

Fornyings-, administrasjons og kirkedepartementet
Postboks 8004 Dep
0030 Oslo

Også sendt pr. e-post til postmottak@fad.dep.no

Deres ref.:

Dok. nr.: 135838

Saksbehandler: Trude Hafslund
th@advokatforeningen.no
T +47 22035061

15.05.2012

Høringsuttalelse NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov

I. INNLEDNING

Vi viser til departementets høringsbrev av 22. februar 2012 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 ulike 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 Falch (leder), Katinka Mahieu, Stein Ove Solberg og Monica Syrdal.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

II. SAKENS BAKGRUNN

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet sendte den 22. februar 2012 utredningen "Mer effektiv konkurranselov" (NOU 2012:7) på høring. I høringsbrevet ble høringsinstansene også oppfordret til å kommentere to ytterligere ordninger som ikke er nærmere drøftet i

utredningen; innføring av en forliksordning og regulering av minoritetseierskap.

Nedenfor følger Advokatforeningens kommentarer til noen av de problemstillinger og forslag som Konkurranselovutvalget har fremlagt i NOU 2012:7. For øvrig har Advokatforeningen ingen merknader til forslaget fra Konkurranselovutvalget.

III. KOMMENTARER TIL FORSLAGENE

1. KAPITTEL 5 – HÅNDHEVING – KONKURRANSEMYNDIGHETENES VEDTAKSKOMPETANSE

Til Konkurranselovutvalgets vurderinger knyttet til effektiv håndheving av konkurranseloven ønsker Advokatforeningen særlig å kommentere forslaget om å innføre en bestemmelse om bindende tilsagn og forslaget om å oppheve konkurranselovens § 12 tredje ledd.

Innføring av bestemmelse om bindende tilsagn (kapittel 5.4)

Advokatforeningen støtter forslaget om å gi Konkurransetilsynet hjemmel til å avslutte saker ved bindende tilsagn foreslått av partene. Innføring av en slik bestemmelse åpner for mer fleksible løsninger som kan legge til rette for mer konkurranse og er en mer effektiv og rask løsning for de involverte parter enn et forbudsvedtak.

Advokatforeningen vil imidlertid understreke at med en slik hjemmel oppstår det fare for at partene i en konkurranseprosess kan føle seg presset til å avslutte en sak Konkurransetilsynet har innledet, med å avgi tilsagn selv om det ikke foreligger reelle grunner til dette, eller til å avgi mer tyngende forpliktelser enn det reelt sett er behov for. Sammenlignet med alminnelige forbudsvedtak kan det føre til at de involverte parter vil oppleve en lavere grad av rettssikkerhet. Det er viktig at Konkurransetilsynet i sin praktisering av denne hjemmelen er seg dette bevisst, slik at ordningen ikke blir et redskap for foretakets konkurrenter, kunder eller andre til å få gjennom saker og tiltak via klager til Konkurransetilsynet. Disse kan medføre inngrep i innklagedes næringsfrihet som er gunstig for klager, men samtidig ikke være godt nok begrunnet i konkurranselovens formålsparagraf.

Selv om det i tilsagnssaker ikke er slik at Konkurransetilsynet må påvise at det foreligger en overtredelse av konkurranseloven, har Konkurransetilsynet et selvstendig ansvar for sakens opplysning etter forvaltningsloven § 17. I utredningen synes det lagt til grunn at denne bestemmelsen kan praktiseres på en fleksibel måte i tilsagnssaker. Advokatforeningen mener imidlertid at forvaltningsloven § 17 pålegger Konkurransetilsynet en selvstendig plikt både til å utrede hvorvidt det foreligger konkurransemessige problemstillinger av den art konkurranseloven er ment å adressere, om det er nødvendig med tilsagn av den art det er tale om for å avhjelpe disse, og om tilsagnene er egnet til å avhjelpe de konkurransemessige problemstillingene. Advokatforeningen legger til grunn at Konkurransetilsynet også i slike tilsagnssaker vil foreta en behørig markedstesting av tilsagnene.

Advokatforeningen mener som nevnt at forvaltningsloven § 17 og hensynet til partenes

rettssikkerhet medfører at Konkurransetilsynet, i motsetning til hva som er lagt til grunn i praksis fra EU-domstolen, har et selvstendig ansvar for å vurdere tilsagnenes nødvendighet, herunder om det kunne være andre, mindre inngripende tiltak som kunne være aktuelle for å avbøte de konkurransemessige problemer som er identifisert. Dette følger også av det alminnelige, forvaltningsrettslige forholdsmessighetsprinsippet. Det bør ikke være tilstrekkelig å begrense en slik vurdering til hvorvidt partene har foreslått mindre inngripende tiltak som kunne ivarett slike konkurransemessige problemer.

Oppheving av klageadgangen ved henleggelse (kapittel 5.5)

Advokatforeningen støtter Konkurranselovutvalgets forslag om å oppheve dagens særskilte klageadgang ved Konkurransetilsynets avvisning av klager, og den begrunnelse som er gitt for det. Siden praksis har vist at det å benytte klageadgangen i praksis ikke har noe formål fordi klagen stort sett ikke tas til følge og der de er tatt til følge, ikke har ført til noe forbudsvedtak, kan opprettholdelse av bestemmelsen gi et uriktig bilde av hvilke virkemidler som reelt sett er tilgjengelig. Det er således ryddig at bestemmelsen fjernes.

2 KAPITTEL 6 – SANKSJONER I ATFERDSSAKER

Advokatforeningen er i motsetning til Konkurranselovutvalget skeptisk til at det tosporede sanksjonsregimet i form av straff og administrative sanksjoner opprettholdes. Med innføringen av adgangen for Konkurransetilsynet til å ilegge administrative sanksjoner, har riktignok straffesanksjonen trådt mer i bakgrunnen, men det tosporede sanksjonsregimet skaper en rekke utfordringer i forhold til alminnelige strafferettslige prinsipper som for eksempel i relasjon til lempningsinstituttet og selvinkrimineringsforbudet. Det ville være mer ryddig om ett sanksjonsspor ble valgt, enten det administrative eller det strafferettslige.

Under forutsetning av at dagens tosporede system opprettholdes, vil Advokatforeningen i det følgende knytte noen særlige merknader til forholdet mellom personlig straffansvar og lempningsinstituttet, søksmålsbyrde og bevisbyrde, samt forslaget om lovfesting av retten til møter med Konkurransetilsynet i atferdssaker som har vært gjenstand for dissens i utvalget.

Straff og forholdet til lempningsinstituttet (kapittel 6.3)

Erfaringene fra utlandet viser at lempningsadgang medfører at en rekke ulovlige konkurranserettslige forhold som ellers ikke ville blitt avdekket, kommer frem i lyset og blir brakt til opphør. I Norge synes imidlertid ikke innføringen av lempningsinstituttet å ha hatt samme effekt. Det tosporede sanksjonssystemet kan etter Advokatforeningens oppfatning ha vært en medvirkende årsak til dette.

Advokatforeningen støtter derfor forslaget om at *foretak* som søker og innvilges hel lempning, fritas for foretaksstraff. Advokatforeningen kan ikke se at de prinsipielle innvendinger som tidligere har vært reist mot fritak for straff i slike tilfeller, bør medføre at en ordning om straffefritak ikke kan innføres i Norge. Slik regelverket og myndighetenes organisering er i dag,

er det administrative sanksjonssporet det primære i konkurransesaker. Erfaringene viser også, at etter at det ble innført adgang til administrative bøter, har det ikke vært naturlig å benytte straffesanksjonen mot foretak. En lempningssøknad vil i dag normalt føre til administrativ etterforskning og administrativ sanksjonering, eventuelt i form av lepningsvedtak, fra Konkurransetilsynets side. Etter Advokatforeningens oppfatning medfører forbudet mot dobbelstraff i EMK at et vedtak om lempning av administrativ bot, sperrer for foretaksstraff. Er det først gjort et lepningsvedtak, er det strafferettslige sporet følgelig avskåret. Straffesanksjonssporet overfor foretak er dermed allerede begrenset til tilfeller der en lempningssøknad blir innvilget. Det synes imidlertid ikke å være noe reelt behov for at myndighetene etter å ha mottatt en lempningssøknad som oppfyller lovens krav til hel lempning, skal kunne velge å forfølge denne enten administrativt med nevnte følger, eller strafferettslig. Et slikt system medfører tvert om at de rettslige virkningene av en lempningssøknad er usikre selv der foretaket oppfyller lovens krav til lempningssøknader. Det vil gjøre det mindre attraktivt å søke lempning og dermed vanskeligere å oppnå de positive virkningene lepningsinstituttet er ment å oppnå.

Det er videre Advokatforeningens erfaring at det *personlige* straffansvaret tillegges stor betydning av ledere og ansatte i forbindelse med konkurransesaker, herunder i forbindelse med spørsmålet om lempningssøknad. Ledere og ansatte i foretak som søker lempning, er ikke på samme måte som foretaket selv beskyttet mot straffeforfølgning i kraft av forbudet mot dobbeltstraff om lempning innvilges. Selv om de tiltak som allerede er implementert, blant annet i form av Konkurransetilsynets uttalelse fra 2008, medfører at den faktiske risiko for personlig straffeforfølgning av ledere og ansatte i foretak som søker lempning antagelig er begrenset, gjenstår en usikkerhet som kan påvirke valget av å søke lempning eller ei, da de enkeltpersoner som løper en risiko for straff, samtidig kan være beslutningstakere i forbindelse med en eventuell lempningssøknad. Erfaringene fra Tyskland som er gjengitt i utredningen om forskjellen i antall lempningssøknader i situasjoner der overtredelsen er straffesanksjonert og der den ikke er det, kan tyde på at det begrensede antall lempningssøknader i Norge kan ha en direkte sammenheng med det personlige straffansvar. Advokatforeningen er derfor enig i Konkurranselovutvalgets forslag om å lovfeste at ansatte og styremedlemmer i foretak som oppnår hel lempning, ikke kan straffes. Innføring av en slik regel vil medføre at forholdet til risiko for personlig straffansvar i foretakets interesseavveining i forbindelse med beslutning om å søke lempning eller ei, vil gå fra et moment som taler mot å søke lempning, til et argument for å søke lempning.

Advokatforeningen er videre enig i at ovennevnte hensyn veier tyngst i forhold til foretak som søker hel lempning, selv om tilsvarende incentiver også kan være relevante for foretak som søker delvis lempning, og at det følgelig ikke er like sterk grunn til å utvide straffefritaket til ansatte i foretak som kun kvalifiseres for delvis lempning. Advokatforeningen legger imidlertid til grunn at et samarbeid med Konkurransetilsynet med hensyn til å avdekke egne eller eget foretaks ulovlige forhold, vil bli hensyntatt både i relasjon til hvilke saker Konkurransetilsynet overlater til strafferettslig sanksjonering, og ved straffeutmåling etter alminnelige prinsipper.

Advokatforeningen støtter videre at straffrihet også innrømmes tidligere ansatte og styremedlemmer. Å skille mellom disse gruppene er etter Advokatforeningens oppfatning

kunstig, idet medvirkning fra tidligere ansatte og tillitsvalgte også vil kunne være avgjørende for at foretaket kan oppfylle vilkårene for hel lempning, og dermed også for nåværende ansattes og styremedlemmers straffrihet.

Søksmålsbyrde (kapittel 6.4)

Selv om det legges til grunn at dagens system der Konkurransetilsynet både etterforsker konkurranseovertridelser og har kompetanse til å ilegge sanksjoner i form av overtredelsesgebyr, ikke er i strid med overordnede rettsprinsipper, reiser ordningen etter Advokatforeningens syn alvorlige rettssikkerhetsmessige betenkeligheter. At det skal gjøres et administrativt skille mellom etterforskning og sanksjonering som har karakter av straff, er en helt sentral rettssikkerhetsgaranti. Derfor bør disse funksjonene være adskilte.

Gitt dagens system, vil ovennevnte innvendinger i noen grad kunne avhjelpes av mindretallets forslag om å endre søksmålsbyrden for Konkurransetilsynets vedtak fra den private part til Konkurransetilsynet, slik at det er tilsynet som må bringe saken inn for domstolene om parten(e) ikke aksepterer vedtaket. Dette kan bidra til å sikre økt rettssikkerhet i form av økt uavhengighet, objektivitet og kontradiksjon i omstridte saker. Forslaget ligner den ordning som gjelder ved forelegg i straffesaker, og gitt de likhetpunkter som eksisterer mellom administrative overtredelsesgebyrer i konkurransesaker og bøter i straffesaker, er det ikke grunn til at partene i en konkurransesak skal ha svakere stilling enn partene i en foreleggssak. Det er heller ikke unaturlig at søksmålsbyrden i sanksjonssaker av den inngripende art, blant annet i form av bøtenes størrelse, som det er tale om i konkurransesaker, tilligger Konkurransetilsynet som offentlig myndighet. Advokatforeningen tiltrer også mindretallets synspunkter om at en slik ordning vil ha positiv effekt for grundigheten og objektiviteten i saksbehandlingen i tidligere stadier.

Advokatforeningen støtter dermed mindretallets forslag til tillegg i konkurranseloven § 29, fjerde ledd.

Behovet for å lovfeste retten til møter (kapittel 6.4)

Advokatforeningen er enig i at hensynet til kontradiksjon tilsier at partene må få anledning til å fremme sine synspunkter i saken også muntlig i form av møter på ulike stadier i prosessen. Etter Advokatforeningens oppfatning er det imidlertid ikke behov for å lovfeste en rett til å presentere sin sak muntlig ovenfor endelig beslutningstaker i form av at konkurransedirektøren er til stede i bestemte typer møter, slik et mindretall i utvalget har tatt til orde for. Forvaltningsloven § 11 sett i sammenheng med retningslinjer for saksbehandlingen som omfatter relevante møter mellom tilsynet og partene fastsatt av Konkurransetilsynet, er etter Advokatforeningens syn tilstrekkelig for å ivareta dette hensynet.

Beviskrav (kapittel 6.5)

Etter Advokatforeningens oppfatning vil det bidra til bedre rettssikkerhet om man lovfester beviskravet i konkurranseloven. I Rt 2011 side 910 (Tine-saken) ble det fastslått at beviskravet

for illeggelse av overtredelsesgebyr er klar sannsynlighetsovervekt og at dette innebærer noe mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt; nemlig tungtveiende, nøyaktige og sammenfattende bevis for overtredelse av konkurranseloven. Dette er et beviskrav som skiller seg både fra hovedregelen om alminnelig sannsynlighetsovervekt som ellers gjelder i sivile saker og forvaltningssaker for øvrig, og fra strafferettens prinsipp om at all rimelig og fornuftig tvil skal komme tiltalte til gode. Etter Advokatforeningens oppfatning representerer beviskravets nærmere innhold en sentral rettssikkerhetsgaranti i saker om overtredelsesgebyr som for øvrig har nær likhet med strafferettslige bøtesanksjoner.

Advokatforeningen mener at konkurranseloven bør gi god veiledning om alle sentrale sider ved loven. Regler som sikrer viktige rettssikkerhetshensyn bør ikke kun komme til uttrykk i rettspraksis som vil være vanskelig tilgjengelig for andre enn eksperter på området. At det ikke er tradisjon for lovfesting av beviskrav i norsk rett, er etter Advokatforeningens synspunkt ikke et tungtveiende argument mot lovfesting av en sentral og praktisk viktig rettsregel som er spesiell for konkurranseretten.

Beviskravet kan lovfestes ved at det i lovens § 29 innføres en bestemmelse om at:

”Overtredelsesgebyr kan kun ilegges der det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for overtredelse som nevnt i § 29 første ledd.”

Forliksprosedyre i kartellsaker (kapittel 6.6)

Departementet har i høringsbrevet spesielt bedt om høringsinstansenes synspunkter på innføring av en forliksordning etter mønster av tilsvarende regler i EU/EØS-lovgivningen hvor et forlik kan medføre en reduksjon i de administrative overtredelsesgebyrer med 10 %. Til gjengjeld vil Konkurransetilsynet i slike saker kunne gjennomføre en enklere og mer begrenset saksbehandling.

Advokatforeningen er ikke prinsipielt avvisende til en slik ordning, men ser at en slik ordning også kan ha betenkeligheter. Selv om et forslag som kan innebære en bøtereduksjon og en raskere saksbehandling kan være positivt for foretak som har overtrådt konkurranseloven, vil tilsvarende synspunkter som det er redegjør for over i forbindelse med forslaget om å innføre en tilsagnsordning, også kunne være relevante ved en forliksprosedyre. En 10 % bøtereduksjon er mindre fordelaktig for de involverte foretak enn en tilsagnsordning, og en interesseavveining mellom nevnte fordeler og hensynet til den rettssikkerhet saksbehandlingsreglene er ment å ivareta vil kunne falle annerledes ut enn ved ovennevnte tilsagnsordning. Advokatforeningen mener videre at en slik ordning under enhver omstendighet bør være begrenset til de åpenbare konkurranseovertridelser.

Konkurranselovutvalget har av ressurs-hensyn ikke utredet et slikt forslag og erfaringene fra utlandet er, så langt Advokatforeningen kjenner til, begrensede. Advokatforeningen vil derfor foreslå at det ikke innføres en forliksordning før dette er nærmere utredet. Advokatforeningen vil i den sammenheng foreslå at særlig forholdet til de alminnelige forvaltningsrettslige regler utredes nærmere.

3 KAPITTEL 7 PROSESS OG ETTERFORSKNING

Opplysningsplikt (kapittel 7.3)

Advokatforeningen mener at konkurranselovens nåværende bestemmelser om forklaringsplikt er problematiske ut fra et rettssikkerhetsperspektiv. Retten til ikke å måtte medvirke til egen domfellelse er en sentral rettssikkerhetsgaranti. Overtredelser av konkurranseloven er straffesanksjonert og administrative overtredelsesgebyr er straff i EMKs forstand.

Advokatforeningen er ikke enig i Konkurranselovutvalgets konklusjon om at selvinkrimineringsvernet for fysiske personer i konkurransesaker i dag er tilfredsstillende. Dagens lovgivning avviker fra de rettigheter fysiske personer har i straffesaker generelt. Advokatforeningen kan ikke se at konkurransesaker utgjør noen særegen form for økonomisk kriminalitet som gjør det nødvendig å fravike grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper, herunder at ingen skal være forpliktet til å bidra til egen domfellelse. Dette gjelder selv om forklaringen ikke kan anvendes i en senere straffesak.

Skillet mellom forklaringer avgitt under forklaringsplikt på kontrollstadiet og forklaringer inngitt etter at en straffesak er innledet, er subtilt og under enhver omstendighet vanskelig tilgjengelig. Forklaringsplikten foranlediger også vanskelige avgrensninger mot selvinkrimineringsvernet mer generelt, men særlig dersom selvinkrimineringsvernet gis ulikt innhold for foretak og fysiske personer, jf. nedenfor. I en forklaringssituasjon kan det være uklart om det avgis forklaring på vegne av egen person, foretaket eller begge deler.

Etter Advokatforeningens oppfatning er det videre en svakhet ved gjeldende konkurranselovgivning at det, som utvalget påpeker, er en viss usikkerhet om et individ kan anses straffesiktet i EMKs forstand allerede under Konkurransetilsynets behandling av saken. Konkurranseloven bør derfor klargjøre rettsstillingen på dette punkt.

Advokatforeningen mener at de hensyn som Sanksjonsutvalget har fremhevet for sitt forslag om å lovfeste et selvinkrimineringsvern i forvaltningssaker, også er relevante i konkurransesaker. Advokatforeningen er følgelig ikke enig med Konkurranselovutvalget i at hensynet til etterforskningsmulighetene i konkurransesaker tilsier at det bør gjøres et unntak fra en eventuell fremtidig bestemmelse om selvinkrimineringsvern i forvaltningsloven for konkurransesaker. Tvert om bør saker der egen forklaring kan danne grunnlaget for inngripende forvaltningsmessige sanksjoner, slik som mulige overtredelsessaker etter konkurranseloven, være i kjernen for et slikt selvinkrimineringsvern.

Advokatforeningen mener at et selvinkrimineringsvern som foreslått av Sanksjonsutvalget som ny § 53 til forvaltningsloven bør innføres i konkurranselovgivningen, også uavhengig av eventuelle generelle endringer i forvaltningsloven. Den særlige reglen i konkurranselovens § 24 om opplysningsplikt bør følgelig også tilpasses et slikt selvinkrimineringsvern.

Advokatforeningen ser intet behov for å lovfeste et spesielt selvinkrimineringsvern for foretak. Advokatforeningen vil tvert om advare mot å innføre en lovregel etter mønster av EU-domstolens prinsipper i norsk rett, jf. utvalgets subsidiære forslag til ny ordlyd i konkurranseloven § 24. Dette er en regel som er utviklet under den presumpsjon at EMK ikke gjelder, mens det er fastslått at administrative sanksjoner etter konkurranseloven er straff i EMKs forstand. Overtredelser av den norske konkurranseloven er dertil straffesanksjonert. Advokatforeningen er derfor ikke enig med Konkurranselovutvalget i at dette er en regel som kan eller bør innføres i norsk rett, ei heller via konkurranselovens forarbeider. I den grad foretaks selvinkrimineringsvern skal adskilles fra fysiske personers selvinkrimineringsvern, bør prinsippene for dette utvikles via rettspraksis. Det er under enhver omstendighet heller ikke noe behov for å lage særlige regler for foretaks selvinkrimineringsvern i konkurransesaker sammenlignet med andre økonomiske straffesaker.

Bevissikring og beslag (kapittel 7.4)

Retten til å være bistått av advokat i forbindelse med bevissikring og beslag er en sentral rettsikkerhetsgaranti. Advokatforeningen har merket seg, og tiltrer, utvalgets oppfatning om at Konkurransetilsynet verken skal ta beslag i ting eller gjennomføre avhør før advokat er til stede. At påtaleinstruksens prinsipper også gjelder i konkurransesaker, kunne etter Advokatforeningens oppfatning med fordel vært nedfelt i en tilsvarende instruks for Konkurransetilsynet. Det samme gjelder praksisen om å avvente kontrollundersøkelsen til advokat er kommet til stede, så sant dette kan skje innen rimelig tid.

Advokatforeningen støtter for øvrig Konkurranselovutvalgets forslag om at rettens beslutning om bevissikring skal angi kontrollens gjenstand, jf. forslaget om endringer i § 25 tredje ledd, slik at det i fremtiden blir enklere for foretak som undergis bevissikring å forstå hva saken dreier seg om. Dagens praksis er etter Advokatforeningens oppfatning ikke tilfredsstillende og det bør minst stilles slike krav til bevissikringsbeslutningers innhold som det som gjelder og praktiseres for ESA og EU-kommisjonens tilsvarende bevissikringsvedtak.

Advokatforeningen støtter også forslaget om at beslag som utgangspunkt skal tas i kopier samt de foreslåtte regler om håndtering av databeslag, jf. forslag om nytt § 25 tredje ledd. Etter Advokatforeningens oppfatning er sistnevnte viktig for å sikre at blant annet retten til fortrolig advokatkonsultasjon, jf. advokaters taushetsplikt, har et reelt innhold.

Advokatforeningen støtter videre utvalgets vurderinger knyttet til at foretaks korrespondanse med egen ansatt advokat også i fortsettelsen skal være underlagt beslagsfrihet. Dette er et viktig bidrag til en klar og åpen rådgivning mellom konsernadvokat og foretak, hvilket i sin tur vil bidra til etterlevelse av konkurransereglene.

4 KAPITTEL 8: KONTROLL MED FORETAKSSAMMENSLUTNINGER

Utvalget foreslår omfattende endringer i konkurranseloven kapittel 4 om kontroll med foretakssammenslutninger mv. Advokatforeningen er i hovedsak positiv til utvalgets forslag.

Forslaget om å harmonisere inngrepskriteriet med gjeldende EØS/EU-regel er hensiktsmessig, og vil lette aktørenes forståelse i et stadig mer integrert EØS-marked. Materielt er endringen marginal, men konkurranselovutvalget viser at gjeldende kriterium kan gi et annet utfall når konkurransen er vesentlig begrenset forut for foretakssammenslutningen og i tilfeller hvor foretakssammenslutningen gir en betydelig, men ikke vesentlig konkurransebegrensning.

Konkurranselovutvalgets forslag om å benytte konsumentvelferdsstandard også ved fusjonskontroll, bifalles. Både hensynet til EØS/EU-harmonisering og hensynet til intern sammenheng i konkurranseloven mellom atferdskontroll og strukturkontroll, trekker i retning av å anvende konsumentvelferdsstandard også ved foretakssammenslutninger. Dagens praktisering innebærer en uklarhet og en ubegrunnet forskjell mellom struktur- og atferdskontroll.

Advokatforeningen vil videre særlig fremheve som positivt at det foreslås å heve omsetningstersklene for meldeplikt vesentlig. Terskelhevingen vil eliminere en byrde for partene i mange små og mellomstore transaksjoner. Advokatforeningen mener at utvalget på en overbevisende måte har redegjort for at en slik heving ikke vil ha vesentlige negative virkninger. Det er også positivt at reglene for beregning av omsetning foreslås harmonisert med EU-/EØS-retten. Advokatforeningen vil også understreke det positive ved de foreslåtte prosessuelle endringene ved fusjonskontroll, herunder at Konkurransetilsynet skal måtte begrunne såkalte 25-dagersvarsler.

På enkelte punkter har Advokatforeningen noen særlige merknader:

Inngrepskompetanse under terskelverdiene (kapittel 8.5.4)

Utvalget legger tilsynelatende opp til at Konkurransetilsynet fortsatt skal kunne gripe inn mot foretakssammenslutninger som ligger under terskelverdiene og som derfor ikke er meldepliktige. Dette er annerledes enn i for eksempel EU/EØS (herunder Danmark) der det ikke kan gripes inn mot foretakssammenslutninger under terskelverdiene. Forutsetningen for slikt inngrep er selvsagt at konkurransebegrensningsvilkåret («i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse») er oppfylt.

Inngrepskompetanse under terskelverdiene er en videreføring av dagens system. De hittil svært lave terskelverdiene har imidlertid medført at spørsmålet om inngrep mot foretakssammenslutninger under tersklene ikke har vært satt på spissen. Dersom utvalgets forslag om en vesentlig heving av terskelverdiene blir vedtatt, antar Advokatforeningen at inngrep under terskelverdiene vil kunne bli mer aktuelt.

Dersom Konkurransetilsynet skal beholde sin inngrepskompetanse under meldepliktstersklene, og disse heves vesentlig, er det Advokatforeningens vurdering at lovforslaget ikke godt nok ivaretar partenes behov for forutberegnelighet og avklaring.

For det første må det i loven settes en kort frist for Konkurransetilsynets pålegg om melding av ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger. Av utredningen punkt 8.5.4.8 ser det ut til at Konkurranselovutvalget også mener at det bør settes en slik frist, men vi kan ikke se at dette gjenspeiles i lovforslaget. For minoritetsserverv foreslår utvalget i § 18 femte ledd at tilsynet skal kunne pålegge melding inntil tre måneder etter endelig avtale om erverv av andeler. Tre måneder er etter Advokatforeningens oppfatning for lang frist til å gi partene tilfredsstillende avklaring og forutberegnelighet. Etter foreningens mening bør fristen settes til én måned. Dersom Konkurransetilsynet ikke får kunnskap om foretakssammenslutningen innen én måned, er det mindre sannsynlig at slik informasjon tilflyter tilsynet i måned 2 eller 3. Alternativt kan tilsynets frist for å pålegge melding settes til det tidligste av (i) én måned etter at partene offentliggjør foretakssammenslutningen ved børsmelding, pressemelding eller på liknende måte, og (ii) tre måneder etter endelig avtale.

I utredningens punkt 8.5.4.8 legges det videre opp til at Konkurransetilsynet bare skal kunne pålegge melding under terskelverdiene i saker der tilsynet finner at det er rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes eller der andre særlige hensyn tilsier at tilsynet undersøker saken nærmere. Heller ikke dette kravet gjenspeiles i lovforslaget. Advokatforeningen støtter et slikt krav, og mener at det bør inn i lovteksten. Ettersom dette vil være en unntaksbestemmelse, vil det etter foreningens vurdering også være en forutsetning at Konkurransetilsynet foretar en forsvarlig forhåndsvurdering og at tilsynet i pålegget forklarer hvorfor det er rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes, alternativt hvilke andre særlige hensyn som tilsier at tilsynet undersøker saken nærmere.

For minoritetsserverv foreslår utvalget videre at partene skal kunne sende frivillig melding til Konkurransetilsynet for å avklare om det er aktuelt med inngrep etter § 16a, jf. utkastet § 18 sjette ledd. Advokatforeningen mener at det også for ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger bør være adgang til slik frivillig melding, slik at partene kan få avklart hvorvidt Konkurransetilsynet vil gripe inn.

Forholdsmessighetsprinsippet må fortsatt gjelde for inngrepsvedtak

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.

Slik Advokatforeningen leser utredningen, foreslår lovutvalget i realiteten å oppheve forholdsmessighetsprinsippet ved foretakssammenslutninger, i det Konkurransetilsynet ikke lenger skal være forpliktet til på eget initiativ å vurdere om de konkurransebegrensende virkningene av en foretakssammenslutning kan hindres ved mindre inngripende vedtak enn forbud. Bakgrunnen for utvalgets forslag synes å være et ønske om å effektivisere ordningen med avhjelpende tiltak. Advokatforeningen kan ikke se at dette kan være nødvendig. Foreningen er

særlig bekymret for de tilfellene hvor partene – av ulike grunner – ikke ser seg tjent med eller ikke evner å vurdere avhjelpende tiltak og fremsette forslag om slike. Det er betenkelig dersom Konkurransetilsynet i slike tilfeller skal være tvunget til å forby foretakssammenslutningen selv om et forbud ikke er forholdsmessig, da det konkurransemessige problemet kunne vært løst på mindre inngripende vis, dvs. godkjenning av transaksjonen på vilkår.

Advokatforeningen går derfor mot en endring av rettstilstanden på dette punktet. Konkurransetilsynets vedtak om inngrep mot foretakssammenslutninger må fortsatt være forholdsmessige, også i de tilfeller hvor partene ikke er aktive med hensyn til fremsettelse av forslag til avhjelpende tiltak.

Adgangen til å forlenge atferdsvilkår i fusjonssaker

Atferdsregulerende vilkår i fusjonssaker er tidsbegrensede, jf. krrl. § 6. Konkurransetilsynets vedtak om godkjenning på atferdsvilkår er normalt tidsbegrenset til fem år. I utredningen punkt 8.5.3.2 skriver utvalget om atferdsvilkår at «når virkningstiden er utløpt er det neppe hjemmel for å fornye vilkårene ettersom tidsfristen for inngrep er utløpt». Advokatforeningen slutter seg til utvalgets vurdering på dette punktet. Dersom konkurransemyndighetene mener at det etter vedtakets utløpstid fortsatt er konkurransemessige problemer i det aktuelle markedet, må dette løses ved hjelp av konkurranselovens alminnelige atferdskontroll, eventuelt ved forskrift hjemlet i § 14, og ikke ved å forlenge vilkårene som er gitt med grunnlag i strukturreglene. Dersom departementet er enig med utvalget på dette punktet, bør det – i alle fall i proposisjonen – presiseres at slike vilkår ikke kan fornyes. Advokatforeningen er kjent med at konkurransemyndighetenes uttalelser og praksis på dette punktet ikke er entydige, og det er derfor behov for en presisering.

4 KAPITTEL 9 MINORITETSEIERSKAP

Advokatforeningen er skeptisk til en videreføring av Konkurransetilsynets kompetanse til å gripe inn mot minoritetsserverv med hjemmel i strukturkontrollreglene. Etter foreningens vurdering skal det mye til for at en transaksjon uten kontrollendring har negative strukturelle virkninger. Erfaringene med nåværende krrl. § 16 annet ledd bekrefter etter vårt syn at det ikke er behov for å kunne gripe inn mot minoritetsserverv med hjemmel i strukturreglene. Dette er også en nokså særnorsk regel i internasjonal sammenheng. Eventuelle atferdsmessige virkninger av et minoritetsserverv, for eksempel informasjonsutveksling, bør kunne håndteres med hjemmel i de to atferdsforbudene i krrl. §§ 10 og 11.

Videre er Advokatforeningen skeptisk til eksplisitt regulering av minoritetseierskap, jf. utredningen punkt 9 og departementets høringsbrev side 2-3. Også på dette punktet bør regulering primært skje med hjemmel i de alminnelige atferdsforbudene. Utveksling av konkurransefølsom informasjon i styresammenheng vil for eksempel kunne omfattes av forbudet i krrl. § 10. Eventuelt kan forskriftshjemmelen i krrl. § 14 benyttes. Dersom minoritetseierskap skal reguleres eksplisitt, bør det uansett utredes nærmere. Det vil i så måte være naturlig å se hen til utfallet av det utredningsarbeid som for tiden gjøres i Kommisjonen.

5 KAPITTEL 12 ANDRE SPØRSMÅL

Offentlighet (kapittel 12.1)

Advokatforeningen vil knytte noen særlige merknader til forslaget om offentlighet i fusjonssaker og i lempningssaker.

Offentlighet ved foretakssammenslutninger

Utvalget foreslår ny § 18a hvoretter partene i en fusjonssak klart må identifisere og begrunne taushetsbelagte opplysninger, som skal unntas innsyn. Bestemmelsen snur bevisbyrden, slik at Konkurransetilsynet ved manglende identifisering eller begrunnelse kan legge til grunn at opplysningene ikke er underlagt lovbestemt taushetsplikt. Videre vil en § 18-melding til tilsynet først anses som fullstendig, og tidsfristene begynner å løpe, når kravene i § 18a er oppfylt.

Advokatforeningen har forståelse for utvalgets begrunnelse, nemlig at innsynsbegjæringer binder opp store ressurser i Konkurransetilsynet. Foreningen er ikke prinsipielt mot at partene pålegges slike plikter når det gjelder identifikasjon av forretningshemmeligheter og evt. andre taushetsbelagte opplysninger. Vi vil imidlertid peke på et par forhold som vi opplever som svakheter ved den foreslåtte bestemmelsen, slik at departementet kan vurdere forbedringer.

For det første vil det – med den foreslåtte ordlyden – være enkelt for partene å oppfylle kravet om begrunnelse, uten at det nødvendigvis gir Konkurransetilsynet særlig hjelp. Partene vil kunne sladde store mengder informasjon og begrunne dette med at teksten inneholder opplysninger om drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2). Slik forslaget til § 18a lyder, vil det være vanskelig å kreve en individuell og mer konkret begrunnelse for hver enkelt opplysning som kreves unntatt. Det bør derfor vurderes å skjerpe kravet til begrunnelse, slik at hver enkelt opplysning konkret må begrunnes unntatt.

Videre er Advokatforeningen skeptisk til at partene – og evt. andre – i *all* pålagt korrespondanse med tilsynet skal måtte identifisere og begrunne alle forretningshemmeligheter, og at dokumentene i fravær av dette må anses som offentlige i sin helhet. Advokatforeningen mener som nevnt at begrunnelsen for unntak fra offentlighet må være konkret og individuell for hver enkelt opplysning. Til gjengjeld bør kravet til forhåndsidentifisering og den snudde bevisbyrden bare gjelde for partenes *melding* til Konkurransetilsynet med hjemmel i § 18. Det er Advokatforeningens inntrykk at det er innsynsbegjæringer i slike meldinger som binder størst ressurser i Konkurransetilsynet. Hensynet til tilsynets ressursbruk må avveies mot de byrder partenes pålegges ved å måtte identifisere og begrunne alle taushetsbelagte opplysninger. Denneplikten må derfor begrenses mest mulig. I en fusjonssak vil partene ofte måtte sende Konkurransetilsynet store dokumentmengder. Det vil etter vår mening være uforholdsmessig ressurskrevende om partene skal måtte identifisere samt konkret og individuelt begrunne alle taushetsbelagte opplysninger i denne dokumentasjonen. Et slikt krav vil også kunne begrense

Konkurransetilsynets dokumenttilfang, både fra partene og evt. fra tredjeparter. Selv om oversendelsen av dokumenter til Konkurransetilsynet vil kunne være en følge av pålegg fra tilsynet, vil det ofte være opp til den partene å vurdere hvilken dokumentasjon som skal vedlegges.

Offentlighet i lempningssaker

Advokatforeningen støtter utvalgets forslag om at lempningssøknader unntas offentlighet, jf. forslaget § 27 a annet ledd. Forslaget vil støtte lepningsinstituttet og gjøre det mer attraktivt å søke om lempning. Hensynet til skadelidtes interesser i innsyn veier etter Advokatforeningens oppfatning mindre tungt i slike saker. Et lepningsvedtak som sådan, vil bekrefte det som for skadelidte er det mest sentrale, nemlig at det har vært en overtredelse av konkurransereglene, og dersom en lempningssøknad ikke skulle føre til et lepningsvedtak, vil skadelidte under enhver omstendighet ikke stå i noen dårligere stilling enn om det ikke var gitt noen lempningssøknad.

Privat håndhevelse (kapittel 12.2)

Advokatforeningen støtter de betraktninger det samlede utvalg gir uttrykk for med vedrørende privat håndhevelse.

Når det gjelder forholdet mellom privat håndhevelse og lepningsinstituttet, støtter Advokatforeningen Konkurranselovutvalgets flertall i at lepningsinstituttet ikke bør utvides til også å omfatte sivilrettslig erstatningsansvar. Dette vil slik Advokatforeningen ser det, innebære et betydelig inngrep i eventuelle skadelidtes rettigheter, og vil kunne medføre at foretaket som får lempning vil kunne beholde en gevinst fra sin ulovlige opptreden, mens skadelidte i verste fall ikke får erstatning for sitt tap. Dette gjelder selv der det skulle være andre deltakere som har solidaransvar. En slik konsekvens er etter Advokatforeningens syn uheldig og i strid med den alminnelige rettsfølelse. Advokatforeningen går dermed mot mindretallets forslag om innføring av et nytt § 30 siste ledd.

Konkurransetilsynets veiledningsplikt (kapittel 12.3)

Advokatforeningen støtter forslaget om at den særlige bestemmelsen om veiledningsplikt i konkurranseloven § 9 oppheves. Bestemmelsen har vist seg å ha ingen eller liten praktisk verdi i konkurranse spørsmål utover den generelle veiledningsplikten i forvaltningsloven § 11. Slik bestemmelsen fremstår, gir den en forventning om en rett til særlig veiledning som, slik bestemmelsen er praktisert, ikke er reell. Å ha slike regler som ikke reflekterer virkeligheten, er etter Advokatforeningens oppfatning uheldig, og er en selvstendig grunn til å oppheve bestemmelsen, med mindre departementet instruerer Konkurransetilsynet i å legge om sin veiledningspraksis.

IV. OPPSUMMERING

Advokatforeningen støtter i all hovedsak Konkurranselovutvalgets enstemmige forslag og vurderinger, men mener at det av rettssikkerhetsmessige grunner på enkelte punkter er

nødvendig å gå enda lengre enn det utvalget har foreslått. Advokatforeningen mener herunder at konkurranselovens regel om opplysningsplikt bør endres og suppleres av et vern mot selvinkriminering i overensstemmelse med Sanksjonsutvalgets forslag til ny § 53 i forvaltningsloven. Rettssikkerhetshensyn tilsier også at det særlige beviskrav som etter Tine-saken må anses å gjelde i konkurransesaker, bør lovfestes. Advokatforeningen støtter Konkurranselovutvalgets mindretall i at søksmålsbyrden i overtredelsessaker bør overføres til Konkurransetilsynet, jf. forslaget om et tillegg i konkurranseloven § 29 fjerde ledd. Advokatforeningen støtter derimot ikke mindretallets forslag om å utvide lempningsinstituttet til sivilrettslige erstatningskrav.

Når det gjelder innføring av en bestemmelse om bindende tilsagn, er Advokatforeningen positiv. Det understrekes imidlertid at dette stiller særlige krav til Konkurransetilsynets praktisering av hjemmelen.

Advokatforeningen er videre positiv til de fleste foreslåtte endringene i konkurranselovens kapittel 4 om foretakssammenslutninger, herunder en vesentlig heving av omsetningstersklene for meldeplikt. Dersom Konkurransetilsynet skal beholde muligheten til å gripe inn mot foretakssammenslutninger under terskelverdiene, bør det imidlertid gis regler som sikrer forutberegnelighet for partene, jf. punkt III, 4. ovenfor. Advokatforeningen mener videre at forholdsmessighetsprinsippet fortsatt må gjelde for vedtak om inngrep mot foretakssammenslutninger.

Både spørsmålet om innføring av forliksordning i kartellsaker og regulering av minoritetseierskap bør utredes nærmere før slike regler eventuelt innføres i norsk rett.

Vennlig hilsen

Berit Reiss-Andersen
leder

Merete Smith
generalsekretær