

Nærings- og fiskeridepartementet

Sendt pr. e-post: postmottak@nfd.dep.no

Deres ref.: 18/2894-4

Dato: 20. september 2018

Vår ref.: 270366

Høring: Forskrift om saksbehandlingen for Konkurransklagenemnda

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 15.6.2018 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 Monica Syrdal (leder), Harald Evensen, Morten Goller, Olav Kolstad og Helge Stemshaug.

2. Sakens bakgrunn

Stortinget vedtok den 17. mars 2016 endringer i konkurranseloven som blant annet innebar opprettelsen av et nytt klageorgan, Konkurransklagenemnda, for vedtak truffet av Konkurransetilsynet etter Konkurranseloven. Vedtak truffet av Konkurransetilsynet etter 1. april 2017 skal behandles av Konkurransklagenemnda.

Konkurranseloven kapittel 8 gir nærmere regler for Konkurransklagenemnda, derunder visse regler for saksbehandlingen. Etter konkurranseloven § 36, sjette ledd kan Kongen i forskrift gi nærmere regler om organiseringen av og saksbehandlingen i Konkurransklagenemnda. Næringsdepartementet har utarbeidet en forskrift om behandling av saker for Konkurransklagenemnda som utfyller lovens regler. Videre har Konkurransklagenemnda utarbeidet en veileder om saksbehandlingen for nemnda.

Nærings- og fiskeridepartementet ber i høringsnotatet om merknader til utkast til forskrift og veiledning utarbeidet av Konkurransklagenemnda. Advokatforeningens synspunkter på forslaget til forskrift og veilederen følger nedenfor.

3. Advokatforeningens generelle kommentarer til høringsforslaget

Konkurransklagenemnda har til nå behandlet og truffet avgjørelse i en klagesak. Det har etter Advokatforeningens syn vært behov for utfyllende regler om saksbehandlingen for Konkurransklagenemnda. Advokatforeningen anser at en forskrift om saksbehandlingen for nemnda bør på plass så snart som mulig. Advokatforeningen støtter i hovedtrekk forslaget til forskrift.

At Konkurransklagenemnda har utarbeidet en veiledning som i mer detalj beskriver saksbehandlingen for nemnda ser Advokatforeningen som positivt.

Advokatforeningen savner en grundigere vurdering av ulike aspekter ved Konkurransklagenemndas saksbehandling forhold til den Europeiske menneskerettskonvensjon. Høringsbrevet drøfter kun kort, og etter Advokatforeningens syn utilfredsstillende, forholdet til EMK, og overlater til nemnda i sin praktiske saksbehandling å foreta en nærmere grenseoppgang i forhold til relevante bestemmelser i EMK. Advokatforeningen har tillit til at Konkurransklagenemnda vil foreta forsvarlige vurderinger i forhold til EMK. De prinsipielle spørsmål som nemndsbehandling reiser i forhold til EMK burde allikevel ha vært grundigere drøftet for å avklare om en nærmere regulering av disse spørsmålene er påkrevet, eventuelt for å gi nemnda veiledning i forhold til spørsmål som kan oppstå i relasjon til EMK.

Etter Advokatforeningens syn burde muntlig behandling være utgangspunktet for saksbehandlingen i Konkurransklagenemnda. Dette gjelder i hvert fall ved saker om overtredelsesgebyr etter § 10 og § 11, og saker etter § 16. Det vises nærmere til kommentarene til § 6 nedenfor.

4. Kommentarer til enkelte av bestemmelsene i forslag til forskrift

Til § 1 – Konkurransklagenemndas organisering og sammensetning

Forskriftens § 1 gir Konkurransenemds leder det overordnede ansvar for organisering av arbeidet i og sammensetningen av Konkurransklagenemnda i den enkelte sak. Veiledningens punkt 4 gir nærmere regler for sammensetning av nemnda.

Det angis i veilederen at nemnda skal sammensettes basert på en rulleringsordning. En rulleringsordning vil gi en bred oppbygging av erfaring i nemnda. Advokatforeningen vil allikevel peke på at det i hver enkelt sak bør vurderes konkret om saken krever en særlig kompetanse som tilsier at man fraviker rulleringsordningen. Saksordfører bør normalt utpekes basert på hvilken kompetanse en sak krever.

Etter § 1 tredje ledd skal nemndas leder ved oppnevningen av nemnda vurdere om det kan oppstå habilitetsspørsmål i forhold til nemndas medlemmer. Konkurranseloven § 38 gir regler om habilitet hvor et nemndsmedlem har vært involvert i en sak på et tidligere tidspunkt. I tillegg vil forvaltningslovens habilitetskrav gjelde. Advokatforeningen vil påpeke at det enkelte nemndsmedlem vil ha en plikt etter forvaltningsloven § 8 til å ta stilling til egen habilitet. Det samme gjelder sekretariatets medlemmer.

Etter Advokatforeningens syn bør Konkurransesklagemenndas veileder ha utdypende bestemmelser om vurdering av habilitet. Dette vil bidra til å skape forutberegnelighet og sikre tillit til nemndas sammensetning. I veilederen bør det eksempelvis kunne trekkes på erfaringer fra KOFA, herunder Lovavdelingens uttalelser om habilitet i KOFA. En problemstilling som bør adresseres er hvor langt et nemndsmedlem er habilt dersom vedkommende har en særlig interesse i utfallet av en rettslig problemstilling som er relevant f. eks. i en annen sak vedkommende har en tilknytning til.

I saker av en viss størrelse bør varamedlemmer som hovedregel utpekes. Det vil være uheldig for partene om saksbehandlingen i en sak påvirkes av at et medlem eventuelt må tre ut.

Til § 2 – Sekretariatets oppgaver

Konkurransesklagemenndas skal etter forskriften § 2 ha en rolle i saksbehandlingen gjennom å forberede saker og utrede juridiske spørsmål. Det er nemnda som kollegialt organ som skal treffe avgjørelse i klagesaker. Sekretariatets rolle i saksbehandlingen må gjenspeile dette klare utgangspunkt. Advokatforeningen er ikke avvisende til at det i noen saker, gjerne enklere saker, kan være hensiktsmessig at sekretariatet forbereder og utformer utkast til vedtak. Hensynet til at det er nemnda som kollegialt organ som treffer avgjørelser i klagesaker og kravet til forsvarlig saksbehandling tilsier allikevel at dette kun skjer unntaksvis og i mindre krevende saker.

Etter Advokatforeningens syn er det dessuten viktig at sekretariatet har en selvstendig stilling i forhold til Konkurransetilsynet.

Konkurransesaker kan kreve en omfattende utredning av økonomiske forhold. Dersom sekretariatet har den nødvendige kompetanse vil leder kunne pålegge sekretariatet å utrede også økonomiske spørsmål. Det legges allikevel til grunn at det primært vil være aktuelt å innhente slike vurderinger etter forskriftens § 9 om sakkyndige vurderinger.

Etter veiledningens punkt 6.3 kan Konkurransenemnda ved behov be Konkurransetilsynet å gjennomføre undersøkelser og analyser på vegne av nemnda, jf. forvaltningslovens § 33 femte. Advokatforeningen understreker behovet for å sikre objektivitet rundt resultatene og nødvendig kontradiksjon for klager, noe som også understrekes i retningslinjene. På grunn av de tidsfrister som gjelder for nemndas saksbehandling bør klager få innsyn i hvilke spørsmål som nemnda ber Konkurransetilsynet å utrede, og bør kunne få komme med innspill til oppdragsbeskrivelsen. Klager vil ha mulighet til å selv få utredet de spørsmål nemnda ber tilsynet om å utrede. For å sikre kontradiksjon bør klager gis rimelig tid til å kommentere de undersøkelser og analyser Konkurransetilsynet foretar.

Til § 3 – Klage til Konkurransesklagemennda

Forskriftens § 3 regulerer innholdet i klage til Konkurransesklagemennda.

I veiledningens punkt 6.2 skriver Konkurransesklagemennda at det er nemndas utgangspunkt at klager har ansvar for at juridiske, økonomiske og faktiske forhold er utredet ved inngivelse av klagen.

Advokatforeningen vil peke på at nemnda har en selvstendig plikt til å påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes, jf. forvaltningsloven § 37 første ledd. Konkurransklagenemnda vil derfor ha en selvstendig plikt til å vurdere om alle sider av saken er forsvarlig utredet, og eventuelt foreta ytterligere utredninger om nødvendig.

Til § 5 – Plan for saksbehandlingen

Konkurransklagenemnda bør innkalle til planmøter med mindre saken åpenbart er av en slik karakter at planmøte ikke er nødvendig. Klagesaker for nemnda må gjennomføres innen relativt korte frister. Således skal nemnda treffe vedtak i klagesaker om foretakssammenslutninger innen 60 dager etter klage er mottatt. Vedtak om opphør av ulovlig atferd etter § 12 og vedtak om overtredelsesgebyr etter § 29 kan bringes inn for domstolene seks måneder etter klage først ble fremsatt. I saker av en viss størrelse vil nemnda således normalt arbeide under tidspress. Det er sentralt for partene i en klageprosess at saken legges opp på en måte som ivaretar deres interesser. Partene bør derfor involveres tidlig i saksprosessen gjennom et planmøte. Advokatforeningen foreslår derfor at det fremgår av forskriftene at det skal avholdes et planmøte i hver enkelt sak.

Til § 6 – Skriftlig og muntlig saksbehandling

Etter forskriftens § 6 skal saksbehandlingen i utgangspunktet være skriftlig, med mindre Konkurransklagenemnda bestemmer noe annet. Konkurranseloven § 37 lar valget mellom skriftlig og muntlig saksbehandling stå mer åpent, og lar det være opp til nemnda å velge om det skal være skriftlig eller muntlig saksbehandling.

Etter Advokatforeningens syn bør muntlig behandling være utgangspunktet for saksbehandlingen i Konkurransklagenemnda. Etter forvaltningsloven § 11 skal en part som har saklig grunn for det og forsvarlig saksbehandling tillater det, gis adgang til å argumentere sin sak muntlig for det forvaltningsorgan som behandler saken. I konkurransesaker, som kan være kompliserte både faktisk, rettslig og økonomisk, kan det være sentralt for en forsvarlig saksbehandling at parten får fremføre sitt syn særlig på de faktiske forhold og føre de vitner parten ønsker i denne sammenheng. Det kan også være sentralt for saken opplysning at en part får føre de økonomiske ekspertvitner parten anser nødvendig for å få tilstrekkelig belyst svakheter i den økonomiske argumentasjonen til Konkurransetilsynet som økonomisk fagorgan.

Disse forholdene tilsier at dersom en part ønsker det, skal i hvert fall deler av saksbehandlingen være muntlig gjennom organisering av høringer. Dette vil også bidra til å sikre større legitimitet og tillit til Konkurransklagenemndas avgjørelser, og bidra til å sikre at nemndas saksbehandling er i overensstemmelse med EMK. Dette synspunktet ble fremført av Advokatforeningen i høringen til endringer i konkurranseloven som innførte Konkurransklagenemnda. I Ot.prp. nr 37 L (2015-16) side 44 uttrykte departementet enighet med Advokatforeningen om at det i gebyrsakene stilles særlig krav til saksbehandlingen hvor rettssikkerhetsaspektet må tillegges vekt. Departementet uttaler videre på 45 at:

«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.»

Etter Advokatforeningen syn må forskriften endres slik at utgangspunktet i gebyrsaker er muntlig behandling. Tilsvarende bør gjelder § 16-saker som også har stor betydning for de parter saken gjelder.

Advokatforeningen mener at det ikke er behov for nemnda å ha særmøter med Konkurransetilsynet i en sak, jf. veiledningen punkt 6.3. Vedtaket skal i utgangspunktet tale for seg, og slike særmøter bidrar ikke til å sikre tillit til nemndas upartiskhet. I den grad Konkurransesklagene nemnda finner grunn til å stille Konkurransetilsynet spørsmål om vedtaket bør dette kun skje gjennom muntlige høringer hvor parten får mulighet til å høre de spørsmål nemnda ønsker å stille og de svar Konkurransetilsynet gir. For å sikre en forsvarlig saksbehandling må partens behov for kontradiksjon under enhver omstendighet ivaretas i alle tilfelle hvor Konkurransesklagene nemnda henvender seg til Konkurransetilsynet.

Fellesmøter med partene bør begrenses til temaer som knytter seg til gjennomføringen av klagebehandlingen. Den muntlige del av den materielle saksbehandlingen bør primært skje gjennom muntlige høringer.

Til § 7 - Forklaringer fra vitner og sakkyndige

Vitner og sakkyndige vil kunne spille en sentral rolle for en forsvarlig belysning av saken for Klagenemnda. Etter Advokatforeningens syn fremstår § 7 i all hovedsak som en hensiktsmessig regulering av forklaringer fra vitner og sakkyndige for nemnda.

Departementet bør så snart som mulig utrede behovet for en hjemmel for å pålegge vitner forklaringsplikt for nemnda, f.eks. gjennom en endring i konkurranseloven § 24.

Dersom Konkurransesklagene nemnda velger å få sakkyndig bistand etter § 9, bør partene tilbys å stille spørsmål til de sakkyndige i en muntlig høring.

Til § 10 – Søksmål over vedtak underveis i saksbehandlingen

Etter forskriftens § 10 kan vedtak truffet av Konkurransesklagene nemnda underveis i saksbehandlingen, som f.eks. vedtak om å gi opplysninger etter konkurranseloven § 24, påklages til departementet. En slik klage vil følge forvaltningslovens regler om klage.

Etter § 10 kan også "avgjørelser" påklages til departementet. Det fremgår av Prop. 37 L (2015-2016) det med begrepet avgjørelser i konkurranseloven § 35 andre ledd primært siktes til prosessledende avgjørelser som kan være viktige for den det gjelder, og som derfor bør underlegges klageadgang, jf. s. 85. Etter Advokatforeningens syn bør avgjørelser som fremstår som sentrale for hvordan klageomgangen gjennomføres, som for eksempel avgjørelse av om det skal avholdes muntlig høring og avgjørelse av om behandlingen skal foregå i lukket møte, kunne påklages til departementet.

Til § 11 – Ikrafttredelse

Det er etter Advokatforeningens syn uheldig at reglene for Konkurransesklagene nemnda ikke var på plass før nemnda startet sitt arbeid. Advokatforeningen anmoder departementet å prioritere arbeidet med en forskrift slik at den kan vedtas snarest mulig.



Jens Johan Hjort
leder

Vennlig hilsen



Merete Smith
generalsekretær