



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

Vår dato 16.05.2012
Deres dato 22.02.12
Vår referanse 273-9392
Deres referanse 12/441-

Høring: NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) viser til ovennevnte høring med høringsfrist 16. mai 2012.

NHO har vært en sterk pådriver for å modernisere visse sider av loven. NHO har særlig vært opptatt av prosessuelle bestemmelser knyttet til kontroll med foretakssammenslutninger, rettssikkerhetsaspektet ved kontroll og beslag hos foretak, foretaksstraff og veiledningsplikten.

NHO er i det vesentlige enig i utvalgets forslag til endringer i loven. Likevel er det enkelte forslag vi ikke støtter. Vi vil også fremme fire egne forslag.

NHO støtter utvalgets forslag:

- om bindende tilsagn
- om beslagsform
- om reglene for databeslag, med tillegg om at bedriftene har rett til å være tilstede ved tilsynets gjennomgang av materialet
- om at foretaksstraff bortfaller der foretaket innvilges hel lempning
- om at straff for ansatte bortfaller der foretaket innvilges hel lempning
- om beskyttelse av kilder og lempningssøknader i § 27 a

NHO støtter ikke utvalgets forslag:

- om å videreføre regelen om minoritetserverv,
- om at dersom det ikke angis at opplysninger må undergis taushet (første og annet punktum i § 18 a siste ledd), kan konkurransemyndighetene legge til grunn at opplysningene ikke er underlagt lovbestemt taushetsplikt
- om oppheving av veiledningsplikten

NHO har følgende nye forslag:

- at det lovfestes at Konkurransetilsynet får adgang til å gripe inn mot offentligrettslige reguleringer eller tiltak som har konkurransebegrensende formål eller virkning
- at det lovfestes at avvisning fra anbudskontrakter bortfaller ved hel lempning
- at det lovfestes et "State compulsion"- unntak
- at det lovfestes en bestemmelse om selvinkrimineringsvernet

NHO har følgende innspill til forslagene:

1) Lovens formålsbestemmelse

Det har vært lengre diskusjoner rundt lovens formålsbestemmelse og om hvorvidt forbrukerbeskyttelse skulle løftes frem som et hovedformål. Overordnet legger utvalget til grunn at lovens formål er samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk i betydningen total velferd, men at dette oppnås best ved at det ved anvendelsen av loven legges til grunn en konsumentvelferdsstandard.

Utvalget foreslår ingen endringer i bestemmelsens ordlyd, idet utvalget mener at bestemmelsen, slik den står, gir uttrykk for lovens formål og virkemidler. Likevel gis det uttrykk for at utvalgets forslag innebærer en *endring* av hvilken velferdsstandard som skal benyttes ved vurderingen av foretakssammenslutninger.

Spørsmålet er hvilken betydning dette får for tolkningen av den materielle jus i forhold til f. eks. fusjonsbestemmelsene. NHO mener at dersom det skal medføre en endring av den norske velferdsstandarden, må dette presiseres i lovteksten.

2) Kontroll med foretakssammenslutninger

Når det gjelder kontroll med foretakssammenslutninger, foreslår utvalget å heve terskelverdiene for meldeplikt og å harmonisere det materielle inngrepskriteriet og prosedyrene med EU. En slik harmonisering gjør det enklere for foretakene, fordi man slipper å forholde seg til ulike systemer i ulike jurisdiksjoner, og hvor foretakssammenslutninger ofte omfatter flere av disse jurisdiksjonene. NHO støtter derfor utvalgets forslag.

• Meldepliktsgrensen vs. inngrepskompetanse

NHO støtter utvalgets forslag om å øke terskelverdiene for meldeplikt.

NHO mener at dette er riktig og ressursbesparende både for bedrifter og Konkurransetilsynet, og gir tilsynet større mulighet til å konsentrere seg om viktigere saker som kartellsaker.

Utvalgets forslag medfører likevel ikke at økte terskler for meldeplikt innskrenker Konkurransetilsynets inngrepskompetanse, slik som i EU/EØS-retten og Danmark. NHO er opptatt av at forutberegneligheten for bedriftene skal kunne ivaretas, og er av den oppfatning at tilsynet ikke må gripe inn mot en hvilken som helst foretakssammenslutning. NHO mener det må være særskilte grunner til å gripe inn.

Utvalget ser det som hensiktsmessig, av hensynet til forutberegnelighet for de involverte partene i en sak, at pålegg om levering av meldinger for transaksjoner som ikke oppfyller de alminnelige terskelverdiene bare skal kunne gis der Konkurransetilsynet finner at det er rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes, eller der andre hensyn tilsier at tilsynet undersøker saken nærmere. I slike saker kan det ikke gis pålegg om fullstendig melding

senere enn tre måneder etter at endelig avtale er inngått eller kontroll er ervervet. NHO mener at tre måneder er lang tid og at det derfor må lovfestes hva forutberegnelighetskriteriene skal inneholde.

3) Bindende tilsagn

NHO støtter utvalgets forslag om bindende tilsagn.

EU-kommisjonen har en lang tradisjon med å avslutte saker uformelt, og også for å akseptere detaljerte forlik med foretak. Ved rådsforordning (EF) Nr 1/2003 art 9 fikk Kommisjonen adgang til å fremforhandle en løsning med foretakene der saken henlegges, mot at foretakene forplikter seg til å etterleve visse tilsagn som avbøter de konkurransemessige bekymringer i saken. ESA er gitt tilsvarende hjemmel i ODA protokoll 4 kap. II art 9. Utvalget er av den oppfatning at Norge er folkerettslig forpliktet til å innføre en slik bestemmelse. Utvalget mener også at det er gode argumenter for å innføre en slik hjemmel med virkning for samarbeids- og misbruksforbudet i konkurranseloven.

NHO mener som utvalget at det er en fordel at partene i en konkret sak kan foreslå bindende tilsagn som avhjelper de konkurransemessige bekymringene i en sak, og dermed få avsluttet saken. Likevel er det viktig å understreke at en slik regel ikke må brukes til å presse frem tiltak fra partene hvor det ikke er grunnlag for inngrep.

4) Kontroll og beslag

• Beslagsform

NHO støtter utvalgets forslag om beslagsform.

NHO støtter forslaget fra utvalget om at hovedregelen skal være at foretakene beholder originale dokumenter ved bevissikring, og tilsynet bare kan ta med originalen når den antas å ha en bevisverdi, eller der bevisverdien ved kopiering vil reduseres.

Allerede ved lovrevisjonen i 2004, var NHO av den oppfatning at foretakene som ble underlagt Konkurransetilsynets kontroller, skulle ha rett til kopi av alle dokumentene tilsynet beslaglegger hos dem selv.

Dagens regel om beslag av originale dokumenter uten at foretaket får beholde kopi, er svært inngripende. Dette skyldes særlig hensynet til bedriftens daglige virke. Uten hverken original eller kopi vil bedriften kunne være handlingslammet.

• Databeslag

NHO støtter utvalgets forslag til regler om databeslag.

NHO støtter forslaget om at foretakene skal motta kopi av det speilkopierte beslaget og ha rett til å være til stede ved tilsynets gjennomgang av materialet. Begrunnelsen om at foretakene skal kunne beholde en kopi av det speilkopierte beslaget, er vel så viktig som for papirdokumenter, da størsteparten av dokumentene i dag forefinnes elektronisk i bedriften.

5) Prosess og etterforskning

NHO mener at lempningsinstituttet har en positiv effekt, og det gir bedrifter mulighet til å ta ansvar og bryte ut av et ulovlig samarbeid. Lempningsinstituttet, slik det er i dag, gir både bedrifter og personer en viss uforutsigbarhet i forhold til straffeansvaret som kan påløpe.

Utvalget foreslår regler for å forenkle sameksistensen mellom straffesporet og det administrative sporet (overtredelsesgebyr). NHO mener at dette er positivt og støtter forslagene.

- **Foretaksstraff og lempning**

NHO støtter utvalgets forslag om at foretaksstraff bortfaller der foretaket innvilges hel lempning.

NHO foreslår samtidig at muligheten til å bli avvist fra anbudskonkurranser bortfaller ved hel lempning. NHO foreslår at dette lovfestes.

Etter dagens regelverk, som utvalget også påpeker, vil ikke en innvilget lempning for overtredelsesgebyr gi foretakene noen sikkerhet for at de ikke risikerer straff. Denne usikkerheten knyttet til om man kan straffes etter å ha fått innvilget lempning vil kunne redusere incentivene for å søke om lempning.

Etter gjeldende rett kan foretak bli idømt tap av retten til å delta i anbudskonkurranser ved brudd på konkurranseloven, jf straffelovens § 29. Utvalget påpeker også at oppdragsgiver etter anskaffelsesforskriften §§ 11-10, 2. ledd, bokstav c og d og 20-12, 2. ledd, bokstav c og d, kan avvise tilbydere som er dømt for straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel, eller har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i bransjen. NHO er enig med utvalget i at det ikke kan utelukkes at disse hjemlene gir oppdragsgiver muligheten til å avvise et tilbud fra et foretak som har overtrådt konkurranselovens bestemmelser.

Dette vil særlig ha stor betydning for bedrifter som leverer tilbud til det offentlige markedet. Bedrifter som lever av å levere tilbud til det offentlige vil kunne være svært tilbakeholdne med å be om lempning, da tap av muligheten til å delta i anbudskonkurranser oppfattes som en alvorlig situasjon, og hvor bedriften i verste fall kan risikere å gå konkurs.

NHO ser denne sammenblandingen av sanksjoner som svært uheldig. NHO støtter utvalgets forslag om at dersom vilkårene for lempning av overtredelsesgebyret er oppfylt, skal foretakets straffansvar bortfalle. Utvidelsen av lempningsordningen foreslås dermed innført som et straffbortfall for foretak som oppfyller vilkårene for hel lempning. Fordelen ved en slik regulering er at dersom vilkårene for hel lempning er oppfylt, er det ikke tvilsomt hvilke konsekvenser dette har for straffen.

- **Personstraff og lempning**

NHO støtter utvalgets forslag om at straff for ansatte bortfaller, der foretaket innvilges hel lempning.

På samme måte som ved foretaksstraff, vil innføringen av straffebortfall for personer øke incentivene, og fjerne disincentivene som i dag er til stede, til å søke om lempning.

6) Minoritetsserverv

NHO støtter ikke utvalgets forslag om å opprettholde dagens hjemmel om minoritetsserverv og foreslår at regelen fjernes.

Konkurranselovens § 16 annet ledd gir adgang til å gripe inn mot minoritetsserverv, der ervervet fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Hjemmelen har hittil ikke vært brukt.

EU har i dag ikke en slik regel. Det er også usikkert når og hvordan den skal brukes. EU-kommisjonen har iverksatt en studie av den økonomiske betydningen av minoritetsseierskap. NHO foreslår at vi heller innfører regelen når EU har bestemt seg, og deretter harmoniserer den fullt ut.

7) Taushetsbelagte opplysninger

NHO foreslår at forslaget til ny kkl. §18 a siste setning, strykes.

NHO støtter forslaget om at parter og tredjemenn som gir opplysninger til Konkurransemyndighetene i henhold til taushetsbelagte opplysninger, jf §§ 18 fjerde ledd og § 24 første ledd, klart skal angi eller avmerke slike opplysninger og begrunne sin oppfatning, og samtidig fremlegge forslag til offentlig versjon. Dette vil særlig være aktuelt ved melding ved fusjoner og lempningssøknader.

Derimot støtter ikke NHO forslaget i siste setning om at dersom første og annet punktum ikke er oppfylt, kan konkurransemyndighetene legge til grunn at opplysningene ikke er underlagt lovbestemt taushetsplikt.

Resultatet av en slik regel vil kunne føre til at taushetsbelagte opplysninger blir kjent for allmenheten, hvis et foretak har glemt å sladde slike opplysninger. NHO mener at selv om siste setning i forslaget strykes, vil regelen opprettholde den disiplinerende effekten.

8) Innsyn

- **Beskyttelse av kilder og lempningssøknader**

NHO støtter forslaget om beskyttelse av kilder og lempningssøknader i § 27 a.

NHO er av den oppfatning at konkurranseområdet reiser særlige problemstillinger knyttet til effektiv etterforskning av overtredelser og ivaretagelse av foretakenes legitime krav på bevaring av forretningshemmeligheter og andre fortrolige opplysninger.

Vern av kilder er viktig. Det kan få negative konsekvenser for aktører som ønsker å varsle om ulovlig adferd, dersom det kommer frem at de har meldt om en overtredelse. Dette gjelder både i forhold til ansatte i foretaket, eller i forhold til kunde- og leverandørforhold til foretaket det tipses om.

Det samme hensynet gjør seg gjeldende ved lempningssøknader, men hvor det også vil være avgjørende at selskapets forretningshemmeligheter holdes hemmelig. I tillegg vil det kunne forhindre foretak fra å benytte seg av lempningsinstituttet, dersom lempningssøknaden ikke ville være unntatt fra offentlighet.

9) Privat håndhevelse

Utvalget foreslår ikke særskilte regler om privat håndhevelse.

Det pågår en diskusjon i EU om dette temaet, og NHO mener det er fornuftig av norske myndigheter å avvente eventuelle lovregler i Norge til man ser hva forslaget i EU blir.

10) Veiledningsplikt

NHO støtter ikke forslaget om oppheving av veiledningsplikten.

Utvalget foreslår å oppheve regelen om tilsynets veiledningsplikt fordi det mener den ikke går lenger enn alminnelige forvaltningsrettslige regler. NHO støtter ikke forslaget om oppheving av veiledningsplikten, som kom inn i 2004-loven etter behandling av den nye konkurranseloven i Stortinget.

NHO har et godt samarbeid med Konkurransetilsynet, hvor man i fellesskap søker å bidra til bevissthet rundt konkurranseloven i NHOs bransjeorganisasjoner og medlemsbedrifter gjennom informasjon om lovens innhold og bestemmelser. Videre har vi et samarbeid om å gjøre lempningsinstituttet kjent for bedrifter. Bedrifter og bransjeorganisasjoner setter som følge av bl.a. dette, konkurranseloven på dagsorden. I den forbindelse blir det mer og mer behov for veiledning, både av generell karakter og mer knyttet til konkrete saker. Loven anvendt på virkeligheten, kan gi vanskelige vurderinger med hensyn til om noe er lov eller ikke. Det vil derfor være et galt signal fra myndighetene å fjerne veiledningsplikten!

NHO var i forbindelse med innføring av ny konkurranselov, en aktiv pådriver for at konkurranseloven skulle inneholde en veiledningsplikt. Bakgrunnen for NHOs oppfatning var og er at konkurranseloven inneholder et omfattende forbud og et strengt regime som medfører at bedrifter har behov for veiledning i forhold til konkrete problemstillinger. Dette er fortsatt NHOs syn. Selv om loven ikke er ny lengre og Konkurransetilsynet har plikt til å gi veiledning etter forvaltningslovens § 11, må det gis veiledning i konkrete saker, selv om veiledningen ikke er juridisk bindende. Det er et signal om at foretak skal kunne henvende seg til tilsynet for å få veiledning ved behov, og vil være særdeles viktig for små og mellomstore bedrifter.

NHO mener at veiledningsplikten er viktig, både i forhold til materielle og prosessuelle regler. NHO mener at tilsynet må styrke veiledningen til bedriftene, ikke redusere den. Bedriftene må selvsagt ta ansvar for på hvilket grunnlag de ber om veiledning, da

veiledningen må være relevant for den konkrete sak. Veiledningsplikten er ikke bindende for tilsynet, men må være av en substans som gir bedriftene mulighet til å vurdere sin egen sak. Det vil for Konkurransetilsynet i flere saker være enkelt å gi den ønskede veiledning, særlig om hvordan loven er å forstå i konkrete saker. Videre synes det ikke å være store problemer å gi veiledning om prosessen i en sak.

Av disse grunner ber vi om at regelen for veiledning opprettholdes. Vi foreslår at FAD ser på forbedringsforslag til hvordan veiledningsplikten i praksis best kan utøves.

11) Regulering av offentlig ervervsvirksomhet

NHO foreslår at Konkurransetilsynet skal ha adgang til å gripe inn mot offentligrettslige reguleringer eller tiltak som har konkurransebegrensende formål eller virkning

Utvalget er i mandatet ikke bedt om å vurdere særskilt forholdet til andre lover, og mulighetene til å gjøre unntak fra loven. Utvalget finner likevel grunn til å påpeke enkelte forhold som utvalget i praksis mener har budt på en viss tvil. Ett av disse områdene er regulering av offentlig ervervsvirksomhet. Utvalget selv påpeker at problemområdet er omfattende og reiser prinsipielle spørsmål, til dels av politisk karakter. NHO mener at det er på høy tid å sette temaet på dagsorden.

Offentlige og private foretak konkurrerer i stadig større grad med hverandre. At offentlige og private virksomheter utfordrer hverandre gjennom konkurranse er positivt, fordi det skaper flere alternativer å velge mellom og gir bedre kvalitet og kostnader.

NHO mener derfor at konkurranseloven må innføre en regel som sikrer like vilkår for offentlige og private bedrifter som konkurrerer i samme marked. NHO foreslår at det innføres en regel som gir Konkurransetilsynet adgang til å gripe inn mot offentligrettslige reguleringer eller tiltak som har konkurransebegrensende formål eller virkning.

Etter konkurranselovens § 9 første ledd bokstav e kan Konkurransetilsynet påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige foretak, eventuelt ved å fremme forslag med sikte på å styrke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter. Tilsynet har her kun en henstillingsmulighet, noe som har vist seg å være tannløst. I Sverige derimot har konkurransemyndighetene en adgang til å gripe inn mot offentlig ervervsvirksomhet, som kan resultere i at handlingen er forbudt. Det er likevel i bestemmelsen gjort unntak for tiltak eller atferd som kan forsvares ut fra allmenne hensyn.

I rapporten "På like vilkår – En analyse av konkurransen mellom offentlige og private foretak", Konkurransetilsynets skriftserie 1/2005 ble det etterlyst regulering av offentlig ervervsvirksomhet. NHO mener at det nå er på tide også å lovregulere dette området.

12) State compulsion

NHO foreslår at det lovfestes et "State compulsion"-unntak.

"State compulsion" (myndighetspålegg) innebærer et bøtefritak for foretak som er pålagt handlinger som bedømmes i strid med konkurransereglene. Dette unntaket er relativt snevert og forutsetter i praksis at foretakene ikke har noe valg med hensyn til hvordan de vil innrette

seg. Består det et rom for konkurranse, plikter foretakene således å utnytte dette. Unntaket er forankret i at foretakenes adferd i slike tilfeller ikke skyldes deres forretningsmessige autonomi, men offentlig regulering. Unntaket er innfortolket i TEUV og EØS-avtalen. I EU/EØS er utgangspunktet at foretakene ikke kan bøtelegges for atferden, men at nasjonale myndigheter plikter å bringe tiltakene til opphør, slik at konkurransereglene deretter kan anvendes fullt ut. Foretakene vil således først kunne sanksjoneres etter at det nasjonale tiltaket er opphevet. Utvalget uttrykker at en tilsvarende sammenheng finnes ikke nødvendigvis i norsk rett. Selv om "state compulsion" ikke har blitt anerkjent som frifinnelsesgrunn i enkeltsaker under konkurranseloven, har relevansen av unntaket blitt anerkjent.

NHO er av den oppfatning at man bør lovfeste et såkalt "state compulsion"-unntak for å øke forutberegneligheten for foretakene på dette området. Slik rettstilstanden beskrives av utvalget, er det mye uklarerheter som fortjener en avklaring, særlig med hensyn til enkeltvedtak, vilkår i tillatelseserklæring knyttet til enkeltforetak og som viser seg å være i strid med konkurranseloven. Nåværende rettstilstand overlater til foretakene å avdekke dette og følge konkurranseloven i stedet for enkeltvedtaket.

13) Selvinkrimineringsvernet

NHO foreslår å ta inn i loven en bestemmelse om selvinkrimineringsvernet.

Selvinkrimineringsvernet reiser vanskelige spørsmål, og utvalget har brukt mange sider på å drøfte dette, både i forhold til personer og foretak.

Utvalget foreslår at foretakenes selvinkrimineringsvern ved håndhevelse av den norske loven skal tolkes i samsvar med EU-domstolens praksis. EU-domstolen har i den såkalte Orkem-saken kommet til at det følger av grunnleggende kontradiksjonsprinsipper i EU-retten at foretak ikke kan pålegges å svare på spørsmål der svaret vil innebære en innrømmelse av overtredelse av konkurransereglene.

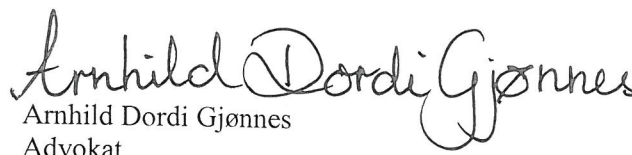
Utvalget foreslår ikke en lovfesting av selvinkrimineringsvernet, men sier at et alternativ kan være å innta en formulering etter modell av Orkem-prinsippet i konkurranseloven. Dette innebærer at et foretak ikke er forpliktet til å besvare spørsmål som vil tvinge dem til å innrømme overtredelser.

NHO foreslår at det tas inn i loven et forslag om selvinkrimineringsvernet som utvalget fremmer som et alternativ.

Vennlig hilsen,
NÆRINGSLEVETS HOVEDORGANISASJON
Avdeling næringsjus



Ingebjørg Harto
Avdelingsdirektør



Arnhild Dordi Gjønnes
Advokat