

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet
Postboks 8004 Dep.
0030 Oslo

Også sendt pr. e-post: postmottak@fad.dep.no

Deres ref.:

Dok. nr.: 164190

Saksbehandler: Stian Oen
sto@advokatforeningen.no

07.10.2013

Høring – Utkast til forskrift om meldeplikt for foretakssammenslutninger mv. og utkast til endringer i forskrift om forvalter

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 5. juli d.å. vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid reguleringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sondrer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for Europa- og konkurranserett, som består av Ingvald Falch (leder), Harald Evensen, Morten Goller, Stein Ove Solberg og Monica Syrdal.

2. Advokatforeningens merknader

2.1 Forslaget til endringer i forskrift om forvalter (forvalterforskriften)

Ved lov 14. juni 2013 nr. 35 ble det foretatt endringer i konkurranselovens regler om fusjonskontroll, herunder at det fra 1. januar 2014 bare kan oppnevnes forvalter som et vilkår i vedtak om avhjelpende tiltak, dersom partene selv har foreslått forvalter som en del av det avhjelpende tiltaket.

Videre innføres en mulighet for Konkurransetilsynet til å fatte vedtak om bindende, avhjelpende tiltak i atferdssaker. Et slikt avhjelpende tiltak kan omfatte bruk av forvalter til å bistå i gjennomføringen av tiltakene, dersom foretakene selv har foreslått dette.

Begge disse endringene nødvendiggjør tilpasninger i den gjeldende forvalterforskriften. Advokatforeningen har kun én bemerkning til departementets utkast. Foreningen kan for øvrig slutte seg til de foreslåtte endringene.

Det følger av utkastet § 3 første ledd annet punktum at partenes forslag til forvalter og mandat for oppdraget må godkjennes av tilsynet før vedtaket fattes.

I atferdssaker, hvor Konkurransetilsynets saksbehandling ikke er underlagt lovfestede tidsfrister, vil det normalt være uproblematisk å avvente endelig vedtak til partene har foreslått forvalter og mandat og tilsynet har godkjent dette.

I fusjonssaker vil det derimot – etter Advokatforeningens oppfatning – være problematisk og ofte uheldig dersom forvalter og forvaltermandat må på plass før Konkurransetilsynet kan fatte vedtak i saken. Erfaringsmessig tar det lang tid for tilsynet og partene å komme frem til en egnet forvalter og et omforent forvaltermandat. Selv om det heretter vil være opp til partene å foreslå en forvalter, vil valg av forvalter fortsatt måtte være et resultat av en dialog mellom Konkurransetilsynet og partene.

Innenfor de stramme tidsfristene som gjelder i fusjonssaker, vil både partene og tilsynet primært ha fokus på vurderingen av hvorvidt det er grunnlag for å gripe inn mot foretakssammenslutningen og eventuelt hvilke materielle tiltak som kan avhjelpe en vesentlig konkurransebegrensning. Dersom partene og tilsynet innenfor disse fristene også skal måtte få på plass hvem som skal være forvalter og med hvilket mandat, vil sistnevnte element i beste fall stå i fare for å bli stemoderlig behandlet. I verste fall vil ikke valg av forvalter og utarbeidelse av forvaltermandat være på plass innen fristen, med den konsekvens at Konkurransetilsynet tvinges til å forby foretakssammenslutningen til tross for at det finnes egnede materielle avhjelpende tiltak.

Det følger av departementets høringsbrev at Konkurransetilsynet skal utarbeide et standardmandat som gjøres tilgjengelig for partene. Dette vil kunne forenkle arbeidet med utarbeidelse av forvaltermandat noe, men mandatet vil uansett må tilpasses den enkelte sak, herunder de materielle tiltakenes art og innhold.

På denne bakgrunn er det Advokatforeningens syn at forvalterforskriften ikke bør stille krav om at partenes forslag til forvalter og mandat for oppdraget må godkjennes av tilsynet før vedtaket fattes.

Etter Advokatforeningens syn må det før vedtaket fattes, være tilstrekkelig at partene foreslår de materielle avhjelpende tiltakene samt at det skal oppnevnes en forvalter som skal overvåke overholdelsen av disse. Vedtaket må gjerne også fastsette at partenes forslag til forvalter og forvaltermandatet skal fremsettes innen en relativt kort periode etter at vedtaket er fattet, for eksempel to uker, og at Konkurransetilsynet deretter har en tilsvarende kort frist til å godkjenne forvalter og mandatet. Det bør også være slik at partene ikke har lov til å gjennomføre foretakssammenslutningen før forvalter og mandat er på plass.

Det vises i denne forbindelse til Europakommisjonens praksis under Fusjonsforordningen. Her er det slik at Kommisjonens vedtak pålegger partene å foreslå forvalter umiddelbart (normalt innen to uker) etter vedtaket, se punkt 123 i Kommisjonens «Remedy Notice» (EU-Tidende C 267/1 av 22. oktober 2008).

2.2 Forslaget til ny forskrift om meldeplikt for foretakssammenslutninger mv. (meldepliktforskriften)

2.2.1 Generelt

Advokatforeningen er generelt positiv til forslaget til ny meldepliktforskrift, men har noen kommentarer og innspill.

Advokatforeningen slutter seg til departementets vurdering av at det bør vedtas en helt ny meldepliktforskrift og oppheve gjeldende forskrift, i stedet for å gjøre endringer i sistnevnte.

2.2.2 Melding av foretakssammenslutninger mv. - utkastet § 1

Advokatforeningen har ingen kommentarer til § 1 som sådan.

Advokatforeningen ønsker imidlertid å understreke viktigheten av at Konkurransetilsynet i god tid før ikrafttredelsen 1. januar 2014 kunngjør retningslinjer som klargjør og presiserer de nærmere krav til meldingens innhold. Arbeidet med meldinger som skal inngis i begynnelsen av 2014, starter nå i høst, og det er således viktig at retningslinjene kommer så raskt som mulig. Konkurransetilsynet oppfordres også til raskt å revidere sin veileder til saksbehandlingen ved kontroll av foretakssammenslutninger («best practice guidelines»). Advokatforeningen viser til at det både i NOU 2012: 7 og i Prop. 75 L (2012-2013) legges opp til utvidet dialog mellom partene og Konkurransetilsynet under saksbehandlingen.

Departementet bes om å følge opp Konkurransetilsynets arbeid med slike retningslinjer og veileder.

2.2.3 Involverte foretak - utkastet § 2

Advokatforeningen er positiv til de presiseringer som er gjort i utkastet § 2 om involverte foretak, jf. § 3 i gjeldende meldepliktforskrift.

2.2.4 Beregning av omsetning - utkastet § 3

Advokatforeningen støtter også endringene i reglene om beregning av omsetning i utkastet § 3 annet ledd følgende. Forslaget innebærer en harmonisering med EUs fusjonsforordning. Som en følge av avviket mellom konkurranselovens regler og EU-reglene, er det grunn til å tro at beregning av omsetning er blitt basert på forskjellige regler. Noen parter har fulgt ordlyden i de norske reglene, mens andre parter har tolket de norske reglene i overensstemmelse med EU-reglene. Denne ulike praktiseringen blir man nå kvitt.

Den foreslåtte harmoniseringen med EU-reglene vil isolert sett kunne føre til at noen flere foretakssammenslutninger blir meldepliktige. Forslaget må imidlertid sees i sammenheng med forslaget om en vesentlig økning av terskelverdiene for meldeplikt.

2.2.5 Forenklet melding - utkastet § 4

Advokatforeningen har noen kommentarer til vilkårene for å inngi forenklet melding:

- § 4 første ledd nr. 1 b) kan gi opphav til noen vanskelige vurderinger. For det første kan det i noen tilfeller være uklart hvorvidt og når aktiva befinner seg i Norge. Dette vil for eksempel kunne være aktuelt for immaterielle rettigheter, samt for skip, rigger, fly og andre flyttbare aktiva. Her kan man tenke seg at det er aktivumets juridiske tilknytning (f eks flagg-/registreringsstat) som er avgjørende, eller at det er aktivumets fysiske lokalisering på vurderingstidspunktet som legges til grunn. For det annet er det uklart hvilke verdsettelsesprinsipper som skal legges til grunn for fellesforetakets aktiva. Advokatforeningen mener derfor at dette bør presiseres i bestemmelsen, eller at det i alle fall gis nærmere retningslinjer for praktiseringen.
- § 4 første ledd nr. 3 kan også gi grunnlag for kompliserte vurderinger. For å vurdere om denne muligheten for forenklet melding er til stede, må det foretas avgrensninger av relevante markeder. Advokatforeningen er imidlertid positiv til at det gis mulighet for forenklet melding i tilfeller hvor partene ikke har overlappende virksomhet eller hvor denne overlappen er begrenset.

Foreningen kan heller ikke se at det finnes noen andre og bedre egnede parametere enn markedsandel for å identifisere «normalt uproblematiske» foretakssammenslutninger, jf. også at dette er tilfellet i EUs fusjonsforordning. Det er imidlertid ekstra viktig at Konkurransetilsynet i slike tilfeller både (i) lar seg enkelt engasjere i prenotifikasjonsdialog hvor man blant annet kan diskutere om vilkårene for forenklet melding er oppfylt, herunder om partene avgrenser de relevante markedene på en måte Konkurransetilsynet (i alle fall etter en foreløpig vurdering) kan slutte seg til, og (ii) raskt melder tilbake dersom tilsynet er uenig i markedsavgrensninger som ligger til grunn for forenklete meldinger.

- Advokatforeningen er enig med departementet i at økning i HHI ikke er et velegnet kriterium for når foretakssammenslutninger skal kunne meldes forenklet i det norske meldepliktsregimet.

Videre ser Advokatforeningen at Konkurransetilsynet i enkelte tilfeller kan ha behov for å pålegge «fullstendig» melding til tross for at vilkårene for forenklet melding er oppfylt, jf. forslaget § 4 fjerde ledd.

Etter Advokatforeningens syn er imidlertid den foreslåtte fristen for slikt pålegg for lang. Dette må sees i lys av at et slikt pålegg ikke utvider Konkurransetilsynets saksbehandlingsfrister, dvs. at varsel etter lovens § 20 annet ledd uansett må gis innen 25 virkedager fra meldingen er mottatt. Dersom tilsynet ikke pålegger «fullstendig» melding før på dag 15, er det svært lite sannsynlig at Konkurransetilsynet vil kunne avslutte sin saksbehandling etter 25 dager. Først vil Partene trenge tid til å utarbeide en «fullstendig» melding, og deretter vil tilsynet trenge tid på å vurdere informasjonen i denne meldingen. Et Konkurransetilsyn som trenger 15 virkedager alene på å vurdere om det skal pålegges «fullstendig» melding, vil neppe være i stand til å «fordøye» all den nye informasjonen på noen få virkedager.

Advokatforeningen foreslår derfor at Konkurransetilsynets frist for å pålegge «fullstendig» melding settes til fem virkedager. Tilsynet vil uansett måtte gjøre en første «screening» av mottatte forenklete meldinger, og bør da ha spørsmålet om det skal pålegges full melding høyt oppe på sin agenda. Dersom partene får et slikt pålegg på dag 5, vil full melding normalt kunne

foreligge rundt dag 12-15, noe som vil gi Konkurransetilsynet minst 10 virkedager på å vurdere den nye informasjonen og beslutte om det skal gis varsel etter § 20 annet ledd.

2.2.6 Særlig om parter uten etablering/fysisk tilstedeværelse i Norge

I høringsbrevet spør departementet særskilt om behovet for forenklet melding for foretak uten etablering/fysisk tilstedeværelse i Norge, såkalte «foreign to foreign»-transaksjoner. Bakgrunnen for dette er at Konkurranselovutvalget foreslår at slike transaksjoner bør kunne meldes forenklet.

Advokatforeningens vurdering er at partenes manglende fysiske tilstedeværelse i Norge ikke er velegnet som et selvstendig (alternativt) vilkår for å kunne inngi forenklet melding. Svært mange «foreign to foreign»-transaksjoner vil falle under de nye meldepliktstersklene. Dersom slike transaksjoner oppfyller de nye omsetningstersklene, vil partene som oftest kunne inngi forenklet melding fordi markedsandelstersklene i § 4 første ledd nr. 3 ikke vil være oppfylt. Dersom markedsandelstersklene først er oppfylt, er det liten grunn til å tro at eventuelle negative konkurransemessige virkninger av foretakssammenslutningen vil være mindre alene fordi partene ikke er etablert i Norge. Partenes manglende etablering i Norge kan etter Advokatforeningens mening kun få betydning for håndhevingen av et eventuelt inngrepsvedtak, noe som ikke bør tillegges vekt ved vurderingen av hvilke foretakssammenslutninger som skal kunne meldes forenklet.

Advokatforeningen har således ingen bemerkninger til at Konkurranselovutvalgets forslag ikke følges opp på dette punktet.

2.2.7 Språkkrav til melding

Det fremgår av Konkurransetilsynets nåværende retningslinjer for hhv. alminnelig og fullstendig melding at alminnelig melding kan inngis på norsk, engelsk, svensk eller dansk, mens fullstendig melding må inngis på norsk. Tilsynet har flere ganger lempet på sistnevnte krav, og således godtatt også fullstendig melding på engelsk. I saker med utenlandske parter vil det være praktisk og ressursbesparende at melding kan skje på engelsk.

Advokatforeningen mener at melding i henhold til krrl. §§ 18 og 18 a alltid må kunne inngis på engelsk, uten at partene skal være avhengig av at Konkurransetilsynet i det enkelte tilfelle lempet på språkkravet. Foreningen mener videre at dette bør nedfelles i meldepliktsforskriften. Advokatforeningen kan ikke se noen grunn til at språkkravene for melding om foretakssammenslutning etter krrl. §§ 18 og 18 a skal være strengere enn språkkravene for søknad om lempning etter krrl. §§ 30 og 31, jf. § 4 tredje ledd i utkastet til forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.

2.2.8 Overgangsspørsmål

Hevingen av meldepliktstersklene med virkning fra 1. januar 2014 kan reise enkelte overgangsspørsmål knyttet til hvilke terskelverdier man skal forholde seg til for foretakssammenslutninger som er i prosess rundt årsskiftet, for eksempel der det sent i 2013 inngås endelig avtale om en foretakssammenslutning som skal gjennomføres i januar 2014.

Advokatforeningen ser ikke grunn til særskilt forskriftsregulering av slike overgangsspørsmål, forutsatt at Konkurransetilsynet i god tid før årsskiftet gir veiledning om hvordan tilsynet vil

praktisere terskelverdiene i overgangsfasen. Departementet bør således oppfordre Konkurransetilsynet til å gi slik klargjøring/veiledning i løpet av relativt kort tid.

Vennlig hilsen

Erik Keiserud
leder

Merete Smith
generalsekretær