

Skyldkravet i konkurranseretten: Hva skal forsettet dekke?

Sammendrag: Problemstillingen som behandles i denne artikkelen er hva forsettet skal dekke i konkurransesaker, særlig i saker om samarbeid med konkurransebegrensende formål. Artikkelen presenterer først hvordan ulike håndhevingsorganer i Norge har hatt ulike tilnærminger til hva forsettet skal dekke. Det er særlig spørsmålet om forsettet må dekke samarbeidets skadepotensiale på konkurransen som vurderes ulikt i norsk praksis. For å svare på hva forsettet skal dekke, foretas det i denne artikkelen en drøftelse av hva som er det objektive gjerningsinnholdet i forbudet mot samarbeid med konkurransebegrensende formål. Det konkluderes med at vurderingen av om et konkret samarbeid har et konkurransebegrensende formål er en rettslig vurdering. Uvitenhet om samarbeidets konkurransebegrensende art er dermed en rettslig uvitenhet som ikke er til hinder for at det foreligger forsett om hele det objektive gjerningsinnholdet.

Forfatterinformasjon: Ronny Gjendemsjø, Førsteamanuensis, Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, ronny.gjendemsjo@uib.no

Nøkkelord: konkurranserett, overtredelsesgebyr, skyld, forsett, dekningsprinsippet

1. Innledning

Temaet for denne artikkelen er hva skylden skal dekke i saker om ileggelse av overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven (heretter konkurransesaker).¹ Etter konkurranseloven § 29 kreves det en forsettlig eller uaktsom overtredelse av lovens forbud for at et foretak skal kunne ilegges overtredelsesgebyr. Videre har graden av skyld betydning for utmålingen av overtredelsesgebyret.² Om overtredelsen er forsettlig eller uaktsom, kan ha stor betydning for størrelsen på gebyret. I *El-Proffen* reduserte Konkurransklagenemnda gebyrene ilagt av Konkurransetilsynet med mer enn halvparten, blant annet på grunn av at overtredelsen ikke ble ansett som forsettlig.³ Et annet eksempel er Borgarting lagmannsretts dom 17. mars

¹ lov 5. mars nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger. Skyldkravet i konkurranseretten har også blitt behandlet i Erling Hjelmeng og Jørn Jacobsen, «Skyldkravet i konkurranseretten – Mot et Objektivt ansvar for systemsvikt?», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2021, s. 3-45. Artikkelen har en annen tilnærming til temaet skyldkravet i konkurranseretten enn det denne artikkelen har, herunder i hvilken grad et foretak kan tilskrives skyld.

² Forskrift 11. desember 2013 nr. 1465 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr, § 3 annet ledd.

³ Konkurransklagenemndas vedtak 31. august 2018 i sak 2018/112 og 2018/113, *EL-proffen med flere*, avsnittene 377 til 379, 395, 400 og 406.

2015 i *Taxisaken* hvor lagmannsretten mer enn halverte gebyrene, blant annet på grunn av manglende forsett.⁴

Spørsmålet om hva skylden skal dekke (dekningsprinsippet) har den siste tiden aktualisert seg gjennom en sprikende praksis. Ulike håndhevingsorganer har kommet til ulike svar på spørsmålet om hva skylden skal dekke i konkurransesaker.⁵ Det er først og fremst med tanke på skyldkravet forsett at vi kan observere ulike løsninger fra sak til sak, og organ til organ. Ulikheten angår, noe forenklet, i hvilken grad foretak som har overtrådt et av forbudene i konkurranseloven, må ha vært klar over eller holdt det for sannsynlig at deres atferd begrenset konkurransen.

Et eksempel kan illustrere problemstillingen. Vi kan tenke oss at tre aktører samarbeider om å levere et felles tilbud i en anbudskonkurranse. Aktørene vet at de samarbeider om et felles tilbud og at de kunne levert tre individuelle tilbud. Vi kan forutsette at konkurransemyndighetene har kommet til at dette felles tilbudet begrenset konkurransen. Må aktørene ha visst eller ha holdt det for mest sannsynlig at dette samarbeidet begrenset, eller var egnet til å begrense konkurransen, for at overtredelsen skal anses som forsettlig? Hva om disse tre aktørene ikke trodde samarbeidet var konkurransebegrensende fordi de kun var tre av 20 aktører på dette markedet, og at det dermed uansett var hard konkurranse om å vinne anbudskonkurransen? Eller hva om aktørene ikke hadde reflektert over en eventuell konkurransebegrensning, men trodde at de kunne levere et kvalitativt bedre tilbud ved å samarbeide? Hvilken grad av bevissthet og kunnskap rundt samarbeidets mulige konkurransebegrensende virkning må foreligge, for at en kan si at det foreligger en forsettlig overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10 eller forbudet mot en utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling i konkurranseloven § 11?

Denne artikkelen tar sikte på å svare på hva forsettet skal dekke i konkurransesaker, særlig i hvilken grad forsettet må dekke om samarbeidet vil, eller i alle fall er egnet til, å begrense konkurransen. Før selve drøftelsen av hva forsettet skal dekke, vil det bli gitt en nærmere presentasjon av problemstillingen i punkt 2, herunder en kort presentasjon av den divergerende

⁴ Borgarting lagmannsretts dom 17. mars 2015, LB 2013-75034, *Taxisaken*,

⁵ Se f.eks. forskjellen på vurderingene i Konkurransetilsynets vedtak 4. september 2017, V2017-21, *EL-Proffen med flere*, avsnittene 453 til 484 og Konkurransklagenemndas vedtak 31. august 2018 i sak 2018/112 og 2018/113, *EL-proffen med flere*, avsnittene 274 til 336. Se også Konkurransetilsynets vedtak 4. juli 2011, V2011-12, *Taxisaken*, avsnittene 144 til 147 og Borgarting lagmannsretts dom 17. mars 2015, LB-2013-75034, *Taxisaken*. Se også Oslo tingretts dom 21. juni 2018 *Forlagssaken* (side 42 i dommen under overskriften skyldkravet) og Borgartings lagmannsretts dom 1. september 2020, LB-2018-161470, *Forlagssaken*, punkt 3.1.

praksis om anvendelsen av dekningsprinsippet. Punkt 3 inneholder en kort presentasjon av det strafferettslige dekningsprinsippet. I punkt 4 drøftes det hva som er innholdet i gjerningsbeskrivelsen i konkurranseloven § 10, for å kunne ta stilling til hvilke omstendigheter skylden må dekke. Her blir det også drøftet hvor grensen går mellom faktisk og rettslig uvitenhet ved overtredelser av konkurranseloven § 10. Basert på drøftelsene i punkt 4, vil det i punkt 5 bli konkludert på hva forsettet må dekke, før det foretas en kort evaluering av den foreliggende praksis. I punkt 6 vurderes det om EØS-retten har betydning for hva skylden skal dekke i konkurransesaker. Begrunnelsen for å ta opp EØS-retten etter drøftelsen i punkt 4, er at denne strukturen bedre viser hvorfor EØS-retten ikke påvirker hva skylden skal dekke i konkurransesaker som håndheves i Norge. I punkt 7 oppsummerer jeg funnene og konklusjonene.

2. Nærmere presentasjon av problemstillingen

2.1. Presisering av problemstillingen og avgrensninger

Ettersom den divergerende praksisen om hva skylden skal dekke angår skyldkravet forsett, vil drøftelsene i denne artikkelen begrense seg til denne skyldformen. Praksis om illeggelse av gebyrer i konkurransesaker indikerer at skyldformen uaktsomhet ikke er problematisk. Straffeloven § 22 beskriver forsett som å begå en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud med «hensikt», «med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen» eller at gjerningspersonen «holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet». ⁶ Som uttrykt i litteraturen, kreves det at forsettet, i en av sine tre former, må dekke gjerningsbeskrivelsen. ⁷

Konkurranseloven § 10 forbyr «enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver samordnet opptreden som har til formål eller virkning å [begrense] konkurransen». Bestemmelsen inneholder alternative vilkår og angir dermed flere alternative gjerningsbeskrivelser. Alle gjerningsbeskrivelsene har to elementer eller vilkår. For det første et krav om en form for samarbeid, beskrevet som avtale, samordnet opptreden eller beslutning truffet av en sammenslutning av foretak (samarbeidskriteriet), og for det andre et krav om at samarbeidet har til formål eller virkning å begrense konkurransen (konkurransbegrensningskriteriet). Det er i relasjon til konkurransbegrensningskriteriet at vi kan observere ulike løsninger på hva forsettet skal dekke. Det er i de aller fleste tilfeller enkelt

⁶ Lov 20. mai nr. 28 om straff.

⁷ Johs. Andenæs, *Alminnelig Strafferett*, 6. utgave av Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Eirik Sæther, Oslo 2016, s. 228. Se også Johs. Andenæs, *Alminnelig Strafferett*, 4. utgave, Oslo 1997, s. 204.

å avgjøre om forsettet dekker inngåelsen av en avtale, en beslutning tatt i en sammenslutning eller en samordnet opptreden.⁸

I utgangspunktet fremstår det kanskje som opplagt at forsettet må dekke konkurransebegrensningen. En begrensning av konkurransen er tross alt en del av ordlyden i bestemmelsen som uttrykker gjerningsbeskrivelsen. Likevel er det ikke så enkelt, fordi spørsmålet om hvilke samarbeid eller handlinger som har til formål å begrense konkurransen, og langt på vei også hvilke samarbeid som har som virkning å begrense konkurransen, er et tolkningsspørsmål. Tolkningen av en bestemmelse eller fastleggingen av det objektive gjerningsinnholdet er ikke noe forsettet må dekke.⁹ Spørsmålet som da oppstår, er hvor grensen går mellom det som er en del av gjerningsbeskrivelsen, og dermed skal dekkes av forsettet, og det som er en del av tolkningen av forbudsbestemmelsen som ikke skal dekkes av forsettet. Dette er et spørsmål om hvor grensen går mellom faktisk og rettslig uvitenhet. Grensedragningen kan illustreres ved å bruke eksempelet fra innledningen. Er et anbudssamarbeids formål om å begrense konkurransen en del av det objektive gjerningsinnholdet, slik at forsettet må dekke det konkurransebegrensende formålet? Eller er det en tolkning av vilkåret om å ha til formål å begrense konkurransen som gir oss svaret på om et anbudssamarbeid innebærer en overtredelse av konkurranseloven § 10? Sagt på en annen måte, er det objektive gjerningsinnholdet å levere et felles tilbud i en anbudskonkurranse når de involverte foretakene kunne levere selvstendige tilbud? Eller er det objektive gjerningsinnholdet å inngå et eller delta i et samarbeid som har til formål å begrense konkurransen?

Spørsmålet om hva forsettet skal dekke oppstår også i forhold til forbudet mot misbruk av en dominerende stilling i konkurranseloven § 11. Det meste av praksisen om hva forsettet skal dekke er knyttet til konkurranseloven § 10. På denne bakgrunn vil drøftelsene i punkt 4 være begrenset til konkurranseloven § 10. Dette er også begrunnet i at det er enklere å belyse og illustrere problemstillingen når diskusjonen er begrenset til én forbudsbestemmelse. Drøftelsene og konklusjonene vil imidlertid også være relevant for konkurranseloven § 11, og dette vil bli adressert i punkt 4.4.3 og avslutningsvis i punkt 5.

⁸ Slik også Hjelmeng og Jacobsen 2021, s. 39.

⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff s. 426 og Andenæs 2016, s. 255.

2.2. Kort presentasjon av praksis

Her skal jeg gi en kort presentasjon av den mest sentrale praksisen om hva forsettet skal dekke i konkurransesaker. Formålet er å få frem hvordan ulike håndhevingsorganer vurderer dette ulikt.

I Rt. 2012 s. 1556 *Brosaken* kom Høyesterett til at skyldformen forsett i konkurranseloven § 29 må forstås på samme måte som i strafferetten.¹⁰ Det innebar ifølge Høyesterett at skylden «må dekke alle vilkårene i sanksjonsbestemmelsen», og dermed at foretaket «må ha vært klar over, eller i det minste holdt det for mest sannsynlig, at de samarbeidet ... på en måte som var *egnet til merkbart å begrense konkurransen*»(min uth.).¹¹ Formuleringen «egnet til» å begrense konkurransen var Høyesteretts tolkning av vilkåret om konkurransebegrensende formål i konkurranseloven § 10.¹² Det objektive gjerningsinnholdet var dermed å inngå en avtale som var egnet til merkbart å begrense konkurransen, og forsettet måtte dermed dekke både avtalen og egnetheten til å begrense konkurransen.

Formuleringen av dekningsprinsippet i *Brosaken* har etablert seg som en standardformulering av hva forsettet skal dekke i saker om konkurransebegrensende samarbeid. På tross av dette, anvender ulike håndhevingsorganer dekningsprinsippet på ulike måter.

I den såkalte *Taxisaken* tok lagmannsretten utgangspunkt i Høyesteretts formulering av dekningsprinsippet i *Brosaken*.¹³ Lagmannsretten kom til at overtredelsen ikke var forsettlig i den aktuelle saken.¹⁴ Skyldgraden ble vurdert som ledd i utmålingen av overtredelsesgebyret. Det er noen ulikheter i anvendelsen av forsettskravet i de to sakene som er illustrerende for problemstillingen som tas opp her. I *Brosaken* konkluderte Høyesterett med at partene hadde forsett om at samarbeidet var egnet til å begrense konkurransen. Konklusjonen var basert på at selskapenes tilbud var resultatet av en nærmest fullstendig pris-koordinering, at det var tale om en nærmest total blottlegging av egne priser og inngivelse av tilbud som baserte seg på disse prisene.¹⁵ Konklusjonen i *Taxisaken* om manglende forsett var basert foretakenes subjektive oppfatning om at de ikke var i stand til å inngi separate tilbud i konkurransen, og dermed ikke

¹⁰ Rt. 2012 s. 1556, avsnitt 63.

¹¹ Rt. 2012 s. 1556, avsnitt 66.

¹² Rt. 2012 s. 1556, avsnitt 65.

¹³ Borgarting lagmannsretts dom 17. mars 2015, LB-2013-75034, *Taxisaken*. Saken er senere avgjort av Høyesterett i HR-2017-1229-A. Høyesterett behandlet ikke skyldspørsmålet.

¹⁴ Borgarting lagmannsretts dom 17. mars 2015, LB-2013-75034, *Taxisaken*, s. 18. (Dommen er kun publisert i lovdata og det henvises derfor til sidetall fra lovdatautskrift for at det skal være enklere for leseren å finne frem til de enkelte partier i dommen).

¹⁵ Rt. 2012 s. 1556, avsnittene 83–84.

forsto eller holdt det for mest sannsynlig at samarbeidet ville begrense konkurransen.¹⁶ Det ble videre lagt vekt på at samarbeidet var åpent, og at dette underbygget at foretakene selv ikke oppfattet samarbeidet som konkurransebegrensende.¹⁷

Det er en tydelig forskjell på hvilke momenter som trekkes inn i de to forsettsvurderingene. I *Brosaken* er det foretakenes handlinger som er grunnlaget for konklusjonen om at det var forsett om egnetheten til å begrense konkurransen. Det foretas ikke noen vurdering av subjektive forhold. I *Taxisaken* fremstår derimot vurderingen mer knyttet til den subjektive forståelsen av samarbeidets egnethet til å begrense konkurransen. Denne forskjellen kan forstås på flere måter. For det første kan dette skyldes ulike oppfatninger av hva forsettet skal dekke. Det vil si at man i *Taxisaken* stilte krav om en subjektiv forståelse av samarbeidets konkurransebegrensende potensiale, og at man i *Brosaken* kun krevde at forsettet dekket de handlingene som utgjorde overtredelsen av konkurranseloven § 10, men ikke stilte krav om en subjektiv forståelse av disse handlingenes egnethet til å begrense konkurransen. Den andre måten å forstå ulikheten på er at det i begge sakene stilles krav om en subjektiv forståelse av at atferden var egnet til å begrense konkurransen, og at det bare er bevisvurderingene som er ulike. Ulikhetene i bevisvurderingen kan skyldes at bevisbildet i de to sakene var forskjellig. Med en slik forståelse av dommene har man i *Brosaken* basert drøftelsen av om det var forsett om egnetheten til å begrense konkurransen på de ytre omstendighetene. I *Taxisaken* forelå det derimot ytterligere bevismomenter som viste at partene ikke holdt det for mest sannsynlig at samarbeidet var egnet til å begrense konkurransen, og disse har selvsagt spilt en rolle i bevisvurderingen.

Den forskjellen på anvendelsen av forsettskravet som kan observeres i *Brosaken* og *Taxisaken* finner vi igjen i Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda sine vedtak i *El-Proffen*. Til forskjell fra *Brosaken* og *Taxisaken* er det her to håndhevelsesorganer som anvender forsettskravet ulikt i en og samme sak. Da kan ikke ulikheten forklares med ulikheter i bevisituasjonen.¹⁸ Forsettsvurderingen i Konkurransetilsynets vedtak ligner på Høyesteretts forsettsvurdering i *Brosaken*. Det konstateres forsett basert på at det er utvekslet konkurransesensitiv informasjon, og disse ytre konstaterbare forholdene var tilstrekkelig for å slutte at forsettskravet var oppfylt.¹⁹ Forsettsvurderingen i Konkurransklagenemndas vedtak ligner derimot mer på forsettsvurderingen i *Taxisaken*. Klagenemnda presiserer først at når

¹⁶ Borgarting lagmannsretts dom 17. mars 2015, LB-2013-75034, *Taxisaken*, s. 19.

¹⁷ Borgarting lagmannsretts dom 17. mars 2015, LB-2013-75034, *Taxisaken*, s. 19.

¹⁸ I prinsippet kunne en tenke seg at bevisbildet var annerledes for klagenemnda enn for tilsynet, men det var ikke tilfellet i denne saken.

¹⁹ Konkurransetilsynets vedtak 4. september 2017, V2017-21, *EL-Proffen med flere*, avsnitt 462.

forsettet skal dekke at samarbeidet er egnet til merkbart å begrense konkurransen, innebærer det at forsettet skal dekke «eventuelle skadevirkninger på konkurransen».²⁰ På samme måte som lagmannsretten i *Taxisaken*, la klagenemnda vekt på at samarbeidet skjedde åpent. Åpenheten fremstår som et argument for at partene selv ikke kunne ha holdt det for mest sannsynlig at samarbeidet var konkurransegrensende.²¹ Videre vektlegges det at partene ikke nødvendigvis ville deltatt i konkurransen om det ikke var for samarbeidet.²² Det legges også tilsynelatende vekt på at det i denne saken i enda mindre grad enn i *Taxisaken* kunne dokumenteres et objektivt formål om å begrense konkurransen.²³ Klagenemnda vektlegger videre at det var mange konkurrenter på markedet.²⁴ Det kommer ikke helt klart frem av vedtaket hvorfor dette er relevant for forsettet. Det er mest nærliggende å forstå dette som at det forklarer at partene ikke selv forstod at et samarbeid som involverte *bare* noen få av mange aktører på markedet, kunne være konkurransebegrensende. I Konkurransetilsynets vedtak avvises relevansen av disse momentene på det grunnlag at de ikke er en del av det objektive gjerningsinnholdet.²⁵

Ulikheten i Konkurransetilsynets og Konkurransklagenemndas vurderinger viser tydelig en ulik oppfatning av hvordan forsettsvurderingen skal foretas. Det at tilsynet avviser relevansen av de momenter klagenemnda legger vekt på, indikerer ulike oppfatninger av innholdet i gjerningsbeskrivelsen. Det fremstår som at tilsynet legger til grunn at gjerningsbeskrivelsen er begrenset til å samarbeide om et felles tilbud i en anbudskonkurranse, men at klagenemnda derimot legger til grunn at gjerningsbeskrivelsen inneholder et element om at atferden er egnet til å begrense eller skade konkurransen. Denne uenigheten kan forklares med ulike oppfatninger om hva som er en del av tolkningen av lovbestemmelsen og hva som er en del av det objektive gjerningsinnholdet tolkningen fører frem til. Tilsynets oppfatning synes å være at spørsmålet om noe er egnet til å begrense konkurransen er et tolkningsspørsmål. Klagenemnda synes derimot å være av den oppfatning at et samarbeids egnethet til å begrense konkurransen er en del av det objektive gjerningsinnholdet og derfor noe som forsettet må dekke.

Det fremstår ikke like nærliggende å anse forskjellen mellom Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemndas anvendelse av dekningsprinsippet som begrunnet i ulike

²⁰ Konkurransklagenemndas vedtak 31. august 2018 i sak 2018/112 og 2018/113, *EL-proffen med flere*, avsnitt 284.

²¹ *Ibid.* avsnittene 287–290.

²² *Ibid.* avsnitt 304.

²³ *Ibid.* avsnitt 300.

²⁴ *Ibid.* avsnittene 298 og 299.

²⁵ Konkurransetilsynets vedtak 4. september 2017, V2017-21, *EL-Proffen med flere*, avsnittene 463-477.

bevisvurderingen som skyldes ulike bevisbilder, slik som forskjellene i *Brosaken* og *Taxisaken* kan forklares.

Konkurranseskilagenemnda tok også stilling til hva skylden skal dekke i *Telenorsaken*.²⁶ Saken gjaldt konkurranseloven § 11 og ikke § 10. Klagenemnda stilte også her opp et krav om at forsett forutsetter en viss forståelse for at handlingen er i stand til å begrense konkurransen. I vedtaket står det at «skylden må dekke alle de objektive elementene i gjerningsbeskrivelsen, herunder også eventuelle skadevirkninger på konkurransen i markedet» (min uth).²⁷ Gulating lagmannsrett synes å legge det samme til grunn i sin dom i saken, når det i premissene om skyldkravet pekes på at sentrale personer i Telenor «var klar over [at atferden] var egnet til å skade konkurransen», og videre at de «vil nødvendigvis vite at [atferden] vil ha en virkning for konkurransen».²⁸ Når lagmannsretten viser til forståelse for egnetheten til å begrense konkurransen, gir det uttrykk for at forsettet må dekke atferdens skadevirkninger på konkurransen.

Til slutt vises det til lagmannsrettens og tingrettens vurderinger av forsett i *Forlagssaken*.²⁹ Saken har også blitt behandlet av Høyesterett i HR-2021-1086-a, men spørsmålet om skyld var ikke tema for Høyesteretts behandling. Saken handlet om en felles boikott av distribusjonsselskapet Interpress, gjennomført av flere forlag. Lagmannsrettens flertall har en relativt summarisk vurdering av om overtredelsen var forsettlig. Basert på at det var bevist at foretakene hadde en felles vilje om å boikotte Interpress, kommer flertallet til at det var bevist at foretakene holdt det for mest sannsynlig at avtalen «var tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at den hadde et konkurransebegrensende formål».³⁰ En kan merke seg at formuleringen «egnet til merkbart å begrense konkurransen» her er byttet ut med «tilstrekkelig skadelig for konkurransen». Dette skyldes at tolkningen av vilkåret om konkurransebegrensende formål har endret seg siden dommen i Rt. 2012 s. 1556 *Brosaken*. Jeg skal komme tilbake til det i punkt 4. Lagmannsrettens dom er ikke helt klar på hva retten mener skal dekkes av forsettet. Tingrettens dom i samme sak er tydeligere. Tingretten kom til at det var tilstrekkelig at forsettet dekket boikotten, og at denne nødvendigvis må ha skjedd med

²⁶ Konkurranseskilagenemndas vedtak 19. juni 2019 i sak 2019/34, *Telenor*.

²⁷ *Ibid.* avsnitt 519. Forfatteren av denne artikkelen var medlem av Konkurranseskilagenemnda i behandlingen av denne saken. Vedkommende hadde tatt dissens på spørsmålet om det forelå en materiell overtredelse av konkurranseloven § 11, og deltok derfor ikke i vurderingen av om overtredelsen var forsettlig.

²⁸ Gulating lagmannsretts dom 24.06.2021 i LG-2019-137886-2, punkt 8.

²⁹ Borgarting lagmannsretts dom 1. september 2020, LB-2018-161470, *Forlagssaken* og Oslo tingretts dom 21. juni 2018 *Forlagssaken*.

³⁰ Borgarting lagmannsretts dom 1. september 2020. LB-2018-161470, *Forlagssaken*, punkt 3.1.

hensikt.³¹ Videre heter det i dommen at «det ikke er noe krav om at forlagene skal ha utvist skyld med tanke på boikottens virkninger, i og med at boikotten i seg selv anses som samarbeidets formål».³² Dette må forstås som at tingretten legger til grunn at spørsmålet om en boikott er egnet til å begrense konkurransen er tolkningsspørsmål som ikke skal dekkes av forsettet.

Denne presentasjonen av praksis viser en diskrepans i anvendelsen av dekningsprinsippet mellom ulike håndhevere av konkurransereglene. Det fremstår som at ulike håndhevingsorganer har ulike oppfatninger om forsettet må dekke at samarbeidet er egnet til å begrense konkurransen eller om konkurransebegrensningsvurderingen er en del av tolkningen av konkurransebegrensningskriteriet i konkurranseloven § 10. Med andre ord fremkommer det ulike oppfatninger av hva som er det objektive gjerningsinnholdet.

3. Kort om dekningsprinsippet

Før jeg skal drøfte hva som er innholdet i den objektive gjerningsbeskrivelsen i konkurranseloven § 10, vil jeg gi en kort presentasjon av det strafferettslige dekningsprinsippet. Høyesterett påpekte i *Brosaken* at forsettskravet i konkurranseloven § 29 skal forstås på samme måte som i strafferetten.³³ Skyldkravets dekningsprinsipp kommer til uttrykk i straffeloven § 22 som uttrykker at forsett foreligger når man med en av de tre forsettsformene begår en handling som «dekker gjerningsbeskrivelsen» i et straffebed. Det er understreket i forarbeidene til straffeloven at selv om ordlydens henvisning til at handlingen «dekker gjerningsbeskrivelsen» kan gi inntrykk av at man må forstå rettsregelen eller straffebedets rekkevidde, så har det ikke vært meningen å endre rettstilstanden.³⁴ Det fremkommer videre av straffeloven § 26 at rettsvillfarelse ikke fritar for straff.

I teorien har dekningsprinsippet blitt uttrykt som at forsettet må «dekke hele det objektive gjerningsinnholdet i straffebedet»,³⁵ at forsettet må «omfatte alle de momenter som gjør handlingen til et lovbrudd» og «at en må ha forsett om de omstendighetene som gjør at gjerningsbeskrivelsen passer».³⁶

³¹ Oslo tingretts dom 21. juni 2018 *Forlagssaken*, side 42.

³² *Ibid.*

³³ Rt. 2012 s. 1556, avsnitt 63.

³⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff, side 426. Se også Linda Gröning, Jørn R.T. Jacobsen og Erling Johannes Husabø, *Frihet, Forbrytelse og Straff: en systematisk framstilling av norsk strafferett*, Bergen 2015, s. 244 som jeg forstår i samme retning når det uttrykkes at formuleringen ikke er helt heldig.

³⁵ Andenæs 2016, s. 228.

³⁶ Gröning, Jacobsen og Husabø, s. 244.

Det stilles ikke krav om kunnskap om eller forståelse av rettsreglene for at forsettet skal dekke gjerningsbeskrivelsen. I teorien brukes straffeloven § 155 om vold mot offentlig tjenestemann som illustrasjon. Det kreves ikke at en kjenner til tolkningen av «offentlig tjenestemann». Utøver noen vold mot en politikvinne, og vedkommende vet at det er en politikvinne, så har en forsett om at det utøves vold mot en offentlig tjenestemann.³⁷ Da har man kunnskap om de faktiske omstendigheter som gjør handlingen straffbar etter det aktuelle straffebudet.

Ulikheten i hvordan dekningsprinsippet anvendes i konkurransesaker kan se ut til å være knyttet til grensen mellom faktisk uvitenhet og rettsuvitenhet. Konkurranseskjennemnda og Borgarting lagmannsrett kan forstås som at gjerningsbeskrivelsen inneholder et krav om at atferden er egnet til å begrense konkurransen, og at denne egnetheten derfor må dekkes av forsettet. Konkurransetilsynet – og kanskje Høyesterett – kan derimot forstås som at spørsmålet om hva som er egnet til å begrense konkurransen er et tolkningsspørsmål som forsettet ikke skal dekke. Da holder det at forsettet dekker de handlingene som gjør at gjerningsbeskrivelsen passer. Dette vil ofte være selve samarbeidet eller informasjonsutvekslingen. Som påpekt ovenfor kan forskjellene også forstås som ulike oppfatninger om hva som kreves for å bevise at det er forsett om konkurransebegrensningen, og i så fall ikke en uenighet om grensen mellom faktisk uvitenhet og rettsuvitenhet.

Denne korte presentasjonen av dekningsprinsippet viser først og fremst at det må klarlegges hva som er det objektive gjerningsinnholdet i konkurranseloven §10. Når det er avklart, skal det i prinsippet ikke være vanskelig å konkludere på hva forsettet må dekke. I fortsettelsen skal jeg derfor drøfte hva som er det objektive gjerningsinnholdet i konkurranseloven § 10.

4. Fastleggelsen av det objektive gjerningsinnholdet i konkurranseloven § 10

4.1. Innledning

For å svare på hva forsettet skal dekke i konkurransesaker, må bestemmelsen tolkes for å fastlegge det objektive gjerningsinnholdet. Konkurranseloven § 10 forbyr seks ulike handlinger. Det er tre ulike former for samarbeid som hver for seg er forbudt dersom de har til formål eller virkning å begrense konkurransen. En kan dermed hevde at bestemmelsen inneholder seks ulike gjerningsbeskrivelser som alle inneholder et samarbeidskriterium og et konkurransebegrensningskriterium. For eksempel er det forbudt å inngå en avtale som har til formål å begrense konkurransen, det er forbudt å inngå en avtale som har til virkning å begrense

³⁷ Se Andenæs 2016, s. 272-273 og Gröning, Jacobsen og Husabø, s. 244.

konkurransen og likedan for de to andre samarbeidsformene. Det er ikke rom for å foreta en fullstendig tolkning av alle vilkårene i konkurranseloven § 10 her. Det er heller ikke nødvendig. Ettersom den sprikende praksisen som er beskrevet ovenfor, hovedsakelig handler om avtaler som har til formål å begrense konkurransen, og særlig vilkåret om konkurransebegrensende formål, har jeg valgt å begrense meg til dette. Som nevnt i punkt 2 er det sjeldent problematisk å slå fast om det er forsett i forbindelse med samarbeidskriteriet.

I fortsettelsen skal jeg først foreta en generell tolkning av vilkåret om konkurransebegrensende formål i punkt 4.2. Deretter vil det i punkt 4.3 bli vurdert om gjerningsbeskrivelsen kan karakteriseres som et følgedelikt eller faredelikt, eller om dette er en gjerningsbeskrivelse uten et konsekvenselement. Denne drøftelsen vil vise at skillet mellom ulike delikttyper ikke gir grunnlag for å svare på hvor grensen går mellom faktisk og rettslig uvitenhet i forhold til konkurranseloven § 10. Punkt 4.4 vil derfor inneholde en drøftelse av hvor grensen går mellom faktisk og rettslig uvitenhet i anvendelsen av vilkåret om konkurransebegrensende formål.

4.2. Generell tolkning av vilkåret om konkurransebegrensende formål

Vilkåret «å ha til formål å begrense konkurransen» ble i HR-2017-1229-A (Taxisaken) og i HR-2021-1086-A (Forlagssaken), tolket som at samarbeidet må ««fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen», slik at det ikke er nødvendig å undersøke virkningene av samarbeidet».³⁸ Tolkningen fulgte opp EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i *Taxisaken*, og er i samsvar med EU-domstolens tolkning av det samme vilkåret i artikkel 101 TEUV.³⁹ Det følger av denne tolkningen at det er samarbeidets objektive formål som er relevant, og ikke den subjektive intensjonen. Det har også blitt stadfestet i rettspraksis at det ikke er partenes hensikt som er avgjørende.⁴⁰ For å avgjøre om et samarbeid fremtrer som tilstrekkelig skadelig for konkurransen skal det tas hensyn til «innholdet i samarbeidsavtalens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenhengen den inngår i».⁴¹ Dette tilsier at det må foretas

³⁸ HR-2017-1229-A, avsnitt 39 og HR-2021-1086-A, avsnittene 58 og 59.

³⁹ Sak E-3/16, *Ski Taxi SA, Follo Taxi SA and Ski Follo Taxidrift AS mot Norge (Taxisaken)*, EFTA Ct. Rep. 2016 s. 1004, avsnitt 48. Se også sak C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal mot Budapest Bank m.fl. (Budapest Bank)*, ECLI:EU:C:2020:265, avsnitt 37, sak C-67/13 P, *Groupment des cartes bancaires mot EU-kommisjonen (Cartes bancaires)*, ECLI:EU:C:2014:2204, avsnitt 49 og sak C-307/18, *Generics m.fl. mot Competitions and Markets Authority (Generics)*, ECLI:EU:C:2020:52, avsnitt 67.

⁴⁰ Se bl.a. Sak E-3/16, *Taxisaken*, EFTA Ct. Rep. 2016 s. 1004, avsnitt 57 og sak C-228/18, *Budapest Bank*, ECLI:EU:C:2020:265, avsnitt 53.

⁴¹ HR-2017-1229-A avsnitt 40, sak E-3/16, *Taxisaken*, EFTA Ct. Rep. 2016 s. 1004, avsnitt 56. Se også bl.a. sak C-228/18, *Budapest Bank*, ECLI:EU:C:2020:265, avsnitt 51 og sak C-67/13 P, *Cartes bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204, avsnitt 53.

en konkret vurdering av om disse omstendighetene samlet tilsier at samarbeidet fremtrer som tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at en virkningsvurdering ikke er nødvendig.

Hva som skal til for at konkurranseskaden fremtrer som tilstrekkelig skadelig, altså hva som mer konkret er terskelen, er ikke helt klart basert på det som er presentert så langt. Høyesterett kom i både *Taxisaken* og *Forlagssaken* til at det er et krav om at samarbeidets «skadelige natur lett lar seg påvise» i lys av erfaringer og økonomiske forhold.⁴² Dette er basert på EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i *Taxisaken*. I den engelskspråklige versjonen av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse brukes uttrykket «easily identifiable».⁴³ En slik presisering av terskelen for når noe fremtrer som tilstrekkelig skadelig hadde en ikke sett i EU-domstolens praksis på den tiden.⁴⁴ I nyere tid har EU-domstolen uttalt noe lignende. I *Budapest Bank* kom EU-domstolen til at for å komme til at et samarbeid har et konkurransebegrensende formål må det «foreligge pålidelige og solide erfaringer for, at det kan fastslås, at aftalen etter sin art er skadelig for konkurransen».⁴⁵ Rettspraksis fra EU-domstolen indikerer altså ikke at skaden på konkurransen må være lett identifiserbar, men kun at det må foreligge pålitelig og solid erfaring for at samarbeidet er konkurranseskadelig. Ettersom at av de sentrale formålene med konkurranseloven er å harmonisere lovens forbudsbestemmelser med EU- og EØS-retten, og at de EØS-rettslige prinsippene om uniform tolkning og homogenitet tilsier at EØS-retten skal tolkes likt som EU-retten, må EU-domstolens praksis være avgjørende for tolkningen av konkurranseloven § 10.⁴⁶

Vilkåret om ha til formål å begrense konkurransen omfatter dermed samarbeid som etter sitt innhold eller bestemmelser, formål og den relevante konteksten, basert på pålitelige og solide

⁴² HR-2017-1229-A avsnitt 40. HR-2021-1086-A avsnitt 58.

⁴³ sak E-3/16, *Taxisaken*, EFTA Ct. Rep. 2016 s. 1004, avsnitt 61. Se også utformingen av den rådgivende uttalelsen punkt 3.

⁴⁴ EFTA-domstolen viser til Generaladvokat Wahl sitt forslag til avgjørelse i sak C-67/13 P, *Cartes bancaires*, ECLI:EU:C:2014:1958, avsnitt 56. Dette ble ikke gjentatt i EU-domstolens dom.

⁴⁵ sak C-228/18, *Budapest Bank*, ECLI:EU:C:2020:265, avsnitt 76.

⁴⁶ Formålet om at konkurranseloven § 10 skal tolkes likt som tilsvarende bestemmelser i EU- og EØS-retten fremkommer i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) «A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)» s. 68 og s. 224-225. Høyesterett har også lagt til grunn at § 10 skal forstås på same måte som EØS-avtalen artikkel 53 i HR-2021-1086-A *Forlagssaken*, avsnitt 53, HR-2017-1229-A *Taxisaken*, avsnitt 35, Rt. 2011 s. 910 *Tine*, avsnitt 63 og Rt. 2012 s. 1556 *Brosaken*, avsnitt 27. Om vekten av henholdsvis EFTA-domstolens og EU-domstolens dommer ved tolkningen av EØS-avtalen, se Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathiesen *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2018. s. 336 og 337, Halvard Haukeland Fredriksen, «Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven?» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2009 s. 534 flg., Ronny Gjendemsjø, «Norwegian Perspectives on EEA Competition Law Challenges» i *Europarecht*, Beiheft 1 2020, s. 301, Henrik Bull, *Norsk Lovkommentar*, EØS-loven (inkludert EØS-avtalen og ODA) (www.rechtsdata.no sist konsultert januar 2021), note 249 og Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utgave, Oslo 2015, s. 96 til 98.

erfaringer fremstår som tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det ikke er nødvendig å undersøke virkningene.

Den oppmerksomme leser vil merke at den tolkningen av vilkåret om konkurransebegrensende formål som presenteres her, ikke samsvarer med den formuleringen av konkurransebegrensningskriteriet som benyttes i store deler av praksis når det vurderes om overtredelsen er forsettlig. I praksisen presentert i punkt 2.2 ovenfor, var den vanlige formuleringen at samarbeidet er egnet til merkbart å begrense konkurransen. Denne forskjellen skyldes at det frem til Høyesteretts avgjørelse i *Taxisaken* var vanlig å tolke konkurransebegrensende formål som et krav om at samarbeidet var egnet til å begrense konkurransen. I alle fall i norsk praksis.⁴⁷ Denne endringen i tolkningen av konkurransebegrensende formål, ble fulgt opp i norsk praksis når en vurderte om det forelå en objektiv overtredelse av konkurranseloven § 10. Likevel fortsatte man å legge til grunn at forsettet må dekke at samarbeidet var egnet til merkbart å begrense konkurransen.⁴⁸ Det fremstår som at man ikke har registrert at formuleringen om egnet til var Høyesterett sin tolkning av formålsvilkåret i Rt. 2012 s. 1556 *Brosaken*, og at man i iveren etter å følge Høyesteretts uttrykk for dekningsprinsippet har oversett at Høyesterett senere har kommet til annen tolkning av konkurransebegrensningskriteriet. I punkt 5 skal jeg komme tilbake til hvordan dette kan forklare at det ikke er godt samsvar mellom vurderingen av om det foreligger en objektiv overtredelse av konkurranseloven § 10 og vurderingen av om overtredelsen var forsettlig i noen saker.

4.3. Er gjerningsbeskrivelsen et følgedelikt eller et faredelikt?

Etter å ha presisert innholdet i gjerningsbeskrivelsen til at avtalens bestemmelser, dens formål og den økonomiske og rettslige sammenhengen den inngår i, må vise at samarbeidet er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at en virkningsvurdering er unødvendig, kan det være nyttig å vurdere hva slags type gjerningsbeskrivelse dette er. I strafferetten er det vanlig å skille mellom følgedelikter eller skadestraftebud, faredelikter eller farestraftebud og straffebud uten et konsekvensmoment.⁴⁹ Denne klassifiseringen har betydning for hva forsettet skal dekke.

⁴⁷ EU-domstolen kan hevdes å ha tatt avstand fra «egnet til» tolkningen i sak C-67/13 P, *Cartes bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204, se særlig avsnittene 55 til 58.

⁴⁸ Se Konkurransetilsynets vedtak 4. september 2017, V2017-21, *EL-Proffen med flere*. Vedtaket er fattet noen måneder etter HR-2017-1229-A, *Taxisaken*. Se også Konkurransklagenemndas vedtak 31. august 2018 i sak 2018/112 og 2018/113, *EL-proffen med flere*. Formuleringen av hva forsettet må dekke ble justert til å passe med den endrede tolkningen av formålsrestriksjoner i Borgarting lagmannsretts dom 1. september 2020, LB-2018-161470, *Forlagssaken*.

⁴⁹ Grønning, Jacobsen og Husabø, særlig sidene 133-138.

Dersom gjerningsbeskrivelsen er et skadestraftebud, må forsettet dekke den aktuelle skaden eller følgen.⁵⁰ Hvilken type delikt det er tale om beror på hva slags innvirkning på det vernede retts gode gjerningsbeskrivelsen stiller krav om. Dersom gjerningsbeskrivelsen inneholder et vilkår om en innvirkning på et retts gode, vil det normalt også kreves at forsettet skal dekke denne innvirkningen.

Vilkåret om at samarbeidet må ha til formål å begrense konkurransen er ikke et krav om en skade eller en følge, og gjerningsbeskrivelsen kan derfor ikke karakteriseres som et skadestraftebud. Dette følger allerede av ordlyden som stiller opp formål og virkning som alternative vilkår. Tolkningen av formålskriteriet bekrefter også dette. Den viser at gjerningsbeskrivelsen omfatter samarbeid som basert på pålitelige og solide erfaringer fremtrer som skadelige. En form for potensiell skade er dermed tilstrekkelig. Heller ikke vilkåret om konkurransebegrensende virkning krever at det må ha inntruffet en konkurransebegrensning.⁵¹ Det kan gripes inn mot en avtale som enda ikke har tredd i kraft basert på dennes sannsynlige fremtidige virkninger.⁵² Når det gjelder konkurransebegrensningskriteriet i konkurranseloven § 11, en «utilbørlig utnyttelse» av en dominerende stilling, kreves det heller ikke en faktisk virkning eller skade.⁵³

Ettersom gjerningsbeskrivelsen rammer et samarbeid som potensielt er skadelig - eller som fremtrer som skadelig - for konkurransen, må det vurderes om dette er en form for faredelikt. Spørsmålet er da om dette er et forbud som rammer det å skape en fare for en konkurransebegrensning. I *Forlagssaken* viser lagmannsretten til Generaladvokat Kokott sitt forslag til avgjørelse i *T-mobile*, hvor hun sammenlignet forbudet mot samarbeid med konkurransebegrensende formål med faredelikter.⁵⁴ Generaladvokaten sammenlignet forbudet mot formålsrestriksjoner med strafferettslige forbud mot å kjøre bil i ruspåvirket tilstand, som hun igjen karakteriserte som et faredelikt.⁵⁵ Etter mitt syn treffer ikke sammenligningen veldig

⁵⁰ Gröning, Jacobsen og Husabø, s. 240. Se også Andenæs 2016, s. 228.

⁵¹ Sak 7/95 P, John Deere Ltd mot EU-kommisjonen, ECLI:EU:C:1998:256, avsnitt 77

⁵² Sak T-684/14, Krka Tovarna Zdravil d.d. mot EU-kommisjonen, ECLI:EU:T:2018:918, avsnittene 317-344. Merk at Underretten derimot synes å stille krav om påvisning av en faktisk virkning i saker hvor avtalen eller samarbeidet allerede har virket på markedet en periode.

⁵³ Se bl.a. sak C-23/14, *Post Danmark II*, ECLI:EU:C:2015:651, avsnitt 66, Sak C-295/12 P, *Telefonica* mot Kommisjonen, ECLI:EU:C:2014:2062, avsnitt 124, sak C-52/09 *Konkurrensverket mot TeliaSonera*, ECLI:EU:C:2011:83, avsnitt 64 og Konkurranseskjennemndas vedtak 19. juni 2019 i sak 2019/34, *Telenor*, avsnitt 203.

⁵⁴ Borgarting lagmannsretts dom 1. september 2020, LB-2018-161470, *Forlagssaken*, punkt 2.3.1. Sammenligningen er ikke nevnt i Høyesteretts dom i saken, HR-2021-1086-A.

⁵⁵ Sak C-8/08, *T-Mobile m.fl. mot Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (T-mobile)*, ECLI:EU:C:2009:110, avsnitt 47.

godt. Forbudet mot kjøring i ruspåvirket tilstand er ikke et klassisk faredelikt ettersom gjerningsbeskrivelsen ikke inneholder et farelement.⁵⁶ Begrunnelsen for å forby kjøringen er riktignok at kjøring i ruspåvirket tilstand er egnet til å fremkalle fare, men kjøringen er forbudt uavhengig av en fremkallelse av fare.⁵⁷ Forbudene mot fartsoverskridelser og kjøring i ruspåvirket tilstand er ikke en type faredelikt hvor fremkallelsen av en fare er en del av gjerningsbeskrivelsen.

Selv om eksempelet som Kokott benytter ikke er et faredelikt, kan det være at sammenligningen med faredelikter likevel er treffende. I motsetning til forbudet mot kjøring i ruspåvirket tilstand, inneholder gjerningsbeskrivelsen i konkurranseloven § 10 et vilkår om en potensiell eller nærliggende skade på konkurransen. Kan dette likestilles med et vilkår om å fremkalle en fare for en skade? Det er nærliggende å legge til grunn at konkurransebegrensningskriteriet i alle fall er en form for konsekvenselement i gjerningsbeskrivelsen, selv om det ikke kreves at konsekvensen inntreffer. Da kan det neste steget være å anse dette som en form for faredelikt. Etter mitt syn passer imidlertid ikke sammenligningen med faredelikter. De typiske farestraffebudene inneholder uttrykkelige eller implisitte farekrav. Et fellestrekk for faredeliktene er at de rammer handlinger som skaper en fare for, eller risiko for, at en skade skal inntreffe. Om skaden inntreffer beror normalt på omstendigheter utenfor gjerningspersonens kontroll. Dette har både likheter og ulikheter med gjerningsbeskrivelsen i konkurranseloven § 10. Konkurranseloven § 10 forbyr også handlinger uten en virkning fordi de ut fra erfaring innebærer en fare for konkurransen. Ulikheten er at det ikke er fremkallelsen av en fare eller risiko som i seg selv rammes. For faredeliktene kan risikoen for skade variere, men handlingen er like fullt forbudt.⁵⁸ Det som forbys som en formålsrestriksjon etter konkurranseloven § 10 er derimot handlinger som basert på erfaring normalt sett vil ha den skadelige virkningen. I rettspraksis brukes formuleringer som at handlingen i sin natur er konkurranseskadelig eller at skaden er så sannsynlig at en ikke behøver å undersøke om virkningen har materialisert seg. Selv om dette skiller formålsrestriksjoner fra de klassiske faredeliktene, kan man hevde at det bare er en ulikhet i hva som kreves av graden av fremkallelsen av fare. Likevel er det slik at om et samarbeid vil få den skadelige effekten ikke beror på omstendigheter utenfor gjerningspersonenes kontroll på samme måten som ved

⁵⁶ Riktignok kan denne klassifiseringen være ulik i norsk strafferettstradisjon og tysk strafferettstradisjon. Kokott er oppnevnt som Generaladvokat av Tyskland.

⁵⁷ Se Gröning, Jacobsen og Husabø, s. 136 som foretar en lik vurdering av fartsoverskridelser, og karakteriserer det som straffebud uten konsekvenselement.

⁵⁸ Se Gröning, Jacobsen og Husabø, s. 179 til 183.

faredelikter. Basert på dette er det mest nærliggende å ikke karakterisere forbudet mot samarbeid med konkurransebegrensende formål som et faredelikt. Ettersom de ulike samarbeidene ikke forbys når de fremkaller en fare eller risiko, men er forbudt basert på om de ut fra erfaring, som består av tidligere rettspraksis eller økonomisk teori, vil være skadelige, er det mer nærliggende å sammenligne de med straffebud uten et konsekvensmoment.

Drøftelsen av om forbudet mot samarbeid med konkurransebegrensende formål kan karakteriseres som følgedelikt, faredelikt eller straffebud uten konsekvensmoment, viser først og fremst at gjerningsbeskrivelsen i konkurranseloven § 10 ikke passer godt inn i denne klassifisering. Forbudet kan ikke karakteriseres som et følgedelikt, og det har også klare ulikheter med faredelikter. Samtidig fører konkurransebegrensningskriteriet til at det ikke fremstår som et straffebud uten konsekvensmoment. For senere å kunne avgjøre hva forsettet skal dekke i saker om konkurransebegrensende formål, er det derfor nødvendig å foreta en nærmere analyse av konkurransebegrensningskriteriet, og da særlig hvordan det avgjøres om dette er oppfylt eller ikke. Avgjørende blir hvor grensen mellom jus og faktum går ved anvendelsen av konkurransebegrensningskriteriet, ettersom faktisk uvitenhet fører til at forsettskravet ikke er oppfylt. En rettslig uvitenhet må være aktsom for at overtredelsen ikke skal kunne sanksjoneres med straff, jfr. straffeloven § 26.

4.4. Grensen mellom faktum og jus ved anvendelsen av vilkåret om konkurransebegrensende formål

4.4.1. Konkurransbegrensningsvurderingen som en rettslig vurdering

Her skal anvendelsen av konkurransebegrensningskriteriet i rettspraksis undersøkes nærmere. Siktemålet er å trekke opp grensen mellom det som er rettslige vurderinger eller tolkninger på den ene siden, og det som er fastleggelsen av faktum eller bevisbedømmelse på den andre siden.

Dersom vi starter med å se på hvordan domstolene i nyere tid har anvendt konkurransebegrensningskriteriet, indikerer denne praksisen et ganske klart skille mellom rettslige og faktiske vurderinger. Dette skillet fremkommer tydelig av EU-domstolens avgjørelse i *Budapest Bank*. Her klargjorde EU-domstolen at for at et samarbeid kan sies å ha til formål å begrense konkurransen må det «foreligge pålidelige og solide erfaringer for, at det kan fastslås, at aftalen etter sin art er skadelig for konkurransen».⁵⁹ Vurderingen av om det foreligger pålitelige og solide erfaringer for at et samarbeid er skadelig etter sin art, fremstår som den rettslige delen av en to-steps vurdering av samarbeidet. Steg én i vurderingen er å

⁵⁹ sak C-228/18, *Budapest Bank*, ECLI:EU:C:2020:265, avsnitt 76.

fastlegge hva foretakene har samarbeidet om. Dette er en bevisvurdering. Deretter foretas steg to som består av en undersøkelse av om det samarbeidet som er bevist, ifølge pålitelig og solid erfaring fremstår som tilstrekkelig skadelig for konkurransen. Dette andre leddet i analysen består i stor grad av en undersøkelse av om et slikt som samarbeid ifølge tidligere rettspraksis skal anses som tilstrekkelig skadelig for konkurransen.

En god illustrasjon på denne to-delingen er lagmannsrettens premisser i *Forlagssaken*.⁶⁰ Lagmannsretten kom i punkt 2.2 i dommen frem til at foretakene gjennom et samarbeid og en informasjonsutveksling, hadde blitt enige om å ikke benytte seg av Interpress som distributør, altså en boikott. Etter å ha foretatt en generell tolkning av vilkåret om konkurransebegrensende formål i punkt 2.3.1, vurderes det i punkt 2.3.2 om det foreligger solide og pålitelige erfaringer for at et slikt samarbeid etter sin art er konkurranseskadelig. Denne vurderingen er utpreget rettslig og består først og fremst av en vurdering av om det følger av rettspraksis at et slikt samarbeid er konkurranseskadelig. Utover dette vises det også til økonomisk teori. Lagmannsretten kommer på dette grunnlaget til at samarbeidets innhold og formål ifølge solide og pålitelige erfaringer er konkurransebegrensende i sin natur. Deretter foretas det en vurdering av om konteksten samarbeidet inngår i kan tilsi noe annet. Jeg skal komme tilbake til innholdet i kontekstvurderingen senere.

Høyesteretts behandling av spørsmålet om konkurransebegrensende formål i HR-2021-1086-A *Forlagssaken*, illustrerer også denne to-delingen. Høyesteretts behandling var begrenset til rettsanvendelsen, og bygde dermed på det faktum som ble lagt til grunn av lagmannsretten, nemlig et samarbeid om en boikott. Når Høyesterett prøver lagmannsrettens rettsanvendelse, er dette en vurdering av om samarbeidet har til formål å begrense konkurransen.⁶¹

Denne to-steps analysen er ikke like tydelige i alle saker, men kan like fullt identifiseres i flere saker. I EU-domstolens dom i *Budapest Bank* kan en også se at domstolen først viser til den dokumentasjon den har fått fra den nasjonale domstolen for å fastlegge innholdet og formålet med samarbeidet.⁶² Ettersom dette var en såkalt prejudisiell avgjørelse foretar ikke EU-domstolen selv noen bevisvurdering, men forholder seg til den informasjon som er del av foreleggelsen. Deretter foretas det en vurdering av om det foreligger solide og pålitelige erfaringer for at et slikt samarbeid fremstår som tilstrekkelig skadelig for konkurransen.⁶³ I

⁶⁰ Borgarting lagmannsretts dom 1. september 2020, LB-2018-161470, *Forlagssaken*.

⁶¹ HR-2021-1086-A, avsnittene 62 flg.

⁶² sak C-228/18, *Budapest Bank*, ECLI:EU:C:2020:265, avsnitt 56 flg.

⁶³ sak C-228/18, *Budapest Bank*, ECLI:EU:C:2020:265, se særlig avsnittene 76 til 79.

denne vurderingen vises det til at rettspraksis og praksis fra konkurransemyndigheter viser at det for det aktuelle samarbeidet er nødvendig med en grundig analyse av samarbeidets virkninger, og at det dermed ikke er grunnlag for å si at samarbeidet har et konkurransebegrensende formål.⁶⁴

Rettspraksis fra tiden før *Budapest Bank*, som var dommen som introduserte konseptet om solide og pålitelige erfaringer, viser også at vurderingen av om et samarbeid har et konkurransebegrensende formål foretas i to steg. I *Generics* kan en se at EU-domstolen i avsnittene 72 til 76 fastlegger innholdet i og formålet med avtalene, og kommer til at foretakene blant annet hadde avtalt at den generiske medisinprodusenten ikke skulle tre inn på markedet for en spesifikk medisintype, og heller ikke ta spørsmålet om et patents gyldighet til domstolene. Deretter foretas det en vurdering av om avtalene mellom foretakene kan likestilles med en avtale om markedsdeling eller avtale om ekskludering av et foretak fra markedet.⁶⁵ Dette er typer av samarbeid som normalt anses for å begrense konkurransen. Denne vurderingen er hovedsakelig basert på tidligere rettspraksis. Et annet eksempel fra norsk praksis er Konkurranseskjoldenemndas vedtak i *EL-Proffen*. Her er riktignok rekkefølgen på de to stegene annerledes, men den samme oppdelingen kan observeres. Først foretas det en tolkning av konkurransebegrensningskriteriet som resulterer i en konklusjon om at anbudssamarbeid mellom aktuelle eller potensielle konkurrenter er en formålsrestriksjon.⁶⁶ Deretter tar klagenemnda stilling til om foretakene var konkurrenter, og den vurderingen er en bevisvurdering.⁶⁷ Det samme skillet kan identifiseres i HR-2017-1229-A, *Taxisaken*. Her viser Høyesterett i avsnitt 42 og 43 til at lagmannsretten hadde kommet til at foretakene var potensielle konkurrenter, før det i avsnitt 44 og 46 vises til at samarbeid mellom to konkurrenter fører til en begrensning av konkurransen. Den sistnevnte vurderingen er, selv om det ikke sies uttrykkelig, basert på solide og pålitelige erfaringer.

De eksemplene som er trukket frem så langt angår hovedsakelig vurderinger av om samarbeidets innhold og formål fremtrer som tilstrekkelig skadelig. Som vist ovenfor, skal det også tas hensyn til den konteksten som samarbeidet inngår i. Skillet mellom jus og faktum blir ikke noe annerledes her enn i vurderingen av samarbeidets innhold og formål. Det er fortsatt

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ sak C-307/18, *Generics*, ECLI:EU:C:2020:52, avsnittene 77 flg.

⁶⁶ Konkurranseskjoldenemndas vedtak 31. august 2018 i sak 2018/112 og 2018/113, *EL-proffen med flere*, avsnittene 136 og 139 flg.

⁶⁷ Konkurranseskjoldenemndas vedtak 31. august 2018 i sak 2018/112 og 2018/113, *EL-proffen med flere*, avsnittene 180 flg.

slik at spørsmålet om et samarbeid fremtrer som tilstrekkelig skadelig, skal avgjøres basert på et erfaringsgrunnlag. Denne vurderingen mister ikke sin karakter av å være en rettslig vurdering fordi det er konteksten som vurderes og ikke avtalens innhold eller formål. Hva som er konteksten, er et bevissspørsmål. Betydningen av konteksten for om samarbeidet fremstår som tilstrekkelig skadelig er en rettslig vurdering. Kontekstvurderingen vil ofte være en form for realitetssjekk, hvor en undersøker om det foreligger særlige omstendigheter som tilsier at samarbeidet ikke vil begrense konkurransen i den konkrete konteksten, selv om samarbeidets innhold og formål i utgangspunktet tilsier at dette er konkurransebegrensende.⁶⁸ Konteksten kan her føre til at det ikke lengre foreligger solide og pålitelige erfaringer som tilsier at samarbeidet er skadelig etter sin natur. Et eksempel på dette er *GlaxoSmithKline* hvor Underretten kom til at et forbud mot parallellhandel som tidligere hadde blitt ansett som en formålsrestriksjon, ikke kunne anses som dette i den konkrete saken på grunn av særlige forhold i markedene for medisiner.⁶⁹

4.4.2. Særlig om økonomiske analyser

Et spørsmål som oppstår i konkurransesaker er om økonomisk teori eller resultatet av økonomiske analyser skal anses som faktum, ettersom analysene ofte predikerer virkninger av en handling eller hvordan en omstendighet påvirker hva som blir virkningen av en handling. Alternativet er at analysene anses for å inngå i det erfaringsgrunnlaget som må foreligge for å karakterisere noe som en formålsrestriksjon, og dermed som en del av den rettslige vurderingen. To generaladvokater har uttrykt at økonomisk teori inngår i det såkalte erfaringsgrunnlaget. Generaladvokat Bobek viste, i sitt forslag til avgjørelse i *Budapest Bank*, til Generaladvokat Wahl sin uttalelse i hans forslag til avgjørelsen i *Cartes Bancaires*, om at «[d]isse »erfaringer« skal forstås som det, der tradisjonelt fremgår af den økonomiske analyse, sådan som den er blevet stadfæstet af konkurrencemyndighederne og eventuelt underbygget af retspraksis».⁷⁰

⁶⁸ Se Borgarting lagmannsretts dom 1. september 2020, LB-2018-161470, *Forlagssaken* og Generaladvokat Bobek sitt forslag til avgjørelse i sak C-228/18, *Budapest Bank*, ECLI:EU:C:2019:678, avsnittene 49 til 51. Se også sak C-373/14 P, *Toshiba mot EU-kommisjonen*, ECLI:EU:C:2016:26, avsnitt 28 og 29, HR-2017-1229-A *Taxisaken*, avsnitt 55 og Sak E-3/16, *Taxisaken*, EFTA Ct. Rep. 2016 s. 1004, avsnitt 93. For en nærmere analyse av kontekstens betydning i en formålsvurdering se Håvard Ormberg, *Konkurransebegrensende formål og virkning i europeisk konkurranserett - Betydningen av en virkningsanalyse i den rettslige og økonomiske kontekst under formålsvurderingen i artikkel 101(1) TFEU*, masteroppgave Bergen 2013, <https://becle.no/files/2014/06/Ormberg-2013-Konkurransebegrensende-form%C3%A5l-rettslig-og-%C3%B8konomisk-kontekst.pdf>

⁶⁹ Sak T-168/01, *GlaxoSmithKline mot EU-kommisjonen*, ECLI:EU:T:2006:265. Se også Olav Kolstad, *Norsk Lovkommentar*, (www.retsdata.no sist konsultert januar 2021), note 66.

⁷⁰ Generaladvokat Wahl sitt forslag til avgjørelse i sak C-67/13 P, *Cartes bancaires*, ECLI:EU:C:2014:1958, avsnitt 79 og Generaladvokat Bobek sitt forslag til avgjørelse i sak C-228/18, *Budapest Bank*, ECLI:EU:C:2019:678, avsnitt 42.

Disse uttalelsene er knyttet til vurderingen av om samarbeidet fremstår som tilstrekkelig skadelig. I denne vurderingen er det først og fremst veletablert økonomisk teori som anvendes, det vil si økonomisk teori som normalt har kommet til uttrykk i tidligere rettspraksis eller administrativ praksis. I denne sammenhengen synes bruken av økonomisk teori derfor å være en del av den rettslige vurderingen.

Økonomiske analyser kan imidlertid spille en annen rolle i konkurransesaker enn å være en del av det erfaringsgrunnlaget som er nødvendig for å slå fast at et samarbeid har til formål å begrense konkurransen. Konkrete økonomiske analyser kan tidvis være nødvendig for å slå fast hva slags virkninger et samarbeid eller en atferd vil ha. Behovet for slike konkrete økonomiske analyser vil i seg selv tale for at man har å gjøre med et samarbeid som ikke har et konkurransebegrensende formål, fordi nødvendigheten av konkrete analyser tilsier at det ikke foreligger solide og pålitelige erfaringer for at samarbeidet i sin natur er konkurransebegrensende.⁷¹ Spørsmålet om slike økonomiske analyser er en del av den rettslige vurderingen eller fastleggingen av faktum, faller derfor utenfor temaet her.

I saker hvor det skal vurderes om et samarbeid har en konkurransebegrensende virkning, kan derimot konkrete økonomiske analyser være en viktig del av vurderingen. Høyesteretts ankeutvalg kom i HR-2020-1790-U, til at fagøkonomiske vurderinger av hvordan en avtale påvirket et foretaks insentiver var av faktisk og ikke rettslig art. Denne insentivpåvirkningen var igjen en sentral del av konkurransemyndighetenes vurdering av om Telenors atferd var konkurransebegrensende og dermed utgjorde et misbruk.

4.4.3. Når vurderingen av konkurransebegrensende formål er en konkret helhetsvurdering

Så langt har drøftelsen av hvor grensen går mellom faktisk og rettslig uvitenhet knyttet seg til saker hvor det kan oppstilles et relativt klart skille mellom fastleggingen av faktum på den ene siden og vurderingen av om det konkrete samarbeidet ifølge erfaringer er tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det kan karakteriseres som en formålsrestriksjon på den andre siden. Noen ganger, og særlig når det skal tas stilling til om en informasjonsutveksling utgjør en samordnet opptreden som har til formål å begrense konkurransen, er ikke skillet mellom fastleggingen av faktum og vurderingen av konkurranseskaden like klart. I disse tilfellene er vurderingen mer preget av å være en konkret helhetsvurdering av ulike momenter.⁷²

⁷¹ Sak C-228/18, *Budapest Bank*, ECLI:EU:C:2020:265, avsnitt 79.

⁷² En god illustrasjon på dette er sak T-587/08, *Fresh Del Monte Produce Inc mot EU-Kommisjonen (Fresh Del Monte)*, ECLI:EU:T:2013:129, se avsnittene 293 flg.

Vurderingen av om en handling eller atferd er et misbruk av en dominerende stilling kan også ha preg av en slik konkret helhetsvurdering, særlig der handlingen ikke omfattes av en de av rettspraksis definerte testene for når en handling er et misbruk.⁷³ Et eksempel på dette er *Telenorsaken*.⁷⁴

Når det skal vurderes om en informasjonsutveksling utgjør en samordnet opptreden som har til formål å begrense konkurransen, er spørsmålet om informasjonsutvekslingen «formindsker eller fjerner usikkerhetsgraden vedrørende det relevante markeds funksjon og følgelig begrenser konkurransen mellom virksomhetene».⁷⁵ Dersom informasjonsutvekslingen «kan fjerne betydelige usikkerhetsmomenter hos parterne med hensyn til tidspunktet for, omfanget af og fremgangsmåden i forbindelse med den tilpasning af adfærden på markedet, som de berørte virksomheder vil gjennomføre, antages [den] at have et konkurrencebegrensende formål».⁷⁶ Vurderingen av om informasjonsutvekslingen fører til en tilstrekkelig reduksjon av usikkerheten om fremtidig markedsatferd til at den anses å ha et konkurransebegrensende formål, beror på en rekke faktorer, slik som hva slags informasjon som utveksles, hvem som deltar i informasjonsutvekslingen, frekvensen av og tidspunktet for utveksling av informasjon og den rettslige og økonomiske konteksten, herunder markedsstrukturen.⁷⁷ Disse momentene vurderes hver for seg og samlet. I den tradisjonelle strafferetten er det ikke vanlig å foreta slike konkrete helhetsvurderinger for å etablere en eventuell overtredelse. Det betyr ikke at slike helhetsvurderinger ikke foretas innen den klassiske strafferetten. For eksempel kan rettsstridsvurderinger noen ganger ha preg av å være slike helhetsvurderinger.⁷⁸ Det at det er mindre vanlig med konkrete helhetsvurderinger i strafferetten ser likevel ut til å ha medført at

⁷³ De ulike testene for når ulike typer atferd kan anses om misbruk følger av bl.a. sak C-62/86, AKZO Chemie BV mot Kommisjonen, ECLI:EU:C:1991:286, avsnitt 71 og 72, sak C-280/08, Deutsche Telekom AG mot Kommisjonen, ECLI:EU:C:2010:603, avsnitt 254, sak C-413/14 P, Intel Corp. Mot Kommisjonen, ECLI:EU:C:2017:632, avsnitt 137 flg. og sak C-23/14, *Post Danmark II*, ECLI:EU:C:2015:651, avsnittene 26 til 29. Se også Erling J. Hjelmeng og Lars Sørgaard, *Konkurransopolitikk – Rettslig og økonomisk analyse*, Bergen 2014, s. 292-388.

⁷⁴ Gulating lagmannsretts dom 24.06.2021 i LG-2019-137886-2, punkt 4 og 5. Se også Konkurranseskjennemndas vedtak 19. juni 2019 i sak 2019/34, *Telenor*, særlig avsnittene 238 flg.

⁷⁵ Sak C-286/13 P, Dole Food Company Inc. og Dole Fresh Fruit Europe mot Kommisjonen, ECLI:EU:C:2015:184, avsnitt 121.

⁷⁶ Ibid. avsnitt 122. Se også sak T-105/17, HSBC Holdings plc med flere mot Kommisjonen, ECLI:EU:T:2019:675, avsnitt 61.

⁷⁷ sak T-587/08, *Fresh Del Monte*, ECLI:EU:T:2013:129, avsnittene 310 flg., 326 flg. og avsnitt 375 flg.

⁷⁸ En av årsakene til at spørsmålet sjeldent dukker opp i klassisk strafferett kan være at gjerningsbeskrivelser som gir anvisning på slike helhetsvurderinger lett kunne blitt ansett for å stride med klarhetskravet som følger av legalitetsprinsippet. Dette leder til spørsmålet om det riktig å straffe overtredelser av konkurranselovens forbudsbestemmelser. Et sentralt poeng her er muligens at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven ikke anses som straff etter Grunnloven, men etter EMK. Det kan ha betydning for de krav som stilles til klarhet i straffebudet.

strafferettslitteraturen ikke i særlig grad behandler grensedragningen mellom faktisk og rettslig uvitenhet i tilknytning til slike helhetsvurderinger.⁷⁹

Vanskelighetene med å trekke grensen mellom hva som vil være faktisk og rettslig uvitenhet i forbindelse med de momentene som inngår i en helhetsvurdering skal ikke overdrives. For hvert enkelt moment må man først klarlegge faktum. Det vil si at en må finne ut hva slags informasjon som er utvekslet, hvem som deltar i informasjonsutvekslingen, frekvensen av utvekslingen osv. Dette er åpenbart spørsmål om faktum. Hvordan det beviste faktumet påvirker om konkurransen blir skadelidende er derimot noe som beror på det erfaringsgrunnlaget som tilsier om informasjonsutvekslingen anses som skadelig for konkurransen. Det er erfaringsgrunnlaget som tilsier at utveksling av prisinformasjon er skadelig, at utveksling mellom konkurrenter er mer skadelig enn å informere kunder om pris eller at hyppigere informasjonsutveksling er mer tilbøyelig til å skade konkurransen enn mindre hyppig utveksling.⁸⁰ Selv om det i utgangspunktet vil være erfaringsgrunnlaget som tilsier om typen informasjon som er utvekslet er skadelig for konkurransen, viser vurderingene som foretas i *Fresh Del Monte* at dette også kan bero på det konkrete faktum. En av opplysningene som var utvekslet var værforholdene i de områdene hvor bananene ble dyrket. Dette ble ansett som informasjon som hadde betydning for volumet som ble produsert som igjen hadde påvirkning på prisutviklingen. Dette er et eksempel på at også faktiske omstendigheter spiller inn i vurderingen av om det er utvekslet informasjon som er skadelig for konkurransen. Det er erfaringsgrunnlaget som tilsier at informasjon om forhold som påvirker prisutviklingen er konkurranseskadelig, men om værforholdene er en faktor som påvirker prisutviklingen er et spørsmål om faktum. Selv om dette er et eksempel på at det noen ganger må foretas en bevisvurdering for å slå fast om den utvekslede informasjonen er konkurranseskadelig, illustrerer det også at skillet mellom det rettslige og det faktiske ikke er veldig vanskelig å foreta.

4.4.4. Oppsummering

Her i punkt 4 har det først blitt foretatt en tolkning av vilkåret om konkurransebegrensende formål i konkurranseloven § 10, for å komme frem til det nærmere innholdet i gjerningsbeskrivelsen. Denne tolkningen viser at et samarbeid har et konkurransebegrensende formål, dersom samarbeidets innhold og formål i sin rettslige og økonomiske kontekst fremtrer som tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det ikke er nødvendig å undersøke dets

⁷⁹ Gröning, Jacobsen og Husabø, s. 241 peker på at det i forbindelse med risikovurderinger i faredelikter oppstår en vanskelig grensedragning mellom faktisk og rettslig uvitenhet.

⁸⁰ Se for eksempel sak T-587/08, *Fresh Del Monte*, ECLI:EU:T:2013:129, avsnitt 345.

virksomheter. Deretter har det blitt vist at denne gjerningsbeskrivelsen ikke er et følge- eller faredelikt. Tolkningen av gjerningsbeskrivelsen ga ikke i seg selv et klart svar på hvor grensen går mellom faktisk uvitenhet og rettslig uvitenhet. For å finne denne grensen har det blitt foretatt en nærmere analyse av hvordan spørsmålet om et samarbeid fremtrer som tilstrekkelig skadelig besvares i rettspraksis. Denne analysen viser at dette spørsmålet besvares ved å undersøke om det foreligger pålitelige og solide erfaringer for at et det aktuelle samarbeidet etter sin art er skadelig for konkurransen. Dette er en rettslig vurdering basert på tidligere rettspraksis og etablert økonomisk teori. Deretter må det undersøkes om det er omstendigheter knyttet til den rettslige og økonomiske konteksten som kan skape tvil om samarbeidets skadelige natur, slik at det likevel er nødvendig å undersøke samarbeidets virkninger. På denne bakgrunnen kan det slås fast at det objektive gjerningsinnholdet er å delta i samarbeid som etter sitt innhold, formål og i sin rettslige og økonomiske kontekst, ifølge pålitelige og solide erfaringer fremstår som tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det ikke er nødvendig å undersøke dets virkninger.

Resultatet av tolkningen og analysene er at det kan trekkes et klart skille mellom det som vil være faktisk uvitenhet og rettslig uvitenhet ved en overtredelse av konkurranseloven § 10. Hva som er avtalens innhold og formål, og hva som er den konkrete konteksten, er spørsmål om faktum. Om samarbeidet fremstår som tilstrekkelig skadelig, er derimot et rettslig spørsmål, og uvitenhet om dette vil derfor være en rettslig uvitenhet.

5. Konklusjon om hva forsettet skal dekke

Som vist i punkt 3 skal forsettet dekke hele det objektive gjerningsinnholdet i straffebudet.⁸¹ I punkt 4 har det blitt vist at det objektive gjerningsinnholdet i forbudet mot samarbeid som har til formål å begrense konkurransen, er å delta i samarbeid som etter sitt innhold, formål og i sin rettslige og økonomiske kontekst, ifølge pålitelige og solide erfaringer fremstår som tilstrekkelig skadelig for konkurransen til at det ikke er nødvendig å undersøke dets virkninger. Ettersom vurderingen av om erfaringsgrunnlaget tilsier at samarbeidet er tilstrekkelig skadelig er en rettslig vurdering, er ikke dette noe som må dekkes av forsettet. Som påpekt i punkt 3 krever ikke dekningsprinsippet kunnskap om eller forståelse av rettsreglene. Rettslig uvitenhet fører ikke til manglende forsett. Dermed kreves det ikke at forsettet må dekke at samarbeidet er

⁸¹ Andenæs 2016, s. 228.

skadelig for konkurransen. For å bruke et eksempel fra praksis, så blir det feil å kreve at forsettet skal dekke «eventuelle skadevirkninger på konkurransen».⁸²

Det forsettet må dekke er de omstendighetene som gjør at gjerningsbeskrivelsen passer. Det vil si samarbeidets innhold og formål, og de faktiske omstendighetene som utgjør den rettslige og økonomiske konteksten.

Konklusjonen om hva forsettet skal dekke, fører til at bevisvurderingen i forhold til forsettskravet blir relativt enkel i de fleste tilfeller. Normalt vet personene som handler på vegne av et foretak, om de samarbeider og hva de eventuelt samarbeider om. Det er mulig å tenke seg at det kan foreligge relevant faktisk villfarelse om den konkrete konteksten. Her må vi imidlertid være klar over at hvordan konteksten påvirker om samarbeidet skal anses som skadelig for konkurransen, fortsatt er en rettslig vurdering. Det vil si at dersom deltakerne i et anbudssamarbeid for eksempel tror at samarbeidet ikke er konkurranseskadelig fordi samarbeidet omfatter 5 av 100 potensielle leverandører på et marked, så er overtredelsen fortsatt forsettlig dersom erfaringsgrunnlaget, og da særlig rettspraksis, tilsier at anbudssamarbeid mellom faktiske eller potensielle konkurrenter er konkurransebegrensende uavhengig av antallet potensielle tilbydere. Antallet potensielle tilbydere er en faktisk omstendighet, men om denne faktiske omstendigheten er relevant for spørsmålet om samarbeidet skal anses som tilstrekkelig skadelig for konkurransen er et rettslig spørsmål.

Basert på disse konklusjonene blir det tydelig hvilken av de to tilnærmingene som ble presentert i punkt 2.2 som er den riktige. Den tilnærmingen til dekningsprinsippet som en kan observere i lagmannsrettens dom i *Taxisaken* og Konkurranseskjennemndas vedtak i *EL-Proffen*, hvor det tilsynelatende stilles krav om at forsettet skal dekke at samarbeidet er egnet til å begrense konkurransen, altså en form for bevissthet eller forståelse om samarbeidets skadepotensiale, kan ikke være riktig. Ved å stille opp et slikt krav, kreves det i realiteten forsettet om innholdet i rettsregelen.

En mulig forklaring på hvorfor det i noen saker har blitt stilt opp et krav om at forsettet må dekke samarbeidets skadevirkning eller skadepotensiale for konkurransen, kan være bruken av formuleringen fra Rt. 2012 s. 1556 *Brosaken* om at foretaket «må ha vært klar over, eller i det minste holdt det for mest sannsynlig, at de samarbeidet ... på en måte som var *egnet til merkbart*

⁸² Konkurranseskjennemndas vedtak 31. august 2018 i sak 2018/112 og 2018/113, *EL-proffen med flere*, avsnitt 284.

å begrense konkurransen». ⁸³ Som påpekt i punkt 4.2 er ikke denne formuleringen lengre dekkende for hvordan vilkåret om konkurransebegrensende formål skal tolkes, men den har likevel blitt benyttet som en formulering av dekningsprinsippet i konkurransesaker. Den konsekvensen dette har hatt for forsettsvurderingen kan illustreres ved å se på Konkurranseskjennemndas anvendelse av forsettskravet i *EL-Proffen*. ⁸⁴ Når Konkurranseskjennemnda vurderte om overtredelsen av konkurranseloven § 10 var forsettlig i *EL-Proffen*, foretas det en vurdering av om foretakene forstod at samarbeidet var egnet til å begrense konkurransen. Her legges det vekt på at samarbeidet skjedde åpent, at ikke alle partene i samarbeidet nødvendigvis ville deltatt i anbudskonkurransen alene, at det var mange aktører på markedet og at det ikke kunne dokumenteres noen strategi om å begrense konkurransen. Samlet talte disse omstendighetene for at foretakene ikke holdt for mest sannsynlig at samarbeidet var egnet til å begrense konkurransen. I vurderingen av om det forelå en objektiv overtredelse var derimot ingen av disse omstendighetene relevante. I den vurderingen legges det ikke vekt på at partene i samarbeidet ikke nødvendigvis ville levert egne tilbud, men derimot legges det vekt på at de *kunne* levere egne tilbud. Sistnevnte er ifølge rettspraksis et relevant moment i vurderingen av om et anbudssamarbeid har til formål å begrense konkurransen. I vurderingen av om det forelå en objektiv overtredelse ble det heller ikke lagt vekt på at samarbeidet skjedde åpent, antallet konkurrenter eller en eventuell intensjon. Dette viser at bruken av «egnet til» kriteriet i forsettsvurderingen medfører at man trekker inn faktiske omstendigheter i forsettsvurderingen som ikke var relevante i vurderingen av om det forelå en objektiv overtredelse. Konsekvensen blir at man krever forsett om omstendigheter som ikke er avgjørende for om handlingen eller samarbeidet dekkes av gjerningsbeskrivelsen.

Denne artikkelen har hovedsakelig vært begrenset til å omhandle vilkåret om konkurransebegrensende formål i konkurranseloven § 10. Det faller utenfor rammene av denne artikkelen å foreta en drøftelse av grensen mellom faktisk og rettslig uvitenhet i forhold til vilkåret om konkurransebegrensende virkning eller vilkåret om en utilbørlig utnyttelse (eller misbruk av) av en dominerende stilling i konkurranseloven § 11. Etter mitt syn vil konklusjonene her kunne ha en overføringsverdi. I punkt 4.4.3 ovenfor vurderes hvordan grensen mellom rettslig og faktisk uvitenhet skal trekkes når konkurransebegrensningsvurderingen er en konkret helhetsvurdering. Her kan man trekke et skille mellom hva som er spørsmål om faktum og hva som er rettslige vurderinger i forhold til hvert enkelt moment, og

⁸³ Rt. 2012 s. 1556, avsnitt 66.

⁸⁴ Konkurranseskjennemndas vedtak 31. august 2018 i sak 2018/112 og 2018/113, *EL-proffen med flere*.

det må være likt i en virkningsvurdering. Det som derimot kan være en utfordring i saker om konkurransebegrensende virkning sammenlignet med konkurransebegrensende formål, er om anvendelsen av økonomisk teori og økonomiske analyser skal anses som en vurdering av faktum eller som ledd i den rettslige vurderingen.

6. Noen kommentarer om betydningen av EØS-retten

Denne artikkelen har så langt basert seg på norske rettskilder om dekningsprinsippet.⁸⁵ På konkurranserettens område er det relevant å spørre om og eventuelt i hvilken grad EØS-retten har betydning for hva forsettet skal dekke i konkurransesaker. Det er to grunner til å stille dette spørsmålet. For det første er konkurranseloven en frivillig harmonisering av norsk konkurranserett med konkurransereglene i EØS-avtalen.⁸⁶ For det andre, vil saker om overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser ofte også være saker om overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 eller 54. Disse bestemmelsene inneholder forbud som er likelydende med konkurranseloven § 10 og § 11. I saker hvor samarbeidet eller atferden til foretakene påvirker handelen mellom avtalepartene i EØS-avtalen, vil EØS-avtalen artikkel 53 og 54 komme til anvendelse i tillegg til konkurranseloven § 10 og § 11.⁸⁷ Når norske myndigheter håndhever EØS-avtalens konkurranseregler, må de forholde seg til de prosessuelle krav som følger av EØS-retten. I de sakene hvor det kun er forbudsbestemmelsene i konkurranseloven som håndheves, stiller ikke EØS-avtalen krav til håndhevelsen, men kan tenkes å få betydning som følge av formålet om å harmonisere norsk konkurranserett med EØS-konkurranseretten.

Det første spørsmålet er om EØS-retten stiller noen krav til skyld for å illegge overtredelsesgebyr i konkurransesaker, og om dette får betydning for spørsmålet om hva forsettet skal dekke for at en overtredelse skal anses som forsettlig.

I flere av sakene om overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser, vises det til en uttalelse i forarbeidene til konkurranseloven som er hentet fra EU-domstolens praksis om skyldkravet i konkurranseretten.⁸⁸ Det sentrale i denne forarbeidsuttalelsen er at

⁸⁵ EU/EØS-rettskilder har spilt en sentral rolle i fastleggelsen av gjerningsbeskrivelsen, men når det gjelder selve dekningsprinsippet har det så langt kun vært fokusert på norske kilder.

⁸⁶ NOU 2001: 28, Delinnstilling om endringer i konkurranselovgivningen, særlig kap. 10, NOU 2003: 12, Ny konkurranselov, særlig side 61, Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll mellom foretakssammenslutninger (konkurranseloven), se særlig side 68.

⁸⁷ Se som eksempel Konkurransetilsynets vedtak 21. juni 2018, V2018-20, *Telenor* og Konkurransetilsynets vedtak av 4. mars 2013, V2013-2, *Veidekke* og *NCC*.

⁸⁸ Se for eksempel Konkurransetilsynets vedtak 4. september 2017, V2017-21, *EL-Proffen med flere*, avsnitt 454, Konkurranseskjemenndas vedtak 31. august 2018 i sak 2018/112 og 2018/113, *EL-proffen med flere*, avsnitt 278.

«[d]et følger av praksis at det ikke er nødvendig at foretaket har hatt positiv kjennskap til at handlingen var ulovlig. Det er tilstrekkelig at foretaket ikke kunne være uvitende om at den aktuelle atferden kunne være konkurransebegrensende.»⁸⁹

Denne uttalelsen indikerer at en viss forståelse for samarbeidets konkurransebegrensende potensiale må kreves etter EØS-retten. Denne uttalelsen samsvarer ikke fullt ut med konklusjonene presentert tidligere i denne artikkelen. Det nærmere innholdet i kravet om at foretaket ikke kunne være uvitende om at den aktuelle handlingen kunne være konkurransebegrensende, har imidlertid blitt presisert i nyere rettspraksis fra Underretten:

“An undertaking is aware of the anti-competitive nature of its conduct where it is *aware of the essential facts* justifying both the finding of a dominant position on the relevant market and the finding by the Commission of an abuse of that position” (min uth).⁹⁰

Dommen gjaldt en sak om overtredelse av både EU- og EØS-konkurranseretten. Denne uttalelsen viser tydelig at det er tilstrekkelig etter EØS-retten at man er klar over de faktiske omstendighetene som begrunner at vilkårene i gjerningsbeskrivelsen er oppfylt. Dette har ikke fremkommet like tydelig i tidligere rettspraksis fra domstolene i EU. Uttalelsen er likevel bare et uttrykk for det som i lengre tid har vært realiteten. For eksempel begrunnet EU-domstolen i *Schenker* at skyldkravet var oppfylt ved å vise til at foretakene bevisst koordinerte deres prisatferd, og dermed oppfylte kravet om at de ikke kunne være uvitende om konkurransebegrensningen.⁹¹ Det var altså kunnskapen om den faktiske handlingen – selve koordineringen – som var avgjørende. Et annet eksempel er EU-domstolens vurdering av om skyldkravet var oppfylt med tanke på vilkåret om påvirkning av samhandelen i *RZÖ*, hvor det ble lagt avgjørende vekt på at de aktuelle bankene visste at deres nettverk «covered the whole territory of Austria ... They were therefore aware of the *essential facts* giving rise to an effect on trade» (min uth).⁹² Den her omtalte rettspraksis viser at det også i EU- og EØS-retten kun stilles krav om at det er de faktiske omstendighetene som skal dekkes av skylden, på tross av at den formuleringen som er gjengitt i forarbeidene til konkurranseloven, kan indikere noe annet.⁹³

⁸⁹ NOU 2003: 12 Ny konkurranselov, s. 130.

⁹⁰ Sak T-286/09, Intel Corp. mot Kommisjonen, ECLI:EU:T:2014:547, avsnitt 1601.

⁹¹ Sak C-681/11, Bundeswettbewerbbehörde and Bundeskartellamt mot Schenker & Co AG med flere (*Schenker*), ECLI:EU:C:2013:404, avsnitt 37-39.

⁹² Forente saker T-259/02 mfl., Raiffeisen Zentralbank Österreich AG med flere mot Kommisjonen. ECLI:EU:T:2006:396, avsnitt 207.

⁹³ Slik også ESA i sitt skriftlige innlegg for Konkurranseskjennemnda i sak 2019/34, *Telenor*, avsnitt 14.

Selv om man skulle komme til at det stilles et krav om en forståelse for den konkurransebegrensende virkningen eller egnetheten i EØS-retten, vil ikke våre EØS-rettslige forpliktelser stille krav om at det skal benyttes et EØS-rettslig dekningsprinsipp ved den nasjonale håndhevelsen av EØS-konkurranseretten. I *Schenker* uttalte EU-domstolen at det ikke er klart om Rådsforordning 1/2003 stiller krav til medlemsstatene om at det skal kreves skyld i nasjonal rett for å bøtelegge en overtredelse av EU-rettens konkurranseregler. Videre uttales det at dersom nasjonal konkurranserett krever skyld for å ilegge bøter eller gebyrer, så skal

“those conditions [...] be at least as stringent as the condition laid down in Article 23 of Regulation No 1/2003 so as not to jeopardise the effectiveness of European Union law.”⁹⁴

På bakgrunn av homogenitetsmålsetningen kan vi legge til grunn av det samme gjelder i EØS-konkurranseretten.⁹⁵ Når det vises til et like strengt krav her, må dette forstås i den retningen at det ikke blir vanskeligere å sanksjonere overtredelser etter nasjonal prosess enn det som er tilfelle etter EU og EØS-retten. Det vil si at dersom EU/EØS-retten skulle ha krevd at skylden også måtte dekke konkurransebegrensningen, så ville et norsk skyldkrav som kun krevde at skylden dekket de faktiske omstendigheter, uansett oppfylt kravet om å være minst like strengt som det EØS-rettslige skyldkravet.

Samlet viser dette at det ikke er noe grunnlag for å hevde at EØS-retten krever at skylden skal dekke den potensielle konkurransebegrensende virkningen. Ettersom skyldkravet også i EØS-retten kun stiller krav om at skylden må dekke de faktiske omstendighetene, så vil heller ikke et ønske om en EØS-harmonisering innebære at en må kreve at skylden skal dekke en potensiell konkurransebegrensende virkning.

7. Avslutning

I denne artikkelen har jeg drøftet hva forsettet skal dekke i konkurransesaker, og da særlig i saker om samarbeid som har til formål å begrense konkurransen. Det sentrale spørsmålet har vært om forsettet må dekke et samarbeids potensielle skadevirkning på konkurransen. Dette er et spørsmål ulike håndhevingsorganer i Norge har kommet til ulike svar på. Konklusjonen i denne artikkelen er at det ikke kan kreves at forsettet skal dekke samarbeidets potensielle skadevirkning på konkurransen. Begrunnelsen er at vurderingen av om et samarbeid har som

⁹⁴ Sak C-681/11, *Schenker*, ECLI:EU:C:2013:404, avsnitt 35-36.

⁹⁵ Dette standpunktet ligger også som et premiss for ESAs skriftlige innlegg for Konkurranseskjennemnda i sak 2019/34, *Telenor*, som også viser til denne praksisen i avsnitt 13.

formål å begrense konkurransen er en rettslig vurdering. Praksis fra domstolene i EU viser at det er et klart skille mellom bevisbedømmelsen og de rettslige vurderingene i saker om konkurransebegrensende formål. Først må en identifisere samarbeidets innhold, dets formål og den konteksten det er en del av. Dette er bevisbedømmelse. Deretter vurderer man om det foreligger solide og pålitelige erfaringer som tilsier at dette samarbeidet er skadelig for konkurransen. Fastleggningen av dette erfaringsgrunnlaget gjøres basert på rettspraksis og etablert økonomisk teori. Det er dermed en rettslig vurdering. Det innebærer at forsettet ikke skal dekke om samarbeidet fremstår som tilstrekkelig skadelig for konkurransen, til at det ikke er nødvendig å undersøke virkningene av samarbeidet, og at samarbeidet dermed kan sies å ha et konkurransebegrensende formål.

Til slutt har det blitt drøftet om EØS-retten stiller krav om at skylden skal dekke mer enn det som følger av det norske dekningsprinsippet. Konklusjonen er at det ikke følger noe slikt krav av EØS-retten.