

Nærings- og fiskeridepartementet

Kun sendt pr. e-brev

Bergen, 13. februar 2015

Vår ref: 65050/PMB

Ans. adv. Pål Magne Bakka

Sekretær: Mette Nymark Bårdsen

KOMMENTAR TIL NOU 2014:11

1. VALG AV «MODELL».

Utvalgets tilråding gis i kapittel 7; sidene 92-104. Flertallet tilrår «modell 2».

Vi er uenige i flertallets tilråding. Vårt hovedsynspunkt er at en uavhengig klagenemnd kan sløyfes, og at angrep på Konkurransetilsynet [«KT»] sine vedtak bør gjøres gjennom vanlig domstolsprøving. Dette antas kunne gjøres gjennom få endringer av tvisteloven.

2. HOVEDBEGRUNNELSE FOR VANLIG DOMSTOLSPRØVNING

Vår begrunnelse er i hovedsak sammenfallende med medlemmet Ulvins, som finner det *disproporsjonalt* «å opprette et eget forvaltningsklageorgan med et så lite forventet sakstilfang.» Med rette peker hun videre på at avgjørelsene er *regelstyrte*, uten innslag av den styringsfunksjon en ellers kan finne i forvaltningssaker; NOU'en side 104.

Ulvin har bemerkninger om domstolsprøvingen som vi ikke finner treffende. Dette kommenteres nedenfor i punkt 5.

3. OM FLERTALLETS ANFØRTE, REELLE HENSYN

31.

Flertallets første hovedargument i sin forkasting av modell 4 er at «relativt rask, [og] rimelig ... overprøving av Konkurransetilsynets vedtak [da vil] erstattes med mer tid- og ressurskrevende overprøving ved domstolene»; side 104 venstre spalte nede. – Dette argumentet bygger imidlertid på vage og uklare, dels uakseptable, premisser.

Hvorvidt en klageordning virkelig vil være raskere, vil bero dels på hvordan en domstolsløsning vil fungere, dels på hvordan nemndsbehandlingen vil fungere, hvor nemndslederen blir sentral. Uansett vil mulig raskere behandling oppnås til en høy pris.

Advokatfirmaet Harris DA
Grunnlagt 1924
Org. nr. 859 234 232 mva
www.harris.no

Medlemmer av:
Den Norske Advokatforening
EuroAdvocaten
Advocatia AS

Bergen:
Dreggsallmenningen 10/12
Postboks 4115 Sandviken
5835 Bergen
Tlf: (+47) 55 30 27 00
Faks: (+47) 55 30 27 01

Førde:
Naustdalsvegen 1B
Postboks 474, 6803 Førde
Tlf: (+47) 57 83 71 00
Faks: (+47) 57 83 71 01

Norheimsund:
Sandvenvegen 40
Tlf: (+47) 56 55 44 40

Sogndal:
Parkvegen 5
Tlf: (+47) 57 67 88 00

ADVOCATIA
Deltakende advokatfirmaer:
Oslo:
Kvale Advokatfirma
Bergen/Førde:
Advokatfirmaet Harris
Trondheim:
Advokatfirmaet Bjerkan Stav
Stavanger/Bryne:
Advokatfirmaet Haver
Kristiansand:
Advokatfirmaet Kjør
Tromsø:
Advokatfirmaet Rekve, Pleym
Lillehammer:
Advokatfirmaet Thallaug
Molde:
Advokatfirmaet Øverbø, Gjertz
www.advocatia.no

Med det viktige forbehold at vi kan ha oversett noe, synes NOU'en gjennomgå hvordan en domstolsbehandling er, men forholdsvis overfladisk og uten en grundig behandling av hvordan tvisteloven er og kan bli. En slik unnlattelse er en mangel, som gjør at «raskere» blir et postulat. – Kort sagt vil domstolsbehandling både de lege lata og de lege ferenda være effektiv; se punkt 5.

Med hensyn til faktoren hvordan nemnda vil organiseres og særlig hvordan den vil fungere i praksis, synes NOU'en gi et uklart bilde, og vurderingene blir hypoteser basert på uavklarte premisser. Dette gjør flertallets vurdering diskutabel, og det er kvalifisert usikkert å ha en oppfatning om hvor rask en nemndsbehandling vil bli i praksis.

Det som legges til grunn, er at «sakene er få, men til dels svært omfattende og kompliserte», side 145. Hvordan en nemnd skal oppnå den optimale saksbehandling i skjæringspunktet effektivitet og rettssikkerhet *vil bero på nemndsleder*, som foreslås gitt usedvanlig vide fullmakter; utkastet til lov om klagenemnd § 7. Det er en rekke praktiske og prinsipielle betenkeligheter ved dette.

Etter forslaget skal nemndsleder «ut fra hensiktsmessighetsvurderinger» avgjøre om det skal være skriftlig eller muntlig behandling, herunder avveie hensynene til «forsvarlighet i behandlingen, proporsjonalitet, konsentrasjon og hurtighet»; side 146. Det er nokså spesielt å se behandlingsformen for meget store og viktige saker bero på én persons hensiktsmessighetsvurdering. Avgjørelsen skal endatil være «endelig», utkastet § 7 annet ledd. Det oppstår spørsmål både om dette er betryggende og om det vil oppfattes å være betryggende. Også utvalget selv anser at rekruttering av kompetent person vil være krevende; side 144. Illustrerende er kommentaren til utkastet § 8 på side 147: «for å kunne utføre vervet vil dette medføre at det i realiteten er en relativt liten krets av personer som er aktuelle for verv i nemnda. ... nemnda skal treffe avgjørelser som kan gjelde omfattende økonomiske verdier for de involverte parter og for samfunnet». Direkte gjelder uttalelsen det å bli oppnevnt som nemndsmedlem, men den har gyldighet også for nemndsleder.

Det er betenkelig at flertallet tilsynelatende synes det er greit at man i saker av stor betydning «gir slipp på prinsippet om full muntlighet og bevisumiddelbarhetsprinsippet»; side 102. 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 avspeile et syn om at saker vil skjermes mer fra offentlig oppmerksomhet ved nemndsbehandling – og at det er en fordel. Sakenes samfunnsmessige betydning tilsier at offentlighetshensynet vektlegges. I NOU'en synes «næringslivets behov» være gitt stor vekt, men uten at det presiseres hvilken del av næringslivet det siktes til. Eksempelvis er berørte konkurrenter til en fusjon neppe interessert i at angrep på KTs tyngende vilkår for å godkjenne en fusjon kan angripes raskt og rimelig og dertil med beskjedne offentlighet. Utvalget synes ha tenkt på de foretak som kommer til å angripe et for seg negativt vedtak. Det er for snevert.

32.

Kostnadene ved modell 2 sammenlignet med modell 4 er ikke stilt opp mot hverandre. Men alene ansettelse av en kvalifisert nemndsleder og etablering av et/ økning av eksisterende sekretariat vil tilsvare en til to nye dommerstillinger. Vil ca to til fire saker i året (side 104 høyre spalte

oppe) påføre domstolene ett til to dommerårsverk? Vi betviler det. – En tilleggsfordel ved modell 4 er at overprøving skjer i etablerte og trygge former uten det administrative merarbeid som må gjøres hvis modell 2 skal «stables på beina» som helt ny institusjon.

Om partenes kostnader viser utvalget til at partene normalt er særs ressurssterke. Hvor kostbar en domstolsprøving sammenlignet med en klagenemndsprøving vil være for dem beror på hvordan prosessen gjennomføres, herunder om den skjæres til; se punkt 5.

På ett punkt blir prosessen likevel dyrere for parten, og det er saksomkostningsrisikoen hvis man taper ved domstolsprøving. Svaret på dette synes dels være at det er tvilsomt hvilken vekt samfunnet skal legge på å skjerme ressurssterke parter mot slik risiko, samt at tvilsomme søksmål kan og bør unngås. Som sagt kan et søksmål skjæres til; ikke alle tvilsomme krav fortjener å prøves.

33.

Flertallets andre hovedargument i forkastingen av modell 4 er at man oppnår at spesialister i konkurranserett og –økonomi prøver saken, og at det er en fordel sammenlignet med at tingretten gjør det.

Utvalget synes imidlertid anse dommerne ved lagmannsrettene å være dyktige og kompetente nok. Det er etter vår mening en grov faktisk feil hvis utvalget evt. skulle mene at en tingrettsdommer ikke kan gis samme anerkjennelse og tillit. Det minnes om at tingrettene er første instans i alle saker; også hvor kompleksitet/ alvor neppe er mindre enn konkurranserettens, som saker om fratakelse av foreldreansvar, skatt, økonomisk kriminalitet og drap. Til dette kommer at rekrutteringen av spesialister til en nemnd er et ømt tema, se side 147. Utvalget erkjenner på side 144 at «likheten til domstolenes virksomhet er *svært stor*» (kursivert her). Det er mot norsk rettstradisjon å ha spesialistdomstoler.

Utvalget underdriver domstolenes mulighet for å bruke ekspertise, se punkt 51.

Så vidt sees har ikke flertallet presentert flere reelle argumenter mot modell 4.

4. NÆRMERE OM KLAGERETTENS EGENVERDI

På side 104 nederst venstre spalte – øverst høyre spalte *synes* flertallet i tillegg vektlegge at administrativ klageadgang har en egenverdi; et prinsipielt moment. Hvis dette er feil, er dette punktet for så vidt unødig. Men det prinsipielle har også relevans, og skal kommenteres noe.

Det er tradisjon for en klagerett. Men utover dette vil etter vår oppfatning mothensyn melde seg med styrke, særlig hvis det etableres en klagenemnd som foreslått av flertallet (modell 2).

Det er en grunntanke bak mandatet og i flertallets vurderinger at politisk styring skal unngås, og at avgjørelsene skal bygge på rettsanvendelse alene.

Det naturlige statsorgan for slike avgjørelser er imidlertid domstolene. Realiteten i flertallets anbefaling er at man anbefaler en spesialdomstol, som i alt utenom navnet utøver domsmyndig-

het, noe som bekreftes når det foreslås at overprøving skal gå rett til lagmannsrett. Som alt nevnt er spesialdomstoler mot norsk rettstradisjon. Dette er betenkelig når det bare kan rekrutteres fra en særs snever krets, og ille når saksbehandlingen skal «endelig» avgjøres etter én persons «hensiktsmessighetsvurdering»; dette i saker av stor økonomisk betydning. Slik makt har mange sider. Flertallet synes ikke å ha kommentert betenkelighetene. Til illustrasjon minnes om sakene tvisteloven § 29-13 gav opphav til da lagmannsrettene fikk kompetanse til å beslutte ankenekt uten begrunnelse, sml storkammerkjennelsen i Rt. 2009 side 1118 med påfølgende lovendring (lov 2010 nr 76).

Flertallets forslag åpner for domstolsprøving i normalt bare en rettsinstans. Den alminnelige ankeretten (sml. hvor anke krever samtykke, som for Høyesterett) har prinsipiell verdi. Det kan ikke sees at den prinsipielle verdien av en klagerett oppveier tapet av alminnelig ankerett i domstolsprosessen.

Overhodet synes flertallets vurdering lide av at det ikke er vurdert hvordan en domstolsløsning vil fungere, så vel ut fra tvisteloven slik den er, som ut fra hvordan tvisteloven kan tilpasses.

5. TVISTELOVEN SLIK DEN ER, OG KAN BLI, SOM INSTRUMENT

51.

Slik tvisteloven er i dag, kan hensynet til *ekspertise* i konkurranseøkonomi løses gjennom bruk av sakkyndige; kapittel 25. Ekspertise i konkurranserett tilføres gjennom prosessfullmektigene – noe flertallet synes mene er ubetenkelig bare dommerne er lagdommere eller høyesterettsdommere. Uansett åpner tvisteloven for at både tingrett og lagmannsrett kan settes med fagkyndige meddommere; endatil juridisk fagkyndige om partene samarbeider; § 9-12 (2) og (3) jfr. § 29-17.

I saker med «særlig kompliserte rettslige eller faktiske spørsmål» kan domstolen la *skriftlige innlegg* bli en del av avgjørelsesgrunnlaget, slik at alle skriv som alt er utarbeidet i forvaltningssaken, vil kunne komme til nytte (direkte eller omarbeidet/ «raffinert»); se § 9-9 (3) og § 29-16 (3). Paragraf 9-9 og § 29-16 gir ytterligere muligheter for gode løsninger.

Tvisteloven gir tingretten adskillig fleksibilitet mht hvordan *hovedforhandlingen* skal kunne tilpasses også saker med mer spesiell karakter, § 9-15 (8) og (10). I lagmannsretten gjelder tilsvarende regler, se § 29-16 (3) og (4) og § 29-18 (2).

En rettsvist behøver ikke ta lengre *tid* enn en prosess etter utvalgets modell 2. Det vises til at både retten og partene har stor innflytelse over dette, se både fanebestemmelsen i § 9-4 (1) og ordningen med planmøte. De riss av lovens fleksibilitet som er gitt over, gjenspeiles i § 9-4 (2) bokstavene d, f, h, i og j. Ressurssterke parter må antas 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. Endelig er det ikke lovens system at det skal være mange, omstendelige prosesskriv, kfr. forbudene mot unødig argumentasjon; § 9-2 (3) tredje setning og § 9-3 (4).

Derfor behøver tvisteloven neppe endres for å bli et godt redskap for rask og betryggende avgjørelser. Den *trenger kun å tas i bruk*. Hovedreservasjonen som skal tas er hvilken prioritering sakstypen bør gis i forhold til domstolenes øvrige saker. Dette er et *utpreget (retts-)politisk valg*. Hvis eksempelvis Oslo og Borgarting domstoler styrkes med en dommerstilling hver, synes antatt antall konkurranserettssaker tilsi at det er lett å gi (i alle fall noen typer) konkurransesaker høy prioritet. Det enkle her er det retts tekniske; mer i neste punkt.

52.

Hvilke endringer av tvisteloven bør så vurderes? Fordi hovedtema for vår kommentar til NOU 2014:11 er valget av modell, skal kun to mulige endringer kommenteres.

Utvalget har vært knapp om dette, kfr. gjennomgangen over i pkt 51, som savnes i NOU 2014:11.

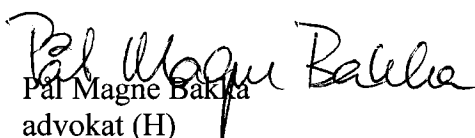
Utvalgets hovedforslag synes være innføring av tvungent *verneting*. Det synes være unødvendig. Grunnen er at behovet for ekspertise betryggende kan løses ved bruk av sakkyndige. Til dette kommer to praktiske forhold: Med den beskjedne saksmengden pr år det er tale om, er det uansett lite realistisk at domstolene, uansett hvor i landet, vil opparbeide mer enn grunnleggende kjennskap til rettsfeltet. Og, 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.

Det som etter vårt skjønn bør vurderes, er om det skal formuleres krav til domstolens *prioritering* av saken, slik at man får en raskest mulig behandling. Det kan være at «Saken skal prioriteres og behandles så hurtig som hensynet til en forsvarlig saksbehandling gjør mulig», som § 36-5 (2) bestemmer for sitt avgrensede saksfelt. Tilsvarende regel kan innføres for konkurransesaker, hvis lovgiver vurderer dem som like viktige som tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren. Et alternativ kan være å fastsette konkrete frister fra saksanlegg til hovedforhandling alternativt avgjørelse avsies. Det minnes om at partene etter tvisteloven har adgang, men ikke rett til å inngi nye prosesskriv etter at tilsvar er innkommet; domstolen kan derfor gi korte frister hvis slike likevel ønskes inngitt.

53.

I punktene 51 og 52 er presentert en hovedgrunn til at vi er uenig i medlemmet Ulvin sin henvisning til tvisteloven kapittel 32-34. En annen hovedgrunn at prøvningen skal lede til en endelig materiell avgjørelse, noe sjuende del ikke er tilpasset. De særregler som måtte gis, synes mer passende bli gitt som nytt kapittel i tvistelovens åttende del, evt. innarbeidet i delene en til seks.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet Harris


Pål Magne Bakka
advokat (H)