

Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet  
Postboks 8004 Dep  
0030 Oslo

Også sendt pr. e-post til [postmottak@fad.dep.no](mailto:postmottak@fad.dep.no)

Deres ref: 10/3609

Vår ref: #117255v1/th

Saksbehandler: Trude Hafslund

07.07.2011

th@advokatforeningen.no

T +47 22 03 50 61

## **Høringsuttalelse – Forslag til endringer i forskrift 22. august 2005 nr. 909 om utmåling og lemping av overtredelsesgebyr**

### **I. Innledning**

Vi viser til departementets høringsbrev av 29. mars 2011 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 sonderer 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 Falck (leder), Kathinka Mahieu, Stein Ove Solberg og Monica Syrdal

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

### **II. Forslagets innhold**

I høringsbrevet forelås endringer i lempnings- og utmålingsforskriften § 3. Konkurranseloven § 29 angir ”foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet” som de tre sentrale kriteriene for utmålingen av overtredelsesgebyr. Dette gjentas i forskriftens § 3 første ledd som ikke foreslås endret og gjelder for alle typer materielle og prosessuelle overtredelser nevnt i konkurranseloven § 29.

Departementet foreslår endringer i reglene for vurderingen av overtredelsens grovhet (nytt annet ledd), særlige bestemmelser for overtredelser av konkurranseloven §§ 10 og 11 (nytt tredje til femte ledd), skjerpene og formidlende omstendigheter (nytt sjette ledd) og manglende betalingsevne (nytt syvende ledd).

### **III. Forslagets begrunnelse**

#### **Preventive hensyn – økt bøtenivå**

Formålet departementet fremhever er å øke den preventive effekten av overtredelsesgebyr gjennom en skjerpning av nivået i overensstemmelse med praksis i EU/EØS.

For overtredelser av konkurranselovens §§ 10 og 11 er Advokatforeningen i tvil om det er grunnlag for å slå fast at bøtenivået er lavere i Norge enn i EU. En slik konklusjon må baseres på en sammenligning av relevante faktorer som for eksempel det berørte markedes størrelse og foretakenes relevante omsetning. Slike elementer er knapt belyst i Konkurransetilsynet vedtak. En studie av bøtenivået i Norge og EU viser ratioen mellom overtredelsesgebyret og foretakets totale omsetning, uten at det grunnlag for å påvise noe vesentlig avvik.<sup>1</sup>

Utenom konkurranseloven §§ 10 og 11 er Advokatforeningen enig i at bøtenivået i Norge har vært for lavt i et preventivt perspektiv. Det praktisk viktige er brudd på gjennomføringsforbudet, der nivået i Norge har vært vesentlig lavere enn i EU.

Advokatforeningen mener dagens regler har enkelte andre svakheter som de foreslåtte endringer ikke vil rette opp.

### **IV. Andre grunnleggende hensyn**

#### **Hensynene til forutberegnelighet og transparens**

Et hovedproblem i dag er etter Advokatforeningens syn at gjeldende forskrift har ledet til lite gjennomiktig utmåling og for liten forutberegnelighet. Dette har sammenheng med at nåværende § 3 åpner for stor grad av skjønn.

Manglende forutberegnelighet kan ikke utelukkende tilskrives nåværende § 3. Sammenholdt med merknadene til forskriften kunne bestemmelsen gitt grunnlag for en strukturert utmålingspraksis og transparent redegjørelse for hvordan tilsynet har kommet frem til beløpet, utover en henvisning til de relevante momentene.

Advokatforeningen mener forutsigbarhet for foretakene bør være en selvstendig målsetning for endringer forskriften. Dette har også en side mot prinsippet om likebehandling, som forutsetter en viss transparens i utmålingen.

For overtredelser av konkurranseloven §§ 10 og 11 er de foreslåtte bestemmelsene i forskriftens § 3 tredje til femte ledd egnet til å vesentlig forbedre forutsigbarhet og transparens.

Selv med de foreslåtte endringene kan forutsigbarheten og transparensen bli mangelfull på enkelte områder. Dette gjelder blant annet vekten av momentene i sjette ledd, samt andre

---

<sup>1</sup> Se Harald Evensen i NHO, Konkurranseloven fem år, erfaringer og reformbehov (2009).

overtredelser enn av §§ 10 og 11 der harmonisering med bøtenivået i EU ikke er nevnt i høringsbrevet. At endringene for overtredelser av konkurranseloven §§ 10 og 11 tar sikte på en ”tilnærming” til Kommisjonens retningslinjer om bøter og de tilsvarende retningslinjene fra EFTAs overvåkingsorgan, men ikke full harmonisering bidrar også til en viss usikkerhet.

Advokatforeningen anbefaler at det i merknadene inntas tekst som legger opp til at Konkurransetilsynet kvantifiserer hvordan de momenter som tillegges vekt slår ut, også utover det som fremgår av de foreslåtte endringene i forskriftens annet til fjerde ledd.

Hvor langt utmålingsprinsippene tenkes harmonisert med EU-praksis er ikke klart. Dette reiser spørsmål om relevans og vekt av Kommisjonens retningslinjer og EU-praksis, og åpner for tvil i praksis og større skjønnsfrihet fra Konkurransetilsynet, uten at det er lett å se fordelene ved dette. Advokatforeningen mener det ville vært klargjørende med en presisering og klarere stillingtagen.

## **V. Kommentarer til de enkelte forslagene**

### **(i) Bestemmelsens struktur og anvendelsesområde**

Slik Advokatforeningen leser departementets forslag til § 3 skal annet og sjette ledd gjelde for samtlige av de materielle og prosessuelle overtredelsene som listes konkurranseloven § 29, inkludert konkurranseloven §§ 10 og 11. Tredje til femte ledd skal kun gjelde for overtredelser av konkurranseloven §§ 10 og 11. For slike overtredelser gjelder annet og sjette ledd i tillegg.

Ovenstående kan med fordel presiseres bedre i merknadene for å skape klarhet.

### **(ii) Andre overtredelser enn konkurranseloven §§ 10 og 11 - forslag til § 3 nytt andre ledd**

Forslagets § 3 andre ledd favner en rekke svært ulike overtredelser av materiell og prosessuell art.

For alle andre overtredelser enn konkurranseloven §§ 10 og 11 vil utmålingen reguleres uttømmende av andre og sjette ledd. Kommisjonens retningslinjer om bøter gjelder ikke for denne typen overtredelser.

Dette gjelder både overtredelser der maksimalt overtredelsesgebyr er én prosent av foretakets omsetning, og overtredelser med et tak på 10 prosent av foretakets omsetning, jf forskriftens § 2 første og annet ledd.

Der utmålingen reguleres uttømmende av annet og sjette ledd og taket er 10 prosent av foretakets omsetning gir første og sjette ledd begrenset forutberegnelighet for foretakene. Med slike potensielle bøtenivåer er det uheldig.

Forutberegnelighet kan antakelig ikke sikres gjennom Konkurransetilsynets praksis. For en rekke former for overtredelser fattes vedtak sjeldent. Konkurransetilsynets praksis med å ikke angi de enkelte momenters betydning i utmålingen vil kunne videreføres med de foreslåtte endringene.

Dette reiser spørsmålet om en øking av bøtenivået er tiltenkt også for slike overtredelser, basert på prevensjonshensynet.

Bøtenivået avviker i dag på enkelte områder betydelig fra EU-praksis, uten at dette avklares for fremtiden med departementets forslag. Som eksempel kan nevnes at ved brudd på plikten til å

melde foretakssammenslutninger etter konkurranseloven § 18 første ledd, har Konkurransetilsynets ilagt vesentlig lavere overtredelsesgebyr enn Kommisjonen. Advokatforeningen mener hensynene til harmonisering og prevensjon tilsier en endring og klargjøring av bøtenivået i slike saker.

(iii) Forslag til § 3 nytt tredje ledd

Under gjeldende regulering har det versert uklarhet med hensyn til hvilken omsetning det tas utgangspunkt i ved bøteutmåling ved overtredelser av konkurranseloven §§ 10 og 11. Advokatforeningen er positiv til at reguleringen avklarer hva som er den relevante omsetning og til en harmonisering med Kommisjonens retningslinjer på dette punkt.

Det er "omsetningsverdien av foretakets varer og tjenester" som er utgangspunktet og hvor grensen går for hvilke selskap som inngår i foretaket har dermed stor praktisk betydning. Spørsmålet oppstår når det selskap som har overtrådt konkurranseloven §§ 10 eller 11 inngår i et konsern eller kontrolleres av et annet uten å tilhøre samme konsern. Beløpsmessig kan det gjøre store utslag om andre selskap enn det som står for overtredelsen regnes med. I merknadene henvises til EU/EØS-retten på dette punkt. Advokatforeningen mener det vil være en fordel om det i merknadene kan presiseres hva som skal til for at morselskap anses for å være overtrederen. En åpen henvisning til EU/EØS-retten på dette punkt bidrar riktignok til harmonisering, men på bekostning av forutsigbarhet.

I siste setning heter det: "Avhengig av overtredelsens grovhet kan det tas utgangspunkt i et beløp på inntil 30 prosent av omsetningsverdien fastsatt etter første punktum." Advokatforeningen mener det vil være klargjørende å presisere at overtredelsens grovhet skal vurderes etter annet ledd. Dette kan gjøres med følgende justering av ordlyden:

"Avhengig av overtredelsens grovhet vurdert etter første ledd kan det tas utgangspunkt i et beløp på inntil 30 prosent av omsetningsverdien fastsatt etter første punktum."

## **VI. Avslutning**

Advokatforeningen er positiv til en harmonisering med EU/EØS ved overtredelser av konkurranseloven §§ 10 og 11, men primært fordi det antas å øke forutsigbarheten. Advokatforeningen er derimot i tvil om det er grunnlag for å slå fast at bøtenivået for slike overtredelser har vært lavere i Norge enn i EU/EØS.

For andre overtredelser, der det finnes eksempler på at bøtenivået i Norge har vært vesentlig lavere enn i EU/EØS, tar ikke forskriftsendringen sikte på en harmonisering. Hvorvidt endringene er ment å føre til økt bøtenivå for slike overtredelser er derfor usikkert, og denne usikkerheten er uheldig. Utenom brudd på gjennomføringsforbudet antas dette likevel å ha begrenset praktisk betydning.

Vennlig hilsen

Merete Smith  
generalsekretær