

# Markedsetterforskning og nye sanksjoner mot fysiske personer

---

Advokat Elin Moen

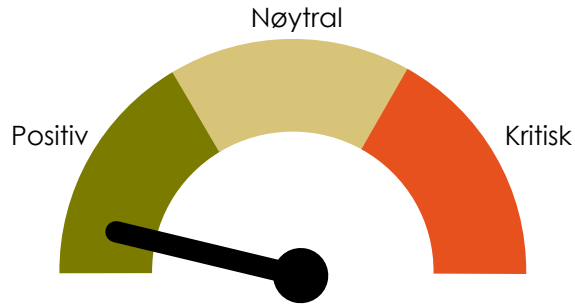
BECCLE 26. oktober 2023

**BAHR**

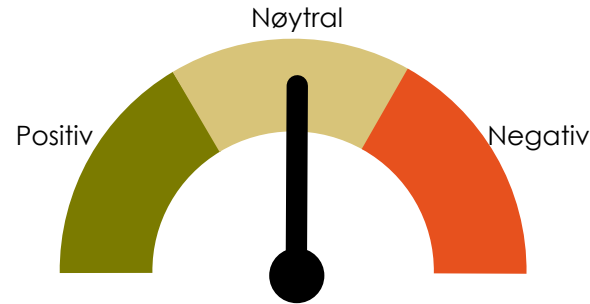
- 
1. Hvordan responderer høringsinstansene?
  2. Mulige utilsiktede virkninger av forslagene

# Forslag om markedsetterforskningsverktøy

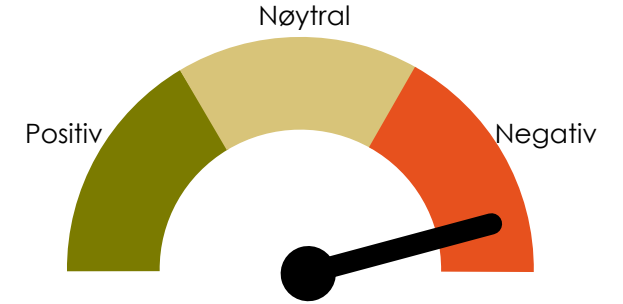
## – oversikt over hørings svar



Konkurransetilsynet, Regelrådet,  
Forbrukerrådet og  
Landbruksdirektoratet



Norgesgruppen?

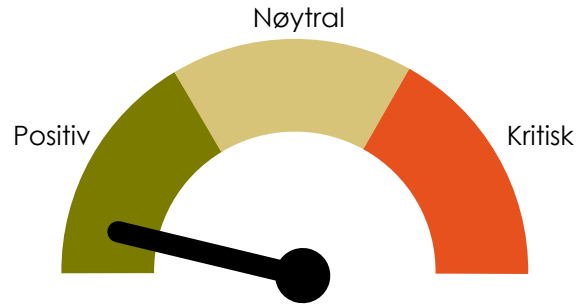


Advokatforeningen,  
Apotekforeningen, Virke, NHO, Circle  
K, Coop, DLF, Finans Norge, Freia  
Mondelez, Hennig-Olsen, Schibsted,  
NHO MD, NHO SH, Norges Bondelag,  
Nortura, Orkla, Tine, Norsk Hydro,  
Reitan Retail, Norsk Presseforbund

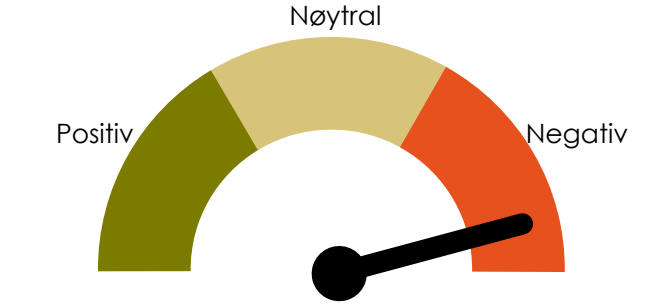
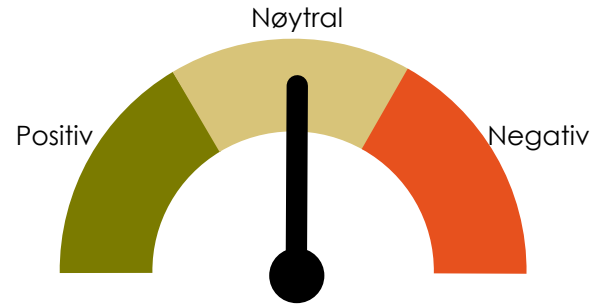
[Høring av forslag til endringer i konkuranseloven m.m.- markedsetterforskning og utredning av overtredelsesgebyr og ledelseskarantene mot fysiske personer - regjeringen.no](#)

# Forslag om overtredelsesgebyr og ledelseskantene for fysiske personer

## – oversikt over høringsvar



Konkurransetilsynet



Advokatforeningen,  
Apotekforeningen, Virke, NHO, Circle  
K, Coop, DLF, Finans Norge,  
Freia/Mondelez, Schibsted, NHO SH,  
Nortura, Norsk Hydro, Reitan Retail

# Hovedtilbakemelding 1: Det bør nedsettes et bredt sammensatt offentlig utvalg som skal vurdere begge forslag



## Markedsetterforskningsverktøy

- Forslaget gir Konkurransetilsynet konkurransepolitiske virkemidler langt utover dagens mandat – tilsier grundig utredning
- Høringsnotatets drøftelser er overfladiske (eller ikke-eksisterende) ad en rekke sentrale spørsmål – for eksempel
  - Forholdet mellom eksisterende sektorregulering og KTs kompetanse under MEV?
  - Forholdet mellom konkurransehensyn og andre politiske hensyn (landbrukspolitikken særlig)
  - Økonomisk kompensasjon ved inngrep og forholdet til Grunnloven § 105 (ekspropriasjon)
  - Innskrenkninger i innsynsretten etter offentlighetsloven
- Høringslisten for snever
- Ikke tidskritisk – tid til å avvente en NOU

## Overtredelsesgebyr/ledelseskarantene

- Forslaget reiser en rekke krevende problemstillinger som i liten grad er reflektert:
  - Forholdet til lempningsinstituttet
  - Behovet for å styrke og konkretisere rettssikkerhetsgarantiene (prosessreglene) i forvaltningsloven – også ut over minimumsgarantiene i EMK
  - Andre eksempler: interessekonflikter, fysiske personers ivaretagelse av rettigheter, regler om fri rettshjelp
- Behov for mer empiri (faktiske holdepunkter)
- Utredningens rammer:
  - Svært kort tidsramme
  - Utredning foretatt av en enkelt person
  - Ensidig informasjonsinnhenting
  - Brudd på utredningsinstruksen?

# Hovedtilbakemelding 2: Behovet er ikke tilstrekkelig begrunnet eller avveiet

## Markedsetterforskningsverktøy

- Det stilles spørsmål ved det faktiske behovet
  - Svært få konkrete eksempler på faktiske konkurranseproblemer som ikke kan løses
  - Utfordringer på dagligvaremarkedet kan løses mer målrettet
  - Hva er det reelle behovet på digitale markeder? Algoritmeproblematikk?
  - DMA er vedtatt og bør prioriteres
  - Behov for sektorovergripende hjemmel?
- Det rettslige behovet møter sterk motstand
  - Forslaget baseres på en «*erkjennelse av at virkemidlene*» i konkurranseloven ikke er tilstrekkelige» - uten at det er gjort en skikkelig analyse av eksisterende virkemidler opp mot anført behov - særlig knyttet til forskriftshjemmelen i krrl. § 14
  - Det eneste reelle tilskuddet anføres å være en overføring av § 14-kompetansen fra departementet til KT, med svekket demokratisk kontroll

## Overtredelsesgebyr/ledelseskantene

- Det må drøftes om det er nødvendig - og eventuelt i hvilke tilfeller - at fysiske personer kan holdes ansvarlig for overtredelse av konkurransereglene for å beskytte samfunnsinteressene?
  - Generelt
  - For overtredelsesgebyr og ledelseskantene spesifikt
  - Ingen andre sammenlignbare jurisdiksjoner har innført tilsvarende bestemmelser
- Eksisterende hjemmel for personstraff er svært lite benyttet
  - Konkurransetilsynet har kun initiert straffeforfølgelse 2 ganger
- Ikke holdepunkter for antakelser om at eksisterende sanksjonsmuligheter i liten grad virker allmennpreventivt

# 2020: New Competition Tool ble vurdert av nordiske myndigheter

## 1. Konkurransutfordringer i digitale markeder kan håndteres med dagens verktøy

*"The Nordic competition authorities consider the current competition law framework capable of handling most anti-competitive behavior in the digital economy. The competition law framework has proven to be resilient and flexible in the face of technological growth and disruptive innovation, making it highly relevant for tackling competition issues in digital markets."*

## 2. Viktig med regelharmonisering

*"The Nordic competition authorities encourage a harmonised approach to any regulatory efforts to avoid fragmentation and safeguard the effective functioning of digital markets."*

## 3. Viktig med tydelige regler

*"In relation to the threshold test for initiating an investigation, we believe that there is a need to establish a clear legal framework capable of mitigating potential uncertainty on the part of companies. This holds particularly true in relation to a market structure-based competition tool, which would be applicable in the case of structural problems that cannot be addressed at all, or cannot be addressed effectively, under the EU competition rules."*

# Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level

The view of the Nordic competition authorities

September 2020



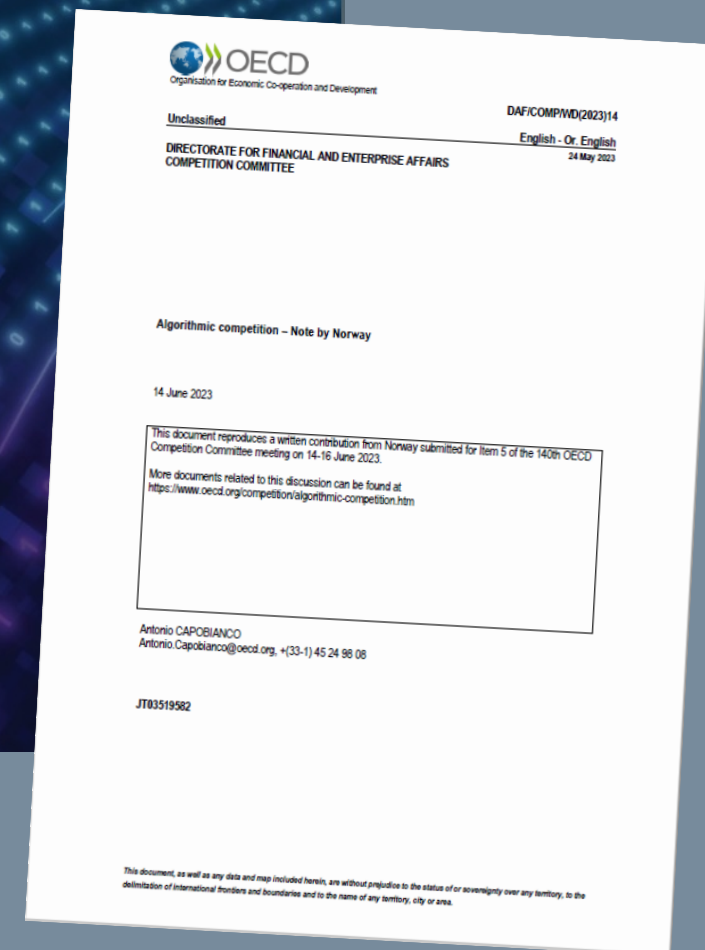
# Algoritmer – et omfattende problem?

- **Konkurransetilsynets bidrag til OECDs Competition Committee møte 14 -16. juni 2023**

- (11) *To date, competition authorities have initiated a limited number of cases concerning horizontal collusion and pricing algorithms*
- (28) *There is currently sparse evidence of algorithms learning to collude in real-life markets. However, Assad et al. (2023) provide evidence consistent with algorithmic learning: The authors do not know which algorithms firms use, but margins in the German retail fuel market start to increase about a year after market-wide adoption of pricing algorithms, suggesting algorithms in the market learn collusive strategies over time*
- (37) *Furthermore, the academic literature on algorithmic pricing is still nascent and is evolving at a rapid pace, and competition authorities have so far initiated few cases related to algorithmic pricing*

- **EU-kommisjonens bidrag til samme møte:**

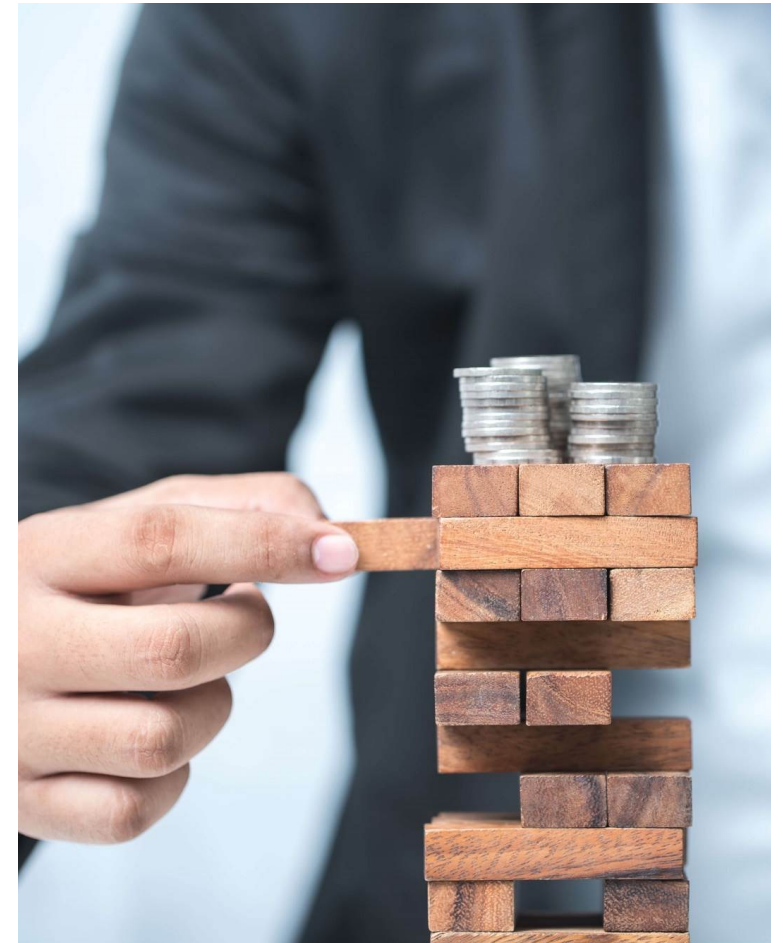
- (15) *Algorithmic collusion is probably the subject that has attracted the most attention from authorities and scholars, although in practice and on the basis of the European Commission's experience, real cases where such conducts have been assessed are not yet common.*
- (31) Viser til utestengende misbruk som det mest relevante i praksis, herunder Google Shopping og Amazon Buy Box
- (38) Viser til regulering som et alternativ, med DMA/DSA som eksempler: *“to create a safer digital space in which the fundamental rights of all users of digital services are protected and to establish a level-playing field to foster innovation, growth, and competitiveness, both in the EU Single Market and globally”*
- Nevner ikke MEV som et alternativ for å håndtere algoritmerelaterte konkurransebegrensninger





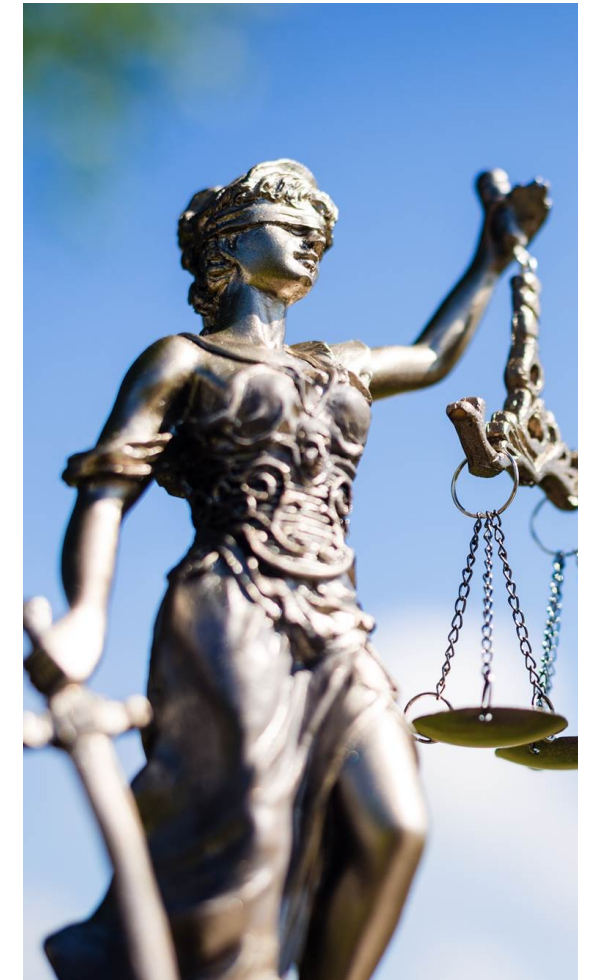
# Et utvalg spesifikke innspill til markedsetterforskningsverktøyet

- Tilslutning til departementets egen observasjon om at MEV vil føre til større usikkerhet omkring rammebetingelser
- Større usikkerhet vil med sannsynlighet lede til svekket innovasjon og produktutvikling
  - Kapitalinnhenting vil trolig bli mer krevende
- Eventuelle særbehov i digitale markeder bør adresseres gjennom grenseoverskridende regulering fra EU/EØS
  - DMA dekker allerede en lang rekke adferd på digitale markeder
  - Behov for enhetlig regulering
- Det er skapt et overdrevet inntrykk av utbredelsen av MEV i europeisk sammenheng
  - «New Competition Tool» skrinlagt i EU
- Forholdet til EØS-avtalens skranker uklart på flere punkter
  - EØS-konkurranseloven § 7 første ledd og plikten til å anvende plikten til å anvende EØS-avtalens forbudsbestemmelser der de får anvendelse
  - EØS-konkurranseloven § 7 første ledd – forbud mot mer restriktiv lovgivning enn det som følger av EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1



# Rettsikkerhet - eller effektivitet på bekostning av en forsvarlig prosess?

- Næringslivets behov for rettsikkerhet – herunder forutberegnelighet og rettsikkerhet – er ikke tilstrekkelig utredet
  - Pokes på i høringsnotatet, men i liten grad ivaretatt ved den konkrete utformingen
- Nødvendige «checks and balances» i den britiske modellen er utelatt – herunder klagerett på alle beslutninger, styrket domstolsprøving ved strukturelle inngrep og maktfordeling
  - Mulige konsekvenser av dette ikke belyst
  - Advokatforeningen: Det bør opprettes et skille mellom forslagskompetanse og beslutningsmyndighet
- Partsrettigheter og prosess i forbindelse med MEV bør utpensles og nedfelles i lov eller forskrift – ikke tilstrekkelig at dette kan være aktuelt på sikt slik forslaget antyder
- Forslaget om at offentlighetsloven ikke skal gjelde så lenge markedsetterforskning pågår – av hensyn til KT's arbeidsbelastning – møter skarp kritikk
  - Inngripende innskrenkning i grunnleggende rettighet som skal sikre tillit til forvaltningen
  - Bevisforspillelse ikke relevant hensyn
  - Forholdet til Grunnloven § 100 femte ledd ikke vurdert – kreves «tungtveiende grunner»
- Kritisk til å innskrenke den generelle prøvingskompetansen
  - KT går videre enn NFD - argumenterer for at prøvingsintensiteten for domstolen bør avgrenses til en lovlighetskontroll



# Utvalgte kommentarer til kkrl. § 41 (igangsettelse) og 42 (avhjelpende tiltak)

- Den foreslåtte **terskelen for iverksettelse i kkrl. § 41** (“forhold som tilsier at konkurransen er begrenset eller står i fare for å bli begrenset”) er
  - Uklar
  - Lav
  - Skjønnsmessig
- Det bør oppstilles en kvalifisert terskel for iverksettelse
  - Flere ber om vesentlighetskrav
  - Advokatforeningen foreslår harmonisering med kkrl § 16 “betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse” fremfor et vesentlighetskrav – blant annet for å kunne trekke på rettspraksis
- **Beviskravet** er lavt (“forhold som tilsier”) og bør økes i lys av belastning ved selve markedsetterforskningen og de inngripende tiltakene som kan gjennomføres
  - Advokatforeningen foreslår å harmonisere med “rimelig grunn til å anta” i kkrl. § 25 (bevissikring)
- Den foreslåtte **terskelen for inngrep i kkrl. § 42** bør klargjøres
  - Hensikt å gå tilbake til en terskel som minner om den tidligere sørnorske inngrepsstandarden
- Skepsis til strukturelle tiltak
  - Strukturelle tiltak bør utelates fra forslaget – for inngripende for lovlig virksomhet
  - Beviskravet (alminnelig sannsynlighetsovervekt) bør skjerpes i forhold til strukturelle tiltak
  - De foreslåtte tersklene for strukturelle tiltak er ikke tilstrekkelig kvalifiserte
- Skepsis til midlertidige tiltak
  - Kan gi permanent skade, og bør ikke være underlagt lavere beviskrav
  - Adgangen til å treffe midlertidige vedtak bør utredes nærmere
- Forholdet til reglene om **kontroll med foretakssammenslutninger** må klargjøres
  - Beskyttelsesperiode på fem år bør utvides

# Spesifikke innspill til overtredelsesgebyr og ledelseskantene

- Skepsis til anbefalingen om å fjerne dagens straffesanksjoner – med unntak for grov overtredelse av krrl. § 10, jf. § 32 (2) – og innføre gebyr som reaksjon
  - Lavere beviskrav (alminnelig sannsynlighetsovervekt)
  - Lavere skyldkrav (uaktsomhet)
  - Mindre forutsigbarhet i prosess
- Personstraff (også ledelseskantene) bør forbeholdes straffeprosessloven med tilhørende rettsikkerhetsgarantier
  - Forvaltningsprosessen tilbyr ikke *«like sterke prosessuelle rettsikkerhetsgarantier som straffeprosessen»* (Rui s. 48)
- Pågår en *“byråkratisering av strafferettspleien innen næringsreguleringsretten”* som Advokatforeningen advarer mot
  - Økt bruk av overtredelsesgebyrer til erstatning for foretaksstraff etter straffeloven
  - Stadig flere lover gir forvaltningen adgang til å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr og ledelseskantene
- Advokatforeningen ber om en egen utredning av behovet for en straffeprosesslov for forvaltningen
  - Helhetlig lovverk på tvers av administrative sanksjoner



# Utvalgte innspill til forslag om nye bestemmelser

- Begge forslag er svært inngripende
  - Andre, mindre inngripende tiltak, burde i større grad vært vurdert
- Skyldkravet (uaktsomhet) er for lavt i begge tilfellene
  - Ikke sett hen til at hvitvaskingsreglene har grov uaktsomhet som nedre terskel
- Gebyrsatsene fremstår som svært høye
  - Ikke skille mellom satser for uaktsom og forsettlig overtredelse (slik som i Tyskland)
- Forslaget om sanksjonerte bestemmelser er for vidtgående
  - Med unntak av de groveste overtredelsene er brudd på konkurransereglene ofte svært vanskelig å vurdere
  - Brudd ofte et resultat av organisatoriske og strukturelle svakheter hos et foretak – mer enn isolerte handlinger hos enkeltpersoner



---

# Potensielle utilsiktede virkninger

# Utvalgte innspill

- Risiko for overforsiktighet som følge av nye straffesanksjoner
  - Vil det skapes nye personlige incentiver til overoppfyllelse av regelverket
  - Krevende med rekruttering?
- Konkurransetilsynet går fra å bli et håndhevingsorgan til en sentral næringspolitisk premissleverandør
  - Politisk mandat kan svekke tilliten til tilsynet
- Neppe grunnlag for påstand om at regulering og inngrep bidrar til å fremme bærekraft i næringslivet
  - Trolig motsatt: vil kunne forhindre initiativ som fremmer en grønn omstilling
- Bekymringer for at det norske markedet blir uforholdsmessig regulert sammenlignet med andre markeder
  - utfordringer for skalerbare forretningsmodeller – særlig digitale
  - utfordring i forhold til ensartet håndheving i EU

