

## Enkelte innspill til Konkurranselovutvalget

### 1 INNLEDNING

Vi viser til Konkurranselovutvalgets hjemmeside, hvor det er åpnet for at interesserte parter kan gi innspill til utvalgets arbeid med å gjennomgå, oppdatere og forenkle konkurranseregelverket.

Wikborg Rein har de siste årene bistått klienter i et stort antall saker som behandles av konkurransemyndighetene, både i Norge og internasjonalt. Nedenfor følger enkelte innspill til Lovutvalget, basert på noen av de erfaringene vi har gjort oss i slike saker.

### 2 OVERTREDELSESSAKER

#### 2.1 Overprøving av beslutninger om bevissikringer

Det bør innføres en reell mulighet til å overprøve en beslutning om bevissikring. Denne muligheten har ikke partene i dag, da Konkurransetilsynet og domstolene har slått fast at partene ikke har rettslig interesse i å få prøvd en bevissikringsbeslutning etter at bevissikringen er avsluttet. Tidsaspektet gjør at det i realiteten ikke er mulig å få en midlertidig forføyning under selve bevissikringen og da er konsekvensen at det i praksis ikke er mulig for en part å få rettslig prøvet slike bevissikringsbeslutninger.

Både Konkurransetilsynet, partene og samfunnet for øvrig er tjent med at bevissikringsbeslutninger skal kunne prøves for retten. Det er svært belastende for bedrifter å bli utsatt for en bevissikring og videre etterforskning fra Konkurransetilsynets side. Konkurransetilsynet har ingen beskyttelsesverdig interesse i å kunne gå på bevissikring dersom vilkårene for dette ikke er oppfylt (altså at det er rimelig grunn til å anta at lovens forbudsbestemmelser er overtrådt). I slike tilfeller der det lite sannsynlig at en bevissikring vil ende med et vedtak fra Konkurransetilsynets side. For å beskytte bedrifter mot ubegrunnede, belastende bevissikringer og påfølgende etterforskninger, bør Lovutvalget derfor vurdere om det bør innføres regler som sikrer reell prøving av bevissikringsbeslutninger.

#### 2.2 Konkurransetilsynets etterforskning/saksbehandling

Lovutvalget bør utrede en mulig innføring av maksimale saksbehandlingsfrister i overtredelsessaker, for å forhindre at belastende saker pågår i årevis uten avklaring. Vi har vanskelig for å forstå at Konkurransetilsynet skal ha behov for å bruke flere år på å avgjøre om det skal treffes vedtak i en sak,

uansett hvor komplisert den er. En mulighet er å sette tilsvarende saksbehandlingsfrister som nylig ble vedtatt for markedsetterforskning, altså 18 måneder, med mulighet for 6 måneders forlengelse i særlige tilfeller. For saker hvor det har vært gjennomført bevissikring, kan fristen for eksempel starte å løpe fra datoen for åpning av et eventuelt beslag. Det kan også vurderes om det skal settes frister for enkelte milepæler underveis i saksbehandlingen, for eksempel frist for å sende et eventuelt varsel om vedtak.

Det bør også vurderes om det skal innføres krav om obligatoriske statusmøter i etterforsknings saker med krav til hva Konkurransetilsynet skal informere partene om på ulike stadier under saksbehandlingen. Av hensyn til kontradiksjon og opplysning av saken bør det innføres en plikt for Konkurransetilsynet til å presentere mulige skadehypoteser og sentrale bevis i god tid før et eventuelt varsel sendes. Når et varsel først er sendt oppleves det fra partenes side at de ikke har reell mulighet for kontradiksjon, at det er vanskelig for Konkurransetilsynet å forholde seg objektivt til de innspillene partene kommer med og at Konkurransetilsynet i realiteten har bestemt seg allerede på dette tidlige stadiet i prosessen. Lovutvalget bør også vurdere om det skal innføres en mulighet for partene til å kreve muntlig høring i overtredelsessaker i Konkurransetilsynet, etter mønster fra tilsvarende ordning i EU-kommisjonen.

Lovutvalget bør også vurdere om konkurransemyndighetens organisering er egnet til å sikre en betryggende saksbehandling og korrekte vedtak som står seg ved rettslig prøving. Det er i dag Konkurransetilsynet som beslutter hvorvidt det skal åpnes en etterforskning, som etterforsker saken og som treffer vedtak. Det bør etter vår vurdering etableres kontrollmekanismer underveis i prosessen som bidrar til at Konkurransetilsynet tar tilbørlig hensyn til partenes innspill og at tilsynets vurderinger er objektive, faglig forankret og balanserte. Det bør vurderes om det bør innføres en egen intern eller ekstern komité som tar enkelte sentrale beslutninger og/eller om det bør etableres en funksjon som høringsoffiser, etter mønster fra EU-kommisjonen.

### **2.3 Sanksjoner/lemping**

Lovutvalget bør vurdere å innføre en regel som hindrer at Konkurransetilsynet offentliggjør størrelsen på gebyret i varselet, både av hensyn til belastningen det innebærer for partene, men også fordi det vil være vanskeligere for Konkurransetilsynet å snu i saker hvor det allerede er varslet høye gebyrer. Konkurransetilsynet har ingen beskyttelsesverdig interesse i at størrelsen på et mulig gebyr skal offentliggjøres på dette tidspunktet av saken. Vi minner om at partene på dette stadiet i saken ennå ikke har fått anledning til å uttale seg om de bevisene som Konkurransetilsynet påberoper seg eller de foreløpige vurderingene som tilsynet har gjort.

Lovutvalget bør vurdere behovet for å utarbeide andre regler for bøteutmåling enn de svært skjematiske reglene som Konkurransetilsynet i dag forholder seg til. Praksis fra Konkurransetilsynet viser en enorm variasjon i bøtenivået og at det i enkelte saker utmåles bøter av en størrelse som er helt fremmed i norsk rettstradisjon.

Vi ber også Lovutvalget vurdere å øke Konkurransetilsynet mulighet for å gi rabatt på overtredelsesgebyr ved kartellforlik. Dagens ordning med mulighet for 10 prosent rabatt gir ikke partene sterke nok insentiver til at det blir interessant med et kartellforlik, noe også den begrensede praksisen etter innføringen av reglene om kartellforlik viser. Konkurransetilsynet bør ha adgang til å sette boten mer skjønnsmessig, slik at det er en reell mulighet for at saker faktisk avsluttes ved forlik.

Lovutvalget bør også utrede hvorvidt det skal innføres en regel om lemping av erstatningsansvar. Etterfølgende private erstatningssøksmål har blitt mer og mer normalt i konkurransesaker og vil i mange tilfeller gjøre det lite interessant for en part å søke lemping hos Konkurransetilsynet. En lempingssøknad vil i de alvorlige tilfellene medføre at det er en stor risiko for vedtak fra Konkurransetilsynet og dermed etterfølgende private erstatningssøksmål fra tredjeparter. Sett opp mot oppdagelsesrisikoen velger mange parter derfor å la være å søke lemping, noe som innebærer at færre overtredelser avdekkes.

### **3 KLAGE/ANKE**

Lovutvalget bør vurdere om det bør gjøres endringer og tillegg i de prosessuelle reglene for Konkurransesklagemennda. Dagens system sikrer ikke en tilstrekkelig forsvarlig behandling av sakene som kommer opp for nemnda.

I mange saker står og faller saken på bevisene, hvor vitneførsel kan være avgjørende for å sikre en tilstrekkelig opplysning av saken. Hovedregelen om at prosessen i Konkurransesklagemennda er skriftlig bør avskaffes, og det bør isteden innføres et krav om en grundig muntlig forhandling i alle saker. Hvis Konkurransesklagemennda skal fungere som en forsvarlig første instans i konkurransesaker, bør det i det hele tatt legges opp til at nemndas behandling bør bli tilnærmet lik en domstolsbehandling. I denne forbindelse er det behov for å vise til eller vedta detaljerte prosessuelle regler for alt fra tidsfrister i saksforberedelsen til bevisavskjæring. Konkurransesaker har ofte flere involverte parter og prosessene må legges opp på en måte som sikrer at hver part får forsvarlig anledning til å fremføre sitt syn på saken, sine bevis og sine vitner. Dagens system gir ikke partene en tilstrekkelig grad av rettssikkerhet.

Konkurransesklagemennda bør også gis mulighet til å bruke mer enn 6 måneder på å treffe en avgjørelse i saken, uten at partene kan ta saken til tingretten. I mange saker er 6 måneder altfor lite når en ser hen til omfanget av saken, og gjeldende frist kan være til hinder for en forsvarlig og god prosess. Både Konkurransetilsynet, partene og nemnda er tjent med at nemnda får lenger tid til å ta stilling til sakene enn de har i dag.

Lovutvalget bør videre vurdere om det er riktig å opprettholde regelen om at søksmål om Konkurransesklagemenndas avgjørelser må anlegges for Gulating lagmannsrett.

### **4 FORETAKSSAMMENSLUTNINGER**

Konkurransetilsynets behandling av foretakssammenslutninger er effektiv og langt mer forutsigbar enn hva som er tilfelle i våre naboland som Finland og Danmark. Dette er positivt for ressursbruken både for partene og Konkurransetilsynet, og det er viktig at dette bevares også under en revidert konkurranselov.

Det bør etter vår vurdering ikke innføres et formelt krav om prenotifikasjon (det bør fortsette å være frivillig) og det bør ikke innføres strengere krav til meldinger enn det som følger av reglene vi har i dag. At 97 prosent av Konkurransetilsynets saker legges bort i fase I vitner om et system som er effektivt, og i saker hvor det er behov for ytterligere informasjon vil Konkurransetilsynet kunne innhente dette i medhold av konkurranseloven § 24 og stanse fristene dersom det er behov for det.

Av effektivitetsfremmende tiltak er det vår vurdering at Lovutvalget bør se på om det skal innføres en regel om at Konkurransetilsynet, før det er inngitt melding, på anmodning skal ha plikt til å ta stilling til

hvorvidt tilsynet har kompetanse til å behandle saken, altså om det foreligger en (meldepliktig) foretakssammenslutning i konkurranselovens forstand.

Å utarbeide en konkurransemelding krever i en del tilfeller betydelig tid, arbeid og kostnader fra partenes side, og det vil være ressursbesparende å kunne avklare om Konkurransetilsynet har kompetanse til å behandle saken allerede før inngivelse av en eventuell melding, for eksempel ved at partene sender inn en beskrivelse av transaksjonen i en prenotifikasjonsprosess. Det bør også inntas tidsfrister som gjelder når Konkurransetilsynet skal ta stilling til en slik anmodning, for eksempel 15 virkedager fra anmodningen er mottatt.

## 5 INFORMASJONSINNHEITING

En rekke bedrifter er av Konkurransetilsynet pålagt en særskilt opplysningsplikt for foretakssammenslutninger og minoritetsserverv. Denne særskilte opplysningsplikten har for flere bedrifter blitt kraftig utvidet i seneste årene. Det er svært ressurskrevende å følge opp slike pålegg, ikke minst å sørge for at det i store organisasjoner er fullstendig bevissthet rundt de svært omfattende og detaljerte reglene i pålegget, slik at alle opplysningspliktige transaksjoner fanges opp. Brudd på pålegget er som kjent straffesanksjonert og Konkurransetilsynet har ikke vist noen tilbakeholdenhet med å forsøke å ilegge svært høye overtredelsesgebyr for påståtte avvik.

Etter vår vurdering bør Lovutvalget utrede om det bør innføres terskelverdier for at Konkurransetilsynet skal kunne pålegge bedrifter en vesentlig utvidet opplysningsplikt for transaksjoner, slik som er tilfelle i blant annet Sverige. Konkurransetilsynets informasjonspålegg var et resultat av hevingen av terskelverdiene for meldeplikt i 2014 og innebærer for mange bedrifter at meldeplikten for transaksjoner har blitt kraftig utvidet i forhold til tidligere, selv om formålet med lovendringen nettopp var å redusere byrdene.

Grunnet omfanget av slike særlige opplysningspålegg og de svært korte tidsfristene som gjelder, bør terskelen for å sanksjonere brudd på opplysningsplikten heves. Bare forsettlig eller grovt uaktsomme brudd bør kunne sanksjoneres. Og det bør også vurderes en regel om immunitet mot sanksjoner dersom bedriftene selv avdekker at det har skjedd en feil eller en forglemmelse, og melder frivillig fra om dette til Konkurransetilsynet.

Med vennlig hilsen

**WIKBORG REIN ADVOKATFIRMA AS**



Eivind Stage