ikke bare vil gjelde administrerende direktør, men også andre personer i den øverste ledelsen i et foretak (eksempelvis ulike konserndirektører, markedsdirektører, juridisk direktør mv.). Videre vil det være viktig at dette omfatter både någjeldende og tidligere ansatte i slike posisjoner, og at det er de reelle forholdene som er avgjørende for vurderingen. På denne måten vil en person som ikke har formell tittel direktør, men som faktisk utøver slike ledelsesfunksjoner, kunne rammes av bestemmelsen. Etter tilsynets vurdering vil det på denne bakgrunn føre for langt å inkludere enhver ansatt med en ledende stilling, slik utredningen foreslår. Faren for at øverste ledelse skyver ansvaret for etterlevelse av konkurranselovens regler nedover i systemet, og dermed unngår reaksjoner for seg selv personlig, vil avhjelpes med at bestemmelsen også gjelder for medvirkning til overtredelse. Samlet sett mener tilsynet derfor at bestemmelsen bør rettes inn mot styremedlemmer, daglig leder (administrerende

¹⁷ Jf. punkt 2.8.

direktør) og øvrige ansatte i foretakets øverste ledelse som formelt eller reelt utøver, eller har utøvet, en direktørstilling.

- (125) Tilsvarende avgrensning bør etter Konkurransetilsynets vurdering også gjelde for hvilke posisjoner den som blir ilagt ledelseskantene vil være forhindrede fra å inneha. Hvorvidt dette skal gjelde slike posisjoner i ethvert foretak, eller om dette skal avgrenses ytterligere, er også et spørsmål. Slik tilsynet oppfatter reguleringen av dette i Storbritannia og Sverige, vil et forbud mot å inneha en slik posisjon gjelde i ethvert foretak, uavhengig av næring/bransje, størrelse på foretaket eller andre faktorer. I finansregulatorisk lovgivning er forbudet knyttet til å inneha en ledende stilling i et foretak som krever tillatelse etter den aktuelle lovgivningen. Slike avgrensningskriterier er ikke aktuelle innenfor konkurranseretten. Etter tilsynets vurdering vil det være viktig for den preventive effekten av et slikt vedtak at vedkommende fratras muligheten til å inneha en ledelsesfunksjon i ethvert foretak, uavhengig av hvilket foretak han/hun tidligere har ledet eller hvilken næring eller bransje dette var tilknyttet. På denne bakgrunn støtter tilsynet at forbudet knyttes til å inneha en eller flere av de aktuelle lederposisjonene "i et foretak".
- (126) Etter lovforslaget § 28 a er vilkåret for å ilegges ledelseskantene at vedkommende har overtrådt eller medvirket til å overtre nærmere bestemte bestemmelser i konkurranseloven, og at dette medfører at vedkommende "må anses uskikket" til å inneha en ledelsesfunksjon. I utredningen er dette blant annet begrunnet med at et slikt vilkår medfører at vurderingstemaet blir fremoverrettet, og dermed at dette ikke kan klassifiseres som en sanksjon eller straff etter EMK. Dette skiller seg fra overtredelsesgebyr til fysiske personer, som er en pønalt sanksjon. I tillegg er det vist til at et vilkår om egnethet/skikkethet er det vanligste i annen regulering av ledelseskantene.
- (127) Etter Konkurransetilsynets vurdering vil alternativet til å stille et krav om at vedkommende anses uskikket måtte være at ledelseskantene anses påkrevd av allmenne grunner, eller at disse to vilkårene kombineres. Sistnevnte kan minne om utformingen av rettighetstap etter straffeloven § 56. I Storbritannia er vilkåret at vedkommende anses "unfit", mens det i Sverige kreves en grov tilsidesettelse av vedkommendes plikter etter forbudet i konkurranselagen 1 §/TFEU artikkel 101 og i tillegg at ledelseskantene er nødvendig ut fra allmenne hensyn. I finansregulatorisk lovgivning er løsningen gjennomgående at vedkommende må anses uskikket for at ledelseskantene skal være aktuelt.
- (128) Etter Konkurransetilsynets vurdering vil det uavhengig av den rettslige klassifiseringen være viktig at det angis i lovteksten noen nærmere momenter som vil inngå i vurderingen av skikkethet eller eventuelt av allmenne hensyn. Dette er som nevnt tilfelle både i CDDA 9A (5) og (6) og i lag om næringsforbud 8 og 9 §. Hensynet til forutberegnelighet og visse rammer for skjønn gjør seg gjeldende på tilsvarende måte her som for de overordnede momentene som skal/kan vektlegges i utmålingen av overtredelsesgebyr til foretak og fysiske personer. Tilsynet nøyer seg i denne sammenheng med å peke på at relevante momenter blant annet vil kunne være graden av skyld som vedkommende har utvist, overtredelsens grovhet og varighet, om vedkommende som leder har vært involvert i andre overtredelser av konkurranselovgivningen. Momentene her vil langt på vei kunne sammenfalle med relevante utmålingsmomenter for utmåling av overtredelsesgebyr til fysiske personer, og det vil etter tilsynets vurdering kunne vurderes om det kan inntas henvisning til momentene som følger av lov/forskrift her. Forskjellen vil imidlertid være at ved vurdering av ledelseskantene vil momentene både ha betydning for om tilsynet finner at vedkommende er uskikket eller ikke, og eventuelt som moment for fastsettelsen av karantenes varighet.
- (129) I forlengelsen av det ovennevnte mener Konkurransetilsynet at en hjemmel for å ilegges ledelseskantene i konkurranseloven, på tilsvarende måte som overtredelsesgebyr, konkret må adressere forholdet til lempning. Dette aspektet er overhodet ikke nevnt i utredningen eller i lovforslaget, og bør derfor utredes nærmere. Dette er også fremhevet i notatet fra OECD, der det er understreket at en god koordinering mellom reguleringen av ledelseskantene og lempningsprogrammer er en forutsetning for å sikre effektiviteten av

denne reaksjonen.¹⁸ Tilsynet viser også til at forholdet til immunitet og lempning er særskilt omtalt i "Guidance on Competition Disqualification Orders" fra CMA (2019) punkt 4.11 til 4.15. Av punkt 4.11 fremgår det uttrykkelig at CMA ikke vil søke domstolen om en CDO mot en nåværende eller tidligere direktør i et selskap som har fått innvilget lempning. Visse unntak fra dette utgangspunktet følger av punkt 4.13. Tilsvarende følger det av lag om næringsforbud 9 § at allmenne hensyn ikke skal anses å foreligge dersom vedkommende personlig eller innenfor rammene av den aktuelle næringsvirksomheten i vesentlig grad har medvirket til å lette etterforskningen av en overtredelse av konkurranselagen 1 §. Selv om Norge ikke formelt er bundet til å gjennomføre ECN+ direktivet¹⁹ i norsk konkurranselovgivning, tilstreber norske konkurransemyndigheter å tilpasse seg direktivet. Etter artikkel 23 nr. 1 i direktivet skal medlemsstatene sikre at nåværende og tidligere direktører, ledere og ansatte i foretak som har søkt konkurransemyndighetene om lempning, beskyttes "fullt ut" mot sanksjoner som pålegges i administrative og ikke-straffrettslige rettsaker i forbindelse med deres deltakelse i den aktuelle overtredelsen. På denne bakgrunn mener tilsynet at en eventuell hjemmel om ileggelse av ledelseskantene må vise til at tilsynet i vurderingen av om en leder anses uskikket skal hensynta om det er søkt om lempning for den aktuelle overtredelsen etter konkurranseloven §§ 30 og 31. Det kan også vurderes om det anses hensiktsmessig å gå lenger i å avklare forholdet mellom ledelseskantene og lempning, slik det eksempelvis er gjort i CMA sine retningslinjer fra 2019. I så fall bør dette avpasses mot det som sies om det samme i forhold til overtredelsesgebyr til fysiske personer.

- (130) Konkurransetilsynet slutter seg til lovforslagets angivelse av ledelseskantenes maksimale lengde til 5 år. Etter tilsynets vurdering taler hensynet til forholdsmessighet imot å gjøre en slik reaksjon lengre eller tidsbegrenset.
- (131) Som tidligere nevnt berører ikke utredningen viktige spørsmål knyttet til saksbehandling og prosess i saker der Konkurransetilsynet skal fatte vedtak med hjemmel i lovforslaget § 28 a. Etter tilsynets vurdering er det en svakhet ved høringen at disse sidene av lovforslaget ikke er nærmere utredet, idet ileggelse av ledelseskantene vil være en ny type bestemmelse i konkurranseloven som kan reise ulike spørsmål av prosessuell karakter. Etter tilsynets vurdering bør det blant annet gjøres en nærmere vurdering av på hvilket tidspunkt det kan treffes vedtak om ledelseskantene, herunder om dette kan treffes før vedtak om overtredelse er fattet (da som et midlertidig vedtak), samtidig med vedtak om overtredelse, eller først etter at saken om overtredelse er rettskraftig avgjort. Denne typen praktiske utfordringer knyttet til vurderingen av ledelseskantene er blant annet berørt i bakgrunnsnotatet fra OECD punkt 2.5. Det kan også reises spørsmål knyttet til bevisbyrde, beviskrav og hvilke krav som skal stilles til sammenheng mellom direktørens atferd og overtredelsen av konkurranseloven. Det bør videre vurderes om de samme reglene som gjelder for klage på vedtak om overtredelsesgebyr skal gjelde tilsvarende ved klage over vedtak om ledelseskantene, herunder spørsmålet om klagefrist og hvilken prøvingskompetanse klageorganet skal ha i denne typen saker. Videre kan det reises særskilte spørsmål i tilknytning til domstolsprøving av vedtak om ledelseskantene.

Med hilsen

Karin Stakkestad Laastad
juridisk direktør

¹⁸ Jf. punkt 2.6.3 og 2.8.

¹⁹ Direktiv 2019/1, 11. desember 2018.

Mottaker

Nærings- og fiskeridepartementet

Postadresse

Postboks 8090 Dep

*Poststed*0032 OSLO
Norge*Kontakt/e-post*

postmottak@nfd.dep.no