



Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 Oslo

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

Deres ref.: 15/1418

Dato: 11. juni 2015

Vår ref.: 199109

HØRING - ENDRINGER I KONKURRANSELOVEN

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 11.3.2015 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 regelendringen 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. Lovutvalget består av Ingvald Falch, Harald Evensen, Morten Goller, Helge Stemshaug og Monica Syrdal.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

2. Sakens bakgrunn

Nærings- og fiskeridepartementet sendte 11. mars i år et forslag om enkelte endringer i konkurranseloven på høring. Endringene av størst betydning er forslag om endring i inngrepsvilkår for

foretakssammenslutninger samt innføring av en ordning for kartellforlik. I tillegg er det fremmet enkelte forslag til mindre endringer.

Advokatforeningen stiller seg i all hovedsak bak forslagene til endringer i konkurranseloven, men har kommentarer til de enkelte punkter som presenteres i det følgende.

3. Kommentarer

3.1 Forslag til harmonisering av inngrepsvilkår i fusjonskontrollreglene med tilsvarende regler i EU og EØS, utkastet § 16

3.1.1 Forslaget om harmonisering av inngrepsvilkåret

Forslaget til endring i inngrepsvilkåret er i tråd med forslaget fra utvalget som utredet endringer i konkurranseloven i 2012 (NOU 2012: 7). Forslaget innebærer en overgang fra en særnorsk totalvelferdsstandard til en konsumentvelferdsstandard, samt en overgang fra en såkalt SLC-test («føre til eller forsterke») til en SIEC-test («som i betydelig grad vil hindre»).

Advokatforeningen ga i høringsuttalelse av 15. mai 2012 til NOU 2012: 7 uttrykk for støtte til den endringen som nå på ny foreslås gjennomført (se avsnitt 4). Advokatforeningen mener fortsatt at det er hensiktsmessig med en EU/EØS-harmonisering av inngrepsstandarden. For det første mener Advokatforeningen at det vil være en klar gevinst av en EU/EØS-harmonisering for lovens adressater, da det kan bidra til større forutsigbarhet. For det andre vil en overgang til en SIEC-test i prinsippet bidra til at ressursene i fusjonskontrollen rettes mot de foretakssammenslutningene som har en tydelig merkbar virkning. De praktiske konsekvensene av de foreslåtte virkningene antas imidlertid å være små.

Advokatforeningen legger til grunn at den foreslåtte harmoniseringen av inngrepsvilkåret innebærer at retningslinjer og relevant praksis fra EU og EØS vil være relevante kilder for tolkning av bestemmelsen, og anbefaler at dette kommer tydelig frem i forarbeidene på samme måte som dette er uttrykt i forarbeidene til atferdsreglene (se f.eks. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 224). Dette for å sikre ovennevnte forutsigbarhet.

3.1.2 Endring i effektivitetsforsvaret

Det legges til grunn i høringsbrevet at en overgang til en SIEC-test i konkurranselovens inngrepsvilkår implisitt også fører til at effektivitetsforsvaret endres fra en totalvelferdsstandard til en konsumentvelferdsstandard. Advokatforeningen har ingen innvendinger mot denne forståelsen. Skillet er prinsipielt viktig, men Advokatforeningen legger til grunn at endringen ikke får store konsekvenser i praksis. Det skyldes særlig at de beviskrav for partenes påberopte effektivitetsgevinster som i praksis legges til grunn av konkurransemyndighetene i deres vedtakspraksis, i realiteten er så høye at det sjelden eller aldri vil være mulig for sakens parter å nå frem med argumenter om effektivitetsgevinster.

3.1.3 Også formålet med avhjelpende tiltak i konkurranseloven § 16 andre ledd bør harmoniseres

I høringsbrevet foreslås kun en EU/EØS-harmonisering av inngrepsvilkåret i § 16 første ledd. Ved en harmonisering av inngrepsvilkåret mener Advokatforeningen at det samtidig vil være naturlig også å vurdere en harmonisering av ordlyden i § 16 andre ledd om avhjelpende tiltak.

§ 16 andre ledd lyder:

"Dersom Konkurransetilsynet finner at avhjelpende tiltak foreslått av melderne vil avbøte de konkurransebegrensende virkningene som foretakssammenslutningen kan føre til, skal tilsynet fatte vedtak om inngrep hvor foretakssammenslutningen tillates på disse vilkår. Konkurransetilsynet kan knytte forpliktelser til vedtaket for å sikre at vilkårene oppfylles."

Etter sin ordlyd kan bestemmelsen potensielt tolkes som at avhjelpende tiltak fullt ut skal nullstille enhver konkurransebegrensende virkning av foretakssammenslutningen når inngrepsvilkåret i første ledd i utgangspunktet er oppfylt. Gjennom tilsynets og departementets vedtakspraksis synes det imidlertid klart at det er tilstrekkelig at de avhjelpende tiltakene sikrer at inngrepsvilkårene etter første ledd ikke lenger er oppfylt (dvs. at det kan være akseptabelt at en mindre betydelig begrensning av konkurransen oppstår selv med de avhjelpende tiltakene). Denne tolkningen er åpenbart rimelig og for øvrig i overensstemmelse med årsakssammenhengskravet. Det er ingen grunn til å forby foretakssammenslutninger med foreslåtte vilkår som medfører at det ikke foreligger grunnlag for inngrep. Alternativet vil også innebære en strengere inngrepsnorm der det tilbys avhjelpende tiltak enn der de samme tiltakene er gjennomført før foretakssammenslutningen meldes.

Bestemmelsens ordlyd kan likevel skape en usikkerhet hos lovens adressater med tanke på hvilke tiltak som vil kunne avkreves for å få godkjent en foretakssammenslutning. I sin ytterste konsekvens kan en tolkningstvil bety at én og samme foretakssammenslutning kan vurderes å kreve sterkere tiltak i Norge enn i andre land der virkningene er sammenliknbare, f.eks. hvis foretakssammenslutningen berører markeder som strekker seg over flere land.

Etter EUs fusjonsforordning er det også klart at det er tilstrekkelig at de avhjelpende tiltakene sikrer at lovens inngrepsvilkår ikke lenger er oppfylt. I forordningens artikkel 8.2 følger det at vilkårene for godkjenning på betingelse av avhjelpende tiltak er «*at en anmeldt fusion, etter at de deltagende virksomheder har foretaget ændringer, opfylder kriteriet i artikkel 2, stk 2...*», altså at foretakssammenslutningen sammen med de avhjelpende tiltakene ikke lenger oppfyller inngrepsvilkårene.

Advokatforeningen anbefaler at departementet vurderer en justering av § 16 andre ledd, slik at det tydeliggjøres at vilkårene for godkjenning betinget av avhjelpende tiltak også er harmonisert, og tillater seg i den sammenheng å foreslå følgende formulering:

"Dersom Konkurransetilsynet finner at avhjelpende tiltak foreslått av melderne medfører at en foretakssammenslutning ikke lenger oppfyller vilkårene for forbud etter første ledd, skal tilsynet fatte vedtak om inngrep hvor foretakssammenslutningen tillates på disse vilkår. Konkurransetilsynet kan knytte forpliktelser til vedtaket for å sikre at vilkårene oppfylles."

Som nevnt ovenfor vil denne justeringen i ordlyden ikke medføre noen realitetsendring.

3.2 *Presisering av at kravet til å merke forretningshemmeligheter også gjelder forenklet melding, utkastet § 18 syvende ledd*

Advokatforeningen kan ikke se at forslaget innebærer noen reell endring av rettstilstanden, men kun tydeliggjør praksis slik den er i dag. Advokatforeningen støtter derfor forslaget om at det fremgår av loven at kravet om merking av forretningshemmeligheter også gjelder for forenklete meldinger. Advokatforeningen finner likevel grunn til å reise spørsmål ved det konkrete forslaget til endring av § 18 syvende ledd. Det er intet å bemerke til henvisningen til «forenklet melding» innledningsvis i første punktum. Det er imidlertid ikke forklart i høringsbrevet hvorfor det er nødvendig å vise til § 18a fjerde og femte ledd til slutt i første punktum i forslaget til justert lovtekst. § 18a fjerde ledd er hjemmelen til å gi forskrift om innhold i melding og forenklet melding, mens § 18a ikke inneholder noe femte ledd.

Advokatforeningen legger til grunn at forslaget til nytt andre punktum i § 18 syvende ledd uansett ivaretar behovet for henvisning til forskrift gitt etter § 18a fjerde ledd, og anbefaler derfor at henvisningen i første punktum til § 18a fjerde og femte ledd fjernes.

3.3 *Harmonisering av markedsandelsterskler og tydeliggjøring av innholds krav i meldinger om foretakssammenslutninger, utkastet § 18 a første ledd*

3.3.1 Heving av markedsandelsterskler

Forslaget innebærer for det første at kravene til innhold i melding endres ved at markedsandelstersklene for de markeder som skal beskrives etter § 18a første ledd bokstav e heves. Forslaget gir en klar forenkling ved at det ikke lenger er nødvendig med utførende beskrivelse av markeder der markedsandelene tilsier at inngrep uansett ikke er aktuelt. Advokatforeningen støtter derfor dette forslaget.

3.3.2 Samling av krav til innhold i melding i § 18a

Advokatforeningen støtter også prinsippet om at kravene til innhold i melding samles på ett sted ved at tilleggskravet i meldepliktforordningen § 2 flyttes til § 18a første ledd.

Slik forslaget til endring lyder vil det imidlertid fortsatt være to separate bestemmelser om hvilke opplysninger som skal gis om vertikal forbundne markeder; § 18a første ledd bokstav e om vertikalt forbundne markeder der partene har en markedsandel som overstiger 30 % på *hvert* av markedene og bokstav f om vertikalt forbundne markeder der partene har en markedsandel som overstiger 30 % på *minst ett* av markedene.

I EUs «Form CO», som departementet viser til i høringsbrevet, gjelder kravet om å gi opplysninger om vertikalt forbundne markeder der terskelen på 30 % er overskredet for minst ett av markedene.¹

Det kan likevel være gode argumenter for å beholde et skille som foreslått av departementet, da de potensielle konkurransebegrensende virkningene ved en foretakssammenslutning normalt vil være større der partene samlet har markedsandel på over 30 % i hvert av de vertikalt forbundne markedene

¹ Merk at den danske språkversjonen kan fremstå som noe utydelig på dette punktet. Se likevel engelsk, svensk eller tysk språkversjon som klart angir at det er tilstrekkelig at terskelen er overskredet på ett av markedene.

enn i situasjoner der markedsandelen er over grensen i kun ett av markedene. Det kan derfor tilsi at behovet for grundig beskrivelse er større i førstnevnte tilfelle.

I forslaget til lovtekst fremstår det imidlertid som uklart hva som er forskjellen i kravet til innhold i forslagens bokstav e og f. Etter bokstav e skal en gi en beskrivelse av markedet som skal inkludere en beskrivelse av markedsstrukturen, de viktigste konkurrenter, kunder og leverandører og eventuelle etableringshindringer. Etter forslagens bokstav f skal en beskrive markedene uten at det er nærmere angitt hva beskrivelsen skal inneholde ut over at beskrivelsen skal inkludere partenes tre viktigste konkurrenter, kunder og leverandører. En beskrivelse av et marked som ikke inneholder de forhold som er opplistet i bokstav e, vil imidlertid uansett lett kunne anses som mangelfull i lovens sammenheng da dette vil være grunnleggende opplysninger i en beskrivelse av markedet. Forskjellen i krav til beskrivelse mellom bokstav e og f fremstår derfor som uklar.

Etter Advokatforeningens syn bør det – for å ivareta hensynet til en lempeligere standard for vertikalt forbundne markeder der terskelen er overskredet for kun ett av markedene – derfor være tydeligere angitt i lovtekstens bokstav f eller forarbeidene hvilke krav som gjelder der markedsandelen overstiger 30 % i kun ett av de vertikalt forbundne markedene.

3.3.3 Andre merknader til § 18a

I tillegg til det ovenstående vil Advokatforeningen også foreslå enkelte mindre lovtekniske endringer og en harmonisering av begrepsbruken knyttet til horisontalt og vertikalt berørte markeder.

I bokstav e introduseres begrepet vertikalt forbundne markeder, mens bokstav f innledes med en beskrivelse av hva som forstås som vertikalt forbundne markeder. Advokatforeningen mener at en slik beskrivelse bør gis før eller i sammenheng med at begrepet benyttes første gang, dvs. i egen definisjonsbestemmelse eller i bokstav e.

Videre kan det bemerkes at det i bokstav d i gjeldende lov benyttes begrepet «*overlappende virksomhet*» mens bokstav e benytter begrepet «*horisontalt forbundne markeder*». Det antas at meningen skal være den samme. Departementet foreslår i høringsbrevet side 10 en samordning av begrepsbruken mellom lovtekst og forskrift. Advokatforeningen mener det er hensiktsmessig med en tydelig og enhetlig begrepsbruk også innad i lovteksten.

Videre mener Advokatforeningen at begrepet «*horisontalt forbundne markeder*» slik det er i loven i dag i seg selv er uheldig, da begrepet «*forbundne*» antyder at det er en forbindelse mellom to eller flere markeder. Meningen er imidlertid at det skal være situasjoner der partene i en transaksjon er til stede på ett og samme marked. Begrepet bør derfor endres. Advokatforeningen anbefaler at en i sammenheng med lovendringen gjør en justering av begrepsbruken slik at det blir tydeligere hva som generelt beskriver overlapp (horisontalt og vertikalt) og det som er en betegnelse for de markeder som skal beskrives særskilt iht. bokstav e. Det kan gjøres ved at begrepene «*horisontalt overlapp*» og «*vertikalt overlapp*» beskriver de generelle tilfellene med tilstedeværelse i samme marked eller vertikalt tilstøtende markeder (uavhengig av markedsandel), mens «*horisontalt berørte markeder*» og «*vertikalt berørte markeder*» beskriver de markedene der partene har overlapp og der markedsandelstærsklene i bokstav e er oppfylt. Dette vil også være i tråd med betegnelsene benyttet i EUs Form CO.

Forslag til endret bokstav d-f i § 18a første ledd følger (endringer i kursiv sammenliknet med gjeldende lov):

"d) navn på de fem viktigste konkurrenter, kunder og leverandører i markeder i Norge, eller som Norge er del av, hvor de involverte foretakene og foretak i samme konsern har *horisontalt* overlappende virksomhet,

e) *redegjørelse for horisontalt og vertikalt berørte markeder. Et marked er horisontalt berørt dersom minst to av partene er aktive på det samme markedet og partenes samlede markedsandel overstiger 20 prosent. Vertikalt berørte markeder er de markeder der en part opererer i et forutgående eller etterfølgende ledd til et marked hvor en annen part opererer og deres samlede markedsandel overstiger 30 prosent på hvert av de respektive markedene. Redegjørelsen skal inkludere en beskrivelse av markedsstrukturen i de berørte markedene, beskrivelse av de involverte foretakenes viktigste konkurrenter, kunder og leverandører i de berørte markedene, og beskrivelse av eventuelle etableringshindringer i de berørte markedene,*

f) der foretakssammenslutningen er mellom en part som opererer i et forutgående eller etterfølgende ledd til et produktmarked hvor en annen part opererer, og partenes individuelle eller samlede markedsandel overstiger 30 prosent på minst ett av disse markedene, skal også disse vertikalt overlappende markedene beskrives kortfattet i meldingen. Beskrivelsen av disse markedene skal minst omfatte partenes tre viktigste konkurrenter, kunder og leverandører."

3.4 *Harmonisering av begrepsbruk og endring av fristene ved nytt eller revidert forslag om avhjelpende tiltak, utkastet § 20 fjerde, femte og sjette ledd*

3.4.1 *Harmonisering av begrepsbruk*

Etter ikrafttredelsen av revidert konkurranselov 1. januar 2014 har det i flere saker vært diskusjon mellom Konkurransetilsynet og meldere hvilke krav til begrunnelse som gjelder for at en melding skal kunne anses mottatt. Mange har opplevd at Konkurransetilsynet har stilt strenge krav til begrunnelse, noe som har medført at meldinger ikke er registrert mottatt av Konkurransetilsynet før etter flere runder med diskusjon mellom tilsynet og melder, noe som kan oppleves som byrdefullt for partene i tidskritiske saker.

Advokatforeningen støtter derfor forslaget til presisering av begrepsbruken i § 20. For at tidsfrister skal løpe og forslag om avhjelpende tiltak skal anses som mottatt av tilsynet, kan det ikke være tvil om at det er tilstrekkelig at et *forslag* til offentlig versjon som tilfredsstillt kravene i loven § 18b, er tilstrekkelig.

Endringene i konkurranselovens regler begrunnelsesplikt for melder var motivert av et ønske om effektivisering av saksbehandlingen, slik at tilsynet raskere skulle kunne utarbeide offentlige versjoner av meldinger og andre dokumenter i fusjonssaker.² Erfaringsmessig tar det til tross for dette ofte betydelig tid å få innsyn i innleverte meldinger. Advokatforeningen understreker viktigheten av at tredjeparter så raskt som mulig får behandlet sine innsynsbegjæringer i fusjonssaker, blant annet av hensyn til muligheten til å kunne gi innspill til tilsynets saksbehandling. Advokatforeningen legger derfor til grunn at de foreslåtte endringene ikke bidrar til å forsinke tredjeparters mulighet til å få innsyn.

² Se Prop. 75L (2012-2013) punkt 6.7.4, s. 112.

3.4.2 Reviderte forslag til fristberegning ved fremsettelse av avhjelpende tiltak

Advokatforeningen støtter også prinsippet om tydeliggjøring av fristberegningen ved fremsettelse av reviderte forslag til avhjelpende tiltak etter 55-dagersfristen. I høringsbrevet reiser departementet spørsmål ved om det er slik at ethvert nytt eller revidert forslag bør gi adgang til forlengelse.

Etter Advokatforeningens syn bør det i utgangspunktet være klart at adgangen til forlengelse av 70-dagersfristen i loven maksimalt skal være 15 virkedager totalt, slik loven praktiseres i dag. Tilsvarende gjelder adgangen til forlengelse etter fremleggelse av begrunnet forslag til forbudsvedtak. Dersom det legges opp til gjentatt forlengelse ved ethvert fremsatt avhjelpende tiltak, vil dette kunne bidra til en vesentlig forlengelse av saksbehandlingstiden og redusert forutsigbarhet for sakens parter. Lovens stramme frister bidrar til en tilstrebelse hos både Konkurransetilsynet og melder for å komme til et godt resultat innen fristens utløp. Med forslag om gjentatt forlengelse vil imidlertid selv den minste tekniske justering av melderens forslag til vedtakstekst medføre at fristen for avgjørelse forsinkes med 15 virkedager, noe som åpenbart kan svekke fremdriften.

Advokatforeningen mener derfor også at teksten i § 20 fjerde ledd andre punktum bør gjøres tydeligere, slik at det er klart at 70-dagersfristen maksimalt kan forlenges med 15 virkedager, f.eks. ved følgende endring:

"Dersom melderne fremsetter *nytt eller revidert* forslag om avhjelpende tiltak senere enn 55 virkedager fra meldingen er mottatt, forlenges Konkurransetilsynets frist tilsvarende. *Fristen kan maksimalt forlenges med 15 virkedager.*"

Tilsvarende tydeliggjøring er ikke nødvendig i femte punktum (om fristforlengelse ved fremsettelse av avhjelpende tiltak etter Konkurransetilsynets begrunnede forbudsvedtak), da lovteksten her er tydelig på at denne fristen kun kan forlenges med 15 virkedager.

Dersom departementet vurderer å åpne for forlengelser ut over 15 virkedager fra 70-dagersfristen eller etter begrunnet forslag til forbudsvedtak, bør slik forlengelse etter Advokatforeningens syn bare kunne gjøres etter anmodning eller samtykke fra melder, slik ordningen også er etter EUs fusjonsforordning. Gjennom en slik ordning kan melder ta initiativ til eller akseptere en forlengelse av fristen, f.eks. når det gjøres substansielle endringer i forslag til avhjelpende tiltak i en sen fase. Melder vil i en slik situasjon være nærmest til å gjøre avveiningen mellom behovet for en avklaring innen opprinnelige frister og konsekvensene av en forlengelse av saksbehandlingen, med den eventuelt bedre mulighet det gir for at Konkurransetilsynet kan akseptere det sist fremsatte forslaget til avhjelpende tiltak. Etter Advokatforeningens syn bør en forlengelse etter anmodning eller samtykke fra melder maksimalt kunne være på ytterligere 15 virkedager, slik at maksimal forlengelse av fristene som følge av fremsatte avhjelpende tiltak blir 15 +15 virkedager.

3.5 Innføring av kartellforlik i konkurranseloven, utkast til lovbestemmelse og utkastet § 27

Advokatforeningen støtter forslaget om innføring av ordning med kartellforlik. Ordningen bidrar til en effektiv håndtering av saker der foretakene er forberedt på å erkjenne deltakelse i overtredelsen. Det er positivt at forslaget ikke fratår foretaket dets grunnleggende rettssikkerhet, ettersom vedtak om kartellforlik vil være gjenstand for alminnelig domstolskontroll. Advokatforeningen har imidlertid noen merknader til forslaget slik det er presentert i høringsbrevet:

- Begrepet «kartellforlik» introduseres uten at dette er definert eller avgrenset i konkurranselovgivningen på annen måte. For eksempel omfatter reglene om lempning, jf. §§ 30 og 31, og alle overtredelser av § 10 ikke bare de typiske kartellene. Advokatforeningen anbefaler at begrepet gis et nærere innhold i forbindelse med lovrevisjonen for å unngå tvil om hvilke typer overtredelser som kan omfattes av bestemmelsen.
- Likebehandlingsprinsippet tilsier at en invitasjon til forliksmøte som utgangspunkt bør rettes til alle foretak involvert i en kartellovertredelse. Kun dersom særlige grunner tilsier det, bør enkelte foretak kunne utelates fra forliksmøte. Det kan f.eks. være tilfellet dersom enkelte foretak mistenkes for å ha deltatt i en mer omfattende overtredelse og der Konkurransetilsynet ikke er kommet tilstrekkelig langt i etterforskningen til at denne delen av saken er klar for gjennomføring av forliksmøte.
- I forbindelse med forliksdraftinger bør Konkurransetilsynet som foreslått presentere «*saken og bevisene i tilsynets besittelse*». Etter Advokatforeningens syn må Konkurransetilsynet i forliksdraftingene også presentere sin vurdering av foretakets mulige overtredelse, slik at foretaket effektivt skal kunne utforme et forliksinnlegg. Tilsvarende forpliktelse hviler på Europakommisjonen etter artikkel 10a(2) første ledd bokstav (a) i forordning 773/2004 (gjennomføringsforordningen). Advokatforeningen foreslår derfor at den aktuelle passusen endres til «*[...] der Konkurransetilsynet presenterer saken, bevisene i tilsynets besittelse og tilsynets foreløpige vurdering av den mulige overtredelsen, og informerer [...]*».
- I forbindelse med et forliksmøte bør foretakene også kunne gis tilgang til relevante dokumenter i saken, tilsvarende artikkel 10a(2) første ledd bokstav (c) i gjennomføringsforordningen. Etter Advokatforeningens syn bør foretakene normalt kunne få tilgang til sakens sentrale dokumenter etter konkurranseloven § 26 andre ledd i løpet av forliksdraftingene, da Konkurransetilsynet ved invitasjon til forliksdraftinger bør ha kommet så langt i etterforskningen at hensynet til etterforskningen ikke lenger tilsier at sakens dokumenter unntas fra innsyn for de som etterforskes. Advokatforeningen viser likevel til at det erfaringsmessig er vanskelig for de etterforskede å få innsyn i sakens dokumenter, og anbefaler derfor at foretakenes rett til innsyn i sakens dokumenter i en forliksprosedyre presiseres nærmere.
- Advokatforeningen er usikker på om det er hensiktsmessig å vise til kun «*forliksmøte*» i en ny § 29a, da det kan antyde at det kun vil være ett slikt møte. Det kan ikke utelukkes at det i mange saker vil være behov for en løpende dialog i en periode før et forliksinnlegg. Etter Advokatforeningens syn bør en derfor vurdere å erstatte begrepet «*forliksmøte*» med «*forliksdraftinger*» eller annet hensiktsmessig begrep.
- Departementets forslag inneholder ingen forpliktelse om konfidensialitet for foretak som mottar informasjon fra Konkurransetilsynet i et forliksmøte. I EUs regler gjelder et krav om konfidensialitet for foretak som deltar i forliksdraftinger (jf. Art. 10a(2) i gjennomføringsforordningen). Etter Advokatforeningens syn bør det vurderes om Konkurransetilsynet skal kunne stille et tilsvarende krav, blant annet av hensyn til å sikre den nødvendige grad av fortrolighet mellom Konkurransetilsynet og det enkelte foretak i forliksdraftingene.
- Etter Advokatforeningens syn bør ikke fristen for et forliksinnlegg være absolutt i loven. Utarbeidelse av et forliksinnlegg kan innebære et betydelig arbeid for foretaket og de interne prosessene frem til formell fremleggelse av et slikt innlegg kan også ta noe tid. Konkurransetilsynet bør derfor kunne sette en frist lenger enn 15 virkedager i den enkelte sak og kunne gi utsettelse av denne fristen. Uansett er 15 virkedager kort. Advokatforeningen foreslår derfor at fristen settes til «*minst 15 virkedager*». Videre bør det være en forutsetning for at en slik frist

skal løpe at foretaket er gitt tilstrekkelig redegjørelse for saken etter første ledd og er gitt nødvendig innsyn i sakens dokumenter etter § 26 andre ledd.

- I forslaget til ny § 29a andre ledd heter det avslutningsvis at foretaket i et forliksinnlegg må bekrefte ønsket om forlik «*med de begrensningene dette har for kravene til Konkurransetilsynets utrednings- og begrunnelsesplikt.*» Det fremstår som uklart hvilke begrensninger i utrednings- og begrunnelsesplikten departementet her viser til. Det vises til at vedtak om overtredelsesgebyr iht. forslaget skal følge de ordinære sanksjonsbestemmelsene, og departementet skriver i høringsbrevet at slike vedtak vil være gjenstand for ordinær domstolskontroll. Advokatforeningen anbefaler derfor at denne passusen fjernes fra bestemmelsen (slik at forslaget til ny § 29a andre ledd andre punktum slutter med ordet «*kartellforlik*»).
- Reduksjonen i bøtesats ved kartellforlik bør være fast og på 10 %. Det vises til at tilsvarende er nedfelt i Kommisjonens retningslinjer for kartellforlik (avsnitt 32). Advokatforeningen foreslår derfor at ordlyden i forslaget til ny § 29a fjerde ledd endres slik at dette ikke lenger fremstår som en kan-bestemmelse. F.eks. kan ordlyden endres til: «*Ved inngåelse av kartellforlik etter denne bestemmelsen reduseres overtredelsesgebyr etter § 29 med 10 %.*»
- Advokatforeningen ber departementet klargjøre hvilken grad av forpliktelse det skal ligge i inngivelse av et forliksinnlegg. Spørsmålet er om foretaket skal ha adgang til å «hoppe av» etter et slikt innlegg, selv om Konkurransetilsynet i et forhåndsvarsel etter forslagets tredje ledd kun bekrefter de opplysninger som allerede er gitt av tilsynet og gjennom foretakets forliksinnlegg. I drøftelsen i høringsbrevet benyttes begrepet «*binder seg til*» formodentlig om inngivelse av et forliksinnlegg, mens det i utkastet til ny § 29a sjette ledd klart fremgår at foretaket etter et etterfølgende forhåndsvarsel kan velge den ordinære ruten. Advokatforeningen støtter at foretakene ikke bør forplikte seg til forlik før etter et forhåndsvarsel.
- Etter Advokatforeningens syn bør det være klart at et forliksinnlegg uansett ikke vil kunne benyttes som bevis dersom en ikke kommer frem til forlik – uansett årsak. Advokatforeningen foreslår derfor at forslagets sjette ledd annet punktum flyttes til et eget avsnitt (nytt syvende ledd), og ikke i konteksten av at foretaket velger ikke å inngå et forlik.

Advokatforeningen støtter forslaget til endring i konkurranseloven § 27

3.6 *Presiseringer i bestemmelsen om delvis lempning av overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurranseloven § 10, utkastet § 31 annet ledd*

Advokatforeningen støtter hensikten med innføring av markørordning for delvis lempning og tydeliggjøring av samarbeidsplikten.

Med departementets forslag innføres imidlertid også en innsnevring i muligheten for delvis lempning som ikke er omtalt i høringsnotatet, ved at også § 30 første ledd bokstav d (om at lempning kun gjelder for foretak som ikke har «*søkt å tvinge andre foretak til å delta i overtredelsen*») gjøres gjeldende. Advokatforeningen mener at selv om det ikke er ønskelig å gi slike foretak full lempning, bør også foretak i en slik situasjon kunne gis motiv til å legge frem bevis og dermed kunne oppnå delvis lempning.

Videre viser Advokatforeningen til at innføring av henvisning til § 30 første ledd bokstav c som foreslått sammen med gjeldende § 31 første ledd bokstav b innebærer at en får to bestemmelser med krav om opphør av overtredelsen for foretak som søker delvis lempning og at disse har et noe ulikt innhold. Advokatforeningen mener den beste løsningen vil være å fjerne den gjeldende bestemmelsen i § 31 første ledd bokstav b og beholde forslaget om henvisning til § 30 første ledd bokstav c.

Advokatforeningen foreslår derfor at § 31 første ledd bokstav b i gjeldende lov fjernes (med de nødvendige redaksjonelle justeringer) og at nytt andre ledd i § 31 får følgende ordlyd:

«§ 30 første ledd bokstav b og c og annet ledd gjelder tilsvarende»

3.7 Foreldelsesfrist for ESAs vedtak etter EØS-avtalen artikkel 53 og 54, utkastet § 34

Advokatforeningen har ingen motforestillinger mot at det innføres tilsvarende foreldelsesfrister for krav som springer ut av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Dette sikrer konsistens i regelverket. Forslaget bryter imidlertid med det klare skillet i konkurranselovgivningen der konkurranseloven omhandler de nasjonale konkurransereglene, mens EØS-konkurranseloven omhandler gjennomføringen av EØS-avtalens konkurranseregler i Norge. Derfor bør særskilte regler om foreldelse av krav som springer ut fra EØS-avtalen artikkel 53 og 54, legges til EØS-konkurranseloven.

3.8 Forskriftsendringer

Advokatforeningen oppfatter de presenterte forskriftsendringene som mest tekniske og har ingen vesentlige kommentarer til dette. Advokatforeningen er enig i at markedsandelstersklene i meldepliktforordningen § 3 bør endres i tråd med endringene i lovens § 18a.

Hva gjelder enhetlig begrepsbruk, bemerker Advokatforeningen at det også i loven er benyttet ulike begreper på det som må antas å være det samme fenomen. Se merknadene over om betegnelser på markeder der partene har overlappende virksomhet. I høringsnotatet vises det også til ulike begreper for når en melding er «fullstendig». Også i lovteksten benyttes noe ulike begreper, da det i § 18 syvende ledd snakkes om når en melding er «fullstendig», mens det i § 20 flere steder vises til når en melding er «mottatt». En harmonisering av begrepsbruken tilsier at en i § 18 syvende ledd også bør vise til at en melding «anses som mottatt» når de angitte krav er oppfylt.

Vedrørende pålegg om melding etter forenklet melding (jf. meldepliktforordningen § 4 tredje ledd), bør det etter Advokatforeningens syn være tydelig at Konkurransetilsynets frister etter lovens § 20 ikke begynner å løpe på nytt etter et pålegg om melding, men at fristene suspenderes ved et pålegg om melding og løper videre når denne anses som mottatt.

4. Oppsummering

Som det fremgår av det ovenstående støtter Advokatforeningen i det alt vesentlige departementets forslag til lovendringer. De viktigste endringene er innføring av ordning for kartellforlik og endring i inngrepsvilkårene for foretakssammenslutninger. Dette vil føre til en ytterligere harmonisering og effektivisering av håndhevingen. Disse endringene støttes. Likeså støtter Advokatforeningen forslag om heving av terskelverdier for innholds krav i melding. Advokatforeningen har imidlertid på flere punkter pekt på mulige justeringer og forbedringer av forslaget til lovendringer. Det er også pekt på enkelte andre bestemmelser i loven med forslag til mindre justeringer og forbedringer. Disse forslagene har som hovedhensikt å gjøre lovteksten klarere, og innebærer i liten grad realitetsendringer. Advokatforeningen oppfordrer departementet til å vurdere disse forslagene nøye i det videre arbeidet.

Vennlig hilsen

Erik Keiserud
leder

Merete Smith
generalsekretær

Saksbehandler: Trude Molvik
tm@advokatforeningen.no