

Fornyings,- administrasjons og
kirkedepartementet
Postboks 8004 Dep
0030 Oslo

E-post: postmottak@fad.dep.no

For: Nils Ola Widme/Nina Gørrissen

DERES REF.

VÅR REF.
2566965/4

ANSVARLIG ADVOKAT
HAAVIND

DATO
OSLO, 16. MAI 2012

HØRING - NOU 2012:7 MER EFFEKTIV KONKURRANSELOV

Vi viser til departementets høringsbrev av 22. februar 2012.

1. Innledning

Utredningen har foretatt en bred gjennomgang av konkurranseloven og de særskilte temaene som utvalget er bedt om å behandle i sitt mandat. Vi er enige med mandatet i at hensynet til harmonisering av norske regler mot EØS-avtalens konkurranseregler må veie tungt, og mener at utvalget har ivarettatt dette på en god måte i sine endringsforslag. Hensynet til konkurransereglene effektivitet må også veie tungt, men dette hensynet må alltid balanseres mot foretakenes grunnleggende behov for rettsikkerhet, noe som kan gi utfordringer ved den konkrete utformingen av regelverket.

I det følgende vil vi, på bakgrunn av våre erfaringer i praksis med dagens lov, gi enkelte kommentarer til utvalgets forslag. Kommentarene følger kapitlene i utredningen.

2. Utredningens kapittel 3 – Lovens formål

Vi mener det er positivt at utvalget presiserer at det skal legges til grunn en konsumentvelferdsstandard ved anvendelsen av de enkelte bestemmelser i konkurranseloven. Dette skaper klarhet og en ensartet velferdsstandard ved praktiseringen av alle lovens bestemmelser og en harmonisering med konkurransereglene i EØS-avtalen. Utvalget foreslår at det ikke gjøres endringer i § 1. Vi mener imidlertid at formålet burde vært rendyrket i form av en konsumentvelferdsstandard. Utvalgets forslag medfører at lovens første ledd er en overordnet formålsbestemmelse som tilsynelatende ikke skal ha innvirkning

på anvendelsen av de konkrete bestemmelsene i loven. Dette kan skape uklarheter og motstrid i tolkningen av loven.

Videre mener vi at utvalget burde benyttet anledningen til å klargjøre forbrukerbegrepet i annet ledd. I norsk språk blir en forbruker normalt oppfattet som en person som opptrer i egenskap av privatperson. Når det i annet ledd benyttes formuleringen "forbrukernes interesse" er konkurranserettsjurister klar over at det med dette menes etterspørrere av varer og tjenester, altså både private og næringsdrivende konsumenter. For vanlige brukere av konkurranseloven forbindes imidlertid "forbrukere" normalt med privatpersoner. Vi mener derfor at forbrukerbegrepet i loven bør defineres.

3. Utredningens kapittel 5 – Håndheving av § 10 og § 11 – konkurransemyndighetenes vedtakskompetanse

3.1 Tilsagn

Vi er enige med utvalget i at det bør innføres en bestemmelse om tilsagn etter modell av EU-reglene. Forslaget innebærer at Konkurransetilsynet først må gi en foreløpig orientering til de involverte foretakene om saken. Vi vil i den sammenheng understreke viktigheten av at Konkurransetilsynet har en åpen og god dialog med foretakene.

3.2 Klageadgangen etter § 12 tredje ledd

Vi er uenig med utvalget i at det ikke er grunn til å opprettholde § 12 tredje ledd. Utvalget har vist til at tredjepersoner kan ivareta sine interesser ved å bringe en sak inn for domstolene. I konkurransesaker vil ofte tredjepersoner som er berørt av konkurranseskadelig adferd oppleve at de aktuelle handlinger kan ha direkte og merkbar effekt i deres virksomhet, for eksempel i forbindelse med forretningsnektelser. De vil derfor kunne ha en sterk interesse i at saken blir grundig vurdert av konkurransemyndighetene. Det å bringe en sak inn for domstolene er som regel meget ressurskrevende, spesielt i konkurransesaker. Vi mener derfor at terskelen blir for høy dersom tredjeparter må ta rettslige skritt for å få en vurdering av saken. Det er ikke vår erfaring at konkurranseloven i noen særlig grad brukes strategisk mot konkurrenter. Vi vil dessuten anta at dagens klageordning kan ha en positiv effekt på Konkurransetilsynets saksbehandling.

4. Utredningens kapittel 6 – Sanksjoner i atferdssaker

Vi er enig med utvalget i at lempning også bør omfatte straffbortfall for foretak som oppfyller vilkårene for hel lempning. En slik utvidelse er nødvendig for å skape tilstrekkelig forutberegnelighet, slik at lempningsinstituttet kan fungere effektivt. Forutberegnelighet vil også medføre at vi som rådgivere i større grad kan anbefale foretak å søke lempning. Tilsvarende støtter vi forslaget om at lempning må omfatte nåværende og tidligere ansatte i

det aktuelle foretaket. Av hensyn til å sikre forutberegneligheten støtter vi også forslaget om at kravene til innholdet i lempningssøknadene presiseres.

Vi har ingen innvendinger mot utvalgets forslag om videreføring av Konkurransetilsynets vedtakskompetanse i saker som gjelder overtredelsesgebyr. Imidlertid støtter vi mindretallets syn når det gjelder søksmålsbyrde. Nivået på overtredelsesgebyr i konkurransesaker er svært høyt og vedtakene er derfor normalt svært inngripende for partene. Ansvar for å bringe saken inn for domstolen bør derfor ligge hos Konkurransetilsynet som har utformet vedtaket. En overføring av søksmålsbyrden til Konkurransetilsynet vil sannsynligvis også bidra til at saken får en mer grundig og objektiv behandling.

Videre støtter vi utvalgets forslag om at det bør gjelde en "klar sannsynlighetsovervekt" ved illeggelse av overtredelsesgebyr. Som påpekt ovenfor er overtredelsesgebyr i konkurransesaker normalt svært høye og dermed også svært inngripende overfor foretakene. Kravet om "klar sannsynlighetsovervekt" er også i tråd med Høyesteretts dom i TINE-saken.

5. Utredningens kapittel 7 – Prosess og etterforskning

Vi støtter utvalgets syn med hensyn til at tingrettens beslutning om bevissikring i større grad må angi hva saken gjelder. Slik situasjonen er i dag, får ikke foretaket som utsettes for bevissikring vite bakgrunnen for tilsynets kontroll, herunder hva foretaket er mistenkt for. En bevissikring er svært inngripende for den som blir utsatt for det. Når en i tillegg ikke får informasjon om hva foretaket og den enkelte er mistenkt for, oppleves det som en "Kafka-prosess". Etter vår oppfatning bør det være en selvfølge at foretakene og de enkeltpersonene som utsettes for bevissikring, får informasjon om hva det/de er mistenkt for.

Videre er vi enig i utvalgets forslag om at Konkurransetilsynet som hovedregel må nøye seg med å ta kopi av dokumenter, og ikke beslaglegge originaldokumenter uten å gi foretakene en kopi. For det første er dokumentene ofte nødvendige for foretakenes daglige virke. For det andre er det helt sentralt for foretakene å vite hva tilsynet har tatt beslag i, for å kunne forsvare seg mot senere anklager. Av samme grunn er vi enig med utvalget i at foretakene må få adgang til å være tilstede når tilsynet gjennomgår databeslag, med tanke på å identifisere dokumenter som kan kreves unntatt fra beslag.

6. Utredningens kapittel 8 – Kontroll med foretakssammenslutninger

6.1 Inngrepsvilkår

Vi mener det er positivt at utvalget ser hen til regelverk og praksis innen EU/ EØS i forbindelse med sitt forslag til endringer i konkurranseloven. En harmonisering på dette

området vil gjøre det betydelig enklere å håndtere internasjonale transaksjoner som ikke oppfyller terskelverdiene i fusjonsforordningen, men som skal meldes til konkurransemyndighetene i flere land. Også ved foretakssammenslutninger som kun skal meldes i Norge, mener vi en slik samordning av regelverkene vil være positiv.

Vi mener også det vil være hensiktsmessig å heve terskelverdiene. Dette gir Konkurransetilsynet mulighet til å bruke tid og ressurser på de foretakssammenslutningene som kan ha stor betydning for konkurransen.

6.2 Inngrepskompetanse – Avhjelpende tiltak

Vi er positive til at Konkurransetilsynets kompetanse til å vedta avhjelpende tiltak vil være begrenset til slike tiltak som partene selv foreslår. Ordningen forutsetter imidlertid at tilsynet på et tidlig stadium i saken har en åpen og konstruktiv dialog med partene. En mulig innvending mot forslaget er at tilsynet, gjennom en dialog med partene om avhjelpende tiltak, kan å søke å innføre eller gjennomføre strukturelle endringer innenfor enkelte markeder, som ellers burde vært undergitt nærmere analyse eller andre typer reguleringer.

Forslaget legger ikke opp til å lovfeste at Konkurransetilsynet skal gi en orientering til melder(ne) dersom tilsynet ikke finner at de foreslåtte tiltakene avbøter konkurranseproblemene. Etter vår oppfatning bør et prinsipp om at det skal gis slik orientering inntas i tilsynets veileder til saksbehandlingen ved kontroll med foretakssammenslutninger. En orientering og begrunnelse for tilsynets oppfatning i slike tilfeller, bør gis i løpet av fristen på 70 virkedager i forslagets § 20 fjerde ledd.

6.3 Melding

Utvalget foreslår at dagens todelte system med alminnelig og fullstendig melding erstattes av kun én melding for alle meldepliktige transaksjoner. Vi er enige i dette, forutsatt at innholdskravene til meldingen varierer avhengig av partenes markedsandel, slik utvalget også foreslår i lovens § 18. Vi støtter også utvalgets forslag om at foretakssammenslutninger som ikke er sannsynlig at reiser konkurransemessige problemstillinger, kan levere inn forenklet melding. Det er helt avgjørende at en forskriftsregulering av forenklet melding kommer på plass samtidig med de øvrige lovendringene, slik at ikke meldeplikten blir unødig byrdefull for slike uproblematisk transaksjoner.

6.4 Prosess og vedtak

Utvalgets forslag til endringer i konkurranselovens bestemmelser om saksbehandling og frister i § 20 forutsetter at Konkurransetilsynet må forutsettes å opptre betydelig mer aktivt i dialog med partene enn hva vår erfaring er at situasjonen er i dag.

I utredningen punkt 8.5.5.3 gis det uttrykk for at *"Utvalget vil [...] presisere at partene har rett til å kreve møter med tilsynet, både forut for notifikasjon og i løpet av saksbehandlingen"*. Vi er enige med utvalget i at det nærmere innhold i denne plikten samt praktiske sider ved kontakten mellom tilsynet og partene, herunder mulighet for telefon- og videokonferanse, osv., kan inntas i tilsynets veileder til saksbehandlingen ved kontroll med foretakssammenslutninger. Et sentralt element bør i tillegg være at tilsynet i slike møter og dialog, må spille en mye mer aktiv rolle enn hva tilfellet er i dag, i forhold til å tilkjenne sine (foreløpige) evalueringer og oppfatninger.

I retningslinjene for behandling av meldinger om foretakssammenslutninger mener vi det også bør understrekes at Konkurransetilsynet så tidlig som mulig i prosessen må tilkjenne dersom de har konkurransemessige bekymringer knyttet til en meldt foretakssammenslutning. På tilsvarende måte mener vi det i retningslinjene bør understrekes at tilsynet, dersom det allerede før utløpet av den første fristen på 25 virkedager blir klart at videre behandling av foretakssammenslutningen eller vedtak ikke vil bli aktuelt, skal gi melder(ne) beskjed om dette. For å legge til rette for en åpen og fortløpende dialog mellom tilsynet og partene, mener vi det bør vurderes et system hvor tilsynet innen en viss tid etter at melding er mottatt, for eksempel etter 15 virkedager, må gi melder(ne) informasjon om status i tilsynets arbeid med meldingen. Dette gjelder særlig i saker der møter mellom partene og Konkurransetilsynet i denne fasen fremstår som mindre aktuelt.

6.5 Enkelte kommentarer til noen av utvalgets forslag til lovendringer.

6.5.1 § 16 tredje ledd – Gjennomført foretakssammenslutning

Siste del av leddet har følgende ordlyd:

"[...], eller andre tiltak som er egnet til å gjenopprette situasjonen som forelå før foretakssammenslutningen ble gjennomført."

Det å gjenopprette en tidligere situasjon, kan i slike tilfeller være vanskelig i praksis. Etter vår oppfatning bør det her fokuseres på den *konkurransemessige* situasjonen, og det bør etter vår oppfatning vurderes å foreta en presisering av dette i lovteksten. En slik presisering mener vi også vil gi bedre retningslinjer for konkurransetilsynets vurderinger og vedtak i slike saker.

6.5.2 § 18a – Taushetsbelagte opplysninger

Selv om vi er enige i de prinsipper om offentlighet som fremkommer i utredningen og forslaget til ny lovbestemmelse, mener vi det er grunn for Konkurransetilsynet til å foreta en egen vurdering av hvilke opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt, selv om partene ikke har avmerket dette. I henhold til lovforslaget § 18 fjerde ledd i) skal meldingen til tilsynet bl.a. inneholde *"seneste versjon av avtalen om foretakssammenslutning med*

vedlegg". De sentrale delene av en slik avtale vil i de aller fleste tilfeller være forretningshemmeligheter for partene, og dermed omfattes av bestemmelsene om taushetsplikt i forvaltningsloven § 13.

7. Utredningens kapittel 12 – andre spørsmål

7.1 Privat håndhevelse

Vi er enige med flertallet i utvalget som mener at det ikke er grunnlag for å foreslå en regel om at det foretaket som har fått innvilget lempning ikke er forpliktet til å betale erstatning for de skadelige følgene av et kartellsamarbeid. Muligheten for skadelidte til å få erstatning vil reduseres dersom antallet parter som kan saksøkes begrenses. Vår erfaring er at det ikke er mange erstatningssøksmål i kjølvannet av kartellavsløringer, sannsynligvis fordi prosessomkostningene er høye og det generelt er utfordrende å bevise et økonomiske tap. Vi vil derfor anta at utsiktene for et erstatningssøksmål ikke avholder kartelldeltagere fra å søke lempning. Økningen i antall lempningssaker, både i Norge og ikke minst i EU, underbygger dette. Det vil dessuten stride mot manges rettsbevissthet at et foretak som allerede har vært rammet av et kartells skadegjørende handlinger, i tillegg skal få begrenset muligheten til å søke erstatning for sitt tap. Det synes mest rimelig at samfunnet fordeler byrdene med å effektivisere håndhevelsen av kartellforbudet, og ikke at dette legges på enkelte skadelidte foretak.

MED VENNLIG HILSEN
ADVOKATFIRMAET HAAVIND AS



Nina Melandsø
Advokat MNA

(n.melandso@haavind.no)