

Nærings- og fiskeridepartementet
Konkurransopolitisk avdeling
Postboks 8090 Dep
0032 Oslo

Også sendt pr. e-post: postmottak@nfd@dep.no

Deres ref.:
14/1854-7

Dok. nr.: 191892

Saksbehandler: Trude Molvik
tm@advokatforeningen.no

11.02.2015

Høring av NOU 2014: 11 Konkurransklagenemnda

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 11.11.2014 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sondrer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for europa- og konkurranserett. Lovutvalget består av Ingvald Falch (leder), Harald Evensen, Morten Goller, Helge Stemshaug og Monica Syrdal.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

2. Kommentarer til de enkelte forslagene

Kapittel 7: Modeller for overprøving av Konkurransetilsynets vedtak

I kapittel 7 i utredningen redegjør utvalget for ulike modeller for overprøving av Konkurransetilsynets vedtak og kommer med sine anbefalinger. Advokatforeningen er ikke enig i det forslag som fremmes av utvalgets flertall.

Etter Advokatforeningens syn er modell 3 som innebærer at en konkurranseklagenemnd treffer avgjørelser om fusjoner, opphør og overtredelsesgebyr etter innstilling fra Konkurransetilsynet i tillegg til å behandle klagesaker over tilsynets avgjørelser på andre områder, den modell som best ivaretar hensynet til partenes rettssikkerhet og avgjørelsens legitimitet. Ved denne modellen skilles etterforsknings- og saksforberedelseskompetansen fra vedtakskompetansen. Modellen sikrer også at avgjørelser av stor betydning for partene kan føres for et uavhengig organ med full kontradiksjon og åpenhet allerede i første instans. Modellen sikrer en objektiv og kritisk evaluering av sakens faktiske beviser og konkurranserettslige vurderinger.

Advokatforeningen deler ikke de innvendinger mot modell 3 som flertallet gjør rede for i utredningens punkt 7.8.4, og kan herunder ikke se at modell 3 vil svekke Konkurransetilsynets stilling i norsk konkurransepolitikk. Det vises i denne forbindelse blant annet til at modell 3 har betydelige likheter med de modeller som er valgt i våre nærmeste naboland, uten at det av den grunn medfører at de øvrige nordiske konkurransemyndigheter har svakere gjennomslagskraft i konkurransepolitikken enn Konkurransetilsynet. Advokatforeningen legger videre til grunn at den faglige kvaliteten på forslaget til avgjørelse vil bli høyere dersom forslaget skal fremlegges for og behandles av en nemnd, og at dette tvert om vil styrke Konkurransetilsynets stilling som fagorgan og aktør i konkurransesaker. Advokatforeningen vil dermed prinsipalt anbefale at modell 3 utredes nærmere.

Advokatforeningen støtter ikke flertallets forslag om å innføre modell 2, dvs. at det etableres en Konkurranseklagenemnd som får kompetanse til å behandle både dagens klagesaker og gebyrsakene. Ileggelse av overtredelsesgebyr er straff etter EMK. Etter Advokatforeningens syn vil en tvungen behandling for Konkurranseklagenemnda kombinert med at søksmål må bringes inn direkte inn for lagmannsretten, være problematisk i forhold til EMK protokoll 7.

Advokatforeningen peker i denne forbindelse på at det etter foreningens syn vil kunne bli praktisk vanskelig å finne medlemmer til nemnda som både har konkurransefaglig kompetanse og oppfyller de krav til habilitet og uavhengighet forøvrig som EMK stiller. Etter Advokatforeningens oppfatning har det lite for seg å opprette en konkurranseklagenemnd uten at nemndas medlemmer har særlig kompetanse innen konkurranseområdet utover den kompetanse som allerede finnes i eller kan bygges opp i de alminnelige domstoler. Det vises her blant annet til mindretallets bemerkning om at innføring av tvunget verneting kan styrke tingrettens kompetanse i konkurransesaker. Etter Advokatforeningens syn er dette et forslag som bør overveies nærmere.

Et av de argumentene som utvalget fremhever til fordel for modell 2, er at denne modellen sikrer at flere saker behandles av nemnda, jf. utredningens side 101 annen spalte. Dette kan etter Advokatforeningens syn i seg selv ikke være et relevant argument for at så sentrale saker som gebyrsakene skal underlegges en konkurranseklagenemnd. Avgjørende må være hvorvidt en nemndsbehandling er en bedre ordning enn dagens ordning hvor Konkurransetilsynets gebyrvedtak kan bringes inn for tingretten.

Etter Advokatforeningens syn har dagens ordning der Konkurransetilsynets gebyrvedtak kan bringes inn for tingretten, vist seg å fungere godt. Gebyrsakene er en strafferettslig reaksjon på en overtredelse av konkurranseloven. At de alminnelige domstolene med tingretten i første instans, eventuelt forsterket med fagkyndige meddommere, overprøver disse sakene medfører at man innenfor konkurranseområdet har en ordinær domstolskontroll av disse sakene på linje med det som ellers gjelder for saker om andre former for økonomisk kriminalitet.

Dersom gebyrsakene i vesentlig grad overlates til særorganer, kan det medføre at det over tid etableres en praksis som i forhold til sentrale rettssikkerhetsspørsmål slik som bevisvurderinger, sanksjonsutmåling med videre, adskiller seg fra det som generelt gjelder i saker om økonomisk kriminalitet. Det forhold at nemndas medlemmer vil utøve sin nemndvirksomhet på deltid, kan også medføre at disse ikke vil ha den nødvendige oppmerksomhet knyttet til disse problemstillingene. Nevnte forhold vil etter Advokatforeningens syn være i strid med alminnelige rettssikkerhetshensyn og taler mot etablering av en konkurranseklagenemnd etter modell 2.

Advokatforeningens primære standpunkt er følgelig at modell 3 bør utredes nærmere. Dersom det ikke er aktuelt å utrede dette alternativet nærmere, er det Advokatforeningens subsidiære syn at en videreføring av dagens ordning der klagesaker avgjøres av departementet og domstolene har ordinær overprøvningsadgang av Konkurransetilsynets vedtak (modell 5), er å foretrekke fremfor utvalgets forslag om etablering av en egen konkurranseklagenemnd (modell 2).

Kapittel 8: Nemndas organisering, saksbehandling og overprøving av nemndas avgjørelser

Nemndas organisering

Dersom det opprettes en konkurranseklagenemnd, støtter Advokatforeningen de vurderinger utvalget har gjort med hensyn til de krav som må stilles til Konkurransetilsynets uavhengighet, sammensetning og faglige kompetanse i utredningens punkt 8.3.

Som påpekt ovenfor, vil det imidlertid etter Advokatforeningens syn kunne bli praktisk vanskelig å finne kandidater som oppfyller alle de krav som er stilt til nemndas medlemmer, og som både kan og er villige til å påta seg et slikt deltidsoppdrag. Kravene til uavhengighet og habilitet vil kunne utelukke mange av de kandidater som har den faglige kompetanse, og kravene vil også kunne være vanskelig å forene med annen virksomhet innen konkurranseområdet. Etter Advokatforeningens oppfatning er dette forhold som ikke er tilstrekkelig adressert i utredningen, og som bør utredes nærmere av departementet før det eventuelt vedtas å opprette

en konkurranseklagenemnd. Dersom det vil være vanskelig å finne medlemmer til nemnda, taler også dette etter Advokatforeningens syn for at dagens system med visse modifikasjoner (modell 5) videreføres.

Nemndas saksbehandling

Dersom det etableres en konkurranseklagenemnd, støtter Advokatforeningen i all hovedsak de vurderinger utvalget har gjort vedrørende konkurranseklagenemndas saksbehandling i utredningens punkt 8.4.

I lys av at nemnda får en plikt etter forvaltningsloven til å sørge for sakens opplysning, er det etter Advokatforeningens syn viktig at nemnda gis hjemmel til å kreve opplysninger og dokumenter fra tredjemann slik at saken kan bli tilstrekkelig opplyst slik det også er forelått i utredningens punkt 8.4.5.2. Advokatforeningen mener imidlertid, i motsetning til utvalget, at det i lys av utredningsplikten også kan være grunn til å overveie nærmere om en konkurranseklagenemnd bør ha hjemmel til å kunne pålegge Konkurransetilsynet å utrede nærmere bestemte forhold på vegne av nemnda eller innhente mer informasjon om nærmere bestemte forhold. Dette gjelder særlig dersom nemnda ikke etableres med et eget sekretariat med utredningskompetanse.

Forslagets § 7 åpner opp for at konkurranseklagenemnda kan avholde muntlige forhandlinger, men uten at det foreslås nærmere saksbehandlingsregler for slike muntlige forhandlinger. Tvert om synes utvalget i utredningens punkt 8.5.4.3 å legge opp til at nemnda skal ha stor frihet til å avgjøre hvordan slike muntlige forhandlinger skal foregå, herunder hvorvidt møtene skal avholdes med alle parter til stede eller bare en part. Det legges i punkt 8.5.4.4 heller ikke opp til at det skal være møteplikt ved nemndas muntlige forhandlinger. Særlig i saker om ileggelse av gebyr, kan det etter Advokatforeningens syn være grunn til å stille spørsmål både ved om dette er en god regel og om dette medfører en tilfredsstillende saksbehandling, blant annet i forhold til kravene etter EMK. Etter Advokatforeningens syn er det grunn til å overveie å gi nærmere saksbehandlingsregler for slike muntlige forhandlinger.

Overprøving av nemndas avgjørelser ved Kongen i statsråd

Advokatforeningen støtter videre utvalgets forslag om oppheving av adgangen til overprøving av Kongen i statsråd etter gjeldende konkurranselovs § 13 og § 21, jf. utredningens punkt 8.5.2. Dette gjelder særlig dersom det opprettes en konkurranseklagenemnd.

Overprøving av nemndas avgjørelser for domstolene

Det følger av utredningens punkt 8.5.3.2 at utvalget er delt med hensyn til spørsmålet om hvorvidt behandling for konkurranseklagenemnda skal gjøres til en prosessforutsetning for overprøving for domstolene ved valg av modell 2. Advokatforeningen støtter her forslaget om at klagesaksbehandling *ikke* gjøres til en prosessforutsetning.

Etter Advokatforeningens syn vil en tvungen klagesaksbehandling kunne medføre at konkurransesakene blir mer resurskrevende, mer kostbare og tar lengre tid for alle involverte parter, stikk i strid med det som har vært formålet med opprettelse av en konkurranseklagenemnd. Dette gjelder særlig dersom nemnda rent faktisk ikke oppnår en slik sammensetning og legitimitet som forutsatt, jf. de praktiske utfordringer knyttet til organiseringen nevnt over. Dersom nemnda ikke oppnår partenes tillit til at saken vil bli korrekt og grundig behandlet, tilsier hensynene til effektiv saksbehandling, rettssikkerhet og avgjørelsenes legitimitet at partene alternativt bør ha anledning til å bringe Konkurransetilsynets vedtak direkte inn for tingretten.

Hensynet til at nemnda skal få flest mulig saker slik at det er forsvarlig å opprettholde en nemnd, er etter Advokatforeningens syn i denne sammenheng ikke noe holdbart argument for å gjøre klage til nemnda til en prosessforutsetning. Oppnår nemnda legitimitet og tillit hos partene, er det ikke grunn til å tro at nemndas sakstilfang vil være avhengig av at nemndsbehandling er en prosessforutsetning. Motsatt, viser det seg at partene ikke har noe ønske om å bruke nemnda, vil det underbygge at ordningen mangler den nødvendige legitimitet og dermed bør avvikles.

Advokatforeningen er for øvrig skeptisk til forslaget i utredningens pkt. 8.5.3.6 om at overprøving av klagenemndas avgjørelser skal bringes direkte inn for lagmannsretten. Det vises i denne forbindelse til kravene i EMK protokoll 7, og de synspunkter som er fremhevet ovenfor for så vidt gjelder praktiske utfordringer knyttet til nemndas sammensetning og faren for at et slikt særorgan ikke har den nødvendige fokus på de særlige rettssikkerhetskrav som stilles til straffesaksbehandling. Dersom nemndas vedtak kan bringes inn for ordinær domstolsbehandling i første instans, unngår man utfordringene knyttet til EMK.

Punkt 3.3 Kapittel 9: Markedsrådets egnethet som klageorgan for konkurransesaker

Advokatforeningen støtter utvalgets vurderinger om at Markedsrådet ikke er et egnet klageorgan for konkurransesaker.

3. Avslutning/oppsummering

Advokatforeningen støtter ikke det forslag om opprettelse av en konkurranseklagenemnd som er foreslått av utvalgets flertall. Advokatforeningen mener at konkurransemyndighetene i stedet burde utrede en modell der en nemnd treffer vedtak etter innstilling fra tilsynet (modell 3). Advokatforeningen er særlig skeptisk til å innføre en ordning der gebyrsaker må behandles av en konkurranseklagenemnd i stedet for at disse sakene kan bringes direkte inn for domstolene, og mener at en modifisert videreføring av dagens ordning (modell 5) er å foretrekke fremfor den modell som flertallet i utvalget har fremmet forslag om.

Dersom utvalgets forslag blir vedtatt, mener Advokatforeningen at slik nemndsbehandling ikke må gjøres til en prosessforutsetning, men at partene bør ha anledning til å bringe Konkurransetilsynets vedtak direkte inn for tingretten.

Vennlig hilsen

Erik Keiserud
leder

Merete Smith
generalsekretær