



Det juridiske fakultet

Utmåling av overtredelsesgebyr ved misbruk av dominerende stilling og konkurransebegrensende samarbeid

Om utmålingen av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 ved overtredelser av konkurranselovens forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling.

Morten, von Haffenbrädl Kristiansen

Masteroppgave i Rettsvitenskap, JUR-3902, desember 2019.

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
1.1	Tema og problemstilling.....	3
1.2	Rettskilder og metode.....	5
1.3	Videre fremstilling.....	7
2	Oversikt over sentrale regler	8
2.1	Innledning.....	8
2.2	Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid	8
2.3	Forbudet mot misbruk av en dominerende stilling.....	10
2.4	Overtredelsesgebyret	11
3	Foretak og sammenslutninger av foretak	13
3.1	Innledning.....	13
3.2	Betydningen av foretaksbegrepets grenser	13
3.3	Sammenslutninger av foretak	14
4	Foretakets omsetning.....	16
4.1	Innledning.....	16
4.2	Relevant omsetning ved beregning av grunnbeløpet.....	17
4.3	Foretakets totale omsetning og gebyrets maksimale størrelse.....	20
5	Overtredelsens varighet.....	22
6	Overtredelsens grovhet.....	23
6.1	Innledning.....	23
6.2	Overtredelsens art	23
6.3	Faktisk innvirkning.....	27
6.4	Størrelsen på det berørte markedet	28
6.5	Utvist skyld.....	30
6.6	Betydningen av foretakenes markedsandel	33
6.7	Om avtaler eller tiltak er gjennomført	34

6.8	Tillegg for særlig grovhet	36
7	Justerende faktorer	37
7.1	Innledning	37
7.2	Ledende eller Passiv rolle	37
7.3	Gjentakelse eller fortsettelse av overtredelsen	40
7.4	Compliance og mulighet til å avverge overtredelsen	44
7.5	Samarbeid med Konkurransetilsynet	45
7.6	Overtredelsesgebyrets preventive virkning	47
7.7	Oppfordring fra offentlig myndighet	49
7.8	Manglende betalingsevne	51
8	Avsluttende bemerkninger	53
	Kildeliste	55

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for avhandlingen er utmålingen av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 ved konkurransevridende avtaler og misbruk av dominerende stilling etter konkurranseloven §§ 10 og 11.

Avhandlingens tema er en del av den materielle konkurranseretten. Den materielle konkurranseretten omfatter inngrepshjemplene i konkurranseloven §§ 10 og 11 og EØS-avtalen art. 53 og 54.

Konkurranseloven har som formål å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser, ved å fremme konkurranse jf. Konkurranseloven § 2. Konkurranse er dermed i konkurranseloven et virkemiddel for å skape en effektiv samfunnsøkonomi. Samtidig ligger det implisitt i formålet en presumsjon om at konkurranse mellom private aktører er en grunnleggende effektiv måte å organisere samfunnet på. Konkurranse er dermed i konkurranseretten også et mål i seg selv.

For å fremme konkurranse forbyr konkurranseloven en rekke typer atferd og tiltak. Disse kan deles inn i to typer.¹ Konkurranseloven inneholder for det første strukturelle regler som skal fremme en markedsstruktur som legger til rette for konkurranse. For det andre inneholder konkurranseloven materielle atferdsregler som forbyr handlinger som begrenser konkurransen. De materielle atferdsforbudene er forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid og forbudet mot misbruk av dominerende stilling.

Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid er hjemlet i konkurranseloven § 10. Bestemmelsen forbyr samarbeid mellom foretak som har til formål eller virkning å begrense konkurransen. Slikt samarbeid kan blant annet bestå i avtaler som bestemmer prisen på enkelte produkter, deler opp markedet mellom foretakene eller begrenser produksjonen. Mulighetene for konkurranseskadelig samarbeid er mange, og bestemmelsen er derfor utformet vidt. I tråd med formålet i konkurranseloven § 2 om at konkurranse er et virkemiddel for å fremme effektiv ressursbruk, er det bare de konkurranseskadelige tiltak som rammes av konkurranselovens materielle atferdsforbud.

¹ Kolstad (2007) s. 38.

Forbudet mot misbruk av dominerende stilling er hjemlet i konkurranseloven § 11. Bestemmelsen retter seg inn mot tilfeller der et foretak har fått en særlig sterk og dominerende stilling i et marked. I slike tilfeller vil konkurransen i det aktuelle markedet ofte allerede være begrenset. Den dominerende aktøren vil dessuten i kraft av sin markedsmakt være i en stilling til å påvirke markedets konkurranse i sin egen favør, til skade for konkurransen. Bestemmelsens pålegger derfor dominerende aktører et særlig ansvar for å bevare konkurransen, og ikke misbruke sin markedsmakt.

For å avskrekke brudd på de nevnte regler inneholder konkurranseloven flere sanksjonsmidler av både strafferettslig og sivilrettslig art. Fysiske personer kan straffes med bøter eller fengsel jf. konkurranseloven § 31. Foretak kan sanksjoneres med tvangsmulkt eller overtredelsesgebyr jf. konkurranseloven §§ 28 og 29.

Konkurranselovens strafferettslige sanksjoner er hittil ikke blitt benyttet. Tvangsmulkt benyttes også sjelden, og er ikke ment å være en primærsanksjon ved overtredelser av konkurranseloven §§ 10 eller 11.² Konkurranselovens praktisk viktigste sanksjon ved overtredelser av konkurranseloven §§ 10 og 11 er dermed overtredelsesgebyret.

Overtredelsesgebyret er et forvaltningsrettslig gebyr med hjemmel i konkurranseloven § 29. Gebyret ilegges av konkurransetilsynet, og kan rettes mot foretak eller sammenslutninger av foretak. Gebyret er ment å ha en avskrekkende og atferdsregulerende effekt, og slik motvirke de sterke økonomiske incentiver foretakene kan ha til å konkurranselovens atferdsforbud.³ Konkurransetilsynets praksis viser at overtredelsesgebyret potensielt kan bli svært høyt. Det hittil største ilagte overtredelsesgebyret i norsk rett er på 788 millioner kroner. Sett i lys av overtredelsesgebyrets potensielle størrelse vil derfor den nærmere utmålingen av overtredelsesgebyret ha store økonomiske konsekvenser for foretaket.

For spørsmålet om hvordan overtredelsesgebyret skal utmåles følger det av konkurranseloven § 29 andre ledd at det ved utmålingen skal legges særlig vekt på «foretakets omsetning» og «overtredelsens grovhet og varighet».

² Ot.prp. nr.6 (2003-2004), s. 131.

³ Ot.prp. nr.6 (2003-2004), s. 109-110.

Problemstillingen er hvilket innhold og vekt momentene i konkurranseloven § 29 andre ledd har, og hvilke andre momenter som vil ha betydning ved utmålingen av overtredelsesgebyr ved overtredelser av konkurranseloven §§ 10 og 11.

Avhandlingen vil også belyse i hvilken grad den norske utmålingen av overtredelsesgebyr ved overtredelser av konkurranseloven §§ 10 og 11 er harmonisert med utmålingen av overtredelsesgebyr i EU.

Avhandlingens tema og problemstilling omfatter utmålingen av overtredelsesgebyr ved overtredelser konkurranseloven §§ 10 og 11. Sanksjoneringen av disse foretas etter den samme utmålingsmetode, med utgangspunkt i de samme rettskilder, og er videre preget av mange av de samme hensyn. Sanksjoneringen av disse er derfor egnet for en felles fremstilling.

Problemstillingen omfatter utmålingen etter konkurranseloven § 29. Problemstillingen medfører at reglene om lempning og kartellforlik i konkurranseloven §§ 29a, 30 og 31 ikke vil behandles.

1.2 Rettskilder og metode

Problemstillingen fordrer en redegjørelse og vurdering av hva som er gjeldende rett med hensyn til utmålingen av overtredelsesgebyret. Metoden vil være å tolke relevante rettskilder for å kartlegge gjeldende rettstilstand med hensyn til utmålingen av overtredelsesgebyret. Avhandlingen har dermed et rettsdogmatisk perspektiv.

Ileggelsen av overtredelsesgebyret er hjemlet i konkurranseloven § 29. Hjemmelen angir videre prinsippene for utmålingen.⁴ Konkurranseloven § 29 er derfor den sentrale rettskilden ikke bare for ileggelsen av overtredelsesgebyret, men også for utmålingen av det.

Bestemmelsens praktiske betydning begrenses imidlertid ved at bestemmelsens ordlyd og forarbeider er vage med hensyn til momentenes nærmere innhold, og med hensyn til hvilke andre momenter som vil ha betydning for utmålingen.

Høyesterettspraksis har som ellers stor rettskildemessige vekt, ved at Høyesterett dømmer i siste instans jf. GrL. § 88 første ledd. Høyesterettspraksisens betydning for utmålingen begrenses imidlertid av at utmålingsspørsmålet er lite omfangsrikt behandlet av domstolene.

⁴ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 119.

Det følger av lovens forarbeider at konkurranseloven ble vedtatt etter mønster av det tilsvarende gebyret i EØS-avtalen og EU-retten.⁵ Konkurranseloven § 29 og Utmålingsforskriften er derfor basert på EUs hjemmel for gebyr i konkurransesaker og Kommisjonens retningslinjer.⁶ Også ved senere endringer av Utmålingsforskriften er det lagt til grunn at endringene skulle medføre en harmonisering med EU-rettens kilder og utmålingspraksis.⁷ EFTA- og EU-domstolens praksis har derfor stor rettskildemessig vekt ved tolkningen av konkurranseloven § 29

Det følger videre av forarbeidene at innføringen ikke bare var ment å skape et tilsvarende gebyrinstitutt som i EU, men også en praksis som medfører et tilsvarende gebyrnivå som i EU.⁸ Et tilsvarende bøtenivå forutsetter en lik praktisering av regelverket. Departementet har ved revideringer av Utmålingsforskriften blant annet fremhevet at foretak da vil kunne se hen til EU-rettens kilder og praksis, slik at overtredelsesgebyret blir mer forutberegnelig.⁹

Kommisjonens retningslinjer av 2006 og Kommisjonens vedtakspraksis har derfor rettskildemessig vekt og relevans. Verken Kommisjonens tidligere vedtak eller dens retningslinjer skaper en direkte plikt for Kommisjonen til å anvende reglene likt i fremtiden. Retningslinjene og Kommisjonens praksis virker imidlertid delvis bindende for Kommisjonen ved den grunnleggende rettstatstankegang om at like tilfeller skal behandles likt.¹⁰

Betydningen av EU-rettens kilder forsterkes videre av at EU-rettens kilder vedrørende utmålingen er langt mer omfangsrik enn de norske. Det er i denne sammenheng illustrerende at Kommisjonen i perioden 2000 til 2016 fattet 111 vedtak om overtredelsesgebyr ved overtredelser av TEUV artikkel 101, tilsvarende konkurranseloven § 10.¹¹ Konkurransetilsynet fattet 14 vedtak om overtredelsesgebyr ved overtredelse av konkurranseloven § 10 i perioden 2004 til 2016.

Utmålingsforskriften, som utpensler ordlyden i konkurranseloven § 29 er også en viktig rettskilde. Forskriften er i konkurranselovens forarbeider forutsatt å innarbeide EØS- og EU-

⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 241, og s. 109-111.

⁶ Overtredelsesgebyret i EU hjemlet i FOR 1/2003/EU art. 23, se også Kommisjonens retningslinjer av 2006, OJ C 210, 1.9.2006 s. 2-5.

⁷ Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet – Høringsbrev (2011)

⁸ Ot. prp. nr.6 (2003-2004) s. 109-110, jf. også NOU 2003: 12 s. 123.

⁹ Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet – Høringsbrev (2011)

¹⁰ Sak T-132/07 Fuji Electric mot Kommisjonen, i avsnitt 235.

¹¹ Geradin (2017) s. 34-42.

rettens utmålingspraksis.¹² Forskriften må dermed tolkes i lys av EØS- og EU-rettens kilder. Konkurranselovens forarbeider åpner for at det i Utmålingsforskriften «kan gjøres særtilpasninger for utmålingen etter den norske loven».¹³ Det må derfor tas i betraktning om Utmålingsforskriften avviker fra EUs utmålingspraksis, og hvorvidt dette er et resultat av særtilpasninger.

Hva gjelder litteraturen er spørsmålet om utmålingen behandlet i begrenset grad, særlig i norsk litteratur. Norsk faglitteratur om emnet bærer dessuten preg av å være skrevet før Kommisjonens Retningslinjer av 2006 ble inkorporert i Norsk rett ved endringer i Utmålingsforskriften 01.01.2014.¹⁴ Norsk faglitteratur er derfor ikke oppdatert med hensyn til de vesentlige endringene Kommisjonens nye retningslinjer medførte for gebyrfastsettelsen.

Rettskildebildet er derfor pluralistisk og sterkt preget av harmoniseringsformålet.

1.3 Videre fremstilling

Avhandlingens problemstilling er hvilket innhold og vekt momentene i konkurranseloven § 29 andre ledd har, og hvilke andre momenter som vil ha betydning ved utmålingen av overtredelsesgebyr ved overtredelser av konkurranseloven §§ 10 og 11.

I avhandlingens kapittel 2 beskrives atferdsforbudene i konkurranseloven §§ 10 og 11, samt hjemmelen for utmålingen av overtredelsesgebyret i konkurranseloven § 29. Formålet er å gi en kort oversikt over konteksten for utmålingen av overtredelsesgebyret.

Etter konkurranseloven § 29 skal det legges vekt på foretakets omsetning. Momentet fordrer en vurdering av foretaksbegrepets betydning for hvilken omsetning som kan medberegnes. Momentet fordrer også en vurdering av hvilken omsetning som kan medberegnes der overtredelsesgebyret rettes mot en sammenslutning av foretak, heller enn et foretak. Betydningen av sontringen mellom foretak og sammenslutningen av foretak for utmålingen må også vurderes. Spørsmålene vil bli behandlet i kapittel 3.

Spørsmålet om omsetningens betydning for utmålingen, og hvilken omsetning som er relevant ved de ulike stadier av utmålingen, vil bli behandlet i kapittel 4.

¹² Ot.prp. nr.6 (2003-2004) s. 241.

¹³ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) s. 241.

¹⁴ Kommisjonens retningslinjer inkorporert ved FOR-2013-12-11-1465, se også Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet – Høringsbrev (2011)

Etter konkurranseloven § 29 andre ledd skal det videre legges vekt på overtredelsens varighet. Varighetsmomentet vil bli behandlet i kapittel 5.

Overtredelsens grovhet skal også få særlig vekt ved utmålingen av overtredelsegebyret jf. konkurranseloven § 29 andre ledd. Hvilke momenter som definerer overtredelsens grovhet, og deres vekt ved fastleggelsen av grovheten, blir behandlet i kapittel 6.

Konkurranseloven § 29 andre ledd er ikke uttømmende for hvilke momenter som kan vektlegges ved utmålingen. Spørsmålet om hvilke andre momenter som kan få relevans ved utmålingen vil bli behandlet i kapittel 7.

Til slutt gis det noen avsluttende bemerkninger i kapittel 8.

2 Oversikt over sentrale regler

2.1 Innledning

Utmålingen av overtredelsesgebyret er et resultat av inngrepshjemlene i konkurranseloven §§ 10 og 11, og hjemmelen for ileggelsen av gebyret i konkurranseloven § 29. Formålet med kapittelet er å gi en kortfattet oversikt over regelverket som danner rammen for oppgavens hovedtema; den nærmere utmålingen av overtredelsesgebyret.

I det videre vil forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid jf. konkurranseloven § 10 bli behandlet i delkapittel 2.2. Forbudet mot misbruk av dominerende stilling jf. konkurranseloven § 11 vil bli behandlet i delkapittel 2.3. Hjemmelen for overtredelsesgebyret, konkurranseloven § 29, vil bli behandlet i delkapittel 2.4.

2.2 Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid

Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid er hjemlet i konkurranseloven § 10.

Bestemmelsen svarer med nasjonale tilpasninger til det tilsvarende forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i EØS-avtalen artikkel 53 og TEUV artikkel 101.¹⁵

Bestemmelsen skal «som det klare utgangspunktet, forstås på samme måte som EØS-avtalen artikkel 53.» jf. HR-2017-1229-A avsnitt 35¹⁶

¹⁵ Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 225.

¹⁶ HR-2017-1229-A, i avsnitt 35.

Forbudets virkeområde er «avtale[r] mellom foretak, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden» jf. Konkurranseloven § 10 første ledd. Ordlyden er vid, og omfatter enhver type koordinerende atferd der atferden leder til en konsensus om å erstatte konkurranse med samarbeid.¹⁷ Virkeområdet avgrenses ved at samarbeidet må være mellom foretak, eller gjennom en beslutning av en sammenslutning av flere foretak. Rent ensidige handlinger omfattes ikke. Handlinger som ikke er et resultat av foretakets autonomi er også utenfor bestemmelsens virkeområde.¹⁸ Dette vil være tilfellet der handlingen er et resultat av et gyldig og tvingende pålegg fra en offentlig myndighet.¹⁹

For at samarbeidet skal være forbudt, er det et vilkår at samarbeidet «har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen» jf. Konkurranseloven § 10 første ledd. Vilkårene er alternative. Ved vurderingen av om en avtale har et konkurranseskadelig «formål», må avtaleklausulenes formål analyseres.²⁰ Enkelte avtaletyper vil etter sin natur regnes for å være av et konkurranseskadelig formål.²¹ Partenes subjektive intensjon vil være relevant for vurderingen, men er ikke et nødvendig element for å etablere et konkurransebegrensende formål.²²

Hvorvidt samarbeidet har en konkurranseskadelig virkning må vurderes på bakgrunn av økonomiske betraktninger.²³

Etter konkurranseloven § 10 tredje ledd er samarbeid som bidrar til å effektivisere produksjonen eller fordelingen av varer, eller som fremmer den tekniske eller økonomiske utviklingen, ikke forbudt. Forutsetningen er at samarbeidet sikrer forbrukerne en «rimelig andel» av effektivitetsgevinsten, og samtidig ikke pålegger unødvendige restriksjoner eller gir foretaket mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av produktene samarbeidet omfatter. Unntaket er et resultat av lovens formål jf. Konkurranseloven § 2; å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Det er derfor ingen grunn til å gripe inn mot samarbeid som medfører en samfunnsøkonomisk gevinst.

¹⁷ Kolstad (2007) side 235.

¹⁸ Kolstad (2007) s. 232.

¹⁹ Sak C-359/95 P Commission and France v Ladbroke Racing, i avsnitt 33.

²⁰ Sufrin (2019) s. 219, jf. også sak C-56/65 Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm, i avsnitt 249.

²¹ Sufrin (2019) s. 218.

²² Sak C-209/07 Beef Industry Development and Barry Brothers, i avsnitt 21.

²³ Sak E-7/01 Hegelstad mot Hydro Texaco, i avsnitt 27.

For å gjennomføre forutsetningen i tredje ledd om at samfunnsøkonomisk gunstig samarbeid ikke bør forbys, er det i bestemmelsens fjerde ledd åpnet for at Kongen ved forskrift kan angi kategorier av samarbeid som ikke skal være forbudt.

Konkurranseloven § 10 er derfor en vid forbudsbestemmelse som omfatter enhver form for koordinert konkurransebegrensende atferd mellom foretak. Unntatt er handlinger med en påviselig samfunnsøkonomisk gevinst, eller som er fritatt gjennom forskrift.

2.3 Forbudet mot misbruk av en dominerende stilling

Forbudet mot misbruk av en dominerende stilling er hjemlet i konkurranseloven § 11.

Bestemmelsen tilsvarende de likelydende forbudsbestemmelser i EØS-avtalen artikkel 54 og TEUV artikkel 101.²⁴

Bakgrunnen for forbudet er at et dominerende foretak vil kunne ha muligheter og incentiv til å begrense konkurrenters mulighet til å konkurrere. Der et foretak har oppnådd en dominerende stilling vil konkurransen i markedet allerede være svekket. Forbudet pålegger derfor dominerende aktører et særlig ansvar for å avstå fra handlinger som skader konkurransen ytterligere.²⁵

Forbudet omfatter et eller flere foretak med en «dominerende stilling» jf. Konkurranseloven § 11. Et foretak har en dominerende stilling dersom det har tilstrekkelig økonomisk styrke til å påvirke konkurranseforholdene i det relevante markedet, og kan opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og konsumenter.²⁶ Foretaket vil ofte ha en slik markedsrett dersom det har en betydelig høyere markedsandel enn sine konkurrenter i det aktuelle markedet.²⁷

Det er som et utgangspunkt ikke forbudt for et foretak å inneha en dominerende stilling. Den forbudte atferd er den som utgjør en «utilbørlig utnyttelse» av den dominerende stillingen. Sentralt for vurderingen av om handlingen utgjør en utilbørlig utnyttelse, er om den har en konkurranseskadelig effekt.²⁸ Bestemmelsens andre ledd oppgir en rekke eksempler på atferd som vil måtte regnes som utilbørlig utnyttelse. Eksemplene er imidlertid rent illustrative, og

²⁴ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) s. 61.

²⁵ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) s. 62.

²⁶ Sak C-85/76 Hoffmann-La Roche v Commission, i avsnitt 38 og 39.

²⁷ Kolstad (2007) s. 351.

²⁸ Sak C-85/76 Hoffmann-La Roche v Commission, i avsnitt 91. Jf. også Case C-413/14 P i avsnitt 135-137, Evensen (2009) s. 329.

er ikke uttømmende.²⁹ Forbudet kan derfor i prinsippet omfatte enhver handling som ytterligere svekker konkurransebetingelsene i markedet.³⁰

Konkurranseloven § 11 har som sitt virkeområde særlig de ensidige konkurranseskadelige handlinger, som ikke vil omfattes av konkurranse-loven § 10. Bestemmelsen er, i likhet med konkurranse-loven § 10 en vid forbudsbestemmelse. Atferdsforbudenes vide virkeområde får betydning for utmålingen etter konkurranse-loven § 29 ved at handlingene som skal sanksjoneres vil være mangeartede og varierte.

2.4 Overtredelsesgebyret

Konkurranseloven § 29 er hjemmel for ileggelse og utmåling av overtredelsesgebyr. Delkapittelet vil gi en kort oversikt over bestemmelsens art, virkeområde og den overordnede utmålingsmetode. Utmålingsprinsippene behandles videre i avhandlingens hoveddel, kapittel 3 til 7.

Overtredelsesgebyret ble innført som et nytt sanksjonsmiddel ved innføringen av konkurranse-loven av 2004. Overtredelsesgebyret er ikke en strafferettslig sanksjon, men et forvaltningsrettslig gebyr.³¹

Klassifiseringen av gebyret som en forvaltningsrettslig sanksjon er ment å styrke sanksjonens effektivitet.³² Man omgår de styrkede beviskrav som gjelder ved strafferettslige sanksjoner, for slik å lettere kunne håndheve det store omfanget av overtredelser på konkurranseretts område.³³ Overtredelsesgebyret er allikevel å regne som straff etter EMK artikkel 6 nr. 2. Beviskravet er dermed klar sannsynlighetsovervekt.³⁴

Hva gjelder bestemmelsens virkeområde, fremkommer det av konkurranse-loven § 29 første ledd bokstav a til g at overtredelsesgebyret kan benyttes ved en vid rekke overtredelser.³⁵ Overtredelsesgebyret har dermed et vidt virkeområde.

²⁹ Kolstad (2007) s. 359-360.

³⁰ Sak C-85/76 Hoffmann-La Roche v Commission, i avsnitt 123, jf. også Evensen (2009) s. 329.

³¹ Ot. prp. nr.6 (2003-2004) s. 241

³² NOU 2003: 12 s. 126

³³ Ot. prp. nr.6 (2003-2004) s. 110

³⁴ Rt.2012 s.1556, i avsnitt 59 og 60.

³⁵ Overtredelsene som kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr er jf. konkurranse-loven § første ledd konkurranse-loven §§ 10, 11, 14, 18(1), 18(3), 18(5), 18(9), 19(1), 12, 16, 16(a), 23, 24, og 25, eller medvirkning til overtredelser av de nevnte bestemmelser jf. konkurranse-loven § 29(g).

Overtredelsesgebyrets virkeområde er begrenset i to relasjoner. Den første begrensningen er at overtredelsesgebyr kan ilegges foretak eller sammenslutninger av foretak jf.

Konkurranseloven § 29 første ledd. Overtredelsesgebyret kan ikke anvendes som sanksjon ovenfor fysiske personer.³⁶

Overtredelsesgebyrets virkeområde begrenses videre ved skyldkravet i konkurranseloven § 29 første ledd. Gebyr kan bare ilegges ved forsettlig eller uaktsomme handlinger.

Skyldvurderingen følger de nærmere etablerte prinsipper i strafferetten.³⁷

Skyldvurderingen er ikke avgrenset til foretakets ledelse eller foretaket som sådan.³⁸ Det er presisert i konkurranseloven § 29 første ledd at foretaket også svarer for forsettlig eller uaktsomme handlinger begått av noen som handler på foretakets vegne. Slike personer vil ofte være foretakets ansatte.

Hva gjelder den overordnede fremgangsmåten ved utmålingen gir konkurranseloven § 29 ingen nærmere anvisning. Det er imidlertid forutsatt i forarbeidene at fremgangsmåten skal være harmonert med den metode som fremkommer av EØS- og EU-retten.³⁹

Fremgangsmåten er ikke foreskrevet av EU-domstolens praksis. Fremgangsmåten ved overtredelser av konkurranseloven §§ 10 og 11 følger imidlertid av Kommisjonens retningslinjer av 2006, som dels beskriver og dels binder Kommisjonens utmålingsmetode. Det var ved siste endring av Utmålingsforskriften forutsatt at Kommisjonens metode etter retningslinjene skal anvendes også etter Utmålingsforskriften.⁴⁰

Etter Kommisjonens retningslinjer av 2006 skal det anvendes en tre-trinns metode. I trinn 1 kalkuleres ett grunnbeløp.⁴¹ Grunnbeløpets utgangspunkt er den del av foretakets omsetning som er berørt av overtredelsen. Overtredelsens grovhet kartlegges deretter, og fastsettes som en grovhetsprosent. Den berørte omsetningen multipliseres så med grovhetsprosenten. Endelig multipliseres beløpet med overtredelsens varighet. Det resulterende beløp omtales som grunnbeløpet.

³⁶ Ot. prp. nr.6 (2003-2004) s. 242. Jf. også Bryng (2013) s. 147.

³⁷ Rt. 2012 s. 1556, i avsnitt 63, se også Evensen (2009) s. 753.

³⁸ Ot. prp. nr.6 (2003-2004) s. 242.

³⁹ Ot. prp. nr.6 (2003-2004) s. 109.

⁴⁰ Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet – Høringsbrev (2011)

⁴¹ Kommisjonens retningslinjer av 2006, OJ C 210, 1.9.2006 s. 2-5, i avsnitt 12.

I trinn to av utmålingsmetoden justeres grunnbeløpet for øvrige relevante faktorer.⁴² De justerende faktorer anvendes som en prosentandel, i skjerpende eller formildende retning, som multipliseres med grunnbeløpet.

I trinn tre av utmålingsmetoden nedjusteres beløpet ved tilfeller der det endelige utmålte gebyret overstiger 10% av foretakets omsetning, der gebyret skal lempes, eller i særlige tilfeller der foretaket ikke har evne til å betale det endelig utmålte gebyret.⁴³

3 Foretak og sammenslutninger av foretak

3.1 Innledning

Det følger av konkurranseloven § 29 første ledd at det skal legges særlig vekt på «foretakets omsetning». Etter ordlyden er det dermed avgjørende for om en bestemt omsetning kan medberegnes ved utmålingen om den tilhører det aktuelle foretaket eller ikke.

Dette fordrer spørsmålet hvilken betydning foretaksbegrepet har for anvendelsen av omsetningsmomentet. Problemstillingen er aktuell fordi foretaksbegrepet i konkurranseloven er harmonisert med EØS/EU-retten, og ikke samsvarer med grensene for juridiske personer etter øvrig lovgivning. Spørsmålet vil behandles i delkapittel 3.2.

Videre kan overtredelsesgebyret etter konkurranseloven § 29 første ledd rettes mot et foretak eller en sammenslutning mot foretak. Spørsmålet blir da hvilken omsetning som er relevant ved utmålingen hvis overtredelsesgebyret rettes mot en sammenslutning av foretak.

Betydningen av at overtredelsesgebyret rettes mot sammenslutningen heller enn de enkelte foretak vil også behandles. Spørsmålene vil behandles i delkapittel 3.3.

3.2 Betydningen av foretaksbegrepets grenser

Spørsmålet er hvilken betydning foretaksbegrepet har for anvendelsen av «foretakets omsetning» ved utmålingen, jf. konkurranseloven § 29 annet ledd.

Foretaksbegrepet er definert i konkurranseloven § 2 som «enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet». Det er forutsatt i lovens forarbeider at foretaksbegrepet vil samsvare med foretaksbegrepet i EØS- og EU-retten.⁴⁴

⁴² Kommisjonens retningslinjer av 2006, OJ C 210, 1.9.2006 s. 2-5, i avsnitt 27.

⁴³ Kommisjonens retningslinjer av 2006, OJ C 210, 1.9.2006 s. 2-5, i avsnitt 32 til 35.

Foretaksbegrepet er ikke definert i TEUV, men er blitt definert i Höfner som enhver enhet som bedriver økonomisk aktivitet, uavhengig av enhetens juridiske status og måten den er finansiert på.⁴⁵ Det følger videre av Hydrotherm at «the term 'undertaking' must be understood as designating an economic unit for the purpose of the subject-matter of the agreement in question, even if in law that unit consists of several persons, natural or legal.»⁴⁶ Foretaksbegrepet er derfor definert av enhetens aktivitet og ikke dens juridiske status. Dette har som Hydrotherm viser konsekvensen at et foretak kan bestå av flere juridiske eller naturlige personer.

Foretaksbegrepet reduserer derfor muligheten for å redusere gebyrets størrelse ved å bruke oppsplittende selskapsstrukturer som flytter eller fordeler omsetningen mellom flere juridiske personer. Dette har i praksis vist seg å ha særlig stor betydning der overtrederen er en del av en konsernstruktur. Morselskap-datterselskap konstellasjoner vil utgjøre ett og samme foretak så lenge morselskapet har hatt, og faktisk har benyttet seg av, en avgjørende innflytelse over datterselskapet.⁴⁷

Betydningen av foretaksbegrepet for anvendelsen av momentet «foretakets omsetning» er derfor at rekkevidden av den potensielt relevante omsetning som kan vektlegges ved utmålingen utvides. Konkurransetilsynet vil ved utmålingen av overtredelsesgebyret kunne medberegne omsetningen av flere juridiske eller naturlige personer, der disse er en del av samme foretak.

3.3 Sammenslutninger av foretak

Overtredelsesgebyr kan etter konkurranseloven § 29 første ledd ilegges en sammenslutning av foretak. Overtredelsesgebyret vil kunne rettes mot sammenslutningen ved overtredelser av konkurranseloven § 10 første ledd hvis sammenslutningen har truffet en beslutning med konkurransevridende effekt eller formål.⁴⁸

En sammenslutning av foretak er, noe forenklet, kjennetegnet ved at det foreligger et interessefelleskap mellom flere deltakende foretak som har innflytelse på sammenslutningens

⁴⁴ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) s. 222.

⁴⁵ Sak C-41/90 Höfner and Elser mot macroton GmbH, i avsnitt 21.

⁴⁶ Sak C-170/83 Hydrotherm Gerätebau GmbH mot Compact del Dott, i avsnitt 11.

⁴⁷ Sak T-112/05 Akzo Nobel mot kommisjonen, i avsnitt 60-62. Opprettholdt i ankesak C-97/08 P, jf. også Forente saker T-259/02 til T-264/02 og T-271/02 Raiffeisen Zentralbank mfl. mot kommisjonen, i avsnitt 330.

⁴⁸ Se delkapittel 2.2.

beslutninger.⁴⁹ Det er ikke et krav at sammenslutningen selv bedriver ervervsmessig virksomhet.

Etter konkurranseloven § 29 andre ledd skal det som nevnt legges særlig vekt på «foretakets omsetning». Spørsmålet blir da hva som skal regnes som «foretakets omsetning» der det ikke er et foretak, men isteden en sammenslutning av foretak som sanksjoneres. Det følger av utmålingsforskriften § 2 tredje ledd at omsetningen i slike tilfeller vil være den samlede salgssinntekten til medlemsforetak som har vært aktive på markedet som berøres av overtredelsen.

Fordi sammenslutningen ofte vil ha begrensede økonomiske ressurser sammenlignet med medlemsforetakene, er resultatet at gebyrets størrelse vil kunne langt overgå sammenslutningens betalingsevne. Sammenslutningen vil ofte være et bransjeorgan eller lignende av økonomisk liten størrelse.

For spørsmålet om hvilken betydning det har for utmålingen av overtredelsesgebyret at det rettes mot en sammenslutning, følger betydningen av at det ikke finnes en regel om subsidiært ansvar for medlemsforetakene i Norsk rett.⁵⁰

En regel om subsidiært ansvar for medlemsforetakene er i EU hjemlet Forordning 1/2003 art. 23 (4). Etter Forordningen vil sammenslutningens medlemsforetak under visse omstendigheter kunne holdes solidarisk ansvarlige for betalingen av overtredelsesgebyret der sammenslutningen ikke lenger er solvent.

Den manglende implementeringen av en tilsvarende regel i norsk rett er verken diskutert i Konkurranselovens forarbeider eller etterarbeider. Det er derfor usikkert om den manglende implementeringen er tilsiktet.

Hittil er tre sammenslutninger av foretak blitt bøtelagt av konkurransetilsynet etter Krrl. § 10.⁵¹ I to saker er gebyret blitt redusert enten ved utmålingen eller etter vedtakstidspunktet. I KT-2009-15V ble sammenslutningen ilagt et overtredelsesgebyr på 400 000kr. At sammenslutningens økonomi var svak ble ikke vektlagt ved utmålingen. Betalingen ble senere allikevel ansett oppgjort av Konkurransetilsynet etter en betaling på 75 000, etter all

⁴⁹ Sak C-382/12 P Mastercard mfl. mot kommisjonen, i avsnitt 68-72.

⁵⁰ Østerud (2016) s. 212

⁵¹ Østerud (2016) s. 212

sannsynlighet på grunn av sammenslutningens svake økonomiske stilling.⁵² Ettergivelsen utgjør en reduserende faktor på 81,3%. I KT-2015-25V ble overtredelsesgebyret redusert under utmålingen grunnet manglende betalingsevne med en faktor på 97,9%, fra 11 700 000kr, til 250 000kr.⁵³

Konklusjonen er derfor at det kan ha, og ved to tilfeller har hatt, stor betydning for utmålingen av overtredelsesgebyret at gebyret rettes mot en sammenslutning av foretak.

4 Foretakets omsetning

4.1 Innledning

Det skal ved utmålingen av overtredelsesgebyret særlig legges vekt på foretakets omsetning jf. konkurranseloven § 29 andre ledd. Spørsmålet er hvilken betydning foretakets omsetning får ved fastleggingen av overtredelsesgebyrets størrelse.

Konkurranseloven § 29 andre ledd og dens forarbeider er tause med hensyn til i hvilken relasjon omsetningen får betydning for utmålingen.

Betydningen fremgår for det første ved at det etter EU-domstolens praksis ved utmålingen skal tas hensyn til en del av omsetningen som reflekterer overtredelsens økonomiske betydning, og den relative størrelsen på foretakets bidrag til overtredelsen.⁵⁴ Den relevante del av foretakets omsetning vil danne utgangspunktet for gebyrets grunnbeløp. Spørsmålet om hvilken omsetning som kan medberegnes i denne relasjon vil bli behandlet i delkapittel 4.2.

For det andre fremgår betydningen ved at overtredelsesgebyrets maksimale størrelse jf. Forordning No 1/2003 artikkel 23(2) og Utmålingsforskriften § 2 ikke kan overstige ti prosent av foretakets totale omsetning. Spørsmålet om hva som skal regnes som foretakets totale omsetning vil bli behandlet i delkapittel 4.3.

⁵² Østerud (2016) s. 213, Konkurransetilsynets kunngjøring tilsynelatende fjernet fra konkurransetilsynets nettsider, det har derfor ikke vært mulig å etterprøve Østeruds påstand på dette punkt.

⁵³ For manglende betalingsevne som justerende faktor, se delkapittel 7.8.

⁵⁴ Sak C-231/14 P InnoLux mot Kommisjonen, i avsnitt 50

4.2 Relevant omsetning ved beregning av grunnbeløpet

Problemstillingen er hvilken omsetning som kan medberegnes ved fastleggelsen av gebyrets grunnbeløp.

Problemstillingen er tredelt. Den første underproblemstillingen er hvilke varer og tjenesters omsetning som kan medberegnes ved utmålingen. Den andre underproblemstillingen er hvilket geografiske område som er relevant ved vurderingen. Den tredje underproblemstillingen er hvilket tidspunkt for omsetningstallet som kan anvendes.

Konkurranseloven § 29 andre ledd og dens forarbeider regulerer ikke spørsmålene nærmere. Ved at foretakets omsetning skal ha «særlig vekt» ved utmålingen, kan det imidlertid utledes at den metode som velges må ha stor betydning for overtredelsesgebyrets størrelse.

Av EU-domstolens praksis følger det videre at den omsetning som medberegnes må reflektere overtredelsens økonomiske betydning.⁵⁵

For spørsmålet om hvilke varers og tjenesters omsetning som kan medberegnes ved utmålingen følger det av Pilkington og C-444-11 at det ikke kan medberegnes omsetning som er utenfor overtredelsens «scope».⁵⁶ Dette må forstås som et krav om at den hensyntatte omsetningen har vært innenfor overtredelsens virkeområde.

Videre følger det av Utmålingsforskriften § 3 tredje ledd og Kommisjonens retningslinjer av 2006 punkt 13 tredje ledd at det skal tas utgangspunkt i omsetningsverdien av de produkter overtredelsen «direkte eller indirekte omfatter». Fremgangsmåten er blitt akseptert av EU-domstolen som en tilstrekkelig presis indikator for overtredelsens økonomiske betydning.⁵⁷

Produkter som er «direkte» omfattet vil være de produkter som har fått sin pris eller andre markedsbetingelser påvirket av overtredelsen.⁵⁸ Det er ikke et krav at overtredelsen faktisk har innvirket på de aktuelle varene eller tjenestene.⁵⁹ Det vil eksempelvis kunne medregnes omsetning for alle typer varer og tjenester som er omfattet av en kartellavtale, selv om det for

⁵⁵ Sak C-231/14 P InnoLux mot Kommisjonen, i avsnitt 47 og 50.

⁵⁶ Sak C-444-11 P Team Relocations mfl. mot Kommisjonen, i avsnitt 76, jf. også Sak C-101/15 P Pilkington Group mfl. mot Kommisjonen, i avsnitt 19.

⁵⁷ Sak C-231/14 P InnoLux mot Kommisjonen, i avsnitt 47.

⁵⁸ Kerse (2012) s. 417.

⁵⁹ Sak C-444-11 P Team Relocations mfl. mot Kommisjonen, i avsnitt 78.

enkelte salg ikke lar seg bevise at de var påvirket av avtalens innhold.⁶⁰ På grunn av kartellenes hemmelige natur vil faktisk innvirkning ofte være vanskelig å bevise. Et krav om faktisk innvirkning vil dessuten gi kartelldeltakere et incentiv til å motarbeide etterforskningen av overtredelsen, og slik redusere håndhevelsens effektivitet.

Innvirkningsbetraktninger er imidlertid ikke helt uten relevans. Det fremgår av Kommisjonens retningslinjer av 2006 at begrepet «indirekte» viser til en vurdering av om produktets pris eller andre relevante betingelser er påvirket av overtredelsen, selv om overtredelsen egentlig omfatter et annet produkt.⁶¹ Dette vil være tilfellet der en kartellavtale omfatter produkter som igjen er prisbestemmende for en annen produkttype. I Bathroom fittings var kartellet prisbestemmende for en liste av standardprodukter. Kommisjonen medberegnet også omsetningen av andre produkter på en såkalt «special price list» med henvisning til at prisen på disse etter all sannsynlighet ble fastsatt ved et prosentpåslag av prisen på de direkte omfattede standardproduktene.⁶² Anketinstansen synes å ha akseptert denne fremgangsmåten.⁶³ Det er også i flere saker akseptert at det er tatt utgangspunkt i omsetningsverdien av sluttproduktet, der et kartell var prisbestemmende på innsatsfaktoren.⁶⁴

For spørsmålet om hvilket geografisk område som er relevant er dette «det aktuelle geografiske området» jf. Utmålingsforskriften § 3 tredje ledd. Begrepet «aktuelle» synes å være en henvisning til det området de aktuelle varene eller tjenestene ble omsatt. Begrepet inneholder slik ingen geografisk begrensning.

Den ytre grense geografiske grense må trolig følge av at konkurranseloven jf. konkurranseloven § 5 omfatter «handlinger som foretas, har virkning eller er egnet til å ha virkning her i riket». Bestemmelsen begrenser konkurranselovens virkeområde i relasjon til handlinger. Omsetningsverdien er direkte knyttet til en handling ved at den er et resultat av et kjøp eller salg av en vare eller tjeneste. Konkurranseloven § 5 vil dermed også medføre en

⁶⁰ Sak C-444-11 P Team Relocations mfl. mot Kommisjonen, i avsnitt 78-84.

⁶¹ Kommisjonens retningslinjer av 2006, OJ C 210, 1.9.2006 s. 2-5, i første fotnote om begrepet "indirectly": "Such will be the case for instance for horizontal price fixing arrangements on a given product, where the price of that product then serves as a basis for the price of lower or higher quality products."

⁶² C(2010) 4185, i avsnitt 1202.

⁶³ Sak T-396/10 Zucchetti Rubinetteria mot Kommisjonen. Fremgangsmåten ble ikke problematisert av underretten.

⁶⁴ Kerse (2012) s. 418.

begrensning for anvendelsen av omsetningsmomentet ved at det ikke kan medberegnes omsetning fra kjøp og salg som verken ble foretatt eller har virkning i «riket».

Omsetning fra andre land kan dermed ikke medberegnes ved utmålingen, og vil ikke være en del av den relevante omsetningen ved fastsettelsen av grunnbeløpet.

«Riket» er en henvisning til «Kongeriket Noreg» jf. Grunnloven § 1. Det vil dermed heller ikke kunne medberegnes omsetning fra bilandene Bouvet-øya, Peter I's øy og Dronning Maud Land, ved at disse ikke er en del av Kongeriket Norge jf. Bilandsloven § 1.

Næringsvirksomheten i bilandene er imidlertid nær ikke-eksisterende, og avgrensningen vil dermed ha liten praktisk betydning. Dersom det i fremtiden åpnes for næringsvirksomhet i disse områder, eksempelvis ved fiske eller olje-virksomhet, vil grensedragningen kunne få konsekvenser.

Omsetning på Svalbard vil kunne medberegnes, ved at konkurranseloven jf. Forskrift om konkurranseloven på Svalbard § 1 også har Svalbard som sitt anvendelsesområde.

Begrepet det «aktuelle geografiske området» jf. Utmålingsforskriften § 3 tredje ledd er derfor avgrenset til kongeriket Norge.

For spørsmålet om hvilket tidspunkt som skal anvendes kommer det frem av Utmålingsforskriften § 3 tredje ledd at dette er «det siste hele regnskapsåret foretaket deltok i overtredelsen».

Bestemmelsen gir anvisning på en klart definert fremgangsmåte. Fremgangsmåten vil imidlertid i enkelttilfeller kunne føre til et resultat som i liten grad gjenspeiler overtredelsens økonomiske betydning.

Foretakets berørte omsetning vil eksempelvis kunne ha falt betydelig ved at foretaket det siste regnskapsåret har avviklet salg av enkelte produkttyper, har solgt deler av sin virksomhet, eller er rammet av streik eller andre ulykker. Tilfeller kan også tenkes der foretaket ikke selv har noen omsetning i det berørte produktmarkedet, men allikevel har vært en del av det ulovlige samarbeidet ved å fasilitere overtredelsen ved rådgivning eller annet.

Spørsmålet er derfor om det er adgang til å fravike løsningen som følger av utmålingsforskriften § 3 tredje ledd i slike tilfeller.

Spørsmålet har vært berørt av EU-domstolen i sak C-194/14 P. Saken gjaldt et foretak som gjennom rådgivning hadde fasilitert overtredelsen, men som ikke selv hadde en omsetning som var berørt av overtredelsen. EU-domstolen la her vekt på utmålingens overordnede formål; et gebyr som tilsvarer overtredelsens økonomiske betydning.⁶⁵ Kommisjonen var derfor berettiget til å fastsette den relevante omsetningen som en «lump sum».

Forarbeidenes uttrykte harmoniseringsformål, medfører at avgjørelsen må få betydning også for norsk rett. EU-domstolens argumentasjon er dessuten også relevant for den norske regelen. Dersom det ikke var mulig å anvende et annet omsetningstall enn omsetningstallene for det siste regnskapsåret ville det ikke vært mulig å sanksjonere tilretteleggende foretak. En slik regel ville også åpnet for at foretak med vilje kunne redusere sin berørte omsetning mot slutten av overtredelsesperioden, for slik å unngå sanksjoner.

Konkurransetilsynet har derfor adgang til å anvende et skjønnsmessig fastsatt omsetningstall, der foretaket ikke har en berørt omsetning.

Likeledes må det i lys av effektivitetsbetraktninger være adgang til å benytte en fremtidig estimert omsetning, der overtredelsen ikke er gjennomført og det derfor ikke finnes en omsetning som er omfattet av overtredelsen. Fremgangsmåten ble benyttet av Konkurransklagenemda gjorde i KTKN 2018-112.

Det må i samme retning også kunne tas utgangspunkt i omsetningen fra et annet eller flere andre regnskapsår, dersom anvendelsen av det siste regnskapsåret gir et resultat som i liten grad samsvarer med overtredelsens betydning. Kommisjonen har blant annet sett hen til en gjennomsnittsomsetning ved flere tilfeller der omsetningen har variert over tid.⁶⁶

Tidspunktet for den relevante omsetningen jf. konkurranseloven § 29 er dermed foretakets omsetning ved det siste året for overtredelsen. En alternativ metode kan imidlertid benyttes der metoden gir et resultat som i liten grad gjenspeiler overtredelsens økonomiske betydning.

4.3 Foretakets totale omsetning og gebyrets maksimale størrelse

Problemstillingen er om hva som skal regnes som foretakets totale omsetning, ved fastleggingen av gebyrets maksimale størrelse.

⁶⁵ Sak C-194/14 P AC Treuhand AG v Commission, i avsnitt 64-67.

⁶⁶ C/2010/8761, i avsnitt 384

Konkurranseloven § 29 og dens forarbeider henviser til «foretakets» omsetning. Det kan dermed ikke medberegnes omsetning som ikke tilhører foretaket.⁶⁷ Bestemmelsen gir ellers ingen nærmere anvisning på hvilket tidspunkt eller tall som skal legges til grunn, annet enn at det etter konkurranseloven § 29 er foretakets omsetningsverdi som er relevant.

Det følger av EU-domstolens praksis at den metode som velges må være i tråd med reglens formål; gebyrfastsettelse med utgangspunkt i en omsetning som gjenspeiler foretakets reelle økonomiske situasjon i perioden for overtredelsen.⁶⁸

Foretakets totale omsetning er legaldefinert i Utmålingsforskriften § 2 som «foretakets samlede salgsinntekt for det siste regnskapsåret». Forskriften tilsvarer på dette punkt EUs forordning Regulation No 1/2004 artikkel 23(2).

Beregningen av foretakets totale omsetning er dermed i de fleste tilfeller klart angitt. Konkurransetilsynet vil dermed i utgangspunktet ha plikt til å anvende foretakets samlede salgsinntekt for det siste regnskapsåret ved utmålingen.

I enkelte tilfeller vil imidlertid foretakets samlede salgsinntekt det siste regnskapsåret være lite representativt for foretakets reelle økonomiske situasjon i perioden for overtredelsen. Spørsmålet er hvilken anledning konkurransetilsynet i slike tilfeller har til å anvende en alternativ metode for beregning av foretakets totale omsetning.

Det følger av Thread⁶⁹ at konkurransemyndigheten vil ha en rett og plikt til å anvende omsetningstall fra et tidligere år dersom omsetningen har falt substansielt på grunn av reorganiseringer, endringer i regnskapspraksis eller der foretaket har avsluttet sin økonomiske aktivitet. Hensynene som begrunner en slik unntaksregel gjør seg gjeldende også i relasjon til den norske utmålingen. Avgjørelsen må dessuten få vekt ved forarbeidenes uttalte harmoniseringsformål. Det må derfor være anledning også for Konkurransetilsynet å anvende tall fra det seneste representative regnskapsåret.

⁶⁷ Se om foretaksbegrepets betydning for spørsmålet delkapittel 3.2.

⁶⁸ Forente saker T-456/05 og T-457/05 Gütermann and Zwicky mot Kommisjonen, i avsnitt 78-113.

⁶⁹ Forente saker T-456/05 og T-457/05 Gütermann and Zwicky mot Kommisjonen, i avsnitt 96 og 89.

Det samme vil etter EU-domstolens praksis være tilfellet der foretakets omsetning har falt substansielt som et resultat av foretakets forsøk på å flytte sin omsetning for slik å misbruke regelens beregningsmetode for å redusere gebyrets størrelse.⁷⁰

Muligheten til å anvende en alternativ beregningsmetode utenfor de nevnte tilfeller er begrenset. Så lenge foretaket har oppnådd en omsetning i løpet av et år der økonomisk aktivitet har blitt utført hele året vil det ikke være relevant at omsetningen av andre grunner er substansielt redusert, eksempelvis grunnet vanskelige markedsforhold.⁷¹

5 Overtredelsens varighet

Spørsmålet er hvilken betydning overtredelsens varighet får for overtredelsesgebyrets størrelse.

Det fremkommer av konkurranseloven § 29 andre ledd at det skal «særlig legges vekt på (...) overtredelsens varighet». Etter konkurranseloven § 29 andre ledd må dermed overtredelsesgebyrets størrelse avhenge av overtredelsens varighet, med en tilstrekkelig økning ved lang varighet slik at varighetsmomentet får «særlig vekt». Bestemmelsen eller dens forarbeider foreskriver imidlertid ikke den nærmere relasjonen mellom varigheten og utmålingen.

Den nærmere anvendelsen av varighetsmomentet er heller ikke foreskrevet av norsk eller europeisk rettspraksis.

Etter Utmålingsforskriften § 3 fjerde ledd fremkommer det at økningen er proporsjonal med varigheten. Grunnbeløpet vil multipliseres med antall år foretaket har deltatt i overtredelsen. Perioder på under seks måneder blir medregnet som et halvt år. Perioder på mer enn seks måneder, men under ett år, blir medregnet som et helt år. Tilsvarende følger av Kommisjonens retningslinjer av 2006 punkt 24.

Fremgangsmåten er blitt akseptert av EU-domstolen, og må ansees å medføre en økning av en slik størrelse at varighetsmomentet får «særlig vekt» jf. konkurranseloven §29 andre ledd.

⁷⁰ Forente saker T-456/05 og T-457/05 Gütermann and Zwicky mot Kommisjonen, i avsnitt 98.

Betydningen av overtredelsens varighet er dermed at gebyrets grunnbeløp vil øke proporsjonalt med hvert halvår foretaket har deltatt i overtredelsen.

6 Overtredelsens grovhet

6.1 Innledning

Ved utmålingen av overtredelsesgebyret skal det legges «særlig vekt» på overtredelsens grovhet jf. Konkurranseloven § 29 andre ledd.

Overtredelsens grovhet fastsettes som en prosentandel mellom 0 og 30% av den berørte omsetningen jf. Utmålingsforskriften § 3 tredje ledd. Grovheten har dermed en betydelig og direkte innvirkning på overtredelsesgebyrets størrelse.

Det fremkommer av Forenede saker 100-103/80 at grovhetsbegrepet ikke er et enhetlig begrep, men er avhengig av en rekke faktorer:

“In assessing the gravity of an infringement regard must be had to a large number of factors, the nature and importance of which vary according to the type of infringement in question and the particular circumstances of the case”.⁷² En uttømmende av relevante faktorer er ikke blitt oppstilt i EU-domstolens praksis, eller i norsk rett.⁷³

Problemstillingen er hvilke faktorer som vil være særlig relevante ved vurderingen av overtredelsens grovhet jf. konkurranseloven § 29 andre ledd, og hvilken vekt momentene vil ha.

6.2 Overtredelsens art

Spørsmålet er om overtredelsens art kan vektlegges ved vurderingen av overtredelsens grovhet, og i tilfelle med hvilket innhold og vekt.

Momentets relevans fremkommer ikke direkte av ordlyden «grovhet» jf. konkurranseloven § 29 andre ledd. Overtredelsens art er imidlertid blitt vektlagt av Høyesterett i Rt. 2012 s. 1556⁷⁴, og har i lang tid vært en fast del av EU-rettens vurdering grovhetsvurdering.⁷⁵

⁷² Forenede saker 100-103/80 *Musique Diffusion mot Kommisjonen*, i avsnitt 120.

⁷³ Sak C-534/07 P *Prym mot Kommisjonen*, i avsnitt 54.

⁷⁴ Rt. 2012 s. 1556, i avsnitt 77.

Momentet følger videre av Utmålingsforskriften § 3 første ledd bokstav, som et moment det særlig skal tas hensyn til ved vurderingen av overtredelsens grovhet.

Det første spørsmålet er hva som definerer en overtredelses «art». Begrepet «art» tilsier at det er overtredelsens kategorimessige tilhørighet som er avgjørende. Ordlyden er imidlertid taus med hensyn til hva som skiller de forskjellige kategorier av arter.

Høyesterett behandlet spørsmålet om en overtredelse var av en grov art i Rt. 2012 s. 1556. Høyesterett uttalte at det «dominerende moment» var at overtredelsen «fullstendig undergravde det sentrale formål ved tradisjonell anbudsutlysning; mest mulig effektiv konkurranse. Ulovlig anbudssamarbeid er generelt meget uheldig og kan ha betydelige og vidtrekkende skadevirkninger».⁷⁶

Argumentasjonen er knyttet til overtredelsens potensielle skadevirkninger. Dette samsvarer med EU-domstolens uttalelse i *Austrian Banks*:⁷⁷ “The gravity of an infringement by reason of its nature depends above all on the danger that it represents to undistorted competition.” Ved vurderingen av om overtredelsen er av en grov art vil det avgjørende dermed være om den tilhører en type med et stort konkurranseskadelig potensiale.

Såfremt overtredelsen tilhører en type med stort skadepotensiale vil det være av mindre betydning om skadeomfanget ved den enkelte overtredelse rent faktisk har vært stort.⁷⁸

For spørsmålet om hvilke typer overtredelser som skal regnes som av en alvorlig art viser Høyesterettspraksis at anbudssamarbeid er av en alvorlig art.⁷⁹ Det følger videre av Kommisjonens retningslinjer av 2006 at: «Horizontal price-fixing, market-sharing and output-limitation agreements which are usually secret, are, by their very nature, among the most harmful restrictions of competition. As a matter of policy, they will be heavily fined.».⁸⁰ Etter retningslinjene vil dermed horisontale overtredelser, og innen de nevnte kategorier, være av en grov art. Som vist av Rt. 2012 s. 1556 vil det ikke imidlertid ikke være avgjørende om

⁷⁵ Se som eksempel *Forente saker T-259/02 til T-264/02 og T-71/02 Raiffeisen Zentralbank Österreich AG mfl. mot Kommisjonen*, i avsnitt 250. Opprettholdt i ankesak C-125/07 P.

⁷⁶ Rt. 2012 s. 1556, i avsnitt 78.

⁷⁷ *Forente saker T-259/02 til T-264/02 og T-71/02 Raiffeisen Zentralbank Österreich AG mfl. mot Kommisjonen*, i avsnitt 250. Opprettholdt i ankesak C-125/07 P.

⁷⁸ Rt. 2012 s. 1556, i avsnitt 79.

⁷⁹ Rt. 2012 s. 1556, i avsnitt 79.

⁸⁰ Kommisjonens retningslinjer av 2006, OJ C 210, 1.9.2006 s. 2-5, i avsnitt 23.

overtredelsen tilhører en av de nevnte kategorier, såfremt overtredelsen er av en type med stort skadepotensiale.

Retningslinjene fremhever at overtredelser av en grov art ofte vil forsøkes holdt skjult. Spørsmålet er dermed om overtredelsen vil være av en mindre grov art, dersom overtredelsen ble begått i åpenhet.

Om samarbeidet rent faktisk ble holdt skjult vil ha betydning. I LB-2013-75034 kom lagmannsretten til at et tilfelle av anbudssamarbeid på tross av overtredelsens art ikke kunne karakteriseres som svært grovt, fordi samarbeidet var begått i åpenhet. Selv om Lagmannsretten eksplisitt knyttet sin argumentasjon vil argumentasjonen ha overføringsverdi også for andre saker.⁸¹ At overtredelsen ble begått i åpenhet utelukker imidlertid ikke at den kan ansees som særlig grov jf. Underrettens dom i Raiffeisen Zentralbank-Österreich.⁸²

For spørsmålet om hvilken vekt overtredelsens art skal ha ved vurderingen av overtredelsens grovhet, må det skilles mellom overtredelser av konkurranseloven §§ 10 og 11.

For overtredelser av konkurranseloven § 10 vil overtredelsens art være avgjørende ved vurderingen av overtredelsens grovhet.⁸³ Det fremgår av Kommisjonens praksis at det særlig skilles mellom horisontale og vertikalt samarbeid. Om overtredelsen er av en vertikal eller horisontal art vil imidlertid som vist ovenfor ikke være avgjørende for overtredelsens skadepotensiale og derved overtredelsens art.

Ulovlig horisontalt samarbeid har gjennomgående et stort skadepotensiale. Avtaler mellom konkurrenter i samme marked påvirker konkurransen direkte. Kommisjonens retningslinjer og Kommisjonens praksis viser at horisontalt samarbeid derfor gjennomgående vurderes som av en alvorlig eller svært alvorlig art, med det resultat at overtredelsen vurderes som grov eller svært grov.⁸⁴ Kommisjonen har tatt utgangspunkt i en andel av omsetningen på 15-19% i flertallet av saker som vedrører horisontalt samarbeid. I enkelttilfeller har Kommisjonen

⁸¹ Se som eksempel KTKN-2018-112, avsnitt 380. I vedtakets begrunnelse vises det til LB-2013-75034. Overtredelsen ble ikke ansett som svært grov.

⁸² Forente saker T-259/02 til T-264/02 og T-71/02 Raiffeisen Zentralbank Österreich AG mfl. mot Kommisjonen, i avsnitt 252. Opprettholdt i ankesak C-125/07 P.

⁸³ Evensen (2009) s. 763.

⁸⁴ Kommisjonens retningslinjer av 2006, OJ C 210, 1.9.2006 s. 2-5, i avsnitt 23.

benyttet en prosentsats på opptil 25%.⁸⁵ Konkurransetilsynet har i sin praksis tatt utgangspunkt i en liknende prosentandel.⁸⁶

Vertikale avtaler er som et utgangspunkt av en mindre alvorlig art, med den begrunnelse at vertikale begrensninger i de fleste tilfeller skaper mindre konkurransemessige problemer enn de horisontale avtaler.⁸⁷

Dette gjenspeiles i Kommisjonens senere praksis. Kommisjonen har fattet vedtak ved tilfeller av vertikale restriksjoner med utgangspunkt i retningslinjene av 2006 i seks saker. I alle saker ble det vist til at vertikale begrensninger som sådan er mindre skadelige for konkurransen enn horisontale begrensninger. I fire avgjørelser ble grovhetsprosenten fastsatt til syv prosent av grunnbeløpet.⁸⁸ I de resterende to avgjørelser ble grovhetsprosenten fastsatt til åtte prosent av grunnbeløpet.⁸⁹ Dette tilsier at syv til åtte prosent som utgangspunkt er et naturlig nivå for grovhetsvurderingen ved de fleste tilfeller av vertikalt samarbeid.⁹⁰

Ved overtredelser av konkurranseloven § 11 vil overtredelsens art ha mindre betydning ved bøteutmålingen.⁹¹ Overtredelser av konkurranseloven § 11 vil vanskeligere la seg kategorisere innen bestemte typer, og overtredelsens skadepotensiale vil oftere følge av andre omstendigheter enn overtredelsens art. Skadepotensialet ved misbruk av en dominerende stilling er derfor i større grad knyttet til andre omstendigheter en overtredelsens art omstendigheter.⁹² Vurderingen av overtredelsens grovhet vil da særlig bero på størrelsen på den dominerende aktøren, graden av dominans og størrelsen på markedet hvor misbruket fant sted.⁹³

Overtredelsens art vil dermed ha vesentlig betydning for vurderingen av overtredelsens grovhet ved overtredelser av konkurranseloven § 10, og noe mindre betydning ved overtredelser av konkurranseloven § 11.

⁸⁵ Kerse (2012) s. 422.

⁸⁶ Se som eksempel KT-2017-18V, i avsnitt 415, og KT-2015-28V, i avsnitt 415.

⁸⁷ Kommisjonens retningslinjer om vertikale begrensninger, OJ C 130, 19.5.2010, s. 1–46, i avsnitt 6.

⁸⁸ Se saker C/2018/4773, C/2018/4774, C/2018/4797 og C/2018/8455.

⁸⁹ Se saker C/2018/4790, og C/2019/2172.

⁹⁰ Konkurransetilsynets praksis vedrørende vertikale saker er begrenset. Det kan dermed vanskelig konkluderes hvorvidt Konkurransetilsynets utmålingspraksis på dette punkt er i samsvar med EU- og EØS-retten.

⁹¹ Evensen (2009) s. 763.

⁹² Se som eksempel KT-2018-20V, i avsnitt 1153 og 1169. Saken gjaldt Konkurranseloven § 11. Selv om overtredelsens art var «alvorlig» ble grunnbeløpet utmålt til 2% av den relevante omsetningsverdien.

⁹³ Merknader til forskrift om utmåling og lempning av 22.08.2005 nr. 909, Til § 3 fjerde avsnitt.

6.3 Faktisk innvirkning

Spørsmålet er om overtredelsens faktiske innvirkning kan vektlegges ved vurderingen av overtredelsens grovhet, og i tilfelle med hvilket innhold og vekt.

Overtredelsens faktiske skadevirkning er nært knyttet til en naturlig språklig forståelse av «grovhetsbegrepet». Momentet fremkommer allikevel ikke direkte av konkurranseloven § 29 eller dens forarbeider.

Momentets relevans for utmålingen fremkommer av EU-domstolens praksis, og ved at det skal legges særlig vekt på overtredelsens faktiske innvirkning på markedet ved vurderingen av overtredelsens grovhet jf. Utmålingsforskriften § 3 andre ledd bokstav b.⁹⁴

For spørsmålet om momentets innhold, følger det av EU-domstolens praksis at overtredelsens faktiske innvirkning må vurderes ved å sammenligne konkurransen i markedet etter overtredelsen, med slik konkurransen i markedet ville vært dersom overtredelsen ikke hadde funnet sted.⁹⁵

Dersom momentet vektlegges i skjerpende retning må den faktiske innvirkningen sannsynliggjøres med spesifikk, troverdig og tilstrekkelige bevis.⁹⁶ Slike kan være økonomiske analyser, men kan også være faktiske omstendigheter knyttet til partenes atferd. Kommisjonen har eksempelvis lagt vekt på at partene omhyggelig har arbeidet for å implementere avtalen med et konkurranseskadelig formål, og at dette i seg selv indikerer at avtalen har hatt en betydelig effekt.⁹⁷

Dersom overtredelsens innvirkning har vært liten, må dette vektlegges i formildende retning.⁹⁸ Det vil være opp til foretaket å sannsynliggjøre den begrensede innvirkningen.⁹⁹

I Lysine fremla foretaket økonomiske analyser for å vise at overtredelsen hadde hatt liten innvirkning på markedet. Kommisjonen avfeide dette: «It is inconceivable that the parties would have repeatedly agreed to meet in locations across the world to fix prices and share

⁹⁴ Forente saker T-259/02 til T-264/02 og T-71/02 Raiffeisen Zentralbank Österreich AG mfl. mot Kommisjonen, i avsnitt 252.

⁹⁵ Forente saker T-259/02 til T-264/02 og T-71/02 Raiffeisen Zentralbank Österreich AG mfl. mot Kommisjonen, i avsnitt 252. Opprettholdt i ankesak C-125/07 P.

⁹⁶ Sak C-534/07 P Prym mot Kommisjonen, i avsnitt 1156.

⁹⁷ 2001/418/EC, i avsnitt 394.

⁹⁸ 2003/382/EC, i avsnitt 159 og 160, der den begrensede faktiske innvirkningen ble vektlagt.

⁹⁹ Graver (2006) s. 61.

markets over such a long period without there being an impact on the lysine market.”¹⁰⁰

Eksistensen av overtredelsen medfører slik i seg selv en presumsjon for innvirkning som vil være vanskelig å motbevise.

At det skal tas hensyn til overtredelsens faktiske innvirkning innebærer ikke at det samfunnsmessige tapet eller virkningen på konkurransen må beregnes ved ileggelsen av gebyret. Dette er særlig en konsekvens av at det er tilstrekkelig at det påvises at en avtale har et konkurranseskadelig formål jf. Konkurranseloven § 10. Slike analyser kan dessuten være kompliserte og ressurskrevende å foreta. Det vil derfor ikke være et formildende moment at en ikke har kunnet påvise størrelsen på den faktiske innvirkningen av overtredelsen.¹⁰¹

Overtredelsens faktiske innvirkning har derfor begrenset praktisk betydning sammenlignet med andre momenter. Dels fordi konkurransetilsynet sjelden vil foreta en beregning av den faktiske innvirkningen, dels fordi foretakets anførsler om at overtredelsen har hatt en liten faktisk innvirkning sjelden vil føre frem.

6.4 Størrelsen på det berørte markedet

Spørsmålet er om det kan legges vekt på størrelsen på det berørte markedet, og i tilfelle med hvilken vekt.

At størrelsen på det berørte markedet skal ha vekt fremkommer ikke direkte av konkurranseloven § 29 andre ledd. Overtredelsens geografiske omfang er allikevel en omstendighet som objektivt gir en indikasjon på overtredelsens skadeomfang. Momentet faller slik heller ikke utenfor ordlyden i begrepet grovhet jf. konkurranseloven § 29 andre ledd.

Momentets relevans er ikke berørt i konkurranselovens forarbeider, eller foreskrevet ved EU-rettens praksis. Momentets relevans følger av Utmålingsforskriften § 3 andre ledd bokstav c, ved at det ved vurderingen av overtredelsens grovhet skal tas særlig hensyn til «størrelsen på det berørte markedet».

For spørsmålet om hva som utgjør det «berørte markedet» kan utmålingsforskriftens ordlyd forstås både som en henvisning til den økonomiske størrelsen på markedet overtredelsen

¹⁰⁰ 2001/418/EC, i avsnitt 286.

¹⁰¹ Sak C-534/07 P, i avsnitt 75.

gjelder, og som en henvisning til overtredelsens geografiske utstrekning. Det er etter Kommisjonens retningslinjer i første omgang overtredelsens geografiske utstrekning som skal vurderes.¹⁰²

For spørsmålet om betydningen av overtredelsens geografiske utstrekning er dette hyppig blitt vektlagt som en skjerpene omstendighet av Kommisjonen der overtredelsens geografiske utstrekning er stor, ved at overtredelsen omfatter flere medlemsstater.¹⁰³ Det vil imidlertid etter Kommisjonens praksis ikke være formildende at overtredelsen bare omfatter en medlemsstat.¹⁰⁴ Kommisjonen har begrunnet synspunktet med at overtredelsens begrensede geografiske omfang da allerede vil være hensyntatt ved utmålingen ved at det geografiske omfanget påvirker fastleggelsen av den relevante omsetningen.

Etter utmålingen av gebyret etter konkurranseloven § 29 vil momentet imidlertid ha begrenset praktisk betydning og vekt. Dette følger for det første forutsetningsvis av at de norske reglene bare har Norge som stedlig virkeområde jf. Krrl. § 5. Det er derfor lite rom for overtredelser av stort geografisk omfang. For det andre følger dette av at EU- og EØS-konkurranseretten i motsetning til konkurranseloven har økonomisk integrasjon mellom medlemstatene som ett av sine formål.¹⁰⁵ Det er derfor større grunn etter EU- og EØS-retten til å skjerpe sanksjoneringen av overtredelser som forhindrer den økonomiske integrasjonen, eksempelvis ved geografisk deling av EUs marked.

En gjennomgang av konkurransetilsynets vedtak viser at momentet sjelden vektlegges i subsumsjonen av bøteutmålingen, selv om det i de fleste saker trekkes frem som et generelt relevant moment ved tolkningen av Krrl. § 29.

Overtredelsens geografiske utstrekning har derfor begrenset praktisk betydning og vekt ved vurderingen av overtredelsens grovhet etter konkurranseloven § 29 andre ledd.

Den økonomiske størrelsen på det berørte markedet vil også kunne være relevant som en objektiv omstendighet som indikerer at overtredelsen har hatt et stort skadepotensiale. Momentet vil ha begrenset vekt der overtredelsen er av en alvorlig art.¹⁰⁶ Det må imidlertid

¹⁰² Kommisjonens retningslinjer av 2006, OJ C 210, 1.9.2006 s. 2-5, i avsnitt 22.

¹⁰³ Se som eksempel C/2009/5791, i avsnitt 299.

¹⁰⁴ C/2013/8870, i avsnitt 484.

¹⁰⁵ Jones (2019) s. 43.

¹⁰⁶ Rt. 2012 s. 1556, i avsnitt 79.

antas at momentet vil ha betydning ved overtredelser av en mindre alvorlig art, og ved overtredelser av konkurranseloven § 11, der overtredelsens art er mindre avgjørende for overtredelsens grovhet.

6.5 Utvist skyld

Spørsmålet er om det kan legges vekt på graden av den utviste skyld, og i tilfelle med hvilken vekt.

For spørsmålet om det kan legges vekt på den utviste skyld, er spørsmålet ikke regulert direkte av ordlyden i konkurranseloven § 29 andre ledd. Etter en normal språklig forståelse vil spørsmålet om en handling er grov allikevel ha nær sammenheng med graden av utvist skyld. Dette har særlig sammenheng med innarbeidet språkbruk i strafferetten.¹⁰⁷

Momentets relevans fremkommer videre av utmålingsforskriften § 3 andre ledd bokstav d, ved at det særlig skal tas hensyn til «utvist skyld». Spørsmålet i relasjon til utmålingen etter konkurranseloven § 29 blir hvilket innhold skyldmomentet har, og hvilken betydning utvist skyld har for vurderingen av overtredelsens grovhet.

For spørsmålet om hva som ligger i begrepet «utvist skyld» er dette «alt som bidrar til å skjerpe den alminnelige moralske dom over handlingen».¹⁰⁸ Anvendelsen av skyldmomentet beror derfor ikke bare på en sontring mellom uaktsomme og forsettlig overtredelser. Skyldmomentet omfatter alt som skjerper eller formilder overtredelsens moralske karakter.

For spørsmålet om skyldmomentets vekt ved vurderingen av overtredelsens grovhet tilsier ordlyden «særlig tas hensyn til» at den utviste skylden må være av betydning. Det følger videre av merknadene til Utmålingsforskriften at momentet vil ha stor vekt ved vurderingen av handlingens grovhet.¹⁰⁹

Det har i litteraturen allikevel vært uenighet om hvor mye vekt vilkåret skal ha, da skyldmomentet tillegges begrenset vekt ved EU-instansenes gebyrfastsettelse.¹¹⁰ I EU kan den

¹⁰⁷ Merknader til forskrift om utmåling og lempning av 22.08.2005 nr. 909, Til § 3 Nærmere om utmålingen.

¹⁰⁸ Merknader til forskrift om utmåling og lempning av 22.08.2005 nr. 909, Til § 3 Nærmere om utmålingen.

¹⁰⁹ Merknader til forskrift om utmåling og lempning av 22.08.2005 nr. 909, Til § 3 Nærmere om utmålingen.

¹¹⁰ Graver (2006) s. 52, og Evensen s. 754

utviste skyld utelukkende tjene som et formildende moment, i de tilfeller der overtredelsen ble begått uaktsomt jf. Kommisjonens retningslinjer av 2006 punkt 29.

Harmoniseringsformålet tilsier derfor at det må få større vekt om en overtredelse er begått uaktsomt, enn der en overtredelsen er begått forsettlig.

Spørsmålet om skyldmomentets vekt ble berørt i Rt. 2012 s. 1556. I sakens gang hadde konkurransetilsynet gitt foretakene overtredelsesgebyr for anbudssamarbeid på henholdsvis 2 og 5 millioner kroner, særlig med henvisning til overtredelsens art, og at skyldgraden var forsettlig.¹¹¹

Lagmannsretten fant at overtredelsen var begått uaktsomt, men mente ellers at konkurransetilsynets utmålte overtredelsesgebyr var korrekt.¹¹² Fordi overtredelsen var begått uaktsomt ga lagmannsretten en «betydelig» reduksjon, i størrelsesordenen 90 prosent. Lagmannsrettens reduksjon viser at lagmannsretten la vesentlig vekt på den utviste skyld.

Høyesterett fant i motsetning til lagmannsretten at overtredelsen skjedde forsettlig. Om skyldmomentets betydning ved utmåling ble det uttalt i premiss 81 at: «Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på det generelle spørsmålet om vekten av utvist skyld utover å konstatere at forskriftens bestemmelse om at det skal tas hensyn til skyldgraden ikke kan settes til side. I den samlede vurdering vil skyldgraden således alltid måtte tas i betraktning. Men momentets vekt vil kunne variere etter omstendighetene og – som i vår sak – overskygges av lovbruddets objektive grovhet.»

Selv om de to rettsinstansene kom til ulikt resultat med hensyn til om overtredelsen var begått uaktsomt eller forsettlig, må overtredelsen med unntak av skyldgraden trolig ha fremstått objektivt sett like grov for både lagmannsretten og Høyesterett. Det er derfor naturlig å tolke Høyesteretts uttalelse som at den delvis tar avstand fra lagmannsrettens vesentlige vektlegging av skyldgraden ved uaktsomhetstilfellene, der overtredelsen er av en objektivt sett svært grov karakter. Høyesteretts rettsanvendelse innebærer dermed en delvis tilnærming til EU-rettens praksis, i alle fall for tilfeller der overtredelsens art er av en alvorlig type.

¹¹¹ KT-2009-17V

¹¹² LF-2010-139398

Spørsmålet om vekten av den utviste skyld ble også vurdert av Lagmannsretten I LB-2013-75034.¹¹³ Saken gjaldt et tilfelle av anbudssamarbeid som var begått uaktsomt og åpent. Lagmannsretten uttalte at «Lagmannsretten er derfor ikke enig med staten når det er anført at skyldgraden på grunn av forholdets art får liten betydning». Overtredelsesgebyret ble i saken redusert, i all hovedsak fordi overtredelsen var begått uaktsomt, med 54%.

Dommen inneholdt ingen henvisning til uttalelsen i Rt. 2012 s. 1556 nevnt ovenfor. Det er mest nærliggende å tolke Lagmannsretten som at den mener at uaktsomhet vil være et formildende moment dersom overtredelsen ble begått i åpenhet, fordi de hensyn som begrunner overtredelsens kategorisering som av en svært alvorlig art i slike tilfeller delvis ikke gjør seg gjeldende. Dommen ble tillatt anket til Høyesterett, men ikke med hensyn til bøteutmålingen etter konkurranseloven § 29.¹¹⁴

Som vist ovenfor er Kommisjonens kategorisering av de horisontale overtredelser som svært alvorlige ikke bare begrunnet i at disse er blant de mest skadelige, men også i at disse regelmessig forsøkes skjult, og derfor er vanskelige å oppdage. En overtredelse begått åpen vil ikke være vanskelig å oppdage.

Spørsmålet om vekten av den utviste skyld ble også vurdert av Lagmannsretten i i LB-2014-76039. Lagmannsretten til at det var av noe men begrenset vekt at overtredelsen skjedde forsettlig, med henvisning til at overtredelsens art var svært alvorlig.

Rettstilstanden etter de overnevnte dommer virker dermed å være at den utviste skyld må tillegges stor vekt i tilfeller der overtredelsen ble begått uaktsomt, og overtredelsen er av en mindre grov art. I tilfeller der overtredelsen blir begått forsettlig og overtredelsen objektivt sett er av en svært grov art, vil den utviste skyld få liten vekt. Der overtredelsen blir begått forsettlig og overtredelsen er av en mindre grov art, må trolig den utviste skyld få noe, men begrenset vekt.

En kan på bakgrunn av det overnevnte videre konkludere med at utmålingen av overtredelsesgebyret ikke er fullstendig harmonisert med EUs regelverk.

¹¹³ LB-2013-75034, i Kap. «Utmåling av overtredelsesgebyr» åttende avsnitt.

¹¹⁴ HR-2015-1549-U

Ett av formålene med innføringen av et sivilt gebyr var at sivile gebyr ikke vil ha samme stigmatiserende effekt som strafferettslige sanksjoner.¹¹⁵ Det er derfor ikke åpenbart, sett i lys av det uttrykte harmoniseringsformålet, hvorfor strafferettslige betraktninger om skyld bør være relevante for utmålingen av overtredelsesgebyret. Departementets innføring av skyldmomentet fremstår derfor som noe usikkert begrunnet sett i lys av forarbeidenes harmoniseringsformål.

6.6 Betydningen av foretakenes markedsandel

Spørsmålet er om foretakets markedsandel kan vektlegges ved utmålingen, og i tilfelle med hvilken vekt.

Momentets relevans fremkommer ikke direkte av konkurranseloven § 29 eller dens forarbeider. Momentet er heller ikke blitt anvendt eller berørt i Høyesteretts praksis vedrørende konkurranseloven § 29.

Foretakenes kombinerte markedsandel har blitt vektlagt av EU-domstolen som en objektiv omstendighet som gir en indikasjon på overtredelsens skadeomfang, særlig ved kartellvirksomhet.¹¹⁶ Et kartell vil ha en større evne til å gjennomføre sin konkurranseskadelige atferd i tilfeller der kartellet har en stor markedsandel i det berørte markedet, og derved har stor markedsrett.

Momentets relevans i denne relasjon fremkommer videre ved at det ved utmålingen skal tas hensyn til den kombinerte markedsandelen til de berørte foretak, jf. Utmålingsforskriftens § 3 andre ledd bokstav e.

For spørsmålet om momentets vekt i relasjon til konkurranseloven § 11, vil foretakets aktsomhetsplikt med hensyn til mulige konkurranseskadelige handlinger vil være strengere i tilfeller der foretaket har en stor markedsandel og derved en svært dominerende stilling. Skadepotensialet ved misbruk av en dominerende stilling vil dessuten også ha nær sammenheng med foretakets markedsandel, slik at EU-domstolens argumentasjon særlig har overføringsverdi for slike tilfeller. Foretakets markedsandel vil dermed ha stor vekt ved utmålingen ved overtredelser av konkurranseloven § 11.

¹¹⁵ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) s. 110

¹¹⁶ Sak T-43/02 Jungbunzlauer mot Kommisjonen, i avsnitt 230

For spørsmålet om momentets vekt i relasjon til konkurranseloven § 10 tilsier Kommisjonens praksis at det velges en noe høyere prosentandel der markedsandelen er stor.¹¹⁷ I Marine Hoses tok Kommisjonen utgangspunkt i en prosentandel av den relevante omsetning på 25%, den hittil største prosentandelen valgt.¹¹⁸ Kartellmedlemmene hadde der en markedsandel på 90%. Kartellets store markedsandel var imidlertid bare ett av flere skjerpene omstendigheter, og avgjørelsen er utydelig med hensyn til i hvilken grad den store markedsandelen førte til den strenge utmålingen.

Foretakets markedsandel har også blitt anvendt i av EU-domstolen og Kommisjonen som et differensierende moment ved overtredelser begått av flere foretak. Ved at det tas hensyn til foretakets markedsandel i relasjon til andre overtrederes markedsandel, vil det utmålte gebyret i større grad gjenspeile det enkelte foretaks bidrag til overtredelsens skadevirkning.¹¹⁹

Foretakets markedsandel kan dermed vektlegges ved utmålingen av overtredelsesgebyret jf. konkurranseloven § 29 andre ledd. Momentet kan vektlegges både som et ledd i vurderingen av overtredelsens samlede grovhet, og som et differensierende moment ved overtredelser begått av flere foretak. Momentets vekt vil være større ved overtredelser av konkurranseloven § 11, enn ved overtredelser av konkurranseloven § 10.

6.7 Om avtaler eller tiltak er gjennomført

Spørsmålet er om det skal tillegges vekt ved utmålingen om overtredelsen har blitt gjennomført.

Spørsmålet er ikke direkte regulert av konkurranseloven § 29 andre ledd eller bestemmelsens forarbeider. At det legges vekt på om overtredelsen er gjennomført kan imidlertid ikke ansees å falle utenfor bestemmelsens ordlyd, gitt grovhetsbegrepets vaghet.

Momentets relevans fremkommer imidlertid ved EU-domstolens praksis, og ved at det skal vektlegges om en avtale eller et tiltak er gjennomført jf. Utmålingsforskriften § 3 andre ledd bokstav f.¹²⁰ Utmålingsforskriftens ordlyd «gjennomført» må tolkes som en henvisning til om det er foretatt skritt for å frembringe den ulovlige avtalens effekt. Der det ikke er blitt foretatt

¹¹⁷ Kerse (2012) s. 424.

¹¹⁸ COMP/39406, i avsnitt 442 og 445.

¹¹⁹ sak T-38/07 Shell Petroleum mot Kommisjonen, i avsnitt 154.

¹²⁰ Sak T-79/09 Pilkington, i avsnitt 391.

handlinger for å iverksette avtalen vil det avhenge av grunnen til at slike skritt ikke er blitt foretatt om momentet vil være formildende i den enkelte sak.

I henholdt til nyere rettspraksis fra EU-domstolen, vil normalt ikke mangelfull implementering av et samarbeid medføre at samarbeidet blir ansett som mindre grovt.¹²¹ Mangelfull implementering kan blant annet bestå i at foretaket ikke implementerte alle elementer av avtalen, eller ikke oppnådde den tilsiktede effekt med overtredelsen.

Etter EU-domstolens praksis i sak T-79/09 vil det imidlertid måtte vektlegges som et formildende moment dersom foretaket i motsetning til andre deltakende foretak ikke har implementert avtalen.¹²² Vilkåret er da at foretaket “is able to show that it clearly and substantially opposed the implementation of the cartel, to the point of disrupting the very functioning of it, and that it did not give the appearance of adhering to the agreement and thereby incite other undertakings to implement the cartel in question.”

Terskelen er høy, og en manglende implementering vil dermed sjelden være et formildende moment.

I enkelte tilfeller vil en avtale videre kunne ha effekt selv om den ikke er blitt implementert. EU-domstolen behandlet et slikt tilfelle i Sak T-176-95.¹²³ Domstolen bemerket at “even if the Court were unable to find that such a clause was implemented, the fact remains that its mere existence was capable of creating a ‘visual and psychological’ effect which contributed to a partitioning of the market”. Uttalelsen viser at manglende gjennomføring av avtalen i liten grad vil være formildende dersom deler av avtalens effekter blir oppnådd uavhengig av gjennomføringen.

Dersom avtalen ikke har blitt iverksatt, og heller ikke har hatt en effekt, og dette skyldes at overtredelsen ble oppdaget før iverksettelsen vil dette ikke være formildende.¹²⁴ Om oppdagelsen skyldes at kartelldeltagerne selv har gjort konkurransemyndighetene oppmerksomme på overtredelsen, utenfor rammene av en lempningssøknad jf. Krrl § 30 og 31, vil det trolig allikevel måtte være formildende at avtalen ikke ble gjennomført, selv om dette sjelden vil være aktuelt.

¹²¹ Sak T-79/09 Pilkington, i avsnitt 391.

¹²² Sak T-79/09 Pilkington, i avsnitt 391.

¹²³ T-176/95 Accinauto mot Kommisjonen, i avsnitt 123.

¹²⁴ Jf. Rt. 2012 s. 1556, i avsnitt 79.

Der avtalen eller tiltaket er gjennomført, må dette etter utmålingsforskriftens ordlyd være et skjerpende moment. Spørsmålet om hvilken vekt dette skal tillegges ble berørt i LB-2014-76039.¹²⁵ Lagmannsretten bemerket at «Konkurransetilsynet har foretatt en korrekt rettsanvendelse når tilsynet har vektlagt i skjerpende retning at samarbeidet mellom partene faktisk er blitt gjennomført, jf. tredje ledd bokstav a. Forholdet har dog begrenset vekt». Selv om uttalelsen er knyttet til det konkrete vedtaket i saken, må det trolig ansees som førende for gjennomføringens betydning ved bøteutmålingen der overtredelsen er gjennomført.

Om avtalen eller tiltaket er blitt gjennomført vil dermed ha vekt ved utmålingen. Momentets betydning som et formildende moment begrenses imidlertid av dets snevre anvendelsesområde. Som et skjerpende moment vil gjennomføringens betydning for utmålingen begrenses ved momentets vekt.

6.8 Tillegg for særlig grovhet

Som et siste steg i beregningen av grunnbeløpet, kan Konkurransetilsynet hvis overtredelsen er «særlig grov» øke grunnbeløpet med 15 til 25 prosent av den berørte omsetningen jf. Utmålingsforskriften § 3 femte ledd. Tilleggets størrelse er uavhengig av overtredelsens varighet.

Utmålingsforskriften gjennomfører på dette punkt Kommissjonens retningslinjer av 2006 punkt 25, der tilleggets formål fremkommer. Tillegget har som formål å avskrekke foretak fra å inngå horisontale avtaler om prisfastsettelse, markedsdeling og produksjonsbegrensninger. Det fremkommer imidlertid av både retningslinjene og av Utmålingsforskriften § 3 femte ledd at tillegget også vil kunne anvendes utenfor de nevnte tilfeller. I tråd med dette er tillegget blant annet blitt anvendt ved tilfeller av anbudssamarbeid.¹²⁶

Det er som nevnt et vilkår at overtredelsen er overtredelsen er «særlig grov». Vurderingen av om overtredelsen er «særlig grov» vil være innenfor rammen av grovhetsvurderingen for øvrig. Det må derfor antas at tillegget for særlig grovhet i utgangspunktet bare vil kunne ilegges i saker der grovhetsprosenten er i fastsatt i det øvre sjiktet.

¹²⁵ LB-2014-76039, i Kap. IV d.

¹²⁶ KT-2016-7V, i avsnitt 436-441

7 Justerende faktorer

7.1 Innledning

Etter konkurranseloven § 29 andre ledd skal det ved fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse legges «særlig vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet». Bestemmelsens ordlyd er imidlertid ikke uttømmende med hensyn til hvilke momenter som kan være relevante ved fastsettelsen av gebyrets størrelse.

Spørsmålet er dermed hvilke momenter andre momenter enn foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og overtredelsens varighet som kan være relevante ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, og hvilken vekt momentene vil ha.

7.2 Ledende eller Passiv rolle

Spørsmålet er om foretakets rolle ved gjennomføringen av overtredelsens er relevant ved utmålingen av overtredelsesgebyret, og i tilfelle med hvilken vekt.

Betydningen av foretakets rolle ved gjennomføringen av overtredelsen er ikke berørt av Konkurranseloven § 29 eller dens forarbeider. Momentet er heller ikke omtalt i Høyesterettspraksis.

Momentets relevans ved fastsettelsen av gebyrets størrelse følger imidlertid av EU-domstolens praksis i Sak T-15/02: “Where an infringement has been committed by several undertakings, it is appropriate, in setting the fines, to consider the relative gravity of the participation of each of them (...) which implies, in particular, establishing their respective roles in the infringement during the period of their participation”¹²⁷

Momentets virkeområde er dermed begrenset til tilfeller der overtredelsen er begått av flere overtredere. Momentet vil slik særlig være av betydning ved overtredelser av konkurranseloven § 10.

Foretakets rolle som relevant moment fremkommer videre av Utmålingsforskriften § 3 sjette ledd, ved at det kan legges vekt på om foretaket har hatt en «ledende eller passiv rolle i

¹²⁷ Sak T-15/02 BASF mot Kommisjonen, i avsnitt 280

overtredelsen». ¹²⁸ Bestemmelsens ordlyd synes å tale for at momentet både vil kunne være skjerpende og formildende.

Av Kommisjonens retningslinjer av 2006 følger det mer utfyllende i samme retning i punkt 28 at overtredelsesgebyret kan økes for “[the] leader in, or instigator of, the infringement; the Commission will also pay particular attention to any steps taken to coerce other undertakings to participate in the infringement and/or any retaliatory measures taken against other undertakings with a view to enforcing the practices constituting the infringement». Etter retningslinjenes ordlyd vil dermed ikke en passiv rolle ved overtredelsen kunne være en formildende omstendighet. ¹²⁹

Etter Kommisjonens retningslinjer vil momentet dermed utelukkende være et skjerpende moment. Utmålingsforskriften må trolig jf. forarbeidenes uttalte harmoniseringsformål forstås på samme måte, slik at det ikke vil være et generelt formildende moment at et foretak har hatt en passiv rolle ved gjennomføringen av overtredelsen.

Ved vurderingen av foretakets rolle kan det for det første både tas hensyn til om foretaket tok initiativ til opprettelsen av kartellet, eller om foretaket hadde en ledende rolle under gjennomføringen av overtredelsen. Det må etter EU-domstolens praksis skilles mellom de to, og foretas separate vurderinger for hver. ¹³⁰

For spørsmålet om i hvilke tilfeller foretaket kan ansees å ha hatt en ledende rolle følger det av EU-domstolens praksis at foretaket må ha vært en «significant driving force in the cartel», med «individual and specific liability for the operation of the cartel». ¹³¹ Å ha fungert som et sekretariat er en omstendighet som typisk vil tilsi at foretaket har hatt en ledende rolle. ¹³²

Etter EU-domstolens praksis kan flere foretak ha hatt en ledende rolle, eller ansees å ha tatt initiativ til overtredelsen.

¹²⁸ Kerse (2012) s. 438.

¹²⁹ Retningslinjene av 2006 fraviker dermed Retningslinjene av 1998 punkt 3, der en passiv rolle kunne vektlegges som en formildende omstendighet. Utmålingsforskriftens ordlyd på dette punkt virker dermed å være et resultat av at endringene i Kommisjonens nye retningslinjer av 2006 ikke fullt ut er blitt implementert. Den manglende implementeringen er trolig utilsiktet. Det kan stilles spørsmål ved om Utmålingsforskriften bør revideres slik at dens ordlyd bedre gjenspeiler rettsregelen slik den fremkommer av Kommisjonens retningslinjer av 2006.

¹³⁰ Sak T-15/02 BASF mot Kommisjonen, i avsnitt 316. Det skilles også mellom de to formene for «ledende» roller i Konkurransetilsynets vedtakspraksis, se som eksempel KT-2005-5V.

¹³¹ Sak T-15/02 BASF mot Kommisjonen, i avsnitt 300 og 374.

¹³² Kerse (2012) s. 438.

For spørsmålet om når et foretak kan ansees å ha tatt initiativ til en overtredelse, følger det av EU-domstolens sak T-15/02 at «in order to be classified as an instigator of a cartel, an undertaking must have persuaded or encouraged other undertakings to establish the cartel or to join it. By contrast, it is not sufficient merely to have been a founding member of the cartel.»¹³³

Det avgjørende vil dermed være om foretaket har tatt initiativ til overtredelsen, og ved initiativet har oppmuntret eller overtalt andre foretak til å ta del i overtredelsen. Slikt initiativ vil kunne være at foretaket har tatt initiativ til møter, eller har invitert andre foretak til å delta i overtredelsen ved e-postutvekslinger eller lignende.

Betydningen av foretakets ledende rolle ved utmålingen vil variere fra sak til sak.

Konkurransetilsynet har i sin praksis ikke tallfestet vekten av momentet. I EU er det imidlertid blitt operert med en skjerpene faktor på 25 til 85 prosent.¹³⁴ Økningen på 85% i Marine hoses må imidlertid også tilskrives flere andre faktorer.¹³⁵ Dersom et foretak har hatt en ledende rolle vil det dermed jf. Kommisjonens praksis ha en betydelig vekt ved utmålingen av overtredelsesgebyret i de fleste tilfeller.

Videre følger det av Kommisjonens retningslinjer av 2006 at det kan legges vekt på om et foretak har utøvet press for å få andre foretak til å gjennomføre eller delta i overtredelsen.¹³⁶

Graden av vekt vil etter Kommisjonens praksis variere med typen press og dens intensitet. I French Beef benyttet franske bønder vold for å opprette og gjennomføre kartellvirksomhet.¹³⁷ Voldselementet medførte en økning i overtredelsesgebyret på 30%. I Volkswagen utøvet Volkswagen AG økonomisk press for å få bilforhandlere til å gjennomføre overtredelsen. Utøvd økonomisk press medførte en økning i overtredelsesgebyret på 20%.¹³⁸ I Interbrew truet foretaket med å utøve økonomisk press dersom andre foretak ikke gjennomførte overtredelsen. Trusselen om økonomisk press medførte en økning på 10%.¹³⁹

¹³³ T-15/02 BASF AG mot Kommisjonen, i avsnitt 331.

¹³⁴ Kerse (2012) s. 349.

¹³⁵ 2002/271/EC, i avsnitt 160-164.

¹³⁶ Kerse (2012) s. 440.

¹³⁷ 2003/600/EC, i avsnitt 173.

¹³⁸ 2001/711/EC, i avsnitt 121.

¹³⁹ 2003/569/EC, i avsnitt 316. Økningen var riktignok i avgjørelsen på 50% for både gjentakelse og utøvd økonomisk press. I ankesak T-38/02 Groupe Danone mot Kommisjonen fant underretten at trusselen om økonomisk press ikke var tilstrekkelig bevist, og anvendte dermed en skjerpene faktor

Fordi et selskap alltid vil ha en mulighet til å melde fra om ulovlige samarbeid, vil det etter EU-domstolens praksis ikke være en formildende omstendighet at et selskap har blitt utsatt for press fra andre deltakere i samarbeidet.¹⁴⁰ Ved vertikale samarbeid der foretaket som blir utsatt for press er i et avhengighetsforhold til foretaket som utøver press må imidlertid muligheten til å melde fra ansees som begrenset. Det er derfor mulig at utøvd press i slike saker allikevel kan være formildende.

Foretakets rolle vil dermed ha betydning ved utmålingen av overtredelsesgebyret jf. konkurranseloven § 29 ved at gebyret kan økes der foretaket har hatt en ledende eller passiv rolle. Som vist vil økningen kunne være betydelig. Foretakets passive rolle vil ha begrenset betydning ved utmålingen som et resultat av dets begrensede vekt.

7.3 Gjentakelse eller fortsettelse av overtredelsen

Spørsmålet er om det kan legges vekt på at foretaket tidligere har begått en overtredelse eller fortsetter den samme overtredelsen, og i tilfelle med hvilken vekt.

Spørsmålet om det kan legges vekt på en tidligere overtredelse er ikke direkte regulert av konkurranseloven § 29 eller dens forarbeider. Momentets relevans er heller ikke berørt i Høyesterettspraksis.

Det følger imidlertid av EU-domstolens praksis at en gjentatt overtredelse vil være relevant ved utmålingen, jf. C-413/08 P «any repeated infringement is among the factors to be taken into consideration in the analysis of the gravity of the infringement in question».¹⁴¹

Gjentakelse er videre fremhevet av Utmålingsforskriften § 3 sjette led bokstav b som et relevant moment, ved at det kan legges vekt på om foretaket «ny begår den samme eller tilsvarende overtredelse». I Kommisjonens retningslinjer av 2006 punkt 28 er gjentakelse definert som tilfeller der et foretak “continues or repeats the same or a similar infringement after the Commission or a national competition authority has made a finding that the undertaking infringed Article 81 or 82».

på 40% for gjentakelse. Det kan dermed utledes at skjerpelsen for trussel om økonomisk press var i størrelsesordenen 10%. Se også Kerse (2012) s. 440.

¹⁴⁰ Sak T-9/99 HFB Holding mot Kommisjonen, i avsnitt 594.

¹⁴¹ C-413/08 P Lafarge SA mot Kommisjonen, i avsnitt 63.

Ved anvendelsen av gjentakelsesmomentet, er det første spørsmålet dermed hva som kan utgjøre en samme eller lignende overtredelse. Ordlyden er vag med hensyn til hvilke egenskaper som må være felles for at overtredelsene skal ansees som tilstrekkelig like. Det er etter EU-rettens praksis tilstrekkelig, for at overtredelsene skal være tilstrekkelig like, at foretaket ved en tidligere avgjørelse har blitt funnet å ha overtrådt samme bestemmelse.¹⁴²

Etter EU-domstolens praksis er gjentakelsesbegrepet i relasjon til den tidligere avgjørelsen ikke knyttet til tidligere ilagte overtredelsesgebyr. Om foretaket tidligere har fått andre typer avgjørelser rettet mot seg, slik som et vedtak om stans av atferden, vil dette være tilstrekkelig.¹⁴³

Om et foretak tidligere har overtrådt en annen bestemmelse enn i nåværende sak vil gjentakelsesmomentet ikke kunne anvendes.¹⁴⁴ Andre hensyn, som avstand mellom overtredelsene geografisk eller i tid, er irrelevante ved vurderingen av om den nye overtredelsen er en gjentakelse.¹⁴⁵

For spørsmålet om hvilke begrensninger som ligger i at overtredelsen må begås «på ny» jf. Utmålingsforskriften § 3 sjette ledd bokstav b, innebærer dette at overtredelser som begås parallelt ikke kan behandles som en gjentakelse. Dersom en avgjørelse rettet mot en av overtredelsene blir fattet, og foretaket så fortsetter en annen overtredelse som var påbegynt før avgjørelsen vil en fortsettelse av den tidligere overtredelsen imidlertid kunne utgjøre en gjentakelse.¹⁴⁶ Der en overtredelse allerede har begrunnet et skjerpet overtredelsesgebyr i en sak, utelukker dette ikke at overtredelsen kan begrunne skjerpet overtredelsesgebyr i en senere sak.¹⁴⁷

For at den nye overtredelsen skal kunne regnes som en gjentakelse, fremgår det av Utmålingsforskriften § 3 sjette ledd bokstav b at den tidligere overtredelsen må ha blitt begått av samme foretak. Det er i denne relasjon foretaksbegrepet i konkurranseloven § 2 som vil være avgjørende. Et annet juridisk selskap enn det som utførte den første overtredelsen, kan

¹⁴² Forente saker T-101/05 og T-111/05 BASF mot Kommisjonen, i avsnitt 64, jf også. LB-2014-76039, i Kap. IV d. avsnitt 10 og 11.

¹⁴³ Sak T-141/94 Thyssen Stahl AG mot Kommisjonen, i avsnitt 617-624.

¹⁴⁴ Sak T-66/01 Imperial Chemical Industries mot Kommisjonen, i avsnitt 376 til 381.

¹⁴⁵ LB-2014-76039, i Kap. IV d

¹⁴⁶ Sak T-343/08 Arkema France mot Kommisjonen, i avsnitt 56-63, jf. også Kerse (2012) s. 433-434

¹⁴⁷ Sak T-343/08 Arkema France mot Kommisjonen, i avsnitt 82.

dermed bli ansett å ha begått en gjentakende overtredelse, dersom de er en del av samme foretak.¹⁴⁸

Spørsmålet vil særlig kunne bli aktuelt ved tilfeller der et foretak er blitt oppsplittet, eller deler av foretaket solgt, mellom tidspunktet for overtredelsen og konkurransetilsynets avgjørelse. Spørsmålet blir i slike tilfeller hvilket tidspunkt som skal legges til grunn ved vurderingen av gjentakelsen.

Det må trolig være avgjørende om de forskjellige enhetene ved tidspunktet for den første overtredelsen var en del av samme foretak.¹⁴⁹ Gjentakelsen vektlegges særlig som et resultat av individualpreventive hensyn. Der samme foretak begår en ny overtredelse etter allerede å ha blitt sanksjonert, økes overtredelsesgebyret som et resultat av at overtredelsesgebyret i den første avgjørelsen beviselig ikke var avskrekkende nok. Det individualpreventive hensynet gjør seg ikke gjeldende der et ustraffet foretak kjøper og fusjonerer inn i seg et tidligere straffet foretak. I slike tilfeller vil vektleggelsen av gjentakelsen bære preg av å være straff for en annens gjerning.

For spørsmålet om hvilken vekt gjentakelsen vil få, fremgår det av Utmålingsforskriften § 3 syvende ledd at gjentakelsen kan vektlegges med en skjerpande faktor på inntil 100 prosent.

Etter Kommisjonens praksis er førstegangsgjentakelser blitt sanksjonert med en økning på 30-50 prosent, andregangsgjentakelser med en økning på 60 prosent, tredjegangsgjentakelser med en økning på 90 prosent og fjerdegangsgjentakelser med den maksimalt tillatte økningen ved gjentakelse etter retningslinjene av 2006; 100 prosent.¹⁵⁰

I LB-2014-76039 ble gjentakelsen allikevel kun sanksjonert med en økning på 2,04%, ved en førstegangsgjentakelse.¹⁵¹ Lagmannsrettens gjaldt imidlertid et tilfelle som måtte vurderes etter de tidligere retningslinjer av 1998, der gjentakelse fikk mindre vekt ved utmålingen. Sett i lys av lovgivers uttalte målsetning om å harmonisere norsk bøteutmålingsnivå og praksis med EU-rettens praksis bør lagmannsrettens dom ikke ansees som førende for vekten gjentakelse ilegges ved utmålingen av overtredelsesgebyret etter konkurranseloven § 29.

¹⁴⁸ Sak T-53/06 UPM-Kymmene mot Kommisjonen, i avsnitt 129.

¹⁴⁹ Kerse (2012) s. 433.

¹⁵⁰ Kerse (2012) s. 435 med videre henvisninger.

¹⁵¹ LB-2014-76039 IV d. Domstolens uttalelser i samme avsnitt tyder for øvrig på at det hadde vært flere gjentakelser fra foretaket. Det fremkommer ikke hvorfor Lagmannsretten valgte øvrige gjentakelser.

Det vil derfor være Kommisjonens betydelige skjerpelser som danner mønster for utmålingen i fremtidige saker, også etter Norsk rett. Gjentakelse vil dermed ha stor vekt ved utmålingen av overtredelsesgebyret etter konkurranseloven § 29.

En gjennomgang av Konkurransemyndighetenes vedtak og Rettens praksis om overtredelsesgebyr i saker om overtredelser av Krrl. § 10 eller § 11 fra 1. juni 2006 til 5. desember 2019 viser at gjentakelse imidlertid sjelden vektlegges i Norsk rett. LB-2014-76039 er den eneste sak der gjentakelse har vært en faktor ved utmålingen. I Kommisjonens avgjørelser vedrørende kartellvirksomhet etter TEUV 101 var til sammenligning gjentakelse en utmålingsfaktor i 40% av alle kartellsaker fra tidsrommet 2006 til Juni 2011.¹⁵²

Dette har trolig flere årsaker. Det kan for det første ha sammenheng med at det i Norge inntil nyere tid er blitt fattet relativt få avgjørelser om overtredelser av konkurranseloven §§ 10 og 11, og at Konkurranseloven i dens nåværende form er relativt ny.

Videre er foretakene som ilegges overtredelsesgebyr av Norske konkurransemyndigheter gjennomgående mindre, sammenlignet med i EU. Det vil være større sannsynlighet for at komplekse flernasjonale foretak med mangeartede og store operasjoner kan begå flere overtredelser på de forskjellige marked og områder foretaket opererer.

En siste mulighet er at Konkurransetilsynet ikke regelmessig anvender gjentakelsesmoment i tilfeller der det er mulig. LB-2014-76039 gjaldt et tilfelle der Lagmannsretten la vekt på gjentakelse selv om Konkurransetilsynet i sitt vedtak selv ikke hadde skjerpet overtredelsesgebyret som et resultat av gjentakelse. Saken kan tyde på at sistnevnte mulighet også spiller en rolle.¹⁵³

Nært beslektet med spørsmålet om gjentakelse er spørsmålet om en fortsatt overtredelse kan gi grunnlag for et økt overtredelsesgebyr.

Også fortsettelse av overtredelsen kan gi grunnlag for skjerpelse av overtredelsesgebyret jf. Utmålingsforskriften § 3 sjette ledd bokstav b. Avskjæringstidspunktet for når fortsettelse av overtredelsen vil kunne gi grunnlag for skjerpelse er etter EU-rettens praksis der Konkurransemyndigheten har innledet en undersøkelse av den aktuelle handlingen og

¹⁵² Geradin (2017) s. 30.

¹⁵³ LB-2014-76039, i kap. IV. d.

foretaket er blitt klar over den pågående undersøkelsen.¹⁵⁴ Tidspunktet må antas å ofte sammenfalle med tidspunktet for bevissikring.

Betydningen av en fortsatt overtredelse vil kunne være potensielt betydelig, avhengig av omstendighetene. Kommisjonen har i sine saker skjerpet overtredelsesgebyret med 20 til 60 prosent.¹⁵⁵ Det må antas at utmålingen etter konkurranseloven § 29 med hensyn til fortsatte overtredelser må ligge på samme nivå jf. harmoniseringsformålet.

At overtredelsen blir avsluttet umiddelbart vil sjelden kunne vektlegges som en formildende omstendighet.¹⁵⁶

7.4 Compliance og mulighet til å avverge overtredelsen

Det fremkommer av Utmålingsforskriften at det kan vektlegges om «foretaket ved instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget overtredelsen».

Bestemmelsens ordlyd omfatter to typetilfeller. Det første typetilfellet er der foretaket hadde begrenset mulighet til å forhindre overtredelsen. Det andre omfattede typetilfelle er der foretaket i skjerpene retning kan klandres for å ikke ha implementert tilstrekkelige compliance-tiltak. Tilsvarende typetilfeller er ikke nevnt som et moment i Kommisjonens retningslinjer av 2006. Det er dermed noe uklart hvorfor departementet har valgt å forskriftsfeste momentet med denne ordlyden, sett i lys av forarbeidene uttalte harmoniseringsformål.

For tilfeller der foretaket ikke eller i liten grad hadde mulighet til å forhindre overtredelsen, vil dette slik det påpekes av forskriftens merknader i de fleste tilfeller fanges opp ved at overtredelsen vanskelig kan ha skjedd uaktsomt eller forsettlig.¹⁵⁷ Momentet vil dermed få liten praktisk betydning ved utmålingen.

Et tilfelle der momentet likevel er aktuelt, er der ansatte har handlet i strid med instruksjoner ved implementeringen av overtredelsen. I slike tilfeller vil foretaket ansees ansvarlig for overtredelsen ved at foretaket identifiseres med sine ansattes handlinger, samtidig som foretaket har hatt begrenset mulighet til å avverge overtredelsen. Fordi foretaket svarer for

¹⁵⁴ T-28/99 Sigma Technologie mot Kommisjonen, i avsnitt 102.

¹⁵⁵ Kerse (2012) s. 441.

¹⁵⁶ Kommisjonens retningslinjer av 2006, OJ C 210, 1.9.2006 s. 2-5, i avsnitt 29, jf. også Kerse (2012) s. 441

¹⁵⁷ Merknader til forskrift om utmåling og lempning av 22.08.2005 nr. 909, Til § 3 fjerde avsnitt.

sine ansattes handlinger ansees slike tilfeller ikke av Kommisjonen å være en formildende omstendighet.¹⁵⁸

En står dermed ovenfor et tilfelle der forskriftens ordlyd tilsier en annen løsning enn EU-retten. Det følger av Rt. 2012. s. 1556 at harmoniseringsformålet ikke kan føre til en løsning der ordlyden helt tilsidesettes. Det må dermed være riktig slik lagmannsretten la til grunn i LB-2014-67039 at omstendigheten må tillegges noe men begrenset vekt ved utmålingen.¹⁵⁹

Den omstendighet at foretaket har implementert et forebyggende compliance-program vil etter Kommisjonens og EU-domstolens praksis ikke være formildende.¹⁶⁰

I Høringsnot fra departementet av er det på den andre siden uttalt at «I grensetilfellene vil det uansett være et formildende moment om foretaket har gjort en innsats på dette området.»¹⁶¹ Uttalelsen strider på dette punkt mot det uttalte harmoniseringsformålet som var lagt til grunn i Høringsbrevet i samme sak.¹⁶² Det ble i Høringsbrevet blant annet fremhevet at de foreslåtte harmoniserende endringer ville medføre at «foretakene vil ha en omfattende praksis fra EU/EØS-organene å se hen til for veiledning.»

Sett i lys av forarbeidene uttalte harmoniseringsformål og høringsbrevets begrensede rettskildemessige vekt må det antas at et implementert compliance-program også etter konkurranseloven § 29 ikke vil være en formildende omstendighet.

7.5 Samarbeid med Konkurransetilsynet

Spørsmålet er om det ved utmålingen av overtredelsesgebyret etter konkurranseloven § 29 skal tas hensyn til foretakets samarbeid med konkurransetilsynet, og om så i hvilke tilfeller gebyret skal justeres på et slikt grunnlag.

Spørsmålet er ikke regulert av konkurranseloven § 29 eller dens forarbeider. Det følger imidlertid av EU-domstolens praksis at foretakets samarbeid kan være et formildende moment ved utmålingen.¹⁶³ Momentets relevans fremkommer videre ved at det kan legges vekt på om foretaket har bistått med etterforskningen «utover det som følger av foretakets rettslige plikt

¹⁵⁸ Kerse (2012) s. 458, i fotnote 372.

¹⁵⁹ LB-2014-76039, i Kap. IV d.

¹⁶⁰ Sak T-31/99 ABB mot Kommisjonen, se også Kerse (2012) s. 458

¹⁶¹ Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet (2011) Høringsnotat

¹⁶² Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet (2011) - Høringsbrev

¹⁶³ Forente saker C-65/02 P og C-73/02 ThyssenKrupp mot kommisjonen, i avsnitt 53-58.

og utenfor tilfeller som faller inn under reglene om lempning» jf. Utmålingsforskriften § 3 sjettede ledd bokstav d. Tilsvarende følger av Kommisjonens retningslinjer av 2006 punkt 29.

For spørsmålet om i hvilke tilfeller samarbeidet kan vektlegges som et formildende moment er momentets anvendelsesområde etter Utmålingsforskriften § 3 sjettede ledd bokstav d innsnevret ved at samarbeidet må være mer omfattende enn foretakets oppklarings- og samarbeidsplikt jf. konkurranseloven § 24. Det vil dermed ikke være formildende at selskapet utleverer opplysninger det er forpliktet til å utlevere.¹⁶⁴

Det følger videre av EU-domstolens praksis at samarbeidet må være utslag av en «genuine spirit of cooperation».¹⁶⁵ Foretakets motiv med hensyn til samarbeidet vil dermed være relevant. Dersom foretaket samarbeider med skjulte motiver, eksempelvis ved å samarbeide på enkelte punkter samtidig som det forsøker å skjule andre omstendigheter vil dette ikke være formildende.

Samarbeidet må som et siste vilkår ha vært av verdi for konkurransemyndigheten. Det vil ikke være formildende dersom foretaket opplyser om omstendigheter konkurransemyndigheten allerede hadde kunnskap om.¹⁶⁶

Utmålingsforskriften § 3 sjettede ledd bokstav d tilsier videre at momentet bare vil kunne være en formildende faktor der foretaket ikke kunne oppnådd en reduksjon etter reglene om lempning. EU-domstolens restriktive praksis tilsier her en restriktiv tilnærming.¹⁶⁷ I *Arkema France mot Kommisjonen* ble det uttalt at det bare i «exceptional situations» vil kunne gis en reduksjon der foretaket kunne ha oppnådd lempning etter lempningsreglene.¹⁶⁸ Det samme må antas å være tilfellet i Norsk rett, selv om de norske lempningsreglene har et noe videre virkeområde enn lempningsreglene i EU, ved at de også omfatter vertikale avtaler og anbudssamarbeid.¹⁶⁹

Reglene om lempning i Konkurranseloven § 30 og 31 gjelder bare ved overtredelser av Krrl. § 10, og deres anvendelsesområde vil slik ikke innebære restriksjoner for anvendelsen av

¹⁶⁴ Sak C-301/04 P SGL Carbon mot Kommisjonen, i avsnitt 66-70.

¹⁶⁵ Sak C-301/04 P SGL Carbon mot Kommisjonen, i avsnitt 66-70.

¹⁶⁶ Sak T-38/02 Groupe Danone mot Kommisjonen, i avsnitt 449.

¹⁶⁷ Kerse (2012) s. 450.

¹⁶⁸ Sak T-343/08 *Arkema France* mot Kommisjonen, i avsnitt 167-199. Se også Konkurransetilsynets anvendelse av nevnte dom i KT2015-25V, i avsnitt 311

¹⁶⁹ EUs lempningsprogram omfatter bare kartellsaker, se Kommisjonens retningslinjer om lempning, OJ C 298, 8.12.2006, s. 17-22

momentet på overtredelser av konkurranseloven § 11. Momentet bidrar derfor særlig som et incentiv til samarbeid ved overtredelser av Krrl. § 11.

Kommisjonens praksis ved overtredelser av TEUV art. 102, tilsvarende konkurranseloven § 11, viser at det særlig vil være formildende dersom foretaket gjennom samarbeidet bidrar til administrative besparelser for konkurransemyndigheten. I ARA Foreclosure¹⁷⁰ anerkjente foretaket overtredelsen, samtidig som det på et tidlig stadium foreslo strukturelle tiltak foretaket selv kunne gjennomføre for å forhindre konkurransevridende effekter. Den administrative besparelsen dette innebar for Kommisjonen medførte en formildende faktor på 30% ved utmålingen av gebyret.

7.6 Overtredelsesgebyrets preventive virkning

Spørsmålet er om overtredelsesgebyret kan økes særskilt på bakgrunn av preventive betraktninger, og om så i hvilke tilfeller og med hvilken vekt.

Relevansen av preventive betraktninger som et moment i utmålingen av overtredelsesgebyret fremkommer ikke direkte av ordlyden i konkurranseloven § 29. Det følger imidlertid av bestemmelsens forarbeider at prevensjon er et sentralt formål med overtredelsesgebyret.¹⁷¹ Høyesterett uttalte i denne retning i Rt. 2012 s. 1556, i avsnitt 88 at «reaksjonene [må] være markerte og følbare». At preventive betraktninger kan påvirke utmålingen er også forutsatt i Utmålingsforskriften § 3 sjettede ledd bokstav f.

Samtidig er utmålingsprinsippene utformet etter en noenlunde standardisert utmålingsform. Dette er blant annet ment å medføre en grad av forutberegnelighet og rettsikkerhet for berørte foretak. Dette tilsier at prevensjonshensynet vil kunne ha stor vekt, om en begrenset til de tilfeller der det foreligger forhold som tilsier at den standardiserte utmålingsformen har ledet til et resultat som ikke er tilstrekkelig preventivt, og dermed heller ikke er markert eller følbart.

For å sikre en tilstrekkelig preventiv effekt, følger det av Kommisjonens retningslinjer av 2006 punkt 30 at overtredelsesgebyret kan økes der foretaket har svært stor omsetning utover den relevante og berørte omsetningen som danner grunnlaget for utmålingen.

Fremgangsmåten har blitt akseptert av EU-domstolen som et tilfelle der det er grunn til å tro

¹⁷⁰ 2016/C 432/05

¹⁷¹ NOU 2003: 12 s. 127, Ot.prp. nr.6 s. 110.

at overtredelsesgebyret ikke vil være tilstrekkelig preventivt.¹⁷² Foretakets økonomi er dessuten et relevant moment ved utmålingen jf. Utmålingsforskriften § 3 sjette ledd bokstav e.

Om et overtredelsesgebyr er følbart for det involverte foretak, vil bero på om overtredelsesgebyret har stor innvirkning på foretakets økonomi. En stor total omsetning, kombinert med en liten omsetning, vil dermed være en noenlunde presis målestokk for spørsmålet om overtredelsesgebyret er «følbart» for foretaket. Kommisjonens fremgangsmåte synes dermed å være i tråd med Høyesteretts uttalelse i Rt. 2012 s. 1556, i avsnitt 88.

Overtredelsesgebyret kan dermed økes i tilfeller der foretaket har en stor total omsetning, og overtredelsen berører en liten andel av denne omsetningen.

Ved vurderingen vil det være omsetningen ved avgjørelsens tidspunkt som er relevant.¹⁷³ Det kan ved vurderingen tas hensyn til konsernets økonomi jf. Utmålingsforskriften § 3 sjette ledd bokstav e, selv om foretaksbegrepet i det aktuelle tilfellet ikke omfatter hele konsernet.

Et annet tilfelle der prevensjonshensynet vil tale for en skjerpelse er der det utmålte gebyret ikke overgår gevinsten foretaket har oppnådd ved overtredelsen. Muligheten for en skjerpelse i slike tilfeller følger i EU av Kommisjonens retningslinjer av 2006 punkt 31.

Gebyret vil vanskelig kunne karakteriseres som «markert og følbart» der foretaket selv etter oppdagelse og sanksjon har vært tjent med overtredelsen. Et beløp som overstiger foretakets gevinst må derfor betraktes som en nedre grense for gebyrets størrelse også etter konkurranseloven § 29.

Momentet er imidlertid ikke blitt anvendt av Konkurransetilsynets eller Kommisjonens i nyere tid, trolig fordi gjeldende utmålingsmetode i de fleste tilfeller vil lede til et resultat som overstiger vinningen.¹⁷⁴ Foretakets vinning vil dessuten ofte være vanskelig å beregne. Momentet har dermed begrenset praktisk betydning.

Preventive betraktninger vil dermed kunne være relevante ved utmålingen ved at gebyret kan økes der foretaket har en svært stor omsetning, og overtredelsen berører en liten del av

¹⁷² Forente saker T-67/00 mfl. JFE Engineering mot Kommisjonen, i avsnitt 393.

¹⁷³ Kerse (2012) s. 206.

¹⁷⁴ Kerse (2012) s. 466.

foretakets omsetning. Preventive betraktninger vil også kunne vektlegges ved at gebyret kan økes særskilt for å overstige selskapets vinning ved overtredelsen.

7.7 Oppfordring fra offentlig myndighet

Det kan vektlegges at «offentlige myndigheter har pålagt, tillatt eller oppmuntret til konkurransebegrensende adferd» jf. Utmålingsforskriften § 3 sjette ledd bokstav g. Tilsvarende er også opplistet som en formildende omstendighet i Kommisjonens Retningslinjer av 2006 nr. 29.

For spørsmålet om hva som kan anses å utgjøre en oppfordring, følger det av EU-domstolens praksis at det kreves en positiv handling fra myndighetens side.¹⁷⁵ Det er ikke tilstrekkelig at en offentlig myndighet har forholdt seg passiv til overtredelsen, eller har hatt kunnskap om den.

KT-2011-12V gjaldt et tilfelle der foretaket forut for overtredelsen kontaktet Konkurransetilsynet med det formål å få avklart lovligheten av dets atferd.¹⁷⁶ En slik avklaring ble imidlertid ikke gitt.

Forespørselen gir uttrykk for et genuint ønske fra foretakets side om å ikke bryte konkurranselovens forbud. Det må allikevel være riktig etter de overnevnte rettskilder, og slik Konkurransetilsynet selv la til grunn, at dette ikke kan vektlegges som en formildende omstendighet. Konkurransetilsynets passivitet er ikke en positiv handling.

Noe annet ville innebære at foretak vil ha muligheten til å skyve den ressursmessige byrden av lovmessighetsvurderingen over på konkurransetilsynet. Konkurransetilsynet vil dessuten være mindre egnet enn foretaket selv til å vurdere de faktiske forhold og atferdens innvirkning på det relevante markedet. En annen løsning ville dessuten, slik Konkurransetilsynet selv påpeker, innebære at Konkurransetilsynet indirekte påføres en forhåndsgodkjennende rolle tilsynet med hensyn til atferdsreglene ikke er ment å utføre.

Videre følger det av bestemmelsen at den positive handlingen må komme fra en «offentlig myndighet». Spørsmålet er dermed hva som skal regnes som en «offentlig myndighet».

¹⁷⁵ Sak T-199/08 Ziegler mot Kommisjonen, i avsnitt 157.

¹⁷⁶ KT-2011-12V, i avsnitt 155 og 156.

Utmålingsforskriftens ordlyd inneholder ingen begrensning med hensyn til den offentlige myndighetens geografiske eller jurisdiksjonelle tilhørighet. Handlinger fra offentlige myndigheter utenfor Norge og EØS vil dermed kunne være relevante.

Det må trolig kreves at den positive handlingen kommer fra en offentlig myndighet med kompetanse som er relevant for overtredelsen. Det vil eksempelvis være liten grunn til å vektlegge som en formildende omstendighet at fylkeskommunen Nordland har bifalt en overtredelse som utelukkende finner sted i Akershus fylke.

For spørsmålet om hvilken vekt det må tillegges at overtredelsen er et resultat av en oppfordring fra en offentlig myndighet, må momentets betydning trolig måtte variere med graden av den offentlige myndighetens autoritet og tilknytning til området for overtredelsen. Det vil eksempelvis i de fleste tilfeller trolig være mer formildende der en tillatelse til en overtredelse innenfor landbrukssektoren kommer fra landbruksministeren heller enn utdanningsministeren. I samme retning vil det i de fleste tilfeller måtte være mer formildende der en tillatelse kommer fra et relevant departement, heller enn en relevant men i forhold til departementet underordnet myndighet. Sistnevnte eksempel vil imidlertid trolig ikke alltid være korrekt, eksempelvis der det er politisk bestemt at det underordnede organet skal ha et i forhold til departementet selvstendig ansvar innenfor det relevante området.

Videre vil momentets betydning trolig måtte variere med styrken av oppfordringen fra myndighetens side.

Kommisjonens praksis viser at der en oppfordring eller tillatelse er gitt, vil dette regelmessig måtte tillegges noe, men ikke stor vekt ved utmålingen. Kommisjonen har i flertallet av slike saker gitt en reduksjon på 10 til 15 prosent av gebyrets størrelse.¹⁷⁷ I French beef ble en større reduksjon på 30% gitt med henvisning til landbruksministerens styrkefulle intervensjon.¹⁷⁸ I Bananas ble gebyret redusert av Kommisjonen med 60 prosent, blant annet på grunn av nasjonal lovgivning som ble ansett å oppfordre til overtredelsen.¹⁷⁹ Størrelsen på reduksjonen i Bananas har imidlertid blitt kritisert i litteraturen for å være lite forenelig med Kommisjonens tidligere praksis.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Kerse (2012) s. 453 og 454.

¹⁷⁸ 2003/600/EC, i avsnitt 176.

¹⁷⁹ C/2008/5955, i avsnitt 467.

¹⁸⁰ Kerse (2012) s. 454.

Bestemmelsens forutsetning om at også pålegg fra en offentlig myndighets side vil være formildende er noe misvisende. Det følger av EU-domstolens praksis at der foretaket etter nasjonal lovgivning pålegges en atferd som bryter TEUV 101 eller 102 uten et autonomt og ikke konkurransavidende handlingsalternativ, vil atferden ikke kunne tilskrives foretaket selv. Foretakets atferd vil dermed ikke rammes av Konkurranselovens forbudsbestemmelser, slik at utmålingsspørsmålet ikke vil være aktuelt.

Der lovgivningen eller vedtaket etterlater foretaket tilstrekkelig autonomi slik at foretaket har et ikke-konkurransavidende handlingsalternativ kan pålegget etter EU-retten allikevel betraktes som en oppfordring. Det må antas at det er slike tilfeller som omfattes av påleggsalternativet i Utmålingsforskriften § 3 sjette ledd bokstav g.

7.8 Manglende betalingsevne

Etter Utmålingsforskriften § 3 niende ledd kan det «tas hensyn til foretakets manglende betalingsevne (...) i særlige tilfeller». Problemstillingen er i hvilke tilfeller foretakets manglende betalingsevne kan vektlegges, og hvilken reduksjon som eventuelt skal gis ved utmålingen.

For spørsmålet om i hvilke tilfeller den manglende betalingsevnen kan vektlegges, er det første vilkåret at et foretak «anmoder» om en reduksjon på dette grunnlag.

Konkurransetilsynet er dermed fraskåret fra å redusere gebyret av eget initiativ.

Det er videre et vilkår at foretaket har en «manglende betalingsevne». For at reduksjon på grunnlag av betalingsevnen skal kunne vurderes må foretaket derfor være ute av stand til å betale boten. Ordlyden tilsier at det i denne relasjon ikke bare må tas i betraktning foretakets disponible midler. Vurderingstemaet vil være foretakets evne til å betale gebyret ved alle metoder, slik som blant annet opptak av lån.

For hva gjelder terskelen for at den manglende betalingsevnen kan vektlegges, er dette i «særlige tilfeller». Ordlyden tilsier at terskelen må være høy, men utpensler ikke vurderingstemaet nærmere. Kommisjonens praksis, å kun vektlegge den manglende betalingsevnen i «exceptional cases», tilsier at regelen er en snever unntaksregel.¹⁸¹

¹⁸¹ Kommisjonens retningslinjer av 2006, OJ C 210, 1.9.2006 s. 2-5, i avsnitt 35.

Etter Kommissjonens retningslinjer av 2006 skal vurderingen skje i en «specific social and economic context». For hva gjelder den økonomiske konteksten følger det videre av retningslinjene at det ikke vil være tilstrekkelig at ileggelsen av gebyret vil føre til rent finansielle tap. For at en reduksjon skal kunne gis, må ileggelsen av gebyret irreversibelt ødelegge foretakets økonomiske levedyktighet, og medføre at foretakets eiendeler mister sin verdi. Vurderingstemaet må ha overføringsverdi også for vektleggingen av momentet etter norsk rett, jf. harmoniseringsformålet.

At foretakets eiendeler må miste sin verdi innebærer at mulighetene for å bevare foretakets verdier ved konkursen må vurderes.¹⁸² At gebyret leder til foretakets konkurs vil ikke alene være tilstrekkelig, vilkåret sikter til tilfeller der det er sannsynlig at foretakets iboende verdier etter konkursen vil være vesentlig redusert, eksempelvis ved at foretaket sannsynligvis vil bli splittet opp eller ikke vil kunne selges på en hensiktsmessig måte.¹⁸³

Hva gjelder den sosiale konteksten har EU-domstolen særlig tatt hensyn til tap av arbeidsplasser.¹⁸⁴ Det må i denne relasjon være relevant ta i betraktning arbeidstakernes mulighet til å finne nytt arbeid. De sosiale tap vil være større ved tilfeller der muligheten til nytt arbeid er redusert, eksempelvis på grunn av en pågående økonomisk krise.¹⁸⁵ EU-domstolen har imidlertid vært restriktiv med hensyn til å vektlegge økonomiske vanskeligheter begrenset til en bestemt økonomisk sektor.¹⁸⁶

Harmoniseringsformålet medfører at de overnevnte vilkår og momenter vil være relevant også etter utmålingsforskriften § 3 syvende ledd. Foretakets manglende betalingsevne vil derfor måtte vektlegges i særlige tilfeller der gebyret vil medføre foretakets et vesentlig tap av foretakets eiendeler og foretakets konkurs, og særlig der dette medfører en sosial kostnad ved tap av arbeidsplasser.

Konkurransetilsynet har vektlagt manglende betalingsevne i én sak; KT-2015-25V.

Konkurransetilsynets vurdering med hensyn til om den manglende betalingsevne skulle medføre en reduksjon var i saken tilsynelatende begrenset til en vurdering av om foretaket

¹⁸² Kerse (2012) s. 493

¹⁸³ COMP/39.092, i avsnitt 1321-1328

¹⁸⁴ Sak C-308/04P, i avsnitt 106. Kerse (2012) s. 493.

¹⁸⁵ Kienapfel (2010) s. 7.

¹⁸⁶ Forente saker T-236/01 Tokai Carbon mot Kommissjonen., i avsnitt 345.

hadde mulighet til å betale gebyret ved låneopptak eller andre metoder.¹⁸⁷ Det er begrenset hvilke konklusjoner som kan foretas på bakgrunn av ett enkelt vedtak. Vedtaket synes allikevel å antyde at Konkurransetilsynets praksis ikke er i samsvar med den vurdering som etter EU-retten og jf. Harmoniseringsformålet også i norsk rett skal foretas.

For spørsmålet om hvilken reduksjon som gis skal der den manglende betalingsevnen vektlegges tilsier prevensjonshensynet at reduksjonen må begrenses til det høyeste mulige nivået som ikke irreversibelt ødelegger foretakets økonomi.

8 Avsluttende bemerkninger

Avhandlingen har belyst hvilket innhold og vekt momentene i konkurranseloven § 29 andre ledd har, og hvilke andre momenter som vil ha betydning ved utmålingen av overtredelsesgebyr ved overtredelser av konkurranseloven §§ 10 og 11.

Som avhandlingen har vist vil overtredelsesgebyret bero først på rekkevidden av hvilken omsetning som kan medberegnes ved fastsettelsen av gebyrets grunnbeløp. Den relevante omsetningen påvirkes først av foretaksbegrepets rekkevidde, ved at det under visse omstendigheter kan medberegnes omsetning fra andre juridiske enheter enn den juridiske enheten som blir ilagt overtredelsesgebyret. Videre påvirkes den relevante omsetningen av hvilken omsetning som kan ansees direkte eller indirekte berørt av overtredelsen.

Vurderingen av overtredelsens grovhet vil som vist være sentral for utmålingen, ved at grovheten er bestemmende for hvilken prosentandel av den relevante omsetningen som kan medberegnes. Avhandlingen har vist at grovheten i relasjon til overtredelser av konkurranseloven § 10 særlig avhenger av overtredelsens art og skadepotensiale, og ikke overtredelsens faktiske virkninger.

I relasjon til overtredelser av konkurranseloven § 11 vil andre momenter enn overtredelsens art være avgjørende, slik som foretakets markedsandel. Også her er utmålingen nært knyttet til overtredelsens skadepotensiale, heller enn den faktisk utførte skade.

Som vist vil utmålingen av gebyret videre bero på overtredelsens varighet, og en rekke andre justerende faktorer. De justerende faktorer er skjønnsmessige, og mangeartede. De vil tidvis ha stor innvirkning på gebyrets størrelse.

¹⁸⁷ KT-2015-25V, i avsnitt 331-335.

Det kan på bakgrunn av avhandlingens funn konkluderes med at man i stor grad har lyktes med harmoniseringsformålet som lå til grunn ved innføringen av konkurranseloven § 29. De norske utmålingsregler og konkurransetilsynets utmålingspraksis samsvarer i stor grad med EU-rettens regler, og Kommisjonens utmålingspraksis.

Man har også i stor grad også lyktes med gjennom harmoniseringen å innføre et strengere sanksjonsnivå. Dagens sanksjonsnivå er betydelig høyere enn etter den tidligere konkurranseloven av 1994.¹⁸⁸ Det kan her nevnes at den høyeste boten ilagt etter den tidligere konkurranseloven var på 20 millioner kroner.¹⁸⁹ Det hittil største overtredelsesgebyret etter den nye konkurranseloven er på 788 millioner kroner.¹⁹⁰ Overtredelsesgebyret var dessuten i det nedre sjiktet på utmålingsskalaen, 2 % av foretakets omsetning. Det er derfor potensial for langt større overtredelsesgebyr i fremtiden.

Som vist er harmoniseringen imidlertid ikke komplett. Delvis skyldes dette at man har gjennomført harmoniseringen ved en forskrift med stedvis avvikende ordlyd.¹⁹¹ Videre har man ikke implementert alle av EUs regler som kan være relevante for utmålingen. Det siktes her til regelen i Forordning 1/2003 art. 23 (4) om subsidiært ansvar for en sammenslutnings medlemsforetak.

¹⁸⁸ lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven)

¹⁸⁹ NOU 2003: 12 s. 114

¹⁹⁰ KT-2018-20V, i avsnitt 1213

¹⁹¹ Se særlig momentet utvist skyld, oppgavens kapittel 6.5.

Kildeliste

Lovtekst, forskrifter og retningslinjer

Norske Lover og forskrifter

- 2004 Lov 3. april 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).
- 1814 Lov 17. mai Kongeriket Norges grunnlov (Grunnloven).
- 2008 Forskrift 17. oktober nr. 1126 om konkurranselovens anvendelse på Svalbard (Forskrift om konkurranseloven på Svalbard).
- 2013 Forskrift 11. desember nr. 1465 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr (Utmålingsforskriften).

Europeiske lover og retningslinjer

- OJ C 210, 1.9.2006 s. 2-5 Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003
- Forordning 1/2003 Council regulation (EC) nr. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in articles 81 and 82 of the Treaty
- OJ C 130, 19.5.2010 s. 1–46 Guidelines on Vertical Restraints
- OJ C 298, 8.12.2006, s. 17-22 Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases

Internasjonale traktater

- TEUV Treaty on the Functioning of the European Union. Consolidated version 2012 (2012/C 326/01).

EØS-avtalen

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

Forarbeider

Norske Offentlige Utredninger

NOU 2003: 12

Ny konkurranselov

Proposisjoner

Ot.prp. nr.6

A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

Høringsbrev

Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet (2011) Høringsbrev - Forslag til endringer i forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr. 30.03.2011

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-forskri/id637244/?expand=horingsbrev> hentet 17.10.2019.

Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet (2011) Høringsnotat – Forslag til endringer i forskrift 22. August 2005 nr. 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr. 30.03.2011

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/horingsnotat_lemping_harmonisering.pdf hentet 17.10.2019

Rettspraksis

Norsk rettspraksis

HR-2017-1229-A

Rt. 2012 s. 1556

HR-2015-1549-U

LB-2013-75034

LF-2010-139398

LB-2014-76039

EFTA-domstolens avgjørelser

Sak E-7/01, Hegelstad mot Hydro Texaco

Europadomstolens avgjørelser

Sak C-56/65	ECLI:EU:C:1966:38
Sak C-41/90	ECLI:EU:C:1991:161
Sak C-170/83	ECLI:EU:C:1984:271
Sak T-112/05	ECLI:EU:T:2007:381
Sak C-97/08 P	ECLI:EU:C:2009:536
Forente Saker T-259/02 til T-264/02 og T-271/02	ECLI:EU:T:2006:396
Sak C 231/14 P	ECLI:EU:C:2015:451
Forente saker T-456/05 og T-457/05	ECLI:EU:T:2010:168
Sak C-444-11 P	ECLI:EU:C:2013:464
Sak C-101/15	ECLI:EU:C:2016:631
Sak C-209/07	ECLI:EU:C:2008:643
Sak T-85/76	ECLI:EU:C:1979:36

Sak C-413/14 P	ECLI:EU:C:2017:632
Sak T-396/10	ECLI:EU:T:2013:446
Sak C-194/14 P	ECLI:EU:C:2015:717
Sak T-486/11	ECLI:EU:T:2015:1002
Sak C-534/07 P	ECLI:EU:C:2009:505
Sak T-38/07	ECLI:EU:T:2011:355
Sak T-79/09	ECLI:EU:C:2016:631
Sak T-176/95	ECLI:EU:T:1999:100
Sak T-15/02	ECLI:EU:T:2006:74
Sak T-66/01	ECLI:EU:T:2010:255
Sak T-343/08	ECLI:EU:T:2011:218
Sak T-28/99	ECLI:EU:T:2002:76
Sak C-301/04	ECLI:EU:C:2006:432
Sak T-38/02	ECLI:EU:T:2005:367
Sak C-413/08 P	ECLI:EU:C:2010:346
Sak T-410/03	ECLI:EU:T:2008:211
Sak T-236/01	ECLI:EU:T:2004:118
Sak C-308/04P	ECLI:EU:C:2006:433
Sak C-359/95 P	ECLI:EU:C:1997:531
Sak T 43/02	ECLI:EU:T:2006:270
Forente saker C-65/02 P og C-73/02	ECLI:EU:C:2005:454

Sak T-132/07 ECLI:EU:T:2011:344

Sak T-53/06 ECLI:EU:T:2012:101

Sak C-413/08 P ECLI:EU:C:2010:346

Sak T-141/94 ECLI:EU:T:1999:48

Sak T-199/08 ECLI:EU:T:2011:285

Sak T-31/99 ECLI:EU:T:2002:77

Kommisjonens avgjørelser

C/2010/4185 – Bathroom Fittings and Fixtures

C/2018/4773 – Asus

2019/C 216/05 – Ancillary sports merchandise

C/2018/4774 – Denon & Marantz

C/2018/4797 – Philips

C/2018/8455 – Guess

C/2018/4790 – Pioneer

C/2019/2172 – Nike

2001/418/EC – Lysine

2003/382/EC – Seamless steel tubes

C/2010/8761 – Liquid Crystal Displays

C/2009/5791 – Calcium carbide and magnesium based reagents

COMP/39406 – Marine Hoses

2002/271/EC – Graphite electrodes

2016/C 432/05 – ARA Foreclosure

2003/600/EC – French Beef

COMP/39.188 - Bananas

Konkurransetilsynets vedtak

KTKN-2018-112

KT-2017-18V

KT-2015-28V

KT-2009-17

KT-2016-7V

KT-2015-25V

Litteratur

Bøker

Kolstad (2007) Kolstad, Olav og Anders Ryssdal. *Norsk konkurranserett: Bind I Atferdsregler og strukturkontroll*. Oslo: Universitetsforlaget, 2007.

Graver (2006) Graver, Hans Petter og Erling Hjelmeng. *Norsk konkurranserett: Bind II Prosess og sanksjoner*. Oslo: Universitetsforlaget, 2006.

Evensen (2009) Evensen, Harald og Eivind Sæveraas. *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*. Oslo: Gyldendal, 2009.

Kerse (2012) Kerse, Chris og Nicholas Khan. *EU Antitrust Procedure*. 6. utg., London: Sweet and Maxwell, 2012.

Jones (2019) Jones, Alison, Brenda Sufrin and Niamh Dunne. *EU competition law*. 7. utg., Oxford: Oxford University Press

Artikler

- Geradin (2017) Geradin, Damien og Katarzyna Sadrak. «The EU Competition Law Fining System: A Quantitative Review of the Commission Decisions between 2000 and 2017» TILEC Discussion Paper DP 2017-018. ISSN 1572-4042.
- Kienapfel (2010) Kienapfel, Philil and Geert Wils. “Inability to Pay – First cases and practical experiences” Competition Policy Newsletter Number 3 – 2010
https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2010_3_1.pdf
- Bryng (2013) Bryng, Per Kristian. «Mer effektiv konkurranselov? – Revisjon av lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger» Tidsskrift for forretningsjus (2013), s. 129-197.
- Østerud (2016) Østerud, Eirik. «Konkurranserettslige beslutninger av sammenslutninger av foretak – Forholdet til koordineringsalternativene i EU-/EØS-rettens og konkurranselovens forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og implikasjoner for sivilrettslige bøter» Tidsskrift for Rettsvitenskap (2016), s. 176-215.

