



Nærings- og fiskeridepartementet  
Konkurransopolitisk avdeling  
Postboks 8090 Dep  
0032 Oslo

Oslo, 11. juni 2015  
Ref: I1201367/1//MHA  
Ansvarlig advokat:  
Håkon Cosma Størdal

**Kun sendt per e-post:**  
postmottak@nfd.dep.no

## HØRINGSUTTALELSE - UTKAST TIL ENDRINGER I KONKURRANSELOVEN

### 1. INNLEDNING

Vi viser til Nærings- og Fiskeridepartementets høringsbrev av 11. mars 2015 vedrørende utkast til endringer i konkurranseloven av 5. mars 2004 ("krrl."). Vårt hørings svar følger nedenfor.

### 2. MERKNADER TIL HØRINGSBREVET

#### 2.1 Forslaget til harmonisering av inngrepsvilkåret

Wiersholm støtter forslaget om å endre inngrepsvilkåret i krrl. § 16 fra en SLC-test til en SIEC-test. Etter vår oppfatning er det liten, om noen, praktisk forskjell mellom de to testene. På den annen side taler hensynet til harmonisering med EU/EØS-retten for en overgang til SIEC-testen.

#### 2.2 Endring av effektivitetsforsvaret

Ut fra harmoniseringshensyn er vi positive til forslaget om endring av effektivitetsforsvaret fra en totalvelferdsstandard til en konsumentvelferdsstandard, ikke minst hvis SLC-testen blir erstattet med en SIEC-test.

Basert på Konkurransetilsynets praktisering av effektivitetsforsvaret stiller vi oss tvilende til at en eventuell overgang til konsumentvelferdsstandard vil ha noen vesentlig praktisk betydning, selv om innholdet i de to standardene i teorien er vesensforskjellig. Denne problemstillingen er for øvrig erkjent i Departementets høringsbrev, hvor det på side 3 er påpekt at det teoretisk er en tydelig forskjell mellom de to standardene, men at

"[...] endringen [vil] ha liten betydning for hvilke foretakssammenslutninger det gripes inn mot, siden det er svært uvanlig i norsk fusjonskontrollpraksis at konkurransebegrensende foretakssammenslutninger aksepteres på grunn av effektivitetsgevinster."

Etter vårt syn har dette sammenheng med at Konkurransetilsynet undertiden anvender det *beviskravet* som påhviler partene i tilknytning til effektivitetsforsvaret strengere enn hva det er grunnlag for. Selv om beviskravet er begrenset til *alminnelig sannsynlighetsovervekt*, er det i praksis nærmest umulig å bli hørt med at partene i tilstrekkelig grad har godtgjort eksistensen og omfanget av relevante gevinster.

På denne bakgrunn mener vi at den rettslige standarden gjerne kan harmoniseres med EU/EØS-retten. Det er imidlertid viktig at partenes *bevisbyrde* i praksis tilsvare alminnelig sannsynlighetsovervekt.

## 2.3 Kravet til å merke forretningshemmeligheter ved forenklet melding

### 2.3.1 Innledning - kort om dagens lovtekniske situasjon

Etter vårt syn er konkurranselovens bestemmelser om hva en melding skal inneholde, herunder kravet om merke- og begrunnelsesplikt, lite pedagogisk utformet. De relevante bestemmelsene er spredt i flere paragrafer, som ikke alltid er logisk plassert.

Krrl. **§ 18 syvende ledd** fastslår at "*Melding i henhold til første, tredje, femte og sjette ledd anses som fullstendig først når kravene i § 18 b er oppfylt.*" At dette omfatter både melding og forenklet melding er etter vårt syn klart, og trenger ikke å spesifiseres uttrykkelig, slik forslaget legger opp til (se nærmere om dette i avsnitt 2.3.2).

Referansen til krrl. **§ 18b** sikter til kravet om merking og begrunnelse av forretningshemmeligheter (første punktum), og til kravet om samtidig fremleggelse av forslag til offentlig versjon (annet punktum). Krrl. § 18b tredje punktum fastsetter en rettsvirkning av at første punktum ikke er oppfylt, nemlig at "*konkurransemyndighetene [kan] legge til grunn at avsender ikke motsetter seg at det gis innsyn i opplysningene*". Det står derimot ikke noe i § 18b om at manglende overholdelse av merke- og begrunnelsesplikten har betydning for om meldingen anses som fullstendig eller ikke. For å få oversikt over rettsvirkningene av at merke- og begrunnelsesplikten ikke er oppfylt, må en m.a.o. sammenholde § 18b tredje punktum og § 18 syvende ledd, jf. § 20 femte ledd. Dette gir etter vårt syn dårlig oversikt.

Samtidig er bestemmelsen i krrl. § 18 syvende ledd ufullstendig og til dels misvisende, ettersom en melding ikke nødvendigvis er fullstendig hvis kravene i § 18b er oppfylt. De fleste innholdskravene fremgår av krrl. § 18a første og annet ledd, alternativt av meldeforskriften (F11.12.2013 nr. 1466) § 3 annet ledd i tilfelle av forenklet melding.

I forlengelse av krrl. 18 syvende ledd, jf. § 18b annet punktum, fastslår **§ 20 femte ledd** annet punktum at en rekke frister for Konkurransetilsynets saksbehandling "*ikke [begynner] å løpe før Konkurransetilsynet har mottatt en offentlig versjon av dokumentene*", herunder meldingen. Unnlattelse av å inngi offentlig versjon medfører altså at tilsynets saksbehandlingsfrister ikke utløses eller stopper opp. Her fremgår det derimot *ikke* at fristene *også* er avhengig av at de øvrige innholdskravene er oppfylt, dvs. de generelle innholdskravene i krrl. § 18a og meldeforskriften § 3, samt kravet om merking og begrunnelse av forretningshemmeligheter i krrl. § 18 b første punktum. Dette fremstår som lite pedagogisk og brukervennlig.

Krrl. § 20 femte ledd annet punktum er gjentatt og supplert i **meldeforskriften<sup>1</sup> § 1**, som i annet ledd fastslår at melding etter (bl.a.) krrl. § 18 første ledd *både* skal oppfylle kravene i krrl. § 18a første og annet ledd (generelle innholdskrav) og i krrl. § 18 b (krav til merking og begrunnelse av forretningshemmeligheter, samt fremleggelse av offentlig versjon). I forskriften § 1 tredje ledd er det uttalt at fristen på 25 virkedager for tilsynets saksbehandling i krrl. § 20 annet ledd løper fra første virkedag etter at fullstendig melding er mottatt. I motsetning til i krrl. § 20 femte ledd, presiseres det altså her at både de generelle innholdskravene og kravet til merking og begrunnelse av forretningshemmeligheter mv. må være oppfylt for at saksbehandlingsfristene skal løpe.

### 2.3.2 Om Departementets endringsforslag

Etter vårt syn er reguleringen av hva en melding og forenklet melding skal inneholde for å anses fullstendig, og dermed for å utløse tilsynets saksbehandlingsfrister, blitt unødig komplisert og lite pedagogisk. Dette er formodentlig resultatet etter flere lovendringer i konkurranseloven og meldeforskriften de siste årene. Etter vårt syn bør det nå ryddes opp i disse bestemmelsene.

---

<sup>1</sup> Forskrift F11.12.2013 nr. 1466

Departementets forslag om å presisere *krrl. § 18 syvende ledd* vil etter vårt syn ikke bidra positivt i den lovtekniske utformingen av disse spørsmålene.

Bestemmelsen i § 18 syvende ledd fremstår som malplassert. Sett bort fra syvende ledd, regulerer § 18 *når* meldinger enten er pålagt, kan pålegges eller inngis frivillig, samt beregning av omsetningsterskler for den generelle meldeplikten. Bestemmelsen regulerer ellers ikke *hva* en melding skal inneholde; dette følger av § 18a, alternativt av meldeforskriften § 3 annet ledd ved forenklet melding, jf. også § 18b.

Innholdet i § 18 syvende ledd kan i stedet presiseres i *krrl. § 18b*, som med fordel kan deles inn i flere ledd; F.eks. ett ledd hvor kravet til merking og begrunnelse fremgår, ett ledd hvor innholdet i § 18 syvende ledd er presisert (uten at det bør være nødvendig å skille mellom melding og forenklet melding), og ett ledd hvor innholdet i § 18b første ledd siste punktum fremgår. Av pedagogiske hensyn bør det samtidig henvises til merke- og begrunnelseskravet (dvs. til § 18b), både i *krrl. § 18a* (f.eks. i ny bokstav j) og i meldeforskriften § 3 annet ledd (f.eks. i ny bokstav h).

### **2.3.3 Særlig om krav til offentlig versjoner**

For øvrig er det slik at kravet i **krrl. § 18b annet punktum** om at avgiver av bl.a. meldinger "*samtidig skal fremlegge forslag til offentlig versjon*", ikke håndheves i praksis. Dette er adressert i Konkurransetilsynets Retningslinjer for melding av foretaks-sammenslutning, hvor dette er formulert slik i Del 4 punkt 2 siste avsnitt:

"Så lenge plikten til å klart angi eller merke opplysninger samt begrunnelsesplikten er innfridd, anser Konkurransetilsynet at forslag til offentlig versjon er fremlagt, jf. § 18b, første ledd annet punktum."

I praksis utarbeider Konkurransetilsynet en offentlig versjon av meldingen basert på melderens merking og begrunnelse for hva som anses unntatt offentlighet, samt tilsynets lovpålagte vurdering av dette spørsmålet. Dette skjer i praksis etter at melding er inngitt, og *uten* å innvirke på de lovbestemte saksbehandlingsfristene. Bestemmelsen i *krrl. § 20 femte ledd annet punktum*, håndheves således ikke.

All den stund kravet til offentlig versjon i *krrl. § 18b annet punktum* er "frafalt" av Konkurransetilsynet, bør kravet etter vårt syn tas ut av *krrl. § 18b annet punktum*.

Lignende bestemmelser om fremleggelse av offentlig versjoner fremgår av *krrl. § 20 femte ledd første punktum*, som fastslår at forslag om avhjelpende tiltak ikke anses fremsatt "*før forslag til offentlig versjon av forslaget er inngitt*", samt av § 20 sjette ledd, som fastslår at svar på Konkurransetilsynets informasjonsspørgsmål ikke er oppfylt "*før Konkurransetilsynet har mottatt en offentlig versjon av dokumentene*." Heller ikke disse bestemmelsene håndheves i praksis. Dette kommer til uttrykk i Konkurransetilsynets Retningslinjer for melding Del 4 punkt 1 siste avsnitt, som presiserer at sitatet over fra Retningslinjene Del 4 punkt 2 siste avsnitt også er relevant for disse tilfellene. Etter vårt syn, bør også disse bestemmelsene derfor tas ut av loven.

## **2.4 Begrepsbruk knyttet til merke- og begrunnelsesplikten**

Med referanse til våre merknader i avsnitt 2.3.3 siste avsnitt ovenfor, har vi ingen merknader til Departementets forslag knyttet til begrepsbruk i § 20 femte og sjette ledd.

## **2.5 Vedr. markedsandelsterskler og innholdskrav**

Wiersholm støtter Departementets forslag om harmonisering av markedsandelsterskler og tydeliggjøring av innholdskrav i meldinger, som beskrevet på s. 4 flg. i høringsbrevet.

## **2.6 Endring av fristene knyttet til avhjelpende tiltak**

Wiersholm støtter forslaget til presisering av *krrl. § 20 fjerde ledd* vedr. fristberegning ved avhjelpende tiltak, i tråd med EUs implementeringsforordning 1269/2013.

Vi stiller oss derimot negative til det av Departementet nevnte (men ikke foreslåtte) alternativet, om at ethvert nytt eller revidert forslag til avhjelpende tiltak skulle gi en ytterligere fristforlengelse på 15 dager.

## 2.7 Innføring av kartellforlik i konkurranseloven

Wiersholm støtter Departementets forslag til innføring av kartellforlik i konkurranseloven, men forutsetter at den aktuelle lovbestemmelsen blir presisert på flere punkter. Selv om kartellforlik bygger på frivillighet og "tilståelse" fra den private parten, vil et "forliksvedtak" fortsatt utgjøre myndighetsutøvelse i saker om alvorlige lovbrudd og sanksjoner i form av overtredelsesgebyrer på opp mot 10 % av foretakets omsetning. Grunnleggende rettsikkerhetsgarantier må derfor være ivaretatt i alle ledd av en eventuell forliksordning.

Vi deler departementets syn om at ordningen innholdsmessig bør bygges opp etter mønster fra EU/EØS-retten, samtidig som lovteksten kan tilpasses en norsk kontekst og lovgivningstradisjon. Etter vårt syn er utkastet til ny § 29 imidlertid for lite detaljert, særlig hva gjelder retten til bevis tilgang, utredningsplikt og kontradiksjon.

Om det konkrete lovforslaget bemerkes særlig:

Med referanse til utkastet til ny § 29 a første ledd, kan det fremgå klarere at foretaket ikke plikter å møte i forliksmøte.

Det bør videre fremgå uttrykkelig at foretaket, før det gis frist til å inngi forliksinnlegg etter § 29 a annet ledd, skal gis tilgang til alle bevis og relevante opplysninger som Konkurransetilsynet besitter i saken. I § 29 a første ledd fremgår det kun at tilsynet skal "presentere" bevisene, og ikke at foretaket får innsyn i disse (selv om dette er forutsatt i annet ledd). Hvis foretaket evt. først gis tilgang til bevisene etter at en 15-dagers svarfrist for kartellinnlegg er gitt etter § 29 a annet ledd, vil en risikere at foretaket ikke får tilstrekkelig tid til å ta stilling til saken, herunder til avgjøre om kartellinnlegg skal inngis og å utarbeide evt. innlegg, på en forsvarlig måte.

For at foretaket skal kunne gi en "bekreftelse på at foretaket har fått tilgang til tilsynets bevismateriale" (§ 29 a annet ledd), bør Konkurransetilsynet for øvrig pålegges en tilsvarende plikt til å bekrefte overfor selskapet at sistnevnte er blitt gitt en slik tilgang; en slik bekreftelse fra tilsynet bør foreligge senest i forbindelse med at foretaket gis svarfrist ved mottakelse av forhåndsvarselet etter tredje ledd.

Etter vårt syn bør ny § 29 a tredje ledd gjøres mer detaljert. Eksempelvis bør innholdet i forhåndsvarselet presiseres nærmere. Det bør i det minste fremgå at det her er tale om varsel om vedtak, og det kan med fordel stilles minstekrav til vedtakets innhold. Dette gjelder ikke minst i lys av referansen til "*de begrensningene dette har for kravene til Konkurransetilsynets utrednings- og begrunnelsesplikt*" i utkast til § 29 a annet ledd. Vi mener for øvrig at det er uklart hva som ligger i denne referansen, og at dette bør presiseres i loven. Det bør videre fremgå helt kort hva slags "svar" det her gis svarfrist for. Vi antar at det er tale om en bekreftelse på at foretaket aksepterer forhåndsvarslet og fremdeles ønsker å løse saken gjennom forlik. Dette er det ikke lett å lese ut fra den knappe ordlyden i utkastet.

I utkast til ny § 29 a tredje ledd er foretakets svarfrist etter mottakelse av forhåndsvarselet gjort tidsubestemt. Etter vårt syn bør svarfristen settes til minst 4-6 uker, for å sikre at foretaket får tilstrekkelig tid til å områ seg på en forsvarlig måte.

Med referanse til utkast til ny § 29 a fjerde ledd, mener vi videre at det bør åpnes for en reduksjon av overtredelsesgebyret utover 10 %, samt at foretaket skal ha rett til reduksjon (dvs. at det ikke bør bero på tilsynets skjønn om reduksjon skal gis). Foretakets insentiv til å innlate seg på forlikssamtaler vil dermed være større.

Vi støtter Departementets forslag om at foretakets forliksinnlegg skal være unntatt offentlighet, slik som for skylderklæringer i lempningssøknader. Dette er ikke minst viktig for at foretaket skal ha et insentiv til å inngå kartellforlik. I motsatt fall ville foretak som inngår kartellforlik i større grad enn andre risikere private søksmål.

## **2.8 Presiseringer i bestemmelsen om delvis lempning**

Wiersholm støtter Departementets forslag om å tydeliggjøre at markørordningen og samarbeidsplikten i § 30 også gjelder for delvis lempning etter § 31.

## **2.9 Foreldelsesplikten for ESAs vedtak**

Wiersholm støtter Departementets forslag om å endre krrl. § 34 slik at den der fastsatte foreldelsesfristen også gjelder ved overtredelser av EØS-avtalen 53 og 54.

Med vennlig hilsen  
for Advokatfirmaet Wiersholm AS



Monica Hilseth-Hartwig  
mhh@wiersholm.no