



Konkurransklagenemnda

Mottaker
Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO
Norge

Deres ref.:

Vår ref.: 2021/1628-2

Saksbehandler: Elisabeth Sætre

Dato: 07.01.2022

Høringsvar fra Konkurransklagenemnda – Forslag til endringer i konkurranseloven – saksbehandling i Konkurransklagenemnda mv.

1 Innledning

Konkurransklagenemnda viser til høringsbrev med vedlagt høringsnotat fra Nærings- og fiskeridepartementet 1. oktober 2021 om forslag til endringer i konkurranseloven, blant annet om Konkurransklagenemnda skal avvikles eller videreføres. Høringsfristen er 7. januar 2022. Nemnda er av Nærings- og fiskeridepartementet bedt om å inngi sine kommentarer til høringsforslaget gjennom et høringsvar. Det anses ikke naturlig at nemnda kommenterer spørsmålet om dagens nemndsløsning skal videreføres. Nemnda er imidlertid av prinsipielt av den oppfatning at det fortsatt bør være forvaltningsmessig klageadgang på Konkurransetilsynets vedtak. Nemnda ønsker videre å knytte noen kommentarer til de faktiske forhold, slik de er beskrevet i høringsnotatet, og også å påpeke noen faktiske og rettslige forhold som ikke fremkommer av høringsnotatet.

Flere av endringene i lovforslaget gjelder Konkurransklagenemndas saksbehandling. Dette er endringer som nemnda støtter, da flere av forslagene er en kodifisering av hvordan nemnda har tolket eksisterende regelverk. Mange av endringene i lovforslaget gjelder forhold som nemnda synes har vært utfordrende i dagens regelverk, slik som søksmålsfristen og spørsmålet om foreleggelsesrett for EFTA-domstolen. Nemnda støtter derfor at departementet nå foreslår å løse disse praktiske problemstillingene gjennom dette lovforslaget. Når det gjelder forslaget om delegasjonshjemmel har Konkurransklagenemnda likevel noen kommentarer, da beskrivelsen av de faktiske forhold her ikke er klare.

2 Konkurransklagenemndas innspill til høringsnotatet

2.1 Prinsippet om en forvaltningsmessig overprøving av vedtak på konkurranseområdet

Prinsippet om en forvaltningsmessig overprøving av vedtak er regnet som en viktig rettsikkerhetsgaranti, se for eksempel NOU 2019:5 punkt 24.1. Som det også fremgår av samme NOU punkt 10.8.6, er klageordninger i forvaltningen en mekanisme som øker tilliten til forvaltningen. Klageordninger som kontrollmekanisme fremheves som en sentral del av

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaas gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

håndheving av regelverk i en demokratisk rettsstat, og det vises både til hensynet til den «demokratiske styringen og reglernes effektivitet». En alminnelig klagerett over vedtak har ligget fast fra forvaltningslovens vedtakelse. I nordisk sammenheng avviker ordningene med alminnelig klagerett i Norge, Island og Danmark fra svensk og finsk rett, der overprøvingen som hovedregel skjer i *forvaltningsdomstoler*. Vi har ikke et system med forvaltningsdomstoler i Norge, noe nemnda kommer tilbake til mer i detalj nedenfor som kommentar til høringsnotatets omtale av ordningen i Sverige.

Formålet med forvaltningsmessig overprøving av vedtak er å sikre riktige avgjørelser og styrke tilliten til det offentlige, jf. Forvaltningskomiteens innstilling (1958).

Etter Konkurranseskjagenemndas syn er det en svakhet ved høringsnotatet at det ikke inneholder en grunnleggende gjennomgang av innholdet i og konsekvensene av forvaltningsmessig overprøving av vedtak på konkurranseområdet. Dette fordi forslagene til endringer på flere måter berører dette prinsippet, og til dels avviker fra den ordningen som ellers gjelder på forvaltningsrettens område.

Etter Konkurranseskjagenemnda syn har det vesentlige konsekvenser at vedtak på konkurranseområdet ikke lenger skal underlegges en to-instans behandling i forvaltningen. Det følger av NOU 2019:5 om forslag til ny forvaltningslov i punkt 24.5 om hensyn som klageordninger skal ivareta at utvalget:

«mener at rettsikkerhet og internkontroll fortsatt bør stå sentralt ved utformingen av klageregler. Det mest sentrale formålet med klagereglene bør være å sikre riktige, formålstjenlige og rimelige avgjørelser som bygger på et forsvarlig rettslig og faktisk grunnlag. For å oppnå det bør det legges til rette for en reell toinstansbehandling.»

Endringsforslagene i høringsnotatet innebærer et avvik fra andre forvaltningsområder, noe som tilsier at forslagene bør gjennomgås grundig for høringsinstansene. I seg selv medfører dette behov for en begrunnelse for hvilke særlige hensyn på konkurranserettens område som tilsier en avvikende ordning fra andre forvaltningsområder.

Den manglende redegjørelsen for dette er videre supplert med flere uttalelser i høringsnotatet om at endringsforslagene vil bringe konkurranseretten i tråd med «alminnelig saksgang» og at det vil avvikle «særegne systemer på enkeltområder».

Konkurranseskjagenemnda kan ikke se at høringsnotatet med gir et tilstrekkelig presist og informert grunnlag for høringsinstansene til å kommentere på forslagene. Tvert imot kan denne gjennomgangen i høringsnotatet gi inntrykk av at det ikke er et avvik, men en tilbakeføring til en normalordning som her foreslås, se nærmere nedenfor.

Domstolskontroll med forvaltningsvedtak er uten tvil en helt sentral kontrollordning også på konkurranserettens område. Domstolskontroll er likevel en annen kontrollordning enn en forvaltningsmessig overprøving. En forvaltningsmessig overprøving skjer gjennom en klageordning etter forvaltningsloven, og ikke gjennom et saksanlegg etter tvisteloven.

I dagens ordning er det Konkurranseskjagenemnda som ivaretar klageordningen etter forvaltningsloven på konkurranserettens område. Funksjonen som et klageorgan etter forvaltningsloven må anses som nemndas hovedfunksjon. Det er ikke tvilsomt at denne rollen kan erstattes av et annet forvaltningsorgan, som for eksempel departementet selv. Med unntak av enkelte innsynssaker, avviser imidlertid høringsnotatet at departementet skal ha en

funksjon som et forvaltningsmessig klageorgan på konkurranseområdet med de foreslåtte endringene. Høringsnotatet drøfter heller ikke muligheten for at det opprettes et annet forvaltningsorgan som overtar denne funksjonen. Konkurransklagenemnda forstår derfor høringsnotatet slik at forvaltningsmessig overprøving av vedtak på konkurranseområdet foreslås avvirket.

Det er en grunnleggende svakhet ved høringsnotatet at det ber om innspill på en ordning der kun Konkurransetilsynet skal behandle konkurransesakene i et «forvaltningsspor». En avvikling av nemnda uten at denne erstattes med andre klageordninger må drøftes og redegjøres for i lys av prinsippet om forvaltningsmessig overprøving..

Flertallet i NOU 2014:11 uttalte seg på følgende måte om å oppheve klageadgang i forvaltningssporet:

«Utvalgets øvrige medlemmer kan ikke gå inn for modell 4, som innebærer å oppheve adgangen til administrativ klage i konkurransesaker. Modellen innebærer at foretakenes tilgang på relativt rask, rimelig og spesialisert overprøving av Konkurransetilsynets vedtak erstattes med mer tid- og ressurskrevende overprøving ved domstolene.»

Konkurransklagenemnda har som nevnt innledningsvis ikke et syn på om nemnda skal nedlegges ev. erstattes med en annen ordning. Konkurransklagenemnda mener imidlertid at det må redegjøres for konsekvensene av eller bakgrunnen for en avvikling av forvaltningsmessig overprøving.

Nemnda mener at dersom klageordningen ikke erstattes av departementet eller av et annet forvaltningsorgan, så har dette vesentlige konsekvenser både for foretakene som rammes av Konkurransetilsynets vedtak, og for håndhevingen av konkurranseretten i Norge.

Konkurransklagenemnda har vanskelig for å se hvordan høringsinstansene skal kunne kommentere på forslagene uten at disse konsekvensene har vært behandlet grundig i høringsnotatet. Nemnda mener også at en ordning der konkurranseretten avviker fra andre forvaltningsområder krever en særskilt begrunnelse. Det er ikke gitt noen slik begrunnelse i høringsnotatet. Tvert imot fremstilles forslaget til omlegging på side 34 flg i høringsnotatet som nevnt som å være i tråd med «alminnelig saksgang» og en avvikling av «særegne systemer på enkeltområder».

Slik Konkurransklagenemnda forstår høringsnotatet, så brukes disse karakteristikkene fordi departementet kun drøfter omleggingen i forhold til tvisteloven. Det uttales imidlertid i høringsnotatet generelt både om forvaltningssystemet og domstolsystemet følgende:

«Etter departements syn bør utformingen av en klageordning ta hensyn til eventuelle særtrekk ved det saksfeltet klageordningen skal fungere for. På den annen side er det gode grunner for at flest mulig saker løses innenfor det som må anses som alminnelig saksgang. Det er fordi særegne systemer på enkeltområder har en iboende kostnad. Det kan tale for at konkurransesaker bør følge det ordinære forvaltnings- og domstolsystemet, men med en aktiv bruk av de virkemidlene forvaltningsloven, domstolloven og tvisteloven legger opp til for å sikre en forsvarlig behandling av sakene.»

Dette avsnittet er ikke klart, men det kan lett forstås slik for høringsinstansene at de forslagene departementet fremmer i høringsnotatet er en «tilbakeføring» til alminnelig

saksgang og en avvikling av et særegent system både på forvaltningsområdet og på domstolsområdet.

Som vist over er Konkurransklagenemnda uenig i dette og mener høringsinstansene har behov for en grundig gjennomgang av både innholdet i, og konsekvensene av å avvikle forvaltningsmessig overprøving av vedtak på konkurranseområdet.

Konkurransklagenemnda har eksistert i kort tid, men ønsker å fremheve det nemnda oppfatter er noen av konsekvensene av en ordning med en forvaltningsmessig overprøvingsadgang på konkurranserettens område.

Det første er at alle gebyrvedtak som Konkurransetilsynet har truffet etter at nemnda ble opprettet, faktisk er påklaget til nemnda.

Det andre er å trekke frem to avsluttede saker som illustrerer konkrete konsekvenser av den forvaltningsmessige overprøvingen av vedtak for to ulike klagere.

I sak 2021/143 Vygruppen AS ble Konkurransetilsynets vedtak 2020-15 med ileggelse av overtredelsesgebyr på 7,5 millioner kroner til Vygruppen AS for inngivelse av uriktige eller ufullstendige opplysninger i forbindelse med melding om foretakssammenslutning, opphevet og sendt tilbake. Konkurransetilsynet avsluttet saken, og vedtaket ble opphevet slik at det ikke lenger var en plikt til å betale gebyret.

Norgesgruppen klaget til Konkurransklagenemnda etter at Konkurransetilsynet i vedtak 2020-25 ila et gebyr på 20 millioner kroner for brudd på opplysningsplikten. Etter at Norgesgruppen hadde påklaget vedtaket til Konkurransklagenemnda, opphevet Konkurransetilsynet i vedtak 2021-4 eget gebyrvedtak. Konkurransklagenemnda kjenner ikke til saker der tilsvarende omgjøring av eget vedtak har funnet sted på konkurranserettsområdet.

I tillegg bemerkes at gebyrsaker som gjelder enten brudd på opplysningsplikten i konkurranseloven § 24 jf. § 29, og inngivelse av uriktige eller ufullstendige opplysninger jf. konkurranseloven § 29, aldri tidligere vært prøvd for domstolene under det tidligere systemet i perioden 2004 til 1. april 2017. Dette illustrerer etter Konkurransklagenemndas syn også den rettsikkerhetsgarantien dette systemet ivaretar i visse typer av gebyrsaker.

Det tredje er å vise til to avsluttede saker om brudd på sentrale materielle konkurranseregler, som illustrerer betydningen av den forvaltningsmessige overprøvingen for konkurranserettshåndhevingen i Norge.

Vedtaket fra Konkurransklagenemnda i sak 2019/34 Telenor AS/Telenor ASA som stadfestet et ilagt overtredelsesgebyr på 788 millioner kroner for misbruk av dominerende stilling, ble opprettholdt i Gulating lagmannsrett, og ikke tillatt fremmet for Høyesterett.

Vedtaket fra Konkurransklagenemnda i sak 2021/1051 Verisure AS, som stadfestet et ilagt overtredelsesgebyr på 766 millioner kroner for ulovlig samarbeid, avsluttet saken idet vedtaket ikke ble gjenstand for søksmål for domstolene.

Høringsnotatet inneholder ingen prinsipiell gjennomgang av konsekvensen av å avvikle forvaltningsmessig overprøving på konkurranserettens område. Det er imidlertid ikke tvilsomt at en slik avvikling har en rekke både prinsipielle og faktiske sider.

Konkurransesklagemennda mener at både de generelle sidene av en slik avvikling, og de konkrete erfaringene med en forvaltningsmessig overprøving av alle konkurransesaker slik dagens ordning har vært utformet siden opprettelsen av nemnda i 2017, burde vært gjenstand for utredning for at høringsinstansene skal kunne ha et tilstrekkelig grunnlag til å kommentere på forslagene i høringsnotatet.

2.2 Konkurransesklagemenndas syn på beskrivelsen av prosessen slik den er for nemnda

Det fremgår av punkt 4 i høringsnotatet om «Klage og behandling i Konkurransesklagemennda som prosessforutsetning» at:

«For å sikre at kravene i EMK er oppfylt, har saksbehandlingen i Konkurransesklagemennda blitt relativt omfattende. Dette har etter departementets syn vært viktig og riktig, ut fra de rettslige rammer nemnda arbeider innenfor.»

Etter Konkurransesklagemenndas syn er ikke departementets fremstilling på dette punktet helt treffende. Saksbehandlingskravene etter nasjonal rett er omfattende for denne sakstypen, og slik nemnda ser det, er det ikke først og fremst kravene i EMK som gjør at saksbehandlingen er «relativt omfattende». Saksbehandlingen for Konkurransesklagemennda er i all hovedsak skriftlig, også i gebyrsakene. Dette anser nemnda som hensiktsmessig, da sakene ofte gjelder større mengder dokumentbevis som egner seg til skriftlig behandling. Samtidig er nemnda opptatt av at hensynet til kontradiksjon og mulighet for å føre bevis, herunder gjennom partsforklaringer og forklaringer fra andre, at det bør være muntlig behandling i enkelte saker. Muntlig behandling kan i mange tilfeller også være en saksbehandlingsform som effektiviserer saksbehandlingen.¹ Konkurransesklagemennda oppfatter at den graden av muntlighet som praktiseres i form av muntlige høringer, er begrenset, men bidrar til opplysningen av saken på en god og effektiv måte, og gir større tillit til saksbehandlingen for nemnda. Det må også nevnes at nemnda har behandlet alle gebyrsakene innenfor en periode på seks måneder fra klagen kom inn.

Konkurransesklagemennda følger heller ikke høringsnotatets beskrivelse av saksbehandlingen i nemnda som lik saksbehandlingen i tingretten og at «lite skiller forvaltningsklagebehandlingen fra tingretten», se for eksempel høringsnotatet på side 6. Kravene til nemndas saksbehandling følger av forvaltningsloven og ikke av tvisteloven. Det er betydelig forskjeller på en forvaltningsklage og en domstolsprosess. Domstolene skal foreta en lovlighets- og legalitetskontroll jf. tvisteloven § 1-3. Tilsvarende ivaretar nemndas behandling alle de forhold en forvaltningsprosess skal ivareta, men som ikke inngår i en domstolsprosess, og som reguleres fullt ut av forvaltningsloven. Herunder kravene til saksbehandling og utredning, faktum som legges til grunn er faktumet på vedtakstidspunktet, reglene om partsinnsyn, dekning av sakskostnader etc.

Både nasjonale krav til saksbehandlingen og kravene etter EMK sørger for at viktige rettsikkerhetsgarantier ivaretas.

Det er derfor etter Konkurransesklagemenndas syn først og fremst i samsvar med nasjonale krav til saksbehandlingen at behandlingen kan være omfattende. Saksbehandlingen er imidlertid ikke mer enn det som er naturlig og rimelig sett i sammenheng med størrelsen på sakene.

¹ Et eksempel er der til dels omfattende sakkyndige rapporter og skriftlige vurderinger også presenteres muntlig da ofte med særlig fokus på hovedpunkter. En muntlig fremstilling forenkler også muligheten for dialog i form av spørsmål fra nemndsmedlemmer noe som også kan effektivisere opplysningen av saken.

2.3 Forslaget om at det ikke lenger skal være en prosessforutsetning å benytte Konkurransesklagene

Det fremgår i punkt 4.3 i høringsnotatet:

«Departementet vurderer også en løsning hvor nemndsbehandling beholdes som prosessforutsetning, samtidig som eventuell domstolsbehandling starter på ordinær måte for tingretten. En slik modell er foreslått i NOU 2020: 11 Den tredje statsmakt — Domstolene i endring punkt 27.5.1, ref. punkt 25.7.3. Her foreslår domstolkommisjonen en endring i konkurranseloven som innebærer at domstolsbehandlingen i konkurransesaker skal starte i tingretten på vanlig måte.

Et annet alternativ er å begrense tvungen nemndsbehandling til saker om foretakssammenslutninger. Disse sakene kan da bringes rett inn for lagmannsretten ved et eventuelt søksmål. Det forutsetter derimot at foretakssammenslutningssakene ikke er å regne som straff etter EMK, slik det er lagt til grunn at forbuds- og overtredelsessakene er.

(...)

Departementets vurdering er at en løsning hvor det innføres forskjellige prosesser for ulike sakstyper, ikke vil være effektiv, og heller ikke ivareta rettsikkerheten på en tilfredsstillende måte. Departementet ber likevel om høringsinstansenes synspunkter på om det bør arbeides videre med en slik løsning.

Departementets foreløpige vurdering er at klage til Konkurransesklagene bør fjernes som prosessforutsetning, og at tingretten bør være førsteinstans både i saker om inngrep mot foretakssammenslutninger og forbuds- og overtredelsessaker. Departementet ber om høringsinstansenes synspunkter på dette.»

Konkurransesklagene ønsker å knytte noen kommentarer til forslaget om å opprettholde nemnda, men ikke lenger ha klage til nemnda som en prosessforutsetning. Forarbeidene til kapittelet i konkurranseloven om opprettelse av en konkurransesklagene identifiserte som en utfordring at det er relativt «få» konkurransesaker.² Et generelt og overordnet formål var å sikre at alle saker ble behandlet i nemnda når det først skulle innføres en nemnd. Denne overordnede målsettingen er regelen om det skal være en prosessforutsetning å klage til Konkurransesklagene et utslag av. Den identifiserte utfordringen med relativt «få» konkurransesaker synes også å være i tråd med NFDs redegjørelser i høringsnotatet, som gjentatte ganger peker på antallet konkurransesaker. Dersom nemnda opprettholdes, men regelen om prosessforutsetning fjernes, vil dette etter nemndas vurdering føre til langt færre klagesaker for nemnda. Dette må også sees i sammenheng med forslaget om å redusere klagefristen til 15 virkedager. Det er åpenbart at i større gebyrsaker om brudd på konkurranseloven §§ 10 og 11, vil klager i realiteten bare realistisk kunne velge en annen prosessform med lenger tid til å utforme søksmålet.

I klager på vedtak om inngrep mot foretakssammenslutninger er fristene for klagesaksbehandling svært korte, og det er vanskelig å se hvordan domstolene skal kunne behandle slike saker innenfor de samme tidsfristene. Domstolene må også oppnevne egnede økonomer til å bistå som sakkyndige i slike saker, hvis sakene skal behandles forsvarlig, innen kort tid. Erfaringsmessig har det vist seg vanskelig å rekruttere økonomer til nemnda, da det er et begrenset antall konkurranseøkonomer i Norge. I tillegg viser erfaring at svært mange av

² NOU 2014: 11 kapittel 6

økonomene allerede er involvert som sakkyndige, og at det derfor er manglende interesse i å delta i saken som representant for det offentlige.

Praksis viser at nemnda (og tidligere NFD) i gjennomsnitt ikke mottar mer enn én klagesak på vedtak om inngrep mot foretakssammenslutninger innen en to-årsperiode. Dersom det ikke lengre skal være en prosessforutsetning å benytte nemnda i visse sakstyper, vil nemnda sannsynligvis motta vesentlig færre saker enn nå.

Konkurrenseklagenemnda kan ikke se at konsekvensene av en slik endring er utredet i høringsnotatet. Nemnda mener det kreves grundige vurderinger av konsekvensene både for nemndas virke og for sakene.

Konkurrenseklagenemnda antar at nemndsordningen vil være vanskeligere å videreføre i fremtiden, hvis klageordningen kun skal være begrenset til å gjelde saker om foretakssammenslutninger og innsynsklagesaker. Det vil gjøre det mindre attraktivt å arbeide i nemnden, og vil vanskeliggjøre rekrutteringen av nemndsmedlemmer, som må ha stor kapasitet når sakene kommer inn, men som samtidig vil ha få saker til behandling. En nemnd som i praksis nesten ikke behandler saker, vil heller ikke være særlig egnet for oppgaven. I tillegg kommer argumentet som departementet selv fremhever; at alle sakstyper gjennomgående bør være gjenstand for samme klageprosess.

Det er videre inkonsekvent at bakgrunnen for å foreslå en nedleggelse av Konkurrenseklagenemnda, knytter seg til antallet saker, samtidig som et av forslagene vil redusere antallet saker for nemnda, ved i realiteten å fjerne alle de store gebyrsakene. Konkurrenseklagenemnda vil derfor fraråde en løsning der nemnda opprettholdes, men uten regler som sikrer at alle saker følger det samme sporet.

2.4 Konsekvenser av domstolene som førsteinstans i alle sakstyper

Som redegjort for over, er det foreslått i høringsnotatet at tingretten skal være førsteinstans i alle sakstyper.

Videre skriver departementet:

«I Sverige går imidlertid disse sakene for Patent- og marknadsdomstolen, som er en særskilt domstol som er en del av Stockholm tingrett. En mulighet er, slik det pekes på i NOU 2014: 11 punkt 7.8.5, at slike saker behandles etter reglene om midlertidig forføyning i tvisteloven kapittel 32-34. »

Når det gjelder klage på vedtak om inngrep mot foretakssammenslutninger har disse aldri vært gjenstand for «klage» i domstolene. Etter Konkurrenseklagenemndas vurdering er dette saker som er lite egnet til prøving i domstolene, da de i stor utstrekning gjelder overprøving av økonomiske analyser, i tillegg til rettslige vurderinger. Det er videre behov for flere personer til å behandle disse sakene samlet, med både økonom- og juristkompetanse.

Klagesakene som Konkurrenseklagenemnda behandler i dag er saker som ofte er svært komplekse og innebærer vanskelige faglige vurderinger. Det er ikke nærmere begrunnet i høringsnotatet hvorfor man for denne sakstypen skal avvike fra den ordinære forvaltningsklageordningen i forvaltningsloven, som nettopp bygger på at man i vanskelige faglige og sammensatte saker skal ha tottrinnsbehandling i forvaltningen, før «legalitetskontrollen» i domstolene. Det er generelt anerkjent at materielt riktige vedtak best sikres i et system med en grundig og spesialisert fagkompetanse, og med behandling i to instanser. At forvaltningsvedtak deretter kan overprøves av uavhengige domstoler i en åpen

og regelbundet prosess, bidrar til å styrke tilliten og legitimiteten til forvaltningens avgjørelser.

I tillegg må klagesakene som gjelder vedtak om inngrep mot foretakssammenslutninger behandles svært raskt hvis klageretten skal være reell, da det normalt er tale om oppkjøp/fusjoner/fisjoner av større selskaper hvor tidselementet er helt avgjørende for om det skal være kommersielt interessant å få prøvd Konkurransetilsynets vurdering. Klagesaksbehandlingen skal i dag skje innenfor en ramme på 60 virkedager.

Den formen for spesialisering i domstolene som beskrives i høringsnotatet («moderat spesialisering»), er etter nemndas syn heller ikke i tråd med domstolenes organisering i dag, hvor graden av spesialisering er begrenset. Etter nemndas syn er spesialisering i konkurranserett i domstolene ikke særlig realistisk, siden domstolene mest sannsynlig vil motta svært få konkurranserettssaker. I mellomtiden vil dommerne som skal være spesialisert i konkurranserett, arbeide med helt andre rettsfelt og helt andre saker, i motsetning til nemndsmedlemmer som stort sett arbeider med konkurranserett/konkurransøkonomi også i sine ordinære jobber. Til sammenligning har Gulating lagmannsrett hatt én sak til behandling siden reglene om tvunget verneting ble innført 1. april 2017. Tvungent verneting ble innført samtidig som opprettelsen av Konkurranseskjagenemnda. Praksis fra før opprettelsen av nemnda viser at det i liten grad har vært benyttet sakkyndige meddommere i vanskelige gebyrsaker med komplekse økonomiske vurderinger, som for eksempel i SAS-saken og Tine-saken. Det er vanskelig å se at en tingrettsdommer alene skal kunne behandle en klage på inngrep mot en foretakssammenslutning innenfor en ramme på 60 virkedager.

Konkurranseskjagenemnda kjenner heller ikke til at det i noen andre land i Europa eksisterer en slik ordning hvor det er de ordinære domstolene som i førsteinstans behandler klager på vedtak om inngrep mot foretakssammenslutninger. I høringsnotatet viser departementet til Sveriges organisering av deres patent- og markedsdomstol som sammenligning. Men dette er en markedsdomstol – *Patent- och marknadsdomstolen vid Stockholms tingsrätt* – hvor dommerne er spesialiserte og kun behandler konkurransesaker, markedsføringsaker og patentsaker. Selv om domstolen nå administrativt er lagt inn under Stockholm tingrett, er det fremdeles en spesialisert markedsdomstol, med egne dommere og saksbehandlingsregler som kun gjelder for disse sakstypene. Anke-domstolen er også lagt til en egen markedsdomstol – *Patent- och Marknadsöverdomstolen vid Svea hovrätt* – med en saksbehandlingstid på tre måneder for denne sakstypen. Etter nemndas vurdering kan denne ordningen derfor ikke sammenlignes med de ordinære domstolene i Norge. Tilsvarende er det en egen markedsdomstol i Finland, som er en forvaltningsdomstol, med dommere med ulik fagbakgrunn. I Danmark og på Island er det en nemndsordning som ligner på den norske klageordningen.

Dersom en ny norsk ordning med domstolsbehandling av «klagesaker» i fusjonskontrollen skal kunne sammenlignes med ordningene i andre land, synes ordningen å forutsette at det må opprettes en slags «konkurransedomstol» innenfor domstolsystemet. En slik «konkurransedomstol» vil sannsynligvis ha mye til felles med dagens Konkurranseskjagenemnd.

2.5 Beskrivelsen av antallet saker til Konkurranseskjagenemnda og kostnadene ved behandlingen

Kapittelet «Avvikling av Konkurranseskjagenemnda» – beskriver antallet saker til nemnda som «lavt sakstifang», og det fremstår som om dette er begrunnelsen for å avvikle ordningen med en egen Konkurranseskjagenemnd.

«Departementet er på generelt grunnlag enig i at et premiss som bør ligge til grunn for opprettelsen av et tvisteløsningsorgan, er at organet får et tilstrekkelig antall saker. For Konkurransklagenemndas del innebærer dette at nemnda bør ha et tilstrekkelig antall store, materielle konkurransesaker. De øvrige sakene kan etter departementets syn vanskelig legitimere opprettholdelsen av en særskilt nemnd. At et organ har få saker til behandling trenger imidlertid ikke være et absolutt argument mot at det opprettes eller at det består etter at det er opprettet. Det forutsetter imidlertid at de gevinstene man oppnår som følge av ordningen oppveier kostnadene den innebærer.»

Konkurransklagenemnda hadde siden oppstarten 1. april 2017 en rolig periode første året, ettersom Konkurransetilsynet traff vedtak i en større materiell sak rett før opprettelsen, og det andre store vedtaket ble truffet høsten 2017, men ble ikke klaget inn for nemnda før i 2018.

Konkurransklagenemnda har i perioden mars 2018 til desember 2021 truffet vedtak i 29 saker, hvorav fem har vært gebyrsaker. Nemnda har hatt tre fusjonssaker til behandling, men hvor den ene ble trukket rett før dato for vedtaksfrist, og hvor én fremdeles er til behandling. I tillegg har nemnda hatt en rekke vanskelige og krevende klagesaker som gjelder avslag om innsyn, og i tilknytning til de materielle sakene har det vært behandlet krav om sakskostnader.

Det er vanskelig å se at departementets beskrivelse av at Konkurransklagenemnda har hatt få saker til behandling er særlig treffende, da nemnda i hver av de større gebyrsakene arbeider tilnærmet sammenhengende i en periode på seks måneder, hvor alle sakene har et enormt omfang, vanskelighetsgrad og dokumentinnhold. Dette er etter nemndas vurdering også i tråd med forutsetningen ved opprettelsen av nemnda. Konkurransklagenemnda fungerer som klageorgan for alle vedtak truffet av Konkurransetilsynet. Konkurransetilsynet treffer få vedtak hvert år, men vedtakene er til gjengjeld svært omfattende, og det ligger flere års arbeid bak vedtakene.

2.6 Øvrige kommentarer

Når det gjelder forslaget om å redusere klagefristen for klager i gebyrsaker til 15 virkedager, virker dette klart for kort. En viss reduksjon i klagefristen virker likevel fornuftig, da dette vil redusere den totale perioden klagesaksbehandlingen tar.

At konkurranseretten er et komplekst og vanskelig rettsområde som har en stor grad av spesialisering innenfor klageordningene og domstolene i Europa er også Konkurransklagenemndas erfaring. Konkurransklagenemnda deltar i et eget nettverk for dommere innenfor konkurranserett i EU/EØS, og Sveits, og har deltatt på flere samlinger i nettverket, og også holdt innlegg som representant for Norge.

Dette nettverket er etablert nettopp fordi man i Europa ser at det er særlig behov for spesialisering innenfor dette som rettsfelt, og i de fleste land har man derfor organisert klageordningene slik at de innehar en stor grad av spesialisering. Å styrke konkurransepolitikken gjennom en spesialisert klagesaksbehandling var også bakgrunnen for at man i Norge opprettet Konkurransklagenemnda som ordning i utgangspunktet. Nemnda kan i liten grad se at departementet har adressert disse hensyn i høringsnotatet.

2.7 Forslag om delegasjonshjemmel

Konkurransklagenemnda er et forvaltningsorgan jf. konkurranseloven § 8 andre ledd, og opptrer som et ordinært forvaltningsorgan når nemnda mottar innsynsbegjæringer. I høringsnotatet er det foreslått en delegasjonshjemmel for enkeltmedlemmer i nemnda. I beskrivelsen av saker som skal kunne delegeres, fremstår det imidlertid som litt uklart hvilke sakstyper departementet mener skal ha en slik delegasjonshjemmel, det vil si forholdet mellom innsynsklagesaker og saker hvor nemnda selv mottar innsynsbegjæringer. Videre

skriver departementet at nemnda og sekretariatet er to ulike organer, og delegeres beslutninger til sekretariatet vil beslutningskompetanse bringes ut av nemnda.

Innledningsvis ønsker Konkurransklagenemnda å bemerke at i relasjon til saksbehandling anses nemnd og sekretariat som ett og samme organ, selv om man administrativt ikke utgjør ett og samme organ. Dette fremgår uttrykkelig av forarbeidene til forvaltningsloven, se NOU 1974:43 i punkt 3.7.2 side 51:

«[...] Nemnd og sekretariat vil generelt bli sett på som en organisatorisk enhet, slik at innstillinger fra sekretariatet til nemnda må regnes som dokument «organet selv» har utarbeidet [...]».

Et slikt synspunkt fremgår videre av blant annet frem av Justisdepartementets veileder til offentleglova (G-2009-419) i punkt 7.2.2 på side 92:

«[...] Personar eller einingar som på permanent basis utfører sekretariatsfunksjonar for eit organ, skal normalt reknast som ein del av dette organet. Dette gjeld sjølv om sekretariatet i visse saker har fått myndigheit til å treffe avgjerder [...]».

Det samme følger for øvrig av Lovavdelingens uttalelse i JDLOV-2001-8387 pkt. 3.2:

«Etter alminnelig oppfatning er utvalg/nemnder og tilliggende sekretariat å anse som samme organ i relasjon til reglene i offentlighetsloven [...]».

Om innsynsbegjæringer står det i den nevnte NOU-en at disse «skal rettes til nemndas sekretariat eller til formannen» (ibid.).

Svar på innsynsbegjæringer er altså et slikt saksforberedende arbeid som ikke «avgjør sakens realitet, eller [...] inneholder nemndas råd [...]», og som dermed «kan overlates til et sekretariat» uten at det er særskilt nevnt i en instruks e.l., jf. punkt 3.2.4 på side 31.

Det følger videre av forskrift om saksbehandling av saker for Konkurransklagenemnda § 2 at sekretariatets oppgave er å forberede saker. Videre fremgår det av siste punkt at sekretariatet skal utføre [...] de oppgaver som lederen pålegger.

Konkurransklagenemnda mottar store mengder innsynsbegjæringer både i saker til behandling og avsluttede saker fra både parter og tredjeparter. I tråd med det som er beskrevet over, behandles innsynsbegjæringene av sekretariatet, men på vegne av nemnda. Hvis nemndas medlemmer skulle involveres i alle dokumentene og vurderingene knyttet til offentlighet og partsoffentlighet, ville det vært praktisk vanskelig å håndtere. Beslutning om det skal gis innsyn eller om det skal gis helt eller delvis avslag er heller ikke et enkeltvedtak. Etter nemndas syn er det en innskrenking av denne praksisen som eventuelt må reguleres, men nemnda kan ikke se at det er noen grunnlag for dette.

Når det gjelder klagesaker på innsyn, hvor Konkurransetilsynet har avslått innsyn, og avslaget deretter påklages, er dette saker som i dag behandles av en full nemnd. Disse sakene kan både være relativt enkle, men de kan også være store og kompliserte. Klagesakene som gjelder partsinnsyn i tilknytning til større gebyrsaker hos Konkurransetilsynet er viktige og til dels kompliserte, og har ofte side mot bevisreglene slik de er utformet av EMD. Denne klageadgangen ivaretar sentrale rettsikkerhetsgarantier i form av kontradiksjon og innsyn i beslutningsgrunnlaget i saker som utgjør straff etter EMK. Etter nemndas syn bør disse sakene fremdeles behandles av full nemnd, men i mindre innsynsklagesaker kan det tenkes at

det kan være grunn til at beslutningen treffes av ett medlem alene. Nemnda har ikke sett dette som et behov i sin praksis de senere år, da dette gjelder et begrenset antall saker, som nå er langt færre enn det var de første årene etter nemndas opprettelse.

Departementet nevner også sakskostnadssaker som et eksempel på saker hvor man bør vurdere å kunne delegere til ett medlem. Sakskostnadssakene for Konkurranseskjennemnda er saker som er en forlengelse av de materielle sakene, hvor nemnda har gitt klager helt eller delvis medhold, og hvor klager på dette grunnlag kan fremme krav om sakskostnader jf. forvaltningsloven § 36. Sakskostnadskravene gjelder ofte store beløp, og det er erfaringsmessig også kompliserte avveininger som må gjøres her, hvor kjennskap til den materielle saken er viktig i vurderingen av hvilke kostnader som har vært "nødvendig" ved spørsmålet om det skal tilkjennes sakskostnader. Beløpene er langt større enn det som forvaltningen i gjennomsnitt mottar ellers slik det er beskrevet i NOU 2019:5 punkt 29.5. Etter nemndas syn bør man opprettholde regelverket slik det er i dag også for denne sakstypen.

Med vennlig hilsen

Konkurranseskjennemnda

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker

Nærings- og fiskeridepartementet

Postadresse

Postboks 8090 Dep

*Poststed*0032 OSLO
Norge*Kontakt/e-post*

postmottak@nfd.dep.no