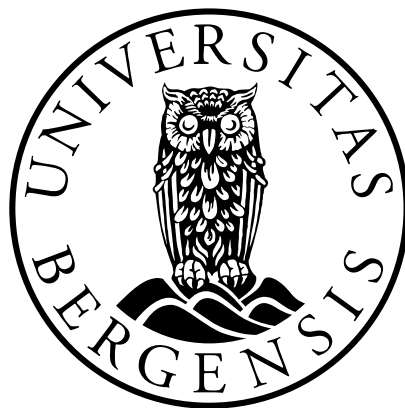


Kartellforlik og bøtereduksjon etter konkurranseloven § 29 a

*En redegjørelse for kartellforliksordningen og
forholdet til privat erstatningshåndhevelse*

Kandidatnummer: 33

Antall ord: 14717



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2016

INNHOLDSFORTEGNELSE

1	INNLEDNING	3
1.1	Emne og problemstilling.....	3
1.2	Bakgrunn og formål	4
1.2.1	Forliksordningen	4
1.2.2	Håndhevelsesdirektivet	5
1.3	Rettskilder og metode	7
1.4	Videre fremstilling.....	9
2	HÅNDHEVELSE AV KONKURRANSELOVEN § 10	10
2.1	Konkurranseloven § 10.....	10
2.2	Konkurransetilsynets offentlige håndhevelse	11
2.3	Privat håndhevelse gjennom etterfølgende erstatningssøksmål	12
2.3.1	Nærmere om Håndhevelsesdirektivet	13
3	KARTELLFORLIK OG BØTEREDUKSJON	15
3.1	Innledning	15
3.2	Konkurranseloven § 29 a	15
3.2.1	Presentasjon av bestemmelsen	15
3.2.2	Virkeområde: «kartellforlik» kontra «overtredelse av § 10»	16
3.2.3	Åpning av forliksprosessen og innledende forhandlinger	17
3.2.4	Forliksinnlegget og partenes taushetsplikt	20
3.2.5	Forliksprosessen fullføres: forhåndsvarsel, svarfrist og endelig vedtak	24
3.2.6	Avbrutt forliksprosess	24
3.2.7	Forlik og lempning kan anvendes kumulativt	25
3.2.8	Forskriftsfullmakt til departementet	26
3.3	Klageadgang	26
3.4	Virkninger for den offentlige håndhevelsen av konkurranseloven § 10.....	27
3.4.1	Innledning.....	27
3.4.2	Risikoen for at ikke hele overtredelsen avdekkes	27
3.4.3	Risikoen ved at forliksordningen overtar for den ordinære prosedyren.....	28
4	VIRKNINGEN AV INNGÅTT KARTELLFORLIK FOR ETTERFØLGENDE ERSTATNINGSSØKSMÅL.....	31
4.1	Innledning	31
4.2	Tilgang til og bruk av bevis som er en del av kartellforlikssaken	32
4.2.1	Utgangspunkter	32
4.2.2	Forliksinnlegget.....	34
4.3	Vurderinger.....	37
4.4	Alternativ utforming av kartellforliksordningen	39
5	AVSLUTNING.....	42
6	KILDER.....	43
6.1	Rettskilder.....	43
6.2	Litteraturliste.....	46

1 INNLEDNING

1.1 Emne og problemstilling

1. juli 2016 trådte den nye regelen om kartellforlik i kraft. Regelen er inntatt i konkurranseloven¹ (krrl.) § 29 a, og utgjør det ferskeste håndhevelsesverktøyet i den offentlige håndhevelsen av forbudet mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak i krrl. § 10.² Kartellvirksomhet er vanskelig å håndheve fordi det ofte foregår i det skjulte, noe som skaper problemer med å avdekke både eksistensen og omfanget av virksomheten. Den nye regelen innebærer at foretakene gis en ti prosent reduksjon av den boten de ellers ville ha blitt ilagt, mot at de innrømmer sin deltakelse i kartellet og fraskriver seg enkelte prosessuelle rettigheter. Dette er en belønning for samarbeid – det er ikke tale om noen forhandling om eksistensen av lovbruddet eller bøtenivået. Innføringen av kartellforliksordningen innebærer en forenkling av håndhevelsesprosedyren, som skal legge til rette for en mer effektiv håndhevelse av reglene.

Innføringen av den nye regelen reiser både spørsmål om hva som er gjeldende rett etter forliksordningen, og spørsmål om hva ordningen vil innebære for den offentlige håndhevelsen av krrl. § 10. Disse spørsmålene vil bli drøftet i oppgavens kapittel 3.

Kartellforliksordningen kan også få betydning for den private håndhevelsen av krrl. § 10.³ Offentlig og privat håndhevelse av konkurransereglene foregår parallelt med forskjellige involverte aktører, slik at den private håndhevelsen i utgangspunktet foregår isolert.⁴ Med utgangspunkt i samme overtredelse av konkurransereglene, vil de to håndhevelsesformene likevel ha nær sammenheng og mulighet til å påvirke hverandre.⁵ For eksempel vil et vedtak fra Konkurransetilsynet om overtredelse av konkurransereglene kunne gjøre det enklere for private parter i et etterfølgende erstatningssøksmål, ettersom vedtaket gjør tredjeparter kjent med at det har foregått kartellvirksomhet.⁶ Videre vil vedtaket inneholde informasjon om

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

² Slike avtaler vil heretter omtales som «kartellvirksomhet». Krrl. § 10 omfatter mer enn bare forbud mot kartellvirksomhet, men karteller er mer praktisk egnet for forliksordningen, nærmere om dette i punkt 3.2.2.

³ Oppgaven begrenses til å omhandle privat håndhevelse i form av erstatningssøksmål som følge av et overtredelsesvedtak fra Konkurransetilsynet, i dette tilfellet et kartellforlik, heretter omtalt som etterfølgende erstatningssøksmål. Mer om dette i punkt 2.3.

⁴ Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng, *Prosess og sanksjoner*, Oslo 2006 s. 11.

⁵ Alison Jones, «Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and Lessons from, the US», *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond; TLI Think! Paper*, 2016 p. 1-24 (p. 17).

⁶ Wouter P.J. Wils, «The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages», *World Competition*, 2009 p. 3-26 (p. 19).

overtredelsen og forholdet rundt denne. Selv om vedtaket kan ha en viss påvirkning, må imidlertid vilkårene for erstatning være oppfylt. Ved skjulte karteller knytter det seg særlige utfordringer til vilkårene og kausalitet og størrelsen på det økonomiske tapet. Utfordringene med å bevise at erstatningsvilkårene foreligger, kan forverres ytterligere dersom det forutgående vedtaket er et kartellforlik, noe som aktualiserer andre del av oppgavens problemstilling. Dersom kartellforliksordningen fungerer slik som tiltenkt, vil det føre til flere overtredelsesvedtak, og dermed offentliggjøre flere karteller. Samtidig ligger det i forliks natur en mer lukket prosess, og en forenklet håndhevelsesprosedyre i forkant av forliket. Dette kan resultere i dårligere informasjonsflyt og forenklete avgjørelser. Med dette som bakgrunn, blir det interessant å drøfte om en styrket offentlig håndhevelse gjennom kartellforliksordningen, samtidig kan ivareta en god balanse med den private håndhevelsen ved etterfølgende erstatningssøksmål. Denne delen av problemstillingen vil bli drøftet i oppgavens kapittel 4.

Fokus på etterfølgende erstatningssaker er særlig aktuelt med tanke på den mulige innføringen av Direktiv 2014/14/EU om privat håndhevelse av konkurransereglene i erstatningssaker (heretter «Håndhevelsesdirektivet» eller «Direktivet»⁷). Direktivet trådte i kraft i EU i 2014, og er nå til vurdering i EØS-landene for spørsmålet om EØS-relevans.⁸ Gjennom krav til ensartede nasjonale regler, søker Direktivet å tilrettelegge for en mer effektiv privat håndhevelse av konkurransereglene ved erstatningssøksmål. Det vil i oppgaven fokuseres på Direktivets krav til regler om tilgang til og bruk av bevis, og hva dette medfører for skadelidte tredjeparter i et erstatningssøksmål etter et kartellforlik.

Samlet utgjør det ovenfor skisserte følgende problemstilling; *Hva er innholdet i den nye kartellforliksordningen, hva vil den innebære for den offentlige håndhevelsen av krrl. § 10, og er en styrking av den offentlige håndhevelsen mulig samtidig som en god balanse mellom offentlig og privat håndhevelse ivaretas?*

1.2 Bakgrunn og formål

1.2.1 Forliksordningen

Muligheten til å forhandle seg til mildere sanksjoner har tradisjonelt sett ikke vært en del av, eller anerkjent i, europeisk rettstradisjon. At en nå har valgt å innføre en slik ordning, reiser

⁷ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/104/EU av 26. november 2014.

⁸ I EU-landene er fristen for gjennomføring i nasjonal rett 27. desember 2016.

spørsmål om hvorfor et slikt håndhevelsesverktøy velges for nettopp kartellvirksomhet. Som nevnt karakteriseres karteller av at de er fordekte, og dermed vanskelige å oppdage og avdekke omfanget av. Det brukes mye ressurser på å etterforske og forfølge mulig kartellvirksomhet, og prosessene er gjerne tidskrevende og kompliserte. Av forarbeidene fremgår det at Konkurransetilsynet ble gitt et slikt håndhevelsesverktøy for å kunne effektivisere håndhevelsen av kartellvirksomhet omfattende av krrl. § 10, og dermed styrke den offentlige håndhevelsen av konkurransereglene.⁹ Enklere saksbehandling frigjør ressurser og muliggjør behandling av flere saker på kortere tid. Videre kan det være mindre sannsynlig at vedtak klages inn for domstolene i tilfeller der foretakene har inngått et forlik, sammenlignet med når de har fått et ensidig vedtak mot seg.¹⁰

Elementet med bøtereduksjon har derimot fått fotfeste i norsk konkurranserett de siste ti årene, blant annet som følge av lempningsordningen som ble innført i 2004. Ordningen innebærer at et foretak helt eller delvis kan unngå overtredelsesgebyr ved å melde fra til Konkurransetilsynet om et ulovlig samarbeid, og samarbeide videre med tilsynet i saksbehandlingen. Lempningsordningen utgjør et annet håndhevelsesverktøy enn forliksordningen. Mens lempningsordningen søker å avdekke flest mulig karteller, søker forliksordningen å effektivisere prosessen og få flest mulig saker avgjort. Ordningene gjør seg også gjeldende på ulike stadier av håndhevelsesprosessen. Lempning søkes før en overtredelsessak åpnes, mens forliksordningen først tas i bruk etter hvert som en sak etterforskes. Enten som følge av at et foretak har søkt lempning, eller på grunn av Konkurransetilsynets egne initiativer. Ordningene har til felles at foretaket får redusert bot selv om det er gjort noe ulovlig. Tatt i betraktning kartellenes skjulte og komplekse karakter, er lempnings- og forliksordningen likevel ansett som mest fordelaktig for markedet totalt sett, ettersom flere karteller blir avslørt, stanset og sanksjonert. Lempnings- og forliksordningen kan anvendes kumulativt, slik at foretaket får bøtereduksjon etter begge ordningene, dersom det både søker lempning og inngår forlik.¹¹ Dette omtales nærmere i punkt 3.2.7.

1.2.2 Håndhevelsesdirektivet

Samtidig som den offentlige håndhevelsen styrkes ved innføring av verktøy som kartellforlik i

⁹ Prop.37 L (2015-2016) s. 66.

¹⁰ Aurora Ascione and Massimo Motta, «Settlements in cartel cases», *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law*, 2008 p. 67-83 (p. 71).

¹¹ Krrl. § 29 a sjette ledd.

europesk og norsk rett, tas det også initiativ for å styrke den private håndhevelsen. Privat håndhevelse av konkurransereglene, da kanskje særlig erstatningskrav som oppstår på grunn av konkurranseskadelig atferd, har til nå vært lite utbredt, både i Norge og de fleste andre stater i det indre marked. Dette skyldes konkurranserettens økonomiske karakter, som fører til saker med et vanskelig faktum. De vil gjerne kreve en mer omfattende bevisførsel, samtidig som at det er saksøkte eller konkurransemyndighetene som oftest besitter de viktigste bevisene.¹²

Veien frem mot Håndhevelsesdirektivet har vært lang, og skyldes initiativer fra flere institusjoner. EU-domstolen slo fast i 2001 at enhver som lider skade som følge av brudd på EUs konkurranseregler, må ha rett til å gjøre gjeldende et krav om erstatning for nasjonale domstoler.¹³ Det ble blant annet uttalt at «[t]he full effectiveness» av TFEU artikkel 101 «would be put at risk if it were not open to any individual to claim damages for loss caused to him by a contract or by conduct liable to restrict or distort competition».¹⁴ Det uttales videre at en rett til å kunne kreve erstatning som følge av brudd på artikkel 101, i tillegg vil bidra til å avskrekke konkurransebegrensende samarbeid og slik sett vedlikeholde en effektiv konkurranse.¹⁵ Saken omhandlet en vertikal konkurransebegrensende avtale og ikke et kartell, og det var en av partene i den vertikale avtalen som krevde erstatning. Uttalelsen om retten til erstatning er imidlertid generell, og henvender seg til «any individual». Innføringen av Direktivet skyldes dessuten i stor grad initiativer fra Europakommisjonen, som er konkurransemyndigheten på EU-nivå. På grunn av den nære sammenhengen mellom offentlig og privat håndhevelse, og deres evne til å påvirke hverandre, er det naturlig at konkurransemyndigheter har interesse i å utvikle den private håndhevelsen.¹⁶ Dette var spesielt tydelig da Kommisjonen utga Grønnboken¹⁷ i 2005. Her ble det i stor grad sett hen til reglene for privat håndhevelse gjennom erstatningssøksmål etter den amerikanske modellen, der privat håndhevelse er et instrument for avskrekking og en potensiell erstatning for offentlig håndhevelse.¹⁸ Dette ble gått bort fra da Kommisjonen utga Hvitboken¹⁹ i 2008, som i større grad fokuserte på den private håndhevelsens kompenserende funksjon fremfor en avskrekkende funksjon.²⁰ Arbeidet

¹² Håndhevelsesdirektivets fortale avsnitt 14.

¹³ Sak C-453/99 *Courage v. Crehan* avsnitt 23-26. Igjen slått fast i de forente sakene C-295-298/04 *Manfredi and Others* avsnitt 39 og 60-61.

¹⁴ C-453/99 *Courage v. Crehan* avsnitt 26. Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) artikkel 101 tilsvarer krrl. § 10 og tas nærmere opp nedenfor i punkt 1.3.

¹⁵ C-453/99 *Courage v. Crehan* avsnitt 27.

¹⁶ Jones (2016) p. 17.

¹⁷ Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 672.

¹⁸ Wouter P.J. Wils «Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future», forthcoming in *World Competition Vol. 40 No.1*, 2016 p. 1-46 (p. 21).

¹⁹ White Paper on actions for damages COM(2008) 165 final.

²⁰ Hvitboken punkt 1.2.

resulterte i Håndhevelsesdirektivet, med et primært formål å sikre personer eller foretak som lider skade som følge av brudd på konkurransereglene, retten til full kompensasjon.²¹ Det presiseres imidlertid i Direktivet at dette ikke må skape en negativ innvirkning på den offentlige håndhevelsen, og det er forsøkt å tilrettelegge for at verktøy som lempnings- og forliksordningen bevares.²²

I likhet med EU- og EØS-retten, er det tydelig forankret i norske rettskilder at brudd på konkurransereglene gir personer eller foretak som har lidt tap som følge av dette, rett til å kreve erstatning.²³ Privat håndhevelse i form av etterfølgende erstatningssøksmål er verken regulert i konkurranseloven eller EU/EØS-reglene. For norsk retts vedkommende følger det av alminnelige regler for erstatningsansvar i norsk rett.²⁴ Det er imidlertid stor variasjon i vilkårene for å bli tilkjent erstatning for overtredelse av konkurransereglene i EU-medlemsstatene. Dette kan blant annet kan føre til vilkårlighet og såkalt forum-shopping, ved at søksmål anlegges der reglene legger best til rette for det.²⁵ I et forsøk på å gjøre den private håndhevelsen mer effektiv og realistisk, søker Direktivet å harmonisere de nasjonale reglene ved å oppstille en rekke krav til nasjonal erstatnings- og sivilprosessrett. Dette er for å sikre at alle som lider skade som følge av konkurransereglene effektivt skal kunne utøve retten til å kreve full erstatning.²⁶

1.3 Rettskilder og metode

Formålet med denne avhandlingen er å avklare gjeldende rett om de allerede skisserte temaene, samt foreta noen normative vurderinger. For å oppnå dette ser jeg ikke bare hen til norske rettskilder, men også EU-rettslige. Dette innebærer at jeg forholder meg til henholdsvis både tradisjonell norsk juridisk metode og EU-rettslig metode.

Forliksordningen i EU retter seg mot overtredelse av kartellforbudet i Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) artikkel 101, som i all hovedsak tilsvare krrl. § 10, mens forliksordningen i EØS relaterer seg til EØS-avtalen artikkel 53, som igjen tilsvare begge disse. Kartellforliksprosedyren, som del av den offentlige håndhevelsen av kartellforbudet i EU-

²¹ Håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1.

²² Nærmere om dette nedfor i kapittel 4.

²³ Bl.a. NOU 2003:12 s. 213.

²⁴ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) s. 188.

²⁵ Erling Hjelmeng, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, Bergen 2003 s. 566 og Håndhevelsesdirektivets fortale avsnitt 7-9.

²⁶ Håndhevelsesdirektivet artikkel 1.

retten, ble innført i 2008.²⁷ I EØS-reguleringen ble tilsvarende ordning tatt inn i 2013.²⁸ Forliksregelen i krrl. § 29 a er innholdsmessig bygget opp etter mønster fra EU og EØS.²⁹ På EU-, EØS- og nasjonalt nivå er det mange aktører med parallell eller overlappende kompetanse som håndhever de nevnte bestemmelsene. Blant annet har Konkurransetilsynet plikt til å anvende både krrl. § 10 og EØS-avtalen artikkel 53 der det har foregått et konkurransebegrensende samarbeid på tvers av EØS-landene.³⁰ På grunn av denne håndhevelsespluralismen er det hensiktsmessig at reglene håndheves likt, og en bør derfor kunne se hen til forliksordningen i EU og EØS når den norske regelen om dette skal klarlegges.

Sentrale norske rettskilder for avhandlingen er lovttekst og forarbeider. Også litteratur om temaet vil benyttes, da særlig EU-rettslig litteratur, der tilfanget av teori er større. Juridisk teori har begrenset rettskildemessig vekt, både etter norsk og EU-rettslig metode, men kan ha argumentasjonsverdi.³¹

I forbindelse med innføringen av forliksordningen i EU utarbeidet Kommisjonen en tilhørende 'Settlement Notice', som gir mer utfyllende retningslinjer for forliksprosedyren.³² En meddelelse fra Kommisjonen gir kun uttrykk for Kommisjonens oppfatning, noe som i EU-retten betegnes som 'soft law'. Bruken av soft law som rettskilde vil ikke diskuteres nærmere her. Det presiseres kun at det ikke har formelt rettslig bindende virkning, men likevel kan ha betydning for rettsanvendelsen.³³

Som vist ovenfor er også Håndhevelsesdirektivet viktig for oppgaven. Her står selve direktivteksten sentralt som tolkningsmoment samt Direktivets fortale.³⁴ En ekspertgruppe utga i 2015 en utredning knyttet til rettsspørsmål om gjennomføring av Direktivet i norsk rett.³⁵ Argumentene og konklusjonene som fremgår av denne vil benyttes der norske regler

²⁷ Hjemlet i kommisjonsforordning (EF) nr. 773/2004 som med kommisjonsforordning (EF) 622/2008 fikk en ny artikkel 10a, i henhold til Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

²⁸ Hjemlet i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA) protokoll 4 kapittel III artikkel 10a.

²⁹ Prop.37 L (2015-2016) s. 66.

³⁰ ODA protokoll 4 kapittel II avsnitt IV og Graver og Hjelmeng (2006) s. 11.

³¹ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001 s. 270 og motsetningsvis gjennomgangen av rettskildene i EU/EØS i Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, 3. utgave Oslo 2011 s. 219 flg.

³² Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases OJ [2008] C 167/01.

³³ Sejersted mfl. (2011) s. 231.

³⁴ Sejersted mfl. (2011) s. 57.

³⁵ Utredning av rettsspørsmål knyttet til gjennomføringen i norsk rett av Parlaments- og Rådsdirektiv 2014/104/EU av 26. november om visse regler for søksmål i henhold til nasjonal rett angående erstatning for overtredelser av medlemsstatenes og Den europeiske unions konkurranserett, av Erling Hjelmeng, Inger B. Ørstavik og Eirik Østerud, 19.12.2014 (heretter Hjelmeng-utredningen).

sammenlignes med reglene i Direktivet. Utredningen har ikke noen større rettskildemessig vekt enn juridisk teori, men har som nevnt argumentasjonsverdi.

1.4 Videre fremstilling

Fremstillingen videre er delt inn i fire kapitler. Kapittel 2 fungerer som en fortsettelse av innledningen, der forliksordningen settes i en større kontekst, og etterfølgende erstatningssøksmål samt Håndhevelsesdirektivet forklares nærmere. Kapittel 3 og 4 utgjør avhandlingens hoveddel. I kapittel 3 vil jeg klarlegge gjeldende rett etter forliksordningen, og vurdere ordningens virkninger for den offentlige håndhevelsen av krrl. § 10. I kapittel 4 vil det fokuseres på erstatningssøkende tredjeparter. Med tredjeparter menes private parter som ikke har vært part i kartellforlikssaken, men som påstår å ha lidt skade som følge av kartellovertredelsen. Her vil jeg redegjøre for hvordan deres situasjon ved erstatningssøksmålet kan påvirkes av at det forutgående vedtaket er et kartellforlik, i lys av reglene om tilgang til og bruk av bevis fra kartellforlikssaken i Håndhevelsesdirektivet og norsk rett. Til slutt vil det foretas avsluttende betraktninger i kapittel 5.

2 HÅNDHEVELSE AV KONKURRANSELOVEN § 10

2.1 Konkurranseloven § 10

Forliksordningen retter seg som nevnt mot krrl. § 10. Det anses lite relevant å prioritere plass for en full gjennomgang av krrl. § 10, men det vil kort redegjøres for hvilke avtaler som rammes av forbudet i første ledd, for å få frem hvilke avtaler som kan være gjenstand for forliksordningen. Av § 10 første ledd fremgår det at;

«[e]nhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt ...»

Bestemmelsen omfatter både prissamarbeid i samme omsetningsledd (horisontalt samarbeid), og mellom aktører som opptrer på forskjellige nivåer i omsetningskjeden (vertikalt samarbeid).³⁶ Karteller er horisontalt samarbeid ettersom det foregår mellom faktiske eller potensielle konkurrenter, og gjelder samarbeid om priser, produksjon, anbud, informasjonsutveksling eller fordeling av marked.³⁷ Disse utgjør som oftest mer konkurranseskadelig virksomhet enn vertikalt samarbeid, fordi det er tale om faktiske eller potensielle konkurrenter som samarbeider fremfor å konkurrere.³⁸ Selv om forliksordningen relaterer seg til hele krrl. § 10, antas det at den vil være mest sentral for kartellbekjempelse, noe som drøftes nærmere i punkt 3.2.2. Det vil altså først og fremst være kartellforbudet i krrl. § 10 jeg sikter til når denne bestemmelsen omtales.

I følge ordlyden i krrl. § 10 første ledd må den samordnede opptreden ha til «formål *eller* virkning» (min kursivering) å begrense konkurransen, altså er det tale om alternative vilkår. Horisontale avtaler som defineres som et kartell vil alltid anses å ha et konkurransebegrensende formål, og blir dermed automatisk forbudte uten at det trenger å vurderes om samarbeidet også har hatt konkurransebegrensende virkninger.³⁹ Generaladvokat Kokott sammenlignet en slik regel med at akkurat som loven forbyr å kjøre bil under påvirkning av alkohol, og at en kan straffes for dette selv om føreren ikke samtidig forårsaket noen ulykke, anses visse avtaler som

³⁶ Ot.prp. nr.6 (2003-2004) s. 57 og sak C-56/64 *Consten and Grundig v Commission*.

³⁷ Juuhl-Langseth mfl. (2015) s. 105-106.

³⁸ Juuhl-Langseth mfl. (2015) s. 87.

³⁹ Juuhl-Langseth mfl. (2015) s. 98 og 105 og Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, Eight Edition, Oxford 2015 p. 123 and 125-126 som viser til sak C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires* avsnitt 51.

har til formål å begrense konkurransen som forbudte etter konkurranselovgivningen, uavhengig av om de medfører skadelige virkninger på markedet i den enkelte sak.⁴⁰

2.2 Konkurransetilsynets offentlige håndhevelse

Offentlig håndhevelse av krrl. § 10 kan følge to spor. Det ene er det administrative, der Konkurransetilsynet håndhever inngreps- og forbudsbestemmelser i konkurranseloven, f.eks. ved å regulere atferd eller ilegge overtredelsesbøter. Kartellforlik faller inn under dette sporet. Det andre er det strafferettslige med personstraff i form av bøter eller fengsel. Foretaksstraff er derimot ikke en del av konkurranseloven og håndhevelsen av den, og kan kun ilegges etter reglene om dette i straffeloven og dens straffebud.⁴¹ Oppgaven avgrenses mot det strafferettslige sporet.

Kartellforlik er bare ett av flere verktøy som brukes ved håndhevelsen av krrl. § 10. For det første kan det anvendes tiltak som ikke fører til overtredelsesvedtak, hjemlet i krrl. § 12. Det kan enten være pålegg fra Konkurransetilsynet om å bringe ulovlig atferd til opphør, eller at foretak avgir bindende tilsagn om avhjelpende tiltak for de konkurransemessige problemene, som Konkurransetilsynet har kartlagt. Sistnevnte verktøy er relativt nytt i norsk rett, og ble innført ved lovendring i 2014. For det andre kan det treffes overtredelsesvedtak. Hjemmelen for å ilegge overtredelsesgebyr følger av krrl. § 29, og kan enten følge ordinær prosedyre der Konkurransetilsynet ensidig treffer vedtak uten noen form samarbeid med foretaket, eller følge forliksprosedyren i krrl. § 29 a og/eller lempningsordningen i krrl. §§ 30 og 31.⁴² Selv om ordet forlik kan forbindes med privatrettslige disposisjoner, er kartellforlik likefullt et offentligrettslig enkeltvedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr.⁴³

Forliksprosedyren etter krrl. § 29 a og den ordinære prosedyren som Konkurransetilsynet ellers følger ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter krrl. § 29, har det samme startpunktet med etterforskning og innhenting av bevis, men skiller seg deretter fra hverandre. Hvor dette skillet går avhenger av om, og i så fall når, Konkurransetilsynet velger å invitere til forliksforhandlinger. Selve gangen i forliksprosedyren redegjøres for i kapittel 3. Prosessene skiller seg på dette punkt fra hverandre fordi forliksordningen, som nevnt, muliggjør en forenklet og raskere saksbehandling. Dette gjelder blant annet begrensede krav til utredning og

⁴⁰ Sak C-8/08 *T-mobile Netherlands BV and Others*, Generaladvokat Kokotts Opinion av 19. februar 2009 avsnitt 47.

⁴¹ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) §§ 27-28.

⁴² Lempnings- og forliksordningen kan som nevnt i punkt 1.2.1 anvendes kumulativt, jf. krrl. § 29 a sjette ledd.

⁴³ Prop.37 L (2015-2016) s. 66.

begrunnelse, og raske frister for foretakene til å respondere. I EU-rettslig litteratur er det hevdet at forlikprosedyren sparer en tredjedel av tiden sammenlignet med den ordinære prosedyren.⁴⁴

2.3 Privat håndhevelse gjennom etterfølgende erstatningssøksmål

Privat håndhevelse går ut på at private parter reiser privatrettslige krav som følge av brudd på konkurransereglene.⁴⁵ I tillegg til å kunne anlegge erstatningssøksmål etter et forutgående overtredelsesvedtak fra konkurransemyndighetene, slik denne fremstillingen begrenser seg til å omhandle, kan det også anlegges på selvstendig grunnlag uten noe forutgående overtredelsesvedtak.⁴⁶ Andre former for privat håndhevelse kan være krav om at en konkurransebegrensende avtaleklausul er ugyldig eller krav om stansing av en type atferd gjennom en midlertidig forføyning, men dette faller utenfor fremstillingen.⁴⁷

Når det kommer til hvem som kan bli skadelidende som følge av en overtredelse av konkurransereglene, er det potensielt mange. De mest åpenbare vil som oftest være kunder eller indirekte kunder, av foretak som har deltatt i det ulovlige samarbeidet der kundene har betalt for høy pris, og utestengte konkurrenter av disse foretakene.⁴⁸ Det fremgår eksplisitt av Håndhevelsesdirektivet at indirekte tap kan kreves erstattet.⁴⁹ Også parter i en konkurransebegrensende avtale kan bli skadelidende, slik som tilfellet var i den ovenfor omtalte saken *Courage*.⁵⁰ I denne oppgaven skal det imidlertid fokuseres på førstnevnte, nemlig påstått skadelidte tredjeparter.

Erstatningssøksmål for skade som følge av overtredelser av krrl. § 10 behandles av norske domstoler, og som nevnt etter alminnelige, norske sivil- og erstatningsrettslige regler. I erstatningssaker er utgangspunktet at bevisbyrden påligger den som krever erstatning, med krav om sannsynlighetsovervekt.⁵¹ Det følger av alminnelige erstatningsrettslige prinsipper at for at erstatning skal tilkjennes, må det foreligge et ansvarsgrunnlag, et økonomisk tap for skadelidte og adekvat årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og tapet. I en erstatningssak etter overtredelse av kartellforbudet, vil en påstått skadelidt kunde f.eks. måtte føre bevis for at det har foregått et ulovlig samarbeid mellom faktiske eller potensielle

⁴⁴ Andreas Stephan, «The Direct Settlement of EC Cartel Cases», *International and Comparative Law Quarterly*, 2009 p.627-654 (p. 635).

⁴⁵ Juuhl-Langseth mfl. (2015) s. 191.

⁴⁶ *ibid.*

⁴⁷ Juuhl-Langseth mfl. (2015) s. 192-193.

⁴⁸ Peder Østbye, *Konkurranserett*, Bergen 2008 s. 178 og Hjelmeng-utredningen (2014) s. 33.

⁴⁹ Håndhevelsesdirektivet artikkel 12.

⁵⁰ C-453/99 *Courage v. Crehan*.

⁵¹ Hjelmeng (2003) s. 451-452.

konkurrenter, og at vedkommende er påført tap som følge av det ulovlige samarbeidet. Det vil som nevnt ofte være problematisk å bevise tap og årsakssammenheng, da det ikke er noen enkel oppgave for tredjeparter å f.eks. estimere forskjellen på markedsprisene med og uten kartellet.⁵² Det faller utenfor fremstillingen å gi en utdypende redegjørelse for de materielle vilkårene for erstatning. Det mest sentrale for problemstillingen er de prosessuelle aspektene, knyttet til hvilke muligheter private parter har til å se og benytte bevis fra forlikssaken for å påvise at disse vilkårene foreligger. Dette drøftes i kapittel 4.

2.3.1 Nærmere om Håndhevelsesdirektivet

Bakgrunnen for og formålet med Direktivet ble klarlagt i punkt 1.2.2, slik at det her kort vil redegjøres for Direktivets virkeområde og innhold.

Direktivets virkeområde begrenser seg til søksmål om erstatning for tap påført som følge av overtredelser av TFEU artikkel 101 eller 102, om henholdsvis forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av markedsdominans, eller tilsvarende nasjonale regler.⁵³ Overtredelse av TFEU artikkel 101 forutsetter at den samordnede opptreden mellom foretak «may affect trade between Member States».⁵⁴ Skal nasjonale konkurranseregler omfattes av Direktivets virkeområde, må det forfølge de samme formål som TFEU artikkel 101⁵⁵, hvilket vil si at det må foreligge et tilsvarende krav om samhandlingspåvirkning over landegrenser.⁵⁶ Dermed vil rent interne saker om overtredelser av krrl. § 10 der det ikke foreligger samhandlingspåvirkning, falle utenfor Direktivets virkeområde. Dette vil fremstå svært vilkårlig for personer eller foretak som har lidt skade som følge av en overtredelse av konkurransereglene, siden reglene om erstatningsansvar ville blitt forskjellige der samhandelen er påvirket og ikke.⁵⁷ Av den grunn har også komiteen som har utredet rettsspørsmål knyttet til gjennomføringen av Direktivet i norsk rett, anbefalt «en frivillig harmonisering med direktivets bestemmelser i saker om brudd om norsk konkurranserett uten

⁵² Som i erstatningsretten ellers er det en nær sammenheng mellom vurderingen av årsakssammenheng og økonomisk tap, jf. Juuhl-Langseth mfl. (2015) s. 200.

⁵³ Håndhevelsesdirektivet art. 2 nr. 1.

⁵⁴ Innlemmes Direktivet i EØS-avtalen, stiller EØS-avtalens artikkel 53 et tilsvarende vilkår om at samhandelen «may affect trade between Contracting Parties».

⁵⁵ Eller EØS-avtalen 53 ved innlemmelse i EØS-avtalen.

⁵⁶ Håndhevelsesdirektivet art. 2 nr. 3 jf. nr. 1.

⁵⁷ Hjelmeng-utredningen (2014) s. 7 og 14.

samhandelspåvirkning». ⁵⁸ Det påpekes at en slik frivillig harmonisering også vil være i samsvar med det som er valgt når det gjelder den offentlige håndhevelsen. ⁵⁹

Direktivet inneholder regler som minstekrav til bevis tilgang, foreldelsesfrister, solidaransvar og presumsjonsregler for eksistensen av skade. ⁶⁰ Videre søker reglene å sikre at privat håndhevelse ikke forstyrrer lempnings- og forliksinstituttet, ved å begrense tilgang til og bruk av lempningssøknader og forliksinnlegg i etterfølgende erstatningssøksmål. I denne avhandlingen vil det fokuseres på kravene til bevis tilgang, samt tilgang til og bruk av forliksinnlegget. Reglene om dette er inntatt i artikkel 5, 6 og 7. Det er fremhevet i Direktivets fortale at for å bøte på den informasjonsasymmetrien mellom erstatningssøkende tredjepart og overtreder av konkurransereglene eller konkurransemyndighetene typisk, er det hensiktsmessig å sikre at de som søker erstatning har rett til å kreve fremleggelse av bevis som er av relevans for kravet, både fra overtrederen og konkurransemyndighetene. ⁶¹ Dette er tema i kapittel 4.

⁵⁸ Hjelmeng-utredningen (2014) s. 7. De presiserer imidlertid at anbefalingen gjelder med unntak for Direktivets artikkel 9 om virkningen av konkurransemyndigheters vedtak, men det faller utenfor fremstillingen.

⁵⁹ Hjelmeng-utredningen (2014) s. 14.

⁶⁰ Erling Hjelmeng og Lars Sjørgard, *Konkurransopolitikk*, Oslo 2014 s. 497-498.

⁶¹ Håndhevelsesdirektivets fortale avsnitt 15.

3 KARTELLFORLIK OG BØTEREDUKSJON

3.1 Innledning

I dette kapittelet vil det forsøkes klarlagt hva som er gjeldende rett om kartellforlik og bøtereduksjon etter krrl. § 29 a. Det vil ses hen til EU-reguleringen som regelen er inspirert av.⁶² Som det vil fremgå er prosessen stort sett den samme i EU-reguleringen og norsk rett, med noen små forskjeller. Etersom ordningene stort sett er like, men EU-reguleringen inneholder mer utførlige retningslinjer i Settlement Notice, er det liten grunn til at Konkurransetilsynet trenger noe lovgrunnlag for å følge, eller har noe behov for å avvike fra, disse retningslinjene for den nå ganske velutprøvde ordningen i EU.

3.2 Konkurranseloven § 29 a

3.2.1 Presentasjon av bestemmelsen

Krrl. § 29 a er plassert som en naturlig forlengelse av § 29, slik at den blir en del av Konkurransetilsynets vedtakskompetanse. Paragraf 29 a gjelder de sakene som etter § 29 omhandler ileggelse av overtredelsesgebyr, ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av krrl. § 10. Overtredelsesgebyr ilagt etter § 29 er, som vist i punkt 2.2, foranlediget av den ordinære prosedyren som følges i kartellsaker, som § 29 a legger opp til en forenklet versjon av.

Krrl. § 29 a lyder som følger;

«Inngåelse av kartellforlik etter paragrafen her innebærer at overtredelsesgebyr etter § 29 ved overtredelse av § 10 reduseres med 10 prosent.

Dersom Konkurransetilsynet vurderer en sak som egnet til kartellforlik, kan det invitere ett eller flere foretak til forliksforhandlinger. Tilsynet skal da presentere saken, bevisene i tilsynets besittelse og tilsynets foreløpige vurdering av den mulige overtredelsen, og informere om hvilket overtredelsesgebyr som vurderes ilagt.

Dersom saken er egnet til kartellforlik, gir Konkurransetilsynet foretaket en frist på minst 15 virkedager til å utforme et forliksinnlegg. Innlegget skal inneholde en uforbeholden innrømmelse av overtredelsen, det maksimale nivå på overtredelsesgebyret foretaket kan akseptere, en bekreftelse på at foretaket har fått tilgang til tilsynets bevismateriale og en bekreftelse på at

⁶² Som vist i punkt 1.3, da først og fremst Kfo. (EF) nr. 773/2004 artikkel 10a (1) og Settlement Notice.

foretaket ønsker å inngå kartellforlik med de begrensningene dette medfører for kravene til Konkurransetilsynets utrednings- og begrunnelsesplikt. Part eller partsrepresentant som blir gjort kjent med forliksinnlegget, har taushetsplikt om opplysningene og kan bare benytte dem så langt det er nødvendig for å ivareta partens interesse i saken.

Når forliksinnlegg er mottatt av Konkurransetilsynet, gis foretaket et forhåndsvarsel med en svarfrist. Etter utløp av fristen kan det fattes vedtak om redusert overtredelsesgebyr etter paragrafen her.

Dersom foretaket etter å ha mottatt forhåndsvarselet ikke ønsker å inngå kartellforlik, vil saken følge det ordinære saksbehandlingssporet i overtredelsessaker. Forliksinnlegget kan ikke benyttes som bevis i saken.

Reduksjon av overtredelsesgebyr etter paragrafen her kommer i tillegg til en eventuell reduksjon etter §§ 30 og 31.

Departementet kan gi forskrift om kartellforlik.»

3.2.2 Virkeområde: «kartellforlik» kontra «overtredelse av § 10»

Første ledd definerer bestemmelsens virkeområde. Bestemmelsen omfatter etter sin ordlyd alle typer «overtredelse[r] av § 10». Det fremgår imidlertid også at det er tale om «[i]nngåelse av kartellforlik», hvilket tilsier at det er ved horisontalt samarbeid i form av karteller at forliksordningen primært er tiltenkt brukt. Likefullt er det ikke indikert noe sted i ordlyd eller forarbeider at «kartellforlik» skal ha noen selvstendig rettslig betydning. I praksis vil det nok uansett være karteller som er gjenstand for forliksordningen, slik tilfellet er i EU.⁶³ Formålet bak innføringen av forliksordningen tilsier det samme, nemlig at det trengs et slikt verktøy fordi karteller er skjulte og Konkurransetilsynets håndhevelsesprosesser følgelig lange og kompliserte. Det er nettopp i kartelltilfellene at det finnes et behov for en mer effektiv prosess. Oppsummert er det altså ikke særlig praktisk med kartellforlik i saker som ikke dreier seg om karteller, selv om det etter ordlyden ikke er utelukket. Jeg omtaler derfor kartellforliksordningen først og fremst som et håndhevelsesverktøy for karteller.

⁶³ I EU fremgår det klarere at det kun er i kartellsaker at forliksprosedyren kan anvendes, se bl.a. Kommisjonens hjemmeside http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/settlements_en.html. Også av forlikshjemmelen i Kfo. (EF) nr. 773/2004 om «settlement procedure in cartel cases» og Settlement Notice avsnitt 1.1 der det fremgår at «This Notice sets out the framework for rewarding cooperation in the conduct of proceedings commenced in view of the application of Article 81 of the EC Treaty to cartel cases».

Videre fremgår det av første ledd at overtredelsesgebyret ved inngåelse av forlik «reduseres med 10 prosent» i forhold til det botens størrelse ville blitt ved normal prosedyre. Det er utformet som en skal-bestemmelse, som innebærer at Konkurransetilsynet verken kan øke eller redusere bøtereduksjonen med mer eller mindre enn ti prosent. Dette i likhet med EU-reguleringen der boten også *skal* reduseres med ti prosent.⁶⁴ I motsetning til lempningsordningen, innrømmes bøtereduksjonen til alle parter som inngår forlik.⁶⁵ Enkelte har innvendt at ti prosent bøtereduksjon ikke skaper tilstrekkelig incentiver for foretak til å inngå forlik.⁶⁶ Denne diskusjonen berøres noe nedenfor i punkt 3.4.

3.2.3 Åpning av forlikprosessen og innledende forhandlinger

Bestemmelsens annet ledd omhandler åpning av forlikprosessen.

Det følger av første punktum at det er Konkurransetilsynet som vurderer om en sak er egnet til kartellforlik, og dersom dette er tilfelle kan de invitere én eller flere kartelldeltagere til forlikforhandlinger. Det er ingenting som hindrer foretak i å anmode om forlikprosedyre, men den endelige avgjørelsen tas av Konkurransetilsynet. Foretak har dermed ingen rett til å inngå forlik. Dette tilsvarer EU-retten, der Kommisjonen avgjør hvorvidt en sak er egnet til forlikprosedyre, men kan ikke pålegge foretaket å begi seg inn på dette.⁶⁷ Det er altså tale om en frivillig ordning. Dersom Kommisjonen underveis i forlikforhandlingene finner at det ikke er hensiktsmessig å fortsette, f.eks. fordi det ikke er effektivt og således at de prosessuelle fordelene med forlikforhandlinger ikke oppnås, har de rett til når som helst å avslutte forhandlingene, enten i relasjon til hele saken eller til én eller flere av foretakene som er involvert.⁶⁸ Sistnevnte er ikke regulert i norsk rett. På den ene siden tilsier effektivitetshensyn at tilsvarende bør gjelde som i EU-reguleringen, i og med at det er lite hensiktsmessig å følge forliksordningen dersom de prosessuelle fordelene ikke oppnås. På den annen side etterlater en slik regel en maktbalanse i favør av konkurransemyndighetene, fordi det for foretakene vil hefte usikkerhet ved å begi seg inn på forlikforhandlinger og kanskje innrømme noe, dersom Konkurransetilsynet har mulighet til å etterpå bryte forhandlingene. Dermed er det kanskje tilsiktet og fornuftig at EU-reguleringen ikke er fulgt på dette punkt.

⁶⁴ Settlement Notice avsnitt 32.

⁶⁵ Kun det første foretaket som melder seg og samarbeider kan innrømmes hel lempning etter krrl. § 30, mens delvis lempning kan innrømmes flere foretak i forskjellig grad avhengig av når de melder seg med sterke bevis etter krrl. § 30.

⁶⁶ Høringsinstansens merknader i Prop.37 L (2015-2016) s. 68-69.

⁶⁷ Settlement Notice avsnitt 4.

⁶⁸ Kfo. (EF) nr. 773/2004 artikkel 10a (4). Se f.eks. *Smart card chip*-saken (Commission Press Release IP/14/960, 3 September 2014) der Kommisjonen avsluttet en påbegynt forlikforhandling.

Verken bestemmelsen eller forarbeidene utdyper hva som skal til for at en sak er «egnet til» kartellforlik. Ser en ordlyden i sammenheng med resten av annet ledd, tilsier det at en sak vil være egnet til kartellforlik når etterforskningen har kommet så langt at det foreligger tilstrekkelige bevis til at de kan fremlegges, samt til å danne et grunnlag for å vurdere overtredelsen og hvilket gebyr som kan tenkes ilagt. I EU-retten er det mer utførlig regulert i Settlement Notice hva som skal vektlegges i en slik vurdering. I mangel av egne retningslinjer i norsk rett, taler gode grunner for at Konkurransetilsynet bør se hen til disse når de skal ta stilling til sakens egnethet. Etter Settlement Notice skal det blant annet tas hensyn til sannsynligheten for å nå en felles forståelse innen en rimelig tidsramme hva gjelder innvendingene til de involverte partene, sett i lys av faktorer som antall involverte parter, motstridende meninger om ansvarsfordelingen og i hvor stor grad faktum bestrides av foretaket.⁶⁹ Det foreligger altså et bredt skjønn for konkurransemyndighetene når det skal vurderes om sak er egnet til forlikprosedyren. Et forslag som kan bidra til konkretisering av denne vurderingen vil fremsettes nedenfor i punkt 3.4.3.

Dersom Konkurransetilsynet finner saken egnet til kartellforlik, kan de «invitere én eller flere kartelldeltagere til forlikforhandlinger». Av forarbeidene fremgår det at ordlyden ble utformet i flertallsform, fordi det kan være behov for en fortløpende dialog i perioden før forlikinnlegg skal utformes, og at det ikke alltid er nok med bare ett forliksmøte.⁷⁰ I EU-reguleringen settes en frist på minst to uker, for foretaket til å bekrefte skriftlig hvorvidt de ønsker å delta i forlikforhandlinger.⁷¹ Noen tilsvarende frist finnes ikke i den norske reguleringen, men foretaket bør få en viss tid til å vurdere hvorvidt det vil begi seg inn på forlikforhandlinger. Konkurransetilsynet kan derfor med fordel følge EU-praksisen på dette punkt. I forarbeidene fremholdes det at det som ellers i forvaltningsretten gjelder et likebehandlingsprinsipp, slik at tilsynet må påvise særlige grunner dersom de ikke inviterer alle kartelldeltakere i samme situasjon, til forlikforhandlinger.⁷² En slik særlig grunn kan i følge forarbeidene være at én eller flere av foretakene, er del av en større og mer alvorlig overtredelse av krrl. § 10 enn de andre, som det kreves ytterligere etterforskning av.

Fristen for å iverksette forlikprosedyre i norsk rett skiller seg noe fra EU-retten. Kommisjonen kan når som helst iverksette prosedyren, men det må senest skje samme dag som det gis en

⁶⁹ Settlement Notice avsnitt 5.

⁷⁰ Prop.37 L (2015-2016) s. 71 og 83.

⁷¹ Kfo. (EF) nr. 773/2004 artikkel 10a (1) og Settlement Notice avsnitt 11.

⁷² Prop.37 L (2015-2016) s. 71.

meddelelse om innsigelser til foretaket ('statement of objections' eller 'SO').⁷³ Et SO er et dokument der Kommisjonen skriftlig informerer partene om de innsigelser som reises mot dem, som skal gi foretaket et grunnlag for å kunne forsvare seg.⁷⁴ Konkurranseloven setter derimot ingen frist for når Konkurransetilsynet senest må sette i gang forliksprosedyre, slik at det i prinsippet kan skje når som helst.

Videre følger det av annet ledd annet punktum at Konkurransetilsynet skal presentere saken, bevisene de besitter og deres foreløpige vurdering av den mulige overtredelsen, samt informere om hvilket overtredelsesgebyr som vurderes ilagt.

Lovens ord «presentere saken» tilsier at det er tilstrekkelig at Konkurransetilsynet opplyser om hvilke bevis de besitter, ikke at tilgang til disse må gis. Ser en ordlyden i sammenheng med tredje ledd, synes det imidlertid forutsatt at foretaket har fått tilgang til bevismaterialet, før det senere skal utformes et forliksinnlegg. Foretaket har i følge tredje ledd en frist på minst 15 dager på å utforme et slikt innlegg.⁷⁵ Hvis foretaket eventuelt først gis tilgang til bevisene etter at 15-dagersfristen er utløpt, risikerer en at foretaket ikke får tilstrekkelig tid til å ta stilling til saken, herunder til å avgjøre om forliksinnlegg skal inngis, og til å utarbeide eventuelt innlegg på forsvarlig måte. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene.⁷⁶ Her fremgår det at involverte foretak må ha tilgang til sentrale dokumenter i forliksforhandlingene, i tråd med vilkårene i krrl. § 26 annet ledd. Av denne bestemmelsen følger det at;

«[f]oretak ... som Konkurransetilsynet etterforsker for overtredelse av konkurranseloven, skal etter krav gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, såfremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningen eller tredjeperson».

Departementet begrunner dette med at Konkurransetilsynet ved invitasjon til forliksforhandlinger har kommet så langt i etterforskningen, at hensynet til etterforskningen ikke lenger tilsier at sakens dokumenter unntas fra innsyn for de etterforskede.⁷⁷

Det ovennevnte tilsvare EU-reguleringen, selv om diskusjonsfasen er noe mer utførlig regulert der.⁷⁸ Foretaket skal informeres om de grunnleggende elementene som er tatt i betraktning så langt. Det omfatter blant annet bevisene, hvilket faktum som er lagt til grunn, vurderingen av overtredelsens art og varighet, og estimatet på botens størrelse. Foretaket vil dessuten på

⁷³ Settlement Notice avsnitt 9.

⁷⁴ Bl.a. Kommisjonens Memo/07/314.

⁷⁵ Tredje ledd omtales nærmere i punkt 3.2.4.

⁷⁶ Prop.37 L (2015-2016) s. 71.

⁷⁷ Prop.37 L (2014-2015) s. 71.

⁷⁸ Kfo. (EF) nr. 773/2004 artikkel 10a (2) og Settlement Notice avsnitt 16.

forespørsel få tilgang til ikke-konfidensielle versjoner av dokumenter i saken. Dette skal sikre at foretaket har grunnlag for å ta en informert beslutning, om hvorvidt det vil inngå forlik eller ikke. Forliksdiskusjonene tillater partene å utøve sine forsvarsrettigheter, og dermed sikre riktigheten av avgjørelsen om overtredelsen samt bøteleggelsen.⁷⁹ Videre er det, i motsetning til i norsk rett, regulert hvem som skal delta i forliksforhandlinger hvis det er usikkerhet om dette. Dersom to eller flere parter innenfor samme virksomhet ønsker å delta i forhandlingene, skal de oppnevne felles representanter med fullmakt til å forhandle på deres vegne.⁸⁰ En slik regel kan også med fordel følges i norsk rett.

3.2.4 Forliksinnlegget og partenes taushetsplikt

Tredje ledd regulerer frister og innholdskrav knyttet til forliksinnlegget som skal inngis av foretaket, og taushetsplikt.

Av første punktum følger det at dersom saken fortsatt er egnet til kartellforlik, får partene en frist på minst 15 dager til å utforme et forliksinnlegg. Dette er samme frist som i EU-reguleringen.⁸¹ Fristen er på «minst» 15 virkedager, altså er det en minimumsregel som innebærer at det kan settes lengre frister, dersom sakens kompleksitet eller andre forhold tilsier det.⁸² Departementet fremholder i forarbeidene at det er hensiktsmessig med en slik minimumsregel, ettersom utarbeidelse av et forliksinnlegg kan innebære betydelig arbeid for foretaket, og at de interne prosessene frem til formell fremleggelse av et slikt innlegg kan ta tid. Videre fremgår det at en forutsetning for at fristen skal løpe, er at foretaket er gitt tilstrekkelig redegjørelse for saken i forbindelse med forliksforhandlingene, og nødvendig innsyn i sakens dokumenter etter krrl. § 26 annet ledd.⁸³

Annet punktum lister opp krav til hva forliksinnlegget skal inneholde. Også her er det stort sett likt som det EU-reguleringen krever av innholdet i en 'settlement submission', som i norsk rett tilsvarer et forliksinnlegg.⁸⁴ Innlegget må for det første inneholde det maksimale nivået på overtredelsesgebyret som foretaket kan akseptere, og en bekreftelse på at foretaket har fått tilgang til tilsynets bevismateriale.

⁷⁹ Wouter P.J. Wils, «The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles», *World Competition: Law and Economics Review*, 2008 p. 1-21 (p. 8).

⁸⁰ Kfo. (EF) nr. 773/2004 artikkel 10a (1).

⁸¹ Kfo. (EF) nr. 773/2004 artikkel 10a (2) og Settlement Notice avsnitt 17.

⁸² Prop.37 L (2015-2016) s. 72.

⁸³ Prop.37 L (2015-2016) s. 72.

⁸⁴ Settlement Notice avsnitt 20.

For det andre kreves det en uforbeholden innrømmelse av overtredelsen. Dette kan umiddelbart synes å stride mot selvinkrimineringsvernet. Jeg legger til grunn at foretak er beskyttet av selvinkrimineringsvernet, og går ikke nærmere inn på den diskusjonen her.⁸⁵ Vernet mot selvinkriminering er en grunnleggende menneskerettighet som innebærer en rett til å forholde seg taus, og ikke bidra til egen domfellelse.⁸⁶ Det er imidlertid tilstedeværelse av tvang og press for å oppnå aktivt bidrag til egen domfellelse, som er det sentrale ved vurderingen av om det foreligger brudd på dette vernet. Kartellforliksordningen er derimot en frivillig ordning, slik at foretaket har det alternative valget om å ikke innrømme noe som helst, og heller følge den vanlige prosedyren i overtredelsessaker. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har også slått fast at selvinkriminering er uproblematisk så lenge det er gjort frivillig.⁸⁷ Under slike omstendigheter trues ikke de verdier som ligger bak vernet mot selvinkriminering, av dette instituttet i seg selv.

Endelig må foretaket gjennom innlegget bekrefte at det ønsker å inngå kartellforlik «med de begrensningene dette medfører for kravene til Konkurransetilsynets utrednings- og begrunnelsesplikt». Det er ikke tydeliggjort nærmere i loven eller forarbeidene hva dette innebærer. Som nevnt innledningsvis, utgjør et kartellforlik et forvaltningsrettslig vedtak. Dermed gjelder forvaltningsloven.⁸⁸ Utrednings- og begrunnelsesplikten reguleres i henholdsvis forvaltningsloven⁸⁹ (fvl.) §§ 17 og 25. Utredningsplikten går ut på at forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Kravet til begrunnelse er at hjemmel og faktum som er lagt til grunn må klarlegges, samt at de hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsmessig skjønn bør nevnes. Det eneste som fremkommer av krrl. § 29 a tredje ledd, er at disse kravene kan lempes på, noe foretaket må bekrefte at de godtar. Departementet rettferdiggjør begrensningene i utrednings- og begrunnelsesplikten med at kravene til saksutredning og begrunnelse i forlikssaker, må ses i lys av at partene selv medvirker til vedtaket.⁹⁰ Det innebærer at Konkurransetilsynet må foreta en mer konkret og særskilt vurdering, og er med på å begrunne hvorfor det ikke ble foreslått

⁸⁵ For en drøftelse av dette se Prop.75 L (2012-2013) kapittel 5.2. Departementet konkluderer med at det gjelder et visst vern mot selvinkriminering for foretak, bl.a. med bakgrunn i kjennelsen Rt. 2011 s. 800.

⁸⁶ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave, Bergen 2011 s. 403. Vernet mot selvinkriminering følger av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 6 nr. 1. Det fremgår ikke uttrykkelig av bestemmelsen, men Den europeiske menneskerettighetsdomstolen har innfortolket selvinkrimineringsvernet. Stortinget har lagt til grunn at overtredelsesgebyr etter krrl. § 29 er å anse som straff etter EMK artikkel 6, se Prop.75 L (2012-2013) s. 34.

⁸⁷ Bl.a. saken *Saunders v United Kingdom*, søknadsnr. 19187/91, 17. desember 1996, dommer Walsh samstemmige uttalelse.

⁸⁸ Fvl. § 1.

⁸⁹ Lov 10. februar 1967 nr. 23 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

⁹⁰ Prop.37 L (2015-2016) s. 72.

særskilte krav til saksbehandlingen.⁹¹ Videre påpekes det i forarbeidene at dersom det viser seg å være et behov for ytterligere saksbehandlingsregler etter en stund med bruk av forliksordningen, vil dette vurderes innført i en forskrift med hjemmel i § 29 a syvende ledd.⁹² Dette kan forstås slik at det i forlikstilfellene f.eks. ikke er like stort behov for å begrunne ulike bevisvurderinger like grundig, eller å utrede like grundig om, når og hvordan kartellet har foregått, all den tid foretaket har innrømmet disse tingene. Begrensningene i utrednings- og begrunnelsesplikten kan dermed ses på som en mer praktisk enn en rettslig begrensning, blant annet som følge av frivillighet og erkjennelse fra foretaket. Det er nettopp på punkter som dette det blir synlig at er tale om en mer forenklet prosess. Poenget er i følge departementet at ordningen først og fremst skal effektivisere håndhevelsen av krrl. § 10 og ivareta fremtidig konkurranse, og at både foretakene og Konkurransetilsynet vil spare ressurser gjennom en forenklet behandling og nedkorting av saksbehandlingen.⁹³ Noen kritiske synspunkter knyttet til et for stort fokus på effektivitet vil bli drøftet i punkt 3.4.

En tilsvarende begrensning finnes ikke i EU-reguleringen, men også der legges det opp til en mer forenklet saksbehandling. Både SO og det endelige vedtaket, som kan sammenlignes med henholdsvis utrednings- og begrunnelsesplikten, er vesentlig forenklet sammenlignet med vanlig prosedyre.⁹⁴ Mens SO og endelig vedtak kan ende på flere hundre sider ved bruk av vanlig prosedyre, ender det gjennomsnittlig på 20 til 40 sider ved bruk av forliksprosedyren.⁹⁵ Det er også i tråd med hvordan Kommisjonen så for seg at det skulle være da de utformet ordningen.⁹⁶ Til sammenligning er den endelige avgjørelsen fra Kommisjonens første forliksvedtak i *DRAM*-saken på 43 sider, mens den endelige avgjørelsen fra saken *Prestressing steel* samme år, som fulgte den ordinære prosedyren, er på 296 sider.⁹⁷ Stor grad av informasjonsproduksjon ved forlik er verken nødvendig for Kommisjonen eller ønsket av kartelldeltakerne, der det for sistnevnte ofte vil være grunnen til at de ønsker å forlike i første omgang.⁹⁸ For konkurransemyndighetene kan det dessuten fungere som et forhandlingskort.⁹⁹

⁹¹ Prop.37 L (2015-2016) s. 72.

⁹² Prop.37 L (2015-2016) s. 72-73.

⁹³ Prop.37 L (2015-2016) s. 72.

⁹⁴ Stephan (2009) p. 634.

⁹⁵ Flavio Laina and Elina Laurinen, «The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges», *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013 p. 1-10 (p. 4 and 7).

⁹⁶ Stephan (2009) p. 646 og Maarten Pieter Schinkel «Bargaining in the Shadow of European Settlement Procedure for Cartels», *Antitrust Bulletin, Forthcoming; Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper*, 2010 p.1-26 (p. 8).

⁹⁷ COMP/38.511 – *DRAMs*, Commission Decision 19 May 2010 og COMP/38.344 – *Prestressing Steel*, Commission Decision 30 June 2010.

⁹⁸ Schinkel (2010) p. 8.

⁹⁹ Schinkel (2010) p. 21.

Sammenlignet med den ordinære håndhevelsesprosedyren i kartellsaker, vil dermed forliksordningen innebære en informasjonsbegrensende funksjon både i EU-retten og norsk rett, som følge av at både utredninger og endelig avgjørelse blir vesentlig kortere.¹⁰⁰ Dette kan få betydning for tredjeparter som søker erstatning på bakgrunn av overtredelsen i kartellforlikssaken, noe som behandles nærmere i kapittel 4.

I tredje ledd siste punktum fremgår en viktig presisering, med tanke på at foretaket må erkjenne overtredelse av krrl. § 10. Både Konkurransetilsynet selv samt andre foretak som etterforskes for samme overtredelse, vil ha tilgang til slik informasjon. Taushetsplikt for foretak som mottar informasjon fra Konkurransetilsynet, har nå blitt regulert i samsvar med EU-retten, der foretak som deltar i forliksdrøftelser har taushetsplikt.¹⁰¹ Det fremkommer således av § 29 a tredje ledd siste punktum, at part eller partsrepresentant som blir gjort kjent med forliksinnlegget, har taushetsplikt om opplysningene de blir kjent med gjennom forliksforhandlinger, og bare kan benytte dem så langt det er nødvendig for å ivareta partens interesse i saken. Dette er en presisering av krrl. § 27 a første ledd der det følger at;

«[p]art eller partsrepresentant som blir gjort kjent med opplysninger som nevnt i § 27 annet ledd, har taushetsplikt om opplysningene og kan bare bruke dem så langt det er nødvendig for å ivareta partens interesse i saken».

Av § 27 annet ledd fremgår følgende;

«[e]nhver som utfører tjeneste eller arbeid for konkurransemyndighetene, har taushetsplikt om opplysninger som har sin opprinnelse i erklæringer fra et foretak om dets viten om en overtredelse av § 10 og foretakets egen delaktighet i overtredelsen, og som er utarbeidet spesielt med det formål å oppnå lempning, eller som ledd i forliksforhandlinger etter § 29 a».

Sistnevnte bestemmelse ble endret i forbindelse med innføring av forliksordningen, slik at erklæringer som kommer som ledd i forliksforhandlinger nå er underlagt den samme taushetsplikten som erklæringer i forbindelse med lempningssøknader. Med «erklæringer» menes i forlikssammenheng forliksinnlegget, slik dette er definert i § 29 a tredje ledd, noe som omfatter opplysninger om at det finnes, elementene det inneholder og det at det foregår eller har foregått en forliksdrøftelse.¹⁰²

¹⁰⁰ Jf. også Stephan (2009) p. 646 som i 2009 antok at kartellforlik ville medføre en «information limiting function» dersom SO og endelig avgjørelse som tiltenkt ville bli vesentlig forenklet.

¹⁰¹ Kfo. (EF) nr. 773/2004 artikkel 10a (2).

¹⁰² Prop.37 L (2015-2016) s. 82.

Foretak som er part i saken kan altså få innsyn i erklæringer som kommer i forbindelse med forliksdrøftelser, av den grunn at de skal ha mulighet til å forsvare seg selv i overtredelsessaken og utøve kontradiksjon.¹⁰³ Bruken av denne informasjonen stopper imidlertid her, og kan for eksempel ikke videreformidles i en senere erstatningssak eller gis videre til andre.¹⁰⁴ Det må presiseres at taushetsplikten oppheves hva gjelder de deler av opplysningene som eventuelt offentliggjøres, for eksempel gjennom det endelige vedtaket eller fra foretaket opplysningene gjelder.¹⁰⁵ Nærmere om slike opplysningers stilling i etterfølgende erstatningssaker, drøftes nedenfor i kapittel 4.

3.2.5 Forlikprosessen fullføres: forhåndsvarsel, svarfrist og endelig vedtak

Når forlikinnlegget er mottatt av Konkurransetilsynet, følger det av fjerde ledd første punktum at foretaket skal gis et forhåndsvarsel med en svarfrist. Etter utløpet av denne fristen, kan Konkurransetilsynet etter annet punktum fatte vedtak om redusert overtredelsesgebyr etter § 29 a. I EU-reguleringen er den tilsvarende fristen på to uker, der foretaket innen den tid må bekrefte at SO stemmer overens med forlikinnlegget, og at de fortsatt forplikter seg til forlikprosedyren.¹⁰⁶

3.2.6 Avbrutt forlikprosess

Av femte ledd første punktum fremgår det at dersom foretaket etter å ha mottatt forhåndsvarselet ikke ønsker å inngå kartellforlik, vil saken følge det ordinære saksbehandlingssporet i overtredelsessaker. Dette i likhet med EU-reguleringen.¹⁰⁷ Det kan tenkes tilfeller der utspekulerte foretak misbraker ordningen, ved å i utgangspunktet takke ja til forliksforhandlinger for å skaffe seg et forsprang til sitt eget forsvar ved å få innblikk i Konkurransetilsynet sak, for deretter å trekke seg.¹⁰⁸ En kan imidlertid spørre seg om dette egentlig har noen praktisk betydning. I denne fasen av forlikprosessen vil det ha kommet en relativt utførlig beskrivelse fra foretaket i forlikinnlegget, om egen deltakelse i kartellet og faktum rundt dette. Det kan være vanskelig å forestille seg at Konkurransetilsynet da lukker

¹⁰³ Prop.75 L (2012-2013) s. 126. I følge Prop.37 L (2015-2016) s. 71 skal det nye tillegget om dokumenter mottatt i forbindelse med forliksforhandlinger forstås på samme måte som den tilsvarende bestemmelsen om dokumenter i forbindelse med lempningssøknad, og viser til Prop.75 L.

¹⁰⁴ Prop.75 L (2012-2013) s. 126.

¹⁰⁵ Prop.37 L (2015-2016) s. 82.

¹⁰⁶ Kfo. (EF) nr. 773/2004 art. 10a (3) og Settlement Notice avsnitt 26.

¹⁰⁷ Settlement Notice avsnitt 27.

¹⁰⁸ Stephan (2009) p. 652.

øynene og ikke starter å lete etter det de allerede vet. På den annen side kan det innvendes at Konkurransetilsynet allerede sitter på overbevisende bevis, ettersom foretaket opprinnelig valgte å inngi et forliksinnlegg. I alle fall er det mindre betenkelig at foretakene har en mulighet til å avbryte forliksforhandlingene enn at Konkurransetilsynet har det, slik som drøftet ovenfor i punkt 3.2.3.

Annet punktum inneholder en viktig regel om at forliksinnlegget, dersom saken går tilbake til å følge det ordinære saksbehandlingssporet, ikke kan benyttes som bevis «i saken». Ordlyden tilsier den samme overtredelsessaken, som da vil gå over til å følge den ordinære prosedyren. Denne forståelsen støttes opp i forarbeidene, der det står at «i likhet med i EU/EØS, vil et forliksinnlegg ikke kunne brukes som bevis i en overtredelsessak dersom foretaket ikke samtykker til kartellforlik».¹⁰⁹ Ordlyden regulerer derimot ikke om forliksinnlegget som bevis i en etterfølgende erstatningssak. Det reguleres av andre regler og drøftes nedenfor i kapittel 4.

3.2.7 Forlik og lempning kan anvendes kumulativt

Sjette ledd presiserer at en eventuell lempningsreduksjon etter krrl. §§ 30 og 31, kommer i tillegg til reduksjon av overtredelsesgebyr ved kartellforlik etter § 29 a. Dette er også tilfellet i EU.¹¹⁰ I Kommisjonens første kartellforlikssak fra 2010, *DRAM*, ble dette tilfellet for tre av de involverte foretakene.¹¹¹

Som tidligere nevnt, representerer lempning og forlik to forskjellige håndhevelsesverktøy. Lempningsordningen søker å avdekke flest mulig karteller, mens forliksordningen søker å effektivisere prosessen og få flest mulig saker avgjort. At ordningene kan anvendes kumulativt er hensiktsmessig, ettersom en kombinasjon av disse styrker den offentlige håndhevelsen. Det er også fremholdt i forarbeidene og i EU-rettslig litteratur, at det er sannsynlighet for at forliksordningen hovedsakelig vil benyttes av foretak som allerede har søkt lempning, og dermed fungere som en ytterligere lempningsrabatt.¹¹²

¹⁰⁹ Prop.37 L (2015-2016) s. 66. At forliksinnlegget ikke kan brukes som bevis i den videre overtredelsessaken i EU-reguleringen følger av Settlement Notice avsnitt 27.

¹¹⁰ Settlement Notice avsnitt 1, 32 og 33.

¹¹¹ COMP/38.511 – *DRAMs*.

¹¹² Prop.37 L (2015-2016) s. 84 og David G. Anderson and Rachel Cuff, «Cartels in the European Union: Procedural fairness for defendants and claimants», *Fordham International Journal*, 2011 p. 385-430 (p. 408).

3.2.8 Forskriftsfullmakt til departementet

Syvende ledd fastsetter at departementet kan gi forskrift om forlik. Et eksempel på en slik forskrift kan være saksbehandlingsregler utover det som reguleres i krrl. § 29 a, slik som nevnt ovenfor i punkt 3.2.4.

3.3 Klageadgang

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke klages inn til departementet, i motsetning til visse andre enkeltvedtak fattet av Konkurransetilsynet. Det er imidlertid adgang til å bringe saken inn for overprøving i domstolene, etter krrl. § 29 tredje ledd. Domstolene prøver lovligheten av Konkurransetilsynets vedtak, noe som vil si kontroll med om tilsynet har holdt seg innenfor sin kompetanse, om de har foretatt forsvarlige vurderinger og foretatt korrekt saksbehandling.¹¹³ Normalt overprøver ikke domstolene forvaltningsorganers vurderinger, men det stiller seg annerledes etter konkurranseloven, og det er uttrykkelig presisert i § 29 tredje ledd at retten kan prøve alle sider av saken.¹¹⁴ Hva gjelder vedtak om kartellforlik spesielt, er det botens størrelse som vil bli mest relevant å overprøve ettersom det foreligger en innrømmelse av handlingene i forkant.

I EU-reguleringen er det samme adgang til overprøving i domstolene, nærmere bestemt i The General Court, som er en del av EU-domstolen.¹¹⁵ General Court har full overprøvsrett med hensyn til klager over beslutninger der Kommisjonen ilegger bøter.

Norske domstoler som første og eneste klageinstans for Konkurransetilsynets overtredelsesvedtak nærmer seg imidlertid slutten. Det er vedtatt i Stortinget at klageordningen i konkurransesaker skal endres ved opprettelse av en ny klageinstans, kalt Konkurransklagenemda. Planlagt oppstart er våren 2017. Det er foreslått at alle vedtak fra Konkurransetilsynet skal kunne overprøves i Konkurransklagenemda, noe som skal sikre en spesialisert, uavhengig og enhetlig klagebehandling før klagevedtakene igjen kan overprøves av domstolene.¹¹⁶ Et vedtak om kartellforlik med redusert overtredelsesgebyr etter krrl. § 29 a, skal etter de nye reglene kunne påklages til Konkurransklagenemda etter forslag til nytt tredje ledd i krrl. § 29.¹¹⁷ Deretter kan vedtakene bringes inn for domstolene, men da direkte til

¹¹³ Graver og Hjelmeng (2006) s. 147.

¹¹⁴ *ibid.*

¹¹⁵ Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 31. EU-domstolen består av tre ulike domstoler, The General Court, The Court of Justice og The Civil Service Tribunal.

¹¹⁶ Prop.37 L (2015-2016) s. 5 og 29.

¹¹⁷ Prop.37 L (2015-2016) s. 73.

lagmannsretten.

3.4 Virkninger for den offentlige håndhevelsen av konkurranseloven § 10

3.4.1 Innledning

Dersom forliksordningen virker etter sitt formål, fører det åpenbart med seg mye positivt for den offentlige håndhevelsen av krrl. § 10. En forenklet prosedyre som muliggjør behandling av flere saker, og dermed sanksjonering av flere ulovlige karteller, bidrar til å opprettholde en effektiv konkurranse i markedet. Ikke minst muliggjør det ressursbesparelser for Konkurransetilsynet når de kan følge en forenklet prosedyre, og det foreligger mindre sannsynlighet for klager til domstolene som de må bruke ressurser på å forsvare seg mot.¹¹⁸

Som så vidt introdusert i punkt 3.2.4, kan en for stor etterstrebelse etter effektivitet imidlertid medføre negative virkninger for den offentlige håndhevelsen av krrl. § 10. To forskjellige aspekter ved dette vil tas opp i henholdsvis punkt 3.4.2 og 3.4.3. Sistnevnte vil også inneholde betraktninger om hvordan de negative virkningene kan unngås.

3.4.2 Risikoen for at ikke hele overtredelsen avdekkes

I punkt 3.2.3 ble det vist at det ikke foreligger helt faste kriterier for hva som skal til for at en sak bør følge forliksprosedyren, men at det beror på et bredt skjønn fra Konkurransetilsynet. Dersom det inviteres til forlik på et for tidlig stadium, kan en risikere at ikke alle relevante fakta har kommet frem, og at sakens fulle omfang og seriøsiteten av overtredelsen ikke er avdekket. Tidspress kombinert med begrensede ressurser, kan også bidra til at forlik inngås for fort. Foretak vil dessuten gjennom forliksmøtene få greie på hvor langt Konkurransetilsynet har kommet i saken, og vil være interessert i å få på plass et forlik raskt slik at tilsynet ikke får en større sak enn de allerede har.¹¹⁹ Resultatet vil i så fall bli at Konkurransetilsynet og overtredene mer 'møtes på midten', enn at hele det ulovlige samarbeidet avdekkes og sanksjoneres.

For det første taper samfunnet og forbrukerne på dette, fordi de må betale en høyere pris som følge av at det fortsatt ikke vil være en reell konkurranse i markedet. Også dersom den delen av samarbeidet som ikke er avdekket skulle stanse, vil ikke denne delen komme

¹¹⁸ Wils (2008) p. 12.

¹¹⁹ Wils (2008) p. 14.

tredjeparter til kunnskap, noe som virker inn på deres mulighet til å kreve erstatning ved etterfølgende søksmål. For det andre er det negativt for den offentlige håndhevelsen, ettersom Konkurransetilsynet vil ende med å innrømme overtredene en de facto for høy bøtereduksjon.¹²⁰ Bøtereduksjonen står fast på ti prosent, men i realiteten blir den høyere fordi boten er utmålt basert på en mindre alvorlig overtredelse. Dette er også viktig å unngå fordi det vil være umulig for Konkurransetilsynet å gi en høyere bot på et senere tidspunkt, dersom overtredelsen viser seg å være større enn først antatt.¹²¹ Som nevnt i fotnote 86, er illeggelse av overtredelsesgebyr å anse som straff etter EMK artikkel 6. Dermed gjelder også forbudet mot dobbeltstraff i tilleggsprotokoll 7 til EMK artikkel 4 nr. 1, som innebærer at det ikke kan gis ytterligere bot som baserer seg på den samme overtredelsen.

3.4.3 Risikoen ved at forliksordningen overtar for den ordinære prosedyren

Begrensede ressurser kombinert med et for stort fokus på effektivitet og gjennomføring av flest mulig saker fortrest mulig, kan også føre til at forliksordningen benyttes i større grad enn den burde. Utviklingen kan resultere i at forliksordningen tar over for mye av Konkurransetilsynets tradisjonelle etterforskningsmetoder og prosedyrer. En slikt mønster kan skimtes i EU, der blant annet åtte av Kommisjonens ti avgjørelser i kartellsaker, ble avgjort gjennom forliksordningen i 2014.¹²² En situasjon der Konkurransetilsynet `hviler` på verktøy som forlik, og da gjerne kombinert med lempning, er problematisk for den offentlige håndhevelsen av flere grunner, som vil tas opp i det følgende.

Karteller består ofte av sofistikerte foretak som er i stand til å lære seg nye metoder for hvordan et kartell best mulig skal være i stand til å overleve.¹²³ Dersom den skisserte utviklingen blir en realitet, vil kartelldeltakere kunne innrette seg deretter, fordi de vet at konkurransemyndighetene ikke etterforsker og foretar effektiv håndhevelse på egenhånd. For at håndhevelsesverktøy som forliksordningen skal fungere, er en derfor avhengig av at Konkurransetilsynets etterforskning og ordinære håndhevelsesprosedyre uten verktøy som forlik og lempning innblandet, fungerer godt ved siden av.¹²⁴ Uten dette vil det ikke rå noen frykt blant foretakene for å bli oppdaget og effektivt etterfulgt av konkurransemyndighetene.

¹²⁰ *ibid.*

¹²¹ Wils (2008) p. 14-15.

¹²² Whish and Bailey (2015) p. 279.

¹²³ Wils (2016) p. 17.

¹²⁴ Wils (2008) p. 14, Wils (2016) p. 25, og til en viss grad Schinkel (2010) p. 25.

Den optimale måten å anvende forliksordningen på vil slik sett være å inngå forlik i de mest oversiktlige og sterke sakene. Med sterke saker sikter jeg til at Konkurransetilsynet besitter mange og gode bevis, og med svake saker det motsatte. Dermed frigjøres ressurser til etterforskning og bruk av ordinære prosedyrer, for kartellvirksomheter der det virkelig trengs å gå hardt til verks for å avdekke hele virksomheten. Ved å etterforske og håndheve slike saker helt på egen hånd, viser Konkurransetilsynet at det evner å behandle disse med suksess også under den ordinære prosedyren. På den måten blir foretak mer villig til å forlike i saker som egner seg til forlik, selv med en bøtereduksjon på bare ti prosent.¹²⁵ Som bemerket i punkt 3.2.2, ble det under lovforberedelsen innvendt at en bøtereduksjon på ti prosent, ikke gir foretakene tilstrekkelig insentiver til å forlike. Det bør imidlertid ikke være tilfellet dersom forliksprosedyren anvendes på en slik måte som beskrevet, på bakgrunn av følgende resonnement; Dersom det forelå en adgang til skjønnsmessig å kunne innrømme større bøtereduksjoner vurdert fra sak til sak i stedet for en fastsatt sats, ville det tilrettelagt for inngåelse av forlik i svake saker eller saker med svake sider ved seg, fordi en større bøtereduksjon ville reflektert svakhetene.¹²⁶ Dette ville åpnet for forlik av svake saker, og gjort det gjennomførbart å forlike en sak som ikke hadde nådd frem gjennom bruk av ordinær prosedyre, eller eventuelt bare resultert i en bagatellmessig overtredelse.¹²⁷ En sterk offentlig håndhevelse gjennom ordinære prosedyrer ved siden av, og bøtereduksjon på bare ti prosent ved bruk av forliksprosedyren som ikke kan tilpasses etter hvor svak saken er, vil medføre at bare sterke saker blir avgjort gjennom forliksprosedyren. Ressursene som frigjøres kan brukes til å etterforske de svake sakene ytterligere, som ellers kanskje ville blitt droppet på grunn av begrensede ressurser.

Et forslag som kan bidra til å sikre dette er å ta inn et nytt, eksplisitt moment i vurderingen av om en sak er «egnet til» kartellforlik, i krrl. § 29 a annet ledd. I punkt 3.2.3 ble ordlyden tolket dithen at en sak vil være «egnet til» kartellforlik, når etterforskningen har kommet så langt at det foreligger tilstrekkelige bevis til at de kan fremlegges, samt til å danne et grunnlag for å vurdere overtredelsen og hvilket gebyr som kan tenkes ilagt. I tillegg ble det anbefalt å se hen til EU-reguleringen, der noen flere momenter følger av Kommisjonens Settlement Notice. Jeg foreslår imidlertid en enda mer eksplisitt regulering i norsk rett, der det fremgår at det avgjørende momentet ved egnethetsvurderingen er at det må være en sterk sak, altså at det må

¹²⁵ Wils (2008) p. 14.

¹²⁶ Wils (2008) p. 16.

¹²⁷ Wils (2008) p. 20.

foreligge sterke bevis og full oversikt over saken. Slik sikrer en at bare sterke saker vil være gjenstand for forlikprosedyren.

Oppsummert er det altså viktig med en sterk offentlig håndhevelse i seg selv, og å overlate de sterke og mest oversiktlige sakene til forlikprosedyren. Dette vil også bøte på problemet om faren for at Konkurransetilsynet og overtrederen møtes mer på midten, fremfor at hele kartellvirksomheten avdekkes og sanksjoneres. Brukt på denne måten vil forliksordningen kunne bidra til å optimalisere den offentlige håndhevelsen, fordi enkle og sterke saker blir raskt behandlet og avgjort, mens ressursene som frigjøres brukes til å etterforske og avdekke de største og mest uoversiktlige kartellene i sin helhet.

4 VIRKNINGEN AV INNGÅTT KARTELLFORLIK FOR ETTERFØLGENDE ERSTATNINGSSØKSMÅL

4.1 Innledning

Vedtak om overtredelse av kartellforbudet forbindes med noe positivt for etterfølgende erstatningssøksmål, ettersom private parter får kjennskap til kartellet og et vedtak å støtte seg på. I dette kapittelet skal det drøftes hvorvidt dette også er tilfellet der det forutgående vedtaket er et kartellforlik, eller om det vil bidra til å forstyrre balansen mellom den offentlige og private håndhevelsen negativt, på grunn av sin særegne karakter. Med særegen karakter sikter jeg til at forlikprosessen i større grad skjer for lukkede dører, og at mindre informasjon produseres.

Som utgangspunkt vil forlikprosedyren på samme måte som der den vanlige prosedyren følges, gjøre karteller kjent for erstatningsberettigede tredjeparter. Dersom forliksordningen fungerer som forutsatt vil den, som redegjort for i kapittel 3, bidra til at Konkurransetilsynet får behandlet og avgjort flere saker på kortere tid. Dermed legger forlikprosedyren i større grad til rette for at karteller blir kjent, enn tidligere.

Skadelidte tredjeparters største utfordring i forbindelse med erstatningssaker som følger etter konkurranseovertrædelser, er å få brakt fakta på det rene for å kunne føre bevis for at erstatningsvilkårene foreligger. Etterforskningsmulighetene for tredjeparter er langt mer begrenset enn for Konkurransetilsynet. Tilsynet innehar vide etterforskningshjemler, og selv de kan ha vanskeligheter med å avsløre kartellers eksistens og omfang.¹²⁸ Det vises nettopp ved at utradisjonelle håndhevelsesverktøy, som forliksordningen, må tas i bruk. Det interessante å finne ut av, er hvorvidt situasjonen vanskeliggjøres ytterligere for skadelidte når det forutgående vedtaket er et kartellforlik. Forlikprosessen vil som vist inneholde mindre informasjon enn ved vanlig prosedyre, noe som kan forverre muligheten til å få tak i bevis, selv om det foreligger et forutgående vedtak.¹²⁹ I kapittel 3 fremgikk det at både SO og endelig vedtak i EU utformes mye kortere enn når vanlig prosedyre følges, og at tilsvarende forenklinger også legges opp til etter den norske forliksregelen.

Det blir dermed aktuelt å se på om norske regler og reglene i Håndhevelsesdirektivet bidrar til å veie opp for dette. Fordi fremstillingens omfang ikke tillater å se hen til hele Direktivet,

¹²⁸ Wils (2016) p. 17 and 31-21.

¹²⁹ Whish and Bailey (2015) p. 277.

begrenses den som tidligere nevnt til det jeg anser som mest relevant for spørsmålet, nemlig skadelidte tredjeparters mulighet for tilgang til og bruk av bevis fra kartellforlikssaken, og da først og fremst forliksinlegget.¹³⁰ Det vil tas opp i punkt 4.2. Formålet med punkt 4.2.1 er å redegjøre helt overordnet og summarisk for utgangspunktene etter Håndhevelsesdirektivet og norsk rett, hva gjelder tilgang til og bruk av bevis fra en forlikssak generelt. Punkt 4.2.2 vil så ta for seg forliksinlegget spesielt. Det vil undersøkes hva som gjelder etter norsk rett, samt at relevante bestemmelser i Håndhevelsesdirektivet vil trekkes frem for å belyse om norske regler er strengere eller mer liberale i dag. På bakgrunn av dette vil det til slutt foretas en vurdering i punkt 4.3. I punkt 4.4 vil blikket løftes for å se på alternative måter å regulere forliksordningen, for en eventuell forbedring av samspillet mellom offentlig og privat håndhevelse.

4.2 Tilgang til og bruk av bevis som er en del av kartellforlikssaken

4.2.1 Utgangspunkter

Om bevisfremleggelse generelt, krever artikkel 5 i Håndhevelsesdirektivet kort sagt at det foreligger hjemmel i nasjonal rett for domstolene til å pålegge saksøkte eller tredjepart, etter anmodning fra saksøker, å fremlegge relevante og spesifiserte bevis under saksøktes eller tredjeparts kontroll. Med saksøker siktes det i denne sammenheng til skadelidte tredjepart, mens det med saksøkte siktes til overtrederen av konkurransereglene. Dette er underlagt en proporsjonalitetsbegrensning basert på rettens skjønnsmessige vurdering. I norsk rett er det tvisteloven¹³¹ (tvL.) som regulerer tilgang til og bruk av bevis ved sivile erstatningssøksmål, med generelle regler om opplysnings- og bevisplikt samt bevistilgang i kapittel 21 og 26. Komiteen som har utredet rettsspørsmål knyttet til gjennomføringen av Direktivet i norsk rett, har konkludert med at reglene om tilgang til bevis i tvL. kapittel 21 og 26 tilfredsstillende de krav som stilles til nasjonal rett etter Direktivets artikkel 5.¹³²

Videre er det forutsatt i Direktivet at bevisfremleggelsesplikten også skal gjelde for konkurransemyndighetene.¹³³ Artikkel 6 krever at nasjonale domstoler skal kunne pålegge bevis fremlagt fra konkurransemyndighetenes saksmappe, og at artikkel 5 da gjelder i tillegg. Etter artikkel 6 er det blant annet visse tilleggsmomenter som skal tas i betraktning i proporsjonalitetsvurderingen nedfelt i artikkel 5. Det fremholdes i fortalen at begjæring om

¹³⁰ Forliksinlegg ble omtalt i punkt 3.2.4.

¹³¹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven eller tvL.).

¹³² Hjelmeng-utredningen (2014) s. 42-47.

¹³³ Hjelmeng-utredningen (2014) s. 51.

fremleggelse av f.eks. hele saksmappen til konkurransemyndighetene eller alle dokumenter fremlagt av en part i forbindelse med saken, ikke bør anses proporsjonalt.¹³⁴ Også her har utredningskomiteen konkludert med at tvistelovens regler oppfyller Direktivets krav.¹³⁵

På et par punkter går imidlertid Direktivet lenger enn norsk rett i å *hindre* tredjeparter fra tilgang til og bruk av dokumenter fra forlikssaken. I tiden før overtredelsessaken er avsluttet hos konkurransemyndighetene, kreves det etter artikkel 6 nr. 5 et forbud mot å fremlegge visse kategorier bevis.¹³⁶ Forbudet gjelder dokumenter utarbeidet i forbindelse med overtredelsessaken av enten parter eller konkurransemyndighetene, eller forliksinnlegg som er trukket tilbake.¹³⁷ Dersom en fysisk eller juridisk person allerede skulle sitte på slike bevis alene som følge av innsyn i konkurransemyndighetenes saksmappe, kreves det etter artikkel 7 nr. 2 at disse ikke kan brukes som bevis før konkurransemyndighetene har avsluttet overtredelsessaken.

Norsk rett inneholder også en regel som beskytter slike dokumenter før overtredelsessaken er avsluttet hos Konkurransetilsynet. Utgangspunktet etter offentlighetsloven¹³⁸ § 3 er at Konkurransetilsynets dokumenter er offentlige, med mindre annet skulle følge av lov.¹³⁹ Et slikt unntak finnes i krrl. § 26 første ledd første punktum, som slår fast at offentlighetsloven ikke gjelder så lenge saker om overtredelse av krrl. § 10 ikke er avsluttet.¹⁴⁰ Dette dreier seg imidlertid bare om at offentligheten rundt dokumentene utsettes mens saksbehandlingen til Konkurransetilsynet pågår, og får ingen betydning der domstolene skal behandle erstatningskrav med grunnlag i overtredelse av konkurransereglene.¹⁴¹ Heller ikke tvisteloven har regler som gjør unntak for de opplysninger og bevis som dekkes av Direktivet på dette punkt. Utredningskomiteen har derfor konkludert med at det behøves gjennomføring ved særlige lovbestemmelser, av både Direktivet artikkel 6 nr. 5 om begrensning av tilgang til bevis før konkurransemyndighetene har avsluttet saken, og artikkel 7 nr. 2 for midlertidig bevisforbud for bruk av bevisene som dekkes av artikkel 6 nr. 5.¹⁴² Norsk rett er altså mer liberal i dag når

¹³⁴ Håndhevelsesdirektivets fortale avsnitt 23.

¹³⁵ Hjelmeng-utredningen (2014) s. 58.

¹³⁶ Saken avsluttes «by adopting a decision or otherwise», jf. Håndhevelsesdirektivet artikkel 6 nr. 5.

¹³⁷ Hjelmeng-utredningen (2014) s. 59.

¹³⁸ Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova).

¹³⁹ Offentlighetsloven gjelder for Konkurransetilsynet, jf. § 2.

¹⁴⁰ I forlikssammenheng avsluttes saken når det treffes forliksvedtak etter § 29 a eller hvis Konkurransetilsynet bestemmer seg for å ikke gå videre med saken, jf. Prop.37 L (2015-2016) s. 81 som viser til forståelsen av § 26 første ledd i Prop.75 L (2012-2013) [s. 51].

¹⁴¹ Hjelmeng-utredningen (2014) s. 60.

¹⁴² Hjelmeng-utredningen (2014) s. 60.

det kommer til bevisstilgang- og bruk før konkurransemyndighetene har avsluttet sin saksbehandling, noe som vil måtte strammes til ved gjennomføring av Direktivet.

Etter overtredelsessaken er avsluttet for konkurransemyndighetene er det imidlertid fritt frem for tredjeparter etter både Direktivet og norsk rett til å anmode domstolen om å pålegge fremleggelse av bevis fra forlikssaken, noe som vil bero nærmere på vurderingene av blant annet proporsjonalitet som vist ovenfor. For ett type dokument fra forlikssaken, forliksinnlegget, er det imidlertid begrensninger etter både Direktivet og norsk rett, både før og etter kartellforlikssaken er avsluttet. Dette redegjøres nærmere for i det følgende.

4.2.2 Forliksinnlegget

Det spesielle med forliksprosedyren er, som vist i punkt 3.2.4, at kartellovertrederen etter forliksforhandlingene og før forlik inngås, må utforme et forliksinnlegg der det blant annet gis en uforbeholden innrømmelse av overtredelsen. Forliksinnlegg kan som nevnt tidligere sammenlignes med 'settlement submissions' i EU-retten.¹⁴³ I Direktivet er en «settlement submission» definert som

«a voluntary presentation by, or on behalf of, an undertaking to a competition authority describing the undertaking's acknowledgement of, or its renunciation to dispute, its participation in an infringement of competition law and its responsibility for that infringement of competition law, which was drawn up specifically to enable the competition authority to apply a simplified or expedited procedure».¹⁴⁴

En «settlement submission» inneholder altså en innrømmelse av at det er begått en overtredelse av konkurransereglene og at foretaket står til ansvar for det, eller en erklæring om at konkurransemyndighetenes vurdering ikke vil bestrides.¹⁴⁵

I Håndhevelsesdirektivet er pålegg om fremleggelse av forliksinnlegg regulert i artikkel 6 nr. 6 bokstav b, der det følger at nasjonale domstoler «cannot at *any time* order a party or a third party to disclose ... settlement submissions» (min kursivering). Direktivet nedlegger dermed et absolutt krav mot at en part eller tredjemann kan pålegges å fremlegge forliksinnlegget som bevis i erstatningssøksmål. Dersom en person eller et foretak allerede skulle vært i besittelse av slikt bevismateriale fordi det er fremskaffet ved innsyn i konkurransemyndighetenes

¹⁴³ Det er lagt til grunn i Hjelmeng-utredningen (2014) s. 61 at «settlement submissions» tjenlig kan oversettes med forliksinnlegg på norsk. Det følger også av at innholdet stort sett er likt samt at «settlements submission» brukes i hjemmelen for forliksordningen i EU som den norske regelen, herunder forliksinnlegget, er inspirert av.

¹⁴⁴ Håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 18.

¹⁴⁵ Hjelmeng-utredningen (2014) s. 54.

dokumenter, fremgår det av artikkel 7 nr. 1 at forbudet også gjelder for bruken av det. I følge fortalen skal beskyttelsen av forliksinnlegget også gjelde ordrette sitater fra forliksinnlegg i andre dokumenter.¹⁴⁶ Statene kan etter ordlyden selv bestemme om de vil beskytte bruken av beviset gjennom bevisforbud eller andre tiltak i nasjonal rett, så lenge det sikrer at begrensningene i fremleggelse av bevis i artikkel 6 nr. 6, får full virkning.¹⁴⁷ Begrunnelsen for en slik beskyttelse av forliksinnlegg, er i følge fortalen at kartellforlik er et viktig verktøy for å få sanksjonert de mest alvorlige overtredelsene av konkurransereglene, samt at det bidrar positivt for den private håndhevelsen ved etterfølgende erstatningssøksmål, ettersom disse oftest følger etter overtredelsesvedtak.¹⁴⁸ Dessuten at Direktivet ellers sikrer fremleggelse av andre dokumenter enn forliksinnlegget, i tilstrekkelig grad til at skadelidte sikres tilgang til relevante bevis som trengs for å forberede erstatningssaken.¹⁴⁹

I norsk rett regulerer krrl. § 26 første ledd, som vist i punkt 4.2.1, innsyn i saker om overtredelse av blant annet krrl. § 10 før sak er avsluttet, og bestemmer at reglene i offentlighetsloven da ikke skal gjelde. Dokumenter som Konkurransetilsynet har mottatt i forbindelse med forliksforhandlinger etter § 29 a, er imidlertid etter samme bestemmelse unntatt offentlighetsloven også *etter* at saken er avsluttet. At offentlighetsloven ikke skal gjelde, betyr at det beror på Konkurransetilsynets skjønn om det gis innsyn i dokumenter mottatt i forbindelse med forliksforhandlinger etter at saken er avsluttet, slik at de har en skjønnsmessig adgang til å offentliggjøre opplysninger som ikke er underlagt taushetsplikt.¹⁵⁰ Som beskrevet i punkt 3.2.4, foreligger det taushetsplikt for Konkurransetilsynet samt part og partsrepresentant fra forlikssaken etter § 27 annet ledd og § 27 a første ledd jf. § 27 annet ledd, om «erklæringer» utarbeidet som ledd i forliksforhandlinger. Jeg gjentar at det med «erklæringer» i følge forarbeidene siktes til forliksinnlegget, både at det finnes, elementene det inneholder og det at det foregår eller har foregått en forliksdrøftelse.¹⁵¹ Også etter § 27 a annet ledd som omhandler utvidet innsynsrett i taushetsbelagte opplysninger for enhver med rettslig interesse, er opplysninger underlagt taushetsplikt etter § 27 unntatt.¹⁵²

¹⁴⁶ Håndhevelsesdirektivets fortale avsnitt 26.

¹⁴⁷ Hjelmeng-utredningen (2014) s. 57.

¹⁴⁸ Håndhevelsesdirektivets fortale avsnitt 26.

¹⁴⁹ Håndhevelsesdirektivets fortale avsnitt 27.

¹⁵⁰ Prop.75 L (2012-2013) s. 126.

¹⁵¹ Prop.37 L (2015-2016) s. 82. Taushetsplikten vil som nevnt i punkt 3.2.4 opphøre for de deler som offentliggjøres, som f.eks. at det har foregått en forliksdrøftelse når forliksvedtaket publiseres.

¹⁵² Kravet om rettslig interesse vil i denne sammenheng normalt være oppfylt for skadelidte som er i posisjon til å kunne fremme erstatningskrav, jf. Graver og Hjelmeng (2006) s. 183.

Begrunnelsen for dette er nettopp at opplysningene som fremgår i et forliksinnlegg, vil være spesielt sensitive i et eventuelt etterfølgende erstatningssøksmål.¹⁵³ Det er understreket i forarbeidene, der dette drøftes i relasjon til lempningssøknader, at formålet ikke er å redusere skadelidtes muligheter for erstatning som følge av overtredelsen, men å «nøytralisere noe av den økte eksponeringen for erstatning for den av de skyldige som søker lempning», og dermed «styrke insitamentene til å søke om lempning».¹⁵⁴ De samme betraktningene gjør seg gjeldende for foretak som avgir et forliksinnlegg.¹⁵⁵ På den måten vil også foretak som inngår forlik slippe å bli eksponert for erstatningssøksmål i større grad enn andre kartelldeltakere som velger å ikke inngå forlik.¹⁵⁶ Det handler altså ikke om å verne kartelldeltakere på bekostning av skadelidte, men heller å sette den forlikende i samme stilling som ikke-forlikende kartelldeltakerne.

I motsetning til mangelen på forbudsregler i tvisteloven til å verne om dokumenter dekket av Direktivet artikkel 6 nr. 5 og 7 nr. 2 som diskutert i punkt 4.2.1, har tvisteloven bevisforbud som dekker forliksinnlegg, fordi det er del av lovbestemt taushetsplikt. Således følger det et forbud av tvl. § 22-3 mot føring av bevis som «vil krenke lovbestemt taushetsplikt for den som har opplysningene som følge av tjeneste eller arbeid for stat eller kommune». Bestemmelsen åpner imidlertid for unntak i annet og tredje ledd. Etter annet ledd kan departementet samtykke i at beviset likevel føres. Slikt samtykke kan bare nektes når «bevisføring kan utsette staten eller allmenne interesser for skade eller virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighold». Dersom samtykke nektes, kan retten etter tredje ledd ved kjennelse, bestemme at beviset skal føres etter en «avveining av hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning». Motsatt kan retten etter samme avveining bestemme at beviset ikke skal føres, selv om departementet har samtykket. I følge rettspraksis er det imidlertid en del som skal til for at retten går bort fra hovedregelen om bevisforbud i første ledd.¹⁵⁷ Departementet har også presisert at hensynene som ligger bak taushetsplikten i § 27, nemlig effektiv håndhevelse av konkurranseloven, bør veie tungt ved departementets og rettens vurdering etter tvl. § 22-3 annet og tredje ledd.¹⁵⁸ Det synes altså som at det skal mye til for at unntaksbestemmelsene skal komme til anvendelse, men muligheten er der for at opplysninger om forliksinnlegget som omfattes av den lovbestemte taushetsplikten i krrl. § 27, i unntakstilfeller kan kreves fremlagt

¹⁵³ Prop.75 L (2012-2013) s. 153.

¹⁵⁴ Prop.75 L (2012-2013) s. 127.

¹⁵⁵ Prop.37 L (2015-2016) s. 82 som viser til s. 127 i Prop.75 L.

¹⁵⁶ Prop.75 L (2012-2013) s. 127.

¹⁵⁷ Hjelmeng-utredningen (2014) s. 51 som viser til Rt. 1997 s. 1170 og Rt. 1991 s. 1499 (518-91).

¹⁵⁸ Prop.75 L (2012-2013) s. 129 om taushetsplikt for skylderklæringer i lempningssøknader, og nå også forliksinnlegg.

som bevis i etterfølgende erstatningssøksmål.¹⁵⁹ Forbudet mot å bruke forliksinnlegget som bevis, ikke er dermed ikke absolutt etter norsk rett.

Norsk rett synes dermed i stor grad å samsvare med Håndhevelsesdirektivet, men det kan stilles spørsmål ved den sist omtalte åpningen i unntakene fra bevisforbudet i tvl. § 22-3.¹⁶⁰ Etter annet ledd kan departementet, som beskrevet, nekte samtykke blant annet dersom det utsetter allmenne interesser for skade. Et slikt allment hensyn vil kunne være at beskyttelse av forliksinnlegget, er en forutsetning for konkurransemyndighetenes effektive håndhevelse av konkurransereglene.¹⁶¹ At departementet kan nekte samtykke og at hensynene tilsier at det bør gjøres, må anses å ikke stride mot Direktivets krav i artikkel 7 nr. 1 om at nasjonale regler må sikre at begrensningene i fremleggelse av bevis i artikkel 6 nr. 6, får full virkning. TvL. § 22-3 tredje ledd om at retten etter en konkret vurdering kan bestemme at beviset føres, synes imidlertid å stride mot Direktivets krav i 6 nr. 6 om at nasjonale domstoler «cannot at any time» pålegge en part eller tredjepart å fremlegge forliksinnlegget. Norsk rett er dermed mer liberal enn Direktivets krav på dette punkt, og en tilpasning til Direktivet vil bli nødvendig slik at det ikke under noen omstendighet foreligger en skjønsmessig adgang for retten til å tillate føring av forliksinnlegg som bevis.¹⁶²

Reglene om forliksinnleggs stilling ved etterfølgende erstatningssøksmål, kan på bakgrunn av dette i alle fall ikke bidra til å veie opp for mangelen på informasjon som fra før av eksisterer ved forutgående forlik. Hva dette får å si for den private håndhevelsen ved etterfølgende erstatningssøksmål totalt sett, vil vurderes i punkt 4.3.

4.3 Vurderinger

Et absolutt forbud mot fremleggelse og bruk av forliksinnlegget, kan tilsynelatende svekke den private håndhevelsen ved erstatningssøksmål etter et forutgående kartellforlik. Ved forlik foreligger det fra før av lite informasjon rundt prosessen, og en manglende tilgang til forliksinnlegget kan gjøre situasjonen enda vanskeligere for skadelidte. Det må imidlertid anses rimelig at forliksinnlegget beskyttes fordi det heller ikke ville vært tilgjengelig for skadelidte der Konkurransetilsynet fulgte vanlig overtredelsesprosedyre, ettersom det der ikke utformes noe forliksinnlegg. Innlegget er et resultat av frivillig innrømmelse fra foretakets side, noe som

¹⁵⁹ Prop.75 L (2012-2013) s. 153.

¹⁶⁰ Betraktningene i det følgende baserer seg på Hjelmeng-utredningen (2014) s. 62-63.

¹⁶¹ Prop.75 L (2012-2013) s. 129.

¹⁶² De samme konklusjoner følger av Hjelmeng-utredningen (2014) s. 63-63.

tilrettelegger for raskere og flere vedtak om kartellovertredelser, og således for at skadelidte gjøres kjent med at det kan foreligge et potensielt erstatningskrav.¹⁶³

Slik sett ville det kunne svekket den private håndhevelsen i større grad dersom det ble åpnet for tilgang til og bruk av forliksinnlegget. Foretakenes villighet til å inngå forlik kan reduseres dersom de måtte risikere at forliksinnlegget kunne kreves fremlagt ved etterfølgende erstatningssøksmål, fordi det inneholder selvinkriminerende erklæringer.¹⁶⁴ I punkt 3.2.4 ble det konkludert med at innrømmelsen av overtredelsen fra foretaket, ikke kom i konflikt med selvinkrimineringsvernet i selve forlikssaken. I etterfølgende erstatningssaker vil derimot vernet mot selvinkriminering kunne slå inn for fullt.¹⁶⁵ Den frivilligheten som legitimerer selvinkriminering på forliksstadiet, vil typisk ikke lenger foreligge ved et etterfølgende erstatningssøksmål.

Som allerede indikert, er den private håndhevelsen avhengig av en sterk offentlig håndhevelse fordi kartellers eksistens og omfang ellers ikke ville blitt kjent i første omgang. Reglene om et absolutt tilgangs- og bevisforbud for forliksinnlegg kan altså tilsynelatende virke negativt for den private håndhevelsen, men ser en dette i et større perspektiv der en sterk offentlig håndhevelse er viktig, bidrar slike forbud heller til å tilrettelegge for privat håndhevelse fordi forlik inngås og karteller avdekkes i større omfang.

Det kan dessuten stilles spørsmål ved om beskyttelsen av forliksinnlegget til en viss grad er overdrevet.¹⁶⁶ Selv om det gjennom forliksinnlegget viser seg at foretaket har overtrådt krrl. § 10, vil ikke denne informasjonen nødvendigvis kunne hjelpe skadelidte tredjeparter med å bevise at de har lidt et tap som følge av kartellvirksomheten.¹⁶⁷ Som jeg skrev innledningsvis, retter forliksordningen seg spesielt mot avtaler som regnes som så alvorlige at de er forbudte etter sitt formål om å begrense konkurransen, uavhengig av om de har hatt noen konkurransebegrensende virkning på markedet i den enkelte sak. Dersom det er tilstrekkelig for foretaket å innrømme denne formålsovertredelsen, vil ingen annen informasjon utover det at det har foregått et kartell og foretakets rolle der, fremgå av forliksinnlegget. Det vil heller ikke fremgå noe om at det har hatt noen effekt på markedet. Slik sett vil ikke forliksinnlegget

¹⁶³ Wils (2016) p. 34.

¹⁶⁴ Hjelmeng-utredningen (2014) s. 55.

¹⁶⁵ Bl.a. Håndhevelsesdirektivets fortale avsnitt 26.

¹⁶⁶ Christian N.K. Franklin, Halvard H. Fredriksen og Ingrid M.H. Barlund, «Private Enforcement and Collective Redress in European Competition Law», *FIDE Congress 2016 – National Report for Norway*, 2016 p. 1-27 (p. 24).

¹⁶⁷ *ibid.*

inneholde noe særlig bevis som kan hjelpe tredjeparter å bevise at tap foreligger som følge av kartellvirksomheten.¹⁶⁸ Videre vil Konkurransetilsynet ha etterforsket kartellovertredelsen med det formål å bevise selve overtredelsen av krrl. § 10, og ikke med tanke på privat håndhevelse. At informasjonen er hentet inn med et helt annet formål, hjelper nødvendigvis ikke tredjeparter dersom de skulle få medhold i å få seg fremlagt andre dokumenter fra forlikssaken enn forlikssinnlegget. Selv om det heller ikke er nødvendig for Konkurransetilsynet å klarlegge kartellvirksomhetens virkninger når vanlig prosedyre følges, vil den vanlige prosedyren vanligvis i større grad inkludere detaljer om hvordan kartellet ble organisert, når møter ble avholdt og når prisøkninger og/eller produksjonsbegrensninger ble forsøkt.¹⁶⁹

En kan dermed si at tredjeparters vanskeligheter med å fremskaffe bevis, vanskeliggjøres ytterligere når det forutgående vedtaket er et kartellforlik. Etter min vurdering er imidlertid ikke dette hovedsakelig på grunn av tredjeparters manglende tilgang til forlikssinnlegget, men på grunn av mangelen på informasjon gjennom forliksprosedyren, og at den informasjonen som produseres nødvendigvis ikke er relevant eller tilstrekkelig for tredjeparter til å bevise at erstatningsvilkårene foreligger. Selv om bevisreglene i Håndhevelsesdirektivet søker å fremme skadelidte tredjeparters posisjon ved etterfølgende erstatningssøksmål, bøter det ikke i noen særlig grad på den informasjonsbegrensende karakteren til det forutgående forliksvedtaket. Likevel er det viktig å huske at den private håndhevelsen er avhengig av en sterk offentlig håndhevelse, og det at forliksordningen skaper mange flere avgjørelser på kortere tid, veier i stor grad opp for informasjonsbegrensningen. På bakgrunn av dette konkluderer jeg derfor med at balansen mellom den offentlige og private håndhevelsen, ivaretas i tilstrekkelig grad ved innføringen av kartellforliksordningen.

4.4 Alternativ utforming av kartellforliksordningen

Avslutningsvis kan det reises spørsmål om det finnes og er behov for noen ytterligere spesialregulering for å styrke den private håndhevelsen ved etterfølgende erstatningssøksmål, der det foreligger et forutgående kartellforlik.

Flere håndhevelsesverktøy i EU-retten og dermed norsk rett, herunder kartellforliksordningen, er inspirert av amerikansk rett. Kartellforlik i EU og Norge kan sammenlignes med såkalt 'plea bargaining' mellom myndighetene og kartellovertredere i USA. Ordningene er ikke helt

¹⁶⁸ *ibid.*

¹⁶⁹ Stephan (2009) p. 645.

like, blant annet fordi plea bargaining er en del av strafferettspleien og i større grad består av forhandlinger om f.eks. straffen som skal ilegges. I tillegg brukes ordningen til å samle bevis i USA, mens det i EU og Norge brukes som et verktøy til å forenkle håndhevelsesprosedyren og utnytte konkurransemyndighetenes ressurser bedre.¹⁷⁰ Plea bargaining-instituttet står generelt sterkt i strafferettspleien i USA, også innenfor konkurranseretten. Amerikansk rett går dessuten langt i å favorisere de som lider skade ved overtredelse av konkurransereglene, noe som fører til at insentivene til private erstatningsøksmål er store selv i etterkant av plea bargaining.¹⁷¹ Dette blant annet som følge av prinsippet om pønalt erstatningsansvar, som er kodifisert ved å gi erstatningsberettigede en rett til å få erstattet tre ganger økonomisk tap, samt asymmetriske kostnadsregler i favør av skadelidte og gruppesøksmål.¹⁷² At inspirasjonskilden til håndhevelsesreglene går så langt for den private håndhevelsen, gjør det relevant å spørre om strikken kan strekkes lenger også i EU-reguleringen og norsk rett. Å innføre amerikanske håndhevelsestilstander vil nok, i alle fall foreløpig, være problematisk ettersom hovedformålet med erstatning for overtredelse av konkurransereglene her er kompensasjon, og ikke prevensjon og straff overfor kartelldeltakere.¹⁷³ Det er altså tale om to helt ulike tradisjoner og rettslige rammeverk å arbeide innenfor.

Det finnes imidlertid tiltak som ikke tøyser strikken riktig så langt, men som kunne passet godt sammen med en kartellforliksordning. Det kan for det første være å gjøre kompensasjon til del av den offentlige håndhevelsen gjennom kartellforlikene.¹⁷⁴ På den annen side står offentlig og privat håndhevelse på egne ben som skissert innledningsvis. Offentlig håndhevelse skal fokusere på å utvikle reglene, avskrekke til kartellsamarbeid og sanksjonere de som har samarbeidet ulovlig, mens den private håndhevelsen først og fremst skal sikre kompensasjon til skadelidte tredjeparter.¹⁷⁵ Å trekke kompensasjon til skadelidte inn som en del av Konkurransetilsynets offentlige håndhevelse gjennom kartellforlik, kan derfor være en dårlig idé. Det ville også kunne føre til at formålet bak kartellforliksordningen blir svekket, ettersom prosessen mest sannsynlig ikke vil blitt like rask og effektiv som forutsatt, og således ville ikke forliksordningen styrket den offentlige håndhevelsen slik den er tiltenkt. Det synes imidlertid ikke problematisk i så henseende at Konkurransetilsynet i forbindelse med kartellforlik, f.eks.

¹⁷⁰ Kommisjonens MEMO/10/201.

¹⁷¹ Stephan (2009) p. 645.

¹⁷² Stephan (2009) p. 645 og Jones (2016) p. 6.

¹⁷³ Østbye (2008) s. 122. Også påpekt i Wils (2016) p. 39 at det amerikanske konseptet med privat erstatningshåndhevelse som et instrument for avskrekking og straff, klart har blitt avvist når en ser på hva Håndhevelsesdirektivet endte med i sitt innhold.

¹⁷⁴ Wils (2009) p. 25.

¹⁷⁵ *ibid.*

innfører retningslinjer for å oppmuntre overtrederne til frivillig kompensasjon av skadelidte.¹⁷⁶ Det kan også innføres retningslinjer om at frivillig kompensasjon fra overtrederens side kan utgjøre et moment som vektlegges ved fastsettelse av boten ilagt av Konkurransetilsynet, eller føre til at det innrømmes en ytterligere bøtereduksjon.¹⁷⁷ En slik bøtereduksjon kan naturlig nok ikke settes alt for høyt, fordi det igjen vil kunne virke negativt inn på den offentlige håndhevelsen.

¹⁷⁶ Wils (2009) p. 24.

¹⁷⁷ Wils (2016) p. 40. Inspirert av Håndhevelsesdirektivet artikkel 18 nr. 3 der det fremgår at frivillig kompensasjon fra overtreder, bør betraktes som en formildende omstendighet ved konkurransemyndighetenes vurderinger.

5 AVSLUTNING

I denne avhandlingen har jeg for det første prøvd å klarlegge gjeldende rett om kartellforliksordningen. På bakgrunn av dette har jeg videre sett på forliksordningens isolerte virkning for den offentlige håndhevelsen av krrl. § 10, der jeg kom frem til at ordningen kan skape mange fordeler. Dette er imidlertid under den forutsetning at forliksordningen brukes på en forsvarlig måte, og at den offentlige håndhevelsen er sterk også utenfor forliksordningen, herunder at Konkurransetilsynet ikke bør lene seg på slike verktøy i for stor grad.

Deretter undersøkte jeg hvordan en styrking av den offentlige håndhevelsen kan være forenlig med ivaretagelse av privat håndhevelse i form av erstatningssøksmål etter forutgående kartellforlik. Da særlig i lys av reglene i Håndhevelsesdirektivet og norsk rett som omhandler tilgang til og bruk av bevis. Som vist beskyttes forliksinnlegget for å ivareta forliksordningen, og således den offentlige håndhevelsen. Beskyttelsen blir absolutt også i norsk rett, dersom Håndhevelsesdirektivet inntas i EØS-avtalen og gjennomføres her. Dette fører til at skadelidte tredjeparter ikke får tilgang til informasjonen som fremkommer av forliksinnlegget, noe som umiddelbart kan synes å være uheldig for den private håndhevelsen. Bevisreglene i Håndhevelsesdirektivet ellers, bøter heller ikke i særlig grad på den informasjonsbegrensningen som et kartellforlik medfører. En må imidlertid ta i betraktning hva som tilrettelegger for etterfølgende private erstatningssøksmål i første omgang. Dette vil være at tredjeparter får vite om kartellvirksomheten, og dermed at de kan ha rett til et potensielt erstatningskrav. Det kan derfor konkluderes med at det foreligger et sterkt avhengighetsforhold mellom den offentlige og private håndhevelsen. Om dette forholdet erkjennes, betyr det også at det er mulig å ivareta en god balanse mellom offentlig og privat håndhevelse, nettopp fordi en styrket offentlig håndhevelse vil kunne medføre flere kjente overtredelser.

6 KILDER

6.1 Rettskilder

Lover:

Offentlighetsloven (offl.)	Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova)
Tvisteloven (tvl.)	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker
Straffeloven (strl.)	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
Konkurranseloven (krnl.)	Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)
Forvaltningsloven (fvl.)	Lov 10. februar 1967 nr. 23 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

Forarbeider:

Prop.37 L (2015-2016)	Endringer i konkurranseloven (Konkurranseskjennemnda, kartellforlik mm.)
Prop.75 L (2012-2013)	Endringer i konkurranseloven
Ot.prp. nr.6 (2003-2004)	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)
NOU 2003: 12	Ny konkurranselov

Høyesterettspraksis:

Rt. 2011 s. 800
Rt. 1997 s. 1170
Rt. 1991 s. 1499 (518-91)

Traktater og konvensjoner:

TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), vedtatt 13. desember 2007, i kraft fra 1. desember 2009
ODA protokoll 4	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA), Protokoll 4

EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), 3. september 1953

Direktiver og forordninger:

Håndhevelsesdirektivet Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union

Rådsforordning 1/2003 Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty

Praksis fra EU-domstolen:

Gr. des cartes bancaires Sak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires v Commission*, ECLI:EU:C:2014:2204

Manfredi Forente saker C-295-298/04, *Manfredi and Others*, Sml. 2006 s. I-6619

Courage Sak C-453/99, *Courage v. Crehan*, Sml. 2001 s. I-6297

Consten and Grundig Sak C-56/64, *Consten and Grundig v Commission*, ECLI:EU:C:1966:41

Generaladvokatens forslag til avgjørelse:

Kokotts Opinion Sak C-8/08 *T-mobile Netherlands BV and Others* Sml. I-4529, Opinion av generaladvokat Kokott, ECLI:EU:C:2009:110, 19 February 2009

Praksis fra Kommisjonen:

Smart card chips Case AT.39574, *Smart card chips*, Commission Decision 3 September 2014

Prestressing Steel Case COMP/38.344 – *Prestressing Steel*, Commission Decision 30 June 2010

DRAM Case COMP/38.511 – *DRAMs*, Commission Decision 19 May 2010

Dokumenter fra Kommissjonen:

Settlement Notice	Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases, OJ C 167, 2.7.2008
Hvitboken	White paper on Damages actions for Breach of the EC antitrust rules COM (2008) 165 final, 2.4.2008
Grønnboken	Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM (2005) 672, 19.12.2005
Kommissjonens Memo/07/314	http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-07-314_en.htm?locale=en
Kommissjonens Memo/10/201	http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-10-201_en.htm?locale=en

Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen:

Saunders	<i>Saunders v United Kingdom</i> , søknadsnr. 19187/91, 17. desember 1996
----------	---

Dokumenter fra internett:

Europakommisjonen	http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/settlements_en.html
Hjelmeng-utredningen	Utredning av rettsspørsmål knyttet til gjennomføringen i norsk rett av Parlaments- og Rådsdirektiv 2014/104/EU av 26. november om visse regler for søksmål i henhold til nasjonal rett angående erstatning for overtredelser av medlemsstatenes og Den europeiske unions konkurranserett, av Erling Hjelmeng, Inger B. Ørstavik og Eirik Østerud, publisert 12.03.2015 på https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/ny-rapport-om-erstatning-for-brudd-pa-konkurransereglene/id2399971/

6.2 Litteraturliste

Bøker:

- Aall (2011) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave (Bergen 2011)
- Bellamy & Child (2012) Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Sixth edition (Oxford 2012)
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001)
- Graver og Hjelmeng (2006) Kolstad, Olav, Anders Ryssdal, Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng, *Norsk konkurranserett*, Bind II *Prosess og sanksjoner* ved Graver og Hjelmeng (Oslo 2006)
- Hjelmeng (2003) Hjelmeng, Erling, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler* (Bergen 2003)
- Hjelmeng og Sjørgard (2014) Hjelmeng, Erling J. og Lars Sjørgard, *Konkurransopolitikk. Rettslig og økonomisk analyse* (Oslo 2014)
- Jones and Surfin (2011) Jones, Allison and Brenda Surfin, *EU Competition Law*, Fourth edition (Oxford 2011)
- Juuhl-Langseth mfl. (2015) Juuhl-Langseth, Jan Magne, Anders Thue, Per Kristian Bryng, Peder Østbye, Martin Jonassen og Sofia Lazardis, *Konkurranserett i et nøtteskall* (Oslo 2015)
- Sejersted mfl. (2011) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 3. utgave (Oslo 2011)
- Whish and Bailey (2015) Whish, Richard and David Bailey, *Competition Law*, Eight edition (Oxford 2015)
- Østbye (2008) Østbye, Peder, *Konkurranserett. En strategisk og rettsøkonomisk tilnærming* (Bergen 2008)

Artikler:

- Anderson and Cuff (2010) Anderson, David G. and Rachel Cuff, «Cartels in the European Union: Procedural fairness for defendants and claimants» (September 1, 2010), *Fordham International Journal*, No. 3, 2011 p. 385-430
- Ascione and Motta (2010) Ascione, Aurora and Massimo Motta, «Settlements in cartel cases», *European Competition Law Annual 2008: Antitrust Settlements under EC Competition Law*, Oxford 2010 p. 67-83
- Franklin mfl. (2016) Franklin, Christian N.K, Halvard H. Fredriksen og Ingrid M.H. Barlund, «Private Enforcement and Collective Redress in European Competition Law», *FIDE Congress 2016 – National Report for Norway*, Bergen 2016 p. 1-27

- Tilgjengelig på
http://www.uib.no/sites/w3.uib.no/files/attachments/fide_2016_norway_final.pdf
- Jones (2016) Jones, Alison, «Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and Lessons from, the US», *Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond* (Hart Publishing, 2016); *TLI Think! Paper 10/2016*, 2016 p. 1-24
Tilgjengelig på
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2715796
- Laina and Laurinen (2013) Laina, Flavio and Elina Laurinen, «The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges», *Journal of European Competition Law & Practice*, 4(4), 2013 p. 1-10
Tilgjengelig på
http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/settlement_procedure_en.pdf
- Schinkel (2010) Schinkel, Maarten Pieter, «Bargaining in the Shadow of European Settlement Procedure for Cartels», *Antitrust Bulletin, Forthcoming; Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2010-17*, 2010 p. 1-26
Tilgjengelig på
https://pure.uva.nl/ws/files/1481242/97032_SSRN_id1729640_1_.pdf
- Stephan (2009) Stephan, Andreas, «The Direct Settlement of EC Cartel Cases», *International and Comparative Law Quarterly*, 2009 p. 627-654
- Wils (2008) Wils, Wouter P.J., «The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles», *World Competition: Law and Economics Review*, No. 3, 2008 p. 1-21
Tilgjengelig på
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1135627
- Wils (2009) Wils, Wouter P.J., «The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages», *World Competition*, No. 1, 2009 p. 3-26
Tilgjengelig på
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1296458
- Wils (2016) Wils, Wouter P.J., «Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future», Presented at the Mannheim Centre for Competition and Innovation Law and Economics Conference on Cartel Damages in Europe 10-11 November 2016 and forthcoming in *World Competition, Issue 1*, 2017 p. 1-46
Tilgjengelig på
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2865728