



Fornyings- og administrasjonsdepartementet

Postboks 8004
0030 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2005/538 - 9
MAB VEMA 601.6

Saksbeh: Vegard M. Aandal

Dato: 17.09.2007

■ Høring - utkast til forskrift om forvalter

Det vises til Fornyings- og administrasjonsdepartementets høringsbrev av 11. juni 2007 vedrørende utkast til forskrift om forvalter.

Konkurransetilsynet vil i det følgende gi noen merknader til høringen. Departementet har særskilt bedt om at forskriftens omfang og detaljgrad, forholdet mellom forskrift, avtale og vedtak samt bestemmelsene om vederlag og sikkerhetsstillelse kommenteres av høringsinstansene.

Forholdet mellom forskrift, vedtak og avtale

Etter Konkurransetilsynets syn bør hjemmelen i konkurranseloven § 16 femte ledd tredje punktum benyttes til å gi en forskrift om forvalter. Bestemmelsen i § 16 femte ledd om adgang til å oppnevne forvalter var ny i konkurranseloven av 2004. Den reiser en rekke spørsmål som verken er avklart i ordlyd, forarbeider eller i praksis.

Bruk av forvalter reiser blant annet spørsmål om i hvilke tilfeller forvalter kan oppnevnes, hvordan oppnevning skal skje, hvilke krav som skal stilles til forvalter, hvordan forholdet mellom Konkurransetilsynet og forvalter skal reguleres og hvordan forholdet mellom den eller de et vedtak retter seg mot (heretter omtalt som "partene") og forvalter skal reguleres.

Sammen med konkurranseloven vil en forskrift gi en samlet regulering av de viktigste spørsmålene som oppstår i forbindelse med bruk av forvalter. En forskrift vil gi forutberegnelighet for og klargjøre hvordan en rekke av de spørsmålene som oppstår skal løses.

Oppnevning av forvalter er dessuten praktisk. Det er allerede truffet flere vedtak som inneholder bestemmelser om forvalter og Konkurransetilsynet har oppnevnt forvalter flere ganger.

Forvalter kan oppnevnes også etter at et inngrepsvedtak er fattet. Dette taler for at man så langt som mulig regulerer de spørsmål som kan og bør reguleres i inngrepsvedtaket i en forskrift.

Spørsmålene som oppstår ved bruk av forvalter må avklares ved et samspill mellom forskrift, vedtak og reguleringen av forholdet mellom Konkurransetilsynet og forvalter og mellom forvalter og partene.

Lovens forarbeider gir en viss veiledning i forhold til hva som bør reguleres i forskriften. I NOU 2003:12 s. 111-112 nevnes at den nærmere utformingen av detaljene i ordningen slik som krav til forvalter og hvorvidt det skal stilles sikkerhet bør reguleres i forskriften. I Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 105 er det kun nevnt at det gjennom forskrift eller retningslinjer bør sørges for kontroll med utgiftene til forvalter og at mandat for forvalter bør avklares gjennom forskrift eller retningslinjer.

Forskriften bør regulere de forholdene som vanligvis oppstår i saker hvor forvalter oppnevnes og som kan reguleres likt. Andre problemstillinger kan reguleres i vedtaket eller i reguleringen av forholdet mellom henholdsvis Konkurransetilsynet og forvalter og forvalter og partene.

Konkurransetilsynet vil i det følgende knytte kommentarer til enkelte bestemmelser i utkastet.

Virkeområde

Forskriftens virkeområde er angitt i utkastets kapittel 1. Hovedsakelig vil forvalter bli oppnevnt i forbindelse med inngrep etter konkurranseloven § 16 første eller annet ledd. Tilsynet er enig i at forskriften også bør gis anvendelse ved gjennomføring av vilkår etter konkurranseloven § 21.

Oppnevning av og krav til forvalter

Oppnevning av forvalter og krav til forvalter er foreslått regulert i forskriftens kapittel 2. Forskriftshjemmelens ordlyd og forarbeidene taler for at selve oppnevningen av forvalter og de nærmere krav til forvalter bør reguleres i forskriften.

I praksis har forvalter blitt oppnevnt av Konkurransetilsynet ved inngåelse av en forvalteravtale. Avtalen er i det vesentlige lik fra sak til sak, men innholdet kan tilpasses forholdene i den konkrete saken.

Det bør etter Konkurransetilsynets mening vurderes om forvalter i stedet skal oppnevnes ved utstedelse av et forvaltermandat. I NOU 2003:12 s. 112 er det uttalt at det bør vurderes å benytte en tilsvarende mandatorordning som da var under utarbeiding i EU. Bruk av avtaleformen indikerer at Konkurransetilsynet må innlede forhandlinger med forvalter. Ved bruk av mandat vil det fremgå klarere at det ikke er tale om en vanlig avtale, men mer en regulering hvor betingelsene som utgangspunkt fastsettes av Konkurransetilsynet.

Bruk av forvaltermandat i stedet for forvalteravtale forhindrer ikke Konkurransetilsynet fra å ha en dialog med forvalter ved utformingen av det konkrete mandatet. For å sikre at forvalter er inneforstått med forpliktelsen til å følge mandatet, kan forvalter pålegges å undertegne en erklæring.

En ordning med utstedelse av et mandat vil gjøre forvalteroppdraget mer lik ordningene som praktiseres ved andre offentlige oppnevnelser.

Forslaget innebærer at henvisninger til avtalen mellom Konkurransetilsynet og forvalter må erstattes med "forvaltermandatet" eller "mandatet".

Forslagets § 5 har overskriften "*Karantene/saksforbud*". Bestemmelsen regulerer tilfeller hvor det kan være interessekonflikter. Begrepene "karantene" og "saksforbud" later til å dekke samme forhold, og etter tilsynets oppfatning bør således uttrykket "saksforbud" tas ut. Alternativt bør man vurdere å endre overskriften til "interessekonflikt". Endring av overskriften i utkastets § 5 vil medføre at utkastets § 8 annet ledd bokstav i) bør endres tilsvarende.

Krav til sikkerhet er foreslått inntatt i forskriftens § 7. Departementet er i tvil om det er nødvendig å regulere sikkerhetsstillelse så detaljert som det er gjort i utkastet. Etter Konkurransetilsynets oppfatning bør forskriften inneholde en slik bestemmelse. Hvorvidt det skal stilles sikkerhet er et av forholdene forarbeidene omtaler at bør avklares i forskriften.

I praksis vil den som oppnevnes til forvalter ofte være underlagt lovbestemte krav om sikkerhetsstillelse eller forsikring. I de tilfellene hvor sikkerhetsstillelse eller forsikring ikke fremgår av andre bestemmelser, vil imidlertid forskriftsregulering av spørsmålet virke avklarende.

Det er videre viktig med en grundig regulering av sikkerhet for å unngå spørsmål om ansvar for departementet eller tilsynet. En bestemmelse om sikkerhet bidrar til bevissthet både hos myndighetene og forvalter i forhold til spørsmål om sikkerhet og ansvar.

I utkastet er det foreslått at sikkerheten kun skal dekke erstatningsansvar forvalter kan pådra seg overfor ”foretak som Konkurransetilsynets inngrepsvedtak retter seg mot”. Det fremgår ikke av høringsbrevet hvorfor ikke sikkerhet i forhold til andre skadelidte, slik som rettighetshavere og kjøpere, er regulert nærmere.

Forvalteroppdraget

Forholdet mellom Konkurransetilsynet og forvalter er foreslått regulert i forskriftens kapittel 3, som har overskriften ”Forvalterens virksomhet”. Bruken av ordet ”virksomhet” i overskriften gir ikke en fullgod oversikt over hva som er regulert i kapitlet. Det bør etter Konkurransetilsynets mening vurderes om overskriften skal endres slik at det kommer klarere frem at kapitlet inneholder bestemmelser om forvalters plikter. En slik endring vil medføre at overskriften samsvarer bedre med overskriften til utkastets kapittel 4.

Forholdene som er foreslått inntatt i kapittel 3 er godt egnet for forskriftsregulering. Dette er forhold som bør løses likt i alle saker hvor forvalter oppnevnes. Andre spørsmål om forholdet mellom Konkurransetilsynet og forvalter må løses konkret fra sak til sak.

Forslagets § 8 lister opp hva som skal reguleres i forholdet mellom Konkurransetilsynet og forvalter. Angivelsen sikrer at viktige punkter ikke utelates fra reguleringen. En plikt til å inn ta bestemmelser om det som her følger vil også bidra til å styre forhandlingene med forvalter.

Partenes plikter

Partenes medvirkningsplikt og bestemmelser om vederlag og utgiftsdekning er foreslått inntatt i forskriftens kapittel 4.

Det følger allerede av konkurranselovens ordlyd, jf. § 16 femte ledd andre setning, at partene skal dekke godtgjørelsen til forvalter. Utdypende bestemmelser om forholdet mellom forvalter og partene er det naturlig at inntas i forskriften. Det fremgår også av forarbeidene at en viss kontroll med utgiftene bør sikres enten gjennom retningslinjer fra Konkurransetilsynet eller ved forskrift.

Bestemmelsene om partenes medvirkningsplikt i utkastets § 12 og plikten til å dekke forvalters vederlag og utgifter i henhold til utkastets § 13 bør, med eventuelle tilpasninger i det konkrete tilfelle, gjøres til en del av inngrepsvedtaket. Dersom bestemmelsene ikke inntas i vedtaket, kan ikke brudd på disse sanksjoneres med overtredelsesgebyr eller straff. Brudd på forskrift gitt med hjemmel i konkurranseloven § 16 femte ledd siste setning omfattes ikke av oppregningen i konkurranseloven § 29 første ledd bokstavene a-g eller i konkurranseloven § 30 første ledd bokstavene a-f.

Hvis bestemmelsene fremgår av forskriften, vil det bidra til at de blir inntatt i vedtak. Skulle ikke bestemmelsene om forholdet mellom forvalter og partene fremgå av vedtaket, vil forskriften likevel klargjøre pliktene i forhold til mulige andre sanksjoner.

Konkurransetilsynet foreslår at ”dager” inntatt i utkastets § 13 annet ledd første setning endres til ”virkedager”. I praksis har Konkurransetilsynet lagt til grunn virkedager ved oppnevning av forvalter. En slik endring vil harmonere med utkastets § 3 tredje ledd andre setning og fristangivelsene i konkurranseloven.

Det foreslås videre at ordene ”ved oppnevningen” i utkastets § 13 annet ledd tredje setning strykes. I praksis blir forvalter oppnevnt først, og deretter søker partene og forvalter å komme til enighet om vederlag og utgiftsdekning.

Konkurransetilsynet vil også bemerke at begrepet ”forvalter” i bestemt og ubestemt form ikke later til å være brukt konsekvent alle steder i forskriften.

Med hilsen



Jonn Ola Sørensen (e.f.)
juridisk direktør

Vegard M. Aandal
førstekonsulent