

Nærings- og fiskeridepartementet

(sendes elektronisk)

[Click here to enter text.](#)

Dato: 30.06.2023

Deres ref.: 23/2063

## **Høring – forslag til endringer i konkurranseloven m.m. – markedsetterforskning og utredning overtredelsesgebyr og ledelseskantene mot fysiske personer**

Finans Norge viser til Nærings- og fiskeridepartementets brev av 31.03.2023 hvor forslag til endringer i konkurranseloven mv. om markedsetterforskning og utredning av professor Jon Petter Rui om konkurranseloven bør ha hjemmel til å ilegge fysiske personer overtredelsesgebyr og ledelseskantene for overtredelse av visse handleplikter i konkurranseloven sendes på høring.

### **1. Kort om Finans Norge og hovedpunkter i høringsinnspillet**

Finans Norge var ikke på høringslisten til departementet. Våre medlemmer vil bli berørt av forslagene, og Finans Norge ønsker derfor å uttale seg. Finans Norge er en landsforening i NHO, og vi støtter høringsuttalelsen avgitt av NHO.

Finans Norge er grunnleggende positive til initiativer som kan bidra til bedre konkurranse. Vi mener imidlertid at forslagene som er ute på høring verken er tilstrekkelig behovs- eller konsekvensutredet. Departementet påpeker selv at forslaget vil føre til økt usikkerhet og mindre forutberegnelighet for næringslivet, som bl.a. kan svekke incentivene til innovasjon. Vi deler denne usikkerheten og mener at det er av sentral betydning at man før innføring av et markedsetterforskningsverktøy av den slike art har utredet mulige konsekvenser og er så langt det er mulig kjent med hvilke virkninger forslaget vil ha både for konkurransen, næringslivet som sådan og de ulike markedene. Finans Norges overordnede syn er derfor at det bør nedsettes et utvalg som utreder problemstillingen knyttet til innføringen av et markedsføringsverktøy nærmere. Forslaget slik det foreligger kan gi utilsiktede konsekvenser fordi:

*(i) Det nye **markedsetterforskningsverktøyet** gir Konkurransetilsynet omfattende konkurransepolitiske virkemidler innenfor svært vide rammer. Bakgrunnen for forslaget er konkurranseforholdene i dagligvare, men forslaget er bransjenøytralt og omfatter en rekke sektorer, inkludert bank- og finans som allerede er underlagt sektorregulering fra fagmyndigheter. Det er imidlertid ikke nærmere begrunnet hvorfor dagens konkurranselov kommer til kort her. Samtidig vil vide hjemler kunne føre til uforutsigbarhet for næringslivet (og særlig de som allerede er underlagt streng regulering). Overlappende kompetanse mellom ulike myndigheter vil også kunne medføre motstrid og en mindre*

helhetlig sektorregulering. Er det markeder med særlige konkurranseutfordringer bør reguleringer skje konkret og ved alminnelige prosesser (ved lov eller forskrift).

(ii) De foreslåtte reglene om **overtredelsesgebyr og ledelseskarantene for fysiske personer** gir Konkurransetilsynet kompetanse til å ilegge betydelige forvaltningsrettslige sanksjoner for overtredelse av en rekke bestemmelser i konkurranseloven med lavest mulig krav til skyld. Forslaget er strengere og har bredere nedslagsfelt enn det som finnes i noen sammenlignbare jurisdiksjoner. Samtidig fremstår ikke behovet for å innføre slike sanksjoner som særlig sterkt, samtidig er dette et område hvor strafferettslige sanksjoner under eksisterende bestemmelser i svært liten grad er utprøvd. Det at forvaltningsrettslige sanksjoner i økende grad innføres i norsk lovgivning er i seg selv et svakt argument for hvorfor forvaltningsrettslige sanksjoner er riktig i konkurranseretten. Dette særlig tatt i betraktning at forvaltningsrettslige sanksjoner innen spesiallovgivning, hvor det er en mer begrenset gruppe personer som kan bli gjenstand for slike sanksjoner, stiller seg annerledes enn forvaltningsrettslige sanksjoner for overtredelse av bestemmelser i konkurranseretten som i prinsippet kan ramme enhver person i ethvert foretak i ethvert marked. Samlet sett savner vi en bredere utredning av behovet for, konsekvensene av og alternativene til forslaget.

I det følgende gis det en nærmere begrunnelse for Finans Norges hovedsynspunkter.

## 2. Generelt om lovgivningsprosessen

Begge lovforslagene gir Konkurransetilsynet omfattende og inngripende hjemler overfor både personer og foretak. Forslagene er særnorske og bygger i liten grad på et allerede utprøvd regelsett: Konkurranseretten er for øvrig i stor grad harmonisert gjennom EU/EØS-retten. Dette stiller særlige krav til utredning av lovgrunnlaget, herunder (i) behovet for ny lovgivning, (ii) forholdet til annen lovgivning (og EØS-avtalen), (iii) betydningen for næringslivet og (iv) ressursbruk og prioriteringer hos Konkurransetilsynet.

Dersom departementet ønsker å gå videre med høringsforslagene, bør det legges opp til en bredere beslutningsprosess med utredning av et særskilt utvalg med fagekspertise og representanter fra de som berøres av tiltakene. Dersom departementet velger å ikke nedsette et utvalg, er det viktig at alle sider som påpekes av høringsinstansene hensyntas og vurderes på en saklig måte i arbeidet med en proposisjon. Det bør gjøres vesentlige endringer i gjeldende forslag for å sikre grunnleggende rettsikkerhetsgarantier og forutberegnelighet for næringslivet.

Kommentarene i det følgende vil knytte seg til flere forhold; underbygge behovet for nærmere utredning og hvilke temaer som bør utredes nærmere, samt gi en oversikt over de forhold vi mener det er nødvendig for departementet å vurdere nærmere dersom man går videre med det som er foreslått i høringsnotatet.

## 3. Forslaget om innføring av markedsetterforskningsverktøyet

Begrunnelsen for forslaget om et nytt markedsetterforskningsverktøy er at “*virkemidlene vi har i dag ikke alltid er tilstrekkelige til å løse problemene i markeder med omfattende og sammensatte konkurranseutfordringer*”. Konkurranseloven inneholder allerede forbud mot konkurransebegrensende atferd og kontroll med oppkjøp og fusjoner. Det er også en forskriftshjemmel for inngrep mot konkurranseskade, samt opplysnings- og utleveringsplikt for enhver.

Forslaget om nytt markedsføringsverktøy er bransjenøytralt og gir Konkurransetilsynet konkurransepolitiske virkemidler langt utover dagens mandat. Bakgrunnen for forslaget er konkurransesituasjonen i dagligvaremarkedet. Dette illustreres også gjennom listen over høringsinstanser med sterk overvekt av aktører innen mat- og dagligvaresektoren. I tillegg er det vist til utfordringer i digitale plattformmarkeder, stilltiende samarbeid ved bruk av algoritmer og innlåsning av en uheldig markedsstruktur. Behovet i andre bransjer er imidlertid ikke vurdert, og det er dermed ikke avklart om de samme problemstillingene og manglende gjør seg gjeldende i disse bransjene. En følge av dette er at heller effekten av et slikt verktøy opp mot behovet er vurdert for disse bransjene. Det samme gjelder konsekvensene av slike vide fullmakter for Konkurransetilsynet til å regulere et marked.

Finans Norge mener at utfordringene innen dagligvarebransjen bør løses med mer konkrete tiltak rettet mot dette markedet, og ikke gjennom å innføre en bransjenøytral inngrepshjemmel. Dersom Konkurransetilsynet i fremtiden skulle ha behov for å gripe inn mot andre markeder – og dette ikke lar seg løse etter konkurranseloven – bør behov og virkemidler utredes og vedtas gjennom en alminnelig lovgiverprosess som en sektorregulering.

Digitale markeder reguleres mest effektivt gjennom grenseoverskridende regelverk, jf. utviklingen i EU (DMA mm). Det er prematurt å vedta særnorsk regulering/hjemmel for inngrep, før en ser effekten av lovgivningen i EU og de andre forslagene innen dagligvare.

Forslaget gir tilsynet hjemmel til å drive struktur- og atferdskontroll basert på en skjønnsmessig hjemmel og uten forutgående lovgivningsprosess. Dette omfatter også markeder som allerede er underlagt sektorregulering slik som bank og finansmarkedet. En stor del av reguleringen i disse markedene er basert på konkurransehensyn, som for eksempel PSD2, som skal bidra til tilgang for tredjeparter, og forbudet mot produktpakking i finansforetaksforskriften. Ytterligere inngrepskompetanse kan både føre til uforutsigbare rammevilkår og utilsiktede konsekvenser ved overlappende eller motstridende reguleringer. Disse utfordringene er ikke adressert i høringsnotatet.

Forslaget til markedsetterforskningsverktøy vil også kunne å beslaglegge betydelige ressurser over lang tid for bedrifter og virksomheter i markeder med høy konkurranse og små marginer, dersom virksomheten underlegges markedsetterforskning.

I motsetning til i UK (og Island) som er de eneste landene som har innført markedsetterforskningsverktøy, legger det norske forslaget opp til at det er opp til Konkurransetilsynet både å (i) beslutte om markedsetterforskning skal iverksettes og (ii) eventuelt ilette tiltak. I UK er kompetansen for disse beslutningene lagt til et uavhengig organ. I notatet vises det til at Norge ikke har et lignende prosessuelt system, og at vedtakskompetansen bør følge prosessen for Konkurransetilsynets vedtak for øvrig. Ettersom iverksettelse og vedtak i forbindelse med markedsetterforskning beror på Konkurransetilsynet skjønn og ikke på etablerte forbudsbestemmelser og fusjonskontrollregler, er det særlig viktig med prosessuelle regler som sikrer kontroll og objektivitet i beslutningene slik som i UK. En etterfølgende klageprosess vil ikke være tilstrekkelig for å sikre dette. For det første vil det være langvarige og omfattende prosesser frem til Konkurransetilsynets vedtak om inngrep som vil skade de involverte foretakenes omdømme og virksomhet. En etterfølgende klagebehandling vil ikke ha noen rettssikkerhetsmessig betydning i denne fasen. Denne prosessen vil bli ytterligere forlenget, og dermed økning av omfanget av mulige skadevirkninger, ved at det i forslaget legges opp til at klage til Konkurransetilsynet ikke gir

oppsettende virkning. Finans Norge mener derfor at det som et minstekrav må vurderes innføring av rettsikkerhetsmessige tiltak i form av involvering av en tredjepart i prosessen med beslutning av markedsetterforskning.

#### 4. Utredningen om overtredelsesgebyr og ledelseskarantene for fysiske personer

På oppdrag fra NFD har professor Jon Petter Rui på kort tid utredet og konkludert med at Konkurransetilsynet bør få hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr og ledelseskarantene til fysiske personer for overtredelse Konkurranseloven.

Forslaget representerer, som for markedsetterforskningsverktøyet, en særnorsk kompetanse for Konkurransetilsynet, noe som i seg selv skulle tilsi behov for en bredere og sammensett utredning av spørsmålet.

Finans Norge er ikke prinsipielt motstander av introduksjonen av administrative sanksjoner ovenfor fysiske personer ved overtredelse av konkurranselovgivningen. Det foreliggende forslaget er imidlertid omfattende i sitt nedslagsfelt, dekker skyldgrad ned til ordinær uaktsomhet og medvirkning og ilegges direkte av Konkurransetilsynet som administrativ sanksjon. Vi kan ikke se at en så vidtrekkende regulering er rettfærdiggjort gjennom utredningen.

Forslaget innebærer at eksisterende konkurranselov § 32 første ledd oppheves, men at andre ledd beholdes slik at alvorlige overtredelser av § 10 fortsatt vil kunne straffeforfølges. Majoriteten av overtredelsene konkurranselovens § 32 første ledd retter seg mot, flyttes over i det forvaltningsrettslige sporet og kan sanksjoneres av Konkurransetilsynet med hhv. overtredelsesgebyr og ledelseskarantene.

Overordnet synes forslaget først og fremst begrunnet med at straffebestemmelsen i konkurranseloven § 32 ikke håndheves, med henvisning til at Konkurransetilsynet kun har anmeldt to saker siden bestemmelsen ble innført i 2004.<sup>1</sup> Forslaget synes også begrunnet i at siden det ikke er holdepunkter for at denne håndhevingspraksisen vil endre seg,<sup>2</sup> taler prevensjonshensyn for å innføre nye regler som gir hjemmel til forvaltningsrettslige sanksjoner ovenfor fysiske personer. Som forklaring på *hvorfor* fysiske personer ikke har blitt straffeforfulgt vises det til at Konkurransetilsynet ikke har hatt full kontroll på om et forhold som en person varsler ved lemping kan ende opp i straffesystemet (her også med henvisning til opphevelsen av konkurranseloven § 33), med risiko for å undergrave lempningsinstituttet.<sup>3</sup>

At Konkurransetilsynet kun har gått til anmeldelse i to tilfeller siden 2004 som følge av at Konkurransetilsynet ikke har hatt kontroll på den strafferettslige håndhevelsen fremstår som et noe overdrevet problem. Konkurranseloven § 33 ble først opphevet med virkning fra 01.07.2022, slik at Konkurransetilsynet i perioden 2016 til 2022 har hatt stor grad av kontroll over den strafferettslige håndhevelsen uten at dette ga resultater. Utredningen peker heller ikke på noen tilfeller hvor påtalemyndigheten på eget initiativ har straffeforfulgt overtredelse av konkurransereglene. Videre vil Konkurransetilsynet heller ikke under det nye forslaget ha «full kontroll» over hvordan individer sanksjoneres ettersom konkurranseloven § 32 andre ledd foreslås opprettholdt.

---

<sup>1</sup> Utredningen kap 2.3

<sup>2</sup> Utredningen kap 5.2

<sup>3</sup> Utredningen kap 5.7

Samlet sett tilsier ikke utredningen at problemet med manglende allmennpreventiv håndhevelse skyldes fraværet av forvaltningsrettslige sanksjonsmuligheter, men heller at problemet ligger i kapasiteten til å forfølge strafferettslige sanksjoner.

Forslaget innebærer at ikke bare overtredelse av kartellforbudet i konkurranseloven § 10 kan forvaltningsrettslig sanksjoneres, men også de fleste øvrige bestemmelser som i dag omfattes av konkurranseloven § 32 første. I utredningen punktene 7.2.2 og 7.4.3 begrunnes dette i at når overtredelse kan straffesanksjoneres iht. konkurranseloven § 32, så tilsier et «mer til det mindre prinsipp» at bestemmelsene også må kunne underlegges forvaltningsrettslige sanksjoner.

Forskjellene mellom rettsikkerhetsgarantiene i det straffeprosessuelle sporet og en forvaltningsrettslig kompetanse for tilsynsmyndigheten til å ilegge overtredelsesgebyr og ledelseskantene, synes ikke reflektert i utredningen, også sett i lys av at forslaget innebærer at både alminnelig uaktsomhet kan lede til sanksjoner.

At skyldkravet foreslås satt til alminnelig uaktsomhet er viet begrenset omtale i utredningen. For ledelseskantene er spørsmålet om skyldkrav ikke behandlet overhodet, mens for overtredelsesgebyr henvises det til at dette skyldkravet benyttes i en rekke andre bestemmelser om overtredelsesgebyr.<sup>4</sup> Bestemmelsene det henvises til for å begrunne det foreslåtte skyldkravet<sup>5</sup> er imidlertid langt mer spesialisert lovgivning enn konkurranseretten, med et mer begrenset nedslagsfelt mtp. hvilke personer som kan være gjenstand for de relevante forpliktelser som kan sanksjoneres. Forskjellen mellom det å sanksjonere overtredelse av bestemmelser i spesiallovgivningen og det å sanksjonere bestemmelser i konkurranseretten som kan ramme enhver person i enhver type virksomheter i ethvert marked er i begrenset grad diskutert i utredningen. Når de foreslåtte sanksjonene i tillegg skal ha alminnelig uaktsomhet som skyldkrav, og omfatte medvirkningsansvar, burde dette aspektet utforskes nærmere.

I den komparative analysen av andre forvaltningsrettslige sanksjoner trekkes verdipapirhandelloven særlig frem i utredningen, både hva gjelder skyldkrav og størrelsen på overtredelsesgebyr.<sup>6</sup> Begrunnelsen er at samfunnsinteressene som markedsmissbruksforordningen skal beskytte har likhetstrekk med konkurransereglene. Utredningen adresserer imidlertid ikke at de konkrete bestemmelsene som kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr i verdipapirhandelloven § 21-1 knytter seg til spesifikke forpliktelser som påhviler personer i konkrete roller (forbud mot deling av insideinformasjon og markedsmanipulasjon, rapportering av transaksjoner, offentliggjøring av insideinformasjon, føring av innsidelist mv.). Dette i motsetning til forslaget, som innebærer at enhver person kan ilegges tilsvarende høye gebyr for overtredelse av bestemmelser som gjelder for eller kan gjelde for ethvert foretak.

Hvitvaskingsloven, som også har paralleller til konkurranseretten (økonomisk kriminalitet), oppstiller på sin side krav om grov uaktsomhet eller forsett for å kunne ilegge overtredelsesgebyr til fysiske personer.

---

<sup>4</sup> Utredningen kap 7.2.4

<sup>5</sup> Se fotnote 180 i utredningen

<sup>6</sup> Utredningen kapittel 5.6 og 7.2.5

Rui har i tråd med sitt mandat sett hen til andre sammenlignbare jurisdiksjoner. I ingen av de øvrige jurisdiksjonene er det innført tilsvarende regler som foreslått av NFD. Utredningen redegjør i denne sammenheng for sanksjoner i det strafferettslige sporet, men omtaler i begrenset grad forvaltningsrettslige sanksjoner i øvrige jurisdiksjoner – til tross for at det er slike sanksjoner forslaget gjelder.

Det går imidlertid klart frem i utredningen at verken Danmark, Sverige, Finland eller Storbritannia har regler om administrative overtredelsesgebyr til fysiske personer. Det oppgis at under tysk rett kan fysiske personer ilegges overtredelsesgebyr for overtredelse av “kartellforbudet”, altså motsvarende konkurranseloven § 10. Vi forstår dette som at tysk rett ikke åpner for overtredelsesgebyr til fysiske personer for overtredelse av øvrige bestemmelser i konkurranselovgivningen, i motsetning til det som er foreslått av NFD. Et forhold som ikke omtales i utredningen er at de tyske reglene om overtredelsesgebyr ikke omfatter medvirkningsansvar, i motsetning til forslaget fra NFD, og videre at maksimalt overtredelsesgebyr for uaktsom overtredelse er lavere enn ved forsett (EUR 500 000 ved uaktsomhet, EUR 1 000 000 ved forsett).

Når det kommer til ledelseskantene fremkommer det av utredningen at Danmark og Storbritannia ikke har slike regler, mens øvrige jurisdiksjoner som er vurdert har ulike varianter. Omtalen av finsk rett gjør det uklart om ledelseskantene i det hele tatt omfatter overtredelse av konkurransereglene. Ledelseskantene under svensk rett kan ilegges for overtredelse av kartellforbudet, men ikke for overtredelse av slike øvrige forpliktelser i konkurranselovgivningen som NFD har inkludert i sitt forslag.<sup>7</sup> Videre kan konkurransemyndigheten i Sverige ikke legge kanten, dette må imidlertid besluttes av Marknadsdomstolen.<sup>8</sup> Reglene om ledelseskantene i Storbritannia er viet svært kort omtale, og utredningen er uklar med hensyn til hvilke forpliktelser i konkurranselovgivningen som kan sanksjoneres med ledelseskantene.

Samlet sett er det vanskelig å forstå hvordan situasjonen i øvrige jurisdiksjoner er tatt med i vurderingen av hva som vil være en egnet regulering i norsk rett. Dette gjelder spørsmålet om hvorvidt Konkurransetilsynet skal få kompetanse til å legge slike forvaltningsrettslige sanksjoner som sådan, men også den nærmere utforming. Forslaget til NFD fremstår langt strengere og mer omfattende enn noen regulering i sammenlignbare jurisdiksjoner, både hensyntatt hvilke regler i konkurranseretten som kan forvaltningsrettslig sanksjoneres ved overtredelse og krav til skyldgrad.

Med vennlig hilsen  
**Finans Norge**

Nils Henrik Heen  
juridisk direktør

*Dette dokumentet er elektronisk godkjent og inneholder derfor ingen signatur(er)*

---

<sup>7</sup> Lag (2014:836) § 7

<sup>8</sup> Lag (2014:836) § 17