

Høringsnotat

Forslag til endringer i forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr

1 Innledning – bakgrunn for forslaget

Fornyings- og administrasjonsdepartementet (nå Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet) vedtok i 2005 forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr (forskrift 22. august 2005 nr. 909), heretter også omtalt som ”forskriften”. Forskriften ble i noen grad harmonisert med EU-kommisjonens (Kommisjonen) og EFTAs overvåkningsorgans (ESA) retningslinjer for fastsettelse av bøter og kunngjøring om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker. Bakgrunnen for dette, var et uttalt ønske fra lovgiver om å utforme de nærmere reglene om utmåling og lempning etter prinsippene i EU/EØS.¹ I tillegg følger det av EØS-konkurranseloven § 6 første ledd siste punktum at blant annet konkurranse-loven § 29 om overtredelsesgebyr gjelder tilsvarende når Konkurransetilsynet håndhever EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Hensynet til harmonisering og forutberegnelighet får således også betydning når Konkurransetilsynet håndhever EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

På bakgrunn av erfaringer fra Kommisjonen og praksis fra EU-domstolen, ble det i 2006 vedtatt nye retningslinjer for fastsettelse av bøter i kartellsaker (EF-tidende nr. C 210, 1.9.2006, side 1). ESA har vedtatt tilsvarende nye retningslinjer for fastsettelse av bøter (EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende nr. 63, 21.12.2006, side 44). I den videre fremstillingen vil det av forenklingshensyn kun vises til Kommisjonens retningslinjer.

Dersom lovgivers forutsetning om en harmonisering med bøtenivået i EU/EØS (jf. ovenfor) skal følges opp, bør også de norske reglene om utmåling i forskriften, endres slik at bøtenivået tilsvarer 2006 retningslinjene fra Kommisjonen. En tilpasning av de norske reglene om utmåling av overtredelsesgebyr til 2006 retningslinjene i EU/EØS, vil også kunne skape større forutberegnelighet for foretakene. Ved en harmonisering vil de norske reglene i det alt vesentlige samsvare med reglene i EU/EØS, og foretakene vil således ha en omfattende praksis fra EU/EØS-organene å se hen til for veiledning.

På denne bakgrunn foreslås i dette høringsnotatet endringer i forskriftens § 3, som nærmere omtalt nedenfor.

2 Nærmere om forslaget

2.1 Innledning

I den videre fremstillingen redegjøres for endringene som foreslås i gjeldende forskrift § 3. Først gjennomgås forslagene til endringer i punkt 2.2. I kapittel 3 følger et forslag til reviderte merknader til forskriften, mens forslaget til endringsforskrift fremgår av kapittel 4.

2.2 Utmåling av overtredelsesgebyr

(i) Utgangspunkt – Gjeldende § 3. Nærmere om utmålingen

Av konkurranse-loven § 29 tredje ledd og forskriften § 3 første ledd første punktum fremgår det at ved utmålingen av overtredelsesgebyr skal det legges særlig vekt på foretakets

¹ Jf. Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) side 241 første spalte.

omsetning samt overtredelsens grovhet og varighet. I gjeldende forskrift og merknadene til denne er dette nærmere utdypet. Av merknadene til forskriften § 3 fremgår det at bestemmelsen ikke gir noen uttømmende fremstilling av hvilke momenter det kan legges vekt på ved utmålingen av overtredelsesgebyret, og at utmåling av gebyr ikke er noen eksakt vitenskap. Samtidig er det bl.a. vist til Kommisjonens retningslinjer av 1998 og praksis fra EU, som eksempler på hvor mye gebyret kan økes og settes ned, sett i forhold til de nærmere omstendighetene rundt overtredelsen.

I gjeldende forskrift § 3 annet ledd er det angitt momenter som det særlig skal tas hensyn til i vurderingen av overtredelsens grovhet ved utmålingen av gebyret. I § 3 tredje ledd er det inntatt eksempler på momenter som kan tillegges vekt ved utmålingen av gebyret. I forskriftens § 3 fjerde ledd fastsettes bestemmelser om forhøyelse av overtredelsesgebyret som følge av overtredelsens varighet.

Kommisjonens retningslinjer fra 2006 tar, i likhet med de tidligere retningslinjene, fortsatt utgangspunkt i overtredelsens grovhet og varighet. Retningslinjene er imidlertid endret i overensstemmelse med Kommisjonens erfaringer for å oppnå et tilstrekkelig høyt bøtenivå, både ut fra allmennpreventive og spesialpreventive hensyn. Endringene fra 2006 består først og fremst i at bøtene beregnes med utgangspunkt i foretakets omsetning av de varer og tjenester overtredelsen direkte eller indirekte omfatter. Videre er det etter de nye retningslinjene en sterkere sammenheng mellom boten og varigheten av overtredelsen. Det er også lagt større vekt på gjentakelse ved utmålingen.

(ii) Forslag til endringer i § 3 annet ledd

Gjeldende annet ledd angir hvilke momenter som det skal tas særlig hensyn til ved vurderingen av overtredelsens grovhet. Bestemmelsene gjelder for overtredelser som er nevnt i konkurranseloven § 29.

Det foreslås å fjerne gjeldende annet ledd bokstav d om foretakets gevinst, ettersom denne bestemmelsen vil inngå i vurderingen som foreslått i nytt sjette ledd bokstav f om overtredelsesgebyrets preventive virkning. For nærmere om dette, se omtalen nedenfor i punkt (vi) om forslag til nytt sjette ledd. Som følge av den foreslåtte endringen, blir gjeldende bokstav e i annet ledd om utvist skyld, ny bokstav d i bestemmelsen.

Videre foreslås en ny bestemmelse i annet ledd bokstav e. Forslaget innebærer at den kombinerte markedsandelen til de berørte foretak vil være et moment som det skal tas særlig hensyn til i den objektive vurderingen av overtredelsens grovhet.

I tillegg foreslås at gjeldende annet ledd bokstav f om overtrederen har hatt en ledende eller passiv rolle i overtredelsen, flyttes til nytt sjette ledd bokstav a, se nærmere omtale nedenfor i punkt (vi) om forslaget.

Videre foreslås at gjeldende tredje ledd bokstav a om avtaler eller tiltak er gjennomført, flyttes til nytt annet ledd bokstav f. Bakgrunnen for forslaget er at det har betydning for innvirkningen på markedet om avtaler eller tiltak er gjennomført, og derfor passer denne bestemmelsen bedre under vurderingen av handlingens grovhet i annet ledd.

Forslag til endret § 3 annet ledd:

Ved vurdering av overtredelsens grovhet skal det særlig tas hensyn til:

- a) overtredelsens art,

- b) dens faktiske innvirkning på markedet,
- c) størrelsen på det berørte markedet,
- d) utvist skyld,
- e) **den kombinerte markedsandelen til de berørte foretak, og**
- f) **om avtaler eller tiltak er gjennomført.**

(iii) Forslag til § 3 nytt tredje ledd

Forskriften § 3 gjelder i dag alle former for overtredelser som vist til i konkurranseloven § 29. Kommisjonens retningslinjer er derimot begrenset til å gjelde brudd på TFEU artikkel 101 og 102 (tidligere EF-traktaten artikkel 81 og 82), tilsvarende EØS-avtalen artikkel 53 og 54, se de innledende bestemmelsene i retningslinjene fra 2006.

Det fremgår av Kommisjonens retningslinjer fra 2006 punkt 9-11 at boten normalt vil bli utmålt etter en to-trinnsmetode. Først fastsettes et grunnbeløp ut fra overtredelsens grovhet og varighet. Deretter justeres grunnbeløpet ut fra skjerpende og formildende omstendigheter.

Etter retningslinjene punkt 21 om fastsettelse av grunnbeløpet, kan boten ut fra overtredelsens grovhet, som utgangspunkt utgjøre inntil 30 prosent av foretakets omsetning av de varer eller tjenester overtredelsen omfatter. Begrunnelsen for å anvende foretakets relevante omsetning, og ikke foretakets totale omsetning, er at en slik fremgangsmåte i større grad vil gjenspeile den økonomiske betydningen av overtredelsen, samt hvilken relativ betydning hvert foretak som deltar i overtredelsen har.

Det foreslås at tilsvarende skal gjelde etter de norske reglene, ettersom de samme hensynene vil gjøre seg gjeldende ved utmålingen. I tillegg vil en samordning av utmålingsmetode ivareta hensynet til harmonisering med bøtenivået i EU/EØS, og således skape større forutberegnelighet for aktørene, særlig i de tilfeller Konkurransetilsynet håndhever EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

På tilsvarende måte som i Kommisjonens retningslinjer, bør den nye utmålingsmetoden i forskriften begrenses til overtredelser av forbudene mot konkurransebegrensende avtaler og misbruk av dominerende stilling, jf. konkurranseloven § 10 og § 11. Det er disse overtredelsene som potensielt har de største samfunnsøkonomiske konsekvensene. Ettersom nåværende § 3 i forskriften gjelder alle overtredelser som nevnt i konkurranseloven § 29, foreslås det på denne bakgrunn å innta et nytt tredje ledd i § 3, som innebærer at det ved utmålingen av overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven § 10 og § 11 skal tas utgangspunkt i omsetningsverdien av foretakets varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter i det aktuelle geografiske området, for det siste hele regnskapsåret foretaket deltok i overtredelsen.

Ved vurderingen av hvilken andel av omsetningsverdien som skal danne utgangspunkt for den nærmere beregningen av gebyrets størrelse, er det naturlig å ta utgangspunkt i forskriften § 3 annet ledd om hvilke momenter det skal tas særlig hensyn til ved vurderingen av overtredelsens grovhet. Det presiseres at det endelige gebyret for brudd på § 10 og § 11 fortsatt maksimalt kan utgjøre 10 prosent av foretakets totale omsetning, jf. forskriften § 2 annet ledd.

Forslag til § 3 nytt tredje ledd:

Ved overtredelser av konkurranseloven § 10 og § 11 skal det ved utmålingen av overtredelsesgebyret tas utgangspunkt i omsetningsverdien av foretakets varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter i det aktuelle geografiske området, for det siste hele regnskapsåret foretaket deltok i overtredelsen. Avhengig av overtredelsens grovhet kan det tas utgangspunkt i et beløp på inntil 30 prosent av omsetningsverdien fastsatt etter første punktum.

(iv) Forslag til § 3 nytt fjerde ledd

En av de viktigste endringene i Kommisjonens retningslinjer av 2006 er etableringen av en tettere sammenheng mellom botens størrelse og varigheten av overtredelsen. Varigheten har nødvendigvis betydning for overtredelsens faktiske og potensielle virkninger på markedet. Det anses derfor som viktig at boten også gjenspeiler det antall år et foretak har deltatt i overtredelsen.

For å markere at en overtredelse av konkurranseloven anses som mer kritikkverdig jo lengre lovbruddet har pågått, hjemler gjeldende forskrift § 3 fjerde ledd en økning av gebyret i takt med varigheten. Gebyret kan økes med inntil 50 prosent dersom overtredelsen har pågått fra ett til fem år. For overtredelser som har pågått i mer enn fem år, kan det legges til inntil 10 prosent for hvert av årene overtredelsen har pågått. Dette tilsvarer innholdet i Kommisjonens retningslinjer av 1998, 1. Grunnbeløpet, avsnitt B om varighet. Kommisjonens retningslinjer av 2006 gir, som nevnt ovenfor, varigheten av overtredelsen en mer fremtredende plass i utmålingen. Det fremgår av punktene 19 og 24 i retningslinjene at Kommisjonen vil multiplisere den andelen av omsetningsverdien som tas i betraktning ut fra overtredelsens grovhet, med det antall år overtredelsen har pågått. Av punkt 24 fremkommer at perioder på under seks måneder vil bli medregnet som et halvt år, og perioder på over seks måneder men under ett år, vil bli medregnet som et helt år.

Tilsvarende bør legges til grunn i de norske utmålingsreglene for overtredelser av konkurranseloven § 10 og § 11, både av hensyn til harmonisering med EU/EØS og av hensyn til at gebyret i størst mulig grad skal gjenspeile overtredelsens faktiske eller potensielle virkning i markedet. For andre overtredelser av konkurransereglene, er en utmålingsmetode hvor det angis hvilken konkret betydning overtredelsens varighet skal ha, mindre egnet. Dette gir en for lite fleksibel regel med tanke på variasjonen i de ulike typer overtredelser, og den betydningen varigheten av disse har for hvor strengt overtredelsen bør bedømmes. Det er derfor hensiktsmessig at det for andre overtredelser av konkurranseloven enn for brudd på § 10 og § 11, tas utgangspunkt i § 3 første ledd, hvor varighet er angitt som et moment det skal legges vekt på i den helhetsvurderingen som må foretas ved utmålingen av overtredelsesgebyret.

På denne bakgrunn foreslås det å erstatte gjeldende § 3 fjerde ledd med et nytt fjerde ledd, som kun gjelder for overtredelser av konkurranseloven § 10 og § 11, og hvor det fremgår at beløpet tilsynet er kommet frem til, etter å ha tatt i betraktning momentene i annet og tredje ledd, skal multipliseres med antall år foretaket har deltatt i overtredelsen. Det presiseres at den foreslåtte endringen ikke er ment å endre tidligere praksis vedrørende varighetens betydning for utmålingen ved andre overtredelser av konkurransereglene.

Forslag til § 3 nytt fjerde ledd:

Ved overtredelser av konkurranseloven § 10 og § 11 skal beløpet som fremkommer når det er tatt hensyn til momentene i annet og tredje ledd multipliseres med det antall år foretaket har deltatt i overtredelsen. Perioder på under seks måneder vil bli medregnet som et halvt år og perioder på mer enn seks måneder, men under ett år, vil bli medregnet som et helt år.

(v) Forslag til § 3 nytt femte ledd

Kommisjonens retningslinjer av 2006 punkt 25, har innført et tilleggsbeløp, uavhengig av overtredelsens varighet, på mellom 15 og 25 prosent av omsetningsverdien av relevante varer og tjenester for å avskrekke foretak fra å begå overtredelser av særlig grov art, som deltagelse i horisontale avtaler om prisfastsettelse, markedsdeling og begrensning av produksjonen. Denne type overtredelser er vanligvis skjulte, og er på grunn av sin art de mest skadelige konkurransebegrensningene.

Det vil også etter de norske utmålingsreglene være hensiktsmessig med en egen bestemmelse om forhøyelse av gebyret ved særlig grove brudd på konkurranseloven § 10 og § 11. I tillegg til det generelle momentet om avskrekkende virkning i forslag til nytt sjette ledd bokstav f, se omtalen nedenfor under punkt (vi), foreslås derfor å innta et nytt femte ledd i forskriften § 3 som gir adgang til å øke overtredelsesgebyret med ytterligere 15 til 25 prosent av den relevante omsetningen ved særlig grove overtredelser av konkurranseloven § 10 og § 11.

Forslag til § 3 nytt femte ledd:

Ved særlig grove overtredelser av konkurranseloven § 10 og § 11, som horisontale avtaler om prisfastsettelse, markedsdeling og begrensning av produksjonen, kan overtredelsesgebyret økes med ytterligere 15 til 25 prosent av omsetningsverdien fastsatt etter tredje ledd første punktum.

(vi) Forslag til endringer i § 3 sjette ledd

Som følge av at det foreslås inntatt et nytt tredje, fjerde og femte ledd i forskriften § 3, vil gjeldende § 3 tredje ledd bli nytt sjette ledd. Det bør dessuten fremgå klarere at momentene i nytt sjette ledd har betydning for om gebyret skal økes eller reduseres etter at overtredelsens grovhet og varighet er hensyntatt. Det foreslås derfor å presisere i ordlyden at momentene som nevnt i sjette ledd kan påvirke utmålingen av gebyret i skjerpende eller formildende retning.

Av hensyn til harmonisering med EU/EØS er det dessuten foreslått enkelte tillegg til momentene i nytt sjette ledd.

Ny bokstav a

Om foretaket har hatt en ledende eller passiv rolle i overtredelsen, er av henholdsvis skjerpende eller formildende karakter. For å få en bedre sammenheng i bestemmelsen foreslås derfor gjeldende annet ledd bokstav f flyttet til nytt sjette ledd bokstav a. Det er i denne forbindelse foreslått en mindre språklig endring i nytt sjette ledd bokstav a, i forhold til gjeldende annet ledd bokstav f. Ordlyden ”overtrederen” i gjeldende annet ledd bokstav f er erstattet med ”foretaket”, for å få samme språklige utforming i ny bokstav a som i resten av bestemmelsen i nytt sjette ledd.

Samtidig foreslås gjeldende § 3 tredje ledd bokstav a om avtaler eller tiltak er gjennomført flyttet til ny § 3 annet ledd bokstav f, jf. omtalen ovenfor i punkt (ii).

Ny bokstav b²

Kommisjonens retningslinjer fra 1998 oppstilte som et skjerpende moment at foretaket hadde begått samme type overtredelse gjentatte ganger. Retningslinjene av 2006 punkt 28 første strekpunkt, viderefører momentet om gjentakelse, og legger opp til en vesentlig forhøyelse av boten dersom et foretak fortsetter med overtredelsen eller på ny begår den samme eller tilsvarende overtredelse etter at Kommisjonen eller en nasjonal konkurransemyndighet har gjort vedtak om at foretaket har overtrådt TFEU artikkel 101 eller 102 (tidligere EF-traktaten artikkel 81 eller 82).

Selv om gjeldende forskrift § 3 uttømmende regulerer hvilke momenter som er relevant ved utmålingen og derfor ikke er til hinder for at det tas hensyn til gjentakelse, bør det også etter de norske utmålingsreglene presiseres at gjentakelse får betydning for utmålingen av overtredelsesgebyret. En bestemmelse i tråd med dette foreslås derfor inntatt i ny bokstav b i sjette ledd. Overtredelsesgebyret kan i slike tilfeller økes med inntil 100 prosent for hver overtredelse.

Endring i bokstav d^{3,4}

Det foreslås å innta en presisering om at den plikt til bistand foretaket har, eksempelvis etter konkurranseloven § 24 og § 25, ikke skal vektlegges ved utmålingen av gebyret. I tillegg avgrenses det mot tilfeller av bistand etter reglene om lempning.

Ny bokstav f

Bakgrunnen for Kommisjonens retningslinjer i 2006, var først og fremst å legge til rette for et bøtenivå som er tilstrekkelig høyt til å sanksjonere foretakene for brudd på TFEU artikkel 101 og 102 (EF-traktaten artikkel 81 og 82), samt å avskrekke andre fra tilsvarende overtredelser, se punkt 30 i Kommisjonens retningslinjer. Et overtredelsesgebyr etter de norske utmålingsreglene bør ha en tilsvarende avskrekkende virkning. Et slikt hensyn ivaretas også i straffeloven § 48b om foretaksstraff, hvor det fremgår av lovteksten at det skal tas særlig hensyn til straffens preventive virkning ved avgjørelse om og utmåling av straff overfor foretak.

Selv om momentene i gjeldende forskrift § 3 ikke er uttømmende, og for så vidt gir anledning til å sikre tilstrekkelig prevensjon, er det et viktig signal til aktørene, samt gir større grad av forutberegnelighet, at det også i utmålingsreglene på konkurranserettens område nevnes spesielt at gebyret vil kunne økes til et nivå som skal virke avskrekkende. Eksempelvis vil en slik økning av gebyret være aktuelt når foretaket har en særlig høy omsetning, eller for å kunne fastsette et gebyr som er høyere enn vinningen av overtredelsen, når det er mulig å beregne dette beløpet. Det foreslås derfor inntatt en ny bokstav f i sjette ledd som presiserer at behovet for å øke gebyrets preventive virkning kan påvirke utmålingen.

Ny bokstav g

Det foreslås, i likhet med Kommisjonens retningslinjer fra 2006 punkt 29 femte strekpunkt, å

² Gjeldende bokstav b om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget overtredelsen blir ny bokstav c i sjette ledd.

³ Gjeldende bokstav c om foretaket har bistått Konkurransetilsynet i forbindelse med etterforskningen av overtredelsen blir ny bokstav d, som det foreslås endringer i.

⁴ Gjeldende bokstav d om økonomien til det konsern foretaket er en del av blir ny bokstav e i sjette ledd.

innta en bestemmelse om at det kan være et moment i utmålingen av overtredelsesgebyr om offentlige myndigheter har pålagt, tillatt eller oppmuntret til konkurransebegrensende adferd.

Forslag til § 3 nytt sjette ledd:

Andre momenter som i skjerpende eller formildende retning kan påvirke utmålingen av gebyr, er blant annet:

- a) *om foretaket har hatt en ledende eller passiv rolle i overtredelsen,*
- b) *om foretaket fortsetter med overtredelsen eller på ny begår den samme eller tilsvarende overtredelse og i så fall kan gebyret økes med inntil 100 prosent for hver overtredelse,*
- c) *om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget overtredelsen,*
- d) *om foretaket har bistått Konkurransetilsynet i forbindelse med etterforskningen av overtredelsen, utover det som følger av foretakets rettslige plikt og utenfor tilfeller som faller inn under reglene om lempning,*
- e) *økonomien til det konsern foretaket er en del av,*
- f) *overtredelsesgebyrets preventive virkning, og*
- g) *om offentlige myndigheter har pålagt, tillatt eller oppmuntret til konkurransebegrensende adferd.*

(vii) Forslag til § 3 nytt syvende ledd

I følge Kommisjonens retningslinjer fra 2006 avsnitt 35, kan det i unntakstilfeller, på anmodning, tas hensyn til foretakets manglende betalingsevne i en gitt sosial og økonomisk sammenheng. Det foreslås å innta en tilsvarende bestemmelse som nytt syvende ledd i forskriftens § 3. Bestemmelsen vil kun komme til anvendelse i særlige tilfeller.

Overtredelsesgebyret vil ikke kunne reduseres bare fordi foretaket er i en negativ eller tapsbringende økonomisk situasjon. En eventuell reduksjon vil bare bli innvilget på grunnlag av objektive bevis for at ilegging av gebyret ugjenkallelig vil sette foretakets økonomiske bærekraft i fare, og føre til at foretakets aktiva mister all verdi.

Forslag til § 3 nytt syvende ledd:

Etter anmodning kan det, i særlige tilfeller, tas hensyn til at et foretak mangler betalingsevne.

3 Forslag til konsoliderte merknader til § 2 og § 3 i forskriften i overensstemmelse med utkast til endringsforskrift

De foreslåtte endringene i forskriften § 3 nødvendiggjør endring av gjeldende merknader til bestemmelsen. I tillegg må det foretas noen tilpasninger i merknadene til gjeldende § 2.

Til § 2. Overtredelsesgebyrets maksimale størrelse

Forskriften § 2 legger til rette for at det kan ilegges overtredelsesgebyr på et nivå som gjenspeiler målsettingen i forarbeidene om en harmonisering i forhold til bøtenivået i konkurransesaker i EU/EØS.

Gjennom forskriften § 2 er de overtredelser som er nevnt i konkurranseloven § 29 første ledd bokstav a til f, delt i to grupper ved fastsettelse av overtredelsesgebyrets maksimale størrelse. Også i EU/EØS er det forskjellige utmålingsregler for ulike overtredelser jf. forordning (EF)

nr. 1/2003 artikkel 23 nr. 1 og 2 samt forordning (EF) nr. 139/2004 (fusjonsforordningen) artikkel 14 nr. 1 og 2.

I § 2 *første ledd* fremkommer det at Konkurransetilsynet kan ilegge overtredelsesgebyr på inntil 1 prosent av foretakets omsetning ved overtredelse av meldeplikten i lovens 18 første ledd (bokstav a). Tilsvarende *gjelder* ved overtredelse av vedtak eller forskrift om krav til prisopplysning i medhold av konkurranseloven § 23 (bokstav b), *ved* unnlatelse av å etterkomme pålegg etter lovens § 24 om opplysningsplikt og gransking *eller* § 25 om bevissikring (bokstav c), *ved å gi* uriktige eller ufullstendige opplysninger til konkurransemyndighetene (bokstav d), samt ved *brudd på* forsegling foretatt i medhold av § 25 om bevissikring (bokstav e).

I § 2 *annet ledd* fremkommer det at Konkurransetilsynet kan ilegge overtredelsesgebyr på inntil 10 prosent av foretakets omsetning ved overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i lovens § 10 og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i § 11 (bokstav a). I samme kategori er brudd på vedtak etter konkurranseloven § 12 (bokstav b). *Det er også inntatt* en slik bestemmelse for brudd på forskrifter gitt i medhold av lovens § 14 om konkurransefremmende tiltak (bokstav c), *og ved brudd på* vedtak om inngrep mot foretakssammenslutninger etter lovens § 16 (bokstav d). Brudd på reglene om gjennomføringsforbud i lovens § 19 faller også inn i denne kategorien (bokstav e). Det samme gjelder brudd på vedtak om midlertidig gjennomføringsforbud i lovens § 19 tredje ledd (bokstav f).

§ 2 *tredje ledd* har nærmere bestemmelser om beregning av omsetning. Første punktum gjør det klart at omsetning er foretakets samlede salgsinntekt siste regnskapsår. *Med siste regnskapsår forstås normalt siste års regnskap forut for vedtakstidspunktet. Det gjelder en særregel for fastsettelse av omsetningsverdi ved utmåling av overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven § 10 og § 11, jf. forskriften § 3 tredje ledd.* Det er netto inntekt for salg av varer og ytelser som inngår i foretakenes ordinære virksomhet som skal beregnes. Det skal gjøres fradrag for eventuelle salgsrabatter, merverdiavgifter og andre avgifter og skatter med direkte tilknytning til inntekten (jf. artikkel 5 nr. 1 og 3 i forordning (EF) nr. 139/2004 (fusjonsforordningen)). For kredittinstitusjoner og andre finansinstitusjoner er salgsinntekt driftsinntekter, for eksempel renteinntekter og lignende inntekter, inntekter av verdipapirer, provisjonsinntekter og inntekter fra finansielle operasjoner. Som salgsinntekter for forsikringsforetak regnes verdien av tegnede premier.

Det er *foretakets* omsetning som er utgangspunktet for beregningen av overtredelsesgebyrets maksimale størrelse. Foretak skal, i likhet med i konkurranseloven, forstås på samme måte som i EU/EØS. Det innebærer at dersom morselskapet i et konsern er overtreder, er de prosentvise begrensningene i gebyret som fremgår av § 2 knyttet til konsernets samlede salgsinntekt. Er overtrederen et datterselskap i et konsern, kan gebyret ikke overstige grensene i § 2 første og annet ledd regnet av datterselskapets egen omsetning. I praksis viser det seg imidlertid at det skal lite til før morselskapet blir ansett for å være overtrederen i kraft av sin innflytelse over datterselskapet. I så tilfelle er det hele konsernets omsetning som er relevant, se for eksempel *Citric Acid*.⁵ Det kan videre ved utmålingen, innenfor den øvre grensen for gebyr, tas hensyn til salgsinntekt for hele konsernet som foretaket er en del av, jf. § 3 *sjetten ledd bokstav e*. Den omstendighet at foretaket tilhører et konsern med sterk økonomi kan derfor føre til at *gebyret forhøyes*.

⁵ EU-tidende [2002] L 239/18.

Det skal beregnes omsetning for hele virksomheten til foretaket, ikke bare for Norge og ikke bare for det berørte produktmarkedet.

Etter § 2 tredje ledd annet punktum er utgangspunktet for beregning av salgsinntekt for en sammenslutning av foretak de samlede salgsinntekter for medlemmer som er aktive på det markedet som er berørt av overtredelsen. Bestemmelsen er basert på de særlige regler for bøteleggelse av sammenslutninger av foretak i forordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 23 nr. 2, jf. *Kommisjonens retningslinjer av 2006, avsnitt 32 og 33.*

Til § 3. Nærmere om utmålingen

I § 3 første ledd er det vist til de momenter som det fremkommer i konkurranseloven § 29 at det skal legges særlig vekt på ved fastsettelsen av overtredelsesgebyret. Dette er foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet, samt lempning etter lovens

§ 31. Begrepet omsetning er nærmere definert i *forskriftens* § 2 tredje ledd, jf. ovenfor om merknadene til denne bestemmelsen. *For brudd på konkurranseloven § 10 og § 11 er det foreslått en særlig bestemmelse om overtredelsens varighet i forskriften § 3 fjerde ledd. For andre overtredelser av konkurranseloven tas det utgangspunkt i første ledd, hvor varigheten er angitt som et moment det skal legges vekt på i den helhetsvurderingen som må foretas ved utmålingen av overtredelsesgebyr.*

Forskriften § 3 gir ingen uttømmende fremstilling av hvilke momenter det kan legges vekt på ved utmålingen av overtredelsesgebyr. Også andre momenter kan være av betydning ved utmålingen.

Ved utarbeidelse av forskriften § 3 om nærmere regler for utmåling av overtredelsesgebyret, har departementet blant annet sett hen til Kommisjonens retningslinjer for beregning av bøter, og tilsvarende retningslinjer om bøtefastsettelse fra EFTAs overvåkningsorgan (ESA). Departementet har også tatt hensyn til forordning (EF) nr. 1/2003 og forordning (EF) nr. 139/2004 (fusjonsforordningen). I tillegg har departementet sett på de momenter som fremkommer i straffeloven § 48b ved utmåling av foretaksstraff.

Forskriften § 3 annet ledd omhandler overtredelsens grovhet. Overtredelsens grovhet vil alltid stå sentralt ved utmåling av overtredelsesgebyr. Hvor grov overtredelsen er, avhenger både av objektive og subjektive momenter. For overtredelser av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10 vil overtredelsens art ha stor betydning for størrelsen på gebyret. Forbudene i § 10 favner vidt, fra grove overtredelser som priskarteller og markedsdeling, til forskjellige former for lojalitetsrabatter og andre vertikale bindinger som normalt anses som mindre grove. For overtredelser av § 11 vil overtredelsens art gjennomgående ha mindre betydning, ettersom grovheten ved disse overtredelsene henger nærmere sammen med størrelsen på den dominerende aktøren, graden av dominans og størrelsen på markedet hvor misbruket fant sted.

I den objektive grovhetsvurderingen er også den faktiske og potensielle skaden *i markedet* viktige momenter. Innenfor konkurranselovens område vil spesielt det samfunnsøkonomiske tapet stå sentralt, og følgelig vil størrelsen på det relevante markedet eller markedene overtredelsen har vært rettet inn mot og det faktiske tapet være viktig i grovhetsvurderingen. Dersom det samfunnsøkonomiske tapet blir større enn overtrederen kunne ha forutsatt, for eksempel på grunn av uventede endringer i markedet, kan det spørres om det også skal tas hensyn til en slik uforutsett følge av misgjerningen. Her går praksis på strafferettens område i

retning av at slike følger også skal vektlegges med mindre de er umulig å forutsi. Departementet mener det samme må gjelde ved utmåling av overtredelsesgebyr.

Utvist skyld har normalt stor betydning for vurderingen av handlingens grovhet. Andenæs skriver i sin Alminnelig strafferett at ”alt som bidrar til å skjerpe den alminnelige moralske dom over handlingen, også er skjerpende momenter ved straffutmålingen, mens alt som bidrar til å avlaste det moralske ansvar, virker som formildende omstendigheter”.⁶ Det samme enkle prinsipp kan legges til grunn ved utmåling av overtredelsesgebyr. Konkret vil særlig graden av forsett eller uaktsomhet være viktig. De nedre grader av uaktsomhet vil eksempelvis bli bedømt mildere enn uaktsomhet på grensen til forsett. Når overtredelsens grovhet skal vurderes på bakgrunn av de subjektive forhold, vil også motiv, tidligere vandel og måten forbrytelsen er begått på være relevante momenter. *Om avtaler eller tiltak er satt ut i livet, vil også være et moment i den subjektive vurderingen av handlingens grovhet.*

Forskriften § 3 tredje ledd omhandler kun overtredelser av konkurranseloven § 10 og § 11. Overtredelser av disse bestemmelsene har potensielt de største samfunnsøkonomiske konsekvensene. Overtredelsesgebyret bør i disse tilfellene gjenspeile den økonomiske betydningen av overtredelsen, samt den relative betydningen av hvert foretak som deltar i overtredelsen.

Ved fastsettelsen av overtredelsesgebyret etter dette ledd skal det derfor som hovedregel tas utgangspunkt i foretakets omsetning av de varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter i det aktuelle geografiske området, for det siste hele regnskapsåret foretaket deltok i overtredelsen. Ved fastsettelsen av verdien av et foretaks omsetning vil de beste tilgjengelige opplysningene bli benyttet. Dersom et foretak har gitt ufullstendige eller upålitelige opplysninger, kan omsetningsverdien fastsettes på grunnlag av annen informasjon som anses relevant og passende. For øvrig vises til merknadene til § 2 tredje ledd om beregningen av omsetningsverdien.

Når en overtredelse er begått av en sammenslutning av foretak og overtredelsen angår medlemsforetakenes aktiviteter, fremgår det av forskriften § 2 tredje ledd annet punktum at omsetning er den samlede salgsinntekten til de medlemmene som er aktive på de markeder som berøres av overtredelsen. Hvis en sammenslutning av foretak er overtredelse svarer omsetningsverdien således normalt til den samlede verdi av medlemmenes omsetning knyttet til de varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter i det aktuelle geografiske området.

Utgangspunktet for overtredelsesgebyret etter tredje ledd er en andel av den relevante omsetningsverdien, avhengig av hvor grov overtredelsen er. Overtredelsens grovhet vil alltid stå sentralt ved utmåling av overtredelsesgebyr, og momentene i annet ledd skal tillegges vekt. Overtredelsesgebyrets utgangspunkt kan utgjøre inntil 30 prosent av omsetningsverdien. Horisontale avtaler om prisfastsettelse, markedsdeling og begrensnings av produksjonen, som vanligvis er skjulte, vil på grunn av sin art i alminnelighet befinne seg i den øvre delen av skalaen med hensyn til utmåling av overtredelsesgebyr.

Det fremgår av forskriften § 3 fjerde ledd, at varigheten ved overtredelser av konkurranseloven § 10 og § 11 er av stor betydning for overtredelsens potensielle virkninger på markedet, og det anses derfor som viktig at gebyret også gjenspeiler det antall år et

⁶ Johs. Andenæs, Alminnelig strafferett 4. utgave 1997.

foretak har deltatt i overtredelsen. For å kunne ta fullt hensyn til varigheten av hvert foretaks deltagelse i overtredelsen, vil beløpet som fastsettes når det er tatt hensyn til momentene i annet og tredje ledd, bli multiplisert med antall år foretaket har deltatt i overtredelsen. Perioder på under seks måneder vil bli medregnet som et halvt år, perioder på mer enn seks måneder, men under ett år, vil bli medregnet som et helt år. For andre overtredelser av konkurransereglene, er en utmålingsmetode hvor det angis hvilken konkret betydning overtredelsens varighet skal ha, mindre egnet. Dette ville gi en for lite fleksibel regel med tanke på variasjonen i ulike typer overtredelser og den betydningen varigheten av disse har for hvor strengt overtredelsen bør bedømmes. Det er derfor hensiktsmessig at det for andre overtredelser av konkurranseloven enn overtredelser av § 10 og § 11 tas utgangspunkt i § 3 første ledd, hvor varighet er angitt som et moment det skal legges vekt på i den helhetsvurderingen som må foretas ved utmålingen av overtredelsesgebyr.

Særlig grove overtredelser av konkurranseloven § 10 etter forskriften § 3 femte ledd, vil typisk være deltagelse i horisontale avtaler om prisfastsettelse, markedsdeling og begrensning av produksjonen. Denne type atferd er vanligvis skjult, og for å avskrekke foretak fra i det hele tatt å delta i denne type virksomhet kan gebyret, uavhengig av overtredelsens varighet, økes med et beløp på ytterligere 15 og 25 prosent av omsetningsverdien som definert i § 3 tredje ledd første punktum. Et slikt tillegg kan også være aktuelt for andre grove overtredelser av § 10 og § 11. Ved fastsettelsen av den andel av omsetningsverdien som skal benyttes som utgangspunkt i en gitt sak, tas det hensyn til momentene i § 3 annet og tredje ledd.

Det fremgår av § 3 sjette ledd at listen over momenter som kan tillegges vekt ved utmålingen av gebyr ikke er uttømmende. Verken i strafferetten eller etter konkurranseloven er utmåling av gebyr noen eksakt vitenskap.

Etter bokstav a kan det vektlegges i henholdsvis, skjerpende eller formildende retning, at foretaket har hatt en ledende eller passiv rolle i overtredelsen.

Etter bokstav b kan det vektlegges i skjerpende retning om et foretak fortsetter med overtredelsen, eller på ny begår den samme eller tilsvarende overtredelse. Dette gjelder særlig i de tilfeller hvor foretaket tidligere har fått et vedtak mot seg for brudd på konkurranseloven. Overtredelsesgebyret kan ved gjentakelse økes med inntil 100 prosent for hver overtredelse.

Etter bokstav c kan det legges vekt på om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget overtredelsen. Dersom foretaket ikke kunne ha forebygget overtredelsen, vil det være tvilsomt om grunnlaget for å straffe foretaket overhodet er tilstede. I grensetilfellene vil det uansett være et formildende moment om foretaket har gjort en innsats på dette området. Slette rutiner hos foretaket vil være skjerpende.

Etter bokstav d vil det også normalt tillegges vekt at et foretak har samarbeidet med Konkurransetilsynet i forbindelse med etterforskningen av overtredelsen. Det tenkes i første rekke på samarbeid vedrørende egen overtredelse, men bidrag til å avdekke andres overtredelse vil også tillegges vekt. Samarbeid med konkurransemyndighetene er også ett av flere vilkår for å få lempning etter kapittel 3. Dersom lempning er aktuelt, vil det ikke være naturlig i tillegg å ta hensyn til dette samarbeidet ved utmåling av gebyret. Det avgrenses også mot tilfeller der det foreligger en rettslig plikt til bistand, for eksempel i henhold til konkurranseloven § 24 og § 25.

Av bokstav e fremgår at dersom foretaket er del av et konsern, kan det være relevant å se hen til økonomien i konsernet for øvrig. Hvis økonomien til konsernet gir grunn til å tro at gebyret ikke vil ha en tilstrekkelig avskrekkende effekt, bør det justeres opp. Gebyret kan likevel aldri utgjøre mer enn henholdsvis 1 prosent eller 10 prosent av foretakets omsetning.

I bokstav f angis det at det kan legges vekt på om overtredelsesgebyret har en tilstrekkelig preventiv virkning. Overtredelsesgebyr bør ha tilstrekkelig avskrekkende virkning, ikke bare som sanksjon overfor de aktuelle foretakene, men også for å avskrekke andre foretak fra å opptre eller fortsette å opptre i strid med konkurranseloven. Eksempelvis vil en slik forhøyelse av gebyret være aktuell når foretaket har en særlig høy omsetning, eller for å gjøre gebyret høyere enn vinningen av overtredelsen, når det er mulig å beregne dette beløpet. Gebyret kan således økes for å oppnå at det har en tilstrekkelig avskrekkende effekt.

I bokstav g angis det at det kan legges vekt på om offentlige myndigheter har pålagt, tillatt eller oppmuntret til konkurransebegrensende adferd.

Det følger av syvende ledd at det etter anmodning, i særlige tilfeller, kan tas hensyn til at et foretak mangler betalingsevne. Overtredelsesgebyret vil ikke reduseres bare fordi foretaket er i en negativ eller tapsbringende økonomisk situasjon. En reduksjon vil bare bli innvilget på grunnlag av objektive bevis for at ilegging av gebyret ugjenkallelig vil sette foretakets økonomiske bærekraft i fare og føre til at foretakets aktiva mister all verdi.

4 Forslag til endringsforskrift

Forskrift om endringer i forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr

Fastsatt av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet XX XX XX med hjemmel i lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) § 29 og delegeringsvedtak 16. april 2004 nr. 631.

I

I forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr skal § 3 lyde:

§ 3. Nærmere om utmålingen

Det fremgår av konkurranseloven § 29 tredje ledd at det ved utmåling av overtredelsesgebyr skal legges særlig vekt på foretakets omsetning og overtredelsens grovhet og varighet. Ved overtredelse av konkurranseloven § 10 kommer også reglene om lempning i kapittel 3 til anvendelse.

Ved vurdering av overtredelsens grovhet skal det særlig tas hensyn til:

- a) overtredelsens art,
- b) dens faktiske innvirkning på markedet,
- c) størrelsen på det berørte markedet,
- d) *utvist skyld*,
- e) *den kombinerte markedsandelen til de berørte foretak, og*
- f) *om avtaler eller tiltak er gjennomført.*

Ved overtredelser av konkurranse-loven § 10 og § 11 skal det ved utmålingen av overtredelsesgebyret tas utgangspunkt i omsetningsverdien av foretakets varer og tjenester som overtredelsen direkte eller indirekte omfatter i det aktuelle geografiske området, for det siste hele regnskapsåret foretaket deltok i overtredelsen. Avhengig av overtredelsens grovhet kan det tas utgangspunkt i et beløp på inntil 30 prosent av omsetningsverdien fastsatt etter første punktum.

Ved overtredelser av konkurranse-loven § 10 og § 11 skal beløpet som fremkommer når det er tatt hensyn til momentene i annet og tredje ledd multipliseres med det antall år foretaket har deltatt i overtredelsen. Perioder på under seks måneder vil bli medregnet som et halvt år og perioder på mer enn seks måneder, men under ett år, vil bli medregnet som et helt år.

Ved særlig grove overtredelser av konkurranse-loven § 10 og § 11, som horisontale avtaler om prisfastsettelse, markedsdeling og begrensning av produksjonen, kan overtredelsesgebyret økes med ytterligere 15 til 25 prosent av omsetningsverdien fastsatt etter tredje ledd første punktum.

Andre momenter som i skjerpende eller formildende retning kan påvirke utmålingen av gebyr, er blant annet:

- a) om foretaket har hatt en ledende eller passiv rolle i overtredelsen,
- b) om foretaket fortsetter med overtredelsen eller på ny begår den samme eller tilsvarende overtredelse og i så fall kan gebyret økes med inntil 100 prosent for hver overtredelse,
- c) om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget overtredelsen,
- d) om foretaket har bistått Konkurransetilsynet i forbindelse med etterforskningen av overtredelsen, utover det som følger av foretakets rettslige plikt og utenfor tilfeller som faller inn under reglene om lempning,
- e) økonomien til det konsern foretaket er en del av,
- f) overtredelsesgebyrets preventive virkning, og
- g) om offentlige myndigheter har pålagt, tillatt eller oppmuntret til konkurransebegrensende adferd.

Etter anmodning kan det, i særlige tilfeller, tas hensyn til at et foretak mangler betalingsevne.

II

Forskriften trer i kraft XX XX XX