

REGJERINGSADVOKATEN

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Deres ref
14/1854

Vår ref
2014-1028 KBM

Dato
25.02.2015

HØRINGSUTTAELSE TIL NOU 2014:11 - KONKURRANSEKLAGENEMNDA

1 INNLEDNING

Det vises til Nærings- og fiskeridepartementets høringsbrev av 11. november 2014 og til e-post fra departementet v/Therese Motzfeldt av 13. februar 2015 med fristforlengelse til 25. februar 2015.

I NOU 2014:11 gjennomgår et utvalg ledet av advokat Siri Teigum en rekke sider ved klageordningene på konkurranserettens område med fokus på mulig etablering av et uavhengig klageorgan for konkurransesaker. Utvalget har sin bakgrunn i regjeringserklæringen av 7. oktober 2013 der det heter:

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

Utvalget forutsetter i sin utredning at dagens ordning med mulighet for overprøving ved Kongen i statsråd i prinsipielle saker oppheves (s. 11 og s. 101). Regjeringsadvokaten legger dette til grunn her.

På bakgrunn av regjeringserklæringen og det nærmere mandatet tar utvalget utgangspunkt i at det skal opprettes en uavhengig klagenemnd for konkurranse. Utvalget har likevel også funnet grunn til å vurdere om det *bør* opprettes en slik klagenemnd eller om andre tiltak samlet sett er mer hensiktsmessige. Regjeringsadvokaten finner en slik tilnærming fornuftig, og vil gi uttrykk for sitt syn på dette overordnede spørsmålet i pkt. 2 nedenfor.

Som det fremgår nedenfor, er det Regjeringsadvokatens vurdering at det ikke er fremmet tilstrekkelig sterke grunner for å opprette et nytt, uavhengig klageorgan til erstatning for dagens ordning med departementet som klageinstans over vedtak fattet av Konkurransetilsynet. Regjeringsadvokaten vil likevel kort omtale et utvalg av andre spørsmål som reises *dersom* det besluttes å opprette en konkurranseklagenemnd, se pkt. 3.

REGJERINGSADVOKATEN

2 SPØRSMÅL OM DET BØR OPPRETTES EN UAVHENGIG KONKURRANSEKLAGENEMND

2.1 Utvalgets vurderinger

Som nevnt tar utvalget utgangspunkt i opprettelse av en konkurranseklagenemnd til erstatning for departementets rolle som klageinstans for vedtak truffet av Konkurransetilsynet. Et samlet utvalg gir på generelt grunnlag uttrykk for at dette kan være fornuftig (s. 16 og s. 93). Utvalget kommer imidlertid enstemmig til at dette av mer praktiske grunner ikke er en ønskelig løsning, særlig begrunnet med at en klagenemnd med disse oppgavene vil ha for få saker til å bli tilstrekkelig slagkraftig og til å tiltrekke seg den nødvendige ekspertise (s. 93-94).

Under forutsetning av at det skal opprettes en uavhengig klagenemnd, anbefaler *flertallet* at en slik nemnd i tillegg skal kunne behandle klager over Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr som i dag bringes direkte inn for domstolene, jf. konkurranseloven § 29 (s. 94-96 og s. 101-102). *Mindretallet*, utvalgsleder Teigum, fraråder denne løsning fordi illeggelse av overtredelsesgebyr, som utgjør «straff» etter EMK, som i dag bør bringes direkte inn for domstolene. En nemnd som avgjør slike spørsmål, vil ha klart preg av en særdomstol. *Mindretallet* anbefaler isteden utredet en modell der Konkurransseklagenemnda – og ikke Konkurransetilsynet – treffer vedtak i første instans i viktige saker, men etter innstilling fra Konkurransetilsynet (s. 17, s. 97-98 og s. 102-103). *Flertallet* fraråder denne løsningen, primært fordi den etter flertallets syn vil svekke Konkurransetilsynets stilling (s. 103-104).

Slik Regjeringsadvokaten oppfatter utvalget, stiller det seg deretter fritt til om det bør opprettes en uavhengig konkurranseklagenemnd eller ikke. Det heter om denne situasjonen i sammendraget på s. 17:

Dersom det vurderes andre løsninger for å styrke Konkurransetilsynets uavhengighet enn å etablere en klagenemnd, anbefaler ... [u]tvalgets flertall, Teigum, Bragdø-Ellenes, Lunde og Laastad ... at dagens løsning med klage til departementet opprettholdes, i hvert fall i fusjonssaker, men at adgangen til omgjøring ved Kongen i statsråd fjernes (modell 5).

Ved en totalvurdering av alle løsninger, herunder opprettelse av en konkurranseklagenemnd og videreføring av klagemulighet til departementet, anbefaler Teigum og Bragdø-Ellenes at dagens ordning består, tilsynelatende både i fusjonssaker og andre saker (s. 104, venstre spalte, og s. 98-99). Det er mulig Lunde og Laastad er noe mer forbeholdne (s. 104, høyre spalte), men de står altså alle bak den siterte oppsummeringen om å anbefale at dagens klageadgang for departementet opprettholdes, «i hvert fall i fusjonssaker».

Et mindretall (Ulvin) ønsker å oppheve klageadgangen og la sakene gå direkte for domstolene (s. 104, venstre spalte). Et annet mindretall (Widme) ønsker en ordning med en uavhengig nemnd til erstatning for dagens ordning, men slik at dette kan realiseres ved samarbeid eller sammenslåing med andre administrative håndhevingsorganer (s. 104, høyre spalte).

2.2 Regjeringsadvokatens syn

Regjeringsadvokatens utgangspunkt er at den måten man i Norge stort sett har organisert klageadgangen og domstolsprøving, er velprøvd og gjennomgående velfungerende. I korte trekk innebærer dette som kjent at vedtak kan klages inn for overordnet forvaltningsorgan, hvis vedtak igjen kan overprøves av de alminnelige domstoler. Vi har ingen tradisjon for særdomstoler i Norge.

REGJERINGSADVOKATEN

Det er likevel på ulike områder innført særskilte, uavhengige klageorganer på det forvaltningsmessige planet. Det kan på enkelte områder ha gode grunner for seg. Erfaring viser imidlertid at slike uavhengige organer reiser en rekke spørsmål, og en bør etter Regjeringsadvokatens syn vurdere kritisk om det er tilstrekkelig grunn til å opprette slike organer på nye områder. En slik vurdering bør heller ikke foretas løst for det enkelte saksfelt, men bør ses i sammenheng med vurderinger som gjøres knyttet til uavhengige nemnder og særdomstoler på andre områder.

Regjeringsadvokaten er ikke kjent med at det er grunnlag for å kritisere det faglige nivået ved dagens klageordning med departementet som klageinstans for Konkurransetilsynets vedtak. Det reises derimot undertiden kritikk mot muligheten for overprøving ved *Kongen i statsråd*, men denne ordningen forutsettes her opphevet. Departementets klagebehandling skal være basert på faglige og ikke politiske vurderinger. Det er mulig enkelte har stilt spørsmål ved om en kan ha full tillit til at heller ikke *departementets* behandling er politisk påvirket. På samme måte som utvalgslederen fremholder sin erfaring på s. 103, er ikke Regjeringsadvokaten kjent med at det skulle være noe reelt hold i slike antydninger.

Regjeringsadvokaten ser at konkurranseretten *kan* være et område der det kan være aktuelt å vurdere en uavhengig nemnd, av de hensyn som utvalget omtaler bl.a. på s. 93 flg. Mange vedtak innen konkurranseretten reiser spørsmål som er komplekse og faglig sammensatte, og det er viktig med effektiv behandling og et faglig høyt nivå. Organiseringen av klagesystemet bør være egnet til å inngi tillit til dette. Konkurranseretten er også et saksfelt der det er opprettet ulike former for nemnder og andre særordninger i flere andre land, se s. 73 flg.

Erfaringen så langt er at departementet som klageinstans treffer få vedtak. Vedtakene varierer svært mye i omfang og kompleksitet. En forutsetning for at en klagenemnd på dette området skal tilfredsstillende de krav en bør kunne stille, er som antydning at den arbeider effektivt og er svært kompetent. Som et samlet utvalg er opptatt av, krever dette at nemnda må behandle et tilstrekkelig antall relevante saker. Det må antas at dette er nødvendig for å tiltrekke seg den ønskede kompetansen bl.a. som nemndleder, særlig når det forutsettes at stillingen som nemndleder skal være vedkommendes hovedbeskjeftigelse. Videre må det antas at behandlingen av et tilstrekkelig antall saker i seg selv videreutvikler det faglige nivået.

Basert på utvalgets gjennomgang, fremstår det tvilsomt om sakstilfanget er tilstrekkelig stort og stabilt for å tilfredsstillende disse kravene. Når det i tillegg er fremmet relevante motforestillinger fra utvalget side både til flertallets og mindretallets avgrensning av hvilke saker en nemnd eventuelt bør behandle (s. 102-104), og det heller ikke synes å være svakheter av betydning ved dagens klageordning, tilsier dette at det ikke er tilstrekkelig sterke grunner til å endre systemet såpass dramatisk som innføringen av en nemnd vil innebære.

Regjeringsadvokaten nevner også at det er viktig at Konkurransetilsynet beholder og videreutvikler egen kompetanse, både på det juridiske og økonomisk område. Tilsynet treffer vedtak i komplekse saker der de involverte aktørene ofte har betydelige ressurser, og der bevisituasjonen kan gjøre det utfordrende for myndighetene å påvise brudd på konkurranselovgivningen. På samme måte er det viktig at departementet innehar slike ressurser for klagebehandlingen.

På denne bakgrunn finner Regjeringsadvokaten det mest hensiktsmessig å videreføre dagens ordning der klage over Konkurransetilsynets vedtak behandles av departementet. Ved at muligheten for overprøving ved *Kongen i statsråd* faller bort, vil en få tydeliggjort at departementets klagebehandling skal avgjøres på grunnlag av faglige og ikke politiske vurderinger. I tillegg er det gode grunner for å innføre et system med særskilt verneeting ved Oslo

REGJERINGSADVOKATEN

tingrett, også om dagens klageordning i det vesentlige består. Det vises til behandlingen av dette i pkt. 3.3 nedenfor.

De øvrige forholdene som omtales i pkt. 3, synes bare aktuelle dersom det besluttes opprettet en uavhengig klagenemnd. Disse spørsmålene omtales kun kort i lys av Regjeringsadvokatens syn på utredningens hovedspørsmål.

3 UTVALGTE SPØRSMÅL DERSOM DET OPPRETTES EN KONKURRANSEKLAGENEMND

3.1 Bør klage til nemnda være en prosessforutsetning?

Dersom det opprettes en uavhengig konkurranseklagenemnd, er ett av spørsmålene om klage til nemnda skal være en prosessforutsetning, dvs. at det ikke vil være anledning til å ta ut søksmål før en har benyttet denne klageadgangen.

Utvalget er her delt (s. 131-132). Tre medlemmer (Teigum, Lunde og Bragdø-Ellenes) går inn for at partene må kunne velge om de skal benytte klageadgangen eller ta et vedtak fra Konkurransetilsynet direkte inn for domstolene. Disse medlemmene ønsker også å gjøre unntak fra forvaltningsloven § 27 b slik at Konkurransetilsynet heller ikke i den enkelte sak kan beslutte at uttømming av klagemuligheten er en prosessforutsetning. Tre medlemmer (Ulvin, Widme og Laastad) går derimot inn for at klage til Konkurransseklagenemnda bør være en prosessforutsetning.

Regjeringsadvokaten kan i det vesentlige slutte seg til sistnevnte medlemmers vurderinger. Dersom det først opprettes en uavhengig klagenemnd, er det viktig at nemnda benyttes. Det vil øke tilliten til nemnda og ventelig også kvaliteten på nemndas vedta, og tilsier at klagemuligheten må uttømmes før søksmål tas ut. Videre bør dette spørsmålet ses i sammenheng med vurderingen av om søksmål mot nemndas vedtak skal reises direkte for lagmannsretten. Det er etter Regjeringsadvokatens syn en fornuftig løsning, se pkt. 3.4 nedenfor.

Spørsmålet kan stille seg annerledes om partene kan velge ikke å benytte klageadgangen før søksmål anlegges. Det kan være mindre naturlig at en sak behandles direkte for lagmannsretten uten forutgående klagebehandling. På den annen side virker det klart uheldig om en skulle ha en hybridordning der enkelte søksmål må starte i tingretten (saker uten behandling i en nemnd), mens andre starter direkte i lagmannsretten (saker behandlet i en nemnd). Løsningen må eventuelt antas å være at alle søksmål, også der det har vært gjennomført omfattende klagebehandling med delvis muntlig prosess i en uavhengig nemnd, starter i tingretten.

3.2 Bør staten kunne bringe vedtak fra nemnda inn for domstolene?

Utvalget anbefaler at staten ikke skal kunne bringe vedtak fra Konkurransseklagenemnda inn for domstolene (s. 132-133).

Regjeringsadvokaten mener derimot at staten *bør* ha en slik adgang til å ta ut søksmål. Dersom avgjørelsen til å treffe sentrale vedtak under utøvelse av offentlig myndigheten settes til en uavhengig nemnd, som ikke kan instrueres av overordnet forvaltningsorgan, bør det foreligge en mulighet også for staten til å få prøvd nemndas vedtak for domstolene. Det vil øke muligheten for at endelige vedtak blir korrekte, og vil medføre en naturlig kontroll av nemndas virksomhet.

Regjeringsadvokaten finner ikke at utvalgets innvendinger er tungtveiende. Det er riktig at en slik søksmålsadgang ikke vil benyttes ofte, men dette er ikke noe avgjørende argument for at det

REGJERINGSADVOKATEN

heller ikke skal være adgang til slikt søksmål i de ventelig få situasjonene der søksmål vil være aktuelt. Regjeringsadvokaten kan heller ikke se at søksmålsadgang for staten er urimelig tyngende overfor de parter som er involvert i konkurransesakene.

Det er også grunn til å minne om at staten har adgang til å reise søksmål mot vedtak truffet av en god del uavhengige klageorganer. Som eksempler nevnes Trygderetten,¹ Utlendingsnemnda,² skatteklagenemndene³ og Klagenemnda for merverdiavgift.⁴

Selv om terskene for at staten tar ut søksmål mot vedtak fra uavhengige klageorganer naturlig vil ligge høyt, har denne muligheten vist seg viktig for å få nødvendig rettslig avklaring. Som eksempel vises til Høyesteretts avgjørelse i Borthensaken (Rt. 1996 s. 1415) og Thunheimsaken (Rt. 1996 s. 1440). Dette er fortsatt blant de helt sentrale avgjørelsene om tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97. I Thunheimsaken kom Trygderetten til at det aktuelle regelverket var anvendt i strid med Grunnloven, og staten tok ut søksmål mot Trygderettens kjennelse. Høyesterett kom, under dissens 16-1, til at det ikke forelå grunnlovsstrid.⁵ Søksmål fra staten var således viktig for en nødvendig rettsavklaring. Det kan også nevnes at staten relativt nylig fant grunn til å ta ut søksmål mot Trygderettens avgjørelse i en sak om adgangen til å få dagpenger ved arbeidsledighet når den arbeidsledige ikke lenger oppholder seg her i landet. Lagmannsretten forela tolknings spørsmål for EFTA-domstolen for å få en rådgivende uttalelse om EØS-rettens føringer på dette området.⁶

3.3 Bør det etableres et særskilt verneting?

Et samlet utvalg argumenterer for at konkurransesakene bør ha et særskilt verneting slik at de behandles ved samme domstol. Utvalget mener dette bør være Oslo tingrett om søksmål skal reises for tingretten, og Borgarting lagmannsrett om søksmål reises direkte for lagmannsretten (s. 101 og s. 133-134). Utvalget peker bl.a. på at konkurransesakene ofte er komplekse både rettslig og faktisk, samtidig som sakstallet er relativt begrenset. Det kan da være en fordel om én domstol opparbeider erfaring på området. Sammen med bl.a. bruk av fagkyndige meddommere og annen sakkyndighet, kan dette øke kvaliteten på avgjørelsene. I tillegg fremheves at de fleste parter i denne type saker er fra Østlandet, og at det er behov for en stor domstol for å sikre tilstrekkelig kapasitet siden enkelte konkurransesaker er svært omfattende.

Regjeringsadvokaten kan slutte seg til utvalgets vurderinger på dette punktet.

Særskilt verneting ved Oslo tingrett er etter Regjeringsadvokatens syn også fornuftig med dagens klageordning, slik utvalget legger til grunn på s. 101 i utredningen. Det vises til pkt. 2.2 foran.

3.4 Bør søksmål anlegges direkte for lagmannsretten?

Utvalget foreslår i utkast til ny lov § 12 tredje ledd at søksmål mot vedtak fra Konkurranseskildepåklagenemnda anlegges direkte for Borgarting lagmannsretten, jf. også merknadene på s. 149. Det fremgår videre av sammendraget (på s. 17) at utvalget anbefaler at søksmål

¹ Trygderettsloven 16. desember 1966 nr. 9 § 23

² Utlendingsloven 15. mai 2008 nr. 35 § 79 annet ledd

³ Ligningsloven 13. juni 1980 nr. 24 § 11-2

⁴ Merverdiavgiftsloven 19. juni 2009 nr. 58 § 20-2

⁵ I Borthensaken kom et mindretall på 3 i Trygderetten til at det forelå grunnlovsstrid, mens flertallet på 4 kom til at regelen var forenlig med Grunnloven, på samme måte som en enstemmig Høyesterett i plenum.

⁶ EFTA-domstolens sak E-3/12 *Jonsson*. Lagmannsretten fulgte EFTA-domstolens råd som dermed ble avklarende for den aktuelle saken. Det er imidlertid usikkert om EFTA-domstolens råd kan legges til grunn for rettstilstanden i dag basert på en ny forordning og EU-domstolens forståelse av denne, jf. sak C-44311 *Jeltes*.

REGJERINGSADVOKATEN

anlegges direkte for lagmannsretten dersom nemnda – som utvalget foreslår – innrettes slik at den utgjør en uavhengig domstol etter EMK.

Det bemerkes at utredningen her er noe uklar da det på s. 134 fremgår at utvalget mener søksmål bør gå direkte for lagmannsretten bare dersom klage til nemnda gjøres til en prosessforutsetning, men ikke ellers. Som vist i pkt. 3.1 foran, mener tre av utvalgsmedlemmene at klage til nemnda *ikke* bør være en prosessforutsetning.

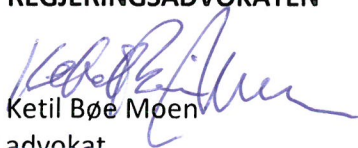
Regjeringsadvokaten er enig i at spørsmålet om søksmål bør anlegges for lagmannsretten, bør ses i sammenheng med spørsmålet om klage til en uavhengig klagenemnd er en prosessforutsetning. Som påpekt i pkt. 3.1 foran, mener Regjeringsadvokaten gode grunner tilsier at søksmål anlegges direkte for lagmannsretten dersom saken først må behandles i Klagenemnda. En får da behandling i en nemnd som må forventes å gi en grundig og god behandling, og som tilfredsstillende kravene til en «domstol» i EMKs forstand. Det vil med tanke på rettssikkerhet og et faglig korrekt resultat i denne type saker, være tilstrekkelig med behandling i lagmannsretten som første domstolsinstans. Tidshensyn og ressursbruk trekker i samme retning.

Annerledes kan det stille seg dersom det ikke er krav om uttømming av klagemulighetene før søksmål anlegges. Som nevnt foran, antar Regjeringsadvokaten at det i en slik situasjon er lite naturlig at søksmål anlegges direkte for lagmannsretten.

Dersom det først opprettes en uavhengig konkurranseklagenemnd, er det på denne bakgrunn Regjeringsadvokatens vurdering at det samlet sett er mest hensiktsmessig å lovfeste klage til dette organet som en forutsetning for søksmål, og videre at søksmål anlegges direkte for Borgarting lagmannsrett.

Med hilsen

REGJERINGSADVOKATEN


Ketil Bøe Moen
advokat