



DET KONGELIGE
NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENT

Prop. 37 L

(2015–2016)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

Endringer i konkurranseloven
(Konkurranseskilagenemnda,
kartellforlik mm.)

Innhold

1	Proposisjonens hovedinnhold ...	5	5	
2	Bakgrunnen for forslaget om en klagenemnd for konkurransesaker	8		
2.1	Utvalgets oppnevning og sammensetning	8	6	
2.2	Utvalgets mandat	8		
2.3	Utvalgets arbeid	11	6.1	
2.4	Høringsinstansene	12	6.2	
3	Ytre skranker for valg av løsning for overprøving av Konkurransetilsynets vedtak	14	6.2.1	
3.1	Innledning	14	6.2.2	
3.2	Grunnloven	14	6.2.3	
3.3	EØS-retten	14	6.3	
3.3.1	Innledning	14	6.3.1	
3.3.2	EØS-rettens alminnelige krav til nasjonal forvaltning og nasjonale domstoler	15	6.3.2	
3.3.3	Klageorganets status som nasjonal konkurransemyndighet	16	6.3.3	
3.3.4	EØS-konkurranserettens særlige krav til håndheving og saksbehandling i nasjonale konkurransemyndigheter og nasjonale domstoler	16	6.4	
3.3.5	Klageorganets status som en domstol etter Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 34	17	6.4.1	
3.4	EMK	18	6.4.2	
3.4.1	Innledning	18	6.4.3	
3.4.2	Hvilke av Konkurransetilsynets ulike vedtak og avgjørelser utgjør straff etter EMK?	19	6.5	
3.4.3	Vil EMK artikkel 6 gjelde ved domstolsbehandling av de vedtakene som ikke anses som straff?	20	6.5.1	
3.4.4	Krav om tilgang til domstolene ...	20	6.5.2	
3.4.5	Kravet om avgjørelse innen rimelig tid	22	6.5.3	
4	Valg av overprøvningsmodell for konkurransesaker	23	6.6	
4.1	Gjeldende rett	23	6.6.1	
4.2	Konkurransetilsynets avgjørelser som ikke utløser klagerett	23	6.6.2	
4.3	Utvalgets forslag	23	6.6.3	
4.4	Høringsinstansene	26	6.7	
4.5	Departementets vurderinger	29	6.7.1	
			6.7.2	
			6.7.3	
			6.8	
			6.8.1	
			6.8.2	
			6.8.3	
			6.9	
			6.9.1	
			6.9.2	
			6.9.3	
			6.10	
			6.10.1	
			6.10.2	
				Plassering av bestemmelsene om Konkurransklagenemnda .
				32
				Utvalgets forslag
				32
				Høringsinstansene
				32
				Departementets vurderinger
				32
				Forslag til lovbestemmelser om klagebehandlingen
				33
				Innledning
				33
				Konkurransklagenemndas oppgaver
				33
				Utvalgets forslag
				33
				Høringsinstansene
				33
				Departementets vurderinger
				34
				Konkurransklagenemndas uavhengighet
				34
				Utvalgets forslag
				34
				Høringsinstansene
				35
				Departementets vurderinger
				35
				Konkurransklagenemndas organisasjon
				36
				Utvalgets forslag
				36
				Høringsinstansene
				37
				Departementets vurderinger
				38
				Konkurransklagenemndas sekretariat
				40
				Utvalgets forslag
				40
				Høringsinstansene
				41
				Departementets vurderinger
				41
				Forholdet til forvaltningsloven
				42
				Utvalgets forslag
				42
				Høringsinstansene
				42
				Departementets vurderinger
				42
				Begrensning av nemndas kompetanse
				43
				Utvalgets forslag
				43
				Høringsinstansene
				43
				Departementets vurderinger
				43
				Skriftlig eller muntlig saksbehandling
				43
				Utvalgets forslag
				43
				Høringsinstansene
				44
				Departementets vurderinger
				44
				Behov for egne habilitetsregler for nemnda
				45
				Utvalgets forslag
				45
				Høringsinstansene
				46
				Departementets vurderinger
				46
				Melding om klage og klagefrist ...
				46
				Utvalgets forslag
				46
				Høringsinstansene
				47

6.10.3	Departementets vurderinger	47	7.5.1	Høringsnotatet – endring av fristene ved nytt eller revidert forslag om avhjelpende tiltak – forslag om endring i konkurranse-loven § 20 fjerde ledd	63
6.11	Nærmere om nemndas avgjørelser	47	7.5.2	Høringsnotatet – harmonisering av begrepsbruk – forslag om endring i konkurranse-loven § 20 femte og sjette ledd om offentlige versjoner av forslag til avhjelpende tiltak	63
6.11.1	Utvalgets forslag	47	7.5.3	Høringsinstansenes merknader ...	63
6.11.2	Høringsinstansene	49	7.5.4	Departementets vurdering	65
6.11.3	Departementets vurderinger	50	7.6	Innføring av kartellforlik i konkurranse-loven – konkurranse-loven § 29 a	66
7	Forslag til andre endringer i konkurranse-loven	52	7.6.1	Høringsnotatet – forslag om innføring av kartellforlik i § 29 a i konkurranse-loven	66
7.1	Innledning	52	7.6.2	Høringsinstansenes merknader ...	68
7.2	Endring av inngrepsvilkår i konkurranse-loven § 16	52	7.6.3	Departementets vurdering	71
7.2.1	Høringsnotatet – forslag om endring av inngrepsvilkåret i konkurranse-loven § 16 første ledd	52	7.7	Presiseringer i bestemmelsen om delvis lempning av overtredelses-gebyr – konkurranse-loven § 31 ...	73
7.2.2	Høringsnotatet – forslag om endring av effektivitetsforsvaret – fra totalvelferdsstandard til konsumentvelferdsstandard – konkurranse-loven § 16 første ledd	53	7.7.1	Høringsnotatet	73
7.2.3	Høringsinstansenes merknader ...	53	7.7.2	Høringsinstansenes merknader ...	73
7.2.4	Departementets vurderinger	55	7.7.3	Departementets vurderinger	74
7.3	Krav om å merke forretnings-hemmigheter i forenklet melding – konkurranse-loven § 18	59	7.8	Foreldelsesfrist ved brudd på EØS-avtalens artikkel 53 og 54 – konkurranse-loven § 34	74
7.3.1	Høringsnotatet – forslag om presisering av at kravet til å merke forretningshemmeligheter gjelder for forenklet melding – konkurranse-loven § 18 syvende ledd	59	7.8.1	Høringsnotatet	74
7.3.2	Høringsinstansenes merknader ...	59	7.8.2	Høringsinstansenes merknader ...	74
7.3.3	Departementets vurderinger	60	7.8.3	Departementets vurderinger	75
7.4	Harmonisering av markedsandelstærskler og tydeliggjøring av innholdskrav i meldinger om foretakssammenslutninger – konkurranse-loven § 18 a	60	7.9	Forskriftsendringer	75
7.4.1	Høringsnotatet – harmonisering av markedsandelstærskler i den norske konkurranse-loven med EU/EØS-retten – forslag om endring i konkurranse-loven § 18 a første ledd bokstav e	60	8	Økonomiske og administrative konsekvenser	76
7.4.2	Høringsnotatet – tydeliggjøring av innholdskravet i meldinger om foretakssammenslutninger – forslag om ny bokstav f i konkurranse-loven § 18 a første ledd	61	8.1	Opprettelse av Konkurranselagenemnda	76
7.4.3	Høringsinstansenes merknader ...	61	8.1.1	Konsekvenser for næringslivet	76
7.4.4	Departementets vurdering	62	8.1.2	Konsekvenser for forvaltningen ...	77
7.5	Harmonisering av begrepsbruk og endring av fristene ved nytt eller revidert forslag om avhjelpende tiltak – konkurranse-loven § 20	63	8.2	Endringer i konkurranse-loven som ikke er knyttet til forslaget om klagenemnda for konkurransesaker	77
			9	Merknader til de enkelte paragrafer i lovforslaget	78
			9.1	Merknader til lovforslaget del I om endringer i konkurranse-loven	78
			9.2	Merknad til lovforslaget del II om ikrafttredelse	89
				Forslag til lov om endringer i konkurranse-loven (Konkurranselagenemnda, kartellforlik mm.)	91



DET KONGELIGE
NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENT

Prop. 37 L

(2015–2016)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

Endringer i konkurranseloven (Konkurranseskagenemnda, kartellforlik mm.)

*Tilråding fra Nærings- og fiskeridepartementet 11. desember 2015,
godkjent i statsråd samme dag.
(Regjeringen Solberg)*

1 Proposisjonens hovedinnhold

Nærings- og fiskeridepartementet fremmer med dette forslag til lov om endringer i lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

Departementet fremmer et forslag om en klagenemnd for konkurransesaker (Konkurranseskagenemnda). Bakgrunnen for forslaget om Konkurranseskagenemnda er regjeringserklæringen av 7. oktober 2013, hvor det fremkom at regjeringen vil opprette en uavhengig klagenemnd for konkurransesaker. Proposisjonsutkastet bygger på utredningen fra utvalget i NOU 2014: 11 *Konkurranseskagenemnda – Etablering av et uavhengig klageorgan for konkurransesaker*.

I tråd med det utvalget anbefalte foreslår departementet å opprette et nytt klageorgan for konkurransesaker. Konkurranseskagenemnda skal overprøve de av Konkurransetilsynets vedtak som i dag klagebehandles av departementet, og de vedtak om overtredelsesgebyr som i dag overprøves direkte for domstolene. Dette er ment å gi en spesialisert, uavhengig og enhetlig klagebe-

handling, før klagevedtakene kan overprøves av domstolene. Nemnda organiseres som et uavhengig forvaltningsorgan, men i tråd med kravene til uavhengig tribunal for prøving av straff etter EMK. Departementet har i sin vurdering av hvilken modell som bør velges for overprøving av Konkurransetilsynets vedtak lagt vekt på at organiseringen i størst mulig grad skal sikre at avgjørelsene som fattes er materielt riktige, at partenes rettssikkerhet ivaretas, at overprøvingen ikke tar for lang tid og ikke blir unødig kostbar.

Et sentralt mål i oppfølgingen av Sundvolden-erklæringen er forslaget om å oppheve adgangen for Kongen i statsråd til å overprøve konkurransemyndighetenes vedtak. Hovedgrunnen er at politisk omgjøring er til fordel for foretak som lykkes med lobbyvirksomhet mot politiske myndigheter, mens foretak uten sterke politiske allianser har liten mulighet til å oppnå det samme.

Departementet mener det er avgjørende at Konkurranseskagenemnda har sterk faglig tyngde og legitimitet i næringslivet. Dette krever en høy faglig kompetanse i nemnda, at organet får nok

viktige saker til behandling og en effektiv saksbehandling som leder til at vedtakene som produseres der oppfattes som gode. Hovedutfordringene for Konkurransesklageneemnda er at det i praksis vil være få viktige vedtak fra Konkurransetilsynet som faktisk overprøves, og når dette først skjer, er sakene så krevende at klageorganets medlemmer må arbeide opp mot full tid med sakene. En viktig del av løsningen på dette er som foreslått av utvalget og departementet at alle vedtak må klagebehandles i nemnda, og at klagebehandling gjøres til en prosessforutsetning for en videre behandling i domstolene. Dette vil sikre Konkurransesklageneemnda et tilstrekkelig sakstilfang for å kunne forsvare opprettelsen.

Dessuten skal de foreslåtte saksbehandlingsreglene og organets tekniske infrastruktur stimulere til en effektiv og rettssikker saksbehandling. Det legges blant annet opp til bruk av muntlige forhandlinger og møter med partene, slik at saksbehandlingen i Konkurransesklageneemnda blir mest mulig kontradiktorisk. Det forslås også at dersom ikke klagenemnda har fattet vedtak innen seks måneder, kan saken bringes inn for domstolene. Dette bidrar til å gjøre klageprosessen effektiv og forutsigbar for partene. Dessuten vil reglene om saksomkostninger ved forvaltningsklage føre til at parten som ikke får medhold i klagen hos Konkurransesklageneemnda, kun vil være ansvarlig for egne saksomkostninger og ikke motpartens kostnader, slik systemet ville ha vært ved domstolsbehandling. For å redusere samlet saksbehandlingstid i konkurransesaker, foreslås videre at nemndsvedtakene skal kunne bringes direkte inn for Gulating lagmannsrett, og at klagebehandling er en forutsetning for dette. Dette vil føre til en kostnadseffektiv saksbehandling i konkurransesaker sett under ett.

Konkurransesklageneemnda forslås etablert fra andre halvdel av 2016, med en fast ansatt nemndsleder i tillegg til 5-7 oppnevnte nemndsmedlemmer og et sekretariat. Av hensyn til rekruttering av arbeidskraft forslås at nemnda legges til Bergen, der ett av fagmiljøene for konkurranserett og konkurranseøkonomi finnes i tillegg til i Oslo. Uten et solid fagmiljø og medlemmer som nyter faglig respekt i næringslivet, vil nemnda miste mye av sin funksjon som rettssikkerhetsgarantist, noe som må tillegges stor vekt.

Utvalget som utredet Konkurransesklageneemnda anbefalte også at det vurderes å slå denne sammen med andre klageorganer, for å skape sterkere fagmiljøer og spare ressurser. Regjeringen har vedtatt at mulighetene for å slå sammen

andre klageorgan med Konkurransesklageneemnda fra 2017 eller 2018 skal utredes nærmere.

I denne proposisjonen foreslås også å harmonisere inngrepsvilkåret og velferdsstandarden i konkurranselovens fusjonskontroll med EU/EØS-regelverket og øvrige deler av konkurranseloven, innføre en kartellforliksordning, samt gjennomføre endringer av mer teknisk karakter.

Harmonisering av inngrepsvilkåret og velferdsstandarden i konkurranselovens regler om fusjonskontroll med EU/EØS-regelverket og øvrige deler av konkurranseloven, er ment å gi en liten forenkling for både private foretak og konkurransemyndighetene ved behandling av fusjonssaker. Forslaget antas ikke å få stor praktisk betydning for hvilke foretakssammenslutninger som stanses eller ikke, eller for antallet inngrepsvedtak. Det er imidlertid en teoretisk forskjell mellom den nye bestemmelsen og dagens, som kan ha betydning i visse tilfelle. Forskjellen er at det skal mer til for at bedriftsinterne effektivitetsgevinster som oppstår som følge av en foretakssammenslutning, kan lede til at man unnlater å gripe inn imot konkurransebegrensende fusjoner og oppkjøp. Dette innebærer videre at det er mindre behov for en egen medieeierskapslov. I tillegg kan endringen gjøre det noe enklere å gripe inn mot konkurransebegrensninger i lokale markeder, som for eksempel i dagligvaremarkedet.

Departementets forslag om å innføre en ordning med kartellforlik er utformet etter mønster fra tilsvarende ordning i EU/EØS. Reduksjonen i bøtesats ved kartellforlik er fast på 10 prosent, som i EU. En slik ordning vil gi Konkurransetilsynet et fleksibelt håndhevingsverktøy i bekjempelsen av karteller. Ressursene som eventuelt spares ved bruk av kartellforlik, muliggjør behandling av flere saker på kortere tid. Et kartellforlik forutsetter en betydelig grad av samarbeid mellom Konkurransetilsynet og parten, men et kartellforlik er like fullt et offentligrettslig vedtak om illeggelse av overtredelsesgebyr, og ikke en privatrettslig disposisjon.

Nedenfor følger en gjennomgang av hovedtrekkene i de enkelte kapitlene i lovproposisjonen. Kapittel 2 til 6 omhandler forslaget om Konkurransesklageneemnda. Kapittel 7 omhandler forslag til øvrige endringer i konkurranseloven, som ikke er knyttet til forslaget om nemnda.

Kapittel 2 redegjør for bakgrunnen for forslaget om en konkurransesklageneemnd. Det gis en gjennomgang av utvalgets oppnevning, sammenheng, mandat og arbeid, om høringen og om høringsinstansene.

I *Kapittel 3* behandles visse overordnede spørsmål i forhold til Konkurransklagenemnda, som forholdet til Grunnloven, EMK og EØS-retten.

Kapittel 4 beskriver forskjellige mulige organisatoriske løsninger for å overprøve Konkurransetilsynets vedtak og andre avgjørelser. Det redegjøres her for de fem forskjellige overprøvningsmodeller som utvalget har vurdert i sin innstilling.

Kapittel 5 behandler spørsmålet om det bør opprettes en egen lov om Konkurransklagenemnda eller om bestemmelsene bør tas inn i konkurranseloven.

Kapittel 6 gjennomgår og drøfter de enkelte lovbestemmelsene om Konkurransklagenemnda og utvalgets innstilling, høringsinstansenes merknader og departementets vurderinger.

Kapittel 7 gjennomgår departementets forslag til endringer i konkurranseloven som ikke er knyttet til forslaget om opprettelsen av Konkurransklagenemnda. De viktigste materielle endringene er forslaget om å harmonisere innbegrepsvilkåret og velferdsstandarder med EU/EØS-regelverket og øvrige deler av konkurranseloven, samt innføre en forliksordning for kartellsaker i loven. I tillegg foreslås enkelte tekniske endringer i konkurranseloven for å harmonisere begrepsbruk, tydeliggjøre reglene og oppdatere markedsandelsterskler i samsvar med endringer i EU.

Kapittel 8 gir departementets vurderinger av de økonomiske og administrative konsekvensene av lovforslaget.

Kapittel 9 inneholder merknader til de enkelte bestemmelser i lovforslaget.

2 Bakgrunnen for forslaget om en klagenemnd for konkurransesaker

2.1 Utvalgets oppnevning og sammensetning

Konkurransesklagemenndsutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon av 9. mai 2014, med advokat Siri Teigum som leder. Øvrige medlemmer i utvalget var: professor dr. juris Tore Lunde, UiB, leder av Markedsrådet, førsteamanuensis PhD Sunniva Cristina Bragdø-Ellenes, UiA, direktør Åse Ulvin, Markedsrådets sekretariat, juridisk direktør Karin Stakkestad Laastad, Konkurransetilsynet, og avdelingsdirektør Nils-Ola Widme, Konkurransopolitisk avdeling, Nærings- og fiskeridepartementet.

Sekretariat for utvalget var Marion Starnes, Konkurransetilsynet (sekretariatsleder), Aslaug Skrede Gauslaa, Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet og Christina Erichsen Grindal, Nærings- og fiskeridepartementet.

2.2 Utvalgets mandat

Utvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon av 9. mai 2014 og fikk følgende mandat:

I. Bakgrunn

Regjeringen har besluttet å oppnevne et offentlig utvalg som skal utrede et uavhengig klageorgan for konkurransesaker. Beslutningen har sin bakgrunn i regjeringserklæringen av 7. oktober 2013 hvor det heter at:

«regjeringen vil styrke Konkurransetilsynet som selvstendig myndighetsorgan og fjerne regjeringens rolle som ankeinstans for Konkurransetilsynet ved å etablere en uavhengig klagenemnd for konkurranse.»

Opprettelsen av en egen konkurransenemnd for klagesaker etter konkurranseloven ble vurdert og foreslått i forbindelse med den nye konkurranseloven som trådte i kraft 1. mai 2004, jf. NOU 2003: 12 Ny konkurranselov. Løsningen med nemnd ble

ikke fulgt opp i lovarbeidet, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004). Departementet er i dag klageinstans for Konkurransetilsynets vedtak etter konkurranseloven. Det er adgang til politisk overprøving av Konkurransetilsynets vedtak og departementets vedtak i en klagesak ved vedtak i statsråd, dersom saken er av «prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning».

Departementets behandling av Konkurransetilsynets vedtak i klagesaker åpner ikke for politiske vurderinger, tilsvarende ordningen som ligger til Kongen i statsråd. Departementet kan, i likhet med Konkurransetilsynet, kun foreta en konkurransefaglig vurdering i tråd med lovens vilkår under klagesaksbehandlingen. En utfordring ved dagens ordning er at klagesaksbehandlingen likevel kan oppfattes som politisk styrt. Mistanken om politisk styring av faglige vedtak kan svekke tilliten til klagesaksbehandlingen og klageprosessens politiske legitimitet.

II. Relevante hensyn ved opprettelsen av et uavhengig klageorgan for konkurransesaker

Konkurransopolitikken virker inn på viktige områder i samfunnet. Markeds- og næringsinteresser gjør seg gjeldende på stadige nye områder som tidligere var forbeholdt offentlig virksomhet. Dette er en trend som startet allerede på 1980-tallet. Samtidig har det pågått en økende grad av internasjonalisering, for Norges del særlig gjennom EØS-avtalen. Disse utviklingstrekkene krever at konkurransepolitikken er godt forankret i folkevalgte organer og at den kan gjennomføres på en effektiv og rettssikker måte i samsvar med lovverket og andre retningslinjer.

Det er viktig at konkurransepolitikken har en høy grad av legitimitet i næringslivet og i offentligheten. En måte å sikre slik legitimitet er å sørge for å etablere en politisk uavhengig klagesaksbehandling. En slik uavhengighet kan bidra til å gi konkurransepolitikken nødvendig faglig tyngde og posisjon i offentligheten og næringslivet. Uavhengig myndighetsutøvelse truer ikke den demokratiske styringen, men gir den en annen form.

Politisk styring er ivaretatt ved lovgiveransvaret. Å overlate håndhevingen av lover til uavhengige organer er legitimt og bidrar til mer konsekvent og rettsriktig gjennomføring og til å styrke faglige hensyn. Uavhengighet kan derfor bidra til å gi tydeligere roller og tillit til at utenforliggende hensyn ikke har påvirket avgjørelsene.¹

Det kan være utfordringer knyttet til å opprette et effektivt og funksjonsdyktig klageorgan dersom organet kun skal behandle klagesaker etter konkurranseloven. Dette skyldes særlig at det er få av de mest krevende klagesakene og at disse krever store ressurser når de først kommer til behandling, innenfor stramme tidsfrister. Som eksempel på slike saker nevnes klage over Konkurransetilsynets vedtak om inngrep mot foretakssammenslutninger. Dette er komplekse saker som krever omfattende analyser av juridisk og økonomisk art. Det kan derfor være nødvendig at et klageorgan som skal behandle saker etter konkurranseloven også bør behandle andre saker enn dagens klagesaker. Derfor er det sentralt å vurdere om klagesaksbehandlingen bør legges til et nytt organ for konkurranseklagesaker, eller om man bør legge klagesaksbehandlingen etter konkurranseloven til et eksisterende organ, som Markedsrådet. Det bør også vurderes om andre oppgaver knyttet til overprøving av Konkurransetilsynets vedtak bør legges til et nytt klageorgan.

III. Oppgaver

Utvalget står fritt til å utrede de spørsmål som det selv finner hensiktsmessig og nødvendig å ta opp under arbeidets gang. Utvalget skal imidlertid vurdere følgende problemstillinger:

- a) å opprette et kollegialt klageorgan for klager etter konkurranseloven og andre lover som anvendes av Konkurransetilsynet, eller om
- b) denne klagekompetansen heller bør legges til det eksisterende Markedsrådet.

a) Opprettelsen av et kollegialt klageorgan for klager etter konkurranseloven og andre lover som anvendes av Konkurransetilsynet

Det kollegiale organets organisering, sammensetning m.m.:

Utvalget bes å utrede en klageordning som innebærer at departementet ikke lenger skal være kla-

geinstans for Konkurransetilsynets vedtak. Det bes utredet å opprette et kollegialt klageorgan som del av konkurransemyndighetenes organisasjon, jf. konkurranseloven § 8. Klageorganet skal være et uavhengig forvaltningsorgan som er administrativt underlagt Kongen og departementet. Organet avgjør klager gjennom felles vedtak som et kollegium og ikke som et hierarkisk organ, der lederen tar den endelige avgjørelsen. Det forutsettes at Kongen kan gi nærmere bestemmelser om det kollegiale klageorganet ved forskrift gitt med hjemmel i konkurranseloven.

Utvalget bes også å vurdere hvordan det kollegiale klageorganet skal være sammensatt. Organet må ha tilstrekkelig fagkompetanse og en variert sammensetning. Det er ønskelig at organet i tillegg til økonomisk og juridisk kompetanse også besitter institusjonell kunnskap og erfaring samt innsikt i nærings- og arbeidsliv. Videre må utvalget vurdere hvordan medlemmene av det kollegiale klageorganet skal oppnevnes.

Utvalget bes også å vurdere hvor mange medlemmer det kollegiale klageorganet bør ha, og om alle skal delta i hver sak. Organet bør ikke ha for mange medlemmer, fordi det kan gjøre saksbehandlingen mindre effektiv, samtidig som det kan være vanskelig å få tilgang til et stort antall kompetente medlemmer. Organet må ha nok ressurser til at det sikres til enhver tid å ha ledige kompetansepersoner til å ta unna saker som kommer inn. Utvalget må også vurdere om medlemmene skal ha varamenn og om disse skal være personlige. Spørsmålet om medlemmenes funksjonstid må også vurderes.

Videre må utvalget ta stilling til hvordan og i hvilket omfang det kollegiale klageorganets sekretariatsfunksjoner best ivaretas. Dette spørsmålet bør sees i sammenheng med hvordan saksbehandlingen for det kollegiale organet foreslås organisert, jf. nedenfor. Det kan tenkes at dersom saksbehandlingen organiseres mer som en kontraktorsprosess enn som en regulær forvaltningsklage, at det vil være behov for mindre sekretariatsressurser enn en regulær forvaltningsmodell forutsetter. Det skyldes at partene, det vil si Konkurransetilsynet og foretakene, i praksis vil måtte utføre mer av saksforberedelsen.

Saksbehandling og kompetanse for det kollegiale klageorganet:

Klagesaksbehandlingen forutsetter full prøving av alle sider av saken. Utvalget bes å vurdere om klageorganet bør ha særlige prosessregler for å sikre at saksbehandlingen er tilpasset kravene i den

¹ Difi-rapport 2012:7 Uavhengighet eller bare uavklart? Organisering av statlig myndighetsutøvelse. <http://www.difi.no/filearchive/difi-rapport-2012-7-uavhengig-eller-bare-uavklart.pdf>

enkelte sak. Det vil i så fall være naturlig å vurdere om elementer fra prosessen ved de alminnelige domstolene bør kunne tas i bruk av klageorganet. Utvalget bes i denne forbindelse særlig om å se hen til domstollignende organer i andre deler av norsk forvaltning og andre land, som eksempelvis Sverige og Frankrike. Slike organer kjenne-tegnes som forvaltningsorgan med karakter av en domstol. De har en betydelig grad av faglig uavhengighet og har kompetanse til å fatte bindende avgjørelser som løser rettslige konflikter i samfunnet. Avgjørelsene som treffes kan imidlertid bringes inn for og overprøves av de alminnelige domstolene. Domstollignende organer er organisert utenfor det ordinære forvaltningshierarkiet, og kan bare i begrenset utstrekning instrueres av overordnede forvaltningsorganer. Eksempler på slike organer i Norge er blant annet Trygderetten, Utlendingsnemnda og Markedsrådet.

Utvalget bes videre å vurdere om det kollegiale klageorganet skal avgjøre alle klager over Konkurransetilsynets vedtak, eller om det skal være begrensninger. Herunder nevnes om det kollegiale klageorganet bør være klageinstans for vedtak om opplysnings- og utleveringsplikt etter konkurranseloven § 24. Videre om Konkurransetilsynets vedtak om avslag på innsyn etter konkurranseloven, forvaltningsloven og offentleglova bør legges til det kollegiale organet eller om disse klagesakene fortsatt bør ligge til departementet og tingretten, jf. konkurranseloven § 26.

Utvalget bes også å vurdere nødvendige bestemmelser for at klageorganet får kompetanse til å behandle klager over vedtak der Konkurransetilsynet håndhever EØS-avtalen artikkel 53 og 54, jf. konkurranseloven § 9 første ledd bokstav d.

Likeledes må utvalget vurdere hvilke saksbehandlingsfrister som skal gjelde for klageorganets saksbehandling. Herunder er det særlig viktig å se hen til fristene som gjelder for behandlingen av saker om foretakssammenslutninger etter konkurranseloven i dag og søksmålsfristen for vedtak om overtredelsesgebyr.

Videre bes utvalget å vurdere regler om habilitet og taushetsplikt for medlemmene av klageorganet.

Utvalget må også ta stilling til om vedtakene til klageorganet skal underlegges de alminnelige reglene for domstolskontroll, herunder om det skal være et vilkår at klageadgangen er benyttet før Konkurransetilsynets vedtak kan bringes inn for domstolene.

Videre bes utvalget å vurdere om det kollegiale klageorganet skal kunne forelegge prejudisi-

elle spørsmål for EFTA-domstolen. I ODA artikkel 34 har EFTA-domstolen kompetanse til å gi rådgivende uttalelser om tolkningen av EØS-avtalen etter forespørsel fra nasjonale domstoler i EFTA-statene når disse skal avgjøre tvister hvor EØS-retten har betydning. Domstoloven § 51a gjennomfører ODA artikkel 34. I bestemmelsen er foreleggelsesretten lagt til den alminnelige domstol og særdomstolene som nevnt i lovens §§ 1 og 2 første ledd. Etter domstoloven § 51a andre ledd åpnes det også for at andre domstollignende organer i norsk forvaltning kan be EFTA-domstolen om en uttalelse. Til sammenlikning nevnes at eksempelvis Markedsrådet kan forelegge prejudisielle spørsmål for EFTA-domstolen i samsvar med domstoloven § 51a annet ledd.

Om det kollegiale klageorganet bør behandle Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr og lempning samt om tvangsmulkt:

Utvalget bes å vurdere utformingen av hensiktsmessige kontroll- og sanksjonsmidler for å sikre en effektiv håndheving av konkurranseloven. Herunder om det bør gjøres endringer i tingrettens kompetanse i saker om overtredelsesgebyr og lempning etter konkurranseloven §§ 29-31. Spørsmålet er om kompetansen for overprøving av Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr og lempning bør kunne legges til det kollegiale klageorganet for konkurransesaker. Utvalget bes å vurdere om det er rettslige skranke ved å legge denne kompetansen til et slikt organ, herunder særlig forholdet til Den Europiske menneskerettskonvensjon (EMK), spesielt artikkel 6 nr. 1, og forholdet til Grunnloven § 96, når forutsetningen er at klageorganets vedtak kan prøves for domstolene som i dag. Utvalget bes også å vurdere om klageorganet skal få kompetanse til å behandle Konkurransetilsynets vedtak om tvangsmulkt, som i dag ligger til departementet.

Adgangen til politisk overprøving av Kongen i statsråd etter konkurranseloven oppheves:

For å oppnå formålet med å etablere en politisk uavhengig klagesaksbehandling, skal den eksisterende adgangen i konkurranseloven §§ 13 og 21 for overprøving av Kongen i statsråd i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning oppheves. Utvalget bes å utrede konsekvensene av at den politiske overprøvingen av Kongen i statsråd etter konkurranseloven §§ 13 og 21 oppheves. Videre bes utvalget å foreslå nødvendige tilpasninger i konkurranseloven som reflekterer denne endringen.

b) Om klagemyndigheten for behandling av Konkurransetilsynets vedtak heller bør legges til det eksisterende Markedsrådet:

Utvalget bes å utrede om behandlingen av klager over Konkurransetilsynets vedtak etter konkurranseloven og andre lover bør legges til Markedsrådet istedenfor at det opprettes et nytt forvaltningsorgan, jf. ovenfor i punkt a).

Markedsrådet behandler i dag saker etter markedsføringsloven, samt reklameforbudene i kringkastingsloven og alkohol- og tobakkskadeloven. Sakene knytter seg i hovedsak til hvordan næringsdrivende opptrer overfor forbrukere. I konkurransesakene vil i større grad kun næringssiden være involvert, selv om sakene mer indirekte kan ha stor betydning for forbrukerne. Det bes om at utvalget vurderer fordeler og ulemper ved å knytte behandlingene av disse sakstypene sammen.

Markedsrådet består av 9 medlemmer med personlige varamedlemmer. Vervet er en bigeskjefte for medlemmene som utøves i tillegg til annen fulltidsjobb. Organet har i dag ikke særskilt kompetanse på konkurranserett. Markedsrådet må derfor tilføres nødvendig kompetanse og ressurser dersom det skal kunne håndtere klagesaker etter konkurranseloven på en forsvarlig måte. Utvalget bes å vurdere nødvendig kompetanse- og ressursbehov for at Markedsrådet skal kunne ivareta klagesaksbehandlingen etter konkurranseloven i tillegg til de oppgaver Markedsrådet har i dag. Utvalget må også gjennomgå saksbehandlingsrutinene i Markedsrådet, for å vurdere om disse kan tilpasses både konkurranseretens behov og dagens saksportefølge.

Øvrige problemstillinger som er nevnt i pkt. III

a) må også drøftes ved vurderingen av om klagemyndigheten bør legges til Markedsrådet.

IV. Lov- og forskriftsbestemmelser

Utvalget skal fremme et samlet forslag til lov- og forskriftsbestemmelser som gjennomfører forslagene om endringer i konkurranseloven og eventuelle andre lover. Flere av de spørsmålene som vil bli behandlet av utvalget, eksempelvis reglene om saksbehandling, vil sannsynligvis best plasseres i en forskrift. Dette er for øvrig løsningen for Markedsrådet, der flere sentrale bestemmelser er lagt i en egen forskrift gitt med hjemmel i markedsføringsloven. Både reglene som plasseres i konkurranseloven og i en eventuell forskrift vil høres samtidig for å rekke få på plass klageorganet fra sommeren 2016.

V. Arbeidsform

Nærings- og fiskeridepartementet, Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet og Konkurransetilsynet vil fungere som sekretariat for utvalget.

Utvalget kan etter behov konferere med berørte aktører i markedet, herunder nærings- og arbeidstakerorganisasjoner og forbrukerinteresser.

VI. Offentlighet

Utvalgets rapport skal offentliggjøres i skriftserien for Norges offentlige utredninger (NOU).

VII. Tidsramme

Utvalget skal levere sin rapport til Nærings- og fiskeridepartementet innen 31. oktober 2014.

VIII. Endring av mandatet

Utvalgets mandat og sammensetning kan endres av Nærings- og fiskeridepartementet. Eventuelle forslag til vesentlige avvik fra mandatet som fremsettes av utvalget, skal godkjennes av Nærings- og fiskeridepartementet.

IX. Økonomiske og administrative konsekvenser

Utvalget må utrede de økonomiske og administrative konsekvenser av sine forslag.

2.3 Utvalgets arbeid

Utvalget startet sitt arbeid 21. mai 2014 og det ble avholdt åtte heldagsmøter. Utvalget ble i mandatet bedt om å se hen til domstolslignende organer i andre deler av norsk forvaltning. Trygderetten, Utlendingsnemnda og Markedsrådet ble særskilt nevnt. Utvalget så i tillegg nærmere på ytterligere klageorganer for å få bredere kunnskap om blant annet forskjellige muligheter for organisering av klageorganet og hvilke saksbehandlingsregler det bør ha. Utvalget avholdt i denne forbindelse møter med Medietilsynet, Kabeltvistnemnda, Patentstyret og Forbrukerombudet. I tillegg mottok utvalget skriftlige innspill fra Forbrukerombudet, både før og etter møtet.

2.4 Høringsinstansene

Utvalgets innstilling i NOU 2014: 14 Konkurransklagenemnda ble, sammen med departementets høringsbrev, gjort elektronisk tilgjengelig på departementets hjemmesider og samtidig sendt med vanlig post på høring 11. november 2014.

Følgende instanser fikk ovennevnte på høring: Departementene

Brønnøysundregistrene
Datatilsynet
Domeneklagenemnda
Domstoladministrasjonen
Finanstilsynet
Forbrukerombudet
Konkurransetilsynet
Post- og teletilsynet
Regjeringsadvokaten
Riksadvokatembetet
ØKOKRIM

Det juridiske Fakultet UiB
Det juridiske Fakultet UiO
Det juridiske Fakultet UiT
Universitetet i Agder

Forbrukerrådet
Forbrukertvistutvalget
Kabeltvistnemnda
Klagenemnda for industrielle rettigheter
Markedsrådet
Medieklagenemnda
Sivilombudsmannen

Advokatfirma Arntzen de Besche
Advokatfirmaet Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen
Advokatfirma DLA Piper Norway DA
Advokatfirmaet Grette DA
Advokatfirmaet Haavind AS
Advokatfirmaet HJORT DA
Advokatfirmaet Kluge DA
Advokatfirmaet Schjødt AS
Advokatfirmaet Selmer DA
Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig
Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA
Advokatfirmaet Thommessen AS
Advokatfirmaet Wiersholm AS
Advokatfirmaet Wikborg Rein
Akademikerne
Apotekerforeningen
Arbeidsgiverforeningen Spekter
Bedriftsforbundet

Bergen Center for Competition Law and Economics (BECCLC)
Brækhus Dege Advokatfirma DA
Bull & Co Advokatfirma AS
Dagligvareleverandørenes forening
Deloitte Advokatfirma AS
Den norske Advokatforening
Den norske Dommerforening
Den norske Fagpresses Forening
Den norske Forleggerforening
Den norske Revisorforening
Finansnæringens Hovedorganisasjon
Fono -den norske platebransjen
Føyen Advokatfirma DA
Handelshøyskolen BI
Hovedorganisasjonen Virke
Kjøtt- og fjørfebransjens Landsforbund
Kopinor, Interesseorganisasjon for rettighets-
havere til åndsverk
KPMG
KS
Kvale Advokatfirma DA
Landsorganisasjonen i Norge
Maskinentreprenørenes Forbund
Norges Bondelag
Norges Colonialgrossisters Forbund
Norges Eiendomsmeglerforbund
Norges Frukt- og Grønnsaksgrossisters Forbund
Norges Gullsmed Forbund
Norges Handelshøyskole
Norges Juristforbund
Norges Rederiforbund
Norges Skogeierforbund
Norges Taxiforbund
Norsk Bonde- og Småbrukarlag
Norsk Gartnerforbund
Norsk Industriforening for Generiske legemidler
Norsk Landbrukssamvirke Servicekontor
Norske Sjømatbedrifters Landsforening
NORWACO
Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)
Oslo Economics
PWC
Rådgivende Ingeniørers Forening (RIF)
Skatterevisorenes Forening
Sparebankforeningen i Norge
Tono
Transportbrukerens Fellesorganisasjon
Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund

Høringsfristen var 11. februar 2015. Departementet har mottatt i alt 16 høringssvar med merknader. De fleste høringsinstansene konsentrerer sine merknader til om det bør opprettes en klagenemnd og i så fall hvilken av utvalgets modeller

som er den beste løsningen ved overprøving av Konkurransetilsynets vedtak. Syv av høringsinstansene som har uttalt seg om modellvalget støtter i hovedtrekk utvalgets flertalls valg av overprøvningsmodell. To høringsinstanser ønsker primært å beholde dagens ordning, mens to ønsker å erstatte dagens ordning ved å fjerne adgangen til forvaltningsklage og la sakene gå direkte til domstolen. En instans ønsker en løsning hvor den primære vedtakskompetanse i de tunge materielle konkurransesakene skal ligge hos nemnda og ikke hos Konkurransetilsynet som i dag. De fleste

som har uttalt seg støtter forslaget om å fjerne adgangen for Kongen i statsråd til å overprøve Konkurransetilsynets vedtak i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning jf. konkurranseloven §§ 13 og 21. Norges Bondelag, Norsk Landbrukssamvirke og Landbruks- og matdepartementet er imidlertid mot å oppheve disse bestemmelsene. Merknadene fra høringen vil bli nærmere redegjort for ved behandlingen av de enkelte spørsmål de relaterer seg til nedenfor i kapitlene 4 – 6 nedenfor.

3 Ytre skranker for valg av løsning for overprøving av Konkurransetilsynets vedtak

3.1 Innledning

Valg av overprøvningsmodell i konkurransesaker og saksbehandlingsreglene i disse sakene er underlagt visse skranker av både nasjonal og overnasjonal karakter. Nedenfor gjengir departementet hovedtrekkene i utvalgets drøftelse av de begrensninger som Grunnloven, EØS-retten og EMK setter for organiseringen av overprøvingen av vedtak etter konkurranseloven og behandlingen av disse. Departementet slutter seg i det alt vesentlige til utvalgets vurderinger på dette punkt. For en nærmere beskrivelse vises det til utvalgets utredning kapittel 3.

3.2 Grunnloven

Grunnloven § 96 slår fast at ingen kan straffes uten etter dom. På denne bakgrunn har det vært stilt spørsmål ved om overtredelsesgebyr kan ilegges av konkurransemyndighetene når de konstaterer brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser. Lovgiver har lagt til grunn at det er adgang til dette, og Høyesterett har ikke truffet avgjørelser i motsatt retning. Utvalget har lagt dette til grunn og begrenset sin vurdering til de problemstillinger mandatet reiser. Utvalget har i tillegg vurdert om det er et problem i forhold til Grunnloven å la en ny klagenemnd overprøve Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr, og om det er anledning til å kreve at denne administrative klageadgangen benyttes før en part eventuelt tar ut søksmål ved domstolene.

Dagens ordning i konkurranseloven er at overtredelsesgebyr ilegges administrativt gjennom vedtak som ikke kan påklages, men som er gjenstand for full prøving i domstolene. Dette følger klart av konkurranseloven § 29 og er fulgt opp i rettspraksis, blant annet Rt. 2011 s. 910 (Tine) og Rt. 2012 s. 1556 (Gran & Ekran). Både i Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) og ved revisjonen av konkurranseloven i Prop. 75 L (2012–2013) har det blitt lagt til grunn at ordningen er forenlig med domskravet for ileggelse av straff i Grunnloven § 96, se særlig

sistnevnte lovproposisjon side 63 med videre henvisninger.

Utvalget antok at det ikke er grunnlag for å stille ytterligere krav til administrativ klagebehandling forut for den rettslige prøvingen i domstolene, så lenge den etterfølgende domstolsprøving gjør administrativ ileggelse av overtredelsesgebyr forenlig med Grunnloven. Dette innebærer at dagens ordning, hvor overtredelsesgebyr ilagt av Konkurransetilsynet bare kan overprøves i domstolene, og ikke i departementet, er forenlig med Grunnloven § 96. Det innebærer også at det beror på en hensiktsmessighetsvurdering, og ikke på krav som følger av Grunnloven, om man vil gi en uavhengig klagenemnd kompetanse til å overprøve Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr. På samme måte vil det være forenlig med Grunnloven å innføre klagerett på tilsynets gebyrvedtak til en uavhengig klagenemnd, så lenge det fortsatt er adgang til overprøving i domstolene.

Et annet spørsmål i denne sammenheng, er om det er uforenlig med Grunnloven § 96 å pålegge parter som er ilagt overtredelsesgebyr å uttømme muligheten for administrativ klage før saken kan bringes inn for domstolene. Utvalget anser ikke at praksis gir grunnlag for en slik slutning. Departementet er enig med utvalgets vurdering.

For en nærmere redegjørelse for disse spørsmålene og relevant praksis fra Høyesterett vises det til utvalgets utredning kapittel 3.2.

3.3 EØS-retten

3.3.1 Innledning

Konkurransereglene som håndheves av norske konkurransemyndigheter og norske domstoler fremgår dels av konkurranseloven og dels av EØS-avtalens artikkel 53 og artikkel 54, jf. EØS-konkurranseloven. De materielle reglene i konkurranseloven regulerer forhold som er egnet til å ha virkning på konkurransen i riket, mens de tilsvarende reglene i EØS-konkurranseloven regule-

rer forhold som er egnet til å påvirke konkurransen og samhandelen mellom to eller flere EØS-stater. Reglene er således delvis overlappende. Bortsett fra ulikheten i geografisk rekkevidde, er de materielle reglene like. De prosessuelle reglene er imidlertid ulike. Siden EØS-avtalen både stiller krav til forvaltningen av EØS-konkurranseloven og setter visse skranker for forvaltningen av konkurranseloven, må det tas hensyn til de prosessuelle og materielle rammer EØS-retten oppstiller for opprettelsen av et klageorgan og dets kompetanse.

Organiseringen av den nasjonale forvaltning og prosessreglene vedrørende håndhevelse av EØS-konkurransereglene er i hovedsak overlatt til nasjonal lovgivning. EØS-retten inneholder verken krav om eller forbud mot å opprette et administrativt klageorgan for konkurransesaker.

Når det gjelder saker om inngrep mot foretakssammenslutninger regulerer EØS-avtalen i liten grad den nasjonale behandlingen av foretakssammenslutninger. Foretakssammenslutninger vil enten anses å ha en EU-dimensjon, en EFTA-dimensjon eller en nasjonal dimensjon, og en og samme sak behandles bare av Europakommisjonen (heretter «Kommisjonen»), EFTAs Overvåkningsorgan («ESA») eller av nasjonale konkurransemyndigheter. Allokeringen av saker mellom disse baseres på omsetningsbaserte terskelverdier. For alle praktiske formål vil Kommisjonen behandle saker hvor terskelverdiene i EØS-avtalen artikkel 57 er oppfylt. Det er etablert regler for samarbeid og overføring av saker til og fra Kommisjonen og EFTA landene. Reglene for allokering og eventuell overføring av foretakssammenslutninger mellom disse overvåkningsorganene kommer inn tidlig i behandlingen av en sak. Klagenemnda vil således ikke involveres i disse vurderingene, uavhengig av hvilken modell som velges.

Overvåknings- og domstolsavtalen protokoll 4 gir visse føringer for nasjonale domstolars håndhevelse av artikkel 53 og 54. I tillegg gir Overvåknings- og domstolsavtalen nasjonale domstoler mulighet til å benytte prosessuelle midler for å sikre rettsenhet og effektiv håndhevelse av konkurransereglene, som å anmode EFTA-domstolen eller ESA om en uttalelse om spørsmål vedrørende anvendelsen av EØS-konkurransereglene. Opprettelse av en uavhengig klagenemnd gjør det derfor nødvendig å vurdere om den vil være å anse som en domstol i EØS-avtalens forstand og således kan stille slike tolknings-spørsmål til EFTA-domstolen, jf. Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 34.

3.3.2 EØS-rettens alminnelige krav til nasjonal forvaltning og nasjonale domstoler

EØS-retten innebærer intet krav om harmonisering av nasjonal forvaltningsrett. EU-domstolen har imidlertid utviklet visse prinsipper som stiller krav til nasjonal forvaltning og nasjonale domstoler i sin alminnelighet. Disse kravene vil følgelig ha betydning også med hensyn til forvaltningen av konkurransereglene i Norge.

For det første må det etter den nasjonale lovgivningen kunne ilegges sanksjoner for overtredelser av EØS-retten. Sanksjonene skal være effektive, stå i rimelig forhold til overtredelsen og virke avskrekkende. For det andre må det etter norsk rett være mulig for de som blir påført tap som følge av overtredelser av EØS-retten, å fremsette krav om erstatning for nasjonale domstoler. For det tredje må de prosessregler og sanksjoner som nasjonale domstoler anvender for å håndheve EØS-retten, ikke gjøre slik håndhevelse urimelig vanskelig eller praktisk umulig (effektivitetsprinsippet), og heller ikke være mindre gunstige enn reglene som gjelder for håndhevelse av tilsvarende nasjonal lovgivning (ekvivalensprinsippet). Opprettelsen av en konkurransekjennemnd må skje innenfor disse rettslige rammene.

Ifølge utredningen vil EØS-rettens alminnelige krav til nasjonal forvaltning i praksis innebære at et klageorgans kompetanse ikke kan begrenses til konkurranseloven, men også må omfatte EØS-konkurransereglene. På bakgrunn av ekvivalensprinsippet, bør løsninger på spørsmål som for eksempel krav på innsyn i dokumenter, klagenemndas utredningsplikt, partenes dekning av saksomkostninger ved endring av Konkurransetilsynets vedtak mv. ikke være mindre gunstig i saker etter EØS-konkurranseloven enn etter konkurranseloven. På bakgrunn av effektivitetsprinsippet kan en eventuell begrensning av partenes adgang til å bringe Konkurransetilsynets vedtak inn for domstolene uten forutgående klage antakelig bare forsvares dersom den administrative prosessen i den nye konkurransekjennemnda er rimelig effektiv, og ikke gjør håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler vanskelig eller praktisk umulig.

EØS-konkurransereglene er ordre public-regler. EU-domstolen har i en dom fra 1999, den såkalte ECO Swiss-dommen (sak C-126/97 ECO Swiss China Time Ltd. v. Benetton International N.V. [1999] Sml. I-3055) lagt til grunn at dette innebærer at en avgjørelse av klageorganet som legger til grunn en uriktig konkurranserettslig

tolkning av EØS-konkurransereglene, må kunne bringes inn for de alminnelige domstoler, og at avgjørelsen må kunne settes til side som ugyldig.

3.3.3 Klageorganets status som nasjonal konkurransemyndighet

Et nasjonalt klageorgan eller en nasjonal domstol kan utpekes som en konkurransemyndighet i en EFTA-stat i henhold til Overvåknings- og domstolsavtalens protokoll 4 kapittel II artikkel 40 nr. 1 om alminnelige saksbehandlingsregler for gjennomføringen av EØS-avtalens artikkel 53 og 54. Det vil være naturlig å utpeke et klageorgan for konkurransesaker som en slik konkurransemyndighet.

Dette medfører at flere av forpliktelsene som påhviler nasjonale konkurransemyndigheter etter protokoll 4, bør gjelde for klageorganet. Omfanget av forpliktelsene som påhviler klageorganet vil kunne avhenge noe av hvilken modell som velges.

3.3.4 EØS-konkurranserettens særlige krav til håndheving og saksbehandling i nasjonale konkurransemyndigheter og nasjonale domstoler

3.3.4.1 *Plikt til håndhevelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54*

Nasjonale domstoler og konkurransemyndigheter, *kan* anvende EØS-avtalens artikkel 53 og 54 uten at det er nødvendig å anvende nasjonal konkurranselovgivning samtidig. Når nasjonale konkurransemyndigheter eller en nasjonal domstol anvender nasjonal konkurranselovgivning på avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak eller samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom partene i EØS-avtalen som omhandlet i EØS-avtalens artikkel 53 nr. 1 eller på enhver form for utilbørlig utnyttelse som er forbudt i henhold til EØS-avtalens artikkel 54, *skal* de imidlertid også anvende EØS-konkurransereglene på slike avtaler eller beslutninger eller slik opptreden så langt de gjelder, jf. Overvåknings- og domstolsavtalen protokoll 4 kapittel II artikkel 3 nr. 1, jf. artikkel 6.

I tillegg kan ikke nasjonal konkurranselovgivning gi grunnlag for å forby samarbeid som er tillatt etter artikkel 53, hvis samhandelen er påvirket. Dette gjelder imidlertid ikke forbud rettet mot foretaks ensidige atferd. Det vil si at nasjonal konkurranselovgivning kan være mer restriktiv enn artikkel 54.

I praksis vil EØS-konkurranserettens særlige krav til nasjonal forvaltning innebære at klagenemndas kompetanse ikke kan begrenses til konkurranseloven, men også må omfatte en rett *og plikt* til å anvende EØS-konkurransereglene. Klageorganets plikt til å anvende EØS-konkurransereglene innebærer videre at organet ikke bør være bundet av partenes prosesshandlinger i den utstrekning prosesshandlingene ikke er forenlige med det offentlige hensynet til homogen håndhevelse, tilsvarende disposisjonsprinsippets anvendelse i de alminnelige domstoler i saker hvor partenes rådighet er begrenset jf. tvisteloven § 11-1 til § 11-4.

3.3.4.2 *Forpliktelser for å sikre ensartet anvendelse av artikkel 53 og 54*

For å sikre lik anvendelse av artikkel 53 og 54 inneholder EØS-avtalen en rekke forpliktelser for nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler. I tillegg er det etablert et system for samarbeid mellom ESA og nasjonale konkurransemyndigheter (EFTA Competition Network) etter modell av tilsvarende samarbeid innen EU, European Competition Network, der EFTA-statene er gitt observatørstatus.

Overvåknings- og domstolsavtalen protokoll 4 kapittel II gir regler om forholdet mellom avgjørelser fra ESA og nasjonale konkurransemyndigheter, allokering av saker, notifisering av saker i nettverket, utveksling av konfidensiell informasjon, bistand i etterforskningsaker og bruk av rådgivende komité i enkeltsaker.

Nasjonale konkurransemyndigheter og nasjonale domstoler kan ikke treffe avgjørelser etter EØS-konkurransereglene som er i strid med en avgjørelse truffet av ESA om samme saksforhold. Nasjonale konkurransemyndigheter fratas dessuten kompetansen til å anvende EØS-konkurransereglene når ESA innleder formell saksbehandling mot et foretak etter EØS-avtalen artikkel 53 og 54 med sikte på å treffe et vedtak. Dette gjelder imidlertid bare adgangen til å bruke samme bestemmelse mot samme foretak for samme type atferd i samme marked. Dersom en nasjonal konkurransemyndighet allerede behandler en sak, skal ESA innlede saksbehandling først etter å ha rådført seg med vedkommende konkurransemyndighet. Nasjonale domstoler på sin side må unngå å treffe avgjørelser i en sak hvor ESA har innledet formell etterforskning og har til hensikt å treffe vedtak. I slike tilfeller kan domstolene vurdere å utsette saken. Videre kan nasjonale konkurransemyndigheter utsette behandlingen av en sak eller avvise

en klage med den begrunnelse at en annen EFTA konkurransemyndighet behandler saken eller har fattet beslutning i saken.

Det må legges til grunn at en uavhengig klagenemnd som overprøver Konkurransetilsynets vedtak også vil være forpliktet til ikke å treffe avgjørelser i strid med avgjørelser truffet av ESA, uavhengig av hvilken modell som velges for etableringen av organet. Klageorganet bør også kunne stille saken i bero i påvente av vedtak fra ESA eller annen konkurransemyndighet. De øvrige bestemmelsene om saksallokering vil sannsynligvis ha liten praktisk betydning for klageorganets saksbehandling ettersom klageorganet vil komme inn i saken på et senere stadium i saksbehandlingen enn når saksallokeringen innen EFTA normalt foretas.

Nasjonale konkurransemyndigheter skal ved anvendelsen av artikkel 53 og 54 skriftlig orientere ESA før eller umiddelbart etter at de har iverksatt de første formelle undersøkelser i en sak. Dersom Konkurransetilsynet iverksetter en bevissikring med sikte på håndheving av disse reglene, vil dette altså utløse en plikt til å informere ESA. Videre skal nasjonale konkurransemyndigheter underrette ESA senest 30 dager før det treffes et vedtak om at en overtredelse skal bringes til opphør, at tilbud om avhjelpende tiltak skal godtas eller fordelen gitt ved et gruppeunntak skal trekkes tilbake. Dette skal sikre at ESA gis mulighet til å uttale seg før vedtak treffes i saken. I begge av de ovennevnte tilfellene kan opplysningene også gjøres tilgjengelige for konkurransemyndighetene i de andre EFTA landene. Videre skal EFTA landene oversende til ESA en kopi av alle avgjørelser fra nasjonale domstoler som involverer bruk av artikkel 53 og 54. Utover dette skal nasjonale konkurransemyndigheter kunne rådføre seg med ESA om anvendelsen av artikkel 53 og 54.

Dette vil medføre at klageorganet vil måtte notifisere til ESA minst 30 dager før avgjørelse treffes. Klageorganet bør også kunne ha mulighet til å rådføre seg med ESA om anvendelsen av artikkel 53 og 54. Reglene om bistand i etterforskningen vil derimot etter alt å dømme ha liten praktisk betydning for klagenemnda ettersom det er Konkurransetilsynet som skal bistå andre konkurransemyndigheter og ESA i deres etterforskning gjennom bevissikring. Det samme vil i stor grad gjelde reglene om utveksling av konfidensiell informasjon. Det bør imidlertid tas høyde for at også klageorganet kan ha behov for å utveksle konfidensiell informasjon med ESA eller andre nasjonale konkurransemyndigheter i EFTA landene. Reglene om rådgivende komité kan tenkes

å få betydning for klageorganet i den grad en sak som skal behandles av klageorganet fremmes for diskusjon i rådgivende komité.

3.3.4.3 ESA innleggsrett for domstolene

Etter Overvåknings- og domstolsavtalens protokoll 4 kapittel II artikkel 15 nr. 3 kan ESA, på eget initiativ, inngi innlegg om anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 eller 54 til en nasjonal domstol som er blitt anmodet om å anvende disse bestemmelsene. EØS-retten inneholder ikke egne prosessregler for slike innlegg, og det er nasjonale prosessregler som er avgjørende. De prosessuelle rammer bør uansett være i samsvar med effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet.

Det er ikke gitt at denne bestemmelsen også regulerer ESAs innleggsrett overfor nasjonale domstollignende organer som ikke regnes som domstoler i henhold til den nasjonale prosessretten, jf. punkt 3.3.5 nedenfor om slike organers adgang til å be EFTA-domstolen om rådgivende uttalelser. Det antas at ESA uansett vil ha adgang til å inngi innlegg til klageorganet om anvendelsen av EØS-konkurransereglene, enten på bakgrunn av reglene i artikkel 15 nr. 3 eller som et resultat av at klageorganet vil være en norsk konkurransemyndighet og således vil være underlagt en alminnelig samarbeidsforpliktelse i forhold til ESA.

3.3.5 Klageorganets status som en domstol etter Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 34

Beslutningsorganer som utgjør nasjonale domstoler i EØS-avtalens forstand, kan innhente råd fra EFTA-domstolen om tolkingen av EØS-avtalen, jf. Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 34. Ved vurderingen av om et uavhengig klageorgan for konkurransesaker kan benytte denne muligheten, må flere faktorer tas i betraktning. Blant disse er ifølge praksis fra EFTA-domstolen spørsmålet om klageorganet er opprettet ved lov, om det er en permanent ordning, om det har bindende avgjørelsesmyndighet, om det anvender rettsregler, om det er et uavhengig organ, og om saksbehandlingen er en partsprosess og tilsvarende ettergangen i ordinære domstoler. Det er EØS-avtalens kriterier som er avgjørende, ikke om lovgiver velger å betegne organet som en domstol eller et forvaltningsorgan. Så vel de vanlige domstoler som spesialdomstoler vil oppfylle disse vilkårene. Marknadsdomstolen i Sverige har anmodet EUDomstolen om uttalelse i flere saker. Det samme

har det norske Markedsrådet gjort i forhold til EFTA-domstolen. Organer som er en integrert del av staten og departementsstrukturen, vil derimot normalt ikke oppfylle disse vilkårene. Konkurransetilsynet er således høyst sannsynlig ikke tilstrekkelig uavhengig av staten og departementsstrukturen til å oppfylle kravet til uavhengighet. Prosessen for Konkurransetilsynet, og mest sannsynlig også Nærings- og fiskeridepartementet som klageorgan etter dagens ordning, vil dessuten neppe oppfylle kravet til en partsprosess som tilsvarende rettergangen for ordinære domstoler. I EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-1/11 av 15. desember 2011 ble det på den annen side lagt til grunn at Statens helsepersonellnemnd var en domstol i EØS-rettslig forstand.

Konkurranssek lag nemnda skal opprettes ved lov, vil ha en permanent karakter, skal treffe bindende avgjørelser og skal være uavhengig. Hva gjelder det siste kravet, blir vurderingstemaet om klageorganet opptrer som en tredjepart overfor det myndighetsorgan som fattet det påklagede vedtaket. Dersom saksbehandlingen baseres på en partsprosess som i ordinær rettergang, kan dette i seg selv bidra til å styrke klageorganets mulighet til å innhente råd fra EFTA-domstolen.

Avhengig av klageorganets endelige mandat og organisering kan et uavhengig klageorgan for konkurransesaker, på samme måte som for eksempel Statens helsepersonellnemnd, kunne bli ansett som en domstol etter Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 34. Et klageorgan vil i så fall ha kompetanse til å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse etter nevnte bestemmelse. Utvalget fant ikke behov for regulering av dette spørsmålet i loven som oppretter klagenemnda. Spørsmålet er allerede regulert i EØS-avtalen og ODA-avtalen og rettspraksis i tilknytning til disse reglene, og spørsmålet om Konkurranssek lag nemndas status som domstol må besvares ut fra en tolkning av disse kildene.

3.4 EMK

3.4.1 Innledning

Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og grunnleggende friheter (EMK) setter krav til organisering og saksbehandling også i saker etter konkurranselovgivning. EMK fastslår retten til en rettferdig rettergang innen rimelig tid, jf. artikkel 6 (1). De generelle grunnprinsippene i art. 6 (1) suppleres i artikkel 6 (2)-(3) med presisering av visse minimumsrettigheter i straffesaker. Bestemmelsene i

artikkel 6 (2) og (3) er ikke uttømmende, og suppleres blant annet av EMK Protokoll 7 artikkel 2, som gir krav på ankeadgang i straffesaker med mindre særlige unntak gjør seg gjeldende.

Ved lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) ble EMK og tilleggsprotokoller inkorporert i norsk lovgivning. I henhold til loven § 2 skal de inkorporerte konvensjonene gjelde som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge. Som påpekt av EFTA-domstolen i sak E-15/10 *Posten Norge v. ESA*, sak E-2/02 *Bellona* og sak E-3/11 *Sigmarsson*, inngår EMK artikkel 6 også som et generelt EØS-rettslig prinsipp.

Innledningsvis kan det slås fast at EMK ikke stiller krav om adgang til administrativ overprøving av Konkurransetilsynets avgjørelser. EMK stiller heller ikke krav om mulighet til treinstansbehandling av Konkurransetilsynets saker i domstolene, slik man i dag har. Med unntak for saker som er å anse som straff, vil adgangen til én overprøvingsinstans som tilfredsstillende kravene i EMK artikkel 6 om «a fair and public hearing [...] by an independent and impartial tribunal established by law» være tilstrekkelig. EMK krever imidlertid som hovedregel at det skal være adgang til toinstansbehandling i domstolsapparatet i straffesaker.

Uansett om departementet beholdes som klageorgan eller det opprettes et uavhengig administrativt overprøvingsorgan, krever EMK at det er adgang til overprøving av Konkurransetilsynets avgjørelser om overtredelsesgebyr i domstolene, ettersom disse vedtakene vil være å regne som straff i EMKs forstand. EMK har derfor særlig betydning i form av krav til domstolskontroll av disse administrative vedtakene.

Betydningen av EMK for håndhevelsen av konkurransereglene og overprøving av tilsynets vedtak er behandlet i NOU 2012: 7 Mer effektiv Konkurranselov kapittel 6.4.2.1.3 og i NOU 2003: 12 Ny konkurranselov. Disse vurderingene kan legges til grunn også ved behandlingen av de spørsmål som skal behandles i denne innstillingen.

Det kan legges til grunn at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven er å anse som straff etter EMK artikkel 6. Dette ble uttrykkelig slått fast av EMD 30. mai 1991 hva gjelder fransk rett i saken *Société Stenuit mot Frankrike*. Det er også forutsatt i *Jussila-dommen*, og synes allment akseptert.

Selv om noe er å anse som straff i relasjon til EMK artikkel 6, er det ikke nødvendigvis slik at det gjelder et absolutt krav om at sanksjonen må ilegges av en «independent and impartial tribunal». Det er på det rene at visse straffesaker kan

behandles av administrative myndigheter i første instans, forutsatt at avgjørelsen kan bringes inn for domstolene og domstolsprøvelsen tilfredsstillende kravene som utledes av artikkel 6. Når det gjelder spørsmålet om konkurranserettslige overtredelsesgebyr kan ilegges administrativt, har EMD i en dom avsagt 27. september 2011 i den såkalte Menarinisaken konkludert med at det italienske systemet med konkurranserettslige sanksjoner ikke er i strid med EMK artikkel 6 nr. 1.

Dommen fastslår at så lenge de nasjonale domstolene har kompetanse til å foreta en overprøving av konkurransemyndighetenes beslutning både hva gjelder faktum og rettsregler, vil foretakene som er ilagt sanksjoner ha et tilfredsstillende grunnlag for å kunne angripe beslutningen og dermed være sikret en rettfærdig rettergang.

I Rt. 2011 s. 910 (Tine-saken) premiss 51 har Høyesterett uttalt seg om domstolenes kompetanse ved overprøving av Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr. Høyesterett viser innledningsvis til at det i lovens forarbeider er lagt til grunn at rettens kompetanse tilsvarende departementets kompetanse som klageorgan i tradisjonelle forvaltningssaker. Høyesterett legger deretter til grunn at retten dermed kan «prøve både faktum, saksbehandling, rettsanvendelse og skjønn. Den kan fatte nytt vedtak dersom tilsynets vedtak er ugyldig, eller dersom den mener det ikke bør ilegges gebyr eller gebyrets størrelse bør endres.» Det norske systemet kan derfor anses å være i samsvar med artikkel 6 nr. 1 fastlagt i Menarinidommen.

Det følger også av EMDs dom av 23. november 2006 (Jussila) at sanksjoner som befinner seg innenfor kjerneområdet av det som tradisjonelt betraktes som straff («the hard core of criminal law»), ikke kan ilegges administrativt. Domstolen påpekte videre at praksis gradvis har utvidet begrepet «criminal charge» til å gjelde saker som ikke tilhører den tradisjonelle strafferetten. Domstolen avgrensar konkurranserettslige overtredelsesgebyrer mot «the hard core of criminal law».

EU-domstolen har dessuten i en nylig avsagt dom i den såkalte KME-saken konkludert med at Underrettens prøvelsesadgang av Kommisjonens beslutninger i bøtesaker verken er i strid med EU-retten eller EMK. EU-domstolen uttaler her at selv om Kommisjonen er gitt et vidt skjønn hva angår økonomiske vurderinger, har EU-domstolen i sin tidligere praksis slått fast at dette ikke innebærer at rettsinstansene i EU (dvs. Underretten og EU-domstolen) er avskåret fra å kontrollere Kommisjonens vurdering av opplysninger av økonomisk art. Videre viser EU-domstolen til at

selv om Underretten i flere tidligere saker har vist til Kommisjonens «vide skjønnsmargin» eller «skjønnsbeføyelse», har ikke dette hindret Underretten fra å utøve sin fulle prøvelsesrett både med hensyn til rettslige og faktiske omstendigheter. EU-domstolen slår fast at den legalitetskontrollen som skjer i henhold til TEUV artikkel 263, supplert med den fulle prøvelsesrett i forhold til gebyrets størrelse som følger av rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 31, ikke kan sies å være i strid med kravet om effektiv domstolsprøvelse som følger av charteret om grunnleggende rettigheter artikkel 47.

3.4.2 Hvilke av Konkurransetilsynets ulike vedtak og avgjørelser utgjør straff etter EMK?

Spørsmålet om en sanksjon skal anses som straff etter EMK artikkel 6 beror som nevnt etter EMDs praksis på en vurdering av tre kriterier: nasjonal klassifisering, lovbruddets karakter samt innholdet og alvoret av den sanksjon som det kan være aktuelt å ilegge.

Dersom det er ønskelig å gi nemnda en rolle med hensyn til ileggelse av gebyr for overtredelse av EØS-konkurranse-loven, må dette i utgangspunktet vurderes på samme måte som Konkurransetilsynets kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr etter konkurranse-loven, jf. også EFTA-domstolens vurdering av gebyr ilagt av ESA i sak E-15/10 Posten Norge v. ESA. Nemnda vil i tilfelle ilegge straff i EMKs forstand. Utvalget anser i utgangspunktet en slik ordning som forenlig med EMK, så lenge EMKs krav til domstolskontroll oppfylles enten av nemnda eller av de ordinære domstoler.

Vedtak om hel eller delvis lemping av overtredelsesgebyr etter konkurranse-loven § 30 og § 31 vil også forutsette både en skyldvurdering og utmåling av overtredelsesgebyr, og må slik utvalget oppfatter EMK-praksis således anses som vedtak om straff i EMKs forstand. Dette gjelder etter alt å dømme også for foretak som eventuelt innrømmes full lemping, det vil si fullt fritak fra det ilagte straffeansvaret.

Utvalget antar derimot at overtredelsessaker som løses ved hjelp av avhjelpende tiltak, jf. konkurranse-loven § 12 tredje ledd, ikke dekkes av reglene om straffesaker i EMK artikkel 6, ettersom avgjørelser som ikke forutsetter at det tas stilling til om siktede er skyldig eller utmåling av straff, faller utenfor bestemmelsene.

Ut fra en tilsvarende vurdering antar utvalget også at EMK-reglene relatert til straffesaker ikke

kommer til anvendelse i saker hvor tilsynet vedtar påbud om opphør, jf. konkurranseloven § 12. Også slike vedtak kan treffes uten at det er nødvendig for tilsynet å ta stilling til skyld eller straffutmåling. Derimot må det antas at et eventuelt overtredelsesgebyr ilagt som reaksjon på foretaksbrudd på vedtak om opphør, vil være straff i EMK forstand, jf. konkurranseloven § 29.

De samme hensyn tilsier at tilsynets vedtak om tvangsmulkt for å sikre etterlevelse av enkeltvedtak eller pålegg om opplysningsplikt ikke er å anse som straff i EMK forstand, i det heller ikke disse vedtakene krever vurdering av skyld fra foretakets side, jf. konkurranseloven § 28.

Konkurranseloven § 32 gir hjemmel for å anvende fengsel og bøter ved brudd på konkurranseloven § 10 samt ved ulike andre brudd på loven, eventuelt på vedtak eller pålegg i henhold til loven. Slike overtredelser er bare undergitt offentlig påtale når det foreligger påtalebegjæring fra Konkurransetilsynet eller det kreves av sterke allmenne hensyn. Konkurransetilsynets begjæring om offentlig påtale kan ikke anses som straff etter EMK. EMK krever med andre ord ikke at partene gis tilgang til overprøving av anmeldelsen som sådan i domstolene.

For oversiktens skyld slås det fast at tilsynets vedtak i fusjonssaker utvilsomt ikke er straff i EMKs forstand, enten partene melder en foretaks-sammenslutning til Konkurransetilsynet etter reglene om meldeplikt i konkurranseloven § 18, eller Konkurransetilsynet griper inn mot transaksjonen i saker hvor det ikke er meldeplikt, jf. konkurranseloven § 18 tredje ledd og inngrepsplikten slik den følger av § 16.

3.4.3 Vil EMK artikkel 6 gjelde ved domstols-behandling av de vedtakene som ikke anses som straff?

Minimumskravene i EMK art. 6 (1) gjelder ikke bare i saker om straffesiktelser, men også i «avgjørelse av borgerlige rettigheter og plikter». Det gjelder både det overordnede kravet om rettferdig rettergang og kravet om avgjørelse innen rimelig tid. Dette reiser spørsmålet om Konkurransetilsynets avgjørelser som ikke er vedtak om overtredelsesgebyr må anses som avgjørelse av borgerlige rettigheter (eller plikter).

Ifølge Domstolen må flere vilkår være oppfylt for at en sak skal dekkes av dette alternativet i artikkel 6. Utgangspunktet er at begrepet omfatter privatrettslige tvister, også når det offentlige er part i dem. Utenfor faller offentligrettslige tvister. I utgangspunktet er det derfor nærliggende å anta

at tilsynets vedtak og avgjørelser ikke dekkes av bestemmelsen. Saker om overprøving av tilsynets vedtak i slike saker, vil etter norsk terminologi betraktes som offentligrettslige tvister. Domstolen har imidlertid utvidet anvendelsesområdet til artikkel 6 vedrørende borgerlige rettskrav gjennom praksis, og den nærmere avgrensningen kan derfor være vanskelig. Avgjørelser som bare har indirekte og avledede virkninger for borgerlige rettigheter eller plikter, er ikke omfattet av bestemmelsen, da det etter praksis fra EMD er et krav om at avgjørelsen av tvisten er bestemmende for rettigheten.

3.4.4 Krav om tilgang til domstolene

Når en sak først gjelder et forhold som faller inn under artikkel 6 (1), foreligger det en krenkelse av konvensjonen hvis domstolskontroll er avskåret etter nasjonal rett. Er en avgjørelse som faller inn under av EMK artikkel 6 truffet administrativt, krever artikkel 6 som utgangspunkt at en etterfølgende domstol har full kompetanse, men etter omstendighetene innrømmes forvaltningen en viss skjønnsmessig myndighet, hvor det ikke er nødvendig med fullstendig domstolskontroll, jf. *Zumtobel v. Østerrike*, A 268-A (1993). Adgangen til domstolene kan begrenses, men ikke slik at det sentrale innhold i rettigheten svekkes. Begrensninger må ivareta et legitimt formål og det må være forholdsmessighet mellom mål og middel. Blant forhold som har blitt ansett å begrense adgang til domstolene, inngår uklare nasjonale rettsregler og korte tidsfrister for partenes rettslige skritt mot forvaltningsorganenes avgjørelser, manglende dokumentinnsyn og prohibitive krav om sikkerhetsstillelse.

Selv om EMK ikke krever at det opprettes ankeordninger for alle typer saker, må ankerett etableres for straffesaker, unntatt lovbrudd av liten betydning (minor character), lovbrudd hvor den førsteinstans som prøver saken er den høyeste domstolen for sakstypen (slik EFTA-domstolen er for ESAs avgjørelser) eller hvor en part domfelles etter å ha blitt frifunnet i en lavere rettsinstans, jf. EMK Protokoll 7 artikkel 2. EMK gir for straffesaker krav på «a fair and public hearing» i første instans og deretter på «review» av denne avgjørelsen i en høyere instans. Domstolen har også slått fast at stater som har appellinstanser, må sørge for at de fundamentale rettigheter i artikkel 6 kommer til anvendelse i disse instansene.

Dersom nemnda skal kunne ha full prøvelsesrett med hensyn til overtredelsesgebyr og øke

eller redusere gebyr tilsynet har ilagt, er det derfor to måter en nemndsløsning kan etableres på som begge vil kunne tilfredsstille kravene i EMK artikkel 6 og protokoll 7 artikkel 2.

Et første alternativ er at nemnda, både formelt og i sin praksis, tilfredsstiller de krav som EMK artikkel 6 stiller til et uavhengig og upartisk tribunal. Et andre alternativ er at nemnda opprettes som et (forvaltnings)organ som ikke trenger følge alle kravene EMK artikkel 6 stiller, men at nemndas avgjørelser kan overprøves i domstolene, jf. EFTA-domstolen i *Posten Norge v. ESA*, sak E-15/10, som angår ESAs vedtak om anvendelse av overtredelsesgebyr. I saker om straff i form av overtredelsesgebyr innebærer dette et krav om at domstolsavgjørelsene skal kunne ankes.

Utvalget la i utredningen til grunn at den uavhengige klagenemnda bør oppfylle kravene til et uavhengig og upartisk tribunal i EMKs forstand av to årsaker. For det første er det mulig at det vil være behov for dette hvis nemnda skal treffe vedtak om overtredelsesgebyr og søksmål om overprøving av vedtakene skal bringes direkte inn for lagmannsretten uten at prosessordningen i domstolene ellers justeres på noen måte. For det andre vil en slik løsning uavhengig av kravene i EMK innebære at nemndas avgjørelser sikres den tillit og legitimitet som opprettelsen av et nytt og uavhengig klageorgan har som hovedformål å ivareta.

Utvalget påpekte at dersom klagenemnda ikke oppfyller kravene til et uavhengig og upartisk tribunal i EMK vil dette ha betydning for flere av de løsninger som anbefales, blant annet i spørsmålet om forvaltningsklage som prosessforutsetning, og å la søksmål mot klagenemndas vedtak gå direkte for lagmannsretten.

På bakgrunn av praksis under EMK, har det utviklet seg en rekke prinsipper som utdyper hva kravene til rettferdig rettergang innebærer. Disse prinsippene stiller krav både til hvordan en nemnd må organiseres og hvilke saksbehandlingsregler den bør ha for å anses uavhengig og upartisk, og til hvordan kravene etterleves i den enkelte sak.

EMK Art. 6 (1) gir krav på avgjørelse av en domstol opprettet ved lov. Det er ifølge praksis klart at tradisjonelle domstoler kan oppfylle disse kravene, men også ulike typer nemnder, sammensatt for eksempel av leger og jurister, se *Le Compte, Van Leuven and de Meyere v. Belgia*, A 43 (1981); eller av praktiserende advokater, se *H v. Belgia*, A 127 (1987); eller av jurister, tjenestemenn eller legfolk – *Sramek v. Østerrike*, A 84 (1984). EMK krever imidlertid at «domstolen» som ilegger straff skal være uavhengig. Her ses

det hen til måten medlemmene utpekes på og deres funksjonstid, garantier mot press utenifra og om organet fremtrer som uavhengig. Dette medfører at en uavhengig klagenemnd som skal overprøve Konkurransetilsynets vedtak som dekkes av EMK artikkel 6 må settes med medlemmer som ikke tidligere har hatt befattning med saken gjennom arbeid i eller for Konkurransetilsynet.

Siktede har krav på rettferdig rettergang. Domstolen har ikke gitt noen abstrakt definisjon av dette prinsippet. Visse sider av prinsippet anvendelse i straffesaker følger av artikkel 6 (2) og (3). Praksis er rikholdig, og utvalget begrenser seg til å peke på hovedprinsippene som er av særlig relevans ved opprettelsen av en klagenemnd for overprøving av Konkurransetilsynets vedtak.

Partene må gis lik adgang til tilstedeværelse i overprøvingsinstansen, få tilgang til samme dokumenter og få adgang til å imøtegå den annen parts anførsler. Kravet om rettferdig rettergang stiller også krav til begrunnelsen for de avgjørelser som treffes, og avgjørelsesinstansen må foreta en skikkelig undersøkelse av partenes anførsler, argumenter og bevis så langt de rekker. Prinsippet innebærer det også et vern mot selvkriminering.

Rettergangen skal som utgangspunkt være offentlig, men kravet er ikke ubetinget. Dersom det ikke er behov for vitneavhør, eller fremleggelse av argumenter i møter, er skriftlig behandling akseptert.

Et utslag av offentlighetsprinsippet er at dommer skal avsies offentlig. Dette kravet har imidlertid i praksis blitt tolket innskrenkende, og det antas å være tilstrekkelig at allmennheten kan få kopi av dommene, samt at de viktigste avgjørelser senere blir publisert i en offentlig domssamling.

EMK artikkel 6 (3) bokstav b krever at siktede gis tilstrekkelig tid og muligheter for sitt forsvar. Dersom klagenemnda gis kompetanse til å overprøve tilsynets vedtak om overtredelsesgebyr eller eventuelle andre vedtak som dekkes av EMK artikkel 6, må derfor klagefristen ikke være for kort.

Artikkel 6 (3) bokstav c konkretiserer siktedes rett til forsvar på tre punkter: rett til å forsvare seg personlig, rett til forsvarer og til å motta forsvarerbistand uten omkostninger, hvis dette kreves i rettferdighetens interesse. Kravet på dekning av omkostningene ved bruk av forsvarer er nokså betinget. Vilklårene for fri rettshjelp er ubemidlet og at det er nødvendig «i rettferdighetens interesse». Det siste kriteriet beror på en konkret vurdering som blant annet omfatter hvor alvorlig og vanskelig saken er og klagerens personlige

situasjon. Ved anvendelse av overtredelsesgebyr etter konkurranselovlovgivningen har lovgiver, etter gjeldende rett, valgt å basere seg på tvistelovens regler om fordeling av saksomkostninger. Der som overtredelsesgebyr skal behandles i nemnda vil spørsmålet om dekning av saksomkostninger i saker hvor nemndas avgjørelse går i klagers favør bli regulert av forvaltningsloven § 36, slik som i saker som behandles i departementet etter gjeldende rett.

Artikkel 6 (3) bokstav d gir rett til å få avhørt vitner i saken. Heller ikke denne rettigheten er ubetinget. Som utgangspunkt er det opp til de nasjonale domstoler å vurdere fremlagte bevis, samt betydningen av bevis tilbudt av tiltalte. Likeledes er det i første rekke opp til domstolene å bestemme om det er hensiktsmessig å innkalle vitner. Etter bestemmelsen er det ikke nødvendig å innkalle og avhøre ethvert vitne tiltalte krever; det sentrale er å sikre likestillingen mellom partene. Også høring av sakkyndige og medtiltalte kan omfattes av bestemmelsen. Bestemmelsen har særlig vært anvendt i forbindelse med opplesning av politiforklaringer. Slik opplesning er ikke i seg selv i strid med konvensjonen, men bruken av slike forklaringer må ta hensyn til tiltaltes rettigheter. Det kan legges til grunn at bestemmelsen må anvendes tilsvarende på Konkurransetilsynets forklaringsopptak i saker om overtredelsesgebyr.

3.4.5 Kravet om avgjørelse innen rimelig tid

De fleste krenkelser av artikkel 6 skyldes at saken ikke er avgjort «innen rimelig tid». Kravet gjelder både sivile saker og straffesaker. Dersom en uavhengig klagenemnd skal treffe avgjørelser som

dekkes av EMK artikkel 6, f.eks. ved å overprøve overtredelsesgebyr ilagt av Konkurransetilsynet, må organet gis tilstrekkelige ressurser til å oppfylle fremdriftskravene i EMK. Ved vurderingen av det samlede antall overprøvningsmuligheter som etableres, bør det også tas hensyn til den totale tidsrammen før partene kan vente å ha en rettskraftig dom.

Ved bedømmelsen av om saken er avgjort innen rimelig tid, har EMD utviklet kriterier som stort sett er likeartede i sivile saker og straffesaker. Det legges vekt på sakens rettslige og faktiske kompleksitet, samt klagerens og myndighetenes opptreden.

Den faktiske siden av denne problemstillingen vil derimot antakelig være ulik i saker om straff (overtredelsesgebyr) og andre saker tilsynet behandler, som f.eks. fusjonskontroll. Utvalget tar som nevnt ikke stilling til om fusjonskontroll i henhold til dagens praksis dekkes av EMK artikkel 6. For alle praktiske formål kan det slik rettspraksis er i dag være forsvarlig å konstatere at både forvaltningsprosessen og partene i fusjonsaker bidrar til rask saksbehandling, samtidig som det foreløpig ikke har blitt tatt ut søksmål i Norge for overprøving av konkurransemyndighetenes vedtak i fusjonssaker.

Hva overtredelsesgebyr angår, er bildet annerledes. I slike saker går Konkurransetilsynets saksbehandling i de fleste saker over år, overprøving i domstolsapparatet er vanlig og behandlingen i rettsapparatet vil gjerne ta år. Det må derfor tas hensyn til kravet i artikkel 6 om avgjørelse «innen rimelig tid» ved opprettelsen av klagenemnda og allokeringen av ressurser til denne slik at kravet kan overholdes.

4 Valg av overprøvningsmodell for konkurransesaker

4.1 Gjeldende rett

Konkurranselovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Det er Konkurransetilsynet som har ansvar for å føre tilsyn med konkurransen i de ulike markeder, jf. § 9. Konkurransetilsynets viktigste oppgaver i denne forbindelse er å vurdere inngrep mot foretakssammenslutninger (fusjoner og oppkjøp), jf. konkurranse loven § 16 og kontrollere at lovens forbud og påbud overholdes, blant annet ved å gripe inn mot konkurransebegrensende avtaler i strid med § 10 og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling etter § 11.

Når Konkurransetilsynet fatter enkeltvedtak, kan disse overprøves ved forvaltningsklage. Videre foreligger det som hovedregel klagerett når partsinnsyn eller offentlig innsyn avslås. I tillegg kan pålegg om å gi opplysninger etter konkurranse loven § 24 påklages, jf. forvaltningsloven § 14. Utgangspunktet ved klagesaksbehandlingen er at reglene i forvaltningsloven kommer til anvendelse. Det er gitt enkelte særregler i konkurranse loven som avviker fra forvaltningsloven. Klagesakene behandles av Nærings- og fiskeridepartementet som overordnet forvaltningsorgan.

Konkurranseloven § 29 gir Konkurransetilsynet hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr for visse brudd på konkurranse loven. Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages til departementet, men overprøves av domstolene. Det samme gjelder vedtak om partsinnsyn i overtredelsessaker. For disse sakene gjelder i utgangspunktet tvisteloven, men konkurranse loven inneholder noen særlige regler for domstolens prøving av vedtak om overtredelsesgebyr.

Konkurransetilsynets vedtak i forbudssaker og inngrepsvedtak i fusjonssaker kan også overprøves av Kongen i statsråd, se konkurranse loven §§ 13 og 21 i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning. I slike tilfeller kan Kongen i statsråd tillate atferd i strid med forbudene i §§ 10 eller 11, gi pålegg eller omgjøre Konkurransetilsynets vedtak etter § 12 første ledd eller tillate en foretakssammenslutning eller et erverv av andeler som Konkurransetilsynet har grepet inn

mot etter §§ 16 og 16 a. Kongen i statsråd kan også vedta inngrep mot en foretakssammenslutning, samt pålegge meldeplikt i medhold av § 18.

4.2 Konkurransetilsynets avgjørelser som ikke utløser klagerett

Konkurransetilsynet treffer også en del avgjørelser som ikke kan påklages. Dette gjelder avgjørelser av spørsmål om unntak fra gjennomføringsforbudet etter konkurranse loven § 19 annet ledd. Dersom tilsynet mottar en anmodning om å gjøre unntak fra gjennomføringsforbudet, kan tilsynet avslå dette uten noen nærmere begrunnelse og uten at partene kan klage over beslutningen. Det samme gjelder Konkurransetilsynets avgjørelser om ikke å treffe vedtak etter henvendelse om mulig overtredelse. Når Konkurransetilsynet mottar en henvendelse om mulig overtredelse, vil tilsynet gjøre en vurdering av i hvilken grad det skal iverksettes videre undersøkelser. Spørsmålet om prioritering av tilsynets ressurser er relevant i denne forbindelse. Det foreligger ikke klagerett på tilsynets avgjørelse om ikke å gå videre med en sak. Slik klagerett fulgte tidligere av konkurranse loven § 12 tredje ledd, men bestemmelsen ble endret 1. januar 2014 slik at det ikke lenger foreligger klagerett. For øvrig er det ikke etter gjeldende rett klageadgang på Konkurransetilsynets avgjørelser om ikke å godta tilbud om avhjelpende tiltak, Konkurransetilsynets begjæring om bevisikring, og Konkurransetilsynets påpekning til andre myndighetsorganer om konkurranseregulerende virkning av offentlige tiltak, jf. konkurranse loven § 9 første ledd e).

4.3 Utvalgets forslag

Utvalget ble i mandatet bedt om å utarbeide forslag til konkrete løsninger for etablering av et uavhengig klageorgan for konkurransesaker. Utvalget ble også bedt om å vurdere om klagekompetansen i konkurransesaker bør legges til Markedsrådet.

Utvalget har valgt å belyse valgene som må tas ved utformingen av klageordningen for konkurransesaker ved å beskrive fem mulige modeller for klagesaksbehandlingen. Mandatet lot utvalget stå fritt til å utrede spørsmål som det selv finner hensiktsmessig og nødvendig. Utvalget har på denne bakgrunn, i tillegg til tre klagenemndsmodeller, inkludert to modeller som ikke medfører at det opprettes en klagenemnd for konkurransesaker. Felles for samtlige modeller er at utvalget anbefaler å oppheve adgangen til omgjøring av Kongen i statsråd etter konkurranseloven §§ 13 og 21.

Bakgrunnen for at utvalget valgte å utrede også modeller som ikke medfører opprettelse av en klagenemnd, er at utformingen av en klageordning reiser visse utfordringer og at de forskjellige overprøvningsmodellene møter disse utfordringene på forskjellig vis. Utvalget ønsket derfor å gi et bredest mulig avgjørelsesgrunnlag for valget.

Det gis her kun en kort beskrivelse av de enkelte modeller som utvalget har oppstilt, og begrunnelsen for og innsigelsene mot den enkelte modell. For en nærmere redegjørelse for de enkelte modellene henvises det til kapittel 7 i utvalgets innstilling. Innstillingen gir i tillegg en nærmere beskrivelse av hvilke fellestrekk de enkelte modellene har med ordningen i andre land og i EU/EØS og om den har vært vurdert av tidligere lovutvalg.

Modell 1 går i korthet ut på at klagenemnda skal behandle de klagesakene som i dag behandles av departementet. Dette medfører at nemnda skal behandle klager i saker om foretakssammenlutninger, om pålegg om opphør av overtredelser, pålegg om opplysningsplikt og krav om innsyn (unntatt i saker under etterforskning for brudd på forbudsbestemmelsene). Modellen vil innebære at vedtak om overtredelsesgebyr samt avslag på partsinnsyn i overtredelsessaker forblir gjenstand for overprøving av domstolen, på tilsvarende måte som etter gjeldende rett.

Utvalget har vurdert om saker om innsyn bør behandles av departementet eller en uavhengig klagenemnd. Fordi det ofte vil være nær tilknytning mellom det prosessuelle innsynsspørsmålet og selve realiteten i saken taler hensynet til effektivitet for at nemnda også håndterer innsynsspørsmål i disse sakene. Den enkleste og mest effektive løsningen er at innsynsspørsmål behandles av samme organ enten det er krav om partsinnsyn eller offentlig innsyn. Utvalget foreslår derfor at nemnda også skal være klageinstans for Konkurransetilsynets avslag på offentlig innsyn.

Klagebehandling av eventuelle vedtak etter pristiltaksloven bør imidlertid fremdeles håndteres av departementet, ettersom disse avgjørelsene i mindre grad er basert på rettslige vurderinger.

Modellen er i samsvar utvalgets mandat, og innebærer at det opprettes et uavhengig klageorgan.

Et vesentlig spørsmål for utvalget er imidlertid hvordan nemnda vil fungere i praksis. Utvalget mener det er viktig at Konkurransesklagemennda blir etablert med kompetente medlemmer, fortrinnsvis i faste stillinger, slik at den kan håndtere klagesakene raskt og effektivt. For å rekruttere kompetente nemndsmedlemmer og medarbeidere til sekretariatet, vil det være en forutsetning at klagenemnda har en tilstrekkelig saksmengde, noe som utvalget anser som lite sannsynlig dersom denne løsningen velges.

Utvalgets modell 2 innebærer en utvidelse av modell 1. I tillegg til å behandle de klager departementet i dag behandler, vil klageorganet etter denne modellen gis kompetanse til å overprøve Konkurransetilsynets vedtak i de to sakstypene der overprøving etter gjeldende rett ligger til domstolen; vedtak om overtredelsesgebyr og avgjørelser av krav om partsinnsyn i overtredelsessaker som fortsatt er under etterforskning.

Utvalget legger som nevnt til grunn at vedtak om overtredelsesgebyr utgjør straff etter EMK, og tar dette med i vurderingen av hvordan modellen utformes. Modell 2 utgjør et konkret forslag om et uavhengig klageorgan slik mandatet forutsetter. På samme måte som modell 1 bidrar den derfor også prinsipielt sett til å svare på departementets bestilling om å styrke Konkurransetilsynets selvstendighet som myndighetsorgan. Konkurransetilsynets vedtakskompetanse blir den samme, mens tilsynets uavhengighet fra politisk overstyring gjennom forvaltningsklage ivaretas ved modell 2 slik som ved modell 1.

Utvalget legger til grunn at klagenemndas saksmengde over tid vil bli større ved modell 2 enn ved modell 1, og gi grunnlag for ansettelse av nemndsmedlemmer og sekretariat i en høyere stillingsandel. Utvalget mener at antagelsens holdbarhet beror på hvorvidt klagenemnda fungerer så godt at partene velger å benytte den forvaltningsrettslige klageadgangen, eventuelt hvorvidt uttømt bruk av klageretten gjøres til en søksmålsbetingelse.

Uansett hvilken løsning lovgiver velger med hensyn til dette, antar utvalget at modell 2 gir grunnlag for noe flere saker til nemnda enn modell 1, og således også et bedre grunnlag for rekruttering, kompetanseutvikling og spesialisering.

ring. Bredere sakstilfang i nemnda kan gi bedre avgjørelser og bedre legitimitet knyttet til disse.

Utvalget anser at hensynet til rettsikkerhet og kvalitet i avgjørelsene må prioriteres høyt, uavhengig av om modell 1 eller modell 2 velges. Dersom modell 2 velges, settes klagenemnda i stand til å tilby tilsvarende rettsikkerhetsgarantier som domstolene til foretak som ønsker overprøvelse av overtredelsesgebyr eller partsinnsyn i dokumenter i tilsynets besittelse mens de er under etterforskning.

Modell 3 innebærer at Konkurransesklagemennda i tillegg til å være et uavhengig klageorgan, får overført vedtakskompetanse som i dag ligger hos Konkurransetilsynet. Etter modell 3 skal vedtakskompetansen i fusjonssaker samt vedtak om gebyr og pålegg om opphør i overtredelsessaker legges til Konkurransesklagemennda etter et system hvor Konkurransetilsynet i disse sakene fremmer en innstilling til vedtak som må bringes inn for nemnda for avgjørelse dersom partene ikke aksepterer tilsynets innstilling. Konkurransesklagemenndas avgjørelser vil deretter kunne være gjenstand for ordinær domstolskontroll etter tvistelovens regler.

Mindretallet i utvalget som foretrakk modell 3 argumenterte for at å la Konkurransetilsynet forberede en sak, mens nemnda treffer avgjørelsen, vil styrke partenes rettsikkerhet og avgjørelsens legitimitet. Et tilleggsargument er at denne løsningen også kan bidra til å sikre et tilstrekkelig stort sakstilfang til nemnda.

De to siste modellene medfører at det ikke opprettes en klagenemnd for konkurransesaker. Etter modell 4 skal klager over Konkurransetilsynets vedtak som i dag behandles i departementet, behandles i domstolene, slik som saker om overtredelsesgebyr og innsyn i overtredelsessaker etter gjeldende rett. Ordningen medfører en oppheving av adgangen til forvaltningsklage. Modell 5 derimot medfører at ordningen med klagebehandling i departementet beholdes slik som etter gjeldende rett, men slik at adgangen til politisk overprøving oppheves slik som etter de øvrige modellene.

Utvalget er delt i synet på hvilken av modellene som er å foretrekke. Flertallet går imidlertid inn for modell 2 fremfor modell 1. Flertallets begrunnelse er i korte trekk at denne løsningen vil ivareta kravene til kvalitet, effektivitet og rettsikkerhet, samtidig som den gir en rimelig balanse mellom ressursbruk og sakstilgang. En forutsetning for løsningen er at nemnda tilfredsstiller de krav EMK stiller til en uavhengig og upartisk domstol. Et mindretall, bestående av

utvalgsleder, fraråder denne løsningen og anbefaler at dersom det skal opprettes en uavhengig klagenemnd for konkurransesaker, så bør denne baseres på utvalgets modell 3.

Dersom det opprettes en klagenemnd etter modell 1 eller 2, går et samlet utvalg inn for at det etableres en ordning hvor overprøving av nemndas vedtak går direkte til lagmannsretten. Dette medfører at behandling i klagenemnda erstatter behandling i tingretten. Dette vil kunne medføre at saksbehandlingstiden kortes ned dersom klagenemnda berammer korte møter, i motsetning til en hovedforhandling i retten som i konkurransesaker gjerne går over flere uker. Tre medlemmer anbefaler også at dersom det opprettes en nemnd etter modell 1 eller 2, så bør klage til nemnda være en prosessforutsetning. Begrunnelsen er at nemndsbehandling bidrar til å sikre spesialisert prøving av sakene før en eventuell domstolsbehandling, samt at det bidrar til å sikre nemnda et tilstrekkelig sakstilfang. De øvrige tre medlemmene mener derimot at det bør være opp til partene å velge mellom behandling i nemnd eller domstol.

Dersom det ikke vurderes å opprette en uavhengig klagenemnd for konkurransesaker, anbefaler et medlem av nemnda en løsning basert på modell 4, hvor det ikke opprettes noe eget klageorgan, men hvor ordningen med forvaltningsklage på materielle vedtak oppheves og kun overprøves i domstolene slik som ordningen er for overtredelsesgebyr i dag. Et flertall på tre medlemmer anbefaler under denne forutsetningen at dagens klageordning beholdes. Siden samtlige modeller medfører at adgangen til overprøving ved Kongen i statsråd oppheves, vil denne løsningen medføre en større politisk uavhengighet.

Utvalget er enstemmig i at Markedsrådet slik det er organisert i dag, ikke er egnet som klageorgan for konkurransesaker. Bakgrunnen for dette er at etter utvalgets oppfatning har Markedsrådets medlemmer samlet sett ikke den nødvendige kompetansen som er nødvendig for behandlingen av omfattende konkurranserettslige saker. Medlemmene i Markedsrådet kan heller ikke forventes å kunne sette av tid til å behandle materielle konkurransesaker, i tillegg til fulltids arbeid. Markedsrådet har også langt flere medlemmer enn det som er hensiktsmessig ved behandling av konkurransesaker. Det må derfor gjøres omfattende endringer i Markedsrådets rettslige rammeverk, organisering og sammensetning for at det skal kunne løse oppgavene til en klagenemnd for konkurransesaker. Derimot vil et felles sekreta-

riat kunne gi en større effektiviseringsgevinst, i hvert fall på kort sikt. Et felles sekretariat, med flere ansatte, vil være mindre sårbart og mer fleksibelt. Mange av de administrative oppgavene vil også være sammenfallende for ulike klagenemnder. Et felles sekretariat for Konkurransklagenemnda, Markedsrådet og andre nemnder fremstår derfor som en god løsning.

4.4 Høringsinstansene

Av 88 høringsinstanser som fikk tilsendt høringsen, har 15 uttalt seg om realitetene i innstillingen. De fleste av disse har konsentrert seg om valg av modell for Konkurransklagenemnda.

Konkurransetilsynet, Arbeidsgiverforeningen Spekter, Finans Norge og NHO støtter utvalgsløstallets anbefaling av modell 2 som utgangspunkt for organiseringen av en klagenemnd for konkurransesaker. Domstolsadministrasjonen og Samferdselsdepartementet mener også at modell 2 er et egnet utgangspunkt for utformingen av nemnda, uten direkte å uttale seg om avveiningen i forhold til de øvrige alternativer i utredningen.

Konkurransetilsynet begrunner sitt standpunkt til støtte for modell 2 med at dette er den av modellene som i størst grad oppfyller utvalgets mandat og målsetningen i regjeringserklæringen om å styrke Konkurransetilsynet som selvstendig myndighetsorgan, fjerne departementets rolle som ankeinstans samt oppheve adgangen til overprøving ved Kongen i statsråd. Modellen vil også bidra til økt legitimitet for en politisk uavhengig klagebehandling. Konkurransetilsynet er videre av den oppfatning at modellen sikrer en spesialisert og enhetlig klagebehandling da alle klager vil bli behandlet av samme organ. Dette vil bidra til forutberegnelighet og rettsikkerhet for de berørte parter. Den anbefalte modellen innebærer videre at klagenemnda får et større sakstilfang enn hva som er tilfellet ved modell 1. Et høyere antall saker vil i større grad kunne forsvare oppbygging av en stabil organisasjon med faste ansatte i nemnda. Dette vil kunne gi bedre grunnlag for rekruttering, kompetanseutvikling og spesialisering. Det samme vil gjelde for sekretariatsfunksjonen. På denne bakgrunn støtter Konkurransetilsynet flertallets forslag til valg av modell 2, og slutter seg i hovedsak til flertallets begrunnelser.

Alternativt kan Konkurransetilsynet gi sin tilslutning til modell 1, da tilsynet er av den oppfatning at også modell 1 i stor grad oppfyller de grunnleggende hensynene som bør ivaretas ved

opprettelsen av et konkurranseklageorgan; hensynet til uavhengighet, rettsikkerhet, legitimitet, hensynet til tilgang på relevant fagkompetanse og hensynet til prosessøkonomi. Valg av modell 1 vil imidlertid føre til redusert saksmengde og ikke et tilsvarende behov for en fast organisasjon i klagenemnda sammenlignet med valg av modell 2.

Arbeidsgiverforeningen Spekter begrunner sin støtte til modell 2 med at denne modellen vil sikre en spesialisert, uavhengig og enhetlig klagebehandling i alle saker, og ikke slik som i dag hvor det er ulike løp for Konkurransetilsynets vedtak alt etter vedtakets innhold.

Finans Norge støtter opprettelsen av et klageorgan for konkurransesaker for å styrke uavhengigheten på konkurranserettsens område. Finans Norge er enig med utvalget i at Markedsrådet, slik det i dag er utformet, ikke er egnet som klageorgan for konkurransesaker. Finans Norge anser at praktiske hensyn tilsier at nemnda også gis kompetanse i saker om overtredelsesgebyr, da det ikke vil være hensiktsmessig med hensyn til sakstilfang å opprette en nemnd som ikke kan overprøve samtlige av tilsynets vedtak.

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) skriver at de i en årrekke har argumentert for opprettelsen av en uavhengig klagebehandling av Konkurransetilsynets vedtak. NHO støtter i det vesentligste modell 2 fordi den sikrer en spesialisert, uavhengig og enhetlig klagebehandling i alle saker. NHO anser at dersom det opprettes en klagenemnd for konkurransesaker, bør denne ha kompetanse til å behandle samtlige av Konkurransetilsynets vedtak for å oppnå tilstrekkelig sakstilfang, tiltrekke seg nødvendig kompetanse samt bidra til utvikling av kompetansen og videre spesialisering. NHO mener at denne løsningen svarer best på utfordringene ved dagens ordning. NHO er videre enig i at saker som er behandlet i klagenemnda kan bringes direkte inn for lagmannsretten. NHO anser at sakene bør allokere til en utvalgt lagmannsrett, for eksempel Borgarting eller Eidsivating. NHO støtter imidlertid ikke at klagenemndsbehandling gjøres til en prosessforutsetning, men at den enkelte klager må avgjøre om vedkommende ønsker å benytte seg av klagenemnda eller ta saken direkte til domstolene. I så fall er NHO enig i at saken må gå for tingretten, fortrinnsvis ved Oslo tingrett, for å oppnå størst mulig grad av spesialisering.

Advokatforeningen ønsker at en nemnd for konkurransesaker skal bygge på modell 3, det vil si at nemnda, ikke Konkurransetilsynet, treffer førsteinstansvedtak i de viktigste materielle sakene. Bakgrunnen for dette er at denne løsnin-

gen etter Advokatforeningens syn best ivaretar hensynet til partenes rettssikkerhet og avgjørelseslegitimitet. Modellen bidrar til å skille etterforsknings- og saksforberedelseskompetansen fra vedtakskompetansen og sørger for at de viktigste sakene avgjøres av et uavhengig organ med full kontradiksjon og åpenhet allerede i første instans. Advokatforeningen er ikke enig i at modell 3 vil svekke Konkurransetilsynets stilling i norsk konkurransepolitikk, og viser til at løsningen har betydelige likheter med ordningene i våre nærmeste naboland. Advokatforeningen støtter ikke flertallets forslag om en løsning basert på modell 2 da ileggelse av overtredelsesgebyr regnes som straff etter EMK, og en løsning med tvungen behandling for nemnda kombinert med at søksmål skal gå direkte for lagmannsretten vil være problematisk i forhold til EMK protokoll 7. Advokatforeningens syn er at det ikke bør legges vekt på at modell 2 vil føre til at nemnda får flere saker til behandling, men at det avgjørende bør være om nemndsbehandling vil være en forbedring i forhold til dagens ordning med klagebehandling i departementet. Dersom foreningens primære ønske om en ordning basert på modell 3 ikke blir gjennomført, ønsker den heller at dagens ordning videreføres fremfor en nemndløsning som skissert i modell 2.

Regjeringsadvokaten mener at det ikke er fremmet tilstrekkelig sterke grunner for å endre dagens klageordning, og støtter derfor ikke opprettelsen av en klagenemnd. Regjeringsadvokatens syn er at den tradisjonelle organiseringen av klageordning og domstolsprøving i Norge er velprøvd og gjennomgående velfungerende. Erfaring viser at ordninger med uavhengige klageorganer reiser en rekke spørsmål, og at en bør foreta en kritisk vurdering før det opprettes slike organer på nye områder. En slik vurdering bør ikke foretas løst for det enkelte saksfelt, men bør ses i sammenheng med vurderinger knyttet til uavhengige nemnder og særdomstoler på andre områder. Basert på utvalgets utredning synes det tvilsomt om sakstilfanget til en uavhengig klagenemnd på konkurranseområdet vil være tilstrekkelig stort og stabilt til å danne grunnlag for en nemnd som oppfyller de krav som må stilles til den, i form av kompetanse for nemndas medlemmer, effektivitet i nemndas arbeid og videreutvikling av faglig kompetanse. Regjeringsadvokaten anser på denne bakgrunn, og siden det ikke synes å være svakheter av betydning ved dagens ordning, at det ikke er tilstrekkelig sterke grunner til å endre systemet såpass dramatisk som innføringen av en nemnd vil innebære.

Landbruks- og matdepartementet er også av den oppfatning at dagens klageordning bør opprettholdes. Departementet viser til utvalgets innstilling og mener at det ikke vil være hensiktsmessig å opprette et eget forvaltningsklageorgan med et så begrenset forventet sakstilfang. Det vises videre til at de ressurser som må til for å opprette og drive en klagenemnd, ikke vil stå i forhold til det som oppnås, og at det er avgjørende for at klagenemnda skal fungere etter hensikten, at man må få knyttet de rette personene til nemnda. Fagmiljøet på dette feltet i Norge teller imidlertid få personer. Fagdepartementet i konkurransesaker har imidlertid god kompetanse og kontinuitet knyttet til bred sakstilgang.

Norges Bondelag og Norsk Landbrukssamvirke uttaler seg ikke direkte om valg av modell, men finner å kunne støtte opprettelsen av en uavhengig klagenemnd, men synes å anta at departementet skal være klageinstans for nemndas avgjørelser. Disse instansene er imidlertid opptatt av at adgangen til omgjøring ved Kongen i statsråd bør beholdes for å sikre hensynet til andre samfunnsmessige mål enn konkurranse.

Norges Bondelag fremhever at det er viktig at enkeltpersoner og bedrifter ikke får begrenset sin rett og mulighet til å prøve forvaltningsvedtak i det ordinære rettssystemet. På basis av dette er Norges Bondelag enig i at den første klageinstansen kan flyttes fra departementet til en nemnd som har fått delegert oppgaven. Det forutsetter en høy kompetanse for de faglige vurderinger som nemnda skal foreta. Eventuell klage på nemndas vedtak eller avgjørelser skal behandles av departementet. Norges Bondelag mener det er viktig å beholde adgangen til politisk overprøving av vedtak i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning. Dette kan ivaretas ved å opprettholde muligheten til omgjøring etter forvaltningslovens § 35. Erfaringen viser at denne muligheten unntaksvis benyttes, og vedtakene har vært viktige for å oppnå samfunnsøkonomisk gode løsninger. De mener at en videreføring av denne muligheten er et nødvendig element i balansen mellom fag og politikk. I enkelte situasjoner vil det kunne være målkonflikt mellom det som ligger til grunn for konkurranselovgivningen og annen lovgivning. Det er en politisk oppgave å avveie slike interessekonflikter.

Norsk Landbrukssamvirke er også opptatt av å beholde muligheten til politisk overprøving og begrunner dette med at konkurranse ikke er et selvstendig mål, men et virkemiddel for samfunnet. Det er derfor viktig at konkurransepolitikken og utøvelsen av denne er rettet inn mot samfun-

nets overordnede mål. Dette innebærer etter Landbrukssamvirkets syn at grensegangen mellom konkurransefaglige og politiske vurderinger ikke er så entydig som mandatet for utvalget og utvalgets egne vurderinger gir inntrykk av, og at viktige samfunnsmessige mål må kunne gå foran konkurranse også i enkeltsaker. Norsk Landbrukssamvirke er derfor uenig i forslaget om å oppheve adgangen til politisk overprøving. Erfaringen viser at adgangen benyttes svært sjelden, men samvirket anser at den likevel er et viktig element i balansen mellom fag og politikk.

Forbrukerombudet og *Advokatfirmaet Harris* støtter en ordning hvor forvaltningsklage blir erstattet av en ren domstolskontroll, slik som ordningen er for vedtak om overtredelsesgebyr etter gjeldende rett.

Forbrukerombudet begrunner sitt standpunkt med at det er betydelige usikkerhetsmomenter knyttet til opprettelse av en eventuell klagenemnd, slik utvalget foreslår. Det må i særlig grad vurderes om en løsning med nemnd vil sikre kvalitativt bedre, eller en minst like god behandling av sakene enn dersom de går for domstolene. Det kan også stilles spørsmål ved hvorvidt det er samfunnsøkonomisk forsvarlig å bruke relativt store ressurser på å etablere og drifte enda en ny statlig nemnd. Dersom man velger å opprette en nemnd, bør i så fall flere andre klagenemnder slås sammen med denne. Det bør også opprettes et felles sekretariat og vedtas felles regler for saksbehandling. *Forbrukerombudet* understreker også viktigheten av at Konkurransetilsynet fortsetter å ha primær vedtakskompetanse i alle saker. Dersom behandlingen av klager på vedtak fra Konkurransetilsynet legges til en nemnd, foreslår *Forbrukerombudet* at Konkurransetilsynet bør ha søksmålsadgang, slik at tilsynet har samme mulighet som næringsdrivende til å bringe vedtak de er uenig i inn for domstolene.

Forbrukerombudet støtter ikke forslaget fra utvalgets flertall om at saker om overtredelsesgebyr bør behandles av nemnda, fordi disse sakene i stor grad dreier seg om faktum og vurdering av utvist skyld. Dette er vurderingstemaer som domstolene har meget bred erfaring med, og hvor reglene i sivilprosessen vil kunne sikre en mer hensiktsmessig og betryggende behandling enn en behandling etter reglene i forvaltningsloven. *Forbrukerombudet* anser at sannsynligheten er størst for få den kvalitativt beste behandlingen av konkurranse sakene dersom man velger modell 4 med prøving av sakene for de ordinære domstolene, med tvungent verneing i Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett. Det vises i den forbin-

delse til utvalgets innstilling om at konkurranse retten er basert på konkret rettsanvendelse. Dette medfører etter ombudets syn at de ordinære domstolene vil være godt egnet til å behandle disse sakene.

Advokatfirmaet Harris' hovedsynspunkt er at det ikke bør opprettes en klagenemnd for konkurranse saker og at overprøving av Konkurransetilsynets vedtak kun foretas av domstolene. Det vil si en løsning etter modell 4. Begrunnelsen er at det vil være disproportjonalt å opprette en klagenemnd med et så lite forventet sakstilfang. Hvorvidt en klagenemndsbehandling vil være raskere enn en domstolsbehandling, vil bero på hvordan en domstols- eller nemndsløsning vil fungere. Uansett vil hurtigheten oppnås til en høy pris. Harris skriver at det er nokså spesielt å se behandlingsformen for meget store og viktige saker bero på en persons, nemndsleders, hensiktsmessighetsvurdering. Det er også betenkelig at flertallet tilsynelatende synes det er greit at man i saker av stor betydning gir slipp på prinsippet om full muntlighet og bevisumiddelbarhetsprinsippet. Det er en mangel at utvalget er taus om at skriftlig, middelbar behandling gir mer ineffektiv kontradiksjon. Bekymringsfullt er det også at det en rekke steder fremkommer ytringer som synes å avspeile et syn om at saker vil skjermes mer fra offentlig oppmerksomhet ved nemndsbehandling og at det er en fordel. Harris påpeker at tingretten er første instans i saker hvor kompleksitet/ alvor neppe er mindre enn konkurranseretens, som saker om fratakelse av foreldreansvar, skatt, økonomisk kriminalitet og drap. En rettstvist behøver heller ikke ta lengre tid enn en prosess etter utvalgets modell. Det vises til at både retten og partene har stor innflytelse over dette etter tvisteloven. Ressurssterke parter må antas å anvende prosessfullmektiger som behersker også tvisteloven godt. De vil også ha nok skjønn til å kunne anbefale parten hvordan saken bør skjæres til, slik at vidløftig prosess om tvilsomme krav unngås. Hovedreservasjonen som skal tas, er hvilken prioritering sakstypen bør gis i forhold til domstolenes øvrige saker. Harris mener at det ikke vil være nødvendig å innføre tvungent verneing. Grunnen er at behovet for ekspertise betryggende kan løses ved bruk av sakkyndige. Til dette kommer to praktiske forhold: Med den beskjedne saksmengden pr. år det er tale om, er det uansett lite realistisk at domstolene, uansett hvor i landet, vil opparbeide mer enn grunnleggende kjennskap til rettsfeltet. For det andre hvis utvalget har rett i at hovedtyngden av saker har primær tilknytning til Østlandet, vil saksøker både ønske og ha rett til

å anlegge saken i Oslo, slik at den erfaringsoppbygning som måtte skje uansett vil skje der.

4.5 Departementets vurderinger

Departementet har i sin vurdering av hvilken modell som bør velges for overprøving av Konkurransetilsynets vedtak, lagt vekt på at organiseringen i størst mulig grad skal sikre at avgjørelsene som fattes er materielt riktige, at partenes rettsikkerhet ivaretas, at overprøvingen ikke tar for lang tid og ikke blir unødig kostbar. Departementet foreslår at alle vedtak fra Konkurransetilsynet skal overprøves gjennom klagebehandling i den nye klagenemnda, fordi dette er den ordning som departementet mener best ivaretar disse hensynene. I tillegg er klagebehandling av forvaltningsvedtak, før de eventuelt prøves for domstolene, den løsning som er valgt på langt de fleste andre forvaltningsområder i Norge, også i saker om administrative sanksjoner som må regnes som straff etter EMK.

Konkurransklagenemndsutvalget har i sin innstilling utredet fem modeller for overprøving av Konkurransetilsynets vedtak. De to første modellene er i samsvar med mandatets bestilling om en uavhengig klagenemnd for konkurransesaker. Den tredje modellen medfører at det opprettes en nemnd som delvis er en klagenemnd i de mindre viktige og omfattende sakene, mens for de mest omfattende og inngripende materielle vedtakene, fusjons- og overtredelsesgebyrsakene, skal nemnda treffe vedtak i første instans etter innstilling fra Konkurransetilsynet. De to siste modellene innebærer at det ikke opprettes noen klagenemnd, men at overprøving av tilsynets vedtak går for domstolene slik som ordningen er for overtredelsesgebyr i dag, og at den administrative klageordningen oppheves (modell 4) eller at klageordningen beholdes slik det er i dag (modell 5). Felles for alle modellene er at adgangen til overprøving ved Kongen i statsråd etter konkurranseloven §§ 13 og 21 oppheves.

En utfordring utvalget har fremhevet er at antallet materielle konkurransesaker, det vil si sakene om inngrep mot foretakssammenslutninger og overtredelsessaker, er relativt få, samtidig som de er kompliserte og omfattende. Ved foretakssammenslutninger er det i tillegg svært knappe saksbehandlingsfrister, som medfører at det må påregnes at de nemndsmedlemmene som deltar i behandlingen, må arbeide full tid med saken i den perioden saken er til behandling. Dette medfører at det er en utfordring å utforme

en klageordning som er i stand til å behandle saker på kort varsel, som tilfredsstillende de krav som må stilles til rettssikkerhet og faglighet og som samtidig i perioder kan ha en relativ liten arbeidsbyrde. Departementet er enig med utvalget i dette. Det kompliserer bildet ytterligere at de materielle konkurransesakene, særlig da fusjons-sakene og gebyrsakene, gjennomgående er svært omfattende og kompliserte og krever en høy grad av spesialkompetanse i nemnda. Samtidig vil disse sakene stille høye krav til hurtighet og effektivitet (særlig i fusjonssakene) og til rettssikkerhet (særlig i gebyrsakene som utgjør straff etter EMK). Dette medfører at det er en rekke hensyn som må ivaretas ved opprettelsen av en klagenemnd for konkurransesaker.

Departementet ser at noen høringsinstanser på denne bakgrunn argumenterer mot å opprette en konkurransklagenemnd, og foretrekker enten å beholde dagens ordning med klage til departementet eller å sløyfe forvaltningsklage helt og la sakene gå direkte til domstolene.

Når departementet likevel går inn for at det opprettes en klagenemnd for konkurransesaker, er det fordi departementet mener at en nemnds-løsning, dersom den blir riktig utformet, i størst grad svarer på de utfordringer som overprøving av Konkurransetilsynets vedtak reiser. Konkurransetilsynets vedtak kan være svært inngripende overfor dem som rammes og gjelde store verdier både for det enkelte foretak og for samfunnet som helhet. Det er derfor avgjørende at det er adgang til å få vedtakene overprøvd ved en instans som sikrer hurtige, effektive og materielt riktige avgjørelser. Det er også et viktig hensyn at brukerne har tillit til at klageordningen er uavhengig og har nødvendig kompetanse innen konkurranserett og -økonomi.

Utvalget har, som beskrevet ovenfor under punkt 4.2, i tillegg til modellene som innebærer å opprette en konkurransklagenemnd, utredet to andre overprøvingsmodeller. Den første, av utvalget betegnet modell 4, medfører at man fjerner adgangen til forvaltningsklagebehandling i de materielle konkurransesakene og lar sakene gå direkte for domstolene. De øvrige klagesakene skal fortsatt behandles i departementet etter denne modellen. Departementet ser at konkurransesakene som er regelstyrte avgjørelser med lite rom for forvaltningsskjønn, egner seg godt for overprøving i domstolene. Departementet vil likevel ikke anbefale denne løsningen. Hovedregelen i norsk rett er at det skal være klageadgang over forvaltningens vedtak. Denne hovedregelen gjelder også i gebyrsaker. Det vil normalt være en

høyere terskel for å prøve et vedtak for domstolene enn å klage til et forvaltningsorgan. Selv om de fleste som blir rammet av et vedtak fra Konkurransetilsynet, vil være ressurssterke parter med evne og vilje til å ivareta sine interesser også for domstolene og også være representert ved advokat, vil ikke dette alltid være tilfellet. Normalt vil en forvaltningsklage være en raskere og rimeligere måte å få prøvd et forvaltningsvedtak på enn et søksmål. Departementet mener at adgangen til forvaltningsklage er en rettssikkerhetsgaranti som det er viktig å bevare. Forvaltningsklage gir også en mulighet til å få prøvd saken av et organ med spesialkompetanse på det aktuelle forvaltningsområdet, ulikt domstolenes generelle kompetanse. Det er et reelt problem, slik departementet ser det, at domstolene mangler spesialkompetanse innen konkurranserett. Det vil i noen grad være mulig å bøte på dette ved en ordning med tvungent verneting og større bruk av sakkyndige. Det er imidlertid usikkert om dette vil være tilstrekkelig. Departementet ønsker derfor ikke å oppheve klageadgangen på konkurranserettområdet.

Modell 5 medfører at dagens ordning med klage til departementet videreføres, men slik at adgangen til politisk overprøving etter konkurranseloven §§ 13 og 21 oppheves. Bakgrunnen for denne løsningen er, som utvalgets modell 4, at utvalget antar at en klagenemnd kan få et beskje-dent sakstilfang, og at klage til departementet i de fleste tilfeller vil være billigere og raskere for partene enn domstolsbehandling.

Departementet foreslår ikke en slik løsning som i realiteten innebærer å videreføre gjeldende klageordning, med unntak av at §§ 13 og 21 oppheves. Noe av bakgrunnen for at §§ 13 og 21 ble innført var at det skulle synliggjøres dersom andre hensyn enn de konkurransemessige ble vektlagt ved avgjørelsen. Dersom disse bestemmelsene blir opphevet, uten at klagesakene fjernes fra departementet, vil dette kunne medføre at det blir mindre åpenhet om slike avveininger og mindre tillit til at utenforliggende hensyn ikke er blitt tatt i den enkelte sak. Det vises i denne forbindelse til mandatet for begrunnelse for å opprette en klagenemnd. Departementet er enig i at dagens ordning fungerer rimelig tilfredsstillende i de fleste saker, men mener likevel at det bør opprettes en klagenemnd for konkurransesaker i samsvar med mandatet, nettopp for å sikre uavhengighet og tilliten til vedtakene på konkurranseområdet. Dette har også vært foreslått av en rekke tidligere utvalg på konkurranseområdet. Selv om det ikke foreligger noen reell fare for, og

konkurranseloven ikke åpner for, politisk påvirkning av resultatet av klagesaksbehandlingen i departementet, vil en slik behandling ikke i samme grad fremstå som politisk uavhengig, og dette vil kunne føre til at klagebehandlingen ikke har den nødvendige grad av tillit hos partene, næringslivet generelt og samfunnet for øvrig.

Departementet går derfor inn for å opprette en uavhengig klagenemnd i konkurransesaker i samsvar med utvalgets mandat. Når det gjelder hvilke saker nemnda skal behandle, er departementet enig med utvalgets flertall. Når det opprettes en uavhengig nemnd med spesialkompetanse innen konkurranserett og –økonomi, er det naturlig at nemnda får kompetanse til å behandle samtlige klager over Konkurransetilsynets vedtak i konkurransesaker. Denne løsningen er også i samsvar med hovedregelen i forvaltningsretten, ved at det gis adgang til en reell toinstansbehandling av alle sider av saken i forvaltningen, før en eventuell behandling i domstolene. Denne løsningen avlaster domstolene, og partene får tilgang til en overprøving som sannsynligvis er mindre kostnads- og tidkrevende.

Modell 2 er også den løsningen som i størst grad imøtekommer innvendingene om at nemnda sannsynligvis ikke vil oppnå et tilstrekkelig antall saker til at det kan bygges opp en stabil organisasjon med den nødvendige kompetanse. En konkurranseklagenemnd som mottar få materielle saker til behandling, kan få begrenset mulighet til å opparbeide den erfaring og rutine som gjør den i stand til å håndtere klageprosessen på en optimal måte. Det kan også vanskeliggjøre tilsetningen av personer med den rette bakgrunn, erfaring og kompetanse på området. Det vil påvirke den tillit nemnda vil få hos brukerne. Departementet er derfor enig med flertallet i utvalget i at modell 2 best ivaretar de hensyn som er viktige når en ny klagenemnd skal opprettes.

Dette medfører en nemndsløsning hvor nemnda i tillegg til å behandle klagesakene som i dag behandles i departementet, skal behandle klager over vedtak om overtredelsesgebyr samt klager over avslag på partsinnsyn i overtredelsessaker. Dette samsvarer med hovedregelen i norsk forvaltningsrett med adgang til å klage på enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 28. Utvalgets modell 2 innebærer derfor at overprøving av alle Konkurransetilsynets vedtak vil følge den nominelle hovedregelen i forvaltningsretten, der forvaltningsvedtak kan klagebehandles administrativt før klagevedtakene eventuelt prøves av domstolene. Klageadgangen er etter det departementet kjenner til i liten grad avskåret i andre lover om

administrativt fastsatte overtredelsesgebyrer. Etter utvalgets gjennomgang er det i overkant av 40 lover som gir forvaltningen hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr. Adgangen til forvaltningsklage er bare avskåret på to områder, vedtak fattet av Konkurransetilsynet og vedtak fattet av Markedsrådet, jf. utredningen kapittel 4. Begrunnelsen for at mulighetene til forvaltningsrettslig klagebehandling i dag er avskåret for overtredelsesgebyrsaker, er at domstolene ble vurdert som bedre egnet til å behandle slike saker enn departementet og at partene ville ha større tillit til en domstolsbehandling. Det ble også påpekt at domstolsbehandling uten forutgående klagebehandling ville være tidsbesparende.² Disse argumentene faller etter departementets vurdering bort med etableringen av en ny og faglig spesialisert uavhengig klagenemnd. Denne nemnda skal både ha spesialkompetanse innen konkurranserett og konkurranseøkonomi, og ha saksbehandlingsregler som kan tilpasses den enkelte sak. Det siste gir mulighet for utstrakt bruk av muntlighet i gebyrsakene, for å legge til rette for at forvaltningsprosessen kan tilpasses de prosessuelle kravene som følger av EMK ved behandling blant annet av saker om overtredelsesgebyr. I loven er dette reflektert i utkastets § 37. Tidsaspektet ved den nye ordningen ivaretas ved at klagenemndas vedtak kan bringes direkte inn for lagmannsretten.

Utvalget utredet også en ordning, modell 3, som innebærer å opprette en nemnd som ikke er en ren klagenemnd, men som i de viktigste materielle sakene treffer vedtak i første instans etter innstilling fra Konkurransetilsynet, hvis ikke partene godtar tilsynets innstilling til vedtak.

Departementet finner ikke å kunne anbefale denne modellen og støtter utvalgets flertalls innsigelser mot den. Departementet kan ikke se at modellen gir noen reell forbedring i partenes rettssikkerhet. Muligheten for overprøving av tilsynets vedtak ved et klageorgan med spesialkompetanse innen konkurranserett vil etter departe-

mentets vurdering gi samme insentiv til at Konkurransetilsynet sikrer gode prosesser og kvalitet i vedtakene, som den løsningen Advokatforeningen anbefaler.

Tvert imot mener departementet at modellen ville svekke Konkurransetilsynets stilling ved å frata tilsynet vedtakskompetanse i de viktigste sakene. Dette vil kunne lede til at det blir vanskeligere å rekruttere dyktige fagpersoner for å utføre tilsynets kompetansekrevende og viktige samfunnsoppgaver.

Ordningen legger opp til at sakene går til nemnda bare dersom partene ikke aksepterer tilsynets vedtak. Dette kan etter departementets vurdering lett lede til en forhandlingspreget dialog om sanksjonsvalg og -utmåling, også utenfor rammene for den nye forliksordningen i utkastets § 29 a. Både partene og tilsynet kan her få en felles interesse i å unngå at en sak bringes inn for overprøving i nemnda. Dette kan gi uheldige insentiver for tilsynet til å løse kompliserte saker ved avhjelpende tiltak istedenfor gebyr, eller til at tilsynet og partene får sammenfallende interesse av at gebyr utmåles lavere enn tilsynet ellers ville funnet riktig.

Konkurransetilsynets saksbehandling og vedtak i de tunge materielle konkurransesakene er allerede i dag svært omfattende og grundig, og tilsynet har i enkelte saker blitt kritisert gjennom media for å bruke for lang tid på sakene. For at utvalgets modell 3 skal kunne gi partene enda bedre rettssikkerhet enn i dag, må Konkurransetilsynet gjøre en enda grundigere saksforberedelse før en innstilling utformes. Deretter skal sakene behandles fullt ut i nemnda før vedtak kan fattes. Dette kan lede til en betydelig mer tid- og ressurskrevende behandlingsmåte for sakene, uten at departementet kan se at den medfører særlige fordeler verken for partene eller for samfunnet som helhet.

Det er også grunn til å tro at utvalgets modell 3 ville medført at færre saker ville blitt overprøvd, da erfaringen er at terskelen er høyere for å bringe en sak inn for domstolene enn å benytte klageordninger innen forvaltningen.

² Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 117.

5 Plassering av bestemmelsene om Konkurransesklagemennda

5.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at det vedtas en ny lov om klagenemnd for konkurransesaker i stedet for å innlemme bestemmelsene i konkurranseloven. Bakgrunnen for dette var at en innlemmelse av de nye reglene i den alminnelige konkurranseloven ville skape en mer uoversiktlig og vanskeligere tilgjengelig lovtekst.

5.2 Høringsinstansene

Kun *Justis – og beredskapsdepartementet* har uttalt seg om valget av egen lov fremfor å innlemme bestemmelsene om klagenemnda i konkurranseloven. Justis- og beredskapsdepartementet stiller spørsmål ved hensiktsmessigheten av valget. De skriver at lovutkastet er meget kort med til dels meget korte paragrafer og mener at det samlede regelverket ville blitt mer oversiktlig dersom reglene ble innlemmet i konkurranseloven. Et annet argument mot den valgte fremgangsmåte er at den medfører at saksbehandlingsreglene blir splittet på to lover og at enkelte spørsmål reguleres i begge lovene.

5.3 Departementets vurderinger

Departementet ser innvendingene fra Justis- og beredskapsdepartementet mot å foreslå en egen lov. Lovutkastet blir kort, med til dels meget korte paragrafer. Det samlede regelverket blir mer oversiktlig ved å innlemme reglene om Konkurransesklagemennda i konkurranseloven. Hensynet til å unngå at saksbehandlingsreglene splittes på to lover, tilsier også en innlemmelse i konkurranseloven. Departementet foreslår på denne bakgrunn at bestemmelsene som foreslått i egen lov om klagenemnd for konkurransesaker, tas inn som nytt kapittel 8 i konkurranseloven. I tillegg har departementet valgt å redigere de nye bestemmelsene sammen til færre lovbestemmelser enn utvalget foreslo, og gjort en del andre lovtekniske endringer, som kommenteres løpende gjennom kapittel 6 nedenfor.

6 Forslag til lovbestemmelser om klagebehandlingen

6.1 Innledning

I dette kapitlet gjennomgår departementet de enkelte forslagene fra utvalget til bestemmelser om klagenemnd for konkurransesaker. Som redegjort for i punkt 5.3 har departementet valgt å innarbeide bestemmelsene i utvalgets forslag til ny lov om klagenemnd for konkurransesaker i konkurranseloven, slik det fremkommer av kapittel 9. Departementet vil likevel, for å lette gjennomgangen i dette kapitlet, følge strukturen i utvalgets lovforslag, som ble sendt på høring. For nærmere om departementets forslag til endringer i konkurranseloven vises det til spesialmerknadene i kapittel 9.

6.2 Konkurransklagenemndas oppgaver

6.2.1 Utvalgets forslag

Ifølge forslag til ny lov om klagenemnd for konkurransesaker § 1 skal Konkurransklagenemnda behandle alle klager over vedtak av Konkurransetilsynet med unntak av klager over vedtak etter pristiltaksloven. En viktig endringen i forhold til gjeldende rett er at også saker om overtredelsesgebyr skal kunne påklages til nemnda. Disse sakene kan i dag ikke påklages, slik at en part som er misfornøyd med tilsynets vedtak må gå til søksmål. Bakgrunnen for unntaket for vedtak etter pristiltaksloven er at disse sakene har lite til felles med de øvrige sakene og at de ofte vil bygge på politiske vurderinger. Det foreslås derfor at klager over vedtak etter pristiltaksloven fremdeles skal behandles i departementet.

Konkurransklagenemnda skal ifølge utkastet også behandle klager over tilsynets prosesslende avgjørelser, dersom de kan påklages.

Dagens todeling av overprøvingen av tilsynets vedtak, i henholdsvis departement og domstoler, leder til at noen vedtak overprøves av en faglig spesialisert konkurransemyndighet mens andre overprøves i det ordinære domstolsapparatet, hvor det ikke er faglig spesialisering på konkurranserettens område. En samlet over-

prøvingskompetanse kan på denne bakgrunn gi grunnlag for større grad av konsistens i de konkurranserettslige vurderinger ved overprøvingen av Konkurransetilsynets vedtak enn dagens ordning. Den løsning som flertallet anbefaler er den som gir nemnda det største potensielle saksstifanget, noe utvalgets flertall anså som avgjørende for å få en klagenemnd som fungerer best mulig.

Utvalget innser at forslaget kan innebære et nytt trinn på veien mot endelig avgjørelse i gebyrsakene, dersom nemndas behandling kommer i tillegg til ordinær etterfølgende domstolsbehandling. Den risiko dette gir for at det går lang tid før partene har en avklaring, er en vesentlig innvending, jf. også EMK artikkel 6. For å redusere dette problemet foreslår utvalget derfor i lovutkastet § 12 at søksmål over Konkurransklagenemndas vedtak skal gå direkte til lagmannsretten. Utvalget vurderte også å gjøre klage til nemnda til en prosessforutsetning, noe halvparten av utvalget sluttet seg til. De krav som stilles til nemndas sammensetning og reguleringen av saksbehandlingen bidrar også til å sikre at sakene undergis minst like betryggende behandling som etter dagens ordning, noe som kan føre til at partene i mindre grad ser seg tjent med å ta en avgjørelse fra nemnda videre inn for domstolen. Det er derfor svært viktig at saksbehandlingen reguleres på en måte som ivaretar hensyn til rettssikkerhet og legitimitet, slik at partene får tillit til prosessen på tilsvarende måte som ved ordinær domstolsbehandling.

6.2.2 Høringsinstansene

Dette spørsmålet er nært knyttet til spørsmålet om valg av modell for nemndsløsning, jf. ovenfor under kapittel 4. De fleste høringsinstansene kommenterer derfor spørsmålet om hvilke saker nemnda skal behandle i forbindelse med hvilken modell som bør velges. Disse argumentene gjentas derfor ikke her.

Advokatforeningen som ikke støtter utvalgets modell 2, men ønsker seg en løsning basert på utvalgets modell 3, viser særlig til gebyrsakene

som viktige for sitt standpunkt. De frykter at dersom en særnemnd skal behandle gebyrsakene, kan dette medføre at det over tid utvikler seg en praksis som skiller seg fra andre saker om økonomisk kriminalitet, når det gjelder sentrale rettssikkerhetsspørsmål som bevisvurdering og sanksjonsutmåling.

6.2.3 Departementets vurderinger

Departementet støtter, som det fremgår i kapittel 4.5 ovenfor, anbefalingen fra utvalgets flertall om at Konkurransklagenemnda skal kunne behandle både de vedtak som klagebehandles etter gjeldende rett, og i tillegg vedtak om overtredelsesgebyr, som i dag behandles direkte for domstolene.

Bakgrunnen for dette er at denne modellen sikrer at Konkurransetilsynets vedtak etter konkurranseloven kan påklages til et spesialisert og uavhengig klageorgan. Dette vil etter departementets mening gi best mulig grunnlag for en effektiv klagebehandling, både tids- og kostnadsmessig. Det vil også være den løsningen som i størst mulig grad ivaretar hensynet til materielt riktige avgjørelser og partenes rettssikkerhet. Den valgte modellen sikrer også at nemnda får et størst mulig saksomfang slik at nemnda blir solid, effektiv og en attraktiv arbeidsplass for personer med den rette kompetanse og erfaring.

Departementet er enig med Advokatforeningen i at overtredelsesgebyr er å regne som straff etter EMK, og at dette stiller krav til hvordan slike saker behandles i nemnda. Departementet mener imidlertid at de forslag og føringer som legges for nemndas utforming og arbeid i denne proposisjonen, vil sikre at disse kravene etterleves. Departementet minner om at reglene i EMK, herunder kravene i artikkel 6 til en rettfærdig rettergang, allerede er en del av norsk rett. Departementet legger derfor til grunn at Konkurransklagenemnda, slik som andre norske håndhevingsorganer, vil kjenne til og anvende disse reglene på lik linje med andre lovfestede og ulovfestede krav til saksbehandlingen, uten ytterligere presiseringer i konkurranseloven.

Utfordringen med å sikre at gebyrsakene behandles i tråd med EMK kan løses ved de saksbehandlingsregler som innføres for nemnda og rettssikkerhetsgarantier som nemnda må oppfylle. I lovforslaget legges det opp til at det skal kunne være betydelig grad av muntlighet dersom sakene krever det og dette vil være særlig relevant i gebyrsakene, se nedenfor under punkt 6.8. Ved valg av nemndsmedlemmer og særlig nemndsleder vil det måtte legges stor vekt på kandida-

tenes kompetanse innen prosessrett og EMK, i tillegg til kompetanse i konkurranserett.

Departementet legger derfor til grunn at den valgte modellen er den som i størst grad sikrer hensynet til materielt riktige avgjørelser, rettssikkerhet, tids- og kostnadseffektivitet. Bestemmelsen om Konkurransklagenemndas oppgaver er tatt inn i ny § 35 første punktum i departementets forslag til endringer i konkurranseloven jf. nedenfor under kapittel 9.

6.3 Konkurransklagenemndas uavhengighet

6.3.1 Utvalgets forslag

Utvalget har foreslått å lovfeste klagenemndas uavhengighet i § 2 i forslag til ny lov om klagenemnd for konkurransesaker. Bestemmelsen slår fast at Konkurransklagenemnda skal være et uavhengig forvaltningsorgan administrativt underlagt departementet og at nemnda ikke kan instrueres verken generelt eller i den enkelte sak.

Det alminnelige utgangspunktet i norsk rett er at et overordnet organ har instruksjonsmyndighet over underliggende organ både med generelle bestemmelser og i den enkelte sak. I tillegg kan et overordnet organ som hovedregel omgjøre vedtak truffet av et underordnet organ både når det foreligger klage og av eget tiltak.

Hva uavhengighet innebærer er ikke entydig fastlagt i norsk rett, men vanligvis vil overordnet organs instruksjonsmyndighet være begrenset. En slik begrensning i instruksjonsmyndigheten må skje gjennom lovregulering.

Departementets instruksjonsmyndighet overfor Konkurransetilsynet følger som utgangspunkt forvaltningens ordinære system, men er allerede begrenset ved at tilsynet ikke kan instrueres om avgjørelsen i enkeltsaker, jf. konkurranseloven § 8. I tillegg kan departementet kun omgjøre et vedtak som ikke er påklaget hvis vedtaket er ugyldig. En annen begrensning i omgjøringsadgangen er at vedtak om overtredelsesgebyr ikke kan påklages, men må bringes inn for tingretten av partene i saken. Det samme gjelder for en parts klage over avslag på innsyn i en pågående etterforsknings sak hos tilsynet, som også behandles av tingretten.

Utvalget påpeker at opprettelsen av en klagenemnd i seg selv vil bidra til å øke Konkurransetilsynets uavhengighet, fordi etableringen fratar departementet en mulighet til å gripe inn i tilsynets praksis gjennom funksjonen som klageorgan. Opprettelsen av klagenemnda vil føre til større

avstand og færre kontaktflater mellom tilsyn og departement.

Utvalget anser det som viktig for Konkurransklagenemndas uavhengighet at den ikke kan instrueres av departementet eller Kongen i statsråd, om bevisbedømmelse, rettsanvendelse eller saksbehandling. Dette gjelder både generelle instruksjoner og instruksjoner i den enkelte sak. Utvalget foreslår derfor en lovbestemmelse om at Konkurransklagenemnda ikke kan instrueres generelt eller om den enkelte sak. Departementet vil imidlertid kunne gi nemnda instruksjoner med hensyn til administrative forhold, som krav til lokalisering, avlønning osv.

For å sikre Konkurransklagenemndas reelle uavhengighet er det også foreslått endringer i andre lovbestemmelser. Som allerede nevnt foreslås særbestemmelsene om adgangen til politisk overprøving i konkurranseloven §§ 13 og 21 opphevet.

Det vil også være viktig for klagenemndas uavhengighet at departementet ikke kan omgjøre klagenemndas vedtak. Utvalget foreslår derfor at forvaltningsloven § 35 ikke skal gjelde. Denne bestemmelsen behandles nærmere nedenfor under punkt 6.11.

Utover de rent formelle forutsetningene om Konkurransklagenemndas og Konkurransetilsynets uavhengighet som sikres ved lovforslagene nevnt ovenfor, er det også en rekke andre forhold som vurderes for å sikre reell uavhengighet. Hensynet til nemndas uavhengighet har vært et viktig hensyn ved utvalgets vurderinger og anbefalinger for organisering av nemnda og hvilke saksbehandlingsregler som bør gjelde. For en nærmere drøftelse av disse spørsmålene vises det til innstillingen punkt 8.3 og 8.4.

Uavhengighet i forhold til Konkurransetilsynet vil også være viktig for nemndas legitimitet. Utvalget foreslår derfor at Konkurransklagenemnda ikke skal ha adgang til å instruere tilsynet om å utrede ulike forhold i nemnda, slik departementet har adgang til i dag. Av hensyn til nemndas uavhengighet av førsteinstansen, Konkurransetilsynet, mener utvalget at nemnda heller ikke bør ha anledning til å omgjøre Konkurransetilsynets vedtak uten at det foreligger en klage. Dette er viktig for å sikre en reell to-instansbehandling av Konkurranssakene i forvaltningen. Den vanlige adgangen til å omgjøre underordnede organers avgjørelser i forvaltningen er blant annet begrunnet i styrings- og kontrollhensyn for de overordnede organer i forvaltningshierarkiet. Klagenemnda skal være et uavhengig klageorgan, og dette tilsier at omgjøringsadgangen i enda større grad bør være avskåret enn

departements omgjøringsadgang i dag. Et av hensynene som fremheves i mandatet er at Konkurransetilsynet skal styrkes som selvstendig myndighetsorgan. Utvalget anser at dette målet best oppfylles dersom nemnda ikke gis anledning til å omgjøre tilsynets vedtak uten klage, jf. lovforslaget § 12, se nedenfor om denne bestemmelsen.

Endelig mener utvalget at det er viktig at nemnda bør være uavhengig fra interesseorganisasjoner og de parter som opptrer i nemnda. Dette kan løses ved regler om hvem som kan oppnevnes som nemndsmedlemmer og ved habilitetsregler som kommer til anvendelse i den enkelte sak.

For å sikre Konkurransklagenemndas reelle uavhengighet er det også foreslått endringer i en rekke andre lovbestemmelser. Særbestemmelsene om adgangen til politisk overprøving i konkurranseloven §§ 13 og 21 foreslås som nevnt opphevet. Det vises også til forslaget til konkurranseklagenemndsloven § 12 som slår fast at forvaltningsloven § 35 om omgjøring av overordnet forvaltningsorgan ikke skal gjelde for nemndas avgjørelser

6.3.2 Høringsinstansene

Konkurransetilsynet støtter utvalgets forslag om å lovfeste regler som begrenser instruksjonsretten og adgangen til å omgjøre vedtak jf. utkast til § 12 første ledd, og mener det er hensiktsmessig å regulere forholdet både mellom departementet og klagenemnda og klagenemnda og Konkurransetilsynet. Konkurransetilsynet mener at det i tillegg bør vurderes å lovfeste at Konkurransklagenemnda ikke skal ha adgang til å instruere tilsynet om å utrede ulike forhold for nemnda. Dette vil kunne bidra til å sikre omverdenens tillit til en uavhengig klagebehandling.

Samtlige høringsinstanser, med unntak av *Norsk Landbrukssamvirke* og *Norges Bondelag*, støtter forslaget om å oppheve adgangen til politisk overprøvelse i konkurranseloven §§ 13 og 21.

6.3.3 Departementets vurderinger

At nemnda skal være uavhengig både formelt og reelt er en helt sentral del av begrunnelsen for å opprette en klagenemnd på konkurranseområdet. For å oppnå dette er det viktig at også overprøvingen av Konkurransetilsynets vedtak skjer ved et politisk uavhengig organ.

Utgangspunktet i norsk rett er at et overordnet organ har instruksjonsmyndighet over et underliggende organ når det gjelder generelle bestemmelser og i den enkelte sak. I tillegg kan et over-

ordnet organ som hovedregel omgjøre det underliggende organets avgjørelser ikke bare dersom avgjørelsen påklages, men også av eget tiltak. Det er ingen entydig definisjon av hva det vil si at et organ er uavhengig, og graden av uavhengighet vil variere fra organ til organ. Uavhengighet vil imidlertid uansett medføre at det overordnede organets instruksjonsmyndighet er begrenset i forhold til utgangspunktet i forvaltningsretten.

I konkurranseretten er departementets instruksjonsmyndighet allerede begrenset i forhold til hovedregelen i forvaltningsretten, ved at departementet ikke kan instruere Konkurransetilsynet ved avgjørelsen av enkeltsaker, jf. konkurranseloven § 8. I tillegg vil departementets adgang til å omgjøre tilsynets vedtak av eget tiltak være begrenset til de tilfeller der tilsynets vedtak er ugyldig.

Departementet mener at for å sikre uavhengighet i behandlingen av konkurransesakene og en reell to-instansbehandling er det avgjørende at både Konkurransetilsynet og Konkurransesklageneemnda gis tilstrekkelig uavhengighet i forhold til departementet, og at Konkurransetilsynet sikres uavhengighet i forhold til klagenemnda.

Departementet slutter seg til utvalgets forslag til regulering av Konkurransesklageneemndas uavhengighet i lovutkastet § 2 som fastslår at nemnda er et uavhengig forvaltningsorgan, administrativt underlagt departementet. Departementet kan ikke instruere nemnda verken generelt eller i den enkelte sak. Bestemmelsen er tatt inn i departementets forslag til endringer i konkurranseloven § 35 tredje ledd.

Departementet mener at det er viktig at klagenemnda oppfyller kravene til et uavhengig tribunal i EMKs forstand. Dette gjør at det må stilles visse krav til klagenemnda utover lovfesting av prinsippet om nemndas uavhengighet. Ifølge praksis fra EMD stilles det krav i forhold til hvordan medlemmer av nemnda utnevnes, lengden på funksjonsperioden og garantier mot ytre press. Klagenemndas uavhengighet er derfor også vurdert i forhold til andre bestemmelser i lovforslaget, slik som forslaget til ny bestemmelse i konkurranseloven § 36 annet ledd om tilsetting av leder, og vilkårene for at medlemmer i nemnda skal kunne fratas sine verv. Det samme gjelder innskjerpingen av habilitetsregelen i forhold til reglene i forvaltningsloven i forslaget til ny § 38 i konkurranseloven. Omgjøringsadgangen for overordnet forvaltningsorgan etter forvaltningsloven § 35 er også avskåret, ved at det i § 8 nytt fjerde ledd første punktum bestemmes at verken Kon-

gen eller departementet skal kunne omgjøre nemndas vedtak. For å styrke den gjensidige uavhengigheten mellom Konkurransetilsynet og nemnda skal det heller ikke være anledning for nemnda til å omgjøre tilsynets vedtak av eget tiltak. Dette fremgår av forslaget til nytt fjerde ledd annet punktum i § 8. Nemnda vil derfor bare kunne omgjøre tilsynets vedtak etter klage.

6.4 Konkurransesklageneemndas organisasjon

6.4.1 Utvalgets forslag

Utvalget drøfter i utredningen punkt 8.3 hvordan Konkurransesklageneemnda bør organiseres og hvilke organisatoriske utfordringer utvalget ser ved opprettelsen av nemnda. Utvalget foreslår en egen bestemmelse om nemndas organisering i utkastet til lov § 3.

Utvalget mener at en hovedutfordring knyttet til organiseringen av Konkurransesklageneemnda er at sakstilgangen vil variere sterkt både med hensyn til antall saker, samt i omfang og kompleksitet. Organiseringen av nemnda må fungere best mulig for alle saker, mens variasjonen sakene imellom kan håndteres ved hjelp av saksbehandlingsreglene som skal gjelde for organet.

Ved den modellen som flertallet foreslår for nemnda vil klageorganet få noen flere saker enn departementet har etter dagens ordning, ved at klager over overtredelsesgebyr og innsyn i overtredelsessaker også legges til nemnda. Uansett vil saksmengden være relativt begrenset og varierende i antall og kompleksitet. Dette har stor betydning for hvordan nemnda bør organiseres.

Utvalget foreslår at Konkurransesklageneemnda skal ha en leder, en nestleder og så mange medlemmer som nødvendig for å utføre nemndas oppgaver. Utvalget har vurdert hvor mange medlemmer Konkurransesklageneemnda skal ha, og hvor mange som skal delta i behandlingen av den enkelte sak. En av flere muligheter er en nemnd med få, faste medlemmer som alltid fatter sine avgjørelser sammen, ved flertallsvedtak eller ved krav om enstemmighet, slik som i EFTA-domstolen. Et annet alternativ er en nemnd med mange medlemmer, men hvor bare tre utpekes til behandling av den enkelte sak, slik KOFA og KFIR er organisert. Utvalget tilrår at det bør oppnevnes et utvalg med nemndsmedlemmer. Flere nemndsmedlemmer gir fleksibilitet ved sammensetning av nemnda i den enkelte sak. Nemndas fagkompetanse kan da tilpasses hver enkelt sak, og nemndsleder kan trekke inn

nemndsmedlemmer som til enhver tid har tilgjengelig kapasitet. Det vil også være mulig å sette flere nemnder samtidig dersom det kommer flere saker innenfor et kort tidsrom. En ordning med flere medlemmer medfører dessuten at det ikke er nødvendig å oppnevne varamedlemmer.

Utvalget foreslår videre at Konkurransklagenemndas medlemmer skal ha juridisk eller økonomisk fagkompetanse. Dersom næringslivet skal ha den nødvendige grad av tillit til klagenemnda og dens avgjørelser er det avgjørende at nemnda blir effektiv og faglig kompetent. Utvelgelseskriteriene for nemndsmedlemmene blir derfor sentrale. Siden en konkurranseklagenemnd skal behandle saker som krever omfattende kjennskap til både konkurranserett, økonomiske analyser, i tillegg til å ta stilling til spørsmål av mer prosessuell karakter, innebærer det at det kreves høy juridisk og økonomisk kompetanse. Utvalget anbefaler derfor at hensynet til faglig kompetanse innen juss og økonomi tillegges avgjørende vekt.

Et annet viktig spørsmål utvalget reiser er hvordan fordelingen av medlemmer med juridisk og økonomisk fagkyndighet, generelt og i den enkelte sak skal være. Utvalget foreslår at Konkurransklagenemndas leder og nestleder bør være jurister. Bakgrunnen for dette er at behandling av saker etter konkurranseloven i stor grad består av ren rettsanvendelse. Likheten med domstolenes virksomhet er svært stor. For øvrig bør utvalget av nemndsmedlemmer bestå av jurister og økonomer. Det bør være forholdsvis flere jurister enn økonomer i utvalget, da nemnda i den enkelte sak skal bestå av et flertall jurister, jf. avsnittet under. Disse bør inneha kompetanse på nivå med mastergrad eller høyere. For juristene vil særlig kompetanse i konkurranserett og EU/EØS-rett være viktig, men også forvaltningsrettslig og sivilprosessuell kunnskap vil være relevant. For økonomene vil særlig kompetanse innen konkurranseøkonomi være sentralt.

Utvalget foreslår å lovfeste at leder og nestleder skal ha kompetanse tilsvarende kravene etter domstoloven § 54 første ledd. Mye av nemndas oppgaver vil bestå av ren rettsanvendelse og likheten med domstolenes arbeid vil være stor. Nemnda skal vurdere bevis og anvende rettsregler på sakens faktum. Dette er oppgaver som etter sin art krever høy juridisk kompetanse. Utvalget fremhever derfor at det blir svært viktig for nemndas tillit og legitimitet at det blir ansatt personer med dommererfaring, ikke bare dommerkompetanse, i nemnda.

Det foreslås videre at leder og nestleder skal være embetsmenn og tilsettes på åremål i seks år. Åremålet kan fornyes med én periode. De øvrige medlemmer av Konkurransklagenemnda oppnevnes av Kongen for fire år, og kan gjenoppnevnes. Oppnevnte nemndsmedlemmer kan ikke fratras vervet, unntatt i tilfeller hvor et medlem ikke er i stand til eller villig til å utføre vervet på en forsvarlig måte.

Utvalget foreslår i utkastet § 3 at Konkurransklagenemnda skal treffe avgjørelser og vedtak i et utvalg på tre medlemmer. I særlige tilfeller kan leder beslutte at avgjørelser og vedtak skal treffes av en forsterket nemnd på fem medlemmer. Lederen fastsetter sammensetning av nemnda for hver enkelt sak. Ved sammensetningen av nemnda i den enkelte sak foreslår utvalget å lovfeste at medlemmer med juridisk kompetanse skal være i flertall. Det vil si at i saker som settes med tre medlemmer slik hovedregelen vil være, skal det være to jurister og en økonom. Begrunnelsen er den samme som for at leder og nestleder bør være jurister. Utvalget anser at ved behandling av den enkelte sak bør ett nemndsmedlem ha tilstrekkelig konkurranseøkonomisk kompetanse til å sikre at nemndas faglige kompetanse er på nivå med eventuelle konkurranseøkonomisk sakkyndige for partene.

Utvalget foreslår at i saker om innsyn og pålegg om opplysningsplikt kan avgjørelsen i saken tas av leder.

For en nærmere redegjørelse for grunnlaget for utvalgets forslag til organisering av nemnda vises det til utredningen punkt 8.3.

6.4.2 Høringsinstansene

Advokatforeningen støtter de vurderinger utvalget har gjort med hensyn til de krav som må stilles til Konkurransklagenemndas uavhengighet, sammensetning og faglige kompetanse. Advokatforeningen mener imidlertid at det kan bli vanskelig å finne kandidater som oppfyller kravene til nemndas medlemmer, og som kan og vil påta seg et slikt deltidsoppdrag. Kravene til uavhengighet og habilitet vil kunne utelukke aktuelle kandidater, og vil kunne gjøre det vanskelig å kombinere nemndsvervet med øvrig virksomhet på konkurranseområdet. Dette er etter foreningens syn ikke tilstrekkelig adressert av utvalget og bør derfor utredes av departementet før det eventuelt vedtas å opprette en konkurranseklagenemnd. Dersom det blir vanskelig å finne medlemmer til nemnda, taler dette etter foreningens syn for å videreføre

dagens klageordning med visse modifikasjoner etter utvalgets modell 5.

NHO er opptatt av at nemnda skal være uavhengig, holde høy faglig kvalitet og kunne håndtere klagesaker raskt og effektivt. NHO slutter seg til de vurderinger og forslag som utvalget har kommet med angående organisering, rekruttering og avlønning av både nemndsmedlemmer og sekretariat.

Konkurransetilsynet støtter forslaget til regulering av antall medlemmer i nemnda, samt at leder eller nestleder får kompetanse til å avgjøre enkelte typer saker, og mener at regelen sikrer den nødvendige fleksibilitet og effektivitet i nemndas arbeid. Tilsynet er enig i utvalgets vurdering av krav til nemndsmedlemmenes faglige kompetanse. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at for å få en effektiv og faglig kompetent klagenemnd med høy grad av tillit er det avgjørende at nemnda sammensettes av personer med riktig bakgrunn og erfaring. Utvalgets forslag ivaretar, etter tilsynets oppfatning, disse hensynene. Tilsynet vil imidlertid understreke viktigheten av at nemndas faglige sammensetning kan tilpasses behovet i den enkelte sak. I den forbindelse er tilsynet av den oppfatning at nemnda i den enkelte sak må kunne settes med et flertall av økonomer dersom dette er hensiktsmessig. Tilsynet støtter imidlertid forslaget om at Konkurransklagenemndas leder og nestleder bør oppfylle kravene i domstolloven § 54 første ledd. Videre understreker tilsynet viktigheten av å sikre et konkurransedyktig lønnsnivå for både nemndsleder, nestleder og øvrige medlemmer. Konkurransetilsynet slutter seg også til utvalgets forslag til regulering av oppnevning og tjenestetid for utvalgets medlemmer. Samtidig vil tilsynet fremheve viktigheten av at både nemndsleder, nestleder og øvrige medlemmer kan gjenoppnevnes. Som det fremgår av utredningen, vil klagenemnda behandle saker som krever omfattende kjennskap til konkurranserett og konkurranseøkonomi, og det er derfor viktig å også sikre kontinuitet i klagenemnda.

Finans Norge understreker at det er viktig for finansnæringen at nemndas medlemmer har bred kunnskap om finansområdet.

Etter *Norsk Landbrukssamvirkes* og *Norges Bondelags* syn har utvalget i for liten grad lagt vekt på at mandatet legger til grunn at nemnda i tillegg til juridisk og økonomisk kompetanse skal ha institusjonell kunnskap og erfaring samt innsikt i nærings- og arbeidsliv. Etter disse høringsinstansenes syn tilsier dette at hele nemnda bør delta i samtlige saker for nemnda.

6.4.3 Departementets vurderinger

Departementet slutter seg i hovedsak til utvalgets forslag om klagenemndas organisasjon. Departementet mener at utvalgets forslag bidrar til at nemnda får den faglige kompetanse som er nødvendig for behandlingen av faglig komplekse og omfattende saker.

Etter første ledd skal nemnda, i tillegg til leder og nestleder, ha så mange medlemmer som er nødvendig for å utføre nemndas oppgaver. Antallet medlemmer som er nødvendig er usikkert, men departementet antar at i en oppstartsfase vil fem til syv medlemmer, i tillegg til en fast ansatt nemndsleder være tilstrekkelig. Antallet kan justeres etter hvert som nemndas behov blir klarere gjennom erfaring med antallet saker og sakenes omfang og kompleksitet.

Departementet viderefører ikke utvalgets forslag om at nemnda skal ha en nestleder. Departementet er ikke uenig i at det kan være aktuelt med en nestleder i nemnda, i hvert fall på sikt, men ønsker ikke å binde opp organiseringen av nemnda på denne måten i oppstartsfasen og anser det heller ikke nødvendig for nemndas funksjon.

Departementet er enig med utvalget i at medlemmene i nemnda bør være jurister og økonomer. Det er også nødvendig med særlig fagkompetanse i konkurranserett og konkurranseøkonomi for at nemnda skal fungere og ha den nødvendige tillit hos brukerne, uten at dette trenger å lovfestes. Departementet mener imidlertid at det ikke er nødvendig eller ønskelig å lovfeste krav til utdanning eller fagkyndighet for andre enn nemndas leder, se nedenfor. For de øvrige medlemmer vil krav til utdanning og erfaring innen konkurranserett vektlegges ved tilsettingsprosessen på vanlig måte. Departementet slutter seg til utvalget i at det bør lovfestes at leder skal oppfylle kravene i domstolloven § 54. Nemndas oppgaver vil i stor grad være ren rettsanvendelse og likheten med domstolenes oppgaver er stor. Særlig siden det foreslås at gebyrsakene skal behandles i nemnda, er det viktig at rettssikkerhetsaspektene ved saksbehandlingen blir ivare tatt på en betryggende måte. Departementet anser derfor at det er ønskelig at ett eller flere medlemmer i nemnda har dommererfaring, ikke bare dommerkompetanse eller bred kompetanse fra beslektede forvaltningsorganer eller klageorganer. For de øvrige medlemmene må krav til høy faglig kompetanse innen fagfeltene juss og/eller økonomi, særlig på konkurranseområdet, tillegges avgjørende vekt ved tilsettingen.

Utvalget foreslår at leder utnevnes av Kongen på åremål for en periode på seks år, med adgang til én gjenoppnevning. Dette gir et særlig oppsigelsesvern som sikrer uavhengighet. For de øvrige medlemmer er funksjonstiden satt til 4 år, men uten noen begrensning av adgangen til gjenoppnevning. Det er også tatt inn en bestemmelse om at oppnevnte nemndsmedlemmer ikke kan fratras vervet, unntatt i tilfeller hvor et medlem ikke er i stand til eller villig til å utføre vervet på en forsvarlig måte.

Departementet har vurdert reglene oppnevning og funksjonstid for leder og medlemmer av nemnda opp mot de krav som må stilles til at nemnda skal ha tilstrekkelig uavhengighet av statlige myndigheter. Det er her viktig at nemnda ikke bare faktisk er uavhengig, men at de reglene som gjelder for nemnda, sikrer at brukerne har tillit til nemndas uavhengighet. Gjennom sin praksis har EMD ved sin tolkning av uavhengighetskravet i EMK artikkel 6 gitt visse føringer for hvilke krav som må være oppfylt for at organ vil være et uavhengig tribunal i konvensjonens forstand. Departementet slutter seg til utvalget i at det skal gis regler som gjør at nemnda oppfyller kravene til et uavhengig tribunal, se for øvrig punkt 3.4 ovenfor for en nærmere redegjørelse om EMKs krav.

Det har vært en del diskusjon av om kravet til uavhengighet i konvensjonens forstand gjør at man i domstolslignende organer i større grad bør benytte seg av faste ansettelse i stedet for åremålstilsetninger. EMD har stilt spørsmål ved om kravet til uavhengighet er oppfylt ved korte oppnevningsperioder. Domstolen har imidlertid godtatt oppnevningsperioder på ned til to – tre år, ut fra en helhetsvurdering hvor også andre faktorer er vurdert, slik som om vedkommende har en annen stilling å gå tilbake til. Av EMDs praksis kan det utledes at midlertidighet ikke i seg selv er konvensjonsstridig, så lenge det er tilstrekkelige garantier for uavhengighet sett under ett.

Departementet er enig med utvalget i at nemndas leder bør utnevnes på åremål, dette er også den vanligste ordningen for andre klagenemnder. For nemndas leder, som skal være en fulltids stilling, vil det være en funksjonstid på 6 år, med en mulighet for gjenoppnevning for ytterligere en periode. Dette mener departementet er en tilstrekkelig lang periode til isolert sett å oppfylle kravene i EMK. For de øvrige nemndsmedlemmene er funksjonsperioden 4 år, men dette er deltidstillinger, noe som gjør at medlemmene i utgangspunktet ikke vil være like avhengige av vervet i nemnda. I tillegg følger det av forslaget til § 36 annet ledd fjerde punktum at det stilles

strengt krav for å kunne frata et nemndsmedlem vervet.

Departementet slutter seg derfor til utvalgets forslag til regler for oppnevning av utvalgets leder og øvrige medlemmer. Departementet mener at bestemmelsen på en god måte sikrer hensynet til fornyelse av nemnda, at nemndas leder får den nødvendige uavhengighet, samtidig som adgangen til gjenoppnevning av leder og øvrige medlemmer skal sikre nemnda den nødvendige kontinuitet i arbeidet, som særlig er avgjørende i oppstartsperioden.

Lovutvalget foreslår at nemnda treffer sine avgjørelser i et utvalg på tre medlemmer. Leder kan imidlertid beslutte forsterket nemnd på fem medlemmer i særlige tilfeller. Leder har også ansvaret for å sette sammen nemnda for den enkelte sak, men slik at flertallet alltid skal bestå av jurister. Departementet ser at to høringsinstanser ønsker at samtlige nemndsmedlemmer skal delta i avgjørelsen av samtlige saker, slik tilfellet er for Markedsrådet. Departementet er av flere grunner enig med utvalget i at dette ikke er ønskelig. For det første vil det være en lite effektiv og svært tungrodd måte å treffe avgjørelser på. Det vil nødvendigvis føre til at nemnda får lenger saksbehandlingstid, da den bare kan behandle én større sak av gangen. Det vil også kunne være umulig å gjennomføre i saker om foretakssammenslutninger som har stramme tidsfrister, dersom det skulle være mer enn en slik sak til behandling av gangen. For det andre vil nemndas saker variere svært mye i omfang og kompleksitet, slik at det neppe er noe å vinne på en slik stormemnd i mindre inngripende og/eller mindre kompliserte saker. For de omfattende, kompliserte og inngripende sakene, som for eksempel store gebyrsaker, vil uansett bestemmelsen gi adgang til å beslutte forsterket nemnd når sakene krever det. Departementet mener derfor at bestemmelsen har en god avveining mellom hensynet til effektivitet, smidighet og tilpasningsdyktighet ved å gjøre det mulig å allokere ressurser til de mest krevende sakene.

Konkurransetilsynet stiller spørsmål ved om det ikke bør være adgang til å sette nemnda i den enkelte sak med et flertall økonomer dersom dette er hensiktsmessig. Departementet foreslår som det fremgår ovenfor at det ikke lovfestes krav om at medlemmene i nemnda skal ha juridisk eller økonomisk utdanning, med unntak for kravet om at leder skal oppfylle kravene i domstolloven § 54 første ledd. Dette gjør at også kravet om at flertallet i nemnda i den enkelte sak skal være jurister naturlig bortfaller. Departementet er enig

med tilsynet i at det er en fordel dersom leder har stor grad av frihet til å sette sammen nemnda slik at den er best mulig tilpasset til å avgjøre de problemstillinger den enkelte sak reiser. Selv om sakene for nemnda i stor grad vil være rettsanvendelse, slik at juridisk kompetanse vil være særlig sentralt i de fleste sakene, kan det ikke utelukkes at det i enkelte saker kan være et større behov for økonomisk kompetanse. Slik utvalgets bestemmelse er utformet, må leder for å få tilgang til større økonomisk kompetanse sette en forsterket nemnd, men fremdeles med flertall av jurister. Dette vil ikke være effektivt eller hensiktsmessig. Det kan være saker som kun fordrer juridisk kompetanse, slik som visse saker av mer prosessuell karakter og det kan være saker hvor økonomene bør være i flertall. Departementet er enig med utvalget i at det alltid vil være behov for juridisk kompetanse i nemnda og at det normalt vil være naturlig at juristene er i flertall, men mener at dette ikke er nødvendig eller hensiktsmessig å lovfeste. Derfor har departementet valgt ikke å følge utvalgets forslag på dette punktet.

For saker om innsyn og pålegg om opplysningsplikt fremgår det av utvalgets utkast til § 3 siste ledd at leder kan avgjøre disse alene. Departementet har valgt ikke å videreføre dette forslaget. Dette medfører at alle avgjørelser og vedtak må tas av nemnda. Departementet vil likevel understreke at lovforslaget ikke har regler om hvem som forbereder sakene eller arbeidsfordelingen mellom nemndas medlemmer eller mellom medlemmene og sekretariatet. Dette er begrunnet i at sakene for nemnda vil variere svært med hensyn til kompleksitet og omfang. Nemnda skal derfor stå fritt, innenfor de alminnelige krav til en forsvarlig saksbehandling, til å legge opp arbeidet slik det anses hensiktsmessig. At vedtak i samtlige saker må tas av nemnda, er ikke til hinder for at forberedelsen og utformingen av forslag til vedtak i enklere og mer rutinemessige saker kan legges til enkeltmedlemmer eller til sekretariatet der det er forsvarlig.

Bestemmelsene om Konkurransesklageneemndas organisasjon er tatt inn i forslaget til ny § 36 i konkurranseloven jf. nedenfor i kapittel 9.

6.5 Konkurransesklageneemndas sekretariat

6.5.1 Utvalgets forslag

I utvalgets lovutkast § 4 første ledd foreslår utvalget at nemndsleder skal ansette sekretariatet. Dette skal sikre nødvendig uavhengighet og er i

tillegg en fordel da det er nemndsleder som skal arbeide tettest med sekretariatet og har best forutsetninger for å vurdere nemndas behov. Utvalget ønsker ikke å regulere ressursbehovet i sekretariatet nærmere i lov eller forskrift. Ifølge utkastet § 4 annet ledd skal sekretariatet utføre de oppgaver som nemndas leder pålegger eller som følger av eventuell forskrift til denne lov. Sekretariatsfunksjoner i klagesaksbehandlingen kan omfatte en rekke forskjellige oppgaver. Det er behov for at noen utfører de administrative oppgavene, som journalføring av saksdokumenter, administrering av innsynsbegjæringer, organisering av møter, bestilling av tjenester og ekspedering av korrespondanse. Normalt må sekretariatet også håndtere økonomisk/administrative forhold, som føring av regnskap, utarbeidelse av budsjett og betaling av regninger. Sekretariatet kan også ha faglige og prosessledende oppgaver, som å vurdere innkommende dokumenters relevans og betydning for saken, føre referater fra møter, forberede og skrive utkast til vedtak og å gjøre juridiske, faktiske eller økonomiske utredninger med mer.

Utvalget har vurdert hvilke funksjoner klagenemndas sekretariat skal fylle. Utvalget anser at det er viktig at nemnda involveres i alle trinn i saksbehandlingen. Det er nemndsmedlemmene som har ansvaret for avgjørelsene. Det vil være mest hensiktsmessig og ressurseffektivt at medlemmene i Konkurransesklageneemnda da også har ansvar for utredningen og forberedelsen av klagesakene. Utvalget understreker likevel hvor viktig det er for at nemnda skal kunne fungere godt og effektivt, at den får tilstrekkelige sekretariatsressurser. Sekretariatets rolle bør være å bistå nemnda i saksforberedelsen, samt håndtere generell administrasjon. Omfanget av sekretariatsoppgaver og behovet for kontinuerlig bemanning, tilsier at det kan ansettes en sekretariatsleder i full stilling. Sekretariatet må også ha en person som kan fungere for sekretariatsleder ved fravær. Behovet for flere personer i sekretariatet vil variere i takt med saksomfanget. Sekretariatet må også ha tilgang på kontoradministrativ kompetanse (regnskap, arkiv, innkjøp).

Utvalget har vurdert muligheten for fusjonering med andre klageorganer. Å legge Konkurransesklageneemndas sekretariatsfunksjon til et allerede eksisterende klagenemndssekretariat, eksempelvis Markedsrådet eller KFIR, vil føre til at sekretariatet blir mer robust og kostnadseffektivt. Det kan også være gunstig for arbeidsmiljøet, ved at sekretariatet får et bredere tilfang av arbeidsoppgaver og et større miljø.

Et effektivt og tilstrekkelig stort sekretariat med god faglig kompetanse vil også kunne avhjelpe en del av de problemer som utvalget har pekt på tidligere i innstillingen, ved at et begrenset og uforutsigbart sakstilfang vil gjøre det vanskelig å ansette nemndsmedlemmer på heltid. I tillegg anbefaler utvalget at det vurderes om nemndsleder i enkelte tilfeller skal ha adgang til å skaffe ekstra sekretariats tjenester. Dette kan det være behov for dersom nemnda mottar flere omfattende og kompliserte saker samtidig.

6.5.2 Høringsinstansene

Konkurransetilsynet slutter seg til utvalgets vurdering av at det er svært viktig for at nemnda skal fungere godt og effektivt at den får tilstrekkelige sekretariatsressurser. Det fremstår videre som kostnadsbesparende og hensiktsmessig at sekretariatet legges til et allerede eksisterende sekretariat. *Konkurransetilsynet* vil imidlertid understreke at et fellessekretariat forutsetter at arbeidsoppgavene som legges til sekretariatet er egnet for dette. *Konkurransetilsynet* støtter også utvalgets vurdering av at en samlokalisering med tilsynet ikke er ønskelig av hensyn til nemndas og tilsynets gjensidige uavhengighet.

Forbrukerombudet mener at dersom det opprettes en nemnd, så bør sekretariatet slås sammen med sekretariatet til andre nemnder fordi dette antagelig vil føre til betydelige stordriftsfordeler.

NHO anser at for å sikre effektivitet, robusthet og kvalifisert personell er det sentralt å se på muligheten for samordning av sekretariatet med andre eksisterende klageordningers sekretariater. Et effektivt og tilstrekkelig stort sekretariat med god faglig kompetanse er nødvendig for å kunne avhjelpe en del av de utfordringer som nemnda vil få knyttet til et begrenset og uforutsigbart sakstilfang, som vil kunne gjøre det vanskelig å ansette nemndsmedlemmer på heltid. En samordning med et allerede eksisterende klagerorgansekretariat vil være en foretrukket løsning.

De øvrige høringsinstansene har ikke uttalt seg særskilt om sekretariatsfunksjonen.

6.5.3 Departementets vurderinger

Tilstrekkelige sekretariatsressurser med nødvendig kompetanse vil etter departementets oppfatning være avgjørende for at nemnda skal fungere optimalt. Det vises for øvrig til utvalgets grundige drøftelse av sekretariatsfunksjonen, herunder oppgaver, kompetanse og ressurser, som departementet slutter seg til.

Ifølge utvalgets forslag skal Konkurransklagenemndas leder ansette personell i sekretariatet. Det er også leder som bestemmer hvilke oppgaver sekretariatet skal utføre, dersom det ikke er bestemt i forskrift etter loven eller en gitt instruks. Departementet er enig i at dette er hensiktsmessig, da det er leder som i det daglige vil arbeide tettest med sekretariatet og som har de beste forutsetninger for å avgjøre hvilke egenskaper og kompetanse det er behov for. Departementet mener imidlertid at det ikke er nødvendig eller hensiktsmessig å lovfeste en regel som dette. Det må også ses hen til reglene i tjenstemansloven § 11. Slik som sekretariatets oppgaver antas avgrenset, ser departementet heller ikke at hensynet til uavhengighet fra politiske myndigheter tilsier en egen lovregulering for ansettelser til sekretariatet. En slik bestemmelse vil også kunne skape problemer ved sammenslåing med andre nemnder eller sekretariatet for andre nemnder som ikke har tilsvarende regulering. Departementet viderefører derfor ikke bestemmelsen i utkastet § 4 første ledd.

Bestemmelsen om sekretariatets oppgaver i utkastet § 4 annet ledd er tatt inn i forslag til ny § 36 fjerde ledd med en tilføyelse om at sekretariatets oppgaver også kan følge av en instruks, i tillegg til av lov og forskrift. Det kan være hensiktsmessig å gi slike regler om sekretariatets oppgaver i form av instruks, fremfor forskrift som er en mer omstendelig fremgangsmåte og dessuten ofte ikke vil være nødvendig for de bestemmelser dette gjelder.

Departementet vil tilføye at det er viktig for å oppfylle kravene til sekretariatet, sikre at dette blir en attraktiv arbeidsplass som tiltrekker seg personer med de rette egenskapene og for å sikre kontinuitet og kompetanse, at sekretariatsfunksjonen fusjoneres med ett eller flere andre nemnders sekretariater, jf. også drøftelsen av dette i utvalgets innstilling som departementet slutter seg til. På litt lenger sikt er det ønskelig å slå sammen flere nemnders kompetanseområder slik at man får en solid og effektiv nemnd med tilstrekkelig saksporfølje til å være en attraktiv arbeidsplass for dyktige økonomer og jurister. Hvilke nemnder som er aktuelle for en slik fusjonering, ved at sakstype, kompetansekrav og rettsområder har tilstrekkelig berøringspunkter og fellestrekk, bør vurderes før en sammenslåing av sekretariatsfunksjonen, slik at man i størst mulig grad har felles sekretariatsfunksjon med nemnder det vil være aktuelt på sikt å sammenføye med Konkurransklagenemnda. Dette vil ikke være til hinder for at også andre nemnders sekretariater kan inngå i et felles sekretariat.

6.6 Forholdet til forvaltningsloven

6.6.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at forvaltningsloven skal gjelde for Konkurransesklagemennda når annet ikke følger av lov om klagenemnd for konkurransesaker eller av forskrift etter loven, jf. forslag til § 5.

Utvalget har vurdert om saksbehandlingen i klagesaker skulle ha større innslag av regler fra sivilprosessen, men har kommet til at siden det aktuelle organet er et forvaltningsorgan, er det mest hensiktsmessig å ta utgangspunkt i forvaltningsloven. Forvaltningsprosessen, slik den fremgår av forvaltningsloven, ulovfestet rett og rettspraksis, er et svært fleksibelt system som gir adgang til å tilpasse saksbehandlingen til det organet og det rettsområdet som er aktuelt. Utvalget har derfor av hensyn til behovet for et enkelt og oversiktlig system valgt å la forvaltningsloven gjelde og å gjøre de nødvendige unntak i lov eller forskrift, fremfor å sette sammen regler fra forskjellige rettsområder slik som forvaltningsloven, tvisteloven, straffeprosessloven og domstolsloven for å nevne de mest aktuelle.

En av de viktigste konsekvensene av at forvaltningsloven ligger til grunn for saksbehandlingen i Konkurransesklagemennda er at dette medfører at utredningsplikten i forvaltningsloven § 17 gjelder for nemnda. Det samme gjelder omfanget av klageorganets overprøving etter forvaltningsloven § 34 som medfører at Konkurransesklagemennda kan prøve alle sider av saken, uavhengig av partenes påstander. Utvalget foreslår regler som gjør unntak fra forvaltningsloven i utkastet § 8 om habilitet og utkastet § 12 om omgjøring og søksmål.

6.6.2 Høringsinstansene

Etter *Justis- og beredskapsdepartementets* syn framstår forholdet til forvaltningsloven uklart i lovforslaget. Etter utkastet til ny lov om klagenemnd for konkurransesaker § 5 gjelder forvaltningsloven «når ikke annet følger av loven her eller forskrift etter denne lov», mens reglene i forvaltningsloven kapittel VI gjelder «så langt de passer» etter utkastet til lov om endringer i konkurranseloven § 20 a første ledd siste punktum. Slik fragmentering av regler og dobbeltregulering er uheldig. Departementet gjør ellers oppmerksom på at hjemmel for å gjøre unntak fra forvaltningslovens regler må komme klart til uttrykk. Den foreslåtte § 14 innebærer ikke tilstrekkelig klarhet dersom meningen

er å kunne gjøre unntak fra forvaltningslovens regler.

I tillegg foreslår *Norsk Redaktørforening* en endring i bestemmelsen som gjør det klart at Konkurransesklagemennda er underlagt reglene i offentliglova.

6.6.3 Departementets vurderinger

Departementet er enig i utvalgets vurdering av forholdet til forvaltningslovens regler. Siden nemnda er et forvaltningsorgan som treffer forvaltningsvedtak, er utgangspunktet at reglene fra forvaltningsprosessen får anvendelse. Departementet anser også at reglene i forvaltningsloven gir tilstrekkelig fleksibilitet, slik at saksbehandlingen kan tilpasses de saker nemnda får til behandling. Selv om forvaltningsprosessen i utgangspunktet er skriftlig, er det for eksempel fullt mulig å legge til rette for større grad av muntlighet der saken/sakstypen krever det for eksempel i saker om overtredelsesgebyr. Etter hvert som nemnda opparbeider seg erfaring i behandlingen av de forskjellige sakstyper vil det kunne være hensiktsmessig å gi nærmere regler om saksbehandlingen som supplerer forvaltningsloven. Slike regler kan gis ved forskrift etter utkastet § 14 eller som interne saksbehandlingsregler.

Konkurransesklagemennda har som andre forvaltningsorganer et selvstendig ansvar for de vedtak som treffes og at grunnlaget for avgjørelsene er tilstrekkelig til at det er forsvarlig å treffe vedtak. Det er viktig at nemnda har et eget ansvar for sakens utredning og opplysning slik at ikke eventuelle ulikheter i styrkeforholdet mellom de involverte partene og Konkurransetilsynet blir avgjørende for resultatet. I tillegg må det understrekes at konkurranseloven ikke først og fremst skal beskytte partenes interesser men samfunnets interesse i en virksom konkurranse. Det bør derfor ikke være opp til partene alene å legge premisene for sakens rammer, utredning og opplysning, slik det i stor grad vil være i saker etter sivilprosessen.

Departementet mener imidlertid at det ikke er nødvendig at det tas inn en bestemmelse i loven om forholdet til forvaltningsloven slik utvalget foreslår. Forvaltningsloven gjelder uansett for nemnda dersom det ikke er gjort uttrykkelig unntak. Slike unntak er gitt i form av begrensninger i Konkurransesklagemenndas kompetanse, om habilitet og for omgjøring og søksmål, se forslag til endringer i § 8 og ny § 39 og merknadene til disse bestemmelsene.

Departementet anser heller ikke at opplysningshensyn tilsier at det bør lovfestes at forvaltningsloven gjelder. Det samme gjelder offentleg-lova som også gjelder for nemnda.

6.7 Begrensning av nemndas kompetanse

6.7.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår i utkastet § 6 å lovfeste en regel om at nemndas vedtak bare kan gå ut på å oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak ved klage over tilsynets vedtak etter konkurranse-loven § 12 tredje ledd og § 16 annet ledd. Dette gjelder saker hvor partene tilbyr avhjelpende tiltak i henholdsvis overtredelsessaker og saker om foretakssammenslutninger og tilsynet treffer vedtak basert på disse. Det skal da ikke være adgang for nemnda til å erstatte vilkårene med egne vilkår. Bakgrunnen for denne begrensningen i forhold til den vanlige klagebehandlingen etter forvaltningsloven, der klageinstansen kan erstatte førsteinstansens vedtak med sitt eget er at ordningen hviler på at parten fremsetter tilbud om avhjelpende tiltak i samforstand med Konkurransetilsynet. Dersom vedtaket blir satt til side bør det være opp til foretaket å avgjøre om det vil fremsette nye forslag til tiltak overfor tilsynet. Det bør også være opp til tilsynets faglige skjønn om saken skal videreføres. Regelen samsvarer med de begrensninger som i dag gjelder for departementets vedtakskompetanse i disse sakene. Tilsynets avgjørelse om ikke å godta forslag til avhjelpende tiltak kan ikke påklages.

6.7.2 Høringsinstansene

Ingen av høringsinstansene har uttalt seg om utvalgets forslag til § 6.

6.7.3 Departementets vurderinger

Utvalgets forslag til begrensning av Konkurransklagenemndas kompetanse tilsvarende begrensningene i departementets kompetanse i klagesaker etter gjeldende rett. Dette er en innskrenkning i klageorganets kompetanse i forhold til den vanlige klagebehandlingen etter forvaltningsloven, der klageorganet kan erstatte førsteinstansens vedtak med sitt eget.

Regelen er en følge av ordningen med avhjelpende tiltak, som kommer i stand ved en dialog mellom Konkurransetilsynet og foretakene som er part i saken. Dersom nemndas vedtak går ut på

å oppheve Konkurransetilsynets vedtak, må partene kunne velge om de vil presentere et nytt tilbud om tiltak for tilsynet hvis vedtaket er ugyldig, men uten at et nytt vedtak er utelukket. Videre må tilsynet kunne bestemme om det vil prioritere fortsatt utredning av saken, herunder om det eventuelt skal gå inn i nye drøftinger med partene. Blir resultatet av klagebehandlingen at Konkurransetilsynets vedtak stadfestes, er derimot rettstilstanden til de berørte uendret.

Departementet er enig med utvalget i at regelen videreføres for nemnda. Endringen fremgår ved at henvisningen til «departementet» er erstatet med «Konkurransklagenemnda» i lovteksten. Dette gjøres både i § 12 tredje ledd åttende punktum og i § 20a første ledd femte punktum, for henholdsvis saker om overtredelse av forbudsbestemmelsene og saker om foretakssammenslutninger.

6.8 Skriftlig eller muntlig saksbehandling

6.8.1 Utvalgets forslag

Utvalget har vurdert hvilken grad av muntlighet det bør åpnes for i nemnda, hvordan muntlighet skal gjennomføres, reguleres og hvem som skal kunne delta i møter med nemnda.

Skriftlig behandling er hovedregelen i forvaltningsprosessen. Utvalget foreslår at dette også skal være hovedregelen for Konkurransklagenemndas saksbehandling. Dette fremgår av utkastet til § 7 i lovforslaget. Utvalget foreslår videre at nemnda bør ha stor frihet til å velge, innenfor de kravene som hensynet til forsvarlig saksbehandling og tilstrekkelig opplysning av saken stiller, mellom skriftlig og muntlig saksbehandling og graden av muntlighet i den enkelte sak.

Utvalgets flertall går, som nevnt under punkt 4.2 ovenfor, inn for at nemnda skal behandle klager over vedtak om overtredelsesgebyr. Disse sakene stiller særlige krav til saksbehandlingen og utvalget anser at disse sakene bør ha større grad av muntlighet enn i fusjonssakene. Utvalget anbefaler også at det avholdes saksforberedende møte, som beskrevet i tvisteloven § 9-4 i disse sakene.

Det vises for øvrig til utvalgets innstilling, særlig kapittel 4, 5 og 8 (særlig punkt 8.4.5.3) hvor spørsmålet om muntlighet er drøftet i større bredde og hvor det vises til reguleringen og praktiseringen av muntlighet i andre klagenemnder, Danmark, EFTA-domstolen og EU-domstolene.

I utkastet til § 7 tredje ledd foreslås det at Konkurransetilsynet skal ha rett til å uttale seg i klage-

saken, og kan be om innsyn i sakens dokumenter på linje med sakens parter.

6.8.2 Høringsinstansene

Advokatforeningen bemerker at utvalget legger opp til at nemnda skal gis stor frihet til å avgjøre hvordan muntlige forhandlinger skal foregå, herunder om møtene skal avholdes med alle partene til stede eller med bare én part. Foreningen viser også til at det ikke foreslås møteplikt ved nemndas muntlige forhandlinger. Advokatforeningen stiller spørsmål ved om dette er en god regel og om det, særlig i forhold til EMK, gir en tilfredsstillende saksbehandling. Foreningen anser at det er grunn til å overveie om det bør gis nærmere saksbehandlingsregler for muntlige forhandlinger.

Konkurransetilsynet mener i likhet med utvalget at det er mest hensiktsmessig med skriftlig saksbehandling, da konkurranserettslige saker ofte har mange omfattende juridiske og økonomiske analyser som best egner seg for skriftlig fremstilling. Det kan imidlertid være en fordel med supplerende muntlige forklaringer. Tilsynet understreker i den forbindelse viktigheten av at tilsynet får anledning til å uttale seg for nemnda og å være tilstede dersom nemnda avholder møter med partene, for å sikre forsvarlig kontradiksjon. Konkurransetilsynet mener at møte- og vitneplikt vil kunne være nødvendig særlig i overtredelsesaker og anser at dette bør vurderes nærmere.

Ingen av de øvrige høringsinstansene har kommentert dette spørsmålet.

6.8.3 Departementets vurderinger

Hensynet til de berørte foretakenes rettssikkerhet kan isolert sett tale for at Konkurransesklagene nemndas saksbehandling i stor grad er muntlig, i likhet med sivilprosessen. En utstrakt bruk av muntlighet vil imidlertid gå på bekostning av effektivitet og føre til at saksbehandlingstiden blir forlenget. Departementet vil understreke behovet for fleksibilitet i saksbehandlingen med henblikk på hvor store innbyrdes forskjeller det er mellom sakene nemnda skal behandle. Dette gjelder som nevnt tidligere både alvorlighetsgraden, hvor inngripende sakene er, hvilke verdier de omfatter, omfanget av sakene og sakenes kompleksitet. Dette tilsier at det bør være anledning til i stor grad å tilpasse saksbehandlingen etter særtrekkene for de enkelte typer saker og i den enkelte individuelle sak. Behovet for tilpasning gjelder kanskje i særlig grad for spørsmålet om det skal være muntlig behandling av saken og i så

fall hvilket omfang muntligheten skal ha og hvordan den skal gjennomføres.

Departementet er imidlertid enig med Advokatforeningen i at gebyrsakene stiller særlige krav til saksbehandlingen hvor rettssikkerhetsaspektet må tillegges vekt. For å oppfylle kravene som stilles i blant annet EMK ved at dette er saker som er straff i konvensjonens forstand, er det klart at disse må underlegges en særlig betryggende og grundig behandling. Departementet viser her også til utvalgets innstilling hvor spørsmålet om muntlighet og kravene som fremkommer av EMK er drøftet flere steder.

En rekke av sakene som Konkurransesklagene nemnda vil få til behandling vil være svært inngripende for den som rammes, vil omfatte store verdier og være av stor betydning også for samfunnet som helhet. Det er derfor avgjørende at nemndas leder, som gis stor grad av frihet og ansvar for nemndas behandling og organisering i den enkelte sak, har den nødvendig kompetanse til å forvalte dette ansvaret. Dette medfører også at vedkommende må ha den nødvendige kompetanse til å sørge for at nemndas behandling av gebyrsakene oppfyller de krav som særlig EMK stiller til behandlingen av saker om straff i konvensjonens forstand. Departementet ønsker ikke å regulere behandlingen av gebyrsakene nærmere i loven, da dette ville komplisere loven i betydelig grad, samtidig som det neppe ville gi særlig veiledning i de tvilstilfeller som måtte oppstå. Uansett er dette rettsområdet i kontinuerlig utvikling gjennom praksis fra Høyesterett, EMD og EU-domstolen, noe som også tilsier forsiktighet med å binde opp Konkurransesklagene nemndas saksbehandling i gebyrsakene med detaljert regulering i loven. Reglene i EMK er som tidligere nevnt gjeldende norsk rett og det vil være dobbeltregulering å ta deler av dette regelsettet inn i lovgrunnlaget for Konkurransesklagene nemnda. Slik dobbeltregulering er mer egnet til å forvirre enn å klargjøre partenes rettigheter og nemndas plikter, og det er en risiko for at særreguleringen enten blir ufullstendig, eller går for langt. Det er ingen tvil om at nemnda som andre norske rettshåndhevere er bundet av reglene om rettferdig rettergang i EMK. En nærmere regulering her av innholdet i kravet til rettferdig rettergang vil derfor ikke styrke partenes rettssikkerhet.

En nemndsleder med den kompetanse som kreves, vil være klar over dette og vil også ha kompetanse til å tilrettelegge sakene slik at saksbehandlingen blir mest mulig tilpasset kravene den enkelte sak stiller og som samtidig sikrer at nemndas og partenes ressurser blir brukt mest

mulig effektivt. Nemndsleder må ved forberedelsen av den enkelte sak vurdere hvilke krav EMK, samt kravene til forsvarlig saksbehandling, sakens opplysning og retten til kontradiksjon stiller i den konkrete saken. Selv om lovforslaget ikke inneholder særregler for behandlingen av overtredelsesgebyr, ser departementet det som helt uaktuelt at nemnda vil behandle en slik sak eller en foretakssammenslutningssak uten å tilby partene å møte med nemnda for å legge frem sitt syn på saken og/eller holde muntlige forhandlinger med partene. Dersom det ble gitt mer detaljert regulering av muntlighet, ville man kunne tape muligheten til å tilpasse behandlingen til den enkelte sak og risikere å gjøre saksbehandlingen unødig tungvint. Departementets syn er derfor at de reglene som foreslås, er de som i størst mulig grad sikrer partenes rettssikkerhet og en forsvarlig behandling av alle nemndas saker, uten unødvendig gjentakelse i lovverket av rettsregler som allerede er etablert i andre lover.

I utvalgets utkast til § 7 tredje ledd foreslås det at Konkurransetilsynet skal ha rett til å uttale seg i klagesaken, og kan be om innsyn i sakens dokumenter på linje med sakens parter. Departementet er enig i at tilsynet må ha anledning til å fremme sitt syn og få innsyn i sakens dokumenter for å være i stand til å ivareta sin myndighetsoppgave i saken og å bidra til sakens opplysning. Departementet er imidlertid i tvil om en slik regel er nødvendig gitt de alminnelige reglene om klagebehandling i forvaltningsloven kap VI. Som konkurransemyndighet trenger ikke tilsynet særlig hjemmel for å kunne uttale seg i saken, på eget eller nemndas initiativ, eller på et hvilket som helst senere tidspunkt. Departementet har imidlertid tatt inn en bestemmelse i ny § 37 annet ledd om at Konkurransklagenemnda, av eget tiltak og uten ugrunnet opphold, skal oversende samtlige dokumenter det mottar i saken til partene og Konkurransetilsynet. Bestemmelsen er ikke ment å gjøre unntak fra reglene om unntak fra retten til partsinnsyn etter forvaltningsloven og konkurranseloven. Dersom dokumentene inneholder opplysninger som partene ikke har krav på innsyn i, typisk forretningshemmeligheter, skal Konkurransklagenemnda derfor først vurdere partsinnsyn før dokumentene oversendes. Reglene om unntak fra partsinnsyn gjelder imidlertid ikke ved oversendelse til Konkurransetilsynet.

Departementet ser at både Advokatforeningen og Konkurransetilsynet tar til orde for at det bør vurderes å pålegge møteplikt for nemnda, i hvert fall i overtredessaker. Departementet er imidlertid enig med utvalget at det antagelig ikke er

noe stort behov for å pålegge møteplikt for å få en sak tilstrekkelig opplyst. Som regel vil partene i konkurransesaker ha en slik interesse i sakens utfall at de vil ønske å møte i nemnda. Det er heller ingen grunn til å tro at det vil være noe stort problem å få vitner til å møte. Uansett vil konkurranseloven § 24 om opplysningsplikt gjelde tilsvarende for nemnda. Bestemmelsen gir konkurransemyndighetene krav på å få opplysninger både muntlig og skriftlig, den gir imidlertid ikke adgang til å pålegge en part eller et vitne å møte til en høring i nemnda.

Eventuelle behov for nærmere regulering av saksbehandlingen i nemnda som måtte oppstå, kan gis i form av forskrift eller instruks. Adgangen til å gi forskrifter er tatt inn i ny § 36 siste punktum.

6.9 Behov for egne habilitetsregler for nemnda

6.9.1 Utvalgets forslag

Utvalget tar utgangspunkt i forvaltningslovens habilitetsregler som gjelder for all offentlig forvaltning. Utvalget mener at for en klagenemnd som Konkurransklagenemnda vil habilitets spørsmål være særlig aktuelle fordi nemnda vil bestå av personer som har nemndsvervet som bierverv. I tillegg kommer det faktum at kravet til spesialkompetanse gjør at det i realiteten er en forholdsvis liten personkrets som er aktuelle som medlemmer i nemnda, noe som kan medføre uheldige rollekombinasjoner som kan være egnet til å svekke tilliten til nemndsmedlemmenes upartiskhet. Utvalget vurderer behovet for karenssperiode, men foreslår ikke regler om dette. Problemstillingen må derfor løses ved utformingen og praktiseringen av habilitetsreglene. Utvalget har vurdert om det er ønskelig med særlige regler om habilitet utover reglene i forvaltningsloven, og har særlig sett hen til reglene i domstolloven.

En viktig forskjell mellom forvaltningslovens og domstollovens regulering av habilitetsspørsmålet er at etter sistnevnte blir en dommer inhabil dersom vedkommende tidligere har behandlet saken som voldgiftsdommer eller i lavere rettsinstans som dommer eller lagrettemedlem, mens det samme ikke gjelder automatisk for en tjenestemann i forvaltningen. Utvalget anser at det vil kunne svekke tilliten til nemndas uavhengighet dersom (tidligere) ansatte i Konkurransetilsynet og departementet kunne behandle saker i klagenemnda, som de selv har deltatt i behandlingen av på et tidligere tidspunkt. Det samme gjelder der-

som et medlem i nemnda har behandlet saken i en annen klagenemnd.

Utvalget anser at regelen i domstolloven § 106 har en ordlyd som gjør at den ikke passer for et forvaltningsorgan, og foreslår derfor at reglene i forvaltningsloven skal gjelde, men skal suppleres med en særregel i lovutkastet § 8 om at tidligere befatning med saken i et annet forvaltningsorgan automatisk fører til inhabilitet.

Det vises for øvrig til utredningen punkt 8.4.6.2 for utvalgets vurdering.

6.9.2 Høringsinstansene

Konkurransetilsynet støtter utvalgets forslag til regulering av habilitetsspørsmålet. *Advokatforeningen* støtter også utvalgets forslag dersom det opprettes en klagenemnd, men mener at kravene til uavhengighet og habilitet vil kunne utelukke mange av de kandidater som har den nødvendige faglige kompetanse og at kravene også vil kunne være vanskelige å forene med annen virksomhet på konkurranseområdet.

For øvrig har ingen høringsinstanser uttalt seg om dette spørsmålet.

6.9.3 Departementets vurderinger

Departementet slutter seg til utvalgets forslag til regulering av habilitetsspørsmålet i lovforslaget. Departementet mener at å innskjerpe habilitetsreglene i forhold til det som gjelder etter forvaltningsloven, er viktig for å sikre tilliten til en uhildet, reell fornyet behandling i klageinstansen. Departementet er enig med utvalget i at det vil kunne svekke tilliten til klagenemndas upartiskhet dersom tidligere ansatte i departementet eller tilsynet, senere vil kunne delta i behandlingen av saken i nemnda. Regelen vil antagelig sammenfalle med resultatet av en habilitetsvurdering i nemnda etter forvaltningslovens § 6, men departementet anser at en uttrykkelig bestemmelse om inhabilitet i disse tilfellene vil føre til en klar, enkel regel.

I tillegg mener departementet at det ikke er grunn til å innskrenke inhabiliteten kun til de som har hatt befatning med saken i et forvaltningsorgan, men at den bør omfatte alle som har arbeidet med saken. Det samme bør etter departementet gjelde de som har hatt utredningsoppdrag i anledning saken på oppdrag av tilsynet, departementet, partene eller lignende. Det er grunn til å tro at disse tilfellene vil kunne oppstå relativt oftere på konkurranserettområdet på grunn av den relativt beskjedne krets av personer som vil være aktuelle

for nemnda. Uheldige rollekombinasjoner vil også kunne oppstå oftere på grunn av at medlemmene i nemnda, med unntak av leder, vil kunne ha nemndsvervet som bierverv ved siden av et hovederverv på samme rettsområde.

Departementet slutter seg til utvalgets forslag om at dersom leder er inhabil kan departementet oppnevne setteleder.

I tillegg mener departementet at det blir avgjørende for en effektiv og tillitsvekkende klagebehandling at nemndsleder raskt avklarer eventuelle habilitetsinnsigelser med de øvrige medlemmene når en ny sak kommer inn til nemnda, og helst allerede på et tidligere tidspunkt når det er klart at nemnda kan få en større klagesak. Det vises for øvrig til forvaltningsloven § 8 annet ledd om avgjørelse av habilitetsspørsmål i kollegiale organer.

Utvalget har i sitt utkast til § 8 annet punktum tatt inn en henvisning til forvaltningslovens regler om habilitet. Departementet viderefører ikke denne bestemmelsen da den anses overflødig.

Bestemmelsene om habilitet er tatt inn i forslag til ny § 38 i konkurranseloven.

6.10 Melding om klage og klagefrist

6.10.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at Konkurransetilsynet skal informere Konkurransesklagenemnda når tilsynet mottar en klage, jf. utvalgets forslag til § 9. Begrunnelsen er at nemnda, og da særlig lederen, skal kunne forberede seg til klagesaken og undersøke hvilke nemndsmedlemmer som er tilgjengelige for klagesaken. Dette er særlig viktig i fusjonssaker hvor det er stramme tidsrammer for saksbehandlingen.

Utvalget har også vurdert behovet for særlige regler om klagefrist i saker for Konkurransesklagenemnda eller om fristene etter gjeldende rett er tilstrekkelige. Etter gjeldende rett følger fristene for klagesaker etter konkurranseloven av reglene i forvaltningsloven, med unntak for klager i fusjonssaker hvor klagefristen er regulert i konkurranseloven § 20 a første ledd.

For saker om overtredelsesgebyr, som i dag overprøves av tingretten, er søksmålsfristen ifølge konkurranseloven § 29 seks måneder. Utvalget ønsket ikke å innskrenke denne fristen, da den etter utvalgets vurdering er nødvendig for å forberede en klage i alvorlige og ofte omfattende og kompliserte saker. Utvalget foreslår derfor en regel om klagefrist på 6 måneder i § 10 første ledd. Utvalget foreslår også en regel om klagefrist på 2 måneder ved klager på påbud om opphør.

Begrunnelsen er at også dette er saker som kan være omfattende og kompliserte, men siden det ikke er snakk om en alvorlig sanksjon slik som i overtredelsesgebyrsakene krever det som regel ikke like omfattende forberedelser. For de øvrige sakene nemnda skal behandle foreslår ikke utvalget noen endringer.

6.10.2 Høringsinstansene

Ingen av høringsinstansene har merknader til disse bestemmelsene.

6.10.3 Departementets vurderinger

Departementet støtter utvalgets forslag til § 9 som pålegger Konkurransetilsynet å varsle Konkurranselagenemnda når de mottar en klage. Departementet anser at dette er viktig av hensyn til å gjøre nemnda i stand til å forberede seg på en mulig klagebehandling. Dette er særlig viktig i fusjonsklagesaker som typisk er svært omfattende og kompliserte og hvor fristene for klagebehandling er svært knappe. Det er derfor avgjørende at klagenemnda så tidlig som mulig blir gjort oppmerksom på en kommende klagesak, slik at den kan sørge for at de av nemndas medlemmer som skal behandle klagen vil kunne sette av tid til dette.

Departementet er også enig i utvalgets forslag til § 10 om klagefrist. For overtredelsesgebyr foreslås det en klagefrist på seks måneder. Det tilsvarende fristen for å reise søksmål over Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr etter gjeldende rett, jf. konkurranseloven § 29 tredje ledd femte punktum. Departementet er enig i at med tanke på sanksjonens alvor og hvor omfattende og komplisert den typiske overtredelsesgebyrsak er, vil seks måneder være en passende frist. Søksmålsfristen på seks måneder opprettholdes for søksmål over nemndas vedtak jf. forslaget til endringer i konkurranseloven § 29.

Saker hvor Konkurransetilsynet gir pålegg om opphør, vil også kunne være kompliserte og omfattende. Imidlertid er det ikke tale om en alvorlig sanksjon og det er typisk aktuelt for mindre alvorlige overtredelser. En frist på to måneder vil derfor som regel være tilstrekkelig til å vurdere og forberede en klage til nemnda. Departementet slutter seg på denne bakgrunn til utvalgets vurderinger og forslaget i utkastet § 9 og § 10.

Klagefristbestemmelsene er tatt inn i forslaget til ny § 39 første ledd første og annet punktum. Bestemmelsen om at Konkurransetilsynet skal informere nemnda når en klage mottas er tatt inn i

forslaget til ny § 39 første ledd tredje punktum, med en noe endret ordlyd. Se også spesialmerkningene i kapittel 9.

6.11 Nærmere om nemndas avgjørelser

6.11.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår i § 11 at nemnda skal treffe avgjørelser og vedtak ved alminnelig flertall jf. tvisteloven § 19-3. Utvalget anser det hensiktsmessig at nemnda treffer avgjørelser ved flertallsvedtak og at det føres skriftlig protokoll som underskrives av nemndsmedlemmene. Utvalget mener at avstemningen i nemnda bør følge reglene i tvisteloven § 19-3 tredje og fjerde ledd, da disse reglene sørger for tilstrekkelig klarhet og notoritet ved avgjørelsene, men samtidig er fleksible nok til å kunne tilpasses forskjeller i sakene nemnda skal behandle.

Siden nemnda skal være et kollegialt organ som treffer vedtak ved flerstemmighet vurderte utvalget om det skal gis regler som pålegger nemnda å opplyse om dissenser og om disse i så fall skal grunngis. Etter utvalgets syn er en slik regel viktig både for legitimiteten til nemndas avgjørelser og for partenes vurdering av om de skal bringe nemndas avgjørelse inn for domstolene. Utvalget foreslo derfor at ved dissens skal tvisteloven § 19-6 (3) gjelde tilsvarende. Bestemmelsen medfører at det skal opplyses om avgjørelsen er enstemmig, og dersom den ikke er det skal det opplyses om hvem som er uenig og hvilke punkter uenigheten gjelder.

Utvalget har også vurdert om klagenemnda skal ha anledning til å omgjøre sine avgjørelser, jf. forvaltningsloven § 35. Utvalget mener at nemndas uavhengighet og funksjon som tvisteløsende organ tilsier en snevrere adgang til omgjøring enn den som følger av forvaltningsloven. Utvalget anser at nemnda ikke bør belastes med omgjøringsbegjæringer, og at den grundige saksbehandlingen som utvalget legger opp til gjør at dette heller ikke er nødvendig. Utvalget ønsker imidlertid ikke å avskjære adgangen til omgjøring fullstendig og foreslår at nemnda skal kunne omgjøre sine avgjørelser der disse er ugyldige.

Når det gjelder adgangen til å rette feil i sine avgjørelser anser utvalget at nemnda bør ha anledning til dette. Utvalget foreslår derfor at tvistemålsloven § 19-8 om retting skal gjelde tilsvarende for nemnda. Bestemmelsen medfører at nemnda kan rette feil i en avgjørelse der feilen har ført til at avgjørelsen har fått en utforming som ikke stemte med nemndas intensjon. Rettingsadgangen kan

ikke benyttes til å rette avgjørelsens innhold, bevisvurderingen eller rettsanvendelsen.

Utvalget er delt på midten i spørsmålet om benyttelse av muligheten til klagenemndsbehandling skal være en søksmålsbetingelse. Tre medlemmer, Teigum, Lunde og Bragdø-Ellenes, mener at partene bør kunne velge mellom klage til nemnda og klage til tingretten. De tre øvrige medlemmene, Ulvin, Widme og Laastad, mener at klage til nemnda bør være en prosessforutsetning.

De av utvalgets medlemmer som ønsker at behandling i Konkurransklagenemnda skal være en prosessforutsetning foreslår at dette kan gjennomføres ved en lovbestemmelse om at søksmål om lovligheten av Konkurransetilsynets vedtak ikke kan reises med mindre adgangen til å klage er benyttet. For det tilfellet at Konkurransklagenemnda ikke treffer vedtak innen rimelig tid ble er det foreslått en bestemmelse som medfører at søksmål likevel skal kunne reises når det er gått 12 måneder fra klage første gang ble framsatt, og det ikke skyldes forsømmelse fra klagerens side at klageinstansens avgjørelse ikke foreligger.

Utvalgets medlemmer som ikke ønsker at klagenemndsbehandling skal være en søksmålsbetingelse, ønsker en bestemmelse i loven som sier at forvaltningsloven § 27 b ikke skal gjelde for vedtak som treffes av Konkurransetilsynet eller Konkurransklagenemnda i første instans. Dette vil avskjære Konkurransetilsynets mulighet til å bestemme at klagenemndsbehandling skal være en prosessforutsetning i det enkelte vedtak.

Utvalget mener både egne vernetingsregler, samt fagkyndige meddommere er nødvendig ved overprøving av konkurranserettslige saker. Utvalget foreslår at søksmål mot Konkurransklagenemndas vedtak og avgjørelser skal rettes mot staten ved Konkurransetilsynet og anlegges ved Borgarting lagmannsrett. Bakgrunnen for at søksmål skal gå direkte for én lagmannsrett er at konkurransesakene krever høy faglig kompetanse for å behandles på en tilfredsstillende måte. Det er bred enighet om at en klagenemnd må ha tilstrekkelig faglig kompetanse, og utvalget ser ingen grunn til at den konkurransefaglige forståelsen skal være svakere når sakene behandles i domstolene. Som det fremgår av utredningens beskrivelse av blant annet svensk og fransk rett (se utredningen kapittel 5), er domstolsbehandlingen av konkurranserettslige saker i flere andre land spesialisert ved at den er lagt til egne forvaltningsdomstoler eller egne avdelinger ved alminnelige domstoler.

Ved å la konkurranserettslige tvister ha særskilt verneting ved én domstol, oppnås en spesialisering ved at dommere der får flere konkurran-

sesaker til behandling. Utvalget peker på at dette kan være en god løsning også for behandling av tvister i konkurransesaker, på grunn av behovet for særskilt fagkompetanse. Ved en regel om særskilt verneting får domstolen som skal behandle de materielle konkurranserettssakene mulighet til å bygge opp særlig kompetanse på dette området.

Utvalget mener særskilt verneting bør legges til Borgarting lagmannsrett eller eventuelt Oslo tingrett dersom sakene ikke skal gå direkte for lagmannsretten, fordi disse domstolene er av en viss størrelse og fordi de fleste foretakene involvert i konkurransesaker erfaringsmessig har hovedkontor på Østlandet. Domstolens størrelse er viktig fordi konkurransesakene kan være meget omfattende, og uten tilstrekkelig dommerkapasitet å sette av til slike saker vil saksbehandlingstiden kunne bli lang. Videre er det et poeng å velge en domstol som er stor nok til at den egner seg for uformell spesialisering.

Det særlige behovet for fagkompetanse innen konkurranserett og konkurranseøkonomi kan i tillegg oppnås ved å benytte fagkyndige meddommere med relevant kompetanse.

I mange konkurranserettslige tvister står store økonomiske verdier på spill og private parter har i mange tilfeller behov for rask avklaring. Ved å bringe sakene direkte inn for lagmannsretten oppnås også en reduksjon i antall rettsinstanser slik at sakene raskere kan få en endelig avklaring/rettskraftig dom enn om de skulle gå veien om tingretten.

Utvalget er som nevnt delt med hensyn til om klage til nemnda skal være en prosessforutsetning. Utvalget ser for seg at hvis partene kan velge domstolsbehandling i stedet for klagenemnd, så bør saken starte i tingretten. Velger partene derimot nemndsbehandling eller nemndsbehandling gjøres til en prosessforutsetning, så bør saken kunne bringes direkte inn for lagmannsretten. Slik oppnås altså både spesialisering og raskere total saksbehandlingstid.

Utvalget har også vurdert mot hvem et søksmål mot Konkurransklagenemndas vedtak og avgjørelser bør rettes og har kommet til at rett saksøkt bør være staten ved Konkurransetilsynet.

Etter tvisteloven § 1-5 skal søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak reises mot den myndighet som har truffet avgjørelsen i siste instans. Staten anses her som en myndighet, og søksmål skal derfor reises mot staten. Etter tvisteloven § 2-5 første ledd, jf. domstolsloven § 191 skal departementet anses som statens stedfortreder ved søksmål mot staten.

Det kan fastsettes i lov at søksmål mot klagenemndas avgjørelser skal rettes mot staten ved klagenemnda. Eksempler på klageorganer hvor søksmål skal rettes mot staten ved klageorganet, er Medieklagenemnda og UNE.

Ettersom det er Konkurransklagenemndas vedtak som skal behandles for domstolen, vil nemnda og Konkurransetilsynet ha bedre kjennskap til avgjørelsen enn departementet har. Hensynet til nemndas og Konkurransetilsynets uavhengighet til departementet taler også for at søksmål rettes enten mot Konkurransklagenemnda eller Konkurransetilsynet. Departementet kan ha et annet syn på nemndas vedtak, og prosessen for domstolen kan da bli preget av dette. Utvalget anbefaler derfor ikke at søksmål rettes mot staten ved departementet.

Utvalget viser til EU-domstolens avgjørelse i sak C-222/13 TDC, der det danske Teleklagenævnet ikke ble ansett tilstrekkelig uavhengig fra den danske stat til å ha adgang til å forelegge prejudisielle tolkningsspørsmål til EU-domstolen, blant annet på grunn av at domstolsprøvingen av nemndas vedtak gikk ut på at søksmål må rettes mot nemnda og ikke Ervervsstyrelsen, hvis vedtak nemnda klagebehandler. Denne ordningen gir nemnda en partsrolle i domstolsprøvingen, og dette svekker nemndas uavhengighet. På denne bakgrunn foreslo utvalget at søksmål mot klagenemndas vedtak og avgjørelser rettes mot staten ved Konkurransetilsynet. Utvalget la til grunn at dette også er viktig i andre relasjoner, som ved vurderingen av om nemnda er å anse som et «tribunal» i EMK artikkel 6 forstand.

6.11.2 Høringsinstansene

Høringsinstansene har ingen merknader til bestemmelsene i utvalgets lovforslag § 11 om avgjørelser og vedtak og § 13 om retting. Kun to høringsinstanser har uttalt seg om utvalgets forslag til § 12 om nemndas omgjøringsadgang. *Forbrukerombudet* mener at nemndas omgjøringsadgang ikke bør innskrenkes, men følge forvaltningsloven § 35 og at Konkurransetilsynet bør ha adgang til å begjære omgjøring. *Forbrukerombudet* anser at dette er viktig for å sørge for korrekte avgjørelser, og viser til et eksempel fra Markedsrådet hvor rådet etter begjæring fra Forbrukerombudet omgjorde sin egen avgjørelse med begrunnelsen at det opprinnelige vedtaket bygget på feil rettsanvendelse.³

Konkurransetilsynet støtter innskrenkningen av omgjøringsadgangen i forhold til forvaltningsloven § 35. Begrunnelsen er at denne langt på vei er den samme som gjelder for departementet etter gjeldende rett og at disse reglene er hensiktsmessige for å sikre uavhengigheten også mellom konkurransemyndighetene.

Når det gjelder spørsmålet om klage til nemnda skal være en betingelse for å bringe saken inn for domstolene svarer *Regjeringsadvokaten*, *Arbeidsgiverforeningen Spekter* og *Finans Norge* bekreftende på dette. *Regjeringsadvokaten* anser at dersom det først skal opprettes en klagenemnd på området er det viktig at den benyttes. Dette vil øke kvaliteten på og tilliten til nemndas avgjørelser. *Arbeidsgiverforeningen Spekter* mener at det ikke er behov for å gå direkte til domstolene, noe som vil gi en dyrere og mer tidkrevende prosess. *Finans Norge* begrunner sitt standpunkt med hensynet til en mest mulig ensartet praksis og effektivitetshensyn.

NHO og *Advokatforeningen* ønsker ikke at det skal være en prosessforutsetning at klageadgangen er utnyttet før saksanlegg. *NHOs* begrunnelse er at dersom klager ikke anser nemnda som kompetent bør klager kunne velge å gå direkte til domstolen. *Advokatforeningen* anser at tvungen nemndsbehandling vil føre til at sakene blir mer ressurskrevende, mer kostbare og ta lengre tid for alle involverte, stikk i strid med formålet for opprettelse av en konkurranseklagenemnd, særlig dersom nemnda ikke oppnår den forutsatte legitimitet og sammensetning som forutsatt.

Justis- og beredskapsdepartementet uttaler seg ikke om spørsmålet om forvaltningsklage bør være en prosessforutsetning, men kommenterer forslaget om at dersom det ikke foreligger noen avgjørelse innen tolv måneder fra klagen er frem satt og dette ikke skyldes forsømmelse hos klager, så kan søksmål reises. *Justis- og beredskapsdepartementet* foreslår at grensen heller bør være seks måneder i samsvar med forvaltningsloven § 27 b og i lys av regelen om behandling innen rimelig tid etter EMK artikkel 6.

Når det gjelder spørsmålet om vernetting og hvem et søksmål skal rettes mot støtter *NHO* utvalgets forslag om at søksmål skal gå direkte til en utvalgt lagmannsrett og skal rettes mot staten ved Konkurransetilsynet. *Advokatforeningen* er skeptisk til å la sakene gå direkte til lagmannsretten og viser til kravene i EMK protokoll 7 og de praktiske utfordringer foreningen anser nemnda vil ha knyttet til sammensetning og faren for at et slikt særorgan ikke vil ha det nødvendige fokus på de særlige rettssikkerhetskrav som stilles til straf-

³ Jf. Markedsrådssak MR-2012-1245 (Atomic).

fesaksbehandling. *Justisdepartementet* uttrykker tvil om at konkurransesakene bør gå direkte til lagmannsretten. Departementet viser til at det er et sentralt prinsipp i norsk sivilprosess at alle saker begynner i tingrettene, uansett deres vanskelighetsgrad eller økonomiske betydning. Vår domstolsordning bygger på at tingrettene anses kompetente i alle typer saker. Regler om tvungent vernetting, eventuelt kombinert med en plikt til å sette rett med fagkyndige meddommere, vil sikre at tingretten er godt rustet til å behandle denne type saker. Dersom det er ønskelig med en rask avklaring, kan en ordning med samtykke for å fremme anken, slik som i tvisteloven § 36-10 tredje ledd være en mulig løsning.

Domstolsadministrasjonen gir anvisning på et mulig kompromiss mellom flertallet og mindretallets løsning ved en modifikasjon av utvalgets modell 2 som medfører at sakene om overtredelsesgebyr behandles ved tingretten som førsteinstans, mens de øvrige sakene går direkte til lagmannsretten, eventuelt kombinert med særlige regler om begrensninger i ankeadgangen, forutsatt at klagenemndsbehandling er en prosessforutsetning. For øvrig viser *Domstolsadministrasjonen* til at en begrunnet silingsavgjørelse utgjør en overprøving i EMKs forstand, noe som medfører at kravet om overprøving i to rettsinstanser er oppfylt. Når det gjelder valg av allokert domstol anser *Domstolsadministrasjonen* at det er grunn til å vurdere andre enn Oslo tingrett/Borgarting lagmannsrett, for eksempel Nedre Romerike tingrett/Eidsivating lagmannsrett hvor det er god adkomst og kortere saksbehandlingstid.

Konkurransetilsynet støtter utvalgets anbefaling om særlig vernetting og at sakene bør gå direkte til lagmannsretten dersom klagesaksbehandling blir en søksmålsforutsetning.

6.11.3 Departementets vurderinger

Departementet støtter utvalgets forslag om at nemnda skal treffe avgjørelser ved alminnelig flertall, slik det er foreslått i lovforslaget § 11. Dette er i samsvar med at nemnda skal være et kollegialt organ. Departementet er også enig i at dissenser bør grunnis og at reglene i tvisteloven § 19-6 tredje ledd som sier at det skal opplyses om avgjørelsen er enstemmig og at ved dissens skal det opplyses hvem som er uenig, og hvilke punkter uenigheten gjelder, er et godt utgangspunkt også i saker for Konkurransesklagene. Imidlertid er departementet ikke enig i at det bør henvises til reglene i tvisteloven § 19-3 slik utvalget foreslår i utkastet § 11. Etter departementets syn er henvis-

ningen uklar da det er så pass store forskjeller i forhold til saksbehandlingen i Konkurransesklagene at det er usikkert hva henvisningen egentlig medfører. Dette gjelder for eksempel regelen om rådslagning så snart som mulig etter muntlig behandling som er uklar da det for nemnda ofte vil være en kombinasjon av skriftlig og muntlig behandling på forskjellige tidspunkter i saksbehandlingen. Reglene om meddommere og avgjørelse ved stemmelikhet er heller ikke relevante. Når det gjelder tvisteloven § 19-6 tredje ledd er departementet enig i at dette er en hensiktsmessig regel også for Konkurransesklagene, men ønsker å ta regelen direkte inn i forslaget til den nye loven, da dette etter departementets syn gir en mer oversiktlig og helhetlig lov også for brukere uten særlig kjennskap til sivilprosess. Bestemmelsen om flertallsvedtak og dissens er tatt inn i forslaget til ny § 35 i konkurranseloven.

Departementet slutter seg også til utvalgets vurdering av spørsmålet om klagenemndas omgjøringskompetanse. Det er særlig hensynet til at nemnda ikke skal belastes med en rekke omgjøringsbegjæringer, samt nemndas rolle som uavhengig tvisteløsningsorgan som tilsier dette. Departementet støtter også adgangen til omgjøring av ugyldige avgjørelser, da det ville være inefektivt bruk av ressurser dersom nemnda skulle være avskåret fra dette. Departementet har tatt inn en bestemmelse om at nemnda kan omgjøre egne vedtak dersom de er ugyldige i § 8 tredje ledd siste punktum. Bestemmelsen er en uttømmende regulering av nemndas omgjøringsadgang.

Departementet slutter seg også til forslaget om adgang til retting av åpenbare feil og mangler. Imidlertid ønsker departementet at en regel som i hovedsak tilsvare tvisteloven § 19-8 første ledd tas inn i loven, fremfor en henvisning til tvisteloven § 19-8 slik utvalget foreslår. Bakgrunnen er langt på vei den samme som for tvisteloven § 19-3 og § 19-6 tredje ledd ovenfor.

Departementet har vurdert om klage til nemnda bør være en prosessforutsetning. Etter departementets vurdering er det viktige hensyn som taler både for og imot, slik det også fremgår av utvalgets innstilling og høringsuttalelsene beskrevet ovenfor. Departementet har kommet til at klage til nemnda bør være en prosessforutsetning og at dette må ses i sammenheng med helheten i de løsningene som er valgt. Departementet har valgt en løsning hvor samtlige av Konkurransetilsynets avgjørelser som kan påklages, med unntak av vedtak etter pristiltaksloven,

skal kunne klages inn for nemnda. Dette gjelder også de saker som i dag kun overprøves i domstolene. Bakgrunnen for dette valget er å sikre en spesialisert overprøving i konkurransesakene som vil gi materielt riktige avgjørelser og en effektiv, rask og ressursbesparende saksbehandling. I tillegg vil denne løsningen bidra til å møte de utfordringer et lite og uforutsigbart sakstilfang reiser. Departementet har valgt den løsningen som gir nemnda det største mulige sakstilfanget. Departementet mener at dette også er avgjørende for at nemnda skal tiltrekke seg den nødvendige kompetansen for å bli et organ med den nødvendige tillit hos brukerne og i samfunnet for øvrig. Et størst mulig sakstilfang er også nødvendig for å vedlikeholde og videreutvikle nemndas kompetanse innen konkurranserett og -økonomi. At samtlige konkurranseklagesaker går for nemnda vil også antagelig føre til en mer enhetlig behandling av konkurransesakene. Departementet anser at denne løsningen vil føre til at samtlige klager over Konkurransetilsynets avgjørelser i konkurransesaker blir behandlet av en nemnd med særlig kompetanse på dette kompliserte rettsområdet. Dette vil sikre en mest mulig enhetlig og korrekt behandling av disse sakene, som ofte har betydning for en krets langt videre enn partene og de direkte berørte og som er viktige for samfunnet som helhet.

Departementet ser at det er mothensyn, som påpekt av Advokatforeningen og NHO. Dersom partene ikke har den nødvendige tilliten til klagenemnda, kan det anses som urimelig og lite effektivt om de uansett må benytte seg av klageordningen. Departementet er av den oppfatning at med de saksbehandlingsregler som er oppstilt for å trygge en sikker og effektiv behandling av sakene og med den rette kompetansen i nemnda vil nemndsbehandling være et godt alternativ til en ofte tidkrevende og kostbar domstolsbehandling. Departementet mener det også som avgjørende

for klagenemndas funksjon at den er sikret et høyest mulig antall saker allerede fra oppstarten. Løsningen må også ses i sammenheng med forslaget om at søksmål over nemndas vedtak bringes direkte inn for lagmannsretten. Det vil medføre at tvungen nemndsbehandling ikke fører til et ekstra trinn ved overprøvingen av Konkurransetilsynets vedtak, jf. § 39 siste ledd.

Når det gjelder hvilken lagmannsrett som skal behandle søksmål over klagenemndas vedtak, foreslår departementet at dette legges til Gulating lagmannsrett. Bakgrunnen er at departementet foreslår at Konkurransklagenemnda opprettes i Bergen, hvor det finnes et solid fagmiljø – Universitetet i Bergen, Norges Handelshøyskole, Bergen Centre for Competition Law and Economics (BECCLE) i tillegg til Konkurransetilsynet og enkelte selskaper som har kompetanse på konkurranserett og konkurranseøkonomi.

Bestemmelse om at forvaltningsklage er en forutsetning for søksmål er tatt inn i forslag til ny § 39 annet ledd. Det er også foreslått en regel i § 39 annet ledd annet punktum basert på forvaltningsloven § 27 b om anledning til å gå til søksmål uten forutgående behandling i nemnda dersom det er gått seks måneder fra klagen ble fremsatt og det ikke skyldes forsømmelse fra klagerens side at nemndas vedtak eller avgjørelse ikke foreligger. Dette er ment som en sikkerhetsventil for de tilfeller at nemnda ikke behandler en sak innen rimelig tid og er også en god regel sett i lys av EMKs krav om avgjørelse innen rimelig tid, se ovenfor under punkt 3.4.

Departementet slutter seg til utvalgets vurdering av at søksmål skal reises mot staten ved Konkurransetilsynet og ikke mot Konkurransklagenemnda for å forhindre eventuelle utilsiktede virkninger i forhold til vurderingen av nemndas uavhengighet. Bestemmelse om dette er tatt inn forslaget til § 39 siste ledd.

7 Forslag til andre endringer i konkurranseloven

7.1 Innledning

Departementet sendte på høring et forslag til endringer i konkurranseloven 11. mars 2015. Høringsfristen utløp 11. juni d.å. Høringsinstansene var i det alt vesentlig de samme som for høringen av forslag til lov om klagenemnd for konkurransesaker, se punkt 2.4 i proposisjonen. De viktigste materielle endringene som departementet foreslo i høringen, er forslaget om å harmonisere inngrepsvilkåret og velferdsstandarder med EU/EØS-regelverket og øvrige deler av konkurranseloven, samt innføre en forliksordning for kartellsaker. I tillegg ble det foreslått enkelte tekniske endringer for å harmonisere begrepsbruk, tydeliggjøre reglene og oppdatere markedsandelsterskler i samsvar med endringer i EU.

Departementet har mottatt 22 høringsuttalelser. Advokatfirmaet Wiersholm AS, Advokatforeningen, Justis- og beredskapsdepartementet, Konkurransetilsynet, Norsk Journalistlag og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) har merknader.

Arbeids- og sosialdepartementet, Arbeidsgiverforeningen Spekter, Brønnøysundregistrene, Det nasjonale statsadvokatembetet, Domstolsadministrasjonen, Finansdepartementet, Handelshøyskolen BI, Helse- og omsorgsdepartementet, Klima- og miljødepartementet, Kopinor, Kunnskapsdepartementet, Landbruks- og matdepartementet, Landsorganisasjonen i Norge, Olje- og energidepartementet, Samferdselsdepartementet og Utenriksdepartementet har ikke merknader.

7.2 Endring av inngrepsvilkår i konkurranseloven § 16

7.2.1 Høringsnotatet – forslag om endring av inngrepsvilkåret i konkurranseloven § 16 første ledd

Konkurranselovutvalget foreslo i NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov å endre inngrepsvilkåret i konkurranselovens § 16 første ledd, for å harmonisere inngrepshjemmelen i norsk fusjonskontroll med EU/EØS-retten og øvrige deler av

konkurranseloven. I høringsnotatet av 11. mars 2015 pekte departementet på at dette forslaget ble sendt på høring, men ikke fulgt opp i Prop. 75 L (2012–2013) Endringer i konkurranseloven.

Departementet viste videre til at etter gjeldende rett § 16 første ledd skal Konkurransetilsynet forby foretakssammenslutninger som «*vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål.*» Bestemmelsen inneholder det som kalles en SLC-test (Substantial Lessening of Competition), der en foretakssammenslutning skal stanses dersom den fører til at konkurransen blir vesentlig begrenset, eller dersom konkurransen allerede er vesentlig begrenset og dette forsterkes ytterligere gjennom foretakssammenslutningen.

Videre påpekte departementet at fusjonsreglene i EU og EØS, samt i de fleste nasjonale konkurranselover i EU er utformet annerledes, og innebærer at en foretakssammenslutning stanses dersom den i «*betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse på det felles marked eller i en vesentlig del av det, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes*», jf. rådsforordning (EF) nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger artikkel 2. nr. 3. Dette omtales som en SIEC-test (Substantial Impediment to Effective Competition).

Departementet pekte videre på at NOU 2012: 7 beskriver den teoretiske forskjellen mellom disse to alternativene på sidene 99 – 116. Departementet mente at det er liten praktisk forskjell mellom de to alternativene, men at det kan hevdes at dagens norske regel gjør det litt enklere å gripe inn mot små gradvise oppkjøp når konkurransen allerede er svekket, men at den bestemmelsen som utvalget den gang foreslo gjør det enklere å gripe inn mot etableringer av oligopoler som legger til rette for samordnet opptreden. Men departementet viste til at det i praksis er vanskelig å peke på konkrete saker der disse forskjellene vil lede til et ulikt resultat.

Departementet mente i høringsbrevet at fordelene med å endre fra SLC-test til SIEC-test var hensynet til harmonisering med tilsvarende regler i

andre europeiske jurisdiksjoner, som igjen vil innebære en regelforenkling.

7.2.2 Høringsnotatet – forslag om endring av effektivitetsforsvaret – fra totalvelferdsstandard til konsumentvelferdsstandard – konkurranseloven § 16 første ledd

I høringsnotatet av 11. mars 2015 viste departementet til at effektivitetsforsvaret i fusjonskontrollreglene innebærer at dersom skadevirkningene ved begrenset konkurranse vil oppveies på grunn av effektivitetsgevinster som oppstår som følge av foretakssammenslutningen, er det ikke hjemmel i loven til å gripe inn mot foretakssammenslutningen.

Videre redegjorde departementet for at konkurranseloven § 16, gjennom henvisningen til lovens formålsbestemmelse, er tolket slik at effektivitetsforsvaret er basert på en totalvelferdsstandard. Dette innebærer at når konkurransemyndighetene vurderer om en konkurransebegrensende foretakssammenslutning skal tillates eller ikke, vurderes skadevirkningen for samfunnet ved begrenset konkurranse først og fremst som den endring i dødvektstapet som oppstår ved at høyere pris leder til et lavere omsatt kvantum av den aktuelle varen eller tjenesten. Den umiddelbare skadevirkningen for kundene ved høyere pris regnes ikke direkte med som en skadevirkning, annet enn som en forutsetning for at dødvektstapet endrer seg. Endelig viste departementet til at en svekkelse av konsumentoverskuddet gjennom høyere pris motsvares av en styrking av produsentoverskuddet, og således er samfunnsøkonomisk nøytral.

Departementet redegjorde videre for at dersom den samfunnsøkonomiske skadevirkningen oppveies av samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster, for eksempel hvis stordriftsfordeler gir en mer effektiv produksjon, vil konkurransebegrensende foretakssammenslutninger likevel tillates. I en samfunnsøkonomisk totalvelferdsanalyse er det irrelevant om effektivitetsgevinstene veltes over på kundene eller ikke. En konkurransebegrensende foretakssammenslutning kan således godkjennes selv om kundene får høyere pris eller lavere kvalitet, dersom bedriftsinterne effektivitetsgevinster overstiger den økning i dødvektstapet som oppstår ved at konkurransen begrenses.

SIEC-testen, som departementet foreslo innført i konkurranseloven § 16 første ledd i høringsnotatet av 11. mars 2015, innebærer en annen regel. Slik denne bestemmelsen tolkes og anvendes i EU-retten, skal det gripes inn mot kon-

kurransebegrensende foretakssammenslutninger som gir et negativt resultat for kundene, uavhengig av om foretakssammenslutningen er samfunnsøkonomisk lønnsom eller ikke, se Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger punkt 79 flg. Dette kalles en konsumentvelferdsstandard eller forbrukervelferdsstandard. Effektivitetsgevinster skal etter denne regelen hensyntas bare dersom de er fusjonsspesifikke og overveltes på kundene i tilstrekkelig grad til at de oppveier tapet kundene påføres ved redusert konkurranse. Konkurranselovens forbudsbestemmelser i §§ 10 og 11 tolkes på samme måte. For en nærmere omtale av dette temaet viste departementet til Konkurranselovutvalgets vurderinger i NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov på sidene 103 – 116.

Fusjonskontrollreglene i nasjonale rettsordener i og utenfor EU varierer noe med hensyn til om de anvender SLC- eller SIEC-testen, men det ble påpekt av departementet at de aller fleste fusjonskontrollregimer anvender konsumentvelferdsstandard. Departementet viste til at gjeldende § 16 første ledd således skiller seg på dette punktet fra både de øvrige reglene i den norske konkurranseloven, og fra fusjonskontrollreglene i andre jurisdiksjoner.

Departementet viste til at det teoretisk sett er en tydelig forskjell på dagens fusjonskontrollbestemmelse og bestemmelsen som ble foreslått i høringen 11. mars 2015. Dette er nærmere beskrevet i NOU 2012: 7 sidene 113 – 114. Departementet understreket likevel i høringen at også denne endringen antas å få liten betydning for hvilke foretakssammenslutninger det gripes inn mot, siden det uansett er svært uvanlig i norsk fusjonskontrollpraksis at konkurransebegrensende foretakssammenslutninger aksepteres på grunn av effektivitetsgevinster.

Likevel mente departementet at det ikke er noen grunn til at Norge skal ha ulike måter å vurdere inngrep mot ulike former for konkurranse-skadelig adferd i samme lov, eller til at Norge skal ha fusjonskontrollregler som er annerledes enn våre naboland. Departementet mente at en harmonisering med reglene i våre naboland og i øvrige deler av konkurranseloven er et viktig hensyn i seg selv, og gir en viss forenkling-virkning.

7.2.3 Høringsinstansenes merknader

Advokatfirmaet Wiersholm AS støtter forslaget om å endre inngrepsvilkåret fra en SLC-test til en SIEC-test, selv om det er liten, om noen, praktisk

forskjell mellom de to. Hensynet til harmonisering med EU/EØS-retten taler på sin side for en overgang til SIEC-testen. Wiersholm er også positive til en endring av effektivitetsforsvaret fra en totalvelferdsstandard til en konsumentvelferdsstandard, ikke minst hvis SLC-testen skal erstattes med en SIEC-test. Som departementet stiller de seg tvilende til den praktiske betydningen av sistnevnte, selv om det teoretisk sett er en vesensforskjell. Wiersholm understreker i denne sammenheng at det er viktig at Konkurransetilsynet ikke anvender et strengere beviskrav i tilknytning til effektivitetsforsvaret enn hva det er grunnlag for.

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) er positive til forslagene, men understreker at en praktisering av SIEC-testen må være det samme som i EU. Dette vil føre til en forenkling, som gir forutberegnelighet for næringslivet.

Justis- og beredskapsdepartementet har ingen merknader til de materielle endringene som en harmonisering av inngrepsvilkåret i konkurranseloven § 16 medfører. Når det gjelder utformingen av forslaget i § 16 første ledd første punktum, er det behov for en omstrukturering, slik at det klart fremgår at vilkåret for å forby foretakssammenslutninger er at foretakssammenslutningen i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse. Deretter kan det presiseres at foretakssammenslutninger som medfører at en dominerende stilling styrkes eller skapes, vil være forhold som anses å hindre effektiv konkurranse i betydelig grad.

Advokatforeningen støtter forslaget om EU/EØS-harmonisering av inngrepsvilkåret. Dette vil være en klar gevinst for lovens adressater, som følge av større forutsigbarhet. En overgang til en SIEC-test vil også i prinsippet bidra til at ressursene i fusjonskontrollen rettes mot foretakssammenslutninger som har en tydelig merkbar virkning. De praktiske konsekvensene av de foreslåtte virkningene antas å imidlertid å være små. Det legges til grunn at den foreslåtte harmoniseringen av inngrepsvilkåret innebærer at retningslinjer og relevant praksis fra EU og EØS vil være relevante rettskilder for tolkning av bestemmelsen. For å skape forutsigbarhet anbefales at dette kommer tydelig fram i forarbeidene, på samme måte som i forarbeidene til atferdsreglene i Ot.prp. nr. 6 (2003–2004).

Advokatforeningen har heller ingen innvendinger mot departementets forståelse av at en overgang til en SIEC-test i konkurranselovens inngrepsvilkår implisitt fører til at effektivitetsforsvaret endres fra en totalvelferdsstandard til en konsumentvelferdsstandard. Men foreningen legger til grunn at endringen ikke får store konsekvenser

i praksis, fordi beviskravene for partenes påberopte effektivitetsgevinster som kreves av konkurransemyndighetene er så høye, at det sjelden eller aldri vil være mulig å nå frem med disse.

Videre mener Advokatforeningen at det vil være naturlig også å vurdere en harmonisering av formålet med avhjelpende tiltak i konkurranseloven § 16 annet ledd. Etter sin ordlyd kan konkurranseloven § 16 annet ledd potensielt tolkes som at avhjelpende tiltak fullt ut skal nullstille enhver konkurransebegrensende virkning av foretakssammenslutningen når inngrepsvilkåret i første ledd er oppfylt. Gjennom tilsynets og departementets vedtakspraksis synes det imidlertid klart at det er tilstrekkelig at de avhjelpende tiltakene sikrer at inngrepsvilkåret i første ledd ikke lenger er oppfylt (det vil si at det kan være akseptabelt at en mindre betydelig begrensning av konkurransen oppstår selv med de avhjelpende tiltakene). Denne tolkningen er åpenbart rimelig, og for øvrig i overensstemmelse med årsakssammenhengskravet. Det er ingen grunn til å forby foretakssammenslutninger med foreslåtte vilkår som medfører at det ikke foreligger grunnlag for inngrep. Alternativet vil også innebære en strengere inngrepsnorm der det tilbys avhjelpende tiltak enn der de samme tiltakene er gjennomført før foretakssammenslutningen meldes.

Advokatforeningen mener likevel at bestemmelsens ordlyd kan skape usikkerhet hos lovens adressater med tanke på hvilke tiltak som vil kunne avkreves for å få godkjent en foretakssammenslutning. I sin ytterste konsekvens kan en tolkningstilsvil bety at én og samme foretakssammenslutning kan vurderes å kreve strengere tiltak i Norge enn i andre lande der virkningene er sammenliknbare, for eksempel hvis foretakssammenslutningen berører markeder som strekker seg over flere land.

Etter EUs fusjonsforordning er det også klart at det er tilstrekkelig at de avhjelpende tiltakene sikrer at lovens inngrepsvilkår ikke lenger er oppfylt. I forordningens artikkel 8.2 følger det at vilkårene for godkjennelsen på betingelse av avhjelpende tiltak er «*at en anmeldt fusjon, etter at de deltagende virksomheder har foretaget ændringer, opfylder kriteriet i artikkel 2, stk 2.*», altså at foretakssammenslutningen sammen med de avhjelpende tiltakene ikke lenger oppfyller inngrepsvilkårene.

Advokatforeningen anbefaler at departementet vurderer en justering av konkurranseloven § 16 annet ledd, slik at det tydeliggjøres at vilkårene for godkjennelse betinget av avhjelpende tiltak også er harmonisert. Advokatforeningen fore-

slår på denne bakgrunn følgende formulering til endret annet ledd i § 16 (endringer i kursiv):

«Dersom Konkurransetilsynet finner at avhjelpende tiltak foreslått av melderne *medfører at en foretakssammenslutning ikke lenger oppfyller vilkårene for forbud etter første ledd*, skal tilsynet fatte vedtak om inngrep hvor foretakssammenslutningen tillates på disse vilkår. Konkurransetilsynet kan knytte forpliktelser til vedtaket for å sikre at vilkårene oppfylles.»

Denne justeringen i ordlyden er ikke ment å medføre noen realitetsendring.

Norsk Journalistlag støtter ikke forslaget. De mener at reelle ytringsmuligheter best sikres gjennom et kvalitativt og kvantitativt mangfold av medier og medieeiere. Et eget regelverk mot for sterk eierkonsentrasjon i massemediene er et rimelig grep for å verne informasjonsbredden og et innholdsmessig differensiert medietilbud. Dersom samfunnet overlater til markedskreftene alene å fastsette eierskapet i mediene, vil man ikke ha noen garanti for at den fremtidige eierstrukturen vil ivareta disse verdiene.

Medieeiere kan bestemme hovedlinjene i utgivelsene gjennom mediets formålsparagraf og definerte grunnkonsept. Eiere med svært like syn på samfunnet, svekker dermed det mediepolitiske målet om et essensielt mangfold som bør karakterisere journalistikken.

Jo flere synspunkter som bringes frem gjennom et differensiert medieeierskap, jo mer sikres ytringsfriheten. Et vern om eiermangfold kan i så måte virke forebyggende mot ensretting i fremtiden av redaksjonelt stoff som følge av stoffutvekslingsavtaler og andre redaksjonelle avtaler. *Norsk Journalistlag* vil derfor beholde dagens medieeierskapslov.

Konkurransetilsynet stiller seg positiv til endringen i inngrepsvilkåret. Tidligere har tilsynet stilt spørsmål om det er hensiktsmessig å innføre det såkalte dominstillegget i norsk rett, men mener at dette har liten selvstendig betydning i den norske fusjonskontrollen. Slik forslaget er utformet av departementet, vil fusjonssaker fra EU være relevante ved anvendelsen uavhengig av om det er grepet inn som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes, eller på annet grunnlag. Ut fra en retts teknisk synsvinkel kan dette være en fordel. Uansett antas at det ikke medfører store endringer i Konkurransetilsynets inngrepskompetanse. Tilsynets praksis har allerede under dagens inngrepsbestemmelse i stor grad vært knyttet opp mot retningslinjer og praksis i EU.

Tilsynet mener at det er flere forhold som taler for å innføre en konsumentvelferdsstandard i fusjonskontrollen. Den ivaretar i større grad hensynet til forbrukernes interesser og medfører at man får samme velferdsstandard som etter konkurranseloven §§ 10 og 11. Videre taler både informasjonsskjevheter mellom foretakene og konkurransemyndighetene, endrede insentiver til å melde mindre konkurransebegrensende fusjoner, mindre ressurskrevende saksbehandling og reduserte muligheter for lobbyvirksomhet for å ha en slik standard. Den kan også gi høyere samfunnsøkonomisk effektivitet enn en totalvelferdsstandard. Selv om det teoretisk kan tenkes uheldige virkninger, legger tilsynet til grunn at den praktiske betydningen av dette vil være begrenset. Endringen er også en naturlig følge av innføringen av SIEC-testen. En harmonisering av begge vil gi økt forutberegnelighet for markedsaktørene særlig for flernasjonale virksomheter. Dette vil medføre at retningslinjer og praksis fra EU/EØS vil være direkte relevante for konkurransemyndighetenes vurderinger, også når det gjelder effektivitetsgevinster.

7.2.4 Departementets vurderinger

Innledning

Flertallet av høringsinstansene som uttaler seg om de foreslåtte endringer er positive, og departementet vil foreslå at konkurranselovens § 16 første ledd endres, slik at inngrep skal skje dersom en foretakssammenslutning i «*betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes*».

Forslaget har betydning for begge de to vilkårene for å kunne gripe inn mot en foretakssammenslutning; konkurransebegrensningsvilkåret og effektivitetsforsvaret. Konkurransebegrensningsvilkåret er bestemmende for om en foretakssammenslutning er konkurransebegrensende, og effektivitetsforsvaret er bestemmende for om skadevirkningen dette leder til kan oppveies av effektivitetsgevinster. For å gripe inn mot en foretakssammenslutning må konkurransebegrensningsvilkåret være oppfylt, uten at effektivitetsforsvaret kommer til anvendelse.

Fra SLC-test til SIEC-test

Som nærmere beskrevet av departementet i høringsnotatet skal en foretakssammenslutning etter gjeldende § 16 første ledd stanses dersom den fører til at konkurransen blir vesentlig

begrenset, eller dersom konkurransen allerede er vesentlig begrenset og dette forsterkes ytterligere (SLC-testen).

Forslaget til ny utforming innebærer at fusjonskontrollbestemmelsen harmoniseres innholdsmessig med tilsvarende bestemmelse i EUs fusjonsforordning, nærmere bestemt artikkel 2 nr. 3 i rådsforordning (EF) nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger. Forordningen er inntatt i EØS-avtalen, og denne bestemmelsen er lagt til grunn ved utforming av de fleste nasjonale fusjonskontrollregimer i EU. Språklig er forslaget til ny § 16 første ledd også utformet likt som artikkel 2 nr. 3 i fusjonsforordningen, med det unntak at kravet om at konkurransebegrensningen må oppstå «på det felles marked eller i en vesentlig del av det», er tatt ut.

Forslaget om å innføre en EU-harmonisert inngrepshjemmel i konkurranseloven, er begrunnet i hensynet til å ha like regler for fusjonskontroll i Norge, som i EU og i de fleste medlemsstater i EU. Dette gir en viss forenkling for både foretak og konkurransemyndighetene. Dette formålet oppnås særlig dersom rettsanvendelsen etter den nye bestemmelsen følger eksisterende og fremtidig retts- og forvaltningspraksis fra EU-domstolen, Europakommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan. Bestemmelsens ordlyd gir uttrykk for den materielle rettsregelen som er etablert i EU gjennom de siste år. For en detaljert redegjørelse for denne regelens innhold vises til NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov s. 99 – 116. Selv om ordlyden kunne vært omstrukturert som foreslått av Justis- og beredskapsdepartementet i høringen, ville en annen språklig utforming av bestemmelsen i konkurranseloven, etter departementets vurdering, kunne bidra til å skape klarhet om hvorvidt § 16 første ledd skal tolkes og anvendes i samsvar med artikkel 2 nr. 3 i fusjonskontrollforordningen.

Departementet legger, som høringsinstansene, til grunn at det å endre § 16 første ledd fra en SLC-test til en SIEC-test, ikke er ment å få betydning verken for antall inngrep, eller for hvilke foretakssammenslutninger det gripes inn mot.

Fra totalvelferdsstandard til konsumentvelferdsstandard

Som det fremgår av departementets høringsnotat, bygger fusjonskontrollforordningens artikkel 2 nr. 3, i likhet med de aller fleste andre fusjonskontrollregimer departementet er kjent med, på at effektivitetsgevinster som oppstår ved fusjonen skal vurderes etter en konsumentvelferdsstandard. Gjeldende § 16 første ledd skiller seg dermed på dette

punktet både fra fusjonskontrollreglene i andre jurisdiksjoner og fra forbudsbestemmelsene i konkurranselovens § 10 og § 11. Også på dette punktet taler hensynet til like regler ved fusjonskontroll i Norge som i andre land, og hensynet til innbyrdes lik tilnærming til vurderingen av konkurranse-skade i de sentrale bestemmelsene i konkurranse-loven, for å harmonisere § 16 første ledd med artikkel 2 nr. 3 i fusjonskontrollforordningen.

Også denne delen av lovendringsforslaget antas å få liten betydning i fremtidige fusjonssaker, både med hensyn til hvilke og hvor mange saker det gripes inn mot. Forskjellen fra gjeldende rett antas å være mer av teoretisk enn praktisk betydning, men for enkelte saker vil resultatet kunne bli annerledes med ny regel.

Det kan tenkes at innføring av en konsumentvelferdsstandard vil kunne gjøre det noe lettere å gripe inn mot konkurransebegrensende foretakssammenslutninger i dagligvaremarkedet, herunder overtakelser i lokale markeder. Lovendringen vil være ett element i Regjeringens arbeid med å følge opp Stortingets vedtak fra februar 2015 om å komme tilbake til Stortinget med forslag til virkemidler for å bedre konkurransen og effektiviteten i dagligvaremarkedet.

I saker om mediemangfold er dagens regel om at bedriftsinterne innsparinger skal kunne oppveie konkurranseskadevirkninger, som for eksempel tap av mediemangfold, et argument for å fortsatt ha en egen lov om mediemangfold. Omleggingen til konsumentvelferdsstandard i konkurranse-loven vil fjerne faren for at fusjoner og oppkjøp vil bli akseptert av Konkurransetilsynet med henvisning til at bedriftsinterne innsparinger veier opp for skader på mediemangfoldet. Dette omtales nærmere nedenfor.

Etter gjeldende rett fremgår effektivitetsforsvaret og totalvelferdsstandard ved at § 16 første ledd understreker at foretakssammenslutningen i tillegg til å fylle konkurransebegrensningsvilkåret, også må være i strid med lovens formål. Lovens formål er blant annet å «fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser».

I den foreslåtte utformingen av § 16 første ledd er det ingen språklig referanse til effektivitetsforsvaret, eller at effektivitetsforsvaret er basert på en konsumentvelferdsstandard. Det er imidlertid sikker rett at denne regelen skal innfortolkes i artikkel 2 nr. 3 i fusjonskontrollforordningen, se for eksempel omtalen i Kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale foretakssammenslutninger punkt 79 flg. Forutsetningen for departementets forslag her er at den nye bestem-

melsen i konkurranseloven skal tolkes og anvendes likt med den tilsvarende bestemmelsen i fusjonskontrollforordningen, og det anses både unødvendig og uheldig å utforme ordlyden i den norske bestemmelsen annerledes enn artikkel 2 nr. 3 i fusjonskontrollforordningen.

Departementet har merket seg Advokatforeningens forslag til presisering av formålet med avhjelpende tiltak i et forslag til nytt annet ledd i konkurranseloven § 16. Departementet vil ikke foreslå en slik endring. Forslaget er ikke tilstrekkelig utredet av departementet, og endring av § 16 annet ledd har ikke vært tatt opp i høringsnotatet. Det kan ikke utelukkes at forslaget vil kunne ha realitetsvirkninger på Konkurransetilsynets vedtakskompetanse utover det Advokatforeningen redegjør for i sitt høringsinnspill.

Særlig om konsekvenser for kontrollen med eierkonsentrasjon i mediene

Merknaden fra *Norsk Journalistlag*, samt enkelte høringsuttalelser inngitt til Kulturdepartementets høringsnotat av 25. juni 2015 om opphevelse av medieeierskapsloven, angår spørsmålet om virkningene av å endre konkurranselovens § 16 første ledd for kontrollen med eierkonsentrasjon i mediene, og bør derfor kommenteres her.

For det første vil departementet påpeke at forslaget om å harmonisere den norske fusjonskontrollen med tilsvarende regler i andre europeiske jurisdiksjoner, er begrunnet i hensynet til like regler, som beskrevet ovenfor. Akkurat som i dag vil foretakssammenslutninger i mediebransjen etter den nye bestemmelsen bli behandlet etter de samme konkurranserettslige normer som andre bransjer i Norge. Og som etter gjeldende rett, vil tap av mediemangfold være en skadevirkning for forbrukerne av redusert konkurranse, som Konkurransetilsynet vil vektlegge. Dette ble blant annet vurdert i tilsynets vedtak om A-Pressen/Edda Media, hvor konsekvenser av foretakssammenslutningen for både emnemangfold og ytringsmangfold ble drøftet.⁴ Forslaget om å oppheve medieeierskapsloven vil i tillegg innebære en forenkling for både mediebedriftene og staten, fordi en og samme foretakssammenslutning behandles kun etter konkurranseloven og av Konkurransetilsynet, og ikke i tillegg etter medieeierskapsloven av Medietilsynet.

Forslaget om å endre § 16 første ledd har imidlertid som påpekt ovenfor den konsekvens at konkurranseloven nå vil gi et enda bedre vern mot at

mediemangfoldet svekkes gjennom fusjoner og oppkjøp, enn med dagens fusjonskontrollbestemmelse. Endringen til konsumentvelferdsstandard innebærer at tap av mediemangfold som følge av begrenset konkurranse blir en skadevirkning for konsumentene som kan legges til grunn for et inngrepsvedtak, men uten at bedriftsinterne innsparinger kan oppveie tap av mangfold. Etter dagens bestemmelse vurderes som nevnt også tap av mangfold som mulig konsekvens av at konkurransen begrenses, men dette vil inngå i en samlet samfunnsøkonomisk vurdering, der skadevirkninger ved tap av mediemangfold vil kunne oppveies bl.a. av bedriftsinterne effektivitetsgevinster som utløses av foretakssammenslutningen. Derfor innebærer den nye § 16 første ledd at hovedinnendingene mot å beskytte mediemangfoldet uten en egen medieeierskapslov bortfaller. I høringsnotatet av 25. juni 2015 har Kulturdepartementet derfor lagt til grunn at medieeierskapsloven kan oppheves uten at det er et behov for en egen særregulering for å ivareta hensynet til mediemangfold ved fusjoner og oppkjøp i mediesektoren.

Departementet er enig i dette, og viser forøvrig til redegjørelsen i punkt 6.2.4 i Kulturdepartementets høringsnotat for hvordan konkurranseloven, selv uten særregulering av mediasaker, i praksis vil gi grunnlag for å stanse eierkonsentrasjoner som innebærer mediepolitisk uakseptable begrensninger av mediemangfoldet. Medieeierskapsloven har faste regler om hvilke markedsandelsterskler medieforetakene kan komme opp til, gjennom fusjoner og oppkjøp, før loven gir hjemmel til inngrep. Selv om man i konkurranseloven ikke har tilsvarende markedsandelsterskler som i dagens medieeierskapslov, vil mediemangfold inngå i vurderingen om foretakssammenslutningen begrenser konkurransen. Man kan også tenke seg at inngrep kan skje mot fusjoner som leder til lavere markedsandeler enn de som ellers er nedfelt i medieeierskapsloven. Videre kan en legge til grunn at det såkalte «trektørprinsippet», som har vært sentralt for å vurdere om mangfoldet i mediemarkedet er tilstrekkelig, i praksis bli oppfylt under konkurranseloven. En reell reduksjon i antall kanaler og redaksjonelt uavhengige stemmer som leder til at man går fra tre til to aktører i markedet er normalt ikke i kundenes interesser, og vil normalt gi grunnlag for å gripe inn etter konkurranseloven.

I tillegg til de administrative forenklingsgevinstene, vil konkurranseloven være et mer treffsikkert virkemiddel enn medieeierskapsloven. Fordelen med medieeierskapsloven er at forhåndsdefinerte markeder og terskler for hvilke markedsandeler foretakene kan fusjonere eller kjøpe

⁴ Se s. 34 i vedtak V2012-11.

seg opp til, gir forutsigbarhet om hvilke fusjoner og oppkjøp som kan risikere å bli stanset. Ulempen er at de lovbestemte markedsdefinisjonene fort blir utdaterte og ikke følger med i utviklingen av bransjen.

Inngrep etter konkurranseloven skjer på grunnlag av en grundig analyse av hvilke markeder som berøres, hvordan konkurranseforholdene er på de berørte markedene, og hvilke endringer som skjer som følge av foretakssammenslutningen. Analysen skjer på grunnlag av informasjon som innhentes i markedet, og gjennom bruk av beste tilgjengelige analysemetodikk. Dermed vil for eksempel utviklingen av nye medieprodukter og nye reklamekanaler eller endringer i konkurranseforhold mellom markedssegmenter, være en naturlig del av en analyse etter konkurranseloven. Sammenlignet med medieeierskapsloven, gir konkurranseloven både før og etter den lovendring som foreslås her, en fusjonskontroll som i langt sterkere grad er basert på markedsforholdene slik de er i det relevante markedet på vedtakstidspunktet. Medieeierskapsloven kommer imidlertid i tillegg til konkurranselovens fusjonskontroll og gir mediebedriftene i realiteten en doblett inngrepsrisiko, der de må forholde seg både til de forutsigbare men utdaterte reglene i medieeierskapsloven, og til den mer markedsnære og konkrete analysen fra Konkurransetilsynet.

Enkelte høringsinstanser til Kulturdepartementets høring om opphevelse av medieeierskapsloven påpeker at konkurranseloven og medieeierskapsloven har ulikt formål, og at dette er en grunn til å beholde en egen medieeierskapslov. Til dette må det innvendes at begge lover dreier seg om myndighetskontroll med fusjoner og oppkjøp som gir for sterk markedsrett, eventuelt med svekket mangfold som konsekvens. Det avgjørende for om konkurranseloven er et tilstrekkelig virkemiddel for å ivareta mediemangfold, er om konkurranselovens fusjonskontrollregler gir de resultater som ønskes også for å ivareta mediemangfoldet. Som utdypet ovenfor vil konkurranseloven ivareta mediemangfold fordi virkningen av en fusjon for produktmangfold er en sentral problemstilling under konkurranselovens fusjonskontrollregler i alle saker.

Flere høringsinnspill etterspør avklaringer av hvordan Konkurransetilsynet vil vurdere mediefusjoner, hvilke utfall konkurranseloven vil gi i enkeltsaker, og hvilke utviklingstrekk Konkurransetilsynet vil ta hensyn til, ved behandlingen av fusjonssaker i fremtiden. Departementet vil påpeke at konkurranseloven ikke inneholder slike forhåndsavklaringer for noen bransjer, heller ikke mediebransjen. Det er ingen grunn til å endre

dette ved en opphevelse av medieeierskapsloven, nettopp fordi slike føringer på hvilket faktum Konkurransetilsynet skal legge til grunn ved behandlingen av fremtidige saker fort blir like utdatert som markedsinndelingene i medieeierskapsloven. Konkurransetilsynet må som understreket behandle hver ny foretakssammenslutning etter konkurranseloven på grunnlag av de faktiske forhold i saken. Partene og andre aktører som blir pålagt å gi tilsynet informasjon må gjøre rede for det de oppfatter som berørte markeder og hvordan disse fungerer på tidspunktet for foretakssammenslutningen. Videre vil de ha anledning til å gi uttrykk for hvilke virkninger foretakssammenslutningen etter deres oppfatning vil få. Dette sikrer Konkurransetilsynet oppdatert informasjon om markedet, konkurranseforholdene, og de eventuelle skadevirkningene for både priser og mangfold fusjonen vil lede til.

I denne sammenheng må Konkurransetilsynet også innhente informasjon og vurderinger av konsekvenser for mediemangfoldet fra Medietilsynet. Departementet ser imidlertid ikke behov for å regulere forholdet mellom de to tilsynsorganene nærmere. Medietilsynet er statens ekspertorgan innen mediemangfold. Konkurransetilsynet konsulterer regelmessig ulike statlige myndigheter og tilsyn, ved behandling av saker etter konkurranseloven. Slik vil også måtte skje i mediasaker. Dette er imidlertid et prosessuelt forhold – knyttet til Konkurransetilsynets utredningsplikt etter forvaltningsloven – som ikke bør lovreguleres nærmere. Ansvar for å vurdere virkningen av en mediefusjon skal ligge hos Konkurransetilsynet. Prosessen skal gjennomføres innen stramme lovbestemte frister. Særskilt lovregulering av Konkurransetilsynets dialog med andre statsorganer som ledd i saksforberedelsen, vil lett skape uklare ansvarsforhold. Dette vil departementet unngå.

Advokatforeningen advarer mot en annen materiell og prosessuell behandling av mediasaker enn saker fra andre markeder etter konkurranseloven. Men foreningen viser også til at artikkel 21 nr. 4 i EUs fusjonskontrollforordning åpner for nasjonal beskyttelse av mediemangfold også når en foretakssammenslutning faller innenfor Europakommisjonens jurisdiksjon og dermed utenfor nasjonal fusjonskontroll. Foreningen mener at denne bestemmelsen indikerer at en i EU har lagt til grunn at alminnelig fusjonskontroll ikke er tilstrekkelig til å ivareta mediemangfold. Departementet ser annerledes på dette. Artikkel 21 gir på avgrensede områder nasjonalstatene adgang til å stanse foretakssammenslutninger som er godkjent av Europakommisjonen, eller EFTAs over-

våkningsorgan. Dette innebærer verken noen EØS-rettslig plikt til å ha særregulering på de områdene som dekkes av artikkel 21, herunder mediemangfold, eller noen materiell vurdering av om artikkel 2 nr. 3 gir eller ikke gir tilstrekkelig rettslig beskyttelse av for eksempel mediemangfold. Bestemmelsens funksjon er å sikre nasjonalstatene kontroll med blant annet vernet av mediemangfold, og ikke å gi føringer på om eller hvordan dette skal ivaretas. Bare et begrenset antall medlemsstater i EU har egne regler for å ivareta mediemangfold. Departementet deler imidlertid Advokatforeningens skepsis mot ulik materiell eller prosessuell behandling av fusjonssaker i mediebransjen, sammenlignet med saker fra resten av næringslivet. Formålet med å oppheve medieeierskapsloven vil, dersom Kulturdepartementet følger opp forslaget i høringen, nettopp være å oppnå slik likebehandling. Departementet vil imidlertid understreke at hensynet til mediemangfold er et sentralt politisk mål, som det er tverrpolitisk enighet om, og som er forankret i både Grunnloven og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, jf. punkt 3.2 i Kulturdepartementets høringsnotat. Konkurransetilsynet vil derfor ved behandling av foretakssammenslutninger måtte vurdere om tap av mediemangfold gir grunnlag for inngrep, i saker der dette er relevant.

7.3 Krav om å merke forretningshemmeligheter i forenklet melding – konkurranseloven § 18

7.3.1 Høringsnotatet – forslag om presisering av at kravet til å merke forretningshemmeligheter gjelder for forenklet melding – konkurranseloven § 18 syvende ledd

I høringen pekte departementet på at foretakssammenslutninger er meldepliktige etter konkurranseloven § 18. En melding om foretakssammenslutning er fullstendig først når kravene til merking av taushetsbelagte opplysninger med begrunnelse i § 18 b er oppfylt, se loven § 18 syvende ledd.

Videre viste departementet til at denne bestemmelsen ble foreslått av konkurranselovutvalget i NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov, se punkt 8.5.5.6 og 12.1.5 i utredningen. Utvalgets forslag ble fulgt opp i Prop. 75 L (2012–2013) Endringer i konkurranseloven, og tatt inn i konkurranseloven § 18 b.

I høringsbrevet redegjorde departementet for at i praksis har enkelte opplevd det som uklart om kravet til merking og begrunnelse for taushetsbelagte opplysninger i konkurranseloven § 18 b også

gjelder ved inngivelse av forenklet melding etter § 18 a fjerde ledd og forskrift nr. 1466/2013 om melding av foretakssammenslutninger § 3.

Departementet viste til at merke- og begrunnelsesplikten for forenklede meldinger følger av at også disse foretakssammenslutningene er meldepliktige etter hovedregelen i konkurranseloven § 18 første ledd, som § 18 syvende ledd viser til og fastslår at melding «i henhold til første, tredje, femte og sjette ledd anses som fullstendig først når kravene i § 18 b er oppfylt.» Det forhold at vilkårene for forenklet melding er oppfylt, jf. § 18 a fjerde ledd og meldepliktforskriftens § 3, endrer ikke på dette. Departementet pekte på at plikten til å merke og begrunne forretningshemmeligheter i forenklede meldinger ikke fremkommer eksplisitt, verken av bestemmelsen om innholds krav i § 18 a, eller meldepliktforskriftens § 3.

For å tydeliggjøre at kravet i konkurranseloven § 18 b også gjelder forenklet melding, foreslo departementet i høringen å ta inn en presisering i § 18 syvende ledd.

7.3.2 Høringsinstansenes merknader

Advokatfirmaet Wiersholm AS påpeker at konkurranselovens bestemmelser om hva en melding skal inneholde, herunder kravet til merke- og begrunnelsesplikt, er lite pedagogisk utformet. De relevante bestemmelsene er spredt i flere paragrafer som ikke alltid er logisk plassert. En regulering av hva en melding og forenklet melding skal inneholde for å anses fullstendig, og dermed utløse tilsynets saksbehandlingsfrister, er blitt unødig komplisert og lite pedagogisk. Dette er formodentlig et resultat av flere lovendringer i konkurranseloven og meldepliktsforskriften de senere årene. Det bør ryddes opp i disse bestemmelsene. Departementets forslag om å presisere konkurranseloven § 18 syvende ledd bidrar ikke positivt i den lovtekniske utformingen av disse spørsmålene.

Innholdet i § 18 syvende ledd fremstår også som malplassert. Sett bort fra syvende ledd, regulerer § 18 når meldinger enten er pålagt, kan pålegges eller inngis frivillig, samt beregning av omsetningsterskler for den generelle meldeplikten. Bestemmelsen regulerer ellers ikke hva en melding skal inneholde, dette følger av § 18 a, alternativt av meldepliktsforskriften § 3 annet ledd ved forenklet melding, jf. også § 18 b.

Innholdet i § 18 syvende ledd kan i stedet presiseres i konkurranseloven § 18 b, som med fordel kan deles inn i flere ledd. For eksempel ett ledd hvor kravet til merking og begrunnelse fremgår, ett ledd hvor innholdet i § 18 syvende ledd er presi-

sert (uten at det bør være nødvendig å skille mellom melding og forenklet melding), og ett ledd hvor innholdet i § 18 b første ledd siste punktum fremgår. Av pedagogiske hensyn bør det samtidig henvises til merke – og begrunnelseskravet (dvs. til § 18 b) både i konkurranseloven § 18 a (for eksempel i ny bokstav j) og i meldepliktsforskriften § 3 annet ledd (for eksempel i ny bokstav h).

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) er positive til klargjøringen i lovteksten.

Advokatforeningen støtter forslaget til departementet om at kravet til å merke forretningshemmeligheter også gjelder forenklet melding. Forslaget innebærer kun en tydeliggjøring av praksis slik den er i dag, men ingen reell endring av rettstilstanden. Foreningen har imidlertid merknader til det konkrete forslaget til endring i § 18 syvende ledd. Det er vist til femte ledd i § 18 a, men denne bestemmelsen inneholder ikke et femte ledd. Videre legges til grunn at forslag til nytt annet punktum i § 18 syvende ledd uansett ivaretar behovet for henvisning til forskrift gitt etter § 18 a fjerde ledd. Det anbefales derfor at henvisningen i første punktum til § 18 a fjerde og femte ledd fjernes.

Videre bemerker Advokatforeningen at begrepet «fullstendig» benyttes om melding i konkurranseloven § 18 syvende ledd, mens det i konkurranseloven § 20 flere steder vises til når en melding er «mottatt». En harmonisering av begrepsbruken tilsier at § 18 syvende ledd også viser til at en melding «anses som mottatt» når de angitte kravene er oppfylt.

Konkurransetilsynet er enig i departementets synspunkt om at merke- og begrunnelsesplikten i konkurranseloven § 18 b bør presiseres for inngivelse av forenklet melding, men mener at dette allerede følger av ordlyden til § 18 første, jf. syvende ledd. Tilsynet mener at hensynet til forutberegnelighet taler for at dette fremkommer tydelig av loven.

7.3.3 Departementets vurderinger

I praksis har enkelte opplevd det som uklart om kravet til merking og begrunnelse for taushetsbelagte opplysninger i konkurranseloven § 18 b også gjelder ved inngivelse av forenklet melding. Forslaget til departementet er ment å tydeliggjøre at kravene etter konkurranseloven § 18 b også gjelder for slike meldinger. Flertallet av høringsinstansene som uttaler seg om forslaget til departementet er positive.

Departementet er for øvrig enig i de tekniske merknadene som er fremsatt av Advokatforeningen. I høringen viste departementet ved en feil til

femte ledd i § 18 a, som bestemmelsen ikke inneholder. Videre legger departementet til grunn at forslag til nytt annet punktum i § 18 syvende ledd ivaretar behovet for henvisning til forskrift gitt etter § 18 a fjerde ledd. Derfor har departementet fjernet henvisningen til § 18 a fjerde og femte ledd i første punktum i forslag til endret § 18 syvende ledd.

Departementet har også merket seg at Advokatfirmaet Wiersholm AS mener at en regulering av hva en melding og forenklet melding skal inneholde for å anses fullstendig, og dermed utløse tilsynets saksbehandlingsfrister, er blitt unødig komplisert og lite pedagogisk. Når det gjelder forslaget som Wiersholm fremsetter for å rydde opp i dette i ny § 18 b, vil departementet bemerke at forslaget ikke er tilstrekkelig utredet av departementet, og at endringen heller ikke har vært tatt opp i høringsnotatet. Departementet vil derfor ikke foreslå en slik endring i denne lovproposisjonen.

Som påpekt av Advokatforeningen benyttes begrepet «fullstendig» om melding i konkurranseloven § 18 syvende ledd, mens det i konkurranseloven § 20 flere steder vises til når en melding er «mottatt». Departementet mener derfor at en harmonisering av begrepsbruken tilsier at også § 18 syvende ledd viser til at en melding «anses som mottatt» når de angitte kravene er oppfylt, og har endret dette i forhold til forslaget som ble sendt på høring. Departementet bemerker i denne sammenheng at en språklig forståelse av ordlyden «mottatt» kan oppfattes som at meldingen er mottatt idet den er *innkommet* til Konkurransetilsynet. Ordlyden «mottatt» innebærer imidlertid at meldingen må oppfylle innholdskravene og kravene til å merke og begrunne taushetsbelagte opplysninger i konkurranseloven og meldepliktsforskriften. Dette er tilsvarende for ordlyden «mottatt» i konkurranseloven § 20.

7.4 Harmonisering av markedsandelsterskler og tydeliggjøring av innholdskrav i meldinger om foretakssammenslutninger – konkurranseloven § 18 a

7.4.1 Høringsnotatet – harmonisering av markedsandelsterskler i den norske konkurranseloven med EU/EØS-retten – forslag om endring i konkurranseloven § 18 a første ledd bokstav e

I høringen påpekte departementet at en melding om foretakssammenslutning må tilfredsstillende innholdskravene i § 18 a og forskrift nr. 1466/2013

om melding av foretakssammenslutninger mv. Meldingen må inneholde en beskrivelse av forbundne markeder, dersom blant annet markedsandelstersklene i § 18 a første ledd bokstav e og meldepliktforskriften § 3 overstiges.

Departementet viste til at markedsandelstersklene i § 18 a og meldepliktforskriften § 3 på tidspunktet for vedtagelsen av disse bestemmelsene var harmonisert med gjeldende markedsandelsterskler, se form CO, i vedlegg 1 til Kommisjonens forordning 802/2004. Som følge av fastsettelsen av nye markedsandelsterskler i EU/EØS, foreslo departementet i høringen å endre tersklene i § 18 a i samsvar med disse endringene.

7.4.2 Høringsnotatet – tydeliggjøring av innholdskravet i meldinger om foretakssammenslutninger – forslag om ny bokstav f i konkurranseloven § 18 a første ledd

I høringen viste departementet til at innholdskravet til meldinger om foretakssammenslutninger fremgår av konkurranseloven § 18 a og forskrift om melding av foretakssammenslutninger mv. § 2. Således fremkommer de fleste av innholdskravene av loven. Meldepliktforskriften § 2 lyder:

«Der foretakssammenslutningen er mellom en part som opererer i et forutgående eller etterfølgende ledd til et produktmarked hvor en annen part opererer, og partenes individuelle eller samlede markedsandel overstiger 30 prosent på minst ett av de vertikalt forbundne markedene, skal også de vertikalt forbundne markedene beskrives i meldingen. Beskrivelsen av markedene skal omfatte partenes tre viktigste konkurrenter, kunder og leverandører.»

Departementet påpekte i høringen at det er uhenksmessig å gi innholdskrav til meldinger om foretakssammenslutning både i lov og forskrift. For å gi en bedre sammenheng i bestemmelsene, foreslo departementet derfor å ta bestemmelsen fra forskriften inn i § 18 a sammen med de andre innholdskravene, slik at alle innholdskravene er samlet på ett sted. Det ble foreslått å ta dette innholdskravet inn i § 18 a første ledd i ny bokstav f, og at nåværende bokstav f-i blir ny bokstav g-j.

7.4.3 Høringsinstansenes merknader

Advokatfirmaet Wiersholm AS, Advokatforeningen og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) støtter forslagene om en harmonisering av mar-

kedsandelsterskler og tydeliggjøring av innholdskravet i meldinger.

Advokatforeningen viser til at forslaget innebærer at markedsandelstersklene for de markeder som skal beskrives i § 18 a første ledd bokstav e heves. Dette gir en klar forenkling, ved at det ikke lenger er nødvendig med utførende beskrivelse av markeder der markedsandelene tilsier at inngrep uansett ikke er aktuelt.

Foreningen støtter også prinsippet om at kravene til innhold i melding samles på ett sted ved at tilleggskravet i meldepliktforskriften § 2 flyttes til konkurranseloven § 18 a første ledd. Slik forslaget nå lyder vil det imidlertid fortsatt være to separate bestemmelser om hvilke opplysninger som skal gis ved vertikal forbundne markeder; § 18 a første ledd bokstav e om vertikalt forbundne markeder der partene har en markedsandel som overstiger 30 prosent på *hvert av* markedene, og § 18 første ledd bokstav f om vertikalt forbundne markeder der partenes har en markedsandel som overstiger 30 prosent på *minst ett av* markedene. I Form CO som departementet viser til i høringsbrevet, gjelder kravet om å gi opplysninger om vertikalt forbundne markeder der terskelen på 30 prosent er overskredet for *minst ett av* markedene. Foreningen mener likevel at det kan være gode grunner til å beholde skillet slik som foreslått av departementet, da de potensielle konkurransebegrensende virkningene ved en foretakssammenslutning normalt vil være større der partene samlet har markedsandel på over 30 prosent i hvert av de vertikalt forbundne markedene enn i situasjoner der markedsandelen er over grensen i kun ett av markedene. Dette kan tilsi at behovet for en grundig beskrivelse er større i førstnevnte tilfelle. I lovforslaget fremstår det imidlertid som uklart hva som er forskjellen i kravet til innhold i forslagets bokstav e og f. For å ivareta hensynet til en lempeligere standard for vertikalt forbundne markeder, der terskelen er overskredet for kun ett av markedene, bør det tydeliggjøres i forslag til § 18 a første ledd ny bokstav f eller forarbeidene til denne hvilke krav til beskrivelse som gjelder.

Advokatforeningen mener også at en beskrivelse av vertikalt forbundne markeder bør gis før eller i sammenheng med at begrepet benyttes første gang, i bokstav e i § 18 a første ledd eller i en egen definisjonsbestemmelse. Videre bør loven benytte en samordnet begrepsbruk, og ikke slik som «*overlappende virksomhet*» i § 18 a bokstav d, mens bokstav e i samme bestemmelse benytter «*horisontalt forbundne markeder*». Begrepsbruken «*horisontalt forbundne markeder*» er for øvrig uheldig, den antyder at det er en forbindelse mel-

lom to eller flere markeder. Meningen er imidlertid at det skal være situasjoner der partene i en transaksjon er tilstede på ett og samme marked. Det anbefales at også begrepsbruken justeres slik at det blir tydeligere hva som generelt beskriver overlapp (horisontalt og vertikalt) og det som er en betegnelse for de markeder som skal beskrives særskilt i bokstav e. Det kan gjøres ved at begrepene «*horisontalt overlapp*» og «*vertikalt overlapp*» beskriver de generelle tilfellene med tilstedeværelse i samme marked eller vertikalt tilstøtende markeder (uavhengig av markedsandel), mens «*horisontalt berørte markeder*» og «*vertikalt berørte markeder*» beskriver de markedene der partene har overlapp og der markedsandelstærsklene i bokstav e er oppfylt. Dette vil også være i tråd med betegnelse som benyttes i EUs form CO. Samlet foreslår Advokatforeningen følgende endret § 18 a første ledd bokstav d–f (endringer i kursiv sammenliknet med gjeldende rett):

«d) navn på de fem viktigste konkurrenter, kunder og leverandører i markeder i Norge, eller som Norge er en del av, hvor de involverte foretakene og foretak i samme konsern har *horisontalt* overlappende virksomhet,

e) *redegjørelse for horisontalt og vertikalt berørte markeder. Et marked er horisontalt berørt dersom minst to av partene er aktive på det samme markedet og partenes samlede markedsandel overstiger 20 prosent. Vertikalt berørte markeder er de markeder der en part opererer i et forutgående eller etterfølgende ledd til et marked hvor en annen part opererer og deres samlede markedsandel overstiger 30 på hvert av de respektive markedene. Redegjørelsen skal inkludere en beskrivelse av markedsstrukturen i de berørte markedene, beskrivelse av de involverte foretakenes viktigste konkurrenter, kunder og leverandører i de berørte markedene, og beskrivelse av eventuelle etableringshindringer i de berørte markedene,*

f) der foretakssammenslutninger er mellom en part som opererer i et forutgående eller etterfølgende ledd til et produktmarked hvor en annen part opererer, og partenes individuelle eller samlede markedsandel overstiger 30 prosent på minst ett av disse markedene, skal også disse vertikalt overlappende markedene beskrives kortfattet i meldingen. Beskrivelsen av disse markedene skal minst omfatte partenes tre viktigste konkurrenter, kunder og leverandører.»

Konkurransetilsynet er enig i departementets vurdering av at harmoniseringshensyn tilsier at markedsandelstærsklene i konkurranseloven § 18 a og meldepliktforordningen § 3 endres i samsvar med de vedtatte forhøyede markedsandelstærsklene i EU/EØS. Videre støtter tilsynet forslaget om å flytte bestemmelsen i meldepliktforordningen § 2 til konkurranseloven § 18 a, slik at samtlige krav til innhold i en melding er samlet på ett sted. Dette vil gjøre det enklere for aktørene å forholde seg til regelverket.

7.4.4 Departementets vurdering

Departementets forslag om å justere markedsandelstærsklene i konkurranseloven § 18 a bokstav e, slik at disse samsvarer med de nye markedsandelstærskler i EU/EØS, får bred støtte blant høringsinstansene som har uttalt seg. Tilsvarende gjelder forslaget om å ta inn meldepliktforordningen § 2 i konkurranseloven § 18 a. Videre mener departementet at de presiseringer som er foreslått av Advokatforeningen i høringen, vil føre til ytterligere klargjøringer av krav til innhold i meldingen. Departementet foreslår derfor en samordnet begrepsbruk i § 18 a bokstav d til f. For øvrig er begrepsbruken «*horisontalt forbundne markeder*» uheldig, fordi dette antyder at det er en forbindelse mellom to eller flere markeder. Meningen er imidlertid at det skal være situasjoner der partene i en transaksjon er tilstede på ett og samme marked. Departementet foreslår på denne bakgrunn at en beskrivelse av vertikalt og horisontalt berørte markeder gis i sammenheng med at begrepet benyttes første gang i forslag til bokstav e i § 18 a første ledd. Bestemmelsen foreslås også justert slik at det blir tydeligere hva som generelt beskriver overlapp (horisontalt og vertikalt), og det som er en betegnelse for de markeder som skal beskrives særskilt i bokstav e. Dette gjøres ved at begrepene «*horisontalt overlapp*» og «*vertikalt overlapp*» beskriver de generelle tilfellene med tilstedeværelse i samme marked eller vertikalt tilstøtende markeder (uavhengig av markedsandel) i forslag til bokstav d og f, mens «*horisontalt berørte markeder*» og «*vertikalt berørte markeder*» beskriver de markedene der partene har overlapp, og der markedsandelstærsklene i bokstav e er oppfylt. Dette vil også være i tråd med betegnelse som benyttes i EUs form CO.

7.5 Harmonisering av begrepsbruk og endring av fristene ved nytt eller revidert forslag om avhjelpende tiltak – konkurranseloven § 20

7.5.1 Høringsnotatet – endring av fristene ved nytt eller revidert forslag om avhjelpende tiltak – forslag om endring i konkurranseloven § 20 fjerde ledd

I høringen viste departementet til at det i EU nylig er foretatt en presisering i implementeringsforordning 1269/2013 om fristberegning ved avhjelpende tiltak. Dersom partene inngir et forslag til avhjelpende tiltak før 55-dagersfristen, og så etter 55-dagersfristen kommer med et revidert eller nytt forslag til avhjelpende tiltak, skal dette anses som et nytt forslag som gir ytterligere forlengelse av saksbehandlingsfristene. Departementet foreslo i høringen å ta inn en tilsvarende presisering i konkurranseloven § 20 fjerde ledd. En slik fristforlengelse vil gi Konkurransetilsynet en reell mulighet til å vurdere forslaget uten å risikere å miste kompetansen til å gripe inn mot foretakssammenslutningen, på grunn av fristutløp.

Departementet vurderte i høringen om reglene alternativt burde endres slik at *ethvert* nytt eller revidert forslag til avhjelpende tiltak gir en ytterligere fristforlengelse på 15 dager. Departementet påpekte at et slikt forslag ville innebære en tydeligere systemendring av fristreglene i fusjonskontrollen, og foreslo derfor ikke dette.

7.5.2 Høringsnotatet – harmonisering av begrepsbruk – forslag om endring i konkurranseloven § 20 femte og sjette ledd om offentlige versjoner av forslag til avhjelpende tiltak

I høringen viste departementet til at plikten til å merke og begrunne hvilke opplysninger som skal unntas innsyn etter konkurranseloven § 18 b også gjelder for forslag om avhjelpende tiltak i fusjonskontrollen. Begrepsbruken om merke- og begrunnelsesplikten i § 20 er imidlertid ikke konsistent. I femte ledd står det at forslag til avhjelpende tiltak ikke anses fremmet før «*forslag til offentlig versjon av forslaget er inngitt.*» Videre i samme ledd står det at saksbehandlingsfristene ikke vil løpe før Konkurransetilsynet har mottatt «*en offentlig versjon av dokumentene.*» Samme formulering brukes i sjette ledd.

Departementet påpekte at det er uheldig at lovteksten noen steder krever en fullstendig offentlig versjon, og noen steder kun krever et for-

slag til en offentlig versjon av dokumentet for at frister skal brytes eller dokumentet skal anses for mottatt. Departementet foreslo derfor å endre § 20 femte og sjette ledd slik at det fremgår klart av loven at det er *forslag* til offentlig versjon av forslag om avhjelpende tiltak som er fristavbrytende, og at begrunnelsesplikten i § 18 b også må være oppfylt ved partenes inngivelse av forslag til avhjelpende tiltak.

7.5.3 Høringsinstansenes merknader

Advokatfirmaet Wiersholm AS har ingen merknader til forslaget om begrepsbruk knyttet i § 20 femte og sjette ledd. Men det påpekes at kravet i konkurranseloven § 18 b annet punktum om at avgiver av blant annet meldinger «samtidig skal fremlegge forslag til offentlig versjon», ikke håndheves i praksis. Dette er adressert i Konkurransetilsynets retningslinjer for melding av foretakssammenslutninger, hvor dette er formulert slik i Del 4 punkt 2 siste avsnitt:

«Så lenge plikten til å klart angi eller merke opplysninger samt begrunnelsesplikten er innfridd, anser Konkurransetilsynet at forslag til offentlig versjon er fremlagt, jf. § 18 b, første ledd annet punktum.»

I praksis utarbeider Konkurransetilsynet en offentlig versjon av meldingen basert på melderens merking og begrunnelse for hva som anses unntatt offentlighet, samt tilsynets lovpålagte vurdering av dette spørsmålet. Dette skjer i praksis etter at meldingen er inngitt, og uten å innvirke på de lovbestemte saksbehandlingsfristene. Bestemmelsen i konkurranseloven § 20 femte ledd annet punktum håndheves således ikke. All den stund kravet til offentlig versjon i konkurranseloven § 18 b annet punktum er «*frfalt*» av Konkurransetilsynet, bør kravet tas ut av bestemmelsen. Lignende bestemmelser om fremleggelse av offentlig versjoner fremgår av konkurranseloven § 20 femte ledd første punktum, som fastslår at forslag om avhjelpende tiltak ikke anses fremsatt «*før forslag til offentlig versjon av forslaget er inngitt*», samt av § 20 sjette ledd som fastslår at svar på Konkurransetilsynets informasjonspålegg ikke er oppfylt «*før Konkurransetilsynet har mottatt en offentlig versjon av dokumentene*». Heller ikke disse bestemmelsene håndheves i praksis. Dette kommer til uttrykk i Konkurransetilsynets Retningslinjer for melding Del 4 punkt 1 siste avsnitt, som presiserer at sitatet over fra Retningslinjene Del 4 punkt 2 siste avsnitt også er relevant for disse til-

fellene. Derfor bør også disse bestemmelsene tas ut av loven.

Wiersholm støtter for øvrig forslaget til presisering av fristberegningen ved avhjelpende tiltak i § 20 fjerde ledd, men ikke at ethvert nytt eller revidert forslag til avhjelpende tiltak skulle gi ytterligere fristforlengelse på 15 dager.

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) støtter en harmonisering som foreslått av departementet, men ikke at ethvert nytt eller revidert forslag skal gi en fristforlengelse, fordi dette kan forsinke fusjonsprosessen. Partene har behov for en rask avklaring.

Advokatforeningen støtter forslaget til presisering av begrepsbruken i § 20 femte og sjette ledd. For at tidsfrister skal løpe, og forslag om avhjelpende tiltak skal anses som mottatt, kan det ikke være tvil om at et *forslag* til offentlig versjon som tilfredsstillende kravene i § 18 b er tilstrekkelig. Foreningen påpeker viktigheten av at tredjeparter så raskt som mulig får behandlet sine innsynsbe-
gjæringer i fusjonssaker, blant annet for å kunne gi innspill til tilsynets saksbehandling. Erfaringsmessig tar det, til tross for uttalelser i forarbeidene om effektivisering av saksbehandlingen i Prop. 75 L (2012–2013) side 112, betydelig tid å få innsyn i innleverte meldinger. Det legges til grunn at de foreslåtte endringene ikke bidrar til å forsinke tredjeparters mulighet til å få innsyn.

Advokatforeningen støtter også prinsippet om tydeliggjøring av fristberegningen ved fremsettelse av reviderte forslag til avhjelpende tiltak etter 55-dagers fristen. Når det gjelder spørsmålet som departementet reiser om ethvert nytt eller revidert forslag bør gi adgang til forlengelse, mener foreningen at adgangen til forlengelse av 70-dagersfristen maksimalt skal være 15 virkedager totalt, slik loven praktiseres i dag. Tilsvarende gjelder adgangen til forlengelse etter fremleggelse av begrunnet forslag til forbudsvedtak. Dersom det legges opp til gjentatt forlengelse ved ethvert fremsatt avhjelpende tiltak, vil dette kunne bidra til en vesentlig forlengelse av saksbehandlingstiden, og redusert forutsigbarhet for sakens parter. Lovens stramme frister bidrar til en tilstre-
belse både hos Konkurransetilsynet og melder for å komme til et godt resultat innen fristens utløp. Med forslag til gjentatt forlengelse vil imidlertid selv den minste tekniske justering av melder-
for-
slag til vedtakstekst medføre at fristen for avgjørelse forsinkes med 15 virkedager, noe som åpenbart kan svekke fremdriften.

Foreningen mener derfor at teksten i § 20 fjerde ledd andre punktum bør gjøres tydeligere, slik at det er klart at 70-dagersfristen maksimalt

kan forlenges med 15 virkedager. Det foreslås følgende (endringer i forhold til gjeldende rett i kursiv):

«Dersom melderne fremsetter *nytt eller revidert* forslag om avhjelpende tiltak senere enn 55 virkedager fra meldingen er mottatt, forlenges Konkurransetilsynets frist tilsvarende. *Fristen kan maksimalt forlenges med 15 virkedager.*»

Advokatforeningen mener at en tilsvarende tydeliggjøring ikke er nødvendig i § 20 fjerde ledd femte punktum (om fristforlengelse ved fremsettelse av avhjelpende tiltak etter Konkurransetilsynets begrunnede forbudsvedtak), fordi lovteksten her er tydelig på at denne fristen kun kan forlenges med 15 virkedager.

Foreningen påpeker at dersom departementet vurderer å åpne for forlengelser ut over 15 virkedager fra 70-dagersfristen, eller etter begrunnet forslag til forbudsvedtak, bør slik forlengelse bare kunne gjøres etter anmodning eller samtykke fra melder, slik ordningen også er etter EUs fusjonsforordning. Da kan melder ta initiativ til, eller akseptere en forlengelse av fristen, eksempelvis når det gjøres substansielle endringer i forslag til avhjelpende tiltak i en sen fase. Melder vil i en slik situasjon være nærmest til å gjøre avveiningen mellom behovet for en avklaring innen opprinnelige frister og konsekvensene av en forlengelse av saksbehandlingen, med den eventuelt bedre mulighet det gir for at Konkurransetilsynet kan akseptere det sist fremsatte forslaget til avhjelpende tiltak. En slik forlengelse bør likevel maksimalt være 15 virkedager, slik at maksimal fristforlengelse som følge av fremsatte avhjelpende tiltak blir 15+15 virkedager.

Konkurransetilsynet støtter departementets forslag til presiseringer i konkurranseloven § 20 femte og sjette ledd. Hensynet til sammenhengen i regelverket tilsier at det tydeliggjøres i loven at det er *forslag* til avhjelpende tiltak som medfører at fristene avbrytes, eller at de avhjelpende tiltakene anses som mottatt. Det er også hensiktsmessig å innta en presisering av at kravene i loven § 18 b også gjelder ved inngivelse av forslag til avhjelpende tiltak, og ved fremleggelse av opplysninger etter mottak av skriftlig pålegg slik departementet foreslår i § 20 femte og sjette ledd.

Tilsynet støtter departementets forslag i § 20 fjerde ledd annet punktum om en presisering av at et nytt eller revidert forslag til avhjelpende tiltak som inngis etter 55 virkedager, skal anses som et nytt forslag som medfører at fristen for tilsynets

saksbehandling forlenges. Endringen gjør det klart at fristen forlenges der melder har fremlagt et forslag til avhjelpende tiltak før 55 virkedager, og deretter fremsetter et nytt eller revidert forslag etter 55 virkedager, men før 70 virkedager. Der det for første gang fremsettes avhjelpende tiltak etter utløpet av 55 virkedager, vil fristen også forlenges tilsvarende. Tilsynet viser til at departementet foreslår en tilsvarende endring i § 20 fjerde ledd siste punktum, slik at fristen for å treffe vedtak etter at tilsynet har lagt frem begrunnet forslag til forbudsvedtak, kan forlenges der et «nytt eller revidert» forslag om avhjelpende tiltak fremsettes. Denne endringer ser tilsynet som en naturlig følge av den foreslåtte endringen i § 20 fjerde ledd annet punktum og støtter også dette forslaget. Endringene i § 20 fjerde ledd vil for øvrig ikke føre til noen endringer i hvordan tilsynet praktiserer disse bestemmelsene i dag.

Tilsynet har også kommentert departementets alternativ om at ethvert forslag til nytt eller revidert forslag til avhjelpende tiltak skal medføre en fristforlengelse med 15 virkedager. Tilsynet mener at det ikke er behov for å endre fristreglene i § 20 fjerde ledd for avhjelpende tiltak som fremsettes før 55 virkedager. Når det gjelder perioden etter 55 virkedager og frem til tilsynet har fattet vedtak, tilsier Konkurransetilsynets erfaring at partene ofte har behov for å foreslå nye eller reviderte forslag til avhjelpende tiltak, og at slike modifikasjoner gjerne kan foretas tett opp mot tilsynets frister etter § 20 fjerde ledd. Dette medfører at det kan være behov for å gjøre endringer i lovens fristregler utover det som departementet har foreslått. Eksempelvis fremsettes avhjelpende tiltak på dag 56, vil fristen kun forlenges med én dag. Hvis partene finner det ønskelig å fremsette nye eller reviderte tiltak, vil partene ha behov for tid til å utforme disse. Videre vil tilsynet ha behov for tid til å vurdere og eventuelt markedsteste tiltakene. Derfor bør fristene i § 20 fjerde ledd endres ytterligere. Dette kan gjøres ved å innføre en regel om at ethvert nytt eller revidert forslag til avhjelpende tiltak etter 55 virkedager medfører at fristen i første punktum forlenges tilsvarende, men slik at tilsynets frist etter første punktum ikke kan overskride 85 virkedager fra melding er mottatt. Tilsynet foreslår følgende bestemmelse i nytt annet punktum i § 20 fjerde ledd:

«Ved ethvert nytt eller revidert forslag til avhjelpende tiltak som melder fremsetter senere enn 55 virkedager fra meldingen er mottatt, forlenges Konkurransetilsynets frist

etter første punktum tilsvarende, likevel slik at fristen ikke kan overskride 85 virkedager fra melding er mottatt.»

En slik endring innebærer at tilsynet ved ethvert nytt eller revidert forslag om avhjelpende tiltak fremsatt i perioden mellom 55 og 70 virkedager fra meldingen er mottatt, vil ha 15 virkedager til å vurdere de avhjelpende tiltakene og eventuelt markedsteste disse. For reviderte forslag om avhjelpende tiltak som fremsettes etter 70 virkedager, vil fristforlengelsen være begrenset til lovens maksimumsfrist på 85 virkedager fra meldingen er mottatt.

Tilsynet peker på at Kommisjonens vedtaksfrist i fase II under EUs fusjonsforordning i visse tilfeller kan forlenges etter anmodning eller samtykke fra partene. For det første skal vedtaksfristen forlenges hvis partene ber om det innen 15 dager etter åpning av fase II. For det andre kan Kommisjonen når som helst i fase II forlenge vedtaksfristen hvis partene samtykker til dette. En forlengelse etter disse reglene kan imidlertid ikke overskride 20 virkedager. En gjennomgang av Kommisjonens nyere vedtakspraksis i fase II-saker tyder på at dette er en mulighet som benyttes relativt ofte. Tilsynet mener det kan være hensiktsmessig å innføre en bestemmelse i konkurranseloven for perioden etter at tilsynet har lagt frem begrunnet forslag til forbudsvedtak, slik at tilsynets frister kan forlenges der dette er både i partenes og Konkurransetilsynets interesse. En slik fristforlengelse bør ikke kunne overskride 15 virkedager, og tilsynet bør ha anledning til å vurdere hvorvidt fristen skal forlenges, og eventuelt med hvor mange dager. Fristen kan imidlertid kun forlenges dersom melder samtykker til dette. En slik regel vil være særlig praktisk i saker hvor det viser seg at de fremsatte avhjelpende tiltak må revideres tett opp mot tilsynets vedtaksfrist.

7.5.4 Departementets vurdering

Departementets forslag om en presisering i konkurranseloven § 20 fjerde ledd i tråd med implementeringsforordningen i EU om fristberegninger ved avhjelpende tiltak, får støtte blant instansene som har uttalt seg. Dersom partene inngir et forslag til avhjelpende tiltak før 55-dagersfristen, og så etter 55-dagersfristen kommer med et nytt eller revidert forslag til avhjelpende tiltak, skal dette anses som et nytt forslag som gir forlengelse av saksbehandlingsfristene. En slik fristforlengelse vil gi Konkurransetilsynet en

reell mulighet til å vurdere forslaget, uten å risikere å miste kompetanse til å gripe inn mot foretakssammenslutningen på grunn av fristutløp. Når et nytt eller revidert forslag om avhjelpende tiltak fremsettes av melder senere enn 55 virkedager fra da Konkurransetilsynet mottok meldingen, forlenges Konkurransetilsynets frist etter første punktum i konkurranseloven § 20 fjerde ledd tilsvarende, likevel slik at fristen ikke kan overskride 85 virkedager fra da meldingen ble mottatt. Endringen gjør det klart at fristene i perioden mellom 55 og 70 virkedager fra meldingen er mottatt maksimalt kan forlenges med 15 virkedager, dersom det fremsettes nytt eller revidert forslag til avhjelpende tiltak. Fristen kan altså forlenges flere ganger mellom 55 og 70 virkedager, men aldri mer enn til sammen 15 virkedager.

Fjerde ledd åpner videre for at tidsfristene ved fremleggelse av *nytt eller revidert* forslag til avhjelpende tiltak etter at tilsynet har lagt fram sitt begrunnede forslag til forbudsvedtak kan forlenges med 15 virkedager.

Fjerde ledd siste punktum gir adgang til en ytterligere fristforlengelse med inntil 15 virkedager etter anmodning eller samtykke fra melder, slik ordningen også er etter EUs fusjonsforordning. Melder kan ta initiativ til, eller akseptere en forlengelse av fristen, eksempelvis når det gjøres endringer i forslag til avhjelpende tiltak i en sen fase. Konkurransetilsynet har anledning til å vurdere hvorvidt fristen skal forlenges og eventuelt med hvor mange dager. En slik regel vil være særlig praktisk i saker hvor det viser seg at de fremsette avhjelpende tiltak må revideres tett opp mot tilsynets vedtaksfrist.

Departementets forslag til presisering av begrepsbruken i § 20 femte og sjette ledd får også støtte blant instansene som har uttalt seg. Det er presisert at dersom tidsfrister skal begynne å løpe, og avhjelpende tiltak skal anses som mottatt av Konkurransetilsynet, er det tilstrekkelig med et *forslag* til offentlig versjon som tilfredsstiller kravene i § 18 b.

Departementet har for øvrig merket seg forslaget fra Advokatfirmaet Wiersholm AS om å oppheve kravet om fremleggelse av offentlig versjoner konkurranseloven § 18 b annet punktum og § 20 femte og sjette ledd, fordi dette ikke håndheves av Konkurransetilsynet i praksis. Departementet bemerker at dette forslaget ikke er tilstrekkelig utredet av departementet, og at endringen heller ikke har vært tatt opp i høringsnotatet. Departementet vil derfor ikke foreslå en slik endring i denne lovproposisjonen.

7.6 Innføring av kartellforlik i konkurranseloven – konkurranseloven § 29 a

7.6.1 Høringsnotatet – forslag om innføring av kartellforlik i § 29 a i konkurranseloven

Departementet foreslo i høringsnotatet at det innføres en forliksordning for kartellsaker i konkurranseloven. En slik ordning vil gi Konkurransetilsynet et nytt og fleksibelt håndhevingsverktøy i bekjempelsen av karteller. Ressursene som eventuelt spares ved bruk av kartellforlik, muliggjør behandling av flere saker på kortere tid. Departementet presiserte i høringsbrevet at kartellforlik er utøvelse av offentlig myndighet, og at forlikene nedfelles i enkeltvedtak som illegger overtredelsesgebyr.

Departementet viste videre til at forliksordningen i EU/EØS ikke er vanlig i norsk forvaltnings- eller lovgivningstradisjon, og at det ikke er gitt at en språklig reproduksjon av rettsaktene i EU-retten vil være den mest hensiktsmessige metoden for å innføre en slik ordning i norsk lovgivning. Departementet påpekte i høringen at forslaget til lovbestemmelse innholdsmessig er bygget opp etter mønster fra EU/EØS-reglene. Det ble lagt opp til en reduksjon av overtredelsesgebyret på 10 prosent, og en mindre omfattende saksbehandling enn ved illeggelse av overtredelsesgebyr på vanlig måte etter konkurranselovens § 29. Departementet var særlig interessert i høringsinstansenes syn på hvilke elementer i en slik ordning som måtte eller burde inntas i lov.

I høringen ga departementet uttrykk for at Konkurransetilsynet må ha en vid skjønnsmargin for å vurdere hvilke saker som egner seg for kartellforlik etter forslaget, og at det legges opp til at det er tilsynet som tar det formelle initiativ til å initiere en forliksprosedyre. Videre understreket departementet at det er viktig at foretakene får mulighet til å uttale seg, har tilstrekkelig kunnskap om hvilke bevis Konkurransetilsynet besitter og hvilket sanksjonsnivå som er sannsynlig, før de binder seg til å inngå et kartellforlik. Slik som i EU/EØS, la departementet opp til at forlik skal kunne kombineres med lempning slik at det både kan gis reduksjon av overtredelsesgebyret etter lempningsreglene og ytterligere reduksjon som innrømmes ved kartellforlik.

Departementet understreket i høringen at i likhet med i EU/EØS, vil et forliksinnlegg ikke kunne brukes som bevis i en overtredelsessak dersom foretaket ikke samtykker til kartellforlik.

Videre viste departementet til at et vedtak som illegger overtredelsesgebyr ved kartellforlik, ikke skal kunne påklages, men underlegges domstolskontroll slik som i EU, og i tråd med den alminnelige ordningen for overprøving av vedtak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven, jf. § 29 tredje ledd. I høringsnotatet presiserte departementet at det i NOU 2014: 11 ble foreslått innført en klageadgang for vedtak om overtredelsesgebyr, men at det ennå ikke var tatt stilling til om dette forslaget skulle følges opp eller ikke av departementet.

I høringen viste departementet til at det i 2008 ble innført en forliksprosedyre for saker om overtredelse av TEUV artikkel 101/EØS-avtalen artikkel 53 i EU/EØS. Forliksprosedyren kan kun benyttes i kartellsaker, og er hjemlet i kommisjonsforordning (EF) nr. 773/2004 og ODA protokoll 4 kapittel III artikkel 10 a. Prosedyren er nærmere beskrevet i Kommisjonens «Settlement Notice».⁵ Ordningen ble innført for å effektivisere saksbehandlingen i kartellsaker, og gi konkurransemyndighetene et smidig verktøy for å bekjempe kartellvirksomhet. I høringen viste departementet videre til at i lovrevisjonen fra 2013 ble innføringen av en forliksordning i kartellsaker ikke utredet i NOU 2012: 7, og at det ble pekt på at forliksordningen i EU var nokså ny. I forbindelse med høringen av NOU 2012: 7 ba departementet om synspunkter på innføring, og eventuelt utforming, av en slik ordning. Det kom ikke inn noen forslag til utforming, men flere høringsinstanser var positive til å innføre en slik ordning. I Prop. 75 L mente departementet at en forliksordning i norsk konkurranserett ikke var tilstrekkelig utredet, og spørsmålet ble derfor ikke nærmere behandlet. Departementet påpekte at etter 2012 har denne ordningen blitt brukt i økende grad i EU, og at flere kartellsaker er avsluttet gjennom forlik. Fra ordningen ble innført i 2008 og til juli 2013 har Kommisjonen fattet seks vedtak ved kartellforlik.⁶ Både Danmark og Sverige har innført regler som gir konkurransemyndighetene adgang til å avslutte kartellsaker på et tidligere tidspunkt, mot at partene

erkjenner ansvar for overtredelsen og aksepterer konkurransemyndighetenes forslag til sanksjoner. Ordningene i Sverige og Danmark er ikke fullstendig harmonisert med reguleringen i EU/EØS.

Videre viste departementet til at i EU er det Kommisjonen som avgjør om en sak kan være egnet til å løses gjennom forliksprosedyre. Foretaket kan anmode om forliksprosedyre, men den endelige avgjørelsen tas av Kommisjonen. Videre er ordningen frivillig, og dersom foretaket ikke samtykker til forliksbehandling, vil saken bli behandlet på vanlig måte.

Det ble også påpekt i høringen at Kommisjonen må iverksette forliksprosedyre senest samme dag som det gis en meddelelse om innsigelser («Statement of objections» eller «SO») til foretaket. Ved innledning av forliksprosedyre vil partene gis en frist på to uker til å bekrefte skriftlig om de ønsker å delta i diskusjoner med Kommisjonen om muligheten til å inngå forlik. I disse samtaler vil Kommisjonen presentere bevis og informasjon som foreligger i saken. Før foretaket tar en endelig avgjørelse på om det vil godta forlik, vil det få innsyn i hvilken informasjon og hvilken type bevis Kommisjonen besitter, hvilket faktum som Kommisjonen har lagt til grunn, Kommisjonens vurdering av overtredelsens art og varighet, samt et estimat på botens størrelse. Foretaket vil på forespørsel også få tilgang til offentlige versjoner av dokumenter i saken. Dette vil gi foretaket mulighet til å gjøre et informert valg av om det skal akseptere gebyr ilagt gjennom forlik eller ikke. Etter dette vil Kommisjonen gi foretaket en frist på minst 15 arbeidsdager til å levere et forliksinnlegg, hvor det anmodes om å inngå forlik i den aktuelle saken. I forliksinnlegget må foretaket innrømme ansvar for overtredelsen, gi en beskrivelse av faktum, egen deltagelse og rolle mv. Forliksinnlegget må inneholde en indikasjon på hvilket bøtenivå som kan aksepteres, en bekreftelse på at foretaket har mottatt tilstrekkelig informasjon om Kommisjonens innvendinger mot adferden, og at foretaket har fått tilstrekkelig mulighet til å uttrykke sine synspunkter til Kommisjonen. Forliksinnlegget må også inneholde en bekreftelse på at foretaket ønsker å følge forlikssporet, og ikke det vanlige saksbehandlingssporet, og at det aksepteres at det fattes vedtak etter forliksordningen.

Kommisjonen vil så komme med en meddelelse om innsigelser, med mindre dette er gjort tidligere. Etter artikkel 10 (1) i forordning 773/2004 kreves det at et foretak mottar meddelelsen før et endelig vedtak treffes. Dersom foretaket er enig i meddelelsen, må de bekrefte at de fremde-

⁵ Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases OJ [2008] C 167/01, tilsvarende Kunngjøring fra EFTAs overvåkingsorgan om forliksbehandling i kartellsaker i forbindelse med vedtak i henhold til overvåkings- og domstolsavtalens protokoll 4 kapittel II artikkel 7 og 23 EØS-tillegget nr. 9 2014 side 1.

⁶ Se Flavio Laina og Elina Laurinen, The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges, tilgjengelig her: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/settlement_procedure_en.pdf

les ønsker å løse saken gjennom forlik, innen en frist på minst 14 virkedager. I motsatt fall, vil saken fortsette på vanlig måte, men uten at forliksinnlegget vil kunne brukes som bevis i saken.

Endelig viste departementet i høringsnotatet til at dersom foretaket bekrefter at meddelelsen er riktig og de ønsker å inngå forlik, vil Kommisjonen treffe endelig vedtak i saken, hvor det gis et gebyr som er 10 prosent mindre enn det som ville ha blitt ilagt ved vanlig prosedyre. Hvis forliksaken også involverer en lempningssøknad, vil forliksrabatten komme i tillegg til lempningsrabatten. Disse vedtakene er på vanlig måte underlagt domstolskontroll.

Som en følge av forslaget om å innføre forliksordning for kartellsaker i konkurranseloven, foreslo departementet en endring i konkurranseloven § 27 annet ledd om at opplysninger i forliksinnlegg skal være unntatt fra offentlighet, slik som skylderklæringer i lempningssøknader.

7.6.2 Høringsinstansenes merknader

Advokatfirmaet Wiersholm AS støtter forslaget om innføring av kartellforlik i konkurranseloven, men forutsetter at den aktuelle lovbestemmelsen blir presisert på flere punkter for å ivareta grunnleggende rettsikkerhetsgarantier. Utkastet er for lite detaljert, særlig når det gjelder retten til bevisadgang, utredningsplikten og kontradiksjon. I forslag til første ledd bør det fremkomme klart at foretaket ikke plikter å møte. Det bør videre fremkomme at foretaket, før det gis frist til å inngi forliksinnlegg etter annet ledd, skal gis adgang til alle bevis og relevante opplysninger som Konkurransetilsynet besitter i saken. Det fremkommer av første ledd at tilsynet skal «presentere» bevisene, og ikke at foretaket får innsyn i disse, selv om dette er forutsatt i annet ledd. Hvis foretaket eventuelt først gis tilgang til bevisene etter at en 15-dagers svarfrist er gitt etter annet ledd, vil en risikere at foretaket ikke får tilstrekkelig tid til å ta stilling til saken, herunder til å avgjøre om forliksinnlegg skal inngis og å utarbeide eventuelt innlegg på en forsvarlig måte. Videre påpekes at tilsynet bør pålegges en plikt til å bekrefte overfor foretakene at de er blitt gitt tilgang til tilsynets bevismateriale i annet ledd. En slik bekreftelse bør senest foreligge i forbindelse med at foretaket gis svarfrist ved mottakelse av forhåndsvarsel i tredje ledd.

Det påpekes videre at tredje ledd bør gjøres mer detaljert. Eksempelvis bør innholdet i forhåndsvarselet presiseres. Det bør i det minste fremgå at det her er tale om varsel om vedtak, og

det kan med fordel stilles minstekrav til vedtakets innhold. Dette gjelder særlig i forhold til referansen i annet ledd, om «de begrensninger dette har for kravene til Konkurransetilsynets utrednings- og begrunnelsesplikt», som bør presiseres. Videre bør det presiseres hva slags svar partene skal gi, om det er en bekreftelse på at foretaket aksepterer forhåndsvarselet og fremdeles ønsker å løse saken gjennom forlik. Videre bør svarfristen i tredje ledd være minst 4-6 uker for å sikre foretaket tilstrekkelig tid. Det bør også åpnes for reduksjon i overtredelsesgebyr utover 10 prosent i fjerde ledd, samt fremkomme at foretaket har rett på reduksjon for å øke insentivene til å inngå forlik. For øvrig støtter *Wiersholm* forslaget om at foretakets forliksinnlegg skal være unntatt offentlighet, slik som skylderklæringer i lempningssøknader.

Justis- og beredskapsdepartementet mener det er hensiktsmessig at det i lov inntas reguleringer av et slikt omfang som forslaget til departementet innebærer. I hovedsak synes det å være nødvendig å innta reguleringene som er foreslått av departementet i § 29 a om kartellforlik, for å ivareta Konkurransetilsynets og foretakenes forpliktelser og rettigheter under en slik ordning. Det kan imidlertid foretas enkelte strukturelle og lovtekniske endringer, for å gjøre reguleringene av Konkurransetilsynets og foretakenes plikter og rettigheter klarere. Herunder bør det fremkomme av § 29 a første ledd at bestemmelsen gjelder de sakene som etter § 29 omhandler ileggelse av overtredelsesgebyr ved overtredelse av konkurranseloven § 10. Når det gjelder § 29 a første ledd og vilkåret for å iverksette prosessen med kartellforlik, fremstår det som noe uklart hvor langt Konkurransetilsynet må ha kommet når det gjelder vurderingen av og bevisførselen for at foretaket har eller kan ha overtrådt reglene i lovens § 10. De vilkårene som skal gjelde for at Konkurransetilsynet skal kunne iverksette en prosess etter bestemmelsen om kartellforlik i § 29 a, bør kunne ses i sammenheng med eller sammenholdes med vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr etter § 29.

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) går inn for en forliksordning på visse vilkår, fordi dette vil kunne effektivisere håndhevingen mot karteller. For bedriftene vil dette kunne gi en bedre og mer effektiv dialog med tilsynet. Men forslaget er for skjønnsmessig formulert. Konkrete materielle vilkår for når en sak egner seg for kartellforlik må inn i loven, slik at tilsynets skjønn ikke er ubegrenset. Videre må likebehandlingsprinsippet stå sterkt, slik at alle foretakene som er

involvert inviteres til forliksmøte dersom tilsynet finner saken egnet for forliksbehandling. Ordlyden må reflektere dette. Foretakene må også gis en uttrykkelig mulighet til å initiere et forliksmøte hos tilsynet, noe tilsynet bare bør kunne avslå dersom det finner at saken ikke er egnet for forlik. Videre må sentrale rettsikkerhetsgarantier, som tilgang til informasjon fra myndighetene og rett til å uttale seg, ivaretas. Dette fordi saksbehandlingsreglene forenkles, det er lagt opp til at foretakene skriftlig skal innrømme skyld, samt at myndighetene er den sterke part i forhandlingene. I tillegg må det sikres at eventuelle forliksinnlegg fra partene ikke kan benyttes som bevis dersom kartellforlik ikke oppnås. Det betyr at partene må vernes mot selvinkriminering. Det bør også avklares hvilke saker som dekkes av kartellforliket. NHO foreslår at i de saker hvor lempningsregelen kommer til anvendelse, bør også kartellforlik anvendes.

Videre mener NHO at bøterabatt på 10 prosent er for lite, siden bøtenivået i Norge er lavt sammenliknet med EU, og vil derfor gi et dårlig insentiv for foretakene til å benytte seg av ordningen. Det er ikke nødvendig å harmonisere bøtesatsen, særlig ikke når man samtidig må innrømme skyld, med de konsekvenser det kan få med tanke på følgessøksmål. Ordningen, slik den er utformet, vil sannsynligvis i det alt vesentlige benyttes av foretak som allerede har søkt om lempning, og nærmest fungere som en ytterligere lempningsrabatt. Dette kan være noe av forklaringen på hvorfor ordningen er lite benyttet i EU. NHO støtter for øvrig at forliksinnlegget er unntatt offentlighet, som kan ha betydning for følgesøksmål. Men et inngått forlik vil mest sannsynlig bli kjent, og når man vet at det må innrømmes skyld for å få forlik, så vil NHO anta at det uansett kan benyttes som erstatningsgrunnlag i følgesaker. Det er viktig at det utarbeides faste retningslinjer for kartellforliket, som er mest mulig forankret i bestemmelsene som gjelder i EU, slik at det sikrer forutberegnelighet for partene som deltar.

Advokatforeningen støtter forslaget om innføring av en ordning med kartellforlik. Ordningen bidrar til en effektiv håndtering av saker, der foretakene er forberedt på å erkjenne deltakelse i overtredelsen. Det er positivt at forslaget ikke fratru foretaket dets grunnleggende rettsikkerhet, ettersom et vedtak om kartellforlik vil være gjenstand for alminnelig domstolskontroll. Advokatforeningen har imidlertid merknader til forslaget om kartellforlik. Begrepet «kartellforlik» introduseres, uten at dette er definert eller avgrenset i konkurranselovgivningen på annen måte. Dette

bør gis et nærmere innhold, for å unngå tvil om hvilke typer overtredelser som kan omfattes av bestemmelsen.

Videre tilsier likebehandlingsprinsippet at en invitasjon til et forliksmøte som utgangspunkt bør rettes til alle foretak involvert i en kartellovertredelse. Kun dersom særlige grunner tilsier det, bør enkelte foretak utelates fra forliksmøte. Det kan for eksempel være tilfellet dersom enkelte foretak mistenkes for å ha deltatt i en mer omfattende overtredelse, og der Konkurransetilsynet ikke er kommet tilstrekkelig langt i etterforskningen til at denne delen av saken er klar for gjennomgang.

I forbindelse med forliksdrøftinger bør Konkurransetilsynet, som foreslått av departementet, presentere «*saken og bevisene i tilsynets besittelse*». I tillegg må tilsynet i forliksdrøftingene presentere sine vurderinger av foretakets mulige overtredelse, slik at foretaket effektivt skal kunne utforme et forliksinnlegg. Tilsvarende forpliktelse hviler på Europakommisjonen etter artikkel 10 a (2) første ledd bokstav a i forordning 773/2004 (gjennomføringsforordningen). Advokatforeningen foreslår på denne bakgrunn følgende endring i forslag til ny § 29 a første ledd:

«(...) der Konkurransetilsynet presenterer saken, bevisene i tilsynets besittelse og tilsynets foreløpige vurdering av den mulige overtredelsen, og informerer (...).»

I forbindelse med et forliksmøte bør foretakene også kunne gis tilgang til relevante dokumenter i saken, tilsvarende artikkel 10 a (2) første ledd bokstav c i gjennomføringsforordningen. Foretakene bør normalt kunne få tilgang til sakens sentrale dokumenter etter konkurranseloven § 26 andre ledd i løpet av forliksdrøftingene, fordi tilsynet ved invitasjon til forliksdrøftinger bør ha kommet så langt i etterforskningen at hensynet til etterforskningen ikke lenger tilsier at sakens dokumenter unntas fra innsyn for de som etterforskes. Erfaringsmessig er det vanskelig for de etterforskede å få innsyn i sakens dokumenter, og det anbefales derfor at foretakenes rett til innsyn i sakens dokumenter i en forliksprosedyre presiseres nærmere.

Advokatforeningen er usikker på om det er hensiktsmessig å vise kun til «forliksmøte» i ny § 29 a, da dette kan antyde at det kun vil være ett slikt møte. Det kan ikke utelukkes at det i mange saker vil være behov for en fortløpende dialog i en periode før et forliksinnlegg. Derfor bør det vurderes å erstatte begrepet «forliksmøte» med «forliksdrøftinger» eller annet hensiktsmessig begrep.

Det påpekes vidare at departementets forslag ikke inneholder en forpliktelse om konfidensialitet for foretaket som mottar informasjon fra Konkurransetilsynet i et forliksmøte. I EUs regler gjelder et krav om konfidensialitet for foretak som deltar i forlikstrøftinger i gjennomføringsforordningen artikkel 10 a (2). Det bør vurderes om Konkurransetilsynet skal kunne stille tilsvarende krav, blant annet av hensyn til å sikre den nødvendig grad av fortrolighet mellom tilsynet og det enkelte foretak i forlikstrøftinger.

Vidare bør ikke fristen for et forliksinnlegg være absolutt i loven. Utarbeidelse av forliksinnlegg kan innebære betydelig arbeid for foretaket, og de interne prosessene frem til formell fremleggelse av et slikt innlegg kan også ta noe tid. Konkurransetilsynet bør derfor kunne sette en frist lenger enn 15 virkedager i den enkelte sak, og kunne gi utsettelse av denne fristen. Uansett er 15 virkedager kort. Det foreslås derfor at fristen settes til «*minst 15 virkedager*». Vidare bør det være en forutsetning for at en slik frist skal løpe at foretaket er gitt tilstrekkelig redegjørelse for saken etter forslaget til ny § 29 a første ledd, og er gitt nødvendig innsyn i sakens dokumenter etter konkurranseloven § 26 annet ledd.

Vidare mener Advokatforeningen at det er uklart hva som menes i forslaget til § 29 a andre ledd om at foretaket i et forliksinnlegg må bekrefte ønsket om forlik «*...med de begrensningene dette har for kravet til Konkurransetilsynets utrednings- og begrunnelsesplikt*». Vedtak om overtredelsesgebyr i henhold til forslaget skal følge de ordinære sanksjonsbestemmelsene, og departementet skriver i høringsbrevet at slike vedtak vil være gjenstand for ordinær domstolskontroll. Det anbefales derfor at denne passusen tas ut av bestemmelsen.

Advokatforeningen mener også at reduksjonen i bøtesats ved kartellforlik bør være fast og 10 prosent. Dette er også nedfelt i Kommisjonens retningslinjer for kartellforlik (avsnitt 32). Ordlyden i forslag til § 29 a fjerde ledd bør derfor endres, slik at denne ikke fremstår som en kan-bestemmelse. Det foreslås følgende endring i forslag til § 29 a fjerde ledd:

«Ved inngåelse av kartellforlik etter denne bestemmelsen reduseres overtredelsesgebyret etter § 29 med 10 %.»

Det må også klargjøres hvilken grad av forpliktelse det skal ligge i inngivelse av et forliksinnlegg. Spørsmålet er om foretaket har adgang til å «hoppe av» etter et slikt innlegg, selv om Kon-

kurransetilsynet i et forhåndsvarsel etter forslaget i konkurranseloven § 29 a tredje ledd kun bekrefter de opplysninger som allerede er gitt av tilsynet og gjennom foretakets forliksinnlegg. I høringsbrevet til departementet brukes begrepet «*binder seg til*» inngivelse av et forliksinnlegg, mens det i utkastet klart fremkommer at foretaket etter et etterfølgende forhåndsvarsel kan velge den ordinære ruten. Advokatforeningen støtter at foretakene ikke bør forplikte seg til et forlik før etter et forhåndsvarsel. Det er for øvrig klart at et forliksinnlegg uansett ikke vil kunne benyttes som bevis dersom en ikke kommer frem til forlik – uansett årsak. Det foreslås derfor at dette punktum flyttes til et nytt ledd, slik at det ikke inngår i konteksten av at foretaket velger ikke å inngå forlik. Advokatforeningen støtter for øvrig forslaget til endring i konkurranseloven § 27.

Konkurransetilsynet stiller seg positive til innføring av en kartellforliksordning langs de linjer departementet legger opp til, men det bør utredes hvilke saksbehandlingskrav som skal gjelde for tilsynets behandling av slike saker, før ordningen innføres. Tilsynet peker på at utviklingen internasjonalt, både med hensyn til utbredelsen av forliksløsninger og erfaringene med disse så langt, tilsier at dette er en ordning som bør innføres i norsk rett. Hovedformålet vil være å effektivisere saksbehandlingen i kartellsaker. En raskere og enklere saksbehandling vil også komme foretakene som etterforskes til gode. Tilsynet stiller seg som utgangspunkt positiv til forslaget til § 29 a. Bestemmelsen kan likevel by på utfordringer, fordi saksbehandlingsreglene som Kommisjonen anvender i konkurransesaker på flere områder skiller seg fra saksbehandlingsreglene i konkurranseloven og alminnelig norsk forvaltningsrett. Det er heller ikke klart av departementets forslag hvilke begrensninger som vil gjelde for kravene til Konkurransetilsynets utrednings- og begrunnelsesplikt i en forlikssak. Det bør utredes nærmere i hvilken grad det er nødvendig å gjøre unntak fra saksbehandlingsreglene som gjelder ellers for tilsynets behandling av overtredelsessaker, hva slike unntak bør gå ut på, og om slike unntak i så fall bør vedtas i lovs form eller om dette kan reguleres i forskrift. For øvrig mener tilsynet at fristbestemmelsen i annet ledd i § 29 a bør være en minimumsregel, på samme måte som i EU/EØS-retten, slik at det kan settes lengre frister dersom en saks kompleksitet eller andre forhold tilsier at det er behov for det. Tilsynet er også positive til den foreslåtte endringen i konkurranseloven § 27 annet ledd, slik at opplysninger i forliksinnlegg vil

være unntatt offentlighet, på samme måte som for skylderklæringer i lempningssøknader.

7.6.3 Departementets vurdering

Departementets forslag om å innføre en ordning med ileggelse av overtredelsesgebyr ved forlik i saker som gjelder overtredelser av konkurranseloven § 10, får bred støtte blant høringsinstansene. Forslaget er utformet etter mønster fra tilsvarende ordning i EU/EØS. I høringen ba departementet om høringsinstansenes syn på hvilke elementer i en slik ordning som må eller bør innføres i loven. De fleste som uttaler seg om departementets forslag, mener at det er behov for presiseringer for å ivareta grunnleggende rettsikkerhetsgarantier for foretakene og hvilke saksbehandlingskrav som skal gjelde for tilsynets behandling i slik saker.

Justis- og beredskapsdepartementet mener at departementets forslag til § 29 a om kartellforlik i hovedsak er utformet slik at det ivaretar Konkurransetilsynets og foretakenes forpliktelser og rettigheter under en slik ordning. Videre at det bør fremkomme av § 29 a første ledd at bestemmelsen gjelder de sakene som etter § 29 omhandler ileggelse av overtredelsesgebyr, ved overtredelse av konkurranseloven § 10. Departementet er enig i at dette bør komme tydeligere fram i ordlyden. Dessuten har departementet merket seg at Advokatforeningen etterlyser at begrepet «*kartellforlik*» defineres eller avgrenses i konkurranselovgivningen. Departementet har utformet et nytt første ledd i ny § 29 a som skal ivareta dette.

Departementet er også enig med Advokatforeningen i at det i mange saker vil være behov for en fortløpende dialog i en periode før forliksinnlegg, og at det ikke alltid vil være tilstrekkelig med ett forliksmøte. Departementet viser til at omfanget av dialogen mellom Konkurransetilsynet og foretakene vil kunne variere fra sak til sak. Dette er forsøkt klargjort i ordlyden til ny § 29 annet ledd, ved at uttrykket «*forliksforhandlinger*» benyttes istedenfor «*forliksmøte*» som foreslått i høringen.

Videre er departementet enig med Advokatforeningen og NHO i at likebehandlingsprinsippet tilsier at en invitasjon til forliksdrøftinger som utgangspunkt bør rettes til alle foretak som er involvert i en kartellovertredelse. Kun dersom særlige grunner tilsier det, bør enkelte foretak utelates fra forliksdrøftinger. Det kan for eksempel være tilfellet dersom enkelte foretak mistenkes for å ha deltatt i en mer omfattende overtredelse, og der Konkurransetilsynet ikke er kommet tilstrekkelig langt i etterforskningen til at

denne delen av saken er klar for gjennomgang. Det må således være opp til Konkurransetilsynet å foreta den nærmere vurderingen av dette i den enkelte sak, og departementet ser ikke behov for å presisere dette ytterligere i lovteksten.

Som påpekt av Advokatforeningen bør Konkurransetilsynet i forliksdrøftingene også presentere sin foreløpige vurdering av den mulige overtredelsen, slik at foretaket effektivt skal kunne utforme et forliksinnlegg. Tilsvarende forpliktelse hviler på Kommisjonen etter artikkel 10 a (2) første ledd bokstav a i gjennomføringsforordningen. En presisering i samsvar med dette foreslås tatt inn i bestemmelsens annet ledd.

Flere av høringsinstansene har påpekt at i forbindelse med forliksforhandlinger bør foretakene gis tilgang til relevante dokumenter i saken, tilsvarende artikkel 10 a (2) første ledd bokstav c i gjennomføringsforordningen. Departementet er enig i at foretakene som er involvert i en sak om kartellforlik må ha tilgang til sakens sentrale dokumenter, i tråd med vilkårene i konkurranseloven § 26 andre ledd i forliksforhandlingene, fordi tilsynet ved invitasjon til forliksforhandlinger har kommet så langt i etterforskningen at hensynet til etterforskningen ikke lenger tilsier at sakens dokumenter unntas fra innsyn for de som etterforskes. Departementet vil for øvrig understreke at de vanlige reglene om innsyn i konkurranseloven § 26 også gjelder for saker om kartellforlik som behandles etter forslag til § 29 a, fordi dette er en overtredelsessak i henhold til konkurranseloven § 10, som allerede omfattes av § 26. Det er imidlertid behov for en presisering i § 26 første ledd annet punktum, som etter gjeldende rett slår fast at dokumenter som Konkurransetilsynet har mottatt i forbindelse med en *lempningssøknad* også er unntatt *etter* at saken er avsluttet. Departementet foreslår at denne bestemmelsen også skal gjelde for dokumenter som Konkurransetilsynet har mottatt i forbindelse med *forliksforhandlinger etter § 29 a*. De samme hensyn til konfidensialitet gjør seg gjeldende for dokumenter i en overtredelsessak der det søkes om lempning og der foretakene inngår forhandlinger om et kartellforlik. I praksis vil nok ordningen med kartellforlik sannsynligvis i det alt vesentlige benyttes av foretak som allerede har søkt om lempning, og fungere som en ytterligere lempningsrabatt. Det nye tillegget i § 26 første ledd annet punktum, om dokumenter som Konkurransetilsynet har mottatt i en sak om *forliksforhandlinger* i konkurranseloven, skal forstås på samme måte som den tilsvarende bestemmelsen om dokumenter som Konkurransetilsynet har mottatt i forbindelse med en lempningssøknad.

Denne er forklart i forarbeidene til konkurranse-loven § 26 første ledd annet punktum, se omtale i Prop. 75 L (2012–2013) kapittel 8 og merknadene til denne bestemmelsen på sidene 151-152.

Det påpekes også i høringen at departementets forslag ikke inneholder krav om taushetsplikt for foretak som mottar informasjon fra Konkurransetilsynet under forliksdrøftinger. I EUs regler gjelder et krav om konfidensialitet for foretak som deltar i forliksdrøftinger i gjennomføringsforordningen artikkel 10 a (2). Departementet er enig i at Konkurransetilsynet må kunne stille tilsvarende krav, blant annet av hensyn til å sikre den nødvendig grad av fortrolighet mellom tilsynet og det enkelte foretak. Departementet vil vise til at gjennom det foreslåtte tillegget i konkurranse-loven § 27 annet ledd, vil også skylderkjøringer utarbeidet i forbindelse med *forliksforhandlinger etter loven § 29 a* være underlagt taushetsplikt for parter eller partsrepresentant i tråd med vilkårene etter konkurranse-loven § 27 a første ledd, fordi denne bestemmelsen viser til konkurranse-loven § 27 annet ledd. Etter forslaget i konkurranse-loven § 27 a første ledd vil partene eller partsrepresentant i overtredelsessaken ha taushetsplikt om *opplysninger* de blir kjent med i erklæringer omhandlet i konkurranse-loven § 27 annet ledd og begrenser adgangen til bruk av disse opplysningene. Dersom partene bruker opplysningene i strid med bestemmelsen, kan dette ha både sivilrettslige og strafferettslige konsekvenser. For øvrig foreslår departementet at overskriften i konkurranse-loven § 27 endres, slik at det klart fremkommer at bestemmelsen også omfatter taushetsplikt om *forliksinnlegg*. For nærmere omtale av konkurranse-loven § 27 a første ledd vises til omtalen i Prop. 75 L (2012–2013) kapittel 8 og merknaden til bestemmelsen på side 154. Se også nærmere om bestemmelsen i merknadene i denne proposisjonen. For øvrig har departementet uttrykkelig presisert taushetsplikten i forslaget til § 29 a tredje ledd siste punktum. På denne bakgrunn mener departementet at hensynet til konfidensialitet er tilstrekkelig ivare tatt gjennom bestemmelsene i konkurranse-loven slik de er utformet i dag, med tillegget som foreslås av departementet i konkurranse-loven § 27 andre ledd. For øvrig viser departementet til at forslaget om å endre konkurranse-loven § 27 annet ledd, har fått bred støtte fra høringsinstansene som har uttalt seg.

Konkurransetilsynet og Advokatforeningen har påpekt at fristbestemmelsen for partene til å utforme et forliksinnlegg i tredje ledd i § 29 a bør være en minimumsregel, på samme måte som i EU/EØS-retten, slik at det kan settes lengre fris-

ter dersom sakens kompleksitet eller andre forhold tilsier at det er behov for det. Departementet er enig i at en utarbeidelse av et forliksinnlegg kan innebære betydelig arbeid for foretaket, og de interne prosessene frem til formell fremleggelse av et slikt innlegg kan ta tid. Det foreslås derfor at fristen settes til «*minst 15 virkedager*» i forslag til § 29 a tredje ledd. I likhet med Advokatforeningen mener departementet at det må være en forutsetning for at en slik frist skal løpe at foretaket er gitt tilstrekkelig redegjørelse for saken etter forslaget til § 29 a annet ledd i forbindelse med forliksforhandlingene, og nødvendig innsyn i sakens dokumenter etter konkurranse-loven § 26 annet ledd.

Flere av høringsinstansene etterlyser nærmere saksbehandlingsregler for behandlingen av saker om kartellforlik etter forslaget til § 29 a i konkurranse-loven. Særlig Konkurransetilsynet påpeker at bestemmelsen, slik den er utformet av departementet i høringen, kan by på utfordringer, fordi saksbehandlingsreglene som Kommisjonen anvender i konkurransesaker på flere områder adskiller seg fra saksbehandlingsreglene i konkurranse-loven og alminnelig norsk forvaltningsrett. Det vises til at det ikke klart av departementets forslag hvilke begrensninger som vil gjelde for kravene til Konkurransetilsynets utrednings- og begrunnelsesplikt i en forlikssak, jf. også passusen om dette i forslaget til § 29 a tredje ledd. Departementet vil peke på at ordningen som nå foreslås innført har likhetstrekk med avtaler og forliksordninger på andre rettsområder. Et vedtak om redusert overtredelsesgebyr etter konkurranse-loven § 29, i samsvar med konkurranse-loven § 29 a, vil komme i stand som følge av at partene *frivillig* har valgt å inngå et kartellforlik. Poenget med ordningen, slik departementet ser det, er først og fremst å effektivisere håndhevingen av konkurranse-loven § 10 og ivareta fremtidig konkurranse. Både foretakene og Konkurransetilsynet vil spare ressurser gjennom en forenklet behandling og nedkorting av saksbehandlingen. Departementet mener likevel at vedtakene til Konkurransetilsynet om kartellforlik er å anse som utøvelse av forvaltningsmyndighet. Dette gir føringer for saksbehandlingen og myndighetens vedtakskompetanse. Kravene til saksutredning og begrunnelse i disse sakene må imidlertid ses i lys av at partene selv medvirker til vedtaket. Departementets forslag innebærer derfor at Konkurransetilsynet må foreta en selvstendig vurdering av om vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr er oppfylt. Det foreslås ikke lovfestet særskilte krav til saksbehandlingen utover disse rammer i konkurranse-loven. Men dersom det avdekkes et behov

for ytterligere saksbehandlingsregler m.m., etter at ordningen med forslag til kartellforlik har fått virke en stund, vil departementet vurdere å innføre en forskrift med hjemmel i forslag til siste ledd i konkurranseloven § 29 a.

I høringen gjorde departementet oppmerksom på at det pågår en prosess for å vurdere endringer klageordningen i konkurransesaker, jf. NOU 2014: 11. Departementet foreslår at Konkurransklagenemnda også skal behandle klager på vedtak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 10. Et vedtak om redusert overtredelsesgebyr i saker om kartellforlik etter konkurranseloven § 29 a skal etter forslaget kunne påklages til Konkurransklagenemnda etter reglene i forslag til nytt tredje ledd i konkurranseloven § 29. For nærmere om klageordningen under den foreslåtte Konkurransklagenemnda vises det til proposisjonen kapittel 2 til 6.

Flere av høringsinstansene ønsker at det skal åpnes for en reduksjon i et overtredelsesgebyr i kartellforlikssaker utover 10 prosent for å gi foretakene tilstrekkelige insentiver til å benytte ordningen. Departementet mener at reduksjonen i bøtesats ved kartellforlik bør være fast og 10 prosent. Dette er også nedfelt i Kommisjonens retningslinjer for kartellforlik (avsnitt 32). I tråd med merknaden fra Advokatforeningen endres ordlyden i forslag til § 29 a slik at denne ikke fremstår som en kan-bestemmelse. På denne måten gjøres det mer forutsigbart hvilken reduksjon foretakene kan få som følge av et kartellforlik.

Det etterlyses i høringen hvilken grad av forpliktelse det skal ligge i inngivelse av et forliksforlegg. Spørsmålet er om foretaket har adgang til å «hoppe av» etter et slikt innlegg. Departementet vil i denne forbindelse vise til utkastet femte ledd i § 29 a, hvor det fremkommer at foretaket etter å ha mottatt et forhåndsvarsel kan velge den ordinære saksbehandlingssporet i overtredelsesaker etter konkurranseloven § 10. I likhet med i EU/EØS vil saken da fortsette på vanlig måte, men uten at forliksinnlegget kan benyttes som bevis i saken. Sistnevnte er uttrykkelig presisert i siste punktum i femte ledd.

7.7 Presiseringer i bestemmelsen om delvis lempning av overtredelsesgebyr – konkurranseloven § 31

7.7.1 Høringsnotatet

I høringsnotatet viste departementet til reglene for lempning av overtredelsesgebyr i konkurranseloven §§ 30 og 31 og i forskrift nr. 1465/2013 om

utmåling og lempning av overtredelsesgebyr §§ 4 til 7.

Det ble vist til at bestemmelsen om hel lempning i konkurranseloven § 30 angir hvordan bevis skal fremlegges. Etter annet ledd bokstav c kan bevis fremlegges «ved at foretaket gis en prioritert rett til lempning fra tidspunktet det ble fremsatt krav om lempning samtidig som foretaket samler bevis. Den prioriterte retten til lempning er kun gyldig i en begrenset periode fastsatt av Konkurransetilsynet.» Dette er den såkalte markørordningen.

Videre ble det vist til at konkurranseloven § 31 om delvis lempning ikke gir anvisninger om hvordan bevisfremleggelse skal skje. Forskriften § 4 oppstiller kravene til innholdet i en lempningssøknad etter konkurranseloven §§ 30 og 31. I første ledd annet punktum heter det «[b]evis skal fremlegges som beskrevet i konkurranseloven § 30 første ledd bokstav a og andre ledd.»

Videre viste departementet til at for å oppnå lempning av overtredelsesgebyret må foretaket etter konkurranseloven § 30 første ledd bokstav b samarbeide «av eget tiltak fullt ut under hele Konkurransetilsynets saksbehandling.» Denne samarbeidsplikten er nærmere utdypet i forskriften § 6, og der står det eksplisitt at samarbeidsplikten også gjelder for å få innvilget delvis lempning.

I høringen uttrykte departementet at det kan være hensiktsmessig å tydeliggjøre at markørordningen og samarbeidsplikten i § 30 også gjelder for delvis lempning etter § 31. Det ble derfor foreslått å presisere dette i nytt § 31 annet ledd. Departementet understreket at forslaget ikke var ment å innebære noen realitetsendring.

7.7.2 Høringsinstansenes merknader

Advokatfirmaet Wiersholm AS, Konkurransetilsynet og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) støtter forslaget om å tydeliggjøre i konkurranseloven at markørordningen og samarbeidsplikten også gjelder for delvis lempning.

Advokatforeningen støtter hensikten med innføring av en markørordning for delvis lempning og en tydeliggjøring av samarbeidsplikten. Men forslaget til departementet fører også til en innsnevring i muligheten for delvis lempning, som ikke er omtalt i høringsnotatet, ved at også konkurranseloven § 30 første ledd bokstav d (om at lempning kun gjelder for foretak som ikke har «søkt å tvinge andre foretak til å delta i overtredelsen») gjøres gjeldende. Selv om det ikke er ønskelig å gi slike foretak full lempning, bør også foretak i en slik situasjon kunne gis motiv til å legge frem bevis, og dermed kunne oppnå delvis lempning.

Videre innebærer en henvisning til konkurranse-loven § 30 første ledd bokstav c, som foreslått av departementet sammen med gjeldende konkurranse-lov § 31 første ledd bokstav b, at det blir to bestemmelser med krav om opphør av overtredelsen for foretaket som søker delvis lempning, men med et noe ulikt innhold. Den beste løsningen vil derfor være å fjerne den gjeldende bestemmelsen i konkurranse-loven § 31 første ledd bokstav b og beholde forslaget til departementet om en henvisning til konkurranse-loven § 30 første ledd bokstav c i § 31.

7.7.3 Departementets vurderinger

Departementets forslag om å tydeliggjøre at markørordningen og samarbeidsplikten i konkurranse-loven § 30 også gjelder for delvis lempning etter § 31 får støtte blant høringsinstansene som uttaler seg.

Videre har departementet merket seg Advokatforeningens innspill (som for øvrig er harmonisert med «Europakommisjonens Model Leniency Programme») om at forslaget til departementet fører til en innsnevring i muligheten for delvis lempning. Departementet er enig i at foretak som har søkt å tvinge andre foretak til å delta i overtredelsen, og således utelukkes fra hel lempning etter konkurranse-loven § 30 første ledd bokstav d, likevel i en slik situasjon bør kunne gis motiv til å legge frem bevis og dermed kunne å oppnå delvis lempning.

Videre er departementet enig med Advokatforeningen i forslaget om å fjerne den gjeldende bestemmelsen i konkurranse-loven § 31 første ledd bokstav b og beholde forslaget til departementet om en henvisning til konkurranse-loven § 30 første ledd bokstav c i § 31 for bestemmelsen om krav til opphør av overtredelsen for foretaket som søker delvis lempning. Forslaget unngår at loven har to bestemmelser med krav om opphør av overtredelsen for foretaket som søker delvis lempning, men med et noe ulikt innhold.

Presiseringer i tråd med ovennevnte foreslås i konkurranse-loven § 31 første ledd.

7.8 Foreldelsesfrist ved brudd på EØS-avtalens artikkel 53 og 54 – konkurranse-loven § 34

7.8.1 Høringsnotatet

Departementet påpekte i høringen at i forbindelse med siste revisjon av konkurranse-loven, ble det tatt inn en egen bestemmelse om foreldelsesfris-

ter i konkurranse-loven § 34. Etter annet ledd kan krav fremmes ved særskilt søksmål etter at de ordinære foreldelsesfristene etter foreldelses-loven er ute. Særskilt søksmål «*må reises innen 1 år etter at det foreligger endelig vedtak eller rettskraftig dom i saken.*»

Departementet viste til at denne særlige foreldelsesfristen gjelder krav som springer ut av brudd på konkurranse-loven. Det ble vist til at det er reist spørsmål om bestemmelsen også gjelder tilsvarende ved overtredelser av EØS-avtalens artikkel 53 og 54, og ved håndheving av disse gjennom vedtak fra EFTAs overvåkningsorgan, for Borgarting lagmannsrett i sak LB-2013-178315. Her innga EFTAs overvåkningsorgan et innlegg for lagmannsretten, som blant annet tok for seg viktigheten av at parter har adgang til å håndheve EØS-konkurransereglene, og at foreldelsesreglene for overtredelse av disse reglene ikke kan gi dårligere beskyttelse av rettigheter basert på EØS-avtalen, enn det som følger av nasjonal konkurranserett.⁷ Borgarting lagmannsrett konkluderte med at foreldelsesfristen i den aktuelle saken var gått ut, og at foreldelsesfristen begynte å løpe før ESA fattet vedtak i saken. Dommen er rettskraftig.

Departementet foreslo i høringen at dagens regel om foreldelsesfrister for krav som springer ut av konkurranse-loven også skal omfatte krav som springer ut fra EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Det ble vist til at de samme hensynene som ligger bak den særskilte foreldelsesregelen for krav som springer ut fra brudd på konkurranse-loven gjør seg gjeldende for brudd på EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Videre viste departementet til at det er viktig å tilrettelegge for privat håndhevelse av konkurranse-reglene, også EØS-konkurransereglene. Dette er også bakgrunnen for at det er vedtatt et direktiv om privat håndhevelse i EU.⁸ Departementet gjorde for øvrig oppmerksom på at den foreslåtte lovendringen ikke gjennomfører det nye direktivet, og at forslag om å gjennomføre dette, ville bli sendt på høring senere.

7.8.2 Høringsinstansenes merknader

Advokatfirmaet Wiersholm AS, Konkurransetilsynet og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)

⁷ http://www.eftasurv.int/media/competition/Amicus_Curiae_Observations_-_NORWEGIAN_language_-_28_July_2014.pdf

⁸ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:DA:PDF>

støtter forslaget. Dette vil gi økt konsistens i regelverket.

Advokatforeningen har ingen motforestillinger mot at det innføres tilsvarende foreldelsesfrister for krav som springer ut av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Dette sikrer konsistens i regelverket. Forslaget bryter imidlertid med det klare skillet i konkurranselovgivningen der konkurranseloven omhandler de nasjonale konkurransereglene, mens EØS-konkurranseloven omhandler gjennomføringen av EØS-avtalens konkurranseregler i Norge. Derfor bør særskilte regler om foreldelse av krav som springer ut fra EØS-avtalen artikkel 53 og 54 legges til EØS-konkurranseloven.

7.8.3 Departementets vurderinger

Departementets forslag om at dagens regel om foreldelsesfrister i konkurranseloven § 34 også skal omfatte krav som springer ut fra EØS-avtalen artikkel 53 og 54 får støtte i høringen. Advokatforeningen har påpekt at særskilte regler om foreldelse av krav som springer ut fra EØS-avtalen artikkel 53 og 54 bør legges til EØS-konkurranseloven. Departementet mener likevel at forslaget

hører best hjemme sammen med dagens regel om foreldelsesfrister for krav som springer ut av konkurranseloven, og foreslår at bestemmelsen plasseres her. De samme hensynene som ligger bak den særskilte foreldelsesregelen for krav som springer ut fra brudd på konkurranseloven gjør seg gjeldende for brudd på EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Det er viktig å tilrettelegge for privat håndhevelse av konkurransereglene, også EØS-konkurransereglene. Dette er bakgrunnen for at det er vedtatt et direktiv om privat håndhevelse i EU. Departementet gjør oppmerksom på at denne lovendringen ikke gjennomfører det nye direktivet, og at forslag om å gjennomføre dette, vil bli sendt på høring senere.

7.9 Forskriftsendringer

Noen av forslagene som er behandlet i denne proposisjonens kapittel 7 medfører behov for å gjøre endringer i tilhørende forskrifter. Forslag til forskriftsendringer vil sendes på alminnelig høring på vanlig måte.

8 Økonomiske og administrative konsekvenser

8.1 Opprettelse av Konkurransesklagemennda

Det å opprette en ny konkurranseklagenemnd vil gi årlige driftsutgifter over statsbudsjettet på omlag 7,5 millioner kroner, når nemnda behandler det antall saker som er beregnet å bli en normal saksmengde for nemnda.

Det kan legges til grunn at Konkurransesklagemennda vil få maksimalt to til fire materielle konkurranserettslige saker (fusjonssaker, saker om pålegg om opphør og overtredelsesgebyrsaker) årlig. Anslaget er imidlertid usikkert. Som beskrevet i NOU 2014: 11 punkt 8.3.2, tyder erfaring fra de seneste årene på en synkende tendens til at det klages i fusjonssaker. I tillegg til disse materielle sakene antas det at nemnda vil motta ca. ti prosessuelle saker (saker om innsyn og pålegg om opphør). Disse anslagene er basert på tidligere statistikk vedrørende klager til departementet samt saker for domstolen.

Det offentliges samlede ressursbruk på konkurranse sakshandlingen kan imidlertid antas å bli om lag den samme, ved at sakene som skal behandles av konkurranseklagenemnda i dag behandles enten i departementet eller i domstolene.

Et viktig hensyn i denne lovproposisjonen er å søke å oppnå en øket samlet effektivitet i behandlingen av de mest omfattende konkurranse sakene. Etter dagens ordning blir noen av Konkurransetilsynets vedtak klagebehandlet i departementet, mens vedtak om overtredelsesgebyr behandles i domstolene. De sistnevnte saker behandles ved den rettskrets som er saksøkers vernetting. Dette innebærer at mens klagesaksbehandlingen skjer i et faglig spesialisert organ, preges domstolsprøvingen av at vernetingsreglene hindrer faglig spesialisering. Mens det er vanlig at gebyrsakene behandles i flere rettsinstanser, har ingen av departementets klagevedtak blitt bragt inn for domstolene. Denne asymmetrien kan ha flere forklaringer, men konsekvensen er uansett at ressursbruken til overprøving av gebyrsakene er betydelig større enn for andre vedtak.

Det viktigste tiltaket for å effektivisere samlet saksbehandling i konkurransesaker er å innføre en spesialisert overprøving for samme organ, for alle vedtak, også av vedtak om overtredelsesgebyr. Spesialisert overprøving av en klagenemnd må kunne forventes å gi faglig riktig behandling av de sentrale uenighetspunkter i saken. Dette vil i så fall kunne redusere behovet for ytterligere domstolsprøving, eller bidra til at domstolsprøvingen konsentreres om mer avgrensede tvistesporsmål i saken. Gjennom å etablere et fast vernetting for den rettslige overprøvingen av vedtakene etter konkurranseloven, kan det også bygges opp erfaring og kompetanse på konkurranse rett i rettsapparatet, i en annen grad enn det som er mulig med de alminnelige vernetingsreglene. Dette øker effektiviteten i saksbehandlingen ytterligere. Det er vanskelig å tallfeste disse virkningene.

8.1.1 Konsekvenser for næringslivet

Som utvalget pekte på, kan det å opprette en konkurranseklagenemnd få konsekvenser for omfanget av den næringsdrivendes saksomkostninger. Det antas å være liten forskjell på saksomkostningene i saker som i dag klagebehandles i departementet og behandling av tilsvarende saker i nemnda. Som i dag vil det kunne være store variasjoner fra sak til sak, hvor blant annet utredning av faktum, innspill fra partene og graden av muntlighet i prosessen har betydning. Det antas imidlertid at kostnadene ved klagenemndsbehandling vil kunne bli noe lavere enn ved domstolsbehandling, for de gebyrvedtakene som etter forslaget her skal klagebehandles før de domstolsprøves. Dette baseres på at kostnadene ved klage tradisjonelt er lavere enn ved domstolsbehandling, særlig fordi det ikke gjennomføres hovedforhandling på samme måte som i domstolene. Betydningen av dette bør imidlertid ikke overdrives, da nemnda også kan beslutte bruk av muntlige høringer i prosessen.

Forvaltningslovens regler om dekning av saksomkostninger vil imidlertid gjelde for partene. Den næringsdrivende vil både etter forvaltningslovens og tvistelovens regler som utgangspunkt

ha rett til å få dekket sine sakskostnader dersom vedtaket blir endret til dennes gunst. Forskjellen fra gjeldende til ny ordning er imidlertid at foretaket ved klagebehandling av gebyrvedtaket ikke løper noen risiko for å måtte betale statens omkostninger dersom vedtaket blir stående. Klagebehandlingen er gratis.

De praktiske konsekvensene av forslaget om å oppheve adgangen til politisk overprøving, jf. utredningens punkt 8.5.2 vil være små, siden politisk overprøving bare har vært foretatt i to saker, jf. utredningens punkt 8.5.2.2. I dag brukes det i enkelte saker store ressurser på politisk påvirkning. Bortfall av mulighet til politisk overprøving vil medføre at insentivene for slik ressursbruk bortfaller.

8.1.2 Konsekvenser for forvaltningen

Utvalget peker på at den største konsekvensen for forvaltningen vil være at departementets oppgaver med hensyn til klagebehandling flyttes fra departementet til en uavhengig nemnd. Departementet vil få frigjort ressurser til øvrige oppgaver. Besparelsen i departementet vil imidlertid være langt mindre enn kostnaden knyttet til opprettelse og drift av nemnda. Det må opprettes en ny organisasjon i tilknytning til Konkurransklagenemnda, og denne organisasjonen må tilføres ressurser. En administrativ konsekvens av forslaget om å opprette egen klagenemnd, er at departementet mister kunnskap om enkeltsaksbehandling på konkurranserettens område.

Det er avgjørende at den nye Konkurransklagenemnda har sterk faglig tyngde og legitimitet i næringslivet for at den skal kunne fungere som et

godt tvisteløsningsorgan. Uten et solid fagmiljø og medlemmer som nyter faglig respekt i næringslivet, vil nemnda miste mye av sin funksjon som rettssikkerhetsgarantist.

Departementet vil også starte en prosess i samarbeid med andre berørte departementer for å vurdere å slå sammen Konkurransklagenemnda med andre klageorganer for å få sterkere fagmiljø og færre klageorganer. Departementet vil komme tilbake til Stortinget med nødvendig budsjett- og lovforslag til etableringen av en slik stornemnd, når dette er ferdig utredet. Det legges opp til at en slik utredning kan foreligge i løpet av 2018.

På denne bakgrunn er det departementets forslag at Konkurransklagenemnda etableres i en liten skala til å begynne med, siden det vil ta noen år før nemnda har nok saker til behandling til å forsvare full opprettelse. Nemnda etableres fra oppstarten med en fast ansatt nemndsleder med tillegg av 5-7 nemndsmedlemmer.

8.2 Endringer i konkurranseloven som ikke er knyttet til forslaget om klagenemnd for konkurransesaker

Forslaget om å innføre en ordning med kartellforlik i konkurranseloven, vil kunne redusere saksbehandlingstiden for enkelte kartellsaker, som igjen vil frigjøre ressurser både for partene og i Konkurransetilsynet. De øvrige endringene i departementets forslag til endringer i konkurranseloven som omtalt i proposisjonens punkt 7 antas ikke å gi økonomiske eller administrative konsekvenser av betydning.

9 Merknader til de enkelte paragrafer i lovforslaget

9.1 Merknader til lovforslaget del I om endringer i konkurranseloven

Til konkurranseloven § 8

I bestemmelsens *første ledd* er Konkurransklagenemnda føyd til som del av konkurransemyndighetenes organisasjon. For å oppnå politisk uavhengighet, og for å styrke Konkurransetilsynet som uavhengig myndighetsorgan, opprettes en nytt organ – Konkurransklagenemnda – som skal behandle klager på Konkurransetilsynets vedtak. Når Konkurransklagenemnda medregnes som konkurransemyndighet etter § 8, vil også konkurranseloven § 24 om opplysningsplikt og granskning gjelde for Konkurransklagenemnda.

Annet ledd slår fast at Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda er uavhengige forvaltningsorganer, administrativt underlagt Kongen og departementet. Se nærmere om nemndas uavhengighet i punkt 6.3.

Det følger av *tredje ledd* at verken Kongen eller departementet kan instruere tilsynet eller nemnda om behandlingen av enkeltsaker. Kongen eller departementet kan heller ikke gi nemnda generelle instruksjoner om hvordan myndighet etter loven skal utøves. Det kan således ikke gis generelle instruksjoner til nemnda om håndhevingen, og det kan ikke gis pålegg om myndighetsutøvelsen i enkelttilfeller. Administrativt skal klagenemnda være underlagt departementet. Bestemmelsen medfører at nemnda ikke kan instrueres av Kongen i statsråd eller departementet om bevisbedømmelse, rettsanvendelse eller saksbehandling. For å sikre en uavhengig klagebehandling, er det gjort andre endringer som for eksempel at særbestemmelsene om adgangen til politisk overprøving i gjeldende konkurranselov §§ 13 og 21 er opphevet. Det er derimot ikke gjort endringer i adgangen til å gi generelle pålegg overfor Konkurransetilsynet, og tilsynet kan derfor fremdeles pålegges å prioritere for eksempel et spesielt marked. Kongen kan også fortsatt pålegge Konkurransetilsynet å ta en sak opp til behandling jf. § 8 tredje ledd siste punktum.

Ifølge § 8 *fjerde ledd første punktum* kan ikke Kongen eller departementet av eget tiltak omgjøre tilsynets eller nemndas vedtak. Dette er et unntak fra bestemmelsen i forvaltningsloven § 35 om at overordnet organ eller klageinstans kan omgjøre underordnet organs vedtak. Bakgrunnen for denne innskrenkningen av omgjøringsadgangen i forhold til forvaltningsloven § 35 er hensynet til tilsynets og nemndas uavhengighet av departement og regjering. Etter at reglene om omgjøring for Kongen i statsråd etter konkurranseloven §§ 13 og 21 oppheves vil det således ikke være anledning for overordnet forvaltningsorgan å omgjøre vedtak på konkurranseområdet. Dette gjelder også dersom det aktuelle vedtaket er å anse som ugyldig. Konkurransklagenemnda skal heller ikke kunne omgjøre Konkurransetilsynets vedtak av eget tiltak, dette følger av *fjerde ledd annet punktum*. Bakgrunnen for denne bestemmelsen er at nemnda ikke er et overordnet forvaltningsorgan i vanlig forstand, men et rent klageorgan. Det er derfor ikke naturlig at nemnda skal ha adgang til å omgjøre tilsynets vedtak dersom det ikke foreligger en klage. Ifølge *fjerde ledd tredje punktum* skal nemnda kunne omgjøre egne vedtak dersom de er ugyldige. Av dette følger også at nemnda ikke skal ha anledning til å omgjøre egne vedtak utenom i ugyldighetstilfellene. Utenfor ugyldighetstilfellene må det således reises søksmål for å få endret nemndas vedtak. Det gjøres ingen endringer i Konkurransetilsynets adgang til å omgjøre egne vedtak. Tilsynet har derfor adgang til å omgjøre egne vedtak etter de alminnelige regler om omgjøring jf. forvaltningsloven § 35 første ledd og omgjøringsadgangen er således ikke begrenset til ugyldighetstilfellene. Tilsynet vil for eksempel fortsatt ha adgang til å omgjøre vedtak til gunst for partene.

Til konkurranseloven § 12

Departementet er erstattet med *Konkurransklagenemnda* i § 12 tredje ledd sjettede punktum. Bestemmelsen innebærer at Konkurransklagenemndas kompetanse begrenses tilsvarende som departe-

mentets etter gjeldende rett, i saker om påbud om opphør hvor partene har tilbudt avhjelpende tiltak som Konkurransetilsynet har gjort bindende for foretaket i vedtak. Klagenemnda kan således kun oppheve eller stadfeste tilsynets vedtak.

Denne løsningen er en følge av systemet i ordningen med avhjelpende tiltak. Det påklagede vedtaket bygger på et tilbud om avhjelpende tiltak fra foretaket, i dialog med Konkurransetilsynet. Dersom et slikt vedtak er ugyldig, men uten at ugyldigheten utelukker et nytt vedtak, må foretaket selv kunne bestemme om det vil komme med tilbud om nye tiltak. Konkurransetilsynet må tilsvarende kunne avgjøre om det vil prioritere fortsatt utredning av saken og eventuelt gå inn i ny dialog med foretaket. Selv i tilfeller hvor ugyldighetsgrunnene i utgangspunktet kan repareres i klageomgangen er det mer hensiktsmessig at sakens videre skjebne avgjøres av Konkurransetilsynet. Se nærmere om begrunnelsen for bestemmelsen i Prop. 75 L (2012 – 2013) punkt 3.3.

Til konkurranseloven § 13

Paragraf 13 oppheves. Endringen medfører at bestemmelsen i § 13 om adgang for Kongen i statsråd til å omgjøre Konkurransetilsynets vedtak i adferdssaker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning fjernes for å oppnå formålet om en politisk uavhengig klagesaksbehandling. Se også om opphevelse av tilsvarende bestemmelse for saker om foretakssammenslutninger i § 21.

Til konkurranseloven § 16

Etter bestemmelsens *første ledd* skal Konkurransetilsynet forby foretakssammenslutninger som i betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes. Fusjonskontrollbestemmelsen harmoniseres innholdsmessig med tilsvarende bestemmelse i EUs fusjonsforordning, som også er inntatt i EØS-avtalen, og som er lagt til grunn ved utforming av de fleste nasjonale fusjonskontrollregimer i EU. Begrunnelsen er hensynet til å ha like regler for fusjonskontroll i Norge, som i nærliggende jurisdiksjoner. Dette gir en viss forenkling for både foretak og konkurransemyndighetene. Dette formålet oppnås særlig dersom rettsanvendelsen etter den nye bestemmelsen følger eksisterende og fremtidig retts- og forvaltningspraksis fra EU-domstolen, Europakommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan. Bestemmelsens ordlyd gir uttrykk for den

materielle rettsregelen som er etablert i EU gjennom de siste årene, og en annen språklig utforming av bestemmelsen i konkurranseloven ville bidratt til å skape uklarhet om hvorvidt § 16 første ledd skal tolkes og anvendes likt som den samme formuleringen i artikkel 2 nr. 3 i rådsforordning nr. 139/2004 av 20. januar 2004 om tilsyn med foretakssammenslutninger. For en detaljert redegjørelse for denne bestemmelsens innhold vises til NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov s. 99-116.

Det å endre § 16 første ledd fra en SLC-test til en SIEC-test, er ikke ment å få vesentlig betydning for ambisjonsnivået i konkurranselovens fusjonskontrollregler. Loven antas ikke å få særlig praktisk betydning verken for antall inngrep, eller for hvilke inngrepsvedtak som fattes.

Fusjonskontrollreglene i EU og i de enkelte medlemsstater i EU bygger på SIEC-testen med en konsumentvelferdsstandard. Gjeldende § 16 første ledd skiller seg dermed på dette punktet fra både de øvrige reglene i den norske konkurranseloven, og fra fusjonskontrollreglene i andre jurisdiksjoner. Lovendringen antas generelt å få liten praktisk betydning for utfallet i fremtidige fusjonsaker, både med hensyn til hvilke og hvor mange saker det gripes inn mot.

Rent lovteknisk fremgår effektivitetsforsvaret og totalvelferdsstandarder i dagens lovtekst ved at § 16 første ledd understreker at foretakssammenslutningen i tillegg til å fylle konkurransebegrensvilkåret, også må være i strid med lovens formål. Lovens formål er blant annet å 'fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser'. I § 16 første ledd er det ingen språklig referanse til effektivitetsforsvaret, eller at effektivitetsforsvaret er basert på en konsumentvelferdsstandard. Det er imidlertid sikker rett at denne regelen skal innfortolkes i artikkel 2 nr. 3 i fusjonskontrollforordningen, se for eksempel omtalen i Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger punkt 79 flg. Forutsetningen er at den nye bestemmelsen i konkurranseloven skal tolkes og anvendes likt med den tilsvarende bestemmelsen i fusjonskontrollforordningen, og det anses både unødvendig og uheldig å utforme ordlyden i den norske bestemmelsen annerledes enn artikkel 2 nr. 3 i fusjonskontrollforordningen.

Til konkurranseloven § 18 syvende ledd

I praksis har enkelte opplevd det som uklart om kravet til merking og begrunnelse for taushetsbelagte opplysninger i konkurranseloven § 18 b

også gjelder ved inngivelse av forenklet melding. Endringen er ment å tydeliggjøre at kravene etter konkurranseloven § 18 b også gjelder for slike meldinger.

Videre benyttes begrepet «*fullstendig*» om melding i konkurranseloven § 18 syvende ledd, mens det i konkurranseloven § 20 flere steder vises til når en melding er «*mottatt*». En harmonisering av begrepsbruken tilsier at § 18 syvende ledd også viser til at en melding «*anses som mottatt*» når de angitte kravene er oppfylt. En språklig forståelse av ordlyden «*mottatt*» kan oppfattes som at meldingen er mottatt idet den er *innkommet* til Konkurransetilsynet. Ordlyden «*mottatt*» innebærer imidlertid at meldingen må oppfylle innholdskravene og kravene til å merke og begrunne taushetsbelagte opplysninger i konkurranseloven og meldepliktforordningen. Dette er tilsvarende for ordlyden «*mottatt*» i konkurranseloven § 20.

Til konkurranseloven § 18 a første ledd

Markedsandelstersklene i konkurranseloven § 18 a første ledd bokstav e er justert, slik at disse er harmonisert med gjeldende markedsandelsterskler i EU/EØS, se form CO, i vedlegg 1 til Kommisjonens forordning 802/2004. Videre er innholdskravet til meldinger om foretakssammenslutninger, som tidligere fremgikk av forskrift om melding av foretakssammenslutninger mv. § 2, tatt inn i § 18 a første ledd bokstav f sammen med de andre innholdskravene, slik at alle innholdskravene er samlet på ett sted. For å klargjøre innholdet i meldingen er begrepsbruken i § 18 a bokstav d til f samordnet. Begrepsbruken «*horisontalt forbundne markeder*» er endret, fordi dette antyder at det er en forbindelse mellom to eller flere markeder. Meningen er imidlertid at det skal være situasjoner der partene i en transaksjon er tilstede på ett og samme marked. En beskrivelse av vertikalt og horisontalt *berørte* markeder gis i sammenheng med at begrepet benyttes første gang i forslag til bokstav e i § 18 a første ledd. Bestemmelsen er også justert slik at det blir tydeligere hva som generelt beskriver overlapp (horisontalt og vertikalt), og det som er en betegnelse for de markeder som skal beskrives særskilt i bokstav e. Dette er gjennomført ved at begrepene «*horisontalt overlapp*» og «*vertikalt overlapp*» beskriver de generelle tilfellene med tilstedeværelse i samme marked eller vertikalt tilstøtende markeder (uavhengig av markedsandel) i forslag til bokstav d og f, mens «*horisontalt berørte markeder*» og «*vertikalt berørte markeder*» beskriver de markedene der partene har overlapp, og der markedsandelstersklene i bokstav e er oppfylt. Dette vil

også være i tråd med betegnelse som benyttes i EUs form CO.

Bestemmelsens første ledd *bokstav d* gjør det klart at meldingen må inneholde navn på de fem viktigste konkurrenter, kunder og leverandører i markeder i Norge, eller som Norge er en del av, hvor de involverte foretakene og foretak i samme konsern har *horisontalt overlappende* virksomhet. Beskrivelsen etter denne bokstav gjelder de generelle tilfellene med tilstedeværelse i samme marked, uavhengig av markedsandel. Der markedsandelstersklene overstiger en angitt prosent for slike markeder, kreves ytterligere opplysninger i meldingen, jf. § 18 første ledd bokstav e.

Etter bestemmelsens første ledd *bokstav e* stilles det krav om at meldingen inneholder en redegjørelse for *horisontalt og vertikalt berørte markeder*. Hva som ligger i disse begrepene er nærmere definert i bestemmelsen. Et marked er *horisontalt berørt* dersom minst to av partene er aktive på det samme produktmarkedet og partenes samlede markedsandel overstiger 20 prosent. *Vertikalt berørte* markeder er de markeder der en part opererer i et forutgående eller etterfølgende ledd til et marked hvor en annen part opererer, og deres samlede markedsandel overstiger 30 prosent på hvert av de respektive markedene. Redegjørelsen etter bokstav e skal inkludere en beskrivelse av markedsstrukturen i de berørte markedene, beskrivelse av de involverte foretakenes viktigste konkurrenter, kunder og leverandører i de berørte markedene, og en beskrivelse av eventuelle etableringshindringer i de berørte markedene.

Første ledd *bokstav f* regulerer hva en melding skal inneholde ved *vertikalt overlappende markeder*. Hva som ligger i dette begrepet er nærmere presisert i bestemmelsen. Det følger at der foretakssammenslutninger er mellom en part som opererer i et forutgående eller etterfølgende ledd til et produktmarked hvor en annen part opererer, og partenes individuelle eller samlede markedsandel overstiger 30 prosent på minst ett av disse markedene, skal også disse vertikalt overlappende markedene beskrives kortfattet i meldingen. Beskrivelsen av disse markedene skal minst omfatte partenes tre viktigste konkurrenter, kunder og leverandører.

Til konkurranseloven § 20 fjerde, femte og sjette ledd

§ 20 *fjerde ledd* er presisert i tråd med implemteringsforordningen i EU/EØS om fristberegninger ved avhjelpende tiltak. Dersom partene inngir et forslag til avhjelpende tiltak før 55-dagersfristen, og så etter 55-dagersfristen kommer med et

nytt eller revidert forslag til avhjelpende tiltak, skal dette anses som et nytt forslag som gir forlengelse av saksbehandlingsfristene. En slik fristforlengelse vil gi Konkurransetilsynet en reell mulighet til å vurdere forslaget, uten å risikere å miste kompetanse til å gripe inn mot foretakssammenslutningen på grunn av fristutløp.

Når et nytt eller revidert forslag om avhjelpende tiltak fremsettes av melder senere enn 55 virkedager fra da Konkurransetilsynet mottok meldingen, forlenges Konkurransetilsynets frist etter første punktum i konkurranseloven § 20 fjerde ledd tilsvarende, likevel slik at fristen ikke kan overskride 85 virkedager fra da meldingen ble mottatt. Endringen gjør det klart at fristene i perioden mellom 55 og 70 virkedager fra meldingen er mottatt maksimalt kan forlenges med 15 virkedager, dersom det fremsettes nytt eller revidert forslag til avhjelpende tiltak. Fristen kan altså forlenges flere ganger mellom 55 og 70 virkedager, men aldri mer enn til sammen 15 virkedager.

Fjerde ledd åpner videre for at tidsfristene ved fremleggelse av nytt eller revidert forslag til avhjelpende tiltak etter at tilsynet har lagt fram sitt begrunnede forslag til forbudsvedtak kan forlenges med 15 virkedager.

Fjerde ledd siste punktum gir adgang til en ytterligere fristforlengelse med inntil 15 virkedager etter anmodning eller samtykke fra melder, slik ordningen også er etter EUs fusjonsforordning. Melder kan ta initiativ til, eller akseptere en forlengelse av fristen, eksempelvis når det gjøres endringer i forslag til avhjelpende tiltak i en sen fase. Konkurransetilsynet har anledning til å vurdere hvorvidt fristen skal forlenges og eventuelt med hvor mange dager. En slik regel vil være særlig praktisk i saker hvor det viser seg at de fremsette avhjelpende tiltak må revideres tett opp mot tilsynets vedtaksfrist.

Det er presisert i *femte* og *sjette ledd* at dersom frister skal begynne å løpe, og avhjelpende tiltak skal anses som mottatt av Konkurransetilsynet, er det er tilstrekkelig med et forslag til offentlig versjon som tilfredsstillende kravene i § 18 b.

Til konkurranseloven § 20 a

Endringene innebærer at Konkurransseklagenemndas kompetanse begrenses på samme måte som for departementet etter gjeldende rett i saker om foretakssammenslutninger hvor Konkurransetilsynet har lagt avhjelpende tiltak foreslått av partene, til grunn for et vedtak om å tillate foretakssammenslutningen på disse vilkår. Klagenemndas kompetanse begrenses i disse sakene til å opp-

heve eller stadfeste tilsynets vedtak. Begrunnelsen er den samme som for tilsvarende endring i konkurranseloven § 12 tredje ledd og det vises til merknadene til denne bestemmelsen.

Til konkurranseloven § 21

Paragraf 21 oppheves. Endringen medfører at bestemmelsen i § 21 om adgangen for Kongen i statsråd til å omgjøre Konkurransetilsynets vedtak i adferdssaker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning fjernes for å oppnå formålet om en politisk uavhengig klagesaksbehandling. Det samme gjelder adgangen til å gripe inn mot foretakssammenslutninger som tilsynet ikke har grepet inn mot.

Se også ovenfor om opphevelse av tilsvarende bestemmelse for saker om overtredelse av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 og 11.

Til konkurranseloven § 22

Endringen medfører at Konkurransseklagenemnda, i likhet med Konkurransetilsynet og departementet, skal offentliggjøre sine vedtak.

Til konkurranseloven § 26

I § 26 *første ledd* fremkommer det at dokumenter som Konkurransetilsynet har mottatt i forbindelse med en lempningssøknad også er unntatt etter at saken er avsluttet. Denne bestemmelsen skal også gjelde for dokumenter som Konkurransetilsynet har mottatt i forbindelse med forlikshandlinger etter konkurranseloven § 29 a. De samme hensyn til konfidensialitet gjør seg gjeldende for dokumenter i en overtredelsessak der det søkes om lempning og der foretakene inngår forhandlinger om et kartellforlik. For veiledning til forståelsen av uttrykket dokumenter som Konkurransetilsynet har mottatt i en sak om forlikshandlinger, vises til forarbeidene til § 26 første ledd i Prop. L (2012-2013), om dokumenter som Konkurransetilsynet har mottatt i en sak om lempning.

I *annet ledd* fastslås det at Konkurransetilsynets avgjørelser om partsinnsyn i overtredelsessaker kan påklages til Konkurransseklagenemnda. Dette utgjør en endring fra tidligere regulering der den forvaltningsrettslige klageadgangen var avskåret, og slike spørsmål kunne kreves avgjort av retten ved kjennelse. Endringen er i samsvar med tilsvarende endring av konkurranseloven § 29 tredje ledd, se nedenfor, om at Konkurransse-

tilsynets avgjørelser om overtredelsesgebyr kan påklages til Konkurransklagenemnda. Endringene medfører at alle klager over Konkurransetilsynets vedtak skal behandles i nemnda, med unntak av vedtak etter pristiltaksloven.

Til konkurranseloven § 27 annet ledd

Av bestemmelsen følger det at enhver som utfører tjeneste eller arbeid for konkurransemyndighetene, har taushetsplikt om opplysninger som har sin opprinnelse i erklæringer fra et foretak om dets viten om en overtredelse av § 10 og foretakets egen delaktighet i overtredelsen, og som er utarbeidet spesielt med det formål å oppnå lempning, eller som ledd i forlikforhandlinger etter konkurranseloven § 29 a. I en sak om kartellforlik omfatter «*erklæringen*» forliksinnlegget, slik dette er definert i § 29 a tredje ledd. Taushetsplikten omfatter således opplysninger om at erklæringen finnes, alle elementene erklæringen inneholder, samt det forhold at det foregår, eller har foregått en forliksdrøftelse. Taushetsplikten oppheves på vanlig måte når en opplysning er offentliggjort, enten gjennom det endelige vedtaket, eller gjennom kommunikasjon fra foretaket selv. Bestemmelsene om kartellforlik er nærmere regulert i konkurranseloven § 29 a.

Til konkurranseloven § 27 a

Av *første ledd* fremkommer det at part eller partsrepresentant som blir gjort kjent med opplysninger som nevnt i § 27 annet ledd, har taushetsplikt om opplysningene og kan bare bruke dem så langt det er nødvendig for å ivareta partens interesse i saken. I en sak om kartellforlik omfatter «*erklæringen*» forliksinnlegget, slik dette er definert i § 29 a annet ledd. Taushetsplikten omfatter således opplysninger om at erklæringen finnes, alle elementene erklæringen inneholder, samt det forhold at det foregår, eller har foregått en forliksdrøftelse.

Konkurranseloven § 27 a første ledd innebærer at partene eller deres partsrepresentanter i overtredelsessaken har taushetsplikt om opplysninger de blir kjent med i erklæringer omhandlet i konkurranseloven § 27 annet ledd, og begrenser bruken av disse opplysningene. Dette er også uttrykkelig presisert i bestemmelsen om kartellforlik i konkurranseloven § 29 a tredje ledd siste punktum. Dersom partene bruker opplysningene i strid med bestemmelsen, kan dette ha både sivilrettslige og strafferettslige konsekvenser.

For nærmere omtale av konkurranseloven § 27 a første ledd vises til omtalen i Prop. 75 L (2012–2013) kapittel 8 og merknaden til bestemmelsen på side 154.

Av *annet ledd* fremkommer det at Konkurransklagenemnda, ikke departementet, er klageorgan for avslag på krav om innsyn etter bestemmelsen.

Til konkurranseloven § 29

Endringen i konkurranseloven § 29 *tredje ledd* medfører at Konkurransklagenemnda får kompetanse til å fatte klagevedtak i saker som gjelder overtredelsesgebyr. Dette er en endring fra gjeldende rett, der den forvaltningsrettslige klageadgangen er avskåret, og søksmål om vedtaket må reises for tingretten. Konkurransklagenemndas vedtak i overtredelsesgebyrsaker kan overprøves av domstolene på vanlig måte. Retten kan prøve alle sider av saken.

Dette er i samsvar med tilsvarende endring av konkurranseloven § 26 annet ledd, se ovenfor, om at Konkurransetilsynets avgjørelser om partsynsyn i overtredelsessaker kan påklages til Konkurransklagenemnda. Endringene medfører at alle klager over Konkurransetilsynets vedtak skal behandles i nemnda, med unntak av vedtak etter pristiltaksloven.

Ifølge § 29 tredje ledd siste punktum suspenderes tvangskraften dersom foretaket klager til Konkurransklagenemnda eller går til søksmål mot staten for å prøve vedtaket. Bestemmelsen må ses i sammenheng med bestemmelsen i § 39 annet ledd om at klage til nemnda er en forutsetning for å reise søksmål over Konkurransetilsynets vedtak. Det er gjort unntak i § 39 annet ledd annet punktum dersom nemnda ikke treffer vedtak eller avgjørelse innen seks måneder fra klagen er fremsatt, og dette ikke skyldes forhold som klager har ansvaret for.

Til konkurranseloven § 29 a

Det innføres en ordning med ileggelse av overtredelsesgebyr ved forlik i saker som gjelder overtredelser av konkurranseloven § 10. Bestemmelsen er utformet etter mønster fra tilsvarende ordning i EU/EØS. En slik ordning vil gi Konkurransetilsynet et fleksibelt håndhevingsverktøy i bekjempelsen av karteller. Ressursene som eventuelt spares ved bruk av kartellforlik, muliggjør behandling av flere saker på kortere tid.

Bestemmelsens *første ledd* angir bestemmelsens saklige virkeområde. § 29 a gjelder for saker

etter loven § 29 om ileggelse av overtredelsesgebyr ved overtredelse av konkurranseloven § 10. Slike saker omtales som kartellforlik. Reduksjonen i bøtesatsen ved kartellforlik er fast på 10 prosent. Dette tilsvarer Kommisjonens retningslinjer for kartellforlik (avsnitt 32). Ordlyden viser at selv om et kartellforlik forutsetter en betydelig grad av samarbeid mellom Konkurransetilsynet og parten, er det like fullt snakk om et vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr, og ikke en privatretslig disposisjon.

Av bestemmelsens *annet ledd* følger det at dersom Konkurransetilsynet vurderer saken som egnet for kartellforlik, kan tilsynet invitere ett eller flere foretak til forliksforhandlinger. Konkurransetilsynet presenterer da saken, bevisene i tilsynets besittelse og tilsynets foreløpige vurdering av den mulige overtredelsen, slik at foretaket effektivt skal kunne utforme et forliksinnlegg. Tilsvarende forpliktelse hviler på Kommisjonen etter artikkel 10 a (2) første ledd bokstav a i gjennomføringsforordningen. Tilsynet skal også informere om hvilket overtredelsesgebyr som vurderes ilagt. I mange saker vil det være behov for en fortløpende dialog i en periode før forliksinnlegg, og det vil ikke alltid være tilstrekkelig med kun ett forliksmøte. Omfanget av dialogen mellom Konkurransetilsynet og foretakene vil kunne variere fra sak til sak. Likebehandlingsprinsippet tilsier at en invitasjon til forliksdrøftinger som utgangspunkt bør rettes til alle foretak som er involvert i en kartellovertredelse. Kun dersom særlige grunner tilsier det, bør enkelte foretak utelates fra forliksforhandlinger. Det kan for eksempel være tilfellet dersom enkelte foretak mistenkes for å ha deltatt i en mer omfattende overtredelse, og der Konkurransetilsynet ikke er kommet tilstrekkelig langt i etterforskningen til at denne delen av saken er klar for gjennomgang. Det må således være opp til Konkurransetilsynet å foreta den nærmere vurderingen av dette i den enkelte sak.

Foretakene som er involvert i en sak om kartellforlik kan få tilgang til sakens sentrale dokumenter, i tråd med vilkårene i konkurranseloven § 26 andre ledd i forliksforhandlingene, fordi tilsynet ved invitasjon har kommet så langt i etterforskningen at hensynet til etterforskningen ikke lenger tilsier at sakens dokumenter unntas fra innsyn for de som etterforskes. Reglene om innsyn i konkurranseloven § 26 gjelder for saker om kartellforlik som behandles etter forslag til § 29 a, fordi dette er en overtredessak i henhold til konkurranseloven § 10.

Av bestemmelsens *tredje ledd* følger det at dersom saken er egnet til kartellforlik gir Konkurran-

setilsynet foretaket en frist på minst 15 virkedager til å utforme et forliksinnlegg. Forliksinnlegget skal inneholde en uforbeholden innrømmelse av overtredelsen, maksimalt nivå på overtredelsesgebyret foretaket kan akseptere, en bekreftelse på at foretaket har fått tilgang til tilsynets bevismateriale, og en bekreftelse på at foretaket ønsker å inngå kartellforlik med de begrensningene dette har for kravene til Konkurransetilsynets utrednings- og begrunnelsesplikt. Fristbestemmelsen for partene til å utforme et forliksinnlegg i tredje ledd i § 29 a er en minimumsregel, på samme måte som i EU/EØS-retten, slik at det kan settes lengre frister dersom sakens kompleksitet eller andre forhold tilsier at det er behov for det. En forutsetning for at en slik frist skal løpe er at foretaket har mottatt tilstrekkelig redegjørelse for saken etter forslaget til § 29 a annet ledd i forbindelse med forliksforhandlingene, og er gitt nødvendig innsyn i sakens dokumenter etter konkurranseloven § 26 annet ledd.

Kartellforlik har likhetstrekk med avtaler og forliksordninger på andre rettsområder. Et vedtak om redusert overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, i samsvar med konkurranseloven § 29 a, vil komme i stand som følge av at partene frivillig har valgt å inngå et kartellforlik. Ordningen skal først og fremst effektivisere håndhevingen av konkurranseloven § 10 og ivareta fremtidig konkurranse. Både foretakene og Konkurransetilsynet vil spare ressurser gjennom en forenklet behandling og nedkorting av saksbehandlingen. Vedtakene til Konkurransetilsynet om kartellforlik er likevel å anse som utøvelse av forvaltningsmyndighet. Dette gir føringer for saksbehandlingen og myndighetens vedtakskompetanse. Kravene til saksutredning og begrunnelse i disse sakene må imidlertid ses i lys av at partene selv medvirker til vedtaket. Konkurransetilsynet må foreta en selvstendig vurdering av om vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr er oppfylt.

Det pålegges taushetsplikt for foretak som mottar informasjon fra Konkurransetilsynet under forliksdrøftinger, se tredje ledd siste punktum. I EUs regler gjelder et krav om konfidensialitet for foretak som deltar i forliksdrøftinger i gjennomføringsforordningen artikkel 10 a (2). En part eller en partsrepresentant som blir gjort kjent med forliksinnlegget, har taushetsplikt om opplysningene og kan bare benytte dem så langt det er nødvendig for å ivareta partenes interesse i saken. Opplysninger i et forliksinnlegg er underlagt reglene om taushetsplikt i konkurranseloven §§ 27 og 27 a.

I bestemmelsen *fjerde ledd* fremkommer det at når et forliksinnlegg er mottatt av Konkurransetilsynet, gis foretaket et forhåndsvarsel med en svarfrist, hvoretter vedtak om overtredelsesgebyr etter § 29, kan fattes med redusert gebyr.

I *femte ledd* er det presisert at dersom foretaket, etter å ha mottatt forhåndsvarselet, ikke ønsker å inngå kartellforlik vil saken følge det ordinære saksbehandlingssporet i overtredelsessaker. Som i EU/EØS vil saken da fortsette på vanlig måte, men uten at forliksinnlegget kan benyttes som bevis i saken. Sistnevnte er uttrykkelig presisert i siste punktum i femte ledd. Et vedtak om redusert overtredelsesgebyr i saker om kartellforlik etter konkurranseloven § 29 a kan påklages til Konkurransklagenemnda etter reglene i konkurranseloven § 29 tredje ledd. For nærmere om klageordningen under den foreslåtte Konkurransklagenemnda vises til proposisjonen kapittel 2 til 6.

Av bestemmelsens *sjette ledd* fremkommer det at redusert overtredelsesgebyr etter bestemmelsen kommer i tillegg til en eventuell reduksjon av overtredelsesgebyret etter §§ 30 og 31. I praksis vil nok ordningen med kartellforlik sannsynligvis i det alt vesentlige benyttes av foretak som allerede har søkt om lempning, og fungere som en ytterligere lempningsrabatt.

Av bestemmelsens *syvende ledd* fremkommer det at departementet kan gi forskrift om illeggelse av overtredelsesgebyr ved forlik for saker om overtredelser av konkurranseloven § 10. Dette kan eksempelvis være saksbehandlingsregler for behandling av saker om kartellforlik utover det som følger av konkurranseloven § 29 a.

Til konkurranseloven § 31

I bestemmelsens *første ledd* tydeliggjøres at markørordningen og samarbeidsplikten i konkurranseloven § 30 også gjelder for delvis lempning etter § 31. Det følger av bestemmelsen at foretak som ikke oppfyller vilkårene for hel lempning i § 30, skal gis delvis lempning av overtredelsesgebyret dersom foretaket fremlegger bevis som vesentlig styrker Konkurransetilsynets muligheter til å bevise en overtredelse av konkurranseloven § 10 og oppfyller vilkårene i § 30 første ledd bokstav b og c. Reglene om bevisfremleggelse i § 30 annet ledd gjelder tilsvarende.

Til konkurranseloven § 34

Av bestemmelsens *første ledd* følger det at for krav som springer ut av brudd på konkurranseloven og

EØS-avtalen artikkel 53 og 54, gjelder bestemmelsene om foreldelse i foreldelsesloven, herunder § 9 og § 11. I bestemmelsens *annet ledd* fremkommer at selv om foreldelsestiden er ute, kan krav som nevnt i første ledd dessuten settes frem ved særskilt søksmål. Et slikt søksmål må reises innen ett år etter at det foreligger endelig vedtak eller rettskraftig dom i saken. De samme hensynene som ligger bak den særskilte foreldelsesregelen for krav som springer ut fra brudd på konkurranseloven gjør seg gjeldende for brudd på EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Det er viktig å tilrettelegge for privat håndhevelse av konkurransereglene, også EØS-konkurransereglene.

For nærmere om forståelsen av bestemmelsen vises det til forarbeidene til konkurranseloven § 34 i Prop. 75 L (2012–2013), særlig punktene 4.2.8 og 4.4.6, samt merknadene til § 34 på side 156.

Til konkurranseloven § 35

Bestemmelsens *første ledd* fastslår at Konkurransklagenemnda får vedtakskompetanse i alle saker som i dag kan klages inn for departementet, med unntak av sakene etter pristiltaksloven. Bakgrunnen for unntaket er at avgjørelsene etter pristiltaksloven kan være basert på politiske hensyn og derfor ikke egner seg for behandling i en uavhengig klagenemnd. Sammenholdt med endringer i konkurranseloven § 26 annet ledd og § 29 tredje ledd, innebærer bestemmelsen at krav om partsinnsyn i overtredelsessaker og vedtak om overtredelsesgebyr kan påklages til Konkurransklagenemnda. Dette er en endring fra gjeldende rett der den forvaltningsrettslige klageadgangen er avskåret og sakene går til tingretten.

Konkurransklagenemnda skal også avgjøre klager på Konkurransetilsynets prosessledende avgjørelser dersom det foreligger klagerett. Dette omfatter avgjørelser etter konkurranseloven § 24, jf. forvaltningsloven § 14, samt saker om innsyn.

Konkurransetilsynet håndhever også forbudsbestemmelsene i EØS-avtalen artikkel 53 og artikkel 54. Disse sakene følger konkurranselovens regler om saksbehandling, sanksjonering og overprøving, jf. EØS-konkurranseloven § 6 første ledd. Klagenemnda må, på samme måte som departementet i dagens klagesaksbehandling, følge reglene i EØS-konkurranseloven, jf. særlig §§ 6 og 7. Dette er regulert ved at Konkurransklagenemnda inkluderes i oppregningen av konkurransemyndigheter i konkurranseloven § 8.

Etter *annet ledd* er departementet klageinstans for vedtak eller avgjørelser Konkurrans-

klagenemnda treffer som første instans og som kan påklages. Dette vil typisk være avgjørelser som nemnda treffer underveis i saksbehandlingen, slik som pålegg om opplysningsplikt eller nektelse av innsyn. Disse sakene kan være svært viktige for den de gjelder, og det er viktig å sikre en klageadgang i disse sakene. Alternativet til å la departementet behandle sakene ville være å la domstolene behandle dem. Dette ville imidlertid ikke være noen god løsning, både med hensyn til domstolenes arbeidsbyrde og at en overprøving i departementet antagelig vil være raskere og mer ressurseffektivt. Departementet har erfaring med å behandle disse sakstypene, da departementet i dag behandler tilsvarende klager over Konkurransetilsynets avgjørelser. Da dette i hovedsak gjelder prosessledende avgjørelser og ikke avgjørelser om realiteten i saken, tilsier heller ikke hensynet til uavhengighet at klageadgangen bør legges til et annet organ enn departementet. Det samme gjelder ved saker om saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36.

Til konkurranseloven § 36

Loven § 36 regulerer Konkurransklagenemndas organisering, herunder kompetansekrav, antall medlemmer, oppnevningssperiode, vedtaksførhet og avstemningsregler.

Det følger av *første ledd* at nemnda skal ha en leder og for øvrig så mange medlemmer som er nødvendig for utføringen av nemndas oppgaver. Konkurransklagenemndas leder vil være administrativt ansvarlig for nemnda og være dens «ansikt utad». Det totale antallet medlemmer Konkurransklagenemnda skal ha, er ikke regulert i loven, men normalt vil den kunne bestå av 5-7 medlemmer i tillegg til leder. Dette er basert på at nemnda må ha et tilstrekkelig antall medlemmer for å oppnå fleksibilitet ved sammensetningen av nemnda i den enkelte sak, tilstrekkelig sikkerhet for at det er mulig å sette nemnd i den enkelte sak og at det skal være mulig å håndtere flere større saker samtidig.

Det følger av *annet ledd* at kompetansekravene for Konkurransklagenemndas leder skal tilsvare kravene etter domstolloven § 54 første ledd. Av denne bestemmelsen følger at «høyesterettsdommere, førstelagmenn og lagmenn må ha fylt 30 år og ha juridisk embetseksamen eller mastergrad i rettsvitenskap.» Bakgrunnen for dette er at behandling av saker etter konkurranseloven i stor grad består av ren rettsanvendelse. Likheten med domstolenes virksomhet er stor. Nemnda skal vurdere bevis og anvende rettsre-

gler på sakens faktum. Dette er oppgaver som etter sin art krever juridisk kompetanse. At nemnda skal behandle klager over Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr øker betydningen av dette.

For å få en effektiv og faglig kompetent klagenemnd med høy grad av tillit hos brukerne og i samfunnet generelt, er det avgjørende at nemnda består av personer med riktig faglig bakgrunn og erfaring. En konkurransklagenemnd vil behandle saker som krever omfattende kjennskap til både konkurranserett og økonomiske analyse. I tillegg vil nemnda måtte ta stilling til spørsmål av mer prosessuell karakter. Nemnda vil også behandle saker om illeggelse av overtredelsesgebyr som utgjør straff etter EMK artikkel 6. Dette stiller krav om høy juridisk kompetanse i nemnda, og at dommererfaring vil være særlig relevant for å sikre god kvalitet på saksbehandlingen. Derfor er det viktig for nemndas tillit og legitimitet at det blir ansatt personer med dommererfaring, ikke bare dommerkompetanse, i nemnda. Det er et begrenset antall personer som har den nødvendige kompetanse og samtidig uavhengighet til å kunne være medlemmer i en konkurransklagenemnd.

Konkurransklagenemndas leder skal tilsettes av Kongen i statsråd som åremålstilsatt embetsmann for en periode på seks år, med adgang til gjenoppnevning for én periode. Klagenemndas øvrige medlemmer oppnevnes for en periode på fire år, med adgang til gjenoppnevning. Det er viktig at det avholdes en åpen søkeprosess før nemndas medlemmer formelt oppnevnes. For å sikre uavhengigheten forutsettes det at ansatte i Konkurransetilsynet eller Nærings- og fiskeridepartementet ikke skal kunne oppnevnes som medlemmer i Konkurransklagenemnda, uten at dette fremgår av lovteksten. Det er ikke innført bestemmelser om karenstid for nemndas medlemmer fordi dette ville innebære en strengere regulering enn det som er praksis på sammenlignbare områder, og redusere antallet aktuelle kandidater til nemnda.

Oppnevnte nemndsmedlemmer kan ikke fratras vervet, unntatt i tilfeller hvor de ikke er i stand til eller er villige til å utføre vervet på en forsvarlig måte. Dette er av hensyn til nemndas uavhengighet, ved at det ikke skal kunne oppstå tilfeller hvor hensynet til å beholde vervet skal påvirke utfallet av saker med stor grad av offentlig eller politisk interesse. Regelen er viktig for tilliten til at nemndas medlemmer ikke kan utsettes for politisk press.

Av *tredje ledd* fremkommer hvor mange nemndsmedlemmer som skal delta i behandlin-

gen av den enkelte sak. Som hovedregel skal nemnda settes med tre medlemmer. I særlige tilfeller kan nemndsleder beslutte at nemnda skal settes med fem medlemmer. En slik forsterket nemnd vil være aktuell i saker av prinsipiell karakter, ved særlig vanskelige bevisspørsmål, samt ved særlig kompliserte juridiske eller økonomiske vurderinger. Nemndsleder er ansvarlig for nemndas sammensetning i den enkelte sak.

Ifølge *fjerde ledd* skal nemnda treffe vedtak og avgjørelser ved alminnelig flertall. Departementet foreslår at nemnda må opplyse om dissenser og at det ved dissens må opplyses både hvem som er uenig og hva uenigheten gjelder. Dette anses som viktig for å skape legitimitet for nemndas vedtak og avgjørelser, og vil også være viktig for partene ved vurderingen av om saken skal bringes inn for domstolene. Bestemmelsen tilsvarer tvisteloven § 19-6 tredje ledd.

Ifølge bestemmelsens *femte ledd* skal sekretariatet utføre de oppgaver som nemndas leder pålegger, som er fastsatt i instruks eller som følger av forskrift etter loven. Sekretariatsfunksjoner i klagesaksbehandlingen kan omfatte en rekke forskjellige oppgaver. Det er behov for at noen utfører de administrative oppgavene, som journalføring av saksdokumenter, administrering av innsynsbegjæringer, organisering av møter, bestilling av tjenester og ekspedering av korrespondanse. Normalt må sekretariatet også håndtere økonomisk-administrative forhold, som føring av regnskap, utarbeidelse av budsjett og betaling av regninger. Sekretariatet kan også ha faglige og prosessledende oppgaver, som å vurdere innkommende dokumenters relevans og betydning for saken, føre referater fra møter, forberede og skrive utkast til vedtak og å gjøre juridiske, faktiske eller økonomiske utredninger med mer. Det er opp til nemndas leder å bestemme hvilke oppgaver sekretariatet skal utføre innenfor det som er faglig forsvarlig. Det er viktig at nemndas medlemmer involveres i alle trinn i saksbehandlingen, slik at de har hovedansvaret for utredningen/forberedelsen av klagesakene. Sekretariatets rolle bør således være å bistå nemnda i saksforberedelsen, samt håndtere generell administrasjon. Etter at nemnda har vært i drift en tid vil den nærmere arbeidsfordelingen mellom nemndsleder, øvrige nemndsmedlemmer og sekretariat bli tydeligere, og det vil da kunne bli aktuelt å regulere denne nærmere i en instruks eller eventuelt i forskrift.

Etter bestemmelsens *sjette ledd* skal Kongen i forskrift kunne gi nærmere regler om organisering

av og saksbehandlingen i Konkurranseklagenemnda. Bestemmelsen gir mulighet til å gi utfyllende regler om nemndas organisering og saksbehandling etter hvert som de oppstår. Etter at nemnda har vært i virksomhet en periode, vil det kunne oppstå behov for særlige regler som utfyller de alminnelige reglene i forvaltningsloven. Slike regler kan for eksempel være nærmere regulering av muntlighet i overtredelsessaker eller lignende.

Til konkurranseloven § 37

Konkurranseloven § 37 gjelder valget mellom skriftlig eller muntlig saksbehandling. *Første ledd* fastslår at Konkurranseklagenemnda av eget tiltak må vurdere om det skal holdes møter eller muntlige forhandlinger med partene eller konkurransetilsynet på alle trinn av saksbehandlingen. Utgangspunktet i forvaltningsprosessen er skriftlig saksbehandling og partene har i utgangspunktet ikke krav på at det avholdes møter utover det som følger av forvaltningsloven § 11d. Avgjørelse av om det skal avholdes møte eller muntlige forhandlinger, er en prosessledende avgjørelse som ikke utløser klagerett. Dersom en part anser at det er uforsvarlig ikke å holde møter eller muntlige forhandlinger, vil dette kunne påberopes i en etterfølgende domstolsbehandling. Det legges likevel til grunn at nemnda vil legge vekt på partenes ønsker og vurdering av behovet for muntlighet ved avgjørelsen. Dette er også viktig for nemndas legitimitet.

Saker om foretakssammenslutninger og overtredelsessaker vil omfatte komplekse vurderinger knyttet til avgjørelsen av sakens faktum. Det kan være behov for omfattende bevisførsel, der muntlige forhandlinger kan bidra til raskere og grundigere opplysning av saken. På den annen side har konkurranserettslige saker ofte mange detaljerte økonomiske analyser og til dels tekniske opplysninger, som best fremstilles skriftlig. Det kan da være en fordel at opplysninger som fremlegges muntlig supplerer den skriftlige klagebehandlingen. I slike saker vil det kunne være en stor overvekt av dokumentbevis, hvor det er liten grunn til at disse skal leses opp for nemnda.

Nemnda skal blant annet behandle saker om overtredelsesgebyr, som etter EMK regnes som straff. Dette kan tilsi at det i behandlingen av slike saker åpnes for større innslag av muntlighet enn i fusjonssakene jf. ovenfor under punkt 3.4 og 6.8. I store, materielle konkurransesaker vil en forsvarlig saksbehandling uansett kreve noen grad av

muntlighet både av hensyn til sakens opplysning og til nemndas legitimitet.

Reglene i EMK er gjennomført i norsk rett gjennom menneskerettsloven, og bestemmelsene i EMK gjelder derfor som norsk lov. Det er derfor ikke nødvendig å gjenta de relevante bestemmelsene i EMK eller vise til bestemmelsene i artikkel 6 for at disse skal gjelde for nemnda. Det er opp til nemnda å vurdere hvilke krav EMK stiller for behandlingen av den enkelte sak og hvordan disse kravene best kan oppfylles. Dette gjelder også i forhold til om det kreves og i så fall hvilken grad av muntlighet, som kreves i den enkelte sak.

Det er anledning til å avholde møter med parter, vitner eller Konkurransetilsynet enkeltvis. Samtidig gir det å møte alle samtidig bedre muligheter for kontradiksjon. Dette vil også kunne øke tilliten til nemndas saksbehandling. I mange saker vil det imidlertid være nødvendig å komme inn på forhold som anses som forretningshemmeligheter, eller forhold som en part ikke vil forklare seg fritt om dersom andre er tilstede. For at saken da skal bli fullt opplyst åpner derfor bestemmelsen for at det skal være mulig for nemnda å avholde møter med én part alene, slik praksis for departementet er i dag. I slike tilfeller skal øvrige parter og Konkurransetilsynet opplyses om at møtet skal holdes. Det bør være full åpenhet om hvem det avholdes møte med og hva som er temaet for møtet. Nye opplysninger eller anførsler av betydning for avgjørelsen skal protokolleres, jf. forvaltningsloven § 11 d om muntlige konferanser og nedtegning av opplysninger.

Bruk av informasjons- og kommunikasjonsteknologi gjør det også mulig å gjennomføre muntlighet, uten at aktørene nødvendigvis må være fysisk til stede på samme sted. Dette gjør at noen av ulempene ved muntlighet, som utsettelse fordi det er vanskelig å få parter og vitner til å møte, vil bli redusert. Valget behøver derfor ikke stå mellom skriftlighet og muntlighet i tradisjonell forstand. Dette underbygger behovet for tilpasset saksbehandlingsverktøy og annen teknisk infrastruktur i nemnda.

Det følger av bestemmelsens *annet ledd* at nemnda av eget tiltak skal oversende samtlige dokumenter den mottar i saken til partene og tilsynet uten ugrunnet opphold. Regelen skal styrke partenes rett til kontradiksjon, og Konkurransetilsynets mulighet til å kommentere saken. Det samme følger langt på vei av reglene i forvaltningsloven § 17, jf. §§ 18-19. Bakgrunnen for regelen er imidlertid at den skal sikre at nemnda gir innsyn raskt og uten at partene skal måtte be om

innsyn i det enkelte dokument. Bestemmelsen gjør ikke unntak fra reglene om begrensninger i retten til partsinnsyn. Nemnda vil derfor på samme måte som Konkurransetilsynet vurdere om det foreligger taushetsbelagt informasjon, jf. forvaltningsloven § 13 flg., og må vurdere om partene likevel bør ha innsyn i slik informasjon eller ikke. Nemnda må også vurdere hensynet til reglene om innsyn i overtredelsessaker og taushetsplikt om kilders identitet og skylderklæringer i lempningssøknader i konkurranseloven §§ 26 til 27a.

Til konkurranseloven § 38

Paragrafen innebærer at forvaltningsloven kapittel II om inhabilitet gjelder, med den presisering at et medlem av nemnda eller sekretariatet som tidligere har deltatt i behandlingen av saken er inhabil ved behandling av saken for Konkurransklagenemnda. Dette gjelder uansett om den tidligere befatningen med saken har vært i et forvaltningsorgan, på vegne av en part eller på annen måte. Hva som kan regnes som samme sak i bestemmelsens forstand må vurderes konkret. Det samme gjelder medlem av nemnd eller sekretariat som har hatt oppdrag å utrede saken eller deler av den. Dette er en presisering i forhold til forvaltningsloven § 6 annet ledd om «andre særegne forhold» som «er egnet til å svekke tilliten». Det vil kunne svekke tilliten til klagenemndas uavhengighet om tidligere ansatte i Konkurransetilsynet eller departementet behandler saken i klagenemnda, som de har hatt befatning med tidligere. Det samme gjelder dersom et nemndmedlem tidligere har behandlet saken i en annen klagenemnd, som for eksempel Medieklagenemnda.

Bakgrunnen for habilitetsregelen, som er strengere enn det som følger av forvaltningslovens alminnelige regler, er at habilitetsspørsmålet er praktisk viktig fordi Konkurransklagenemnda vil bestå av personer som har nemndsarbeidet som bierverv. De krav til spesialkompetanse og erfaring innen konkurranseområdet som må stilles til nemndmedlemmene for at de skal kunne utføre vervet, vil medføre at det i realiteten er en relativt liten krets av personer som er aktuelle for verv i nemnda. Dette kan medføre uheldige rollekombinasjoner som kan være egnet til å svekke tilliten til upartiskhet. Det er også lagt vekt på at nemnda skal treffe avgjørelser som kan gjelde omfattende økonomiske verdier for de involverte parter og for samfunnet, og det er derfor et særlig behov for at den er upartisk.

Etter forvaltningsloven § 8 avgjør «tjenestemannen» selv om han er inhabil. Spørsmålet kan forelegges for nærmeste overordnede dersom en part krever det, eller dersom «tjenestemannen» selv krever det. Dette er ikke regulert nærmere i bestemmelsen, siden nemndleder uansett står fritt med hensyn til å sette sammen en nemnd i hver sak. Lederen vil derfor kunne velge andre nemndmedlemmer dersom det er tvil om et medlems habilitet.

Dersom lederen selv er inhabil, vil en sette-nemndleder oppnevnes. Vedkommende beslutter hvilke medlemmer som skal behandle den aktuelle saken. Nærings- og fiskeridepartementet kan oppnevne setteleder når leder er inhabil. Bakgrunnen for dette er at en inhabil nemndleder heller ikke skal bidra til å oppnevne sin stedfortreder i saken.

Bestemmelsene i forvaltningsloven kapittel II om habilitet utfyller bestemmelsen.

Til konkurranseloven § 39

Det følger av bestemmelsens *første ledd* at fristen for å klage på et vedtak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 første ledd er seks måneder. Dette er en utvidet klagefrist i forhold til den alminnelige klagefristen på tre uker i forvaltningsloven § 29 første ledd. Fristen er nødvendig for å kunne forberede en klage i så alvorlige, ofte omfattende og kompliserte saker. Klagefristen tilsvarer søksmålsfristen etter gjeldende rett, jf. konkurranseloven § 29 tredje ledd. Fristen regnes fra vedtaket er mottatt.

Fristen for å klage på et vedtak om å bringe ulovlig atferd til opphør etter konkurranseloven § 12 første ledd er satt til to måneder. Begrunnelsen for den utvidede klagefristen jf. forvaltningsloven § 29 som gir en klagefrist på tre uker, er at dette som hovedregel vil være omfattende og kompliserte saker. På den annen side omfatter de ikke en alvorlig sanksjon slik som overtredelsesgebyrsakene og krever vanligvis ikke like omfattende forberedelser. Klagefristen er derfor satt til to måneder fra vedtaket er mottatt. Øvrige saker nemnda behandler følger klagefristreglene i forvaltningsloven.

Dette medfører at i overtredelsessaker vil et vedtak om overtredelsesgebyr ha en klagefrist på seks måneder, mens et vedtak med pålegg om å bringe ulovlig atferd til opphør har en klagefrist på to måneder. Det er imidlertid ikke hensiktsmessig at klagebehandlingen deles opp for vedtak som både ilegger overtredelsesgebyr og pålegg om opphør. I disse sakene legges derfor

den lengste klagefristen til grunn for vedtaket i sin helhet.

Konkurransetilsynet skal informere Konkurransklagenemnda når det mottar en klage, jf. første ledd siste punktum. Dette gjør det mulig for Konkurransklagenemnda og særlig lederen, å forberede seg til klagesaken ved å undersøke hvilke nemndmedlemmer som er tilgjengelige, eventuelt sørge for at noen blir tilgjengelige ved å endre eksisterende avtaler og å avklare eventuelle habilitetsspørsmål eller andre forhold av betydning for en effektiv gjennomføring av klagesaksbehandlingen, før saken kommer inn til nemnda. Særlig i fusjonssaker som har stramme tidsfrister vil dette være viktig for nemndas mulighet til å overholde fristene.

Fristen i fusjonssaker på 15 virkedager for Konkurransetilsynets oversendelse av en klagesak til departementet, jf. konkurranseloven § 20 a første ledd, videreføres i forhold til nemnda. Fristen for andre saker vil følge reguleringen i forvaltningsloven i § 33 fjerde ledd om at saken skal oversendes klageinstansen så snart saken er tilrettelagt.

Annet ledd slår fast at forvaltningsloven § 35 ikke skal gjelde for saker etter konkurranseloven. Konkurransetilsynet, Konkurransklagenemnda og departementet kan likevel omgjøre egne vedtak uten at de er påklaget dersom vedtakene må anses som ugyldige. Kongen er ikke tatt med i oppramsingen her på grunn av at Kongen ikke vil treffe egne vedtak etter Konkurranseloven. Bakgrunnen er hensynet til uavhengigheten både for Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda. Det er imidlertid en fordel av effektivitetshensyn om vedtaksorganet kan omgjøre egne vedtak dersom de er ugyldige. Videre er hensynet til at nemnda og tilsynet ikke skal bruke mye tid på å behandle omgjøringsbegjæringer viktig. Dersom en part er misfornøyd med nemndas vedtak eller avgjørelser, kan saken tas inn for domstolene.

Bestemmelsen medfører at det kun er i ugyldighetstilfellene at omgjøring kan foretas i konkurransesaker og kun omgjøring av egne vedtak. Kongen, departementet eller nemnda kan således ikke omgjøre tilsynets vedtak av eget tiltak verken ved ugyldighet eller av andre hensyn. Kongen og departementet kan tilsvarende ikke omgjøre nemndas vedtak i medhold av forvaltningsloven § 35.

Dette er en innskrenkning i forhold til den alminnelige omgjøringsadgangen til overordnet forvaltningsorgan, se forvaltningsloven § 35 annet ledd. Den vanlige adgangen til å omgjøre underordnede organers avgjørelser i forvaltningen er blant annet begrunnet i styrings- og kontrollhen-

syn for overordnede organer i forvaltningshierarkiet.

Av bestemmelsens *tredje ledd* følger at klage til Konkurransklagenemnda er en prosessforutsetning for søksmål om lovligheten av Konkurransetilsynets vedtak og avgjørelser. Bakgrunnen er at nemnda har særlig fagkompetanse og gode forutsetninger for å treffe materielt riktige vedtak, og at nemnda skal få et best mulig sakstilfang. Det siste er viktig for den faglige utviklingen og nemndas behov for å tiltrekke seg den rette fagkompetansen. Det er grunn til å tro at nemndsbehandling vil være rimeligere og raskere enn domstolsbehandling. Søksmål kan likevel reises når det er gått seks måneder fra klage første gang ble fram satt, og det ikke skyldes forsømmelse fra klagers side at klageinstansens vedtak eller avgjørelse ikke foreligger. Dette er en sikkerhetsventil i tilfelle saken ikke blir behandlet i nemnda innen rimelig tid. Bestemmelsen tilsvare forvaltningsloven § 27b siste punktum som gjelder for de tilfeller hvor forvaltningsorganet selv har avgjort at søksmål ikke kan reises før adgangen til å klage til overordnet forvaltningsorgan er benyttet.

Etter bestemmelsens *tredje ledd* følger at søksmål over Konkurransklagenemndas vedtak må reises innen tre måneder etter at vedtaket eller avgjørelsen er mottatt. Det kan gis oppfriskning for oversittelse av fristen etter reglene i tvisteloven §§ 16-12 til 16-14. Retten kan prøve alle sider av saken. Tvisteloven gjelder ellers så langt den passer. Tredje ledd annet til fjerde punktum tilsvare tidligere konkurranselov § 29 tredje ledd sjette til åttende punktum. Det vises til merknadene i tidligere forarbeider.

Etter bestemmelsens *fjerde ledd* skal søksmål over Konkurransklagenemndas vedtak og avgjørelser rettes mot staten ved Konkurransetilsynet og anlegges for Gulating lagmannsrett. Bestemmelsen innebærer at søksmål over Konkurransklagenemnda sine vedtak starter i lagmannsretten og ikke i tingretten som er den normale ordningen. Begrunnelsen er at mange av de konkurranserettslige tvistene er av stor økonomisk betydning og at private parter i mange tilfeller har behov for rask avklaring. Ved å bringe sakene direkte inn for lagmannsretten oppnås en reduksjon i antall rettsinstanser, slik at sakene raskere kan få en endelig avklaring og rettskraftig dom enn om de skulle gå veien om tingretten.

Bakgrunnen for valget av Gulating lagmannsrett er at konkurranse sakene, som ofte er svært

komplekse både rettslig og faktisk, krever høy faglig kompetanse for å behandles på en tilfredsstillende måte. Ved å la konkurranse rettslige tvister ha særskilt verneting ved én lagmannsrett, gis mulighet til faglig spesialisering ved at dommere der får flere konkurranse saker til behandling enn de ellers ville gjort. Det er naturlig å velge Gulating lagmannsrett som særskilt verneting fordi denne domstolen er av en viss størrelse og fordi nemnda og Konkurransetilsynet har tilholdssted i Bergen. Domstolens størrelse er viktig fordi konkurranse sakene kan være meget omfattende, og uten tilstrekkelig dommerkapasitet å sette av til slike saker vil saksbehandlingstiden kunne bli lang. Videre er det et poeng å velge en domstol som er stor nok til at den egner seg for uformell spesialisering.

Det særlige behovet for fagkompetanse innen konkurranse rett og konkurranse økonomi kan også oppnås ved å benytte fagkyndige meddommere med relevant kompetanse, jf. tvisteloven § 19-12. Denne bestemmelsen kan ivareta hensynet til å tilføre domstolen tilstrekkelig fagkyndighet i konkurranse økonomi. Adgangen til å tilføre domstolen faglig kompetanse i form av meddommere med fagkyndighet i konkurranse rett er imidlertid betinget av at begge parter foreslår oppnevnt den aktuelle kandidaten, jf. tvisteloven § 9-12 tredje ledd tredje punktum. Selv om meddommere med særlig kunnskap om konkurranse rett og konkurranse økonomi kan tilføre saken faglig kompetanse på et nivå som ikke kan forventes hos en dommer uten erfaring med konkurranse rettslige saker, er det likevel en fordel at også fagdommeren kan oppnå den spesialisering saks mengden tillater, slik en ordning med tvungent verneting muliggjør.

Til konkurranse loven § 40

Bestemmelsen om retting tilsvare tvisteloven § 19-8 første ledd. Retting vil være aktuelt i tilfeller hvor nemndas vedtak eller avgjørelse ved en feil er gitt en utforming som ikke er i overensstemmelse med nemndas intensjoner. Det er bare i tilfeller hvor det er åpenbart at det er begått en feil og hva den skal rettes til som regelen får anvendelse. For den nærmere avgrensningen av regelen vil praksis og teori knyttet til bestemmelsen i tvisteloven § 19-8 gi veiledning.

9.2 Merknad til lovforslaget del II om ikrafttredelse

Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer. Kongen kan sette i kraft de enkelte bestemmelsene til forskjellig tid. Departementet legger til grunn at bestemmelsene som gjelder for Konkurransesklagemnda skal tre i kraft i løpet av siste del av 2016, når den praktiske gjennomføringen av klageorganet er på plass. Øvrige endringer vil kunne tre i kraft fra et tidligere tidspunkt. Det

foreslås videre en hjemmel for departementet til å gi overgangsregler jf. *nr. 2*.

Nærings- og fiskeridepartementet

t i l r å r :

At Deres Majestet godkjenner og skriver under et framlagt forslag til proposisjon til Stortinget om endringer i konkurranseloven (Konkurransesklagemnda, kartellforlik mm.)

Vi HARALD, Norges Konge,

s t a d f e s t e r :

Stortinget blir bedt om å gjøre vedtak til lov om endringer i konkurranseloven (Konkurransesklagemnda, kartellforlik mm.) i samsvar med et vedlagt forslag.

Forslag

til lov om endringer i konkurranseloven (Konkurranseklagenemnda, kartellforlik mm.)

I

I lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger gjøres følgende endringer:

§ 8 skal lyde:

§ 8 *Konkurransemyndighetenes organisasjon mv.*

Konkurransemyndighetene er Kongen, departementet, Konkurransklagenemnda og Konkurransetilsynet.

Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda er uavhengige forvaltningsorganer som er administrativt underordnet Kongen og departementet.

Kongen eller departementet kan ikke instruere Konkurransetilsynet eller Konkurransklagenemnda om behandlingen av enkeltsaker. Kongen eller departementet kan heller ikke gi Konkurransklagenemnda generelle instruksjoner om hvordan myndighet etter loven skal utøves. Kongen kan pålegge Konkurransetilsynet å ta en sak opp til behandling.

Kongen eller departementet kan ikke av eget tiltak omgjøre Konkurransetilsynets eller Konkurransklagenemndas vedtak. Konkurransklagenemnda kan ikke av eget tiltak omgjøre Konkurransetilsynets vedtak. Konkurransklagenemnda kan omgjøre egne vedtak som må anses ugyldige.

Kongen kan gi nærmere bestemmelser om Konkurransetilsynets organisasjon og virksomhet.

§ 12 tredje ledd åttende punktum skal lyde:

Ved klage over vedtak etter dette ledd kan Konkurransklagenemnda oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak.

§ 13:

Oppheves.

§ 16 første ledd første punktum skal lyde:

Konkurransetilsynet skal forby foretakssammenslutninger som *i betydelig grad vil hindre*

effektiv konkurranse, særlig som et resultat av at en dominerende stilling skapes eller styrkes.

§ 18 syvende ledd skal lyde:

Melding i henhold til første, tredje, femte og sjette ledd anses som *mottatt* først når kravene i § 18 b er oppfylt. *Tilsvarende gjelder for forenklet melding i henhold til forskrift etter § 18 a fjerde ledd.*

§ 18 a første ledd bokstav d til f skal lyde:

- d) navn på de fem viktigste konkurrenter, kunder og leverandører i markeder i Norge, eller som Norge er en del av, hvor de involverte foretakene og foretak i samme konsern har *horisontalt* overlappende virksomhet,
- e) *redegjørelse for horisontalt og vertikalt berørte markeder. Et marked er horisontalt berørt dersom minst to av partene er aktive på det samme produktmarkedet og partenes samlede markedsandel overstiger 20 prosent. Vertikalt berørte markeder er de markeder der en part opererer i et forutgående eller etterfølgende ledd til et marked hvor en annen part opererer og deres samlede markedsandel overstiger 30 prosent på hvert av de respektive markedene. Redegjørelsen skal inkludere en beskrivelse av markedsstrukturen i de berørte markedene, beskrivelse av de involverte foretakenes viktigste konkurrenter, kunder og leverandører i de berørte markedene, og beskrivelse av eventuelle etableringshindringer i de berørte markedene,*
- f) *en kortfattet beskrivelse av vertikalt overlappende markeder der en foretakssammenslutning er mellom en part som opererer i et forutgående eller etterfølgende ledd til et produktmarked hvor en annen part opererer, og partenes individuelle eller samlede markedsandel overstiger 30 prosent på minst ett av disse markedene. Beskrivelsen av disse markedene skal minst omfatte partenes tre viktigste konkurrenter, kunder og leverandører.*

§ 18 a nåværende første ledd bokstav f til i blir til nye bokstav g til j.

§ 20 fjerde til sjette ledd skal lyde:

Konkurransetilsynet må snarest mulig, og senest innen 70 virkedager fra meldingen er mottatt, fatte vedtak som stadfester fremsatt forslag om avhjelpende tiltak fra meldeerne eller legge frem begrunnet forslag til forbudsvedtak. Dersom meldeerne fremsetter *nytt eller revidert* forslag om avhjelpende tiltak senere enn 55 virkedager fra meldingen er mottatt, forlenges Konkurransetilsynets frist *etter første punktum* tilsvarende, *likevel slik at fristen ikke kan overskride 85 virkedager fra meldingen er mottatt*. Forslaget til forbudsvedtak forelegges partene til uttalelse med en frist på 15 virkedager. Konkurransetilsynet må treffe sitt vedtak innen 15 virkedager fra tilsynet har mottatt partenes uttalelse. Dersom det er fremsatt et *nytt eller revidert* forslag om avhjelpende tiltak etter at Konkurransetilsynet har lagt frem begrunnet forslag til forbudsvedtak, kan fristen for å treffe vedtak forlenges med 15 virkedager. *Etter anmodning eller samtykke fra meldeerne kan fristen i femte punktum forlenges ytterligere med inntil 15 virkedager*.

Forslag om avhjelpende tiltak anses ikke som fremsatt før forslag til offentlig versjon av forslaget *i henhold til § 18 b* er inngitt. Fristene i annet, tredje og fjerde ledd for Konkurransetilsynets saksbehandling begynner ikke å løpe før Konkurransetilsynet har mottatt *forslag til offentlig versjon av dokumentene i henhold til § 18 b*.

Frister i annet og fjerde ledd for Konkurransetilsynets saksbehandling slutter å løpe dersom noen av de involverte foretak etter å ha mottatt skriftlig krav om å gi opplysninger innen en bestemt frist, ikke oppfyller kravet. Kravet anses ikke som oppfylt før Konkurransetilsynet har mottatt *forslag til offentlig versjon av dokumentene i henhold til § 18 b*. Partene skal informeres om at fristen har sluttet å løpe. Fristen begynner å løpe igjen når Konkurransetilsynet mottar de etterspurte opplysninger.

§ 20 a skal lyde:

Vedtak som nevnt i § 20 første ledd kan påklages innen 15 virkedager. Konkurransetilsynet skal bringe klagen inn for *Konkurransklagenemnda* senest 15 virkedager etter at den er mottatt. *Konkurransklagenemnda* må treffe vedtak i klagesaken innen 60 virkedager etter at klagen er mottatt. Bestemmelsene om fristavbrudd

i § 20 sjette ledd gjelder tilsvarende for *Konkurransklagenemndas* saksbehandlingsfrister. Ved klage over vedtak etter § 16 annet ledd kan *Konkurransklagenemndas* vedtak bare gå ut på å oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak. For øvrig gjelder reglene om klage i forvaltningsloven kapittel VI så langt de passer.

Dersom *Konkurransklagenemnda* opphever et vedtak etter § 16 annet ledd fordi foretaks-sammenslutningen ikke kan føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen, er saken endelig avgjort. Ved en oppheving på annet grunnlag kan Konkurransetilsynet fatte et nytt vedtak etter § 20 første ledd. Bestemmelsene i § 20 annet og tredje ledd gjelder ikke. Tilsynet må snarest mulig og senest innen 45 virkedager fra vedtaket ble opphevet fatte vedtak om inngrep som tillater foretaks-sammenslutningen på vilkår foreslått av meldeerne eller legge frem begrunnet forslag til forbudsvedtak. Dersom meldeerne fremsetter forslag om avhjelpende tiltak senere enn 35 virkedager fra opphevingen av vedtaket, forlenges Konkurransetilsynets frist tilsvarende. Bestemmelsene i § 20 fjerde til syvende ledd gjelder for øvrig så langt de passer.

§ 21

Oppheves.

§ 21 a blir § 21.

§ 22 første punktum skal lyde:

Konkurransetilsynet, *Konkurransklagenemnda* og departementet skal offentliggjøre sine vedtak.

§ 26 første ledd annet punktum skal lyde:

Det samme gjelder for dokumenter som er mottatt av Konkurransetilsynet i forbindelse med en lempningssøknad *eller forliksforhandlinger etter § 29 a*, også etter at saken er avsluttet.

§ 26 nytt annet ledd tredje punktum skal lyde:

Blir kravet avslått, kan spørsmålet kreves avgjort av *Konkurransklagenemnda*.

§ 27 overskriften skal lyde:

Taushetsplikt om kilders identitet og skylderklæringer i lempningssøknader og forliksinnlegg

§ 27 annet ledd skal lyde:

Enhver som utfører tjeneste eller arbeid for konkurransemyndighetene, har taushetsplikt om opplysninger som har sin opprinnelse i

erklæringer fra et foretak om dets viten om en overtredelse av § 10 og foretakets egen delaktighet i overtredelsen, og som er utarbeidet spesielt med det formål å oppnå lempning, eller som ledd i forliksforhandlinger etter § 29 a.

§ 27 a første ledd skal lyde:

Part eller partsrepresentant som blir gjort kjent med opplysninger som nevnt i § 27 annet ledd, har taushetsplikt om opplysningene og kan bare bruke dem så langt det er nødvendig for å ivareta partens interesse i saken.

§ 27 a annet ledd fjerde punktum skal lyde:

Avslag på krav om innsyn kan påklages til Konkurransklagenemnda

§ 29 tredje ledd skal lyde:

Vedtak om overtredelsesgebyr kan påklages til Konkurransklagenemnda. Overtredelsesgebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er mottatt. Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg. Dersom foretaket klager til Konkurransklagenemnda eller går til søksmål mot staten for å prøve vedtaket, suspenderes tvangskraften.

Ny § 29 a skal lyde:

§ 29 a Redusert overtredelsesgebyr ved kartellforlik

Inngåelse av kartellforlik etter paragrafen her innebærer at overtredelsesgebyr etter § 29 ved overtredelse av § 10 reduseres med 10 prosent.

Dersom Konkurransetilsynet vurderer en sak som egnet til kartellforlik, kan det invitere ett eller flere foretak til forliksforhandlinger. Tilsynet skal da presentere saken, bevisene i tilsynets besittelse og tilsynets foreløpige vurdering av den mulige overtredelsen, og informere om hvilket overtredelsesgebyr som vurderes ilagt.

Dersom saken er egnet til kartellforlik, gir Konkurransetilsynet foretaket en frist på minst 15 virkedager til å utforme et forliksinnlegg. Innlegget skal inneholde en uforbeholden innrømmelse av overtredelsen, det maksimale nivå på overtredelsesgebyret foretaket kan akseptere, en bekreftelse på at foretaket har fått tilgang til tilsynets bevismateriale og en bekreftelse på at foretaket ønsker å inngå kartellforlik med de begrensningene dette har for kravene til Konkurransetilsynets utrednings- og begrunnelsesplikt. Part eller partsrepresentant som blir gjort kjent med forliksinnlegget, har taushetsplikt om opplysningene og kan bare benytte dem så langt det er nødvendig for å ivareta partens interesse i saken.

Når forliksinnlegg er mottatt av Konkurransetilsynet, gis foretaket et forhåndsvarsel med en svar-

frist. Etter utløp av fristen kan det fattes vedtak om redusert overtredelsesgebyr etter paragrafen her.

Dersom foretaket etter å ha mottatt forhåndsvarselet ikke ønsker å inngå kartellforlik, vil saken følge det ordinære saksbehandlingssporet i overtredelsessaker. Forliksinnlegget kan ikke benyttes som bevis i saken.

Reduksjon av overtredelsesgebyr etter paragrafen her kommer i tillegg til en eventuell reduksjon etter §§ 30 og 31.

Departementet kan gi forskrift om kartellforlik.

§ 31 første ledd skal lyde:

Foretak som ikke oppfyller vilkårene for hel lempning i § 30, skal gis delvis lempning av overtredelsesgebyret dersom foretaket fremlegger bevis som vesentlig styrker Konkurransetilsynets muligheter til å bevise en overtredelse av konkurranseloven § 10 og oppfyller vilkårene i § 30 første ledd bokstav b og c. Reglene om bevisfremleggelse i § 30 annet ledd gjelder tilsvarende.

§ 34 første ledd skal lyde:

For krav som følge av brudd på denne loven og EØS-avtalen artikkel 53 og 54 gjelder foreldelsesloven, herunder § 9 og § 11.

Nytt kapittel 8 Klagenemnd for konkurranse-saker

§ 35 Konkurransklagenemndas oppgaver mv.

Konkurransklagenemnda skal behandle klager over Konkurransetilsynets vedtak og avgjørelser, med unntak av vedtak etter pristiltaksloven.

Departementet behandler klager over vedtak eller avgjørelser Konkurransklagenemnda treffer i første instans.

§ 36 Konkurransklagenemndas organisasjon, avgjørelser og vedtak

Konkurransklagenemnda skal ha en leder og så mange medlemmer som er nødvendig for å utføre nemndas oppgaver.

Lederen skal ha kompetanse tilsvarende kravene etter domstolloven § 54 første ledd. Lederen er embetsmann og utnevnes på åremål i seks år. Åremålet kan fornyes med én periode. De øvrige medlemmer av Konkurransklagenemnda oppnevnes av Kongen for fire år, og kan gjenoppnevnes. Et oppnevnt nemndsmedlem kan ikke fratras vervet unntatt i tilfeller hvor det ikke er i stand til eller villig til å utføre vervet på en forsvarlig måte.

Konkurransklagenemnda treffer avgjørelser og vedtak i et utvalg på tre medlemmer. I særlige tilfeller kan lederen beslutte at avgjørelser og vedtak skal treffes av en forsterket nemnd på fem medlemmer.

Lederen fastsetter sammensetning av nemnda for hver enkelt sak.

Konkurransesklagenemnda treffer vedtak og avgjørelser ved alminnelig flertall. Det skal opplyses om enstemmighet. Ved dissens skal det opplyses hvem som er uenig og hvilke punkter uenigheten gjelder.

Konkurransesklagenemndas sekretariat skal utføre de oppgavene som lederen pålegger, som er fastsatt i instruks eller som fremgår av forskrift etter denne lov.

Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om organiseringen av og saksbehandlingen i Konkurransesklagenemnda.

§ 37 Skriftlig og muntlig saksbehandling m.m.

Konkurransesklagenemnda skal på alle trinn i saksbehandlingen av eget tiltak vurdere om det er grunn til å holde møte med en part eller Konkurransetilsynet eller gjennomføre muntlige forhandlinger.

Konkurransesklagenemnda skal av eget tiltak og uten ugrunnet opphold oversende samtlige dokumenter det mottar i saken til partene og Konkurransetilsynet.

§ 38 Habilitet

Et medlem av nemnda eller sekretariatet kan ikke delta i behandlingen av en sak som vedkommende har vært med på å behandle tidligere. Det samme gjelder for medlem av nemnda eller sekretariatet som har hatt som oppdrag å utrede saken eller deler av den. Departementet kan oppnevne setteleder når lederen er inhabil.

§ 39 Klage, omgjøring og søksmål

Fristen for å klage på vedtak om overtredelsesgebyr etter § 29 første ledd er seks måneder fra partene mottok vedtaket. Fristen for å klage på vedtak om pålegg om å bringe ulovlig atferd til opphør etter § 12 første ledd er to måneder fra partene mottok vedtaket. Konkurransetilsynet skal informere Konkurransesklagenemnda når det mottar en klage på et vedtak.

Søksmål over Konkurransetilsynets vedtak kan ikke reises med mindre adgangen til å klage til Konkurransesklagenemnda er benyttet. Søksmål kan likevel reises når det er gått seks måneder fra klage første gang ble fremsatt og det ikke skyldes forsømmelse fra klagerens side at klageinstansens vedtak eller avgjørelse ikke foreligger.

Søksmål over Konkurransesklagenemndas vedtak må reises innen tre måneder etter at underretning om vedtaket er mottatt. Det kan gis oppfriskning for oversittelse av fristen etter reglene i tvisteloven §§ 16-12 til 16-14. Retten kan prøve alle sider av saken. Tvisteloven gjelder ellers så langt den passer.

Søksmål over Konkurransesklagenemndas vedtak skal rettes mot staten ved Konkurransetilsynet og anlegges for Gulating lagmannsrett.

§ 40 Adgang til retting

Konkurransesklagenemnda kan beslutte å rette et vedtak som på grunn av skrive- eller regnefeil, misforståelse, forglemmelse eller lignende klar feil har fått en utforming som ikke stemte med nemndas mening.

Nåværende kapittel 8 blir nytt kapittel 9.

Nåværende § 35 blir ny § 41 i nytt kapittel 9.

Nåværende § 36 blir ny § 42 i nytt kapittel 9.

Nåværende § 37 blir ny § 43 i nytt kapittel 9.

II

1. Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer. Kongen kan sette i kraft de enkelte bestemmelser til forskjellig tid.
2. Departementet kan gi nærmere overgangsbestemmelser.

Bestilling av publikasjoner

Offentlige institusjoner:

Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon

Internett: www.publikasjoner.dep.no

E-post: publikasjonsbestilling@dss.dep.no

Telefon: 22 24 00 00

Privat sektor:

Internett: www.fagbokforlaget.no/offpub

E-post: offpub@fagbokforlaget.no

Telefon: 55 38 66 00

Publikasjonene er også tilgjengelige på

www.regjeringen.no

Trykk: 07 Xpress AS – 12/2015

