



NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov

- presentasjon av Konkurranselovutvalgets forslag

Professor dr. juris Erling Hjelmeng
Institutt for privatrett, UiO

Mandatet - hovedpunkter

- Gjennomgående fokus på effektivisering av håndhevelse, internasjonalisering og harmonisering
 - Konkurransetilsynets virkemidler ("verktøykasse")
- Enkeltemner:
 - Full gjennomgang av fusjonskontrollen
 - Materiell test/velferdsstandard
 - Terskler for meldeplikt
 - Mulighet for avhjelpende tiltak (art. 9 commitments) i atferdssaker
 - Revidering av prosess bl.a. i lys av EU og EMK
 - Beslag
 - Selvinkriminering
 - Sanksjonslempning og straff, herunder om straffesporet bør beholdes
- Ikke:
 - Institusjonelle spørsmål (Konkurransenemnd)
 - Regulering av offentlig næringsvirksomhet/kryssubsidiering

Oversikt/disposisjon hovedtema

- **Kapittel 3: Lovens formål**
- **Kapittel 5: Vedtakskompetanse i adferdssaker**
 - Tilsagn, § 12 tredje ledd
- **Kapittel 6: Sanksjonssystemet**
 - Lempning/straff, modell for ileggelse av gebyr, beviskrav
- **Kapittel 7: Prosess**
 - Beslag/databeslag, opplysningsplikt/selvinkriminering
- **Kapittel 8: Fusjonskontroll**
 - Terskelverdier/kalkulering av omsetning, inngrepsvilkår, prosess
- **Kapittel 11: Konkurranserefremmende tiltak**
- **Kapittel 12: Offentlighet/innsyn**

Kap 3: Lovens formålsbestemmelse

- Diskusjonen relatert til relevansen av kostnadsgevinster i fusjonssaker
 - Prior/Norgården
- Spørsmål om metodikk:
 - Generell formålsbestemmelse som enkeltbestemmelser ”hefter seg på” (ref. 2. inngrepsvilkår), eller nyansering?
- Forslag:
 - Ingen generelle endringer i § 1
 - Totalvelferd oppnås gjennom konsumentvelferd
 - Presisere velferdsstandard i fusjonsbestemmelsen og § 14

Kap. 5: Avhjelpende tilsagn i adferdssaker

- Kommisjonen har hatt stor suksess med sine art. 9 – commitments
 - Målrettede tiltak og ofte positive forpliktelser for å sikre konkurranse – mer fremtidsrettet enn pålegg om opphør
- Begrenset praksis etter konkurranseloven
 - ACNielsen, fotballavtalen
 - Ingen formalisert hjemmel – ”uformelle forlik”
- Forslag: Løsning langs samme linjer som art. 9
 - KT gjør tilsagn bindende ved vedtak
 - Forpliktelse basert på vedtak, ikke avtale
 - Begrensninger i klageadgang
 - Særskilte regler om gjenåpning av saken
 - Forsøksvis ”symmetri” med fusjonskontroll

Kap. 6: Sanksjoner – generelt

- Tosporet system beholdes?
 - Skaper problemer ift. selvinkriminering
 - ”Forstyrrelser” ift. lempningsinstituttet
- Vanskelig å avkriminalisere kartellvirksomhet
 - Forslag som avhjelper koordineringsproblemene
- EMK og illeggelse av gebyr

Kap. 6: Lempning - problemstillinger

- Erkjennelse av at personstraff demper incentiver til å søke lempning for foretaket
- Kan virke uheldig at varslere kan straffes
- Aksept av lempningssøknader fra privatpersoner skaper nye utfordringer
 - Incentiver, hevnmotiv, ”utpressing” etc.?
 - ”Køordning”, må inkludere Arbeidstilsynet, politiet etc.?

Kap. 6: Lempning – forslag

- Ansattes straffansvar bortfaller der arbeidsgiver oppfyller vilkårene for hel lempning
 - Kan bidra til mer intern varsling
 - Inntas i lovens straffebestemmelse og knyttes til de objektive vilkårene for hel lempning: Unngå situasjoner hvor KT ”overstyrer” påtalemyndigheten
- Foretaksstraff bortfaller for foretak som tilfredsstiller vilkår for hel lempning
- Lovfesting av vilkårene for lempning, samt regler om saksbehandling

Kap. 6: Annet

- Ileggelse av gebyr
 - Prinsipielle innvendinger mot forvaltningsmyndigheters ileggelse av overtredelsesgebyr
 - Utvalget ser ikke grunn til å sette generelt spørsmålstegn ved en slik ordning i forhold til EMK
 - 6 md. søksmålsfrist mot gebyr (nytt § 29 fjerde ledd)
 - Dissens: Mindretall foreslår foreleggsmoell der KT må bringe saken inn for domstolen
- Beviskrav
 - Klar sannsynlighetsovervekt – ikke grunn til særregulering
- Privat håndhevelse
 - Ingen særregler utover foreldelse (likestille med straffesaker)
 - Dissens: Mindretall foreslår bortfall av erstatningsansvar ved hel lempning

Kap. 7: Kontroll og beslag

- **Kontrollfullmakter**
 - Ingen forslag til endringer mht. vilkår eller gjennomføring av bevissikringen
 - Tingrettens beslutning skal angi ”kontrollens gjenstand, herunder hvilken type overtredelse og hvilket marked som er gjenstand for tilsynets undersøkelse” (innskudd i § 25)
- **Beslag**
 - Ny hovedregel: Myndighetene kan kun ta kopi
 - Men kan beslaglegge originaler hvis særskilt bevisverdi (for eksempel håndskrift). Foretaket skal da beholde kopi
 - Skal ikke kunne gjøre seg kjent med innhold hvis påberopes at advokatkorrespondanse (oversendes tingrett). Ingen egen bestemmelse: Anses å følge av alminnelige regler og praksis

Kap. 7: Databeslag

- Adgang til speilkopiering, men
 - Foretaket skal motta kopi av det speilede beslaget
- Prosedyre for gjennomgang for å ivareta taushetsbelagte opplysninger (advokatkorrespondanse)
 - Foretaket har rett til å være tilstede når KT starter sin gjennomgang av beslaget
 - Ved tvist om beslagsfrihet: Forelegge for tingretten

Kap. 7: Selvinkriminering

- Personer vs. foretak
 - ”Gjeldende rett”: Personer vernet gjennom begrensninger på bruk, foretak har ikke vern
- Personer:
 - Vernet anses tilfredsstillende iht. EMK, ingen særregel
- Foretak
 - HR har innrømmet foretak et visst vern; Rt. 2011 s. 800
 - Forslag om å harmonisere med EUs tilnærming
 - Ingen taushetsrett, men begrensninger i hva man plikter å svare på
 - Lovfesting anses ikke nødvendig (vernet følger uansett av menneskerettighetsl.)
 - Mulig løsning å innta Orkem-prinsippet i loven (”ikke forpliktet til å besvare spørsmål som vil tvinge det til å innrømme en overtredelse...”)

Kap 7: Innsyn

- Generell gjennomgang av innsyn og krav til offentlige versjoner (mer nedenfor)
- Opprettholde bestemmelse med henvisning til skade for etterforskningen (forklaringer etc.) § 27
- Ny § 27A: Beskyttelse av kilder og lempningssøknader
 - Unntak fra offl. for lempningssøknader ("dokumenter mottatt ... i forbindelse med krav om lempning...")
 - Heller ikke innsyn i slike dokumenter etter § 26 annet ledd
 - Taushetsplikt om kilders identitet

Kap. 8: Fusjonskontroll - materielt

- Inngrepsvilkår
 - SLC vs. SIEC – hva er betydningen?
 - Norsk SLC vs. annen SLC (for eksempel USA)
 - Inngrep mot marginal forverring ved allerede vesentlig begrenset konkurranse
 - Forslag: Harmonisere med EU (selv om ordlyden ikke er optimal)
- Effektivitetsforsvar?
 - Forslag: Harmonisere med EU, ”konsumentvelferdsstandard”
 - Totalvelferd likevel overordnet målsetning – incentivvirkninger
 - Sannsynligvis begrenset betydning i de fleste saker

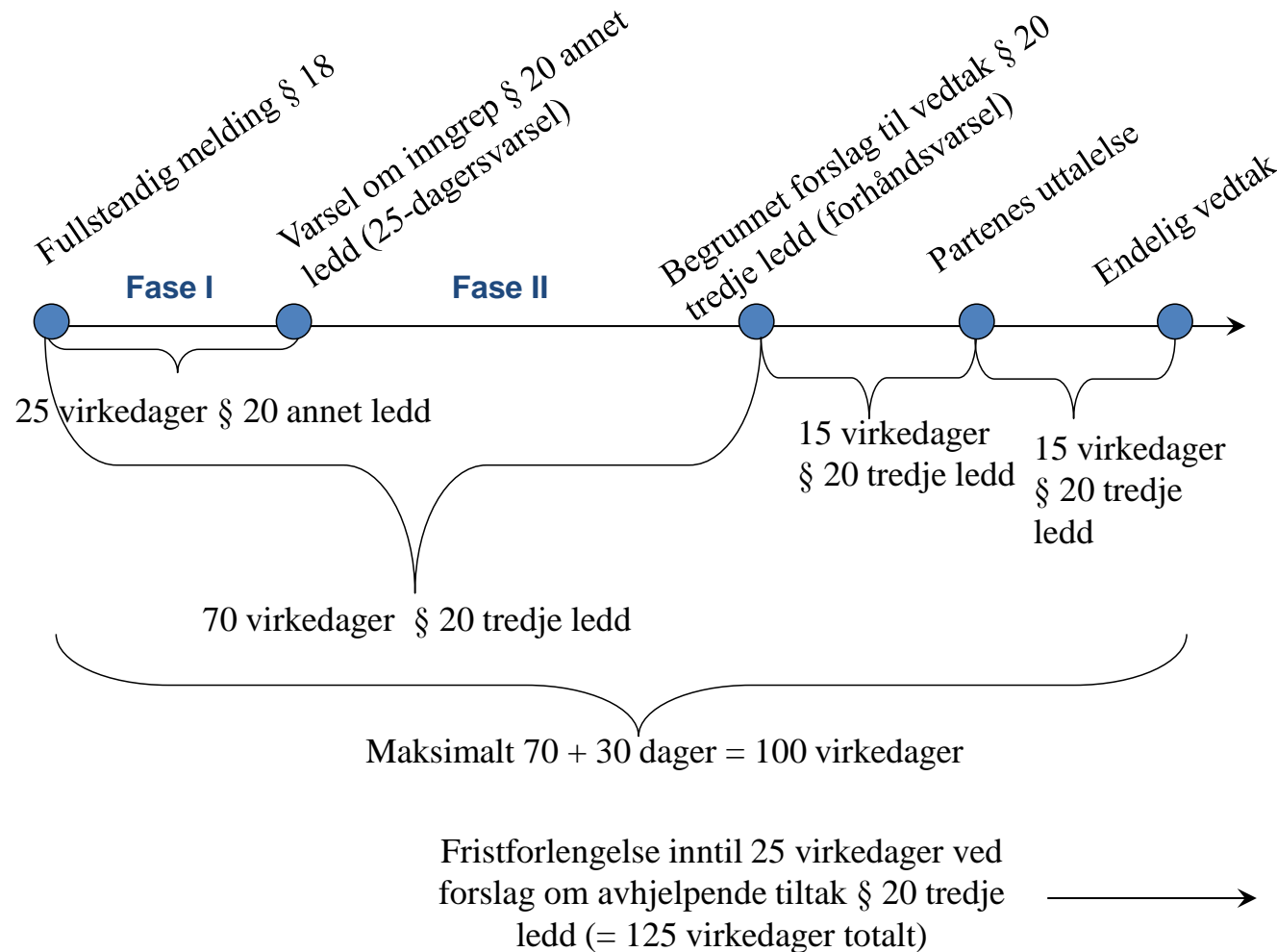
Kap. 8: Fusjonskontroll – meldeplikt: Utgangspunkter

- Norske terskelverdier svært lave, uansett sammenligningsgrunnlag
 - Vesentlig heving og strengere krav til meldinger?
 - Moderat heving og opprettholdelse av dagens tosporede system?
- Analyse av meldinger 2004-2010
 - Terskelverdiene kan heves betydelig uten at man ville ”miste” særlig mange fullstendige meldinger eller inngrep (under 4% til fullstendig melding, under 1 % til 70-dagersvarsel)
- Meldeplikt avgrenser ikke inngrepskompetanse
 - Særlig relevant for lokale markeder

Meldeplikt: Forslag

- 1 mrd. NOK i total omsetning, 100 mill NOK individuelt
 - Verdien inntas i loven
 - Reduksjon i antall meldinger ca. 70 %
- Berørte foretak og kalkulering av omsetning
 - Harmonisere med FKF
- Oppheve systemet med alminnelig melding – rett på fullstendig melding
 - Krav til melding inntas i loven
- Forenklet melding for visse transaksjoner
 - Joint ventures, foreign-to-foreign
- Frister starter ikke før offentlig versjon mottatt
- Stand-still frem til Konkurransetilsynet har henlagt saken/fristutløp

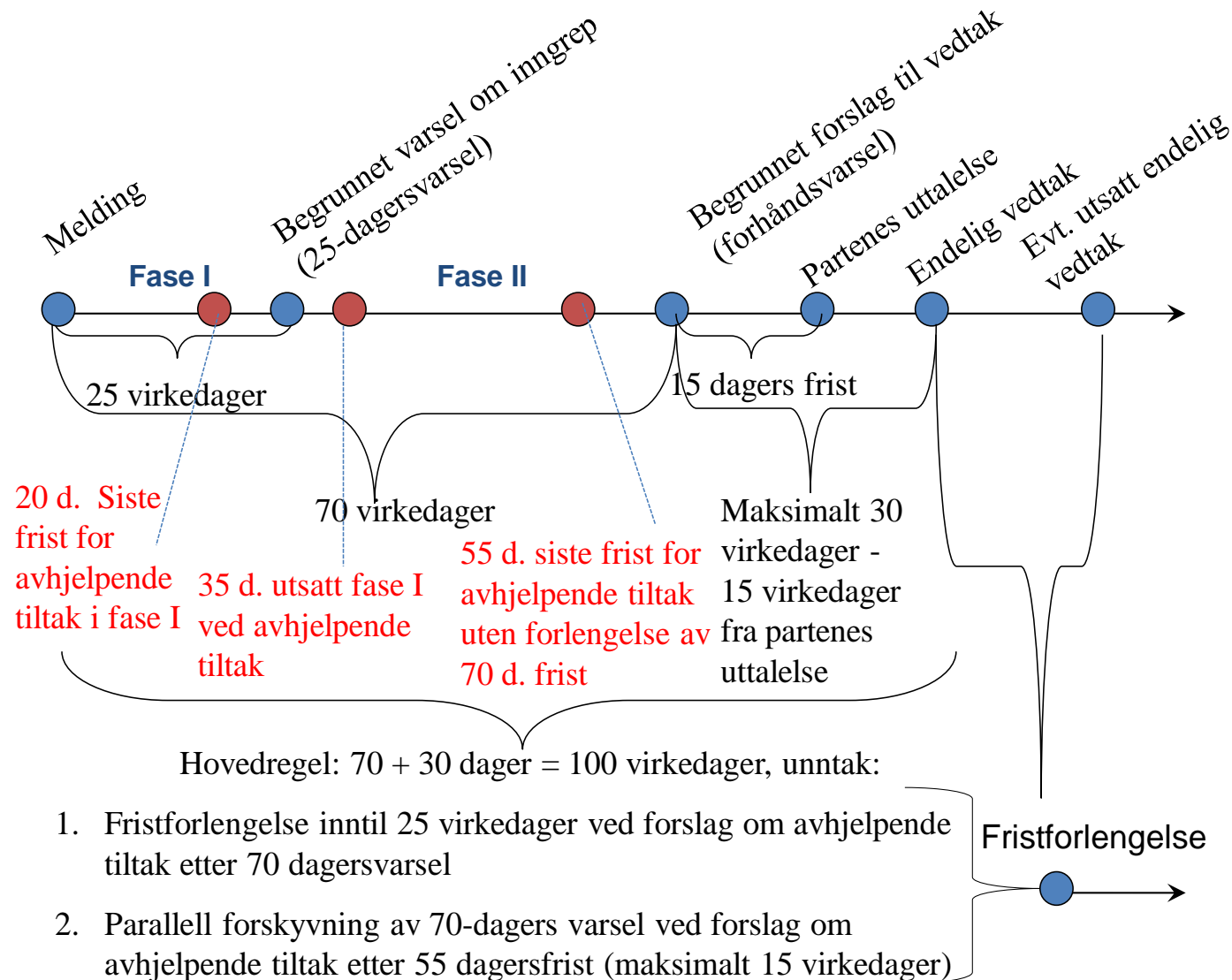
Oversikt prosess (gjeldende rett)



Kap. 8: Fusjonskontroll – frister og prosess

- Tydeligere skille mellom fase 1 og fase 2
 - Forslag til begrunnet varsel etter 25 dager ”rimelig grunn til å anta”-terskel
 - Evt. 35 dager der avhjelpende tiltak i fase 1, jf. FKF
- Hovedformål: Mer dialog og helst avklaring før 70-dagers varsel
- Lengden på dagens frister opprettholdes, men
 - Fleksibel frist for å inngi forslag til avhjelpende tiltak (ved forslag senere enn 55 dager etter melding ”parallellforskyves” 70-dagersfristen)
- KT skal fremlegge vedtak/avslutte saken ”snarest mulig”

Oversikt prosess (forslag)



Kap. 8: Fusjonskontroll – avhjelpende tilsagn

- Kun forbudskompetanse for KT, eller aksept av tilsagn
- ”Pisk og gulrot” for å facilitere tilsagnsløsninger
 - Pisk:
 - Fristutsettelse ved sen inngivelse av forslag
 - Alternativ for KT: Fullt forbud
 - Gulrot:
 - Begrunnet varsel etter 25-dager
 - Legges opp til prenot & SOP møter
 - Intet ytterligere krav til varsel om vedtak
- Forvalter: Partenes forslag

Offentlige versjoner

- Krav til offentlige versjoner av oversendte dokumenter, ny § 18A:
 - ”Den som gir opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt til konkurransemyndighetene i henhold til § 18 fjerde ledd og § 24 første ledd, skal klart angi eller avmerke slike opplysninger og begrunne sin oppfatning. Avgiver skal samtidig fremlegge forslag til offentlig versjon. Dersom første og annet punktum ikke er oppfylt, kan konkurransemyndighetene legge til grunn at opplysningene ikke er underlagt lovbestemt taushetsplikt.”
- Effektivisere fusjonsprosessen og unngå tautrekning om omfanget av sladding