

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

FORNYINGS-, ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENTET
12 MAI 2012
SAKSNR: 12/441-

Deres ref.:

Vår ref.: 2012/0160-2

Dato: 16.05.2012

Høringsuttalelse - NOU 2012:7 - Mer effektiv konkurranselov

1 Innledning

- (1) *Konkurranselovutvalget* la frem sin utredning NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov 14. februar 2012. Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) har i brev av 22. februar 2012 (høringsbrevet) bedt om Konkurransetilsynets merknader til Konkurranselovutvalgets forslag til lovendringer, herunder mindretallsforslagene.
- (2) I høringsbrevet ber departementet høringsinstansene i tillegg om synspunkter på noen nærmere spesifiserte tema. Dette gjelder innføring og eventuell utforming av en forliksordning etter mønster av kommisjonsforordning (EF) nr. 773/2004 artikkel 10a/ODA protokoll 4 kapittel III artikkel 10a, en vurdering av mulige konkurransebegrensende virkninger av minoritetseierskap og eventuell lovregulering av dette, samt en vurdering av behovet for endringer i EØS-konkurranseloven. Konkurransetilsynet vil i høringssvaret følge kronologien i utredningen, og vil behandle de temaene som departementet har trukket særskilt frem der disse naturlig hører hjemme.
- (3) Konkurransetilsynet vil innledningsvis gi uttrykk for at det gjennomgående er positiv til de forslagene som er fremmet i utredningen. Utvalgets forslag vil på sentrale områder bidra til en mer effektiv praktisering og håndheving av konkurranseloven. I tillegg innebærer flere av forslagene en ytterligere harmonisering med EU/EØS-retten, og Konkurransetilsynet mener at en slik rettsutvikling både vil være en fordel for de som skal etterleve konkurranselovgivningen og de som skal håndheve regelverket.
- (4) Konkurransetilsynet er videre av den oppfatningen at forslagene på en fornuftig måte balanserer hensynet til effektivitet på den ene side og hensynet til rettsikkerhet og forutberegnelighet på den annen side. Endelig vil Konkurransetilsynet fremheve at flere av forslagene vil kunne legge til rette for økt grad av dialog mellom partene og tilsynet, samt gi muligheter for mer fleksible løsninger i den enkelte sak.

2 Lovens formål

2.1 Til punkt 3.2

- (5) *Utvalget* foreslår at det ikke gjøres endringer i gjeldende formålsbestemmelse. *Utvalget* begrunner dette standpunktet med at formålsbestemmelsen allerede er utformet på en måte som gir uttrykk for *utvalgets* oppfatning. *Utvalget* forstår formålsbestemmelsen slik at den fastsetter størst mulig samfunnsøkonomisk overskudd som et overordnet mål i første ledd, samtidig som annet ledd innebærer at konkurransemyndighetene skal legge en konsumentvelferdsstandard til grunn ved håndhevingen av de enkelte bestemmelsene i konkurranseloven. Det siste innebærer bl.a. en presisering av at det skal gjelde en konsumentvelferdsstandard ved vurderingen av foretakssammenslutninger.
- (6) *Konkurransetilsynet* deler *utvalgets* syn på at det ikke er behov for å foreslå endringer i formålsbestemmelsens ordlyd. *Konkurransetilsynet* anser det både som naturlig og riktig å tolke formålsbestemmelsen slik at første ledd angir den overordnede målsettingen om å sikre størst mulig samfunnsøkonomisk overskudd, samtidig som annet ledd fastsetter at konkurransemyndighetene også skal bygge på en konsumentvelferdsstandard ved håndhevingen av konkurranselovens bestemmelser.
- (7) Videre er *Konkurransetilsynet* i utgangspunktet av den oppfatning at hensynet til harmonisering med EU/EØS-reglene taler for at det bør gjelde en konsumentvelferdsstandard også ved vurderingen av foretakssammenslutninger. *Tilsynet* er imidlertid bekymret for at en overgang til en ren konsumentvelferdsstandard kan ha uheldige virkninger i markedet for kjøp og salg av virksomheter (selskapskontroll). Dette er kommentert nærmere under gjennomgangen av kapittel 8 i utredningen, jf. høringsvaret punkt 5.1.2.

2.2 Håndheving av konkurranseloven § 10 og § 11 – konkurransemyndighetenes vedtakskompetanse

2.2.1 Til punkt 5.3 - påbudskompetanse

- (8) *Utvalget* har vurdert om konkurransemyndighetene bør gis utvidede fullmakter til å pålegge tiltak av preventiv karakter, men konkluderer med at det ikke ønsker å foreslå en slik adgang. *Utvalget* begrunner dette dels med at en videreføring av gjeldende § 14 vil innebære at konkurransemyndighetene fortsatt har et tilgjengelig verktøy for å bedre konkurransen i enkeltmarkeder, og dels med at en utvidet påbudskompetanse vil kunne bevege seg for langt i retning av reguleringspolitikk. *Utvalget* viser dessuten til at man med den foreslåtte kompetansen til å inngå bindende tilsagn i atferdssaker vil kunne se hen til hensynet om å legge til rette for mer konkurranse i fremtiden i noe større utstrekning enn det er adgang til etter § 12 første ledd. *Utvalget* foreslår heller ingen endringer i kompetansen til å treffe midlertidige vedtak etter § 12 fjerde ledd.
- (9) *Konkurransetilsynet* er enig med *utvalget* i at det ikke er grunn til å foreslå utvidelser i påbudskompetansen etter konkurranseloven § 12 første og annet ledd, og kan langt på vei tiltre den begrunnelsen *utvalget* gir for dette. Det faktum at påbudskompetansen har vært lite benyttet i praksis og at reguleringsbehovet ellers synes å være godt dekket gjennom lovforslaget, gir liten grunn til å foreslå utvidelser i denne hjemmelen. Samtidig vil *Konkurransetilsynet* fremheve at kompetansen til å gi påbud om opphør fortsatt vil kunne være en hensiktsmessig reaksjonsform i enkelte typer saker, og da særlig ved mindre alvorlige overtredelser av lovens forbudsbestemmelser. Fra *Konkurransetilsynets* side vil det være viktig å ha et sett av ulike virkemidler som kan benyttes ved håndhevingen av atferdsreglene, og videreføringen av påbudskompetansen må derfor ses i sammenheng med bl.a. forslagene om å innføre kompetanse til å inngå bindende tilsagn og forlik i atferdssaker.
- (10) *Konkurransetilsynet* slutter seg på denne bakgrunn til forslaget om å videreføre konkurranseloven § 12 første og annet ledd. *Konkurransetilsynet* er videre enig i at det foreligger et praktisk behov for at *Konkurransetilsynet* kan påby opphør av atferd ved overtredelser av forskrift gitt i medhold av § 14, og slutter seg derfor til *utvalgets* forslag om en tilføyelse av dette i § 12 første ledd. Endelig er *Konkurransetilsynet* enig med *utvalget* i at

det ikke er grunn til å foreslå endringer i kompetansen til å treffe midlertidige vedtak etter § 12 fjerde ledd.

2.2.2 Til punkt 5.4.3 – tilsagnskompetanse

- (11) *Utvalget* foreslår å innføre en bestemmelse om adgang til å inngå bindende tilsagn i atferdssaker etter mønster av rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 9 og ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9, jf. lovforslaget § 12 tredje, fjerde og femte ledd. Utvalget begrunner en innføring av tilsagnskompetanse blant annet med at dette vil legge til rette for at atferdssaker kan avsluttes raskere og at det kan oppnås mer fleksible løsninger tilpasset det enkelte foretak.
- (12) *Konkurransetilsynet* støtter utvalgets forslag om å lovfeste en adgang til å inngå bindende tilsagn i atferdssaker. Konkurransetilsynet deler utvalgets syn på at en slik bestemmelse vil kunne bidra til mer effektivitet og fleksibilitet i saksbehandlingen både sett fra foretakenes og konkurransemyndighetenes side. Som påpekt av utvalget vil en lovfestet tilsagnskompetanse dessuten ha noen klare fordeler sammenlignet med uformelle løsninger, idet bindende tilsagn etter lovforslaget vil utløse rettsvirkninger og kan sanksjoneres særskilt. En bestemmelse om tilsagnskompetanse under atferdsreglene vil dessuten sikre god sammenheng med regelverket om avhjelpende tiltak i forbindelse med kontrollen med foretakssammenslutninger. Konkurransetilsynet peker også på at lovforslaget innebærer en ytterligere harmonisering med EU/EØS-retten, og at en slik tilnærming er ønskelig sett fra tilsynets ståsted.
- (13) Konkurransetilsynet er samtidig klar over at det er visse utfordringer knyttet til å innføre en bestemmelse om tilsagnskompetanse i konkurranseloven. Det vises i denne sammenheng bl.a. til faren for en bevegelse mot reguleringspolitikk, påvirkning av den preventive effekten av sanksjonsregimet i negativ retning og mulige negative virkninger for den private håndhevelsen. I likhet med utvalget er Konkurransetilsynet av den oppfatning at dette er forhold som i større eller mindre grad må hensyntas ved utformingen av praksis under tilsagnsbestemmelsen, og at det i mindre grad er argumenter mot innføring av ordningen som sådan. Konkurransetilsynet er enig med utvalget i at kompetansen bør praktiseres med forsiktighet, og at konkurransemyndighetene selv vil ha et ansvar for at praksisen med tilsagn ikke etterlater et inntrykk av at det ikke er alvorlig å overtre lovens atferdsbestemmelser. Ved utformingen av praksis vil det være relevant for Konkurransetilsynet å se hen til hvilke typer saker innen EU/EØS-retten som har vært gjenstand for vedtak om bindende tilsagn, herunder om det fra innføringen av tilsagnskompetansen og frem til i dag har vært noen utviklingstrekk/tendenser i hvilke type saker bindende tilsagn benyttes.
- (14) Konkurransetilsynet er videre enig med utvalget i at tilsagn ikke vil være hensiktsmessig i alle typer saker, og at kartellovertredelser normalt ikke vil være egnet for denne typen løsning. Ved andre typer overtredelser av forbudet i § 10 og ved misbruk av dominerende stilling i strid med § 11 vil hjemmelen imidlertid kunne benyttes. Konkurransetilsynet deler dessuten utvalgets syn på at det er vanskelig å utelukke at tilsagn kan være aktuelt i saker der overtredelsen også kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr. Det vil imidlertid ikke være anledning til i én og samme sak å kombinere vedtak om overtredelsesgebyr og vedtak om bindende tilsagn.
- (15) Når det gjelder forholdet til forvaltningens utredningsplikt og hensynet til forsvarlig saksopplysning, jf. forvaltningsloven § 17, er Konkurransetilsynet enig med utvalget i at denne bestemmelsen er fleksibel og må kunne tilpasses det enkelte rettsområde. Som påpekt av utvalget er tilsagn et frivillig valg for partene, og så lenge tilsagnsvedtaket beskriver hva de konkurransemessige problemstillingene består i og hvorfor de avbøtes som følge av partenes tilsagn, synes det rimelig å kunne legge til grunn at forvaltningslovens krav er oppfylt.
- (16) Konkurransetilsynet er videre enig med utvalget i at det ikke er behov for å legge inn en kontrollmekanisme i tilsagnshjemmelen, f.eks. i form av en stadfestelse av vedtaket fra departementets side. Det vises til at en ordning med stadfestelse/godkjenning i realiteten vil representere en automatisk overprøving av Konkurransetilsynets faglige vurderinger, og at det ikke kan sies å foreligge noe behov for en slik innebygget kontrollmekanisme i tilsagnshjemmelen. Konkurransetilsynet er imidlertid enig med utvalget i at tilsagnsvedtak bør kunne påklages av partene/tredjeparter etter de vanlige forvaltningsrettslige reglene for dette. Når det gjelder departementets kompetanse i klagesaker mener Konkurransetilsynet at det er

grunn til å begrense denne etter mønster av bestemmelsen i lovforslaget § 20 sjette ledd vedrørende avhjelpende tiltak i forbindelse med kontrollen med foretakssammenslutninger. Hensynet til en effektiv tilsagnsordning og hensynet til sammenhengen i regelverket taler for at klageadgangen begrenses til en lovlighetskontroll.

- (17) Når det gjelder den konkrete utformingen av lovforslaget på dette punktet, slutter Konkurransetilsynet seg fullt ut til utvalgets forslag til § 12 tredje til femte ledd.

2.2.3 Til punkt 5.5 - klageadgangen etter § 12 tredje ledd

- (18) *Utvalget* foreslår å oppheve den særskilte klageadgangen der Konkurransetilsynet henlegger en sak, jf. bestemmelsen i gjeldende konkurranselov § 12 tredje ledd. Utvalget begrunner forslaget med at det har vært en synkende tendens i antallet klager de senere år, og at Konkurransetilsynets vide adgang til å foreta ressursmessige prioriteringer ikke bør kunne overstyres i enkeltsaker. Utvalget viser dessuten til at private parter har anledning til å bringe saker etter konkurranseloven § 10 og § 11 inn for de alminnelige domstolene.
- (19) *Konkurransetilsynet* støtter utvalgets forslag om å oppheve den særskilte klageadgangen som følger av konkurranseloven § 12 tredje ledd. Konkurransetilsynet viser i denne sammenheng til at tilsynet i forbindelse med høringen av NOU 2003: 12 Ny konkurranselov var uenig med utvalget den gang om at det burde innføres en særskilt klagerett ved unnlatelse av å gi påbud. Hovedbegrunnelsen mot innføringen av en slik bestemmelse var sammenhengen med den alminnelige forvaltningsretten, og at det etter tilsynets vurdering ikke forelå særlige grunner til å gjøre unntak. Konkurransetilsynet mener at dette prinsipielle utgangspunktet fortsatt ligger fast. I tillegg er Konkurransetilsynet av den oppfatning at verken hensynet til tredjepersoner eller hensynet til departementets styring av tilsynets ressursbruk og prioriteringer tilsier at den særskilte klageadgangen bør videreføres. Fra Konkurransetilsynets side ser man at bestemmelsen i § 12 tredje ledd kan åpne for strategisk bruk av konkurranseloven, og at klageadgangen – selv med en synkende tendens i antall saker – binder opp ressurser hos konkurransemyndighetene. Når det er slik at Konkurransetilsynet uansett vil kunne legge bort en sak ut fra hensynet til ressursprioritering, er tilsynet enig med utvalget i at klageadgangen i realiteten har lite substans. Konkurransetilsynet mener i likhet med utvalget at tredjepersoner på en fullgod måte vil kunne beskytte sine interesser etter konkurranselovgivningen ved søksmål for domstolene, og at det ligger nyttige silingsmekanismer i sivilprosessen som kan avverge at det holdes kunstig liv i saker det ikke er grunnlag for.

3 Sanksjoner i atferdssaker

3.1 Til punkt 6.3 – straff og forholdet til lempningsinstituttet

- (20) *Utvalget* peker i utredningen på at det tosporede sanksjonssystemet i konkurranseloven medfører utfordringer for lempningsinstituttet, og foreslår på denne bakgrunn at hel lempning av overtredelsesgebyr skal føre til straffbortfall for foretak som oppfyller vilkårene for hel lempning og for ansatte/styremedlemmer i disse foretakene. Videre foreslår utvalget at det stilles strengere krav i lovteksten til hvilken type informasjon som skal gis fra et foretak for at en lempningssøknad skal anses komplett. Konkret anbefales det at kravet til informasjon i lempningssøknader utformes etter modell av Kommisjonens kunngjøring om bøtefritak eller bøtenedsettelse punkt 9 og ESAs kunngjøring om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker punkt 9. For å synliggjøre bestemmelsene om lempning foreslår utvalget dessuten at reglene om dette samles i konkurranseloven. Utvalget har også foretatt en vurdering av lempning i vertikale forhold, og legger til grunn at lempning normalt bare vil være aktuelt for karteller og lignende overtredelser av loven.
- (21) *Konkurransetilsynet* er positiv til utvalgets forslag om å innføre en regel om straffbortfall for foretak som oppfyller vilkårene for hel lempning og for nåværende og tidligere ansatte/styremedlemmer i disse foretakene, jf. utvalgets lovforslag § 33 nytt fjerde ledd. Sett fra Konkurransetilsynets ståsted vil en slik bestemmelse effektivt kunne motvirke at trusselen om straff hindrer personer i å søke lempning på vegne av foretaket. Etter gjeldende rett har Konkurransetilsynet søkt å øke incentivene for lempning gjennom en uttalelse om at man normalt ikke vil anmelde enkeltpersoner som er ansatt i et foretak som oppfyller vilkårene for

hel eller delvis lempning. En uttrykkelig regel om straffbortfall vil sikre behovet for forutberegnelighet på dette området på en helt annen måte enn etter gjeldende rett. Dersom vilkårene for hel lempning er oppfylt vil det etter forslaget ikke lenger være tvilsomt hvilke konsekvenser dette har for et eventuelt straffeansvar, idet straffbortfall inntreder automatisk etter mer objektive kriterier. At bestemmelsen utformes som en regel om straffbortfall sikrer dessuten at man unngår den prinsipielle diskusjonen knyttet til forholdet mellom forvaltningens og påtalemyndighetens kompetanse, jf. innvendingene som ble reist fra flere av høringsinstansene under høringen av departementets forslag til nye regler om lempning i 2008.

- (22) Konkurransetilsynet er videre enig med utvalget i at det er behov for å foreta en presisering av hvilke opplysninger som skal gis fra lempningssøker før en lempningssøknad anses komplett. De nye informasjonskravene vil kunne bidra til å heve kvaliteten på de lempningssøknadene som inngis til Konkurransetilsynet, og dette vil igjen kunne gjøre det enklere for Konkurransetilsynet å foreta en vurdering av om det er søkt om lempning eller ikke og om vilkårene for hel lempning er oppfylt eller ikke. Gjennom om å utforme informasjonskravene etter mønster av ESAs og Kommisjonens retningslinjer for bøtenedsettelse/bøtefritak oppnår man en ytterligere tilpasning av lempningsinstituttet til EU/EØS-retten, og dette vil bidra til å skape større grad av forutberegnelighet for foretak som søker lempning i ulike jurisdiksjoner. Konkurransetilsynet er videre enig i den lovtekniske løsningen som er valgt gjennom å samle alle bestemmelsene om lempning i konkurranseloven. Lempning blir et stadig viktigere verktøy i arbeidet med å håndheve konkurranselovgivningen, og det fremstår derfor som naturlig at disse reglene fremgår av loven. Når det gjelder vurderingen av lempning i vertikale forhold deler Konkurransetilsynet utvalgets oppfatning av at lempning normalt bare vil være aktuelt for karteller og lignende overtredelser av loven.
- (23) Når det gjelder utvalgets forslag om å innføre en ordning tilsvarende Kommisjonens og ESAs "marker-system", jf. lovforslaget § 32 annet ledd, stiller Konkurransetilsynet seg positiv til dette. Regelen er ny sammenlignet med gjeldende rett, og innebærer at et foretak som søker om hel lempning skal få registrert en prioritert rett til lempning mens det søker etter bevis for overtredelsen. Bestemmelsen vil sikre økt grad av notoritet og ryddighet i forbindelse med håndteringen av lempningssøknader, og dette vil igjen bidra til å skape økt tillit til lempningsinstituttet. Vilårene for å få prioritet følger av lovforslaget § 30 annet ledd, og er de samme som følger av overvåkningsorganenes kunngjøringer om bøtefritak avsnitt 15. Konkurransetilsynet er enig med utvalget i at det også her er hensiktsmessig med en harmonisering av regelverket, all den tid det vil kunne være aktuelt for foretak å kreve lempning i flere ulike jurisdiksjoner.

3.2 Til punkt 6.4 – bør overtredelsesgebyr fortsatt ilegges av Konkurransetilsynet?

- (24) *Utvalget* legger til grunn at verken Grunnloven § 96 eller EMK artikkel 6 er til hinder for å opprettholde dagens system med at Konkurransetilsynet legger overtredelsesgebyr administrativt og de berørte partene er henvist til å ta ut søksmål mot staten for å få prøvd vedtakets gyldighet. Utvalget finner støtte for dette standpunktet bl.a. i nyere rettspraksis fra EMD og EU-domstolen.
- (25) I den mer prinsipielle vurderingen av om dagens system bør videreføres ser utvalget nærmere på fordeler og ulemper ved gjeldende ordning, og det vurderes også ulike alternative løsninger. Utvalget har i denne forbindelse vurdert en modell med snudd søksmålsbyrde, og har i dette spørsmålet delt seg i et flertall og et mindretall. Flertallet finner ikke å kunne støtte en modell med snudd søksmålsbyrde, og begrunner dette bl.a. med at en slik løsning lett vil kunne lede til diskusjoner/forhandlinger om gebyrets størrelse som igjen vil kunne sette Konkurransetilsynet i en vanskelig situasjon og svekke tilliten til overtredelsesgebyr som sanksjonsform. Flertallet viser dessuten til at dagens modell er godt tilpasset det systemet som ellers gjelder for illeggelse og overprøving av administrative sanksjoner i norsk rett, og at ordningen for øvrig har mange likhetstrekk med systemet innenfor EU/EØS. Et mindretall i utvalget går inn for å overføre søksmålsbyrden ved Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr fra partene til Konkurransetilsynet. Mindretallet begrunner sitt syn bl.a. med at overtredelsesgebyr er en inngripende sanksjon, og at det er byrdefullt for en privat part å ha søksmålsbyrden i konkurransesaker som ofte er kompliserte og omfangsrrike. Mindretallet

peker videre på at en snudd søksmålsbyrde vil kunne skape mer kontradiksjon og åpenhet i forvaltningsprosessen, og at Konkurransetilsynet gis økte incentiver til grundighet og objektivitet.

- (26) Videre har utvalget vurdert om dagens modell bør legges tettere opp mot den ordningen som gjelder innenfor EU/EØS, jf. beskrivelsen av dette systemet i punkt 6.4.1.5 i utredningen. Et samlet utvalg mener det kan være hensiktsmessig at Konkurransetilsynet møter partene etter mønster av statusmøter/"State of Play meetings", og at det ikke er behov for et system med muntlige høringer i tillegg til dette. Et flertall i utvalget mener at prosedyren etter mønster av "State of Play meetings" bør fastsettes gjennom retningslinjer fra Konkurransetilsynet, mens et mindretall bestående av medlemmet Sundet foreslår å lovfeste en rett for parten til å kreve et møte med endelig beslutningstaker i Konkurransetilsynet. De nærmere detaljene knyttet til avviklingen av møtet foreslås regulert i forskrift.
- (27) Utvalget har også vurdert om det bør foreslås tiltak for å sette norske domstoler bedre i stand til å føre kontroll med Konkurransetilsynets vedtak. Et samlet utvalg konkluderer imidlertid med at det ikke anses hensiktsmessig å gi prosessuelle særregler for å bidra til dette i konkurranseloven. Utvalget peker imidlertid på viktigheten av en mer aktiv bruk av tvistelovens bestemmelser som åpner for økt innslag av fagkyndighet/skriftlighet.
- (28) Endelig foreslår et flertall i utvalget at det lovfestes en søksmålsfrist på 6 måneder fra partene mottok underretning om vedtaket om overtredelsesgebyr, jf. lovforslaget § 29 fjerde ledd nytt femte punktum.
- (29) *Konkurransetilsynet* er enig i utvalgets beskrivelse av gjeldende rett, og deler utvalgets syn på at verken Grunnloven § 96 eller EMK artikkel 6 er til hinder for å opprettholde ordningen med at Konkurransetilsynet ilegger overtredelsesgebyr med etterfølgende domstolsprøvelse.
- (30) Når det gjelder utvalgets mer prinsipielle diskusjon knyttet til alternativer til dagens ordning, er Konkurransetilsynet enig med utvalgets flertall i at det ikke bør innføres en regel om snudd søksmålsbyrde i saker om rettslig overprøving av vedtak om overtredelsesgebyr. Konkurransetilsynets hovedinnvending mot dette forslaget er at innføring av en form for "akseptfrist" på vedtak vil innebære et markant avvik fra den alminnelige forvaltningsretten hvor forvaltningsvedtak som hovedregel får virkning og iverksettes fra det tidspunktet de er avsagt. Når Konkurransetilsynet gjennom konkurranseloven er gitt kompetanse til å treffe vedtak om overtredelsesgebyr i første instans, synes en regel som enten forutsetter godkjenning fra partene eller de alminnelige domstoler indirekte å undergrave denne vedtakskompetansen.
- (31) Videre stiller både de materielle og prosessuelle reglene i konkurranseloven med forskrifter høye krav til faglig grundighet og objektivitet i saksbehandling fra Konkurransetilsynets side. I tillegg er det flere rettsikkerhetsgarantier innebygd i de saksbehandlingsreglene som følger av forvaltningsloven og offentleglova, og som Konkurransetilsynet plikter å følge i sin behandling av saker etter konkurranseloven. Konkurransetilsynet mener derfor at regelverket allerede stiller strenge krav til grundighet og objektivitet, og at det dermed er lite treffende å begrunne en regel om snudd søksmålsbyrde med behovet for dette. Konkurransetilsynet er dessuten enig med utvalgets flertall i at en regel om snudd søksmålsbyrde i praksis vil føre til at partene mer regelmessig vil henvende seg til Konkurransetilsynet for å diskutere og forhandle om størrelsen på det utmålte overtredelsesgebyret. En part vil, uavhengig av hvor sterkt eller svakt saken står, kunne utøve press mot Konkurransetilsynet for å få gebyret redusert under "trussel" om at vedtaket ellers ikke blir akseptert. En part vil i første rekke være opptatt av å ivareta sine egne interesser i saken, og enkelte parter vil også kunne bruke en regel om snudd søksmålsbyrde til å utøve press mot Konkurransetilsynet, med de ressursmessige konsekvenser dette vil kunne få. Som påpekt av utvalgets flertall vil dette forhandlingsaspektet kunne sette Konkurransetilsynet i en vanskelig situasjon, og med ytterligere fare for at tilliten til Konkurransetilsynets objektivitet og derigjennom overtredelsesgebyret som sanksjonsform, svekkes. Det faktum at overtredelsesgebyr er en inngripende sanksjon og at konkurransesaker ofte er kompliserte og omfangsrike, vil for øvrig etter Konkurransetilsynets vurdering være upåvirket av hvem som har søksmålsbyrden i denne typen saker.

- (32) Konkurransetilsynet kan på denne bakgrunn ikke se at det foreligger tilstrekkelig gode grunner til å foreta en omlegging av en ordning som er godt innarbeidet og som ellers er i overensstemmelse med norsk rettstradisjon.
- (33) Når det gjelder diskusjonen knyttet til å innføre muntlige høringer og statusmøter etter mønster av EU/EØS-retten, er Konkurransetilsynet i utgangspunktet positiv til tiltak som kan bidra til en tettere dialog mellom partene og tilsynet i prosessen frem til eventuelt vedtak. Samtidig er Konkurransetilsynet bevisst på at hensynet til kontradiksjon og gjennomsiktighet i prosessen må avveies mot hensynet til en effektiv saksbehandling. Konkurransetilsynet er videre opptatt av at eventuelle forslag knyttet til nye prosedyrer/saksbehandlingstrinn bør kunne tilpasses og være forenelig med det allerede etablerte systemet på en fornuftig måte. På denne bakgrunn er Konkurransetilsynet enig med utvalget i at en ordning med muntlige høringer ledet av en "høringsoffiser" fremstår som en svært unorsk løsning, og deler derfor utvalgets anbefaling om ikke å foreslå denne typen ordning.
- (34) Når det gjelder utvalgets forslag om å innføre et system der partene som etterforskes for mulige overtredelser av konkurranselovgivningen skal tilbys et eller flere møter underveis i prosessen mot endelig vedtak, vil Konkurransetilsynet peke på at det også innenfor dagens system er vanlig at denne typen møter avholdes mellom partene. Sett fra Konkurransetilsynets side vil både partene og konkurransemyndighetene helt opplagt ha interesse av at det avholdes møter underveis i saksbehandlingen slik at synspunkter kan utveksles og diskuteres.
- (35) Konkurransetilsynet er imidlertid noe i tvil om hvorvidt det er hensiktsmessig og/eller nødvendig å formalisere en bestemt prosedyre for slike møter etter mønster av EU/EØS-retten. Fordelen ved dagens mer uformelle ordning er at kontakten mellom Konkurransetilsynet og parten(e) kan tilpasses etter hvilken type sak det gjelder. Etterforskningsaker vil være ulike bl.a. med hensyn til alvorlighetsgrad, kompleksitet og omfang, og behovet for møter mellom parten(e) og tilsynets representanter vil derfor også variere fra sak til sak. I tillegg vil man innenfor et uformelt system ikke være bundet opp til å avholde møtet/møtene på bestemte tidspunkter i prosessen, men kan fastsette dette etter behov. En part som krever et møte med Konkurransetilsynet i anledning en etterforskningsak vil dessuten gjennomgående ha krav på dette i medhold av de generelle saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven. Konkurransetilsynet er heller ikke kjent med at aktørene opplever det som et problem i praksis at man ikke får de møtene man ønsker med tilsynet underveis i prosessen frem mot vedtak.
- (36) Konkurransetilsynet er til tross for dette kommet til at det støtter forslaget fra utvalgets flertall om at visse prosedyrer for den direkte kontakten mellom parten(e) og beslutningstakerne i tilsynet kan inntas i retningslinjer. Sett fra Konkurransetilsynets ståsted vil det være viktig at disse retningslinjene fungerer som et ytre rammeverk, og at det innenfor disse rammene vil være adgang til å tilpasse prosedyren til den enkelte sak. Et sentralt element i retningslinjene vil være at Konkurransetilsynet skal ha plikt til å tilby parten(e) ett eller flere nærmere beskrevne møter underveis i prosessen, men at det vil være frivillig for parten(e) om de ønsker å benytte seg av dette tilbudet. Konkurransetilsynet er videre enig med utvalgets flertall i at møtene bare skal tilbys de foretakene som etterforskes for overtredelser av konkurranseloven. Dersom klager og andre tredjeparter skulle gis anledning til å delta i disse møtene frykter Konkurransetilsynet at dette ville kunne gi et "skinn" av domstolsprosess i forvaltningen som vil være uheldig.
- (37) Konkurransetilsynet er videre enig med utvalgets flertall i at det kan være hensiktsmessig som et minimum å tilby et møte mellom partene og tilsynet etter at varsel er sendt i saken. Konkurransetilsynet er også åpent for at partene kan tilbys et møte også før dette tidspunktet. Endelig er Konkurransetilsynet enig med utvalgets flertall i at tilsynet selv bør utforme de nærmere retningslinjene for dette, og at det kan hentes inspirasjon fra Kommisjonens "Best Practices" knyttet til prosedyrene etter TEUV artikkel 101 og 102/EØS-avtalen artikkel 53 og 54.
- (38) Konkurransetilsynet er videre enig med utvalget i at det til tider kan oppleves som en utfordring å få domstolene til i tilstrekkelig grad å følge de konkurranserettslige resonnementene som partene og tilsynet fremfører i konkrete saker, og at det derfor kan være grunn til å vurdere tiltak for å sette domstolene bedre i stand til å føre kontroll med

Konkurransetilsynets vedtak. Samtidig deler Konkurransetilsynet utvalgets skepsis mot å foreslå prosessuelle særregler i konkurranseloven som åpner for større innslag av fagkyndighet og skriftlighet ved domstolsprøvingen. Særlig det hittil relativt beskjedne tilfanget av konkurranseerettssaker for domstolene og det faktum at tvisteloven allerede gir muligheter for økt bruk av fagkyndige meddommere og skriftlige redegjørelser, tilsier at det ikke bør foreslås særregler om dette i konkurranseloven. Når det i tillegg er tvil knyttet til om en slik lovregulering vil være egnet, er Konkurransetilsynet enig med utvalget i at mye kan oppnås gjennom økt fokus på de utfordringene som ligger i domstolsprøvingen og økt bevisstgjøring blant aktørene med hensyn til hvilke muligheter som ligger i tvistelovens bestemmelser.

- (39) Konkurransetilsynet støtter forslaget fra et flertall i utvalget om å lovfeste en 6 måneders søksmålsfrist for partene på vedtak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29. Konkurransetilsynet viser til at det er relativt vanlig at det i særlovgivningen fastsettes særskilte regler om søksmålsfrist, og at det fremstår som naturlig og hensiktsmessig at konkurranseloven også inneholder en slik hjemmel. Etter Konkurransetilsynets vurdering ivaretar en søksmålsfrist på 6 måneder både hensynet til at parten(e) skal få tid til å gjøre seg kjent med innholdet i vedtaket og vurdere prosessrisikoen, og hensynet til at Konkurransetilsynet har en legitim interesse av å kunne sette "sluttstrek" i en sak og til å frigjøre ressurser til andre oppgaver.

3.3 Til punkt 6.5 – beviskrav

- (40) *Utvalget* konkluderer i utredningen med at det bør gjelde et krav om klar sannsynlighetsovervekt ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29. Utvalget begrunner sitt syn bl.a. med at overtredelsesgebyr er en inngripende sanksjon som har store likhetstrekk med foretaksstraff, samt at grunnlaget for illeggelse av overtredelsesgebyr bygger på en konstatering av at foretaket eller noen som handler på foretakets vegne forsettlig eller uaktsomt har overtrådt konkurranseloven § 10 eller § 11. Videre legger utvalget til grunn at Høyesteretts avgjørelse i *Tine*-saken har klargjort at det gjelder et krav om klar sannsynlighetsovervekt. Utvalget har dessuten sett hen til hvilke krav til bevisets styrke som kan utledes av EMK artikkel 6 nr. 2 og av EU/EØS-retten. Utvalget foreslår imidlertid ikke en lovfesting av dette beviskravet i konkurranseloven, og viser til at det ikke er tradisjon for slik lovregulering i norsk rett.
- (41) For *Konkurransetilsynet* er spørsmålet om hvilket krav som skal stilles til bevisets styrke naturlig nok svært viktig. I den avveiningen som må foretas er hensynet til partenes rettssikkerhet grunnleggende, samtidig som hensynet til en effektiv håndhevelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser også må vektlegges. Siktemålet sett fra lovgivers side bør være å legge kravene til bevisets styrke på et nivå som i tilstrekkelig grad sikrer ivaretagelse av disse kryssende hensynene. Dersom beviskravet settes for høyt vil dette kunne vanskeliggjøre Konkurransetilsynets oppgave med å håndheve forbudene i § 10 og § 11.
- (42) Når det gjelder det konkrete forslaget fra utvalget om å oppstille et krav om klar sannsynlighetsovervekt ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, er Konkurransetilsynet i utgangspunktet av den oppfatningen at dette vil innebære at beviskravet settes for høyt. Konkurransetilsynet har i likhet med departementet i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 117 vanskelig for å se at det foreligger særlige hensyn i saker om konkurranseerettslige overtredelsesgebyr som tilsier at det skal oppstilles spesielle krav til bevisets styrke, ut over det som følger av alminnelige bevisregler i sivile saker. Som påpekt av departementet den gang vil et strengere beviskrav innebære en skjev vektning av hensynet til samfunnets og forbrukernes interesse i riktig pris opp mot foretakenes interesse i ikke å bli ilagt gebyr for en overtredelse de mener det ikke er grunnlag for. Konkurransetilsynet mener at det ikke er grunnlag for å legge mindre vekt på hensynet til samfunnet og forbrukerne i denne avveiningen, og at det derfor heller ikke er grunnlag for å fravike alminnelige bevisreglene i sivilprosessen.
- (43) Samtidig erkjenner Konkurransetilsynet at Høyesteretts avgjørelse i *Tine*-saken har endret rettskildesituasjonen i vurderingen av dette spørsmålet. Konkurransetilsynet peker imidlertid på at uttalelsene vedrørende beviskravet er knappe og at de kan etterlate et inntrykk av at Høyesterett ikke har ment å ta endelig stilling til hvilket beviskrav som skal gjelde på dette

rettsområdet. Konkurransetilsynet mener derfor at utvalget går for langt når det legger til grunn at "rettstilstanden er klarlagt" gjennom denne dommen. Slik Konkurransetilsynet tolker dommen har Høyesterett tatt stilling til hvorvidt lagmannsretten har lagt et for lavt beviskrav til grunn, og besvarer dette spørsmålet benektende. Videre har Høyesterett lagt til grunn at den "oppfatter" lagmannsrettens krav til bevisets styrke som et krav om klar sannsynlighetsovervekt. Sett fra Konkurransetilsynets ståsted ville det vært naturlig å se hen til bl.a. de klare uttalelsene om beviskravet i lovens forarbeider dersom det var meningen å avklare rettstilstanden.

- (44) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at det etter Høyesteretts avgjørelse i Tine-saken kan argumenteres for at beviskravet ved illeggelse av konkurranserettslige overtredelsesgebyr ligger høyere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, men samtidig ikke høyere enn klar sannsynlighetsovervekt. Hvor på denne "skalaen" beviskravet ligger, synes ikke å være endelig avklart gjennom rettspraksis. Konkurransetilsynet erkjenner at dersom man uansett må legge til grunn at beviskravet ligger over alminnelig sannsynlighetsovervekt, kan det bli en vel teoretisk øvelse å argumentere for hvor beviskravet nærmere bør ligge. Som understreket av utvalget vil et strengere beviskrav bare referere seg til de faktiske omstendighetene i saken, og i praksis vil det ofte være slik at det uansett foreligger klar sannsynlighetsovervekt for disse forholdene i tilsynets vedtak om brudd på lovens forbudsbestemmelser.
- (45) Oppsummert er Konkurransetilsynet av den oppfatningen at det *de lege lata* ikke er endelig avklart hvilket beviskrav som skal legges til grunn ved illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven, men at det etter Tine-saken kan argumenteres for at beviskravet ligger over alminnelig sannsynlighetsovervekt. *De lege ferenda* er Konkurransetilsynet av den oppfatningen at beviskravet likevel bør ligge på alminnelig sannsynlighetsovervekt. Uavhengig av hvor beviskravet settes er Konkurransetilsynet enig med utvalget i at det uansett ikke er naturlig å foreslå en lovfesting av beviskravet i konkurranseloven.

3.4 Til punkt 6.6 – forliksprosedyre i kartellsaker

- (46) Utvalget har ikke prioritert å utrede behovet for og eventuelle fordeler av en forliksprosedyre etter mønster av kommisjonsforordning (EF) nr. 773/2004 artikkel 10a og ODA protokoll 4 kapittel III artikkel 10a. Utvalget viser til at erfaringene med ordningen fra overvåkningsorganene fortsatt er begrenset, og at man heller ikke er kjent med hvilke erfaringer de medlemsstatene i EU som har innført en forliksprosedyre har hatt. Departementet peker i høringsbrevet på at bruken av forliksprosedyre er økende både overnasjonalt og nasjonalt i EU/EØS, og at det er rapportert positive erfaringer med ordningen. På denne bakgrunn er departementet interessert i høringsinstansenes synspunkter på innføring og eventuelt utforming av en slik ordning i norsk konkurranserett.
- (47) Konkurransetilsynet legger til grunn at forliksløsninger i konkurranselovgivningen er relativt utbredt internasjonalt, og at det som departementet peker på synes å være en tendens i økt bruk av forlik både overnasjonalt og nasjonalt. Et overordnet kjennetegn ved denne typen håndhevingsinstrument er imidlertid at det er store variasjoner både med hensyn til hvordan man har valgt å regulere/forankre kompetansen og med hensyn til utformingen av det nærmere innholdet i forliksløsningen. Som påpekt i rapporten "Cartel settlements – Report to the ICN Annual Conference" (2008) henger denne variasjonen nært sammen med at det også er store ulikheter mellom jurisdiksjoner når det gjelder hvilket regime som ellers gjelder for håndheving av karteller. I tillegg pekes det i rapporten på at innføringen av en vellykket forliksprosedyre videre vil avhenge av faktorer som hvem som kan sanksjoneres ved kartelldeltakelse og hvilke typer sanksjoner som er tilgjengelige, samt for øvrig hvilket rettslig, konstitusjonelt og politisk rammeverk som er gjeldende i den aktuelle jurisdiksjonen.
- (48) Etter det Konkurransetilsynet kjenner til har Kommisjonen siden innføringen av forlikskompetansen i 2008 og frem til utgangen av 2011 løst fem kartellsaker ved bruk av dette instrumentet. Konkurransetilsynet er ikke kjent med at ESA så langt har benyttet den tilsvarende kompetansen. Av vedlegg A til den nevnte ICN-rapporten fremgår det at Australia, Brasil, Canada, Israel, Sveits og USA har innført forliksprosedyrer i kartellsaker. Når det gjelder utbredelsen av forliksløsninger blant medlemsstatene i EU, er det etter det Konkurransetilsynet kjenner til 13 medlemsstater som praktiserer ulike ordninger med forlik

ved overtredelser av konkurranselovgivningen. Det foreligger imidlertid relativt store variasjoner mellom disse jurisdiksjonene med hensyn til reguleringsmåte. Etter det Konkurransetilsynet har kunnet bringe på det rene har bl.a. Frankrike, Tyskland, Danmark, Sverige, Malta og Estland innført et mer formelt/uttrykkelig lovfestet system knyttet til kompetansen til å inngå forlik, mens eksempelvis Storbritannia praktiserer adgangen til å inngå forlik mer fleksibelt (fra sak til sak tilnærming), og der kompetansen til å inngå forlik ligger innenfor myndighetenes mer generelle skjønnsutøvelse ved håndhevingen av konkurransereglene.

- (49) Når det gjelder det nærmere innholdet i de formelt nedfelte forliksordningene, foreligger det også relativt store variasjoner. Konkurransetilsynet peker i denne sammenheng på at maksimumsnivået på innvilget rabatt under en forliksløsning synes å variere fra 10 til 25 prosent, og at den svenske ordningen med forlik ikke innrømmer foretakene noen rabatt i det utmålte gebyret overhodet. Det foreligger ellers variasjoner mellom jurisdiksjonene når det gjelder hvilken nasjonal myndighet som er gitt kompetanse til å inngå forlik, og hvilke prosedyrer som hhv. myndighetene og foretakene må følge når en sak følger "forlikssporet". Videre viser Konkurransetilsynet til at et fellestrekk ved reguleringen av forlik på medlemsstatsnivå er at adgangen til å inngå forlik ikke er begrenset til kartellsaker, slik tilfellet er for modellen som er valgt på EU/EØS-nivå. I forlengelsen av dette synes det så langt bare å være Malta som har valgt å utforme forliksprosedyren direkte etter mønster av kommisjonsforordning 622/2008, gjennom en lovendring i mai 2011.
- (50) Utviklingen internasjonalt både med hensyn til utbredelsen av forliksløsninger og erfaringene med disse så langt kan tilsi at dette også er en ordning som bør innføres for norsk retts vedkommende. I tillegg til dette mener Konkurransetilsynet det finnes andre gode argumenter som kan støtte innføring av en forliksprosedyre etter mønster av EU/EØS-retten i konkurranseloven.
- (51) Hovedformålet med å innføre en forliksprosedyre er ønsket om å effektivisere saksbehandlingen i kartellsaker. Ved at foretaket erkjenner overtredelsen og frasier seg visse prosessuelle rettigheter, vil det være mulig å gjennomføre en raskere og enklere saksbehandling. En mer effektiv saksbehandling vil være ressursbesparende for konkurransemyndighetene, som vil kunne behandle flere saker på kortere tid. En adgang til å inngå forlik i kartellsaker vil dermed gjøre det mulig å komme med en mer tidsnær reaksjon på overtredelsen, noe som vil kunne øke aktørenes tillit til Konkurransetilsynets håndheving av konkurransereglene. Økt håndheving vil igjen kunne ha en avskrekkende effekt og sikre mer etterlevelse av regelverket. Dessuten vil en forliksprosedyre redusere risikoen for at en sak klages inn for domstolene med de konsekvensene dette vil ha for ressursbruken.
- (52) En raskere og enklere saksbehandling vil også komme foretakene som etterforskes til gode, ved at det kan spares inn på de ressursene som er knyttet opp til å håndtere overtredelsessaken. I tillegg til dette vil det kunne ha en egenverdi for foretakene å ha anledning til å inngå forlik med konkurransemyndighetene når en overtredelsessak er avdekket, idet dette vil kunne gi en positiv signaleffekt og redusere det omdømmetapet som en kartellsak "i full bredde" vil kunne gi.
- (53) Ved en forliksprosedyre vil Konkurransetilsynets varsel og vedtak i saken være mer strømlinjeformet enn når saken behandles i det ordinære sporet. En konsekvens av dette vil være at tredjeparter som vurderer erstatningssøksmål mot kartelldeltakeren normalt vil ha færre opplysninger/bevis å bygge på i vurderingen av om erstatningskrav skal fremmes. Et foretak som frykter privat håndheving vil på denne bakgrunn kunne se seg tjent med å inngå forlik med myndighetene.
- (54) Sett fra Konkurransetilsynets ståsted vil innføring av en forliksprosedyre i konkurranseloven innebære et nytt verktøy som kan benyttes i håndheverrollen, og dette vil gi større fleksibilitet og muligheter til å tilpasse håndhevingen etter hvilken type sak en står overfor. Det vises til at bindende tilsagn etter lovforslaget § 12 tredje ledd normalt ikke skal kunne benyttes i kartellsaker, og at en ordning med forlik - hvor nettopp kartellsaker er virkeområdet - derfor vil være et viktig supplement til ordningen med bindende tilsagn.

- (55) Det kan imidlertid også reises visse innvendinger mot å innføre en forliksprosedyre i konkurranseloven. Konkurransetilsynet viser i denne sammenheng til at dersom man aksepterer en mildere reaksjon for å spare ressurser vil dette kunne begrense den avskrekkende effekten håndhevingen av regelverket er ment å gi. Det kan også være grunn til å stille spørsmål ved om en 10 prosent reduksjon i gebyret vil gi tilstrekkelige incentiver hos foretakene til at forlik vil fremstå som en attraktiv løsning. I tillegg kan det diskuteres hvor reelle besparelsene i konkurransemyndighetenes saksbehandling vil bli når det uansett må utformes varsel og vedtak i saken. Konkurransetilsynet peker også på at det kan reises prinsipielle innvendinger mot "plea bargaining" og at det kan gi uheldige signaler at myndighetene begir seg inn på en form for diskusjon med lovovertrederen om hvilken reaksjon som skal gis.
- (56) Til tross for disse innvendingene er Konkurransetilsynet kommet til at det stiller seg positiv til at det innføres en forliksprosedyre etter mønster av EU/EØS-retten i konkurranseloven. Utviklingen internasjonalt er etter Konkurransetilsynets vurdering et tungtveiende argument for også å ha en slik ordning i norsk rett. Erfaringene med forliksløsninger fra andre land tilsier imidlertid at det vil kunne ta noe tid før en forliksprosedyre får "festnet seg". Konkurransetilsynet innser at det relativt lave antallet kartellsaker i Norge sammenlignet med andre jurisdiksjoner gjør det vanskelig å argumentere for at man har fått et etablert gebyrnivå i norsk konkurranserett. På denne bakgrunn vil det nok være slik at enkelte foretak enn så lenge vil se seg bedre tjent med å få prøvd nivået på overtredelsesgebyret for domstolene. Konkurransetilsynet legger til grunn at det ikke er uvanlig at innføringen av nye prosedyrer i lovgivningen må gå seg til i praksis, og at dette i seg selv ikke er et argument mot å innføre en forliksprosedyre.
- (57) Når det gjelder den konkrete utformingen av bestemmelsen foreslår Konkurransetilsynet at man i størst mulig grad legger seg opp til den utformingen som er valgt i kommisjonsforordning (EF) nr. 773/2004 artikkel 10a og ODA protokoll 4 kapittel III artikkel 10a. Det vises til at utvalget har valgt denne tilnærmingen ved utformingen av sitt lovforslag knyttet til bindende tilsagn, som bygger på rådsforordning nr. 1/2003 artikkel 9. Når det gjelder den nærmere plasseringen av bestemmelsen i konkurranseloven, mener Konkurransetilsynet at det er viktig at bestemmelsen holdes adskilt fra bestemmelsene om lempning. En forliksløsning representerer i motsetning til lempning ikke et etterforskningsverktøy, og det synes derfor å være uheldig dersom disse verktøyene skulle bli sett på i direkte sammenheng med hverandre. Konkurransetilsynet antar at det kan være hensiktsmessig å gi en egen bestemmelse om dette i konkurranseloven, f.eks. som en ny § 29a etter den generelle hjemmelen til å gi overtredelsesgebyr.

4 Prosess og etterforskning

4.1 Til 7.3 – opplysningsplikt

- (58) *Utvalget* har vurdert forholdet mellom opplysningsplikten etter konkurranseloven § 24 og vernet mot selvinkriminering. Når det gjelder vernet mot selvinkriminering for fysiske personer finner utvalget ikke grunnlag for å foreslå noen endringer. Utvalget legger til grunn at det etter gjeldende rett er en viss usikkerhet forbundet med om et individ kan anses for å være "straffsiktet" i EMK artikkel 6 forstand allerede under Konkurransetilsynets behandling av saken, der påtalemyndigheten ikke er involvert. Videre legger utvalget til grunn at Høyesterett har innrømmet foretak et visst vern mot selvinkriminering, og at det samme må gjelde etter konkurranseloven. Det foreslås at vernet etter konkurranseloven skal gis samme utstrekning som foretaks vern mot selvinkriminering etter EU/EØS-retten. Utvalget har heller ikke på dette punktet ansett det nødvendig å gi en særskilt bestemmelse om dette i konkurranseloven, siden foretak uansett vil kunne påberope seg vern etter EMK og høyesterettspraksis.
- (59) *Konkurransetilsynet* deler utvalgets vurdering av fysiske personers vern mot selvinkriminering etter gjeldende rett, og slutter seg til de grunnene som utvalget angir for ikke å foreslå noen nærmere regulering av dette vernet i konkurranseloven. Når det gjelder foretak er Konkurransetilsynet enig med utvalget i at det med utgangspunkt i nyere høyesterettspraksis må legges til grunn at også disse har et visst vern mot selvinkriminering. I likhet med utvalget

finner Konkurransetilsynet at det kan være gode grunner for å praktisere dette vernet på samme måte som i EU/EØS-retten, bl.a. ved at anvendelsen av de samme retningslinjene i ulike land vil kunne bidra til økt forutsigbarhet både for foretakene og konkurransemyndighetene.

- (60) Når det gjelder spørsmålet om hvordan vernet som følger av EU/EØS-retten best kan innpasses i konkurranselovens system, er Konkurransetilsynet enig med utvalget i at foretakenes selvinkrimineringsvern ved håndhevelse av konkurranseloven skal fortolkes i samsvar med EU-domstolens praksis. Det anses derfor verken nødvendig eller naturlig i tillegg å lovfeste dette vernet i konkurranseloven, og Konkurransetilsynet støtter dermed ikke den alternative formuleringen av vernet som er inntatt i utredningen. Når det gjelder spørsmålet om det foreligger prosessuelle ulikheter mellom norsk rett og EU/EØS-retten som kan tilsi at det gjøres visse praktiske tilpasninger, viser utvalget til at vernet i EU/EØS-retten har blitt formulert som en begrensning i hvilke spørsmål som overvåkningsorganene lovlig kan stille. I likhet med utvalget finner Konkurransetilsynet at en slik begrensning vil kunne være problematisk sammenholdt med norsk avhørspraksis. Problemstillingen vil være om Konkurransetilsynet også må pålegges tilsvarende begrensning mht. hvilke type spørsmål det lovlig kan stille, eller om man kan legge til grunn vernet som følger av EU/EØS-retten uten å måtte foreta denne typen tilpasninger i avhørspraksis.
- (61) Konkurransetilsynet forstår utvalget slik at det ikke tar endelig stilling til dette spørsmålet, jf. diskusjonen på side 87-88 i utredningen. Utvalget peker på at det i en avhørssituasjon vil være opp til foretaket å påberope selvinkrimineringsvernet, ved å vise til at det ikke er forpliktet til å besvare visse spørsmål, samtidig som konkurransemyndighetene vil ha et selvstendig ansvar for å opplyse foretaket om dets rettigheter og unngå å stille spørsmål som foretaket åpenbart ikke er forpliktet til å svare på. Konkurransetilsynet er enig i at selvinkrimineringsvernet vil bli godt ivaretatt gjennom et slikt "samspill" mellom aktørene, og at det ikke er nødvendig å fastsette absolutte skranker mht. hvilke spørsmål som lovlig kan stilles. Dersom det likevel skulle vise seg å være behov for å fastsette noen nærmere retningslinjer for den praktiske ivaretagelsen av selvinkrimineringsvernet, er Konkurransetilsynet enig med utvalget i at den gjeldende forskriftshjemmel i konkurranseloven § 24 femte ledd kan benyttes.

4.2 Til 7.4 – bevissikring og beslag

- (62) *Utvalget* foreslår en tydeliggjøring av at beslutninger om bevissikring skal angi kontrollens gjenstand, jf. utvalgets lovforslag § 25 tredje ledd. Når det gjelder adgangen til å ta beslag foreslår utvalget at hovedregelen skal være at beslag tas i form av kopier, og viser til at en slik regel vil være i samsvar med EU/EØS-retten. Utvalget foreslår imidlertid at det skal være anledning til å beslaglegge originaldokumenter der de antas å ha en særskilt bevisverdi, eller der bevisverdien vil reduseres ved kopiering. I slike tilfeller skal foretakene ha rett til å beholde en kopi. Videre foreslår utvalget at foretak skal kunne være tilstede ved Konkurransetilsynets gjennomgang av databeslaget for å kunne bidra til å identifisere beslagsfritt materiale.
- (63) *Konkurransetilsynet* er bevisst på at en bevissikring oppleves som et inngripende tiltak overfor foretak, og har derfor forståelse for at et foretak som utsettes for kontroll har et visst behov for å få informasjon om hva det er mistenkt for. Den kontrollertes informasjonsbehov må imidlertid avveies mot at rettens beslutning ikke går for langt i å angi bakgrunnen for bevissikringen, idet dette vil kunne skade den videre etterforskningen av saken. Konkurransetilsynet mener at forslaget som utvalget har fremmet balanserer de nevnte hensynene på en god måte, og finner derfor å kunne støtte dette. Som fremhevet av utvalget vil en positiv tilleggseffekt av forslaget være at når foretaket får noe mer informasjon om bakgrunnen for kontrollen vil dette kunne sette det bedre i stand til å foreta en vurdering av om det bør søke om lempning. Konkurransetilsynet finner imidlertid grunn til - på samme måte som utvalget - å presisere viktigheten av at bestemmelsen ikke skal forstås som en begrensning i tilsynets kompetanse til å ta beslag.
- (64) Spørsmålet om beslagsform er av særlig stor praktisk betydning for Konkurransetilsynet siden dette legger rammene for tilsynets etterforskning og håndheving i enkeltsaker. Dagens løsning med at Konkurransetilsynet kan ta beslag i originale dokumenter har opplagt flere fordeler,

både sett fra myndighetenes og foretakenes ståsted. Ved å beslaglegge originaldokumenter sikres den selvstendige bevisverdien som kan ligge i slike dokumenter, og etterforskningen vil beskyttes ved at foretaket ikke har krav på en kopi av de beslaglagte dokumentene. Et særlig viktig argument for dagens løsning er at originalbeslag muliggjør at foretakene langt på vei kan være operative både under og etter bevissikringen, idet et originalbeslag normalt innebærer at bevissikringen kan gjennomføres på kortere tid enn et kopibeslag. I tillegg kan det argumenteres for at en regel om originalbeslag reduserer risikoen for at Konkurransetilsynet går glipp av dokumenter som etter at bevissikringen er gjennomført viser seg å være av sentral betydning for saken. Det kan også pekes på at det er innebygd visse sikkerhetsventiler i dagens ordning som gjør det mindre betenkelig å ta originalbeslag. Det vises her til at beslaget kan prøves for retten på ethvert tidspunkt i prosessen, og at tilsynet har etablert en praksis med fortløpende vurdering og tilbakelevering av originaldokumenter og eventuelle kopier. I tillegg vises det til at tilsynet normalt gir en kopi av beslaglagte dokumenter til foretaket, så fremt dette ikke vil være til skade for etterforskningen.

- (65) Når dette er sagt innser Konkurransetilsynet at ordningen med originalbeslag uten kopi til foretakene representerer en særregel sammenlignet med rettstilstanden i EU/EØS og med våre naboland. Når berettigelsen av denne særnorske bestemmelsen i tillegg er til dels omstridt, og et samlet utvalg foreslår en tilnærming til EU/EØS-retten, legger Konkurransetilsynet til grunn at man vanskelig kommer utenom en endring i rettstilstanden på dette punktet. Når dette er situasjonen, mener Konkurransetilsynet at utvalgets lovforslag er utformet på en måte som gjør at noen av hovedinnvendingene mot en ordning med kopibeslag er søkt imøtegått. Konkurransetilsynet viser til at selv om det foreslås en overgang fra en hovedregel om originalbeslag til en hovedregel om kopibeslag, vil det fortsatt være adgang til å ta beslag i originaler dersom disse antas å ha en særskilt bevisverdi eller der bevisverdien vil reduseres ved kopiering. Konkurransetilsynet mener det er viktig at det presiseres i forarbeidene til bestemmelsen at dette unntaket ikke skal praktiseres strengt, og at typisk håndskrevne notater, notatblokker, almanakker mv. normalt på antas å ha en slik særlig bevisverdi som loven krever. I flere av Konkurransetilsynets saker har slike dokumenter utgjort sentrale bevis for at overtredelse av konkurransereglene har skjedd, og det er derfor viktig at slike dokumenter i stor utstrekning fortsatt kan beslaglegges i original. Konkurransetilsynet mener dessuten at det i de tilfellene der det kan tas originalbeslag ikke bør oppstilles en regel om at foretaket har rett til en kopi, og begrunner dette i hensynet til etterforskningen. Konkurransetilsynet går derfor i mot siste del av utvalgets forslag på dette punktet, jf. lovforslaget § 25 annet ledd annet punktum.
- (66) Konkurransetilsynet finner også grunn til å fremheve at omleggingen vil få relativt store praktiske konsekvenser for hvordan bevissikringer gjennomføres. Vurderingen av hva som skal kopieres/ikke kopieres og hva som eventuelt skal tas med i original, vil nødvendigvis kreve noe tid. Dernest vil selve jobben med å kopiere beslaget kunne ta betydelig tid, alt ettersom hvor omfattende sak en står overfor og hvor mange personer fra Konkurransetilsynet som deltar på bevissikringen. Det er fra Konkurransetilsynets side viktig at foretakene er tilstrekkelig klar over hvilke konsekvenser forslaget vil ha for hvor lang tid det vil ta å gjennomføre en bevissikring. Konkurransetilsynet legger til grunn at det kan bli behov for å fastlegge nærmere regler for den praktiske avviklingen av kopibeslag, og mener at den gjeldende forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 25 kan anvendes for dette formålet.
- (67) Konkurransetilsynet legger videre til grunn at det kan være behov for særskilte regler for håndteringen av speilkopiert materiale, og støtter derfor utvalgets forslag om å lovfeste en egen prosedyre for gjennomgang av denne typen beslag. I praksis har det oppstått en del problemstillinger særlig knyttet til advokatprivilegiet, og hvordan man skal unngå at Konkurransetilsynet får kunnskap om slikt beslagsfritt materiale under sin gjennomgang av databeslaget. Den foreslåtte prosedyren vil kunne bidra til at håndteringen av denne typen beslag blir mer smidig, og dette vil kunne frigjøre ressurser både hos tilsynet og foretakene. Konkurransetilsynet mener videre at den foreslåtte bestemmelsen balanserer hensynet til raskt å få identifisert dokumenter som er underlagt taushetsplikt og hensynet til effektivitet/fremdrift i etterforskningen på en god måte. Konkurransetilsynet er enig med utvalget i at tidspunktet for når den kontrollerte eller dennes representant skal ha rett til å være til stede settes til når

den innledende tekniske bearbeidingen av databaseslaget er ferdig. Før denne tekniske bearbeidingen vil dokumentene f.eks. ikke være lesbare/søkbare, og det vil derfor ha lite for seg at den kontrollerte eller dennes representant er tilstede allerede på dette tidspunktet. Konkurransetilsynet er dessuten enig med utvalget i at det ikke synes å være behov for å lovfeste den kontrollertes adgang til å sende inn en liste over hvilke dokumenter som denne mener er underlagt taushetsplikt, idet den kontrollerte uansett vil ha rett til å gi Konkurransetilsynet en orientering om dette.

5 Kontroll med foretakssammenslutninger

- (68) Utvalget foreslår betydelige endringer i reglene for kontroll med foretakssammenslutninger slik at disse i større grad blir harmonisert med EU/EØS-reglene, samt med regelverkene i Sverige og Danmark. Blant annet foreslår utvalget endringer i inngrepsvilkåret, herunder innføring av en konsumentvelferdsstandard, samt endringer i reglene for avhjelpende tiltak og forvalterordningen. Videre anbefaler utvalget en betydelig heving av terskelverdiene og flere endringer når det gjelder reglene om meldeplikt og prosess. Utvalget foreslår også enkelte endringer vedrørende atferdsmessige aspekter/tilknyttede begrensninger og klageordningen.
- (69) *Konkurransetilsynet* er generelt positiv til de endringer som foreslås, og synes at avveiningene som utvalget har foretatt i all hovedsak fremstår som fornuftige. Konkurransetilsynet har imidlertid bemerkninger til enkelte av forslagene som er lagt frem, dette gjelder særlig hvilken velferdsstandard som skal legges til grunn og anbefalingen om å heve terskelverdiene betydelig.

5.1 Til punkt 8.5.2 – inngrepsvilkår

5.1.1 Konkurransbegrensningskriteriet

- (70) *Utvalget* foretar en grundig gjennomgang av hvordan konkurransebegrensningskriteriet i gjeldende lovs § 16 forholder seg til inngrepskriteriet i EU/EØS, og foreslår på denne bakgrunn en fullstendig harmonisering med EU/EØS-retten for så vidt gjelder inngrepskriteriet.
- (71) *Konkurransetilsynet* er i likhet med utvalget av den oppfatning at hensynet til harmonisering med EU/EØS-retten er et tungtveiende argument, og at dette tilsier at det bør foretas en endring av konkurransebegrensningskriteriet. Konkurransetilsynet er enig med utvalget i at dette vil bidra til økt forutberegnelighet for foretakene, særlig vil dette gjelde for foretak som opererer internasjonalt. En konsekvens av harmonisering er at praksis og retningslinjer fra EU/EØS og andre land med tilsvarende materiell inngrepshjemmel vil være direkte relevant for praktiseringen av reglene i Norge, hvilket vil være viktig i denne typen prosesser hvor bl.a. raske avklaringer er av betydning for foretakene.
- (72) Konkurransetilsynet tiltrer videre utvalgets beskrivelse av forskjellene mellom konkurransebegrensningskriteriet i norsk rett og EU/EØS-regelverket, jf. utredningen punkt 8.5.2.1.3.
- (73) Utvalget har foreslått at ordlyden harmoniseres fullt ut i samsvar med EU/EØS-retten. Utvalget begrunner dette med at man på den måten sikrer at ordlyden materielt sett blir å forstå på samme måte. Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det ikke hensiktsmessig med en full harmonisering, da tilsynet ikke ser det som hensiktsmessig at det såkalte dominanstillægget innføres i norsk rett. Bakgrunnen for at dominanstillægget er en del av ordlyden i EU/EØS-regelverket er i all hovedsak historisk betinget. Dominans er imidlertid bare en av flere mulige måter konkurransen kan begrenses på som følge av en foretakssammenslutning, jf. ordlyden hvor det heter "in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position". Etter endringen i inngrepskriteriet i EU/EØS fra dominanstesten til SIEC-testen, som blant annet medfører at det både kan gripes inn mot koordinerte og ikke-koordinerte effekter, synes dominanstillægget etter Konkurransetilsynets vurdering å ha liten selvstendig og/eller praktisk betydning.
- (74) Hvorvidt det bør legges konkrete føringer på praktiseringen av inngrepsvilkåret gjennom eksempelvis konsentrasjonsindekser mv, er Konkurransetilsynet enig med utvalget i at dette

best overlates til praksis. Utvalget har i denne forbindelse pekt på at det er ønskelig at Konkurransetilsynet utarbeider nærmere retningslinjer for vurderingen. Konkurransetilsynet støtter utvalget i at det kan være hensiktsmessig at det utarbeides retningslinjer for hva som legges til grunn som retningsgivende for hvilke foretakssammenslutninger Konkurransetilsynet skal/vil se nærmere på.

5.1.2 Velferdsstandard

- (75) *Utvalget er av den oppfatning at konkurranseloven § 16 skal bygge på en konsumentvelferdsstandard, uten at det foreslås endringer i konkurranselovens formålsbestemmelse. Utvalget viser til at departementet i sin vedtakspraksis har lagt til grunn en totalvelferdsstandard ved behandling av foretakssammenslutninger. Både hensynet til harmonisering med regelverket i EU/EØS, og hensynet til økt forutberegnelighet for foretakene gjør seg gjeldende, og dette er avgjørende for utvalgets forslag om at det bør legges til grunn en konsumentvelferdsstandard.*
- (76) *Konkurransetilsynet er enig med utvalget i at harmoniseringshensynet gjør seg gjeldende med hensyn til hvilken velferdsstandard som bør legges til grunn. Særlig gjelder dette dersom utvalgets forslag om å innføre den såkalte SIEC-testen gjennomføres i konkurranseloven. En harmonisering når det gjelder inngrepsvilkåret – herunder innføring av både SIEC-testen og en konsumentvelferdsstandard – vil gi økt forutberegnelighet for markedsaktørene, og særlig gjelder dette for flernasjonale virksomheter. Dette vil videre medføre at retningslinjer og praksis fra EU/EØS vil være anvendelig på en annen måte enn tidligere, da disse kildene vil være direkte relevante for konkurransemyndighetenes vurderinger.*
- (77) *Konkurransetilsynet mener imidlertid at det å anvende en ren konsumentvelferdsstandard vil kunne ha noen uheldige virkninger, særlig i markedet for kjøp og salg av virksomheter (selskapskontroll).*
- (78) *I markedet for selskapskontroll skapes verdier gjennom eierskifte. En ny eier kan bl.a. gjøre endringer i kapitalstruktur, ledelse og organisering for å effektivisere driften av foretaket. Videre kan en ny eier bidra til at synergieffekter realiseres. Dette kan for eksempel gjelde stordriftsfordeler i produksjonen, spesialiseringsgevinster, overføring av kompetanse og økt forhandlingsmakt vis a vis leverandører.*
- (79) *Det å ha et effektivt marked for selskapskontroll er viktig for å gi ledelsen incitamenter til å drive mest mulig effektivt samt skape størst mulig verdier for eierne. Foretak som er eller oppfatter at de er beskyttet fra markedet for selskapskontroll, kan bli administrasjonsstyrte og vil kunne sløse med ressursene. Faren med å velge en ren konsumentvelferdsstandard er at de nevnte incitamenter svekkes, herunder at resultatet er redusert verdiskapning. Det at verdiene tilfaller eierne og ikke utelukkende forbrukerne er, etter Konkurransetilsynets oppfatning, ikke tilstrekkelig for å gripe inn mot en foretakssammenslutning.*
- (80) *Konkurransetilsynet finner på den annen side grunn til å stille spørsmål ved dagens praksis knyttet til vurderingen av foretakssammenslutninger hvor økt pris som følge av foretakssammenslutningen ikke regnes som en samfunnsøkonomisk kostnad. På dette området mener Konkurransetilsynet at det er inkonsistens mellom forbudet mot ulovlig prissamarbeid og fusjonskontrollen. Når det gjelder virkninger på pris må det derfor, etter tilsynets oppfatning, legges til grunn samme standard som ved ulovlig prissamarbeid. Ved en prisøkning skal følgelig hele inntektsoverføringen fra konsument til produsent regnes som en samfunnsøkonomisk kostnad.*
- (81) *Avslutningsvis bemerkes at Konkurransetilsynet deler utvalgets syn på at en overgang fra totalvelferdsstandard til konsumentvelferdsstandard isolert sett innebærer at terskelen for inngrep senkes, og at forslaget derfor må ses i sammenheng med endringene som foreslås i konkurransebegrensningskriteriet. Konkurransetilsynet er derfor enig med utvalget i at det er en nødvendig forutsetning for innføring av en konsumentvelferdsstandard at utvalgets forslag om endring av konkurransebegrensningskriteriet også blir gjennomført.*

5.2 Til punkt 8.5.3 – inngrepskompetansen

- (82) Utvalget vurderer to særlige aspekter ved inngrepskompetansen. Dette gjelder prosedyrene for avhjelpende tiltak, herunder kompetansen til å gjøre disse bindende for partene, og dernest forvalterordningen.

5.2.1 Avhjelpende tiltak

- (83) *Utvalget viser til at det er behov for å innføre en hjemmel til å gjøre avhjelpende tiltak bindende for partene uten at saken er gjenstand for en fullstendig utredning. Det foreslås derfor inntatt i loven at tilsynet på ethvert tidspunkt i saksbehandlingen skal kunne akseptere avhjelpende tiltak foreslått av melder(ne) hvis tilsynet finner at disse vil avhjelpe de konkurransebegrensende virkningene transaksjonen fører til. Dersom tilsynet kommer til at dette vilkåret er oppfylt, skal tilsynet treffe vedtak der det avhjelpende tiltaket gjøres bindende. Utvalget er videre av den oppfatning at det er nødvendig å legge det hele og fulle ansvaret for å forslå og utforme avhjelpende tiltak på melder(ne). Dette innebærer at Konkurransetilsynets kompetanse kun vil være å forby foretakssammenslutninger, eller klarere på vilkår såfremt partene har foreslått tiltak som avhjelper de konkurransebegrensende virkningene av foretakssammenslutningen. Det foreslås videre at det prosessuelt må legges til rette for at saker kan løses gjennom avhjelpende tiltak.*
- (84) *Konkurransetilsynet er positiv til de endringene som foreslås når det gjelder avhjelpende tiltak. Utvalgets forslag til endringer kan videre bidra til effektivisering av prosessen, samt legge til rette for større grad av dialog. Konkurransetilsynet har forståelse for partenes behov for rask avklaring av saken, noe som også vil kunne være ressursbesparende for tilsynet dersom dette fører til at saken kan avsluttes før utløpet av de endelige fristene. Dette er også noe som Konkurransetilsynet har fremhevet i sin veileder til behandling av foretakssammenslutninger.¹ Blant annet heter det i punkt 5.5: «Konkurransetilsynet oppfordrer melder til å ta kontakt med tilsynet vedrørende avhjelpende tiltak så tidlig i prosessen som mulig, og senest samtidig som melder gir sin uttalelse til begrunnet forslag til inngrepsvedtak, jf. konkurranseloven § 20 tredje ledd annen setning. Avhjelpende tiltak kan drøftes på alle møter som omtalt i punkt 5.3 ovenfor.»*
- (85) Konkurransetilsynet har fattet flere vedtak med avhjelpende tiltak, både strukturelle og atferdsmessige, men i de fleste av sakene har drøftelsene kommet i stand først etter begrunnet varsel (70-dagers varsel). Dette innebærer at partene i liten grad har fått en raskere avklaring av saken da forslaget om avhjelpende tiltak har kommet tett opp mot opprinnelig vedtaksfrist. For å kunne markedsteste og vurdere de foreslåtte tiltakene, har det som regel vært nødvendig for Konkurransetilsynet å benytte hjemmelen for å utvide fristen. Markedstesting er viktig for at tilsynet skal få tilbakemelding fra andre markedsaktører om hvorvidt de foreslåtte tiltakene er egnet til å avhjelpe konkurransebegrensningene som er identifisert, og om tiltakene lar seg gjennomføre i praksis. Dette aspektet vil bli ytterligere forsterket med utvalgets forslag om at Konkurransetilsynet ikke skal ha kompetanse til å fatte vedtak på vilkår som ikke er foreslått av partene.
- (86) I praksis kan det være vanskelig å utforme vilkår som på en tilfredsstillende måte avhjelper de konkurransebegrensningene som foretakssammenslutningen fører til. Konkurransetilsynet understreker i likhet med utvalget viktigheten av at det er partene som er nærmest til å foreslå effektive avhjelpende tiltak, og at det er gunstig at forslag om avhjelpende tiltak kommer så tidlig som mulig i saksbehandlingsprosessen. Videre er Konkurransetilsynet positiv til at utvalget tydeliggjør behovet for uformell dialog mellom tilsynet og melder(ne), både før avhjelpende tiltak er foreslått og underveis i prosessen. Utvalgets forslag styrker etter tilsynets oppfatning insentivene til en slik dialog. Konkurransetilsynet er enig med utvalget i at i fase I vil tidsrammene sette visse begrensninger på muligheten for slik dialog.

¹ Konkurransetilsynets veileder til saksbehandlingen ved kontroll med foretakssammenslutninger: http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVaultFiles/id_1963/cf_5/Veileder_til_saksbehandlingen_ved_kontroll_med_for.PDF

- (87) Utvalget peker på at det etter gjeldende lov fremstår som noe usikkert hvorvidt kravene til forsvarlig utredning av saken og proporsjonalitetshensynet som følger av alminnelig forvaltningsrett kan være til hindrer for en effektiv praktisering av et regime med avhjelpende tiltak. Konkurransetilsynet er enig i utvalgets vurdering av at det foreligger behov for å innføre en hjemmel slik at avhjelpende tiltak blir bindende for partene uten at saken er gjenstand for en fullstendig utredning. Konkurransetilsynet slutter seg følgelig til utvalgets forslag om å innta i loven at Konkurransetilsynet på ethvert tidspunkt i saksbehandlingen skal kunne akseptere avhjelpende tiltak foreslått av melderne hvis tilsynet finner at disse vil avhjelpe de konkurransebegrensede virkningene transaksjonen fører til. Hvis vilkåret er oppfylt skal Konkurransetilsynet treffe vedtak der det avhjelpende tiltaket gjøres bindende. Konkurransetilsynet er positiv til at det innføres en slik eksplisitt regel og er enig med utvalget i at en slik ordning ikke er problematisk i forhold til forvaltningens generelle utredningsplikt.
- (88) Utvalget har foreslått flere endringer av prosessuell art for at det i større grad kan legges til rette for at saker kan løses gjennom avhjelpende tiltak. Blant annet fastsettes det ulike frister for når det kan fremlegges avhjelpende tiltak i henholdsvis fase I og fase II. Dette reiser blant annet spørsmål om Konkurransetilsynets kompetanse til å fatte vedtak på vilkår foreslått av partene, og forholdet til forvaltningslovens krav til forhåndsvarsel. Konkurransetilsynet deler utvalgets oppfatning av at kravene til forhåndsvarsel må være beskjedne der melder selv foreslår avhjelpende tiltak for å få godkjent transaksjonen. Utvalget peker eksempelvis på at dersom melder foreslår avhjelpende tiltak i fase I, så må den kontakt som er mellom tilsynet og partene i den forbindelse anses tilstrekkelig til å oppfylle krav om forhåndsvarsel. Konkurransetilsynet er enig i utvalgets vurdering.

5.2.2 Forvalterordningen

- (89) *Utvalget* foreslår å endre forvalterordningen slik at det ikke lenger skal være adgang for Konkurransetilsynet ensidig å pålegge partene en forvalter.
- (90) *Konkurransetilsynet* oppfatter utvalget slik at dette forslaget må ses i sammenheng med de endringer som foreslås i tilsynets kompetanse til enten å nedlegge fullt forbud, eller akseptere og stadfeste avhjelpende tiltak foreslått av melder(ne). Behov for forvalter vil følgelig kun oppstå i de sakene hvor melder har foreslått avhjelpende tiltak. Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det viktig at tilsynet har anledning til å påpeke at det avhjelpende tiltaket eventuelt ikke kan godtas hvis det ikke inneholder forslag om en forvalterordning, uten at tilsynet ensidig kan pålegge partene dette. Det er videre viktig at tilsynet også i fremtiden vil ha adgang til å nekte å godkjenne en foreslått forvalter, da det kan foreligge gode grunner for dette både ut fra forvaltningsrettslige prinsipper, eksempelvis habilitetshensyn mv, og mer konkrete vurderinger av hva forvalters oppdrag skal være og hvorvidt vedkommende er egnet eller ikke.
- (91) Utvalget presiserer at dersom det er tale om å pålegge reversering av en transaksjon gjennomført i strid med gjennomføringsforbudet, vil tilsynet kunne oppnevne en forvalter ("divestiture trustee") til å forestå avhendelsen av aksjer, andeler eller eiendeler. Konkurransetilsynet er positiv til utvalgets presisering på dette punktet.

5.3 Til punkt 8.5.4 – melding av foretakssammenslutninger

5.3.1 Terskelverdier, involverte foretak og beregning av relevant omsetning

- (92) *Utvalget* forslår en betydelig heving av tersklene for meldeplikt av foretakssammenslutninger. Forslaget innebærer at terskelverdien for total omsetning heves fra 50 mill. NOK til 1 mrd. NOK, og at terskelverdien for individuell omsetning heves fra 20 mill. NOK til 100 mill. NOK. Utvalget foreslår videre at meldepliktforskriftens regler om involverte foretak og beregning av relevant omsetning endres slik at ordlyden i fusjonsforordningen artikkel 5 inntas i meldepliktforskriften, likevel slik at artikkel 5 nr. 2 foreslås inntatt i lovens § 18.
- (93) *Konkurransetilsynet* mener i likhet med utvalget at det er grunnlag for en heving av dagens terskelverdier, men ikke i et slikt betydelig omfang som foreslått i utredningen. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at det er uheldig dersom terskelverdiene settes for høyt, da det kan medføre at flere problematiske fusjoner og oppkjøp blir gjennomført uten at

konkurransemyndighetene blir gjort kjent med disse. Dette vil kunne lede til type 2 feil.² Siden terskelverdiene er basert på foretakenes omsetning, vil dette typisk gjelde mindre markeder, lokale eller såkalte smale markeder. Dersom terskelverdiene beholdes på et lavere nivå som i dag, vil konkurransemyndighetene få kjennskap til flere fusjoner og oppkjøp som potensielt kan være problematiske, men kontrollen blir imidlertid betydelig mer ressurskrevende.

- (94) Konkurransetilsynet er av den oppfatning at en effektiv kontroll med foretakssammenslutninger skal innebære høy oppdagelsesrisiko for konkurranseskadelige erverv. En betydelig heving av terskelverdiene kan derfor være særlig betenkelig i et land som Norge hvor større deler av økonomien består av smale og lokale markeder, og med aktører som har en relativt sett lav omsetning. På dette punkt skiller Norge seg fra andre land, også fra nabolandene Sverige og Danmark. En betydelig heving av tersklene som utvalget foreslår, vil i praksis gjennom lav oppdagelsesrisiko føre til at en rekke foretakssammenslutninger unndras kontroll, og man mister den preventive effekten av kontrollen som ble vektlagt allerede ved innføringen av fusjonskontrollen i 1988:

«....Det er også grunn til å tro at reglene etter hvert vil få en preventiv virkning ved at bedriftene selv i sine fusjonsvurderinger tar mer hensyn til de konkurransemessige hensyn. Det kan innebære at det i mindre grad blir fremmet fusjonsplaner som virker uheldig på konkurransen. Da vil næringslivet i mindre grad bli påført kostnadene ved inngrep, samtidig som den samfunnsøkonomiske gevinst beholdes.»³

- (95) Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det fortsatt grunnlag for å ha fokus på lokale markeder. Eksempelvis kan det vises til Konkurransetilsynets vedtak V2012-8 mot foretakssammenslutningen Telenor/LOS⁴, som ikke ville vært meldepliktig etter de nye tersklene som foreslås. Det samme gjelder foretakssammenslutningen Plantasjen/Oddernes Gartneri⁵ hvor tilsynet nylig sendte ubegrunnet varsel.
- (96) Det er på det rene at Konkurransetilsynet til en viss grad vil kunne motvirke de negative virkningene av høyere terskelverdier ved å pålegge utvidet meldeplikt for enkelte typer markeder eller for enkelte foretak. I tillegg har tilsynet mulighet til å avdekke denne typen foretakssammenslutninger gjennom markedsovervåkning. Konkurransetilsynet vurderer imidlertid ikke disse virkemidlene som tilstrekkelige. I den grad det vil bli foretatt en slik vesentlig heving av terskelverdiene som utvalget foreslår, bør det derfor etter Konkurransetilsynets oppfatning innføres et forenklet meldesystem.
- (97) Et forenklet meldesystem bør gå ut på en ytterligere forenkling av dagens alminnelige melding. For at et slikt system skal fungere vil det være avgjørende at kravene til en forenklet alminnelig melding utformes slik at de er enkle for bedriftene å forholde seg til, samtidig som denne meldingen ikke kobles til et gjennomføringsforbud. En forenklet alminnelig melding bør kun ha som formål å gjøre Konkurransetilsynet oppmerksom på transaksjonen. Deretter må det være opp til tilsynet å vurdere hvorvidt man ønsker å iverksette saksbehandling/pålegge "ordinær" meldeplikt innen en gitt frist. En slik prosess vil sikre at Konkurransetilsynet fortsatt blir oppmerksom på potensielle konkurranseskadelige erverv i lokale/smale markeder. Dersom det innføres et system med en meget enkel alminnelig melding vil det etter Konkurransetilsynets oppfatning ikke være et tilsvarende behov for å beholde lave terskelverdier for å fange opp problematiske erverv. Terskelverdiene som utløser "ordinær" meldeplikt kan følgelig settes høyt slik utvalget også foreslår. På denne måten mener tilsynet at man også ivaretar hensynet til harmonisering med Sverige og Danmark, som er fremført som et selvstendig argument fra utvalgets side.

² En effektiv fusjonskontroll bør minimere risikoen for gale beslutninger, se blant annet Duso, Neven og Røller (2007).

³ Ot prp.nr 78 (1986-1987), side 12

⁴ Konkurransetilsynets vedtak V2012-8 Telenor Norge AS - LOS Bynett AS / Bynett Privat AS

⁵ Konkurransetilsynets sak 2012/91: Plantasjen Norge AS - Oddernes Gartneri AS

- (98) Konkurransetilsynet er for øvrig enig med utvalget i at det er hensiktsmessig å innta terskelverdiene i lovteksten, da det er tale om en sentral bestemmelse for hvorvidt en transaksjon er meldepliktig eller ikke, og forutberegnelighet er således viktig. Terskelverdiene er inntatt i lovteksten på tilsvarende måte i våre naboland og i fusjonsforordningen (forordning 139/2004).
- (99) Konkurransetilsynet deler utvalgets oppfatning av at gjeldende regler i meldepliktforskriften om involverte foretak og beregning av omsetning til dels er uklare, og at reglene følgelig bør revideres. Blant annet fremstår grunnlaget for beregning av omsetning for andre foretak som uklart, og Konkurransetilsynet er enig i den gjennomgangen som utvalget foretar av de problemstillinger som dagens meldepliktforskrift innebærer.
- (100) Dersom de nye terskelverdiene innføres støtter Konkurransetilsynet utvalgets vurdering av at reglene bør harmoniseres med EU/EØS, på tilsvarende måte som i Sverige og Danmark. Konkurransetilsynet er enig med utvalget i at EU/EØS-retten fremstår som rimelig godt avklart vedrørende de fleste spørsmål på dette punktet, dels gjennom praksis og dels gjennom omfattende retningslinjer. En harmonisering på dette punktet vil innebære at de omfattende retningslinjene og den praksis som foreligger vil være direkte anvendelige, og dette vil etter tilsynets oppfatning i noen grad avbøte på et til dels komplekst regelverk. Konkurransetilsynet deler utvalgets oppfatning om at dersom det besluttes at terskelverdiene *ikke* skal heves, bør regnskapslovens konserndefinisjon legges til grunn.

5.3.2 Reglene om meldeplikt

- (101) *Utvalget* foreslår en rekke endringer i reglene for meldeplikt. Blant annet foreslår utvalget at ordningen med alminnelig melding avvikes, at dagens krav til fullstendig melding (med visse justeringer) danner utgangspunkt for melding til Konkurransetilsynet og at det innføres mulighet for forenklet melding for visse typer transaksjoner. Det foreslås også en videreføring av Konkurransetilsynet mulighet til å pålegge meldeplikt for ikke-meldepliktige foretakssammenslutninger.
- (102) *Konkurransetilsynet* er, som det fremgår i punkt 5.3.1 ovenfor, av den oppfatning at det ikke er grunnlag for en heving av terskelverdiene i den utstrekning som foreslått av lovutvalget, da dette kan medføre at tilsynet ikke blir oppmerksom på konkurranseskadelige fusjoner og oppkjøp i eksempelvis lokale markeder. Konkurransetilsynet har videre åpnet for at en mulig løsning på dette kan være at det innføres en forenklet meldeprosess i tillegg til det ordinære meldepliktsystemet. På denne bakgrunn vil følgelig Konkurransetilsynets bemerkninger i tilknytning til utvalgets forslag om endringer i reglene i meldeplikten til dels være subsidiære i den grad utvalgets forslag gjennomføres uten endringer.
- (103) Utvalget foreslår at man skal gå bort fra dagens ordning med en todeling av meldeplikten, og at det innføres en generell plikt til å inngi en fullstendig melding. Dette innebærer at de kravene som i dag er oppstilt for fullstendig melding vil gjelde for alle meldinger hvor foretakssammenslutningen oppfyller terskelverdiene. Det foreslås videre en utvidelse av informasjonsplikten vedrørende kravet til en nærmere beskrivelse av de berørte markedene dersom partenes markedsandeler overstiger nærmere angitte terskler.
- (104) Konkurransetilsynet er av den oppfatning at utvalgets forslag på dette punktet fremstår som en hensiktsmessig løsning forutsatt at tersklene heves, og tilsynet er positiv til at kravene til meldingens innhold inntas i lovteksten, jf. forslaget til ny § 18. Konkurransetilsynet ser, i likhet med utvalget, at dette kan føre til at enkelte saker som ikke tidligere ville ha gått til fullstendig melding nå vil kreve mer omfattende saksbehandling fra tilsynets side.
- (105) Konkurransetilsynet er videre positiv til at meldeplikten tydeligere knyttes til melder(ne), slik at det ikke er tvil om hvem som har ansvar for å overholde meldeplikten overfor tilsynet.
- (106) I tillegg er det, som påpekt av utvalget, viktig å få til større grad av forhåndskontakt for at det skal være mulig for tilsynet å få tatt stilling sakene innen de frister som er foreslått i utredningen.
- (107) Konkurransetilsynet finner også grunn til å understreke viktigheten av at tilsynet som følge av forslaget er avhengig av betydelig mer informasjon tidlig i saksbehandlingsprosessen enn etter

dagens ordning. Dersom partene ikke overholder informasjonskravene, vil tilsynet antakelig i større grad enn tidligere finne det nødvendig å "stanse klokken" og melde tilbake til melder(ne) at kravene til meldingen ikke er oppfylt.

- (108) Konkurransetilsynet er positiv til at det foreslås regler om forenklet melding for enkelte typer saker som vil være uproblematisk. De momentene som utvalget mener bør ligge til grunn for et slikt regelverk når det gjelder krav om ikke overlapp, eller overlapp i begrenset grad samt såkalte "foreign to foreign"-transaksjoner fremstår etter tilsynets oppfatning fornuftige. Et nærmere regelverk om dette bør utpensles gjennom forskrift slik utvalget også foreslår.
- (109) Konkurransetilsynet vil også påpeke viktigheten av å videreføre adgangen til å gi pålegg om meldeplikt for ikke-meldepliktige transaksjoner, hvilket utvalget også foreslår å videreføre. Dette er etter Konkurransetilsynets oppfatning svært viktig dersom man innfører de nye høye terskelverdiene uten samtidig også å innføre regler om en forenklet form for alminnelig melding.

5.4 Til 8.5.5 - prosess

- (110) Utvalget foreslår en rekke endringer når det gjelder prosess, herunder en tydeligere deling mellom fase I og II i saksbehandlingen, samt innføring av strammere tidsfrister og et begrunnet 25-dagers varsel. Utvalget legger videre opp til mer kontakt mellom tilsynet og partene i prenotifikasjonsfasen. Utvalget foreslår at ikke-inngrep avsluttes med en orientering til melder om at saken avsluttes, og det foreslås også enkelte endringer knyttet til offentlighet i fusjonssaker.
- (111) *Konkurransetilsynet* mener i likhet med utvalget at det er grunnlag for å innføre et begrunnet 25-dagers varsel. Konkurransetilsynet fremhever imidlertid viktigheten av at kravene ikke kan settes for høyt. Dette synes utvalget å ha hensyntatt når de foreslår at tilsynet kun må vise at det er "rimelig grunn til å anta" at transaksjonen "i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse". Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil det følgelig være tilstrekkelig at tilsynet i sin begrunnelse angir foreløpige skadehypoteser som foretakssammenslutningen antas å medføre. Herunder må det eksempelvis være anledning for tilsynet å angi (potensielt) alternative skadehypoteser, tilsynets foreløpige vurderinger av det relevante markedet, og hvilke konkurransebegrensninger tilsynet oppfatter at foretakssammenslutningen vil kunne medføre.
- (112) Videre deler Konkurransetilsynet utvalgets syn på at dagens meldepliktordning ikke i tilstrekkelig grad gir incentiver til raskt å søke minnelige løsninger i form av avhjelpende tiltak, og at det bør legges til rette for at forslag til avhjelpende tiltak fremlegges så tidlig som mulig. I de fleste saker som Konkurransetilsynet har behandlet etter 2004-loven er erfaringen at forslagene til avhjelpende tiltak kommer svært sent, gjerne dager før frist for endelig vedtak. Dette er etter tilsynets oppfatning uheldig. Både Konkurransetilsynet og partene vil være tjent med å finne frem til gode avhjelpende tiltak på et tidlig tidspunkt. Det vises her også til det som fremkommer under punkt 5.2.1. Konkurransetilsynet understreker viktigheten av å innføre fristutsettelse dersom melder(ne) fremsetter forslag til avhjelpende tiltak allerede i fase I. Konkurransetilsynet deler utvalgets oppfatning av at fordelene ved en fristutsettelse er større enn ulempene, særlig med tanke på utvalgets fokus om å legge til rette for en tidlig avklaring av sakene.
- (113) Når det gjelder utvalgets forslag om innstramming av fristene, ønsker Konkurransetilsynet å påpeke at fristene allerede i dag oppfattes som stramme sammenholdt med de omfattende vurderinger som skal gjennomføres. Dette gjelder først og fremst saker hvor tilsynet finner at det er grunnlag for inngrep. Denne type saker krever ofte omfattende informasjonsinnhenting som er tidkrevende, herunder oppfølging av mottatt informasjon, samt at det er komplekse faglige vurderinger som skal foretas fra tilsynets side. I tillegg mottar Konkurransetilsynet omfattende innsynsbegjæringer som skal besvares – både overfor partene og tredjeparter. Samtidig har Konkurransetilsynet forståelse for aktørenes behov for avklaring av saken, og tilsynet har også et ønske om å avslutte en sak så raskt som mulig dersom det kan finnes gode løsninger på eventuelle konkurranseproblemer som oppstår.

- (114) Konkurransetilsynet er videre positiv til utvalgets forslag om at det automatiske gjennomføringsforbudet skal gjelde inntil tilsynet har avsluttet saken. For alle praktiske formål er det dette som er tilfellet i dag også, da tilsynet som hovedregel finner det nødvendig å videreføre gjennomføringsforbudet etter ubegrunnet varsel. Etter dagens system krever imidlertid dette at tilsynet først varslar og deretter fatter vedtak om videreføring av gjennomføringsforbudet. Utvalgets forslag vil medføre at tilsynet slipper den ekstra saksbehandlingen som dette innebærer.
- (115) Konkurransetilsynet slutter seg videre til utvalgets forslag om at det i alle saker skal sendes en skriftlig underretning om at saken er avsluttet uten inngrep. Konkurransetilsynet ser at partene har et informasjonsbehov ved tilsynets avslutning av saksbehandlingen. Forslaget må også ses i sammenheng med utvalgets øvrige forslag når det gjelder fusjonskontrollen, blant annet vil det være tale om betydelig færre saker enn tidligere dersom blant annet terskelverdiene heves betydelig. Konkurransetilsynet ser også at det kan være behov for at tilsynet i saker som avsluttes i fase II kort angir hvorfor det ikke forelå grunnlag for inngrep.
- (116) Utvalget viser til at en av de viktigste problemstillingene for konkurransemyndighetene med hensyn til innsynsbegjæringer i fusjonssaker er at avgiver av opplysningene ofte har en restriktiv oppfatning av hvilke opplysninger som kan offentliggjøres, og at det i mange tilfeller også i liten grad foreligger en materiell begrunnelse for hvorfor opplysninger er å anse som taushetsbelagte. Utvalget viser videre til at avgiver av opplysningene er nærmest til å vurdere de forretningsmessige konsekvensene av at opplysninger tilflyter andre markedsaktører. Utvalget foreslår derfor å innføre en regel som stiller krav til aktørene som avgir opplysninger til konkurransemyndighetene om å avmerke taushetsbelagte opplysninger og begrunne hvorfor opplysningene er omfattet av taushetsplikt. Konsekvensen av at en aktør ikke gjør dette er at anses å foreligge samtykke til innsyn i taushetsbelagte opplysninger, jf. forvaltningsloven § 13a nr. 1.
- (117) Konkurransetilsynet er svært positiv til forslaget inntatt i ny § 18a. Bestemmelsen innebærer at det lovfestes et samtykke til innsyn i taushetsbelagte opplysninger som ikke er avmerket og begrunnet ved innsendelse til tilsynet. En slik regel vil kunne avhjelpe ressursituasjonen i saker om foretakssammenslutninger, og regelen vil etter tilsynets oppfatning sannsynligvis også ha en "oppdragende effekt" over tid på aktører som inngir opplysninger til tilsynet. Konkurransetilsynet er videre enig med utvalget i at avgiver også bør pålegges å fremlegge en offentlig versjon av dokumentene. Konkurransetilsynet bruker i dag mye ressurser på å kontakte avgivere av informasjon – både parter og tredjeparter – for å be om deres synspunkter på om dokumentene inneholder opplysninger som etter deres oppfatning er å anse som forretningshemmeligheter og hva som er begrunnelsen for dette. De ressursene som i dag brukes til dette, vil dersom utvalgets forslag blir gjennomført, i større grad kunne brukes til å foreta selve vurderingen av hvorvidt opplysningene kan unntas fra innsyn eller ikke.
- (118) Utvalgets forslag vil videre kunne ha en preventiv effekt for så vidt gjelder forslaget om at opplysninger som ikke merkes og/eller begrunnelse for avgivers avmerking ikke inngis, skal anses som et samtykke til at opplysningene ikke er underlagt lovbestemt taushetsplikt. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at lovfesting av et slikt samtykke vil ha betydelig positiv innvirkning når det gjelder aktører som i fremtiden skal sende dokumenter til tilsynet. Konkurransetilsynet antar at en slik regel over tid vil redusere tilsynets ressursbruk ved behandling av innsynsbegjæringer, og dette vil også komme parter og tredjeparter til gode ved at tilsynet kan ta raskere stilling til innsynsbegjæringene. Det vil uansett fortsatt være viktig for Konkurransetilsynet å foreta en selvstendig vurdering av hvorvidt opplysningene er forretningshemmeligheter eller ikke, både av de avmerkede opplysningene, men også eventuelle opplysninger som kan være forretningshemmeligheter for tredjeparter.

5.5 Til punkt 8.5.6 – atferdsmessige aspekter og "ancillary restraints"

- (119) *Utvalget* foreslår å oppheve § 16 sjette ledd om tilknyttede begrensninger. Utvalget foreslår videre en særbestemmelse for at atferdsmessige virkninger av fellesforetak skal vurderes etter § 10, og at slike virkninger skal anses klarert sammen med foretakssammenslutningen.

- (120) *Konkurransetilsynet* er enig i at konkurranseloven § 16 sjette ikke har noen selvstendig betydning utover å tydeliggjøre nødvendighetskriteriet i § 10 som grunnlag for å vurdere om en konkurransebegrensning anses tilknyttet («ancillary») til foretakssammenslutningen eller ikke. Bestemmelsen har således i realiteten ingen funksjon ut over å presisere når vilkårene i § 10 ikke er oppfylt. Konkurransetilsynet er derfor enig i at slike begrensninger i fremtiden bør underlegges en selvstendig vurdering etter ancillary restraints-doktrinen under § 10 slik denne er utviklet i praksis fra EU/EØS.
- (121) Når det derimot gjelder atferdsmessige virkninger av opprettelsen av fellesforetak, ofte omtalt som såkalte «spill-over effekter», foreslår utvalget at disse ikke skal kunne gi grunnlag for inngrep etter at behandlingen av foretakssammenslutningen er avsluttet. Utvalget mener at dette bør lovreguleres særskilt og peker bl.a. på at dette krever at meldingen til Konkurransetilsynet vil måtte inneholde opplysninger som gir tilsynet mulighet til å vurdere slike virkninger. Konkurransetilsynet er enig med utvalget i at det er behov for lovregulering dersom en slik regel skal innføres.
- (122) Konkurransetilsynet er imidlertid i tvil om det bør innføres en slik regel. Dette må bl.a. ses i sammenheng med at behandlingen av en foretakssammenslutning etter norsk rett ikke avsluttes med et formelt vedtak, noe som innebærer at det i etterkant av en sak kan oppstå tvil om hvilke konkurransemessige virkninger det er tatt stilling til ved vurderingen av transaksjonen. I tillegg kan det oppstå tvil om virkningene kan henføres til fusjonsavtalen.
- (123) Dersom det innføres en slik bestemmelse, vil det være avgjørende for Konkurransetilsynet å få tilstrekkelig informasjon i meldingen om hvorvidt morselskapene fortsatt er virksomme på det samme markedet som fellesforetaket eller på et tidligere eller senere ledd i omsetningskjeden eller på et tilgrensende marked. Uten slik tilstrekkelig informasjon vil det ikke være mulig for Konkurransetilsynet å ta stilling til transaksjonens mulige atferdsmessige virkninger samtidig med at foretakssammenslutningen vurderes.
- (124) Konkurransetilsynet mener for øvrig at utvalgets presisering om at regelen om klarering én gang for alle ikke skal gjelde for transaksjoner som ikke er meldepliktige er viktig dersom forslaget gjennomføres.

5.6 Til punkt 8.5.7 – klage

- (125) *Utvalget* foreslår ingen endringer i klagefristen, men foreslår en begrensning i departementets kompetanse dersom det fattes vedtak som godkjenner en transaksjon på vilkår som er foreslått av melder. Utvalget foreslår at departementets kompetanse i slike saker begrenses til en lovlighetskontroll.
- (126) Utvalgets forslag til begrensninger i departementets kompetanse i forbindelse med klagebehandlingen fremstår etter *Konkurransetilsynets* oppfatning som fornuftige som følge av de øvrige endringer utvalget foreslår. Konkurransetilsynet er enig i at departementets kompetanse bør være mer begrenset i de tilfeller hvor det fattes vedtak som godkjenner transaksjonen på vilkår som er foreslått av melder, og at overprøvingskompetansen derfor begrenses til en lovlighetskontroll. En lovlighetskontroll vil innebære en kontroll av hvorvidt de materielle inngrepsvilkårene er oppfylt i henhold til situasjonen på vedtakstidspunktet, samt om det avhjelpende tiltaket avbøter de konkurransemessige problemene som er påvist.

6 Minoritetsserverv

- (127) I kapittel 9 i utredningen ser *utvalget* nærmere på mulige skadevirkninger av minoritetseierskap og på hvilke kontrollmuligheter som foreligger for denne typen erverv etter gjeldende rett. Utvalget peker på at konkurranseloven § 16 annet ledd gir uttrykkelig hjemmel til å gripe inn mot minoritetsserverv, og at også atferdsreglene i konkurranseloven § 10 og § 11/EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i prinsippet kan benyttes på denne typen erverv. Utvalget legger til grunn at disse hjemlene ikke nødvendigvis er fullgode virkemidler mot de konkurransemessige problemstillinger som kan oppstå ved minoritetseierskap. Utvalget foreslår likevel å videreføre hjemmelen til å gripe inn mot minoritetsserverv, og begrunner dette med at slike erverv kan påvirke incentivene til å konkurrere. For å synliggjøre at

bestemmelsen er forskjellig fra fusjonskontrollen foreslås det imidlertid å flytte gjeldende lovs § 16 annet ledd til en egen bestemmelse.

- (128) Utvalget har videre vurdert om minoritetsierskap og tilhørende problemer knyttet til gjennomslutthet ved styrerepresentasjon mv. bør reguleres særskilt. I denne forbindelse viser utvalget bl.a. til forbudet mot visse personelle koblinger i den amerikanske Clayton Act Section 8 og finansieringsvirksomhetsloven § 2-8. Etter utvalgets vurdering kan denne typen regulering av personelle koblinger redusere risikoen for konkurransebegrensende informasjonsutveksling. Samtidig erkjenner utvalget at en slik regulering vil utgjøre et inngrep i eiernes adgang til selv å utpeke styremedlemmer til sine foretak. Utvalget har imidlertid ikke funnet å kunne prioritere en nærmere utredning av om de konkurransefremmende virkningene av en slik regulering er tilstrekkelige til å begrunne et slikt inngrep i eiernes frihet til å utpeke styremedlemmer. Utvalgets prioritering på dette punktet er også begrunnet i at EU-kommisjonen har iverksatt en studie av den økonomiske betydningen av minoritetsierskap.
- (129) *Departementet* har i høringsbrevet bedt om høringsinstansenes synspunkter på mulige konkurransebegrensende virkninger av minoritetsierskap og hvilke regulatoriske virkemidler som kan være hensiktsmessige for eventuelt å avbøte slike virkninger.
- (130) *Konkurransetilsynet* slutter seg innledningsvis til utvalgets analyse av hvilke skadevirkninger minoritetsserverv kan lede til, og mener i likhet med utvalget at det er svært viktig at konkurranseloven også inneholder effektive virkemidler for å fange opp denne typen erverv. Etter gjeldende rett har Konkurransetilsynet anledning til å gripe inn mot minoritetsserverv etter den uttrykkelige hjemmelen for dette i konkurranseloven § 16 annet ledd, men bestemmelsen har hittil ikke vært benyttet til å treffe inngrepsvedtak. I tillegg vil atferdsreglene i konkurranseloven § 10 og § 11 til en viss grad kunne benyttes på denne typen erverv, jf. muligheten for slik bruk av atferdsreglene etter EU/EØS-retten som de norske bestemmelsene er harmonisert med. Konkurransetilsynet erkjenner, i likhet med utvalget, at dette regelverket inneholder svakheter og begrensninger som gjør det vanskelig å føre en fullgod kontroll med minoritetsserverv.
- (131) Når det gjelder hjemmelen til å gripe inn mot minoritetsserverv etter konkurranseloven § 16 annet ledd, er Konkurransetilsynet enig med utvalget i at det generelt kan være vanskelig å forutse eller dokumentere virkningen av slike erverv. Det vises til at det er omstridt hvorvidt incentivene til konkurranse påvirkes gjennom minoritetsserverv, og at sammenkoblingen med fusjonskontrollens materielle inngrepsvilkår gjør det vanskelig å fastslå virkningene med tilstrekkelig grad av sikkerhet.
- (132) Videre er det slik at det er utfordrende for Konkurransetilsynet «på egen hånd» å fange opp relevante minoritetsserverv innenfor fristen på tre måneder, og at dette antakelig kan være noe av grunnen til at hjemmelen ikke har vært benyttet så langt. Konkurransetilsynet er like fullt av den oppfatningen at det fortsatt vil være behov for å kunne gripe inn mot denne typen erverv, om enn som i form av en sikkerhetsventil. I likhet med utvalget finner Konkurransetilsynet å kunne begrunne dette med at minoritetsserverv etter omstendighetene kan påvirke de involverte foretakenes incentiver til å konkurrere. Det vises i denne sammenheng til departementets begrunnelse for å innta bestemmelsen i loven, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 78. Som påpekt av departementet den gang vil enhver rasjonell bedrift søke å maksimere sin samlede profitt, og dette vil også kunne omfatte eierandeler i andre bedrifter, herunder minoritetsposter. Et selskap med en mindre eierpost i en konkurrent vil være bevisst på at aggressiv konkurranse mot denne konkurrenten kan bety tapte markedsandeler for konkurrenten, og derigjennom lavere inntekter fra minoritetsierposten. Det er derfor grunn til å anta at etableringen av denne typen eierposisjoner – i større eller mindre grad – «tvinger» partene til å ta hverandres interesser i betraktning ved fastleggelsen av sin markedsstrategi, og at dette kan påvirke incentivene til konkurranse negativt.
- (133) Konkurransetilsynet er på denne bakgrunn enig med utvalget i at inngrepshjemmelen mot minoritetsserverv bør videreføres. Konkurransetilsynet er videre enig med utvalget i at det er hensiktsmessig å synliggjøre at strukturreguleringen av minoritetsserverv er forskjellig fra den «ordinære» fusjonskontrollen, og støtter derfor forslaget om å skille dette ut som en egen bestemmelse i konkurranseloven § 16a.

- (134) Den eierposisjonen som oppnås gjennom et minoritetserverv vil også kunne føre til konkurranseskadelig utveksling av informasjon, for eksempel gjennom styrerepresentasjon. Som påpekt av utvalget er dette primært et atferdsmessig problem, og Konkurransetilsynet deler som nevnt utvalgets oppfatning om at konkurranseloven § 10 og § 11 et stykke på vei kan anvendes for å møte disse utfordringene. Konkurransetilsynet erfarer gjennom sin håndheving av konkurranseloven at personelle koblinger mellom foretak er relativt utbredt i norsk næringsliv. Uten å kunne forankre dette i konkrete enkeltsaker er Konkurransetilsynet videre av den oppfatningen at etableringen av denne typen koblinger, f.eks. gjennom styrerepresentasjon, i seg selv er egnet til å legge til rette for at konkurranseskadelig informasjonsutveksling kan skje. Et tilsvarende synspunkt er lagt til grunn av Federal Trade Commission, jf. sitatet på side 150-151 i utredningen der det bl.a. fremgår at "[...] such an interlock will surely increase the exchange of competitive information between the interlocked competitors". Som fremhevet i utredningen er det etter gjeldende rett problematisk å oppdage eller føre bevis for at det skjer konkurranseskadelig informasjonsutveksling gjennom styrerepresentasjon. Konkurransetilsynet legger for sin del til grunn at det per i dag er minimal oppdagelsesrisiko for denne typen informasjonsutveksling, idet dette foregår i faste og legale kanaler som det er lite naturlig at tilsynsmyndigheten fører kontroll med.
- (135) Konkurransetilsynet stiller seg derfor i utgangspunktet positiv til at det innføres en bestemmelse i konkurranseloven som direkte regulerer personelle koblinger mellom foretak. Sett fra Konkurransetilsynets ståsted vil en slik bestemmelse kunne redusere risikoen for konkurransebegrensende informasjonsutveksling i denne typen fora. Utover å ha en slik preventiv funksjon, vil en uttrykkelig regel som forbyr visse personelle koblinger også gjøre det enklere for konkurransemyndighetene å etterforske og håndheve tilfeller av konkurransebegrensende informasjonsutveksling som foregår på denne måten.
- (136) Konkurransetilsynet erkjenner at en innføring av en slik bestemmelse vil innebære et inngrep i eiernes frihet til selv å utpeke styremedlemmer til sine foretak. De relativt sett små forholdene i norsk næringsliv kan i utgangspunktet gjøre det vanskelig å finne kompetente personer til å påta seg styreverv, og med en lovfestet begrensning knyttet til personelle koblinger vil denne oppgaven kunne bli ytterligere vanskeliggjort. Konkurransetilsynet mener imidlertid at dette er en type innvending som kan hensyntas ved utformingen av bestemmelsen, men som ikke er et tilstrekkelig tungtveiende argument mot å innføre en slik hjemmel i konkurranseloven.
- (137) Foretak som driver finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner har siden finansieringsvirksomhetslovens vedtakelse i 1988 vært pålagt denne typen begrensninger, jf. finansieringsvirksomhetsloven § 2-8. Når næringslivet innenfor et såpass sentralt markedsområde har vært pålagt denne typen restriksjoner i over 20 år, og det etter det Konkurransetilsynet kjenner til ikke er rapportert om store utfordringer eller utilsiktede virkninger av reguleringen, er dette en god indikasjon på at næringslivet også vil kunne tilpasse seg et generelt forbud mot personelle koblinger.
- (138) Når det gjelder den konkrete utformingen av bestemmelsen kan det tenkes ulike innfallsvinkler. Den amerikanske reguleringen i Clayton Act Section 8 fastsetter et generelt forbud mot personelle koblinger i første ledd, mens annet ledd fastsetter et unntak fra dette dersom omsetningen til de involverte foretakene ligger under nærmere spesifiserte omsetningsterskler. I den amerikanske reguleringen er forbudet mot personelle koblinger nært knyttet til forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, ved at forholdet mellom foretakene er definert som at en avtale om å utelukke konkurransen mellom foretakene ville ha vært i strid med dette forbudet. Finansieringsvirksomhetsloven § 2-8 første ledd fastsetter et generelt forbud mot å inneha en ledende stilling i en finansinstitusjon og samtidig sitte i et styreverv i en annen finansinstitusjon, mens det i § 2-8 annet ledd er gitt en forskriftshjemmel til å gi nærmere regler om gjennomføringen og avgrensningen av forbudet i første ledd. I forskrift 1. juni 1990 nr. 433 er det oppstilt et avgrenset unntak fra forbudet, og Finanstilsynet kan på nærmere bestemte vilkår gi dispensasjon fra forbudet.
- (139) Konkurransetilsynet legger til grunn at et forbud mot personelle koblinger mest naturlig hører hjemme i konkurranseloven kapittel 3 om forbudte konkurransebegrensninger. Siden det primære siktemålet med å innføre et forbud mot visse personelle koblinger er å forhindre

konkurransbegrensende informasjonsutveksling vil det etter Konkurransetilsynets vurdering være nærliggende å lovfeste dette i nær sammenheng med forbudet i konkurranseloven § 10. Konkurransetilsynet legger videre til grunn at et system med adgang til å gi dispensasjoner fra forbudet vil være i strid med det systemskiftet som ble foretatt i konkurranseloven ved 2004-loven. I den utstrekning det skal kunne gjøres unntak fra et generelt fastsatt forbud bør dette derfor reguleres direkte i lovbestemmelsen.

- (140) Konkurransetilsynet er videre opptatt av at et forbud mot visse personelle koblinger ikke må utformes så detaljert/komplisert at en står i fare for å redusere de positive effektene bestemmelsen er tenkt å gi. I forlengelsen av dette er Konkurransetilsynet usikker på om en eventuell unntaksbestemmelse etter mønster av Clayton Act Section 8 annet ledd er riktig vei å gå, også fordi en kobling opp mot nærmere bestemte omsetningsterskler vil lede tanken hen til strukturkontrollen. Konkurransetilsynet antar at avgrensningen av hvilke foretak de personelle begrensningene relaterer seg til enklest kan skje ved å fastsette at den som er medlem av et styrende organ eller innehar en ledende stilling i et foretak, ikke samtidig kan være medlem av et styrende organ i et "konkurrerende foretak". Foretaksbegrepet er definert i konkurranseloven § 2, og vil ha det samme materielle innholdet i denne relasjon som ellers i konkurranseloven. Vurderingen av om et foretak er i konkurranse med et annet vil måtte avgjøres konkret i den enkelte sak.
- (141) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at et generelt forbud etter mønster av finansieringsvirksomhetsloven § 2-8 første ledd (likevel uten adgang til å gi unntak i forskrift) vil kunne være den mest hensiktsmessige reguleringen. Konkurransetilsynet peker avslutningsvis på at et forbud mot visse personelle koblinger reiser visse problemstillinger knyttet til håndheving. Den nære koblingen til forbudet i konkurranseloven § 10 kan tilsi at overtredelser av forbudet mot personelle koblinger av preventive grunner også bør kunne sanksjoneres på tilsvarende måte. Det antas derfor å være hensiktsmessig at Konkurransetilsynet ved brudd på forbudet kan reagere med pålegg om opphør etter konkurranseloven § 12, tvangsmulkt etter § 28, overtredelsesgebyr etter § 29 og straff etter ny § 33. Det vises i denne sammenheng til at det også etter finansieringsvirksomhetsloven kan reageres med pålegg om opphør, ileggelse av tvangsmulkt eller straff ved overtredelser av loven eller bestemmelser gitt i medhold av loven, jf. finansieringsvirksomhetsloven § 5-1 og § 5-2.

7 Offentlige konkurransebegrensninger

- (142) *Utvalget* vurderer innledningsvis forholdet mellom konkurranseloven og andre lover, samt mulighetene og behovet for å kunne gjøre unntak fra konkurranseloven. Utvalget beskriver gjeldende rett etter konkurranseloven § 3 og § 4, og redegjør deretter for state action- og state compulsion-doktrinene i EU/EØS-retten. I sin gjennomgang viser utvalget til at Konkurransetilsynet i sin praksis har anerkjent relevansen av state compulsion-unntaket under konkurranseloven, uten at dette så langt har ført til frifinnelse i enkeltsaker. Utvalget er ikke enig i dette standpunktet, og legger til grunn at det neppe kan oppstilles noe unntak for "state compulsion" eller "state action" etter konkurranseloven. Utvalget peker på at den ulike konteksten under konkurranseloven og EU/EØS-reglene fører til at state compulsion-doktrinen ikke automatisk kan legges til grunn etter konkurranseloven, og finner heller ikke holdepunkter i lovens forarbeider for at det har vært meningen å oppstille en slik regel. Utvalget legger til grunn at kollisjon mellom konkurranseloven og andre lover, forskrifter eller enkeltvedtak må løses etter de alminnelige prinsippene som styrer motstrid mellom regler etter norsk rett. Utvalget finner heller ikke grunn til å foreslå at det innføres en slik særregel. På denne bakgrunn er det ikke foreslått endringer i konkurranseloven § 3 eller § 4.
- (143) Utvalget har videre sett på regulering av offentlig ervervsvirksomhet, og viser i denne forbindelse til konkurranseloven § 9 første ledd bokstav e som gir Konkurransetilsynet hjemmel til å påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak. Bestemmelsen gir ikke Konkurransetilsynet noen kompetanse til å overprøve eller stanse en offentlig regulering som følge av de konkurransebegrensende virkninger reguleringen måtte føre med seg. Utvalget viser til at de svenske konkurransemyndighetene er gitt en slik hjemmel, jf.

konkurrenslagen 3 kapittel 27 §. På grunn av ressurs- og tidshensyn har utvalget imidlertid valgt ikke å gå nærmere inn på spørsmålet om konkurransevidning knyttet til offentlig regulering og næringsvirksomhet. Utvalget viser her til at problemområdet er omfattende, at spørsmålet ikke er reist i utvalgets mandat og at det kan være naturlig å avvente erfaringene med den svenske lovreguleringen på dette punktet. Utvalget foreslår på denne bakgrunn å videreføre konkurranseloven § 9 annet ledd bokstav e uendret.

- (144) *Konkurransetilsynet* legger til grunn at regulering av offentlig ervervsvirksomhet reiser mange aktuelle og interessante problemstillinger. Samtidig deler Konkurransetilsynet utvalgets oppfatning av at problemområdet er omfattende og komplekst. Dette krever etter tilsynets vurdering at spørsmålene i tilknytning til dette utredes i større bredde før det eventuelt er aktuelt å foreslå ny lovregulering. Det vil i dette arbeidet være naturlig å bygge videre på det arbeidet som ble gjort i 2005 gjennom rapporten "På like vilkår". Videre vil det være nyttig å se hen til erfaringene med den svenske lovreguleringen i en slik mer grundig analyse. Konkurransetilsynet finner det derfor ikke hensiktsmessig å uttale seg nærmere om dette temaet på det nåværende tidspunktet.

8 Konkurransefremmende tiltak

8.1 Til punkt 11.4

- (145) *Utvalget* legger til grunn at konkurranseloven § 14 om konkurransefremmende tiltak fyller en viktig funksjon etter loven, og foreslår derfor at bestemmelsen videreføres. Utvalget foreslår at det presiseres i lovteksten at det skal gjelde en konsumentvelferdsstandard ved bruken av forskriftshjemmelen.
- (146) *Konkurransetilsynet* er enig med utvalget i at det er behov for å kunne vedta utfyllende regler til konkurranseloven § 10 og § 11, og støtter dermed forslaget om å videreføre forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14. Selv om hjemmelen har vært lite benyttet frem til nå har den likevel vist seg praktisk viktig i de tilfellene der det har vært behov for å anvende den. Det vises her til forskrift av 20. juni 2007 nr. 684 om forbod mot bonusprogram i innenriks luftfart og forskrift av 9. september 2009 nr. 1169 om tilgang til boligannonsering på internett.
- (147) Konkurransetilsynet er videre enig med utvalget i at det bør gjelde en konsumentvelferdsstandard ved anvendelsen av § 14, og støtter forslaget om å innta en presisering av dette i lovteksten.

9 Andre spørsmål

9.1 Til punkt 12.1 – offentlighet

- (148) *Utvalget* mener det er behov for særlige regler om beskyttelse av kilder og lempningssøknader, og foreslår en ny bestemmelse om dette i konkurranseloven § 27a og § 26 annet ledd femte punktum. Utvalget begrunner behovet for en særregulering i konkurranseloven med at verken offentleglova eller forvaltningsloven gir foretakene tilstrekkelig forutberegnelighet med hensyn til beskyttelse av kildene og de opplysningene som blir gitt. Det vises til at både lempningssøknader og tips er blitt en viktig del av konkurransemyndighetenes avdekking og etterforskning av karteller, og at klarere regler for beskyttelse av denne typen informasjon vil være et viktig virkemiddel for å kunne effektivisere håndhevingen av konkurransereglene. Utvalget har ved utformingen av lovforslaget sett hen til forslaget i departementets høringsbrev av 12. desember 2008 og høringsuttalelsene i saken. Når det gjelder utvalgets forslag til ny bestemmelse om behandling av taushetsbelagte opplysninger i saker om foretakssammenslutninger, jf. utvalgets lovforslag § 18a, behandles dette under punkt 5.4 i Konkurransetilsynets høringssvar.
- (149) Utvalget legger for øvrig til grunn at de særlige innsynsreglene i konkurranseloven § 26 og § 27 i overtredelsessaker er godt begrunnet og hensiktsmessige, og ser derfor ingen grunn til å foreslå noen innskrenkninger i de unntakshjemlene som følger av disse bestemmelsene. Utvalget har også vurdert om det er behov for å presisere eller utvide de særlige

unntakshjemlene som følger av konkurranseloven. Utvalget mener det kan være grunn til å presisere at når et vedtak fra Konkurransetilsynet er brakt inn for domstolene, skal saken ikke anses avsluttet i henhold til konkurranseloven § 26 første ledd. Det legges fra utvalgets side til grunn at det er tilstrekkelig å presisere dette i forarbeidene.

- (150) Når det gjelder utvalgets forslag knyttet til beskyttelse av lempningssøknader og tips vil *Konkurransetilsynet* innledningsvis vise til sitt høringssvar til departementets høringsnotat av 12. desember 2008, der blant annet dette var sentrale tema. Som det fremgår av høringssvaret av 23. februar 2009 bygde departementets lovforslag den gang i stor grad på innspill fra Konkurransetilsynet, og tilsynet stilte seg følgelig positiv til lovendringsforslaget. Forslagene som utvalget har fremmet i ny § 27a og § 26 annet ledd bygger langt på vei på dette tidligere arbeidet. Konkurransetilsynet er på denne bakgrunn gjennomgående positiv til de endringene utvalget foreslår på dette punktet, og vil i det følgende knytte noen kommentarer til de enkelte delene av forslaget.
- (151) Utvalgets forslag til § 27a første ledd innebærer at konkurransemyndighetene pålegges taushetsplikt om identiteten til foretak eller person som gir tips om overtredelse av konkurranseloven § 10 eller § 11. Med den foreslåtte bestemmelsen vil konkurransemyndighetene dermed kunne garantere tipserne anonymitet.
- (152) Konkurransetilsynets erfaringer med denne typen henvendelser viser at vern om identitet ofte er avgjørende for om opplysningene blir formidlet eller ikke. Sett fra Konkurransetilsynets ståsted er det en høyst reell bekymring at en rekke foretak og personer med verdifull informasjon om overtredelser av konkurranselovgivningen lar være å kontakte konkurransemyndighetene på grunn av usikkerhet knyttet til vern om identitet og frykt for represalier. Konkurransetilsynet mener derfor det er svært viktig for å sikre en effektiv håndheving av regelverket at det iverksettes tiltak som bidrar til at potensielle tipserere lettere kan forutberegne hvilket vern de vil ha om sin identitet. I likhet med utvalget mener Konkurransetilsynet at de alminnelige reglene om innsyn i offentleglova og forvaltningsloven, der en tipser vil kunne oppnå beskyttelse av sin identitet etter en konkret vurdering, ikke i tilstrekkelig grad møter behovet for forutberegnelighet med hensyn til kildevernet. Konkurransetilsynet mener derfor det foreligger et behov for en egen bestemmelse om dette i konkurranseloven, og støtter følgelig utvalgets forslag til § 27a første ledd.
- (153) Når det gjelder den nærmere utformingen av lovforslaget er Konkurransetilsynet enig med utvalget i at det er tilstrekkelig for å ivareta formålet med bestemmelsen at beskyttelsen begrenses til opplysninger om tipserens "identitet". Som påpekt i merknaden til bestemmelsen er det viktig å understreke at taushetsplikten, i tillegg til opplysning om navn, også omfatter andre typer opplysninger som kan avsløre tipserens identitet mer indirekte. Det vil i den enkelte sak måtte vurderes konkret hvilke eventuelle andre opplysninger enn navn som må skjermes for å sikre full anonymitet om tipserens identitet.
- (154) Konkurransetilsynet er videre enig med utvalget i at det er fornuftig å avgrense taushetsplikten etter § 27a første ledd mot anmodninger om pålegg om opphør etter konkurranseloven § 12 første ledd. Det fremstår også som en god regel å la karakteristikken til den som inngir meldingen være avgjørende for om opplysningene skal behandles som et tips eller som en anmodning om pålegg. Dersom beslutningen knyttet til dette legges til konkurransemyndighetene vil en kunne svekke noe av den forutberegneligheten som søkes oppnådd gjennom bestemmelsen for øvrig.
- (155) Utvalgets forslag til § 27a annet ledd innebærer at offentleglova ikke kommer til anvendelse på dokumenter som er inngitt til Konkurransetilsynet i forbindelse med en anmodning om lempning etter konkurranseloven § 30 eller § 31. Videre innebærer forslaget at konkurransemyndighetene har taushetsplikt om opplysninger som fremkommer av denne typen erklæringer. Lempningssøknader er i utgangspunktet ikke unntatt fra partsinnsyn etter forvaltningsloven § 18, og i den grad en part eller partsrepresentant blir gjort kjent med innholdet i en lempningssøknad pålegges de gjennom forslaget til ny § 27a annet ledd tredje punktum taushetsplikt om disse opplysningene. En part eller en partsrepresentant vil etter forslaget heller ikke kunne bruke disse opplysningene i større utstrekning enn det som er nødvendig for å ivareta sine egne interesser i saken.

- (156) I likhet med utvalget er Konkurransetilsynet opptatt av tiltak som kan være egnet til å effektivisere lempningsinstituttet spesielt og derigjennom håndhevingen av konkurranseloven mer generelt. Forslaget om å unnta lempningssøknader fra offentliglova vil på samme måte som forslaget i § 27a første ledd kunne bidra til å skape økt forutberegnelighet for foretak og personer med hensyn til at de opplysningene som inngis beskyttes mot innsyn. Sett fra Konkurransetilsynets ståsted er det grunn til å anta at en særregulering av dette i konkurranseloven vil redusere den usikkerheten som foretak og enkeltpersoner føler omkring dette under dagens rettstilstand. Forslaget vil på denne måten utvilsomt gjøre lempningsordningen mer robust, og det har også potensial til å bidra til at flere lempningssøknader blir inngitt i fremtiden.
- (157) I nær sammenheng med dette vil Konkurransetilsynet fremheve at forslaget om å unnta lempningssøknader fra offentliglova vil redusere risikoen for private erstatningssøksmål for den som søker om lempning. I likhet med utvalget vil Konkurransetilsynet peke på det urimelige ved at et foretak som søker om lempning har et dårligere utgangspunkt i et eventuelt etterfølgende erstatningssøksmål enn kartelldelegatere som ikke har søkt om lempning. Ved å lovfeste at lempningssøknaden og dermed også skylderkjennelsen fra foretaket skal unntas offentlighet, reduseres mulighetene for at et foretak unnlater å søke om lempning i frykt for eksponeringen mot eventuelle erstatningssøksmål. Utvalgets forslag erkjenner på denne måten den klare sammenhengen mellom lempningsinstituttet og privat håndhevelse, og Konkurransetilsynet mener at forslaget på denne måten innebærer en klar forbedring sammenlignet med gjeldende rett.
- (158) Konkurransetilsynet viser også til at det med utgangspunkt i de samme argumentene som er trukket frem her gis unntak fra innsyn i lempningsdokumenter også i EU/EØS og i de øvrige nordiske landene. Utvalgets forslag vil dermed bidra til en nærmere harmonisering av vår lempningsordning med lempningsreglene i de øvrige jurisdiksjonene innen EU/EØS, og dette vil bidra til å sikre en mest mulig effektiv håndheving av konkurransereglene i hele dette området.
- (159) Konkurransetilsynet er videre enig med utvalget i at regelen i konkurranseloven § 26 annet ledd første punktum i vesentlig grad vil kunne svekke effekten av de forslagene som er fremmet i ny § 27a i konkurranseloven. En regel som etter en rimelighetsvurdering åpner for innsyn i opplysninger undergitt lovbestemt taushetsplikt vil svekke forutberegneligheten for tilsynets kilder med hensyn til om de opplysninger som de inngir likevel kan bli gjort tilgjengelige for tredjepersoner. På denne bakgrunn støtter Konkurransetilsynet utvalgets forslag til nytt § 26 annet ledd femte punktum som fastslår at retten til innsyn etter § 26 annet ledd ikke gjelder for opplysninger som er underlagt taushetsplikt etter § 27a eller som er unntatt offentliglova etter samme bestemmelse.

9.2 Til punkt 12.2 – privat håndhevelse

- (160) *Utvalget* legger til grunn at det er ønskelig å fremme privat håndhevelse av konkurranseloven. I utredningen foretar utvalget en gjennomgang av Kommisjonens initiativer på området og sammenholder dette med gjeldende norsk rett. Utvalget legger til grunn at rettstilstanden er tilstrekkelig på de fleste områder, og har derfor valgt å fokusere på forholdet mellom erstatningsansvar og lempning samt foreldelsesreglene for erstatningsansvar som områder der det kan være behov for å vurdere justeringer.
- (161) I spørsmålet om innvilget hel lempning bør utvides til å omfatte erstatningsansvar har utvalget delt seg i et flertall og et mindretall. Utvalgets flertall mener at det ikke er grunnlag for å innføre en ordning med lempning av erstatningsansvar. Dette standpunktet begrunnes for det første med at det hersker usikkerhet ved hvilken virkning et slikt forslag faktisk vil ha for lempningsinstituttet. Det pekes videre på at lempning av erstatningsansvar fratar en tredjepart en mulighet til å kreve erstatning for sitt tap, og at en utvidelse av lempningsinstituttet til erstatningsansvar vil kunne få ulovlig samarbeid til å fremstå som tilnærmet risikofritt og gi foretak uheldige incentiver til slikt samarbeid. Flertallet viser også til at lempning av erstatningsansvar kan få uheldige konsekvenser for den etterfølgende konkurransen i markedet, samt at det er naturlig å avvente en eventuell regulering av dette i norsk rett til det foreligger en avklaring på EU/EØS-nivå. Mindretallet legger til grunn at de positive

gevinstene for håndhevelsen av konkurranseloven må veie tyngst, og legger avgjørende vekt på at forslaget ikke fjerner skadelidtes erstatningsmulighet. Det vises til at forslaget innebærer at erstatningskravet kanaliseres til andre kartelldeltakere. Sett fra mindretallets ståsted vil en regel om lempning av erstatningsansvar avbøte en mangel ved lempningssystemet som skyldes koordineringsproblemene mellom ulike former for håndhevelse av loven. Mindretallet legger dessuten til grunn at regelen også må omfatte eventuelle restitusjonskrav for at ordningen skal kunne fungere etter hensikten.

- (162) Når det gjelder foreldelse av erstatningskrav for brudd på konkurranseloven mener et samlet utvalg at det er uheldig at konkurransemyndighetenes valg av sanksjonsspor skal påvirke når foreldelse inntreffer. Utvalget legger til grunn at private skal ha de samme dekningsmulighetene uavhengig av hvordan myndighetene velger å håndtere saken, og foreslår på denne bakgrunn at krav for brudd på konkurranseloven tidligst foreldes ett år etter at saken er rettskraftig avgjort, uavhengig av hvilket sanksjonsspor som velges.
- (163) *Konkurransetilsynet* mener at privat håndhevelse er et viktig supplement til den offentlige håndhevelsen av konkurranselovgivningen, og er enig med utvalget i at det er ønskelig å legge til rette for at private parter kan forfølge overtredelser av loven gjennom å reise erstatningssøksmål. I likhet med utvalget viser Konkurransetilsynet til at konkurranselovgivningen her suppleres med alminnelige erstatningsrettslige og avtalerettslige regler, og at tvisteloven inneholder regler om gruppesøksmål mv. Konkurransetilsynet deler utvalgets oppfatning av at disse generelle reglene synes tilfredsstillende for å ivareta privates rettigheter etter loven.
- (164) I vurderingen av behovet for eventuelle særregler i konkurranseloven er Konkurransetilsynet enig med utvalget i at det er uheldig at konkurransemyndighetenes valg av sanksjonsspor påvirker hvilken foreldelsesfrist som gjelder for private krav. Konkurransetilsynet deler utvalgets oppfatning om at private bør ha de samme dekningsmulighetene uavhengig av om myndighetene velger å håndtere saken i straffesporet eller i det administrative sporet. På denne bakgrunn støtter Konkurransetilsynet utvalgets forslag om at erstatningskrav for brudd på konkurranseloven tidligst foreldes ett år etter at saken er rettskraftig avgjort, jf. særregelen for foreldelse i straffesaker i foreldelsesloven § 11 og henvisningen til denne bestemmelsen i utvalgets lovforslag § 34.
- (165) Når det gjelder spørsmålet om innvilget hel lempning skal utvides til også å omfatte erstatningsansvar ser Konkurransetilsynet at et slikt forslag har potensiale til å kunne bidra til et mer effektivt lempningsinstitutt og derigjennom til en mer effektiv håndheving av konkurranselovgivningen.
- (166) Konkurransetilsynet er imidlertid ikke overbevist om at en slik utvidelse av lempningsinstituttet rent faktisk vil gi disse gevinstene, all den tid tendensen er at antallet lempningssøknader stiger til tross for den eksisterende risikoen for erstatningssøksmål. Det kan fra Konkurransetilsynets ståsted argumenteres for at det ellers i utredningen er fremmet andre og mer målrettede forslag for å effektivisere lempningsinstituttet, og at det derfor ikke er behov for å foreslå ytterligere tiltak som har mer usikre effekter. Det vises i denne sammenheng særlig til forslaget om å innføre straffbortfall for ansatte/styremedlemmer og foretak der vilkårene for hel lempning er oppfylt, og til forslaget om å begrense retten til innsyn i lempningssøknader.
- (167) I tillegg til dette mener Konkurransetilsynet at det kan reises prinsipielle innvendinger mot en ordning som innebærer at innvilgelse av hel lempning i det offentligrettslige sanksjonssystemet påvirker private parters muligheter til å få dekket sine tap. Selv om forslaget ikke medfører at en tredjepart mister muligheten til å kreve erstatning, er det opplagt at en kanalisering av kravet til de øvrige kartelldeltakerne vil kunne redusere de faktiske dekningsmulighetene. Konkurransetilsynet er videre opptatt av hvilken signaleffekt en slik utvidelse av lempningsinstituttet vil kunne gi, og er i likhet med utvalgets flertall bekymret for at innføring av en slik regel vil få ulovlig samarbeid til å fremstå som tilnærmet risikofritt.

- (168) Konkurransetilsynet mener på denne bakgrunn at det på det nåværende tidspunkt ikke foreligger et tilstrekkelig sterkt behov for å utvide lemningsinstituttet til også å omfatte erstatningsansvar, og finner derfor å støtte utvalgets flertall i vurderingen av dette spørsmålet.
- (169) Sett fra Konkurransetilsynets ståsted vil det være fornuftig å avvente effektene av de andre forslagene knyttet til lemningsinstituttet og utviklingen i EU før det eventuelt vurderes innført en særregel om dette i konkurranseloven.

9.3 Til punkt 12.3 – Konkurransetilsynets veiledningsplikt

- (170) *Utvalget* legger til grunn at Konkurransetilsynets veiledningsplikt etter konkurranseloven § 9 annet ledd ikke går lenger enn forvaltningens generelle veiledningsplikt etter forvaltningsloven § 11. Etter utvalgets syn fremstår konkurranseloven § 9 annet ledd derfor som misvisende med hensyn til rekkevidden av tilsynets veiledningsplikt, og foreslår derfor å oppheve bestemmelsen. Utvalget har som et ledd i dette også vurdert om det er hensiktsmessig å pålegge Konkurransetilsynet en utvidet veiledningsplikt i konkurranse saker. I denne forbindelse peker utvalget på at både Konkurransetilsynet og Kommisjonen/ESA gir omfattende veiledning gjennom diverse retningslinjer og veiledere, og at dette samlet gir foretakene et godt grunnlag for å vurdere lovligheten av egen atferd mv. På denne bakgrunn ser ikke utvalget noe behov for å pålegge Konkurransetilsynet en utvidet veiledningsplikt i loven, men oppfordrer Konkurransetilsynet til å gi retningslinjer, veiledere og annen informasjon der dette er relevant og hensiktsmessig.
- (171) *Konkurransetilsynet* deler utvalgets syn på at veiledningsplikten etter konkurranseloven § 9 annet ledd ikke strekker seg lenger enn den generelle veiledningsplikten etter forvaltningsloven § 11. Som påpekt av utvalget har både Konkurransetilsynet og departementet lagt dette standpunktet til grunn i sin praksis etter gjeldende konkurranselov. Konkurransetilsynet er derfor enig med utvalget i at bestemmelsen er egnet til å gi et villedende bilde av hvor omfattende veiledning foretak kan forvente i konkrete saker, og støtter derfor forslaget om å oppheve bestemmelsen.
- (172) Videre er Konkurransetilsynet enig med utvalget i at det ikke er behov for å pålegge Konkurransetilsynet en utvidet veiledningsplikt sammenlignet med det som følger av forvaltningsloven. Som utvalget redegjør for, gir både Konkurransetilsynet og overvåkningsorganene i EU/EØS en omfattende veiledning om innholdet i og rekkevidden av konkurransereglene gjennom ulike retningslinjer, veiledere og annen informasjon. Samlet sett gir dette foretak et godt grunnlag for å kunne vurdere sin egen rettslige posisjon i forhold til konkurransereglene. Selv om det ikke foreslås å lovfeste en utvidet veiledningsplikt, er Konkurransetilsynet selvsagt opptatt av at markedsaktørene skal gis god veiledning om konkurransereglene. Sett fra Konkurransetilsynets ståsted vil retningslinjer og veiledere mv. kunne være egnede virkemidler for å oppnå dette, og Konkurransetilsynet vil derfor følge utvalgets oppfordring om å vurdere denne typen informasjonsmaterieil der dette fremstår som relevant og hensiktsmessig.

9.4 Økonomiske og administrative konsekvenser

- (173) *Utvalget* har foretatt en vurdering av de økonomiske og administrative konsekvensene av lovforslaget i utredningen kapittel 13. *Konkurransetilsynet* vil tilføye at dersom det blir foreslått å innføre en bestemmelse om forliksløsninger i konkurranseloven som Konkurransetilsynet går inn for under punkt 3.4 foran, er det ventet at dette vil gi besparelser både for konkurransemyndighetene og foretakene.

9.5 EØS-konkurranseloven

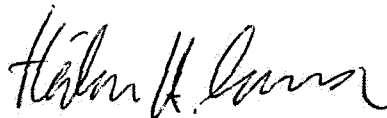
- (174) I høringsbrevet har *departementet* bedt om høringsinstansenes syn på om lovendringene foreslått av utvalget medfører behov for endringer i EØS-konkurranseloven, eller om det for øvrig er behov for endringer eller presiseringer i loven.

- (175) *Konkurransetilsynet* har foretatt en gjennomgang av EØS-konkurranseloven med sikte på om utvalgets forslag til endringer i konkurranseloven eller andre forhold tilsier at det er behov for å gjøre endringer også i denne loven. Konkurransetilsynet kan imidlertid ikke se at det foreligger behov for å gjøre materielle endringer i EØS-konkurranseloven.

Med hilsen



Christine B. Meyer
konkurransedirektør



Håkon A. Cosma
juridisk direktør



Notat

Til: Fornyings-, administrasjons- og
kirkedepartementet

Saksnr: 12/160
Arkivkode:
Dato: 13.06.2012

Fra: Konkurransetilsynet

NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov – oppfølgingsspørsmål vedrørende et forenklet meldesystem og terskelverdier

Det vises til Etatstyringsmøte 4. juni 2012 hvor Fornyings- administrasjons og kirkedepartementet (FAD) bad Konkurransetilsynet om å utdype enkelte punkter i høringsuttalelsen 16. mai 2012. FAD ønsker en utdyping når det gjelder tilsynets forslag om et forenklet meldesystem, terskelverdier og velferdstandard. Sistnevnte punkt behandles som avtalt i et senere notat.

1.1 Innføring av et forenklet meldesystem i tillegg til den ordinære meldeplikten

Som redegjort for i høringsuttalelsen er Konkurransetilsynet av den oppfatning at det er uheldig dersom terskelverdiene settes for høyt, da det kan medføre at flere problematiske fusjoner og oppkjøp blir gjennomført uten at konkurransemyndighetene blir gjort kjent med disse. Siden terskelverdiene er basert på foretakenes omsetning, vil dette typisk gjelde mindre markeder, lokale eller såkalte smale markeder. Det er på det rene at Konkurransetilsynet til en viss grad vil kunne motvirke de negative virkningene av høyere terskelverdier ved å pålegge utvidet meldeplikt for enkelte typer markeder eller for enkelte foretak. I tillegg har tilsynet mulighet til å avdekke denne typen foretakssammenslutninger gjennom markedsovervåkning. Konkurransetilsynet vurderer imidlertid ikke disse virkemidlene som tilstrekkelige.

Konkurransetilsynet er av den oppfatning at en effektiv kontroll med foretakssammenslutninger skal innebære høy oppdagelsesrisiko for konkurranseskadelige erverv. Konkurransetilsynet har i høringsuttalelsen vist til at i den grad det vil bli foretatt en vesentlig heving av terskelverdiene slik utvalget foreslår, bør det i tillegg innføres et forenklet meldesystem.

Konkurransetilsynet har pekt på at et forenklet meldesystem bør innebære en ytterligere forenkling av dagens alminnelige melding, og FAD har i Etatstyringsmøtet bedt om en utdyping av hvordan tilsynet ser for seg et slikt forenklet meldesystem.

1.1.1 Innholdet i notifikasjonsplikten

For å skille et slikt forenklet meldesystem fra den "ordinære" meldeplikten foreslår Konkurransetilsynet at den forenklete meldeplikten omtales som en notifikasjonsplikt. Dette sikrer at aktørene oppfatter at det er en forskjell på notifikasjonsplikt og meldeplikt, og at det er forskjeller i rettsvirkningene som følger av de to meldingene. Videre vil det være viktig at kravene til en notifiseringsplikt utformes slik at de er enkle for bedriftene å forholde seg til. Det antas at det kan være hensiktsmessig at notifikasjonsplikten reguleres i en egen bestemmelse i kapittel 4 om kontroll med foretakssammenslutninger mv.

Når det gjelder det nærmere innholdet i notifikasjonsplikten, er Konkurransetilsynet av den oppfatning at man bør ta utgangspunkt i dagens krav til alminnelig melding, men at kravene til en notifisering skal være færre enn for dagens alminnelige melding. En notifiseringsmelding bør inneholde:

- a) navn, adresse og organisasjonsnummer på partene i fusjonen eller den eller de som overtar kontroll,
- b) beskrivelse av de involverte foretakenes virksomhetsområde(r) og foretakenes omsetning

En slik notifikasjon bør etter Konkurransetilsynets vurdering ikke kobles til et gjennomføringsforbud, da formålet med notifikeringen er å gjøre Konkurransetilsynet oppmerksom på transaksjonen. Deretter vil det være opp til tilsynet å vurdere hvorvidt man ønsker å iverksette saksbehandling innen en gitt frist. Etter tilsynets oppfatning er det naturlig å ta utgangspunkt i dagens 3 måneders frist for pålegg om fullstendig melding for saker som ikke er omfattet av den alminnelige meldeplikten, jf. meldepliktforskriften § 4 tredje ledd siste setning. En tilsvarende frist på 3 måneder for tilsynet til å pålegge ordinær melding etter en notifikering synes rimelig, særlig når det ikke gjelder et gjennomføringsforbud for transaksjonen.

En notifikasjonsprosess vil sikre at Konkurransetilsynet fortsatt blir oppmerksom på potensielle konkurranseskadelige erverv som ikke omfattes av de høye terskelverdiene som er foreslått av utvalget, dette vil typisk gjelde for lokale/små markeder.

Selve notifikeringen bør gjennomføres ved et enkelt web-basert skjema som fylles ut. Konkurransetilsynet mener dette vil gjøre det enkelt for foretak(ene) å notifikere og det vil også i liten grad være behov for advokatbistand dersom foretaket ikke selv ønsker dette. Skjemaet vil ligge lett tilgjengelig på Konkurransetilsynets nettsider, og det skal kun fylles ut informasjon som det notifiserende foretaket og målselskapet antas å ha lett tilgjengelig. Eksempelvis skal det ikke inngis informasjon om kunder, konkurrenter og leverandører osv. Tilsynet ser også for seg at det vil være mulig å inngi/laste opp tilleggsinformasjon fra foretakets side dersom det er ønskelig, eksempelvis opplysninger om foretakssammenslutningens art, årsregnskap, styreprotokoller osv.

En slik nettbasert løsning for notifikering vil innebære at Konkurransetilsynet får en god og lett tilgjengelig oversikt over foretakssammenslutninger, hvilket også innebærer at tilsynet kan tilby informasjon/statistikk ikke bare til eget bruk, men også til advokater, næringslivet og studenter. Lignende bruk av nettbaserte skjema benyttes eksempelvis av Brønnøysundregistrene for melding av fusjoner.

1.1.2 Terskelverdier for notifikasjonsplikten

Det bør etter Konkurransetilsynets oppfatning også være terskler dersom det innføres en notifikasjonsplikt.

Etter tilsynets vurdering bør tersklene for notifikasjonsplikten være på tilsvarende nivå som dagens terskelverdier for melding av foretakssammenslutninger, dvs. 50 millioner i samlet omsetning og 20 millioner for individuell omsetning. Dette vil innebære at meldepliktige transaksjoner etter dagens system vil være notifikasjonspliktige etter tilsynets forslag, men en slik notifikasjonsplikt vil være betydelig enklere og mindre byrdefull for foretakene å forholde seg til.

Dersom det innføres en notifiseringsplikt kan terskelverdiene som utløser ordinær meldeplikt følgelig settes høyt slik utvalget foreslår. På denne måten mener tilsynet at man også ivaretar hensynet til harmonisering med Sverige og Danmark, som er fremført som et selvstendig argument fra utvalgets side.

1.1.3 Beregning av omsetning og sanksjoner ved brudd på notifikasjonsplikten

Når det gjelder beregning av omsetning ved notifikasjoner er det etter Konkurransetilsynets oppfatning to alternative modeller som kan benyttes. En mulig modell er å benytte utvalgets forslag om å harmonisere med EU-retten på dette området, alternativt kan regnskapslovens konserndefinisjon legges til grunn.

Ved innføring av dagens meldepliktsystem, herunder beregning av omsetning, uttalte FAD i sitt høringsutkast at det var foretatt en avveining av ulike hensyn. På den ene side måtte grensen ikke settes så høyt at et betydelig antall potensielt konkurranseskadelige foretakssammenslutninger falt utenfor meldepliktsordningen, da dette ville innebære at formålet med forslaget om en alminnelig meldeplikt ikke ble oppfylt. På den annen side var det viktig å unngå at omsetningsgrensen ble satt så lavt at konkurransemyndighetene måtte ta stilling til et stort antall konkurransemessig uinteressante meldinger, samt unngå at aktørene i en rekke konkurransemessig uproblematisk foretakssammenslutninger ble pålagt en unødvendig byrde.

Departementet valgte å bruke foretakssammenslutningenes omsetning for å innskrenke den alminnelige meldeplikten, og å knytte beregning av omsetning opp mot regnskapslovgivningen. FAD pekte blant annet på at ved å knytte omsetningskriteriet opp mot konserndefinisjonen i regnskapsloven § 1-3 unngår man særlig den detaljerte og til dels kompliserte avgrensningen som EØS-forskriften om tilsyn med foretakssammenslutninger artikkel 5 nr. 4 krever. Henvisningen til konserndefinisjonen i regnskapsloven § 1-3 ble imidlertid tatt ut i den endelige meldepliktforskriften.

Tilsvarende avveining av hensyn gjør seg gjeldende ved vurderingen av hvilken omsetning som skal legges til grunn ved beregning av omsetning ved notifikasjoner.

Dersom det skal foretas en harmonisering til EU-retten, vil det sikre en lik regel for beregning av omsetning både for notifikasjoner og ordinære meldinger, men regelverket er imidlertid til dels komplekst å anvende. Alternativet som innebærer at regnskapslovens konserndefinisjon legges til grunn har den svakhet at begrepet ikke er tilpasset det konkurranserettslige behovet, der det først og fremst er viktig å fange opp de reelle økonomiske verdiene som påvirkes av transaksjonen. På den annen side vil en slik regel sannsynligvis være enklere for mindre foretak å forholde seg til, og følgelig oppfattes som et enklere regelverk for aktører som ikke vanligvis forholder seg til ordinære meldinger.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning må hensynet til et enkelt regelverk være avgjørende ut fra formålet med notifikasjonsplikten, hvilket innebærer at regnskapslovens konserndefinisjon bør legges til grunn.

For at notifikasjonsplikten skal være tilstrekkelig effektiv, vil det være nødvendig med sanksjoner ved brudd på notifikasjonsplikten. Siden det ikke foreslås at det skal gjelde et gjennomføringsforbud for saker som er notifikasjonspliktige, vil det være viktig at det fastsettes et siste tidspunkt for notifisering. En slik regel sikrer at det vil være mulig for Konkurransetilsynet å pålegge meldeplikt og gjennomføringsforbud, sistnevnte for å sikre at det ikke tas irreversible skritt fra partenes side.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning må en foretakssammenslutning notifiseres senest når endelig avtale er inngått eller kontroll er overtatt, jf. tidligere meldepliktregelverk. Dersom transaksjonen ikke notifiseres innen fristen, kan Konkurransetilsynet pålegge overtredelsesgebyr, jf. § 29.

1.1.4 Oppsummering

Dersom det innføres et system med notifikasjonsplikt vil det etter Konkurransetilsynets oppfatning ikke være et tilsvarende behov for å beholde lave terskelverdier for å fange opp potensielt problematiske erverv i eksempelvis lokale markeder, og terskelverdiene som utløser ordinær meldeplikt kan følgelig settes høyt slik utvalget foreslår.

1.2 Subsidiært – terskelverdier dersom dagens meldepliktsystem beholdes

Konkurransetilsynet er også bedt om å redegjøre for hva tilsynet mener bør være terskelverdiene dersom det ikke innføres en notifiseringsplikt.

Gjennomgangen som ble foretatt av utvalget viser at det er noe begrenset hvor mange meldinger som ville falt bort selv om tersklene heves nokså betydelig. De tilgjengelige data var imidlertid begrenset til en forholdsvis kort periode, og det er derfor vanskelig å trekke bastante konklusjoner.

Konkurransetilsynets praksis etter utvalgets gjennomgang viser at flere saker ville falt bort dersom tersklene hadde blitt hevet i den størrelsesorden som utvalget foreslår. Dette gjelder eksempelvis tilsynets inngrep mot Telenor-LOS¹ og den pågående saken Plantasjen-Oddernes Gartneri.² Samtidig ser Konkurransetilsynet at det er vanskelig å fastsette slike terskler.

For å unngå at det oppstår betydelig risiko for at det i lokale og/eller små markeder gjennomføres foretakssammenslutninger med skadelige virkninger på konkurransen uten at Konkurransetilsynet er kjent med disse, er Konkurransetilsynets subsidiære oppfatning at terskelen for samlet omsetning ikke bør settes høyere enn 500 millioner kroner, og at individuell omsetning ikke bør settes høyere enn 50 millioner kroner. Nevnte forslag ville innebære at eksempelvis tilsynets pågående sak Plantasjen-Oddernes Gartneri ikke ville ha vært meldepliktig, men tilsynet ser at det kan være behov for å heve terskelen for individuell omsetning noe for å redusere antall meldinger.

Dersom tersklene settes til et slikt lavere nivå, vil det i noe større grad forebygge at Konkurransetilsynet ikke blir gjort kjent med foretakssammenslutninger i lokale og/eller små markeder, enn om man legger utvalgets høye terskler til grunn.

¹ Vedtak V2012-8 Telenor Norge AS – LOS Bynett AS/Bynett Privat AS

² Sak 2012/91: Plantasjen Norge AS – Oddernes Gartneri AS