

Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet
Postboks 8004 Dep.
0030 Oslo

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

Deres ref.:

Dok. nr.: 164192

Saksbehandler: Stian Oen
sto@advokatforeningen.no

07.10.2013

Høring – Utkast til forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 24.6.2013 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sonderer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for Europa- og konkurranserett, som består av Ingvald Falch (leder), Harald Evensen, Morten Goller, Stein Ove Solberg og Monica Syrdal.

2. Sakens bakgrunn

Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet sendte den 24. juni 2013 utkast til ny forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr på høring. Bakgrunnen for behovet for revisjon av den eksisterende forskriften 22. august 2005 nr. 9 er at lov av 5. mars 2004 nr 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) ble endret ved lov 14. juni 2013 nr. 35. Endringene trer i kraft 1. januar 2014.

Nedenfor følger Advokatforeningens kommentarer til noen av de problemstillinger og forslag som fremgår av utkastet. For øvrig har Advokatforeningen ikke merknader til forslaget til endring av forskriften.

3. Kommentarer til forslagene

DEN NORSKE ADVOKATFORENING Kristian Augusts gate 9 0164 Oslo
T +47 22 03 50 50 post@advokatforeningen.no www.advokatforeningen.no
NO 936 575 668 MVA

Bestemmelsene i den nye forskriften må sees på bakgrunn av revisjonen av konkurranseloven. Advokatforeningen er enig i at det bør vedtas ny forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.

Advokatforeningen har følgende merknader når det gjelder utmålingen av overtredelsesgebyr:

- ♦ Advokatforeningen er enig i at det er hensiktsmessig å videreføre reglene om utmåling av overtredelsesgebyr i forskriften. I forarbeidene til konkurranseloven og til endringslov 14. juni 2013 nr. 35 (Prop. 75 L Endringer i konkurranseloven) uttales det at utmåling av overtredelsesgebyr så langt som mulig skal være i samsvar med prinsippene for utmåling av bøter i EU/EØS. Det er ikke tvilsomt at prinsippene for utmåling av overtredelsesgebyr i forslaget i all hovedsak materielt samsvarer med retningslinjer fra Europakommisjonen og EFTAs Overvåkningsorgan (ESA). Derimot synes fremgangsmåten ved utmålingen å skille seg fra metoden etter EU/EØS-reglene, hvor utmålingen av bøtene skjer gjennom en totrinns metode hvor et grunnbeløp «skal» settes før det justeres etter visse fastsatte vurderingsmomenter. Det reiser spørsmål om forskriften bør an vise en tilsvarende fremgangsmåte, slik at Konkurransetilsynet i større grad må redegjøre for prosessen for fastsettelse av overtredelsesgebyret. Rettsikkerhetsmessig vil dette kunne være en gevinst, særlig fordi Konkurransetilsynet både etterforsker og fastsetter gebyret. Gebyrets størrelse er også et argument. Konkurransetilsynet har i flere saker lagt seg på et gebyrnivå som er svært høyt sammenlignet med det som følger av strafferettslig praksis for økonomisk kriminalitet. På den annen side vil en slik detaljert veiledning om hvordan skjønnet skal utøves, avvike fra hva som i det vesentlige har vært norsk forvaltnings- og strafferettstradisjon.

Advokatforeningen mener at etterprøvbarhet bør veie tyngst i denne vurderingen. Primært bør dette gjøres ved å anvende detaljerte utmålingsregler tilsvarende de som fremgår av kommisjonens og ESAs bøtemeddelelse. Som et minimum bør forskriften pålegge Konkurransetilsynet å redegjøre detaljert for beregningen og de enkelte momenters relevans og vekt. Dette hensyn gjelder også for utmåling av gebyr for andre overtredelser enn brudd på §§ 10 og 11.

Det bør derfor foretas en skjerping av ordlyden i forslaget § 3 åttende ledd ved at bestemmelsen bør gis slik ordlyd: *"Konkurransetilsynet skal i vedtak om overtredelsesgebyr redegjøre for de enkelte utmålingsmomenters betydning for gebyrets størrelse."*

- ♦ Når det gjelder vurderingsmomentene ved utmålingen av overtredelsesgebyrene, opprettholdes bestemmelsen om at det skal legges særlig vekt på «foretakets omsetning» ved utmåling av gebyret. Omsetning er et viktig mål på foretakets økonomiske styrke og er et grunnleggende element i utmåling etter EU/EØS-retten. Det er imidlertid viktig at Konkurransetilsynet i sin gebyrfastsettelse også legger vekt på utmålingsmomenter som har betydning for en strafferettslig bøtesaksjon. Det vises her til straffeloven § 48 b om foretaksstraff. Det fremgår denne bestemmelsens bokstav f at det ved utmålingen skal tas særlig hensyn til «foretakets økonomiske evne». I dette begrepet inngår ikke bare størrelsen på omsetningen, men også selskapets økonomiske stilling og betalingsevne. Denne kan variere meget fra bransje til bransje. I Bølgepappdommen (Rt. 1995 s. 1922) vektla Høyesterett selskapenes helhetlige økonomiske stilling i utmålingen av bøtene. At det tas hensyn til foretakets økonomiske evne, er et viktig prinsipp som også bør gjelde ved overtredelsesgebyr etter konkurranseloven og derfor bør komme klart til uttrykk i

forskriften om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr . Momentet kan gi grunnlag for skjerpede gebyrer som gir tilstrekkelig avskrekkende virkning i tilfeller hvor selskapet har høy lønnsomhet, samtidig som det også gir grunnlag for å nedjustere et gebyr på grunn av et foretaks lave lønnsomhet. Advokatforeningen foreslår derfor at ordlyden endres slik at det klart fremgår at Konkurransetilsynet skal ta hensyn til foretakets økonomi i sin helhet.

I tillegg til merknadene knyttet til utmåling har Advokatforeningen også følgende merknader knyttet til lempning:

- ♦ Advokatforeningen finner det fornuftig at norske lempningsregler i størst mulig grad samsvarer med EU/EØS-retten, jf. kommisjonens og ESAs retningslinjer for lempning. Karteller er ofte grenseoverskridende, og det vil være nødvendig å søke om lempning i flere berørte jurisdiksjoner for å oppnå full beskyttelse. Reglene bør være harmoniserte innen EØS for å sikre forutberegnelighet og dermed effektiviteten av lempningsinstituttet.
- ♦ Etter endringene i konkurranseloven 14. juni 2013 nr. 35 er lempningsreglene i større grad regulert i lov enn tidligere. Som en naturlig følge av dette blir forskriften om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr kortere. Selv om reglene blir fordelt på to tekster, er Advokatforeningen av den oppfatningen at reguleringen av lempningsadgangen vil bli mer oversiktlig og skape bedre forutberegnelighet. Dette er tilfellet fordi de grunnleggende og sentrale lempningsbestemmelsene reguleres av lov, samtidig som regler som det kan være behov for å justere, som for eksempel innholds krav til lempningssøknader og prosessregler, reguleres av forskrift.
- ♦ I forslaget reguleres innholds kravene til en søknad om lempning. Kravene bygger på ESAs og kommisjonens retningslinjer, noe Advokatforeningen finner hensiktsmessig.
- ♦ At det i forslaget åpnes for å inngi lempningssøknader på andre språk enn norsk, svensk, dansk og engelsk, er også en endring som er hensiktsmessig med tanke på samordning av lempningssøknader i EØS.
- ♦ Når det gjelder forslaget om prioritert rett til lempning, kan reglene bli klarere, og bør ytterligere harmoniseres med ECN Model Leniency Programme.

ECN Model Leniency Programme åpner for å innlevere forenklete søknader. Dersom overtredelsen berører minst tre jurisdiksjoner i EU, kan lempningssøker sende en full lempningssøknad til kommisjonen og forenklete lempningssøknader ("summary applications") til de aktuelle nasjonale konkurransetilsyn.

Konkurransetilsynet er ikke omfattet av denne ordningen. Dersom det ulovlige samarbeidet berører minst tre EU land og Norge, må det inngis full lempningssøknad til Norge i tillegg til full lempningssøknad til kommisjonen og forenklete søknader til de andre landenes konkurransetilsyn. Selv om de krav som stilles til en norsk lempningssøknad ikke nødvendigvis avviker særlig fra en "summary application", skaper særnorske krav en usikkerhet som ikke er gunstig i en prosess hvor flere land er involvert.

Advokatforeningen mener derfor at Konkurransetilsynet i saker hvor kommisjonen eller ESA mottar en full lempningssøknad, bør akseptere lempningssøknad som tilfredsstillende kravene til "summary application", og at dette uttrykkelig sies i forskriften.

4. Avslutning/oppsummering

Med kommentarene gitt ovenfor støtter Advokatforeningen utkastet til ny forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.

Vennlig hilsen

Erik Keiserud
leder

Merete Smith
generalsekretær