

Moderniseringsdepartementet
Konkurransopolitisk avdeling
Postboks 8004 Dep
0030 Oslo

Deres ref.: 200304198
-TMO

Vår ref.: 2004/1482
STAB-JD OEAN 540

Saksbeh.:

Dato: 21. mars 2005

■ Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr – høring

Konkurransetilsynet viser til Moderniseringsdepartementets brev av 21. desember 2004 vedrørende ovennevnte, med utkast til forskrift og høringsnotat. Vi viser dessuten til våre opprinnelige forslag til forskrift og høringsnotat, i brev av henholdsvis 21. mai og 28. september 2004. Når det gjelder de deler av forskriften som regulerer lempning, viser vi til vår høringsuttalelse i brev av 29. juli 2004.

Moderniseringsdepartementet har gjort en rekke endringer i forhold til det forslaget til forskrift og høringsnotat som Konkurransetilsynet fremmet i ovennevnte brev. Vi vil i denne høringsuttalelsen ikke gjenta eller utdype begrunnelsen for våre tidligere forslag, men kun komme med merknader til enkelte hovedpunkter som tilsynet mener det er særlig viktig å justere i departementets endrede forslag til forskrift.

Konkurransetilsynet har på denne bakgrunn følgende merknader til forslaget:

1. Øvre grense for overtredelsesgebyrets størrelse

Departementet foreslår i forskriftsutkastet § 2 første ledd bokstav a at 1 prosent av foretakets omsetning skal være øvre grense ved overtredelsesgebyr for overtredelse av den alminnelige meldeplikten ved foretakssammenslutninger etter konkurranseloven § 18 første ledd. Som departementet påpeker i høringsnotatets punkt 3.2 nest siste avsnitt innebærer dette en fravikelse fra systemet i fusjonsforordningen, jf. fusjonsforordningen artikkel 14 nr. 2.

Departementet begrunner i høringsnotatets punkt 3.2 fravikelsen med at *"de norske reglene om meldeplikt avviker nokså mye fra reglene i EU/EØS på dette punktet, slik at det ikke er rimelig å ilagge gebyrer i en størrelsesorden på 10 prosent."* Videre omtaler departementet fravikelsen i merknaden til forskriftsutkastet § 2 første ledd: *"Departementet mener at det å unnlate å levere alminnelig meldinger er en overtredelse som ikke bør falle inn i den strengeste kategorien..."* Konkurransetilsynet antar at det særlig er forskjeller i størrelsen på terskelverdiene for når det foreligger meldeplikt, som departementet her har i tankene.

Konkurransetilsynet kan imidlertid ikke se at meldeplikten etter konkurranseloven er vesensforskjellig fra meldeplikten etter fusjonsforordningen. Selv om saker etter

fusjonsforordningen vil ha større samfunnsøkonomisk betydning på grunn av størrelsen på de meldte foretakssammenslutningene, er det i prinsippet de samme argumenter som begrunner meldeplikten i konkurranselovens kapittel 4. Det vil være de samme hensyn som begrunner behovet for sanksjoner i begge tilfeller.

I og med at den øvre grense for sanksjonens størrelse angis i prosent av omsetningen vil forskjellene i størrelsen på terskelverdiene, og dermed de mulige samfunnsøkonomiske virkningene av sakene, hensyntas selv om det åpnes for overtredelsesgebyr på inntil 10 prosent for brudd på meldeplikten etter konkurranseloven § 18 første ledd.

I saker av en viss størrelse og betydning som skal behandles etter konkurranseloven kapittel 4, vil det være uheldig om Konkurransetilsynets adgang til å sanksjonere med overtredelsesgebyr begrenses på den måten som departementet har foreslått. Vi minner i den sammenheng om at det kun er snakk om en øvre grense, og at det ved mindre alvorlige overtredelser uansett sjelden vil være aktuelt med gebyr på over 1 prosent av foretakets omsetning.

Det ville være synd om tilsynet i de saker hvor det særlig er behov for å markere at brudd på meldeplikten sanksjoneres, skulle være bundet av en så lav øvre grense for gebyret. Vi frykter at risikoen ved å bryte meldeplikten vil bli såpass lav at enkelte foretak vil se seg tjent med å bryte meldeplikten når de uansett ikke utsetter seg for gebyr på mer enn 1 prosent av omsetningen. I transaksjoner hvor det vil være sannsynlig med inngrep fra Konkurransetilsynets side vil det kunne være snakk om en betydelig økonomisk interesse i å holde en foretakssammenslutning skjult for tilsynet eller forsinke tilsynets behandling av den.

Vi minner her om at gjennomføringsforbudet først inntretr etter at fullstendig melding er pålagt. Foretak som unnlater å melde foretakssammenslutningen til Konkurransetilsynet og samtidig iverksetter gjennomføringen, vil i praksis kunne gjøre det umulig for tilsynet å gripe inn mot transaksjonen. Dette vil kunne medføre store samfunnsøkonomiske tap, til skade for forbrukerne og samfunnet for øvrig. I slike tilfeller vil det være nødvendig med et betydelig overtredelsesgebyr. En absolutt øvre grense på 1 prosent av omsetningen vil kunne vise seg utilstrekkelig.

Konkurransetilsynet frykter også at den generelle preventive virkningen som en trussel om sanksjon innebærer vil svekkes dersom den øvre grensen ikke fastsettes til samme nivå som under fusjonsforordningen.

Konkurransetilsynet anbefaler på denne bakgrunn at forskriftsutkastet justeres slik at grensen for overtredelsesgebyr for brudd på meldeplikten blir 10 prosent av foretakets omsetning.

2. Regler om betydningen av varighet

I forskriftsutkastet § 3 tredje ledd finnes regler om betydningen av en overtredelses varighet for utmålingen av overtredelsesgebyret. Bestemmelsen gir anvisning på en matematisk tilnærming, etter mønster av Kommisjonens retningslinjer for utmåling av bøter.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil utkastets § 3 tredje ledd være lite hensiktsmessig som en generell regel om betydningen av varigheten av en overtredelse. Som departementet påpeker i høringsnotatet vil overtredelsens varighet kunne være et moment av betydning ved utmåling av overtredelsesgebyr. Forskriften må gi grunnlag for at varighet kan tas i betraktning, men betydningen av varigheten vil variere såpass mye avhengig av type overtredelse at det ikke er naturlig med en slik matematisk tilnærming som den departementet har foreslått. I kartellsaker vil en slik bestemmelse muligens kunne fungere, men for de fleste andre overtredelser vil denne utmålingsmetoden være alt for lite fleksibel.

Etter Konkurransetilsynets vurdering ville det være mer hensiktsmessig om varighet var angitt som et moment i den helhetsvurdering som må foretas, uten noen nærmere angivelse i forskriftsteksten av hvordan det vil påvirke utmålingen. I motsetning til hva som er tilfelle i Kommisjonens retningslinjer bør det i forskriften være slik at i visse tilfeller vil kort varighet kunne føre til reduksjon i det beløpet som fremkommer etter en vurdering av overtredelsens grovhet. Ut ifra omstendighetene i den enkelte saken bør det også kunne åpnes for at lang varighet ikke nødvendigvis fører til en økning i dette beløpet. Dessuten bør det etter en konkret vurdering kunne være slik at lang varighet fører til at beløpet bør økes mer enn det forskriftsutkastet (og Kommisjonens retningslinjer) gir anvisning på.

En forskrift om utmåling av overtredelsesgebyr har en ganske annen bindende karakter enn de retningslinjene Kommisjonen har utarbeidet. Dette gjør den matematiske utmålingsmetoden enda mindre egnet i forskriften enn hva den er i retningslinjene.

Kommisjonens retningslinjer er dessuten langt mer omfangsrike og beskrivende enn det forskriften kan være. Retningslinjene gir detaljert anvisning på hvordan det skal fastsettes et beløp basert på overtredelsens grovhet, som skal legges til grunn ved fastsettelsen av hvilken betydning overtredelsens varighet skal ha. Forskriftsutkastet gir ingen tilsvarende anvisning, og det gir lite mening når § 3 tredje ledd henviser til det *"beløpet som fremkommer når det er tatt hensyn til momentene i annet ledd"*.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det tilstrekkelig at konkurranseloven § 29 og forskriftsutkastets § 3 første ledd presiserer at overtredelsens varighet skal tas i betraktning ved utmåling av overtredelsesgebyr. Som det fremgår ovenfor er det verken nødvendig eller hensiktsmessig med den foreslåtte matematiske utmålingsmetoden i § 3 tredje ledd.

Vi vil legge til at selv om departementet fjerner bestemmelsen i forskriftsutkastets § 3 tredje ledd vil Kommisjonens retningslinjer om betydningen av overtredelsens varighet kunne gi inspirasjon for utmålingen av gebyr i de enkeltsakene hvor en slik fremgangsmåte er hensiktsmessig.

3. Angivelse av skjerpene og formildende omstendigheter

Konkurransetilsynet mener at det vil være mer hensiktsmessig å følge systemet i Kommisjonens retningslinjer med angivelse av skjerpene og formildende omstendigheter i utmålingen. I departementets forskriftsutkast § 3 fjerde ledd er det bare gitt en oppregning av noen momenter av betydning for utmålingen, uten angivelse av hvilken betydning disse får i utmålingen. Sammenliknet med Konkurransetilsynets tidligere forslag, har departementet slått sammen noen momenter, utelatt noen momenter, lagt til noen momenter og omformulert beskrivelsen av noen momenter.

Tilsynet kan ikke se at departementets valg gir noen fordeler sammenliknet med systemet i Kommisjonens retningslinjer og i tilsynets opprinnelige forslag. Tvert i mot kan forskriftsutkastet skape større uklarhet og usikkerhet, fordi det har et annet innhold og system enn de retningslinjene har.

Forskriftsutkastets liste over andre momenter som kan påvirke utmålingen mangler enkelte viktige momenter. Forkortelsen av beskrivelsene av momentene og de sammenslåinger som er foretatt har også ført til at viktige nyanser ikke er med i forskriftsutkastets oppregning. Et eksempel er forskriftsutkastet § 3 fjerde ledd bokstav d, som nevner at det skal legges vekt på om foretaket har "bistått" Konkurransetilsynet. Dette dekker ikke den skjerpene omstendighet at foretaket har nektet å samarbeide med eller forsøkt å hindre tilsynet i å utføre undersøkelser, og den formildende omstendigheten at foretaket bringer overtredelsen til opphør så snart tilsynet innleder undersøkelse. Konkurransetilsynet nøyer seg for øvrig med å vise til Kommisjonens retningslinjer og tilsynets opprinnelige forslag til forskrift.

Når det gjelder § 3 fjerde ledd bokstav c, er denne svært detaljert i forhold til angivelsen av de øvrige momentene. Tilsynet antar at det sentrale må være å få frem at det kan legges vekt på om foretaket kunne ha forebygget overtredelsen, og ikke måten denne forebyggelsen kunne ha skjedd på. Dersom departementet velger å opprettholde den svært knappe beskrivelsen av de øvrige momentene i § 3 fjerde ledd, vil det muligens være mest hensiktsmessig å ikke ta med oppregningen av "*retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak*" i bokstav c.

4. Andre kommentarer

Etter Konkurransetilsynets oppfatning inneholder både høringsnotatet og forskriften en del formuleringer som gir et feil inntrykk av hvilken betydning de absolutte grensene for overtredelsesgebyr har for selve utmålingen. Det følger av Europakommisjonens praksis at grensen på 10 prosent av foretakets omsetning ikke har annen betydning enn som en øvre grense. Den er ikke retningsgivende ved selve utmålingen. Som det fremgår av departementets vedlegg til høringsnotatet er det bare unntaksvis at bøtene kommer opp i et beløp som tilsvarer 10 prosent av omsetningen.

Betydningen av grensen på 10 prosent burde kommet klarere frem i høringsnotatet og av forskriftens innhold og oppbygning. Av justeringer som bør gjøres i selve forskriftsteksten nevner tilsynet for eksempel overskriften i forskriftsutkastets § 2, "*overtredelsesgebyrets størrelse*". Denne overskriften passer ikke helt med innholdet i bestemmelsen. Angivelsen av "*inntil 1 prosent*" i første ledd og "*inntil 10 prosent*" i andre ledd er øvre grenser for overtredelsesgebyret. Disse prosentatsene har forøvrig ingen ting annet med *utmålingen* av gebyr å gjøre. Sett i sammenheng med overskriften i § 3 "*nærmere om utmålingen*", gir overskriften i § 2 et uriktig inntrykk av at det sentrale for beregningen av overtredelsesgebyrets størrelse fremgår av § 2.