

Nærings- og fiskeridepartementet
postmottak@nfd.dep.no

Vår dato: 18.09.2018
Deres dato: 15.06.2018
Vår referanse: ADG
Deres referanse: 18/2894-4

Forslag til ny forskrift om saksbehandlingen for Konkurransesklagenemnda

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) viser til Nærings- og fiskeridepartementets høringsbrev av 15. juni 2018 med forslag til ny forskrift om saksbehandling for Konkurransesklagenemnda.

Innledning

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

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

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

NHOs kommentarer til høringsforslaget

NHO er av den oppfatning at det er behov for utfyllende regler om saksbehandling for Konkurransesklagenemnda og støtter i hovedtrekk forslaget til forskrift. Likevel ser vi at i denne meget knappe forskriften forsøker departementet å finne felles saksbehandlingsregler for tre ulike prosesser (overtredelsessaker, foretakssammenslutninger og andre saker) hvor ulike hensyn kan gjøre seg gjeldende. Resultatet blir da en regulering av nemndas saksbehandling hvor flere sentrale spørsmål ikke løses eller overlates til nemndas skjønn. Dette skaper for næringslivet liten forutsigbarhet i strid med grunnleggende rettssikkerhetsgarantier og samtidig kan tilliten til nemnda svekkes.

NHO mener at Konkurransesklagenemndas utarbeidelse av en veiledning som i mer detalj beskriver saksbehandlingen for nemnda er positivt.

Vi savner likevel en grundigere vurdering av ulike aspekter ved Konkurranselagenemndas saksbehandling, særlig i forhold til EMK. I overtredelsessaker erstatter nemnda førsteinstansbehandling hos domstolene. Det er særlig i disse sakene EMK kommer inn med full styrke og hvor det må etableres forutsigbare saksbehandlingsregler hvor man ivaretar retten til kontradiksjon, innsyn i dokumenter, mulighet til å stille spørsmål, bevisumiddelbarhet mv. Slik prosessen synes å være lagt opp, vil rettssikkerheten for partene i en overtredelsessak bli betydelig svekket i forhold til tidligere. Dette kan åpenbart ikke ha vært lovgivers intensjon da nemnda ble vedtatt opprettet.

Kommentarer til enkeltbestemmelser

Konkurranselagenemndas organisering og sammensetning - §1

Konkurranselagenemndas leder har etter forskriftens § 1 det overordnede ansvar for organisering av arbeidet og sammensetningen av nemnda i den enkelte sak. Det angis i veiledningen at nemnda skal sammensettes basert på en rulleringsordning. Dette vil gi en bred oppbygging av erfaring i nemnda, men NHO mener det bør vurderes konkret om dette bør fravikes i saker som krever særlig kompetanse.

Nemndas leder skal etter §1 tredje ledd vurdere medlemmenes habilitet. Konkurranseloven og forvaltningsloven har regler om habilitet. NHO er av den oppfatning at Konkurranselagenemndas veileder må ha utdypende bestemmelser om vurdering av habilitet. Det bør adresseres i veilederen hvor langt et nemndsmedlem er habilt dersom vedkommende har en særlig interesse i utfallet av en rettslig problemstilling som er relevant. Samtidig mener vi at det bør utpekes varamedlemmer i saker av en viss størrelse, da det vil være uheldig for partene om saksbehandlingen i en sak påvirkes av at et medlem må tre ut av saken.

Sekretariatets oppgaver - §2

Konkurranselagenemnda skal ha en rolle i saksbehandlingen gjennom å forberede saker og utrede juridiske spørsmål. Det er nemnda som kollegialt organ som skal treffe avgjørelser i klagesaker. NHO mener at sekretariatets rolle i saksbehandlingen må gjenspeile dette klare utgangspunktet. Vi ser likevel at det i enkle saker kan være hensiktsmessig at sekretariatet forbereder og utformer utkast til vedtak, men dette må skje helt unntaksvis og i mindre krevende saker.

NHO mener også at det er svært viktig at sekretariatet har en selvstendig rolle i forhold til Konkurransetilsynet.

Når det gjelder utredninger av økonomiske forhold og analyser vil NHO understreke behovet for å sikre objektivitet rundt resultatet og kontradiksjon for klager, noe som også understrekes i retningslinjene. Sekretariatet kan utrede dette dersom det har kompetanse.

Konkurranselagenemnda kan etter veilederen, ved behov pålegge Konkurransetilsynet å utføre dette på vegne av nemnda. Vi mener at klager må få innsyn i hvilke spørsmål som Konkurransetilsynet skal utrede og også få komme med innspill til oppdragsbeskrivelsen.

Samtidig må klager selv få anledning til å utrede de spørsmål som nemda ber tilsynet om å utrede. For å sikre kontradiksjon bør klager gis rimelig tid til å komme med undersøkelser og analyser som Konkurransetilsynet foretar.

Klage til konkurranseklagenemnda - § 3

NHO vil understreke at selv om klager skal angi de rettslige og faktiske grunnlag klagen bygger på, mener vi at Konkurransenemnda har et selvstendig ansvar til å påse at saken er så godt opplyst som mulig før det fattes et vedtak, jf forvaltningslovens § 37 første ledd. Det betyr at nemnda har en selvstendig plikt til å vurdere om alle sider av saken er forsvarlig utredet, og eventuelt foreta ytterligere utredninger om nødvendig.

Plan for saksbehandling - § 5

Konkurranseklagenemnda 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. NHO foreslår derfor at det fremgår av forskriftene at det skal avholdes et planmøte i hver enkelt sak.

Skriftlig og muntlig saksbehandling - § 6

Forskriften legger opp til, som loven, at det er opp til nemda selv å vurdere om det skal avholdes muntlig høring. Til tross for at klager i gebyrsaker normalt vil kunne ha rett til å kreve muntlig høring iht. EMK, er en slik rett ikke reflektert i forskriften ettersom det legges opp til en kan-regel med henvisning til enkelte momenter. Dette gir ikke et tilstrekkelig vern for klager, og gir som nevnt betydelig usikkerhet om prosessen for nemnda. Det bør derfor inntas en bestemmelse om at muntlig høring skal avholdes dersom en klager krever det.

Forskriften beskriver heller ikke hvordan en eventuell muntlig prosess skal foregå. I tillegg til at det kan være tyngende for nemnda å utforme «nye» prosessregler for hver sak, er det svært lite forutberegnelig for klageren. Det bør derfor tas inn i forskriften regler for hvordan en muntlig høring skal foregå. Her er det mulig å hente inspirasjon fra reglene for muntlig høring for EFTAs Overvåkningsorgan i saker om overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Forklaring fra vitner og sakkyndige - § 7

Når det gjelder vitner, har man i forskriften lagt opp til at det er tilstrekkelig å vise til opplysningsplikten i konkurranseloven § 24, men erkjenner at et vitne ikke vil være forpliktet til å svare på spørsmål fra partene. Likevel velger man ikke å løse dette gjennom en vitneplikt i

forskriften, men vil heller vurdere det på nytt dersom det oppstår vanskeligheter i praksis. En slik regel skaper unødvendig uforutsigbarhet i prosessen og kan ha den konsekvens at en enkeltsak ikke blir tilstrekkelig opplyst. Skaden vil da allerede være skjedd når departementet vurderer spørsmål om vitneplikt på nytt. NHO mener derfor at regler om vitneplikt bør inntas i forskriften.

Avsluttende bemerkninger

Allerede før saksbehandlingsreglene kom på plass, har Konkurransklagenemnda behandlet en sak i nemnda. Dette mener NHO er uheldig. Derfor anmoder vi departementet om å prioritere arbeidet med en forskrift slik at det kan vedtas snarest mulig.

Vennlig hilsen
Næringslivets Hovedorganisasjon
Næringspolitisk avdeling



Arnhild Dordi Gjønnnes
Advokat