



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

Oslo, 16. mai 2012

E-post: Thea.Skaug@adeb.no
TSK/tsk 4337892.2
115082 /54724

Sendes også per e-post:
postmottak@fad.dep.no

Deres ref. 12/441

HØRINGSUTTALELSE TIL NOU 2012: 7 MER EFFEKTIV KONKURRANSELOV

1 INNLEDNING

Arntzen de Besche Advokatfirma (AdeB) viser til departementets høringsbrev av 22. februar 2012. Høringsfristen er 16. mai 2012.

AdeB er i hovedsak positiv til Konkurranselovutvalgets forslag som bidrar til å effektivisere konkurranseloven, og særlig endringene som styrker næringslivets rettigheter i forhold til Konkurransetilsynet og som fører til forenkling for næringslivet. Forslagene er i stor grad hentet fra EU/EØS-retten, og harmonisering av regelverket er en fordel for både norske bedrifter og utenlandske bedrifter med virksomhet i Norge. Nedenfor følger våre nærmere kommentarer til forslagene.

2 FORMÅLSPARAGRAFEN

Utvalget har vurdert behovet for endringer og avklaring av lovens formålsbestemmelse og drøfter dette både generelt (kapittel 3) og særskilt i relasjon til fusjonskontrollen (kapittel 8).

Som utvalget mener AdeB at forbrukertillegget i § 1 annet ledd ikke skaper særlige problemer ved tolkningen av § 10 og § 11 ettersom forbrukernes interesser her er ivaretatt direkte i forbudenes ordlyd, og at ivaretagelse av forbrukernes interesser også følger av harmoniseringshensynet. Spørsmålet om lovens formål også skal ivareta forbrukerinteresser er derfor av størst interesse ved fastlegging av vilkårene for inngrep mot foretakssammenslutninger i loven § 16.

AdeB oppfatter det slik at lovgivers intensjon var å gi § 1 annet ledd materiell betydning ved anvendelsen av reglene om fusjonskontroll i loven § 16, selv om dette spørsmålet har vært diskutert i etterkant av lovens tilblivelse. Det vises til utvalgets redegjørelse for dette på side 111 flg. I den forbindelse kan det vises til debatten i Odelstinget den 26. februar 2004, hvor daværende statsråd Victor Norman uttalte i

sin orientering til komiteens medlemmer at ”noen ganger - fusjoner kan være ett eksempel - vil begrensninger i konkurransen føre til at forbrukerne taper, mens de involverte bedriftene tjener. I slike situasjoner må tillegget til formålsbestemmelsen forstås dit hen at det skal påvirke skjønnsutøvelsen etter loven, slik at forbrukernes tap blir tillagt større vekt enn gevinsten for foretakene”.

Slik ble også konkurranse-loven § 16 anvendt av Konkurransetilsynet frem til departementets klagevedtak i Prior/Norgården, som førte til en endring i praksis.

AdeB mener det er uheldig at rettstilstanden på dette punkt hviler på forvaltningspraksis som avviker fra lovens ordlyd og uttalelser i lovens forarbeider. Vi er derfor positive til at utvalget nå ønsker å avklare dette ved å foreslå at det skal gjelde en konsumentvelferdsstandard også ved anvendelsen av § 16. Hensynet til klarhet og forutberegnelighet er viktig ved utforming av konkurransepolitikken på fusjonskontrollens område. Når utvalget nå foreslår å stramme inn konkurransepolitikken ved å signalisere overgang til en konsumentvelferdsstandard mener AdeB at dette bør fremgå direkte av lovens ordlyd i § 16.

Utvalget legger imidlertid til grunn at det vil være tilstrekkelig at det fremkommer av lovforarbeidene at det skal gjelde en konsumentvelferdsstandard i fusjonskontrollen, og at det bør utvises forsiktighet med å fravike ytterligere fra ordlyden i EU/EØS-reglene når reglene materielt sett skal forstås på samme måte. Så lenge utvalget er klare på at inngrepskriteriet i EU/EØS nettopp inneholder en konsumentvelferdsstandard og utvalget foreslår en harmonisering av det materielle inngrepskriteriet med EU/EØS-retten, kan vi ikke se at det vil skape problemer med harmoniserings-hensynet eller for lovens brukere at dette også fremgår direkte i loven. Ikke minst er dette viktig når, som utvalget er inne på, lovens velferdsstandard får konkret betydning for hvilke fusjoner og oppkjøp som kan klareres.

Dersom departementet ikke velger å følge utvalget på dette punkt, mener vi av hensyn til klarhet og forutberegnelighet at forbrukertillegget i § 1 annet ledd må fjernes fra loven.

3 FUSJONSREGLENE

3.1 Generelt

AdeB stiller seg positiv til de fleste av utvalgets forslag til endringer i konkurranse-loven kapittel 4 om kontroll med foretakssammenslutninger mv. Dette gjelder blant annet harmonisering av inngrepskriteriet med EUs fusjonskontrollforordning, at Konkurransetilsynet må begrunne såkalte 25-dagersvarsler samt opphevelse av nåværende § 16 fjerde ledd.

3.2 Omsetningsterskler for meldeplikt

Når det gjelder fastsettelse av omsetningstersklene for meldeplikt, må det foretas en avveining av byrdene for næringslivet på den ene side opp mot Konkurransetilsynets behov for å få informasjon om foretakssammenslutninger på den annen side. Det må også tas hensyn til at utvalget synes å legge opp til at Konkurransetilsynet skal beholde sin inngrepskompetanse under disse terskelverdiene, se nærmere i punkt 3.3 nedenfor.

AdeB er enig med utvalget i at omsetningstersklene for meldeplikt bør heves vesentlig, men vi mener at forslaget går for langt. Etter vårt skjønn vil henholdsvis NOK 500 mill. og NOK 50 mill. være et mer egnet nivå for meldeplikten.

3.3 Inngrepskompetanse under omsetningstersklene

Utvalgets forslag synes å legge til grunn at Konkurransetilsynet skal beholde sin kompetanse til å gripe inn mot ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger, dvs. der ovennevnte omsetningsterskler ikke er oppfylt. Dette er en videreføring av gjeldende rett, men vi antar at dette vil bli langt mer aktuelt dersom terskelverdiene heves vesentlig slik utvalget foreslår. AdeB mener at det fremlagte lovforslaget ikke godt nok ivaretar fusjonspartenes behov for forutberegnelighet og avklaring i slike tilfeller.

For det første bør det i loven settes en kort frist for Konkurransetilsynets evt. pålegg om melding av ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger. Tre måneder, som er foreslått for minoritetsserverv, er etter vårt skjønn for lang frist.

For det andre bør Konkurransetilsynet bare kunne pålegge melding av ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger dersom det er rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes eller det er andre særlige hensyn som tilsier at tilsynet undersøker saken nærmere. Ved slike pålegg bør Konkurransetilsynet være forpliktet til å forklare hvorfor det er rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes, alternativt hvilke andre særlige hensyn som tilsier at tilsynet undersøker saken nærmere.

For det tredje bør det – som for minoritetsserverv – være anledning for partene i ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger til å sende frivillig melding til Konkurransetilsynet for å avklare om det er aktuelt med inngrep.

3.4 Forholdsmessighet ved fusjonsvedtak

Slik vi forstår utvalget, legges det opp til at Konkurransetilsynet ikke lenger skal være forpliktet til på eget initiativ å vurdere om de konkurransebegrensende virkningene av en foretakssammenslutning kan forhindres ved mindre inngripende vedtak enn forbud. Godkjenning av en foretakssammenslutning på vilkår skal bare

være aktuelt dersom partene foreslår slike vilkår (avhjelpende tiltak). Dette vil i realiteten innebære en oppheving av forholdsmessighetsprinsippet ved foretakssammenslutninger.

Forholdsmessighetsprinsippet er sentralt i norsk forvaltningsrett. Også for inngrep mot foretakssammenslutninger gjelder i dag at slike inngrep ikke skal gå lenger enn det som er nødvendig for å oppnå formålet med inngrepet, dvs. å forhindre at foretakssammenslutningen vesentlig begrenser konkurransen. Dette innebærer at Konkurransetilsynet i dag ikke kan forby en foretakssammenslutning dersom en vesentlig konkurransebegrensning kan hindres ved å godkjenne transaksjonen på vilkår. Slike vilkår kan være strukturelle (pålegg om å avhende virksomhet) eller atferdsregulerende.

Bakgrunnen for utvalgets forslag synes å være et ønske om å effektivisere ordningen med avhjelpende tiltak. Vi er enige i at hensynet til vedtakets forholdsmessighet må avveies mot systemeffektivitet, men mener klart at dette forslaget går for langt. Konkurransetilsynet må også i fortsettelsen være forpliktet til å løse saken på minst inngripende måte, uavhengig av hva partene evt. foreslår av vilkår (avhjelpende tiltak).

3.5 Offentlighet i fusjonssaker

Utvalget foreslår særregler vedrørende innsyn i fusjonssaker. AdeB er skeptisk til slike særregler, og mener prinsipalt at offentleglovas regler må gjelde fullt ut også i fusjonssaker. Vi kan ikke se relevante hensyn som skiller Konkurransetilsynets byrder i denne sammenheng fra andre offentlige organers plikter i tilknytning til taushetsplikt og offentlighet.

Subsidiært mener vi at særregelen med snudd bevisbyrde må begrenses til kun å gjelde for selve meldingen i henhold til § 18. Det er vårt inntrykk at det er offentlighetsvurderinger av meldinger som er særlig ressurskrevende for Konkurransetilsynet. En slik mellomløsning vil spare partene mye arbeid i tilknytning til andre dokumenter som sendes til Konkurransetilsynet i fusjonssaker. I omfattende fusjonssaker vil dette normalt dreie seg om betydelige dokumentmengder. Det vil trolig også øke dokumenttilfanget fra tredjeparter dersom disse slipper å forhåndsvurdere hvorvidt det innsendte materialet inneholder forretningshemmeligheter.

4 INNFØRING AV BINDENDE TILSAGN

Utvalget foreslår å innføre en adgang til å treffe vedtak om bindende tilsagn i overtredelsesaker. AdeB er i utgangspunktet positiv til at adgangen til å avslutte en sak med vilkår nå formaliseres. Det er imidlertid viktig at det stilles krav til anvendelsen for å unngå at foretakene ikke føler seg presset til å påta seg forpliktelser som går lenger enn nødvendig.

For det første må det foreligge en skadehypotese, og instituttet bør kun anvendes der det er relativt klart at det foreligger en overtredelse av forbudsbestemmelsene. I utkast til lovtekst § 12 tredje ledd heter det at vedtak om bindende tilsagn kun skal være aktuelt dersom følgende to vilkår er oppfylt: *«Konkurransetilsynet har til hensikt å fatte vedtak etter § 12 første ledd, og de involverte foretakene avgir tilsagn om avhjelpende tiltak»*.

At bestemmelsen kun kan benyttes der tilsynet har til *hensikt* på påby opphør, må etter vår vurdering bety at tilsynet må vurdere om det kan foreligge en overtredelse. En naturlig forståelse av «hensikt» er at det stilles strengere krav enn for eksempel *«rimelig grunn til å anta at det foreligger en overtredelse»*. Det bør også være helt klart at vilkårene er kumulative og at tilsynet ikke kan unnlate å gjøre en rettslig vurdering av forbudsbestemmelsene selv om partene tilbyr tiltak. I motsatt fall vil det kunne være en fare for at instituttet brukes til å presse frem vilkår også der atferden ikke er forbudt. Etter vår vurdering fremgår ikke dette helt klart av forarbeidene, og departementet bør derfor vurdere å kommentere dette særskilt i lovproposisjonen.

I utkast til lovtekst heter det at tilsynet skal gi en *«foreløpig orientering om saken»*. Dette er en vag ordlyd, og det bør presiseres nærmere i forarbeidene hva tilsynets plikter å orientere om. Av samme grunn som over, bør det stilles krav til at tilsynet foretar en konkret rettslig vurdering opp mot forbudsbestemmelsene. Rettssikkerhetshensyn tilsier at tilsynet bør forpliktes til å gi en foreløpig vurdering før partene foreslår endelige tiltak. Forholdet til *«foreløpig vurdering»* i femte ledd bør også avklares.

Om det ikke tas direkte inn i loven, bør det videre presiseres i forarbeidene at bestemmelsen ikke er ment å gjøre unntak fra det generelle forvaltningsrettslige prinsippet om forholdsmessighet. For å unngå tiltak som går lenger enn nødvendig, bør tilsynet klart identifisere hva som kan være konkurransebegrensende og forbudt, se ovenfor, og veilede partene tett ved utformingen av tiltakene.

Forslaget bygger på tilsvarende bestemmelser i EU. Vi kan imidlertid ikke se at det legges opp til markedstesting av tiltak slik kravet er i Rfo. 1/2003 artikkel 27 nr. 4. Hensynet til sakens opplysning og unntaket fra den alminnelige forvaltningsprosessen ved enkeltvedtak, tilsier at tiltakene bør sendes på høring før de vedtas.

Endelig er det foreslått at tilsagnsvedtakene kan omgjøres i nærmere bestemte tilfeller. I alle tilfeller er det opp til Konkurransetilsynets skjønn om vedtaket kan omgjøres, ref *«kan»*. I forhold til alternativet i forslagets § 12 fjerde ledd bokstav d (faktum forandres vesentlig), vil *«kan»*-skjønnnet her kunne sette foretakene i en vanskelig situasjon, og det bør vurderes om bestemmelsen i forhold til dette alternativ bør endres slik at tilsynet etter anmodning fra parten har en *plikt* til å omgjøre vedtaket om vilkårene i bokstav a er oppfylt.

5 KONTRADIKSJON VED SAKSBEHANDLINGEN I OVERTREDELSES- SAKER

Utvalget har vurdert om det er behov for å sikre partene bedre kontradiksjon under saksbehandlingen av overtredelsessaker.

AdeB mener at det er behov for endringer på dette punktet. I dag er saksbehandlingen i overtredelsessaker ofte preget av lite åpenhet og dialog fra tilsynets side. Hensynet til at foretaket skal kunne ivareta sitt eget forsvar og bidra til en konstruktiv etterforskning, tilsier at foretakene på et tidlig stadium får opplysninger om tilsynets skadehypotese.

Vi støtter derfor utvalgets forslag om innføring av milepælsmøter på ulike stadier av saksbehandlingen etter mønster fra EU/EØS-retten.

Utvalgets flertall mener det er mest hensiktsmessig å gjennomføre slike møter *etter* at varsel om vedtak er sendt. AdeB mener dette ikke vil være tidsnok for å nå målet om styrket kontradiksjon. For det første vil partene etter varsel allerede ha kontradiksjon gjennom sin rett til å kommentere på vedtaket etter forvaltningslovens regler. For det annet må formålet med et slikt møte være å gi foretaket opplysninger om tilsynets skadehypotese. Tilsynets utredning av saken skjer i hovedsak forut for begrunnet varsel. Møtes tilsynet og partene forut for ferdigstilling av varsel om vedtak vil partene kunne korrigere og oppklare tilsynets skadehypotese og gi ytterligere opplysninger. Dette vil gi tilsynet et bedre beslutningsgrunnlag både med hensyn til skadehypotesen og om varsel om vedtak skal sendes i saken.

Utvalgets mindretall (Sundet) foreslår en ordning med formelle høringer. AdeB støtter ikke dette og mener flertallets forslag med innføring av fast definerte milepælsmøter vil være tilstrekkelig for at partene på en hensiktsmessig måte kan få fremmet sitt syn og ivaretatt sine interesser. AdeB mener at dersom en slik ordning som foreslått av utvalgets mindretall skal innføres, må det skje gjennom en omorganisering av tilsynsmyndighetene ved at slike høringer skjer i en særskilt oppnevnt nemd eller utvalg som er organisatorisk atskilt fra tilsynet, eksempelvis slik ordningen er i Danmark. Dette har ligget utenfor utvalgets mandat å drøfte.

I motsetning til utvalget mener AdeB at det ikke vil være tilstrekkelig at parter rett til milepælsmøter inntas i generelle retningslinjer laget av tilsynet. Det vil være uheldig om tilsynet ensidig skal kunne fastsette og endre retningslinjer som er ment å gi partenes kontradiktoriske rettigheter etter forvaltningslovens system. Etter AdeBs vurdering bør dette derfor vedtas ved forskriftsform, eventuelt direkte i loven.

6 OMVENDT SØKSMÅLSBYRDE FOR VEDTAK I OVERTREDELSESAKER

Utvalgets flertall foreslår å videreføre dagens ordning der det er opp til partene å bringe et vedtak om overtredelsesgebyr inn for domstolene. Et mindretall i utvalget foreslår imidlertid en foreleggsmodell der Konkurransetilsynet må bringe saken inn for domstolene dersom partene ikke aksepterer vedtaket innen to måneder etter at det er fattet. Vi mener at flertallets argument mot å innføre en slik ordning, som går på at det vil bli flere diskusjoner/forhandlinger om gebyrets størrelse og at dette vil sette tilsynet under unødig press, ikke er et tungtveiende argument all den tid utvalget selv foreslår en ordning hvor tilsynet og partene kan inngå bindende avtale om tilsagn fra parten i overtredelsessaker. Sett på bakgrunn av den kompleksitet slike saker har, og at ulike former for minnelige løsninger er prioritert av utvalget, sammenhold med at dette også er trenden i andre jurisdiksjoner, mener AdeB at flertallets argument ikke kan være til hinder for å innføre en stadfestelsesordning med omvendt søksmålsbyrde.

AdeB støtter derfor mindretallets forslag om et nytt 29 fjerde ledd. Overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 har pønalt karakter og anses som straff i medhold av EMK. At Konkurransetilsynet også har rett til å bruke straffeprosessuelle virkemidler i etterforskningen, taler for å legge om til et system i tråd med anklageprinsippet. I tillegg kommer at for å benytte § 29 om overtredelsesgebyr i relasjon til konkurranseloven § 10, ligger det en forutsetning om at det er begått en straffbar handling ettersom straff er en alternativ sanksjon, jf konkurranseloven § 30. Det er derfor vanskelig å se begrunnelsen for at domstolsprøving av det samme forhold skal skje med helt ulik bevisbyrde avhengig av om det er Konkurransetilsynet selv eller påtalemyndigheten som behandler sanksjonsspørsmålet.

7 STYRKING AV DOMSTOLENES KONTROLL MED KONKURRANSETILSYNETS VEDTAK

Utvalget drøfter om det bør gjøres grep for å sette norske domstoler bedre i stand til å føre kontroll med Konkurransetilsynets vedtak. Det er særlig tvistelovens bestemmelser om fagkyndige meddommere og større innslag av skriftlig saksbehandling som vurderes. Utvalget finner, hovedsakelig basert på lavt tilfang av konkurransesaker for domstolene, ikke å foreslå særregler på disse punkter.

AdeB mener, slik utvalget også peker på, at de drøftede ordninger vil kunne heve kvaliteten ved domstolsbehandling av konkurransesaker og at de enkelt kan innføres ved en særregel inntatt i konkurranseloven § 29. At sakstilfanget foreløpig har vært beskjedent - utvalget peker på ni vedtak som har vært prøvd for domstolene - bør ikke være avgjørende for hvordan fremtidige regler for dette utformes. Vi peker her på at det også er aktuelt å føre saker direkte for domstolene som ikke har vært behandlet av tilsynet, og at kompleksiteten i slike saker ikke skiller seg fra de saker utvalget peker på.

Et annet tiltak som ikke er drøftet av utvalget, men som etter AdeBs vurdering vil kunne styrke domstolsprøving av konkurransesaker, vil være en særregel om Oslo tingrett som tvungent verneting i alle saker som gjelder brudd på konkurranse-loven. En slik særregel vil gi Oslo tingrett mulighet til å bygge kompetanse i konkurranserett uten at dette krever særlige organisatoriske grep. Vi nevner at en tilsvarende ordning finnes for overprøving av Patentstyrets vedtak inntatt i varemerkeloven § 62, patentloven § 63 og designloven § 46.

Vi ber derfor departementet vurdere om en slik vernetingsbestemmelse kan være et hensiktsmessig tiltak for å styrke prøving av konkurransesaker i domstolene generelt.

8 LEMPINGSREGLER

Utvalget erkjenner at trusselen om personstraff demper insentivene til å søke om lempning. For å løse dette problemet legger lovforslaget opp til straffbortfall for foretak og ansatte der foretaket oppfyller vilkårene for full lempning. AdeB er enig i at det to-sporede sanksjonssystemet er med på å svekke lempningsinstituttet og at det er behov for en opprydning. Det foreliggende forslaget fra utvalget vil etter vår vurdering «tette hullet» og gi foretakene og ansatte tilstrekkelig trygghet for at det ikke blir ilagt sanksjoner der vilkårene for full lempning er oppfylt.

Det følger av utredningen at straffbortfallet forutsetter at *foretaket* oppfyller vilkårene for lempning. AdeB mener det er riktig at retten er avledet fra foretaket og at det ikke stilles særskilte krav til den enkelte for å oppnå lempning. Ordlyden i forslaget til ny § 33 femte ledd kan imidlertid være noe uklar med hensyn til om også personene må oppfylle vilkårene for hel lempning. Teksten bør derfor klargjøres for å unngå tvil.

Basert på erfaring fra tidligere høringsuttalelser vedrørende forslag for å løse spenningsforholdet mellom lempning og straff, kan det etter vår vurdering ikke utelukkes at enkelte høringsinstanser også er kritiske til en slik særregulering av straffebestemmelser på konkurranserettens område. Dersom det viser seg vanskelig å innføre en slik særbestemmelse, bør det vurderes å ta bort straffesporet i konkurranse-loven. At straffesanksjoner ikke er benyttet under 2004-loven, viser også at straff muligens ikke er avgjørende for en effektiv konkurranselov. Hensynet til et effektivt lempningssystem vil derfor etter vår vurdering tale for et rendyrket system med administrative bøter.

I tillegg til risikoen for straff, er det etter AdeBs erfaring flere andre forhold som kan dempe insentivene til å søke om lempning. I praksis har vi for eksempel sett at offentlige innkjøpere avviser foretak som har søkt om lempning fra en senere anbudskonkurranse. Bestemmelsen angir ingen tidsbegrensing for utestengelse, og kan således få alvorlige økonomiske konsekvenser for de foretak det gjelder. Dette vil svekke foretakets økonomiske insentiver til å søke om lempning. Vi oppfordrer derfor departementet til også å utrede sammenhengen mellom disse bestemmelsene.

En mulighet vil her kunne være å gjøre et unntak for adgangen til å avvise for de tilfeller det er søkt om eller innvilget full lempning.

9

BESLAG

Utvalget drøfter og foreslår i lovforslaget § 25 annet ledd at utgangspunktet for beslagsadgangen snus slik at tilsynet som en hovedregel ikke skal ha rett til å ta med originaldokumenter. Dette er en tilpasning til og harmonisering med EU/EØS-retten som AdeB er enig i.

Derimot er AdeB ikke enig med utvalget når det foreslås en fortsatt åpning for at originaldokumenter kan beslaglegges «når den i seg selv antas å ha særlig bevisverdi». Ifølge utvalget dreier dette seg typisk om håndskrevne dokumenter. Utvalgets begrunnelse for å innrømme tilsynet en fortsatt beslagsadgang av denne type originale dokumenter er ikke overbevisende. Hvis en vanlig kopi av et slikt dokument forringer lesbarheten av dokumentet har tilsynet anledning til å ta digitale fotografier av dokumentet, hvor det også er mulig å skalere bildet opp i størrelse for å øke lesbarheten og dermed bevisverdien.

En fortsatt adgang til å ta beslag i originale dokumenter av denne type vil etter AdeBs mening gi opphav til unødige mange avgrensingsproblemer under bevissikringen, og det vil også representere en fortsatt avvikende linje fra regelverket i EU/EØS-retten.

Når det gjelder ulike typer datalagringsmedier, viser utvalget til at det forekommer stadig utvikling av nye former for elektroniske lagringsmedier, og utvalget ser derfor et behov for en mulighet til å ta med slike lagringsmedier når speilkopiering ikke er mulig. AdeB mener et slikt behov ikke foreligger. Konkurransetilsynet har datakyndige personer til stede på bevissikringer, og vi er ikke kjent med at det finnes datalagringsmedier det ikke kan speilkopieres fra forutsatt at man er kjent med evt. kryptering eller adgangskoder. Om så skulle være, har tilsynet anledning til å be rette vedkommende om å åpne filer på det aktuelle mediet, slik at relevante utskriftkopier kan tas. Det er dessuten vanskelig å se hvordan forholdet til elektroniske lagringsmedier kan begrunne en særregel i Norge, men ikke i EU/EØS-retten.

AdeB ber derfor departementet gå inn for en full harmonisering med EU/EØS-retten når det gjelder adgangen til beslag.

Utvalget drøfter videre adgangen til databeslag og beslagets omfang. AdeB støtter utvalgets forslag om å styrke foretakenes rettigheter i tilknytning til store datakopibeslag, særlig ved retten til å være tilstede under tilsynets gjennomgang. Hensyn til bevisforbudet for beslagsfrie dokumenter som kan befinne seg i et slikt beslag tilsier at foretak innrømmes denne rettigheten.

Som utvalget er inne på, kan foretaket uavhengig av lovfesting tilby Konkurransetilsynet en liste som identifiserer dokumenter som foretaket oppfatter som beslagsfrie. AdeBs erfaring med dette er imidlertid at det er problematisk for foretaket å lage en slik liste som er fullstendig ettersom foretaket ikke selv disponerer slikt kopieringsutstyr som tilsynet benytter i speilkopieringen. Det betyr at det kan være vanskelig for foretaket å identifisere alle beslagsfrie dokumenter, som eksempelvis kan være slettet eller befinne seg på elektroniske områder med ulike former for adgangskontroll.

AdeB ber på denne bakgrunn departementet om å lovfeste foretakenes rett på kopi av speilkopibeslaget slik utvalget foreslår i ny § 25 fjerde ledd.

10 INNSYNSREGLER I ATFERDSSAKER

AdeB støtter utkast til ny § 27a om beskyttelse av kilder og lempningssøknader. Konfidensialitet og begrensninger i bruken av lempningssøknaden ved eventuelle privatrettslige krav, er en forutsetning for effektive lempningsregler.

For å unngå omgåelse av reglene, bør lempningssøkers vern etter forslagets § 27a også gå foran tvistelovens regler om dokumenter som kan provoseres fremlagt i en rettssak. I motsatt fall vil det være enkelt for foretak som ikke får innsyn hos Konkurransetilsynet å snu seg til domstolene å få innsyn i lempningsdokumentene der.

Også forslaget om anonymitet for tipsere virker fornuftig. Forslagets tredje punktum legger opp til at avgivers karakteristikk av tipset avgjør om det er å anse som et tips eller en anmodning etter § 12. Ettersom det i utgangspunktet er full innsynsrett ved § 12-anmodninger, bør det kreves at tilsynet veileder klageren/tipsere om konsekvensene av dette og aktivt avklarer hvilken type henvendelse man står overfor i det konkrete tilfellet.

11 BEVISKRAV

AdeB er enig med utvalget i at kravet til bevisets styrke skal være «klar sannsynlighetsovervekt». Vi er likevel uenig i utvalgets standpunkt om ikke å lovfeste beviskravet direkte i konkurranseloven. Det er vårt syn at beviskravet bør fremgå direkte i den aktuelle bestemmelsen.

Historisk sett har det vært uavklart hvordan beviskravet ved illeggelse av overtredelsesgebyr skal tolkes. Rettsutviklingen har imidlertid ført til at dette beviskravet nå er klart, endelig og etablert. Selv om kravet til bevisenes styrke vil fremgå av forarbeidene til konkurranseloven og sentrale domsavsigelser, vil det være mest hensiktsmessig og i tråd med forutberegnelighetshensynet å gjengi beviskravet direkte i lovteksten.

En direkte gjengivelse av beviskravet i loven vil også bidra til å markere departementets endrede syn på beviskravets styrke fra konkurranseloven av 2004 til i dag. Det vil dessuten oppleves som unødvendig og ressurskrevende å måtte se hen til rettskilder som forarbeider og rettspraksis for å definere beviskravet, all den tid lovgiver faktisk har anledning til å gjengi kravet i lovteksten – som jo er den *primære rettskilde*.

At det tradisjonelt ikke er vanlig å regulere beviskrav uttrykkelig i særlovgivning er ikke nødvendigvis et godt argument for å la være å angi beviskravet direkte i loven. Lovgiver har anledning til å fravike tradisjonell lovgivningsmetode. Det faktum at andre særlover ikke angir beviskravet, kan skyldes at beviskravets styrke på det aktuelle rettsområdet ikke er avklart enda, akkurat som det tidligere har vært på konkurranserettens område. Nå som beviskravets styrke i konkurranseretten er etablert, er ikke lovgivningsteknikken fullt ut sammenlignbar med lovgivningsteknikken i andre særlover. Følgelig er AdeB av den oppfatning at det er uheldig om lovgiver forholder seg taus vedrørende beviskravets styrke i loven. Lovgiver bør i stedet angi beviskravet direkte i loven slik at lovgivningen skaper størst mulig forutberegnelighet for markedsaktørene.

12 FORETAKETS VERN MOT SELVINKRIMINERING

AdeB er enig med utvalget i at det skal gjelde et selvinkrimineringsvern for foretak på konkurranserettens område. Prinsippet innebærer en harmonisering med EU/EØS-retten og innebærer en viktig styrking av foretaks vern.

I likhet med beviskrav, mener AdeB at selvinkrimineringsvernet for foretak under Konkurransetilsynets etterforskning bør lovfestes direkte i konkurranseloven. Vi påpeker at selvinkrimineringsvernet utgjør en endring i forhold til departementets syn i Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) s. 146 som gikk inn for at det *ikke* skulle innføres et særskilt vern for foretak. Ettersom innholdet i selvinkrimineringsvernet nå foreslås endret, er det etter vårt syn ikke tilstrekkelig å hjemle vernet alene i uttalelser fra forarbeider og nasjonal og internasjonal rettspraksis. Formuleringen i utredningen som er basert på Orkem-prinsippet bør derfor tas inn i selve lovteksten.

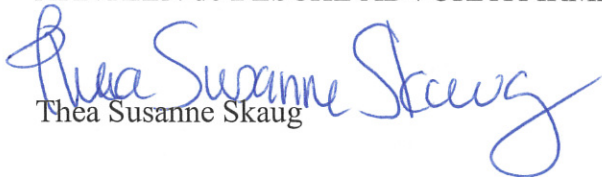
Endelig bør det avklares hva som menes med «foretak» og hvilken personkrets som faller inn under vernet. Utvalget uttaler at personkretsen som omfattes av selvinkrimineringsvernet bør begrenses til de selskapsorganer eller personer som i kraft av lov, stilling eller fullmakt lovlig kan representere foretaket. AdeB mener at *samtlige* ansatte i foretaket bør være omfattet av denne personkretsen og dermed være vernet fra å inkriminere foretaket. Det er hensynet til foretaket som er det sentrale hensynet bak vernet. I praksis vil ofte andre personer enn de som sitter i ledende og representerende stillinger ha informasjon som virker inkriminerende for foretaket, noe som tilsier at vernet også bør gjelde for disse.

Utvalget drøfter flere sider ved privat håndheving av konkurranse-loven. Et mindretall foreslår bortfall av erstatningsansvar ved hel lempning. AdeB støtter på dette punkt utvalgets flertall som ikke går inn for en slik utvidelse av lempningsinstituttet. Flertallet peker her på at en slik regel vil påvirke tredjeparters private dekningsadgang for påførte tap, samt at tendensen i utviklingen av lempningssøknader ikke tilsier at et bakenforliggende erstatningsansvar synes å hemme foretakenes incentiv til å søke lempning. AdeB er enig i dette, og legger til at selv om solidaransvaret for kartell-deltakere gir skadelidte flere alternativer, bør adgangen til å gå på en hovedmann være åpen for skadelidte selv om denne er innvilget amnesti fra offentlige sanksjoner. Etter AdeBs oppfatning bør en slik utvidelse derfor avvendes til man ser eventuelle virkninger av de øvrige forslag for lempningsinstituttet som utvalget fremmer, og at man også ser an hvordan dette vil bli håndtert i den lovgivningsprosessen som nå pågår i EU.

Utvalget foreslår en særregel om foreldelse i § 34 som innebærer at privatrettslige erstatningskrav for brudd på konkurranse-loven tidligst foreldes ett år etter at Konkurransetilsynets sak er rettskraftig avgjort. Dette vil innebære at foreldelses-fristen harmoniseres med det strafferettslige sporet. En mer praktisk konsekvens er at søksmålsfristen for erstatningskrav utvides betydelig. Skadelidte vil dermed kunne avvente endelig domstolsbehandling av tilsynets sak, og AdeB støtter en slik regel som vil legge bedre til rette for privatrettslig håndheving.

Med vennlig hilsen

ARNTZEN de BESCHE ADVOKATFIRMA AS


Thea Susanne Skaug


Per Kristian Bryng