

Arbeids- og administrasjonsdepartementet
Konkurransopolitisk avdeling
Postboks 8004 Dep
0030 Oslo

Deres ref.: 200402434- Vår ref.: 2004/646
/FOT MA1-M1 TOSA 540

Saksbeh.:

Dato: 29. juli 2004

■ Høring – forskrift om lempning av overtredelsesgebyr

Konkurransetilsynet viser til brev av 29. juni 2004 fra Arbeids- og administrasjonsdepartementet vedrørende ovennevnte, samt utkast til forskrift og høringsnotat.

Konkurransetilsynet er i det alt vesentlige enig med departementet både hva angår forskriftsforslagets materielle innhold og dets utforming. Det vises i denne sammenheng til vårt brev av 21. mai 2004 med tilsynets forslag til forskrift og høringsnotat. Konkurransetilsynet har følgelig kun enkelte merknader til forslaget materielle innhold, samt noen forslag til språklige og disposisjonsmessige justeringer i utformingen av forskriften. Alle merknadene nedenfor relaterer seg til forslaget § 2.

1. Det første foretaket som fremlegger bevis

Konkurransetilsynet er enig med departementet i at kun det første foretaket som oppfyller ett av de alternative grunnvilkårene i forslaget § 2 første ledd bør gis full lempning, jf. departementets redegjørelse for regelen under punkt 4.2.2 i høringsnotatet. I forskriftsforslaget fremgår regelen av § 2 tredje ledd, idet ”*kun ett foretak kan få hel lempning ved samme overtredelse*”, jf. høringsnotatet side 6, annet avsnitt. Som påpekt av departementet følger regelen også indirekte av forslaget § 2 første ledd, om at tilsynet ikke allerede er i besittelse av informasjon som nevnt i bokstav a og b.

Konkurransetilsynet mener at det foreliggende forslag muligens kan være egnet til å villed, ved at det ikke fremgår uttrykkelig av forskriftsteksten at foretaket må være det første som fremlegger bevis overfor Konkurransetilsynet. Tilsynet mener at dette kan være uheldig i og med behovet for klare og forutsigbare vilkår, jf. også punkt 2 i departementets høringsnotat. Departementet viser i høringsnotatet til reglene i EU/EØS. I Kommisjonens kunngjøring av 2002 om bøtefritak og bøtenedsettelse fremgår det uttrykkelig at foretaket må være det første til å fremlegge bevis i henhold til ett av de alternative grunnvilkårene, jf. kunngjøringens punkt 8 bokstav a og b. Samtidig følger det av kunngjøringens punkt 10 at foretak ikke kan gis betinget bøtefritak etter punkt 8 bokstav b dersom et annet foretak allerede er blitt gitt betinget fritak etter punkt 8 bokstav

a. Konkurransetilsynet foreslår på denne bakgrunn at forslaget til § 2 endres, slik at det aktuelle vilkåret kommer klart til uttrykk i forskriftsteksten. Tilsynet foreslår at dette gjøres ved å tilføye et krav om å være det første foretaket i innledningsordene til § 2 første ledd.

Konkurransetilsynet foreslår videre en språklig endring i forslagets § 2 tredje ledd, ved at ”kan få” erstattes med ”gis”. I forskriftsforslaget for øvrig benyttes ”gis” konsekvent for de tilfellene hvor foretaket kvalifiserer til hel lempning. Konkurransetilsynet ser ingen grunn til å fravike denne terminologien i forslagets § 2 tredje ledd.

I tillegg foreslår Konkurransetilsynet at departementets forslag til § 2 tredje ledd flyttes til bestemmelsens annet ledd. Bakgrunnen for dette er at regelen knytter seg til fremleggelsen av de nødvendige bevis, jf. høringsnotatet side 6, tredje avsnitt, om at det avgjørende vil være at foretaket er det første til å oppfylle ett av grunnvilkårene i § 2 første ledd. Vilkaet om å være det første foretaket har således mindre betydning hva angår tilleggsvilkårene i forslagets § 2 annet ledd bokstav a til c. En slik endring vil dessuten harmonere med regelen slik den kommer til uttrykk i Kommissjonens kunngjøring.

2. Samarbeide fullt ut under hele Konkurransetilsynets saksbehandling

Det følger av ordlyden i departementets forslag til § 2 annet ledd bokstav a, at foretak plikter å samarbeide fullt ut under hele Konkurransetilsynets saksbehandling. Departementet uttaler under punkt 7 i høringsnotatet (merknadene til § 2, jf. s. 13, fjerde avsnitt), at plikten til å samarbeide ”*varer helt til saken er endelig avgjort. Dette innebærer at foretaket for eksempel må være villig til – innenfor gjeldende prosesslovgivning – å vitne i en etterfølgende sak dersom tilsynets vedtak klages inn for retten.*”

Konkurransetilsynet vil påpeke et mulig problem i og med denne tolkningen av samarbeidsvilkåret. Departementets tolkningsuttalelser i merknadene til § 2 innebærer etter Konkurransetilsynets oppfatning at samarbeidsplikten går lenger enn hva som følger av bestemmelsens ordlyd. Samtidig synes ikke regelen departementet foreslår å være forenlig med forskriftens forutsetning om at tilsynet skal ta stilling til om samtlige vilkår for hel lempning er oppfylt i sitt endelige vedtak i saken, jf. forslagets § 7 første ledd siste punktum, og § 7 annet ledd siste punktum.

Departementets uttalelser i høringsnotatet taler for at samarbeidsplikten skal gjelde lenger, i tid, enn til avslutningen av Konkurransetilsynets saksbehandling. Tilsynet vil således ikke kunne ta stilling til om samarbeidsvilkåret er oppfylt i sitt endelige vedtak. Derimot synes den foreslåtte regelen å innebære at Konkurransetilsynet i vedtaket må ta forbehold om at foretaket oppfyller samarbeidsplikten også i fremtiden.

Av Kommissjonens kunngjøring følger det at foretakets samarbeidsplikt kun gjelder under Kommissjonens saksbehandling, jf. punkt 11 bokstav a. Konkurransetilsynet har etter at forskriften ble sendt ut på høring vært i kontakt med Kommissjonen vedrørende samarbeidspliktens innhold. Kommissjonen bekreftet at samarbeidsplikten kun gjelder frem til det endelige administrative vedtak i saken er truffet, og at det med støtte i EUs lempningsregler ikke kan innfortolkes en samarbeidsplikt i en eventuell senere sak som bringes inn for Førsteinstansdomstolen.

Dersom departementet fastholder den refererte tolkning av samarbeidsvilkåret, tilsier hensynet til klare og forutsigbare vilkår at ordlyden i forslagets § 2 annet ledd bokstav a endres, slik at samarbeidspliktens innhold fremgår klart av forskriftsteksten. I tillegg bør det i så fall klargjøres i forskriftsteksten at Konkurransetilsynets vedtak om hel lempning, jf. forslagets § 7, ikke endelig tar stilling til om samarbeidsvilkåret er oppfylt. Det bør eventuelt også vurderes om det skal gis regler om tilbakekall av hel lempning dersom foretaket unnlater å samarbeide på et senere tidspunkt.

Konkurransetilsynet presiserer at det problematiske vedrørende departementets forslag til samarbeidsplikt knytter seg til tiden etter at tilsynet har truffet endelig vedtak i saken. Etter dette tidspunkt vil innholdet og varigheten av samarbeidsplikten først og fremst avhenge av om tilsynets vedtak klages inn for retten. Konkurransetilsynet mener at en slik regel innebærer en for stor grad av usikkerhet for det involverte foretak. Konkurransetilsynet er derfor bekymret for at regelen vil bidra til å undergrave forskriftens effektivitet. I tillegg til usikkerhet om plikten overhodet vil inntre, vil pliktens eventuelle varighet avhenge av hvor lang tid saken verserer for domstolene. Slike forhold vil kunne være relevante momenter for foretak som vurderer om de overhodet skal anmode om hel lempning, herunder fremlegge bevismaterialet for Konkurransetilsynet.

Konkurransetilsynet er enig med departementet i at foretak som gis hel lempning bør samarbeide uforbeholdent med myndighetene i forbindelse med oppklaringen av saken, jf. høringsnotatet punkt 4.2.3. Tilsynet foreslår derfor at samarbeidsplikten etter forskriften kun skal gjelde under Konkurransetilsynets saksbehandling, det vil si inntil tilsynet har fattet endelig vedtak i saken. I de tilfellene hvor Konkurransetilsynets vedtak bringes inn for tingretten, vil foretaket som er gitt hel lempning med visse begrensninger ha en vitneplikt etter tvistemålslovens bestemmelser, jf. kapittel 15 om vidner og vidneførsel.

3. Søkt å påvirke andre foretak til å delta i overtredelsen

I departementets forslag til § 2 annet ledd bokstav c følger det at hel lempning ikke gis dersom foretaket har søkt å påvirke andre foretak til å delta i overtredelsen, jf. også departementets redegjørelse under punkt 4.2.5 i høringsnotatet. I EU/EØS er regelen at foretaket ikke må ha tatt skritt for å tvinge andre foretak til å delta i kartellet. Departementets forslag innebærer etter Konkurransetilsynets oppfatning at det skal mindre til før unntaket kommer til anvendelse etter norsk rett, enn tilfellet er i EU/EØS. Følgelig er det sannsynlig at flere foretak vil være avskåret fra hel lempning i Norge enn i EU.

Konkurransetilsynet mener at departementets forslag oppstiller en terskel som er for lav i forhold til de hensyn regelen er ment å ivareta, nemlig å forhindre støtende resultater. Etter Konkurransetilsynets oppfatning skal det meget lite til før et foretak har søkt å påvirke et annet foretak. En slik regel kan derfor medføre at foretak som ellers ville ha samarbeidet med Konkurransetilsynet, velger å unnlate å stå frem. Konkurransetilsynet mener samtidig at terskelen i EU/EØS er noe høy.

På denne bakgrunn foreslår Konkurransetilsynet at ordlyden i forslaget § 2 annet ledd bokstav c endres slik at "påvirke" erstattes av "presse". En regel som utelukker hel lempning overfor foretak som har søkt å presse andre foretak til å delta i overtredelsen, oppstiller en terskel som ligger et sted mellom departementets forslag og Kommisjonens kunngjøring. Konkurransetilsynet mener at en slik utforming av vilkåret i større grad balanserer de motstridende hensyn som her gjør seg gjeldende. Hensynet til å forhindre støtende resultater ivaretas ved at foretak som har søkt å presse andre foretak til å delta i overtredelsen ikke kan gis hel lempning. Samtidig ivaretas behovet for en effektiv forskrift, som etter Konkurransetilsynets oppfatning vil kunne svekkes dersom man fastsetter for vidtrekkende unntaksregler hva angår foretakets subjektive forhold i forbindelse med det ulovlige samarbeidet.

I tillegg til ovennevnte mener Konkurransetilsynet at en regel i tråd med departementets forslag vil kunne være prosessdrivende. "Søkt å påvirke" fastsetter som nevnt en lav terskel for når hel lempning ikke kan gis. Etter tilsynets oppfatning vil en slik lav terskel også stille mindre krav til de bevis som må fremlegges for en domstol, sammenliknet med en terskel som krever at foretaket har søkt å presse andre foretak til å delta.

4. Forslag til endringer i forskriftsteksten

Forslag til ny innledning i § 2 første ledd:

”Hel lempning skal bare gis dersom foretaket av eget tiltak er det første til å fremlegge bevis, jf. § 3, som er tilstrekkelig til å:

...”

Forslag til ny § 2 annet ledd:

”Kun ett foretak gis hel lempning ved samme overtredelse.”

I tillegg å flytte forslaget § 2 annet ledd til nytt tredje ledd, foreslås følgende endring i ny bokstav c:

”c) har søkt å presse andre foretak til å delta i overtredelsen”.