

NOU

Norges offentlige utredninger **2014:11**

Konkurransesklagene

Etablering av et uavhengig klageorgan for konkurransesaker

Norges offentlige utredninger 2014

Seriens redaksjon:
Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon
Informasjonsforvaltning

1. Ny arvelov.
Justis- og beredskapsdepartementet.
2. Lik og likskap.
Kulturdepartementet.
3. Grunnlaget for inntektsoppgjørene 2014.
Arbeids- og sosialdepartementet.
4. Enklere regler – bedre anskaffelser.
Nærings- og fiskeridepartementet.
5. MOOC til Norge.
Kunnskapsdepartementet.
6. Revisjon av eierseksjonsloven.
Kommunal- og moderniseringsdepartementet.
7. Elevenes læring i fremtidens skole.
Kunnskapsdepartementet.
8. Tolking i offentlig sektor.
Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet.
9. Ny adopsjonslov.
Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet.
10. Skyldevne, sakkyndighet og samfunnsvern.
Justis- og beredskapsdepartementet.
11. Konkurranseskjennemnda.
Nærings- og fiskeridepartementet.

NOU

Norges offentlige utredninger **2014: 11**

Konkurransesklagemnda

Eablering av et uavhengig klageorgan for konkurransesaker

Utredning fra utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 9. mai 2014.

Avgitt til Nærings- og fiskeridepartementet 11. november 2014.

ISSN 0333-2306
ISBN 978-82-583-1211-3

07 Aurskog AS

Til Nærings- og fiskeridepartementet

Ved kongelig resolusjon av 9. mai 2014 ble det oppnevnt et utvalg for å vurdere konkrete løsninger for etableringen av et uavhengig klageorgan for konkurransesaker. Konkurranseskjennemndsutvalget legger med dette frem sin utredning. De punkt der det er dissens fremgår av utredningen.

Oslo, 11. november 2014

Siri Teigum
(leder)

Sunniva Cristina
Bragdø-Ellenes

Tore Lunde

Karin Stakkestad Laastad

Åse Ulvin

Nils-Ola Widme

Marion Stamnes
(sekretariatsleder)

Christina Erichsen
Grindal

Aslaug Skrede Gauslaa

Innhold

1	Utvalgets mandat, sammen- setning og arbeid	9	2.5.1	Konkurransetilsynets avgjørelser av spørsmål om unntak fra gjennomføringsforbudet	29
1.1	Utvalgets mandat	9	2.5.2	Konkurransetilsynets avgjørelser om ikke å treffe vedtak etter henvendelse om mulig over- treddelse	29
1.2	Utvalgets sammensetning og arbeid	12	2.5.3	Konkurransetilsynets avgjørelse om ikke å godta tilbud om avhjelpende tiltak	29
1.3	Sammendrag av utredningens hovedinnhold	13	2.5.4	Konkurransetilsynets begjæring om bevissikring	29
2	Beskrivelse av gjeldende klageordning	20	2.5.5	Konkurransetilsynets påpekning om konkurranseregulerende virkning av offentlige tiltak	30
2.1	Konkurransetilsynets vedtak og avgjørelser som kan overprøves ved forvaltningsklage	20	2.6	Statistikk	30
2.1.1	Innledning	20	2.6.1	Oversikt over antall vedtak i Konkurransetilsynet	30
2.1.2	Inngrep mot fusjoner og oppkjøp	20	2.6.2	Oversikt over klagesaker til departementet etter konkurranse- loven	32
2.1.3	Pålegg om meldeplikt i fusjons- saker	21	2.7	Forholdet mellom departement og tilsyn – instruksjonsmyndighet	33
2.1.4	Opphør av ulovlig atferd	21	2.7.1	Det alminnelige utgangspunkt om forholdet mellom departement og underliggende forvaltningsorgan .	33
2.1.5	Vedtak etter EØS-konkurranse- loven	22	2.7.2	Særlig om konkurransesaker	34
2.1.6	Partsinnsyn og offentlig innsyn	22	2.8	Dagens organisering av klage- behandlingen	35
2.1.7	Pålegg om å gi opplysninger	23	2.8.1	Klagebehandling og andre oppgaver i departementet	35
2.1.8	Vedtak om tvangsmulkt	23	2.8.2	Saksbehandlingstid og ressurs- bruk i klagesaker	35
2.1.9	Vedtak etter patentloven	23	2.9	Frister for klagesaksbehandlingen	37
2.1.10	Vedtak etter pristiltaksloven	23	3	Skranke for valg av løsning for overprøving av Konkurransetilsynets vedtak ...	38
2.1.11	Vedtak om dekning av saks- kostnader etter forvaltnings- loven § 36	24	3.1	EØS-rettens rammer	38
2.1.12	Vedtak om avvisning m.m.	24	3.1.1	Innledning	38
2.2	Saksbehandlingsreglene for vedtak og avgjørelser som over- prøves ved forvaltningsklage	24	3.1.2	EØS-rettens alminnelige krav til nasjonal forvaltning og nasjonale domstoler	39
2.2.1	Innledning	24	3.1.3	Klagenemndas status som nasjonal konkurransemyndighet	39
2.2.2	Saksbehandlingen ved klage på fusjoner og oppkjøp	24	3.1.4	EØS-konkurranserettens særlige krav til håndheving og saks- behandling i nasjonale konkurransemyndigheter og nasjonale domstoler	40
2.2.3	Saksbehandlingen ved klage på pålegg om opphør av overtredelse	25			
2.2.4	Saksbehandlingen ved klage på pålegg om opplysningsplikt	27			
2.3	Overprøving i domstolen	27			
2.3.1	Vedtak om overtredelsesgebyr	27			
2.3.2	Vedtak om partsinnsyn i overtredelsessaker	27			
2.4	Saksbehandlingsreglene for vedtak domstolen overprøver	28			
2.4.1	Innledning	28			
2.4.2	Søksmålsfrist	28			
2.4.3	Domstolens overprøvnings- kompetanse	28			
2.5	Konkurransetilsynets avgjørelser som ikke utløser klagerett	29			

3.1.5	Klagenemndas status som en domstol etter Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 34	42	4.6.3	Organisering	61
3.2	EMK artikkel 6 om retten til en rettferdig rettergang	43	4.6.4	Saksbehandlingsregler	62
3.2.1	Innledning	43	4.6.5	Domstolskontroll	62
3.2.2	Hvilke av Konkurransetilsynets ulike vedtak og avgjørelser utgjør straff etter EMK?	45	4.7	Klagenemnda for industrielle rettigheter	62
3.2.3	Vil EMK artikkel 6 gjelde ved domstolsbehandling av de vedtakene som ikke anses som straff?	46	4.7.1	Innledning	62
3.2.4	Krav om tilgang til domstolene	46	4.7.2	Sakstyper og saksomfang	62
3.2.5	Kravet om rettferdig rettergang og betydningen for nemndas organisering og saksbehandling ..	47	4.7.3	Organisering	62
3.2.6	Kravet om avgjørelse innen rimelig tid	48	4.7.4	Saksbehandlingsregler	63
3.3	Grunnloven § 96	49	4.7.5	Domstolskontroll	63
4	Om forvaltningsklage og andre klageorganer i Norge	52	4.8	Kabelvistnemnda	64
4.1	Generelt om forvaltningsklage og uavhengige klageorganer	52	4.8.1	Innledning	64
4.1.1	Hovedregelen om forvaltningsklage	52	4.8.2	Sakstyper og saksomfang	64
4.1.2	Begrunnelse for forvaltningsklage	52	4.8.3	Organisering	64
4.1.3	Uavhengige klageorganer	52	4.8.4	Saksbehandling	64
4.1.4	Difis gjennomgang av statlige klageorganer	53	4.8.5	Domstolskontroll	65
4.2	Utvalgets gjennomgang av klageorganer	54	4.9	Medieklagenemnda	65
4.3	Markedsrådet	55	4.9.1	Innledning	65
4.3.1	Innledning	55	4.9.2	Sakstyper og saksomfang	65
4.3.2	Sakstyper og saksomfang	55	4.9.3	Organisering	66
4.3.3	Organisering	57	4.9.4	Saksbehandling	66
4.3.4	Saksbehandlingsregler	57	4.9.5	Domstolskontroll	66
4.3.5	Domstolskontroll	58	4.10	Domeneklagenemnda	66
4.4	Trykderetten	58	4.10.1	Innledning	66
4.4.1	Innledning	58	4.10.2	Sakstyper og saksomfang	66
4.4.2	Sakstyper og saksomfang	58	4.10.3	Organisering	66
4.4.3	Organisering	58	4.10.4	Saksbehandlingsregler	67
4.4.4	Saksbehandlingsregler	59	4.10.5	Domstolskontroll	67
4.4.5	Domstolskontroll	59	4.11	Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker	67
4.5	Utlendingsnemnda	60	4.11.1	Innledning	67
4.5.1	Innledning	60	4.11.2	Sakstyper og saksomfang	67
4.5.2	Sakstyper og saksomfang	60	4.11.3	Organisering	68
4.5.3	Organisering	60	4.11.4	Saksbehandlingsregler	68
4.5.4	Saksbehandlingsregler	60	4.11.5	Domstolskontroll	69
4.5.5	Domstolskontroll	61	4.12	Arbeidsretten	69
4.6	Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)	61	4.12.1	Innledning	69
4.6.1	Innledning	61	4.12.2	Sakstyper og saksomfang	69
4.6.2	Sakstyper og saksomfang	61	4.12.3	Organisering	69
			4.12.4	Saksbehandlingsregler	69
			4.12.5	Domstolskontroll	70
			4.13	Sammenfatning	70
			5	Klageordningen på konkurranserettens område i andre land	73
			5.1	Innledning	73
			5.2	Sverige	74
			5.2.1	Innledning	74
			5.2.2	Konkurrensverket og domstolsbehandling i første instans	74
			5.2.3	Marknadsdomstolen – domstolsbehandling i andre instans	75

5.2.4	Forslag til ny overprøvningsstruktur – Patent- og marknadsdomstol og Patent- og marknadsöverdomstol	76	7.2	Modell 1: Overføring av departementets kompetanse til konkurranseklagenemnda	93
5.3	Danmark	76	7.3	Modell 2: Utvidelse av klagenemndas kompetanse i klagesaker sammenlignet med departementets kompetanse etter gjeldende rett ...	94
5.3.1	Innledning	76	7.4	Modell 3: Innskrenking av Konkurransetilsynets kompetanse	97
5.3.2	Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen	76	7.5	Modell 4: Oppheving av adgangen til forvaltningsklage på materielle vedtak	98
5.3.3	Konkurrencerådet	77	7.6	Modell 5: Klage til departementet og domstolsprøving, ingen overprøving ved Kongen i statsråd	99
5.3.4	Konkurrenceankenævnet	78	7.7	Fellesspørsmål	100
5.3.5	Domstolsprøving av vedtak fra konkurransemyndighetene	79	7.8	Utvalgets anbefaling	101
5.4	Finland	80	7.8.1	Innledning	101
5.4.1	Innledning	80	7.8.2	Flertallets forslag: en uavhengig klagenemnd basert på modell 2	101
5.4.2	Konkurrens- og konsumentverket	80	7.8.3	Mindretallets innsigelser mot en uavhengig klagenemnd basert på modell 2	102
5.4.3	Domstolsprøving – Marknadsdomstolen	81	7.8.4	Flertallet fraråder at en uavhengig klagenemnd baseres på modell 3 .	103
5.5	Island	82	7.8.5	Utvalgsmedlemmenes tilrådning angående alternativer til opprettelse av en uavhengig klagenemnd	104
5.5.1	Innledning	82	8	Nemndas organisering, saksbehandling og overprøving av nemndas avgjørelser	105
5.5.2	Konkurransetilsynet (Samkeppniseftirlitið)	82	8.1	Innledning	105
5.5.3	Klagenemnd for konkurransesaker (Áfrýjunarnefnd samkeppnismála)	82	8.2	Konkurranserettens særpreg	105
5.5.4	Domstolsprøving	83	8.2.1	Samspillet mellom juss og økonomi	105
5.6	Frankrike	83	8.2.2	Fra politikk til håndheving	106
5.6.1	Innledning	83	8.3	Organisering av Konkurransseklagenemnda	107
5.6.2	Tilsynet	84	8.3.1	Organisatoriske utfordringer for en konkurranseklagenemnd	107
5.6.3	Saksbehandlingen for Tilsynet	84	8.3.2	Forventet antall klagesaker og organets behov for kapasitet	108
5.6.4	Domstolsprøving av Tilsynets vedtak	85	8.3.3	Konkurransseklagenemndas uavhengighet	109
6	Uavhengig klagenemnd for konkurransesaker – Prisrådet og forslag fra tidligere lovutvalg	87	8.3.4	Oppnevning og tilknytningsforhold for nemndas medlemmer .	110
6.1	Innledning	87	8.3.5	Nemndas sammensetning	112
6.2	Prisrådet	87	8.3.6	Nemndmedlemmenes faglige kompetanse	113
6.3	Forslaget om klagenemnd i NOU 1991: 27	87	8.3.7	Honorering av nemndas leder, nestleder og medlemmer	114
6.3.1	Ryssdalutvalgets innstilling	87			
6.3.2	Departementets forslag i Ot.prp. nr. 41 (1992–93)	88			
6.4	Forslaget om konkurransenemnd i NOU 2003: 12	89			
6.4.1	Graverutvalgets innstilling	89			
6.4.2	Departementets forslag i Ot.prp. nr. 6 (2003–2004)	91			
6.5	NOU 2012:7 – Kompetansen etter konkurranseloven § 29	91			
7	Modeller for overprøving av Konkurransetilsynets vedtak ..	92			
7.1	Innledning	92			

8.3.8	Krav til lokaler, saksbehandlings- verktøy og annen teknisk infra- struktur	115	9.3.2	Arbeidsform	137
8.3.9	Særlig om sekretariatsfunksjonen	116	9.3.3	Sekretariat	137
8.4	Saksbehandlingsregler	116	9.4	Rådets sammensetning og kompetanse	137
8.4.1	Innledning	116	9.5	Saksbehandlingsregler	137
8.4.2	Partsprosess eller forvaltnings- prosess	117	9.6	Utvalget anbefaling	138
8.4.3	Utredningsplikten	117	10	Økonomiske og administrative konsekvenser	140
8.4.4	Omfanget av overprøvingen	118	10.1	Generelt	140
8.4.5	Saksforberedelsesfasen	119	10.2	Konsekvenser for næringslivet	140
8.4.6	Avgjørelsesfasen	123	10.3	Konsekvenser for forvaltningen ...	141
8.4.7	Vedtaket	124	11	Merknader til de enkelte bestemmelser i lov- og forskriftsforslaget	143
8.4.8	Klageorganets adgang til omgjøring	125	11.1	Merknader til de enkelte bestemmelser i lov- og forskriftsforslaget	143
8.4.9	Retting av Konkurransklage- nemndas avgjørelser	125	11.2	Merknader til endringer i konkurranseloven	149
8.4.10	Klagefrister	125	12	Forslag til ny lov om klage- nemnd for konkurransesaker og lov om endringer i konkurranseloven	151
8.4.11	Saksbehandlingsfrister for nemndas behandling	125	12.1	Ny lov om klagenemnd for konkurransesaker	151
8.4.12	Vilkår for innhenting av tolkings- råd fra EFTA-domstolen	126	12.2	Forslag til endringer i konkurranseloven	152
8.4.13	Overgangsregler	126	Vedlegg		
8.5	Overprøving av nemndas vedtak ..	126	1	Regulering av klagesaks- behandling i departementet og Konkurransklagenemnda	154
8.5.1	Innledning	126			
8.5.2	Omgjøring ved Kongen i statsråd	126			
8.5.3	Domstolskontroll	130			
9	Vurdering av Markedsrådets egnethet som klageorgan for konkurransesaker	136			
9.1	Innledning	136			
9.2	Sakstyper og saksomfang	136			
9.3	Organisering og arbeidsform	136			
9.3.1	Antall medlemmer i Markeds- rådet	136			

Kapittel 1

Utvalgets mandat, sammensetning og arbeid

1.1 Utvalgets mandat

Utvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon av 9. mai 2014 og fikk følgende mandat:

I. Bakgrunn

Regjeringen har besluttet å oppnevne et offentlig utvalg som skal utrede et uavhengig klageorgan for konkurransesaker. Beslutningen har sin bakgrunn i regjeringserklæringen av 7. oktober 2013 hvor det heter at

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

Opprettelsen av en egen konkurransenemnd for klagesaker etter konkurranseloven ble vurdert og foreslått i forbindelse med den nye konkurranseloven som trådte i kraft 1. mai 2004, jf. NOU 2003: 12 Ny konkurranselov. Løsningen med nemnd ble ikke fulgt opp i lovarbeidet, jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004). Departementet er i dag klageinstans for Konkurransetilsynets vedtak etter konkurranseloven. Det er adgang til politisk overprøving av Konkurransetilsynets vedtak og departementets vedtak i en klagesak ved vedtak i statsråd, dersom saken er av «prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning».

Departementets behandling av Konkurransetilsynets vedtak i klagesaker åpner ikke for politiske vurderinger, tilsvarende ordningen som ligger til Kongen i statsråd. Departementet kan, i likhet med Konkurransetilsynet, kun foreta en konkurransefaglig vurdering i tråd med lovens vilkår under klagesaksbehandlingen. En utfordring ved dagens ordning er at klagesaksbehandlingen likevel kan oppfattes som politisk styrt. Mistanken om politisk styring av faglige vedtak kan svekke tilliten til klagesaksbehandlingen og klageprosessens politiske legitimitet.

II. Relevante hensyn ved opprettelsen av et uavhengig klageorgan for konkurransesaker

Konkurranspolitikken virker inn på viktige områder i samfunnet. Markeds- og næringsinteresser gjør seg gjeldende på stadige nye områder som tidligere var forbeholdt offentlig virksomhet. Dette er en trend som startet allerede på 1980-tallet. Samtidig har det pågått en økende grad av internasjonalisering, for Norges del særlig gjennom EØS-avtalen. Disse utviklingstrekkene krever at konkurransepolitikken er godt forankret i folkevalgte organer og at den kan gjennomføres på en effektiv og retts sikker måte i samsvar med lovverket og andre retningslinjer.

Det er viktig at konkurransepolitikken har en høy grad av legitimitet i næringslivet og i offentligheten. En måte å sikre slik legitimitet er å sørge for å etablere en politisk uavhengig klagesaksbehandling. En slik uavhengighet kan bidra til å gi konkurransepolitikken nødvendig faglig tyngde og posisjon i offentligheten og næringslivet. Uavhengig myndighetsutøvelse truer ikke den demokratiske styringen, men gir den en annen form. Politisk styring er ivaretatt ved lovgiveransvaret. Å overlate håndhevingen av lover til uavhengige organer er legitimt og bidrar til mer konsekvent og rettsriktig gjennomføring og til å styrke faglige hensyn. Uavhengighet kan derfor bidra til å gi tydeligere roller og tillit til at utenforliggende hensyn ikke har påvirket avgjørelsene.¹

Det kan være utfordringer knyttet til å opprette et effektivt og funksjonsdyktig klageorgan dersom organet kun skal behandle klagesaker etter konkurranseloven. Dette skyldes særlig at det er få av de mest krevende klagesakene og at disse krever store ressurser når de først kommer til behandling, innenfor stramme tidsfrister. Som eksempel på slike saker nevnes klage over Kon-

¹ Difi-rapport 2012:7 *Uavhengighet eller bare uavklart? Organisering av statlig myndighetsutøvelse.*
<http://www.difi.no/filearchive/difi-rapport-2012-7-uavhengig-eller-bare-uavklart.pdf>

kurransetilsynets vedtak om inngrep mot foretakssammenslutninger. Dette er komplekse saker som krever omfattende analyser av juridisk og økonomisk art. Det kan derfor være nødvendig at et klageorgan som skal behandle saker etter konkurranseloven også bør behandle andre saker enn dagens klagesaker. Derfor er det sentralt å vurdere om klagesaksbehandlingen bør legges til et nytt organ for konkurransklagesaker, eller om man bør legge klagesaksbehandlingen etter konkurranseloven til et eksisterende organ, som Markedsrådet. Det bør også vurderes om andre oppgaver knyttet til overprøving av Konkurransetilsynets vedtak bør legges til et nytt klageorgan.

III. Oppgaver

Utvalget står fritt til å utrede de spørsmål som det selv finner hensiktsmessig og nødvendig å ta opp under arbeidets gang. Utvalget skal imidlertid vurdere følgende problemstillinger;

- a) å opprette et kollegialt klageorgan for klager etter konkurranseloven og andre lover som anvendes av Konkurransetilsynet, eller om
- b) denne klagekompetansen heller bør legges til det eksisterende Markedsrådet.

a) Opprettelsen av et kollegialt klageorgan for klager etter konkurranseloven og andre lover som anvendes av Konkurransetilsynet

Det kollegiale organets organisering, sammensetning m.m.;

Utvalget bes å utrede en klageordning som innebærer at departementet ikke lenger skal være klageinstans for Konkurransetilsynets vedtak. Det bes utredet å opprette et kollegialt klageorgan som del av konkurransemyndighetenes organisasjon, jf. konkurranseloven § 8. Klageorganet skal være et uavhengig forvaltningsorgan som er administrativt underlagt Kongen og departementet. Organet avgjør klager gjennom felles vedtak som et kollegium og ikke som et hierarkisk organ, der lederen tar den endelige avgjørelsen. Det forutsettes at Kongen kan gi nærmere bestemmelser om det kollegiale klageorganet ved forskrift gitt med hjemmel i konkurranseloven.

Utvalget bes også å vurdere hvordan det kollegiale klageorganet skal være sammensatt. Organet må ha tilstrekkelig fagkompetanse og en variert sammensetning. Det er ønskelig at organet i tillegg til økonomisk og juridisk kompetanse også besitter institusjonell kunnskap og erfaring samt innsikt i nærings- og arbeidsliv. Videre må utval-

get vurdere hvordan medlemmene av det kollegiale klageorganet skal oppnevnes.

Utvalget bes også å vurdere hvor mange medlemmer det kollegiale klageorganet bør ha, og om alle skal delta i hver sak. Organet bør ikke ha for mange medlemmer, fordi det kan gjøre saksbehandlingen mindre effektiv, samtidig som det kan være vanskelig å få tilgang til et stort antall kompetente medlemmer. Organet må ha nok ressurser til at det sikres til en hver tid å ha ledige kompetansepersoner til å ta unna saker som kommer inn. Utvalget må også vurdere om medlemmene skal ha varamenn og om disse skal være personlige. Spørsmålet om medlemmenes funksjonstid må også vurderes.

Videre må utvalget ta stilling til hvordan og i hvilket omfang det kollegiale klageorganets sekretariatsfunksjoner best ivaretas. Dette spørsmålet bør sees i sammenheng med hvordan saksbehandlingen for det kollegiale organet foreslås organisert, jf. nedenfor. Det kan tenkes at dersom saksbehandlingen organiseres mer som en kontradiktorisk prosess enn som en regulær forvaltningsklage, at det vil være behov for mindre sekretariatsressurser enn en regulær forvaltningsmodell forutsetter. Det skyldes at partene, det vil si Konkurransetilsynet og foretakene, i praksis vil måtte utføre mer av saksforberedelsen.

Saksbehandling og kompetanse for det kollegiale klageorganet:

Klagesaksbehandlingen forutsetter full prøving av alle sider av saken. Utvalget bes å vurdere om klageorganet bør ha særlige prosessregler for å sikre at saksbehandlingen er tilpasset kravene i den enkelte sak. Det vil i så fall være naturlig å vurdere om elementer fra prosessen ved de alminnelige domstolene bør kunne tas i bruk av klageorganet. Utvalget bes i denne forbindelse særlig om å se hen til domstollignende organer i andre deler av norsk forvaltning og andre land, som eksempelvis Sverige og Frankrike. Slike organer kjenne-tegnes som forvaltningsorgan med karakter av en domstol. De har en betydelig grad av faglig uavhengighet og har kompetanse til å fatte bindende avgjørelser som løser rettslige konflikter i samfunnet. Avgjørelsene som treffes kan imidlertid bringes inn for og overprøves av de alminnelige domstolene. Domstollignende organer er organisert utenfor det ordinære forvaltningshierarkiet, og kan bare i begrenset utstrekning instrueres av overordnede forvaltningsorganer. Eksempler på slike organer i Norge er blant annet Trygderetten, Utlendingsnemnda og Markedsrådet.

Utvalget bes videre å vurdere om det kollegiale klageorganet skal avgjøre alle klager over Konkurransetilsynets vedtak, eller om det skal være begrensninger. Herunder nevnes om det kollegiale klageorganet bør være klageinstans for vedtak om opplysnings- og utleveringsplikt etter konkurranseloven § 24. Videre om Konkurransetilsynets vedtak om avslag på innsyn etter konkurranseloven, forvaltningsloven og offentleglova bør legges til det kollegiale organet eller om disse klagesakene fortsatt bør ligge til departementet og tingretten, jf. konkurranseloven § 26.

Utvalget bes også å vurdere nødvendige bestemmelser for at klageorganet får kompetanse til å behandle klager over vedtak der Konkurransetilsynet håndhever EØS-avtalen artikkel 53 og 54, jf. konkurranseloven § 9 første ledd bokstav d.

Likeledes må utvalget vurdere hvilke saksbehandlingsfrister som skal gjelde for klageorganets saksbehandling. Herunder er det særlig viktig å se hen til fristene som gjelder for behandlingen av saker om foretakssammenslutninger etter konkurranseloven i dag og søksmålsfristen for vedtak om overtredelsesgebyr.

Videre bes utvalget å vurdere regler om habilitet og taushetsplikt for medlemmene av klageorganet.

Utvalget må også ta stilling til om vedtakene til klageorganet skal underlegges de alminnelige reglene for domstolskontroll, herunder om det skal være et vilkår at klageadgangen er benyttet før Konkurransetilsynets vedtak kan bringes inn for domstolene.

Videre bes utvalget å vurdere om det kollegiale klageorganet skal kunne forelegge prejudisielle spørsmål for EFTA-domstolen. I ODA artikkel 34 har EFTA-domstolen kompetanse til å gi rådgivende uttalelser om tolkningen av EØS-avtalen etter forespørsel fra nasjonale domstoler i EFTA-statene når disse skal avgjøre tvister hvor EØS-retten har betydning. Domstoloven § 51a gjennomfører ODA artikkel 34. I bestemmelsen er foreleggelsesretten lagt til den alminnelige domstol og særdomstolene som nevnt i lovens §§ 1 og 2 første ledd. Etter domstoloven § 51a andre ledd åpnes det også for at andre domstollignende organer i norsk forvaltning kan be EFTA-domstolen om en uttalelse. Til sammenlikning nevnes at eksempelvis Markedsrådet kan forelegge prejudisielle spørsmål for EFTA-domstolen i samsvar med domstoloven § 51a annet ledd.

Om det kollegiale klageorganet bør behandle Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr og lempning samt om tvangsmulkt:

Utvalget bes å vurdere utformingen av hensiktsmessige kontroll- og sanksjonsmidler for å sikre en effektiv håndheving av konkurranseloven. Herunder om det bør gjøres endringer i tingrettens kompetanse i saker om overtredelsesgebyr og lempning etter konkurranseloven §§ 29–31. Spørsmålet er om kompetansen for overprøving av Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr og lempning bør kunne legges til det kollegiale klageorganet for konkurransesaker. Utvalget bes å vurdere om det er rettslige skranker ved å legge denne kompetansen til et slikt organ, herunder særlig forholdet til Den Europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), spesielt artikkel 6 nr. 1, og forholdet til Grunnloven § 96, når forutsetningen er at klageorganets vedtak kan prøves for domstolene som i dag. Utvalget bes også å vurdere om klageorganet skal få kompetanse til å behandle Konkurransetilsynets vedtak om tvangsmulkt, som i dag ligger til departementet.

Adgangen til politisk overprøving av Kongen i statsråd etter konkurranseloven oppheves:

For å oppnå formålet med å etablere en politisk uavhengig klagesaksbehandling, skal den eksisterende adgangen i konkurranseloven §§ 13 og 21 for overprøving av Kongen i statsråd i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning oppheves. Utvalget bes å utrede konsekvensene av at den politiske overprøvingen av Kongen i statsråd etter konkurranseloven §§ 13 og 21 oppheves. Videre bes utvalget å foreslå nødvendige tilpasninger i konkurranseloven som reflekterer denne endringen.

b) Om klagemyndigheten for behandling av Konkurransetilsynets vedtak heller bør legges til det eksisterende Markedsrådet:

Utvalget bes å utrede om behandlingen av klager over Konkurransetilsynets vedtak etter konkurranseloven og andre lover bør legges til Markedsrådet istedenfor at det opprette et nytt forvaltningsorgan, jf. ovenfor i punkt a).

Markedsrådet behandler i dag saker etter markedsføringsloven, samt reklameforbudene i kringkastingsloven og alkohol- og tobakkskadeloven. Sakene knytter seg i hovedsak til hvordan næringsdrivende opptrer overfor forbrukere. I konkurransesakene vil i større grad kun nærings-

siden være involvert, selv om sakene mer indirekte kan ha stor betydning for forbrukerne. Det bes om at utvalget vurderer fordeler og ulemper ved å knytte behandlingene av disse sakstypene sammen.

Markedsrådet består av 9 medlemmer med personlige varamedlemmer. Vervet er en bigeskjefte for medlemmene som utøves i tillegg til annen fulltidsjobb. Organet har i dag ikke særskilt kompetanse på konkurransrett. Markedsrådet må derfor tilføres nødvendig kompetanse og ressurser dersom det skal kunne håndtere klagesaker etter konkurranseloven på en forsvarlig måte. Utvalget bes å vurdere nødvendig kompetanse- og ressursbehov for at Markedsrådet skal kunne ivareta klagesaksbehandlingen etter konkurranseloven i tillegg til de oppgaver Markedsrådet har i dag. Utvalget må også gjennomgå saksbehandlingsrutinene i Markedsrådet, for å vurdere om disse kan tilpasses både konkurranserettens behov og dagens saksportefølje.

Øvrige problemstillinger som er nevnt i pkt. III a) må også drøftes ved vurderingen av om klagemyndigheten bør legges til Markedsrådet.

IV. Lov- og forskriftsbestemmelser

Utvalget skal fremme et samlet forslag til lov- og forskriftsbestemmelser som gjennomfører forslagene om endringer i konkurranseloven og eventuelle andre lover. Flere av de spørsmålene som vil bli behandlet av utvalget, eksempelvis reglene om saksbehandling, vil sannsynligvis best plasseres i en forskrift. Dette er for øvrig løsningen for Markedsrådet, der flere sentrale bestemmelser er lagt i en egen forskrift gitt med hjemmel i markedsføringsloven. Både reglene som plasseres i konkurranseloven og i en eventuell forskrift vil høres samtidig for å rekke få på plass klageorganet fra sommeren 2016.

V. Arbeidsform

Nærings- og fiskeridepartementet, Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet og Konkurransetilsynet vil fungere som sekretariat for utvalget.

Utvalget kan etter behov konferere med berørte aktører i markedet, herunder nærings- og arbeidstakerorganisasjoner og forbrukerinteresser.

VI. Offentlighet

Utvalgets rapport skal offentliggjøres i skriftsformen for Norges offentlige utredninger (NOU).

VII. Tidsramme

Utvalget skal levere sin rapport til Nærings- og fiskeridepartementet innen 31. oktober 2014.

VIII. Endring av mandatet

Utvalgets mandat og sammensetning kan endres av Nærings- og fiskeridepartementet. Eventuelle forslag til vesentlige avvik fra mandatet som fremsettes av utvalget, skal godkjennes av Nærings- og fiskeridepartementet.

IX. Økonomiske og administrative konsekvenser

Utvalget må utrede de økonomiske og administrative konsekvenser av sine forslag.

1.2 Utvalgets sammensetning og arbeid

Utvalget har bestått av følgende medlemmer:

- Advokat Siri Teigum (utvalgsleder)
- Professor dr. juris Tore Lunde, UiB, leder av Markedsrådet
- Førsteamanuensis PhD Sunniva Cristina Bragdø-Ellenes, UiA
- Direktør Åse Ulvin, Markedsrådets sekretariat
- Juridisk direktør Karin Stakkestad Laastad, Konkurransetilsynet
- Avdelingsdirektør Nils-Ola Widme, Konkurransopolitisk avdeling, Nærings- og fiskeridepartementet

Sekretariatet har bestått av følgende medlemmer:

- Marion Stamnes, Konkurransetilsynet (sekretariatsleder)
- Aslaug Skrede Gauslaa, Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet
- Christina Erichsen Grindal, Nærings- og fiskeridepartementet

Utvalget startet sitt arbeid 21. mai 2014. Det har vært avholdt åtte heldagsmøter. Utvalget ble i mandatet bedt om å se hen til domstolslignende organer i andre deler av norsk forvaltning. I mandatet er Trygderetten, Utlendingsnemnda og Markedsrådet særskilt nevnt. Utvalget har hatt behov for å se nærmere på ytterligere noen klageorganer for å få bredere kunnskap om blant annet forskjellige muligheter for organisering av klageorganet og hvilke saksbehandlingsregler det bør ha. Utvalget har i denne forbindelse hatt møter med Medietilsynet, Kabeltvistnemnda, Patentsty-

ret og Forbrukerombudet. I tillegg har utvalget mottatt skriftlige innspill fra Forbrukerombudet, både før og etter møtet.

1.3 Sammen drag av utredningens hovedinnhold

I kapittel 2 beskrives den gjeldende klageordning etter konkurranseloven. Innledningsvis beskrives hvilke vedtak tilsynet treffer som kan overprøves ved forvaltningsklage, samt saksbehandlingsregler relatert til slike klager. Deretter beskrives de vedtak som i dag bare overprøves av domstolene og regler om frister og overprøvningskompetanse i den forbindelse. Deretter beskrives de avgjørelser fra Konkurransetilsynet som ikke utløser klagerett etter forvaltningsloven. Oversikten over gjeldende rett suppleres med en oversikt over antall vedtak Konkurransetilsynet har truffet og antall klagesaker i departementet. Til slutt i kapitlet behandles forholdet mellom tilsyn og departement, omfanget av instruksjonsmyndigheten, organiseringen av klagesaksbehandlingen og de fristregler som gjelder for denne. Konkurranseloven § 8 slår fast at Konkurransetilsynet ikke kan instrueres i enkeltsaker hvor tilsynet selv skal treffe vedtak, men departementet kan blant annet styre tilsynets prioriteringer og ressursbruk samt be Konkurransetilsynet utrede saker. Klager på tilsynets vedtak behandles av Konkurransopolitisk avdeling i Nærings- og fiskeridepartementet.

I kapittel 3 beskrives de krav som EØS-avtalen, EMK og Grunnloven § 96 stiller vedrørende utformingen av klageordningen. Organiseringen av den nasjonale forvaltning og prosessreglene vedrørende håndhevelse av EØS-konkurransereglene defineres i hovedsak av nasjonal lovgivning. EØS-retten krever imidlertid at det opprettholdes hjemmel til ileggelse av sanksjoner i anledning overtredelser av EØS-avtalens konkurranseregler, og at det skal være mulig for skadelidte etter slike overtredelser å fremme krav om erstatning i domstolene. Det nasjonale regelverket kan ikke gjøre det urimelig vanskelig å håndheve EØS-avtalens regler, og heller ikke være mindre gunstig enn regelverket som gjelder for håndhevelse av tilsvarende nasjonal lovgivning. Utvalgets forslag til modeller for et uavhengig klageorgan for konkurransesaker skiller derfor ikke mellom vedtak etter konkurranseloven eller EØS-konkurranseloven. EØS-retten stiller også krav om samarbeid mellom ESA og nasjonale konkurransemyndigheter. Utvalget foreslår derfor at klagenemnda skal utpekes som en nasjonal konkurransemyndighet i

EØS-avtalens forstand, og redegjør for hvilke implikasjoner dette vil ha for saksbehandlingen i klageorganet.

EMK artikkel 6 (1) stiller krav om tilgang til en uavhengig og upartisk rettergang. Denne prinsippbestemmelsen suppleres av mer detaljerte krav i EMK artikkel 6 (2) for straffesaker. Reglene i artikkel 6 (1) og (2) gjelder for tilsynets vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr, ettersom dette er å regne som straff i EMKs forstand. Utvalget antar at ingen av tilsynets øvrige vedtak utgjør straff etter EMK. Utvalget drøfter deretter om artikkel 6 (1) uansett kan få anvendelse for Konkurransetilsynets vedtak som ikke er å anse som straff. Spørsmålet vil være om slike vedtak avgjør noens «borgerlige rettigheter og plikter» i EMKs forstand. Utvalget har ikke funnet det hensiktsmessig å foreta en nærmere analyse av disse spørsmål, som må avklares i praksis.

Det er på det rene at EMK åpner for at straffesaker kan behandles av administrative myndigheter i første instans, forutsatt at avgjørelsene i slike saker kan bringes inn for domstolene og at domstolsprøvelsen tilfredsstiller kravene som kan utledes av EMK artikkel 6. Utvalget konstaterer at dette gir lovgiver et valg. Dersom klagenemnda gis kompetanse til å overprøve vedtak om overtredelsesgebyr, vil ett alternativ være at nemnda oppfyller de krav EMK artikkel 6 stiller til en uavhengig og upartisk domstol. Et annet alternativ er at nemnda opprettes som et forvaltningsorgan som ikke trenger å tilfredsstille alle kravene i EMK artikkel 6, men at nemndas avgjørelser kan overprøves i domstolene i tråd med EMK artikkel 6. Dette forutsetter også at domstolskontrollen av nemndas vedtak omfatter mulighet til å anke dommer om overtredelsesgebyr, som regnes som straff etter EMK.

Utvalget drøfter også forholdet til kravet i Grunnloven § 96 om at ingen skal straffes uten etter dom, og hvilke begrensninger bestemmelsen setter for utformingen av en klageordning på konkurranseområdet. Utvalget kan ikke se at Grunnloven § 96 er til hinder for at en uavhengig klagenemnd, administrativt underlagt et departement, gis kompetanse til å behandle klager på Konkurransetilsynets vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr. Forutsatt at nemndas vedtak er underlagt domstolskontroll, med full prøvningsrett.

Kapittel 4 beskriver ulike klageløsninger på forskjellige områder i norsk rett. Her redegjøres det for forskjellige klageorganer og deres rettsgrunnlag, organisering, saksbehandlingsregler med mer. Utvalget ble i mandatet bedt om å se

hen til domstolslignende organer i andre deler av norsk forvaltning, og mandatet nevner spesielt Trygderetten, Utlendingsnemnda og Markedsrådet. Utvalget har sett behov for å se nærmere på flere organer for å få bredere kunnskap om løsninger som praktiseres med hensyn til organisering, saksbehandling og etterfølgende domstolskontroll i klageorganer på ulike rettsområder. Klageorganene som vurderes kjennetegnes enten ved sin rolle som håndhever eller tvisteløser i tilknytning til regulering av ulike sider av næringsvirksomhet eller ved sin rolle i saker hvor rettssikkerhetshensyn står særlig sterkt. Klagenemnda for offentlige anskaffelser, Klagenemnda for industrielle rettigheter, Kabeltvistnemnda, Medieklagenemnda, Domeneklagenemnda, Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker og Arbeidsretten er derfor også beskrevet.

Utvalget påviser at det er stor variasjon i hvordan organene er organisert og regulert. Utvalget merker seg blant annet at de fleste uavhengige organene som vurderes, er regulert ved særlov, eventuelt supplert ved forskrift, at alle organene, med unntak av Domeneklagenemnda, er direkte eller indirekte administrativt underlagt et departement, at medlemmene oftest oppnevnes av Kongen i statsråd, at noen organer har heltidsansatte, mens mange har andre løsninger, at de fleste nemndene har et sekretariat med heltidsansatte til å bistå seg i ulike sider av arbeidet. Videre er mange av nemndene underlagt forvaltningslovens saksbehandlingsregler supplert med ulike særtilpasninger, og domstolskontrollen med organenes vedtak følger i hovedsak prosessordningens hovedregel. Det betyr at søksmål gjøres ved tingrettene, at de alminnelige vernetingsregler gjelder, og at det bare er den vedtaket retter seg mot som kan bringe en sak inn for domstolene, og ikke det underliggende organ som har truffet det omstridte vedtaket.

I kapittel 5 gis det en overordnet fremstilling av hvordan forvaltningsavgjørelser på konkurranserettsområdet overprøves i de øvrige nordiske land. Et hovedspørsmål er om klagenes avgjøres ved ordinær forvaltningsklage, ved behandling i klagenemnd, i forvaltningsdomstoler eller ved de ordinære domstolene. Herunder om det er ulike løsninger for ulike typer vedtak i disse landene. Formålet med fremstillingen er å gi grunnlag for vurdering av om løsningene i beslektede rettsystemer har overføringsverdi ved utformingen av utvalgets forslag til norsk klageløsning. De materielle konkurransereglene i alle de nordiske landene er basert på samme prinsipper, de er i

utgangspunktet basert på de materielle reglene i EU gjennom en tilpasning til disse.

Etter svensk rett er utgangspunktet at Konkurrentverket, under ledelse av generaldirektøren, treffer vedtak etter konkurranselagen, og at disse overprøves ved søksmål til Marknadsdomstolen. Til forskjell fra det norske Konkurrentilsynet, har Konkurrentverket imidlertid ikke kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr eller gripe inn mot foretakssammenslutninger. Slike avgjørelser må treffes av Stockholms tingsrätt. Det er foreslått en ny ordning for domstolskontroll med Konkurrentverkets vedtak i Sverige. Forslaget er at det skal være særskilte domstoler i både første og andre instans (Patent- og marknadsdomstolen og Patent- og marknadsöverdomstolen, basert på Stockholms tingsrätt og Svea hovrätt). Disse domstolene skal ha kompetanse i konkurransesaker, markedsføringssaker og immaterialrettssaker.

Den danske løsningen adskiller seg også fra dagens norske løsning på vesentlige punkter. Etter dansk rett er håndhevingen av konkurrentloven lagt til et uavhengig kollegialt organ, Konkurrentrådet, med sekretariatsfunksjoner utført av Konkurrent- og Forbrugerstyrelsen. Det er Konkurrentrådet som treffer vedtak i saker som er av prinsipiell eller særlig stor betydning, mens Konkurrentstyrelsen står for den daglige administrasjon og treffer visse avgjørelser på vegne av Konkurrentrådet. Konkurrentstyrelsen kan, til forskjell fra det norske Konkurrentilsynet, ikke selv ilegge overtredelsesgebyr for overtredelse av konkurransereglene. Den kan imidlertid forelegge foretaket forslag til bot som det er opp til foretakene om de vil akseptere. Aksepteres ikke boten, overlates oppfølgingen til påtalemyndigheten. Konkurrentrådet og Konkurrentstyrelsens vedtak overprøves administrativt i Konkurrentankenævnet, et uavhengig kollegialt forvaltningsorgan av domstolslignende karakter. Bruk av den administrative klageordningen er en prosessforutsetning. Domstolsprøving gjøres i Sø- og Handelsretten i første instans og dommer kan ankes videre helt til dansk høyesterett.

Den finske modellen for håndheving av konkurransereglene, forvaltningsklage og domstolskontroll er også ulik den norske. Håndhevingen av konkurranseloven er lagt til Konkurrent- og konsumentverket. Konkurrent- og konsumentverket kan treffe vedtak i anledning overtredelser av konkurranseloven, men ikke ilegge bøter. Ileggelse av bøter forutsetter at Konkurrent- og konsumentverket fremsetter et forslag om dette til Marknadsdomstolen. Det samme gjelder forbud mot eller oppløsning av foretakssammenslutning

ger. Konkurrences- og konsumentverket kan imidlertid godkjenne foretakssammenslutninger også der det foreligger konkurranseproblemer, hvis disse kan løses ved avhjelpende tiltak. Domstolskontrollen med Konkurrences- og konsumentverkets vedtak gjøres i Marknadsdomstolen, en forvaltningsdomstol, og i siste instans av Högsta förvaltningsdomstolen.

Håndhevingen av Islands konkurranselovgivning gjøres av det islandske Konkurransetilsynet. Dets avgjørelser kan påklages til en uavhengig klagenemnd. Det islandske Konkurransetilsynet er, til forskjell fra det norske, ledet av et styre utpekt av statsråden for fire år. Styret skal forelegges alle vesentlige avgjørelser for godkjenning. Denne ordningen omfatter saker om overtredelser av loven (i misbrukssaker bare dersom det dominerende foretaket har omsetning over 1 milliard ISK) og saker om foretakssammenslutninger. Det islandske Konkurransetilsynet kan ilegge sanksjoner ved lovovertridelser. Alle Konkurransetilsynets avgjørelser kan påklages til en uavhengig klagenemnd, også klager på ilagte bøter. Det er et søksmålsvilkår at den administrative klageadgangen er uttømt. Klagenemndas vedtak kan prøves i de to domstolsinstansene på Island, førstestans og høyesterett.

Avslutningsvis i kapittel 5 behandler utvalget, som forutsatt i mandatet, klageordningene som er etablert i fransk konkurranserett. Det franske konkurransetilsynet (L'autorité de la concurrence) er et uavhengig forvaltningsorgan. Til forskjell fra det norske Konkurransetilsynet, ledes det franske tilsynet av en president og et kollegium. Kollegiet er utnevnt av Frankrikes president for fem år av gangen. Vedtakskompetansen ligger i noen saker hos kollegiet, i andre saker hos tilsynets president. Tilsynet kan treffe alle vedtak under loven, herunder også pålegge økonomiske sanksjoner. Saksbehandlingen i tilsynet er lagt opp med sikte på å tilfredsstille de krav til retterferdig rettergang som følger av EMK artikkel 6 i saker hvor det er tale om anvendelse av bøter. Både partene og en regjeringskommisær oppnevnt av det franske finansdepartementet mottar eventuelle varsel om vedtak fra administrasjonen i konkurransetilsynet, og gir tilsvaret til disse før avgjørelsene treffes av tilsynets kollegium eller underutvalg av dette. I fusjonssaker er saksbehandlingen annerledes, ettersom EMK artikkel 6 antas ikke å gjelde i slike saker. Eventuelle forbud ilegges av kollegiet. Domstolskontrollen med kollegiets vedtak gjøres i et tosporet system, i tråd med fransk organisering av domstolene. Inngrep mot fusjoner overprøves av rikets øverste forvalt-

ningsdomstol, le Conseil d'Etat. Overtredelsessaker behandles i appelldomstolen for private- og strafferettslige saker i Paris og deretter øversteinstans for slike, la Cour de Cassation.

Kapittel 6 gir en kort oversikt over tidligere forslag om klagenemnd for konkurransesaker, senest i NOU 2003: 12, og bakgrunnen for forslagene. Tidligere rettstilstand under prisloven beskrives også kort. Frem til konkurranseloven av 1993 var det en klagenemnd, Priserådet, for enkelte konkurransesaker. Priserådet var et sakkyndig kollegialt organ som tok en rekke avgjørelser som førstestans, herunder inngrep mot foretakssammenslutninger. Priserådet var også klageinstans for visse avgjørelser fra Prisdirektoratet, blant annet for avgjørelser i saker om meldeplikt. Priserådets avgjørelser kunne ikke påklages til departementet, men departementet kunne omgjøre rådets vedtak av eget tiltak. Anvendelse av straff forutsatte den gang anmeldelse til påtalemyndigheten.

Ryssdalutvalget foreslo i NOU 1991: 27 omorganisering av konkurransemyndighetene. Flertallet foreslo nedleggelse av Priserådet og opprettelsen av et Konkurransetilsyn ledet av et styre, slik løsningen i dag er i de fleste nordiske landene (unntatt Norge og Sverige). Ryssdalutvalget foreslo også at den administrative overprøvingen av tilsynets vedtak skulle gjøres i en uavhengig klagenemnd, og ikke av departementet. Utvalget foreslo at anvendelse av straff skulle forutsette anmeldelse fra tilsynet til påtalemyndigheten og ordinær straffesaksbehandling, men at tilsynet skulle kunne beslutte inndragning som sivilt sanksjonsmiddel. Disse organisatoriske forslagene ble ikke fullt ut gjennomført ved vedtagelsen av konkurranseloven av 1993. Priserådet ble imidlertid lagt ned, og tilsynet ble førstestans for alle vedtak etter konkurranseloven, med departementet som klageinstans.

Organiseringen av norske konkurransemyndigheter ble på ny vurdert av Graverutvalget, NOU 2003: 12. Også Graverutvalget foreslo opprettelsen av en uavhengig konkurransemennd. Flertallet i utvalget foreslo at mennda skulle behandle klager over vedtak truffet av tilsynet i første instans. Det ble ikke foreslått noe organisatorisk skille mellom de som utreder/etterforsker saker og de som treffer vedtak. Flertallet foreslo videre at tilsynet skulle ha kompetanse til å utstede forelegg på bøter, og at tilsynet skulle bringe slike saker inn for domstolene, dersom foreleggene ikke ble vedtatt. Alternativt kunne tilsynet anmelde sakene til påtalemyndigheten med

sikte på anvendelse av fengsel og bøter i henhold til den ordinære straffeprosessen.

Graverutvalgets mindretall foreslo at ikke tilsynet, men nemnda, skulle treffe vedtak i første instans i saker om foretakssammenslutninger og i saker om påbud om opphør av ulovlig atferd. Formålet var å skille etterforsknings- og saksforberedelseskompetansen fra vedtakskompetansen, slik ordningen var i andre nordiske land og i den ordinære straffeprosessen. Nemndas vedtak skulle være gjenstand for ordinær domstolskontroll. Heller ikke Graverutvalgets organisatoriske forslag ble fulgt opp ved vedtakelsen av konkurranseloven av 2004. Konkurransetilsynet ble gitt kompetanse til å treffe vedtak i fusjonssaker og i overtredelsessaker, herunder å ilegge overtredelsesgebyr. Ingen nemnd ble opprettet.

Mandatet for Hjelmengutvalget var avgrenset mot å behandle institusjonelle spørsmål, slik at spørsmålet om klagenemnd ikke ble behandlet i NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov. Dette utvalget drøftet imidlertid likevel i kapittel 6.4 spørsmålet om Konkurransetilsynet hadde rettslig adgang til å ilegge overtredelsesgebyr, og etter å ha konkludert med at verken EMK eller Grunnloven var til hinder for dagens ordning, om Konkurransetilsynet fortsatt burde ha denne adgangen. Flertallet gikk inn for å beholde dagens ordning, mens et mindretall gikk inn for ordningen som i denne utredningen behandles under punkt 7.4 nedenfor, modell 3.

I kapittel 7 beskrives de modeller for overprøving av Konkurransetilsynets vedtak som utvalget har valgt å konsentrere seg om, og som ligger til grunn for utvalgets innstilling. Utvalget er i mandatet bedt om å utarbeide forslag til konkrete løsninger for etablering av et uavhengig klageorgan i konkurransesaker. I kapittel 7 beskrives to modeller som innebærer at et slikt organ opprettes som en del av konkurransemyndighetenes organisasjon (modell 1 og 2). Modell 1 innebærer at nemnda gis kompetanse i alle materielle saker under konkurranseloven og EØS-konkurranseloven hvor departementet i dag har kompetanse til å behandle klager, det vil si ved påbud om opphør av lovovertridelser og inngrep mot fusjoner. Modell 2 innebærer at nemnda, i tillegg til kompetansen departementet har i dag, gis kompetanse til å behandle klager på tilsynets vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr. Mandatet oppfordrer videre utvalget til å utrede de spørsmål som det selv finner hensiktsmessig og nødvendig. Utvalget har derfor også sett på en modell 3, som innebærer at Konkurransklagenemnda, i tillegg til å ha funksjon som uavhengig klageorgan i forhold

til en del av de vedtak og avgjørelser Konkurransetilsynet treffer etter dagens regelverk, fatter førsteinstansvedtak i fusjons- og atferdssaker, jf. Ryssdalsutvalgets forslag om opprettelsen av et styre for tilsynet og Graverutvalgets forslag om at slike vedtak skal besluttes av en uavhengig nemnd. I tillegg har utvalget sett på to modeller hvor Konkurransetilsynets vedtak etter konkurranseloven og EØS-konkurranseloven overprøves uten at det opprettes et nytt klageorgan, enten utelukkende av domstolene (modell 4), eller i departementet med etterfølgende domstolskontroll (modell 5). Felles for alle modeller er at utvalget anbefaler å oppheve adgangen til overprøving ved Kongen i statsråd etter konkurranseloven § 13 og § 21.

Utvalget tar også opp enkelte spørsmål som er uavhengig av valg av modell. En sentral utfordring for utvalget har vært at sakene på konkurranseområdet er svært forskjellige i omfang og kompleksitet. Å opprette et organ som er tilstrekkelig solid og funksjonsdyktig, uten å være uforholdsmessig kostnadskreven, har derfor vært en sentral problemstilling. Utvalget har derfor drøftet mulighetene for å slå sammen et klageorgan for konkurransesaker med allerede eksisterende klageorganer eller eventuelt å vurdere felles sekretariatsløsninger. Her er det både muligheter for effektivisering, men også utfordringer knyttet til blant annet ulike saksbehandlingsregler.

Et samlet utvalg finner modell 1, hvor nemnda gis kompetanse til å treffe vedtak i de materielle klagesaker hvor departementet har kompetanse i dag, med unntak av vedtak etter pristiltaksloven, prinsipielt sett er både hensiktsmessig og forsvarlig. Utvalget understreker imidlertid at antallet klagesaker av denne art antakelig vil være så få at det likevel er spørsmål om det i praksis er mulig og forsvarlig å bygge opp en stabil nemnd med de ressurser som må tilføres for å ivareta kravene til kvalitet, effektivitet og rettssikkerhet.

Utvalgets flertall går inn for modell 2, en løsning som innebærer at det opprettes en nemnd, Konkurransklagenemnda, som behandler klager over alle vedtak Konkurransetilsynet treffer, med unntak av vedtak etter pristiltaksloven. Denne løsningen skiller seg fra modell 1 ved at nemnda også gis kompetanse til å behandle klager over vedtak om overtredelsesgebyr og partsinnsyn i overtredelsessaker under etterforskning. Disse sakene går etter gjeldende rett til domstolene. Utvalget legger opp til at nemnda under denne modellen bør tilfredsstille de krav som stilles til en uavhengig og upartisk domstol i henhold til EMK artikkel 3. Gjennom en kombinasjon av disse kra-

vene og tilførsel av saker som i dag bare overprøves i domstolene, vil det etableres en løsning som ivaretar kravene til kvalitet, effektivitet og rettssikkerhet, samtidig som den gir en rimelig balanse mellom ressursbruk og sakstilgang. Et mindretall, bestående av utvalgets leder, Teigum, fraråder likevel bruk av denne modellen. Dette har sammenheng med at modellen fraviker fra den tradisjonelle oppgavedelingen mellom domstoler og forvaltning i norsk rett. For alle praktiske formål vil en nemnd av den karakter utvalgets flertall foreslår, ha preg av en særdomstol. Avgjørelse av spørsmål om straff, slik nemnda under denne modellen skal treffe, forutsetter ikke bare at det stilles krav til regelverket nemnda bygges på, men også tillit til at en nemnd bestående av eksperter som i det vesentlige av sin arbeidstid har annet arbeid enn som dommere, vil kunne oppfylle de kvalitetskrav man i norsk rettsorden stiller til behandlingen av saker om straff.

Dersom lovgiver velger å opprette en uavhengig klagenemnd, men forkaster modell 1 fordi det anses ønskelig at nemnda har større sakstilfang, anbefaler utvalgets mindretall, utvalgsleder Teigum, modell 3.

Dersom det vurderes andre løsninger for å styrke Konkurransetilsynets uavhengighet enn å etablere en klagenemnd, anbefaler et mindretall bestående av Ulvin, at adgangen til forvaltningsklage på materielle vedtak oppheves slik at overprøving av Konkurransetilsynets vedtak i fusjonssaker og pålegg om opphør bare kan gjøres i domstolene, slik det i dag er for overtredelsesgebyr (modell 4). Utvalgets flertall, Teigum, Bragdø-Ellenes, Lunde og Laastad, anbefaler under denne forutsetningen 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).

Utvalget ser at opprettelsen av en ny nemnd med videre sakstilfang enn konkurranseretten, kan bidra til å gjøre klageorganet mer solid og funksjonsdyktig, og dermed også mer kostnadseffektivt. Utvalget antar at det kan være mulig å hente ut synergier ved sammenslåing av Markedsrådet, Medieklagenemnda, Klagenemnda for industrielle rettighet og et klageorgan på konkurranserettens område. Det konstateres også at det svenske Konkurrentverket har blitt gitt kompetanse til å behandle anskaffelsessaker. Dette krever imidlertid mer inngående vurdering av mulige synergier, og av hvilke behov det er for tilpasning av saksbehandlingsreglene som gjelder for de ulike organene.

Utvalget er enstemmig i sin tilråding om etablering av en felles sekretariatsløsning for nemnda og andre klagenemnder, dersom det opprettes en uavhengig nemnd for konkurransesaker. Dette krever etter det utvalget kan se ikke ytterligere utredning slik sammenslåing av selve nemndsløsningen gjør.

Avslutningsvis i kapittel 7 påpeker utvalget alternative løsninger for domsstolskontroll med nemndas vedtak. Det anbefales å etablere tvungen vernetting i én domstol for at denne domstolen skal kunne bygge opp kompetanse på konkurranserettsområdet. Det anbefales videre at søksmål kan anlegges direkte for lagmannsretten, dersom nemnda, som utvalget anbefaler, innrettes slik at den oppfyller kravene til en uavhengig og upartisk domstol, jf. EMK.

I kapittel 8 drøfter utvalget hvilken organisering Konkurransklagenemnda bør ha, hvilke saksbehandlingsregler som skal gjelde for nemnda og reglene for overprøving av nemndas avgjørelser, inkludert forslaget om å oppheve adgangen til omgjøring ved Kongen i statsråd, domstolsbehandling, samt en del beslektede spørsmål.

Innledningsvis i kapitlet redegjøres det for hva som kjennetegner konkurranseretten sammenlignet med andre rettsområder. Her behandles samspillet mellom juss og økonomi, samt utviklingen fra tidligere konkurranserett basert på politiske avveininger og skjønnsutøvelse, frem til dagens regelverk som i hovedsak baseres på tradisjonell rettsanvendelse. Utvalget beskriver de organisatoriske utfordringene ved opprettelsen av en konkurransklagenemnd. Den største utfordringen er at sakstilgangen vil variere sterkt både med hensyn til antall saker, omfang og kompleksitet. Organiseringen av nemnd og sekretariat må fungere best mulig for alle saker, mens variasjonene sakene imellom må håndteres ved hjelp av de saksbehandlingsreglene utvalget foreslår.

Utvalget drøfter videre nemndas sammensetning og nemndmedlemmenes faglige kompetanse. Utvalget foreslår at nemnda skal ha en leder og en nestleder som begge skal være jurister. Bakgrunnen for dette er at behandling av saker etter konkurranseloven i stor grad består av ren rettsanvendelse. Likheten med domstolens virksomhet er svært stor.

Det bør oppnevnes et utvalg med nemndmedlemmer, da flere nemndmedlemmer gir fleksibilitet ved sammensetning av nemnda i den enkelte sak. Utvalget antar at et egnet antall medlemmer vil være åtte medlemmer, i tillegg til leder og nestleder. Funksjonstiden bør være fire år. I den enkelte sak foreslår utvalget at nemnda skal settes med

tre medlemmer, med mulighet for å behandle saker i forsterket nemnd med fem medlemmer i særlige tilfeller.

For å få en effektiv og faglig kompetent klagenemnd med høy grad av tillit hos brukerne, er det avgjørende at nemnda settes sammen av personer med riktig faglig bakgrunn og erfaring. Utvelgelseskriteriene for nemndmedlemmene blir derfor sentrale. Utvalget vil anbefale at hensynet til faglig kompetanse innen juss og økonomi tillegges avgjørende vekt.

Nivået på avlønning og honorering vil ha stor betydning for hvem som vil påta seg et verv som nemndmedlem. Avlønning eller honorering av utvalgsmedlemmene kan også ha betydning for nemndas saksbehandling. Desto sterkere sammenheng det er mellom medlemmenes individuelle tidsbruk og avlønning, desto sterkere vil insentivene være til grundig saksbehandling av den enkelte sak. Motsatt vil en flatere avlønningsmodell gi insentiver til mer overfladisk saksbehandling.

Utvalget drøfter også hvilke sekretariatsressurser nemnda har behov for. Et effektivt og tilstrekkelig stort sekretariat med god faglig kompetanse vil kunne avhjelpe en del av de problemer som utvalget peker på i innstillingen, ved at et begrenset og uforutsigbart sakstilfang vil gjøre det vanskelig å ansette nemndmedlemmer på hel-tid.

Utvalget anbefaler at nemndas saksbehandling i utgangspunktet følger forvaltningslovens regler, men har likevel foreslått en rekke særbestemmelser i forslaget til lov. Utvalget anbefaler at nemnda skal ha selvstendig utredningsplikt og stå fritt til å vurdere alle sider av saken, slik hovedregelen er i forvaltningsprosessen. Utvalget har vurdert hvor stor grad av muntlighet det bør åpnes for i nemnda, hvordan muntligheten skal gjennomføres, reguleres og hvem som skal delta i møter. Utvalget anser at nemnda bør ha stor frihet til å velge mellom skriftlig og muntlig saksbehandling og graden av muntlighet i den enkelte sak, innenfor de krav som hensynet til forsvarlig saksbehandling og tilstrekkelig opplysning av saken stiller. Utvalget legger til grunn at skriftlig bevisføring i de fleste saker vil være utgangspunktet, mens muntlige møter og forklaringer fra vitner vil være av supplerende karakter. Sakene vil i stor grad variere i art, kompleksitet og omfang. I materielle konkurransesaker bør det være innslag av muntlighet både av hensyn til sakens opplysning og til nemndas legitimitet. Flertallet i utvalget legger til grunn at nemnda også skal behandle saker om overtredelsesgebyr. Etter gjeldende rett overprø-

ves disse sakene i domstolene. Utvalget legger til grunn at det i behandlingen av slike saker vil være større innslag av muntlighet enn i fusjonssakene.

Utvalget har vurdert hvorvidt klage til Konkurransklagenemnda skal være en forutsetning for å reise sak for domstolene. Utvalget er her delt i sin anbefaling.

Utvalget mener konkurransesakene, som ofte er svært komplekse rettslig og faktisk, krever høy faglig kompetanse for å behandles på en tilfredsstillende måte. Utvalget anser at både egne verne-tingsregler, samt fagkyndige meddommere er hensiktsmessig ved overprøving av konkurranserettslige saker. Utvalget drøfter også om sakene bør gå direkte til lagmannsretten, slik det gjøres med vedtak fra Trygderetten. På denne måten vil sakene samles i én domstol som kan opparbeide spesialisert kompetanse. I flere konkurranserettslige tvister står store økonomiske verdier på spill, og det er behov for rask avklaring. Ved å bringe sakene direkte inn for én lagmannsrett oppnås også en reduksjon i antall rettsinstanser slik at sakene raskere kan få en endelig avklaring/rettskraftig dom enn om de skulle gå veien om tingretten.

Utvalget er i mandatet bedt om å utrede om behandlingen av klager over Konkurransetilsynets vedtak etter konkurranseloven bør legges til Markedsrådet istedenfor at det opprettes et nytt forvaltningsorgan. I kapittel 9 vurderer utvalget fordeler og ulemper ved en slik ordning. Utvalgets konklusjon er at det er begrensede fordeler ved å legge overprøvingen av konkurransesakene til Markedsrådet, slik Markedsrådet fremstår i dag. Markedsrådets medlemmer har samlet sett ikke den kompetanse som er nødvendig for behandlingen av omfattende konkurranserettslige saker. Medlemmene i Markedsrådet kan heller ikke forventes å kunne sette av tid til å behandle materielle konkurransesaker, i tillegg til fulltidsjobb. Markedsrådet er også for stort i forhold til det utvalget antar det vil være behov for ved behandling av klager på Konkurransetilsynets vedtak. Det må derfor gjøres omfattende endringer i Markedsrådets rettslige rammeverk, organisering og sammensetning, for at det skal kunne løse de opp-gavene som vil pålegges en klagenemnd for konkurransesaker.

Utvalget antar en sammenslåing av sekretaria-ter vil gi størst effektiviseringsgevinst, i hvert fall på kort sikt. Et felles sekretariat, med flere ansatte, vil være mindre sårbart og mer fleksibelt. Mange administrative oppgaver vil også være de samme for ulike klagenemnder. Et felles sekreta-

riat både med Markedsrådet og andre nemnder fremstår derfor som en god løsning.

Kapittel 10 beskriver de økonomiske og administrative konsekvensene utvalgets forslag kan få, for forvaltningen og for næringslivet. Utvalget drøfter blant annet de økonomiske konsekvenser opprettelsen av en ny klagenemnd vil kunne medføre for foretak som klager på tilsynets vedtak. Det antas at foretakenes kostnader ved klagebehandling, isolert sett ikke vil endre seg vesentlig om saksbehandlingen flyttes fra departementet til en nemnd. Det anbefales ikke innføring av klagegebyr. Utvalget påpeker imidlertid at totalkostnadene ved overprøving av Konkurransetilsynets vedtak vil bero på hvordan domstolskontrollen legges opp (om overtredelsesgebyr skal behand-

les i nemnda og de deretter skal kunne overprøves i to eller tre rettsinstanser). Totalkostnadene kan derfor bli høyere enn i dag. Opprettelsen av en klagenemnd og saksbehandlingen i tilknytning til de materielle vedtakene vil kreve betydelige ressurser. Det er vesentlig for nemndas funksjon og legitimitet at den sikres nemndmedlemmer med den nødvendige kompetanse, og IT-løsninger som sikrer effektivt arbeid. Det må antas at kostnadene til dette vil bli høyere enn besparelsene i departementet.

Merknadene til de enkelte bestemmelser i utvalgets forslag er tatt inn i kapittel 11. Forslaget til ny lov om Konkurransesklagemennd og forslag til endringer i konkurranseloven er tatt inn i kapittel 12.

Kapittel 2

Beskrivelse av gjeldende klageordning

2.1 Konkurransetilsynets vedtak og avgjørelser som kan overprøves ved forvaltningsklage

2.1.1 Innledning

Konkurranselovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Ved anvendelsen av loven skal det tas særlig hensyn til forbrukernes interesser, jf. konkurranseloven § 1. Konkurransetilsynet har ansvar for å føre tilsyn med konkurransen i de ulike markeder, jf. konkurranseloven § 9.

Konkurransetilsynet skal blant annet føre kontroll med foretakssammenslutninger (fusjoner og oppkjøp), jf. konkurranseloven § 16, og kontrollere at lovens forbud og påbud overholdes, herunder gripe inn mot konkurransebegrensende avtaler i strid med § 10 og utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i strid med § 11.

Når Konkurransetilsynet fatter enkeltvedtak, kan disse overprøves ved forvaltningsklage. Videre foreligger det som hovedregel klagerett når partsinnsyn eller offentlig innsyn avslås. I tillegg kan pålegg om å gi opplysninger etter konkurranseloven § 24 påklages, jf. forvaltningsloven § 14.

Gjennomgangen under inkluderer ikke Konkurransetilsynets forskriftsvedtak, da det ikke foreligger klagerett på disse.

2.1.2 Inngrep mot fusjoner og oppkjøp

I henhold til konkurranseloven § 16 første ledd skal Konkurransetilsynet forby foretakssammenslutninger som «vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål». Også minoritetsserverv skal forbys dersom tilsvarende vilkår er oppfylt, jf. konkurranseloven § 16 a.

Foretakssammenslutninger vil bare være meldepliktige når omsetningen i de involverte foreta-

kene overstiger visse terskelverdier. Med virkning fra 1. januar 2014 foreligger meldeplikt dersom foretakene har en samlet omsetning på mer enn 1 milliard kroner i Norge og minst to av foretakene har en årlig omsetning på mer enn 100 millioner kroner i Norge, jf. konkurranseloven § 18 annet ledd.¹

Konkurranseloven § 20 regulerer fristene for Konkurransetilsynets saksbehandling ved foretakssammenslutninger. Fristene begynner å løpe når melding er mottatt, såfremt tilsynet finner at denne er fullstendig. Konkurransetilsynet må sende et varsel om at vedtak kan bli aktuelt, innen 25 virkedager fra melding ble mottatt (fase I). Når det sendes slikt varsel, går saksbehandlingen over i fase II hvor saken utredes ytterligere. Deretter må Konkurransetilsynet innen 70 virkedager sende et begrunnet forslag til vedtak. Partene får anledning til å avgi uttalelse til varselet innen en frist på 15 virkedager. Konkurransetilsynet må fatte endelig vedtak innen 15 virkedager fra tilsynet har mottatt partenes uttalelse.²

Konkurranseloven § 20 femte og sjette ledd regulerer når fristene for Konkurransetilsynets saksbehandling slutter å løpe. Dette vil forekomme når Konkurransetilsynet ikke mottar en offentlig versjon av forslag til avhjelpende tiltak. Videre vil fristene for Konkurransetilsynets saksbehandling slutte å løpe dersom noen av de involverte foretak, etter å ha mottatt skriftlig krav om å gi opplysninger innen en bestemt frist, ikke oppfyller kravet. Kravet anses ikke oppfylt før Konkurransetilsynet har mottatt en offentlig versjon av dokumentene. Partene skal informeres om at fristen har sluttet å løpe, og fristen begynner å

¹ Tidligere terskelverdier stod i forskrift 28. april 2004 nr. 673 om melding av foretakssammenslutninger mv. § 2 og gjorde unntak fra meldeplikt ved samlet omsetning på under 50 millioner kroner i Norge eller dersom bare ett av de involverte foretakene hadde årlig omsetning i Norge over 20 millioner kroner.

² NOU 2012: 7 punkt 8.2.3 «Prosess/meldeplikt» samt Prop. 75 L (2012–2013) punkt 6.6 «Saksbehandlingsreglene».

løpe igjen når Konkurransetilsynet mottar de etterspurte opplysninger.

Dersom Konkurransetilsynet finner at vilkårene i konkurranse-loven § 16 første ledd er oppfylt, skal transaksjonen forbys. Forbudet kan omfatte utfyllende bestemmelser som er nødvendige for at formålet med forbudet blir oppnådd, jf. § 16 første ledd annet punktum, eller vilkår for gjenoppretting av den konkurransemessige situasjonen dersom transaksjonen er gjennomført, jf. § 16 tredje ledd. Ved vurderingen av om inngrepsvilkårene i § 16 er oppfylt, foretas en grundig analyse av markedssituasjonen før og etter foretakssammenslutningen. I en slik vurdering vil blant annet graden av konsentrasjon, konkurranse-nærhet, responsmuligheter, etableringshindringer og potensiell konkurranse samt kjøper-makt være relevante momenter. Utredning av fak-tum i saken kan være krevende og innebærer omfattende informasjonsinnhenting fra sakens parter og fra tredjeparter.

Når det stilles vilkår for gjennomføringen av vedtaket etter § 16 første ledd, kan Konkurransetilsynet oppnevne en forvalter til å bistå med gjennomføringen av vedtaket, jf. § 16 fjerde ledd første punktum. Problemstillinger knyttet til forvalter vil kunne påklages som en del av tilsynets vedtak i saken, på samme måte som det foreligger klage-rett på øvrige vilkår i vedtaket.

Etter § 16 annet ledd skal Konkurransetilsynet fatte vedtak om å godkjenne en foretakssammen-slutning på vilkår foreslått av melder dersom tilsy-net finner at de tiltak som foreslås, vil avbøte de konkurransebegrensende virkningene foretaks-sammenslutningen kan føre til. Konkurransetilsy-net har anledning til å fatte vedtak om avhjelpende tiltak som foreslått av melder, uten at tilsynet fullt ut har utredet saken og gjennomført en analyse av transaksjonens konkurransemessige virkninger. Det er tilstrekkelig at Konkurransetilsynet finner at tiltaket avbøter de konkurransebegrensende virkningene foretakssammenslutningen kan føre til.³

Dersom det fremsettes forslag om avhjelpende tiltak, kan fristene for saksbehandlingen forlen-ges, jf. konkurranse-loven § 20. Når forslaget frem-settes innen 20 virkedager fra Konkurransetilsy-net mottok melding, forlenges fristen for fase I med 10 virkedager, til 35 virkedager. Dersom mel-der fremsetter forslag om avhjelpende tiltak senere enn 55 virkedager fra meldingen er mot-tatt, forlenges Konkurransetilsynets frist tilsva-rende, jf. § 20 fjerde ledd annet punktum.⁴ Der-

som det er fremsatt et forslag om avhjelpende til-tak etter at Konkurransetilsynet har lagt frem begrunnet forslag til forbudsvedtak, kan fristen for å treffe vedtak forlenges med 15 virkedager.

Konkurransetilsynet kan knytte forpliktelser til vedtak for å sikre at vilkår foreslått av melder blir oppfylt, jf. § 16 annet ledd annet punktum. Konkurransetilsynet kan også oppnevne en forval-ter til å bistå ved gjennomføring av vedtak om avhjelpende tiltak, etter forslag fra melder, jf. § 16 fjerde ledd annet punktum. Det følger av bestem-melsens forarbeider at det er opp til melder å fore-slå en forvalter i saker om avhjelpende tiltak.⁵ Konkurransetilsynet vil eventuelt kunne påpeke at det avhjelpende tiltaket ikke kan godtas dersom det ikke inneholder en slik ordning, og det vil følge av tilsynets myndighet til å avvise tiltaket som utilstrekkelig at det kan nekte å godkjenne en foreslått forvalter.

2.1.3 Pålegg om meldeplikt i fusjonssaker

Konkurranseloven § 18 annet ledd innebærer som nevnt at meldeplikten for foretakssammenslutn-inger bare gjelder for transaksjoner som overstiger visse terskelverdier.

Konkurransetilsynet har likevel anledning til å pålegge meldeplikt for transaksjoner som er under terskelverdiene, når tilsynet finner rimelig grunn til å anta at konkurransen påvirkes, eller dersom det foreligger særlige hensyn, jf. § 18 tredje ledd. Pålegg om meldeplikt kan også gis for erverv av andeler i foretak, jf. § 18 femte ledd.

2.1.4 Opphør av ulovlig atferd

Ved overtredelse av forbudene i konkurranse-loven § 10 om konkurransebegrensende avtaler mellom foretak, § 11 om utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling eller forskrift gitt i medhold av § 14 kan Konkurransetilsynet i henhold til § 12 første ledd pålegge opphør av overtredelsen. Et slikt pålegg kan omfatte ethvert tiltak som er nød-vendig for å bringe overtredelsen til opphør. Strukturelle tiltak kan bare pålegges dersom det ikke finnes like effektive atferdsregulerende til-tak, eller dersom et atferdsregulerende tiltak vil være mer byrdefullt for foretaket.

Konkurransetilsynet har også adgang til å treffe midlertidig pålegg om opphør for et begren-set tidsrom, jf. § 12 femte ledd. Forholdsmessig-heten av et slikt vedtak skal vurderes, og den som

³ Prop. 75 L (2012–2013) s. 97.

⁴ Prop. 75 L (2012–2013) s. 109.

⁵ Prop. 75 L (2012–2013) på s. 145.

vedtaket retter seg mot, må ikke påføres skade eller ulempe som står i åpenbart misforhold til de hensyn vedtaket skal ivareta. Et midlertidig vedtak kan også forlenges dersom faren for konkurransen består.

Etter § 12 tredje ledd kan Konkurransetilsynet fatte vedtak om bindende avhjelpende tiltak i saker som kan ende med vedtak etter § 12 første ledd, dersom foretaket selv tilbyr slike avhjelpende tiltak.

Vedtaket om avhjelpende tiltak etter § 12 tredje ledd kan fattes før Konkurransetilsynet har gjort en fullstendig vurdering av de konkurransemessige virkningene av foretakets atferd, jf. § 12 tredje ledd annet punktum. Konkurransetilsynet skal i vedtaket gi en vurdering av foretakets atferd, og det må fremgå av begrunnelsen at tiltaket som gjøres bindende, er egnet og nødvendig for å avhjelpe de konkurransemessige problemene som Konkurransetilsynet har funnet. I vedtaket skal Konkurransetilsynet ikke ta stilling til om det har vært, eller fremdeles pågår, en overtredelse av atferdsreglene. Det skal imidlertid fremgå av vedtaket at Konkurransetilsynet ikke vil gå videre med saken etter § 12 første ledd eller § 29 dersom tiltakene gjennomføres.

2.1.5 Vedtak etter EØS-konkurranseloven

Konkurransetilsynet har i henhold til EØS-konkurranseloven § 6, jf. § 7 første ledd, både kompetanse og plikt til å anvende EØS-avtalen artikkel 53 eller 54 ved overtredelser av konkurranseloven § 10 eller § 11 der handelen mellom Norge og andre EØS-land kan bli merkbart påvirket. I vurderingen av om samhandelsvilkåret er oppfylt, henter Konkurransetilsynet veiledning fra EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om begrepet påvirkning av handelen i EØS-avtalen artikkel 53 og 54.⁶

Når Konkurransetilsynet kommer til at samhandelsvilkåret er oppfylt i en sak som gjelder overtredelse av konkurranseloven § 10 eller § 11, skal tilsynet også anvende EØS-avtalen artikkel 53 eller 54. Konkurransetilsynets håndheving av forbudsbestemmelsene i EØS-avtalen artikkel 53 og artikkel 54 følger av konkurranseloven § 9 første ledd bokstav d, jf. EØS-konkurranseloven § 1. Saker etter disse bestemmelsene følger konkurranselovens regler om saksbehandling, sanksjo-

nering og overprøvelse, jf. EØS-konkurranseloven § 6 første ledd. Klagenemnda vil dermed få vedtakskompetanse i henhold til EØS-avtalens konkurranseregler gjennom de lovbestemmelser som foreslås i kapittel 12.

For vedtak om brudd på EØS-avtalen hvor det ilegges overtredelsesgebyr, foreligger det ikke klagerett. Dersom saken skal overprøves, må den bringes inn for domstolene. I punkt 2.3.1 og 2.4 vil det redegjøres nærmere for domstolsprøving av Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr.

2.1.6 Partsinnsyn og offentlig innsyn

Krav om innsyn fra parter og tredjeparter er i hovedsak regulert i forvaltningsloven og offentleglova. Forvaltningsloven regulerer adgangen til partsinnsyn i §§ 18 og 19 og adgangen til klage i § 21. Offentleglova § 3 slår fast hovedregelen om innsyns adgang for alle. Kapittel 3 inneholder en rekke bestemmelser som gjør unntak fra dette utgangspunktet, og kapittel 4 regulerer saksbehandling og klage.

Når det gjelder fusjonssaker, er det de vanlige reglene om innsyn som gjelder, jf. forvaltningsloven §§ 18 og 19 vedrørende partsinnsyn og offentleglova vedrørende offentlig innsyn.

Konkurranseloven inneholder særlige unntak fra retten til innsyn i overtredelsessaker, jf. §§ 26, 27 og 27 a. Det er etablert unntak fra offentleglova i overtredelsessaker så lenge saken ikke er avsluttet, for å ivareta hensyn til etterforskningen eller tredjeperson, jf. § 26 første ledd. I tillegg er dokumenter Konkurransetilsynet mottar i forbindelse med en lempningssøknad, unntatt fra offentleglova også etter at saken er avsluttet, for å sikre kildenes identitet og foretakenes skylderklæringer i slike lempningssøknader. Begge unntaksregler tar med andre ord sikte på å effektivisere konkurransemyndighetenes etterforskning av overtredelsessaker.

På den annen side inneholder § 27 a annet ledd en bestemmelse som utvider adgangen til innsyn i taushetsbelagte opplysninger i overtredelsessak dersom det foreligger rettslig interesse og innsyn ikke vil virke urimelig. Denne utvidede innsynsretten inntreffer først når Konkurransetilsynet har truffet vedtak om at en overtredelse foreligger. Bestemmelsen er gitt for å legge til rette for informasjonsinnhenting i forbindelse med privatrettslige søksmål, og derigjennom også for å effektivisere konkurranseretten. Taushetsplikten knyttet til kilders identitet og skylderklæringer i lempningssøknader er imidlertid absolutt, og det kan

⁶ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan – Retningslinjer om begrepet påvirkning av handelen i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 (heretter «samhandelskunngjøringen»), EF-tidende C291/17, 30.11.2006 og EØS-tillegget til EF-tidende nr. 59/18, 30.11.2006, s. 18 flg.

ikke kreves innsyn i slike opplysninger i henhold til § 27 a annet ledd.

2.1.7 Pålegg om å gi opplysninger

Konkurransetilsynet kan kreve opplysninger fra enhver dersom tilsynet trenger dette for å utføre sine gjøremål etter loven eller for å oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor en fremmed stat eller en internasjonal organisasjon, jf. konkurranseloven § 24.

Bestemmelsen er sentral i Konkurransetilsynets saksbehandling og benyttes i stor utstrekning for å innhente informasjon fra parter og tredjeparter. Bestemmelsen gjelder for alle sakstyper og på alle trinn i saksbehandlingen, herunder ved utredning av fusjonssaker, i saker om mulig overtredelse av konkurranseloven og når tilsynet gjennomfører generelle markedsundersøkelser.

Konkurransetilsynet kan kreve opplysningene gitt skriftlig eller muntlig innen en fastsatt frist, og informasjonen kan nedtegnes og lagres som forklaringsopptak. Tilsynet kan også kreve utlevert bærere av informasjon. Utfyllende regulering er gitt i forskrift om opplysningsplikt og bevissikring.⁷ Pålegg om å gi opplysninger er prosessledende avgjørelse, og ikke enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. Det foreligger likevel klagerett på slike avgjørelser, jf. forvaltningsloven § 14.

2.1.8 Vedtak om tvangsmulkt

Etter konkurranseloven § 28 kan Konkurransetilsynet vedta løpende tvangsmulkt for å sikre at enkeltvedtak i medhold av loven og pålegg om opplysningsplikt i medhold av § 24 etterleves. Tilsynet kan bestemme når mulkten begynner å løpe, samt at mulkten skal fortsette å løpe inntil forholdet er rettet. Det er ikke blitt fattet noen vedtak etter denne bestemmelsen siden konkurranselovens ikrafttredelse i 2004.

2.1.9 Vedtak etter patentloven

Konkurransetilsynet kan i medhold av patentloven §§ 45 til 49, jf. § 50 a, fatte vedtak om tvangslisens. En tvangslisens er en tillatelse til å utnytte en patentert oppfinnelse uten samtykke fra den som eier patentet.

Konkurransetilsynet kan tilkjenne tvangslisens dersom den patenterte oppfinnelsen ikke er

tatt i bruk etter en viss periode, dersom patentretten blir brukt på en måte som reduserer konkurransen vesentlig, dersom oppfinnelsen ble tatt i bruk uten kunnskap om at det var søkt patent, dersom oppfinnelsen representerer et viktig teknisk fremskritt av vesentlig verdi, eller dersom tvangslisens er påkrevd av hensyn til viktige allmenne interesser.

Den som søker om tvangslisens, må betale et gebyr på 10 000 kroner. Formålet med gebyrkravet er å redusere unødige søknader. I vedtak om tvangslisens skal det fastsettes i hvilket omfang oppfinnelsen skal kunne brukes, og hvilket vederlag rettighetshaveren skal få for dette.

2.1.10 Vedtak etter pristiltaksloven

Pristiltaksloven gir hjemmel til prisregulering når det er nødvendig for å fremme en samfunnsmessig forsvarlig prisutvikling. Konkurransetilsynet kan fatte vedtak om maksimalpriser, minstepriser, prisstopp, prisberegninger, rabatter, maksimalavanser, leverings- og betalingsvilkår og andre bestemmelser om priser, fortjenester og forretningsvilkår eller pålegge meldeplikt for endringer i slike forhold.

Med hjemmel i pristiltaksloven § 1 fastsetter Konkurransetilsynet vedtak om maksimalpriser for drosjekjøring i områder uten konkurranse. Slike vedtak pålegger et ubestemt antall personer plikter, og vedtas derfor i forskrifts form.⁸ Etter som det ikke er klagerett på forskrifter, vil ikke vedtakelsen av disse være gjenstand for overprøving av departementet. Dersom Konkurransetilsynet skulle fatte enkeltvedtak i medhold av pristiltaksloven § 1, vil berørte parter derimot ha klagerett.

Konkurransetilsynet har også hjemmel til å håndheve bestemmelsen om urimelige priser og forretningsvilkår i pristiltaksloven § 2, jf. § 3. Konkurransetilsynets oppgave er å kontrollere at § 2 overholdes. Tilsynet pålegger ikke opphør av eventuelle overtredelser, og ilegger ikke tvangsmulkt eller overtredelsesgebyr, men begrenser seg til å innhente opplysninger for å kunne vurdere om forholdet antas å være i strid med pristiltaksloven § 2, og om forholdet skal anmeldes til politiet med sikte på straff i medhold av § 4. Avgjørelser om å avslutte saker knyttet til pristiltaksloven § 2 kan ikke påklages.

⁷ Forskrift 11. desember 2013 nr. 1491.

⁸ Forskrift 30. september 2010 nr. 1307 om takstberegning og maksimalpriser for løyvepliktig drosjetransport med motorvogn.

2.1.11 Vedtak om dekning av sakskostnader etter forvaltningsloven § 36

Det følger av forvaltningsloven § 36 at en part skal tilkjennes dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret et vedtak til partens gunst, med mindre endringen skyldes partens eget forhold eller forhold utenfor partens og forvaltningens kontroll, eller andre særlige forhold taler mot det.

Hovedregelen etter forvaltningsloven § 36 tredje ledd er at det er klageinstansen som skal avgjøre hvorvidt en part skal få dekning for sakskostnader. Avgjørelsen ligger imidlertid til underinstansen når denne fatter nytt vedtak i saken. Dette innebærer at det i de fleste tilfellene er klageinstansen, ikke Konkurransetilsynet, som fatter vedtak om dekning av sakskostnader. Vedtak om sakskostnader kan påklages, jf. forvaltningsloven § 36 tredje ledd fjerde punktum.

2.1.12 Vedtak om avvisning m.m.

Det følger av forvaltningsloven § 2 tredje ledd at også avgjørelser som gjelder avvisning av en sak eller bruk av særlige tvangsmidler for å få gjennomført et vedtak, skal regnes som enkeltvedtak. Det vil dermed være klagerett på slike avgjørelser. Regelen dekker for eksempel vedtak om avvisning av klager som anses kommet inn for sent, eller avvisning av klager på grunn av manglende rettslig klageinteresse, jf. forvaltningsloven §§ 28 til 31.

2.2 Saksbehandlingsreglene for vedtak og avgjørelser som overprøves ved forvaltningsklage

2.2.1 Innledning

Utgangspunktet ved klagesaksbehandlingen er at reglene i forvaltningsloven kommer til anvendelse. Dette innebærer blant annet at enkeltvedtak kan påklages av part eller annen med rettslig klageinteresse, jf. forvaltningsloven § 28, og at det foreligger en alminnelig klagefrist på tre uker, jf. § 29. Videre er utgangspunktet at klageinstansen kan prøve alle sider av saken og ta hensyn til nye omstendigheter, jf. § 34. Klagesaksbehandlingen for prosessledende avgjørelser i form av pålegg om å gi opplysninger etter konkurranseloven § 24 reguleres av forvaltningsloven § 14, som blant annet fastsetter en kortere klagefrist.

Det er gitt enkelte særregler i konkurranseloven som avviker fra forvaltningsloven. I det føl-

gende vil det redegjøres for hvordan regulering av klagesaksbehandlingen i konkurransesaker avviker fra reguleringen etter forvaltningsloven.

2.2.2 Saksbehandlingen ved klage på fusjoner og oppkjøp

2.2.2.1 Klagefrist, klagerett og saksforberedelse i klagesak

For vedtak i saker om fusjoner og oppkjøp er det gitt særlige regler om klage og oppheving i konkurranseloven § 20 a. Det fremgår at klage må fremsettes innen 15 virkedager, og at reglene om klage i forvaltningsloven kapittel VI gjelder så langt de passer.

Konkurranseloven § 20 a regulerer ikke utgangspunktet for fristen eller hvorvidt det kan gis oppfriskning. Bestemmelsens ordlyd tilsier at disse spørsmålene avgjøres etter forvaltningslovens regulering. Utgangspunktet for fristberegningen blir dermed «det tidspunkt underretning om vedtaket er kommet frem til vedkommende part», tilsvarende reguleringen i forvaltningsloven § 29 første ledd. Videre skal forvaltningslovens regulering av når klagen må være fremsatt, samt oppfriskning ved oversittelse av klagefristen i §§ 30 og 31 gjelde så langt de passer.

Enkeltvedtak kan påklages av en «part eller annen med rettslig klageinteresse», jf. forvaltningsloven § 28. Ordlyden i konkurranseloven § 20 a gir ikke anvisning på noen særregulering i saker om fusjoner og opphør. Bestemmelsen om at reglene om klage i forvaltningsloven gjelder så langt de passer, taler for at det ikke bare foreligger klagerett for parter, men også tredjeparter med rettslig klageinteresse.

Uttalelser i forarbeidene taler likevel for at det i utgangspunktet bare er sakens parter som vil ha klagerett.⁹ Det fremgår at tredjepart etter departementets syn ikke vil ha klagerett verken på Konkurransetilsynets beslutning om ikke å gripe inn mot en foretakssammenslutning eller på vedtak om avhjelpende tiltak som tredjepart mener ikke går langt nok i å avbøte konkurranseproblemet.

Ved Konkurransetilsynets saksforberedelse i klagesak kommer forvaltningsloven § 33 til anvendelse så langt den passer. Konkurransetilsynet plikter imidlertid å bringe klagen inn for departementet senest 15 virkedager etter at den er mottatt. Regelen pålegger en mer absolutt frist enn forvaltningsloven § 33 fjerde ledd, hvor det frem-

⁹ Prop. 75 L (2012–2013) s. 99, som viser videre til Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 83 og 230.

går at klagen oversendes «så snart saken er tilrettelagt».

2.2.2.2 Departementets klagebehandling

Departementet må treffe vedtak i klagesaken innen 60 virkedager etter at klagen er mottatt. For øvrig gjelder reglene om klage i forvaltningsloven kapittel VI så langt de passer.

Ved klage over vedtak om forbud mot foretakssammenslutning etter konkurranseloven § 16 første ledd reguleres departementets kompetanse ved klagebehandlingen av forvaltningsloven § 34. Departementet kan prøve alle sider av saken og ta hensyn til nye omstendigheter, jf. § 34 annet ledd. Herunder kan departementet ta opp forhold som ikke er berørt av klager. Departementet har selvstendig utredningsplikt etter forvaltningsloven § 17.

Ved klage over vedtak om avhjelpende tiltak kan departementets vedtak bare gå ut på å oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak. Det følger av forarbeidene at rammen for departementets klagebehandling ligger i tilsynets hjemmel til å fatte vedtak etter konkurranseloven § 16 annet ledd, herunder den begrensede utredningsplikten som ligger i bestemmelsen.¹⁰ Rammen for klagebehandlingen må også sees i sammenheng med at parten selv har fremsatt tilbudet om avhjelpende tiltak som ligger til grunn for vedtaket. Departementets klagebehandling vil derfor være begrenset til å prøve om Konkurransetilsynets vedtak er gyldig, og klagebehandlingen vedrørende vedtak om avhjelpende tiltak er således mer begrenset enn hva som ellers følger av forvaltningsloven § 34 siste ledd. Klager på vedtak om avhjelpende tiltak kan således begrunnes med at Konkurransetilsynet ikke hadde hjemmel til å gripe inn fordi transaksjonen ikke kan føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen, saksbehandlingsfeil, eller at det avhjelpende tiltaket er uforholdsmessig inngripende overfor melder.¹¹

Dersom departementet opphever et vedtak om avhjelpende tiltak fordi foretakssammenslutningen ikke kan føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen, er saken endelig avgjort, jf. § 20 a annet ledd første punktum.

Dersom vedtaket oppheves på annet grunnlag, kan Konkurransetilsynet fatte nytt vedtak etter § 20 første ledd, jf. § 20 a annet ledd. Snarest mulig, og senest 45 virkedager fra vedtaket ble

opphevet, må tilsynet fremlegge begrunnet forslag om forbudsvedtak eller fatte nytt vedtak som tillater foretakssammenslutningen på vilkår foreslått av melderne. Dersom forslaget fra melderne fremsettes senere enn 35 virkedager fra opphevingen av vedtaket, forlenges Konkurransetilsynets frist tilsvarende.

2.2.2.3 Overprøving av Kongen i statsråd

Konkurransetilsynets inngrepsvedtak kan også overprøves av Kongen i statsråd, jf. konkurranseloven § 21. Dette innebærer at Kongen i statsråd kan tillate en foretakssammenslutning eller et erverv av andeler som Konkurransetilsynet har grepet inn mot etter § 16 og § 16 a, og at det kan settes vilkår for en slik tillatelse. Avgjørelsen kan fattes på politisk grunnlag, i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning. Når vilkårene etter § 16 eller § 16 a er oppfylt, kan Kongen i statsråd også vedta inngrep mot en foretakssammenslutning samt pålegge meldeplikt i medhold av § 18.

For vedtak som fattes av Kongen i statsråd, gjelder ikke saksbehandlingsfristene som gjelder for Konkurransetilsynet og departementet i henhold til konkurranseloven § 20 og 20 a. Adgangen til å gripe inn ved vedtak fattet av Kongen i Statsråd faller bort tolv måneder etter at endelig avtale er inngått eller kontroll er ervervet.

2.2.3 Saksbehandlingen ved klage på pålegg om opphør av overtredelse

2.2.3.1 Klagefrist, klagerett og saksforberedelse i klagesak

Også for Konkurransetilsynets pålegg om opphør av ulovlig atferd i medhold av § 12 første ledd eller midlertidig vedtak etter § 12 femte ledd er utgangspunktet at forvaltningslovens regler kommer til anvendelse ved klagebehandlingen. Det foreligger ingen særregulering av klagefristen i konkurranseloven, og det er dermed den alminnelige klagefristen på tre uker etter forvaltningsloven § 29 som gjelder.

Konkurranseloven § 12 inneholder ikke noen særregulering som begrenser kretsen av klageberettigede. Siden forvaltningslovens regler om klage skal gjelde så langt de passer, blir utgangspunktet at vedtaket kan påklages av en «part eller annen med rettslig klageinteresse», jf. forvaltningsloven § 28. Det uttales i forarbeidene at tredjepersoner sjelden antas å ha rettslig interesse i en

¹⁰ Prop. 75 L (2012–2013) punkt 6.3.4.2.

¹¹ Prop. 75 L (2012–2013) punkt 6.3.4.2.

klage, siden vedtaket er rettet fremover. Videre fremgår det av forarbeidene:

«Både partene, i den utstrekning de måtte angre, og tredjepersoner som berøres tilstrekkelig direkte skal, etter utvalgets forslag, kunne påklage vedtaket etter vanlige regler.»¹²

Utvalget legger således til grunn at det i større grad vil foreligge rettslig klageinteresse med tilhørende klagerett i saker som gjelder pålegg om overtredelse, enn det som er tilfellet i fusjonssakene, jf. punkt 2.2.2.1 over. Utvalget legger til grunn at spørsmålet om rettslig klageinteresse må løses på bakgrunn av de generelle reglene om dette i forvaltningsloven.

Tredjeperson med rettslig interesse, som mener at tiltakene ikke går langt nok i å eliminere skadevirkninger på konkurransen, kan også bringe saken inn for de alminnelige domstolene med påstand om at det fortsatt foreligger en overtredelse.

2.2.3.2 Departementets klagebehandling

Det foreligger ingen særregler om klage over pålegg om opphør etter konkurranseloven § 12 første ledd eller midlertidig vedtak etter femte ledd, og forvaltningslovens regler kommer derfor til anvendelse på vanlig måte ved klage på slike vedtak.

Når det fattes vedtak etter § 12 første ledd, vil det kunne fattes vedtak om overtredelsesgebyr med det samme. I praksis har det ikke forekommet at et vedtak som pålegger opphør, påklages, dersom saken også gjelder vedtak om overtredelsesgebyr. Vedtak om overtredelsesgebyr kan overprøves av tingretten, jf. mer om dette i punkt 2.3.1 under.

Det fremgår av konkurranseloven § 12 tredje ledd siste punktum at det også er klageadgang over Konkurransetilsynets vedtak om avhjelpende tiltak i en potensiell overtredelsessak. Et slikt vedtak innebærer at Konkurransetilsynet avslutter en mulig overtredelsessak basert på tiltak som foreslås av melder. Konkurransetilsynet kan også oppnevne en forvalter til å bistå ved gjennomføringen etter forslag fra foretakene. Oppnevningen av forvalter inngår da som et vilkår for vedtaket om avhjelpende tiltak og kan påklages som del av en eventuell klage over vedtaket.

Klage på vedtak om avhjelpende tiltak fremstår ikke veldig praktisk siden slike vedtak fattes

etter dialog mellom Konkurransetilsynet og partene, og partene selv har foreslått de avhjelpende tiltakene.

Ved en eventuell klage kan departementet oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak, jf. konkurranseloven § 12 tredje ledd siste punktum. Klagebehandlingen er således mer begrenset enn hva som følger av forvaltningsloven § 34 siste ledd, der klageorganet kan erstatte førsteinstansens vedtak med sitt eget. Departementet skal prøve alle klagegrunner som kan føre til at vedtaket blir ugyldig. Departementet kan således prøve om atferden tiltaket er rettet mot, vil kunne ende med vedtak etter § 12 første ledd. I denne forbindelse er det ikke nødvendig å gjøre en fullstendig vurdering av inngrepsvilkåret, jf. § 12 tredje ledd annet punktum. Rammene for klagebehandlingen ligger i Konkurransetilsynets hjemmel til å fatte vedtak etter § 12 tredje ledd, herunder den begrensede utredningsplikten Konkurransetilsynet vil ha i overtredelsessaker hvor det blir enighet om avhjelpende tiltak. Departementet må ved klagebehandlingen vurdere faktum på klagebehandlingstidspunktet. Departementet skal prøve om vedtaket lider av saksbehandlingsfeil eller andre mangler som leder til ugyldighet, blant annet om tiltakene går for langt. Departementet kan også i sin prøving kontrollere at Konkurransetilsynet har vurdert virkningene av de foreslåtte tiltakene for tredjepersoner,¹³ og om tilsynet har vurdert om tiltakene er egnet og nødvendige, samt at denne vurderingen fremkommer av tilsynets begrunnelse.

Dersom resultatet av klagebehandlingen er at Konkurransetilsynets vedtak stadfestes, er rettsstillingen for de berørte partene uendret. Dersom departementets vedtak går ut på å oppheve Konkurransetilsynets vedtak uten at et nytt vedtak er utelukket, må partene i vedtaket velge om de vil presentere et nytt tilbud om avhjelpende tiltak for tilsynet. I et slikt tilfelle kan Konkurransetilsynet selv bestemme om det vil prioritere fortsatt utredning av saken.

Når Konkurransetilsynet ikke godtar et tilbudt avhjelpende tiltak, kan avgjørelsen ikke påklages, jf. bestemmelsens forarbeider.¹⁴

¹² Prop. 75 L (2012–2013) s. 24.

¹³ Prop. 75 L (2012–2013) s. 31, der det vises videre til sak 441/07 P, *Kommisjonen mot Alrosa Company Ltd.*, sml. 2010 s. I-5949. Departementet legger til grunn at det generelt skal mye til for at et tiltak som er egnet til å avbøte en konkurranseskadelig atferd, og som ikke lider av innholdsman- gler, blir så urimelig overfor tredjeperson at vedtaket blir ugyldig.

¹⁴ Prop. 75 L (2012–2013) s. 31, som viser videre til praksis etter rådsforordning (EF) nr. 1/2013 ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9.

2.2.3.3 Overprøving av Kongen i statsråd

I medhold av konkurranseloven § 13 kan Konkurransetilsynets vedtak i forbudssaker overprøves av Kongen i statsråd. Dette innebærer at Kongen i statsråd kan tillate atferd i strid med forbudene i §§ 10 eller 11, gi pålegg eller omgjøre Konkurransetilsynets vedtak etter § 12 første ledd i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning. En tillatelse til atferd i strid med §§ 10 eller 11 har ingen virkning for overtredelser av lovens forbud eller vedtak truffet i medhold av loven før tillatelsen blir gitt. Dersom saken gjelder en overtredelse av §§ 10 eller 11 der samhandelen påvirkes, slik at det også vil foreligge brudd på EØS-avtalen artikkel 53 eller 54, skal konkurransemyndighetene også anvende EØS-avtalens bestemmelser, jf. EØS-konkurranseloven § 7. Dette innebærer at det i saker med samhandelspåvirkning uansett vil være plikt til å anvende EØS-avtalens bestemmelser dersom brudd på §§ 10 eller 11 konstateres. Slik atferd kan Kongen i statsråd derfor ikke tillate.

2.2.4 Saksbehandlingen ved klage på pålegg om opplysningsplikt

Det foreligger klagerett på Konkurransetilsynets prosessledende avgjørelser om opplysningsplikt, jf. forskrift om opplysningsplikt og bevissikring § 1 samt forvaltningsloven § 14. Klage kan fremsettes muntlig. Klagefristen er straks når den pålegget gjelder, er til stede, ellers tre dager. Opplysningene kan kreves gitt før klagesaken er avgjort, dersom Konkurransetilsynet finner dette påtrengende nødvendig for å gjennomføre sine oppgaver etter loven.

Forvaltningsloven § 14 krever at hjemmelen for pålegget må oppgis, og den pålegget rettes mot, kan klage dersom vedkommende mener han ikke har plikt eller lovlig adgang til å gi opplysningene. Det er således kun lovligheten av pålegget som kan påklages. Dette innebærer at det kun skal vurderes om det foreligger saksbehandlingsfeil, om pålegget er uhjemlet, om det foreligger myndighetsmisbruk, eller om den pålegget retter seg mot, ikke kan etterkomme pålegget uten å bryte taushetsplikt. Det frie forvaltningsskjønnet med hensyn til Konkurransetilsynets vurdering av behovet for pålegget skal dermed ikke overprøves.

2.3 Overprøving i domstolen

2.3.1 Vedtak om overtredelsesgebyr

Konkurranseloven § 29 gir Konkurransetilsynet hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr for visse brudd på konkurranseloven. Ved fastsettelse av gebyrets størrelse skal det særlig legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet samt lempning, jf. § 29 annet ledd. Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages til departementet. Vedtakene overprøves av domstolene, og søksmålsfristen er seks måneder fra partene mottok vedtaket. Bare foretak eller sammenlutninger av foretak kan ilegges overtredelsesgebyr, og kun dersom overtredelsen er forsettlig eller uaktsom. Sanksjonsformen bygger på det reaksjonsmiddel som finnes i EU/EØS-retten, jf. nærmere om dette i bestemmelsens forarbeider.¹⁵

Videre fremgår det av bestemmelsens forarbeider at overtredelsesgebyr vurderes som et sivilrettslig sanksjonsmiddel, men er å anse som straff i henhold til EMK artikkel 6.

I forbindelse med en sak om overtredelsesgebyr kan Konkurransetilsynet som nevnt vedta lempning av gebyret. Vedtaket kan gjelde hel lempning i henhold til konkurranseloven § 30 (fullt fritak for gebyr eller amnesti) eller delvis lempning i henhold til konkurranseloven § 31 (delvis fritak for gebyr). Et foretak som oppfyller vilkårene, har krav på lempning. Dette følger av ordlyden «skal gis», jf. §§ 30 og 31 sammenholdt med forarbeidene.¹⁶ Utfyllende bestemmelser er gitt i forskrift 11. desember 2013 nr. 1465 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.

2.3.2 Vedtak om partsinnsyn i overtredelsessaker

Konkurranseloven § 26 annet ledd regulerer partsinnsyn i overtredelsessaker. Bestemmelsen gir grunnlag for å avslå slikt innsyn ved fare for etterforskningen eller tredjeperson. Videre fastsetter bestemmelsen at forvaltningsloven § 19 skal gjelde tilsvarende. Bestemmelsen i forvaltningsloven innskrenker parters adgang til innsyn i visse typer opplysninger, blant annet begrenses kravet på innsyn i forretningshemmeligheter.

Avslag på innsyn som er fattet i medhold av konkurranseloven § 26 annet ledd, kan ikke påklages til departementet, uavhengig av om Konkur-

¹⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 240 samt punkt 8.3 i proposisjonen.

¹⁶ Prop. 75 L (2012–2013) s. 154.

ransetilsynets begrunnelse for å avslå innsyn er hensynet til etterforskningen, tredjeperson, forretningshemmeligheter eller andre grunnlag som nevnes i forvaltningsloven § 19.¹⁷ Spørsmålet om innsyn i slike saker kan kreves avgjort av retten ved kjennelse.

2.4 Saksbehandlingsreglene for vedtak domstolen overprøver

2.4.1 Innledning

For den gruppen av vedtak som direkte er gjenstand for rettslig overprøving, gjelder i utgangspunktet tvisteloven så langt den passer. Konkurransloven inneholder imidlertid noen særlige regler for domstolens prøving av vedtak om overtredelsesgebyr som gjennomgås under.

2.4.2 Søksmålsfrist

Søksmålsfristen for vedtak om overtredelsesgebyr er seks måneder fra partene mottok vedtaket, jf. konkurranseloven § 29 tredje ledd femte punktum. Mulighet for oppfriskning ved fristoversittelse reguleres av tvisteloven §§ 16-12 til 16-14.

2.4.3 Domstolens overprøvningskompetanse

I saker om overtredelsesgebyr kan retten prøve alle sider av saken, jf. § 29 tredje ledd syvende punktum. Det følger av bestemmelsens forarbeider at domstolens kompetanse i slike saker tilsvarende departementets kompetanse som klageorgan i tradisjonelle forvaltningssaker.¹⁸

Høyesterett har avklart at det kreves klar sannsynlighetsovervekt for ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, og det samme beviskravet gjelder ved vurdering av skyldgraden som ledd i utmålingen av reaksjonen.¹⁹

Når en sak bringes inn for domstolene, har retten altså kompetanse til å prøve alle sider av saken og treffe realitetsavgjørelse. Et slikt unntak fra den alminnelige regelen om domstolens begrensede prøvingsintensitet knyttet til forvaltningsvedtak gjør seg også gjeldende på andre rettsområder der forvaltningen ilegger overtredelsesgebyr.²⁰

EMK stiller visse krav til saksbehandlingen (rettergangen) for en administrativ sanksjon som utgjør straff i konvensjonens forstand. Betydningen av dette kravet når det gjelder opprettelsen av et uavhengig klageorgan, gjennomgås nærmere under punkt 3.2.

Sanksjonslovutvalget²¹ drøftet domstolens prøvelsesrett ved ileggelse av overtredelsesgebyr og påpekte at i saker som utgjorde straffsiktelse etter EMK artikkel 6, vil det være krav om full kompetanse i domstolsprøvingen.

Regelen i konkurranseloven § 29 tredje ledd syvende punktum er i samsvar med dette.

Bøteutmåling i EU-retten overprøves på tilsvarende måte. Det fremgår av TEUV artikkel 261 at den europeiske unions domstol har full domsmyndighet («unlimited jurisdiction») med hensyn til de tvangsmidler som forordningene fastsetter. Domstolens overprøvningskompetanse vedrørende bøter reguleres av rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 31, der det fremgår at

«Domstolen har fuld prøvelsesret med hensyn til klager over beslutninger, hvorved Kommissionen fastsætter en bøde eller en tvangsbøde. Den kan ophæve, nedsætte eller forhøje den pågældende bøde eller tvangsbøde.»

Dette er også i samsvar med kravene om kompetanse ved domstolsprøvingen etter EMK artikkel 6.

TEUV artikkel 261 kan sammenlignes med ODA-avtalen artikkel 35. Bestemmelsen lyder:

«EFTA-domstolen skal ha full domsmyndighet når det gjelder sanksjoner som ilegges av EFTAs overvåkingsorgan.»

ODA-avtalen artikkel 31 tilsvarende rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 31.

¹⁷ Jf. vedtak om avvisning av klage fattet av Moderniseringsdepartementet 9. desember 2005, klage over avslag på partsynsyn i Konkurransetilsynets sak 2005/675 (Color Line AS). Se også vedtak om avvisning av klage fattet av Fornyings- og administrasjonsdepartementet 21. november 2007, klage over avslag på partsynsyn i Konkurransetilsynets sak 2005/572 (Golvimporten Entreprenad AB).

¹⁸ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 241.

¹⁹ Rt. 2012 s. 1556 avsnitt 60.

²⁰ Jf. eksempelvis akvakulturloven § 30, femte ledd.

²¹ Jf. NOU 2003: 15 Fra bot til bedring.

2.5 Konkurransetilsynets avgjørelser som ikke utløser klagerett

2.5.1 Konkurransetilsynets avgjørelser av spørsmål om unntak fra gjennomføringsforbudet

Meldepliktige foretakssammenslutninger kan ikke lovlig gjennomføres før Konkurransetilsynet har avsluttet behandlingen av saken, jf. konkurranseloven § 19 første ledd. Det samme gjelder foretakssammenslutninger der Konkurransetilsynet har pålagt meldeplikt i medhold av § 18 tredje eller femte ledd, melding er gitt etter § 18 sjette ledd eller meldeplikten følger av forskrift gitt etter § 18 niende ledd. I medhold av konkurranseloven § 19 annet ledd har Konkurransetilsynet hjemmel til å gjøre unntak fra gjennomføringsforbudet etter søknad fra melderne. En slik avgjørelse vil innebære at transaksjonen lovlig kan gjennomføres før tilsynet har ferdigbehandlet saken. Det følger av bestemmelsens forarbeider at slike avgjørelser ikke utgjør enkeltvedtak, og at forvaltningslovens regler om klage ikke gjelder.²² Dersom tilsynet mottar en anmodning om å gjøre unntak fra gjennomføringsforbudet, kan tilsynet avslå dette uten noen nærmere begrunnelse og uten at partene kan klage over beslutningen.

2.5.2 Konkurransetilsynets avgjørelser om ikke å treffe vedtak etter henvendelse om mulig overtredelse

Enhver kan kontakte Konkurransetilsynet med informasjon om en mulig overtredelsessak. Slike henvendelser kan gjelde tips om mulig overtredelse. Konkurransetilsynet vil i så fall ha taushetsplikt om tipsers identitet, jf. konkurranseloven § 27 første ledd. Henvendelsene kan også finne sted ved at det åpent tas kontakt med tilsynet med en anmodning om at tilsynet pålegger opphør av overtredelse etter konkurranseloven § 12. Det er den som henvender seg til tilsynet, som avgjør om henvendelsen skal anses som et tips eller en åpen anmodning.²³

Når Konkurransetilsynet mottar en henvendelse om mulig overtredelse, vil tilsynet gjøre en vurdering av i hvilken grad det skal iverksettes videre undersøkelser. Spørsmålet om prioritering av tilsynets ressurser er relevant i denne forbind-

delse. Det foreligger ikke klagerett på tilsynets avgjørelse om ikke å gå videre med en sak. Slik klagerett fulgte tidligere av konkurranseloven § 12 tredje ledd, men bestemmelsen ble endret 1. januar 2014 slik at det ikke lenger foreligger klagerett.

Det kan tenkes at tilsynets unnlattelse av å treffe vedtak i en sak kan utgjøre et enkeltvedtak etter definisjonen i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b. I så tilfelle må det foreligge konkrete forhold ved den aktuelle saken som gjør det mulig å slå fast at unnlattelse av å treffe vedtak er bestemmende for rettigheter og plikter til en eller flere bestemte personer.

Dette temaet ble drøftet i NOU 2003: 12, hvor det uttales på s. 157:

«Hvorvidt det er et vedtak i forvaltningslovens forstand når et forvaltningsorgan unnlater å påby at en ulovlig atferd skal opphøre etter oppfordring fra en som mener seg berørt, vil bero på en konkret fortolkning av loven. Hvis loven ikke sier noe, vil utgangspunktet være at det å unnlate å ta opp en sak ikke representerer et vedtak i forvaltningslovens forstand. Også kravet til at avgjørelsen skal være bestemmende for rettigheter og plikter innebærer at det å ikke gå videre med en sak, normalt ikke vil være et vedtak. Hvis forvaltningen unnlater å gripe inn i en rettsituasjon, er det jo ikke forvaltningens avgjørelse som bestemmer rettsstillingen, men de rettsregler som allerede gjelder.»

Etter dette legger utvalget til grunn at tilsynets unnlattelse av å treffe vedtak i de fleste tilfeller ikke vil vurderes å utgjøre et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand, og at det dermed ikke vil foreligge klagerett i slike tilfeller.

2.5.3 Konkurransetilsynets avgjørelse om ikke å godta tilbud om avhjelpende tiltak

Når Konkurransetilsynet ikke godtar et tilbudt avhjelpende tiltak, kan avgjørelsen ikke påklages. Dette fremgår av forarbeidene til § 12 tredje ledd.²⁴

2.5.4 Konkurransetilsynets begjæring om bevissikring

I medhold av konkurranseloven § 25 kan Konkurransetilsynet fremsette begjæring om bevissikring

²² Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 232.

²³ Prop. 75 L (2012–2013) s. 153. Det avgjørende er tipserens karakteristikk av meldingen når opplysningene registreres hos Konkurransetilsynet.

²⁴ Prop. 75 L (2012–2013) punkt 3.3.4.3, som viser videre til praksis etter rådsforordning (EF) nr. 1/2003 ODA protokoll 4 kapittel II artikkel 9.

for tingretten, for å få adgang til å søke etter bevis i overtredelsessaker. Konkurransetilsynet kan dermed ikke selv fatte vedtak om bevissikring, men må avvente rettens beslutning om dette før bevissikringen kan iverksettes. Rettens beslutningen kan påankes, men en anke vil ikke ha oppsettende virkning. Konkurransetilsynets begjæring om bevissikring kan ikke påklages.

2.5.5 Konkurransetilsynets påpekning om konkurranseregulerende virkning av offentlige tiltak

Konkurransetilsynet kan rette henvendelser til andre myndigheter vedrørende eventuelle konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak, jf. konkurranseloven § 9 første ledd bokstav e. I denne forbindelse kan tilsynet også fremme forslag for å styrke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter.

Konkurransetilsynet kan kreve at det aktuelle myndighetsorgan skal svare tilsynet innen en nærmere angitt frist. I svaret skal det blant annet redegjøres for hvordan de konkurransemessige hensyn vil bli ivaretatt.

Ingen av disse tiltakene utløser klagerett.

2.6 Statistikk

2.6.1 Oversikt over antall vedtak i Konkurransetilsynet

I perioden fra konkurranselovens ikrafttredelse i 2004 til oktober 2014 har Konkurransetilsynet fattet vedtak om inngrep mot fusjoner og oppkjøp i 31 saker. I 20 saker ble det gitt tillatelse på vilkår og i elleve av sakene ble det nedlagt forbud mot transaksjonene. Ti av sakene ble påklaget til departementet. I tillegg kom det to klager vedrørende fusjonsrelaterte saker som ikke gjaldt selve inngrepet, men godkjenning av vilkår med mer.

Konkurranseloven § 18 tredje ledd gir Konkurransetilsynet hjemmel til å pålegge meldeplikt for foretak med omsetning under terskelverdiene etter § 18 annet ledd. Konkurransetilsynet har så langt bare fattet vedtak i en slik sak²⁵. Vedtaket ble ikke påklaget, men Konkurransetilsynet ble anmodet om å omgjøre uten at denne anmodningen førte frem.

Konkurransetilsynet har siden ikrafttredelsen av ny konkurranselov 2004 fattet vedtak om pålegg om opphør i tre saker, uten samtidig å

ilegge overtredelsesgebyr. To av disse vedtakene ble påklaget til departementet.²⁶

Konkurransetilsynet har besluttet å avslå anmodning om å pålegge opphør av ulovlig samarbeid i 288 saker. Før lovendringene av 1. januar 2014 var det adgang til å påklage disse avgjørelsene, og departementet har behandlet i underkant av 50 klager på slike avslag.

Konkurransetilsynet har ilagt overtredelsesgebyr i 134 saker i perioden mai 2004 – oktober 2014. De fleste av disse gjaldt brudd på meldeplikten etter § 18 (107 saker) eller brudd på gjennomføringsforbudet etter § 19 (16 saker).²⁷ Det antas at det blir færre slike saker etter 2014, da terskelverdiene for meldeplikten ble hevet²⁸ og det dermed blir færre transaksjoner som omfattes av gjennomføringsforbudet.

Konkurransetilsynet har i samme periode ilagt overtredelsesgebyr i en sak for brudd på § 4 i forskrift om meldeplikt for kraftpriser, og saken gjaldt inngivelse av uriktige eller ufullstendige opplysninger.

Videre har tilsynet ilagt overtredelsesgebyr for brudd på forbudsbestemmelsene i § 10 i ni saker, hvorav to saker også omhandlet brudd på EØS-avtalen artikkel 53.²⁹ En av sakene omhandlet både § 10 og § 11.³⁰ Foruten denne var det også en annen sak som omhandlet brudd på § 11.³¹

²⁵ Gjelder V2014-4 Cappelen Holding AS – Kongsberg Esco AS, der vedtak ble fattet 21.03.2014.

²⁶ Gjelder pålegg om opphør i V2007-9 Tide Reiser AS – Veolia Transport Sør AS 15. mai 2007 og midlertidig pålegg om opphør av 19. april 2013 av samarbeidsavtale mellom Norgesgruppen og Ica. Vedtak av 22. januar 2008 om pålegg om opphør i sak V2008-1 Bergen Sentrum øre nese hals Øyvind Jensen – Tor W. Søderstrøm ble ikke påklaget.

²⁷ I henhold til konkurranseloven § 18 første ledd forelå det tidligere plikt til å informere Konkurransetilsynet ved en alminnelig melding senest når endelig avtale var inngått eller kontroll var overtatt. Dette ble endret da bestemmelsen om gjennomføringsforbudet ble innført, se Ot.prp. nr. 35 (2007–2008).

²⁸ Terskelverdiene for når involverte parter i en foretakssammenslutning har meldeplikt til Konkurransetilsynet ble hevet fra 1. januar 2014. Det foreligger meldeplikt når de involverte foretakene har en samlet årlig omsetning på over en milliard kroner og minst to av de berørte foretakene hver for seg har en omsetning på minst 100 millioner kroner, se konkurranseloven § 18 annet ledd. Tidligere terskelverdier stod i forskrift 28. april 2004 nr. 673 om melding av foretakssammenslutninger mv. § 2, og gjorde unntak fra meldeplikt ved samlet omsetning på under 50 millioner kroner i Norge eller dersom bare ett av de involverte foretakene hadde årlig omsetning i Norge over 20 millioner kroner.

²⁹ Den første saken gjelder V2008-4 Borregaard Industries Limited og V2008-5 Brenntag, mens den andre saken gjelder V2013-3 Veidekke ASA / Veidekke Industri AS / NCC AB / NCC Roads AS.

³⁰ V2007-2 Tine BA

³¹ V2005-9 SAS AB, omgjort ved V2007-28 SAS AB

Ingen av sakene om overtredelsesgebyr for brudd på § 18 eller § 19 ble tatt inn for domstolen, men det ble tatt ut stevning i seks av sakene om overtredelsesgebyr for brudd på § 10 eller § 11.³² Et av disse vedtakene har blitt opphevet av Høyesterett,³³ et vedtak har blitt omgjort av Konkurransetilsynet³⁴, Konkurransetilsynet har fått medhold i to saker³⁵ og to saker³⁶ er fremdeles ikke rettskraftig avgjort.

Konkurransetilsynet pålegger opplysningsplikt i et stort antall saker hvert år. Slike pålegg gis både parter og tredjeparter i forbindelse med saksutredning ved fusjonssaker, i forbindelse med etterforskning av saker om mulig overtredelse samt i forbindelse med generelle markedsundersøkelser. Hvor mange ganger det pålegges opplysningsplikt i medhold av § 24 er vanskelig å si nøyaktig. Søk i Konkurransetilsynets arkivsystem viser at det har blitt sendt mellom 100 og 200 slike pålegg i skriftlig form de siste årene. Noen pålegg sendes også til flere mottakere (i en markedsundersøkelse ble f.eks. samme pålegg sendt til et titalls aktører). I tillegg kan informasjon innhentes per telefon eller i møter. Konkurransetilsynet har til sammen gitt over 20 generelle pålegg om opplysninger innen dagligvaremarkedet, kraftmarkedet og transportmarkedet. I tillegg er det gitt elleve pålegg i forbindelse med at terskelverdien for meldeplikt ble hevet med virkning fra 1. januar 2014.

Det er også vanskelig å anslå et gjennomsnittlig antall pålegg per sakstype. I fusjonssaker er antall pålegg eksempelvis avhengig av antall aktører i det berørte markedet. I etterforskningssaker kan antall § 24-pålegg måtte begrenses ut av etterforskningshensyn. I slike saker er det vanlig at opplysningene kreves gitt muntlig (forklaringsopptak), og i perioden 1. januar 2006 – 31. desember 2013 ble det gitt 150 slike pålegg om muntlig opplysningsplikt.

De fleste påleggene blir ikke påklaget, dette har så langt bare funnet sted i to saker.³⁷ Departementet konkluderte da med at påleggene hadde tilstrekkelig hjemmel, at de ikke utgjorde enkelt-

vedtak i forvaltningslovens forstand og at saksbehandlingsreglene i § 14 var fulgt. Videre kom departementet til at påleggene var forholdsmessige og at det ikke forelå myndighetsmisbruk. På denne bakgrunn opprettholdt departementet Konkurransetilsynets avgjørelser.

Konkurransetilsynet oppretter i utgangspunktet ikke egne saker for den enkelte innsynsbehandling, og det kan registreres et større antall begjæringer på samme sak. Basert på søk i Konkurransetilsynets arkivsystem estimeres det at tilsynet i perioden 2006–2013 behandlet gjennomsnittlig ca. 500 begjæringer om innsyn årlig, med kun to år under 500 begjæringer. Det synes å være en økende tendens, og i 2014 hadde tilsynet mottatt flere enn 500 innsynsbehandling allerede i september. Dette inkluderer både begjæringer om partsinnsyn og begjæringer om offentlig innsyn. Det nøyaktige antallet innsynsbehandling er vanskelig å estimere av ulike grunner. Eksempelvis kan det bes om løpende innsyn, innsyn i sakslogg, innsyn i flere dokumenter eller innsyn i flere saker. Det kan også bes om innsyn i form av saksstatistikk eller saksoversikter. Dokumenter som det bes om innsyn i publiseres også noen ganger på Konkurransetilsynets nettsider, slik at de er tilgjengelig for innsyn uten at det vil være nødvendig å sende en begjæring om dette.

Konkurransetilsynet har ikke fattet vedtak om ileggelse av tvangsmulkt etter konkurranseloven § 28 siden lovens ikrafttredelse i 2004.

Avslag på partsinnsyn i overtredelsessaker kan som nevnt ikke påklages, spørsmålet må kreves avgjort ved kjennelse av retten. Slik overprøving ved domstolen har ikke funnet sted, med unntak av der domstolen har tatt stilling til partsinnsyn i forbindelse med sak som allerede var under domstolsbehandling.³⁸

Konkurransetilsynet har som nevnt etter patentloven § 50, jfr § 50 a og § 47 kompetanse til å meddele tvangslisens på patenter etter begjæring. Konkurransetilsynet har fattet et slikt vedtak i en sak.³⁹ Vedtaket ble klagebehandlet av departementet, som opprettholdt tilsynets vedtak.⁴⁰

³² Sakene der det ikke ble tatt ut søksmål gjelder V2008-18 Håkon Rune / Oslo VVS, V2009-7 Taxi Midt-Norge, V2011-11 Fløysand Tak AS / IcopalTak AS og V2008-4 Borregaard Industries Limited/V2008-5 Brenntag. For informasjon om sakene der det ble tatt ut søksmål se påfølgende fotnoter.

³³ V2007-2 Tine BA.

³⁴ V2005-9 SAS AB, omgjort ved V2007-28 SAS AB.

³⁵ Dette gjelder V2009-15 Norges Turbileierforbund og V2009-17 Gran og Ekran / Grunnarbeid. Tingrettens dom vedrørende Norges Turbileierforbund ble først påanket, men anken ble senere trukket.

³⁶ V2011-12 Ski Taxi, Follo Taxisentral, Ski Follo Taxidrift og V2013-3 Veidekke ASA / Veidekke Industri AS / NCC AB / NCC Roads AS.

³⁷ Departementets avgjørelser datert 5. september 2014 vedrørende klage over pålegg om å gi opplysninger etter konkurranseloven § 24, rettet mot Telenor ASA og SAS Group AB.

³⁸ Kjennelse fra Oslo tingrett 16.05.2008, Tine BA mot Staten v/Konkurransetilsynet. HR-2008-1730-U – ICA AS mot Tine BA.

³⁹ V2009-16 Pharmaq AS – Intervet International B.V. – Avslag på begjæring om tvangslisens.

⁴⁰ Vedtaket ble klaget inn til Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet (FAD) 27. juli 2009. Etter klagebehandlingen opprettholdt FAD tilsynets vedtak, 8. juli 2010.

I den grad det fattes enkeltvedtak etter pristiltaksloven § 1 vil disse kunne påklages på vanlig måte, mens det ikke foreligger klagerett på slike vedtak som fattes i forskrifts form.

Som nevnt over begrenser Konkurransetilsynets saksbehandling etter pristiltaksloven § 2 seg til å innhente opplysninger for å kunne vurdere om forholdet antas å være i strid med bestemmelsen, og om forholdet skal anmeldes til politiet med sikte på straff i medhold av lovens § 4. Konkurransetilsynet fatter dermed ikke selv vedtak om brudd på pristiltaksloven 2, og i praksis har det vist seg at det skal mye til før henvendelser fra forbrukere om urimelig pris fører frem.

Konkurransetilsynet har i flere saker fattet avgjørelser om å avslutte utredning av sak knyttet til klage vedrørende pristiltaksloven § 2.⁴¹ Slike avgjørelser kan ikke påklages.

Det følger av forvaltningsloven § 36 at en part skal tilkjennes dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret et vedtak til partens gunst, med mindre endringen skyldes partens eget forhold eller forhold utenfor partens og forvaltningens kontroll, eller andre særlige forhold taler mot det.

Spørsmålet om en part skal få dekning for sakskostnader, avgjøres av klageinstansen, men av underinstansen dersom underinstansen har truffet nytt vedtak i saken.

De fleste krav om dekning av sakskostnader etter forvaltningsloven § 36 fremsettes for departementet, og det foreligger dermed ikke noe vedtak fra tilsynet som kan påklages. Det har imidlertid forekommet at krav har blitt fremsatt for tilsynet, og at tilsynets vedtak har blitt påklaget til departementet.⁴²

Det følger av forvaltningsloven § 2 tredje ledd at også avgjørelser som gjelder avvisning av en sak eller bruk av særlige tvangsmidler for å få gjennomført et vedtak skal regnes som enkeltvedtak. Det vil dermed foreligge klagerett på slike avgjørelser. Eksempelvis vil det foreligge klagerett på vedtak om avvisning av klage som er kommet inn for sent eller dersom Konkurransetilsynet har fun-

net at klager ikke har rettslig klageinteresse, jf. forvaltningsloven §§ 28–31. Det er fattet i underkant av ti slike avvisningsvedtak, og at de fleste gjaldt avvisning på grunn av oversittet klagefrist. Bare et fåtall av vedtakene om avvisning har blitt påklaget videre til departementet.

2.6.2 Oversikt over klagesaker til departementet etter konkurranseloven

For å gi et inntrykk av typen og antallet klagesaker som departementet behandler og som vurderes overført til det nye klageorganet, gis det en oversikt over ferdigbehandlede klagesaker siden den nye konkurranseloven ble innført i 2004.

Departementet har behandlet ti klager over Konkurransetilsynets vedtak om inngrep mot foretakssammenslutninger etter konkurranseloven § 16, samt to fusjonsrelaterte saker som ikke gjaldt selve inngrepet (godkjennelse av vilkår m.m.) Liste over disse vedtakene fremgår av tabell 2.1.

Departementet har kun fattet et vedtak som gjelder Konkurransetilsynets forbudsvedtak etter konkurranseloven § 10, Kystbuss-saken av 4. mai 2012. Videre har departementet fattet ett vedtak om midlertidig påbud om opphør etter konkurranseloven § 12 fjerde ledd, jf. § 10, ICA/Norges-Gruppen av 8. juli 2013.

Departementet har videre behandlet over 40 klager over Konkurransetilsynets avslag på innsyn etter konkurranseloven, forvaltningsloven og offentleglova. Departementet har også fattet 17 vedtak om saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36 der Konkurransetilsynets vedtak er blitt endret til gunst for partene. Departementet har nylig fattet to vedtak etter forvaltningsloven § 14, jf. konkurranselovens § 24 om prøving av pålegg om opplysningsplikt.

Det største antallet saker som er blitt behandlet er i underkant av 50 klager etter tidligere bestemmelse i konkurranseloven § 12 tredje ledd over avslag fra Konkurransetilsynet på anmodninger om opphør av en påstått ulovlig atferd. Som nevnt ovenfor ble denne klagemuligheten opphevet 1. januar i år.

Etter lovrevisjonen som trådte i kraft 1. januar 2014 har Konkurransetilsynet fått anledning til å fatte vedtak om såkalte bindende tilsagn i saker om mulig overtredelse av konkurranselovens § 10 og § 11, og disse vedtakene skal overprøves ved klagebehandling. Det er vanskelig å si noe ennå om hvor ofte tilsynet vil benytte seg av denne muligheten og i hvilken grad disse vedtakene vil bli påklaget.

⁴¹ Avgjørelse fattet av Konkurransetilsynet 9. mars 2012 som gjaldt klage fra Statens Vegvesen og avgjørelse 30. april 2013 som gjaldt klage fra Hurtigruten ASA.

⁴² I forbindelse med foretakssammenslutning mellom Validus/Sunkost ble Konkurransetilsynets vedtak om avvisning av krav av 18. juni 2009 påklaget til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD). Departementet fattet vedtak i klagesaken 6. januar 2010, og tilkjente partene saksomkostninger. Saken omhandlet vedtak om partsyns. Krav om saksomkostninger ble også fremsatt for tilsynet i saken V2011-1 Fjord Line AS samt A2008-17 Bilettema AS.

Tabell 2.1 Klagebehandling på inngrep mot fusjoner og oppkjøp.

År	Sak	Tilsynet sitt vedtak	Klagebehandling
2004	V2004-33 Ticketmaster New Venture Holdings II AB – Ticnet AS	Godkjent på vilkår.	Påklaget. Departementet endret på vilkår.
2005	V2005-12 Prior Norge BA – Norgården AS	Forbud.	Påklaget. Foretakssammenslutning godkjent av departementet.
2005	V2005-11 National Oilwell, Inc. og Varco International, Inc.	Godkjent på vilkår.	Påklaget, vedtaket opphevet.
2005	V2005-3 Swarco Norge AS – Peek Trafikk AS	Forbud.	Påklaget, vedtaket opphevet.
2006	V2006-223 Gilde – Prior	Forbud.	Påklaget, vedtaket opphevet.
2006	V2006-490 Falck Danmark A/S – Viking Redningstjeneste AS	Forbud.	Påklaget. Departementet godkjente foretakssammenslutning på vilkår.
2007	V2007-1 Trøndertaxi AS – Sør-Trøndelag Taxi AS – Konkurranselova § 16	Forbud.	Påklaget. Klagen ble ikke tatt til følge.
2008	V2008-22 Opplysningen Mobil AS – Aspiro Søk AS	Forbud.	Påklaget. Klagen ble ikke tatt til følge.
2009	V2009-14 Validus AS – Sunkost ASA	Forbud.	Påklaget. Klagen trukket.
2011	V2011-8 Lemminkäinen Norge AS – Mesta Industri AS	Godkjent på vilkår.	V2012-6: SSR ble ikke godkjent som kjøper. Vedtaket ble påklaget, men klageren fikk ikke medhold. I V2014-5 ble vedtaket omgjort til vilkår om avvikling av et verk i Lødingen.
2012	V2012-18 Plantasjen Norge AS – Oddernes Gartneri AS	Forbud.	Påklaget. Klagen ble ikke tatt til følge.

Samlet viser denne oversikten at det er svært få klagesaker som direkte omhandler de sentrale bestemmelsene i konkurranseloven om forbud mot konkurranseskadelig atferd og inngrep mot foretakssammenslutninger. Den viser også at det største antallet saker er anmodninger om påbud om opphør etter konkurranseloven § 12 tredje ledd, som vil bortfalle fra årsskiftet. Saksmengden illustrerer for øvrig at departementet i stor grad behandler spørsmål av mer prosessuell art som ikke direkte berører de mest sentrale virkemidlene i konkurranseloven, slik som innsynssaker og krav om saksomkostninger.

2.7 Forholdet mellom departement og tilsyn – instruksjonsmyndighet

2.7.1 Det alminnelige utgangspunkt om forholdet mellom departement og underliggende forvaltningsorgan

Det norske forvaltningsapparatet er stort sett hierarkisk organisert. Overordnede organer har instruksjonsmyndighet overfor underordnede og myndighet til å gi organisatoriske bestemmelser om deres virksomhet.⁴³

Utgangspunktet i norsk forvaltningsrett er således at departementene har organisasjons- og instruksjonsmyndighet overfor underliggende forvaltningsorganer. Instruksjonsmyndigheten innebærer at departementet kan instruere underliggende forvaltningsorganer ved generelle bestemmelser eller ved instruks om behandlingen av en enkelt sak, med mindre instruksjonsadgangen er

⁴³ NOU 2006: 14 Mer effektiv konkurranselov s. 70.

avskåret eller begrenset i lov. Instruksjonsadgangen motsvares av en adgang til å delegere vedtakskompetanse, med mindre delegasjonsadgangen er begrenset i lov. Selv om myndigheten til å avgjøre en sak i utgangspunktet er delegert til underordnet organ, kan departementet overta behandlingen av saken.

Videre kan overordnet organ som hovedregel omgjøre vedtak som er truffet av underordnet organ. Omgjøring kan skje etter klage eller eget tiltak. For enkeltvedtak er hovedregelen at de berørte kan klage til overordnet forvaltningsorgan, som har plikt til å behandle klager.

2.7.2 Særlig om konkurransesaker

I tilsynsmeldingen⁴⁴ gikk Bondevik II regjeringen inn for at Konkurransetilsynet skulle gis større uavhengighet ved å avskjære departementets instruksjonsmyndighet i enkeltsaker og ved at behandlingen av klagesaker skulle legges til en uavhengig klageinstans.⁴⁵ I tilfeller der det foreligger tungtveiende samfunnsmessige hensyn skulle Kongen i statsråd kunne omgjøre tilsynets vedtak.

2.7.2.1 Begrensning av departementets instruksjonskompetanse

Konkurransemyndighetene er i utgangspunktet organisert etter den vanlige ordningen i forvaltningen, og departementet har, med mindre annet er bestemt i loven, den kompetanse som følger av forvaltningsloven som overordnet instans for Konkurransetilsynet. Konkurranseloven inneholder imidlertid flere unntak fra dette utgangspunktet.⁴⁶

Gjennom konkurranseloven § 8 sikres Konkurransetilsynets uavhengighet ved at det ikke kan instrueres om avgjørelser i enkeltsaker. Bestemmelsen kom inn i konkurranseloven i 2004. Den er en kodifisering av praksis etter konkurranseloven fra 1993 om ikke å instruere Konkurransetilsynet i enkeltsaker. Bestemmelsen er viktig fordi den også formelt gjør det klart at departementet ikke kan instruere Konkurransetilsynet om resultatet i en sak, heller ikke gjennom en underhåndskontakt med tilsynet. Derneft gjør bestemmelsen det klart at tilsynets avgjørelser helt ut er dets egne.

Departementet kan likevel pålegge tilsynet å ta en sak opp til behandling. Formålet er å sikre at viktige saker blir tatt opp til behandling av Konkurransetilsynet i første instans. Gjennom denne adgangen har departementet mulighet til å styre tilsynets prioriteringer og ressursbruk som del av den generelle etatsstyringen. Departementets instruksjonsmyndighet kan også benyttes for å be Konkurransetilsynet om å forberede en sak, der Kongen i statsråd ønsker å omgjøre et vedtak truffet av Konkurransetilsynet, eller treffe et vedtak i tilsynets sted.

2.7.2.2 Begrensning i departementets vedtakskompetanse

I tråd med den alminnelige ordningen ellers i forvaltningen kan departementet, som en sikkerhetsventil, også omgjøre Konkurransetilsynets vedtak uten at vedtaket er påklaget dersom dette er ugyldig. For øvrig gjelder ikke den generelle omgjøringssadgangen etter forvaltningsloven § 35 for departementets omgjøring av tilsynets vedtak, jf. konkurranseloven § 8. Dette er en skranke for politisk innblanding og sikre Konkurransetilsynets faglige uavhengighet i enkeltsaker.

Et annet viktig element i sikringen av Konkurransetilsynets politiske uavhengighet følger av konkurranseloven § 29. Bestemmelsen innebærer at overprøvingen av tilsynets vedtak om overtredelsesgebyr ikke kan påklages til departementet, men må bringes inn for tingretten av partene i overtredelsessaken. Således vil de mest alvorlige sakene om lovbrudd, der tilsynet velger å ilegge et overtredelsesgebyr, ikke overprøves av departementet, men av de ordinære domstolene.

Andre viktige elementer i sikringen av Konkurransetilsynets politiske uavhengighet følger av at spørsmål knyttet til tilsynets bevissikring behandles av tingretten i henhold til konkurranseloven § 25, og ikke av departementet. Likeledes vil partenes klage på et avslag på innsyn i en pågående etterforskningssak hos Konkurransetilsynet kunne bringes inn for tingretten etter konkurranseloven § 26, og således heller ikke være underlagt departementets behandling.

2.7.2.3 Kongen i statsråds videre kompetanse

Konkurranseloven §§ 13 og 21 gir Kongen i statsråd adgang til å treffe vedtak i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning. Reglene er nærmere beskrevet i punkt 8.5.2 nedenfor. Reglene gir Kongen i statsråd mulighet til å foreta en avveining mellom hensynet til konkurransen og

⁴⁴ St.meld. nr. 17 (2002–2003).

⁴⁵ Evensen/Sæveraas, Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer, Oslo 2009 s. 87.

⁴⁶ Evensen/Sæveraas, Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer, Oslo 2009 s. 88.

hensynet til andre viktige samfunnshensyn. Kompetansen etter bestemmelsene er tillagt «Kongen i statsråd» noe som innebærer at den ikke kan delegeres videre til departementet. Dette sikrer at vedtakene om slik omgjøring fattes av regjeringen som kollegium, og etter den prosedyre som gjelder for behandling av saker i statsråd.

Den materielle skranken for omgjøring i statsråd er formulert i både §§ 13 og 21 slik at omgjøring kan skje i saker av «prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning». Dette er to åpent formulerte skjønnsmessige kriterier, og særlig det andre kriteriet er ment å skulle gi regjeringen en adgang til å veie konkurransehensyn mot andre samfunnshensyn. Det fremgår av forarbeidene til bestemmelsen at kriteriet setter svært begrensede materielle skranker for omgjøringsadgangen.⁴⁷

Bakgrunnen for bestemmelsene var å sikre adgang til politisk styring også etter Konkurranseloven av 2004. Mulighetene til å foreta en skjønnsmessig avveining mellom konkurransehensyn og andre samfunnshensyn ble betydelig innskrenket ved 2004-loven. Etter konkurranse-loven av 1993 var det for eksempel adgang til å dispensere fra lovens forbud dersom særlige hensyn tilsa det.

Rettslig sett begrenses omgjøringsadgangen etter § 13 i vesentlig grad av EØS-konkurranselovens § 7. Denne bestemmelsen slår fast at nasjonale konkurransemyndigheter ikke kan fatte vedtak som tillater atferd i strid med EØS-avtalens artikkel 53 der denne kommer til anvendelse. Dette betyr at omgjøringsadgangen i § 13 er begrenset til å gjelde samarbeid som ikke påvirker samhandelen i EØS, og misbruk av dominerende stilling.

Konkurranseloven § 21 gir adgang til politisk overprøving i saker om foretakssammenslutninger. Bestemmelsen i første ledd tilsvarer § 13 ved at den gir adgang til å omgjøre tilsynets vedtak på grunnlag av andre hensyn enn de Konkurransetilsynet eller departementet har anledning til å legge vekt på. Bestemmelsen skiller seg fra § 13 ved at loven i § 21 annet ledd åpner for en adgang til å gripe inn mot en foretakssammenslutning der de materielle vilkårene for inngrep er oppfylt, men Konkurransetilsynet ikke har fattet noe inngrepsvedtak. Her vil altså Kongen i statsråd ha den samme kompetansen som Konkurransetilsynet. Bestemmelsen forutsetter at tilsynet ikke har benyttet seg av inngrepskompetansen eller at tilsynet og Kongen i statsråd er uenige i om inngrepsvilkårene er oppfylt. Bestemmelsen er med

rette kritisert for å være lite praktikabel, og drøftes ikke nærmere her. Anvendelsen av § 21 er ikke begrenset av EØS-retten, unntatt av det generelle forbudet mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet.

Omgjøringsadgangen gjelder Konkurransetilsynets vedtak generelt, uavhengig av om vedtakene påklages eller ikke. Omgjøring kan skje selv om det er ilagt overtredelsesgebyr.

2.8 Dagens organisering av klagebehandlingen

2.8.1 Klagebehandling og andre oppgaver i departementet

Forvaltningsklager over tilsynets avgjørelser i konkurransesaker går til Nærings- og fiskeridepartementet, hvor de behandles av Konkurransopolitisk avdeling. I avdelingen er det Seksjon for konkurranserett som har hovedansvaret for disse sakene, med bistand fra Seksjon for konkurranseøkonomi og etatsstyring i saker som krever økonomisk kompetanse.

Seksjon for konkurranserett er bemannet med seks medarbeidere pluss seksjonsleder. Medarbeiderne har fra 3 til 20 års erfaring, fra departementene, Konkurransetilsynet og privat sektor.

Arbeidet med klagesaker er en mindre del av oppgavene for Seksjon for konkurranserett, bortsett fra i perioder der man har krevende klagesaker. I det daglige er det arbeidet med regelverk og policyutvikling som tar det meste av seksjonens kapasitet. Dette gjelder utvikling av nasjonalt regelverk, samt påvirkning og gjennomføring av internasjonalt regelverk, særlig i EØS. Selv om seksjonen ikke har ansvar for etatsstyring av Konkurransetilsynet, er seksjonen involvert, og har et omfattende samarbeid med tilsynet om regelverksutvikling både nasjonalt og i EU/EØS. Seksjonen har videre ansvar for konkurransespørsmål ved forhandlinger om EFTAs tredjelandsavtaler og bilaterale handelsavtaler.

2.8.2 Saksbehandlingstid og ressursbruk i klagesaker

En generell beskrivelse av saksbehandlingstid og ressursbruk ved behandling av klagesaker vil uunngåelig beheftes med den svakhet at hver sak er unik, at man ikke på forhånd kan vite fullt ut hvor vanskelig den neste saken er. Generelt kan man imidlertid slå fast at saker som innebærer materiell overprøving av Konkurransetilsynets vurderinger av konkurransebegrensende virknin-

⁴⁷ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 185, høyre spalte.

ger, slik som i fusjonssakene, normalt vil være de mest komplekse. Disse sakene har store dokumentmengder, og komplekse juridiske og økonomiske vurderinger, som gjerne tar lang tid og involverer flere fagpersoner. Prosessledende avgjørelser og innsynssaker vil på den annen side kreve mindre ressurser, og kunne behandles langt raskere.

Ressursbruken vil også påvirkes av hvor mange andre oppgaver man må prioritere klagesaken opp imot. Departementet praktiserer ingen form for tidsregistrering, er vanskelig å si eksakt hvor mye ressurser som fordeles til klagesaken i forhold til andre oppgaver, innenfor den tiden det tar å behandle en klage.

Nedenfor gis et anslag på samlet tidsbruk for tre hovedgrupper av klagesaker; de materielle overprøvingene etter en av lovens hovedbestemmelser § 10, § 11, eller § 16, dernest innsynssaker og andre prosessuelle klager, og til slutt klager over avslag på dekning av saksomkostninger. Anslaget på antall dager kan leses som den tiden det tar fra saken kommer inn, til den avgjøres. Faktisk tidsbruk vil normalt være noe mindre, siden disse sakene må behandles parallelt med andre oppgaver. De mest krevende sakene leder normalt til utstrakt overtidsarbeid.

Oversikten her gjelder med flere forbehold. For det første har vi flere eksempler på at klagesaksbehandlingen tar lang – til dels svært lang tid – på grunn av politiske forhold. Dernest vil det også gå en del tid til de formelle avklaringene med politisk ledelse av et vedtak, selv om dette normalt ikke innebærer noen form for politisk styring av sakenes utfall. Dette omfatter varsling, orientering og konsultering under behandlingen av sakene, for å sikre at det ikke oppstår politiske problemer som man burde forutsett. Nylig har også saksbehandlingen av to rent prosessuelle saker tatt flere måneder fordi klagerne var statseide foretak, og det måtte først avklares med Justisdepartementets Lovavdeling om næringsministeren er inhabil i slike saker, og dernest måtte det oppnevnes en settstatsråd for det tilfellet at næringsministeren er inhabil eller ligger så nær grensen at hun ønsker å fratrukke seg fra behandlingen av saken.

Med disse forbeholdene legger likevel utvalget til grunn at de tunge klagesakene, korrigeret for slike utenforliggende faktorer som er beskrevet ovenfor, sjelden tar mindre tid enn de maksimalt 60 virkedagene som gjelder som saksbehandlingsfrist i fusjonssakene. Normalt vil slike saker kreve teamarbeid for tre til fem personer (jurister og økonomer), og disse vil normalt jobbe på full tid eller mer med saken. Saker om innsyn,

prosessuelle spørsmål og spørsmål om dekning av saksomkostninger er vesentlig enklere å behandle, og krever normalt bare en saksbehandler og leder over noen få dager. I visse tilfelle kan imidlertid også slike saker reise tvil, eller gjelde dokumentmengder av en viss størrelse, slik at samlet ressursbehov øker.

Ressursbruken i klagesaker kan også illustreres ved saksomkostninger krevd og tilkjent i medhold av forvaltningsloven § 36. Det følger av denne bestemmelsen at en part i utgangspunktet har krav på dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret et vedtak til gunst for parten. De krav som er fremsatt kan antas å være dekkende for hvor store ressurser partene har brukt på klagesaken.

I fusjonssaker har det blitt krevd saksomkostninger på fra ca. 145 000 kroner til over 7 000 000 kroner. Omkostninger tilkjent i disse sakene utgjør fra ca. 145 000 kroner til over 3 683 000 kroner. I saker som gjelder pålegg om opphør av ulovlig atferd har det blitt krevd saksomkostninger på opp mot 6 000 000 kroner. Omkostninger tilkjent i disse sakene utgjør fra 317 000 kroner til ca. 720 000 kroner. Når det gjelder innsynssaker har det blitt krevd saksomkostninger på ca. 20 000 kroner til ca. 120 000 kroner. Omkostninger tilkjent i disse sakene utgjør fra ca. 20 000 kroner til ca. 50 000 kroner. I tillegg har det blitt tilkjent omkostninger på ca. 60 000 kroner i en sak som gjaldt omgjøring av et avvisningsvedtak. Dette utgjorde omtrent halvparten av kravet som var fremsatt. I sak som gjaldt avslag på begjæring om tvangslisens ble det krevd dekning av saksomkostninger på ca. 1 500 000 kroner, men kravet ble ikke tatt til følge.

Tilsvarende kan sakenes kompleksitet illustreres og sammenlignes med utgangspunkt i sakenes dokumentmengde og faktum. En fusjonssak omfatter gjerne dokumentmengder på tusen A4-sider og mer. De reelle vanskelighetene i en materiell overprøving i klageomgangen ligger oftest i å innhente og sortere ut relevant faktum for å gjøre en korrekt analyse av konkurransesituasjonen og virkningen av for eksempel en fusjon. Som regel må dette skje gjennom en sammensatt vurdering av dokumentbevis, faktiske observasjoner i markedet, og innhenting av informasjon og vurderinger skriftlig og muntlig fra markedet og sakens parter.

Det er imidlertid etter utvalgets vurdering viktig å understreke at omfang og kompleksitet i klageomgangen av en sak normalt er langt mindre enn ved førsteinstansbehandlingen. Det å overprøve i en sak der både Konkurransetilsynet og

partene allerede har gjort et betydelig grunnarbeid før vedtaket og gjennom vedtaket, er langt mindre ressurskrevende enn å behandle saken i første instans.

2.9 Frister for klagesaksbehandlingen

Det er få regler om frister for saksbehandlingen i klagesaker etter konkurranseloven. De alminnelige reglene i forvaltningsloven gjelder imidlertid også her slik at både Konkurransetilsynet og departementet er pålagt å avgjøre saker uten ugrunnet opphold. Det samme gjelder klager over avslag på innsyn etter offentleglova.

I fusjonssaker er det en egen fristregel for klagesaksbehandling i § 20 a første ledd som påleg-

ger departementet å treffe vedtak innen 60 virkedager etter at klagen er mottatt. Bestemmelsene om fristavbrudd i § 20 sjette ledd, se nærmere under punkt 2.1.2, gjelder tilsvarende for klagesaksbehandlingen. Det har ingen rettsvirkninger dersom departementet skulle oversitte fristen på 60 dager, men det har aldri skjedd at vedtak i klagesaken ikke har blitt truffet innen fristen.

Konkurranseloven § 21 om prøving av saker om foretakssammenslutninger som er av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning står fast at Kongen i statsråd ikke kan gripe inn mot en foretakssammenslutning eller et erverv av andeler senere enn tolv måneder etter at det er inngått endelig avtale eller kontroll er overtatt.

Kapittel 3

Skranker for valg av løsning for overprøving av Konkurransetilsynets vedtak

3.1 EØS-rettens rammer

3.1.1 Innledning

Konkurransereglene som håndheves av norske konkurransemyndigheter og norske domstoler fremgår dels av konkurranseloven og dels av EØS-avtalens artikkel 53 og 54, jf. EØS-konkurranseloven. De materielle reglene i konkurranseloven regulerer forhold som er egnet til å ha virkning på konkurransen i riket, mens de tilsvarende reglene i EØS-konkurranseloven regulerer forhold som er egnet til å påvirke konkurransen og samhandelen mellom to eller flere EØS-stater. Reglene er således delvis overlappende. Bortsett fra ulikheten i geografisk rekkevidde, er de materielle reglene like. De prosessuelle reglene er imidlertid ulike. Gitt at EØS-avtalen både stiller krav til forvaltningen av EØS-konkurranseloven og setter visse skranker for forvaltningen av konkurranseloven, må det tas hensyn til de prosessuelle og materielle rammer EØS-retten oppstiller for opprettelsen av et klageorgan og dets kompetanse.¹

Organiseringen av den nasjonale forvaltning og prosessreglene vedrørende håndhevelse av EØS-konkurransereglene defineres i hovedsak av nasjonal lovgivning. EØS-retten inneholder verken påbud om eller forbud mot å opprette et administrativt klageorgan for konkurransesaker som kan overprøve Konkurransetilsynets vedtak, verken med sikte på forvaltning av konkurranseloven eller EØS-konkurranseloven.

Overvåknings- og domstolsavtalen protokoll 4 stiller imidlertid krav til nasjonale konkurransemyndigheters håndhevelse av EØS-avtalens artikkel 53 og 54, og herunder om samarbeid mellom ESA og nasjonale konkurransemyndigheter. Utvalget vil derfor også vurdere om en uavhengig klagenemnd bør anses for en nasjonal konkurransemyndighet i EØS-avtalens forstand og hvilke implikasjoner dette eventuelt vil få for saksbehandlingen i klagenemnda.

EØS-avtalen regulerer i liten grad nasjonal behandling av foretakssammenslutninger. Foretakssammenslutninger vil enten anses å ha en EU-dimensjon, en EFTA-dimensjon eller en nasjonal dimensjon, og en og samme sak behandles bare i Europakommisjonen (heretter «Kommisjonen»), EFTAs Overvåkningsorgan (heretter «ESA») eller i nasjonale konkurransemyndigheter. Allokeringen av saker mellom disse baseres på omsetningsbaserte terskelverdier. Til nå har ingen foretakssammenslutning hatt EFTA-dimensjon. For at det skal inntre, må de berørte partene ha relevant, høy omsetning i Liechtenstein, Island og Norge uten samtidig å ha det i EU og dermed være underlagt EUs jurisdiksjon. For alle praktiske formål vil nok derfor Kommisjonen også i fortsettelsen behandle saker hvor terskelverdiene i EØS-avtalens artikkel 57 er oppfylt. Det er etablert regler for samarbeid og overføring av saker til og fra Kommisjonen og EFTA-landene. Reglene for allokering og eventuell overføring av foretakssammenslutninger mellom disse overvåkningsorganene kommer inn tidlig i behandlingen av en sak. Klagenemnda vil således ikke involveres i disse vurderingene, uavhengig av hvilken modell som velges, og reglene om dette vil derfor ikke belyses nærmere i innstillingen.

Overvåknings- og domstolsavtalen protokoll 4 gir visse føringer for nasjonale domstolars håndhevelse av artikkel 53 og 54. I tillegg gir Overvåknings- og domstolsavtalen nasjonale domstoler mulighet til å benytte prosessuelle midler for å

¹ Utvalget viser i øvrig til redegjørelsene i kapittel 11 «EØS-forpliktelser og betydningen av rådsforordning 1/2003» i NOU 2003: 12 (Ny konkurranselov) og punkt 14.4 «Domstolens anvendelse av EØS-avtalens artikkel 53 og 54» i Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) (A: Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B: Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)).

sikre rettsenhet og effektiv håndhevelse av konkurransereglene, som å anmode EFTA-domstolen eller ESA om en uttalelse om spørsmål vedrørende anvendelsen av EØS-konkurransereglene.² Opprettelse av en uavhengig klagenemnd gjør det derfor nødvendig å vurdere om den vil være å anse som en domstol i EØS-avtalens forstand og således kan stille slike tolkingsspørsmål til EFTA-domstolen, jf Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 34.

3.1.2 EØS-rettens alminnelige krav til nasjonal forvaltning og nasjonale domstoler

EØS-retten innebærer intet krav om totalharmonisering av nasjonal forvaltningsrett. EU-domstolen har imidlertid utviklet visse prinsipper som stiller krav til nasjonal forvaltning og nasjonale domstoler i sin alminnelighet. Disse kravene vil følgelig ha betydning også med hensyn til forvaltningen av konkurransereglene i Norge.

For det første må den nasjonale lovgivningen gi grunnlag for sanksjoner ved overtredelser av EØS-retten. Sanksjonene skal være effektive, stå i rimelig forhold til overtredelsen og virke avskrekkende.³ For det andre må det etter norsk rett være mulig for skadelidte etter overtredelser av EØS-retten å fremsette krav om erstatning i nasjonale domstoler.⁴ For det tredje må de prosessregler og sanksjoner som nasjonale domstoler anvender for å håndheve EØS-retten ikke gjøre slik håndhevelse urimelig vanskelig eller praktisk umulig (effektivitetsprinsippet)⁵, og heller ikke være mindre gunstige enn reglene som gjelder for håndhevelse av tilsvarende nasjonal lovgivning (ekvivalensprinsippet)⁶. Opprettelsen av en konkurranseklagenemnd må skje innenfor disse rettslige rammene.⁷

² Se Overvåknings- og domstolsavtalen protokoll 4 Kapittel II artikkel 15 nr. 1.

³ Se Sak 68/88 Kommissjonen mot Hellas [1989] Sml 2965, 23–25.

⁴ Se Sak C-453/99 Courage and Crehan [2001] Sml 6297, 26 og 27.

⁵ Se sak E-4/01 Karl K. Karlsson hf, EFTA Ct. Rep. [2002], s. 240, avsnitt 33, sak 33/76 Rewe [1976] Sml 1989, sak 45/76 Comet [1976] Sml 2043 og sak 79/83 Harz [1984] Sml 1921.

⁶ Se sak E-4/01 Karl K. Karlsson hf, EFTA Ct. Rep. [2002], s. 240, avsnitt 33, sak 33/76 Rewe [1976] Sml 1989, sak 158/80 Rewe [1981] Sml 1805, sak 199/82 San Giorgio [1983] Sml 3595 og sak C-231/96 Edis [1998] Sml I-4951.

⁷ Se EFTA-domstolen i sak E-1/07 Criminal proceedings against A, EFTA Ct. Rep [2007] s. 246 avsnitt 39 og Høyesterett i Finanger I, Rt 2000 s. 1811.

EØS-rettens alminnelige krav til nasjonal forvaltning vil i praksis innebære at en klagenemnds kompetanse, etter utvalgets oppfatning, ikke kan begrenses til konkurranseloven, men også må omfatte EØS-konkurransereglene. På bakgrunn av ekvivalensprinsippet, bør løsninger på spørsmål som for eksempel krav på innsyn i dokumenter, klagenemndas utredningsplikt, partenes dekning av saksomkostninger ved endring av Konkurransetilsynets vedtak mv ikke være mindre gunstig i saker etter EØS-konkurranseloven enn etter konkurranseloven. På bakgrunn av effektivitetsprinsippet kan en eventuell begrensning av partenes adgang til å bringe Konkurransetilsynets vedtak inn for domstolene uten forutgående klage antakelig bare forsvares dersom den administrative prosessen i Konkurransklagenemnda er rimelig effektiv, og ikke gjør håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler vanskelig eller praktisk umulig. Et særskilt spørsmål i denne anledning er om et påbud om bruk av administrativ klage på Konkurransetilsynets vedtak før søksmål er forenlig med de krav EØS-avtalen stiller til at det skal være mulig for eventuelle skadelidte å fremme erstatningskrav ved domstolene. Utvalget kan ikke se at EØS-retten utelukker et slikt påbud. Ordningen hindrer jo ikke skadelidte i å fremme erstatningssøksmål før saken mellom konkurransemyndighetene og partene i deres sak er avsluttet.

EØS-konkurransereglene er ordre public-regler. Det innebærer at en avgjørelse av klagenemnda som legger til grunn en uriktig konkurranserettslig tolkning av EØS-konkurransereglene må kunne bringes inn for de alminnelige domstoler og at avgjørelsen må kunne settes til side som ugyldig.⁸

3.1.3 Klagenemndas status som nasjonal konkurransemyndighet

En nasjonal klagenemnd eller en nasjonal domstol kan utpekes som en konkurransemyndighet i en EFTA-stat i henhold til i Overvåknings- og domstolsavtalens protokoll 4 kapittel II artikkel 40 nr. 1 om alminnelige saksbehandlingsregler for gjennomføringen av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.⁹ Etter utvalgets oppfatning vil det være naturlig å

⁸ Dette ble lagt til grunn av EU-domstolen i en dom fra 1999 relatert til voldgiftsavgjørelser, den såkalte Eco Swiss-dommen sak C-126/97 Echo Swiss China Time Ltd. v. Benetton International N.V. [1999] Sml. I-3055.

⁹ Nevnte kapittel inkorporerer forordning 1/2003 i EØS-avtalen.

utpeke en klagenemnd for konkurransesaker som en slik konkurransemyndighet.¹⁰

Dette innebærer etter utvalgets oppfatning at flere av forpliktelsene som påhviler nasjonale konkurransemyndigheter etter protokoll 4 jf. punkt 3.1.4, bør gjelde for klagenemnda. Omfanget av forpliktelsene som påhviler klagenemnda vil kunne avhenge noe av hvilken modell som velges.

3.1.4 EØS-konkurranserettens særlige krav til håndheving og saksbehandling i nasjonale konkurransemyndigheter og nasjonale domstoler

3.1.4.1 Plikt til håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54

Nasjonale domstoler og konkurransemyndigheter kan anvende EØS-avtalens artikkel 53 og 54 uten at det er nødvendig å anvende nasjonal konkurranselovgivning samtidig. Når nasjonale konkurransemyndigheter eller en nasjonal domstol anvender nasjonal konkurranselovgivning på avtaler, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak eller samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom partene i EØS-avtalen som omhandlet i EØS-avtalens artikkel 53 nr. 1 eller på enhver form for utilbørlig utnyttelse som er forbudt i henhold til EØS-avtalens artikkel 54, skal de imidlertid også anvende EØS-konkurransereglene på slike avtaler eller beslutninger eller slik opptreden så langt de gjelder.¹¹

I tillegg skal anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning ikke føre til at en atferd som er tillatt etter artikkel 53 forbyes, forutsatt at samhandelen er påvirket. Dette gjelder imidlertid ikke forbud eller sanksjoner mot foretaks ensidige atferd. Det vil si at nasjonal konkurranselovgivning kan være mer restriktiv enn artikkel 54.¹²

EØS-konkurranserettens særlige krav til nasjonal forvaltning vil etter utvalgets oppfatning i praksis innebære at klagenemndas kompetanse ikke kan begrenses til konkurranseloven, men også må omfatte en rett og plikt til å anvende EØS-konkurransereglene. Klagenemndas plikt til å anvende EØS-konkurransereglene innebærer

videre at nemnda ikke bør være bundet av partenes prosesshandlinger i den utstrekning prosesshandlingene ikke er forenlige med det offentlige hensynet til homogen håndheving.¹³

3.1.4.2 Forpliktelser for å sikre ensartet anvendelse av artikkel 53 og 54

For å sikre lik anvendelse av artikkel 53 og 54 inneholder EØS-avtalen en rekke forpliktelser for nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler. I tillegg er det etablert et system for samarbeid mellom ESA og nasjonale konkurransemyndigheter (EFTA Competition Network) etter modell av tilsvarende samarbeid innen EU, European Competition Network, der EFTA-statene er gitt observatørstatus.

Overvåknings- og domstolsavtalen protokoll 4 kapittel II gir således regler om forholdet mellom avgjørelser fra ESA og nasjonale konkurransemyndigheter, allokering av saker,¹⁴ notifisering av saker i nettverket,¹⁵ utveksling av konfidensiell informasjon,¹⁶ bistand i etterforskingssaker¹⁷ og bruk av rådgivende komité i enkeltsaker.¹⁸ Utvalget viser også til kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om «samarbeid innenfor EFTA-nettverket av konkurransemyndigheter».¹⁹

Nasjonale konkurransemyndigheter og nasjonale domstoler kan ikke treffe avgjørelser etter EØS-konkurransereglene som er i strid med en avgjørelse som er truffet av ESA og som gjelder samme saksforhold.²⁰ Nasjonale konkurransemyndigheter fratas dessuten kompetansen til å anvende EØS-konkurransereglene når ESA innleder formell saksbehandling mot et foretak etter EØS-avtalen artikkel 53 og 54 med sikte på å treffe et vedtak. Dette gjelder imidlertid bare

¹⁰ Se videre «Om samarbeid innenfor EFTA-nettverket av konkurransemyndigheter» i EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende, Nr. 47/1 av 21.9.2006.

¹¹ Overvåknings- og domstolsavtalen protokoll 4 kapittel II artikkel 3 nr. 1, jf. artikkel 6.

¹² Overvåknings- og domstolsavtalen protokoll 4 kapittel II artikkel 3 nr. 2. I praksis spiller dette mindre rolle i norsk rett siden de nasjonale atferdsreglene i konkurranseloven § 10 og § 11 gjenspeiler EØS-reglene.

¹³ Dette tilsvarer disposisjonsprinsippet anvendelse i de alminnelige domstoler i saker hvor partenes rådighet er begrenset, jf. tvisteloven § 11-1 til § 11-4.

¹⁴ ESAs meddelelse om samarbeid innen EFTAs nettverk av konkurransemyndigheter punkt 2.1.

¹⁵ Overvåknings- og domstolsavtalen protokoll 4 kapittel II artikkel 11 og ESAs kunngjøring om samarbeid innen EFTAs nettverk av konkurransemyndigheter punkt 2.2.1.

¹⁶ Overvåknings- og domstolsavtalen protokoll 4 kapittel II artikkel 12 og ESAs kunngjøring om samarbeid innen EFTAs nettverk av konkurransemyndigheter punkt 2.2.3.

¹⁷ Overvåknings- og domstolsavtalen protokoll 4 kapittel II artikkel 22 og ESAs kunngjøring om samarbeid innen EFTAs nettverk av konkurransemyndigheter punkt 2.2.4.

¹⁸ Overvåknings- og domstolsavtalen protokoll 4 kapittel II artikkel 14 og ESAs kunngjøring om samarbeid innen EFTAs nettverk av konkurransemyndigheter punkt 4.

¹⁹ ESAs kunngjøring 2006/C 227/07.

²⁰ Overvåknings- og domstolsavtalen protokoll 4 kapittel II artikkel 3 nr. 1, jf. artikkel 16.

adgangen til å bruke samme bestemmelse mot samme foretak for samme type atferd i samme marked.²¹ Dersom en nasjonal konkurransemyndighet allerede behandler en sak, skal ESA innlede saksbehandling først etter å ha rådført seg med vedkommende konkurransemyndighet. Nasjonale domstoler på sin side må unngå å treffe avgjørelser i en sak hvor ESA har innledet formell etterforskning og har til hensikt å treffe vedtak.²² I slike tilfeller kan domstolene vurdere å utsette saken. Videre kan nasjonale konkurransemyndigheter utsette behandlingen av en sak eller avvise en klage med den begrunnelse at en annen EFTA konkurransemyndighet behandler saken eller har fattet beslutning i saken.²³

Etter utvalgets vurdering vil en uavhengig klagenemnd som overprøver Konkurransetilsynets vedtak også være forpliktet til ikke å treffe avgjørelser i strid med avgjørelser truffet av ESA, uavhengig av hvilken modell som velges etableringen av nemnda. Klagenemnda bør også kunne stille saken i bero i påvente av vedtak fra ESA eller annen konkurransemyndighet. De øvrige bestemmelsene om saksallokering vil nok ha liten praktisk betydning i forhold til klagenemndas saksbehandling ettersom klagenemnda vil komme inn i saken på et senere stadium i saksbehandlingen enn saksallokeringen innen EFTA normalt foretas.

Nasjonale konkurransemyndigheter skal ved anvendelsen av artikkel 53 og 54 skriftlig orientere ESA før eller umiddelbart etter at de har iverksatt de første formelle undersøkelser i en sak. Dersom Konkurransetilsynet iverksetter en bevissikring med sikte på håndheving av disse reglene, vil dette altså utløse en plikt til å informere ESA. Videre skal nasjonale konkurransemyndigheter underrette ESA senest 30 dager før det treffes et vedtak om at en overtredelse skal bringes til opphør, at tilbud om avhjelpende tiltak skal godtas eller fordelen gitt ved et gruppeunntak skal trekkes tilbake. Dette skal sikre at ESA gis mulighet til å uttale seg før vedtak treffes i saken. I begge de ovennevnte tilfellene kan opplysningene også gjøres tilgjengelige for konkurransemyndighetene i de andre EFTA-landene. Videre skal EFTA-landene oversende til ESA en kopi av alle avgjørelser fra nasjonale domstoler

som involverer bruk av artikkel 53 og 54. Utover dette skal nasjonale konkurransemyndigheter kunne rådføre seg med ESA om anvendelsen av artikkel 53 og 54.²⁴

Etter utvalgets oppfatning vil klagenemnda være bundet til å notifisere til ESA minst 30 dager før avgjørelse treffes. Nemnda bør også kunne ha mulighet til å rådføre seg med ESA om anvendelsen av artikkel 53 og 54. Reglene om bistand i etterforskningen vil derimot etter alt å dømme ha liten praktisk betydning for klagenemnda ettersom det er Konkurransetilsynet som skal bistå andre konkurransemyndigheter og ESA i deres etterforskning gjennom bevissikring. Det samme vil i stor grad gjelde reglene om utveksling av konfidensiell informasjon. Det bør imidlertid tas høyde for at også nemnda kan ha behov for å utveksle konfidensiell informasjon med ESA eller andre nasjonale konkurransemyndigheter i EFTA-landene. Reglene om rådgivende komité kan tenkes å få betydning for klagenemnda i den grad en sak som skal behandles av klagenemnda fremmes for diskusjon i rådgivende komité.

3.1.4.3 ESAs innleggsrett for domstolene

Etter Overvåknings- og domstolsavtalens protokoll 4 kapittel II artikkel 15 nr. 3 kan ESA, på eget initiativ, inngi innlegg om anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 eller 54 til en nasjonal domstol som er blitt anmodet om å anvende disse bestemmelsene. EØS-retten inneholder ikke egne prosessregler for slike innlegg, og det er nasjonale prosessregler som er avgjørende. De prosessuelle rammer bør uansett være i samsvar med effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet.

Det er ikke gitt at denne bestemmelsen også regulerer ESAs innleggsrett overfor nasjonale domstollignende organer som ikke regnes som domstoler i henhold til den nasjonale prosessretten, jf. punkt 3.1.5 nedenfor om slike organers adgang til å be EFTA-domstolen om rådgivende uttalelser. Utvalget antar at ESA uansett vil ha adgang til å inngi innlegg til klagenemnda om anvendelsen av EØS-konkurransereglene, enten på bakgrunn av reglene i artikkel 15 nr. 3 eller som et resultat av at nemnda vil være en norsk konkurransemyndighet og således vil være underlagt en alminnelig samarbeidsforpliktelse i forhold til ESA.

Utvalget viser for øvrig til ESAs kunngjøring «Om samarbeidet mellom EFTAs overvåkingsor-

²¹ Overvåknings- og domstolsavtalen protokoll 4 kapittel II artikkel 11 nr. 6.

²² Overvåknings- og domstolsavtalen protokoll 4 kapittel II artikkel 3 nr. 1, jf. artikkel 16 nr. 1 annet punktum.

²³ Overvåknings- og domstolsavtalen protokoll 4 kapittel II artikkel 13 og ESAs meddelelse om samarbeid innen EFTAs nettverk av konkurransemyndigheter punkt 2.2.2.

²⁴ Overvåknings- og domstolsavtalen protokoll 4 kapittel II artikkel 11 nr. 4.

gan og domstolene i EFTA-statene i forbindelse med anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 og 54.²⁵ Retningslinjene går i noe mer detalj angående blant annet beskrivelsen av nasjonale domstolers plikt til å anvende EØS-konkurransereglene og ESAs innleggsrett for domstolene som såkalt *amicus curiae*.

3.1.5 Klagenemndas status som en domstol etter Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 34

Beslutningsorganer som utgjør nasjonale domstoler i EØS-avtalens forstand kan innhente råd fra EFTA-domstolen om tolkingen av EØS-avtalen jf. Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 34. Ved vurderingen av om en uavhengig klagenemnd for konkurransesaker kan benytte denne muligheten, må flere faktorer tas i betraktning. Blant disse er ifølge EFTA-domstolen spørsmålet om klagenemnda er opprettet ved lov, om det er en permanent ordning, om det har bindende avgjørelsesmyndighet, om det anvender rettsregler, om det er et uavhengig organ, og om saksbehandlingen er en partsprosess og tilsvarende rettergangen i ordinære domstoler.²⁶ Det spiller ingen rolle i denne sammenhengen om lovgiver velger å kalle nemnda en domstol eller et forvaltningsorgan. EØS-avtalens funksjonelle kriterier vil uansett være avgjørende.

Så vel de vanlige domstoler som spesialdomstoler vil oppfylle disse vilkårene. Marknadsdomstolen i Sverige har anmodet EU-domstolen om uttalelse i flere saker.²⁷ Det samme har det norske Markedsrådet gjort i forhold til EFTA-domstolen.²⁸ Organer som er en integrert del av staten og departementsstrukturen vil derimot normalt ikke oppfylle disse vilkårene. Konkurransetilsynet er således høyst sannsynlig ikke tilstrekkelig uavhengig av staten og departementsstrukturen til å oppfylle kravet til uavhengighet.²⁹ Prosessen for Konkurransetilsynet, og mest sannsynlig også Nærings- og Fiskeridepartementet som klageorgan etter dagens ordning, vil dessuten neppe oppfylle kravet til en partsprosess som tilsvarende rettergangen for ordinære domstoler. I EFTA-domsto-

lens avgjørelse i sak E-1/11 av 15. desember 2011 ble det på den annen side lagt til grunn at Statens helsepersonellnemnd var en domstol i EØS-rettslig forstand.³⁰

I en nylig avsagt dom fra EU-domstolen, sak C-222/13 om det danske Teleklagenævnet, vektlegges spørsmålet om medlemmene i nemnda hadde et tilstrekkelig oppsigelsesvern i uavhengighetsvurderingen. Medlemmene kunne avsettes etter de alminnelige arbeids- og forvaltningsrettslige regler om dette i Danmark, mens dommere har et særskilt oppsigelsesvern etter dansk lovgivning. Domstolen kom til at Teleklagenævnet ikke var tilstrekkelig uavhengig av den danske stat til å kunne forelegge prejudisielle tolkningsspørsmål.

Utvalget legger til grunn at en klagenemnd for konkurransesaker skal opprettes ved lov og ha en permanent karakter. Videre legger utvalget til grunn at nemndas avgjørelser skal være bindende, og at nemnda skal være uavhengig. Hva gjelder det siste kravet, er vurderingstemaet i denne sammenhengen om klagenemnda opptrer som en tredjepart overfor det myndighetsorgan som fattet vedtaket som står til prøving. Ulike saksbehandlingsregler kan tenkes etablert for nemnda. Dersom saksbehandlingen baseres på en partsprosess som i ordinær rettergang, kan dette i seg selv være bidra til å styrke klagenemndas mulighet til å innhente råd fra EFTA-domstolen. Det er redegjort nærmere for klagenemndas sammensetning og kompetanse i kapittel 8 og 11.

Avhengig av klagenemndas endelige mandat og organisering vil utvalget anta at ent uavhengig klagenemnd for konkurransesaker på samme

²⁵ EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende, Nr. 62/21 av 14.12.2006.

²⁶ Sak E-4/09 Inconsult Anstalt, EFTA Ct. Rep. [2009–2010] s. 86, avsnitt 23 og den rettspraksis som det vises til der.

²⁷ Eksempelvis sak C-122/10, Konsumentombudsmannen v Ving Sverige AB, Sml 2011 I-03903.

²⁸ Sak 8/94 og 9/94 Forbrukerombudet v Mattel Scandinavia A/S og Lego Norge A/S, E-4/04 – Pedicel AS v Sosial- og helsedirektoratet

²⁹ Det greske konkurransetilsynet forsøkte å anmode EU-domstolen om en uttalelse i den såkalte Syfait-saken, men anmodningen ble avvist med den begrunnelse at konkurransetilsynet ikke var en «court or tribunal», jf sak C-53/03 Synetairismos Farmakopoiou Aitolias & Akarnanias (Syfait) mfl v GlaxoSmithKline plc og GlaxoSmithKline AEVE, Sml. 2005 I-04609. På bakgrunn av det som fremkommer i dommen synes forholdet mellom det greske konkurransetilsynet og departementet i store trekk å kunne sammenlignes med dagens løsning i Norge.

³⁰ Sak E-1/11 Statens helsepersonellnemnd, EFTA Ct. Rep. [2011] s. 484. I forhold til kravene om partsprosess og uavhengighet fant EFTA-domstolen følgende avgjørende (avsnitt 41): «Når det gjelder det foreleggende organ i vår sak, må det først og fremst bemerkes at etter helsepersonelloven § 69 første ledd, nevnt i avsnitt 29 over, utøver helsepersonellnemnda sin virksomhet på en uavhengig måte. De nevnte bestemmelser viser at nemnda – uten å motta instruksjoner utenfra og på et fullstendig upartisk grunnlag – fatter avgjørelser i klagesaker som fremmes av helsepersonell, inkludert saker om avslag på søknader om autorisasjon eller lisens eller bekreftelse av fullført spesialistopplæring. Nemnda er etablert som et spesialorgan for overprøving av autorisasjonskontorets vedtak og er den endelige administrative klageinstans.»

måte som for eksempel Statens helsepersonellnemnd vil kunne bli å anse som en domstol etter Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 34. En klagenemnd vil i så fall ha kompetanse til å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse etter nevnte bestemmelse. Utvalget finner ikke behov for regulering av dette spørsmålet i loven som oppretter klagenemnda. Spørsmålet er allerede regulert i EØS-avtalen og ODA-avtalen med underliggende rettspraksis, og reglene omkring dette bør kunne utvikles videre gjennom praksis basert på dette.

3.2 EMK artikkel 6 om retten til en rettferdig rettergang

3.2.1 Innledning

Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og grunnleggende friheter (EMK) setter krav til organisering og saksbehandling også i saker etter konkurranselovgivningen. EMK fastslår retten til en rettferdig rettergang innen rimelig tid, jf. artikkel 6 (1). De generelle grunnprinsippene i artikkel 6 (1) suppleres i artikkel 6 (2) og (3) med presisering av visse minimumsrettigheter i straffesaker. Bestemmelsene i artikkel 6 (2) og (3) er ikke uttømmende, og suppleres blant annet av EMK Protokoll 7 artikkel 2, som gir krav på ankeadgang i straffesaker med mindre særlige unntak gjør seg gjeldende.

Ved lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) ble EMK og tilleggsprotokoller inkorporert i norsk lovgivning. I henhold til lovens § 2 skal de inkorporerte konvensjonene gjelde som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge. Som påpekt av EFTA-domstolen i sak E-15/10 *Posten Norge v. ESA*, sak E-2/02 *Bellona* og sak E-3/11 *Sigmarsson*, inngår EMK artikkel 6 også som et generelt EØS-rettslig prinsipp.

Innledningsvis kan det slås fast at EMK ikke stiller krav om adgang til administrativ overprøving av Konkurransetilsynets avgjørelser. EMK stiller heller ikke krav om mulighet til treinstansbehandling av Konkurransetilsynets saker i domstolene, slik vi i dag har. Med unntak for saker som er å anse som straff, vil adgangen til én overprøvingsinstans som tilfredsstillende kravene i EMK artikkel 6 om «a fair and public hearing [...] by an independent and impartial tribunal established by law» være tilstrekkelig. EMK krever imidlertid som hovedregel at det skal være adgang til

toinstansbehandling i domstolsapparatet i straffesaker.

Uansett om departementet beholdes som klageorgan eller det opprettes et uavhengig administrativt overprøvingsorgan, krever EMK at det er adgang til overprøving av Konkurransetilsynets avgjørelser om overtredelsesgebyr i domstolene, ettersom disse vedtakene vil være å regne som straff i EMKs forstand. EMK har derfor særlig betydning i form av krav til domstolskontroll av disse administrative vedtakene.

Betydningen av EMK for håndhevelsen av konkurransereglene og overprøving av tilsynets vedtak er behandlet i NOU 2012: 7 Mer effektiv Konkurranselov (Hjelmengutvalget) og i NOU 2003: 12 Ny konkurranselov. Disse vurderingene kan legges til grunn også ved behandlingen av de spørsmål som skal behandles i denne innstillingen, NOU 2012: 7 punkt 6.4.2.1.3 «Forholdet til EMK artikkel 6»:

«Spørsmålet om en sanksjon skal anses som straff etter EMK artikkel 6 beror etter EMDs praksis på en vurdering av tre kriterier: nasjonal klassifisering, lovbruddets karakter samt innholdet og alvorret av den sanksjon som det kan være aktuelt å ilegge, se for eksempel EMDs dom 8. juni 1976 i saken *Engel m.fl. mot Nederland* (nr. 51/0071) og *Jussila mot Finland* (storkammer) 23. november 2006 (nr. 73053/01), avsnitt 30 med henvisninger til tidligere praksis.

Det fremstår ikke som tvilsomt at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven er å anse som straff etter EMK artikkel 6. Dette ble uttrykkelig slått fast av EMD 30. mai 1991 hva gjelder fransk rett i saken *Société Stenuit mot Frankrike*. Det er også forutsatt i *Jussila-dommen*, og synes allment akseptert.

Selv om noe er å anse som straff i relasjon til EMK artikkel 6, er det ikke nødvendigvis slik at det gjelder et absolutt krav om at sanksjonen må ilegges av en «independent and impartial tribunal». Det er på det rene at visse straffesaker kan behandles av administrative myndigheter i første instans, forutsatt at avgjørelsen kan bringes inn for domstolene og domstolsprøvelsen tilfredsstillende kravene som utledes av artikkel 6. Når det gjelder spørsmålet om konkurranserettslige overtredelsesgebyr kan ilegges administrativt, har EMD i en dom avsagt 27. september 2011 konkludert med at det italienske systemet med konkurranserettslige sanksjoner ikke er i strid med EMK artikkel 6 nr. 1 (flertall 6-1). Saken hadde sin bak-

grunn i at de italienske konkurransemyndighetene (AGCM – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) i 2001 startet etterforskning mot farmasiforetaket A. Menarini Diagnostics S.R.L. for ulovlig prissamarbeid og markedsdeling. I vedtak av 30. april 2003 ila AGCM foretaket en bot på 6 millioner euro for brudd på konkurransereglene på markedet for diagnose-tester for diabetes. Konkurransemyndighetene uttalte i vedtaket at boten skulle tjene til å ha avskrekkende virkning for øvrige farmasøytiske foretak. Foretaket anførte at det nasjonale systemet med administrativ ileggelse av sanksjoner ikke respekterer foretakets grunnleggende menneskerettigheter. Foretaket pekte i denne forbindelse på at kompetansen til å etterforske og til å håndheve regelverket er lagt til samme myndighet, og at domstolene bare har liten mulighet til å overprøve disse beslutningene. Foretakets anke mot konkurransemyndighetenes vedtak ble imidlertid avvist i alle rettsinstanser i Italia. EMD fant at det ikke forelå et brudd på EMK artikkel 6 nr. 1, og viste til at de nasjonale domstolene, i alle instanser, foretok en fullstendig gjennomgang av de faktiske og rettslige anførselene som foretaket hadde mot konkurransemyndighetenes vedtak om overtredelsesgebyr. Videre uttalte domstolen at kontrollen med de administrative sanksjonene ikke var begrenset til bare en vurdering av lovmessigheten. Domstolen pekte på at de nasjonale domstolene i sin overprøving av beslutningen vurderte hvorvidt konkurransemyndigheten hadde brukt sin kompetanse på en forsvarlig måte, samt at det ble foretatt en detaljert analyse av om den aktuelle sanksjonen var passende.

Utvalget vil bemerke at dommen fra EMD konkret gjelder lovligheten av det italienske konkurranserettslige sanksjonssystemet. Utvalget er like fullt av den oppfatningen at dommen i vesentlig grad må sies å ha brakt klarhet i spørsmålet om hvorvidt konkurranserettslige overtredelsesgebyr kan ilegges administrativt uten å komme i strid med de grunnleggende rettighetene som følger av EMK artikkel 6 nr. 1. Dommen fastslår at så lenge de nasjonale domstolene har kompetanse til å foreta en overprøving av konkurransemyndighetenes beslutning både hva gjelder faktum og rettsregler, vil foretakene som er ilagt sanksjoner ha et tilfredsstillende grunnlag for å kunne angripe beslutningen og dermed være sikret en rettferdig rettergang.

I Rt. 2011 s. 910 (Tine-saken) premiss 51 har Høyesterett uttalt seg om domstolenes kompetanse ved overprøving av Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr. Høyesterett viser innledningsvis til at det i lovens forarbeider er lagt til grunn at rettens kompetanse tilsvarende departementets kompetanse som klageorgan i tradisjonelle forvaltningssaker. Høyesterett legger deretter til grunn at retten dermed kan «prøve både faktum, saksbehandling, rettsanvendelse og skjønn. Den kan fatte nytt vedtak dersom tilsynets vedtak er ugyldig, eller dersom den mener det ikke bør ilegges gebyr eller gebyrets størrelse bør endres.» Utvalget finner på denne bakgrunn å kunne legge til grunn at konklusjonen etter EMK artikkel 6 nr. 1 ville blitt den samme om det var lovligheten av det gjeldende norske systemet som var til behandling.

Utvalget finner grunn til å understreke at det også uten EMDs dom i Menarinisaken ville ha vært av den oppfatningen at man for norsk retts vedkommende kan ilegge konkurranserettslige overtredelsesgebyr administrativt uten å komme i konflikt med rettighetene som følger av EMK artikkel 6 nr. 1. I denne sammenhengen nøyer utvalget seg med å vise til EMDs dom av 23. november 2006 (Jussila). I avsnitt 43 i dommen uttalte domstolen at sanksjoner som befinner seg innenfor kjerneområdet av det som tradisjonelt betraktes som straff («the hard core of criminal law»), ikke kan ilegges administrativt. Domstolen påpekte videre at praksis gradvis har utvidet begrepet «criminal charge» til å gjelde saker som ikke tilhører den tradisjonelle strafferetten. Domstolen uttalte følgende:

«There are clearly «criminal charges» of differing weight. What is more, the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a «criminal charge» by applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law, for example administrative penalties (Öztürk v. Germany), prison disciplinary proceedings (Campbell and Fell v. the United Kingdom, judgment of 28 June 1984, Series A, no. 80), customs law (Sala-biaku v. France, judgment of 7 October 1988, Series A no 141-A), competition law (Société Stenuit v. France, judgment of 27 february 1992, Series A no. 232-A) and penalties imposed by a court with jurisdiction in financial matters (Guisset v. France, no. 33933/96, ECHR 2000-

IX). Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal head guarantees will not necessarily apply with their full stringency (see Bendenoun and Janosevic, § 46 and § 81 respectively, where it was found compatible with Article 6 § 1 for criminal penalties to be imposed, in the first instance, by an administrative or non-judicial body: a contrario, *Findlay v. the United Kingdom*, cited above).» (utvalgets utheving)

Etter utvalgets syn må denne uttalelsen i dommen forstås slik at den avgrenser konkurranserettslige overtredelsesgebyrer fra å tilhøre «the hard core of criminal law».

Utvalget viser dessuten til at EU-domstolen i en nylig avsagt dom i den såkalte KME-saken har konkludert med at Underrettens prøvelsesadgang av Kommisjonens beslutninger i bøtesaker verken er i strid med EU-retten eller EMK. EU-domstolen uttaler her at selv om Kommisjonen er gitt et vidt skjønn hva angår økonomiske vurderinger, har EU-domstolen i sin tidligere praksis slått fast at dette ikke innebærer at rettsinstansene i EU (dvs. Underretten og EU-domstolen) er avskåret fra å kontrollere Kommisjonens vurdering av opplysninger av økonomisk art. Videre viser EU-domstolen til at selv om Underretten i flere tidligere saker har vist til Kommisjonens «vide skjønnsmargin» eller «skjønnsbeføyelse», har ikke disse henvisningene hindret Underretten i å utøve sin fulle prøvelsesrett både med hensyn til rettslige og faktiske omstendigheter, slik den også er forpliktet til. I premiss 133 i dommen slår EU-domstolen fast at rettsinstansene i EU både foretar en rettslig og faktisk kontroll av Kommisjonens avgjørelse, og at de har kompetanse til å vurdere bevisene på nytt samt å oppheve Kommisjonens beslutning om å ilegge gebyr eller å endre nivået på gebyret. EU-domstolen konkluderer deretter med at den legalitetskontrollen som skjer i henhold til TEUV artikkel 263, supplert med den fulle prøvelsesrett i forhold til gebyrets størrelse som følger av rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 31, ikke kan sies å være i strid med kravet om effektiv domstolsprøvelse som følger av charteret om grunnleggende rettigheter artikkel 47. KME-konsernets anke ble også på dette grunnlaget forkastet av EU-domstolen.»

Opprettelsen av en uavhengig klagenemnd, som skal være administrativt underlagt departementet og ha kompetanse til å overprøve Konkurransetilsynets vedtak, reiser noen problemstillinger

utover de Hjelmengutvalget hadde foranledning til å behandle. Utvalget vil derfor først kort kommentere hvilke av tilsynets vedtak som synes å være straff etter EMK, for deretter å gå inn på hvilke krav EMK stiller til domstolskontroll både av tilsynets avgjørelser om straff og dets øvrige avgjørelser.

3.2.2 Hvilke av Konkurransetilsynets ulike vedtak og avgjørelser utgjør straff etter EMK?

Spørsmålet om en sanksjon skal anses som straff etter EMK artikkel 6 beror som nevnt etter EMDs praksis på en vurdering av tre kriterier: nasjonal klassifisering, lovbruddets karakter samt innholdet og alvoret av den sanksjon som det kan være aktuelt å ilegge.

Dersom det er ønskelig å gi nemnda en rolle med hensyn til ileggelse av gebyr for overtredelse av EØS-konkurranseloven, må dette etter utvalgets syn i utgangspunktet vurderes på samme måte som Konkurransetilsynets kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr etter konkurranse-loven, jf. også EFTA-domstolens vurdering av gebyr ilagt av ESA i sak E-15/10 *Posten Norge v. ESA*. Nemnda vil i tilfelle ilegge straff i EMKs forstand. Utvalget anser i utgangspunktet en slik ordning forenlig med EMK, så lenge EMKs krav til domstolskontroll oppfylles enten av nemnda eller av de ordinære domstoler. Disse kravene utdypes i punkt 3.2.5 nedenfor.

Vedtak om hel eller delvis lemping av overtredelsesgebyr etter konkurranse-loven §§ 30 og 31 vil også forutsette både en skyldvurdering og utmåling av overtredelsesgebyr (en sanksjon), og må slik utvalget oppfatter EMK-praksis således anses som vedtak om straff i EMKs forstand. Dette gjelder etter alt å dømme også for foretak som eventuelt innrømmes full lemping, det vil si fullt fritak fra det ilagte straffeansvaret.

Utvalget antar derimot at overtredelsessaker som løses ved hjelp av avhjelpende tiltak, jf. konkurranse-loven § 12 tredje ledd, ikke dekkes av reglene om straffesaker i EMK artikkel 6, etter som avgjørelser som ikke forutsetter stillingtagen til om siktede er skyldig eller utmåling av straff faller utenfor bestemmelsene.

Ut fra en tilsvarende vurdering antar utvalget også at EMK-reglene relatert til straffesaker ikke kommer til anvendelse i saker hvor tilsynet vedtar påbud om opphør, jf. konkurranse-loven § 12. Også slike vedtak kan treffes uten at det er nødvendig for tilsynet å ta stilling til skyld eller straffutmåling. Derimot må det antas at et eventuelt

overtredelsesgebyr ilagt som reaksjon på foretaks brudd på vedtak om opphør vil være straff i EMK forstand, jf. konkurranseloven § 29.

De samme hensyn tilsier at tilsynets vedtak om tvangsmulkt for å sikre etterlevelse av enkeltvedtak eller pålegg om opplysningsplikt ikke er å anse som straff i EMK forstand, i det heller ikke disse vedtakene krever vurdering av skyld fra foretakets side, jf. konkurranseloven § 28.

Konkurranseloven § 32 gir hjemmel for anvendelse av fengsel og bøter ved brudd på konkurranseloven § 10 samt ved ulike andre brudd på loven, eventuelt på vedtak eller pålegg i henhold til loven. Slike overtredelser er bare undergitt offentlig påtale når det foreligger påtalebegjæring fra Konkurransetilsynet eller det kreves av sterke allmenne hensyn. Konkurransetilsynets begjæring om offentlig påtale kan ikke anses som straff etter EMK. EMK krever med andre ord ikke at partene gis tilgang til overprøving av anmeldelsen som sådan i domstolene.

For oversiktens skyld slås det fast at tilsynets vedtak i fusjonssaker utvilsomt ikke er straff i EMKs forstand, enten partene melder en foretaks-sammenslutning til Konkurransetilsynet etter reglene om meldeplikt i konkurranseloven § 18, eller Konkurransetilsynet griper inn mot transaksjonen i saker hvor det ikke er meldeplikt, jf. konkurranseloven § 18 tredje ledd og inngrepsplikten slik den følger av § 16.

3.2.3 Vil EMK artikkel 6 gjelde ved domstolsbehandling av de vedtakene som ikke anses som straff?

Minimumskravene i EMK artikkel 6 (1) gjelder ikke bare i saker om straffesiktelse, men også i «avgjørelse av borgerlige rettigheter og plikter». Det gjelder både det overordnede kravet om rettferdig rettergang og kravet om avgjørelse innen rimelig tid.³¹ Dette reiser spørsmålet om Konkurransetilsynets avgjørelser av annen art enn vedtak om overtredelsesgebyr må anses som avgjørelse av borgerlige rettigheter (eller plikter).

Ifølge Domstolen må flere vilkår være oppfylt for at en sak skal dekkes av dette alternativet i artikkel 6. Utgangspunktet er at begrepet omfatter privatrettslige tvister, også når det offentlige er part i dem. Utenfor faller offentligrettslige tvister. I utgangspunktet er det derfor nærliggende å anta at tilsynets vedtak og avgjørelser ikke dekkes av bestemmelsen. Saker om overprøving av tilsynets vedtak i slike saker vil etter norsk terminologi

betraktes som offentligrettslige tvister. Domstolen har imidlertid utvidet anvendelsesområdet til artikkel 6 vedrørende borgerlige rettskrav gjennom praksis, og den nærmere avgrensningen kan derfor være vanskelig. Avgjørelser som bare har indirekte og avledede virkninger for borgerlige rettigheter eller plikter er ikke omfattet av bestemmelsen, da det etter praksis fra EMD er et krav om at avgjørelsen av tvisten er bestemmende for rettigheten.³²

Et praktisk spørsmål er derfor om tilsynets inngrep i foretaks handle- og avtalefrihet basert på konkurranselovens forbudsbestemmelser kan anses som avgjørelser om borgerlige rettigheter etter artikkel 6. Utvalget har imidlertid ikke funnet det hensiktsmessig å foreta en nærmere analyse av slike spørsmål, som må avklares i praksis.

3.2.4 Krav om tilgang til domstolene

Når en sak først gjelder et forhold som faller inn under artikkel 6 (1), foreligger det krenkelse hvis domstolskontroll er avskåret etter nasjonal rett. Er en avgjørelse som faller inn under EMK artikkel 6 truffet administrativt, krever artikkel 6 som utgangspunkt at en etterfølgende domstol har full kompetanse, men etter omstendighetene innrømmes forvaltningen en viss skjønnsmessig myndighet, hvor det ikke er nødvendig med fullstendig domstolskontroll, jf. *Zumtobel v. Østerrike*, A 268-A (1993). Adgangen til domstolene kan begrenses, men ikke slik at det sentrale innhold i rettigheten svekkes. Begrensninger må ivareta et legitimt formål og det må være forholdsmessighet mellom mål og middel. Blant forhold som har blitt ansett å begrense adgang til domstolene inngår uklare nasjonale rettsregler og korte tidsfrister for partenes rettslige skritt mot forvaltningsorganenes avgjørelser, manglende dokumentinnsyn og prohibitive krav om sikkerhetsstillelse.

Selv om EMK ikke krever at det opprettes ankeordninger for alle typer saker, må ankerett etableres for straffesaker, unntatt lovbrudd av liten betydning (minor character), lovbrudd hvor den førsteinstans som prøver saken er den høyeste domstolen for sakstypen (slik EFTA-domstolen er for ESAs avgjørelser) eller hvor en part domfelles etter å ha blitt frifunnet i en lavere rettsinstans, jf. EMK Protokoll 7 artikkel 2. EMK gir hva straffesaker angår krav på «a fair and public hearing» i første instans og deretter på «review» av denne avgjørelsen i en høyere instans. Domstolen har også slått fast at stater som har appellin-

³¹ Jf. Grunnloven § 95 etter endring av 13. mai 2014.

³² *Ulyanov v. Ukraine og Boulois v. Luxembourg*.

stanser må sørge for at de fundamentale rettigheter i artikkel 6 kommer til anvendelse i disse instansene.

Dersom nemnda skal kunne ha full prøvelsesrett med hensyn til overtredelsesgebyr og øke eller redusere gebyr tilsynet har ilagt, er det derfor to måter en nemndsløsning kan etableres på som begge vil kunne tilfredsstille kravene i EMK artikkel 6 og protokoll 7 artikkel 2.

Et første alternativ er at nemnda, både formelt og i sin praksis, tilfredsstiller de krav som EMK artikkel 6 stiller til et uavhengig og upartisk tribunal. Et andre alternativ er at nemnda opprettes som et (forvaltnings)organ som ikke trenger følge alle kravene EMK artikkel 6 stiller, men at nemndas avgjørelser kan overprøves i domstolene, jf. EFTA-domstolen i *Posten Norge v. ESA*, sak E-15/10, som angår ESAs vedtak om anvendelse av overtredelsesgebyr. I saker om straff i form av overtredelsesbebyr innebærer dette et krav om at domstolsavgjørelsene skal kunne ankes.

Utvalget vurderer modeller for nemnda hvor nemnda kan treffe vedtak (som førsteinstans eller anneninstans) om overtredelsesgebyr (straff i EMKs forstand) og søksmål for overprøving av konkurransklagenemndas vedtak om overtredelsesgebyr skal bringes direkte inn til lagmannsrettene. Dersom lagmannsretten i en slik sak skulle opprettholde nemndas vedtak om overtredelsesgebyr, og partene ønsker å anke til Høyesterett, vil spørsmålet være om lovgivningens begrensninger på retten til behandling i Høyesterett er forenlig med EMK.

Utvalget legger til grunn at den uavhengige klagenemnda bør oppfylle kravene til et uavhengig og upartisk tribunal i EMKs forstand av to årsaker. For det første er det mulig at det vil være behov for dette hvis nemnda skal treffe vedtak om overtredelsesgebyr og søksmål om overprøving av vedtakene skal bringes direkte inn for lagmannsretten uten at prosessordningen i domstolene ellers justeres på noen måte. For det andre vil en slik løsning uavhengig av kravene i EMK innebære at nemndas avgjørelser sikres den tillit og legitimitet som opprettelsen av et nytt og uavhengig klageorgan har som hovedformål å ivareta.

Utvalget påpeker at ved opprettelsen av en klagenemnd for konkurransesaker er det viktig å vurdere om organet som opprettes oppfyller kravene EMK stiller til et uavhengig og upartisk tribunal. Dersom noen av disse kravene ikke blir oppfylt vil dette ha betydning for flere av de anbefalingene som gjøres under kapitlene 7 og 8 nedenfor, blant annet i spørsmålet om forvaltningsklage som prosessforutsetning, jf. punkt

8.5.3.2 og å la søksmål mot klagenemndas vedtak gå direkte for lagmannsretten, jf. punkt 8.5.3.6.

3.2.5 Kravet om rettferdig rettergang og betydningen for nemndas organisering og saksbehandling

På bakgrunn av praksis under EMK, har det utviklet seg en rekke prinsipper som utdyper hva kravene til rettferdig rettergang innebærer. Disse prinsippene stiller både krav til hvordan en nemnd må organiseres og hvilke saksbehandlingsregler den bør gis for å anses uavhengig og upartisk, og til hvordan kravene etterleves i den enkelte sak.

Grunnloven ble 13. mai 2014 endret ved at de viktigste rettssikkerhetskrav som internasjonale menneskerettskonvensjoner stiller til behandlingen av straffesaker ble innlemmet i §§ 95 og 96. Paragraf 95 første ledd lyder etter endringen:

«Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. Rettergangen skal være rettferdig og offentlig. Retten kan likevel lukke rettsmøtet dersom hensynet til partenes privatliv eller tungtveiende allmenne interesser gjør det nødvendig.»

Det er fortsatt forskjeller i vernet etter Grunnloven og vernet etter internasjonal rett. EMKs straffebegrep er langt videre enn Grunnlovens, og EMK protokoll 7 artikkel 4 inneholder et forbud mot gjentatt straffeforfølgning som ikke kan utledes av Grunnloven. Siden forvaltningssanksjoner ikke er straff i Grunnlovens forstand, får ikke de krav Grunnloven § 96 stiller til behandling av straffesaker, anvendelse på forvaltningssanksjoner. Kravene i § 95 kommer derimot til anvendelse, da denne bestemmelse ikke skiller mellom straffesaker og sivile saker.³³

EMK artikkel 6 (1) gir krav på avgjørelse av en domstol opprettet ved lov. Det er ifølge praksis klart at tradisjonelle domstoler kan oppfylle disse kravene, men også ulike typer nemnder, sammensatt for eksempel av leger og jurister, se *Le Compte, Van Leuven and de Meyere v. Belgia*, A 43 (1981); eller av praktiserende advokater, se *H v. Belgia*, A 127 (1987); eller av jurister, tjenestemenn eller legfolk – *Sramek v. Østerrike*, A 84 (1984). EMK krever imidlertid at «domstolen» som ilegger straff skal være uavhengig. Her ses det hen til måten medlemmene utpekes på og

³³ Jf. Jens Edvin Skoghøy *Forvaltningssanksjoner*, EMK og Grunnloven, *Jussens venner*, hefte 5 2014.

deres funksjonstid, garantier mot press utenifra og om organet fremtrer som uavhengig. Utvalget antar at dette også innebærer at en uavhengig klagenemnd som skal overprøve Konkurransetilsynets vedtak som dekkes av EMK artikkel 6, må settes med medlemmer som ikke tidligere har hatt befatning med saken gjennom arbeid i eller for tilsynet. Det kan ikke utelukkes at nemnda vil få oppnevnt advokater eller økonomer som driver konsulentvirksomhet som medlemmer, og at de selv eller kolleger de driver virksomhet sammen med kan ha eller ha hatt engasjement for parter som opptrer i nemnda. Utvalget utreder ikke alle tenkelige konstallasjoner i forhold til EMK, men påpeker betydningen av at uavhengighetskravet og kravet til upartiskhet vurderes konkret også når det settes nemnd for avgjørelse av de enkelte sakene.

Siktede har krav på rettferdig rettergang. Domstolen har ikke gitt noen abstrakt definisjon av dette prinsippet. Visse sider av prinsippets anvendelse i straffesaker følger av artikkel 6 (2) og (3). Praksis er rikholdig, og utvalget begrenser seg til å peke på hovedprinsippene som er av særlig relevans ved opprettelsen av en klagenemnd for overprøving av Konkurransetilsynets vedtak.

Partene må gis lik adgang til tilstedeværelse i overprøvingsinstansen, få tilgang til samme dokumenter og få adgang til å imøtegå den annen parts anførsler. Kravet om rettferdig rettergang stiller også krav til begrunnelsen for de avgjørelser som treffes, og avgjørelsesinstansen må foreta en skikkelig undersøkelse av partenes anførsler, argumenter og bevis så langt de rekker. Prinsippet innebærer også et vern mot selvinkriminering.

Rettergangen skal som utgangspunkt være offentlig, men kravet er ikke ubetinget.³⁴ Dersom det ikke er behov for vitneavhør, eller fremleggelse av argumenter i møter, er skriftlig behandling akseptert.

Et utslag av offentlighetsprinsippet er at dommer skal avsies offentlig. Dette kravet har imidlertid i praksis blitt tolket innskrenkende. Utvalget legger til grunn at det er tilstrekkelig at allmennheten kan få kopi av dommene, samt at de viktigste avgjørelser senere blir publisert i en offentlig domssamling,

EMK artikkel 6 (3) bokstav b krever at siktede gis tilstrekkelig tid og muligheter for sitt forsvar. Dersom klagenemnda gis kompetanse til å overprøve tilsynets vedtak om overtredelsesgebyr eller eventuelle andre vedtak som dekkes av EMK

artikkel 6, må derfor klagefristen ikke være for kort.

Artikkel 6 (3) bokstav c konkretiserer siktedes rett til forsvar på tre punkter: rett til å forsvare seg personlig, rett til forsvarer og til å motta forsvarerbistand uten omkostninger, hvis dette kreves i rettferdighetens interesse. Kravet på dekning av omkostningene ved bruk av forsvarer er nokså betinget. Vilårene for fri rettshjelp er ubemidlet og at det er nødvendig «i rettferdighetens interesse». Det siste kriteriet beror på en konkret vurdering som blant annet omfatter hvor alvorlig og vanskelig saken er og klagerens personlige situasjon. Ved anvendelse av overtredelsesgebyr etter konkurranselovgivningen har lovgiver, etter gjeldende rett, valgt å basere seg på tvistelovens regler om fordeling av saksomkostninger. Opprettelsen av en uavhengig klagenemnd reiser ikke nye spørsmål i den anledning. Utvalget finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmål som gjelder dekning av rettshjelp.

Artikkel 6 (3) bokstav d gir rett til å få avhørt vitner i saken. Heller ikke denne rettigheten er ubetinget. Som utgangspunkt er det opp til de nasjonale domstoler å vurdere fremlagte bevis, samt betydningen av bevis tilbudt av tiltalte. Likeledes er det i første rekke opp til domstolene å bestemme om det er hensiktsmessig å innkalle vitner. Etter bestemmelsen er det ikke nødvendig å innkalle og avhøre ethvert vitne tiltalte krever; det sentrale er å sikre likestillingen mellom partene. Også høring av sakkyndige og medtiltalte kan omfattes av bestemmelsen. Bestemmelsen har særlig vært anvendt i forbindelse med opplesning av politiforklaringer. Slik opplesning er ikke i seg selv i strid med konvensjonen, men bruken av slike forklaringer må ta hensyn til tiltaltes rettigheter. Utvalget legger til grunn at bestemmelsen må anvendes tilsvarende på Konkurransetilsynets forklaringsopptak i saker om overtredelsesgebyr.

Uskyldspresumsjonen har flere prinsipielt viktige sider, men reiser etter det utvalget kan se ikke særlige problemstillinger i forbindelse med opprettelse av en uavhengig klagenemnd som gis kompetanse til å overprøve Konkurransetilsynets avgjørelser.

3.2.6 Kravet om avgjørelse innen rimelig tid

De fleste krenkelser av artikkel 6 skyldes at saken ikke er avgjort «innen rimelig tid».³⁵ Kravet gjelder både sivile saker og straffesaker. Dersom en

³⁴ Jussila v. Finland, 23.11.2006, Application no. 73053/01, avsnitt 41.

³⁵ Jf. Grunnloven § 95 etter endring av 13. mai 2014.

uavhengig klagenemnd skal treffe avgjørelser som dekkes av EMK artikkel 6, for eksempel ved å overprøve overtredelsesgebyr ilagt av Konkurransetilsynet, må organet gis tilstrekkelige ressurser til å oppfylle fremdriftskravene i EMK. Ved vurderingen av det samlede antall overprøvningsmuligheter som etableres, bør det også tas hensyn til den totale tidsrammen før partene kan vente å ha en rettskraftig dom.

Ved bedømmelsen av om saken er avgjort innen rimelig tid, har EMD utviklet kriterier som stort sett er likeartede i sivile saker og straffesaker. Det legges vekt på sakens rettslige og faktiske kompleksitet, samt klagerens og myndighetenes oppreden.

Den faktiske siden av denne problemstillingen vil derimot antakelig være ulik i saker om straff (overtredelsesgebyr) og andre saker tilsynet behandler, som for eksempel fusjonskontroll. Utvalget tar som nevnt ikke stilling til om fusjonskontroll i henhold til dagens praksis dekkes av EMK artikkel 6. For alle praktiske formål kan det slik rettspraksis er i dag være forsvarlig å konstatere at både forvaltningsprosessen og partene i fusjonssaker bidrar til rask saksbehandling, samtidig som det foreløpig ikke har blitt tatt ut søksmål i Norge for overprøving av konkurransemyndighetenes vedtak i fusjonssaker.

Hva overtredelsesgebyr angår, er bildet annerledes. I slike saker går Konkurransetilsynets saksbehandling i de fleste saker over år, overprøving i domstolsapparatet er vanlig og behandlingen i rettsapparatet vil gjerne ta år. Utvalget understreker derfor at det ved opprettelsen av en uavhengig klagenemnd må tas hensyn til kravet i artikkel 6 om avgjørelse «innen rimelig tid». Dersom nemnda skal overprøve overtredelsesgebyr, vil det forsterke ressursbehovet i nemnda.

3.3 Grunnloven § 96

Grunnloven § 96 slår fast at ingen kan straffes uten etter dom. På den bakgrunn har det vært nødvendig å ta stilling til om overtredelsesgebyr kan ilegges av konkurransemyndighetene når de konstaterer brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser. Lovgiver har lagt til grunn at det er adgang til dette, og Høyesterett har ikke truffet avgjørelser i motsatt retning. Utvalget vil derfor begrense sin vurdering av dette spørsmålet til de problemstillinger utvalgets mandat reiser.

Etter gjeldende rett er ordningen at overtredelsesgebyr kan ilegges av Konkurransetilsynet, men at overprøvingen av dette gjøres ved domsto-

lene. Utvalget vil, i tillegg til de spørsmål som direkte fremgår av mandatet, vurdere om en ny klagenemnd som skal overprøve Konkurransetilsynets vedtak også kan gis i oppgave å overprøve Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr, og om det er anledning til å kreve at denne administrative klageadgangen benyttes før en part eventuelt tar ut søksmål ved domstolene.

I forarbeidene til konkurranseloven³⁶ påpekes forskjellene mellom den sivilrettslige reaksjonen overtredelsesgebyr og strafferettslige bøter. Den sivilrettslige reaksjonen faller inn under gruppen av forvaltningssanksjoner, og reglene i straffeloven og straffeprosessloven kommer ikke til anvendelse ved vedtak om overtredelsesgebyr. Departementet slutter seg til utvalgets vurdering av at overtredelsesgebyr er å anse som straff i henhold til EMK artikkel 6. Videre er departementet av den oppfatning at overtredelsesgebyret ikke er straff etter Grunnloven § 96.

Høyesterett tok nylig stilling til om et vedtak om overtredelsesgebyr etter akvakulturloven var ugyldig fordi gebyret måtte anses som straff og dermed var ilagt i strid med domskravet i Grunnloven § 96³⁷. Høyesterett påpeker i denne saken at viktige sider ved straffebegrepet er fastlagt gjennom langvarig lovgivningspraksis hvor det er gitt hjemmel for administrative sanksjoner uten at dette er satt til side av Høyesterett. For det første er det klart at sanksjoner lovgiveren selv har benevnt som straff som den store hovedregel må ilegges av en domstol. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig til å bringe en sanksjon klar av Grunnloven § 96 at den betegnes som noe annet enn straff. Administrative reaksjoner uten straffformål faller utenfor grunnlovsvernet, men en reaksjons straffformål vil ikke i seg selv være nok til å bringe Grunnloven § 96 til anvendelse. Høyesterett viser til praksis fra flere forvaltningsområder, inkludert konkurranseretten, samt til en betenkning fra professor Johs. Andenæs som ble fremlagt for Stortinget i 1967³⁸, i forbindelse med mulig norsk tilslutning til Det europeiske økonomiske fellesskap (EEC). I denne forbindelse uttalte Høyesterett³⁹:

«Et av spørsmålene han vurderte var om Kommissjonens myndighet til å ilegge bøter for overtredelse av bestemmelser om konkurranseregulering lot seg forene med forbudet i Grunn-

³⁶ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 116 og 117.

³⁷ Rt. 2014 s. 620

³⁸ Dok.nr. 10 (1966–1967)

³⁹ Rt. 2014 s. 620, premiss 59.

loven mot å ilegge straff uten etter dom, se side 11 flg. Etter blant annet å ha uttalt at «... det er et åpent spørsmål hvor strengt man skal tolke grl. § 96 når det bare er tale om en bøtesanksjon, især når man befinner seg på spesialområder hvor særlige hensyn gjør seg gjeldende» konkluderte Andenæs med at «... det må være forsvarlig å bygge på sannsynligheten for at Høyesterett vil akseptere systemet ... som forenlig med grunnloven ...». Dette synet er fulgt opp i senere konkurranserettslovgivning, se senest NOU 2012: 7 «Mer effektiv konkurranselov» side 58 og Prop. 75 L (2012–2013) side 63.»

Videre slutter Høyesterett⁴⁰ seg til sanksjonslovutvalgets oppsummering⁴¹, som lyder:

«Utvalget legger til grunn at også mer inngrående rettighetstap, større overtredelsesgebyrer og tap av offentlig ytelse for et større beløp eller et lengre tidsrom vil være forenlig med Grunnloven dersom ordningene er saklig begrunnet, bygget opp med gode rettssikkerhetsgarantier – herunder klageadgang og adgang til domstolsprøvelse – og lovgiver har gitt uttrykk for at sanksjonene ikke skal anses som straff i Grunnlovens forstand.»

Høyesterett går deretter over til å vurdere hvilke rettssikkerhetsgarantier som omkranser ordningen med overtredelsesgebyr etter akvakulturloven, og i hvilken grad disse ivaretar formålet bak domskravet i Grunnloven § 96. I denne forbindelse uttaler Høyesterett:

«Jeg nevner innledningsvis at overtredelsesgebyr ilegges som enkeltvedtak etter forvaltningsloven, og at de alminnelige saksbehandlingsreglene for forvaltningen gjelder, herunder retten til å klage til overordnet myndighet.

Den som er ilagt et overtredelsesgebyr kan reise sak om gyldigheten av vedtaket. Domstolene har i en slik sak den samme vide kompetanse til å prøve vedtakets gyldighet som ved overprøving av andre forvaltningsvedtak. Jeg viser her til min tidligere gjennomgang av forarbeidenes omtale av domstolskontrollen. Den tradisjonelle domstolsprøvingen suppleres som nevnt av at domstolene i en sak om gyldigheten av en sanksjon som anses som straff etter EMK, også prøver om de krav konvensjo-

nen stiller til behandlingen av en straffesak er oppfylt.»

Etter dette konkluderer Høyesterett med at de rettssikkerhetsgarantiene som er omtalt, vurderes tilstrekkelige til å ivareta hensynet bak domskravet i Grunnloven § 96 på et område som det foreliggende.

Dagens ordning i konkurranseloven er som kjent at overtredelsesgebyr ilegges administrativt gjennom vedtak som ikke kan påklages, men som er gjenstand for full prøving i domstolene. Dette følger klart av lovens § 29 og er fulgt opp i rettspraksis, blant annet Rt 2011 s. 910 (Tine) og Rt 2012 s. 1556 (Gran & Ekran). Lovgiver har både i Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) og ved revisjonen av konkurranseloven i Prop. 75 L (2012–2013) lagt til grunn at ordningen er forenlig med domskravet for ileggelse av straff i Grunnlovens § 96, se særlig sistnevnte lovproposisjons s. 63 med videre henvisninger.

Høyesterett synes å legge det samme til grunn i sin beskrivelse av rettstilstanden i konkurranse retten i Rt. 2014 s. 1296 (Selsøyvik), se premiss 59–60. Ved vurderingen av grunnlovsmessigheten av administrativ ileggelse av overtredelsesgebyr etter akvakulturloven, legger Høyesterett vekt på de rettssikkerhetsgarantier som ligger i denne loven. Særlig gjelder det adgangen til full domstolsprøving, jf. premiss 82 flg. Men retten viser også til adgangen til å klage på gebyrfastsettelsen til overordnet myndighet, jf. dommens premiss 81. Spørsmålet er dermed om tilgang til administrativ klageadgang etter dette må anses som et vilkår for at administrativ fastsettelse av overtredelsesgebyr skal være forenlig med domskravet for straffesanksjoner i Grunnloven § 96. Akvakulturloven skiller seg fra konkurranseloven ved at gebyrvedtak kan påklages før domstolsprøving.

Utvalget antar at Selsøyvik-dommen ikke kan tas til inntekt for en så streng fortolkning av Grunnloven § 96. Høyesterett synes å legge avgjørende vekt på adgangen til full domstolsprøving av gebyrvedtaket, herunder med prøving av rettssikkerhetsgarantiene som følger av EMK, som argument for at rettssikkerheten er tilstrekkelig ivare tatt, jf. dommens premiss 82. Henvisningen til adgangen til forvaltningsklage fremstår som et støtteargument mer enn som et avgjørende vilkår for at et forvaltningsorgan skal kunne ilegge overtredelsesgebyr uten at dette rammes av Grunnloven § 96. Manglende tilgang på klagebehandling av gebyrvedtak er så langt utvalget kan se aldri blitt problematisert i forhold til Grunnloven. Problemstillingen man drøftet i lovrevisjonen i 2013

⁴⁰ Rt. 2014 s. 620, premiss 65.

⁴¹ NOU 2003: 15 «Fra bot til bedring».

var om overtredelsesgebyret måtte ilegges av domstolene, som følge av domskravet i Grunnloven § 96, men lovgiver avviste som nevnt dette.

Utvalget antar etter dette at det, så lenge den etterfølgende domstolsprøving gjør administrativ ileggelse av overtredelsesgebyr forenlig med Grunnloven, ikke er grunnlag for å stille ytterligere krav til administrativ klagebehandling forut for den rettslige prøvingen i domstolene på dette grunnlag. Dette innebærer at dagens ordning, hvor overtredelsesgebyr ilagt av Konkurransetilsynet bare kan overprøves i domstolene, og ikke i departementet, fortsatt synes forenlig med Grunnloven § 96. Det innebærer også at det beror på en hensiktsmessighetsvurdering, og ikke på krav som følger av Grunnloven, om man vil gi en

uavhengig klagenemnd kompetanse til å overprøve Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr. På samme måte vil det å innføre rett til administrativ klage på tilsynets gebyrvedtak til en uavhengig klagenemnd være forenlig med Grunnloven, så lenge denne ikke erstatter, men supplerer adgangen til overprøving i domstolene.

Et annet spørsmål i denne sammenheng, er om det er uforenlig med Grunnloven § 96 å pålegge parter som er ilagt overtredelsesgebyr å uttømme muligheten for administrativ klage før saken kan bringes inn for domstolene. Utvalget kan ikke se at praksis gir grunnlag for en slik slutning. Et annet spørsmål er hva som er den hensiktsmessige løsning, jf. drøftelsen av dette i punkt 8.5.3.2 nedenfor.

Kapittel 4

Om forvaltningsklage og andre klageorganer i Norge

4.1 Generelt om forvaltningsklage og uavhengige klageorganer

4.1.1 Hovedregelen om forvaltningsklage

Den normative hovedmodellen i Norge er at Kongen (det vil si den parlamentarisk ansvarlige regjeringen) og den enkelte statsråd har instruksjonsmyndighet gjennom forvaltningshierarkiet, og er ansvarlige overfor Stortinget. Systemet for klage på forvaltningsvedtak er nært knyttet opp til den hierarkiske oppbygningen av det norske forvaltningssystemet. Hovedregelen i forvaltningsloven § 28 er at klage over et forvaltningsvedtak avgjøres av det forvaltningsorgan som er nærmest overordnet det organet som har truffet det påklagede vedtaket. I tillegg har det overordnede organ som utgangspunkt myndighet til av eget tiltak å omgjøre førsteinstansens vedtak, jf. forvaltningsloven § 35.

Klagerett har parter eller andre med rettslig klageinteresse. Klageinstansen har vid kompetanse ved behandling av klager på underinstansens vedtak. Det følger av forvaltningsloven § 34 at klageinstansen som hovedregel kan prøve alle sider ved en sak, også sider som ikke er påklaget eller behandlet av underinstansen. Klageinstansen er forpliktet til å vurdere de synspunkter som klager kommer med.

Et viktig saksbehandlingsprinsipp ved forvaltningsklage er at klageinstansen har plikt til å påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes, jf. forvaltningsloven § 17.

4.1.2 Begrunnelse for forvaltningsklage

Reglene om forvaltningsklage gir borgerne mulighet til å få saken vurdert på nytt av et annet forvaltningsorgan, og er en sentral rettsikkerhetsgaranti. Forvaltningsklage er generelt en rimelig og relativt rask form for overprøving. I mange saker vil partene ikke ha behov for advokatbistand for å klage, blant annet fordi saksbehandlingen er

enkel og forvaltningen har ansvar for sakens opplysning.

Overprøving av forvaltningsvedtak i domstolene er vanligvis mer ressurskrevende. Domstolsprøving av forvaltningsvedtak skjer sjelden i forhold til det store antall vedtak forvaltningen treffer, og den betydning disse vedtakene har for partene. Forvaltningsklage er også i mange tilfeller eneste mulighet til å få en fullstendig overprøving av de deler av avgjørelsen som er basert på forvaltningskjønn.

For forvaltningen er klageadgangen, ved siden av omgjøringsadgangen, en del av den kontroll overordnede organer utøver overfor underordnede organer. Systemet med forvaltningsklage vil derfor ivareta både hensynet til den private part som blir berørt av avgjørelsen og hensynet til behovet for politisk styring og kontroll med forvaltningen.

4.1.3 Uavhengige klageorganer

Selv om utgangspunktet er at klager på forvaltningsvedtak skal behandles av overordnet forvaltningsorgan, er dette ikke lenger den praktiske hovedregel. På de fleste forvaltningsområder er lovens utgangspunkt fraveket gjennom opprettelse av uavhengige klagenemnder og frittstående direktorater. Dette fører blant annet til langt færre klagesaker i departementene enn det tradisjonelle utgangspunktet skulle tilsi. En rapport fra Statskonsult fra 2003¹ viste at kun åtte prosent av klager på forvaltningsvedtak truffet av statsforvaltningen, behandles av et departement. Hele 45 prosent behandles av uavhengige klageorganer, og de øvrige klagesakene behandles i direktorater. De viktigste formålene med opprettelse av uavhengige klageorganer er at enkelte forvaltningsoppgaver bør forvaltes uavhengig av andre, og ikke vurderes i en større politisk sammenheng. Dette kan styrke konsekvent og juridisk korrekt

¹ Statskonsult-rapport 2003:19 Klager over alt. Organisering av statlig klagebehandling.

gjennomføring av regelverket, og øke tilliten til at det ikke blir tatt utenforliggende hensyn.

Ved opprettelsen av uavhengige klageorganer må det offentliges styringsbehov ivaretas gjennom utforming av lovgivning og rammebetingelser, og ikke ved instruksjon eller overprøving ved klage eller omgjøring i den enkelte sak. Politisk styring innebærer da å trekke de store linjene, særlig gjennom regelverksutvikling, organisering og budsjettstyring, mens avgjørelsen av enkeltsaker behandles av uavhengige organer.

Opprettelse av uavhengige klageorganer øker dessuten muligheten for spesialisert klagebehandling, sammenlignet med klagebehandling i den hierarkiske forvaltningen. Klageorganer med ekspertkompetanse sikrer en faglig god vurdering av saken som bidrar til avgjørelser med høy kvalitet – som igjen gir legitimitet til klagebehandlingen. En kvalitativt god klagebehandling kan redusere behovet for domstolsbehandling ved at partene i større grad aksepterer klageorganets vurderinger.

Også hensynet til effektivitet ligger bak opprettelse av uavhengige klageorganer. Et klageorgan vil med riktig bemanning kunne utføre klagebehandlingen raskt og effektivt, og tid vil bli frigjort i departement eller hos andre overordnede organer som ellers skulle behandle klagen.

I enkelte tilfeller vil også uavhengighet være et krav eller en tydelig føring etter internasjonale regler.

4.1.4 Difis gjennomgang av statlige klageorganer

Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) har vurdert reguleringen av statlige klagenemnder og andre uavhengige forvaltningsorganer i flere rapporter de senere år.² I rapporten *Viltvoksende nemnder? Om organisering og regulering av statlige klagenemnder* har Difi studert 52 klagenemnder, og sett på hvordan hensynet til rettsikkerhet, effektivitet, politisk styring og legitimitet er ivarettatt. Dette er gjort ved undersøkelser av nemndenes organisering, prosessuelle forhold og mekanismer som bidrar til åpenhet og kontroll. I rap-

² Difi-rapport 2010:1 Statlig, men uavhengig. Myndighetsutøvelse gjennom forvaltningsvedtak.

Difi-rapport 2012:7 Uavhengig eller bare uavklart? Organisering av statlig myndighetsutøvelse.

Difi-rapport 2014:2 Viltvoksende nemnder? Om organisering og regulering av statlige klagenemnder.

Difi-rapport 2014:4 På armlengdes avstand, men innenfor rekkevidde. Om legitim myndighetsutøvelse gjennom utavhengige forvaltningsorganer.

portens sammendrag trekkes det frem noen hovedfunn:

«Hensynet til rettsikkerhet for den enkelte har stått sentralt ved opprettelsen av uavhengige klageorganer. I tillegg kommer ønsker om tilgang til spesialisert kompetanse som forvaltningen ellers ikke har tilgang til, og hensynet til å avlaste departementene og underliggende forvaltningsorgan for arbeidskrevende enkeltsaksbehandling. Det har også vært antatt at ved å åpne for overprøving i domstollignende klageinstanser, vil færre saker bli reist for domstolene. Argumentene opptrer i ulike kombinasjoner, men behovet for uavhengighet fra politisk styring går igjen i de fleste tilfeller.

Vi finner at nemndene varierer så mye seg imellom at man ikke kan snakke om én klagenemnd-modell. Det er ikke etablert noen overordnede retningslinjer for valg mellom forvaltningslovens ordinære klagesaksmodell på den ene siden, og nemndsordninger på den andre siden. Det er heller ikke fastsatt forvaltningspolitiske retningslinjer for organisering og regulering av myndighetsorganer generelt eller for klagenemnder spesielt. Som følge av dette er det blitt etablert et stort antall store og små nemnder som er høyst forskjellig organisert og regulert.

Det er betydelig forskjell mellom nemndene når det gjelder saksmengde. Noen nemnder behandler bare et fåtall saker i året. Hovedtendensen både i de største, mellomstore og flere små nemnder har vært sterk vekst i saksinngang og flere avsluttede saker. Anslagsvis behandlet de ti største nemndene i overkant av 30 000 saker i 2012.

Vi ser også at graden og formen for uavhengighet varierer fra den ene nemnda til den andre. På noen områder har overordnet myndighet adgang til politisk styring ved instruksjon eller adgang til å omgjøre nemndas vedtak. På andre områder er regjeringens/departementets ordinære inngrepsmuligheter avskåret både for førsteinstansen og klagenemnda. I mange tilfeller er den rettslige reguleringen av nemndene uklar og ufullstendig. Det kan skape usikkerhet om ansvarsforholdene både på departementsnivå og i nemnda. I siste instans vil det også kunne føre til at det blir stilt spørsmål om rekkevidden av det politiske ansvaret for myndighetsutøvelsen i de organene som er involvert.

Andre forhold som varierer er nemndas sammensetning, medlemmenes kompetanse

og hvordan de oppnevnes/ansettes, saksbehandlingsregler og beslutningsregler, åpenhet og kontroll med nemndas arbeid og beslutninger.

Klagenemnder som overprøver forvaltningsvedtak skal fungere som en rettssikkerhetsgaranti for borgere som mener det er tatt feilaktige avgjørelser i deres sak. På de fleste områder er nemndsbehandling (eller klagesaksbehandling i den ordinære forvaltningsorganisasjonen) eneste mulighet for å få overprøvd forvaltningens skjønn. Som det fremgår av denne og tidligere undersøkelser er det i en del tilfeller så liten organisatorisk avstand mellom klagenemnd og førsteinstans, at det kan reise tvil om avgjørelsene i nemnda er basert på en nøytral og selvstendig vurdering av klagesakene.

En konklusjon som kan trekkes av denne undersøkelsen, er at den store variasjonen mellom enkeltnemnder ikke kan forklares ut fra de særlige behov og hensyn som gjør seg gjeldene på de forskjellige saks-/lovområdene. Forskjellene i organisering og regulering fra den ene nemnda til den andre synes å ha et tilfeldig preg.

Mange nemnder er i dag utilstrekkelig regulert. Dette kan ha sammenheng med at spørsmål som reiser seg ved opprettelsen av klagenemnder, ofte ikke blir tilfredsstillende utredet. De valgte løsningene har i mange tilfelle klare svakheter. Svakhete knytter seg både til enkeltnemnder og til den samlede nemndstrukturen. Det kan være grunn til å reise spørsmål om behovet for å slå sammen nemnder på tilgrensende områder for å skape større enheter og dermed en mer robust struktur.

Utstrakt bruk av klagenemnder i forvaltningen reiser forvaltningspolitiske spørsmål som ikke har fått tilstrekkelig oppmerksomhet. Det gjelder spørsmål knyttet til

- behovet for adekvat rettslig regulering av uavhengig myndighetsutøvelse
- kriterier for valg mellom ulike modeller for overprøving av forvaltningsvedtak
- generell regulering versus særregulering av klagenemnder

Dette er spørsmål som både berører organisatoriske, forvaltningsrettslige og konstitusjonelle forhold, og som krever politisk avklaring. De problemer som reiser seg bør tas opp til en bredere vurdering enn det Difi har hatt anledning til i dette prosjektet.»

Difi-rapporten har gitt utvalget svært nyttig informasjon om hvilke forhold som må vurderes ved opprettelse av et nytt klageorgan, og om hvordan dette mest hensiktsmessig bør gjøres sammenholdt med erfaring fra andre klageorganer. Utvalget har også merket seg at Difi tar opp spørsmålet om det er behov for å slå sammen nemnder for å skape større enheter med mer robust struktur.

4.2 Utvalgets gjennomgang av klageorganer

Utvalget er i mandatet bedt om å se hen til domstolslignende organer i andre deler av norsk forvaltning. I mandatet er Trygderetten, Utlendingsnemnda og Markedsrådet særskilt nevnt. Utvalget har sett nærmere på noen flere organer for å få bredere kunnskap om forskjellige muligheter for organisering og saksbehandling. Det har også vært viktig for utvalget å studere organer på tilgrensende fagområder med tanke på å diskutere hvilke muligheter for sammenslåing eller andre former for samarbeid med et eventuelt konkurransklageorgan, det kan være aktuelt å vurdere nærmere. Utvalget har derfor i tillegg sett på Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), Klagenemnda for industrielle rettigheter (KFIR), Kabelvistnemnda, Medieklagenemnda, Domeneklagenemnda, Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker og Arbeidsretten.

KOFA er relevant fordi saksfeltet saklig sett ligger nært konkurransesakene. Organisasjonsformen med et utvalg av nemndmedlemmer og et fast sekretariat er også interessant for utvalget. Likhetene kan imidlertid umiddelbart fremstå som større enn de reelt sett er. Mens anskaffelsesloven regulerer hvordan offentlige myndigheter skal gå frem ved tildeling av oppdrag for å ivareta kravene til konkurranse, regulerer konkurranseloven næringslivet og setter begrensninger for samarbeid, misbruk av dominerende stilling samt strukturendringer. Regelverkene karakter er også ulik. Mens anskaffelsesretten i stor grad består av relativt vel definerte saksbehandlingsregler, er konkurranseretten basert på matrielle regler, preget av rettslige standarder eller normer som gir anvisning på økonomiske vurderinger. Dette innebærer at tvistenes omfang ofte er ulike. Det er derfor ikke gitt at de organisatoriske løsninger som er valgt med sikte på håndhevelse eller tvisteløsning under anskaffelsesregelverket er egnet for håndheving av konkurranselovgivningen.»

Utvalgets fokus på KFIR har sammenheng med at KFIR på samme måte som konkurransemyndighetene behandler saker med stor betydning for næringsdrivendes rettigheter og handlefrihet, herunder utnyttelse av rettigheter som etter omstendighetene også er regulert av konkurransereglene. I tillegg er KFIR organisert på en måte som synes praktisk for uavhengige klagenemnder. Nemnda har både fast ansatte nemndmedlemmer og et utvalg nemndmedlemmer hvorfra det oppnevnes medlemmer i den enkelte sak.

Kabeltvistnemnda er et tvisteløsningsorgan og ikke en klagenemnd, og den behandler tvister av en annen karakter enn konkurranseretten. Kombinasjonen av faglig komplekse saker og lavt saksantall er imidlertid sammenlignbart med det som kan forventes i en konkurranseklagenemnd, og det kan derfor være nyttig å undersøke hvordan denne nemnda er organisert og hvilke saksbehandlingsregler den følger. Medieklagenemnda har også få, men i enkelte tilfeller store saker, blant annet inngrep mot fusjoner i mediebransjen. Sakene har klare likhetstrekk med saker som vil være aktuelle for et konkurranseklageorgan. I Medieklagenemnda utøver en advokat sekretariatsfunksjonen på deltid, mens Kabeltvistnemnda fungerer uten sekretariat. Både sakenes karakteristika og de begrensede sekretariatsfunksjonene, gjør det naturlig å vurdere om det kan være noe å vinne på et nærmere samarbeid eller sammenslåing av funksjoner.

Domeneklagenemnda er et tvisteløsningsorgan som behandler privatrettslige tvister om domener. Ettersom nemndas avgjørelser kan ha stor betydning for næringsdrivendes rettigheter og interesser og denne uavhengige klagenemnda er organisert med et sekretariat, kan den likevel ha en viss interesse for utvalgets vurderinger av modeller for en konkurranseklagenemnd og med hensyn til eventuelt samarbeid.

Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker behandler saker som avviker mye fra konkurranserettslige saker. Et fellestrekk er likevel at det ved saksbehandling i nemnda er et særlig behov for å sikre et godt avgjørelsesgrunnlag. Reguleringen av fylkesnemndene er detaljert og gir nyttige innspill om saksbehandlingsregler, særlig om nemndenes plikt til å opplyse saken.

Arbeidsretten er særlig interessant fordi organet er organisert som en særdomstol. Saksområdene Arbeidsretten behandler adskiller seg en del fra konkurranseretten ved å angå tvister mellom parter i arbeidslivet av mer privatrettslig karakter. Arbeidsrettens avgjørelser om tariffspørsmål har betydning for enkeltpersoners rettsstilling. Særlig

er det relevant å se nærmere på hva som i praksis er forskjellen mellom å organisere klagesaksbehandlingen som en særdomstol istedenfor som et kollegialt forvaltningsorgan.

For hvert organ har utvalget sett nærmere på organisering, regulering av uavhengighet, medlemmenes fagkompetanse, hva slags saker som behandles, samt sakstilgangen og hvor omfattende sakene er. I tillegg har utvalget sett på behovet for sekretariat og arbeidsfordelingen mellom nemnd og sekretariat.

En gjennomgang av saksbehandlingsreglene for hvert organ er også nyttig for å vise de forskjellige løsningene som er etablert for ulike organer og sakstyper. I den forbindelse er det nyttig å notere hvilke organer som behandler overtredelsesgebyr, som anses som straff etter EMK. Utvalget har særlig sett nærmere på om det er vedtatt egne saksbehandlingsregler eller om det (også) er henvist til reglene i forvaltningsloven, tvisteloven eller domstoloven. Andre sentrale spørsmål er organenes vedtakskompetanse og utredningsplikt, samt hvorvidt saksbehandlingen inneholder muntlige innslag. Utvalget har også vurdert hvordan forholdet mellom nemnd og domstolene er regulert, blant annet om forvaltningsklage er gjort til en prosessforutsetning, om det er vedtatt tvungent verneting og hvem som har partsevne ved en etterfølgende domstolsbehandling.

4.3 Markedsrådet

4.3.1 Innledning

Markedsrådet treffer vedtak overfor næringsdrivende etter blant annet markedsføringsloven. I noen saker treffer Markedsrådet vedtak som førstinstans, mens det i andre saker er klageorgan for vedtak truffet av blant annet Forbrukerombudet. Markedsrådets virksomhet er regulert i markedsføringsloven kapittel 7 og enkelte andre bestemmelser. Markedsrådet hører administrativt inn under Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet. Det fremgår av markedsføringslovens forarbeider at Markedsrådet ikke kan instrueres politisk når det gjelder faglige vurderinger.

4.3.2 Sakstyper og saksomfang

Markedsrådet behandler saker etter markedsføringsloven om blant annet urimelige avtalevilkår, villedende og aggressiv markedsføring og markedsføring som strider mot god markedsføringskikk. Dersom det foreligger brudd på markedsføringsloven, kan Markedsrådet treffe vedtak om

forbud, påbud, tvangsmulkt og overtredelsesgebyr. Markedsrådet behandler ikke saker mellom næringsdrivende, men kun saker som gjelder forholdet mellom forbrukeren og den næringsdrivende.

I tillegg behandler Markedsrådet saker etter angrerettloven og forskrift om markedsføring av alternativ behandling av sykdom, samt klager på Helsedirektoratets vedtak om håndheving av forbudene mot reklame for alkohol og tobakk.

Utgangspunktet er at sakene etter markedsføringsloven forelegges for Markedsrådet av Forbrukerombudet, eller av andre berørte parter som har adgang til å bringe saker inn for organet. Markedsrådet kan også kreve at Forbrukerombudet bringer nærmere bestemte saker inn for rådet. De fleste saker for Markedsrådet bringes inn av Forbrukerombudet, typisk med påstand om at en handling eller et vilkår skal forbys, og/eller med påstand om ileggelse av overtredelsesgebyr. Forbrukerombudet får da en slags partsrolle hvor den innklagede næringsdrivende er motpart. Forbrukerombudet har ikke en tilsvarende rolle dersom saken er brakt inn av andre.

Den primære kompetansen til å fatte vedtak etter markedsføringsloven ligger hos Markedsrådet. Forbrukerombudet har kun kompetanse til å treffe vedtak i hastesaker og dersom ombudet anser handlingen eller avtalevilkåret i det vesentlige er identisk med handlinger eller vilkår som Markedsrådet tidligere har nedlagt forbud mot. Markedsrådet behandler klager på Forbrukerombudets vedtak i de tilfeller hvor Forbrukerombudet har truffet vedtak. I tillegg har det utviklet seg en praksis hvor Forbrukerombudets nedprioritering av saker kan bringes inn for Markedsrådet.

Markedsrådet har også kompetanse til å behandle saker av prinsipiell karakter som forelegges av Forbrukerombudet. Formålet med bestemmelsen er å styrke Markedsrådets stilling som rettsskapende organ, og å skape klare linjer for både Forbrukerombudet og de næringsdrivende. Hittil har adgangen til å forelegge prinsi-

pielle saker for Markedsrådet bare vært benyttet én gang, i sak MR-2012-576.

I forskrift om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling heter det i § 2 tredje ledd annet punktum at «[f]or andre saker, for eksempel saker om innsyn og klager på saksbehandling, er [departementet] klageinstans». Formuleringen kan isolert sett trekke i retning av at klager som inneholder anførsler om saksbehandlingsfeil, må behandles av departementet. Dette er imidlertid praktisert slik at Markedsrådet anses for kompetent til å behandle klager som retter seg mot saksbehandlingen i konkrete saker som rådet har til behandling, for eksempel anførsler om manglende eller mangelfull varsling, utredning eller begrunnelse.

Tabell 4.1 viser hvor mange saker som kom inn til Markedsrådet i perioden 2009–2013, hvor mange saker som ble avgjort, antall møter i Markedsrådet, samt gjennomsnittlig saksbehandlingstid i samme periode.³

I tillegg til de ordinære klagesakene og klager på Forbrukerombudets nedprioritering av saker, mottok Markedsrådet underretning om at Forbrukerombudet hadde truffet vedtak om tvangsmulkt etter markedsføringsloven § 42 eller overtredelsesgebyr etter markedsføringsloven § 43 i til sammen 27 saker i samme periode.

Markedsrådet har de to siste år tilkjent saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36 i tre saker. I sak fra 2012 fikk Bank Norwegian AS tilkjent kr 88 108, mens saksomkostningskravet var kr 188 109. I en annen sak fra 2012 fikk Aftenposten Distribusjon AS tilkjent kr 60 000, som tilsvarte saksomkostningskravet. Kondomeriet AS

³ Under rubrikken «Saker inn» er det i parentes oppgitt hvor mange av sakene som gjaldt klage på Forbrukerombudets nedprioritering av klage. Under rubrikken «Saksbehandlingstid» er den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden per sak oppgitt. Det første tallet angir gjennomsnittlig saksbehandlingstid når nedprioriteringsklagene og de ordinære klagene er slått sammen, mens det andre tallet angir den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden når nedprioriteringsklagene er trukket ut.

Tabell 4.1 Oversikt over saker i Markedsrådet fra 2009 til 2013

Årstall	Saker inn	Avgjorte saker	Antall møter	Saksbehandlingstid
2013	14 (8 nedprioriterte)	13	5	49,6/96 dager
2012	13 (6 nedprioriterte)	17	7	67,1/73,5
2011	16 (8 nedprioriterte)	12	4	34/82
2010	15 (10 nedprioriterte)	14	5	71/157,4
2009	14 (9 nedprioriterte)	13	4	75/104,2

fikk tilkjent kr 58 490 i sak fra 2014. Her var det krevet kr 118 270.

4.3.3 Organisering

Markedsrådet har ni medlemmer, inkludert leder og nestleder, alle med personlige varamedlemmer. Medlemmene oppnevnes av Kongen i statsråd. Funksjonstiden til Markedsrådet er fire år. For inneværende periode er Markedsrådet oppnevnt fra 1. mai 2013 til 30. april 2017.

Det enkelte medlem er ikke oppnevnt som partsrepresentant for særinteresser som myndighetsorganer, forbrukere eller næringsdrivende, selv om enkelte medlemmer er eller har vært ansatt i nærings- eller forbrukerorganisasjoner. Det er forutsatt i lovens forarbeider at leder og nestleder har dommerkvalifikasjoner. I inneværende periode er det en betydelig overvekt av jurister i Markedsrådet, hvor åtte av ni har juridisk embetseksamen/mastergrad.

Markedsrådet er beslutningsdyktig når lederen eller nestlederen og minst fire andre medlemmer eller varamedlemmer er til stede. Vedtakene i Markedsrådet treffes ved alminnelig stemmefler-tall. I tilfelle stemmelikhet vil lederens stemme være avgjørende.

Vervet som medlem/varamedlem av Markedsrådet utføres i tillegg til medlemmenes ordinære arbeid. Det anslås at hvert av de ordinære medlemmene i gjennomsnitt arbeider ca. 85 timer årlig, inkludert arbeid i og utenom møtene, forutsatt syv møter i året. Leder vil bruke vesentlig mer tid, – anslagsvis det dobbelte – siden vedkom-mende skriver utkast til vedtak i sakene.

Markedsrådets sekretariat er også sekretariat for Forbrukertvistutvalget, og har 8,2 årsverk. Seks ansatte er jurister, og 2,2 ansatte er sekretæ-rer. Arbeidet knyttet til Markedsrådets saker antas å utgjøre en 20 prosent stilling, fordelt på 10 prosent juridisk arbeid og 10 prosent merkantilt arbeid.

4.3.4 Saksbehandlingsregler

Saksbehandlingen i Markedsrådet er nærmere regulert i forskrift om Forbrukerombudets og Markedsrådets saksbehandling mv. av 5. juni 2009 nr. 588. I tillegg gjelder forvaltningslovens regler, jf. forskriften § 12.

Et sentralt element i saksforberedelsen er at Forbrukerombudet utarbeider et skriftlig sammendrag i saken. I sammendraget redegjøres det for sakens bakgrunn, sakens utvikling og kontakt mellom partene, samt Forbrukerombudets retts-

lige standpunkt. Forbrukerombudet utarbeider sammendrag også i saker som ikke er brakt inn av Forbrukerombudet. Sammendraget skal forelegges den som er part i saken til uttalelse, og sendes til Markedsrådets medlemmer før møtet finner sted.

Det følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler at Markedsrådet har en selvstendig aktivitetsplikt under saksforberedelsen. For det første plikter Markedsrådet å innhente de opplysninger eller uttalelser fra Forbrukerombudet og parten som anses nødvendig for å få saken klarlagt, jf. forskriften § 8 annet ledd første punktum. For det andre kan Markedsrådet gi andre adgang til å uttale seg dersom de anses å ha særlig interesse i sakens utfall, eller de antas å kunne bidra til å belyse saken.

Markedsrådet har kompetanse til å prøve alle sider av saken, og til å fatte nytt vedtak i saker hvor Markedsrådet behandler klager på Forbrukerombudets vedtak.

Som hovedregel behandles saker for Markedsrådet ved at partene innkalles til muntlige forhandlinger, jf. forskriften § 9. Under muntlige forhandlinger skal Forbrukerombudet og parten ha adgang til selv eller ved representant å være til stede og redegjøre for sitt syn, og være tilgjengelig for spørsmål fra Markedsrådets medlemmer. Beslutninger om saksforberedelsen kan utenom møtene treffes av Markedsrådets leder. Markedsrådet kan også avgjøre saken på grunnlag av skriftlig behandling. Skriftlig behandling kan besluttes av Markedsrådets leder, med forbehold om Markedsrådets godkjenning, dersom dokumentene som er fremlagt under saksforberedelsen finnes tilstrekkelige til å behandle saken.

I de fleste saker gis partene i praksis en ramme på inntil en time hver for sin gjennomgang og argumentasjon, som avsluttes med nedleggelse av påstand, og en etterfølgende runde med replikk og duplikk som ved hovedforhandling i domstolene. Markedsrådets medlemmer gis anledning til å stille oppklarende spørsmål til partene. Det er adgang til å gi andre anledning til å møte dersom de antas å kunne gi opplysninger av betydning for saken, eller dersom de anses for å ha en særlig interesse av å uttale seg, jf. forskriften § 9 tredje ledd. Denne adgangen benyttes relativt sjelden.

Markedsrådet har anledning til å beslutte at de muntlige forhandlingene skal være åpne for offentligheten dersom rådet finner at allmenne hensyn tilsier det, jf. forskriften § 5. Det er i praksis sjelden at spørsmålet om åpent eller lukket møte blir reist, og møtene er som utgangspunkt

offentlige, med mindre det foreligger helt særegne forhold. Etter at en sak er tatt opp til avgjørelse, skal imidlertid forhandlingene i rådet foregå i lukket møte, jf. forskriften § 5 annet ledd.

Bestemmelsen i forskriften § 10 forutsetter at rådslagning og avgjørelse som hovedregel gjennomføres umiddelbart etter at partsforhandlingene er avsluttet. Bestemmelsen gir imidlertid hjemmel for å utsette rådslagning og avgjørelse til et senere møte. Saken vil også kunne utsettes dersom den ikke er tilstrekkelig opplyst. For det tilfellet at det finnes nødvendig å innhente ytterligere opplysninger, skal det settes frister for dette, og kontradiksjonsprinsippet må ivaretas slik at partene gis adgang til å kommentere eventuelle nye opplysninger.

I praksis utarbeider Markedsrådets leder et utkast til avgjørelse, basert på et sammendrag av saken utarbeidet av Markedsrådets sekretariat. Utkastet sendes ut til de øvrige medlemmene på e-post, vanligvis med en frist på en uke for å komme med bemerkninger til utkastet. Eventuelle endringer blir innarbeidet, og om nødvendig tas det flere runder med diskusjon pr. e-post til vedtaket anses ferdig. Eventuelle dissenser formuleres primært av de dissenterende medlemmene.

Markedsrådet plikter å begrunne sine avgjørelser. Dissenser skal være åpne og begrunnede.

Markedsrådet har anledning til å omgjøre sitt vedtak, for eksempel etter anmodning fra Forbrukerombudet, jf. forvaltningsloven § 35. Et eksempel på at en slik anmodning om omgjøring er tatt til følge, er MR-12-1245.

Parter som får medhold i saker som er brakt inn for Markedsrådet av Forbrukerombudet, kan tilkjennes saksomkostninger. Tvistelovens regler om saksomkostningsoppgave i § 20-5 tredje ledd gjelder tilsvarende så langt de passer i saker for Markedsrådet, jf. forskrift § 13 siste ledd.

4.3.5 Domstolskontroll

Markedsrådets vedtak kan ikke påklages til overordnet forvaltningsmyndighet, jf. markedsføringsloven § 39 annet ledd. Vedtakene kan imidlertid bringes inn for de alminnelige domstoler for overprøving etter alminnelige regler for domstolsprøving av forvaltningsvedtak, se for eksempel avgjørelsene fra Høyesterett i Rt. 2009 s. 839 og Rt. 2006 s. 1348. Dette er også forutsatt i forarbeidene, se Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) s. 211. Søksmål reises mot Staten v/Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet. Det er ikke gitt særskilte regler om verneing. Tvistelovens verne-

tingsregler kommer til anvendelse, som innebærer at søksmål enten kan reises for Oslo tingrett, jf. tvisteloven § 4-4 fjerde ledd eller ved saksøkerens hjemting, jf. tvisteloven § 4-5 åttende ledd. Det er antatt at Forbrukerombudet ikke har adgang til å kreve domstolsprøving av Markedsrådets vedtak, jf. tvisteloven § 2-1 første ledd bokstav f.

4.4 Trygderetten

4.4.1 Innledning

Trygderetten er et frittstående forvaltningsorgan som behandler anker over vedtak om trygd og pensjon. Den har mange domstolslignende trekk, men ikke status som domstol. Trygderettsloven gir nærmere regler om myndighetsområde, organisasjon, saksbehandlingsregler mv. Administrativt er Trygderetten underlagt Arbeids- og sosialdepartementet. Trygderettens uavhengighet er ikke direkte regulert i lov, men er i alminnelighet forutsatt, jf. Difi-rapport 2012:7 s. 64.

Arbeids- og sosialdepartementet har i et høringsnotat av 7. april 2014 foreslått endringer i trygderettsloven. Formålet med forslaget til lovendringer er blant annet å styrke Trygderettens rolle som nøytral tvisteløser, likestille partene og styrke kontradiksjonen.

4.4.2 Sakstyper og saksomfang

Trygderetten behandler anker over vedtak truffet av NAV, HELFO (Helseøkonomiforvaltningen) og offentlige tjenstepensjonsordninger om enkeltpersoners rettigheter etter lovverket. De fleste saker gjelder vedtak etter folketrygdloven, men Trygderetten behandler også saker etter barne-trygdloven, saker om krigspensjon, supplerende pensjonsordninger og lov om samordning av pensjons- og trygdeytelser.

Den ankende part for Trygderetten er «den som berøres direkte av vedtaket», jf. trygderettsloven § 1 første ledd. Ankemotparten er med enkelte unntak «det organ som har truffet det påankede vedtak», jf. loven § 12 nr. 2.

Trygderetten har de siste årene behandlet rundt 2500–2800 saker per år. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid er ca. fire måneder.

4.4.3 Organisering

Trygderettens medlemmer er fast ansatt og oppnevnes av Kongen. Lederen, nestlederen og minst et annet medlem skal fylle vilkårene for å være

høyesterettsdommer, minst ett medlem skal være legekundig og ett skal ha kundighet i attføring. Trygderetten har i dag ca. 24 faste medlemmer, i tillegg til leder og nestleder. Trygderetten har ca. 14 rettsfullmektiger som ansettes av Trygderettens leder. Rettsfullmektigene kan sammenlignes med dommerfullmektiger i de alminnelige domstolene. I tillegg har Trygderetten saksforberedere og andre administrativt ansatte. Saksforberedere skal etter loven ha juridisk embetseksamen. Etter at ordningen med rettsfullmektiger ble innført, har Trygderetten hatt færre saksforberedere, og de utfører i liten grad arbeid knyttet å forberede sakene.⁴ Trygderetten har også et utvalg av legmedlemmer.

Retten settes som hovedregel med to medlemmer, jf. trygderettsloven § 7. Et juridisk kundig medlem skal være administrator. Det andre medlemmets kompetanse tilpasses den enkelte sak. Dersom det er behov for mer fagkompetanse, eller dersom de to medlemmene ikke er enige om sakens utfall, settes retten med tre medlemmer. Retten kan settes med fem medlemmer dersom saken reiser vanskelige retts- eller bevissspørsmål. I saker hvor avgjørelsen antas å ville bli bestemmende for praksis på feltet, kan retten settes med syv medlemmer.

Legmennene har blitt lite brukt de senere årene. Arbeids- og sosialdepartementet har derfor foreslått at ordningen med legmenn skal opphøre. Det er også foreslått å oppheve ordningen med syv rettsmedlemmer.

4.4.4 Saksbehandlingsregler

Trygderettsloven har egne regler om saksbehandling. Det er særskilt fastsatt at forvaltningsloven ikke gjelder, jf. trygderettsloven § 33a. Trygderettsloven henviser enkelte steder til tvisteloven.

Trygderetten har kompetanse til å avvise en sak som er klaget inn, stadfeste eller omgjøre vedtak, eller oppheve vedtak og sende saken tilbake for ny behandling. Trygderettens vedtak kan kun gå utover partenes påstander hvis det er til gunst for den ankende part. Adgangen til å tilkjenne noe mer enn den ankende part har krevd er lite benyttet, og Arbeids- og sosialdepartementet har nå foreslått at denne adgangen skal oppheves slik at partene i større grad likestilles.

Etter trygderettsloven § 15 nr. 1 skal Trygderetten sørge for at saken er tilstrekkelig opplyst, og

den kan innhente opplysninger på den måte den anser hensiktsmessig. Dette innebærer at Trygderetten kan innhente forklaringer fra parter og vitner, be om dokumentasjon og også bestemme om den ankende part skal la seg undersøke av lege. Muligheten til å hjemvise saken for ny behandling hos ankemotparten benyttes som oftest dersom saken ikke er tilstrekkelig opplyst.

Saksbehandlingen for Trygderetten er i hovedsak skriftlig. Hvis særlige grunner taler for det, kan retten beslutte muntlig saksbehandling, men muntlighet benyttes sjelden. Rettens avgjørelse treffes ved alminnelig flertall i grunnlagt kjennelse. Reglene om habilitet i domstolsloven §§ 106-108 og § 113 gjelder tilsvarende for medlemmene i Trygderetten.

Det er gjennom praksis lagt til grunn at Trygderetten kan gjenoppta saker den tidligere har behandlet. Gjenopptaking kan skje etter begjæring fra den ankende part eller ved at Trygderetten gjenopptar en sak av eget tiltak. Det antas at saker bare kan gjenopptas til gunst for den private parten. Arbeids- og sosialdepartementet har i høringsnotat av 7. april 2014 foreslått at ordningen lovfestet.

4.4.5 Domstolskontroll

Saker kan først bringes inn for domstolene (lagmannsretten) etter at Trygderetten har truffet avgjørelse i saken. Begge parter for Trygderetten kan reise søksmål. Det forvaltningsorganet som har truffet vedtaket i første instans, kan altså bringe Trygderettens kjennelse inn for domstolene. Det er imidlertid svært sjelden at forvaltningen reiser sak mot en privat part.

Søksmål bringes direkte inn for lagmannsretten, jf. loven § 23. Dette skiller seg fra andre klageorganer hvor søksmål skal gå til tingretten. Rett verneing er det lagdømme hvor den ankende part for Trygderetten har sitt alminnelige verneing.

Som hovedregel skal søksmål reises mot det organ som har truffet vedtaket som ble påanket til Trygderetten.

Fristen for å reise søksmål er seks måneder fra melding om Trygderettens kjennelse kom frem til vedkommende part.

Domstolene kan kun prøve lovligheten av Trygderettens kjennelser, og kan ikke avsi dom for realiteten i saken, men kun eventuelt kjenne Trygderettens avgjørelse ugyldig.

Ca. 2 prosent av Trygderettens kjennelser ankes inn for domstolene.

⁴ Ole-Erik Øie, Trygderetten og dens prosessordning, Oslo 2010 s. 27

4.5 Utlendingsnemnda

4.5.1 Innledning

Utlendingsnemnda (UNE) er et klageorgan som behandler klager på vedtak truffet av Utlendingsdirektoratet (UDI). UNEs organisasjon og virksomhet er regulert i utlendingsloven med tilhørende forskrifter og statsborgerloven.

Administrativt er UNE underlagt Justis- og beredskapsdepartementet. Det fremgår av utlendingsloven § 77 første ledd at UNE avgjør saker som er lagt til den som «et uavhengig organ». Graden av uavhengighet er ytterligere regulert i lovens § 76 annet ledd som fratar departementet adgang til å instruere UNE om avgjørelsen i enkeltsaker, om lovtolkning eller skjønnsutøvelse. Departementet kan instruere om andre forhold, for eksempel saksbehandlingen og prioritering av saker. I tillegg kan departementet beslutte at et vedtak truffet av UDI til gunst for utlendingen skal overprøves av UNE.

4.5.2 Sakstyper og saksomfang

UNE er klageinstans for UDIs vedtak etter utlendingsloven og statsborgerloven. Dette er blant annet vedtak om asyl, visum, familieegjenforening, arbeids- eller oppholdstillatelse og utvisning. UNE behandler kun saker som UDI har behandlet som første instans, og ikke saker hvor vedtak først er truffet av politiet eller utenriksstasjoner med UDI som klageinstans. I 2013 behandlet UNE 22 575 saker.

4.5.3 Organisering

Utlendingsloven § 77 har regler om organiseringen av UNE. UNE ledes av en direktør som ansettes på åremål for seks år, med mulighet for gjenoppnevning i en periode. Oppnevning skjer av Kongen i statsråd. UNE har ca. 30 nemndledere. Nemndledere er fast ansatt og utnevnt av Kongen i statsråd. UNE har også ca. 300 nemndmedlemmer som ikke er ansatt, men innkalles etter behov. Nemndmedlemmene oppnevnes av Kongen i statsråd etter forslag fra det departement som har hovedansvar for utlendingsforvaltningen, Utenriksdepartementet, Norges Juristforbund og humanitære organisasjoner. I tillegg har UNE et fast sekretariat med ca. 350 ansatte.

Vedtak i UNE kan fattes på flere måter, og utgangspunktet er at nemndleder treffer beslutning om avgjørelsesform. Saker som ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål kan avgjøres av nemndle-

der. Nemndleder kan dessuten delegere vedtaksmyndighet til sekretariatet. Dersom sakene byr på vesentlige tvilsspørsmål behandles sakene i nemnd, og i den enkelte sak deltar da en nemndleder og to nemndmedlemmer. Saker av prinsipiell betydning, saker med store samfunnsmessige eller økonomiske konsekvenser og saker på områder der det er tendenser til ulik praksis, kan avgjøres i stornemnd. Ved avgjørelse av saker i stornemnd deltar tre nemndledere og fire nemndmedlemmer. Beslutninger i nemnd fattes ved flertallsvedtak.

I 2013 ble 3,9 prosent av sakene behandlet i nemndsmøte, hvorav to saker i stornemnd. 49,6 prosent av vedtak ble truffet av nemndleder og 46,6 prosent av vedtakene av sekretariatet.

Sekretariatet har hovedansvaret for saksforberedelsen uavhengig av avgjørelsesform. Dette innebærer at sekretariatet utarbeider utkast til vedtak også i saker som avgjøres av nemndleder. Ved avgjørelse i nemnd forbereder sekretariatet saken ved å utarbeide et kronologisk sammendrag av opplysningene i saken og sekretariatets foreløpige vurderinger av saken.

4.5.4 Saksbehandlingsregler

Forvaltningsloven gjelder for saksbehandlingen i UNE, jf. utlendingsloven § 80. Loven og utlendingsforskriften har imidlertid enkelte særregler for saksbehandlingen.

Som utgangspunkt kan UNE prøve alle sider av saken og treffe nytt vedtak. UNEs kompetanse er imidlertid noe begrenset i saker hvor departementet har besluttet at vedtak truffet av UDI skal overprøves av UNE, jf. utlendingsloven § 76 tredje ledd. I slike saker skal UNE oppheve vedtaket og sende det tilbake til UDI dersom vedtaket er ugyldig. Dersom vedtaket er gyldig, kan det ikke oppheves eller endres, men nemnda kan avgi en uttalelse om sakens prinsipielle sider.

Etter forvaltningslovens system plikter UNE å påse at saken er tilstrekkelig opplyst før vedtak treffes. UNE kan be UDI om ytterligere opplysninger eller utredning i en sak. UNEs sekretariat gjør mye utredningsarbeid, for eksempel om forhold i ulike land. UNE kan også innhente opplysninger fra en rekke offentlige instanser uten hinder av taushetsplikt.

Saksbehandlingen er hovedsakelig skriftlig, med unntak for gjennomføring av nemndsmøter. Utlendingsloven § 81 har egne regler om utlendingsrett til å uttale seg. Nemndas møter foregår for lukkede dører. Enhver som deltar i nemndsmøte har taushetsplikt.

UNE kan omgjøre sitt vedtak etter forvaltningslovens regler. For å begrense arbeidet med omgjøringsbegjæringer, er det fastsatt i utlendingsloven § 78 fjerde ledd at det ikke skal gis individualisert begrunnelse i nemndas svar dersom UNE anser det som åpenbart at anmodningen ikke kan føre frem.

4.5.5 Domstolskontroll

UNEs vedtak kan bringes inn for de alminnelige domstoler, som kan prøve vedtakets gyldighet.

Søksmål om gyldighet av et vedtak reises mot Staten ved UNE. Oslo tingrett er tvungent verneeting, jf. utlendingsloven § 79 tredje ledd.

Det er fastsatt i loven § 79 annet ledd at departementet kan reise søksmål om gyldigheten av et vedtak til gunst for utlendingen. Dette er et unntak fra det alminnelige utgangspunktet i forvaltningsretten. Søksmålet skal reises mot utlendingen, og må reises innen fire måneder etter at vedtaket ble truffet. Bakgrunnen for departementets søksmålsadgang var et ønske om større mulighet for å sikre samsvar mellom politiske mål, og prioriteringer og praksis i utlendingssaker.

4.6 Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

4.6.1 Innledning

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) er et rådgivende organ som behandler klager over brudd på anskaffelsesloven. KOFA er regulert av anskaffelsesloven § 12 og forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

Det følger av forskriften § 5 at Kongen ikke kan instruere klagenemnda eller sekretariatet om lovtolkning, skjønnsutøvelse, avgjørelse av enkelt saker eller saksbehandlingen. I vedlegg til Difi-rapport 2012:7 s. 76, utarbeidet av professor Eivind Smith, kritiseres reguleringen av KOFAs uavhengighet. Det vises til at forskriftsbestemmelsen har svak dekning i lovens forskriftshjemmel og et noe uklart innhold. Det uttales videre at Kongen ikke uten hjemmel i lov kan begrense sin kompetanse og ansvar.

4.6.2 Sakstyper og saksomfang

KOFA behandler klager over at det offentlige ikke har fulgt regelverket ved anskaffelse av varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeid. Anskaffelsesloven pålegger offentlige oppdragsgivere å arrangere konkurranser om tildeling av oppdrag

og gir regler for hvordan dette skal organiseres og følges opp. Klagesaker kan typisk knytte seg til at en offentlig kontrakt ikke er kunngjort i henhold til regelverket eller at tildelingen av kontrakter ikke har fulgt fastlagte anskaffelsesprosedyrer.

KOFA har kun kompetanse til å avgi rådgivende uttalelse om hvorvidt det er begått brudd på anskaffelsesloven. I 2007 ble KOFA gitt adgang til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkteanskaffelser. Denne adgangen ble imidlertid fjernet ved lovendring av 1. juli 2012.

Alle med saklig interesse i å få vurdert en sak kan klage. Ved klager på ulovlige direkteanskaffelser gjelder ikke kravet om saklig interesse. Alle kan derfor klage ved mistanke om denne typen brudd på anskaffelsesloven.

Det fremgår av KOFAs årsmelding for 2013 at nemnda dette året mottok 143 saker. Dette innebærer at saksmengden har blitt mer enn halvert i forhold til tidligere år. Nedgangen i antall saker antas å skyldes en økning i gebyret fra 860 til 8000 kroner, og endringen i adgangen til å ilegge gebyr. I 2013 var den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden 62 dager i de prioriterte sakene, 534 dager i de rådgivende sakene og 504 dager i gebyrsakene.

4.6.3 Organisering

KOFAs medlemmer oppnevnes av Kongen for en periode på fire år. Maksimal funksjonstid er åtte år. Medlemmene kan unntaksvis gjenoppnevnes. I dag er det oppnevnt ti nemndmedlemmer, inkludert nemndas leder. Forskriften har ikke særskilte kompetansekrav til nemndmedlemmene. Alle oppnevnte medlemmer i dag er jurister.

I forskriften § 15 annet ledd er nemndmedlemmenes uavhengighet utdypet:

«Klagenemndas medlemmer fungerer uavhengig av sitt yrke, arbeidsgiver og sin øvrige stilling. De kan ikke instrueres faglig av departementet, sekretariatet eller de øvrige medlemmene, herunder klagenemndas leder.»

Tre nemndmedlemmer deltar ved behandling av hver sak. Ved saker av prinsipiell betydning kan nemnda settes med fem medlemmer. Beslutning om uttalelse treffes med simpelt flertall.

Konkurransetilsynet utpeker sekretariatet for klagenemnda. Sekretariatet er faglig underlagt KOFA og administrativt underlagt Konkurransetilsynet. Ved utgangen av 2013 bestod sekretariatet av elleve jurister og en sekretær. Enkelte oppgaver er tillagt sekretariatet i henhold til forskrif-

ten, blant annet adgangen til å avvise en klage. Klagenemnda og dens leder kan også delegere andre oppgaver til sekretariatet. Sekretariatet forbereder sakene for nemnda, og skriver utkast til uttalelser.

4.6.4 Saksbehandlingsregler

Det fremgår av forskriften § 15 at forvaltningsloven kapittel I til III gjelder tilsvarende for nemndas virksomhet. Forskriften har ellers en rekke særskilte saksbehandlingsregler. Enkelte steder vises det til tvistelovens regler.

Klager sendes direkte til KOFA. Som nevnt ovenfor, avgjør sekretariatet om klagen kan tas til behandling. Klager kan påklage sekretariatets avgjørelse om avvisning til klagenemndas leder. Klagefrist er tre dager.

Det er bare lovmessigheten av unnlåtelsen, handlingen eller beslutningen som kan prøves, jf. forskriften § 12 tredje ledd. Klagenemnda kan ikke gå utenfor partenes anførsler og påstander. KOFA har ingen selvstendig plikt til å utrede sakene. Det er partene som har ansvaret for å opplyse saken gjennom å tilby relevante bevis. Klagenemnda kan imidlertid oppfordre partene om å tilby bevis eller gi partene adgang til ytterligere kommentarer for å opplyse saken bedre. For fremleggelse av bevis gjelder enkelte bestemmelser i tvisteloven. Blant annet gjelder tvisteloven § 21-3 annet ledd annet punktum om at retten kan sørge for bevisføring med mindre partene motsetter seg dette.

Saksbehandlingen i KOFA er skriftlig. Nemndas rådslagning skjer imidlertid i møte. KOFAs uttalelse skal være skriftlig og begrunnet. I tillegg er det fastsatt enkelte regler om utforming av slutningen, blant annet skal nemnda ikke uttale seg om de rettslige konsekvensene av et lovbrudd. Den kan imidlertid uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning anses for oppfylt.

Det er fastsatt i forskriften at partene bærer egne omkostninger i anledning klagebehandlingen. Gebyr for behandling i nemnda er kr 1 000 for klager på ulovlige direkte anskaffelser og kr. 8 000 for andre klager.

4.6.5 Domstolskontroll

Det er frivillig for klager om man ønsker å bringe saken inn for KOFA eller direkte til domstolen. Klagen tas ikke til behandling av KOFA dersom spørsmålet som er gjenstand for klage er avgjort ved dom i første instans, jf. forskriften § 6 tredje ledd. Dersom spørsmålet har vært behandlet i en

sak om midlertidig forføyning, hindrer det ikke KOFA i å behandle saken. Ettersom KOFAs uttalelser ikke er bindende for partene, er det ikke aktuelt med overprøving av uttalelsen i domstolene.

4.7 Klagenemnda for industrielle rettigheter

4.7.1 Innledning

Klagenemnda for industrielle rettigheter (KFIR) er et uavhengig forvaltningsorgan som behandler klager på Patentstyrets vedtak. Nemnda er regulert i lov om Patentstyret og Klagenemnda for industrielle rettigheter av 22. juni 2012 nr. 58 (patentstyrelova). Klagenemnda startet sin virksomhet 1. april 2013, og erstatter tidligere behandling i Annen avdeling i Patentstyret.

Administrativt er nemnda underlagt Nærings- og fiskeridepartementet. Det fremgår av patentstyrelova § 3 annet ledd, jf. § 2 første ledd andre og tredje punktum, at KFIR ikke kan instrueres når det gjelder generell lovtolkning, avgjørelser i enkeltsaker eller håndtering av søksmål mot avgjørelser. Kongen eller departementet kan heller ikke omgjøre KFIRs avgjørelser.

4.7.2 Sakstyper og saksomfang

KFIR overprøver Patentstyrets avgjørelser etter patentloven, foretaksnavneloven, designloven, varemerkeloven og edelmetaloven. I tillegg behandler KFIR klager over enkelte avgjørelser som treffes av Plantesortsnemnda i medhold av planteforedlerloven.

I 2013 ble det truffet avgjørelse i 105 saker, herunder 84 varemerkesaker, 11 patentsaker, 8 saker om foretaksnavn og 2 saker om oppreisning. Noen av sakene ble behandlet av Patentstyrets annen avdeling før KFIR ble opprettet.

Parter for KFIR kan være søkere som har fått avslag av Patentstyret på en søknad om varemerkerett eller patent, eller det kan være andre rettighetshavere som mener at deres rettigheter blir overtrådt ved Patentstyrets innvilgelse av rettigheter til andre. Det varierer derfor om det er en eller flere parter i saker for KFIR.

4.7.3 Organisering

Nemnda skal ha leder og nestleder som begge må oppfylle kravene til dommere, jf. loven § 3. Nemnda skal ellers ha så mange medlemmer som nødvendig for å utføre de oppgavene som er lagt til

nemnda, og medlemmene skal ha den kompetanse som er nødvendig for en forsvarlig saksbehandling. Lederen og nestlederen ansettes av Kongen i statsråd, mens nemndmedlemmene oppnevnes av departementet for en periode på inntil fem år med mulighet for gjenoppnevning. Ansatte i Patentstyret kan ikke være nemndmedlemmer. KFIR har i dag en ansatt leder, en nestleder og en kontorleder. Det er oppnevnt 23 nemndmedlemmer. Av disse har 13 teknisk kompetanse og 10 har juridisk kompetanse. Medlemmene er oppnevnt for tre år.

Avgjørelser i nemnda skal tas av et utvalg på tre medlemmer, unntaksvis fem medlemmer. Lederen av nemnda fastsetter sammensetningen av utvalget. Dersom saken ikke reiser vanskelige tvilsspørsmål, kan lederen avgjøre saken alene. Leder eller nestleder opptrer som førstvoterende i saksavviklingen. De forbereder sakene, skriver utkast til avgjørelse og avholder utvalgsmøter.

I forarbeidene til loven ble det foreslått at klagenemnda skulle samlokaliseres med Patentstyret slik man kunne samarbeide om sekretærfunksjoner, tekniske funksjoner, datasystem osv. Av hensyn til nemndas uavhengighet ble den imidlertid likevel ikke samlokalisert med Patentstyret.

4.7.4 Saksbehandlingsregler

Etter patentstyreloven § 5 gjelder ikke forvaltningsloven kapittel VI om klage og omgjøring. For øvrig gjelder forvaltningslovens regler.

Nemndas utredningsplikt reguleres av forvaltningsloven § 17, og nemnda innhenter ved behov supplerende opplysninger både fra Patentstyret og de private parter. Utredningsplikten aktualiseres også i forbindelse med rettsanvendelsen, blant annet ved at det kan oppstå spørsmål om å anvende rettsregler som ikke er påberopt av partene. I slike tilfeller forelegges rettsanvendelsesspørsmålet for partene for eventuelle kommentarer og ytterligere opplysninger.

KFIRs kompetanse er nærmere regulert i de respektive immaterialrettslover hvor KFIR er utpekt som klageinstans. Det fremgår for eksempel av varemerkeloven § 51 fjerde ledd at dersom klagen tas under behandling, «skal Klagenemnden foreta de undersøkelser som klagen gir grunn til. Den kan ta hensyn til forhold som ikke er berørt i klagen. Er klagen trukket tilbake, kan Klagenemnden fortsette behandlingen av saken hvis det foreligger særlige grunner for dette». En tilsvarende bestemmelse er inntatt i designloven § 38 fjerde ledd. KFIR «kan ta omsyn til sakstil-

høve som ikke låg føre då Patentstyret fatta sitt vedtak», jf. patentstyrelova § 4.

Klagenemnda kan bruke sakkyndige. Sakkyndige kan innkalles til møte eller muntlige forhandlinger. De kan også delta i rådslagning, men ikke i stemmegivning.

Klagebehandlingen er i hovedsak skriftlig, men KFIR kan på alle trinn i saksbehandlingen vurdere om det er formålstjenlig med møte med en part eller å avholde muntlig forhandling. Partene kan også be om muntlige forhandlinger, men KFIR tar endelig beslutning om muntlig forhandling skal avholdes. KFIR skal etter loven etterkomme kravet dersom parten har saklig grunn for kravet og «ei forsvarleg utføring av tenesta tillèt det», jf. patentstyrelova § 7.

Det er gitt nærmere retningslinjer for gjennomføringen av muntlige forhandlinger. Partene skal blant annet sende et påstandsskrift til KFIRs sekretariat to uker før muntlig forhandling finner sted. Partene kan ikke endre påstand eller påberope nye krav eller bevis under den muntlige forhandlingen. I den muntlige forhandlingen skal klager først få ca. 30 minutter til å redegjøre for krav, påstander og bevisføring. Deretter skal den eventuelt innklagede få tilsvarende mulighet og tid. Etter dette får begge parter ca. 30 minutter til avsluttende bemerkninger. Dersom Patentstyret er til stede vil de også få mulighet til å uttale seg. Til slutt kan nemndas medlemmer stille spørsmål. Muntlige forhandlinger er offentlige, med mindre lukkede dører er påkrevet for å hindre at forretningshemmeligheter blir offentliggjort, eller når andre særlige forhold taler for det. I 2013 ble det avholdt tre muntlige forhandlinger.

Habilitetsreglene i domstolsloven §§ 106 til 108 gjelder for KFIRs ansatte og øvrige nemndmedlemmer. I tillegg er det fastsatt at en ansatt eller et medlem av klagenemnda ikke kan delta i behandlingen av en sak som gjelder en rettighet vedkommende har vært med på å behandle i en tidligere sak. Dette gjelder likevel ikke dersom saken bare gjelder spørsmål som ikke var aktuelle i den forrige saken.

Bestemmelse om omgjøring i forvaltningsloven gjelder ikke. KFIR har derfor ingen generell adgang til å omgjøre sine vedtak. Omgjøringsadgang kan imidlertid følge av de ulike lovene om industrielt rettsvern.

4.7.5 Domstolskontroll

Avgjørelser kan bare bringes inn for domstolene av en søker, en registreringshaver eller en rettighetsinnehaver som har fått en avgjørelse imot seg.

Hovedregelen er at søksmål må være reist innen 2 måneder, regnet fra den dagen avgjørelsen ble sendt fra KFIR. Det gis ikke oppfriskning for oversittelse av søksmålsfristene. Det følger av de ulike immaterialrettslovene at Oslo tingrett er tvungen vernet i disse sakene. Staten v/ KFIR er saksøkers motpart under rettsforhandlingene.

En som har innsigelser i en varemerke- eller patentsak, eller for eksempel en person som krever et design opphevet i sak om administrativ overprøving, og som ikke får medhold i KFIR, kan ikke bringe avgjørelsen inn for domstolene. Vedkommende må eventuelt gå til sivilt søksmål mot innehaveren av den omtvistede rettigheten. Også i disse sakene er Oslo tingrett tvungent vernet.

4.8 Kabeltvistnemnda

4.8.1 Innledning

Kabeltvistnemnda er et tvisteløsningsorgan som avgjør tvister mellom private parter om videresending av kringkastingssendinger. Nemndsbehandlingen er regulert i forskrift til åndsverkloven av 21. desember 2001 nr. 1563 §§ 4-5 til 4-12. Nemndas uavhengighet fremgår ikke av lov eller forskrift, men er forutsatt av departementet og nemnda.

4.8.2 Sakstyper og saksomfang

Nemnda avgjør saker som nevnt i åndsverkloven § 36 annet ledd, jf. § 34 og § 45 a fjerde ledd, om tillatelse til og vilkår for videresending av fjernsynssendinger. I tillegg avgjør nemnda tvist om vederlag for videresending av kringkastingssending etter åndsverkloven § 45a fjerde ledd og § 45b. Saker kan bringes inn dersom avtaleforhandlinger nektes eller dersom avtale ikke er inngått innen seks måneder etter at forhandlinger ble innledet. Partene er rettighetshavere, kringkastere og kabelnettere. Kabeltvistnemndas sakstiling varierer fra ingen til tre-fire saker per år. Sakene kan ha et stort omfang med behov for muntlige forhandlinger på opp til to uker.

4.8.3 Organisering

Kabeltvistnemnda oppnevnes av Kulturdepartementet. Nemnda skal bestå av en leder og to andre medlemmer som oppnevnes for fire år av gangen. Det oppnevnes personlige vararepresentanter for hvert av medlemmene. Det er fastsatt særskilte krav til kompetanse hos lederen og dennes vararepresentant, som skal fylle de alminne-

lige vilkår for å være dommer. Alle nemndas medlemmer skal delta i avgjørelsen. Avgjørelse treffes med alminnelig flertall. Nemnda har ikke sekretariat. Saksforberedelsen, som utsendelse av dokumenter til partene, forberedelse av muntlige forhandlinger og forberedende beslutninger, utføres av nemndas leder.

4.8.4 Saksbehandling

Det er i forskrift fastsatt enkelte regler for saksbehandlingen. For øvrig gjelder forvaltningslovens regler, jf. forskriften § 4-10 tredje ledd. Dette innebærer at nemndas vedtak er enkeltvedtak etter forvaltningsloven. I tillegg gjelder tvistelovens regler om retting og tilleggsavgjørelse, og voldgiftsloven § 30 om bevisopptak for domstolene, så langt de passer.

Nemndas kompetanse er begrenset til å fastsette tillatelse og vilkår for videresending av kringkastingssending. Nemnda kan også gi midlertidig tillatelse for videresending inntil avtale mellom partene er inngått eller inntil nemnda har truffet endelig vedtak. Dersom alle parter begjærer det, kan nemnda treffe avgjørelse om fordeling av vederlag mellom ulike parter. Nemnda eller ett av nemndmedlemmene alene har også kompetanse til å mekle mellom partene.

Nemnda er bundet av partenes påstander. Her avviker saksbehandlingen fra forvaltningslovens system. Utredningsplikten i forvaltningsloven § 17 gjelder. Nemnda har imidlertid ikke kompetanse til å pålegge andre offentlige myndigheter å utrede spørsmål for nemnda, og heller ikke midler til å innhente utredning fra annet hold. I praksis opplyses derfor sakene av partene gjennom saksforberedelsen. Nemnda kan innkalle partene til personlig avhør, og oppfordre vitner eller sakkyn-dige til å møte frivillig og avgi forklaring. Nemnda har ikke hjemmel til å pålegge parter eller andre å fremlegge bevis.

Avgjørelse treffes på grunnlag av muntlig forhandling for nemnda, med mindre en av partene begjærer skriftlig behandling. Nemnda tar da stilling til om skriftlig behandling er ubetenkelig etter å ha forelagt spørsmålet for den annen part.

Reglene om omgjøring og klage i forvaltningsloven gjelder ikke. Dette innebærer at nemndas vedtak ikke kan omgjøres eller påklages til departementet.

Utgiftene til nemndsbehandlingen dekkes av partene i saken. Nemnda avgjør utgiftsfordeling og beløp. Når særlige grunner taler for det, kan nemnda bestemme at staten skal dekke utgiftene.

4.8.5 Domstolskontroll

Kabeltvistnemnda er et frivilling tvisteløsningstilbud. Dette innebærer at partene kan velge om de ønsker å gå til Kabeltvistnemnda eller til domstolene. Dette har i enkelte tilfeller ført til parallel behandling i nemnda og domstolene. I praksis har dette ført til at sakene i nemnda har blitt stilt i bero i påvente av domstolsbehandlingen. Partene for Kabeltvistnemnda kan gå til domstolene for å få vedtaket overprøvd i etterkant. Det har blitt stilt spørsmål ved om det kan reises ugyldighetssøksmål mot vedtaket med Staten som part eller om søksmål kun kan reises mellom partene for Kabeltvistnemnda. Det er ikke gitt særskilte verneingsregler ved behandling av tvister innenfor Kabeltvistnemndas virkeområde.

4.9 Medieklagenemnda

4.9.1 Innledning

Medieklagenemnda behandler klager over Medietilsynets vedtak. Nemnda ble opprettet i 2011, og er en videreføring av Klagenemnda for vedtak etter medieeierskapsloven, men behandler nå i tillegg saker etter kringkastingsloven. Medieklagenemnda er regulert i medieeierskapsloven § 8 og kringkastingsloven § 2-14.

Nemndas uavhengighet fremgår av medieeierskapsloven § 8, jf. § 6 som bestemmer at Kongen ikke kan gi generelle instruksjoner om håndheving av loven eller gi pålegg om myndighetsutøvelse i enkelttilfeller. Vedtak kan heller ikke omgjøres av Kongen.

I saker etter kringkastingsloven kan Kongen i statsråd omgjøre Medietilsynets eller klagenemndas vedtak i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning, jf. kringkastingsloven § 2-15 annet ledd. Det følger av Prop. 7 L (2010–2011) s. 17 at bakgrunnen for bestemmelsen er at departementet mente det burde være «ein sikkerhetsventil for å ta i vare behovet for politisk styring i prinsipielle og viktige saker». Adgangen til omgjøring er imidlertid ikke benyttet.

4.9.2 Sakstyper og saksofang

Medieklagenemnda behandler klager på Medietilsynets inngrep mot erverv av eierandeler i medieforetak. Disse sakene krever vurderinger som har flere fellestrekk med vurderinger etter konkurranseloven. Medieklagenemnda må i disse sakene blant annet vurdere om aktøren får en betydelig

eierstilling i mediemarkedet som vil være i strid med lovens formål om å fremme ytringsfriheten, de reelle ytringsmuligheter og et allsidig medietilbud. Eksempler på omfattende klagesaker er Amedias erverv av Mecom Europe og tillatelse til etablering av Media Norge.

Klagesaker etter kringkastingsloven kan knytte seg til spørsmål om reklame og sponning, vern av mindreårige seere, videresending i kringkastingsnettet og tildeling av konsesjon. Etter kringkastingsloven kan Medietilsynet ilegge overtredelsesgebyr som anses som straff etter EMK.

I tillegg til behandling av klagesaker, har klagenemnda kompetanse til å be Medietilsynet om skriftlig begrunnelse i saker der Medietilsynet ikke har grepet inn, jf. medieeierskapsloven § 8. Bakgrunnen for bestemmelsen er at verken allmennheten eller markedsaktører normalt vil ha rettslig klageinteresse i saker der tilsynsorganet velger ikke å gripe inn.

Medieklagenemnda behandler derimot ikke klager på Medietilsynets enkeltvedtak i saker om tilsyn med vilkårene konsesjonene for riksdekkende kringkasting og riksdekkende anlegg for kringkasting eller videresending av kringkasting. Dette gjelder blant annet konsesjoner til TV2, P4 og Radio Norge. Klage på slike vedtak behandles av departementet. Bakgrunnen for dette er at konsesjonsvilkårene for riksdekkende radio og fjernsyn anses som viktige politiske virkemidler i mediepolitikken. Vilråene skal sikre et bredt tilbud til hele befolkningen og anses for å ha stor samfunnsmessig betydning. Det ble derfor ansett som viktig at vilråene har politisk forankring, jf. Prop. 7 L (2010–2011) s. 14–16.

Departementet behandler også klager på Medietilsynets saksbehandling etter forvaltningsloven og offentleglova.

I Prop. 123 L (2013–2014) er det foreslått at klager etter ny lov om beskyttelse av mindreårige mot skadelig bildeprogram mv. legges til Medieklagenemnda. Dette vil typisk være spørsmål om aldersgrense på filmer. Dette vil samtidig innebære at Filmklagenemnda legges ned. Det uttales i proposisjonen at dette kan gjøre det nødvendig å styrke Medieklagenemnda og dennes sekretariat.

Medieklagenemnda behandlet to saker i 2012. Gjennomsnittlig behandles rundt én sak per år.

Det er i løpet av de senere år truffet én omkostningsavgjørelse. I Amediasaken ble klager tilkjent 250 000 kroner i omkostninger. Kravet var på ca. 600 000 kroner.

4.9.3 Organisering

Medieklagenemnda oppnevnes av Kongen, og har i dag tre medlemmer og to varamedlemmer. Medlemmene er oppnevnt for fire år. Klagenemnda trer sammen når nemnda får en sak til behandling. En advokat fungerer som nemndas sekretær. Sekretæren står for det meste av saksforberedende arbeid, og skriver utkast til vedtak.

4.9.4 Saksbehandling

Forvaltningsloven gjelder for nemndas saksbehandling. Det er ikke gitt særskilte saksbehandlingsregler for nemnda, bortsett fra at klagenemnda ikke kan omgjøre tilsynsorganets vedtak etter eget tiltak, jf. medieeierskapsloven § 8 og kringkastingsloven § 2-14.

Etter forvaltningslovens system sendes klager til Medietilsynet. I praksis varsler Medietilsynet klagenemnda om at det er kommet en klage, slik at klagenemnda kan forberede seg ved å avtale møter og lignende. Medietilsynet vurderer omgjøring, og sender deretter en fylldig innstilling til klagenemnda hvor det blant annet redegjøres for sakens faktum, saksforløp og tidligere praksis. Ut over dette er det lite kontakt mellom tilsynet og klagenemnda i saksbehandlingen. Sekretariatet tar kontakt med Medietilsynet i brevs form ved behov for ytterligere opplysninger eller avklaring. Nemnda etterspør også mer informasjon fra partene hvis det er nødvendig.

Klagenemndas saksbehandling er stort sett skriftlig. I enkle saker kommuniserer nemnda på e-post. I mer kompliserte saker avholdes møter. Kun unntaksvis har klagenemnda avholdt møte med parten.

4.9.5 Domstolskontroll

Det er ikke gitt særskilte regler om domstolskontroll utover at eventuelle søksmål skal rettes mot staten v/Klagenemnda for mediesaker.

4.10 Domeneklagenemnda

4.10.1 Innledning

Domeneklagenemnda behandler tvister om rettigheter til domenenavn som tildelt av UNINETT Norid AS (Norid), samt klager på Norids saksbehandling. Nemnda skal være uavhengig av virksomheten i Norid. Den er også selvstendig i forhold til departementet.

Norid driver registeret for norske domenenavn. Alle domenenavn direkte under «.no» er registrert hos Norid. De behandler domenesøknader og sørger for at regelverket er i takt med behovene i samfunnet. Tjenesten er regulert av domeneforskriften med Post- og teletilsynet som tilsynsmyndighet. Norid er ikke et forvaltningsorgan, og tildeling av domener skjer etter privatretslige regler. Norid er en nøytral aktør og driver ikke-kommersielt.

Domeneklagenemnda er regulert i forskrift om domenenavn under norske landkodedoppdomener (domeneforskriften). Oppgavene til klagenemnda er nærmere beskrevet i et mandat. Domeneklagenemnda skal være et enkelt og rimelig tilbud om løsning av tvister knyttet til «.no-domener».

4.10.2 Sakstyper og saksomfang

Klager til Domeneklagenemnda kan gjelde klager på Norids avgjørelser om rettigheter til domenenavn eller innehavere av domenenavn. Klager kan også fremmes av tredjeperson som mener at registrering er i strid med deres rettighet, eller offentlig myndigheter som mener at en registrering gir inntrykk av å være offentlig myndighet. I tillegg kan klage fremmes av Post- og teletilsynet for registrering av domenenavn i strid med forskriften, eller fra registerenheten for registrering i strid med egenerklæring. De ulike klagetypene vil stort sett bli behandlet etter samme formelle prosedyrer, selv om det er forskjellige parter som har rollen som klager og motpart. Fram til juni 2013 hadde Domeneklagenemnda behandlet totalt 379 saker. Av disse fikk 222 klagere medhold, 88 klagere avslag, 9 saker ble løst ved mekling og 60 klager ble avvist og henvist til rettsystemet.

4.10.3 Organisering

Ifølge mandatet for Domeneklagenemnda skal nemnda bestå av minst ni medlemmer. Per i dag er det tolv medlemmer. Medlemmene utpekes av Norid, og skal fortrinnsvis rekrutteres fra miljøer, organisasjoner og bransjer som anses å representere sentrale interesser eller kompetanseområder for forvaltningen av domenenavn. Flertallet av nemndas medlemmer og nemndas leder skal være jurister. Medlemmene velger selv leder og nestleder for nemnda. Begge skal være jurister med bred bakgrunn. Av uavhengighetshensyn kan medlemmene som representerer NHO og Patentstyret ikke velges.

Tre medlemmer skal delta i behandlingen av hver sak. Nemndleder avgjør hvilke medlemmer dette skal være, med utgangspunkt i en rulleringsordning. Minst én av deltakerne skal være jurist. Dersom leder finner at en sak reiser prinsipielle spørsmål som ikke er avgjort av nemnda tidligere, kan leder beslutte at fem medlemmer skal delta i behandlingen av saken. Dersom det viser seg at to eller flere medlemmer som deltar i behandlingen av en sak vil avgjøre den på en måte som avviker fra den praksis nemnda tidligere har fulgt, kan leder beslutte at saken skal behandles i plenum.

Norid fungerer som sekretariat for Domeneklagenemnda. Sekretariatsfunksjonen er en ren administrativ funksjon, som bare innebærer å ta imot og formidle informasjon mellom partene og klagenemnda.

4.10.4 Saksbehandlingsregler

Klagenemndas saksbehandlingsregler følger av domeneforskriften og mandatet. Forvaltningsloven gjelder ikke, da Domeneklagenemnda ikke er et forvaltningsorgan.

Klagen skal sendes elektronisk til Norid, og skal ikke overstige 2 000 ord. Sekretariatet viderefremidler klagen til motparten som kan sende kun ett tilsvar som ikke overstiger 2000 ord. Sekretariatet oversender deretter klagen og tilsvaret til klagenemnda for behandling. Dersom partene ønsker megling, gjennomføres denne med et medlem av Domeneklagenemnda som megler. Dersom meglingen ikke fører fram, går klagen over til ordinær klagebehandling i nemnda.

Nemnda foretar normalt ingen selvstendige undersøkelser, og forholder seg kun til det grunnlaget partene presenterer. Unntaksvis kan klagenemnda likevel be om ytterligere redegjørelser dersom grunnlagsmaterialet er uklart. Saksbehandlingen i nemnda skjer stort sett via e-post, men unntaksvis behandles saker i møte i nemnda uten partene til stede. Nemndas leder bestemmer hvilket medlem som skal stå for utformingen av avgjørelsen.

Domeneklagenemnda treffer bindende avgjørelser. For å oppnå dette må søkeren samtykke i en eventuell klagebehandling før domenenavnet blir registrert. Nemnda må treffe avgjørelser innenfor det regelverket som gjelder for «no-domenet», og kan avgjøre om et domenenavn skal slettes eller flyttes fra motparten til klager. Avgjørelsene skal begrunnes. Domeneklagenemnda kan avvise en sak dersom den finner at saken er så kompleks, tvilsom eller dårlig opplyst at den ikke egner seg for behandling og avgjørelse i

nemnda. I tillegg kan nemnda avvise saken dersom vilkårene for å behandle klagen ikke foreligger. Nemnda kan ikke treffe avgjørelser om erstatning eller dekning av omkostninger for partene. Partene må i slike tilfeller trekke tvisten inn for domstolene. Nemnda kan heller ikke treffe en avgjørelse som medfører rettighetstap for andre parter enn de som er involvert i klagen.

4.10.5 Domstolkontroll

En avgjørelse fra Domeneklagenemnda kan bringes inn for domstolene. Hvis det pågår en rettssak om domenet eller hvis det settes i gang en retts sak mens klageprosessen pågår, avbrytes klagebehandlingen.

4.11 Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker

4.11.1 Innledning

Fylkesnemndene for barnevern og sosial saker treffer vedtak i saker om tvangstiltak i barnevernet, tvangstiltak i rusmiddelomsorgen og overfor personer med psykisk utviklingshemming. I de fleste saker treffer fylkesnemndene vedtak som førsteinstans, mens i andre saker er nemndene klageorgan. Administrativt er fylkesnemndene underlagt Sentralenheten for fylkesnemndene, som igjen er underlagt Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet. Fylkesnemndene er regulert i barnevernloven kapittel 6 og 7. Nemndenes uavhengighet fremgår ikke av loven, men er nevnt i lovens forarbeider, jf. Difi-rapport 2012:7 s. 64.

4.11.2 Sakstyper og saksomfang

De fleste sakene gjelder vedtak i første instans etter barnevernloven om blant annet omsorgsovertagelse, samværsspørsmål og tiltak for ungdom med atferdsvansker. Videre fatter fylkesnemnden vedtak om tiltak for barn med atferdsvansker. I tillegg godkjenner eller underkjenner nemndleder midlertidige vedtak truffet av barneverntjenestens leder eller påtalemyndigheten. Nemnda behandler også klager over midlertidige vedtak, samt klager over barneverntjenestens flytvedtak.

Fylkesnemndene treffer vedtak om tvangsinnleggelse av rusmiddelavhengige etter helse og omsorgstjenesteloven. I tillegg er fylkesnemndene klageorgan for visse vedtak om bruk av tvang eller makt overfor enkelte personer med

psykisk utviklingshemming, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 9-11.

Fylkesnemndene avgjør som hovedregel saker som reises av kommunene. Partene i saker for fylkesnemndene er på den ene siden den kommunen som ønsker å sette inn et barneverntiltak eller et tiltak for rusmiddelavhengige, og på den andre siden den eller de private parter som forslaget direkte gjelder. Både kommunen og privat part er representert ved advokat for fylkesnemnda. Den private parts advokatkostnader dekkes av det offentlige med hjemmel i rettshjelploven.

4.11.3 Organisering

Det er i dag tolv fylkesnemnder, hver dekker ett eller to fylker. Ved det enkelte kontorsted har fylkesnemnda to eller flere fast ansatte jurister som er fylkesnemndledere. Fylkesnemndlederne skal fylle kravene til dommere, jf. barnevernloven § 7-2. For øvrig oppnevner Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet et utvalg av alminnelige medlemmer og et utvalg av fagkyndige. Oppnevningsperioden er fire år. De fagkyndige oppnevnes for hvert av områdene barnevern, omsorg for rusmiddelavhengige og tvang overfor psykisk utviklingshemmede. Hver fylkesnemnd har også et sekretariat, som utfører administrative oppgaver.

I den enkelte sak skal nemnda bestå av nemndleder, ett medlem fra det alminnelige utvalg og et fagkyndig medlem. I vanskelige saker kan det besluttes av nemnda skal bestå av fem medlemmer. Når partene samtykker, kan nemndleder avgjøre saker alene dersom hensynet til betryggende saksbehandling ikke er til hinder for det. Nemndleder kan også behandle enkelte saker om endring eller forlengelse alene.

4.11.4 Saksbehandlingsregler

Barnevernloven kapittel 6 og 7 har detaljerte regler for nemndenes saksbehandling. Forvaltningsloven gjelder dersom det ikke er gitt særregler, jf. barnevernloven § 6-1. På flere områder reguleres prosessen av tvistelovens regler. Saker etter smittevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 har til dels egne saksbehandlingsregler som ikke omtales her.

Saker som fylkesnemnda behandler i første instans starter ved at kommunen fremmer en begjæring om tiltak. Sakene forberedes av barneverntjenesten, også i saker hvor private parter har begjært endring i tidligere vedtak. Ved mottak av begjæring tar fylkesnemndlederen stilling til nem-

ndas sammensetning, behovet for møter, behov for ytterligere bevisførsel osv.

I barnevernloven § 7-3 fastsettes noen hovedprinsipper for saksbehandlingen i fylkesnemnda. Saksbehandlingen skal blant annet være betryggende, rask og tillitsskapende, og være tilpasset tiltaket og sakens art, omfang og vanskelighetsgrad. For å oppnå dette skal fylkesnemnda sørge for at bevisførselen gir et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Nemnda har altså et selvstendig ansvar for at bevisføringen er tilstrekkelig. I tillegg stilles det krav om at partene blir hørt, at det legges til rette for kontradiksjon, at partene likebehandles og at nemnda foretar en selvstendig og reell vurdering av avgjørelsesgrunnlaget.

Nemnda må påse at saken er tilstrekkelig opplyst. Dette følger både av utredningsplikten i forvaltningsloven § 17 og av at reglene i tvisteloven § 21-3 om bevisføring i saker med begrenset rådighet er gitt anvendelse. Nemnda har plikt til å anmode om ytterligere opplysninger fra kommunen hvis den mener saken ikke er tilstrekkelig utredet. Den private parten får en frist til å angi hvilke deler av kommunens redegjørelse som aksepteres og hvilke som ikke kan godtas. Fylkesnemnda kan også oppnevne en sakkyndig til å utrede enkelte sider ved saken, dersom fylkesnemnda finner dette nødvendig.

I saker hvor fylkesnemnda treffer vedtak i førsteinstans, kan nemnda treffe vedtak i henhold til kommunes begjæring, endre kommunens forslag (for eksempel sette vilkår) eller unnlate å ta begjæringen til følge. I saker om godkjenning av midlertidige vedtak, skal fylkesnemndleder ifølge forarbeidene foreta en legalitetskontroll. Godkjenningen skal skje med utgangspunkt i vedtaket, men nemndleder kan om nødvendig hente inn ytterligere opplysninger. I klagesakene har nemndleder kompetanse til å prøve alle sider av saken, og kan la det påklagede vedtak bestå, endre det eller oppheve det, jf. forvaltningsloven § 34.

Barnevernlovens utgangspunkt er at det skal avholdes forhandlingsmøte i sakene, jf. loven § 7-14. Det kan gjøres unntak dersom partene samtykker og hensynet til betryggende saksbehandling ikke er til hinder for det eller når saken gjelder endring i et tidligere vedtak eller dom. Når det holdes forhandlingsmøte, gjelder tvisteloven § 9-5 så langt den passer. Fylkesnemndas møter holdes som utgangspunkt for lukkede dører. Alle som er tilstede har taushetsplikt og referatforbud hvis ikke nemnda bestemmer noe annet. Domstolsloven kapittel 6 regulerer nemndleder og medlemmenes habilitet, jf. barnevernloven § 7-6.

Saker som gjelder klage over flyttevedtak, behandles etter de samme saksbehandlingsreglene som beskrevet ovenfor. Klager over midlertidige vedtak behandles imidlertid etter en enklere prosess, jf. loven § 7-23. Privat part sender klagen direkte til nemnda, som varsler barneverntjenesten. Nemnda settes i slike saker med nemndleder alene, og det holdes et kort møte, vanligvis ikke lenger enn tre timer, hvor partene forklarer seg og advokatene holder hvert sitt avsluttende innlegg. Nemndleder har skjønnsmessig kompetanse til å avgjøre hva som skal tillates av ytterligere bevisførsel. Vedtak i saken skal foreligge innen en uke fra klagen kom inn til nemnda

4.11.5 Domstolskontroll

Nemndas vedtak kan bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven § 36 av den private part eller kommunen, jf. loven § 7-24. Søksmålsfristen er en måned fra partene fikk melding om vedtaket. Hensynet bak kommunens søksmålsadgang er et særlig behov for å sikre riktige avgjørelser i disse sakene som er så alvorlige og inngripende for de personer vedtakene gjelder.

Spesielt for domstolskontrollen av fylkesnemndenes vedtak er at tingretten kan prøve alle sider av saken. Anke til lagmannsretten er begrenset ved at saken ikke fremmes uten lagmannsretten samtykke. Bakgrunnen for bestemmelsen er behovet for å få en endelig avgjørelse raskt.

4.12 Arbeidsretten

4.12.1 Innledning

Arbeidsretten er en særdomstol for rettstvister mellom arbeidslivets organisasjoner om tariffavtaler og andre kollektive arbeidsrettslige spørsmål. Arbeidsretten er øverste myndighet innen sitt kompetanseområde. Arbeidsrettens virksomhet er regulert av arbeidstvistloven og i noen grad av tjenestetvistloven. Administrativt er Arbeidsretten underlagt Arbeids- og sosialdepartementet. Arbeidsrettens uavhengighet fremgår ikke av loven, men må anses for å være forutsatt gjennom regulering av organet som særdomstol.

4.12.2 Sakstyper og saksoverfang

Arbeidsretten behandler tvister om tariffavtalers gyldighet, forståelse og eksistens, samt krav som bygger på tariffavtale, jf. arbeidstvistloven § 33 annet ledd, jf. § 1 bokstav i og tjenestetvistloven

§ 24. I tillegg behandles tvister om streik, lockout eller annen arbeidskamp som kan være i strid med tariffestet eller lovfestet fredsplikt, og spørsmål om erstatning for brudd på tariffavtale eller lovfestet fredsplikt, jf. arbeidstvistloven § 33 annet ledd, jf. § 8 annet ledd og § 9. Før en sak kan bringes inn for Arbeidsretten, må partene ha forhandlet om tvisten. Sammen med stevningen må det legges frem bevis for at forhandlinger er gjennomført. I enkelte tilfeller kan Arbeidsretten også treffe avgjørelse i saker om individuelle krav som springer ut fra en arbeidsavtale, dersom avgjørelsen av kravet følger direkte av avgjørelsen i hovedsaken om tariffavtalen.

Parter for Arbeidsretten er fagforeninger, arbeidsgivere eller arbeidsgiverforeninger. Privatpersoner er som hovedregel ikke parter, men kan trekkes inn i unntakstilfeller som nevnt ovenfor. Arbeidsretten behandler rundt 40 saker per år.

4.12.3 Organisering

Arbeidsretten har tre fagdommere som er fast ansatte embetsmenn. I tillegg har Arbeidsretten fire dommere og minst to varadommere for hver av rettens sju dommere. Disse dommerne oppnevnes av Kongen for tre år etter innstilling fra arbeidsgiverforeninger og fagforeninger. Kun arbeidsgiverforeninger og fagforeninger av et visst omfang har innstillingsrett. Dommere i Arbeidsretten må etter arbeidstvistloven § 36 være norske statsborgere som er «vederheftige og som ikke er fradømt stemmerett i offentlige anliggender». I tillegg må de ikke være medlem av styre eller ansatt i en fagforening eller arbeidsgiverforening. Fagdommerne skal oppfylle de krav som gjelder for høyesterettsdommere. Arbeidsretten har en fast ansatt sekretær, og en tilknyttet protokollfører som også vikarierer for sekretæren.

I den enkelte sak settes Arbeidsretten med sju dommere. Som hovedregel tilkalles to faste fagdommere og en varadommer for fagdommerne. Videre tilkalles fire dommere oppnevnt etter innstilling.

4.12.4 Saksbehandlingsregler

Saksbehandlingen er regulert av arbeidstvistloven, på flere områder gjelder tvisteloven så langt den passer. Forvaltningsloven gjelder ikke.

Arbeidsretten skal sørge for at saken blir fullt opplyst, jf. arbeidstvistloven § 48 første ledd. I Prop. 134 L (2010–2011) s. 52 uttales følgende om hva som ligger i dette:

«Kjernen i prinsippet er at Arbeidsretten ikke uten videre er bundet av de anførsler partene gjør gjeldende, og kan ta opp rettslige og faktiske spørsmål som partene ikke har reist.»

Arbeidsretten kan innhente forklaringer fra parter, sakkyndige eller andre som kan ha opplysninger om saken. Retten kan også pålegge enhver å fremlegge dokumenter eller bevis. I tillegg kan retten foreta befaring eller bevisundersøkelser selv, ved medlemmer eller ved oppnevnt sakkyndig. Arbeidsretten kan også kreve bevisopptak ved tingretten.

Det fremgår av loven § 48 at saksforberedelse og hovedforhandlingen styres av rettens fagdommere. Saken behandles og bevisene føres på den måte retten finner passende. Som utgangspunkt gjennomføres muntlig hovedforhandling, med mindre partene skriftlig samtykker i skriftlig behandling og retten finner det ubetenkelig.

Hovedforhandling skal etter loven § 45 sjette ledd påbegynnes senest seks måneder etter at stevningen er forkynt, med mindre særlige grunner taler for at det brukes lengre tid på saksforberedelsen. Arbeidsretten treffer sin avgjørelse med stemmeflertall, jf. loven § 56. Saksstyrende kjennelser og andre beslutninger kan omgjøres av Arbeidsretten når omgjøring ikke er uforholdsmessig tyngende for en part som har innrettet seg etter avgjørelsen, jf. loven § 56 femte ledd.

Etter arbeidstvistloven § 59 tilkjennes som hovedregel ikke sakskostnader for Arbeidsretten. Når særlige grunner taler for det, kan imidlertid Arbeidsretten pålegge partene å dekke statens utgifter i saken eller motpartenes sakskostnader.

4.12.5 Domstolskontroll

En dom fra Arbeidsretten kan som hovedregel ikke bringes inn for de alminnelige domstoler. Arbeidsrettens dom er endelig. Kjennelser som avviser sak fra Arbeidsretten kan imidlertid ankes til Høyesteretts ankeutvalg, jf. arbeidstvistloven § 58. Det samme gjelder spørsmål om gyldigheten av et rettsforlik inngått under hovedforhandling i Arbeidsretten, jf. § 57.

4.13 Sammenfatning

Utvalgets gjennomgang av utvalgte klage- og tvisteløsningsorganer viser, på samme måte som Difi rapport 2014:2, at det er stor variasjon i hvordan organene er regulert og organisert.

Alle de utvalgte organene er hjemlet i lov, men det varierer om organenes organisering og saksbehandling hovedsakelig er regulert i lov eller forskrift. Detaljgraden på reguleringen varierer også mye.

Alle organene er direkte eller indirekte administrativt underlagt et departement, med unntak av Domeneklagenemnda, men har en uavhengig rolle ved avgjørelse av saker. Det varierer imidlertid hvorvidt og hvordan organets uavhengighet er formelt regulert i lov.

Organene har noe ulike roller. UNE, Medieklagenemnda, Trygderetten, KOFA og KFIR behandler klager på vedtak og avgjørelser truffet av annet forvaltningsorgan. Markedsrådet og fylkesnemndene fatter som hovedregel vedtak i første instans etter innstillingen fra et annet organ, men de behandler også klager på vedtak. Arbeidsretten og Kabeltvistnemnda behandler tvister mellom private parter. Domeneklagenemnda behandler klager på vedtak truffet av en instans som ikke er et forvaltningsorgan. KOFA er det eneste organet, blant de som utvalget sett på, som kun har kompetanse til å gi rådgivende uttalelser. Markedsrådet og Medieklagenemnda behandler saker om overtredelsesgebyr, som anses som straff etter EMK.

Organenes størrelse er tilpasset saksmengden og sakstyper som er lagt til organet. Dette innebærer at enkelte organer er store institusjoner med fast ansatte, som UNE, mens andre organer kun trer sammen når det kommer en sak, slik som Kabeltvistnemnda, Markedsrådet og Medieklagenemnda.

Nemndmedlemmer oppnevnes stort sett av Kongen i statsråd, men i enkelte tilfeller av departementet. Det varierer hvorvidt alle nemndmedlemmer deltar i alle saker, eller om nemndmedlemmer velges fra et utvalg til hver enkelt sak, som i KFIR og KOFA. Et fellestrekk ved de utvalgte organene er at saker stort sett avgjøres av tre personer dersom sakene avgjøres i nemnd. Markedsrådet skiller seg her ut ved at alle ni medlemmer innkalles, og at fem medlemmer må delta for at rådet skal være beslutningsdyktig.

Det er stor variasjon i hvordan arbeidet i organene utføres. Kabeltvistnemnda har ikke sekretariat og alle saksforberedende oppgaver utføres av nemndmedlemmene, og da særlig nemndleder. I UNE står sekretariatet for det meste av saksforberedelsen, inkludert å skrive utkast til avgjørelser. Sekretariatet avgjør dessuten en rekke saker etter delegasjon. I KOFA er sekretariatet gitt kompetanse til å treffe enkelte avgjørelser under saksforberedelsen, blant annet å avvise en klage. Medie-

klagenemnda er det eneste av organene som benytter en advokat som sekretær.

Det varierer hvorvidt det er gitt særskilte saksbehandlingsregler. Medieklagenemnda er et eksempel på en nemnd nesten uten særskilte saksbehandlingsregler, og hvor forvaltningslovens regler gjelder fullt ut. Trygderetten har på den annen side helt egne saksbehandlingsregler, og forvaltningslovens regler gjelder ikke. Forvaltningsloven gjelder heller ikke for Arbeidsretten som er en særdomstol. Selv om Kabeltvistnemnda på samme måte som Arbeidsretten behandler tvister mellom private parter gjelder forvaltningsloven for Kabeltvistnemnda. Forvaltningsloven gjelder ikke for Domeneklagenemnda ettersom denne nemnda ikke er et forvaltningsorgan.

For de øvrige nemndene gjelder stort sett forvaltningsloven, i tillegg til enkelte avvikende særregler eller regler som utdyper forvaltningslovens utgangspunkt. Eksempel på bestemmelser som utdyper forvaltningslovens system er bestemmelser om saksforberedelse og muntlighet i saksbehandlingen. Bestemmelser om habilitet og innskrenkning av prøvingsadgang er eksempler på avvikende regler. Bestemmelser i tvisteloven, særlig om bevisføring, gis anvendelse i flere nemnder. Blant annet reguleres bevisføringen i fylkesnemndene i stor grad av tvistelovens bestemmelser. Bevisføringen i KOFA er også delvis regulert av tvistelovens regler. Samlet sett synes likevel saksbehandlingen i de utvalgte nemndene i større grad å følge forvaltningslovens system enn tvistelovens.

Et interessant fellestrekk er at alle organene, med unntak av KOFA og Domeneklagenemnda, har plikt til å påse at saken er tilstrekkelig opplyst. Dette gjelder også for Arbeidsretten selv om Arbeidsretten er organisert som en særdomstol.

Alle organene, også her med unntak av KOFA, har mulighet for innslag av muntlighet. Det varierer i hvilken grad det faktisk avholdes møter. I Markedsrådet, Kabeltvistnemnda og i Arbeidsretten gjennomføres det som hovedregel muntlige forhandlinger, mens Medieklagenemnda og Trygderetten kun unntaksvis har møter med den klagende part.

Avgjørelsene disse organene treffer kan overprøves av domstolene. Dette gjelder likevel ikke Arbeidsrettens avgjørelser. Rettslig overprøving av KOFAs avgjørelser er heller ikke aktuelt ettersom KOFA ikke treffer bindende vedtak. Det varierer om søksmål fra private skal reises mot staten ved departementet, som for Markedsrådet, mot staten ved klageorganet, som for UNE eller mot

staten ved forvaltningsorganet som var part ved klagebehandlingen, som for Trygderetten.

Trygderettens avgjørelser kan bringes direkte inn for lagmannsretten. For øvrige organer må saken bringes inn for tingretten. For enkelte saker er det fastsatt hvilken tingrett som skal behandle saken, for eksempel at Oslo tingrett er tvungent verneting for overprøving av KFIRs og UNEs avgjørelser.

For de fleste organer er det kun den private part, altså den vedtaket er rettet mot, som kan bringe en sak inn for domstolen. Det underliggende organ kan altså ikke reise søksmål for å få kjent vedtaket til overordnet organ ugyldig. Trygderettens vedtak er det likevel mulig for forvaltningsorganet som har behandlet saken i første instans å bringe inn for domstolene. På samme måte har kommunene mulighet til å bringe et vedtak fra fylkesnemndene inn for domstolene. For vedtak truffet av UNE er det innført adgang for departementet til å bringe saker inn for domstolen. Bakgrunnen for søksmålsadgangen er et ønske om juridisk kontroll og praksis i overensstemmelse med politiske mål og prioriteringer. Sakene skal i disse tilfellene reises mot den private part og ikke mot klageorganet.

Gjennomgangen viser at det, uansett om et organ er organisert som domstol eller forvaltningsorgan, er mulig å tilpasse organet konkret til de behov som saksfeltet krever. Mulighetene både når det gjelder organisering og særskilte saksbehandlingsregler er mange.

Et praktisk spørsmål er om flere organer kunne organiseres på samme måte, og eventuelt også slås sammen eller samarbeide om sekretariatsfunksjoner. Det vil i så fall være nyttig å se nærmere på hvilke saksområder som har likhetstrekk. Flere av de ovennevnte organene behandler, på samme måte som et eventuelt konkurranseklageorgan, saker som gjelder næringsdrivendes plikter og rettigheter. Dette gjelder både KOFA, Medieklagenemnda, Kabeltvistnemnda, KFIR, Markedsrådet og Domeneklagenemnda. Regulering av markedsopptreden er et fellestrekk for Markedsrådet og Medieklagenemnda, formålet med reglene som skal håndheves er imidlertid ulikt. Markedsrådet håndhever et regelverk som i hovedsak skal beskytte forbrukerne, mens formålet med regelverket som Medietilsynet håndhever blant annet er å fremme yringsfrihet og et allsidig medietilbud. KOFA skiller seg ut ved ikke å fatte bindende vedtak og Kabeltvistnemnda ved å være et tvisteløsningsorgan. Domeneklagenemnda avviker fra de øvrige organene ved å ikke være et forvaltningsorgan.

Utvalget vil se nærmere på muligheter for samarbeid mellom eksisterende klageorganer og et konkurransklageorgan i kapittel 7. I kapittel 8

vil utvalget se på om organiseringen og reguleringen av organene som her er gjennomgått kan fungere som modell for et konkurransklageorgan.

Kapittel 5

Klageordningen på konkurranserettens område i andre land

5.1 Innledning

Det er hensiktsmessig å ha en viss oversikt over hvordan klageordningen på konkurranserettens område er i EU og innenfor EFTA-pilaren av EØS-samarbeidet, samt i våre nordiske naboland, som bakteppe for drøftelser av hvilken klageordning som bør innføres i norsk konkurranserett.

Innledningsvis nevnes kort at Kommisjonen har både utrednings- og vedtakskompetanse i konkurransesaker. Generaldirektoratet for konkurranse utreder sakene, mens Kommisjonen som kollegialt organ fatter det formelle vedtaket. En høringsoffiser bidrar til å ivareta partenes rett til kontradiksjon ved å gjennomføre en høring etter at etterforskningen anses ferdig, men før kollegiet i Kommisjonens treffer sitt vedtak. Tilsvarende gjelder for EFTAs overvåkningsorgan ved håndhevingen av EØS-avtalens konkurranse-regler for foretak. For å styrke ivaretakelsen av partenes rett til kontradiksjon ble høringslede-rens mandat oppdatert av Kommisjonen i 2011 og av ESA i 2012. Kommisjonen vedtok også nye retningslinjer for beste praksis ved behandling av konkurransesaker i 2011¹, og ESA gjorde tilsvarende i 2012.² Verken Kommisjonen eller ESAs vedtak i konkurransesaker er gjenstand for administrativ klagebehandling. De kan derimot overprøves av domstolene, på EU-siden av Underinstansen og EU-domstolen, på EFTA-siden bare av EFTA-domstolen.

EØS-avtalens konkurranseregler håndheves som nevnt også av nasjonale konkurransemyndigheter og nasjonale domstoler. Kommisjonen har utarbeidet et arbeidsdokument om medlemslandenes håndheving av forordning 1/2003.³ I dette

dokumentet redegjøres det for to ulike modeller⁴ medlemsstatene har valgt for organisering av sine nasjonale konkurransemyndigheter og deres vedtakskompetanse.

Den vanligste modellen betegnes som «den administrative modellen», der samme administrative enhet etterforsker og fatter vedtak, hvorefter vedtakene er underlagt rettslig overprøving og kontroll. Den administrative modellen organiseres i praksis på to ulike måter, og begge måter er like vanlige. En variant av den administrative modellen er basert på funksjonell deling mellom en enhet som etterforsker og en enhet som fatter vedtak, eksempelvis slik at etterforskningen gjennomføres av en etterforskningsenhet, mens vedtak fattes av et råd eller styre. Franske, danske og islandske konkurransemyndigheter har som det vil gå frem nedenfor trekk av dette. Det samme har Kommisjonen og ESA. En annen administrativ organisasjonsmodell baseres på en mer enhetlig struktur, der det ikke er ulike enheter som har ansvar for ulike deler av prosessen. Det kan likevel forekomme at egne avdelinger har ansvar for ulike deler av samme sak, eksempelvis konkurranseavdelingen og juridisk avdeling. Organiseringen av Konkurransetilsynets og det svenske Konkurransverkets virksomhet dekkes av en slik beskrivelse.

En mindre andel av de nasjonale myndighetene er organisert i henhold til en «rettslig modell». Denne går ut på at det nasjonale konkurransetilsynet gjennomfører etterforskning av saken, før denne tas inn for retten med sikte på en avgjørelse av saken eller eventuelt spørsmål om sanksjoner. Som det vil fremgå i gjennomgangen under inneholder både den svenske, finske og danske modellen elementer av dette for særlig viktige eller inngripende vedtak.

I det følgende skal det gis en overordnet beskrivelse av konkurransemyndighetene i Sverige (5.2), Danmark (5.3), Finland (5.4) og Island (5.5). Dette suppleres med en oversikt over hvilke

¹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1201_en.htm?locale=en

² <http://www.eftasurv.int/press-publications/press-releases/competition/nr/1826>

³ Commission staff working document SWD (2014) 231 – Enhancing competition enforcement by the Member States' competition authorities: institutional and procedural issues

⁴ Punkt 10.

vedtak disse myndighetene treffer, hvilke vedtak som kan påklages eller overprøves ved domstolene, og hovedtrekkene når det gjelder de ulike myndigheters kompetanse og saksbehandlingsregler. I mandatet er utvalget bedt om også å vurdere fransk organisering av konkurransemyndighetene. En fremstilling av dette følger derfor i punkt 5.6.

5.2 Sverige

5.2.1 Innledning

De sentrale konkurranserettslige bestemmelser i Sverige er nedfelt i konkurranselagen (2008:579), heretter KL. Reglene bygger på det konkurranse-rettslige forbudsprinsippet som tilsvarende TEUV 101 og 102. I tillegg gir loven regler om kontroll med foretakssammenslutninger, som i stor grad er harmonisert med tilsvarende regler i EU. Konkursverket er den sentrale forvaltningsmyndigheten for håndtering av saker etter den svenske konkurranseloven, og Marknadsdomstolen er klageorgan for avgjørelser fattet av Konkursverket.

5.2.2 Konkursverket og domstolsbehandling i første instans

Konkursverket er et frittstående og uavhengig forvaltningsorgan under Näringsdepartementet i Sverige.

Konkursverket er organisert i syv avdelinger og til sammen ni enheter plassert under de to avdelingene for anskaffelser og konkurranse. Hver avdeling har ansvar for sine områder, men en stor del av arbeidet skjer i prosjektform på tvers av avdelinger. Øverste leder er generaldirektøren. Konkursverkets hovedoppgaver er fordelt mellom de to områdene konkurranserett og offentlige anskaffelser.

Hva gjelder konkurranserettens område fokuserer Konkursverket hovedsakelig på bekjempelse av karteller og annet konkurransebegrensende samarbeid, misbruk av dominerende stilling, kontroll med foretakssammenslutninger og konkurransebegrensende salgsvirksomhet (økonomisk aktivitet).

Innenfor området for offentlige anskaffelser prioriteres tilsynsvirksomhet, herunder direkte anskaffelser. Konkursverket legger særlig vekt på tiltak for å gjøre det lettere for små og mellomstore foretak å delta i konkurransen om offentlige innkjøp. Fra og med 1. juli 2014 har Konkursverket også i oppgave å gi veiledning

om alle aspekter ved offentlige innkjøp. Dette inkluderer miljø- og sosiale hensyn, innkjøp som fremmer innovasjon samt bidrag til å styrke innkjøpets strategiske betydning for den offentlige virksomheten.

Konkursverket har også andre oppgaver. De driver blant annet med informasjonsvirksomhet og bidrar til å øke fokuset på forskning innenfor konkurranse- og innkjøpsområdet. Videre deltar de i ulike nettverk og internasjonale organisasjoner, og bidrar på den måten til den internasjonale rettsutviklingen på de relevante områder.

I utgangspunktet er det Konkursverket som treffer avgjørelser i første instans og Konkursverkets beslutninger etter KL kan bare overprøves i de tilfeller som angis i 7 kapittel 1 § 1 st. KL. Overprøving av slike avgjørelser skjer ved søksmål til Marknadsdomstolen.

Det følger av 7 kapittel 1 § 2 st. KL at en rekke andre avgjørelser som Konkursverket treffer, ikke er gjenstand for overprøving. Et eksempel på slike avgjørelser er i første rekke beslutninger om ikke å realitetsbehandle saker eller ikke å treffe tiltak med hjemmel i KL. Andre eksempler er blant annet beslutninger om å godta et tilsagn, beslutninger om å pålegge en part å melde en foretakssammenslutning, eller beslutninger om å søke om tillatelse fra retten til å gjennomføre kontrollinspeksjon hos et foretak.

I visse andre konkurransesaker treffes avgjørelsen i Stockholms tingsrätt. Kompetansen til å ilegge konkurranseskadeavgift (administrativt gebyr) og inngrep mot fusjoner er lagt til Stockholms tingsrätt, jf. 3 kapittel 5 § KL samt 4 kapittel 13 § KL. For eventuell overprøving av tingsrättens avgjørelse i slike saker er det Marknadsdomstolen som er kompetent organ.

Saker om foretakssammenslutninger hvor Konkursverket finner grunnlag for inngrep mot en foretakssammenslutning, enten ved forbud eller påbud om avhjelpende tiltak, skal fremmes ved stevning for Stockholms tingsrätt, jf. 4 kapittel 13 § KL. Foretakene skal også i disse tilfellene gis rett til å uttale seg om Konkursverkets utkast til stevning før denne inngis til domstolen.

Slike saker har så langt ikke blitt prøvd for retten, på grunn av tidsaspektet som vil være avgjørende i næringslivet. I perioden 2005 til juli 2014 har Konkursverket tatt ut søksmål vedrørende forbud mot fusjoner ved fire anledninger. En sak skal nå opp for tingretten, og hovedforhandlingen er berammet til november 2014. De tidligere sakene har ikke blitt prøvd for domstolen fordi

selskapene valgte å avbryte oppkjøpene før sakene kom opp for retten.

Dersom Konkurransverket tillater en foretakssammenslutning, kan de på et senere tidspunkt kun beslutte særskilte undersøkelser og stevne partene for retten med påstand om forbud/avhjelpende tiltak, dersom beslutningen om å tillate sammenslutningen beror på feilaktige opplysninger fra en part eller annen som medvirket i foretakssammenslutningen.

Stockholms tingsrätt treffer også avgjørelse i saker hvor det fremsettes krav om ileggelse av administrativt gebyr i overtredelsessaker (konkurrensskadeavgift). Ved spørsmål om ileggelse av konkurrensskadeavgift, tar Konkurransverket ut søksmål for Stockholms tingsrätt, jf. 3 kapittel 5 § KL. Retten kan ilegge gebyr ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av forbudene i TEUV artikkel 101 eller 102, eller ved slik overtredelse av 2 kapittel 1 eller 7 § KL. Foretaket har krav på å få uttale seg om Konkurransverkets utkast til stevning, før det reises sak for tingretten.

Begrunnelsen for at saker om konkurrensskadeavgift må behandles av tingsrätten ligger i at disse sakene oppfattes som mer inngripende, og at konkurrensskadeavgift er straff etter EMK.

I perioden 2004 til 2014 ble seks saker om ileggelse av konkurrensskadeavgift behandlet av tingretten.⁵ Saksbehandlingstiden varierte fra 1 år og 2 måneder⁶ til 7 år.⁷ Halvparten av sakene ble anket videre inn for Marknadsdomstolen, og saksbehandlingstiden der lå på fra 1 år og 1 måned⁸ til 2 år og 3 måneder.⁹

5.2.3 Marknadsdomstolen – domstolsbehandling i andre instans

Marknadsdomstolen er en felles spesialdomstol for hele Sverige for saker om konkurransebegrensninger, markedsføring og annet markedsføringsrettslig forbrukervern. I tillegg til dommere med juridisk bakgrunn deltar også økonomiske eksperter.

Domstolen ble opprinnelig tillagt de dømmende funksjoner i forbindelse med håndheving

av tidligere konkurransebegrensningslov og loven om utilbørlig markedsføring. Etter dagens system er imidlertid den saklige kompetansen ved domstolsprøving av saker om immaterialrett, markedsføringsrett og konkurranserett spredd blant de alminnelige domstoler, de alminnelige forvaltningsdomstoler og spesialdomstoler.

Det finnes to ulike typer saksprosesser innenfor konkurranseretten og Marknadsdomstolen er klageinstans for begge.

For det første er Marknadsdomstolen klageinstans for beslutninger som tas av Konkurransverket. Dette er hovedsakelig der Konkurransverket ilegger et rent forbud mot konkurransebegrensende samarbeid eller forbud mot misbruk av dominerende stilling.

Det er kun beslutninger innenfor visse områder som kan overprøves av Marknadsdomstolen. Avgjørelser som kan være gjenstand for overprøving er regulert i 7 kapittel, § 1 KL. I henhold til 7 kapittel 1 § andre avsnitt kan andre beslutninger ikke ankes til Marknadsdomstolen, og er følgelig ikke gjenstand for overprøving. Eksempel på saker som ikke er gjenstand for overprøving er blant annet beslutning om ikke å realitetsbehandle en sak, beslutning om tiltak med hjemmel i KL, beslutninger om å godta et tilsagn, beslutninger om å pålegge en part å melde en foretakskonstruksjon, eller beslutninger om å søke om tillatelse fra retten til å gjennomføre kontrollinspeksjon hos et foretak.

For det andre er Marknadsdomstolen kompetent organ for å overprøve avgjørelser som er truffet i tingsrätten. Som nevnt i punkt 5.2.2 er dette sak hvor Konkurransverket tar ut stevning om å ilegge foretak konkurrensskadeavgift (administrativt gebyr, tvangsmulkt og bøtestraff) eller forbud mot foretakssammenslutninger.

En tredje kategori som er verdt å nevne er erstatningskrav fra tredjeparter for brudd på konkurranseloven eller der en avtale blir påstått ugyldig som følge av brudd på konkurranseloven. Slike saker vil ikke naturlig falle inn under Marknadsdomstolens kompetanseområde, men vil behandles innenfor de alminnelige domstoler; tingsrätt, hovrätt og eventuelt Högsta Domstolen. Dersom et søksmål om erstatningskrav er kumulert med krav om konkurranseskadeavgift, er det imidlertid Marknadsdomstolen som er kompetent organ for overprøving.

Det foreligger forslag om vesentlige endringer i systemet for overprøving av vedtak i konkurransesaker, jf. punkt 5.2.4 nedenfor.

⁵ For en oversikt over rettsaker i Sverige innen konkurranserettens område, se følgende lenke:

http://www.Konkurrens- og konsumentverket.se/t/Page_296.aspx

⁶ Scandorama AB och Ölvemarks Holiday AB.

⁷ Telia Sonera AB. Det ble i denne saken sendt forespørsel om prejudisiell avgjørelse fra EU-domstolen.

⁸ Assistansskåren Sweden AB och Föreningen MRF-Bärarna.

⁹ AB Bil Bengtsson m.fl.

5.2.4 Forslag til ny overprøvningsstruktur – Patent- og marknadsdomstol og Patent- og marknadsöverdomstol

Det svenske justisdepartementet har i Ds 2014:2 – Patent- og marknadsdomstol foreslått vesentlige endringer i adgangen til overprøving av vedtak i konkurransesaker. Det er ønskelig å etablere en mer enhetlig og konsentrert domstolsprøving sammenliknet med dagens system. En mer samlet domstolsprøving antas å gi bedre utnyttelse av kompetanse og ressurser.

Det er på denne bakgrunn foreslått en ny lov om patent- og markedsdomstoler, som innebærer at all domstolsprøving av konkurransesaker, markedsføringssaker og immaterialrettssaker skal skje samlet innenfor rammen av de ordinære domstoler, innenfor en særskilt domstol i første instans (Patent- og marknadsdomstolen), og en særskilt domstol i andre instans (Patent- og marknadsöverdomstolen). Etter forslaget skal Stockholms tingsrätt være Patent- og marknadsdomstol, mens Svea hovrätt skal være Patent- og marknadsöverdomstol. Högsta domstolen skal fortsatt som siste instans ha ansvaret for prejudikaturutviklingen. Det er foreslått at den nye domstolsordningen skal tre i kraft 1. juli 2015.

En målsetning ved endringsforslaget er at reglene om sammensetning av Patent- og marknadsdomstolen skal være fleksible med sikte på at saken kan behandles og avgjøres med den sammensetningen som i hver enkelt sak framstår som mest hensiktsmessig. Retten skal ikke settes med flere dommere enn det som framstår som nødvendig for en effektiv og rasjonell behandling. Forslaget bygger dessuten på at det er en viktig verdi at sammensetningsreglene er mest mulig enhetlige for de søksmål og oppgaver som er gjenstand for den samlede domstolsprøvingen. Det er videre et mål at ekspertkompetansen skal være den samme i både første og andre instans.

Med disse utgangspunkter er det i lovforslagets 4 kapittel 3 § foreslått at Patent- og marknadsdomstolen ved hovedforhandling i søksmål som blant annet gjelder konkurranselagen og markedsføringslagen skal settes med fire dommere, hvorav to skal være juridiske dommere, og to skal være økonomiske eksperter. Det er også foreslått at retten ved behov kan settes med ytterligere én juridisk dommer eller ytterligere én økonomisk ekspert. I visse tilfeller er det foreslått at retten skal kunne settes med én juridisk dommer, eller med én juridisk dommer og en økonomisk ekspert. Forslaget inneholder en del ytterligere særregler om sammensetningen. Rettens leder

skal i henhold til forslaget til 2 kapittel 1 § tredje avsnitt alltid være en juridisk dommer. Økonomisk sakkyndige eksperter skal etter forslaget til 2 kapittel 3 § andre og tredje avsnitt utnevnes av den svenske regjeringen eller den myndighet som regjeringen delegerer oppgaven til. Utnevningen skal gjelde for en viss tid, men loven sier ikke noe om tidsperiodens lengde. Det er videre inntatt krav om at de sakkyndige ekspertene må være svenske statsborgere, og fylle visse andre formelle krav.

5.3 Danmark

5.3.1 Innledning

De sentrale konkurranserettslige regler i Danmark er nedfelt i lovbekentgørelse nr. 700 af 18. juni 2013, konkurrenceloven. Forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid og mot misbruk av dominerende stilling og reglene om kontroll med foretakssammenslutninger er harmonisert med tilsvarende regler i EU-konkurranseretten.

Håndhevingen av den danske konkurrenceloven er lagt til *Konkurrencerådet*, med sekretariatsfunksjoner utført av *Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen* (heretter Konkurrencestyrelsen), underlagt Erhvervs- og Vækstministeriet.

Konkurrencerådet er et uavhengig og bredt sammensatt offentlig kollegialt organ, som behandler de saker som er av prinsipiell eller særlig stor betydning, og saker hvor det foreligger særlig tvil. *Konkurrencestyrelsen* står for den daglige administrasjon, og treffer visse avgjørelser på vegne av *Konkurrencerådet*, i tillegg til en rekke andre oppgaver.

Avgjørelser fra Konkurrencerådet og Konkurrencestyrelsen kan som hovedregel påklages til *Konkurrenceankenævnet*. Rådets eller ankenævnets avgjørelser kan ikke påklages videre til annen administrativ myndighet eller bringes inn for ministeren. Den tidligere monopolloven, ga for visse spørsmål mulighet for klage til statsråden. Denne ordningen er imidlertid avskaffet, for å styrke konkurransemyndighetenes uavhengighet overfor skiftende politiske retninger.

5.3.2 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Konkurrencestyrelsen skal etter konkurrenceloven § 14, stk. 2 yte sekretariatsbistand til Konkurrencerådet, og for øvrig stå for den daglige administrasjon av de oppgaver som følger av loven. Slike oppgaver omfatter bl.a. innhenting av opplysninger etter konkurrenceloven § 17 og gjen-

nomføring av kontrollundersøkelser etter konkurreløven § 18. Konkurranserådetets virksomhet er nærmere regulert blant annet i en forretningsorden.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan ikke selv ilegge bøter for overtredelse av konkurreløvene. Idømmelse av straff for overtredelse av løven hører inn under domstolene og sakene behandles av Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan imidlertid forelegge foretaket et forslag til bot som det så er opp til foretaket om det vil akseptere.

Statistisk informasjon over ulike konkurranseaker, informasjon om hvordan disse oppstår og hvordan utviklingen har vært i antall saker med mer siden 2004 fremgår på Konkurrencestyrelsenes hjemmesider.¹⁰

5.3.3 Konkurranserådet

Konkurranserådet er etter konkurreløven § 14 tillagt håndheving av løven og forskrifter gitt i medhold av løven. Selv om rådet etter ordlyden har den fulle og generelle håndhevingskompetansen, er den daglige administrasjon av løven delegert til Konkurrencestyrelsen.

Konkurranserådet har kompetanse til å ta opp saker til behandling etter eget initiativ, etter klager, eller på grunnlag av henvisning fra Kommisjonen eller andre konkurransemyndigheter i EU. Rådet er kompetent til selv å avgjøre hvorvidt en klage bør tas opp til behandling, og kan således avvise mindre saker som ikke har tilstrekkelig økonomisk eller samfunnsmessig betydning. Rådet har også kompetanse til å beslutte midlertidig eller endelig innstilling av saksbehandlingen i alle typer saker, for eksempel dersom ressursforbruket ikke står i et rimelig forhold til sakens offentlige interesse, jf. konkurreløven § 14, stk. 1, 4. pkt. En klager har altså ikke rettskrav på at konkurransemyndighetene forfølger det forholdet som det klages over. Hjemmelen for å unnlate realitetsbehandling av klager kan benyttes både av Konkurrencestyrelsen og Konkurranserådet. Denne praksisen er akseptert av Konkurrenceankenævnet.

Denne innstillingshjemmelen kommer imidlertid ikke til anvendelse på alle saker. Selv om det ikke fremgår direkte av forarbeidene, er det alminnelig antatt at styrelsen ikke kan avvise en

sak med henvisning til § 14, stk. 1, 4 pkt når klageren har rettslig interesse i å få en avgjørelse.

Konkurranserådet er tillagt kompetanse til å vedta generelle regler og betingelser for unntak fra sentrale konkurransebestemmelser. Rådet skal også avgi uttalelse til erhvervs- og vækstministeren i forbindelse med utstedelsen av administrative forskrifter og gruppefritak, og uttale seg om hvorvidt offentlige reguleringer eller støtteordninger kan ha skadelige virkninger for konkurransen. For øvrig skal rådet treffe avgjørelser i de saker som vurderes å være prinsipielle eller av vesentlige betydning. Det er i utgangspunktet Konkurranserådet som avgjør om en fusjon skal godkjennes eller forbyes, jf. konkurreløven § 12 c, stk. 1. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan godkjenne en fusjon etter en forenklet saksbehandling, når tilgjengelig informasjon ikke gir grunnlag for innsigelser fra styrelsen, jf. konkurreløven § 12 c, stk. 7.

Rådet skal ikke behandle saker som må anses mer rutinepreget, og som kan avgjøres i samsvar med den praksis som er utviklet av rådet. Slike saker behandles av Konkurrencestyrelsen.

Konkurranserådet er også saklig kompetent til å anvende TEUV artikkel 101 og 102, jf. konkurreløven § 24 og rådsforordning 1/2003, og disse reglene og de danske konkurranseeregler anvendes ofte parallelt. Konkurranserådet ilegger påbud om opphør av en overtredelse, jf. konkurreløven § 6, stk. 4, 1. pkt. og § 11, stk. 4, 1. pkt. Slike vedtak kan overprøves av Konkurrenceankenævnet, jf. konkurreløven § 19, stk. 1.

Konkurranserådet er etter § 15 sammensatt slik at rådet representerer en bred samfunnsmessig sakkunnskap, og har allsidig kjennskap til offentlig og privat næringsvirksomhet, herunder både juridiske, økonomiske, finansielle og forbrukermessige forhold. Rådet består etter § 15 av en formann og 17 medlemmer, som alle utnevnes av erhvervs- og vækstministeren for en tidsbegrenset periode på inntil 4 år. Rådet settes som hovedregel med alle medlemmer, med unntak for en del saker som etter fast praksis avgjøres etter delegasjon av Konkurrencestyrelsen på rådets vegne. Sammensetningen vil trolig bli endret fra 1. juli 2015. Det er fremmet lovforslag i Folketinget (som det er politisk flertall for), om at rådet får karakter av en bestyrelse med et mer overordnet ansvar, med 7 medlemmer i stedet for 18 slik det er i dag. Den daglige saksbehandling skal skje i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Avgjørelser som treffes av rådet skal treffes på grunnlag av lovens kriterier, som imidlertid legger opp til økonomiske og kommersielle overvei-

¹⁰ <http://www.kfst.dk/Konkurrenceforhold/Konkurrencensager-i-tal>

elser, som gir rom for skjønnsmessige vurderinger og avgjørelser. Av hensyn til å styrke rådets integritet og faglige uangripelighet uttales det i forarbeidene til endringsloven av 2007 at rådets medlemmer skal oppfylle samme krav som etter rettspleieloven stilles til sakkyndige rettsmedlemmer i Sø- og Handelsretten.

I kravet om at leder og 8 medlemmer skal være «uavhengige av erhvervs- og forbrukerinteresser» ligger et generelt krav til habilitet, som hevdes å innebære at disse medlemmene ikke kan være i et ansettelsesforhold i næringsvirksomhet eller annen organisasjon med den økonomiske avhengighet som følger av slik tilknytning, jf. Palle Bo Madsen, *Markedsret* 1 s. 255. Utvalget antar at det her siktes til næringsorganisasjoner som vil kunne komme i posisjoner som kan være problematiske i relasjon til konkurreloven. Habilitetskrav for øvrig må vurderes konkret, ut fra hvilken betydning en eventuell tilknytning kan få. I dansk teori legges det imidlertid til grunn at oppdrag som styremedlem, rådgivningsoppgaver og liknende oppdrag av mindre betydning for vedkommendes økonomi, og som ikke i seg selv er å anse som næringsvirksomhet, ikke medfører en generell inhabilitet som er til hinder for utnevning.

Konkurreloven inneholder ikke en særskilt bestemmelse om hvilke krav til habilitet som kreves for den enkelte sak. De alminnelige habilitetskravene i den danske forvaltningsloven kommer imidlertid til anvendelse.

5.3.4 Konkurrenceankenævnet

Konkurransankenævnet er en administrativ klageinstans for Konkurrencerådets vedtak. Fristen for å klage til Konkurrenceankenævnet er fire uker fra rådets avgjørelse er meddelt vedkommende.

Konkurrenceankenævnet består av en leder, som skal være høyesterettsdommer, og fire andre medlemmer. Av disse skal to ha juridisk fagkunnskap, og de to andre skal ha økonomisk fagkunnskap, jf. konkurreloven § 21, stk. 1. Både leder og de øvrige fire medlemmer utnevnes av erhvervs- og vækstministeren. Alle skal være uavhengige av næringsinteresser. Utnevningen av medlemmer har ikke grunnlag i innstilling fra organisasjoner slik ordningen er ved utnevning av medlemmer til Konkurrencerådet.

Konkurrenceankenævnet har en domstolsliknende karakter, dels i form av sterke innslag av juridisk ekspertise, og dels i form av uavhengighet overfor forvaltningshierarkiet, samt mulighe-

ten for muntlig prosedyre. Sakene forberedes skriftlig, men blir deretter normalt behandlet muntlig på begjæring av klager eller den innklagede myndighet, jf. Palle Bo Madsen, *Markedsret* I s. 278. I lovforarbeidene er saksbehandlingen for Konkurrenceankenævnet omtalt som en «domstolslignende sagsbehandling», samtidig som det gis uttrykk for at ordningen med ankenævn vil kunne føre til mindre belastninger på det alminnelige domstolssystemet. Rent formelt er imidlertid ikke Konkurrenceankenævnet en domstol, men et forvaltningsorgan underlagt forvaltningsrettslige krav til saksbehandling. Sekretariatsfunksjoner for Konkurrenceankenævnet utføres av Erhvervsstyrelsen.

Det er med hjemmel i konkurreloven § 21, stk. 3, gitt nærmere regler om ankenævnets virksomhet.

Ankenævnet har full overprøvningskompetanse, og kan således oppheve, hjemvise eller omgjøre Konkurrencerådets avgjørelser. Konkurrenceankenævnet kan derfor foreta en full materiell prøving av Konkurrencerådets avgjørelser, herunder rådets skjønnsmessige vurderinger og avgjørelser. Det er i teorien hevdet at ankenævnet bør utvise tilbakeholdenhet med å overprøve de ofte mer forretnings- eller policypregede skjønnsvurderinger som foretas av det bredere sammensatte Konkurrencerådet, jf. Palle Bo Madsen, *Markedsret* 1 s. 282.

Konkurrenceankenævnet har formelt sett adgang til å trekke inn nye forhold i saken. Prøvningskompetansen er imidlertid betinget av at sakens identitet ikke endres fra saksbehandlingen i Konkurrencerådet, og ankenævnet er på samme måte som domstolene bundet av partenes påstander.

Konkurreloven § 19 inneholder en uttømmende opplisting av *hvilke avgjørelser* truffet av Konkurrencerådet eller Konkurrencestyrelse som kan påklages til Konkurrenceankenævnet, og dels angivelse av hvem som er klageberettiget. Prinsippet som ligger til grunn for bestemmelsen om hvilke avgjørelser som kan påklages, er at stort sett alle avgjørelser fra Konkurrencerådet skal kunne påklages. Dette må ses i lys av bestemmelsen i § 20, stk. 1 som slår fast at rådets avgjørelser ikke kan påklages til annen administrativ myndighet, og dels av at rådets avgjørelser ikke kan gjøres til gjenstand for domstolsprøving før Konkurrenceankenævnets avgjørelser foreligger.

Det er imidlertid bare avgjørelser som autoritativt tar stilling til et realitetsspørsmål som kan påklages. Prosessledende avgjørelser faller utenfor klageadgangen. Eksempler på avgjørelser som

faller utenfor klageadgangen er beslutninger om iverksettelse av kontrollundersøkelser, beslutning om innhenting av opplysninger, beslutninger om politianmeldelse eller beslutninger om å avvise eller innstille behandlingen av en sak. Heller ikke avvising av krav om å reforhandle et vilkår for en foretakssammenslutning, eller avvising av et krav om å oppheve eller endre et avgitt tilsagn, kan bringes inn for Konkurrenceankenævnet.

Klageberettiget er de som har partsinteresse i saken, dvs. den avgjørelsen retter seg mot, eller som for øvrig har «individuel, væsentlig interesse i saken», jf. § 19, stk. 2, nr. 1 og 2. I tillegg til de virksomheter som avgjørelsen direkte gjelder, vil også andre foretak kunne være berørt i en slik grad at de vil kunne være klageberettiget, for eksempel dersom klageren er en av få konkurrerende aktører på det relevante markedet. Også bransjeorganisasjoner og forbrukerorganisasjoner vil etter forholdene kunne ha tilstrekkelig klageinteresse. En klage til Konkurrenceankenævnet har som hovedregel ikke oppsettende virkning. Både Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet har imidlertid adgang til å beslutte oppsettende virkning.

Saker for Konkurrenceankenævnet forberedes skriftlig, men som regel blir sakene gjenstand for muntlig behandling etter begjæring fra klager eller den innklagede myndighet. Møtene og den muntlige prosedyre i Konkurrenceankenævnet er som hovedregel offentlige, i motsetning til møtene i Konkurrencerådet.

5.3.5 Domstolsprøving av vedtak fra konkurransemyndighetene

Avgjørelser fra *Konkurrencerådet* kan ikke bringes direkte inn for domstolene, idet adgangen til klage til *Konkurrenceankenævnet* først må være benyttet, jf. konkurrenceloven § 20, stk. 1. Først når avgjørelse fra ankenævnet foreligger, kan denne avgjørelsen bringes inn for domstolene senest 8 uker etter at avgjørelsen er meddelt parten, jf. konkurrenceloven § 20, stk. 3.

Domstolsprøving av *Konkurrenceankenævnets* avgjørelser finner sted ved Sø- og Handelsretten i første instans, jf. retsplejeloven § 225, stk. 2, nr. 4 for så vidt gjelder danske konkurransesaker, eller nr. 1 dersom det gjelder en EU-konkurransesak. I henhold til nr. 4 har Sø- og Handelsretten saklig kompetanse «hvor anvendelsen af konkurrenceloven har væsentlig betydning», som normalt vil være tilfelle i saker om overprøving av *Konkurrenceankenævnets* avgjørelser. Etter nr. 1 har Sø- og Handelsretten kompetanse i «internasjonale

sager, hvor fagkundskab til internationale erhvervsforhold har væsentlig betydning». Behov for slik fagkunnskap vil normalt foreligge i saker om overprøving av avgjørelser etter EU-konkurransereglene, som forutsetter samhandelspåvirkning. Det er ikke helt klart ut fra lovens ordlyd eller forarbeider hvorvidt Sø- og Handelsretten er saklig kompetent til å behandle avgjørelser fra *Konkurrenceankenævnet* som utelukkende dreier seg om rent forvaltningsrettslige spørsmål, for eksempel krav om dokumentinnsyn etter den danske forvaltningsloven. Det antas imidlertid i juridisk teori at det foreligger saklig kompetanse for Sø- og Handelsretten også i slike saker, jf. Palle Bo Madsen, *Markedsret 1 Konkurrencebegrænsningsret* s. 283.

Konsekvensen av at *Konkurrenceankenævnets* avgjørelse ikke bringes inn for domstolene innen fristen på 8 uker, er at avgjørelsen blir endelig, jf. konkurrenceloven § 20, stk. 3, 2. pkt.

Det har i praksis til nå vært *Konkurrencerådet* som saksøkes og får status som part i søksmålet, selv om gjenstanden for domstolsprøving er *Konkurrenceankenævnets* avgjørelse. Denne praksisen er nedfelt i en veiledning utarbeidet av de to organene i fellesskap, hvor det anbefales at søksmål reises mot rådet og ikke mot ankenævnet. Begrunnelsen synes å være rene hensiktsmessighetsvurderinger, basert på at Konkurrencestyrelsen har bedre praktiske forutsetninger for å yte den nødvendige bistand i forbindelse med søksmålet sammenlignet med ankenævnets sekretariat.

Domstolenes prøvingskompetanse omfatter både *faktum* og *rettsanvendelse*. Rettspraksis viser at også forvaltningsskjønn som utøves av konkurransemyndighetene etterprøves i en viss utstrekning, men at domstolene likevel innrømmer konkurransemyndighetene en viss skjønnsmargin innenfor rammen av konkurransereglene.

Sø- og Handelsretten avgjørelser kan ankes til Høyesterett dersom følgende to vilkår er innfridd: For det første må saken være av prinsipiell karakter og ha generell betydning for rettsanvendelsen og rettsutviklingen eller av vesentlig samfunnsmessig betydning. For det andre må særlige grunner tilsi at saken behandles av Høyesterett som annen instans. Dersom betingelsene for anke til Høyesterett ikke er innfridd skal Sø- og Handelsrettens dommer ankes til landsretterne.

Det er i juridisk teori antydnet at Danmarks Høyesteret i større grad enn domstoler på lavere nivåer synes beredt til å etterprøve skjønnsutøvelsen, og at det muligens også kan forventes en høyere prøvingsintensitet i første instans etter at

prøvningskompetansen er overført til Sø- og Handelsretten, jf. Palle Bo Madsen, Markedsret 1 s. 285. Danmarks Højesteret har i kjennelse 13.10.2011 slått fast at økonomisk teori som inngår i grunnlaget for konkurranserettslige vurderinger, må anses for å være en del av sakens faktum, og ikke en del av rettsgrunnlaget og den juridiske skjønnsutøvelsen, jf. Madsen, Markedsret 1 s. 286. Følgelig kunne det i forbindelse med domstolsprøvingen gjennomføres såkalt syn og skøn vedrørende forenligheten av den anvendte test med økonomisk teori, uavhengig av den særlige sakkunnskap innenfor dette området i Konkurrenterådet og Konkurrenceankenævnet.

5.4 Finland

5.4.1 Innledning

De sentrale konkurranserettslige bestemmelser i Finland er regulert i den finske konkurranse-loven (konkurrenslag 948/2011), i kraft fra 1. november 2011. Loven har til formål å beskytte en sunn og fungerende økonomisk konkurranse mot skadelige konkurransebegrensninger. De materielle bestemmelser om konkurransebegrensende avtaler og misbruk av dominerende stilling er fullt ut harmonisert med TEUV artikkel 101 og 102. Reglene om kontroll med foretakssammenslutninger er inntatt i lovens kapittel 4, og er utformet og anvendt i tråd med EUs fusjonskontrollforordning, med visse særordninger.

Håndhevingen av loven er lagt til Konkurrenter- og konsumentverket, etter en sammenslåing av de tidligere organene Konkurrenterverket og Konsumentverket med virkning fra 1. januar 2013. De sammenslåtte myndighetenes lovbestemte oppgaver er videreført.

Konkurrenter- og konsumentverkets oppgaver omfatter iverksettelse av konkurranse- og forbrukerpolitikken, å påse at markedet fungerer, håndheve konkurranse-loven og EUs konkurranse-regler og å sikre forbrukernes økonomiske og rettslige stilling. Konkurrenter- og konsumentverket er også tillagt konsumentombudsmannens overvåkningsoppgaver.

5.4.2 Konkurrenter- og konsumentverket

Konkurrenter- og konsumentverket er i konkurranse-loven gitt kompetanse til å iverksette og gjennomføre etterforskning ved mistanke om ulovlige konkurransebegrensninger, og å forestå kontroll med foretakssammenslutninger. Konkurrenter- og konsumentverket har i underkant av 150 ansatte,

hvorav over 40 % har til hovedoppgave å håndheve konkurranse-loven. Konkurrenter- og konsumentverket har som førsteinstans ansvar for å ta stilling til hvorvidt det foreligger brudd på konkurranse-reglene. Konkurrenter- og konsumentverket kan ilegge både negative og positive sanksjoner mot foretaket som bryter konkurranse-reglene, for eksempel (midlertidige) påbud om opphør av konkurranse-skadelig atferd, eller pålegg om levering på ikke-diskriminerende vilkår, jf. § 45(1). Konkurrenter- og konsumentverket kan også beslutte at avhjelpende tiltak som er foreslått av foretak som er involvert i påstått konkurranse-be-grensende atferd, skal være bindende for de aktuelle foretakene. Konkurrenter- og konsumentverket kan også beslutte midlertidige tiltak.

Konkurrenter- og konsumentverket har imidlertid ikke selv myndighet til å ilegge bøter for brudd på konkurranse-loven. Ileggelse av slike bøter forutsetter at Konkurrenter- og konsumentverket fremlegger et slikt forslag til bøteleggelse for Marknadsdomstolen, jf. konkurranse-lagen § 12 (3) jf. § 42. Domstolen kan på sin side ikke ilegge bøter uten at det er fremmet et forslag om dette fra Konkurrenter- og konsumentverket.

I de senere årene Marknadsdomstolen årlig ilagt 1–2 bøter i konkurranse-saker, og i 2013 fattet Marknadsdomstolen avgjørelser i totalt 4 konkurranse-saker. De fleste av avgjørelsene fra Marknadsdomstolen påankes. Saksbehandlingstiden i disse sakene har vært svært lang, fra 2 til 5 år, og Konkurrenter- og konsumentverket arbeider nå med å få redusert dette.

Hvis det er spørsmål om å gripe inn i form av forbud eller oppløsning av en foretakssammenslutning, er kompetansen tillagt Marknadsdomstolen, jf. konkurranse-lagen § 25 (1). Inngrep mot foretakssammenslutningen i form av forbud eller oppløsning er betinget av at Konkurrenter- og konsumentverket fremmer forslag om dette til Marknadsdomstolen. Dersom slikt forslag fremmes, skal Marknadsdomstolen i henhold til konkurranse-lagen § 29 (1) treffe sin avgjørelse innen tre måneder fra utarbeidelsen av forslaget. Dersom fristen ikke overholdes, anses foretakssammenslutningen for å være godkjent. Gjennomføringsforbudet opphører med mindre Marknadsdomstolen innen én måned fra utarbeidelsen av forslaget opprettholder forbudet, jf. § 29 (2). Domstolen har adgang til å stille vilkår for gjennomføringsforbudet.

Konkurrenter- og konsumentverket har imidlertid kompetanse til å godkjenne en foretakssammenslutning hvis konkurranse-problemene kan avhjelpes ved å stille vilkår for sammenslåingen.

En vesentlig forskjell fra EU-konkurranseretten er imidlertid at adgangen til å påklage Konkurrent- og konsumentverkets avgjørelser i fusjonssaker er sterkt begrenset. Eksempelvis vil det anmeldende foretaket ikke kunne påklage en avgjørelse som godkjenner en foretakssammenslutning på nærmere vilkår. Heller ikke tredjeparter, som for eksempel konkurrenter, har rett til å klage over avgjørelser i fusjonssaker.

Det eksisterer også regionale administrative kontorer som i samarbeid med Konkurrent- og konsumentverket har myndighet til å etterforske mulige overtredelser av konkurranselovgivningen. Myndigheten til å konkludere med at overtredelser av konkurranselovgivningen foreligger, er imidlertid eksklusivt lagt til Konkurrent- og konsumentverket.

Før Konkurrent- og konsumentverket fremmer forslag til Marknadsdomstolen om ileggelse av bøter, eller før det treffes andre avgjørelser om overtredelser av kartellforbudet eller forbudet mot misbruk av dominerende stilling, har de involverte foretak rett til å bli hørt. Konkurrent- og konsumentverket må utarbeide en skriftlig fremstilling som inneholder alle relevante fakta som ligger til grunn for forslaget, hvilke overtredelser som hevdes å foreligge, og begrunnelse. De involverte foretak gis deretter en frist for å kommentere forslaget, før dette fremmes for Marknadsdomstolen.

Avgjørelser fra Konkurrent- og konsumentverket om overtredelser av konkurranseloven kan, med enkelte unntak, påankes til Marknadsdomstolen, jf. § 44 (1). Denne ankeadgangen omfatter både avgjørelser som forkaster en klage, som avslutter en etterforskning iverksatt ex officio, eller avgjørelser som konkluderer med overtredelser av konkurranseloven.

Den finske konkurranseloven inneholder også en bestemmelse om Konkurrent- og konsumentverkets prioritering av saker, herunder adgangen til å unnlate å foreta etterforskning, jf. § 32. Dette gjelder for det første i tilfeller hvor det ikke kan anses sannsynlig at det foreligger ulovlige konkurransebegrensninger. For det andre kan etterforskning unnlates dersom konkurransen på det aktuelle markedet totalt sett kan anses å fungere til tross for den påståtte konkurransebegrensningen. For det tredje kan etterforskning unnlates dersom anmodningen om inngrep er åpenbart ubegrunnet, og for det fjerde dersom det ikke er sannsynlig at den atferd eller virksomhetsstruktur som er omhandlet i § 30 a (økonomisk virksomhet som drives av kommuner eller staten) har betyde-

lig konsekvenser for forutsetningene for en sunn og fungerende konkurranse.

Overtredelser av den finske konkurranseloven utløser ikke strafferettslig ansvar.

5.4.3 Domstolsprøving – Marknadsdomstolen

Den finske Marknadsdomstolen (Markkinaoikeus) er en spesialdomstol som har til oppgave å behandle og avgjøre saker om konkurranse- og tilsynsspørsmål, herunder saker om forbud mot foretakssammenslutninger, tvister om offentlige innkjøp og markedsføringsrettslige spørsmål, samt tvister og klager som gjelder industrielle rettigheter og opphavsrettigheter.

Marknadsdomstolen har kompetanse til å utstede midlertidige forbud mot ulovlige konkurransebegrensninger, og å ilegge monetære sanksjoner. Domstolen kan også oppheve eller endre avgjørelser om offentlige anskaffelser, korrigerende anbudsprosesser og pålegge plikt til å betale erstatning.

Marknadsdomstolen består av en leder, 23 markedsrettsdommere og to markedsrettsingeniører. I tillegg til de juridiske og tekniske dommere, engasjeres også sakkyndige dommere i bistillinger, som utnevnes i statsråd for en fireårsperiode. Det er oppnevnt 29 slike sakkyndige dommere, hvorav 9 har spesialisering innen konkurranserett. Domstolen har i tillegg 6 markedsrettssekretærer som bistår i dommernes behandling av saker, og ytterligere 13 ansatte i sekretariatet.

Marknadsdomstolen settes som hovedregel med tre juridiske dommere. Ved behandlingen av visse saker og tvister som gjelder immaterielle rettigheter og opphavsrettigheter settes retten også med en markedsrettsingeniør. Også sakkyndige kan delta i behandlingen.

Ved behandling av klager over vedtak fra Konkurrent- og konsumentverket foretar Marknadsdomstolen prøving også av de materielle sider av Konkurrent- og konsumentverkets vedtak.

Ved siden av en egen lov om Marknadsdomstolen er domstolens kompetanse og virksomhet regulert i den finske rettergangsloven, herunder hvordan søksmål eller saker reises, behandlingen i domstolen og overprøving av domstolens avgjørelser.

Saker om offentlige innkjøp og de fleste konkurransesaker behandles etter forvaltningsrettslige prinsipper. Anke over avgjørelser i slike saker behandles i siste instans av Högsta förvaltningsdomstolen, jf. § 44 (2).

En særegenhet er at Marknadsdomstolens markedsrettslige saker behandles etter sivilprosessuelle prinsipper. Anke over slike avgjørelser behandles av Högsta domstolen.

Anke i konkurransesaker, enten til Marknadsdomstolen eller videre til Högsta förvaltningsdomstolen, kan omfatte hele avgjørelsen eller deler av denne. Den generelle ankefristen er 30 dager etter meddelelse av den aktuelle avgjørelse.

Utvalget kjenner ikke til planer om endringer i det gjeldende klage- og ankesystemet i Finland.

5.5 Island

5.5.1 Innledning

Islandske konkurranseregler er nedfelt i konkurranse-loven av 19. mai 2005 nr. 44 (Samkeppnis-lög), med senere endringer. Lovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Loven bygger på det konkurranserettslige forbudsprinsippet som tilsvare EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Regler om kontroll med foretakssammenslutninger er nedfelt i loven. Disse speiler EUs regler om kontroll med foretakssammenslutninger.¹¹

Konkurransereglene håndheves av Konkurransetilsynet (*Samkeppniseftirlitið*) som er underlagt Nærings- og innovasjonsdepartementet (Atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytið). Konkurransetilsynets avgjørelser kan siden påklages til en uavhengig klagenemnd (*Áfrýjunarnefnd samkeppnismála*).

5.5.2 Konkurransetilsynet (Samkeppniseftirlitið)

Konkurransetilsynet skal ivareta lovens formål ved å hindre urimelige konkurransebegrensninger og restriksjoner i næringslivet. Tilsynets skal også motarbeide skadelige oligopoler og legge til rette for at nye konkurrenter kan komme inn på markedet. Tilsynet skal således håndheve de krav og forbud som følger av konkurranse-loven og EØS-avtalen artikkel 53 og 54, og akseptere unntak i henhold til loven. Videre skal tilsynet iverksette tiltak og ilegge sanksjoner mot konkurransebegrensende atferd. Tilsynet skal også påse at tiltak iverksatt av offentlige organer ikke begrenser konkurransen, påpeke overfor relevante myndigheter hvilke tiltak som kan bidra til mer effektiv konkurranse og legge til rette for nye konkurren-

ter på markedet. For øvrig skal tilsynet også overvåke utviklingen av konkurransen og handelspraksisen i sektorspesifikke markeder, herunder undersøke ledelses- og eierrelasjoner mellom foretak.

Konkurransetilsynet har kompetanse til å avgjøre hvorvidt en klage gir tilstrekkelig grunn til å foreta nærmere etterforskning, og å foreta prioritering av saker, jf. konkurranse-loven § 8 tredje avsnitt.

Konkurransetilsynet er et uavhengig organ som administrativt er plassert under Nærings- og innovasjonsdepartementet. I henhold til konkurranse-loven § 5 utpeker statsråden et styre, som består av tre medlemmer, og sitter i en periode på fire år. Styrelederen utpekes av statsråden.

Styret har et overordnet ansvar for tilsynets virksomhet, og skal herunder ta stilling til budsjettspørsmål, utarbeide prioriteringer av oppgaver for tilsynet og ansette direktør. Styret skal dessuten forelegges vesentlige materielle avgjørelser for enten godkjenning eller avslag, jf. loven § 5 tredje avsnitt. Som vesentlige avgjørelser, ifølge Instruks for Konkurransetilsynets styre av 16. september 2011, regnes blant annet saker om konkurransebegrensende samarbeid (horisontalt eller vertikalt), misbruk av dominerende stilling fra foretak med årlig omsetning over 1 milliard ISK (tilsvarende ca 54 millioner NOK) og saker om kontroll med foretakssammenslutninger. Styret møtes på månedlig basis, eller oftere ved behov.

5.5.3 Klagenemnd for konkurransesaker (Áfrýjunarnefnd samkeppnismála)

Konkurransetilsynets avgjørelser kan påklages til en uavhengig klagenemnd (*Áfrýjunarnefnd samkeppnismála*) innen 4 uker etter at parten er underrettet om avgjørelsen, jf. lovens § 9 første avsnitt.

Klagenemnda er sammensatt av tre medlemmer, med tre vararepresentanter. Medlemmene utpekes av statsråden basert på nominasjon fra Høyesterett. Lederen og lederens vararepresentant, som også er nestleder, må oppfylle vilkårene for å bli høyesterettsdommer. De øvrige medlemmene skal ha faglig ekspertise innenfor konkurranserett og næringsliv. Utnevnelesperioden for medlemmene i klagenemnda er fire år.

Klagenemnda er for tiden sammensatt av en leder, som også er advokat med møterett for Islands høyesterett. De to andre medlemmene er henholdsvis en offentlig autorisert revisor og en professor i juss. Vararepresentantene er en advo-

¹¹ Fusjonskontrollforordning nr. 139/2004.

kat med møterett for Islands høyesterett (som nestleder), og de to andre varamedlemmer er henholdsvis økonom og advokat.

En selvstendig praktiserende advokat fungerer som nemndas sekretær. Hun står for det administrative arbeidet, herunder mottakelse og utsendelse av dokumentasjon, beramning, innsending av faktura til departementet for utført arbeid for nemndmedlemmer etc.¹²

Alle avgjørelser truffet av tilsynet kan påklages til klagenemnda, jf. loven § 9. Klagenemnda har således kompetanse til å ta stilling til for eksempel klager over ilagte bøter, pålegg om å bringe en ulovlig atferd til opphør, vedtak om å godkjenne eller ikke godkjenne en foretakssammenslutning eller vedtak om avhjelpende tiltak. Klagenemndas behandling av klagen har ikke oppsettende virkning.

Klagegebyret er 200.000 IKR (omtrent 10.000 NOK). Dette tilbakebetales hvis klagen vinner frem.

Den islandske forvaltningsloven gjelder for nemndas saksbehandling slik at klagenemnda har utredningsplikt og kan innkalle til muntlige forhandlinger.

Klagenemndas avgjørelse skal foreligge innen seks uker fra klagens dato, jf. lovens § 9, men i aller fleste tilfeller oversittes denne fristen på grunn av sakenes kompleksitet. Loven inneholder ingen bestemmelser om konsekvensen av at nemnda oversitter fristen.

Klagenemnda har i sin praksis (sak 18/2009) lagt til grunn at også tredjeparter i form av konkurrenter til foretak involvert i en foretakssammenslutning har rett til å påklage godkjennelse av foretakssammenslutningen.

Konkurransetilsynet har i perioden 2005 til 2013 fattet totalt 399 vedtak, og 52 av sakene har blitt behandlet av Klagenemnda. Klagenemnda opprettholdt Konkurransetilsynets vedtak i ca. halvparten av sakene, og i perioden 2009 til 2013 har denne tendensen vært økende (60 %). Ved i underkant av 20 % av sakene ble klagen delvis tatt til følge, og dette gjaldt hovedsakelig saker der gebyret ble justert. I perioden frem til 2008 ble tilnærmet 15 % av alle klager avvist, og etter 2008 var denne andelen sunket til ca. 7 %. Klagenemnda har opphevet vedtak i mellom 15 % til 20 % av

sakene den har hatt til behandling, og tendensen har vært synkende siden 2008. Statistikken inkluderer imidlertid kun de sakene som publiseres på Konkurransetilsynets hjemmeside (fusjoner og atferdssaker). Konkurransetilsynet fatter også en rekke andre avgjørelser, for eksempel avslag på anmodning om å gripe inn samt spørsmål om innsyn, men disse publiseres ikke på hjemmesiden og inngår dermed ikke i statistikken.

5.5.4 Domstolsprøving

Konkurransetilsynets avgjørelser kan ikke bringes inn for domstolene før klagenemnda har behandlet saken.

I tillegg til den private part som vedtaket retter seg mot, er også konkurransetilsynet (etter lovendring i 2011) gitt adgang til å reise søksmål med påstand om at klagenemndas vedtak kjennes ugyldig, jf. lovens § 41. Før lovendringen var søksmålsadgangen begrenset til de parter som hadde påklaget Konkurransetilsynets avgjørelse til klagenemnda.

Søksmål må reises for de alminnelige førsteinstansdomstolene (héraðsdómur) innen seks måneder etter at parten har fått kunnskap om klagenemndas avgjørelse. Søksmål har som hovedregel ikke oppsettende virkning. Et unntak er vedtak om strukturelle tiltak etter lovens § 16.

På Island foregår domstolsbehandlingen i to trinn hvor dommer og avgjørelser fra en førsteinstansdomstol påankes videre til Islands høyesterett.

Utvalget kjenner ikke til planer om strukturelle endringer i det gjeldende klage- og ankesystemet i islandsk konkurranserett.

5.6 Frankrike

5.6.1 Innledning

Fransk konkurranserett, inngrepshjemler, organisering og saksbehandling er regulert i den franske Handelslovboken (*Code de commerce*, heretter: CC) del 4.

Det franske konkurransetilsynet, *L'Autorité de la concurrence* (heretter: Tilsynet), ble opprettet i 2009, etter en omdannelse av det tidligere Konkurranserådet, *Le Conseil de la concurrence*. Tilsynet er et uavhengig statlig forvaltningsorgan spesialisert i analyse og regulering av konkurranse i markedene for å sikre fri konkurranse. Organets sammensetning er regulert i CC L 461-1 flg.

¹² I følge sekretæren for klagenemnda ser Nærings- og innovasjonsdepartementet på muligheten for å flytte sekretærvervet under departementet slik at en departementetansatt skal ha ansvaret for sekretær oppgavene. Dette forslaget er imidlertid fortsatt på undersøkelsesstadiet og har ikke vært skriftlig drøftet.

5.6.2 Tilsynet

Tilsynet har kompetanse til å anvende nasjonal lovgivning samt konkurransereglene i EU, herunder TEUF art. 101 og 102. Tilsynet kan gripe inn med tiltak etter klage eller etter eget initiativ. Tilsynet kan blant annet pålegge økonomiske sanksjoner, akseptere forpliktelser og gi amnesti eller mildere behandling til bedrifter som samarbeider og medvirker til å oppdage forsøk på brudd på konkurranserettslige bestemmelser. Tilsynet utfører også rådgivende oppgaver, enten etter anmodning fra regjeringen eller forvaltningen, eller etter eget initiativ, jf. CC art. L 462-1 flg.

Tilsynet ledes av en president, som utnevnes av Frankrikes president etter forslag fra nasjonalforsamlingen og senatet.

I tillegg til Tilsynets administrative avdelinger, samt kommunikasjons- og juridisk avdeling, leder Presidenten også et kollegium bestående av i alt sytten medlemmer. Det er kollegiet, eller i noen tilfeller presidenten, som treffer vedtakene i Tilsynet, og alle deltar dermed ikke i den enkelte avgjørelse. Medlemmene av kollegiet har forskjellig bakgrunn, og utnevnes av Frankrikes president for fem år av gangen. Tilsynet kan settes i plenum, seksjon eller permanent seksjon (*commission permanente*), som består av presidenten og de fire visepresidentene. I tillegg er presidenten tillagt enekompetanse på enkelte områder. Som oftest settes kollegiet i seksjon, bestående av generalister som ikke har i oppgave å håndtere spesielle sektorer, jf. CC art. L 461-3.

Presidenten er utnevnt på bakgrunn av sin juridiske og økonomiske kompetanse. Blant øvrige medlemmer er seks nåværende eller tidligere medlemmer av øverste forvaltningsdomstol (*Conseil d'État*), øverste domstol i private- og strafferettslige saker (*Cour de cassation*) eller andre administrative eller judisielle domstoler (altså forvaltningsdomstoler eller domstoler som behandler privatrettslige eller strafferettslige tvister). Fem medlemmer velges ut fra deres økonomiske eller forbrukerøkonomiske kompetanse. Fem medlemmer skal være eller ha vært yrkesaktive innenfor sektorene for produksjon, distribusjon, håndverk eller liberale profesjoner. Blant medlemmene utnevnes fire visepresidenter, som i likhet med presidenten utøver vervene på fulltid.

Saksbehandlingen og etterforskningen utføres av egne avdelinger, ledet av en Rapporteur Général, som utnevnes av finansministeren for fire år av gangen etter forslag fra kollegiet, jf. CC art. L 461-4, R 461-3 og R 463-11. Tilsynet er der ved bygget opp etter prinsippet om skille mellom

utredende og besluttede avdelinger (Kollegiet og dets underformasjoner). En lignende oppbygning finnes i Kommisjonen, hvor Generaldirektoratet for konkurranse utreder sakene mens Kommisjonen som kollegialt organ, det vil si kommissærene, fatter det formelle vedtaket.

I det franske konkurransetilsynet kan saksbehandlerne i de utredende avdelingene være dommere (som fyller flere posisjoner i Frankrike sammenlignet med norske, dømmende dommere), funksjonærer, økonomer, jurister, ingeniører, også videre.

5.6.3 Saksbehandlingen for Tilsynet

Saker om konkurranseskadelig atferd kan kunne ut i en økonomisk sanksjon, og behandles etter en prosess som tilfredsstillende kravene til rettferdig rettergang som følger av EMK art. 6, jf. CC art. L 463-1. Når utredningen er ferdig mottar partene og regjeringskommisæren en meddelelse om innsigelser, som tilsvarer «Statement of Objections» etter EU/EØS-konkurranseretten eller et varsel om vedtak fra Konkurransetilsynet.

Regjeringskommisæren er oppnevnt av Finansministeren og har i oppgave å representere regjeringens syn i saker som skal inn for kollegiet. På denne måten blir regjeringens oppfatning offentlig og kjent for partene, samtidig som Tilsynets uavhengighet ivaretas. I konkurranserettslige saker er denne oppgaven lagt til Konkurrans- og forbruksdirektøren, jf. CC art. L 461-2 in fine.

Partene og regjeringskommisæren kan få innsyn i saksdokumentene, og kan inngi tilsvaret innen to måneder. Deretter oversendes rapporten utferdiget av saksbehandleren med hovedansvar for utredningen til partene, regjeringskommisæren og berørte statsråder, som kan svare skriftlig innen to måneder, jf. CC art. L 450-6 og L 463-2. Saken bringes deretter inn for kollegiet eller et underutvalg av dette.

Hvis partene ønsker å delta på møtet, som ikke er offentlig, kan de varsle sin deltagelse eventuelt også at de ønsker å uttale seg, en uke i forkant. Partene kan stille med representanter. Hvis kollegiet ønsker å høre andre, skjer dette etter at partene eventuelt har uttalt seg. I møtet får også saksbehandleren og regjeringskommisæren ordet. Regjeringskommisæren kan legge frem sitt syn på faktum og rettslig grunnlag, samt foreslå løsning i saken, men deltar ikke på den etterfølgende rådslagningen mellom medlemmene, jf. CC art. R 464-6, L 461-2 in fine og L 463-7.

Rådslagningen skjer for lukkede dører. Vanligvis deltar lederen for de saksforberedende avdelingene eller en nestleder samt en eller flere saksbehandlere, men disse kan ikke avgi stemme, jf. CC art. L 463-7 og interne retningslinjer.

I fusjonssaker er saksbehandlingen en annen. Slike saker behandles ikke som tvistesaker, og Conseil d'État har i en avgjørelse fra 21. desember 2012 (*Société Groupe Canal Plus et autres*) lagt til grunn at kravene som følger av EMK art. 6 ikke gjelder for saksbehandlingen, ettersom fusjonssakene ikke kan munne ut i en sanksjon. Saksbehandlingen åpner for en mindre formell dialog mellom partene sammenlignet med sakene om konkurransebegrensende atferd. De aller fleste sakene om foretakssammenslutninger, rundt 95 prosent, ender med at partene gis tillatelse til sammenslutningen. I noen tilfeller gis tillatelse på vilkår, og i noen få saker iverksettes ytterligere saksutredning som kommuniseres til partene og regjeringskommisæreren, før en sak om forbud eventuelt bringes inn for Kollegiet og undergis en muntlig behandling der.

Ved Tilsynet finnes en uavhengig «prosessveileder» (*conseiller auditeur*), oppnevnt av Finansministeren for fem år av gangen. Denne «prosessveilederen» kan gi private parter bistand under saksbehandlingen i Tilsynet. «Prosessveilederen» må være jurist med dommerutdannelse eller ha en tilsvarende kompetanse som blant annet garanterer for uavhengighet. «Prosessveilederen» har ikke vedtakskompetanse, men kan avgi rapporter til Tilsynets president i forkant av den kollegiale delen av saksbehandlingen, jf. Code de commerce art. L 461-4 et R 461-9.

5.6.4 Domstolsprøving av Tilsynets vedtak

Avgjørelser i konkurransesaker som ikke gjelder foretakssammenslutninger kan bringes inn for appelldomstolen i private- og strafferettslige saker i Paris (*la Cour d'appel de Paris*), som har kompetanse til å annullere eller endre vedtaket.

Appelldomstolens avgjørelser kan bringes inn til opphevelse for øverste domstol i privat- og strafferettslige saker, *la Cour de cassation*. Det er partene, Presidenten for Tilsynet og Næringsministeren som kan bringe sakene inn for domstolene og herunder anke til øverste domstol, jf. CC art. L 464-7 og 464-8.

Avgjørelsene som gjelder fusjonskontroll kan bringes inn for øverste forvaltningsdomstol, *le Conseil d'Etat*.

Appelldomstolen i Paris har enekompetanse i konkurranserettslige saker, jf. CC art. L 464-8 og

L 464-7. Sakene behandles i én av underavdelingene, som gjennom dette får en viss spesialisering. I 2013 ble 10 av Tilsynets i alt 23 vedtak på områder som ikke gjelder fusjonssaker brakt inn for domstolene.¹³

I *la Cour de cassation* behandles de konkurranserettslige sakene i Det kommersielle, finansielle og økonomiske kammeret (*Chambre commerciale, financière et économique*), som også behandler blant annet tvister innenfor bank- og børsrett, deler av skatteretten, deler av kontraktsretten, industrielle rettigheter og transportrett.

Sakene følger i utgangspunktet sivilprosessen (*procédure civile*), som har noe snevrere omfang enn i Norge. I konkurransesakene må retten følge flere særbestemmelser som medfører at prosessen i hovedsak er skriftlig, med supplerende muntlig prosedyre. Saksanlegg har ikke oppsettende virkning på vedtaket. Partene har ikke plikt til å la seg bistå av advokat i prosessen. Appelldomstolen har kompetanse til å endre Tilsynets vedtak og treffe ny avgjørelse i saken, jf. CC art. R 464-10 flg.

Saker om bevissikringer (dawn raids) og beslag følger straffeprosessuelle regler, og krever rettslig tillatelse i forkant fra en dommer. Slike avgjørelser kan ankes til appelldomstolen og videre til *la Cour de cassation*, jf. CC art. L 450-4.

Saker om fusjonskontroll kan innen to måneder bringes inn for øverste forvaltningsdomstol, *Conseil d'État*, som er eneste overprøvingsinstans, og som har kompetanse til legalitetskontroll, jf. Code de justice administrative art. R 311-1 nr. 4. *Conseil d'État* er inndelt i flere rådgivende og en dømmende avdeling med flere spesialiserte underseksjoner. Dommerne som behandler fusjonssaker er i praksis ikke spesialiserte, fordi det er så få slike saker. I 2013 behandlet den øverste forvaltningsdomstol tre fusjonssaker.

Saksbehandlingen i dømmende avdelinger av Conseil d'État er i korte trekk kollegial, kontradiktorisk og i hovedsak skriftlig. Etter at prosesskriv er utvekslet mellom partene og retten, og dommeren med hovedansvar for saksutredningen anser denne for fullført, holdes vanligvis et kort offentlig rettsmøte hvor de dømmende dommere legger frem saken svært kort, og hvor «generaladvokaten» (*le rapporteur public*) leser opp sine «konklusjoner» (*conclusions*), før partenes advokater gis ordet. Den muntlige delen av saksbehandlingen er et supplement til den skriftlige, og vanligvis kan det ikke fremmes nye anførsler på dette stadiet av saksbehandlingen. Etter det offentlige rettsmøtet

¹³ Jf. *Rapport annuel synthèse 2013* s. 70 og 71.

gjennomfører dommerne rådslagningen for lukkede dører.

I konkurransesakene er ikke administrativ klage mulig fordi Tilsynet er et uavhengig forvaltningsorgan som dermed kun kan overprøves av domstolene. Næringsministeren har imidlertid

anledning til å omgjøre Tilsynets vedtak vedrørende fusjon når allmenne, og ikke konkurranse-rettslige, hensyn tilsier det. Omgjøringsadgangen er ment å være en unntaksbestemmelse, og har aldri vært benyttet.

Kapittel 6

Uavhengig klagenemnd for konkurransesaker – Prisrådet og forslag fra tidligere lovutvalg

6.1 Innledning

Det har også tidligere vært vurdert om det bør opprettes en uavhengig klagenemnd for konkurransesaker. Både lovutvalget som ga innstilling til konkurranseloven av 2004 (Graverutvalget)¹ og utvalget bak konkurranseloven av 1993 (Ryssdalutvalget)² gikk inn for at det skulle opprettes en uavhengig klagenemnd for konkurransesaker. Ingen av forslagene ble imidlertid vedtatt. Frem til konkurranseloven av 1993 hadde man imidlertid en klagenemnd, Prisrådet, for enkelte konkurransesaker.

6.2 Prisrådet

Etter prisloven, som ble erstattet av konkurranse-loven av 1993³, ble avgjørelser i saker om kontroll med bedriftserverv, nektelse av forretningsforbindelse, bruk av tvangsmidler mot medlemmer av konkurranseregulerende sammenslutninger, nektelse/utelukkelse av medlemmer i sammenslutninger og varighet av konkurransereguleringer, tatt av Prisrådet. I disse sakene traff således rådet avgjørelse som første instans. Prisrådet var videre klageinstans for visse avgjørelser fra Prisdirektoratet, blant annet Prisdirektoratets avgjørelser i saker om meldeplikt. Enkelte avgjørelser skulle også legges frem for rådet før endelig avgjørelse kunne treffes. Rådet var også rådgivende organ for de øvrige prismyndighetene.

Prisrådet var et sakkyndig kollegialt organ som besto av sju medlemmer med personlige varamedlemmer, og ble oppnevnt av Kongen for en periode av fire år av gangen. Prisrådets avgjørelser kunne ikke påklages til departementet,

men departementet kunne omgjøre rådets vedtak av eget tiltak.

Prisdirektoratet forberedte sakene som ble forelagt rådet, og iverksatte de vedtak rådet fattet.

Pris- og konkurransemyndighetene var for øvrig organisert på tradisjonelt vis ved at fagdepartementet, Administrasjonsdepartementet, hadde instruksjonsmyndighet overfor direktoratet. Den ble lite benyttet i praksis, men direktoratet skulle innhente departementets godkjenning i saker av prinsipiell betydning.

Overtredelser av prislovens bestemmelser med tilhørende forskrifter var straffbare. I forskrifter til loven var det fastsatt omfattende forbud mot leverandørreguleringer av priser og samarbeid om priser, avanser og anbud, i tillegg til forbud mot urimelig høye priser og påbud om prismerking. Prisdirektoratet hadde omfattende fullmakter til å kontrollere overholdelsen av lov- og forskriftsbestemmelsene. Dersom direktoratet anså at det forelå brudd på konkurransereglene, kunne det anmelde saken til politiet. Prisdirektoratet hadde ikke hjemmel til selv å illegge overtredelsesgebyr.

Prinsipielt sett hadde organisasjonsmodellen under prisloven en del til felles med modellen de øvrige nordiske land har i dag: Viktige og inngripende avgjørelser som inngrep i fusjoner og inngrep mot atferd, som i dag innebærer lovovertrerdelse, ble besluttet i et kollegialt organ, mens utredning og forberedelsen av dette ble foretatt av Prisdirektoratet. Straff ble ikke ilagt av direktoratet.

6.3 Forslaget om klagenemnd i NOU 1991: 27

6.3.1 Ryssdalutvalgets innstilling

Ryssdalutvalget foreslo at konkurranseloven skulle bestå av en kombinasjon av forbud mot de presumptivt skadeligste konkurranseregulerin-

¹ NOU 2003: 12

² NOU 1991: 27

³ Lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet

gene, og hjemler for inngrep mot fusjoner og andre handlinger som etter en konkret vurdering er konkurransehennende. Utvalget gikk videre inn for at ledelsen av konkurransepolitikken og kompetansen til å vedta forskrifter ble lagt til Kongen (delegert til departementet). Det løpende tilsyn med overholdelsen av loven og kompetansen til å treffe vedtak skulle legges til Konkurransetilsynet. Et flertall i utvalget foreslo at tilsynet skulle ha et styre, som skulle ha den overordnede faglige og administrative ledelsen av tilsynet. Tilsynets direktør skulle ha ansvaret for den daglige ledelsen. Et mindretall ønsket at tilsynet skulle ledes av direktøren alene.

Ettersom Konkurransetilsynets vedtak kan være inngripende for dem de er rettet mot, foreslo utvalget at adressatenes behov for rettssikkerhet skulle ivaretas ved at det ble opprettet en klagenemnd (Konkurransklagenemnda). Klagenemndas vedtak skulle bringes direkte inn for lagmannsretten. Siden enkeltsakene etter lovforslaget ville være preget av faglige og rettslige overveielser, egnede de seg etter utvalgets oppfatning for behandling i en nemnd. Som en sikkerhetsventil for å ivareta behovene for politisk styring i enkeltsaker, ble det foreslått at Kongen i statsråd skulle kunne omgjøre Konkurransetilsynets og nemndas vedtak dersom tungtveiende offentlige hensyn tilsa det. Ryssdalutvalget la til grunn at denne kompetansen kun skulle benyttes i helt spesielle situasjoner.

Departementet skulle ikke kunne instruere verken klagenemnda eller Konkurransetilsynet om avgjørelsen i den enkelte sak. Den politiske kontrollen med konkurransepolitikken burde etter Ryssdalutvalgets oppfatning konsentreres om de store linjene, og ikke om vedtak i den enkelte sak. Disse sakene ville ha et faglig preg som gjorde det nødvendig med et avgjørelsesapparat med spesialkompetanse.

Hensikten bak forslaget var at «den sakkyn-dige klagenemnd skulle sørge for en særlig betryggende rettslig og økonomisk behandling». I motsetning til ordningen etter Prisloven skulle klagenemnda være et rent klageorgan. Utvalget presiserte viktigheten av at klagenemnda måtte besitte solid juridisk og økonomisk kompetanse. Forslaget innebar at formannen og nestformannen skulle oppfylle kravene til høyesterettsdommere. Nemndas medlemmer skulle utøve sine verv på deltid, ved siden av annen hovedstilling. Utvalget anså at det var en styrke at nemndas medlemmer ikke var avhengig av nemnda som hovedinntektskilde, samtidig som deres hoveder-vern ville bidra til å tilføre den eksterne ekspertise

som var nødvendig ved overprøvingen av tilsynets vedtak.

Konkurransklagenemnda skulle ha et sekretariat utenfor Konkurransetilsynet. Utvalget anbefalte også at sekretariatet ikke skulle legges til departementet. Hvor stort sekretariat som kreves var vanskelig å anslå, men i første omgang foreslo utvalget en hovedsekretær på deltid.

Konkurransklagenemnda skulle etter forslaget ha full kompetanse i klagesaken og kunne overprøve førsteinstansens rettsanvendelse, faktiske grunnlag og skjønnsutøvelse fullt ut. Det ble foreslått at forvaltningsloven kapittel VI skulle gjelde klagebehandlingen i nemnda. Når det forelå særlige grunner for det, skulle nemnda kunne beslutte muntlige forhandlingsmøter og oppfordre parter og vitner til å forklare seg direkte for nemnda. Det ble foreslått en rekke fristbestemmelser for saksbehandlingen og både tilsynet og nemnda kunne fravike fristene eller bestemme at de fastsatte fristene skulle ha preklusiv virkning. Nemndas formann eller annet medlem formannen utpeker, skulle treffe avgjørelser som gjaldt saksforberedelsen.

Ryssdalutvalget foreslo at anvendelsen av straff skulle forutsette anmeldelse fra tilsynet til påtalemyndigheten og ordinær straffesaksbehandling. I tillegg skulle tilsynet etter dette forslaget kunne beslutte inndragning som sivilt sanksjonsmiddel.

Avgjørelser om å anmelde et straffbart forhold eller påtalebegjæring skulle etter forslaget imidlertid ikke kunne påklages til nemnda. Heller ikke beslutning om inndragningsforelegg skulle kunne påklages administrativt, men eventuelt overprøves i de vanlige domstoler.

Det ble foreslått at det ikke skulle være anledning til å reise søksmål ved domstolene før klageadgangen var utnyttet. Det ble gjort unntak fra dette dersom klagenemnda selv ga tillatelse.

6.3.2 Departementets forslag i Ot.prp. nr. 41 (1992–93)

Departementet fulgte ikke opp Ryssdalutvalgets forslag om opprettelse av en uavhengig klagenemnd for konkurransesaker, se i Ot.prp. nr. 41 (1992–93). Departementet anså at beslutningsprosessen i konkurransesaker burde ivareta behovet politisk samordning av konkurransepolitikken med andre samfunnsmessige mål, politisk kontroll og hensynet til faglighet og rettssikkerhet. En klagenemnd kunne etter departementets mening redusere den parlamentariske kontroll og ansvar for virksomheten. Det ble videre påpekt at

klagesaksbehandlingen var et av departementets tilknytningspunkter til utøvelsen av konkurransepolitikken i praksis, noe som ville bli borte ved innføringen av en klagenemnd. Forslaget om å begrense departementets instruksjonsrett i den enkelte sak ble heller ikke fulgt opp. Departementet uttalte imidlertid at de ville følge tidligere praksis som medførte tilbakeholdenhet med å benytte seg av instruksjonsmyndigheten, særlig i saker om kontroll og håndheving av lovens forbud og påbud.

Forslaget om å fjerne Prisrådet ble imidlertid gjennomført, slik at Konkurransetilsynet ble førstestans for alle vedtak etter konkurranseloven med departementet som klageinstans.

Under konkurranseloven av 1993 var derfor ordningen at Konkurransetilsynet traff vedtak i første instans, med departementet som klageinstans og ordinær instruksjonsrett i tråd med den alminnelige forvaltningsrett. Tilsynets vedtakskompetanse var imidlertid svært begrenset sammenliknet med dagens ordning. Lovens forbudsbestemmelser var begrenset til prissamarbeid, anbudssamarbeid, markedsdeling og leverandørregulering av priser. Det var heller ingen adgang for Konkurransetilsynet til å ilegge overtredelsesgebyr/administrative bøter.

6.4 Forslaget om konkurransenemnd i NOU 2003: 12

6.4.1 Graverutvalgets innstilling

6.4.1.1 Konkurransenemnda – sammensetning, oppnevning og antall medlemmer

I Graverutvalgets innstilling fra 2003 ble det igjen foreslått å opprette en uavhengig nemnd for konkurransesaker. Konkurransenemnda skulle bestå av fem medlemmer med personlige varamenn som ble oppnevnt av Kongen for en periode på fire år.

Utvalget la vekt på at nemnda måtte ha stor legitimitet i forhold til berørte parter og samfunnet ellers. Konkurransesaker er saker som ofte er store og kompliserte, og kompetansen hos nemndmedlemmene var derfor svært viktig. Konkurransenemnda måtte derfor gis tilstrekkelig fagkompetanse og ha en variert sammensetning. Videre skrev utvalget at nemnda i tillegg til juridisk og økonomisk fagkunnskap, burde ha institusjonell kunnskap og erfaring og innsikt i nærings- og arbeidsliv. Selv om det ikke ble lagt opp til interesserepresentasjon, burde ikke personer med slik bakgrunn utelukkes fra nemnda.

Antallet medlemmer burde i følge Graverutvalget bli tilpasset behovet for effektiv behandling av saker og muligheten for å tilknytte seg kompetente medlemmer.

6.4.1.2 Nemndas kompetanse og saksbehandling – flertallets innstilling

Utvalgets flertall foreslo at nemnda skulle behandle klager over vedtak truffet av tilsynet i første instans.

Klagenemnda skulle ha full kompetanse til å overprøve tilsynets vedtak. Nemnda skulle således kunne overprøve tilsynets saksbehandling, faktumbedømmelse og skjønnsutøvelse. Utvalget uttalte i drøftelsen av klagenemndas kompetanse at det ikke kjente til noen tilfeller hvor forvaltningsrettslige klagenemnder var organisert slik at de har begrenset kompetanse i forhold til forvaltningsloven § 34. En slik avgrensning ville innebære at helheten i en sak i forhold til konkurranserettslige regler bare ville bli vurdert i én instans. På den annen side vil det forhold at klagenemnda skulle kunne trekke inn nye momenter føre til at disse bare vil bli behandlet i én forvaltningsinstans.

Utvalgets flertall fant ikke grunn til å anbefale et organisatorisk skille mellom det å utrede en sak, bestemme at den skal fremmes og å treffe avgjørelse i saken. Det ble påpekt at det selv ikke på områder hvor rettssikkerhetshensyn gjør seg særlig sterkt gjeldende, som i tvangssaker etter sosialomsorgen og i utlendingssaker, var det gjennomført en slik avgrensning av funksjoner.

Utvalget drøftet om saksbehandlingen for nemnda burde baseres på en tradisjonell forvaltningsmodell hvor saken bringes inn ved klage som vedtaksorganet uttaler seg om ved oversendelsen til klageorganet, eller om det skulle være en partsprosess mer lik prosessen for domstolene. Utvalgets flertall la vekt på at Konkurransenemndas behandling i klagesaker skulle være kontradiktorisk. Både Konkurransetilsynets og partene burde gis anledning til å gi skriftlige merknader og i tillegg burde det åpnes det for muntlige høringer. Flertallet i Graverutvalget foreslo at nemnda skulle kunne innhente uttalelser og bevis fra andre, og pålegge partene og Konkurransetilsynet å fremskaffe opplysninger. Opplysningsplikten etter utkastets § 5-1 gjaldt tilsvarende overfor nemnda som for Konkurransetilsynet.

Etter denne modellen ville Konkurransetilsynet fått en partsliknende rolle i klagesaksbehandlingen. Modellen ville gitt muligheter for aktiv utø-

velse av partsinteressene, men forutsatte samtidig at parten hadde reelle og formelle muligheter til å ivareta sine interesser. I en slik modell ville nemnda i stor grad kunne oppfylle sitt ansvar for sakens opplysning ved å basere seg på og eventuelt korrigere og supplere de opplysninger og argumenter som førsteinstansen og partene framla.

Flertallet i Graverutvalget fremhevet at det i saker om ulovlig adferd og foretakssammenslutninger etter konkurranseloven var snakk om et relativt lite antall saker, som krevde individuell behandling ut fra forhold som varierte fra sak til sak. Partene i disse sakene ville som regel ha både interesse av og muligheter til å ivareta sine interesser. I saker om foretakssammenslutninger ville i tillegg tidsmomentet være av avgjørende betydning. I disse sakene ville det i realiteten være langt viktigere med et riktig resultat i første instans enn at det fantes en klagemulighet. Dette tilsa etter utvalgets mening at saksbehandlingen skulle organiseres mer som en kontradiktorisk partsprosess enn som en tradisjonell forvaltningsklage.

Utvalget påpekte av en slik klageordning ville kunne være langt mer ressurskrevende enn en ordinær forvaltningsklageprosess. På den annen side ville man kunne spare inn på sekretærfunksjonen for nemnda ved at partene tok større deler av arbeidet selv.

Dersom vilkårene i forvaltningsloven § 35 var oppfylt, skulle Konkurransenemnda kunne omgjøre Konkurransetilsynets vedtak etter eget tiltak. Dersom omgjøring var aktuelt, skulle nemnda pålegge tilsynet om å bringe saken inn for nemnda. Nemnda skulle ikke gis anledning til å instruere tilsynet om utfallet av enkeltsaker.

Klager på tilsynets vedtak etter forvaltningsloven og offentlighetsloven skulle etter utvalgets innstilling gå til departementet. Da departementet uansett ville være klageinstans for nemndas avgjørelser etter forvaltningsloven og offentlighetsloven ble dette ansett som hensiktsmessig. Det samme ble foreslått for avgjørelser om opplysningsplikt og dokumentinnsyn etter konkurranseloven.

Utvalgets flertall foreslo at Konkurransetilsynet skulle ha kompetanse til å utstede forelegg på privatrettslige bøter. Dersom slike forelegg ikke ble vedtatt, skulle tilsynet bringe saken inn for domstolene. Alternativt kunne tilsynet anmelde saken til påtalemyndighetene i stedet for å utstede forelegg i overtredelsessaker.

6.4.1.3 *Nemndas kompetanse og saksbehandling – utvalgets mindretall*

Utvalgets mindretall foreslo at nemnda skulle treffe vedtak i første instans i saker om foretakssammenslutninger og i saker om påbud om opphør av ulovlig adferd. Nemndas vedtak skulle være gjenstand for ordinær domstolskontroll. Ordningen med regjeringens prøving av allmenne hensyn kunne opprettholdes.

Hovedhensynet bak mindretallets forslag var å skille etterforsknings- og saksforberedelseskompetansen og kompetansen til å beslutte at saken skulle fremmes fra vedtakskompetansen. Dette ville etter mindretallets syn dels styrke de involverte parters rettssikkerhet, og dels å hindre at førsteinstansorganets vedtak ble basert på feil bevisvurdering.

Dersom vedtakskompetansen ble lagt til Konkurransenemnda kunne man også, dersom det var ønskelig, gi nemnda status som en særdomstol og la saker om sivilrettslige bøter gå for nemnda i stedet for de ordinære domstolene. Dette ville motvirke at saker om overtredelse av forbudsbestemmelsene ikke ble sanksjonert med sivilrettslig bot, fordi tilsynet anså de alminnelige domstolene for uegnet i saker om påbud om opphør av ulovlig adferd. Slike saker vil ofte være av en så komplisert konkurranseøkonomisk karakter at de i enkelte tilfeller ikke vil være egnet for førsteinstansbehandling i tingretten. Nemnda ville da også kunne få flere saker og få mer konkurranserettslig erfaring.

Mindretallet anså at deres forslag ville styrke rettssikkerheten ved at Konkurransetilsynet ville måtte føre sin sak for et uavhengig organ, med full kontradiksjon og åpenhet, før avgjørelse ble truffet. I følge mindretallet ville deres forslag sikre at vesentlige rettssikkerhetsgarantier ville gjelde, ikke bare i klagerunden, men også i førsteinstansorganets saksbehandling.

Mindretallet vurderte også at deres forslag ville oppfylle behovet for raske avgjørelser i saker om foretakssammenslutninger som flertallet pekte på, ved at deres forslag i større grad medvirket til et riktig resultat i første instans.

Mindretallet viste til at deres løsning var i samsvar med det som gjaldt etter Prisloven, og at også flertallet i Ryssdalutvalget drøftet å separere undersøkelses- og vedtakskompetansen. I tillegg ble det vist til at flertallet foreslo å legge avgjørelsesmyndigheten i enkeltsaker til et styre etter innstilling fra administrasjonen.

6.4.2 Departementets forslag i Ot.prp. nr. 6 (2003–2004)

I sluttfasen av utvalgets arbeid ble St.meld. nr. 17 (2002–2003) Om statlige tilsyn lagt frem. Her ble det trukket opp visse hovedprinsipper for organiseringen av statlige tilsyn. Lovutvalget la til grunn at forslaget hovedsakelig var i samsvar med meldingen. Dette var også Arbeids- og administrasjonsdepartementets syn i høringsbrevet da NOU 2003: 12 ble sendt på høring.

Ved behandlingen av tilsynsmeldingen hadde imidlertid Stortinget vesentlige merknader til regjeringens forslag om blant annet organiseringen av konkurransemyndighetene. Stortinget ønsket ikke at det skulle foretas endringer i gjeldende ordning for klagebehandling i stortingsperioden. Det ble forutsatt at rammene for tilsynenes selvstendighet ikke ble satt på en måte som stred mot behovet for politisk styring.

Dette medførte at departementet i Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) ikke videreførte forslaget om uavhengig klagenemnd, og at konkurransemyndighetene fremdeles skulle være Kongen, departementet og Konkurransetilsynet. Klagesystemet etter konkurranseloven forble uendret.

Det ble imidlertid innført innskrenkninger i departementets adgang til å instruere tilsynet om avgjørelser i enkeltsaker og at omgjøring kun kan foretas dersom tilsynets vedtak er ugyldig.

Det ble også innført regler om prøving ved Kongen i statsråd i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning.

Departementet foreslo også at Konkurransetilsynet skulle ha vedtakskompetanse i saker om overtredelsesgebyr. For fysiske personer skulle det kun være adgang til å ilegge straff. Departementet la til grunn at overtredelsesgebyr ikke regnes som straff etter Grunnloven § 96 med henvisning til Sanksjonslovutvalget⁴ vurderinger av dette.

6.5 NOU 2012:7 – Kompetansen etter konkurranseloven § 29

For ordens skyld nevner utvalget at mandatet for Hjelmeng-utvalget var avgrenset mot å behandle institusjonelle spørsmål, slik at spørsmålet om klagenemnd ikke ble behandlet i NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov. Utvalget drøftet likevel i kapittel 6.4 spørsmålet om Konkurransetilsynet hadde rettslig adgang til å ilegge overtredelsesgebyr. Etter å ha konkludert med at verken EMK eller Grunnloven var til hinder for dagens ordning etter konkurranseloven § 29, drøftet utvalget om Konkurransetilsynet fortsatt burde ha denne adgangen. Flertallet gikk inn for å beholde dagens ordning, mens et mindretall gikk inn for ordningen som i denne utredningen behandles under punkt 7.4 (modell 3).

Hjelmeng-utvalget drøftet (s. 65–66) behovet for endringer i prosessreglene for domstolsprøving av konkurransesaker. Utvalget påpekte at det til tider oppleves som en utfordring å få domstolene til i tilstrekkelig grad å følge de konkurranserettslige resonnementene som partene og tilsynet fremfører i konkrete saker, og vurderte om det var behov for særskilt sivilprosessuell regulering for å endre dette. Særlig ble det vurdert om det burde gjøres obligatorisk med fagkyndige meddommere og om det burde vedtas regler for å styrke innslaget av skriftlighet i prosessen.

Utvalget konkluderte imidlertid med at tilfanget av konkurransesaker for domstolene var så begrenset at det ikke forsvarte en sivilprosessuell særregulering, og at det vil kunne reises tvil om egnetheten av de alternativene man drøftet. Utvalget understreket imidlertid de særskilte utfordringene som domstolsprøving av konkurranserettslige vedtak reiser, og anbefalte en økt bevisstgjøring blant aktørene med hensyn til mulighetene for å påvirke prosessene i retning av større grad av fagkyndighet og skriftlighet i prosessen.

⁴ NOU 2003: 15 side 57 og 58.

Kapittel 7

Modeller for overprøving av Konkurransetilsynets vedtak

7.1 Innledning

Utvalget er i mandatet bedt om å utarbeide forslag til konkrete løsninger for etablering av et uavhengig klageorgan i konkurransesaker. I det følgende gjennomgås to modeller som innebærer at et slikt organ opprettes som en del av konkurransemyndighetenes organisasjon (modell 1 og 2).

I henhold til mandatet står utvalget fritt til å utrede spørsmål som det selv finner hensiktsmessig og nødvendig. Utvalget har derfor også sett på en modell som innebærer at Konkurransklagenemnda i tillegg til å ha funksjon som uavhengig klageorgan i forhold til en del av Konkurransetilsynets vedtak, fatter førsteinstansvedtak i fusjons- og atferdssaker (modell 3).

I tillegg har utvalget sett på to modeller hvor Konkurransetilsynets vedtak etter konkurranseloven og EØS-konkurranseloven overprøves uten at det opprettes et nytt klageorgan, enten utelukkende av domstolene (modell 4), eller i departementet med etterfølgende domstolskontroll (modell 5).

Felles for alle modeller er at utvalget anbefaler å oppheve adgangen til overprøving ved Kongen i statsråd etter konkurranseloven § 13 og § 21. Dette behandles også særskilt i kapittel 8.5.2.

Under beskrivelsen av den enkelte modell vil det påpekes om denne har fellestrekk med løsninger som gjelder for overprøving av konkurranserettslige vedtak i andre land. For en nærmere beskrivelse av klageordningene på konkurranserettens område i andre land vises det til kapittel 5.

Det vil også redegjøres kort for om den enkelte modell har blitt vurdert av tidligere lovutvalg. Myndighet til å fatte vedtak kan fordeles på ulike måter mellom tilsyn, departement, klagenemnd og domstol, og spørsmålene knyttet til denne organiseringen har vært debattert i en årrekke. For en mer utfyllende beskrivelse av forslag fra tidligere lovutvalg og tidligere ordninger, vises det til kapittel 6.

Etter gjeldende rett reguleres overprøving av vedtak på konkurranserettens område i hovedsak

av forvaltningsretten, med enkelte innslag fra straffeprosessen og sivilprosessen. I tillegg foreligger det noen konkurranserettslige særregler, eksempelvis om frister ved overprøving av vedtak i fusjonssaker. Innslaget av ulike prosessformer samt konkurranserettslig særregulering innebærer at prosessen knyttet til overprøving av vedtak kan være underlagt ulike saksbehandlingsregler. I forbindelse med etablering av ny klageordning vil det også være rom for å gjøre endringer i disse prosessene.

Utvalget har kommet til at løsninger på spørsmål om nemndmedlemmenes kompetanse, oppnevning, tjenestetid, krav til uavhengighet med videre og kravene til nemndas saksbehandling i stor grad vil være uavhengig av hvilken modell som velges, så sant en nemnd etableres. Disse temaene omhandles i punkt 8.3 og 8.4.

Etablering av uavhengig klagenemnd og oppheving av adgangen til omgjøring av vedtak ved Kongen i statsråd sikrer at enkeltsaksbehandlingen skjer helt uten politisk overprøving i enkeltsaker. De politiske myndigheters styring av Konkurransetilsynets håndheving av konkurranseloven blir likevel i realiteten ikke særlig annerledes enn etter dagens praksis. Selv med dagens klageordning, er klagesaksbehandlingen som gjennomgått i utredningens kapittel 2 en ren faglig overprøving, uten rom for politisk styring gjennom enkeltsaksbehandlingen, jf. punkt 2.7.2. De viktigste verktøy for politisk styring av konkurransepolitikken er utforming av lov og forskrifter, budsjettstyring og tradisjonell etatsstyring gjennom de årlige tildelingsbrev. Viktige konkurransepolitiske spørsmål den senere tid, som spørsmålet om det fortsatt skal være adgang til å samarbeide om fastpris på bøker eller om man fortsatt skal ha særregler for kontroll med fusjoner og oppkjøp i mediebransjen, er spørsmål som blir politisk styrt gjennom bruk av disse virkemidlene, og som ikke vil bli påvirket av om enkeltsaksbehandlingen i klagesaker gjøres i en uavhengig klagenemnd for konkurransesaker. Tilsvarende vil departementet fortsatt kunne identifisere markeder og bransjer

som Konkurransetilsynet skal rette særlig oppmerksomhet mot i sin tilsynsvirksomhet, slik man gjør i dag.

Utvalget er særskilt bedt om å utrede en modell som innebærer at klagemyndigheten legges til Markedsrådet. Denne modellen gjennomgås i kapittel 9, hvor det vil bli nærmere redegjort for faglige og organisatoriske endringer som eventuelt må gjøres for at Markedsrådet skal kunne håndtere konkurransesakene i tillegg til annen virksomhet.

7.2 Modell 1: Overføring av departementets kompetanse til konkurransklagenemnda

Et første alternativ er at klagesakene som i dag behandles av departementet, legges til klageorganet. Dette alternativet betegnes i det følgende som modell 1.

Konkurransklagenemnda er etter denne modellen klageorgan i saker om foretakssammenlutninger, ved pålegg om opphør av overtredelser, samt til pålegg om opplysningsplikt og krav om innsyn (annet enn i saker under etterforskning for brudd på forbudsbestemmelsene). Modellen vil innebære at vedtak om overtredelsesgebyr samt avslag på partsinnsyn i overtredelsesaker forblir gjenstand for overprøving av domstolen, på tilsvarende måte som etter gjeldende rett. Modellen vil således være egnet til å styrke omverdenens tillit til at enkeltsaksbehandlingen i klagesaker er politisk uavhengig. Partenes faktiske rettsikkerhet vil dels bero på innføringen av organisatoriske og saksbehandlingsmessige krav i regelverket og dels at nemnda tilføres tilstrekkelige ressurser.

Utvalget har vurdert om saker om innsyn bør behandles av departementet eller en uavhengig klagenemnd. Det vil ofte være nær tilknytning mellom det prosessuelle innsynsspørsmålet og selve realiteten i saken. Vurdering av partsinnsyn i en overtredelses- eller fusjonssak vil som regel gjelde vurderingen av forretningshemmeligheter, herunder om det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde opplysninger. Ved en slik vurdering kan det være nødvendig å gjennomgå sakens dokumenter for å ta stilling til om de aktuelle opplysningene utgjør næringsopplysninger av en slik art at andre kan utnytte dem. Videre må det i slike saker vurderes om det vil være av konkurransemessig betydning for den opplysningen angår å hemmeligholde opplysningene. Gjennomgang av dokumentene med tanke på å vurdere

konkurransemessige virkninger vil også være aktuelt i forbindelse med den materielle saken. Hensynet til effektivitet taler dermed for at nemnda også håndterer innsynsspørsmål i disse sakene.

I praksis blir forespørsler om offentlig innsyn noen ganger også fremsatt i forbindelse med forespørsel om partsinnsyn. Den enkleste og mest effektive løsningen er at innsynsspørsmål behandles av samme organ enten det er krav om partsinnsyn eller offentlig innsyn. Utvalget foreslår derfor at nemnda også skal være klageinstans for Konkurransetilsynets avslag på offentlig innsyn.

Klagebehandling av eventuelle vedtak etter pristiltaksloven bør imidlertid fremdeles håndteres av departementet, ettersom disse avgjørelsene i mindre grad er basert på rettslige vurderinger.

Under den forutsetning at det velges å opprette en uavhengig klagenemnd for konkurransaker, er utvalgets anbefaling derfor at alle spørsmål som i dag behandles av departementet skal behandles av dette klageorganet, med unntak av vedtak etter pristiltaksloven.

Utvalget foreslår som nevnt videre at muligheten til omgjøring ved Kongen i statsråd etter §§ 13 og 21 oppheves, jf. gjennomgangen under punkt 8.5.2.

Modellen er i samsvar utvalgets mandat, og innebærer at det opprettes et uavhengig klageorgan.

Modellen har likhetstrekk med gjeldende klageordning i Danmark, hvor avgjørelser fra Konkurrencerådet og Konkurrencestyrelsen som hovedregel påklages til det uavhengige Konkurrenceankenævnet. Avgjørelsene kan ikke påklages videre til annen administrativ myndighet eller bringes inn for ministeren. Modellen avviker derimot fra gjeldende ordning i Sverige og Finland, hvor konkurransemyndigheten ikke selv treffer vedtak i fusjonssaker, men anlegger søksmål om inngrep, jf. punkt 5.2–5.4. De saker hvor svenske og finske konkurransemyndigheter selv treffer vedtak, overprøves som beskrevet i punkt 5.2.2 og 5.4.2.

Som nevnt i kapittel 6 er det flere ganger tidligere foreslått å opprette en uavhengig klagenemnd i konkurransaker, både i Ryssdalutvalgets innstilling fra 1991 og i Graverutvalgets innstilling fra 2003. Ryssdalutvalget foreslo at alle vedtak fra det nye Konkurransetilsynet skulle kunne klages inn for en sakkyndig klagenemnd. Ryssdalutvalgets forslag omhandlet imidlertid ikke administrative bøter. Graverutvalgets innstilling la derimot til grunn som en forutsetning at konkurranseloven av 2004 skulle etableres med

langt mer vidtrekkende forbudsbestemmelser enn den tidligere konkurranseloven, og at det skulle etableres adgang til bruk av overtredelsesgebyr som sanksjon ved lovovertridelser ved siden av lovens bestemmelser om straff. Når det gjelder organiseringen av konkurransemyndighetene, foreslo Graverutvalget at det skulle opprettes en uavhengig klagenemnd, men at denne ikke skulle ha kompetanse til å avgjøre saker som gjaldt administrative bøter. Slik sett er modell 1 altså i samsvar både med forslag fra tidligere lovutvalg og med en modell som er velprøvd i Danmark. Prinsipielt sett skulle løsningen være enkel.

Et vesentlig spørsmål er imidlertid hvordan nemnda vil fungere i praksis. Det er viktig at Konkurransklagenemnda blir etablert med kompetente medlemmer, fortrinnsvis i faste stillinger, slik at den kan håndtere klagesakene raskt og effektivt. Nemndmedlemmene bør etter utvalgets syn selv skrive avgjørelser i sakene som krever tung konkurranseøkonomisk kompetanse, det vil si fusjonssaker, samt overtredelsessaker som gjelder pålegg om opphør. Videre bør nemndmedlemmene ha ansvar for å styre eventuelle faktiske, juridiske eller økonomiske utredninger med bistand fra sekretariatet, jf. punkt 8.3.5 og 8.3.9.

For å rekruttere kompetente nemndmedlemmer og medarbeidere til sekretariatet, vil det være av stor betydning at klagenemnda har en tilstrekkelig saksmengde.

En vesentlig innvending mot modell 1 er at nemnda sannsynligvis ikke vil oppnå et tilstrekkelig antall saker til at det kan forsvares å bygge opp en stabil organisasjon med fast ansatte i høyere stillingsandel. På bakgrunn av statistikk fra de seneste årene kan en forvente at klagenemnda får ca. ti saker til behandling årlig, hvorav en til to materielle konkurranserettslige saker (fusjonssaker og saker om pålegg om opphør).

Fusjonssakene er svært arbeidskrevende mens de behandles, og krever i dag ressurser fra et team på 4 personer innen en begrenset arbeidsperiode på 60 virkedager (inkludert overtidsarbeid). Ved saker som gjelder pålegg om opphør må det påregnes et ressursbehov som er minst like omfattende, om enn kanskje over noe lengre tid. Erfaringen med det årlige antallet klagesaker i departementet tilsier etter utvalgets vurdering at det er risiko for at ordningen ikke vil bli effektiv. De ressurser som må anvendes for å opprette en slik klageordning kan vanskelig sies å stå i forhold til det som sannsynligvis vil oppnås. En konkurranseklagenemnd uten fast ansatte i høyere stillingsandel vil være sårbar, og det blir vanskelig å innfri behovet for fleksibilitet og hurtighet når en

sak først kommer til behandling. Videre vil en konkurranseklagenemnd som mottar få materielle saker til behandling få begrenset erfaring og rutine som gjør den i stand til å håndtere klageprosessen på en optimal måte.

7.3 Modell 2: Utvidelse av klagenemndas kompetanse i klagesaker sammenlignet med departementets kompetanse etter gjeldende rett

Et annet alternativ er at klageorganet gis kompetanse til å behandle klager på alle typer vedtak Konkurransetilsynet treffer, med unntak av eventuelle vedtak etter pristiltaksloven. Denne modellen betegnes i det følgende som modell 2.

Modell 2 innebærer en utvidelse av modell 1. I tillegg til å behandle de klager departementet i dag behandler (jf. pkt. 7.2 over), vil klageorganet etter denne modellen gis kompetanse til å overprøve Konkurransetilsynets vedtak i de to sakstypene der overprøving etter gjeldende rett ligger til domstolen; vedtak om overtredelsesgebyr og avgjørelser av krav om partsinnsyn i overtredelsessaker som fortsatt er under etterforskning. Utvalget legger som nevnt til grunn at vedtak om overtredelsesgebyr utgjør straff etter EMK, og tar dette med i vurderingen ved utforming av modellen. Som nevnt innledningsvis foreslås det også i tilknytning til modell 2 at adgangen til politisk overprøving etter konkurranseloven § 13 og § 21 oppheves.

Modell 2 utgjør et konkret forslag om et uavhengig klageorgan slik mandatet forutsetter. På samme måte som modell 1 bidrar den derfor også prinsipielt sett til å svare på departementets bestilling om å styrke Konkurransetilsynets selvstendighet som myndighetsorgan. Konkurransetilsynets vedtakskompetanse blir den samme, mens tilsynets uavhengighet ivaretas ved modell 2 slik som ved modell 1.

Forslaget har ikke vært lansert av tidligere lovutvalg når det gjelder bruk av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven. Hovedregelen i norsk rett er imidlertid at det foreligger klagerett på enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 28. Modell 2 innebærer derfor at overprøving av alle Konkurransetilsynets vedtak vil følge den normale norske modellen, der forvaltningsvedtak kan klagebehandles administrativt før klagevedtakene eventuelt prøves av domstolene. Etter det utvalget har kunnet konstatere, er klageadgangen i liten grad avskåret i andre lover om administrativt fastsatte

overtredelsesgebyrer.¹ Markedsrådets overtredelsesgebyrsaker utgjør et unntak fra dette, da disse ikke kan påklages videre.

Som nevnt i pkt. 7.2 vedrørende modell 1, kan modell 1 sammenlignes med ordningen i Danmark når det gjelder avskjæring av adgang til å påklage avgjørelser til annen administrativ myndighet eller muligheten til å bringe saken inn for ministeren. Modell 2 kan sammenlignes med regulering av klagebehandling når det gjelder vedtak fattet av Konkurransetilsynet på Island, hvor klagenemnda også har kompetanse til å avgjøre klager på ilagte bøter. Modell 2 vil imidlertid avvike både fra den danske, svenske og finske modellen med hensyn til ileggelse av bøter og vedtak i fusjonssaker, jf. punkt 5.2–5.4.

Utvalget legger til grunn at klagenemndas saksmengde over tid vil bli større ved modell 2 enn ved modell 1, og gi grunnlag for ansettelse av nemndmedlemmer og sekretariat i en høyere stillingsandel. Antagelsens holdbarhet beror på hvorvidt klagenemnda fungerer så godt at partene velger å benytte den forvaltningsrettslige klageadgangen, eventuelt hvorvidt uttømt bruk av klageretten gjøres til en søksmålsbetingelse, se punkt 8.5.3.2. Uansett hvilken løsning lovgiver velger med hensyn til dette, må det antas at modell 2 gir grunnlag for noe flere saker til nemnda enn modell 1, og således også et bedre grunnlag for rekruttering, kompetanseutvikling og spesialisering. Bredere sakstilfang i nemnda kan gi økt kvalitet og legitimitet til avgjørelsene.

Hensynet til rettsikkerhet og kvalitet i avgjørelsene må prioriteres høyt, uavhengig av om modell 1 eller modell 2 velges. For sakstyper som i dag behandles av departementet som klageinstans, kan vises det i den forbindelse til synspunktene på modell 1. I tillegg må modell 2 ivareta tilsvarende rettsikkerhetsgarantier som domstolene etter gjeldende rett, til foretak som ønsker overprøvelse av overtredelsesgebyr eller partsinnsyn i dokumenter i overtredelsessaker til behandling i tilsynet. Hensynene til kvalitet og rettsikkerhet må som nevnt under modell 1 ivaretas blant annet gjennom saksbehandlingsregler og de krav som stilles til faglig kompetanse ved sammensetningen av nemnda. Utvalget understreker i den forbindelse at det bør stilles krav om at flere nemndmedlemmer har dommerkompetanse.

Dagens todeling av overprøvingen av tilsynets vedtak, i henholdsvis departementet og domstolene, leder til at noen vedtak overprøves av en faglig spesialisert konkurransemyndighet, mens andre overprøves i det ordinære domstolsapparatet hvor det ikke er faglig spesialisering på konkurranserettens område. Modell 2 kan på den bakgrunn gi grunnlag for større grad av konsistens i de konkurranserettslige vurderinger ved overprøvingen av Konkurransetilsynets vedtak enn dagens ordning og modell 1.

Begrunnelsen for at mulighetene til forvaltningsrettslig klagebehandling i dag er avskåret for overtredelsesgebyrsaker var at domstolen ble vurdert som mer egnet til å behandle slike saker, at partene ville ha større tillit til en domstolsbehandling og at domstolsbehandling ville være tidsbesparende.² Domstolprøvingen følger idag tvistelovens bestemmelser om overprøving av forvaltningsvedtak. Som nevnt har domstolen likevel overprøvningskompetanse som et klageorgan, slik at prøvingen av forvaltningens skjønnsutøvelse ikke er begrenset.

Modell 2 kan innebære et nytt trinn på veien mot endelig avgjørelse i gebyrsakene, dersom nemndas behandling kommer i tillegg til ordinær etterfølgende domstolsbehandling. Den risiko dette gir for at det går lang tid før partene har en avklaring, er en vesentlig innvending, jf. også EMK artikkel 6, men risikoen kan reduseres på tre måter. For det første er det mulig å innføre adgang til direkte anke fra klagenemnd til lagmannsretten, se nærmere om dette under punkt 8.5.3.6. For det andre er det mulig å innføre begrensninger i adgangen til å anke en tingrettsavgjørelse videre til lagmannsretten, jf. punkt 8.5.3.7. For det tredje vil man gjennom krav til nemndas sammensetning og reguleringen av saksbehandlingen sikre at sakene undergis minst like betryggende behandling som etter dagens ordning. Dette kan føre til at partene i mindre grad ser seg tjent med å bringe en avgjørelse fra nemnda inn for domstolen.

Selv om direkte anke til lagmannsrett eller begrensninger i adgang til anke ikke innføres, mener utvalget at økt faglig spesialisering ved den første overprøvingen av tilsynets vedtak kan lede til besparelser i den etterfølgende domstolsbehandlingen av sakene.

Behovet for spesialisert fagkompetanse kan for det første ivaretas gjennom å rekruttere nemndmedlemmer som har dommerkompetanse. Videre forutsettes det at nemnda skal besitte spe-

¹ Etter utvalgets gjennomgang er det i overkant av 40 lover som gir forvaltningen hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr. Adgangen til forvaltningsklage er bare avskåret på to områder, vedtak fattet av Konkurransetilsynet og vedtak fattet av Markedsrådet.

² Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 117.

sialkompetanse innen konkurranserett og konkurranseøkonomi samt kompetanse innen forvaltningsrett, og at nemnda ved avgjørelse av overtredelsesgebyrsaker settes med minst tre medlemmer.

Det er viktig at saksbehandlingsreglene utformes slik at de ivaretar hensynet til rettssikkerhet og legitimitet, slik at partene får tillit til prosessen på tilsvarende måte som ved en ordinær domstolsbehandling. Se punkt 8.4.

Dersom disse forutsetningene innfris, kan nemnda fremstå mer spesialisert og bedre rustet til å fatte avgjørelser enn tingrettene er ved en ordinær tingrettsbehandling. Modellen vil da være sammenlignbar med en tingrettsbehandling der retten settes med fagkyndige dommere. Dersom alle saker av denne karakter samles i nemnda, vil nemnda dessuten i løpet av relativt kort tid kunne bygge opp mer erfaring med håndtering av slike saker enn de enkelte tingretter eller tingrettsdommere gjør. Dette gjelder selv om man beholder dagens løsning med overprøving av vedtak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven eller spørsmål om innsyn i dokumenter for foretak under etterforskning i tingretten, og kombinerer det med etablering av tvunget verneting i Oslo tingrett for slike saker. Modellen kan derfor medføre at etterfølgende tingrettsbehandling i mindre grad blir nødvendig.

Dersom en sak behandles både av Konkurransetilsynet og klagenemnda før en eventuell domstolsprøving, kan dette uansett føre til at sakene blir mer spisset og bedre tilskåret før de eventuelt behandles av en domstol. På denne måten vil også prosessøkonomiske hensyn ivaretas ved innføring av modell 2. Utvalget understreker at dette forutsetter at klagenemnda utrustes med de midler som skal til for å sikre den nødvendige kompetansen, samt at det legges til rette for en saksbehandlingsprosess som vil være minst like betryggende som en domstolsbehandling.

Modell 2 kan også innebære et nytt trinn på veien mot endelig avgjørelse når det gjelder spørsmål om partsinnsyn i overtredelsessaker. Som det fremgår av punkt 2.6.1 foran har Konkurransetilsynets avgjørelser i slike saker sjelden kommet opp for tingretten. Den praktiske konsekvensen ved at også disse sakene legges til nemnda vil antakeligvis bli at nemnda får flere saker til overprøving. Det er vanskelig å anslå hvor mange saker dette kan gjelde årlig, da statistikken fra domstolene gir liten veiledning. Som det fremgår av kapittel 2.6.2 har departementet i perioden 2004–2014 behandlet over 40 klager på saker som gjaldt innsyn, og de fleste av disse gjaldt partsinn-

syn. På denne bakgrunn anslås det at Konkurransklagenemnda kan forvente å få ca. 2 klager på spørsmål om partsinnsyn i overtredelsessaker årlig, men det understrekes at dette anslaget er usikkert.

Da departementet i forbindelse med vedtakelse av konkurranseloven av 2004 besluttet at overprøving av partsinnsyn i overtredelsessaker skulle legges til domstolen, var dette basert på utvalgets anbefaling om at slike saker ikke skulle være gjenstand for forvaltningsrettslig klagebehandling. Utvalgets begrunnelse var at bestemmelsen om innsyn var basert på straffeprosesslovens bestemmelse om innsyn i overtredelsessaker, og at straffeprosesslovens system var basert på rettslig overprøving.³

Begrunnelsen for domstolsprøving av innsynsspørsmål i overtredelsessaker er dermed ikke helt den samme som begrunnelsen vedrørende overtredelsesgebyr. Hva angår innsynsspørsmålene, har selve reguleringens tilknytning til straffeprosessloven vært avgjørende. Utvalget legger til grunn at dette ikke vil være til hinder for at det likevel åpnes for en forvaltningsrettslig adgang til overprøving i Konkurransklagenemnda, før saken eventuelt tas videre inn for domstolen.

Samlet sett antas modell 2 å føre til at klagenemnda vil få 2–4 materielle konkurranserettslige saker (fusjonssaker, saker om pålegg om opphør og overtredelsesgebyrsaker) årlig. I tillegg antas det at nemnda vil motta ca. 10 øvrige saker, inkludert ca. 2 saker om avslag på partsinnsyn i overtredelsessaker. Det understrekes at dette anslaget er svært usikkert, og at antallet saker vil kunne variere mye fra år til år. Eksempelvis har departementet siden 2008 ikke mottatt mer enn 3 klager på Konkurransetilsynets vedtak i fusjonssaker.

Det er mulig at behandlingen av saker for klagenemnda kan bli rimeligere for partene sammenlignet med en ordinær tingrettsbehandling. Mindre omfattende muntlighet vil kunne utgjøre en besparelse. Kostnadene vil imidlertid kunne variere mye fra sak til sak, jf. gjennomgangen under punkt 2.8.2 vedrørende krav om saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36. Det bør ikke ses bort fra at nemnda vil ønske å gjennomføre muntlige forhandlinger i saker hvor det fremstår hensiktsmessig å høre parter, vitner og sakkyndige vitner for å få en god forståelse av faktum. Dette gjelder særlig i sakene om overtredelsesgebyr. Uansett forutsetter en effektiv og god skriftlig behandling at nemnda settes med tilstrekkelige ressurser.

³ Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 171.

Klagebehandling kan også gi mindre grad av åpen konfrontasjon og medieoppmerksomhet enn søksmål for domstolene. Overprøving ved klage til nemnda vil dermed kunne ha noen fordeler sammenlignet med overprøving i tingretten, og dette kan føre til økning i antall klager, sammenholdt med det som er statistikken for de saker som i dag prøves for domstolene.

Utvalget legger til grunn at modell 2 vil føre til at nemnda samlet sett vil få en årlig saksmengde at det kan forsvares å bygge opp en egen organisasjon med fast ansatte i høyere stillingsandel.

7.4 Modell 3: Innskrenking av Konkurransetilsynets kompetanse

Et tredje alternativ er at departementet avgir tilsvarende kompetanse til nemnda som under modell 1, at adgangen til politisk overprøving etter konkurranseloven § 13 og § 21 oppheves og at Konkurransetilsynet fratras kompetansen til å fatte vedtak i saker som gjelder fusjoner, saker om pålegg om opphør og saker om overtredelsesgebyr.

Modell 3 bygger i noen grad på Graverutvalgets forslag i NOU 2003:12, når det gjelder fusjonssakene og pålegg om opphør av overtredelse. Et flertall av utvalgets medlemmer gikk inn for at sivilrettslige bøter (overtredelsesgebyr) skulle ilegges etter et foreleggsystem, hvor Konkurransetilsynet hadde søksmålsbyrden dersom forelegget ikke ble vedtatt. Et mindretall i Graverutvalget foreslo at Konkurransenemnda, ikke Konkurransetilsynet, skulle ha vedtakskompetanse i første instans i saker om foretakssammenlutninger og i saker om påbud om å bringe ulovlig atferd til opphør. Verken flertallet eller mindretallets forslag ble valgt av lovgiver, tilsynet ble i stedet gitt kompetanse til selv å treffe vedtak i alle disse sakene, slik ordningen er i dag. Graverutvalgets forslag og en variant av dette, er inngående drøftet i NOU 2012:7 av Hjelmengutvalget. Hjelmengutvalget delte seg også (4–3) i vurderingen av hvorvidt tilsynet bør opprettholde adgangen til å treffe vedtak om overtredelsesgebyr, eller bringe slike saker inn for domstolene slik ordningen er i svensk og finsk rett. Modell 3 kan også sammenlignes med rettstilstanden etter den tidligere prisloven, hvor Priserådet, ikke Prisdirektoratet, hadde vedtakskompetanse i saker om forretningsnektelse og bedriftsintervju, mens anvendelse av straff forutsatte anmeldelse til påtalemyndigheten. Flertallet i Ryssdalutvalget drøftet også å skille etterforsknings- og vedtakskompetansen.

Flertallet foreslo å sikre «hensynet til faglig forsvarlige avgjørelser, ensartet praksis og rettssikkerhet» ved å legge avgjørelsen av enkelte saker til et styre etter innstilling fra Konkurransetilsynets administrasjon.

Modell 3 har store likheter med rettstilstanden både i Sverige, Finland og Danmark, hvor saksforberedelsen og vedtakskompetansen for visse typer avgjørelser er lagt til forskjellige organer, jf. punkt 5.2–5.4. Modell 3 avviker derimot fra dagens organisatoriske løsning i EU, samt fra den administrative modellen som er mest vanlig i de fleste EU-land, jf. punkt 5.1.

Lignende løsninger er etablert i Norge på enkelte rettsområder. Til illustrasjon kan det nevnes at Markedsrådet i hovedsak treffer vedtak i førstinstans etter innstilling fra Forbrukerombudet, men i noen saker treffes det også klagevedtak, se punkt 4.3. Fylkesnemndene er et annet eksempel på organer som treffer vedtak både i førstinstans og som klageorgan jf. punkt 4.11. Det må derfor kunne antas at modellen er praktisk gjennomførbar.

Etter mandatet skal utvalget utrede opprettelsen av et kollegialt klageorgan for klager etter konkurranseloven og andre lover som håndheves av Konkurransetilsynet. Siden modell 3 innebærer at nemnda ikke bare skal være ett klageorgan for tilsynets avgjørelser, men også skal treffe en eller flere av de viktigste avgjørelsestypene etter konkurranseloven som første instans, ligger denne modellen utenfor kjernen av mandatet.

På den annen side følger det av mandatet at utvalget skal undersøke hvordan tilsvarende spørsmål løses i andre land og om det er mulig å etablere en uavhengig klagenemnd gjennom en sammenslåing av Markedsrådet og funksjonene som skal tillegges en uavhengig konkurranseklagenemnd. Utvalget er dessuten oppfordret til å utrede de spørsmål som utvalget finner hensiktsmessig. På bakgrunn av erfaringene fra andre land og andre norske organer, og gitt at opprettelsen av en god uavhengig klagenemnd forutsetter at nemnda tilføres en riktig saksmengde, samt at saksmengden som vil overføres fra departementet kan være for liten til å sikre dette, er det naturlig å se på alternative steder å overføre konkurransesaker fra.

Ettersom dette alternativet eller varianter av det ble behandlet av Ryssdalutvalget, Graverutvalget og Hjelmengutvalget, og har visse likhetstrekk med tidligere regulering på konkurranseområdet, kan beskrivelsen av alternativet gjøres kort.

Etter modell 3 skal vedtakskompetansen i fusjonssaker samt vedtak om gebyr og pålegg om opphør i overtredelsessaker, legges til Konkurransklagenemnda etter et system hvor Konkurransetilsynets innstilling til vedtak bringes inn for nemnda for avgjørelse dersom partene ikke aksepterer tilsynets innstilling. Konkurransklagenemndas avgjørelser vil deretter kunne være gjenstand for ordinær domstolskontroll etter tvistelovens regler.

Siden modell 3 i utgangspunktet går ut på å frata Konkurransetilsynet vedtakskompetanse, kan modellen hevdes å gå i motsatt retning av departementets ønske om å styrke Konkurransetilsynets selvstendighet som myndighetsorgan.

For fusjonssaker og overtredelsessaker hvor partene ikke fremmer forslag til avhjelpende tiltak, vil denne modellen utvilsomt innebære vesentlige realitetsendringer sammenlignet med dagens situasjon. Av de fusjonssaker Konkurransetilsynet har behandlet siden 2014 er det en overvekt av vedtak på vilkår (avhjelpende tiltak). Når det gjelder vedtak fattet på grunnlag av forslag om avhjelpende tiltak fra partene, vil et slikt system med et eventuelt samtykke neppe representere en vesentlig realitetsendring. Det samme synspunktet må kunne legges til grunn for saker hvor tilsynet velger å bruke sin kompetanse til å løse overtredelsessaker ved avhjelpende tiltak fra foretakenes side.

Hovedargumentene som lå til grunn for de tidligere forslagene om å la Konkurransetilsynet forberede en sak, mens nemnda treffer avgjørelsen, var at dette styrket partenes rettssikkerhet og avgjørelsenes legitimitet. Utvalget nøyer seg med å vise til de tidligere utvalgenes diskusjon av dette.

Når utvalget trekker alternativet frem i denne innstillingen, er et tilleggsargument at dette også kan bidra til å sikre et tilstrekkelig stort og materielt sett fornuftig sakstilfang til en uavhengig nemnd på lik linje med modell 2.

7.5 Modell 4: Oppheving av adgangen til forvaltningsklage på materielle vedtak

Utvalget har i mandatet blitt bedt om å utrede opprettelsen av et kollegialt klageorgan som en del av konkurransemyndighetenes organisasjon. Det understrekes at dette skal være et uavhengig forvaltningsorgan, som er administrativt underlagt Kongen og departementet. Utvalget har derfor konsentrert sitt arbeid om dette. Formålet med

klageordninger i sin alminnelighet er hovedsakelig å sikre rettssikkerhet for partene, og gi overordnede organer muligheten til å styre forvaltningspraksis og sikre rettsenhet. Når det i mandatet går fram at det ikke er ønskelig å beholde styringsmuligheten, blir rettssikkerhetsaspektet ved klageordningen det fremtredende element. Utvalget nevner derfor at et alternativ kunne være å overlate ivaretagelsen av rettssikkerhetsaspektet ved klageordningen til domstolene som har som hovedoppgave å ivareta dette i enkeltsaker.

Dette alternativet, her betegnet som Modell 4, innebærer at adgangen til forvaltningsklage på materielle vedtak etter konkurranseloven og EØS-konkurranseloven oppheves, slik at overprøving av tilsynets vedtak i fusjonssaker og pålegg om opphør bare kan gjøres i domstolene, slik ordningen i dag er for overtredelsesgebyr. Som nevnt innledningsvis foreslår utvalget også i tilknytning til modell 4 at den adgang Kongen i statsråd er gitt til overprøving av tilsynets og departementets vedtak, jf. konkurranseloven § 13 og § 21, oppheves.

Ved anvendelse av denne modellen bør departementet fremdeles ha kompetanse til å ta stilling til klage på prosessledende avgjørelser samt de fleste spørsmål om innsyn. Spørsmål om partsinnsyn i overtredelsessaker bør derimot fremdeles behandles av domstolene, på samme måte som etter gjeldende rett.

Modellen innebærer med andre ord at det ikke opprettes et nytt klageorgan, men at tilsynets materielle vedtak overprøves i de ordinære domstoler.

Årsaken til at dette alternativet nevnes, er at avgjørelsene etter konkurranseloven er regelstyrte avgjørelser, med lite rom for forvaltningskjønn. Omfanget av prøvingen i domstolene skiller seg ikke mye fra overprøvingen i forvaltningen. Erfaringen med klagesaker under konkurranseloven og EØS-konkurranseloven tilsier at en konkurranseklagenemnd vil motta få klagesaker, og det bør derfor vurderes om det er rasjonelt å opprette et eget klageorgan for disse sakene. En lovendring som medfører at Konkurransetilsynets materielle vedtak bare kan overprøves i domstolene, vil også kunne ivareta både hensynet til effektivitet og prosessøkonomi samt partenes rettssikkerhet. Behovet for spesialisert fagkompetanse ved overprøvingen kan ivaretas ved en løsning med tvungent vernetting, jf. punkt 7.7 samt punkt 8.5.3.5 under, samt ved bruk av fagkyndige dommere etter tvistelovens alminnelige regler om dette.

De praktiske konsekvensene av en slik løsning, sammenlignet med løsningen etter gjeldende rett, vil være størst når det gjelder fusjons-sakene. Etter at dagens konkurranselov ble vedtatt, har Konkurransetilsynet fattet vedtak om inngrep mot fusjoner og oppkjøp i 31 saker. Ti av sakene ble påklaget til departementet. I tillegg kom det to klager vedrørende fusjonsrelaterte saker som ikke gjaldt selve inngrepet, men godkjenning av vilkår med mer. Av disse har departementet endret tilsynets vedtak i fem saker, jf. punkt 2.6.2. Som nevnt har likevel verken departementets vedtak eller tilsynets vedtak i første instans blitt brakt inn for domstolen. Det fremstår ikke som særlig sannsynlig at fjerning av den administrative klageadgangen vil føre til at domstolsprøving vil bli valgt i mange saker hvor tilsynet har gjort inngrep. For foretakenes vil det oftest ikke være forretningsmessig rasjonelt å bruke ressurser på en tidkrevende prosess for domstolene for å få gjennomført en foretakssammenslutning. Muligheten for domstolsprøving utgjør likevel en sikkerhetsventil. Erfaringen fra EU, hvor det ikke er administrativ klageadgang på Kommisjonens vedtak i fusjonssaker, er at søksmål anlegges i en del saker, typisk hvor foretakene mener at Kommisjonen har lagt feil faktum til grunn for sitt vedtak, eller dersom det foreligger feil ved saksbehandlingen eller rettsanvendelsen.

Det er ikke gitt at oppheving av klageadgangen i fusjonssaker vil bli godt mottatt av næringslivet. Departementet har endret tilsynets fusjonsvedtak i fem av tolv klagesaker. Likevel kan muligheten for at en annen, uavhengig klagenemnd går gjennom saken, fremstå som mer attraktiv for berørte foretak enn det å basere overprøvingen av vedtakene på søksmål ved de alminnelige domstoler. I tillegg til muligheten til fagkyndighet i saksbehandlingen, vil kostnader, tidsrammer, konfliktnivå og publisitet være av betydning i avveinene mellom alternativene.

En ordning som beskrevet i modell 4, vil ikke innebære noen endring sammenlignet med gjeldende ordning for saker om overtredelsesgebyr. Derimot vil klageadgangen for vedtak som pålegger opphør av overtredelse falle bort. Som tidligere nevnt har det i perioden fra lovens ikrafttredelse i 2004 frem til i dag blitt fattet slike vedtak i tre saker, hvor det ikke samtidig ble vedtatt ileggelse av overtredelsesgebyr. To av disse sakene ble påklaget til departementet. Spørsmålet som bør vurderes er derfor om dette sakstilfanget begrunner opprettholdelsen av adgangen til forvaltningsklage som sikkerhetsventil. Vedtak som

pålegger opphør av overtredelse vil jo etter modell 4 kunne bringes inn for domstolene.

7.6 Modell 5: Klage til departementet og domstolsprøving, ingen overprøving ved Kongen i statsråd

Modell 5 innebærer at dagens ordning med administrativ klage til departementet opprettholdes. Dagens klageordning omfatter klageadgang i fusjonssaker og i saker om opphør av overtredelse, uten at det samtidig ilegges gebyr. Denne modellen kan alternativt utformes slik at klageadgangen bare opprettholdes i fusjonssaker. Som i modell 4, foreslås muligheten til overprøving på politisk grunnlag etter §§ 13 og 21 opphevet.

Ettersom modell 5 ikke medfører opprettelse av en uavhengig nemnd, innebærer heller ikke denne modellen noe direkte svar på departementets bestilling. På samme måte som modell 3 og 4, er den likevel nevnt som et alternativ til opprettelse av en uavhengig nemnd som også vil kunne bidra til å ivareta krav til uavhengighet i klagebehandlingen, uten at det opprettes en egen klagenemnd som etter alt å dømme vil motta få saker til behandling.

Utvalget påpeker at det i dagens konkurranselov er etablert regler som utelukker departementet fra å instruere tilsynet om behandling av enkeltsaker. Det synes ikke å være noen nærliggende risiko for at tilsynet ikke skal opptre tilstrekkelig uavhengig av departementet eller dets ledelse.

I mandatet fremheves imidlertid en potensiell risiko for politisk påvirkning i enkeltklagesaker, eventuelt etter ytre press, eller den opplevde risikoen for dette. Modell 5 svarer ikke isolert sett på denne problemstillingen. Utvalget har ikke grunnlag for å uttale seg om den opplevde risikoen for politisk styring i klagesaker, og nøyer seg derfor med å konstatere at dagens ordning ivaretar parter som ønsker å få en administrativ overprøving av Konkurransetilsynets vedtak i fusjonssaker og i saker om påbud om opphør av overtredelser, ved å gi dem valgmulighet mellom forvaltningsklage og søksmål. En part med eventuelle bekymringer for at departementets avgjørelse ikke vil være uholdt, kan velge søksmål fremfor administrativ klage, dersom det ikke stilles vilkår om at forvaltningsklage skal være en prosessforutsetning. Klage til departementet antas både i fusjons- og opphørssaker å være noe rimeligere og raskere enn overprøving i domstolene, og vil gi departementet innsikt i enkeltsaker.

Modell 5 kan innebære at klage til departementet opprettholdes i både fusjonssaker og opphørssaker, eller bare i fusjonssakene. Hovedformålet med modellen er å unngå å opprette en klagenemnd for få materielle saker, og samtidig opprettholde rettssikkerheten som følger av den forvaltningsrettslige hovedregelen om adgang til å påklage enkeltvedtak. Det kan likevel argumenteres for at den administrative klageadgangen ikke opprettholdes i opphørssakene. Departementet har bare behandlet to klager i slike saker. Domstolene må antas å kjenne sakstypen bedre, ettersom de er eneste overprøvingsinstans i opphørssaker hvor tilsynet har ilagt gebyr. Modell 5 innebærer ikke endringer i gjeldende regulering av saker om overtredelsesgebyr eller innsyn i saker om overtredelsesgebyr, slik at det fremdeles ikke vil foreligge adgang til forvaltningsklage på disse vedtakene.

På den bakgrunn vil opphevelse av konkurranseloven §§ 13 og 21, eventuelt også klageadgangen i opphørssaker, utgjøre et umiddelbart tiltak som kan gjennomføres enkelt, raskt og billig, samtidig som det sikrer større uavhengighet og tillit til uavhengigheten i departementets klagebehandling.

7.7 Fellesspørsmål

Et første spørsmål ved etablering av en Konkurransklagenemnd, uavhengig av hvilken modell som velges, er hvordan nemnda kan gjøres solid og funksjonsdyktig uten at dette medfører uforholdsmessige kostnader. Én løsning kan være å opprette en ny klagenemnd der en rekke eksisterende nemnder slås sammen til én stor klagenemnd, hvor også klage på konkurransesaker behandles. Spørsmålet kan være aktuelt enten konkurransesakene nevnt i modell 1, 2 eller 3 skal behandles av nemnda.

En sammenslåing med andre nemnder kan organiseres på to måter. Et alternativ er å opprette et felles sekretariat, mens selve nemndene fremdeles holdes adskilt. Et annet alternativ er å opprette både felles sekretariat og en felles nemnd.

En slik stor klagenemnd kan eksempelvis etableres ved å slå sammen Markedsrådet, Domeneklagenemnda, Medieklagenemnda, Klagenemnda for industrielle rettigheter og Kabeltvistnemnda, samt klagesaker innen konkurranseretten. Erfaringen fra andre land, er at flere saksfelt ofte kombineres i ett og samme organ. Det svenske Konkurrentverket har således kompetanse til å behandle både konkurransesaker og anskaffelses-

saker. Marknadsdomstolen er en felles spesialdomstol for hele Sverige, som behandler saker om konkurransebegrensninger, markedsføring og annet markedsføringsrettslig forbrukervern. De finske særdomstolene behandler både fusjonskontroll, anskaffelsessaker, immaterielle rettigheter og markedsføringsrettslige saker. Ved *la Cour de cassation*, domstolen som overprøver appelldomstolens avgjørelser i Frankrike, behandles de konkurranserettslige sakene i det kommersielle, finansielle og økonomiske kammeret. Her behandles også tvister innenfor bank- og børsrett, deler av skatteretten, deler av kontraktsretten, industrielle rettigheter og transportrett.

Dersom ulike klageorganer slås sammen kan det være en utfordring at de har ulike saksbehandlingsregler. Det må i tilfelle tas stilling til hvorvidt den nye klagenemnda skal ha like saksbehandlingsregler for alle sakstyper, eller om det fortsatt skal være særlige saksbehandlingsregler for det enkelte seks område.

Ved vurdering av hvilke nemnder det kan være aktuelt å slå sammen, bør det fokuseres på nemnder der det er størst potensial for positive synergieffekter. Det er mulig at slike synergier kan hentes ut ved sammenslåing av Markedsrådet, Medieklagenemnda, Klagenemnda for industrielle rettigheter og et klageorgan på konkurranseretten område. Antakelig er muligheten til å hente ut synergier størst ved opprettelsen av felles sekretariat. Dersom det er tilstrekkelig likhet mellom konkurransemyndighetenes oppgaver og arbeidsområdene til de øvrige organene, slik som det i noen grad er på medierettens område, bør sammenslåing på nemnds nivå imidlertid vurderes mer inngående.

For å kunne vurdere synergier, må man gå i dialog med aktuelle klageorgan og kartlegge deres virksomhet. Det har ikke vært mulig å gjøre inngående vurderinger av dette innenfor den tidsramme utvalget har hatt til rådighet. Utvalget har imidlertid gjennomført møter med Medietilsynet, Kabeltvistnemnda, Patentstyret og Forbrukerombudet. I tillegg har utvalget mottatt skriftlige innspill fra Forbrukerombudet, både før og etter møtet.

En fordel med opprettelsen av en stornemnd er at det kan sikre tilstrekkelig sakstifang til å ansette faste nemndsmedlemmer, samt fast ansatte i et felles sekretariat. Utvalget antar at å slå sammen nemnder vil innebære stordriftsfordeler som gjør klagebehandlingen bedre og mer kostnadseffektiv.

Dersom det velges en løsning med stornemnd, bør det sikres at en tilstrekkelig andel nemnds-

medlemmer har spesialkompetanse innen konkurranserett eller konkurranseøkonomi, slik at konkurransesakene kan løses innen tidsfristene.

Et annet spørsmål ved etablering av en klagenemnd, er om dette bør kombineres med etablering av særskilt verneting ved etterfølgende domstolskontroll. Dette spørsmålet er også aktuelt uansett valg av modell for administrativ klagebehandling. Ved å la konkurranserettslige tvister ha særskilt verneting ved én tingrett, oppnås spesialisering ved at dommerne får flere konkurransesaker til behandling enn de ellers ville gjort. Dette kan være en god løsning, på grunn av behovet for særskilt fagkompetanse som gjør seg gjeldende i konkurransesaker. Utvalget mener et særskilt verneting bør legges til Borgarting lagmannsrett, eventuelt Oslo tingrett, fordi disse domstolene er av en viss størrelse og fordi et større antall av de virksomheter som berøres av saker for Konkurransetilsynet har hovedkontor på Østlandet. Størrelsen på domstolen er viktig fordi konkurransesakene kan være meget omfattende. Uten tilstrekkelig kapasitet til slike saker, vil saksbehandlingstiden kunne bli lang. Videre er det et poeng å velge en domstol som er stor nok til at den egner seg for uformell spesialisering. Det vises til punkt 8.5.3.5, for en nærmere gjennomgang av dette temaet.

Et tredje spørsmål er hvorvidt behandling av saken for klagenemnda skal være en prosessforutsetning. Utvalget er delt i sitt syn på dette, og utvalgets standpunkt og begrunnelse fremgår i punkt 8.5.3.2.

Et fjerde spørsmål er om Klagenemndas avgjørelser skal kunne ankes inn direkte for lagmannsretten. En mulighet er å gjøre svaret avhengig av om klagenemndsbehandlingen gjøres til en prosessforutsetning eller ikke. Saken bør starte i tingretten dersom partene gis anledning til å velge domstolsbehandling uten først å få saken behandlet i klagenemnda, og velger ikke å benytte seg av adgangen til forvaltningsklage. Dersom partene velger nemndsbehandling eller nemndsbehandling gjøres til en prosessforutsetning, er det derimot mer nærliggende å la saken bringes direkte inn for lagmannsretten. Se punkt 8.5.3.6 for utvalgets vurdering og begrunnelse.

For det femte kan det stilles spørsmål ved hvorvidt Konkurransetilsynet eller departementet bør ha mulighet til å bringe klagenemndas vedtak inn for domstolene. Utvalget ser at dette ville kunne svekke klagenemndas autoritet, og være en utfordring for nemndas uavhengighet, og dette anbefales derfor i utgangspunktet ikke. Se nærmere om dette i punkt 8.5.3.4.

En sjette problemstilling er at vedtak om overtredelsesgebyr etter § 29 og sak om straff mot person etter § 32 kan ha bakgrunn i samme sakskompleks. Dette kan eksempelvis forekomme ved alvorlige brudd på § 10 i form av kartellsaker. Saker om overtredelsesgebyr, som er straff etter EMK, vil da rette seg mot foretaket og behandles av klagenemnda. Straffesaken vil gjelde den eller de personer som kan ha gjort seg skyldig i overtredelse, og vil gå som en norsk straffesak i straffeprosessens former. Et spørsmål i denne sammenheng er hvilke konsekvenser parallell behandling av slike saker vil få, og om det burde være adgang til å forene sakene. Utfordringen gjør seg gjeldende på tilsvarende måte for saker om privatrettslig erstatning. Disse sakene kan også ha bakgrunn i samme sakskompleks, eksempelvis en kartellsak. Utvalget nøyer seg med å peke på utfordringen, da det innenfor rammen av utvalgets arbeid ikke har vært mulig å foreta noen dypere utredning av dette spørsmålet.

7.8 Utvalgets anbefaling

7.8.1 Innledning

Et samlet utvalg finner det hensiktsmessig å oppheve konkurranseloven § 13 og § 21, uansett videre oppfølging av utvalgets utredning.

Utover dette, er utvalget delt i sine anbefalninger på en del punkter.

7.8.2 Flertallets forslag: en uavhengig klagenemnd basert på modell 2

Utvalgets flertall, medlemmene Bragdø-Ellenes, Lunde, Laastad, Ulvin og Widme, foretrekker modell 2 og anser dette alternativet for å svare best på oppdraget gitt i mandatet.

Hovedargumentet for modell 2 er at den sikrer en spesialisert, uavhengig og enhetlig klagebehandling i alle saker. Ordningen innebærer at overprøvingen av Konkurransetilsynets vedtak kan klagebehandles administrativt før klagevedtakene eventuelt overprøves av domstolene.

Modell 2 foretrekkes framfor modell 1 av to grunner; for det første sikrer den en spesialisert overprøving av gebyrsaker og for det andre sikrer den flere saker til nemnda. Flertallet antar at dette vil bidra til å sikre god kvalitet i overprøvingen av alle saker.

Etter utvalgets vurdering skal modell 2 innebære at krav etter EØS-retten og EMK ivaretas, herunder kravene til overprøving ved et uavhengig «tribunal» i EMKs forstand. Dette forutsetter

at utvalgets forslag med hensyn til organisering, lovregulering og oppnevning følges.

Ved å flytte gebyrsakene inn i det administrative klagesporet vil behandlingen i en spesialisert nemnd føre til at saken blir betydelig tilskåret og dermed bidra til besparelser ved en eventuell senere rettslig overprøving. Dette til forskjell fra dagens domstolsprøving av gebyrsaker, som i praksis innebærer at alle sider av saken gjennomgås og prøves fullt ut. Samlet sett vil klagebehandling av gebyrsakene bidra til nedskalering av sakene og redusert behov for omfattende videre ankebehandling.

Effektiviseringen blir ekstra tydelig dersom direkte anke til lagmannsrett tillates, slik hele utvalget anbefaler, dersom modell 1 eller 2 velges. I så tilfelle erstattes tingrettsbehandling av klagebehandling i nemnda. Dette vil ikke nødvendigvis bli mye billigere for partene, men fordi man gir slipp på prinsippet om full muntlighet og bevismiddelbarhetsprinsippet, kan samlet saksbehandlingstid kortes betydelig ned. Klagenemnda vil for eksempel kunne beramme korte møter, i motsetning til en rettslig hovedforhandling, som i konkurransesaker gjerne går over flere uker.

Hvis modell 1 eller 2 velges, ønsker medlemmene Laastad, Ulvin og Widme at klage til nemnda skal være en prosessforutsetning, da dette bidrar til å sikre spesialisert prøving av sakene før eventuell domstolbehandling, samt at det bidrar til flere saker til nemnda. Medlemmene Teigum, Bragdø-Ellenes og Lunde ønsker ikke at nemndsbehandling skal være et vilkår for å anlegge sak for domstolene, da de mener at parter som ønsker å bringe et vedtak direkte inn for domstolene bør kunne velge dette. Saken må da anlegges for tingretten, og fortrinnsvis ved Oslo tingrett, slik at det oppnås spesialisering der.

7.8.3 Mindretallets innsigelser mot en uavhengig klagenemnd basert på modell 2

Utvalgets mindretall, utvalgsleder Teigum, stiller seg ikke bak flertallets anbefaling av modell 2. Denne modellen kjennetegnes ved at en uavhengig klagenemnd, administrativt underlagt departementet, skal overprøve alle Konkurransetilsynets vedtak, herunder også vedtakene om overtredelsesgebyr. Etter gjeldende rett overprøves overtredelsesvedtak i domstolene, og ikke av departementet.

Etter mindretallets syn utgjør ileggelsen av overtredelsesgebyr, som er straff etter EMK, og forholdet til de ordinære domstoler en utfordring

ved modell 2. Det følger av EMK at foretak som ilegges straff som hovedregel skal ha adgang til overprøving av dette i to rettsinstanser. EMK stiller materielle og prosessuelle krav til denne domstolskontrollen. I tilknytning til modell 2 er det foreslått at retten til administrativ klage må være brukt før søksmål kan anlegges og at søksmål skal bringes direkte inn for lagmannsretten. En slik ordning, i kombinasjon med silingen av saker som slipper inn i Høyesterett, bør vurderes inngående i forhold til EMK protokoll 7. Dersom det besluttes at en uavhengig klagenemnd skal bygge på modell 2 og at adgangen til domstolskontroll i de ordinære domstoler skal begrenses slik flertallet foreslår, vil det innebære at det må stilles strenge krav til nemndmedlemmenes uavhengighet, både i form av hvordan de oppnevnes og eventuelt løses fra vervet, deres oppnevningstid og deres tilknytning til sakene de behandler, samt krav til saksbehandlingen og dermed til ressurser, jf. kapittel 8. Ved en eventuell etablering av en nemnd som skal kunne avgjøre spørsmål om straff bør det etter Teigums syn utover disse rettslige kravene også vurderes om allmennheten vil ha tillit til at en nemnd bestående av eksperter som i det vesentlige av sin arbeidstid har annet arbeid enn som dommere, i praksis vil kunne oppfylle de kvalitetskrav man i norsk rettsorden stiller til behandlingen av saker om straff.

Dersom formålet med opprettelse av en konkurransklagenemnd er å tilby foretakene uavhengig, kompetent, effektiv, rask og billig overprøving av Konkurransetilsynets avgjørelser for å sette foretakene i stand til å beskytte sine rettigheter, ser Teigum uansett ikke praktisk behov for en slik løsning. Overprøving av overtredelsesgebyr i tingretten, satt med fagkyndige meddommere der retten finner det begrunnet, skulle ivareta disse behovene. Løsningen kan forsterkes ved etablering av tvungent verneting i Oslo tingrett. Dette skulle gi grunnlag for en viss faglig spesialisering for dommerne innenfor domstolen. Utvalgets mandat tar utgangspunkt i regjeringserklæringen av 7. oktober 2013, hvor det heter at «regjeringen vil styrke Konkurransetilsynet som selvstendig myndighetsorgan og fjerne regjeringens rolle som ankeinstans for Konkurransetilsynet ved å etablere en uavhengig klagenemnd for konkurranse». Utvalgsleder kan ikke se at det er nødvendig å fjerne tingrettens rolle som førstinstans med hensyn til domstolskontroll av Konkurransetilsynets ileggelse av overtredelsesgebyr eller å begrense foretakenes adgang til selv å velge om de vil ta ut søksmål eller inngi en administrativ klage for å oppnå dette målet.

I utvalgets mandat beskrives det at departementets behandling av Konkurransetilsynets vedtak i klagesaker ikke åpner for politiske vurderinger slik ordningen som ligger til Kongen i statsråd gjør. «Departementet kan, i likhet med Konkurransetilsynet, kun foreta en konkurransefaglig vurdering i tråd med lovens vilkår under klagesaksbehandlingen. En utfordring ved dagens ordning er at klagesaksbehandlingen likevel kan oppfattes som politisk styrt. Mistanken om politisk styring av faglige vedtak kan svekke tilliten til klagesaksbehandlingen og klageprosessens politiske legitimitet.» Utvalgsleder er ikke kjent med undersøkelser som indikerer at næringslivet har mistanke om politisk styring av konkurransefaglige vedtak i departementet eller manglende tillit til klagesaksbehandlingen i departementet av andre grunner. Antallet klager som inngis til departementet i stedet for å behandles i domstolene er tvert imot en indikasjon på tillit til ordningen. Spørsmålet om tillit til behandlingen av klager på gebyrvedtak i en uavhengig klagenemnd som settes sammen fra sak til sak og hvor nemndmedlemmenes dommererfaring eller erfaring fra beslutningsprosesser i forvaltningen vil variere, vil etter Teigums syn stille andre, men like grunnleggende spørsmål om tillit til godheten av overprøvingen og dermed realismen i overprøvingsadgangen.

Utvalgsleder påpeker at alle de øvrige modeller utvalget har skissert ivaretar det grunnleggende formålet som er beskrevet i mandatet, også om en uavhengig klagenemnd ikke opprettes. En billig, enkel og effektiv løsning med sikte på å fremme rettsikkerhet og effektivitet samtidig som det mulige skinn av politisk styring begrenses ytterligere, vil etter utvalgsleder syn være å oppheve konkurranseloven §§ 13 og 21 (modell 5). Dette kan også kombineres med en samling av alle saker som gjelder overtredelse av forbudsreglene i loven i tingretten (med andre ordopphøving av adgangen til forvaltningsklage i overtredelsessakene hvor det ikke ilegges straff). Ved en slik endring forblir saker hvor det reelt, om ikke formelt, søkes en tillatelse til å gjennomføre en avtalt foretakssammenslutning eller begjæres innsyn i dokumenter i departementet, slik de er i dag. Etablering av tvunget verneting i Oslo ville være en fordel også ved en slik ordning.

Skal det etableres en uavhengig nemnd, er utvalgsleders anbefaling at det ses nærmere på de ulike forslag og modeller som tidligere er vurdert (jf. Ryssdal-utvalget, Graver-utvalget og Hjelmenng-utvalget), om at viktige avgjørelser, som illeggelse av overtredelsesgebyr eller inngrep mot fusjoner, treffes av et kollegialt organ i første

instans dersom de berørte partene ikke vedtar tilsynets innstilling (modell 3). Et hovedtrekk i de ulike forslagene som har blitt lansert, er at de er basert på et skille mellom etterforsknings- eller utredningskompetanse og vedtakskompetanse i viktige saker, slik løsningen er i de nordiske landene for øvrig, utenom Island. Et fellestrekk som går igjen i begrunnelsen for slike løsninger, er at de er egnet til å bidra til uavhengighet i vurderingene og ivaretagelse av foretakenes rettsikkerhet.

7.8.4 Flertallet fraråder at en uavhengig klagenemnd baseres på modell 3

Flertallet, bestående av medlemmene Bragdø-Elvenes, Lunde, Laastad, og Widme, går ikke inn for modell 3 fordi denne modellen etter deres syn har flere uheldige sider, uten at fordelene ved modellen er klare. For det første vil denne modellen innebære en svekkelse av Konkurransetilsynets stilling i norsk konkurransepolitikk, ved at tilsynet ikke lenger avgjør de mest ressurskrevende sakene. Dette innebærer betydelig risiko for at tilsynet svekkes gjennom svakere tilgang på kompetent personell. Dette vil kunne svekke håndhevingen av konkurranseloven, og derved eliminere eventuelle fordeler ved å etablere et nytt vedtaksorgan, slik modell 3 forutsetter. Da modellen innebærer en svekkelse av Konkurransetilsynet, vil det etter flertallets oppfatning ligge utenfor mandatets bestilling, jf. kapittel 1.1 og motivet om å «styrke Konkurransetilsynet som selvstendig myndighetsorgan».

Siden modell 3 innebærer at nemnda skal ha vedtakskompetanse etter innstilling fra Konkurransetilsynet, i de viktigste avgjørelsestypene etter konkurranseloven, kan den føre til at tilsynet og partene over tid kan få felles interesse i å unngå prøving for nemnda, og at komplekse saker løses ved avhjelpende tiltak i større grad enn det ellers ville være grunnlag for, eller ved færre og lavere gebyrvedtak i overtredelsessaker. På sikt vil dette kunne svekke konkurranselovens preventive virkning. Flertallet mener dessuten at modell 3 ikke gir noe reelt bidrag til å styrke partenes rettssikkerhet, se også drøftelsen i Prop. 75 L (2012–2013) punkt 4.5.5 på side 66.

Selv en deling av etterforsknings- og vedtakskompetansen vil kreve at Konkurransetilsynet i hver enkelt sak foretar den samme utredningen av faktum og rettsregler som i dag, eller som i modell 2. Tilsynets innstilling på et gebyrvedtak eller på et inngrep mot en foretakssammenslutning, må på samme måte som i dagens vedtak være forberedt og begrunnet grundig nok til at

partene samtykker, eller til å sikre at innstillingen står seg i nemnda.

7.8.5 Utvalgsmedlemmenes tilråding angående alternativer til opprettelse av en uavhengig klagenemnd

Utvalget har også vurdert andre løsninger som ikke innebærer opprettelse av en uavhengig klagenemnd, jf. modell 4 og 5. Dersom også disse modellene inkluderes i en totalvurdering av løsninger, anbefaler Ulvin modell 4, og Bragdø-Ellesnes og Teigum modell 5.

Ulvin finner det ikke hensiktsmessig eller rasjonelt å opprette et eget forvaltningsklageorgan med et så lite forventet sakstiltfang. Det vil være behov for fleksibilitet og hurtighet når en sak først kommer til behandling, noe som tilsier at en klagenemnd må ha flere fast ansatte for å sikre at klagesakene blir håndtert på en optimal måte. De ressurser som må til for å opprette en klagenemnd vil ikke stå i forhold til det som oppnås. Avgjørelsene etter konkurranseloven er stort sett regelstyrte avgjørelser, med lite rom for fritt forvaltningskjønn, og egner seg derfor svært godt for domstolsprøving. Selv om det etter nåværende ordning ikke har forekommet at fusjonssaker har blitt brakt inn for domstolene, er det grunn til å tro at dette blir annerledes dersom den administrative overprøvingen bortfaller, og domstolen blir «spesialisert» i form av tvungent vernetting og bruk av fagkyndige. Med hensyn til tidsmomentet i fusjonssaker, vil dette kunne løses ved at disse sakene behandles etter reglene om midlertidig forføyning i tvisteloven kapittel 32–34. Hensynene til rettssikkerhet, uavhengighet, fleksibilitet og effektivitet vil være godt sikret ved å legge overprøvingen til rettsapparatet. Ren domstolsprøving av Konkurransetilsynets vedtak med tvungent vernetting vil i stor grad ligne på det svenske forslaget til ny overprøvningsstruktur av blant annet konkurransesaker, jf. kapittel 5.2.4.

Utvalgets øvrige medlemmer kan ikke gå inn for modell 4, som innebærer å oppheve adgangen til administrativ klage i konkurransesaker. Modellen innebærer at foretakenes tilgang på relativt rask, rimelig og spesialisert overprøving av Konkurransetilsynets vedtak erstattes med mer tid- og ressurskrevende overprøving ved domstolene. Forslaget om å sikre spesialisering gjennom en ordning med tvungent vernetting vil bidra til å avbøte dette, men neppe oppfattes som et tilstrekkelig alternativ fra næringslivets side. Antallet klager til departementet som kunne vært brakt direkte inn for domstolene er en indikasjon på at

klageadgangen oppleves som nyttig og nyter næringslivets tillit. Disse medlemmene ser ikke noen grunn til at klageadgangen skal oppheves akkurat på konkurranserettens område.

I likhet med Ulvin, mener Bragdø-Ellesnes det ikke vil være rasjonelt å opprette en klagenemnd for så få klagesaker som forventes i en nemnd som bare behandler saker etter konkurranseloven og EØS-konkurranseloven (maksimalt to til fire materielle saker i året ved modell 2), Dagens ordning med forvaltningsklage til departementet bør derfor opprettholdes, i det minste i fusjonssaker. Saksanlegg for én tingrett (tvungent vernetting), hvor retten settes med fagkyndige meddommere, vil gi en grundig og faglig spesialisert overprøving som i høy grad ivaretar krav til rettssikkerhet. Imidlertid er domstolsprøving i Norge kostbart. Ikke alle parter i vedtak om fusjoner eller opphør vil kunne ta kostnadene ved rettssak, enten kostnadene vurderes i tid eller kroner. Klage til departementet antas å være noe raskere og rimeligere enn domstolsbehandling. Retten til klage over enkeltvedtak er en rettssikkerhetsgaranti staten bør tilby, også på konkurranserettens område. Sakene vil dessuten gi departementet innsikt i enkeltsaker som kan være nyttig for styringen av konkurransemyndighetene. Når det ikke er rasjonelt å opprette en egen klagenemnd, og grundig, men kostbar overprøving er tilgjengelig i domstolene, bør altså staten opprettholde hovedregelen om rett til å påklage enkeltvedtak til overordnet organ. Slik forvaltningsklage er en rettssikkerhetsgaranti, og bør ikke være en prosessforutsetning.

Dersom det vurderes andre løsninger for å styrke Konkurransetilsynets uavhengighet enn å etablere en klagenemnd, anbefaler utvalgets flertall, Teigum, Bragdø-Ellesnes, 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). Utvalgsleder Teigum påpeker at en nemndsløsning vil kunne fungere bedre dersom den får videre kompetanse enn saker etter konkurranseloven, jf. drøftelsene av dette over. Utvalgets mindretall, Widme, slutter seg ikke til å beholde dagens klageordning, men påpeker at forslagene i modell 1 og 2 kan realiseres på en ressursvennlig måte ved sammenslåing eller samarbeid med eksisterende og/eller eventuelle nye administrative håndhevelsesorganer.

Utvalget er enstemmig i sin anbefaling av en felles sekretariatsløsning, jf. beskrivelsen under punkt 7.7 over.

Kapittel 8

Nemndas organisering, saksbehandling og overprøving av nemndas avgjørelser

8.1 Innledning

Med utgangspunkt i fremstillingen ovenfor vil utvalget identifisere de viktigste valgene som må gjøres ved etableringen av et klageorgan for konkurransesaker. I dette kapitlet gis det en oversikt over konkurranserettens særpreg og hvilke konsekvenser dette bør ha ved opprettelsen av et klageorgan for konkurransesaker.

Det bør være en nær sammenheng mellom ventet saksmengde, organisering av nemnda og regulering av saksbehandlingen. Hensynet til betryggende behandling av de store sakene kan være et argument for å legge flere funksjoner til klageorganet enn de som ligger til departementet i dagens klagesaksbehandling.

I punkt 8.3 gjennomgås organisering av klagenemnda, herunder tema som oppnevning, sammensetning, fagkompetanse samt praktiske spørsmål knyttet til lokaler, saksbehandlingsverktøy og honorering. I punkt 8.4 gjennomgås utvalgets forslag til regulering av saksbehandlingen, i punkt 8.5.2 gjennomgås forslaget vedrørende overprøving ved Kongen i statsråd og i punkt 8.5.3 forhold knyttet til domstolskontroll.

Hovedtemaet i dette kapitlet vil være å belyse hvilken virkning de valg som tas angående organisering og regulering av saksbehandlingen vil ha på organets evne til å være et effektivt overprøvingsorgan som fatter vedtak av høy faglig kvalitet.

Ved etablering av en organisasjonsmodell og saksbehandling for overprøving av vedtak i konkurranserettssaker må ulike hensyn veies mot hverandre. Hensynet til rettsikkerhet, effektivitet og enkelhet, legitimitet, uavhengighet, behovet for tilgang til relevant fagkompetanse og hensynet til prosessøkonomi har vært styrende i utvalgets vurderinger, og ligger til grunn for utvalgets anbefalinger.

8.2 Konkurranserettens særpreg

8.2.1 Samspillet mellom juss og økonomi

Konkurranseretten kjennetegnes av et sterkt samspill mellom økonomi og juss, og klageinstansen må i de fleste saker ha tilgang til kompetanse både om konkurransejuss og konkurranseøkonomi for å treffe riktige avgjørelser. På grunn av den faktiske harmonisering med EU-regelverket og EØS-avtalens konkurranseregler er det derimot ikke rom for politisk styring av de materielle avgjørelsene i enkeltsaker. Regelverket er i utgangspunktet basert på rettsanvendelsesskjønn, ikke fritt forvaltningsskjønn. Behovet for å foreta avveininger mot andre viktige samfunnsmessige hensyn nevnes gjerne som et argument for å legge avgjørelsesmyndigheten til et organ underlagt politisk styring. Slike hensyn er det imidlertid liten anledning til å foreta på konkurranserettens område slik konkurranselovens materielle bestemmelser i dag er utformet. (Utvalget ser da bort i fra konkurranseloven § 13 og § 21.)

Konkurranselovens atferdbestemmelser base- res på et forbudsprinsipp, og det er lite rom for å ta andre hensyn enn de rent konkurransefaglige. Enkeltsakene avgjøres på grunnlag av rettsanvendelse. Bestemmelsen om kontroll med foretaks- sammenslutninger er utformet som en inngreps- hjemmel og har dermed i prinsippet en noe annen karakter enn adferdsreglene i § 10 og § 11. Det kan imidlertid bare gripes inn der en rettslig og økonomisk vurdering tilsier det, og dersom vilkårene er oppfylt skal det gripes inn mot sammen- slutningen.

Dette tilsier at et klageorgan som overprøver Konkurransetilsynets vedtak bør bestå av personer med juridisk og økonomisk kompetanse og ikke interesserepresentasjon eller lignende. Det vil være en fordel at nemndas leder har dommer- kompetanse og er vant til å ta stilling til tvister med svært komplisert og sammensatt faktum.

Et spørsmål som kan reises er om særtrakkene ved konkurranseretten tilsier at sakene heller bør gå til domstolene, eventuelt at det utformes særlige vernetingsregler slik at alle sakene går til for eksempel Oslo tingrett hvor dommere kan opparbeide seg en særlig kompetanse på konkurranserettssområdet. Med en slik ordning reduseres risikoen for å opprette en klagenemnd som mottar svært få klagesaker etter de materielle hovedbestemmelsene i konkurranseloven eller EØS-konkurranseloven, og derfor ikke bygger tilstrekkelig erfaring og legitimitet gjennom sin praksis.

8.2.2 Fra politikk til håndheving

Som beskrevet i punkt 8.2.1, er konkurranseloven en kombinert forbuds- og inngrepslov, der forbudene helt ut er harmonisert med EØS-avtalens bestemmelser, og avgjørelsene hovedsakelig baseres på rettsanvendelsesskjønn. Dette innebærer at alle vurderinger av juss og økonomi i en konkurransesak er styrt av vilkårene som følger av loven og den omfattende rettspraksis vi har om loven, fra domstoler i både EU, EFTA og Norge. Selv om mange vilkår krever utøvelse av et faglig skjønn – for eksempel om en avtale er egnet til å begrense konkurransen – er dette likevel et skjønn som handler om å anvende rettsreglene i loven på det faktum saken gjelder. Både lovtolkningen og vurderingen av faktiske spørsmål kan overprøves fullt ut av domstolene. Til forskjell fra hva som er vanlig ved domstolskontroll med forvaltningsvedtak, kan domstolene i saker om overtredelsesgebyr etter gjeldende rett ikke bare oppheve ugyldige vedtak, men også fatte ny realitetsavgjørelse i saken.

I prisloven av 1953 viste både formålsbestemmelse, vedtakskompetanse og de ganske omfattende bestemmelsene om myndighetsorganisering at loven var et helt sentralt verktøy i datidens økonomiske politikk. I den konteksten var det naturlig at prisloven utpekte Kongen som den sentrale myndighetsaktør i loven. Prisrådet, prisdirektoratet, pristilsynet og de ulike prisnemnder og andre reguleringsorganer var gitt kompetanse dels direkte i loven, dels gjennom lovens ganske omfattende bestemmelser om delegasjon fra Kongen, men Kongen eller departementet kunne av eget tiltak omgjøre alle vedtak i henhold til loven § 49. Videre er det naturlig at sammenlignet med dagens konkurranselov var praktiseringen av prisloven langt sterkere innrettet mot å vedta forskrifter, retningslinjer og instruksjoner – som er klassiske politiske virkemidler. Disse policy- og priori-

teringstekstene skulle årlig forelegges Stortinget, som kunne endre dem og sikre en løpende politisk binding av fullmaktene i loven, og derved gi større forutsigbarhet enn det lovgrunnlaget ellers isolert sett skulle tilsi, jf. prisloven § 14, jf. § 3. Selv ved håndhevelse av loven i enkeltsaker var det klart forutsatt i lov og forarbeider at domstolene ville vike tilbake for en inngående prøving av reguleringsvedtakenes faktiske virkning; man prøvde om vedtakene tok sikte på å fremme lovens formål, men ikke om de var egnet til det.¹ Forvaltningen var med andre ord gitt et omfattende forvaltningsskjønn, for best å kunne ivareta lovens politiske formål og funksjon. Det er illustrerende for lovens funksjon som politisk styringsverktøy at omleggingen fra prispolitikk til konkurransepolitikk skjedde gjennom Brundtland-regjeringens langtidsprogram i 1981,² uten at man endret prisloven. Politikken endringen gjorde seg imidlertid gjeldende ved løpende omlegging av reguleringspraksis gjennom 80-tallet, og til slutt innføring av fusjonskontroll gjennom forskrift til prisloven i 1988.

Selv om konkurranseloven av 1993 fullførte det politiske skiftet fra prispolitikk til mer rendyrket konkurransepolitikk, gav 1993-loven fortsatt myndighetene ganske omfattende fritt forvaltningsskjønn. Denne typen forvaltningsskjønn kan og skal utøves for å ivareta og avveie politiske hensyn i lovanvendelsen. Lovens utforming på flere punkter la dessuten opp til at domstolene skulle utvise forsiktighet ved prøving av de faktiske eller økonomiske sidene ved en sak. I konkurranseloven av 1993 kom dette blant annet til uttrykk ved at det var gitt en etter dagens målestokk nokså liberal adgang til dispensasjon fra lovens forbudsbestemmelser, som rammet de mest alvorlige konkurranseskadelige handlingene prissamarbeid, markedsdeling og anbudssamarbeid. Adgangen til å gi dispensasjon var styrt av et forvaltningsskjønn, blant annet hvis konkurransebegrensningen var av «liten betydning», eller det forelå «særlige hensyn». Dette gav en ganske fri adgang til å tillate adferd som ellers var forbudt. Adgangen til inngrep mot konkurranseskadelig adferd som i dag rammes av forbudet mot misbruk av dominerende stilling, var på samme måte knyttet til et vilkår om at «Konkurransetilsynet kan ved enkeltvedtak eller forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger dersom tilsynet fin-

¹ Se Eckhoff/Gjelsvik, *Prisloven med kommentarer* s. 307

² Se Halvorsen og Undrum «Fra prisregulering til konkurransepolitikk» avsnitt 3, i Hope m.fl. «Marked, Konkurranse og Politikk – Festskrift til Egil Bakke».

ner at disse har til formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet i lovens § 1-1», jf. tidligere konkurranselov § 3-10 første ledd. På grunn av formuleringen «kan gripe inn» kunne tilsynet ganske enkelt la være å gripe inn, selv om vilkårene var oppfylt, etter sitt eget forvaltningsmessige skjønn. Adgangen til inngrep mot fusjoner og oppkjøp var utformet på samme måte, og åpnet derfor for at enten tilsynet eller departementet som klageorgan lot politiske hensyn påvirke vedtakspraksis. Formuleringen «dersom tilsynet finner at...» markerer at vurderingene av faktiske konkurransevirkninger («subsumsjonsskjønnet» i forvaltningsrettslig terminologi), ikke skulle være gjenstand for intensiv domstolsprøving. Denne loven inneholdt dermed virkemidler for å beskytte konkurranseprosessene i økonomien mot de samme former for skadevirkninger som dagens lov, forbud mot konkurranseskadelig samarbeid, adgang til inngrep mot ensidig konkurranseskadelig adferd og mot konkurransebegrensende fusjoner. Men virkemidlene var i langt større grad enn i dag utformet slik at rettsanvendelsen åpnet for politiske eller faglige skjønnsmessige prioriteringer.

Dagens konkurranselov åpner ikke for friere faglig eller politisk skjønnsutøvelse ved anvendelsen av konkurranselovens forbudsbestemmelser i atferdssaker eller ved inngrep mot foretakssammenslutninger, bortsett fra særbestemmelsene for Kongen i statsråd i loven §§ 13 og 21. Selv disse bestemmelsenes praktiske betydning er i vesentlig grad begrenset av EØS-konkurranseloven § 7, og EØS-avtalens forbud mot restriksjoner på om overprøving ved retten til fri etablering i artikkel 31 og retten til fri bevegelighet av tjenester i artikkel 36. Myndighetene som anvender loven, Konkurransetilsynet og departementet, er forhindret fra å ta politiske hensyn ved vurderingen av om en avtale er ulovlig eller ikke, eller om en fusjon skal stanses. Fraværet av fritt forvaltningsskjønn i reguleringen understreker dette. Dersom en avtale er konkurransebegrensende, og vilkårene i § 10 tredje ledd ikke er oppfylt, er avtalen lovstridig, og uten rettsvirkninger mellom partene, jf. § 10 annet ledd. Om avtalen er politisk ønskelig eller ikke, er ikke relevant for dette vurderingstemaet. Situasjonen er i praksis den samme for anvendelsen av forbudet mot misbruk av dominerende stilling, og hjemmelen til inngrep mot fusjoner og oppkjøp. Dersom departementet i klagesaksbehandlingen finner at en fusjon fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen, kan ikke regjeringen beslutte at vedta-

ket skal oppheves, annet enn ved å behandle saken i statsråd etter § 21.

Gjennomgangen viser en klar tendens til at det politikkområdet som i dag kalles konkurransepolitikk har beveget seg fra å være politikk som materialiserte seg i forskrifter og enkeltvedtak for å ivareta en sentral del av den økonomiske politikken i etterkrigstiden, til å bli en håndhevelse av lov for å hindre konkurranseskade, der det politiske elementet er helt perifer. Rolledelingen mellom aktørene som forvalter loven reflekterer dette. Mens en viktig pris- eller konkurransesak tidligere ble behandlet av sentraladministrasjon og regjeringen selv, blir i dag de fleste konkurransesaker avgjort av konkurransemyndighetene uten at sakene fanger politisk interesse. De alvorligste sakene behandles kun av Konkurransetilsynet og domstolene, mens klagesaker – som også kan være store og viktige – er gjenstand for en ren faglig overprøving i departementet. Likevel er plasseringen av klagesaksbehandlingen i departementet, og adgangen til omgjøring ved Kongen i statsråd egnet til å gi inntrykk av at det fortsatt er en rest av politisk styring med enkeltsakene. Som vist i denne utredningens kapittel 8.2.1, er det rettslige handlingsrommet for slik politisk styring svært lite, men kan i verste fall føre til tap av tillit og mistanke om særbehandling av foretak som har politisk betydning.

8.3 Organisering av Konkurransesklagene

8.3.1 Organisatoriske utfordringer for en konkurranseklagenemnd

Ved etableringen av et nytt klageorgan står man overfor mange organisatoriske valgmuligheter. I punkt 8.3 vil utvalget se nærmere på hvordan et klageorgan best bør organiseres.

En hovedutfordring knyttet til organiseringen av Konkurransesklagene er at sakstilgangen vil variere sterkt både med hensyn til antall saker, og disses omfang og kompleksitet. Organiseringen av nemnd og sekretariat må fungere best mulig for alle saker, mens variasjonen sakene imellom kan håndteres ved hjelp av de saksbehandlingsregler som skal gjelde for organet.

Utvalget vil nedenfor se nærmere på nemndas sammensetning, behovet for faglig kompetanse, honorering, forholdet mellom nemnd og sekretariat, samt hvem som skal oppnevne medlemmene.

Et spørsmål er om organet skal ha status som et forvaltningsorgan, eller være en del av det ordinære domstolsapparatet. De praktiske og rettslige

implikasjonene av dette valget trenger ikke være store siden lovgiver kan regulere organisering og saksbehandling i det nye organet slik at et forvaltningsorgan fungerer som en domstol, eller slik at en domstol får saksbehandlingsregler som ligner det vi har i forvaltningsretten. I Norge er det ikke tradisjon for særdomstoler, og utvalget vurderer det ikke som realistisk at det opprettes en slik domstol på konkurranserettsens område. Opprettelse av særdomstol er heller ikke berørt i mandatet, og spørsmålet behandles derfor ikke nærmere. Derimot er det et viktig tema hvor domstolslignende forvaltningsorganet kan og bør være, blant annet for å ivareta de rettsikkerhetsgarantier EMK artikkel 6 gir anvisning på. Dette behandles også under punkt 8.4 om saksbehandlingsregler.

8.3.2 Forventet antall klagesaker og organets behov for kapasitet

Ved valg av modell 1 antar utvalget at klageorganet vil motta tilnærmet samme antall klagesaker som departementet. Departementet har behandlet i alt 119 klagesaker under konkurranseloven av 2004. Av disse gjaldt 47 saker klager etter konkurranseloven § 12 tredje ledd over Konkurransetilsynets avslag på anmodninger om opphør av en påstått ulovlig adferd. Denne klageadgangen opphørte fra 1.1.2014, og nemnda vil altså ikke få flere slike saker. En sak gjaldt opphør av Konkurransetilsynets forbudsvedtak etter konkurranseloven § 10, en sak gjaldt midlertidig påbud om opphør etter konkurranseloven § 12 femte ledd, ti saker gjaldt inngrep mot foretakssammenslutninger etter konkurranseloven § 16, to saker gjaldt fusjonsrelaterte spørsmål (ikke selv inngrepet), en sak vedrørte patentloven § 47, 40 saker gjaldt innsyn etter konkurranseloven, forvaltningsloven og offentlighetsloven og sytten saker gjaldt saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36.

Dette viser at det er relativt få saker som direkte omhandler de sentrale bestemmelsene i konkurranseloven om forbud mot konkurranseskadelig adferd og inngrep mot foretakssammenslutninger. Den største mengden saker, som gjaldt anmodninger om påbud om opphør etter tidligere bestemmelse i konkurranseloven § 12 tredje ledd, bortfalt fra årsskiftet. Bortsett fra denne saksgruppen, utgjorde innsynssaker og saker om saksomkostnader etter forvaltningsloven § 36 den største saksmengden.

Dersom saksinngangen fremover vil tilsvare departementets saksinngang i perioden 2004 til dags dato, er det grunn til å vente at klageorganet

kun vil motta en til to saker i året som omhandler adferdssaker og foretakssammenslutningssaker. Dersom klageorganet også skal behandle klager på prosessledende beslutninger, må det – ut fra samme forutsetning – ventes ca. ti slike saker årlig. Det understrekes at dette anslaget er svært usikkert, og at antallet saker vil kunne variere mye fra år til år. Eksempelvis har departementet siden 2008 ikke mottatt mer enn tre klager på Konkurransetilsynets vedtak i fusjonssaker. Dette kan tyde på en synkende tendens når det gjelder klager på fusjonssaker.

Ved modell 2 vil klageorganet få noen flere saker ved at klager over overtredelsesgebyr og innsyn i overtredelsessaker også legges til nemnda. Dersom klageorganet i tillegg skal behandle saker om overtredelsesgebyr, som i dag behandles av domstolen, kan det ventes to til fire saker materielle konkurransesaker årlig. I tillegg kommer klagen over avslag på innsyn i overtredelsessakene. Disse sakene går etter gjeldende rett til tingretten og det har ikke vært noen slike saker, med unntak av når domstolen har tatt stilling til partsinnsyn i forbindelse med overtredelsessak som allerede var under domstolsbehandling. Dersom disse innsynssakene flyttes over til nemnda, vil trolig «terskelen» for å klage senkes noe, og utvalget antar det vil komme noen flere slike saker for nemnda enn det har vært for domstolene. Ved modell 3 vil nemnda ha vedtakskompetanse i første instans i saker om fusjoner, saker om pålegg om opphør og gebyr i overtredelsessaker. Dette kan medføre at nemnda får økt saksmengde, ved at alle saker hvor tilsynet i dag treffer nevnte vedtak vil gå til nemnda når partene ikke godtar tilsynets forslag til avgjørelse.

Uansett hvilken av modellene skissert i kapittel 7 som velges, vil saksmengden være relativt begrenset og varierende i antall og kompleksitet. Dette har stor betydning for hvordan nemnda bør organiseres.

Andre organer med relativt liten saksmengde er Medieklagenemnda og Kabeltvistnemnda. Begge disse organene har tre medlemmer, som kun trer sammen når nemnda får en sak til behandling. I tillegg har medlemmene personlige varamedlemmer. I Medieklagenemnda fungerer en advokat som sekretær, mens Kabeltvistnemnda ikke har sekretariat. Selv om begge disse organene til tider får relativt store saker til behandling, antas det at et konkurransklageorgan vil ha noen flere saker til behandling og at enkelte saker vil være mer omfattende enn sakene for Medieklagenemnda og Kabeltvistnemnda. Et konkurransklageorgan bør derfor ha større

kapasitet i både sekretariat og nemnd enn disse to organene.

Det kan være mer relevant å sammenligne organets kapasitetsbehov med KFIR. KFIR har flere saker til behandling. En del av sakene har mindre omfang, men patentsakene kan være omfattende. Sakene i en konkurransklagenemnd vil sannsynligvis haste mer enn sakene i KFIR og behov for rask behandling krever mer ressurser innenfor et kort tidsrom. Dette kan tale for at en Konkurransklagenemndas behov for ressurser kan sammenlignes med KFIRs. KFIR har tre fast ansatte, nemndleder, nestleder og en kontorleder. I tillegg til har KFIR et utvalg på 23 nemndmedlemmer. Avgjørelser i den enkelte sak tas av et utvalg på tre, eventuelt fem, medlemmer jf. punkt 4.7.3 ovenfor.

8.3.3 Konkurransklagenemndas uavhengighet

Det følger av mandatet at utvalget skal utrede et uavhengig klageorgan for konkurransesaker. Departementet skal ikke lenger være klageinstans for Konkurransetilsynets vedtak, og adgangen til politisk overprøving av Kongen i statsråd oppheves.

Utgangspunktet i norsk rett er at et overordnet organ har instruksjonsmyndighet over underliggende organ både med generelle bestemmelser og i den enkelte sak, jf. punkt 2.7.1. I tillegg kan et overordnet organ som hovedregel omgjøre vedtak truffet av et underordnet organ både når det foreligger klage og av eget tiltak.

Hva uavhengighet innebærer er ikke entydig fastlagt i norsk rett, men vanligvis vil overordnet organs instruksjonsmyndighet være begrenset.³ Begrensning i instruksjonsmyndigheten må skje gjennom lovregulering.

Departementets instruksjonsmyndighet overfor Konkurransetilsynet følger som utgangspunkt forvaltningens ordinære system, men er begrenset ved at tilsynet ikke kan instrueres om avgjørelsen i enkeltsaker, jf. konkurranseloven § 8. I tillegg kan departementet kun omgjøre et vedtak som ikke er påklaget hvis vedtaket er ugyldig. En annen begrensning i omgjøringsadgangen er at vedtak om overtredelsesgebyr ikke kan påklages, men må bringes inn for tingretten av partene i saken, se punkt 2.3.1.

Det er grunn til å påpeke at opprettelsen av en klagenemnd i seg selv vil bidra til Konkurransetil-

synets uavhengighet fordi etableringen fratrar departementet en mulighet til å gripe inn i tilsynets praksis gjennom funksjonen som klageorgan. Opprettelsen av Konkurransklagenemnda vil føre til større avstand og færre kontaktflater mellom tilsyn og departement.

Utvalget anser det som viktig for Konkurransklagenemndas uavhengighet at den ikke kan instrueres av departementet eller Kongen i statsråd, om bevisbedømmelse, rettsanvendelse eller saksbehandling. Dette gjelder både generelle instruksjoner og instruksjoner i den enkelte sak. Utvalget foreslår derfor en lovbestemmelse om at Konkurransklagenemnda ikke kan instrueres generelt eller om den enkelte sak. Departementet vil imidlertid kunne gi nemnda instruksjoner med hensyn til administrative forhold, som krav til lokalisering, avlønning osv.

For å sikre Konkurransklagenemndas reelle uavhengighet er det også foreslått endringer i andre lovbestemmelser.

Særbestemmelsene om adgangen til overprøving ved Kongen i statsråd i konkurranseloven § 13 og § 21 foreslås opphevet, jf. drøftelsen i punkt 8.5.2.

Det vil også være viktig for nemndas uavhengighet at departementet ikke kan omgjøre nemndas vedtak. Det foreslås derfor at forvaltningsloven § 35 ikke skal gjelde. Dette vil innebære at nemnda heller ikke kan omgjøre egne vedtak. Utvalget forslår imidlertid at nemnda kan omgjøre egne vedtak når disse er ugyldige, jf. drøftelsen i punkt 8.4.8.

Utover de rent formelle forutsetningene om Konkurransklagenemndas og Konkurransetilsynets uavhengighet, som sikres ved lovforslagene nevnt ovenfor, er det også en rekke andre forhold som vurderes for å sikre reell uavhengighet. Hensynet til nemndas uavhengighet har vært et viktig hensyn ved utvalgets vurderinger og anbefalinger for organisering av nemnda og hvilke saksbehandlingsregler som bør gjelde. Dette er nærmere drøftet i tilknytning til ulike problemstillinger i punkt 8.3 og 8.4.

Uavhengighet til Konkurransetilsynet vil også være viktig for nemndas legitimitet. Utvalget foreslår derfor at Konkurransklagenemnda ikke skal ha adgang til å instruere tilsynet om å utrede ulike forhold i nemnda, slik departementet har adgang til i dag, se punkt 8.4.5.2.

Av hensyn til nemndas uavhengighet av førstinstansen, Konkurransetilsynet, anser utvalget at nemnda heller ikke bør ha anledning til å omgjøre Konkurransetilsynets vedtak uten etterklage. Den vanlige adgangen til å omgjøre under-

³ Difi-rapport 2014:2 *Viltvoksende nemnder? Om organisering og regulering av statlige klagenemnder*, kapittel 4.

ordnede organers avgjørelser i forvaltningen er blant annet begrunnet i styrings- og kontrollhensyn for de overordnede organer i forvaltningshierarkiet. Klagenemnda skal være et uavhengig klageorgan, og dette tilsier at omgjøringsadgangen i enda større grad bør være avskåret enn departementets omgjøringsadgang i dag. Et av hensynene som fremheves i mandatet er at Konkurransetilsynet skal styrkes som selvstendig myndighetsorgan. Utvalget anser at dette målet best oppfylles dersom nemnda ikke gis anledning til å omgjøre tilsynets vedtak uten klage, jf. lovforslaget § 12.

Endelig nevnes det at nemnda bør være uavhengig fra interesseorganisasjoner og de parter som opptrer i nemnda. Dette kan løses ved regler om hvem som kan oppnevnes som nemndmedlemmer og ved habilitetsregler som kommer til anvendelse i den enkelte sak. Utvalget legger til grunn at forvaltningslovens alminnelige habilitetsregler skal gjelde, med det tillegg at den som tidligere har hatt med saken å gjøre i annet forvaltningsorgan automatisk vil være inhabil ved behandling av saken for Konkurransklagenemnda, jf. lovforslaget § 8.

8.3.4 Oppnevning og tilknytningsforhold for nemndas medlemmer

Regulering av hvordan nemndas medlemmer skal oppnevnes er viktig for å sikre uavhengighet. Utvalget har vurdert hvilken instans som skal oppnevne medlemmene i Konkurransklagenemnda. Dette kan være et viktig styringsredskap, og det har derfor stor betydning hvem som oppnevner og hvilke prosedyrer som gjelder for oppnevningen. Dette spørsmålet bør derfor reguleres i lov.

De fleste organene utvalget har sett nærmere på i kapittel 4, oppnevnes av Kongen i statsråd. Dette gjelder både for Markedsrådet, UNE, Trykderetten, KOFA og Medieklagenemnda. For enkelte organer oppnevnes medlemmene av departementet. Et eksempel på dette er Kabeltvistnemnda som oppnevnes av Kulturdepartementet.

Vanligvis oppnevnes alle nemndas medlemmer av samme organ. I KFIR ansettes imidlertid leder og nestleder av Kongen i statsråd, mens de øvrige medlemmene utnevnes av departementet. Oppnevning av Stortinget er også en mulighet. Lederen og nestelederen i Personvernemnda oppnevnes av Stortinget, mens de øvrige medlemmene oppnevnes av Kongen i statsråd. Denne spesielle ordningen er valgt for å understreke hensy-

net til nemndas uavhengighet av den til enhver tid sittende regjering.

I prinsippet gir oppnevning i statsråd større garanti for avstand mellom departement og nemnd. Flertallets forslag er at nemnda skal kunne vedta overtredelsesgebyr, som utgjør straff etter EMK artikkel 6, og hensynet til uavhengighet veier da tungt. Utvalget er likevel i tvil om hvor stor forskjell det i praksis er mellom oppnevning i departement og i statsråd, all den tid departementet foreslår hvem som skal oppnevnes.

Utvalget antar at departementet, som ansvarlig for konkurransepolitikken, vil kunne være tilbøyelig til å legge større vekt på faglige kvalifikasjoner, mens regjeringen i større grad vil kunne legge vekt på andre og mer representative hensyn. Utvalget anser faglige kvalifikasjoner for å være særlige viktige for Konkurransklagenemnda, noe som isolert sett kunne tale for at medlemmer oppnevnes av departementet. På bakgrunn av EU-domstolens dom i sak C-222/13 om det danske Teleklagenævnet, avsagt 9. oktober 2014, anbefaler imidlertid utvalget at nemndsmedlemmene utnevnes av Kongen i statsråd.

Utvalget har vurdert om en mulig konsekvens av dommen er at vervene som nemndsmedlemmer bør etableres som åresmåltilsatte embetsmenn med hjemmel i tjenestemannsloven § 3 nr. 1 bokstav a. Dette vil gi medlemmene et særskilt oppsigelsesvern, utover det som gjelder for tjenestemenn i statsadministrasjonen, og bidra ytterligere til sikring av klagenemndas uavhengighet. Dette alternativet beror imidlertid på hvorvidt nemndsmedlemmene har status som arbeidstakere eller ikke. Som det fremgår nedenfor har nemnda kommet til at leder og nestleder bør ansettes. De øvrige nemndsmedlemmene vil imidlertid ikke ha status som arbeidstakere, og kan derfor heller ikke ha status som embetsmenn.

Et annet alternativ for å sikre tilstrekkelig uavhengighet er at det gis en bestemmelse i loven som tydeliggjør at de oppnevnte nemndsmedlemmer ikke kan fratras vervet unntatt i tilfeller hvor et medlem ikke er i stand til eller villig til å utføre vervet på en forsvarlig måte. For å sikre nemnda tilstrekkelig uavhengighet i samsvar med EU-domstolens dom i sak C-222/13, foreslår utvalget en kombinasjon av disse to prinsipper. Utvalget foreslår derfor at nemndas leder og nestleder utnevnes som embetsmenn og tilsettes på åremål i 6 år, i samsvar med forskrift til lov om statens tjenestemenn § 3 nr. 2, jf. lovutkastet § 3 tredje ledd. For de øvrige nemndsmedlemmer gis det en bestemmelse som sikrer at oppnevningen ikke kan trekkes tilbake unntatt i tilfeller hvor et med-

lem ikke er i stand til eller villig til å utføre vervet på en forsvarlig måte.

Utvalget har vurdert hvor lang funksjonstiden for Konkurransesklagemenndas medlemmer bør være. Det er her til dels motstridende hensyn som gjør seg gjeldende. Bestemmelsene om oppnevningstid og eventuell gjenoppnevning vil være av stor betydning for nemndas uavhengighet, legitimitet og effektivitet. I følge Difi⁴ er den vanligste funksjonstiden i norske klagenemnder 4 år, men det finnes nemnder med både kortere og lengre funksjonstid.

Utvalget ser det som helt avgjørende for at Konkurransesklagemennda skal fungere etter hensikten, og bli et godt og effektivt klageorgan med stor grad av tillit hos brukerne, at man fra starten av får knyttet de rette personene til nemnda. Det er ønskelig med kontinuitet og dette taler isolert sett for en lengre funksjonstid. Imidlertid kan kanskje det å binde seg for en lengre periode få en del personer som ellers kunne vært aktuelle, til å unnlate å påta seg vervet. Det er også viktig at medlemmer som av ulike grunner ikke fungerer så godt som ønsket, for eksempel fordi deres kapasitet til å ta innkommende saker endrer seg, ikke skal ha for lang funksjonstid. Gitt at flertallets forslag er at nemnda skal kunne vedta overtredelsesgebyr som utgjør straff i henhold til EMK artikkel 6, bør nemndmedlemmene oppnevnes for en tilstrekkelig lang periode til at nemnda kan oppfylle kravet til uavhengige domstoler slik de fremkommer av praksis under denne bestemmelsen. Dersom eventuelle søksmål for overprøving av nemndas vedtak skal bringes direkte til lagmannsretten, vil problemstillingen forsterkes. Løsningen i denne loven bør tilpasses eventuell lovgivningspraksis i forhold til dette. Utvalget anser at den løsning som best forener disse motstridende hensynene er en funksjonstid på 4 år, uten begrensninger i mulighetene for gjenoppnevning.

For å sikre uavhengigheten foreslås det at ansatte i Konkurransetilsynet eller Nærings- og fiskeridepartementet ikke kan oppnevnes som medlemmer i Konkurransesklagemennda, samtidig med at de er ansatt i tilsynet eller departementet. Det bør vurderes å la regelen gjelde også ansatte i andre departementer, samt i sektorpolitiske konkurransemyndigheter som for eksempel Post- og teletilsynet. Utvalget har vurdert om det i tillegg er behov for en karenstid, men har kommet frem til at det ikke er behov for dette. Karenstidsbestemmelser ville innebære en strengere regule-

ring enn det som er praksis på sammenlignbare områder, og redusere antallet aktuelle kandidater til nemnda.

En annen side av uavhengighetstemaet er forholdet til bransjeorganisasjoner, fagbevegelsen og lignende. Utvalgets forslag er at nemndas medlemmer skal utnevnes på grunnlag av juridisk og/eller økonomisk kompetanse, og ikke som representanter for interessegrupper. Fagmiljøene på dette feltet i Norge teller få personer. Utvalget ser derfor ikke grunn til å utelukke kandidater til nemnda som har sitt daglige arbeid i slike organisasjoner ved en generell regel, men legger til grunn at de alminnelige kompetansekravene vil anvendes ved oppnevning av medlemmer.

Utvalget har også vurdert om nemndmedlemmene bør være ansatt i nemnda, eventuelt i full stilling. De færreste nemnder har fast ansatte medlemmer. Det er særlig de største nemndene som har fast ansatte nemndledere. I den nylig opprettede KFIR er leder og nestleder fast ansatt, mens de øvrige medlemmene er oppnevnt av departementet. I Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker er nemndlederne ansatt. I UNE var nemndlederne tidligere ansatt i åremålsstillinger. Dette er imidlertid nylig endret slik at det bare er direktøren som er ansatt på åremål, mens nemndslederne er fast ansatt.

Hensynet til effektivitet, rettssikkerhet og uavhengighet kan tale for at nemndas leder ansettes i fulltidsstilling på åremål, jf. drøftelsen foran i relasjon til EU-domstolens dom i sak 222/13. Det er svært viktig at nemndlederen alltid er tilgjengelig på det tidspunkt saken kommer inn, slik at klagebehandlingen kan iverksettes umiddelbart. Utvalget antar at det er tilstrekkelig med en lavere stillingsprosent for nestlederen. Nestleders funksjon vil først og fremst være å sikre at nemnda er operativ i perioder der nemndlederen er fraværende eller opptatt med en annen sak. I tillegg legger utvalget til grunn at nestlederen skal inngå som et nemndmedlem på linje med de øvrige ordinære medlemmene i nemnda. Dersom leder og nestleder utnevnes som åremålstilsatte embetsmenn følger det av forskrift til tjenestemannsloven § 3 nr. 2 at åremålsperioden skal være 6 år, med mindre det foreligger særlige grunner for å gjøre unntak, og kan bare gjenoppnevnes for én periode.

De øvrige nemndsmedlemmene oppnevnes for en periode på 4 år, med adgang til gjenoppnevning. For disse medlemmer gjelder det ikke en begrensning på adgangen til gjenoppnevning til én periode.

Utvalget anser at det er viktig av hensyn til tilliten til nemndas uavhengighet at nemndas med-

⁴ Difi-rapport 2014:2 *Viltvoksende nemnder? Om organisering og regulering av statlige klagenemnder.*

lemmer, inkludert leder og nestleder, blir valgt etter en åpen søknadsprosess.

8.3.5 Nemndas sammensetning

Utvalget har vurdert hvilket antall medlemmer Konkurransklagenemnda skal ha, og hvor mange medlemmer nemnda skal settes med i hver sak. En av flere muligheter er en nemnd med få, faste medlemmer som alltid fatter sine avgjørelser sammen, ved flertallsvedtak eller ved krav om enstemmighet, slik som EFTA-domstolen. Et annet alternativ er en nemnd med mange medlemmer, men hvor bare tre utpekes til behandling av den enkelte sak, slik KOFA og KFIR er organisert.

Med hensyn til sammensetning i den enkelte sak, viser gjennomgangen av andre norske klagenemnder at de fleste settes med tre medlemmer. Markedsrådet skiller seg ut ved at alle ni medlemmer innkalles, og at fem må delta for at rådet skal være beslutningsdyktig. Flere av nemndene kan settes med flere medlemmer i særlige vanskelige saker eller saker av prinsipiell karakter.

Utvalget har også sett hen til sammensetning av konkurranseorganer i andre land. I Danmark har Konkurrenceankenævnet fem medlemmer. I forslag til ny overprøvningsstruktur i Sverige, se punkt 5.2.4 ovenfor, er hensynet til fleksibilitet og proporsjonalitet vektlagt slik at sammensetningen av retten kan variere, avhengig av hva som er hensiktsmessig i den enkelte sak. Videre er det fremhevet at hensynet til effektivitet tilsier at retten ikke settes med flere dommere enn det som er nødvendig for en rasjonell behandling.

Hvor mange medlemmer nemnda ideelt sett bør settes med kan variere ut fra hvor komplisert og prinsipiell saken er. For samtlige av modellene 1, 2 eller 3 vil sakene variere mye i størrelse og vanskelighetsgrad, både med hensyn til juss og faktum. Dette tilsier at saksbehandlingsreglene tilpasses flere sakstyper.

Utvalget finner at det mest hensiktsmessig at nemnda som hovedregel settes med tre medlemmer i hver sak. Tre medlemmer gir nemnda tilstrekkelig bred faglig kompetanse og arbeidskapasitet i de fleste saker. Dersom nemnda settes med flere medlemmer uten at sakene foranlediger det, innebærer det en risiko for at hvert av medlemmene ikke får tilstrekkelig ansvar for saken. I særlige tilfeller foreslår likevel utvalget at nemnda settes med fem medlemmer (forsterket nemnd). Fem medlemmer kan for eksempel være aktuelt i prinsipielle saker, saker med spesielt komplisert

faktum eller i saker med særlig vanskelige juridiske eller økonomiske vurderinger.

Utvalget antar at det for visse typer vedtak eller avgjørelser ikke vil være behov for behandling i nemnd med tre eller flere medlemmer. Utvalget foreslår derfor at nemndleder skal kunne beslutte at enklere avgjørelser vedrørende spørsmål om innsyn og opplysningsplikt skal tas av nemndleder eller nestleder alene. Selv om det vil være opp til nemndleder å beslutte, i det enkelte tilfelle, at det ikke skal settes nemnd i disse sakene, anbefaler utvalget at denne muligheten blir brukt med forsiktighet i nemndas oppstartsperiode. Det er viktig for nemnda at medlemmene får tilstrekkelig erfaring med de problemstillinger slike krav reiser i konkurransesaker, og at nemndas avgjørelser blir konsistente og gir uttrykk for nemndas, og ikke bare lederens, rettsanvendelse. Etter hvert vil nemndleder kunne ta mange av de rutinemessige innsyns- og opplysningspliktssakene alene.

Utvalget har vurdert om enkelte beslutninger bør kunne delegeres til sekretariatet for å frigjøre ressurser i nemnda, for eksempel innsynssaker, pålegg om opplysningsplikt og andre saksforberedende beslutninger. Utvalget har imidlertid kommet frem til at det er viktig at nemnda er involvert i alle trinn av saksbehandlingen, og at sekretariatets rolle bør være å bistå nemnda i saksbehandlingen, samt håndtere generell administrasjon jf. punkt 8.3.9.

Det bør oppnevnes et utvalg med nemndmedlemmer. Flere nemndmedlemmer gir fleksibilitet ved sammensetning av nemnda i den enkelte sak. Medlemmenes kompetanse kan da tilpasses hver enkelt sak, og nemndleder kan trekke inn nemndmedlemmer som til enhver tid har tilgjengelig kapasitet. Det vil også være mulig å sette flere nemnder samtidig dersom det kommer flere saker innenfor et kort tidsrom. En ordning med flere medlemmer medfører dessuten at det ikke er nødvendig å oppnevne varamedlemmer. Utvalget antar at et egnet antall medlemmer vil være åtte medlemmer, i tillegg til leder og nestleder. Utvalget foreslår at nemnda gis en leder som både er nemndmedlem, administrativt ansvarlig og nemndas «ansikt utad». Lederen bør ha ansvaret for sammensetningen av nemnda i de enkelte sakene. Som hovedregel bør lederen delta som leder i den enkelte sak for nemnda. Nemnda bør også ha en nestleder som fungerer for lederen dersom vedkommende ikke er til stede eller dersom lederen er opptatt med en annen sak. Utvalget legger til grunn at nestlederen også skal kunne fungere som nemndmedlem i øvrige saker.

8.3.6 Nemndmedlemmenes faglige kompetanse

For å få en effektiv og faglig kompetent klagenemnd med høy grad av tillit hos brukerne, er det avgjørende at nemnda sammensettes av personer med riktig faglig bakgrunn og erfaring. Utvelgeskriteriene for nemndmedlemmene blir derfor sentrale. Et spørsmål er om de skal velges ut fra rene faglige kriterier, eller om også andre hensyn skal tillegges vekt, slik som organisatorisk eller yrkesmessig representasjon, geografisk eller kjønnsmessig balanse.

En konkurranseskilagenemnd vil behandle saker som krever omfattende kjennskap til både konkurranserett og økonomisk analyse. I tillegg vil nemnda måtte ta stilling til spørsmål av mer prosessuell karakter. Dersom modell 2 velges, skal nemnda ta stilling til spørsmål om overtredelsesgebyr, som anses som straff etter EMK. Dette innebærer at høy juridisk kompetanse og dommererfaring vil være nødvendig for å sikre kvaliteten i saksbehandlingen. Det antas at det vil være et begrenset antall personer som har den nødvendige kompetanse og uavhengighet til å kunne være medlemmer i en konkurranseskilagenemnd. Utvalget vil anbefale at hensynet til faglig kompetanse innen juss og økonomi tillegges avgjørende vekt.

Et annet viktig spørsmål er fordelingen av medlemmer med juridisk og økonomisk fagkyndighet, generelt og i den enkelte sak.

Selv innen fagdisiplinene juss og økonomi vil det være stor variasjon mellom medlemmenes erfaring og spesialkompetanse. Et viktig organisatorisk valg er om nemnda skal settes med generalister eller spesialister.

Utvalget har sett hen til hvordan kravene til kompetanse ved overprøving av konkurransesaker er regulert i andre land. I forslag om ny overprøvningsstruktur i Sverige, se punkt 5.2.4, er kompetansekravene til de økonomiske ekspertene formulert som et krav om økonomisk eller annen relevant utdanning og erfaring med de problemstillinger som behandles i patent- og marknadsdomstolene. Samfunnsvitenskapelig utdanning regnes som annen relevant utdanning.

Blant andre norske klageordninger, har utvalget funnet KFIRs sammensetning interessant. Nemnda har en leder og en nestleder som begge må oppfylle kravene til dommere. Nemnda skal ellers ha den kompetanse som er nødvendig for en forsvarlig saksbehandling. Nemnda har et utvalg av medlemmer med både teknisk og juri-

disk kompetanse. Nemndlederen setter nemnda med i alt tre medlemmer i den enkelte sak.

Utvalget anser at Konkurranseskilagenemndas leder og nestleder bør være jurister. Bakgrunnen for dette er at behandling av saker etter konkurranseloven i stor grad består av ren rettsanvendelse. Likheten med domstolenes virksomhet er svært stor. Nemnda skal vurdere bevis og anvende rettsregler på sakens faktum. Dette er oppgaver som etter sin art krever juridisk kompetanse. Utvalget anser derfor at det blir svært viktig for nemndas tillit og legitimitet at det blir ansatt personer med dommererfaring, ikke bare dommerkompetanse, i nemnda.

Det foreslås å lovfeste at kompetansekravene for Konkurranseskilagenemndas leder og nestleder bør tilsvare kravene i domstoloven § 54 første ledd som lyder:

«Høyesterettsdommere, førstelagmenn og lagmenn må ha fylt 30 år og ha juridisk embetsekamen eller mastergrad i rettsvitenskap.»

For øvrig bør utvalget av nemndmedlemmer bestå av jurister og økonomer. Det bør være forholdsvis flere jurister enn økonomer i utvalget, da nemnda i den enkelte sak skal bestå av et flertall jurister, jf. avsnittet under. Disse bør inneha kompetanse på nivå med mastergrad eller høyere. For juristene vil særlig kompetanse i konkurranserett og EU/EØS-rett være viktig, men også forvaltningsrettslig og sivilprosessuell kompetanse vil være relevant. For økonomene vil særlig kompetanse innen konkurranseøkonomi være sentral.

Ved sammensetningen av nemnda i den enkelte sak anser utvalget at medlemmer med juridisk kompetanse skal være i flertall. Det vil si at i saker som settes med tre medlemmer slik hovedregelen vil være, skal det være to jurister og en økonom. Den ene juristen vil som hovedregel være nemndleder, jf. ovenfor under punkt 8.3.5. Begrunnelsen er den samme som for at leder og nestleder bør være jurister, se ovenfor. Ved behandling av den enkelte sak bør ett nemndmedlem ha tilstrekkelig konkurranseøkonomisk kompetanse til å sikre at nemndas faglige kompetanse er på nivå med eventuelle konkurranseøkonomisk sakkyndige for partene.

Utvalget legger til grunn at kompetansekravene for andre medlemmer enn leder og nestleder ikke behøver å lovfestes, men legger til grunn at hensynene som har blitt fremhevet om faglig bakgrunn og erfaring vil bli vektlagt ved ansettelsesprosessen/utnevningen for nemnda.

8.3.7 Honorering av nemndas leder, nestleder og medlemmer

Nivået på avlønning og honorering vil ha stor betydning for hvem som vil påta seg et verv som nemndmedlem. Avlønning eller honorering av utvalgsmedlemmene kan også ha betydning for nemndas saksbehandling. Desto sterkere sammenheng det er mellom medlemmenes individuelle tidsbruk og avlønning, desto sterkere vil insentivene være til grundig saksbehandling av den enkelte sak. Motsatt vil en flatere avlønningsmodell gi insentiver til mer overfladisk saksbehandling.

Utvalget viser i denne forbindelse til det nye forslaget fra Finansdepartementet om endringer i klagenemndsordningen på skatte- og merverdiavgiftsområdet, hvor det er blitt hevdet at godtgjøringsordningen for nemndmedlemmene har gitt uheldige insentivvirkninger.⁵ Godtgjøringen av nemndmedlemmene i de regionale skatteklagenemndene ble tidligere gitt som et fast beløp basert på et overslag over den samlede tiden det ble antatt at utførelsen av vervet ville ta. Denne godtgjørelsen omfattet både tiden til skriftlig behandling og til behandling i møter, med den konsekvens at det ikke var insentiv til å avholde møter selv om det var behov for det.

Etter utvalgets vurdering bør det legges vekt på denne erfaringen ved fastleggingen av honorar for medlemmene i en konkurransklagenemnd, slik at det gis de riktige insentivene til en grundig og faglig forsvarlig saksbehandling. Honorering har også betydning for hvorvidt oppgavene som nemndmedlem vil bli prioritert i forhold til andre arbeidsoppgaver medlemmet har.

Utvalget har sett hen til avlønningsmodeller i andre norske klageorganer.

I Medieklagenemnda honoreres medlemmene per time utført arbeid etter statens satser for utvalgsgodtgjørelse, jf. boks 8.1. I Markedsrådet har lederen og nestlederen en fast årlig godtgjørelse. For 2014 utgjør denne 136 300 kroner for lederen og 59 300 kroner for nestlederen. De øvrige medlemmene i Markedsrådet honoreres etter antall timer etter statens satser for utvalgsgodtgjørelse.

I KFIR får nemndmedlemmene, bortsett fra leder og nestleder, i de fleste saker 1 500 kroner per sak. I patentsaker er honoraret 2 400 kroner per sak. For særlig arbeidskrevende saker gis det ekstra timehonorering.

Godtgjøring til fagkyndige meddommere og sakkyndige for domstolene er også en relevant sammenligning, selv om honoraret her dekkes av partene i saken og ikke av staten. Fagkyndige meddommere får godtgjøring etter rettsgebyrfor-skriften. Utgangspunktet er et honorar på 1 000 kroner per dag i retten, jf. forskriften § 1-2. Retten kan i den grad det finnes rimelig tilkjenne dekning av tapt arbeidsfortjeneste i tillegg til det faste honoraret. Dette er nok i dag den praktiske hovedregel, fremfor standardgodtgjørelse.⁶ Oppnevnt sakkyndig godtgjøres etter den alminnelige salærsats, jf. salærforskriften § 1 annet ledd. Satsen utgjør i dag 965 kroner per time.

Som det er vist til i punkt 8.3.6 vil nemnda være avhengig av høyt kvalifiserte medlemmer. Høy kompetanse hos nemndmedlemmene er viktig for rettsikkerheten. Personer som er høyt kvalifisert vil gjerne også ha høy lønn i sin nåværende stilling. Det er svært viktig at honoreringen av nemndmedlemmene er så god at det vil være attraktivt å være medlem av nemnda. Det er også viktig å sikre at de som tar på seg vervet prioriterer oppgavene som nemndmedlem.

Som beskrevet under punkt 8.3.4. mener utvalget at leder og nestleder bør ansettes i full stilling eller eventuelt en lavere stillingsprosent. Utvalget mener da det kan være riktig å se hen til avlønning av dommere ved fastsettelse av et riktig lønnsnivå. Personer som i dag er dommere i tingretten eller lagmannsretten vil være godt egnet til å inneha stillingene som leder og nestleder i en konkurransklagenemnd. Lønnen bør derfor ligge noe over nivået for dommere i tingretten og lagmannsretten for å tiltrekke seg slike kandidater. Utvalget foreslår derfor at lønnsnivået for en førstelagmann gir veiledning, jf. boks 8.1. Ved ansettelse i en lavere stillingsprosent kan lønnen tilpasses forholdsmessig.

Utvalget har drøftet om øvrige nemndmedlemmer bør betales pr. sak eller om godtgjørelsen bør baseres på timesatser. Timegodtgjørelse vil være et godt insitament til å gjøre en grundig jobb med saken. Medlemmenes arbeidsbyrde vil også kunne variere fra sak til sak ettersom nemndmedlemmene har ulik kompetanse. I enkelte saker vil et medlem kanskje ha behov for å sette seg særskilt inn i et nytt område, mens en annen sak kan reise faglige problemstillinger som et av medlemmene har særskilt kompetanse på og som gjør at denne personen tar på seg et særskilt ansvar. Godtgjørelse basert på tidsbruk vil da kunne

⁵ Finansdepartementet, Høringsnotat – endringer i klagenemndsordningen på skatte- og merverdiavgiftsområdet, sendt på høring 28. april 2014.

⁶ Ulsted, Tor André, «Fagkyndige meddommere i sivile rettsaker», Lov og Rett, 2014 nr. 4 s. 229.

fremstå som rettfærdig. På den annen side står nemnda sammen om avgjørelsen, og det må forutsettes at alle har satt seg godt inn i saken. Det kan da gi et galt signal om enkelte medlemmer får høyere godtgjørelse i samme sak.

Utvalget har kommet frem til at godtgjørelsen for medlemmer bør settes til et fast beløp etter hvilken type sak som behandles, og at det gis tillegg (timebetaling) for særlig krevende saker. Det kan også være aktuelt med tillegg dersom et medlem som ikke er ledere eller nestleder utformer selve avgjørelsen.

Et fast beløp kan beregnes ut ifra hva som er anslått timebruk ved fusjonssaker. Det kan da gjøres en beregning av et fast beløp basert på en andel av lønnen til en førstelagmann. Det antas at saker om overtredelsesgebyr og pålegg om opphør kan kreve lenger tid. Utvalget anbefaler likevel at det tas utgangspunkt i samme faste beløp som for fusjonssaker, og at resterende tidsbruk dekkes etter fast timesats. Videre anbefales det at saker om innsyn samt pålegg om opplysningsplikt dekkes av en timesats. Det vil være vanskelig å etablere et fastbeløp for slike saker, både fordi de rettslige spørsmål som oppstår i slike saker kan være varierende, men særlig fordi dokumentmengden som må vurderes i det enkelte tilfelle ikke kan forutberegnes.

Dersom honorering skal følge et time for time-prinsipp, er sannsynligvis statens utvalgssatser for lave for rekruttering av tilstrekkelig kvalifiserte personale. Utvalget er kjent med at aktuelle medlemmer til organer som benytter statens utvalgssatser har takket nei til oppnevning med den begrunnelse at godtgjøring er for lav. Av hensyn til rekrutteringen mener utvalget at man ved fastsettelse av timepris må se hen til markedsprisen den aktuelle kompetansen har i markedet ved innkjøp av rådgivning, advokattjenester, ekspertuttalelser osv. Markedspris vil ligge utenfor statens satser for utvalgsgodtgjørelse. Utvalget anbefaler at det ikke gis tillegg for tapt arbeidsfortjeneste, men at timesatsene reflekterer at nemndmedlemmene utfører oppdraget for nemnda istedenfor annet innteksbringende arbeid.

8.3.8 Krav til lokaler, saksbehandlingsverktøy og annen teknisk infrastruktur

Et spørsmål som er praktisk viktig for organets virksomhet er hvordan det settes opp med fysisk og teknisk infrastruktur.

Utvalget legger til grunn at nemnda må ha et fast kontor for sekretariatet og eventuelt leder og nestleder i fulltids- eller deltidstilling. Kontoret

bør ha tilgang til møteromsfasiliteter for mindre møter. Skal det arrangeres større muntlige forhandlinger eller høringer, kan det leies inn lokaler til dette.

Nemnda vil ha behov for diverse teknisk utstyr for å fungere hensiktsmessig og effektivt. Foruten datamaskiner, telefoner og elektronisk saksbehandlings- og arkivsystem, vil det være behov for utstyr til videokonferanser, tekniske løsninger for hjemmekontor samt en nettsideløsning. Det må også kjøpes eksterne tjenester knyttet til drift og support av IT-løsninger som maskinvare, infrastruktur og programvare. Dette utgjør kostbare investeringer og driftsutgifter.

En felles sekretariatsløsning med ett eller flere andre klageorgan kan redusere disse kostnadene vesentlig, jf. punkt 7.7. Det bør vurderes om det vil bli billigere å tilpasse et allerede etablert saksbehandlings- og arkivsystem til å håndtere ytterligere nye sakstyper, enn å anskaffe et nytt system for konkurransesakene. Det samme gjelder for drifts- og supportavtaler for IT-løsningene. Felles sekretariatsløsning antas uansett å innebære en kostnadsbesparelse ved at leie- og driftsutgifter tilknyttet fellesarealer, møterom og lignende kan deles på flere. Felles sekretariat medfører altså at både engangs investeringsutgifter og enkelte driftsutgifter vil reduseres og gi en effektivitetsgevinst.

Boks 8.1 Sammenligningsgrunnlag

Som sammenligningsgrunnlag tas inn følgende opplysninger om godtgjøring og lønn:

Veiledende satser for utvalgsgodtgjørelse, jf. Statens personalhåndbok pkt. 10.14.2:

- 534 kroner per time for leder
- 405 kroner per time for øvrige medlemmer

For selvstendig næringsdrivende, som i vesentlig utstrekning har utgifter til for eksempel eget kontor eller vikar, kan det gis høyere godtgjørelse:

- 1 114 kroner for arbeid i møte
- 405 kroner for møteforberedelser

Regelverket åpner for utvidet godtgjørelse som erstatning for tapt arbeidsinntekt.

Dommerlønninger pr. 01.10.2013:

Tingsrettsdommer:	993 000 kroner
Lagdommer:	1 043 000 kroner
Førstelagmann:	1 293 000 – 1 387 000 kroner

Utvalget vil påpeke at det er avgjørende for at nemnda skal kunne fungere at den får de ressurser som er nødvendige for en sikker og effektiv utførelse av sine arbeidsoppgaver.

Dette er imidlertid ikke noe som utvalget anser bør reguleres i lov eller forskrift.

8.3.9 Særlig om sekretariatsfunksjonen

Sekretariatet kan utføre en rekke forskjellige oppgaver i klagesaksbehandlingen, som journalføring av saksdokumenter, kopiering og organisering av saksmapper, administrering av innsynsbegjæringer, organisering av møter, bestilling av tjenester og ekspedering av korrespondanse. Normalt må sekretariatet også håndtere økonomisk-administrative forhold, som føring av regnskap, utarbeidelse av budsjett og betaling av regninger.

Sekretariatet kan også ha faglige og prosessledende oppgaver, som å vurdere innkommende dokumenters relevans og betydning for saken, føre referater fra møter, forberede og skrive utkast til vedtak, gjøre juridiske, faktiske eller økonomiske utredninger med mer.

Eksempler på organer hvor sekretariatet står for det meste av den faglige saksforberedelsen er UNE og Medieklagenemnda. Kabeltvistnemnda er eksempel på en nemnd uten sekretariat, hvor nemnda selv står for alt administrativt arbeid. I Fylkesnemndene, KFIR og Trygderetten står fast ansatte nemndledere for det meste av saksforberedelsen.

For at nemnda skal kunne fungere godt og effektivt, er det svært viktig at den får tilstrekkelige sekretariatsressurser.

Som beskrevet under kapitlet om nemndas sammensetning (punkt 8.3.5), mener utvalget at det er viktig at nemnda involveres i alle trinn i saksbehandlingen. Det er nemndmedlemmene som har ansvaret for avgjørelsene. Det vil være mest hensiktsmessig og ressurseffektivt at medlemmene i Konkurransklagenemnda da også har ansvar for utredningen og forberedelsen av klagesakene. Sekretariatets rolle bør være å bistå nemnda i saksforberedelsen, samt håndtere generell administrasjon.

Omfanget av sekretariatsoppgaver og behovet for kontinuerlig bemanning, tilsier at det kan ansettes en sekretariatetsleder i full stilling. Sekretariatet må også ha en person som kan fungere for sekretariatetsleder ved fravær. Behovet for flere personer i sekretariatet vil variere i takt med saksomfanget. Sekretariatet må også ha tilgang på kontoradministrativ kompetanse (regnskap, arkiv, innkjøp).

I punkt 7.7 har utvalget vurdert muligheten for fusjonering med andre klageorganer. Å legge Konkurransklagenemndas sekretariatsfunksjon til et allerede eksisterende klagenemndssekretariat, eksempelvis Markedsrådet eller KFIR, vil føre til at sekretariatet blir mindre sårbart og mer kostnadseffektivt. Det kan også være gunstig for arbeidsmiljøet, ved at sekretariatet får et bredere tilfang av arbeidsoppgaver og et større miljø.

Et eksempel på dette i praksis er Markedsrådet, som har felles sekretariat med Forbrukertvistutvalget. Et annet eksempel er Klagenemnda for behandling i utlandet som har felles sekretariat med Preimplantatsdiagnostikknemnda. En løsning med felles lokalisering med Konkurransetilsynet anser utvalget som lite ønskelig da det vil kunne svekke tilliten til uavhengigheten.

Et effektivt og tilstrekkelig stort sekretariat med god faglig kompetanse vil også kunne avhjelpe en del av de problemer som utvalget har pekt på tidligere i innstillingen, ved at et begrenset og uforutsigbart sakstilfang vil gjøre det vanskelig å ansette nemndmedlemmer på heltid. I tillegg anser utvalget at det bør vurderes om nemndleder i enkelte tilfeller skal ha adgang til å skaffe ekstra sekretariatstjenester. Dette kan det være behov for dersom nemnda mottar flere omfattende og kompliserte saker samtidig.

8.4 Saksbehandlingsregler

8.4.1 Innledning

I dette kapitlet redegjøres det for de vurderinger som ligger til grunn for saksbehandlingsreglene utvalget foreslår.

Formålet med saksbehandlingsregler er å sikre materielt riktige beslutninger. En hensiktsmessig og tydelig regulering skaper klarhet, forutberegnelighet og tydeligere ansvarsfordeling.

Det er flere muligheter når det gjelder valg av prosessform og saksbehandlingsregler. Reglene bør tilpasses de forskjellige konkurranserettslige sakene, samt organisering, utredningskapasitet og fagkompetanse i klagenemnda. Utvalget anser det som avgjørende for en effektiv klagebehandling, som utnytter ressursene i nemnda på best mulig måte, at det er anledning til å tilpasse prosessen etter hvilken type sak som er til behandling.

Saksbehandlingsreglene som beskrives i det følgende vil derfor som utgangspunkt kunne legges til grunn for saksbehandlingen for både modell 1, 2 og 3. Gjennomføring av modell 3 vil imidlertid kreve noen tilpasninger ut over det som

er beskrevet i punkt 8.4 som følge av at organet da vil fatte vedtak som første instans og ikke behandler klager på Konkurransetilsynets vedtak.

8.4.2 Partsprosess eller forvaltningsprosess

Ved vurdering av hvilke saksbehandlingsregler som skal gjelde for et konkurranseklageorgan har utvalget tatt utgangspunkt i de to prosessmodellene, partsprosess og forvaltningsprosess (også kalt inkvisitorisk prosess).

En partsprosess kjennetegnes av at parter med motstridende interesser legger frem sine respektive syn på faktum og den rettslige vurderingen av saken. Det er hovedsakelig partene (ved deres prosessfullmektiger) som utreder faktiske og rettslige forhold. Partene skaffer til veie bevis, innkaller vitner, finner de relevante rettskilder og bygger opp den rettslige argumentasjonen. På denne måten bereder partene grunnlaget for avgjørelse i saken. Beslutningsinstansens viktigste oppgaver er å lede partenes forhandlinger, anvende gjeldende rett og avgjøre hvem som skal få medhold, formulert i en begrunnet avgjørelse. Norsk domstolsprosess er en partsprosess, men inneholder momenter fra forvaltningsprosessen. Eksempler på dette er i straffeprosessen og i sivile saker hvor partene ikke har fri rådighet over sakens gjenstand (indispositive saker).

Saksbehandlingen i enkelte forvaltningsorganer er også i stor grad utformet som en partsprosess, for eksempel saksbehandlingen i fylkesnemndene for barnevern- og sosiale saker. Behandlingen av saker i Markedsrådet, jf. ovenfor under punkt 4.3, har også preg av partsprosess. Det gjennomføres muntlige forhandlinger hvor Forbrukerombudet har en slags partsrolle. Markedsrådet har imidlertid full adgang til å prøve alle sider av saken uavhengig av partenes anførsler, slik hovedregelen er i forvaltningsretten.

Forvaltningsprosessen er, som det fremgår av navnet, hovedformen innen forvaltningen. I forvaltningsprosessen har klageinstansen ansvar for at saken er tilstrekkelig opplyst rettslig og faktisk til at det er forsvarlig å treffe en avgjørelse (forvaltningsloven § 17), forvaltningsorganet styrer saken mer aktivt og private parter har ingen egentlig motpart å forholde seg til. Forvaltningsorganet har et selvstendig ansvar for å klarlegge faktiske forhold i saken, og kan ikke nøye seg med å vise til partenes bidrag. Plikten kan omfatte aktiv innhenting av opplysninger av betydning for saken.

Hvor langt plikten strekker seg vil kunne variere avhengig av blant annet sakstype, hvor mye

saken haster og hvor viktig eller komplisert saken er. Hvis det er parter i saken som ikke allerede har uttalt seg, må forvaltningsorganet varsle disse og gi dem frist til å uttale seg. I klagesaker er dette tilfellet når det er andre parter i saken enn klager. Forvaltningsorganet har også ansvar for en del av saksforberedelsene som advokatene gjerne utfører i en partsprosess, og partene skal i utgangspunktet kunne klare seg uten advokat.

Valg av prosessform kan ha betydning for kostnadsfordelingen i saken. En partsprosess kan føre til et økt behov for advokatbistand hos partene, mens en forvaltningsprosess kan gi økte kostnader til utredning hos klageorganet. Skal prosessen ha muntlige innslag vil dette medføre økte kostnader til prosedyre både for Konkurransetilsynet og de private partene. Dette vil imidlertid kunne variere fra sak til sak og vil nok også i mindre grad slå til for konkurransesaker enn i mange andre typer saker i forvaltningen. I de typiske sakene for Konkurransetilsynet og derfor også for nemnda, vil den private parten være ressurssterk og i stand til å ivareta sine interesser i stor grad. Partene og advokatene bidrar allerede i dag i stor grad med å opplyse saken av eget tiltak og ikke bare når de blir pålagt det etter konkurranseloven § 24. Forskjellen blir dermed antagelig ikke så stor.

Utvalget anser det ikke som hensiktsmessig å følge utelukkende en forvaltningsprosess eller en partsprosess. I den videre drøftelsen vil utvalget vurdere konkret hvilke saksbehandlingsregler som er mest hensiktsmessig for ulike situasjoner. Ettersom en konkurranseklagenemnd vil være et forvaltningsorgan, vil det i denne drøftelsen bli tatt utgangspunkt i forvaltningslovens regler. Det vurderes nærmere om disse er hensiktsmessige for et konkurranseklageorgan eller om forvaltningslovens utgangspunkt bør suppleres eller erstattes med elementer fra annet regelverk eller spesialtilpassede regler.

8.4.3 Utredningsplikten

Et viktig punkt er å vurdere om Konkurransesklagemennda skal ha en plikt til å utrede saken slik hovedregelen er etter forvaltningsloven § 17, eller om partene i større grad bør pålegges å utrede saken slik som i en partsprosess.

Selv om forvaltningsloven § 17 etter lovens systematikk bare gjelder direkte for enkeltvedtak, gir bestemmelsen uttrykk for et generelt prinsipp som gjelder for alle forvaltningsavgjørelser. Hvor store krav som skal stilles til saksutredningen, vil imidlertid avhenge av avgjørelsens karakter, og

her vil enkeltvedtak typisk være blant de sakene som krever den grundigste behandling.

Gjennomgangen av ulike organer i kapittel 4 viste at alle organer, med unntak av KOFA og Domeneklagenemnda, har en plikt til å påse at saken er tilstrekkelig opplyst. Dette gjelder også Arbeidsretten, selv om denne er organisert som en domstol. Utredningsplikten i forvaltningslovens § 17 gjelder for KFIR, UNE, Kabeltvistnemnda, Markedsrådet og fylkesnemndene, mens Arbeidsretten og Trygderetten har egne regler om sakens opplysning.

En utredningsplikt vil blant annet ha betydning for hvilket utredningsapparat klageorganet bør utrustes med. Dette ble fremhevet i forarbeidene til gjeldende konkurranselov, hvor det uttales om partsprosess:

«Denne siste modellen gir parten muligheter for en mer aktiv måte å utøve kontradiksjon i forhold til førsteinstansen, men forutsetter nok for å bli effektiv at partene har reelle og formelle muligheter til aktivt å ivareta sine interesser.»

«På den annen side vil en slik organisering innebære at det ikke er nødvendig å utstyre Konkurransenemnda med så store sekretariatsressurser som en regulær forvaltningsmodell ville forutsette, fordi partene, det vil si tilsynet og foretakene, i praksis vil måtte utføre mer av saksforberedelsen.»⁷

En partsprosess hvor en overveiende del av utredningen er lagt på partene kan forsterke forskjeller i partenes styrkeforhold sammenlignet med en typisk forvaltningsprosess, hvor en uavhengig klageinstans har hovedansvaret for saksutredningen. Konkurransesakene kjennetegnes imidlertid med at de i større grad enn mange andre forvaltningsaker har svært ressurssterke parter, som nesten alltid er representert ved advokat, slik at dette hensynet ikke blir like tungtveiende som ellers.

At konkurranseretten dreier seg om offentlig regulering og inngrep i privates rettsforhold taler for å ivareta partene ved å ha en klagenemnd som utreder saken, og ikke overlate utredning til partene og deres advokater. Det samme gjør ivaretagelsen av konkurranselovens formål som er å fremme konkurransen for bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Siden formålet tilgodeser samfunnet som helhet kan det være en fordel

om et offentlig upartisk organ utreder saken, slik at alle relevante momenter inkluderes.

Forutsatt at klagenemnda med sekretariat utstyres med tilstrekkelige utredningsressurser, vurderes det forsvarlig å regulere klagenemndas utredningsplikt på samme måte som i forvaltningsloven § 17. I denne forbindelse vises det til uttalelser i forarbeidene til endringer i konkurranseloven⁸ hvor det påpekes at utredningsplikten vurderes som fleksibel, slik at saksutredningen må kunne gjennomføres ut ifra en avveining av hensynet til en mest mulig korrekt avgjørelse, hensynet til effektiv saksbehandling, forvaltningens ressurser og partenes interesse i en rask avklaring. Det ble påpekt at i konkurranseretten vil særlig hensynet til en fleksibel og effektiv avslutning av saken være sentralt, men likevel slik at dette må avveies mot hensynet til partenes rettssikkerhet.

Etter en samlet vurdering anbefaler utvalget at klageorganet tillegges en selvstendig utredningsplikt, tilsvarende forvaltningsloven § 17. Dette er i samsvar med gjeldende regulering for de saker som i dag behandles av departementet ved forvaltningsklage, det vil si alle saker med unntak av saker om overtredelsesgebyr eller partsinnsyn i overtredelsessaker.

Ved saker om avhjelpende tiltak må krav til saksutredning og begrunnelse ses i lys av at det er partene selv som velger å foreslå tiltak, på bakgrunn av tilsynets foreløpige redegjørelse for konkurransemessige problemer. Utredningsplikten begrenses dermed i saker som gjelder avhjelpende tiltak, da Konkurransetilsynet ikke må påvise at det foreligger en overtredelse (§ 12 tredje ledd) eller at en foretakssammenslutning vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen (§ 16 annet ledd). For avhjelpende tiltak i overtredelsessaker vil det være tilstrekkelig at saken *kan* ende med vedtak, og i fusjonssaker er det tilstrekkelig at foretakssammenslutningen *kan* føre til konkurransebegrensende virkninger, samt at Konkurransetilsynet finner at de avhjelpende tiltakene som melderne foreslår vil avbøte disse virkningene. Rammene for utredningsplikten ved førsteinstansvedtaket vil legge føringer for klageinstansens utredningsplikt.

8.4.4 Omfanget av overprøvingen

Utvalget har vurdert om nemnda skal kunne prøve alle sider av saken, også de som ikke er tatt

⁷ NOU 2003: 12 s. 156.

⁸ Prop. 75 L (2012–2013) s. 25.

opp av partene eller Konkurransetilsynet, slik hovedregelen er etter forvaltningsloven § 34. Dette spørsmålet kan oppstå i forskjellige situasjoner. Bakgrunnen for at et forhold ikke er vurdert, kan være at partene har oversett et spørsmål eller at de ikke ønsker at det skal tas med ved vurderingen av saken. Det kan også tenkes situasjoner hvor Konkurransetilsynet har valgt å unnlate å utrede forhold som er relevante for bruk av overtredelsesgebyr, og nøyet seg med å vedta avhjelpende tiltak eller pålegg om opphør. Spørsmålet er uansett om det skal være noen begrensninger i nemndas adgang til å bringe inn forhold i klagebehandlingen som ikke ble behandlet i førsteinstansen, herunder til å bruke andre reaksjonsformer enn tilsynet valgte, samt om nemnda kan legge vekt på forhold som ikke er påberopt av partene eller tilsynet i klageomgangen.

Konkurransereglens formål er å ivareta samfunnets interesse av fungerende konkurranse, ikke å fastslå rettstilstanden til eller mellom private parter. EØS-konkurransereglene er å betrakte som «ordre-public»-regler og må derfor legges til grunn ved avgjørelser der de er relevante. Utvalget legger til grunn at nemnda bør ha utredningsplikt som et forvaltningsorgan, jf. forvaltningsloven § 17 samt innstillingen punkt 8.4.3. Det er på den annen side risiko for at forhold som ikke er påberopt av partene ikke er belyst like grundig som de øvrige momenter i saken. Hensynet til å få saken behandlet riktig og avklart snarest mulig kan likevel tale for at nemnda gis adgang til å ta hensyn til samtlige forhold som er av betydning for overprøving av tilsynets vedtak, dersom partene samtidig får tilstrekkelig anledning til å utøve sin rett til kontradiksjon.

Utvalget anser at disse hensynene samlet sett tilsier at det ikke er grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen i forvaltningsretten om at klageorganet står fritt til å vurdere alle sider av saken.

Forvaltningsloven § 34 tredje ledd begrenser imidlertid klageinstansens adgang til å omgjøre vedtaket til skade for klager. Vedtaket kan i utgangspunktet ikke endres til skade med mindre klagers interesser «finnes å måtte vike for omsynet til andre privatpersoner eller offentlige interesser.» Det følger av bestemmelsens forarbeider (Ot.prp. nr. 3 (1976–77) s. 96) at regelen er begrunnet i at det kan oppleves som støtende og avskrekkende for potensielle klagere hvis man skal kunne risikere «å falle for eget grep». Klageorganet må bruke sin kompetanse til å endre til skade for klageren med forsiktighet, og dette må vurderes spesielt.

Videre er det «alle sider av saken» som er gjenstand for klageinstansens overprøving, jf. § 34 annet ledd. Det kan stilles spørsmål ved om klagenemnda kan ilegge overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, i en overtredelsessak der tilsynet har pålagt opphør av ulovlig atferd etter § 12, men ikke ilagt gebyr. Overtredelsesgebyr er å anse som straff etter EMK, og kan bare ilegges etter en vurdering av om det foreligger skyld hos foretaket. Pålegg om opphør og vedtak av avhjelpende tiltak har etter utvalgets vurdering ikke karakter av straff (men mer av inngrep med virkning for fremtiden), og forutsetter heller ikke vurdering av skyld. Utvalget anbefaler derfor at Konkurranseskilagenemnda uansett tolkingen av forvaltningsloven § 34 ikke skal ha kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 i forbindelse med klagebehandling av en overtredelsessak der Konkurransetilsynet har pålagt opphør etter § 12 eller vedtatt avhjelpende tiltak.

8.4.5 Saksforberedelsesfasen

8.4.5.1 Innledende saksbehandling

Utvalget har vurdert om det er grunn til å la klagen gå direkte til nemnda eller via førsteinstansen slik det følger av forvaltningsloven § 32 samt § 33 fjerde ledd. I dagens klagebehandling følges forvaltningslovens system hvor klagen sendes Konkurransetilsynet. Konkurransetilsynet vurderer klagen, og dersom tilsynet ikke finner grunn til å omgjøre vedtaket fullt ut i klagers favør sendes den til departementet sammen med tilsynets vurdering.

Det er både fordeler og ulemper med denne fremgangsmåten. På den ene siden kan den forlenge prosessen noe, men på den annen side er det en fordel at førsteinstansen, Konkurransetilsynet, får anledning til å vurdere omgjøring eller til tidlig å komme i dialog med klager.

Avveiningen mellom fordeler og ulemper ved å følge reglene i forvaltningsloven § 32 og § 33 kan variere noe fra sakstype til sakstype, ut fra hvor stor sannsynligheten er for at Konkurransetilsynet vil omgjøre, helt eller delvis, den påklagede avgjørelse. I klager over avslag på innsynsbegjæringer, vil det ofte være en fordel om tilsynet får anledning til å foreta ytterligere vurderinger. Erfaringen fra disse sakene tilsier at tilsynet ikke sjelden gir klager delvis medhold i klagen. Dersom dette skjer vil det være tids- og ressursbesparende å la klagen gå om tilsynet. I de materielle konkurransesakene derimot vil Konkurransetilsy-

nets saksbehandling i de fleste sakene allerede ha vært omfattende og dialogen med privat(e) part(er) har pågått over lengre tid. Det er derfor lite sannsynlig at en ny runde etter at vedtak er truffet, vil føre til endringer. Konkurransetilsynet vil dessuten uansett ha anledning til å omgjøre sitt vedtak etter forvaltningsloven § 35.

Utvalget er usikker på hvor mye som er å vinne på å gjøre unntak fra forvaltningsloven § 32 og § 33 i konkurransesaker og fremmer derfor ikke noe konkret forslag om endring av reglene. Utvalget nøyer seg med å påpeke at dette kan føre til en viss reduksjon av saksbehandlingstiden og en effektivisering av klagebehandlingen.

Utvalget anbefaler at det settes en frist for Konkurransetilsynets oversendelse av saken til nemnda i fusjonssaker, og at denne settes til 15 virkedager på samme måte som i dag, jf. konkurranseloven § 20 a første ledd. Dette foreslås regulert ved endringer i konkurranseloven § 20 a. For øvrige saker anbefaler utvalget at forvaltningslovens regel om at sakens dokumenter sendes klageinstansen så snart saken er tilrettelagt skal gjelde, jf. forvaltningsloven § 33 fjerde ledd.

I den forberedende fasen vil det være nødvendig å gi partene innsyn i dokumenter. Utvalget mener at de alminnelige reglene om innsyn etter forvaltningsloven §§ 18 og 19 (samt konkurranseloven § 26) er tilstrekkelige. Under saksutredningen må klageorganet sørge for at partene får oversendt sakens dokumenter og mulighet til å uttale seg, slik at retten til kontradiksjon overholdes.

Nemnda må også kunne sette rammer for saksbehandlingen ved å legge føringer på omfanget av innlegg. Utvalget mener imidlertid ikke at det er nødvendig å lovregulere dette.

Når det gjelder begrensninger som følger av taushetsplikt, er regelen om forretningshemmeligheter i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, om «tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår», særlig relevant i konkurransesaker.

Konkurransklagenemnda må ha tilsvarende mulighet til å få oversendt eventuell taushetsbelagt informasjon, som departementet har ved dagens behandling av klagesaker. For å kunne ta stilling i klagesaken er det viktig at klageorganet får tilgang til informasjon som har betydning for avgjørelsen, og at dette oversendes fra Konkurransetilsynet samtidig med oversendelse av klagen. Det legges til grunn at forvaltningsloven også åpner for å oversende ellers taushetsbelagte opplysninger til Konkurransklagenemnda.

Der det er adgang til å klage over nemndas prosessledende avgjørelser, for eksempel ved avslag på en innsynsbegjæring eller vedtak om avvisning på grunn av manglende klagerett, kan klagen avgjøres enten av departementet eller tingretten. Å la slike saker gå til domstolene har utvalget vurdert som en unødvendig kostbar og omfattende behandling av disse spørsmål. Et moment er også at innsynsbegjæring etter forvaltningsloven, konkurranseloven og offentlighetsloven bør behandles av samme instans. Selv om det ikke er materielle spørsmål som overlates til departementet i disse sakene, vil en slik ordning i en viss utstrekning svekke klagenemndas uavhengighet. Utvalget anser likevel ikke at dette er et så stort problem at det gir grunnlag for å anbefale domstolsbehandling.

Forvaltningslovens regler om inhabilitet gjelder også for de som tilrettelegger grunnlaget for saken, jf. forvaltningsloven § 6. Dette omfatter en saksbehandler som vurderer saken, eventuelt også treffer prosessledende beslutninger i forbedrende fase, men vil vanligvis ikke gjelde for et sekretariat som utfører rent administrative oppgaver som innkalling til møter, utsendelse av korrespondanse og lignende. Utfører sekretariatet oppgaver som kan påvirke utredningens innhold, vil de derimot kunne være inhabile til å tilrettelegge saken. Spørsmålet om habilitet er drøftet nedenfor under punkt 8.4.6.2.

8.4.5.2 Opplysningsplikt og bevissikring

For å kunne utføre sine oppgaver som klageorgan er nemnda avhengig av å få tilstrekkelig informasjon til at saken blir tilstrekkelig opplyst. Nemnda må derfor ha hjemmel til å pålegge opplysningsplikt, herunder plikt til dokumentfremleggelse/ utleveringsplikt og rett til å kreve muntlige opplysninger. En slik plikt bør gjelde overfor både fysiske og juridiske personer, samt overfor underinstans, parter og tredjepersoner.

Konkurranseloven § 24 gir en svært vidtgående regel om opplysningsplikt, og denne gjelder både for Konkurransetilsynet og departementet. Utvalget anser at denne regelen bør gi nemnda tilvarende rettigheter som departementet har i dag, slik at klageorganet har mulighet til å rette kravet mot «enhver», det vil si både sakens parter og andre. Dette kan løses ved at konkurranseloven § 8 første ledd endres slik at Konkurransklagenemnda tas med i oppregningen over hvilke organer som regnes med som «konkurransemyndigheter».

Utvalget har også vurdert om nemnda skal ha adgang til å instruere Konkurransetilsynet om å utrede ulike forhold for nemnda. Departementet har i dag en slik instruksjonsadgang som følge av det alminnelige overordningsforholdet mellom tilsyn og departementet. En konkurranseklogenemnd vil ikke ha samme overordningsforhold til Konkurransetilsynet. Utvalget anser det som viktig for nemndas legitimitet at det ikke er noen bånd mellom tilsynet og nemnda. En slik instruksjonsadgang vil kunne anses som en uheldig kobling, som kan føre til at nemndas saksbehandling ikke oppleves som uavhengig av Konkurransetilsynets saksbehandling. Utvalget mener derfor at Konkurransseklogenemnda ikke bør ha en slik instruksjonsadgang.

Etter Konkurranseloven § 25 kan Konkurransetilsynet foreta bevissikring, det vil si ransaking og beslag både hos foretak og privatpersoner. Etter utvalgets oppfatning er det neppe behov for at klageorganet skal ha slik hjemmel. Departementet har i dag heller ikke anledning til å foreta bevissikring. Saken vil, når den er kommet til klageorganet, ha pågått over lengre tid og bevissikring vil derfor sjelden være aktuelt i denne fasen. Nemnda vil etter konkurranseloven § 24 ha anledning til å be om skriftlig og muntlig informasjon og utlevering av dokumenter uavhengig av lagringsmedium. Dette bør være tilstrekkelig til å opplyse saken på klagebehandlingsstadiet.

8.4.5.3 Særlig om muntlighet i saksutredningen

Utvalget har vurdert hvor stor grad av muntlighet det bør åpnes for i nemnda, hvordan muntlighet skal gjennomføres, reguleres og hvem som skal delta i møter.

Skriftlig saksbehandling er hovedregelen i forvaltningsprosessen. Likevel er ikke forvaltningsloven til hinder for å avholde møter med partene. Forvaltningsloven § 11 d har enkelte regler om muntlighet. Av første ledd i bestemmelsen fremgår at «I den utstrekning en forsvarlig utførelse av tjenesten tillater det, skal en part som har saklig grunn for det, gis adgang til å tale muntlig med en tjenestemann ved det forvaltningsorgan som behandler saken.» Det følger av bestemmelsen annet ledd at dersom det avholdes muntlige høringer, møter eller telefonsamtaler har forvaltningen plikt til å nedtegne nye opplysninger eller anførsler.

Flere nemnder har regler om muntlighet i klagebehandlingen. Dette gjelder blant annet Markedsrådet, KFIR, Trygderetten, fylkesnemndene og UNE. I følge patentstyrelova § 7 skal Patentsty-

ret og Klagenemnda «på alle trinn i saksbehandlinga av eige tiltak vurdere om det er formålstenleg å halde møte med ein part eller ha munnlege forhandlingar med partane. Dersom ein part som har sakleg grunn for det, krev at det skal haldast møte eller munnlege forhandlingar, skal Patentstyret eller Klagenemnda etterkome kravet i den grad ei forsvarleg utføring av tenesta tillèt det, jf. forvaltningslova § 11 d. I ei sak der det er tvist mellom partar, må alle partar som tvistepunkta som skal drøftast gjeld, kallast inn til munnlege forhandlingar.» I tillegg har KFIR fastsatt utdypende retningslinjer for gjennomføring av de muntlige forhandlingene, hvor det blant annet fremgår hvor mye tid partene får til å redegjøre for saken osv.

Det varierer i hvilken grad nemndene faktisk avholder muntlige forhandlinger eller møter med partene. I Markedsrådet avholdes det som hovedregel muntlige forhandlinger, mens dette kun gjøres unntaksvis i for eksempel Trygderetten og UNE. KFIR avholdt tre muntlige forhandlinger i 2013. KOFA og Domeneklagenemnda har kun skriftlig behandling. I følge Difi-rapport 2014:2 er skriftlig saksbehandling hovedregelen i norske klagenemnder.

I dansk rett er det regler om muntlighet i saker for Konkurrenceankenævnet. Sakene behandles her muntlig dersom klageren eller den innklagede myndighet begjærer det, dersom formannen ikke beslutter at saken likevel skal behandles skriftlig. Forhandlingene er som hovedregel offentlige. Formannen bestemmer formen på den muntlige forhandlingen, herunder i hvilken rekkefølge de møtende skal ha ordet, og på hvilket tidspunkt forhandlingen er avsluttet.

EFTA-domstolen har hovedsakelig skriftlig behandling, med innslag av muntlighet, jf. vedtektenes for EFTA-domstolen artikkel 18. Den skriftlige delen består av oversendingen av «stevninger, saksfremstillinger, tilsvarende og erklæringer, og eventuelt av replikker så vel som alle slags aktstykker og dokumenter i bevisøyemed, eller bekreftede kopier av disse.» Den muntlige delen består av opplesing av fremstillingen utformet av saksforberedende dommer, og at domstolen hører «de befullmektigede, rådgiverne og advokatene» og eventuelt vitner og sakkyndige. Som hovedregel får partene inntil 30 minutter til å uttale seg og andre deltagere får inntil 15 minutter. Dette inkluderer ikke tiden det tar å svare på spørsmålene fra dommerne. EU-domstolens prosedyre er også delt i en muntlig og en skriftlig del. Den muntlige delen består av en offentlig forhandling hvor antallet dommere varierer etter hvor komplisert

saken er. Partenes advokater legger frem sine synspunkter for dommerne og generaladvokaten som så har anledning til å stille spørsmål. Generaladvokaten legger til sist frem sitt forslag til avgjørelse, før dommerne deretter diskuterer saken. Også avgjørelsen leses opp i et offentlig møte.

Etter utvalgets mening bør valget mellom skriftlig og muntlig behandling, skje blant annet ut fra en avveining av hensynene til forsvarlighet i behandlingen, proporsjonalitet, konsentrasjon og hurtighet.

Konkurranserettslige fusjonssaker og overtredelsessaker vil ofte omfatte komplekse vurderinger knyttet til avgjørelsen av sakens faktum. Det kan være behov for omfattende bevisførsel, der muntlige forhandlinger kan bidra til raskere og grundigere opplysning av saken. En domstolsliggende modell basert på muntlige forhandlinger vil imidlertid kreve at det settes av flere dager eller uker hvor altså både nemnd, parter og prosessfullmektiger er samlet. Ofte vil vanskeligheter med å finne et tidsrom hvor alle kan møte føre til at saksbehandlingen trekker ut i tid. Dette kan føre til at nemndsbehandling ikke blir rimeligere eller raskere enn en domstolsprosess.

I konkurranserettslige saker foreligger mange detaljerte økonomiske analyser og tekniske opplysninger, som utvalget mener best fremstilles skriftlig. Det kan da være en fordel at opplysninger som fremlegges muntlig *supplerer* den skriftlige klagebehandlingen. Det vil være en stor overvekt av dokumentbevis og utvalget ser liten grunn til at disse skal leses opp for nemnda. Utvalget er kjent med at departementet i fusjonssaker avholder møter med klager og andre involverte. Et møte som skal supplere skriftlig saksbehandling kan være nyttig for å klarlegge faktum på et tidligere stadium av saksbehandlingen hvor eventuelle uklarheter sannsynligvis er størst.

Utvalget anser at nemnda bør ha stor frihet til å velge, innenfor de krav som hensynet til forsvarlig saksbehandling og tilstrekkelig opplysning av saken stiller, mellom skriftlig og muntlig saksbehandling og graden av muntlighet i den enkelte sak. Utvalget legger til grunn at skriftlig bevisføring i de fleste saker vil være utgangspunktet, mens muntlige møter og forklaringer fra vitner vil være av supplerende karakter. Sakene vil i stor grad variere i art, kompleksitet og omfang. I materielle konkurransesaker bør det være innslag av muntlighet både av hensyn til sakens opplysning og av hensyn til nemndas legitimitet. Flertallet i utvalget legger til grunn at nemnda også skal behandle saker om overtredelsesgebyr. Etter gjeldende ordning overprøves disse sakene i domsto-

lene. Departementets begrunnelse for dette, se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) på side 117, var at en domstol ble ansett som bedre egnet enn departementet til å behandle disse sakene. Videre viste departementet til at «Når partene kan bringe saken direkte inn for domstolene vil de også få en endelig avgjørelse på et tidligere tidspunkt, enn hvis de hadde vært nødt til å gå veien om departementet. Det er også trolig at partene i saker om overtredelsesgebyr har større tillit til prosessen ved en domstol, enn ved klagebehandling i departementet.». Dette tilsier at det i behandlingen av slike saker bør være større innslag av muntlighet enn i fusjonssakene.

Utvalget anbefaler at det avholdes saksforberedende møte, som beskrevet i tvisteloven § 9-4, hvor det legges en plan for den videre saksbehandlingen.

Moderne informasjons- og kommunikasjonsteknologi gjør det mulig å gjennomføre muntlighet uten at aktørene må være fysisk til stede i møtet. Dette gjør at noen av ulempene ved muntlighet, som utsettelse fordi det er vanskelig å få parter og vitner til å møte, blir noe redusert. Valget behøver derfor ikke stå mellom skriftlighet og muntlighet i tradisjonell forstand. Dette underbygger behovet for tilpasset saksbehandlingsverktøy og annen teknisk infrastruktur i nemnda.

Utvalget har vurdert om det bør reguleres nærmere om alle parter og eventuelt Konkurransetilsynet bør være tilstede samtidig dersom det avholdes møter, eller om nemnda bør kunne møte partene og Konkurransetilsynet hver for seg. Å møte alle samtidig gir bedre muligheter for kontradiksjon. I mange saker vil det imidlertid være nødvendig å komme inn på forhold som anses som forretningshemmeligheter eller forhold som en part ikke vil redegjøre fritt om dersom andre er tilstede. For at saken skal bli fullt opplyst bør det derfor være mulig for nemnda å avholde møter med én part. Det bør imidlertid være full åpenhet om hvem det avholdes møte med og hva som er temaet for møtet. EMK setter skranker for adgangen til å avholde møte med en part alene, når saken gjelder straff etter EMK. Forvaltningslovens regel om plikt til å føre referat vil gjelde for nemnda, jf. fvl. § 11 d annet ledd. Utvalget legger til grunn at dersom noen fremlegger dokumenter i et møte så vil partene ha krav på innsyn etter forvaltningsloven. Nemnda bør av hensyn til kontradiksjon fremlegge slike dokumenter for parter i saken uoppfordret og uten ugrunnet opphold.

Utvalget anser at en regulering som gjelder for det danske Konkurrenceankenævnet og KFIR er en god løsning også for Konkurranseskilagenem-

nda. I begge disse nemndene kan partene begjære at det avholdes møte eller muntlige forhandlinger, men nemndlederen eller klagenemnda tar endelig stilling til om det skal avholdes møte eller muntlige forhandlinger. Utvalget anser at en slik regel vil gi den nødvendige graden av fleksibilitet for nemnda, samtidig som behovet for muntlighet ivaretas. Utvalget har inntatt en regel om muntlighet i lovforslaget § 7.

8.4.5.4 *Hjemmel til å pålegge møteplikt for parter samt vitneplikt ved behandling av saker – møterett for part*

Utvalget har vurdert hvorvidt det bør gis hjemmel for klageorganet til å pålegge partene og eventuelt andre møteplikt og vitneplikt. Utvalget anser at det særlig kan være et behov for dette ved muntlig behandling av fusjonssaker og atferdssaker. Det er antageligvis ikke samme behov for slik hjemmel ved prosessedende avgjørelser og innsynssaker.

Etter utvalgets forslag vil konkurranseloven § 24 gjelde tilsvarende for nemnda. Etter denne bestemmelsen er det plikt til å gi de opplysninger som konkurransemyndighetene ber om også muntlig, men bestemmelsen gir ikke hjemmel til å pålegge møteplikt i en muntlig høring for nemnda.

I konkurransesaker vil det antagelig ikke være et stort praktisk problem for partene da de vil ha en slik interesse av utfallet at de vil ønske å møte. Utvalget tror heller ikke det vil bli vanskelig å få vitner til å møte, og at det derfor ikke er nødvendig å oppstille en møteplikt. Etersom klagenemnda har en selvstendig utredningsplikt, mener utvalget at den heller ikke skal kunne avsi uteblyvesdom.

8.4.6 Avgjørelsesfasen

8.4.6.1 *Delegasjon*

I kollegiale organer er utgangspunktet at delegasjon til én eller flere av medlemmene i organet ikke er tillatt uten hjemmel. Mange klagenemnder har regler om delegasjon, særlig i enklere saker hvor det ikke er faglig påkrevd å la alle medlemmene vurdere saken, eller i hastesaker hvor det vil ta for lang tid å samle hele nemnda. I KFIR kan for eksempel ledere avgjøre enkelte saker alene. Det forutsettes da at saken ikke reiser tvilsspørsmål, og at det er åpenbart hva avgjørelsen skal gå ut på. Enkelte nemnder har også hjemmel til å delegere visse typer avgjørelser til sekretariatet, for eksempel behandles en betydelig andel av

sakene i Utlendingsnemnda av sekretariatet. Også KOFA har regler om at sekretariatet kan fatte enkelte avgjørelser i saksforberedelsesfasen.

Spørsmålet om delegasjon må sees i sammenheng med spørsmålet om klagenemnda skal ha forskjellig sammensetning/vedtakskompetanse. Utvalget har vurdert at fremfor å lage mer generelle regler om delegasjon, bør det fremgå av loven hvilke bestemmelser som kan avgjøres av nemndleder. Utvalget forslår at det bør være adgang for nemndleder til å avgjøre saker om innsyn eller pålegg om opplysningsplikt alene, se lovutkastet § 3 femte ledd. Øvrige saker skal avgjøres av tre medlemmer når ikke leder beslutter at de skal settes forsterket nemnd på fem medlemmer, se lovutkastet § 3.

8.4.6.2 *Regulering av habilitetsspørsmål*

Habilitetsreglene i forvaltningsloven gjelder i utgangspunktet for all offentlig forvaltning. I en klagenemnd som Konkurransseklagemennda vil habilitetsspørsmål være særlig aktuelle fordi nemnda vil bestå av personer som har nemndsarbeidet som bierverv. Med den spesialkompetanse og erfaring innen konkurranseområdet som nemndmedlemmene må ha for å kunne utføre vervet vil dette innebære at det i realiteten er en relativt liten krets av personer som er aktuelle for verv i nemnda. Dette kan medføre uheldige rollekombinasjoner som kan være egnet til å svekke tilliten til nemndmedlemmets upartiskhet.

Utvalget har vurdert om det er behov for karensregler for ansatte i Konkurransetilsynet og departementet for i noen grad å motvirke at slike problemer oppstår, men har kommet til at dette ikke er hensiktsmessig og at disse problemene heller bør reguleres gjennom habilitetsreglene. Utvalget har vurdert om det er ønskelig med særlige habilitetsregler for nemnda, utover det som følger av forvaltningslovens regler, og har da særlig sett hen til domstollovens regler om habilitet.

En viktig forskjell mellom regelsettene er at en dommer blir inhabil dersom vedkommende tidligere har behandlet saken som voldgiftsdommer eller i lavere rettsinstans som dommer eller lagrettemedlem, mens en tjenestemann i forvaltningen ikke automatisk blir inhabil som følge av tidligere befatning med en sak. Utvalget mener det vil kunne svekke tilliten til klagenemndas uavhengighet om (tidligere) ansatte i Konkurransetilsynet eller departementet kunne behandle saker i klagenemnda, som de selv har deltatt i behandlingen av på et tidligere tidspunkt. Det samme gjelder dersom et nemndmedlem tidligere har

behandlet saken i en annen klagenemnd, for eksempel Medieklagenemnda. Dette tilsier at forvaltningslovens regler om inhabilitet bør suppleres med en regel som i likhet med domstolloven § 106 lar tidligere befatning med en sak føre til inhabilitet når saken kommer for klagenemnda. Nemnda skal treffe avgjørelser som kan gjelde omfattende økonomiske verdier for de involverte parter og for samfunnet. Hensynet til nemndas legitimitet tilsier dermed et særlig behov for å sikre at den er upartisk.

Domstollovens regler passer etter sin ordlyd dårligere på et forvaltningsorgan som Konkurransklagenemnda, enn forvaltningslovens egne regler. Utvalget mener derfor det mest hensiktsmessige for reguleringen av inhabilitet i klagenemnda er å la forvaltningslovens regler om inhabilitet gjelde, men med det tillegg at tidligere befatning med saken i et annet forvaltningsorgan automatisk fører til inhabilitet.

Etter forvaltningsloven § 8 avgjør «tjenestemannen» selv om han er inhabil. Spørsmålet kan forelegges for nærmeste overordnede dersom en part krever det, eller dersom «tjenestemannen» selv krever det. Utvalget finner ikke grunn til å regulere dette nærmere, men viser til at nemndleder uansett står fritt med hensyn til å sette sammen en nemnd i hver sak. Lederen vil derfor kunne velge andre nemndmedlemmer dersom det er tvil om et medlems habilitet. Dersom lederen selv er inhabil trer nestleder inn i leders sted. Dersom både leder og nestleder er inhabil, foreslår utvalget at sekretariatet utpeker en settenemndleder blant medlemmene i utvalget. Det er da settenemndlederen som beslutter hvilke medlemmer som skal behandle den aktuelle saken.

8.4.6.3 Regler om avstemning

Nemnda skal i henhold til mandatet avgjøre «klager gjennom felles vedtak som et kollegium og ikke som et hierarkisk organ.» Det skal ikke være nødvendig at samtlige nemndmedlemmer møtes fysisk for å treffe den enkelte avgjørelsen; diskusjoner kan også skje ved telefon, videokonferanser eller lignende. En diskusjon vil gi et annet beslutningsgrunnlag enn en ren skriftlig fremstilling fra leder eller et av de øvrige nemndmedlemmene.

Utvalget anser det hensiktsmessig at nemnda treffer avgjørelser ved flertallsvedtak og at det føres skriftlig protokoll som underskrives av nemndmedlemmene. Dissenser skal fremgå jf. lovforlaget § 11.

Utvalget anser at avstemningen i nemnda bør følge reglene i tvisteloven § 19-3 tredje og fjerde ledd. Disse reglene sørger for tilstrekkelig klarhet og notoritet ved avgjørelsene i nemnda, samtidig som de er tilstrekkelig fleksible til å kunne tilpasses de forskjellige sakene nemnda behandler.

8.4.6.4 Taushetsplikt

Utvalget har vurdert om det er behov for særlige regler om taushetsplikt utover de som følger av forvaltningsloven og særbestemmelsene i konkurranse-loven, men har kommet til at disse reglene er tilstrekkelige.

8.4.7 Vedtaket

Utvalget har vurdert om det skal stilles særlige krav til utforming og begrunnelse av nemndas vedtak utover det som følger av forvaltningsloven kapittel V. Utvalget har i denne forbindelse særlig vurdert kravene i tvisteloven.

I følge forvaltningsloven § 23 skal et enkeltvedtak som hovedregel være skriftlig. Nemnda anser det som en selvfølge at nemndas vedtak uten unntak vil gis skriftlig. Videre er det i § 24 og § 25 regler om når et vedtak skal grunngis og begrunnelsens innhold. Kravene til begrunnelsens innhold i forvaltningsloven § 25 er etter sin ordlyd ikke særlig strenge. Forvaltningsloven regulerer ikke spørsmålet om dissenser skal fremgå eller begrunnes.

Kravene til utforming og begrunnelse av domstolens avgjørelse i sivile saker følger av tvistelovens § 19-6, og stiller blant annet krav til at det skal opplyses om avgjørelsen er enstemmig. Ved dissens skal det opplyses hvem som er uenig, og hvilke punkter uenigheten gjelder.

Selv om reglene etter tvisteloven i utgangspunktet virker strengere, må det understrekes at kravene til begrunnelse etter forvaltningsloven må tolkes slik at jo viktigere og mer inngripende saken er for den private part, jo strengere krav vil bli stilt til begrunnelsen. Vedtaket må gi parten anledning til å vurdere om avgjørelsen er korrekt og om det er grunnlag for å ta rettslige skritt for å få endret avgjørelsen. Begrunnelsen i konkurranse-saker, både i Konkurransetilsynet og departementet, er i praksis svært grundig og omfattende. Utvalget anser derfor at en videreføring av denne begrunnelsespraksis i nemnda vil være tilstrekkelig.

Siden nemnda etter utvalgets forslag er et kollegialt organ som treffer vedtak ved flerstemmighet oppstår imidlertid spørsmål om man ønsker å

pålegge nemnda å opplyse om dissenser og at disse skal grunngis. Utvalget anser at dette vil være viktig bidrag for å skape legitimitet for nemndas avgjørelser og også være viktig for partene ved vurderingen av om avgjørelsen skal bringes inn for domstolene. Utvalget foreslår derfor en regel tilsvarende tvisteloven § 19-6 (3) som lyder:

«Det skal opplyses om avgjørelsen er enstemmig. Ved dissens skal det opplyses hvem som er uenig, og hvilke punkter uenigheten gjelder.»

8.4.8 Klageorganets adgang til omgjøring

Utvalget har vurdert om forvaltningslovens regler om omgjøring skal gjelde. Etter forvaltningsloven § 35 første ledd kan et forvaltningsorgan omgjøre sitt eget vedtak uten at det er påklaget dersom endringene ikke er til skade for den vedtaket retter seg mot, dersom underretning om vedtaket ikke er kommet frem eller offentliggjort, og dersom vedtaket anses for ugyldig. Klagenemnda er av utvalget foreslått som et forvaltningsorgan med domstollignende trekk. Nemndas uavhengighet og funksjon som tvisteløsende organ tilsier at omgjøringsadgangen bør være snevrere enn for ordinære forvaltningsorganer. Utvalget ønsker ikke at nemnda skal få til behandling en rekke omgjøringsbegjæringer, og det er heller ikke naturlig for et tvisteløsende organ med en så grundig saksbehandling som utvalget her legger opp til. Samtidig mener utvalget det ville være unødig formalistisk om nemnda ikke kunne omgjøre et av sine egne vedtak dersom nemnda i ettertid mener vedtaket er ugyldig. Utvalget foreslår derfor en regel om at nemnda kan omgjøre sitt eget vedtak hvis dette er ugyldig.

8.4.9 Retting av Konkurranseskjemenndas avgjørelser

Et annet spørsmål er om nemnda bør ha anledning til å foreta retting av sine avgjørelser. Utvalget anser at nemnda bør ha en slik anledning og viser i den forbindelse til tvisteloven § 19-8 som kan gi veiledning i tilfeller hvor retting er aktuelt. Retting vil være aktuelt i tilfeller hvor det viser seg at avgjørelsen har fått en utforming som ikke er i overensstemmelse med nemndas intensjon og at det dreier seg om en klar feil. Retteadgangen skal ikke benyttes til å endre avgjørelsens innhold. Det vises til forarbeidene til tvisteloven § 19-8 som understreker at retteadgangen ikke kan benyttes til å rette feil ved oppfattelsen av bevisføringen

eller rettsanvendelsen. Utvalget foreslår derfor at tvisteloven § 19-8 gjelder tilsvarende for Konkurranseskjemennda, jf. lovforslaget § 13.

8.4.10 Klagefrister

Utvalget har vurdert om dagens klagefristregler er tilstrekkelige og hensiktsmessige.

I dag gjelder forvaltningslovens regler om klagefrist for konkurransesaker, med unntak av fusjonssaker. Klagefristen etter forvaltningsloven § 29 er tre uker regnet fra det tidspunkt underretningen om vedtaket er kommet frem til klageren. For fusjonssaker er klagefristen etter konkurranseloven § 20a satt til 15 virkedager.

For saker om overtredelsesgebyr, hvor eventuell overprøving i dag foretas av domstolene, er søksmålsfristen etter konkurranseloven § 29 tredje ledd seks måneder fra partene mottok vedtaket. Dersom disse skal kunne overprøves av klagenemnda, slik utvalgets flertall anbefaler, foreslår utvalget at dagens regler videreføres, ved at det innføres en regel om klagefrist på seks måneder for disse sakene. For påbud om opphør anbefaler utvalget en klagefrist på 2 måneder. I disse sakene er det oftest ikke like stort behov for hurtighet som i fusjonssakene, samtidig som det er behov for at klager kan få anledning til å bruke mer tid på klagen enn tre uker. Utvalgets forslag vedrørende klagefrister fremgår av lovforslaget § 10, samt § 5 om at forvaltningsloven vil gjelde når annet ikke følger av loven eller eventuell forskrift.

8.4.11 Saksbehandlingsfrister for nemndas behandling

Dagens regulering av frister i konkurransesaker følger i hovedsak systemet i forvaltningsloven, med unntak av at det i fusjonssaker er gitt utfyllende regler om frister. Hensynet til en rask avklaring står særlig sterkt i disse sakene, og det følger av konkurranseloven § 20 a at departementet må treffe vedtak i klagesaken innen 60 virkedager etter at klagen er mottatt, jf. foran under punkt 2.2.2. Oversittelse av fristen har ingen rettsvirkninger, men fristen er ansett som bindende og det har ikke skjedd at departementet har oversittet denne. Utvalget anser at det er hensiktsmessig at dagens regler om frister for departementets klagebehandling videreføres for utvalgets klagebehandling. Dette innebærer at når utvalget får en sak til behandling må de aktuelle utvalgsmedlemmene mobiliseres raskt, slik at behandlingen av saken kan starte omgående.

Dersom saker om overtredelsesgebyr skal gå i klagenemnda anser utvalget at det vil være hensiktsmessig om nemnda i sin praksis ser hen til tvisteloven § 9-4 bokstav h), som setter en frist på seks måneder for å beramme hovedforhandling. Bestemmelsen kan fravikes dersom det foreligger særlige grunner. Som hovedregel skal dom avsies innen fire uker etter hovedforhandlingens avslutning, jf. tvisteloven § 19-4 femte ledd. Det er ikke alle domstoler som greier å overholde denne fristen. Utvalget anbefaler at nemnda legger seg på en praksis hvor det tas sikte på at denne bestemmelsen skal følges.

Nemnda kan i visse tilfeller ha behov for dialog med ESA i forbindelse med behandlingen av klagesaker hvor samhandelskriteriet kan være oppfylt. Dette kan medføre at saksbehandlingen forsinkes, uten at klagenemnda har noen mulighet til å forhindre dette, jf. for øvrig punkt 3.1.4.2.

8.4.12 Vilkår for innhenting av tolkingsråd fra EFTA-domstolen

Utvalget anser at nemnda, slik den er beskrevet ovenfor under dette kapitlet og kapittel 7 vil oppfylle kravene som stilles for å kunne anmode EFTA-domstolen om tolkningsråd, jf. ODA artikkel 34. Som det fremgår av punkt 3.1.5 ovenfor er det en rekke faktorer som må vurderes for å avgjøre spørsmålet. Blant disse er ifølge EFTA-domstolen spørsmålet om (i) klageorganet er opprettet ved lov (ii), om det har en permanent eksistens, (iii) om det har bindende avgjørelsesmyndighet, (iv) om det anvender rettsregler, (v) om det er et uavhengig organ, og (vi) om saksbehandlingen er en partsprosess og tilsvarende rettergangen i ordinære domstoler.⁹ Det spiller i denne forbindelse ingen rolle om lovgiver karakteriserer organet som en domstol eller et forvaltningsorgan.

Utvalget legger til grunn at et klageorgan for konkurransesaker skal opprettes ved lov og ha en permanent karakter. Videre legger utvalget til grunn at klageorganets avgjørelser skal være bindende, og at organet skal være uavhengig. Hva gjelder det siste kravet, er vurderingstemaet i denne sammenhengen om klageorganet opptrer som en tredjepart overfor det myndighetsorgan som fattet vedtaket som står til prøving.

Avhengig av klageorganets endelige mandat og organisering vil utvalget anta at et uavhengig

klageorgan for konkurransesaker vil kunne få samme status som Statens helsepersonellnemnd og Markedsrådet, det vil si at klageorganet vil kunne bli å anse som en domstol etter Overvåknings- og domstolsavtalen artikkel 34. Et klageorgan vil i så fall ha kompetanse til å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse etter nevnte bestemmelse.

8.4.13 Overgangsregler

Utvalget anser det hensiktsmessig at klagesaker som kommer inn til departementet før nemnda er opprettet behandles ferdig av departementet, og at slike saker ikke skal overføres fra departement til klagenemnd. På tilsvarende måte anser utvalget det hensiktsmessig at søksmål som kommer inn for domstolen før klagenemnda er opprettet, behandles av domstolen. Etter at Konkurransesklagemennda er opprettet vil den være rette instans for mottak av klager innenfor nemndas saklige virkeområde.

8.5 Overprøving av nemndas vedtak

8.5.1 Innledning

Utvalget foreslår at Konkurransesklagemenndas vedtak kan bringes inn for domstolene, men ikke overprøves av andre forvaltningsorganer ved omgjøring eller klage. Hjemmelen for overprøving ved Kongen i statsråd etter gjeldende konkurranselov § 13 og § 21, foreslås opphevet.

8.5.2 Omgjøring ved Kongen i statsråd

8.5.2.1 Adgangen til omgjøring ved Kongen i statsråd etter gjeldende rett

I kapittel 2 ovenfor beskrives dagens klageordning, inkludert de rettslige rammene for departementets klagesaksbehandling. Som det understrekes flere steder i denne utredningen er klagesaksbehandlingen en rent faglig overprøving, som ikke gir adgang til å ta politiske hensyn, utover det konkurranseloven selv tillater.

Adgangen til omgjøring av Konkurransetilsynets vedtak dersom avveiningen av hensynet til konkurransen i forhold til andre viktige samfunns-hensyn tilsier det, er i dag formalisert gjennom ordningen med vedtak i statsråd etter konkurranseloven § 13 for lovbruddsaker og § 21 for fusjoner og oppkjøp. Omgjøringsadgangen er tillagt 'Kongen i statsråd' som innebærer at den ikke kan delegeres videre til Nærings- og fiskerideparte-

⁹ Se sak E-4/09 Inconsult Anstalt, EFTA Ct. Rep. [2009–2010] s. 86, avsnitt 23 og den rettspraksis som det vises til der.

mentet. Dette sikrer at vedtakene om slik omgjøring fattes av regjeringen som kollegium, og etter den prosedyre som gjelder for behandling av saker i statsråd.

Den materielle skranken for omgjøring i statsråd er formulert i både § 13 og § 21 slik at omgjøring kan skje i saker av «prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning». Dette er to åpent formulerte skjønsmessige kriterier, og særleg det andre kriteriet er ment å skulle gi regjeringen en adgang til å veie konkurransehensyn mot andre samfunnshensyn. Det fremgår av forarbeidene til bestemmelsen at kriteriet setter svært begrensede materielle skranker for omgjøringssadgangen.¹⁰

Rettslig sett begrenses omgjøringssadgangen etter § 13 i vesentlig grad av EØS-konkurranseloven § 7. Denne bestemmelsen slår fast at nasjonale konkurransemyndigheter ikke kan fatte vedtak som tillater atferd i strid med EØS-avtalen artikkel 53 der denne kommer til anvendelse. Dette betyr at omgjøringssadgangen i § 13 er begrenset til å gjelde samarbeid som ikke påvirker samhandelen i EØS, og misbruk av dominerende stilling.

Konkurranseloven § 21 gir adgang til politisk overprøving i saker om foretakssammenslutninger. Bestemmelsen skiller seg fra § 13 ved at loven åpner for en adgang til å gripe inn mot en foretakssammenslutning der de materielle vilkårene for inngrep er oppfylt, men Konkurransetilsynet ikke har fattet noe inngrepsvedtak. Bestemmelsen er med rette kritisert for å være lite praktisk, og drøftes ikke nærmere her. Anvendelsen av § 21 er ikke begrenset av EØS-retten, unntatt av det generelle forbudet mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet.

Omgjøringssadgangen gjelder Konkurransetilsynets vedtak generelt, uavhengig av om vedtakene påklages eller ikke. Omgjøring kan skje selv om det er ilagt overtredelsesgebyr.

Omgjøringssadgangen etter § 21 ble endret i 2008, ved at det opprinnelige kravet om at eventuell klagesaksbehandling var fullført ble opphevet. Formålet med endringen var å gjøre det enklere for regjeringen å overprøve i de sakene der det er klart at omgjøringssadgangen vil bli benyttet.

8.5.2.2 *Praktisering av adgangen til omgjøring ved Kongen i statsråd*

Overprøvingen av Konkurransetilsynets vedtak i enkeltsaker ved Kongen i statsråd er benyttet i

kun to saker. Begge sakene gjelder omgjøring av inngrep mot foretakssammenslutninger. Omgjøringssadgangen etter § 13 har aldri blitt benyttet.

Den 8. februar 2006 ble departementets klagevedtak om å forby fusjonen mellom Prior Norge BA og Nordgården AS omgjort av Kongen i statsråd etter konkurranseeloven § 21. Begrunnelsen for vedtaket var en avveining mellom landbrukspolitiske og konkurransepolitiske hensyn og var formulert slik:

«Av framstillinga ovanfor går det fram at overtakinga av Norgården har negative verknader for konkurransen i dei marknadene som er relevante i saka. Men kjøpet har òg positive verknader for landbrukspolitiske mål. Det er nett slike samfunnsmessige omsyn som gjer at Kongen i statsråd kan tillate Prior å kjøpe Norgården, sjølv om Konkurransetilsynet og departementet ut frå ei rein konkurransefagleg vurdering har gripe inn mot samanslutninga.

Det er eit viktig landbrukspolitisk mål å halde norsk produksjon av egg ved lag og syte for ei inntekt for eggprodusentane i samsvar med avtala om jordbruksoppgeret. Landbrukspolitikken byggjer på at samvirkeorganisasjonene har en slik posisjon i marknaden at måla kan haldast oppe. Dette inneber at dei må ha ein posisjon i marknaden ut over det som følger av konkurransepolitiske mål åleine.

Situasjonen på landbruksområde er nå spesiell ved at det innan utgangen av april vil kunne bli gjort konkrete vedtak i WTO som om nokre år vil innebere auka import av egg og dermed auka prispress for norske jordbruksvarer, inkl. egg. Dette vil endre konkurranseforholda for norske landbruksprodukt. Gjennomføringsperioden for desse endringane vil kunne bli 5–6 år. I ein rasjonell og langsiktig landbrukspolitikk er dette likevel ikkje lengre tid enn det som vil være naudsynt for å kunne gjennomføre mest mulig fornuftige tilpassingar.

I denne situasjonen er det avgjerande for å halde oppe måla om norsk produksjon av egg og inntekter til eggprodusentane at Prior har ein sterk posisjon i marknaden. Dersom Prior får overta Norgården, kan Prior oppretthalde ein sterk marknadsposisjon òg når importen aukar.»

Likeledes omgjorde Kongen i statsråd 23. november 2005 etter forvaltningseloven § 35 og konkurranseeloven § 21 departementets forbud mot fore-

¹⁰ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 185 høyre spalte.

takssammenslutningen mellom Statkraft Holding AS og Trondheim Energiverk AS.

Begrunnelsen for dette vedtaket var en avveining av 'industrielle hensyn' mot konkurransepolitiske hensyn, og var formulert slik:

«3. Departementet sin vurdering av spørsmålet om omstøyting

Departementet meiner at det ikkje er grunnlag for å reise tvil om Konkurransetilsynet sine konkurransefaglege vurderingar. Lei-geavtalen som Statkraft har inngått, kan ikkje verte stilt likt med avhending av tilsvarende produksjonskapasitet. Dette inneber at sjølv om dei tiltaka Statkraft til no har gjennomført delvis bøter på verknadene av oppkjøpet, er dei ikkje tilstrekkelege til at konkurransen vert den same som før oppkjøpet.

På den anna side legg departementet til grunn at verknadene på konkurransen må verte vegd mot andre verknader av oppkjøpet. I denne samanheng meiner departementet at det skal leggest meir vekt på nokre av desse andre omsyna enn det som vart gjort under klagehandsaminga i 2003 og no i haust under den første regjeringa.

Departementet meiner at industrielle omsyn må vektleggast. Gode industrielle løysingar i kraftsektoren som mellom anna vil virke til å utveksle kompetanse og spreie innovasjon, må tilleggast stor vekt i denne saka.

Det vert òg lagt vekt på at Statnett har ei plikt til å investere i overføringsnettet etter samfunnsøkonomiske kriterium. Statnett si oppgåve er mellom anna å utbetre store og varige flaskehalsar i overføringssystemet. Færre flaskehalsar vil redusere konkurranseproblema knytt til Statkraft sitt kjøp av TEV.

Ut frå ei samla vurdering, og med bakgrunn i dei moment som er nemnt ovanfor, foreslår departementet at Arbeids og administrasjonsdepartementet sitt vedtak av 7. februar 2003 vert omstøyt slik at Statkraft kan behalde TEV utan å måtte gjennomføre fleire tiltak enn det selskapet har gjort til no.

Det er òg vurdert om ei omstøyting kan reise problem i høve til EØS-avtala. Konkurransetilsynets vedtak hadde ikkje samband med EØS-avtala, men vart gjort med grunnlag i nasjonal lov. Det kan såleis heller ikkje vere problematisk å omstøyte vedtaket slik at ervervet likevel kan gjennomførast.»

Begge sakene viser at den konkurransefaglege vurderingen av sakene aksepteres, men at omgjø-

ring skjer for å ivareta andre hensyn. Utvalget har ikkje grunnlag for å vurdere om politisk omgjøring har vært vurdert, men så forkastet i andre saker enn disse to. Utvalget mener imidlertid at det er flere tilfeller av at faglig overprøving av Konkurransetilsynets vedtak uriktig har blitt fremstilt i media og offentlig debatt som politisk begrunnede overprøvingsvedtak.

8.5.2.3 Utvalgets vurdering av dagens ordning

Det er ikke uvanlig at det finnes adgang for overordnet organ til å omgjøre vedtak til partenes gunst. En slik omgjøringsadgang følger allerede av forvaltningslovens § 35 annet ledd, jf. første ledd bokstav a. Slik sett kan man si at det særegne med konkurranselovens bestemmelser i § 13 og § 21 er at de styrer den generelle omgjøringsadgangen til en særskilt konkurransemyndighet, Kongen i statsråd. Den nevnte særregelen for fusjonssakene i § 21 annet ledd fraviker forvaltningslovens omgjøringsregler, men som nevnt anses den ikke som noen praktisk viktig bestemmelse.

Utvalget er bedt om å vurdere konsekvensen av å oppheve omgjøringsadgangen i konkurranselovens § 13 og § 21. Dette reiser flere problemstillinger. For det første, om det er relevante faglige argumenter for eller imot å beholde de to bestemmelsene slik de er i dag, for det andre hva som vil være de mer eksakte rettslige virkningene av å oppheve bestemmelsene, og dernest om det er grunn til å gjøre ytterligere tiltak i loven for å hindre politisk omgjøring av konkurransemyndighetenes vedtak.

Til det første spørsmålet, om det er faglige argumenter for å beholde adgangen til omgjøring gjennom vedtak i statsråd, vil utvalget starte med å påpeke at selv om den rettslige forskjellen på omgjøringsadgangen etter disse bestemmelsene og den som følger av alminnelig forvaltningsrett ikke nødvendigvis er så stor, så kan bestemmelsene likevel bidra til å signalisere at omgjøring er en naturlig del av lovanvendelsen. Praksis viser at dette ikke er tilfelle. Den relativt ubetingede adgangen til omgjøring i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning kan imidlertid lett bidra til å så tvil om fagligheten i dagens klagesaksbehandling. Særlig i de tilfellene hvor det skjer en omgjøring til partenes gunst.

Fra et faglig ståsted er hovedinnvendingen mot omgjøring i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning, av inngrepsvedtak etter konkurranseloven, at de kan innebære en ubegrunnet forskjellsbehandling. Erfaringen viser at

de fleste foretak som klager over et inngrep, også gjør forsøk på å påvirke på politisk. Likevel er det bare to eksempler på at dette har lyktes. Det ser ut til at politiske omgjøringar skjer til fordel for foretak som allerede har særlig sterke allianser på politisk nivå, og at andre foretak har liten mulighet til å lykkes i sine forsøk på påvirkning. Omgjøring gir fordeler til foretak som lykkes med sin lobbyvirksomhet mot politiske myndigheter, og fører etter utvalgets syn til en ubegrunnet forskjellsbehandling av foretak etter konkurranseloven. En annen innvending fra faglig synsvinkel er at adgang til omgjøring i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning i enkeltsaker er et brudd med den styringsmodellen konkurranseloven bygger på, jf. blant annet punkt 8.2.2 ovenfor. Ved å utforme loven slik at vurderingen av om atferd er ulovlig eller om en fusjon skal stoppes bygger utelukkende på faglige vilkår, har lovgiver overlatt vurderingen av alle enkeltsaker til de fagorgan og domstoler som håndhever loven. Politiske myndigheter kan fritt endre eller presisere disse faglige vilkårene. Dette legger til rette for at alle saker behandles på de samme faglige premisser, og at politikken konsentreres om å utforme disse. Unntaket for fastpris på bøker er et eksempel på denne formen for politisk styring. Omgjøring av Kongen i statsråd av avgjørelser bygget på konkurransefaglige vurderinger, innebærer at det gjøres unntak på politisk nivå i enkeltsaker. Dette kan svekke tilliten til de fagorganer som håndhever loven, og kan skape uklare og uheldige presensvirkninger.

Hensynet til klagesaksbehandlingens legitimitet som argument mot adgangen til omgjøring i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning, svekkes nok noe dersom klagesaksbehandling flyttes til en uavhengig nemnd, men elimineres neppe helt. Det vil fortsatt være slik at et fagorgan for klagebehandling vil kunne være for lydørt for politiske signaler og velge politisk populære utfall i klagebehandling. Selv om utvalget i punkt 8.3.4 foreslår krav til utvalgsmedlemmene som skal sikre uavhengighet, så kan ikke slike reaksjoner helt utelukkes.

Utvalget mener at muligheten for politisk omkamp i alle saker forsterker dette problemet, fordi sakene alltid kan flyttes inn på den politiske arena gjennom bevisst påvirkning fra partenes side. Selv der regjeringen velger å la det faglige vedtaket stå, må den gjøre en politisk vurdering av om vedtaket er akseptabelt. Der et vedtak blir stående uten omgjøring, vil denne politiske vurderingen skje nokså implisitt og uten noen konkret drøftelse eller behandling i regjeringene. Men

lovens system legger gjennom den vide omgjøringadgangen opp til at vedtakene som fattes ikke er politisk kontroversielle for den til enhver tid sittende regjering.

Det andre spørsmålet som ble identifisert ovenfor, er hva som vil være den konkrete rettslige virkningen av å oppheve bestemmelsene i konkurranselovens § 13 og § 21. Dette beror på om man lar de alminnelige omgjøringreglene i forvaltningsloven gjelde. Utvalget bemerker at det synes vanskelig å regulere seg til full politisk uavhengighet for norske konkurransemyndigheter. Som alle andre forvaltningsorganer må også Konkurranseskilgenemnda og Konkurransetilsynet akseptere at landets politiske myndigheter styrer organenes budsjetter, overordnede prioriteringer gjennom tildelingsbrev og lignende og utnevner konkurransedirektør og nemndmedlemmer. Det viktige for utvalget er imidlertid å foreslå tiltak for å sikre konkurransemyndighetenes uavhengighet under selve håndhevingen av loven, slik at ikke faglig begrunnede, men politisk upopulære forvaltningsvedtak kan overprøves på politisk grunnlag.

Foruten å oppheve § 13 og § 21, anser utvalget derfor at det bør gjøres presiseringer i lovgrunnlaget for klagenemnda tilsvarende de som i dag gjelder for departementets forhold til konkurransetilsynet etter konkurranseloven § 8 annet ledd tredje og fjerde setning. Dette betyr at loven bør avgrense adgangen til omgjøring av klagenemndas vedtak helt generelt. Dette forslaget vil ikke begrense Konkurransetilsynets eller Konkurranseskilgenemndas adgang til å omgjøre sine egne vedtak dersom de er ugyldige, jf. lovforslaget § 12.

Utvalget foreslår for det andre å oppheve adgangen til omgjøring av Konkurransetilsynets vedtak ved ugyldighet, som i dag ligger til departementet, og i stedet å legge slik omgjøringadgang til den nye klagenemnda. Dette sikrer at alle materielle spørsmål knyttet til et vedtak behandles av klagenemnda, og at ikke departementet får en omgjøringadgang knyttet til gyldighetsspørsmålet som er parallell til klagenemndas klagesaksbehandling.

Dernest oppstår spørsmålet om det skal gjelde en adgang til omgjøring av klagenemndas og Konkurransetilsynets vedtak ved ugyldighet for Kongen i statsråd, slik som følger av forvaltningslovens § 35 annet ledd, jf. første ledd bokstav c). Utvalget foreslår at det ikke skal være noen slik adgang, men at disse sakene må prøves for domstolene. Begrunnelsen er for det første organisatorisk. Klagenemnda skal være et uavhengig forvaltningsorgan, og omgjøringadgang for departe-

mentet ville svekke uavhengigheten. For det andre vil ordningen med klagenemnd innebærer at gyldigheten av vedtaket allerede har vært prøvd i to omganger i forvaltningen, og at en ny runde på politisk nivå ikke vil kunne bidra med noen tynge faglig vurdering enn den som er gjort i tilsyn og nemnd. Dernest er det slik at gyldigheten av vedtak i konkurransesaker svært ofte avhenger av konkrete vurderinger av bevis for skadevirkninger og effektivitetsgevinster. Dette er vanskelige bevissspørsmål, som ikke egner seg til overprøving på politisk nivå, men bør foretas av domstolene hvor saksbehandlingsreglene og rettens kompetanse egner seg til vurderingen av et komplekst og omfattende faktum.

Som konsekvens av disse forslagene, er det naturlig at begrensningen i adgangen til omgjøring av også Konkurransetilsynets vedtak synliggjøres i § 8, slik at dagens annet ledd tredje og fjerde setning erstattes med en presisering av at Konkurransetilsynets vedtak ikke kan omgjøres uten etter klage eller søksmål.

8.5.2.4 *Departementets styringsmuligheter overfor Konkurransetilsynet og Konkurransesklagemennda*

Selv om utvalget foreslår lovendringer som medfører at adgangen til omgjøring av Konkurransetilsynets vedtak i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning blir opphevet og at departementet ikke kan instruere Konkurransesklagemennda verken generelt eller i enkeltsaker, vil departementet fremdeles ha styringsmuligheter overfor disse organene.

For helhetens skyld vil utvalget kort gi en beskrivelse av disse.

Det første og kanskje viktigste punktet er de politiske myndigheters adgang til å gi de lover og forskriftsbestemmelser som nemnda og tilsynet skal håndheve og som regulerer deres virksomhet.

I forholdet mellom departementet og Konkurransetilsynet er instruksjonsmyndigheten allerede innsnevret ved regelen i konkurranseloven § 8. Ved at det opprettes et uavhengig klageorgan vil også dette i praksis føre til økt uavhengighet ved departementet ikke lenger har rollen som klageorgan. Selv om instruksjonsmyndigheten i enkeltsaker er avskåret, vil departementet i utgangspunktet alltid ha et visst ansvar for organet og kan gi instruksjoner om generelle forhold, økonomi, organisasjon og saksbehandling med videre. Det kan tenkes instruksjoner om prioritering av saker, stansing av saker i påvente av lov-

endringer eller lignende. Den alminnelige etatsstyringen vil fortsette som før.

Når det gjelder forholdet mellom departementet og Konkurransesklagemennda vil departementet ha myndigheten til å utnevne nemndas leder, nestleder og medlemmer for øvrig. Departementet vil også ha ansvaret for mål- og resultatstyringen av nemnda, med fokus på måloppnåelse og effektivitet. Dette vil blant annet skje gjennom tildelingsbrev.

Til slutt bemerker utvalget at dagens adgang for departementet til å instruere Konkurransetilsynet om å ta en sak til behandling, ikke bør endres eller oppheves. Denne adgangen gir ikke mulighet til politisk styring av utfallet av saksbehandlingen, og innebærer ikke noe inngrep i Konkurransetilsynets politiske uavhengighet. Ofte vil saker og problemstillinger debatteres i politiske organer eller i mediene, og det kan være svært legitimt for departementet eller regjeringen å sikre at saker eller problemstillinger man mener er eller kan være i strid med lovens regler, blir behandlet og får sin avklaring av det organ som håndhever konkurranseloven.

8.5.3 **Domstolskontroll**

8.5.3.1 *Innledning*

Klagenemnda skal gi klager mulighet for en uavhengig, rask og faglig spesialisert overprøving av Konkurransetilsynets vedtak. Selv om nemnda etter utvalgets oppfatning vil oppfylle kravene til domstolsbehandling som følger av blant annet EMK, er det ingen tradisjon i norsk rett for å la en slik klagenemnd være eneste overprøvingsmulighet. Vedtak i klagesak (eventuelt vedtak fra Konkurransetilsynet) må derfor kunne bringes inn for domstolene.

Det er flere mulige måter å domstolsbehandle konkurranserettslige tvister på. Sakene kan behandles etter samme prosessregler og -forutsetninger som andre sivile saker, eller prosessen kan tilpasses konkurranserettslige tvister ved at enkelte særregler vedtas. Utvalget har også vurdert om klage til klagenemnda bør være en forutsetning for å anlegge sak for domstolene, om saken skal anlegges for Oslo eller Bergen tingrett eller direkte for lagmannsretten.

I dag kan tvister om Konkurransetilsynets vedtak klages inn for Nærings- og fiskeridepartementet, med unntak for gebyrsaker som ikke kan påklages administrativt, men eventuelt må klages direkte inn for tingretten. Partene kan velge å bringe tvisten direkte inn for tingretten, dersom

de ikke ønsker å klage til departementet. Forvaltningsloven § 27 b gir imidlertid Konkurransetilsynet adgang til å sette som vilkår i sitt vedtak at adgangen til forvaltningsklage er uttømt før sak reises for domstolen. Konkurransetilsynet har ikke benyttet seg av denne muligheten, som vel uansett er lite praktisk ettersom sakene om overtredelsesgebyr bare kan overprøves i domstolene og fusjonssakene i praksis aldri bringes inn for domstolene.

Som utvalget har redegjort for i punkt 2.6.1.4 har seks saker om brudd på konkurranseloven § 10 eller § 11, blitt brakt inn for domstolene etter at konkurranseloven ble vedtatt i 2004. Ingen saker som har blitt klagebehandlet i departementet er brakt inn for domstolene. Det antas at få konkurranserettslige saker vil bli brakt inn for domstolen også i fremtiden, og at det hovedsakelig er saker etter konkurranseloven § 10 og § 11, jf. § 29, som er aktuelle for domstolsbehandling.

8.5.3.2 *Forvaltningsklage som prosessforutsetning*

Utvalget har vurdert hvorvidt klage til Konkurransesklagemennda skal være en forutsetning for å reise sak for domstolene.

Det følger av forvaltningsloven § 27 b at vedtaksorganet kan bestemme at uttømt administrativ klagebehandling skal være en forutsetning for å reise sak for domstolene. I forarbeidene til tvisteloven ble det drøftet om regelen (som tidligere stod i tvistemålsloven § 437) skulle videreføres, oppheves, eller om det skulle innføres en allmenn regel om klage som prosessforutsetning, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 344. Tvistemålsutvalget gikk inn for å oppheve regelen, og visste til at klagebehandlingen kan ta lang tid og at et krav om uttømming av administrativ klagemulighet da kunne representere en uforholdsmessig søksmålsbegrensing. Det ble vist til at dette kan stride mot kravet om avgjørelse innen rimelig tid, jf. EMK art. 6. I tillegg anså tvistemålsutvalget det som uheldig at kompetanse til å stille klage som vilkår lå hos det enkelte vedtaksorgan, og mente derfor at dette heller burde reguleres av den enkelte lov som hjemler vedtaket, jf. NOU 2001: 32 Rett på sak, s. 498–99. Departementet foreslo imidlertid at regelen ble videreført og viste til at det gjennomgående er ønskelig at klageretten er uttømt før det reises søksmål. Klagegangen bidrar til at tvisten blir godt opplyst og avklart før et eventuelt søksmål. En alminnelig og absolutt regel om dette derimot ble ansett som for stivbent.

For de fleste klageorgan utvalget har sett nærmere på, jf. kapittel 4, er spørsmålet om klage som prosessforutsetning ikke nærmere regulert, og forvaltningslovens utgangspunkt gjelder. Uttømt klagemulighet er imidlertid en forutsetning for å reise sak for domstolene, for blant annet Trygderetten og ved klage etter lov om sikring mot og erstatning for naturskade. I dansk konkurranse rett er det ikke anledning til å bringe Konkurrenterådets avgjørelser inn for domstolene før Konkurrenceankenævnets avgjørelse foreligger. Det samme gjelder for Island hvor Konkurransetilsynets vedtak ikke kan klages inn for domstolene før klagemennda har behandlet saken.

Argumenter for å gjøre klage til nemnda til en prosessforutsetning er at nemnda settes med god fagkompetanse og får gode forutsetninger for å treffe materielt riktige avgjørelser. Et annet argument er at det er en fordel at nemnda får flest mulig saker slik at det er forsvarlig å opprettholde en nemnd med fast ansatt leder og nestleder, samt sekretariat. Hensynet til faglig utvikling og nemndas behov for å tiltrekke seg de rette personene både som leder/nestleder og medlemmer trekker også i denne retning. Nemndsbehandling blir sannsynligvis rimeligere og raskere enn prosessen for domstolene. Skulle partene imidlertid velge å gå videre til domstolene, så har den totale saksbehandlingstiden økt ved at saken har vært innom en ekstra instans. Et annet argument mot en slik prosessforutsetning er at partene gis et bedre tilbud dersom de selv kan velge om de vil benytte seg av nemnda eller gå direkte til domstolene. Skulle dette føre til at nemnda får for få saker, så er dette et viktig signal om at den ikke fungerer godt nok. En reduksjon av antall instanser kan skje ved at sakene går direkte fra klagemennda til lagmannsretten, eller ved å begrense adgangen til å anke sakene inn for lagmannsretten, se punkt 8.5.3.6 og 8.5.3.7.

Utvalget er delt i sitt syn på om klage til nemnda skal være en prosessforutsetning. Tre medlemmer, Teigum, Lunde og Bragdø-Ellenes, mener partene bør kunne velge mellom klage til nemnda og klage til tingretten. Tre andre medlemmer, Ulvin, Widme og Laastad, mener klage til nemnda bør være en prosessforutsetning.

De av utvalgets medlemmer som ønsker at behandling i Konkurransesklagemennda skal være en prosessforutsetning foreslår at dette gjøre ved en lovbestemmelse som sier at søksmål om lovligheten av Konkurransetilsynets vedtak ikke kan reises med mindre adgangen til å klage er benyttet.

For det tilfelle at Konkurransklagenemnda ikke treffer vedtak innen rimelig tid bør det tas inn en bestemmelse som medfører at søksmål likevel skal kunne reises når det er gått 12 måneder fra klage første gang ble framsatt, og det ikke skyldes forsømmelse fra klagerens side at klageinstansens avgjørelse ikke foreligger.

Utvalgets medlemmer som ikke ønsker at klagenemndsbehandling skal være en forutsetning for domstolsbehandling, ønsker å ha en bestemmelse i loven som sier at forvaltningsloven § 27 b ikke skal gjelde for vedtak som treffes av Konkurransetilsynet eller Konkurransklagenemnda i første instans. Dette medfører at førstinstansen ikke kan sette uttømt klagemulighet som prosessforutsetning i det enkelte vedtak.

8.5.3.3 *Omfanget av domstolens overprøvningskompetanse*

Som det fremgår av punkt 2.4.3 har domstolen etter dagens regulering av overtredelsesgebyrsaker kompetanse til å prøve alle sider av saken og treffe realitetsavgjørelse, jf. konkurranseloven § 29. Det følger av bestemmelsens forarbeider at domstolens kompetanse i slike saker tilsvarende departementets kompetanse som klageorgan i tradisjonelle forvaltningssaker.¹¹ For andre sakstyper, eksempelvis domstolens overprøving av departementets klagevedtak i fusjonssaker, foreligger det ikke slik særregulering av domstolsprøvingen. Det har heller aldri vært noen sak om overprøving av departementets klagevedtak i fusjonssaker for domstolene.

Konkurransklagenemndas vedtak i overtredelsesgebyrsaker kan overprøves av domstolen på vanlig måte. Retten kan prøve alle sider av saken. Overprøvingen blir tilsvarende som etter ODA protokoll 4 kapittel II Artikkel 31 jf. artikkel 31 i forordning 1/2003, samt artikkel 35 i ODA-avtalen jf. TEUV artikkel 261. Se nærmere om disse bestemmelsene under punkt 2.4.3.

Utvalget legger til grunn at de særlige hensyn som ligger til grunn for den omfattende domstolsprøvingen av gebyrsaker, ikke gjør seg gjeldende i fusjonssakene eller andre konkurransesaker. Overprøving av andre saker enn gebyrsaker bør derfor behandles etter de ordinære reglene om domstolskontroll med forvaltningsvedtak. Dette er i overensstemmelse med europarettlig praksis, hvor det sondres mellom vedtak som gjelder bøter og andre vedtak.¹²

¹¹ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 241.

¹² Jf. TEUV art. 261 og 263.

8.5.3.4 *Bør Konkurransetilsynet ha mulighet til å bringe vedtaket inn for domstolene?*

Utvalget har vurdert om Konkurransetilsynet eller departementet bør ha mulighet til å bringe et vedtak i klagenemnda inn for domstolene.

En søksmålsadgang for Konkurransetilsynet vil kreve lovendring. For det første må det legges til grunn at Konkurransetilsynet ikke har partsevne eller søksmålsadgang etter tvisteloven. Etter tvisteloven § 2-1 første ledd bokstav f har selvstendige offentlige virksomheter bare partsevne når det er særlig bestemt i lov. En slik bestemmelse om partsevne foreligger ikke for Konkurransetilsynet. Konkurransetilsynet har antagelig heller ikke søksmålsadgang etter tvisteloven § 1-4 annet ledd. Etter denne bestemmelsen kan «offentlige organer med oppgave å fremme særskilte interesser» reise søksmål for å ivareta disse. I forarbeidene står det følgende om bestemmelsen: «Bestemmelsen vil ikke ha selvstendig betydning for tilsynsorganer i forhold til den lovgivning som de har til oppgave å håndheve. Den vil derimot få anvendelse på organer som mer generelt skal ivareta bestemte interesser, for eksempel Forbrukerrådet. Den kan også gi søksmålsadgang for organer med ombudsfunksjoner på bestemte områder», jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 367. Det må legges til grunn at Konkurransetilsynet ikke kan reise søksmål etter denne bestemmelsen, da Konkurransetilsynet er et typisk tilsynsorgan. En søksmålsadgang vil derfor kreve at det bestemmes i lov at Konkurransetilsynet skal ha partsevne.

Hvem som skal saksøkes må eventuelt også reguleres i lov dersom Konkurransetilsynet skal ha mulighet til å bringe klagenemndas vedtak inn for domstolene. Når søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak skal rettes mot den myndighet som har truffet avgjørelsen i siste instans, jf. tvisteloven § 1-5, vil søksmål i utgangspunktet rettes mot staten. Utvalget går imidlertid inn for en særregulering i lovforslaget som medfører at søksmål skal rettes mot Staten v/Konkurransetilsynet, jf. punkt 8.5.3.8, for å sikre klagenemndas uavhengighet. Et søksmål reist av Konkurransetilsynet, mot staten v/Konkurransetilsynet vil ikke være gjennomførbart. En løsning vil her være å bestemme i lov at søksmål skal reises mot den private part.

I gjennomgangen av andre norske klageorganer i kapittel 4 har utvalget sett på tre organer hvor det foreligger søksmålsadgang for forvaltningen. Trygderettens kjennelser kan bringes inn for domstolene av det organet som har truffet det

påankede vedtaket. Forvaltningens søksmålsadgang er kritisert av Sivilombudsmannen blant annet fordi den trygdede påtvinges et søksmål, med de ulemper det kan medføre. Det er svært sjelden at forvaltningen benytter denne søksmålsadgangen. Det andre organet hvor det foreligger søksmålsadgang for forvaltningen er fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker. Her kan kommunene bringe nemndas vedtak inn for domstolene. Søksmål reises mot den private part. Domstolene er i disse sakene gitt kompetanse til å prøve alle sider av saken. Det foreligger også en søksmålsadgang for forvaltningen knyttet til Utlendingsnemndas vedtak til gunst for utlendingen. Søksmål skal reises mot utlendingen. Her er det imidlertid departementet som har søksmålsadgang og ikke Utlendingsdirektoratet som behandlet saken i første instans. Departementets søksmålsadgang er begrunnet i behov for politisk styring.

Argumenter for en søksmålsadgang er at Konkurransetilsynet får en mulighet til å få en ny vurdering av et vedtak de mener er uriktig. Dette kan særlig være aktuelt i saker som anses som prinsipielt viktige. Det kan fremstå som ubalansert hvis kun den private part har anledning til å bringe klagenemndas avgjørelse inn for domstolene. En søksmålsadgang kan fremstå som naturlig dersom klagenemnda i større grad betraktes som et domstolslignende organ enn et forvaltningsorgan.

En søksmålsadgang for Konkurransetilsynet bryter imidlertid med den hierarkiske oppbygningen av forvaltningssystemet. En konkurranseklagenemnd overtar kompetansen til departementet i klagesaker, og må i så måte anses for å være overordnet Konkurransetilsynet. Forvaltningslovens system er at et underliggende forvaltningsorgan er bundet av avgjørelser tatt av et overordnet organ. Staten vil også fremstå som lite konsistent dersom Konkurransetilsynet får en søksmålsadgang. Klageorganet og Konkurransetilsynet vil samlet utgjøre det statlige håndhevningsapparatet på konkurranseområdet. Det kan fremstå som urimelig for den private part dersom Konkurransetilsynet kan kreve ny overprøving i retten etter å ha tappt saken i klagenemnda. En søksmålsadgang for Konkurransetilsynet vil også kunne svekke klagenemndas autoritet, ved at nemndas vedtak trekkes i tvil ikke bare av private parter, men også av Konkurransetilsynet. Samtidig ser utvalget at en søksmålsadgang for Konkurransetilsynet kan være mer nærliggende som følge av utvalgets forslag om at søksmål fra den private part skal rettes mot staten v/Konkurransetilsynet, jf. punkt 8.5.3.8.

På samme måte vil en søksmålsadgang for departementet kunne svekke klagenemndas autoritet. En søksmålsadgang vil ikke innebære at departementet tar stilling i saken slik som de gjør ved dagens klagemodell, men departementet vil likevel måtte gjøre en grundig vurdering av saken for å ta stilling til om den skal bringes inn for domstolen. For den private part kan en åpning for at saken kan bringes videre av departementet etter klagebehandling, være et argument for å gå direkte til domstolen dersom loven åpner for dette.

På denne bakgrunn anbefaler utvalget ikke at Konkurransetilsynet eller departementet skal ha mulighet til å bringe Konkurranssek lagemenndas vedtak inn for domstolene.

8.5.3.5 Fagkyndighet og særskilt vernetting

Utvalget mener konkurransesakene, som ofte er svært komplekse rettslig og faktisk, krever høy faglig kompetanse for å behandles på en tilfredsstillende måte. Det er bred enighet om at en klagenemnd må ha tilstrekkelig faglig kompetanse, og utvalget ser ingen grunn til at den konkurransefaglige forståelsen skal være svakere når sakene behandles i domstolene.

I Norge er det tradisjon for generalistdomstoler og generalistdommere. Spesialisert overprøving finnes særlig i forvaltningen, i uavhengige klagenemnder besatt med særlig kompetanse på sitt felt. I domstolene kan man likevel oppnå en viss spesialisering ved å la domstolen som behandler bestemte saker ha en særlig stor rettskrets (tvunget vernetting) og/eller ved å sette retten med spesialiserte meddommere. Slik spesialisering skjer i dag i visse immaterielle tvister og utlendingssaker, hvor Oslo tingrett er gjort til vernetting. Trygdesaker ankes direkte fra Trygderetten til lagmannsretten. En spesialisert sammensetning av retten finner vi i blant annet saker om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren hvor tingretten vanligvis settes med en fagkyndig og en legmann i tillegg til fagdommeren.

Som fremstillingen av blant annet svensk og fransk rett viser, er domstolsbehandlingen av konkurranserettslige saker i flere andre land spesialisert ved at den er lagt til egne domstoler eller egne avdelinger ved alminnelige domstoler.

Utvalget mener både egne vernettingsregler, samt fagkyndige meddommere er nødvendig ved overprøving av konkurranserettslige saker.

Ved å la konkurranserettslige tvister ha særskilt vernetting ved én tingrett, oppnås en spesialisering ved at dommere der får flere konkurran-

sesaker til behandling enn de ellers ville. Utvalget peker på at dette kan være en god løsning også for behandling av tvister i konkurransesaker, på grunn av behovet for særskilt fagkompetanse. Ved en regel om særskilt verneting får domstolen som skal behandle de materielle konkurranserettssakene mulighet til å bygge opp særlig kompetanse på dette området.

Utvalget mener særskilt verneting bør legges til Oslo tingrett, eventuelt Borgarting lagmannsrett, fordi disse domstolene er av en viss størrelse og fordi de fleste foretakene involvert i konkurransesaker erfaringsmessig har hovedkontor på Østlandet. Domstolens størrelse er viktig fordi konkurransesakene kan være meget omfattende, og uten tilstrekkelig dommerkapasitet å sette av til slike saker vil saksbehandlingstiden kunne bli lang. Videre er det et poeng å velge en domstol som er stor nok til at den egnest seg for uformell spesialisering.

Det særlige behovet for fagkompetanse innen konkurranserett og konkurranseøkonomi kan i tillegg oppnås ved å benytte fagkyndige meddommere med relevant kompetanse. Etter tvisteloven § 9-12 første ledd skal tingretten under hovedforhandlingen settes med to meddommere i tillegg til fagdommeren dersom en av partene krever det. Dersom hensynet til forsvarlig behandling av saken tilsier det, skal meddommerne være fagkyndige, jf. § 9-12 første ledd. Videre følger det av § 9-12 tredje ledd at meddommerne som oppnevnes skal ha fagkyndighet tilpasset saken. Disse bestemmelsene ivaretar således hensynet til å tilføre domstolen tilstrekkelig fagkyndighet i konkurranseøkonomi.

Adgangen til å tilføre domstolen faglig kompetanse i form av meddommere med fagkyndighet i konkurranserett er imidlertid betinget av at begge parter foreslår oppnevnt den aktuelle kandidaten, jf. § 9-12 tredje ledd tredje punktum. Selv om meddommere med særlig kunnskap om konkurranserett og konkurranseøkonomi kan tilføre saken faglig kompetanse på et nivå som ikke kan forventes hos en tingrettsdommer uten erfaring med konkurranserettslige saker, er det etter utvalgets vurdering likevel en fordel at også fagdommeren kan oppnå den spesialisering saksmengden tillater, slik en ordning med tvungent verneting muliggjør. Fagdommerens rolle i prosessen er sentral, og en fagdommer med særskilt konkurranserettslig fagkompetanse vil etter utvalgets mening kunne gjennomføre forberedelser og hovedforhandling mer effektivt enn en dommer som mangler erfaring med konkurransesaker. Dersom fagdommeren har en slik bakgrunn, vil også den

begrensningen som følger av tvisteloven § 9-12 tredje ledd tredje punktum spille en mindre betydning.

8.5.3.6 *Bør klagenemndas vedtak kunne bringes direkte inn for lagmannsretten?*

En annen måte å oppnå spesialisert behandling på, er å la sakene gå direkte til én lagmannsrett, slik det gjøres med vedtak fra Trygderetten. Også på denne måten vil sakene samles i én domstol som kan opparbeide spesialisert kompetanse. Lagmannsretten settes med flere fagdommere enn tingrettene.

I flere konkurranserettslige tvister står store økonomiske verdier på spill og private parter har i mange tilfeller behov for rask avklaring. Ved å bringe sakene direkte inn for én lagmannsrett oppnås også en reduksjon i antall rettsinstanser slik at sakene raskere kan få en endelig avklaring/rettskraftig dom enn om de skulle gå veien om tingretten.

Utvalget er delt med hensyn til om klage til nemnda skal være en prosessforutsetning, se punkt 8.5.3.2. Utvalget ser for seg at hvis partene kan velge domstolsbehandling i stedet for klagenemnd, så bør saken starte i tingretten. Velger partene derimot nemndsbehandling eller nemndsbehandling gjøres til en prosessforutsetning, så bør saken kunne bringes direkte inn for lagmannsretten. Slik oppnås altså både spesialisering og raskere total saksbehandlingstid.

Utvalget mener at sakene bør legges til Borgarting lagmannsrett i de tilfeller saken kan bringes direkte inn for lagmannsretten. Det vises her til utvalgets drøftelse i punkt 8.5.3.5.

8.5.3.7 *Samtykke til anke til lagmannsretten*

Antall ankeinstanser kan også reduseres ved å begrense mulighetene til å anke en dom fra tingretten inn for lagmannsretten, slik det blant annet kreves lagmannsrettens samtykke for å behandle anke over tingrettens dom i sak om fylkesnemndas vedtak etter lov om barneverntjenester.¹³ Denne løsningen passer mindre godt for konkurranserettslige saker fordi det bringes svært få slike saker inn for domstolene. En slik løsning vil kunne medføre færre saker for Høyesterett enn det som er ønskelig for rettsutviklingen. Saksbehandlingen i lagmannsrettene er grundigere enn i tingrettene, og også dette taler mot at muligheten for anke snevres inn for så komplekse og faglig krevende saker som konkurransesaker.

8.5.3.8 Rett saksøkt ved søksmål mot Konkurransesklagemenndas vedtak

Utvalget har vurdert hvem et søksmål mot Konkurransesklagemenndas vedtak og avgjørelser bør rettes mot.

Etter tvisteloven § 1-5 skal søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak reises mot den myndighet som har truffet avgjørelsen i siste instans. Staten anses her som en myndighet, og søksmål skal derfor reises mot staten. Etter tvisteloven § 2-5 første ledd, jf. domstolsloven § 191 skal departementet anses som statens stedfortreder ved søksmål mot staten.

Det kan fastsettes i lov at søksmål mot klagenemndas avgjørelser skal rettes mot staten ved klagenemnda. Eksempler på klageorganer hvor søksmål skal rettes mot staten ved klageorganet, er Medieklagenemnda og UNE.

Ettersom det er Konkurransesklagemenndas vedtak som skal behandles for domstolen, vil nemnda og Konkurransetilsynet ha bedre kjennskap til avgjørelsen enn departementet har. Hensynet til nemndas og tilsynets uavhengighet til departementet taler også for at søksmål rettes mot enten Konkurransesklagemennda eller Konkurransetilsynet. Departement kan ha et annet

syn på nemndas vedtak, og prosessen for domstolen kan da bli preget av dette. Utvalget anbefaler derfor ikke at søksmål rettes mot staten ved departementet.

Utvalget viser til EU-domstolens avgjørelse i sak C-222/13 TDC, der det danske Teleklagenævnet ikke ble ansett tilstrekkelig uavhengig fra den danske stat til å ha adgang til å forelegge prejudisielle tolkningsspørsmål til EU-domstolen, blant annet på grunn av at domstolsprøvingen av nemndas vedtak gikk ut på at søksmål må rettes mot nemnda og ikke mot Ervervsstyrelsen, hvis vedtak nemnda klagebehandler. Denne ordningen gir nemnda en partsrolle i domstolsprøvingen, og dette svekker uavhengigheten i denne relasjon. Utvalget legger dette til grunn for sin anbefaling, og går inn for at søksmål mot Klagenemndas vedtak må rettes mot staten ved Konkurransetilsynet. Utvalget legger til grunn at lovregulering med sikte på å oppnå uavhengighet for nemnda ikke bare er viktig i relasjon til adgangen til å forelegge saker for EFTA-domstolen, men at lignende momenter vil kunne påvirke vurderingen av om nemnda er å anse som et «tribunal» i EMK artikkel sin 6 forstand. Dersom utvalgets flertallsanbefaling om å behandle gebyrsaker for nemnda tas til følge og man samtidig følger anbefalingene fra den delen av utvalget som går inn for at sakene skal bringes direkte inn for lagmannsretten, vil nemnda måtte oppfylle kravene til å være «tribunal» for at kravene etter EMK til adgang til prøving av vedtak om straff for domstolene skal være oppfylt.

Utvalget foreslår derfor en lovbestemmelse om at søksmål mot klagenemndas vedtak og avgjørelser rettes mot staten ved Konkurransetilsynet.

¹³ Tvl § 36-10 tredje ledd

Anke over tingrettens dom i sak om fylkesnemndas vedtak etter lov om barneverntjenester kan ikke fremmes uten lagmannsrettens samtykke. Samtykke kan bare gis når

- a) anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende sak,
- b) det er grunn til å behandle saken på ny fordi det er framkommet nye opplysninger,
- c) det er vesentlige svakheter ved tingrettens avgjørelse eller saksbehandling, eller
- d) dommen går ut på tvang som ikke er vedtatt av fylkesnemnda.

Kapittel 9

Vurdering av Markedsrådets egnethet som klageorgan for konkurransesaker

9.1 Innledning

Utvalget er i mandatet bedt om å utrede om behandlingen av klager over Konkurransetilsynets vedtak etter konkurranseloven bør legges til Markedsrådet istedenfor at det opprettes et nytt forvaltningsorgan for konkurransesakene. Det bes om at utvalget vurderer fordeler og ulemper ved å knytte behandlingen av disse sakstypene sammen, og vurdere nødvendige kompetanse- og ressursbehov ved en eventuell sammenslåing. I tillegg skal utvalget gjennomgå saksbehandlingsrutinene i Markedsrådet for å vurdere om disse kan tilpasses både konkurranserettens behov og dagens saksportefølge.

Utvalget vil i det følgende se på ulike forhold som har betydning for vurderingen av om konkurransesakene kan legges til Markedsrådet.

9.2 Sakstyper og saksomfang

Sakstyper og saksomfang for Markedsrådet er nærmere redegjort for i punkt 4.3.2, mens de aktuelle klagesakene etter konkurranseloven og EØS-konkurranseloven er beskrevet i kapittel 2 og 7.

Sakstypene i Markedsrådet og konkurransesakene har visse fellestrekk. Sakene gjelder næringsaktørens opptreden i markedet, og hvilken virkning dette har på ulike forhold i samfunnet. I saker etter markedsføringsloven er hensynet til forbrukeren særlig fremtredende. Dette hensynet er også relevant i konkurransesakene ved siden av andre tungtveiende hensyn. Et annet likhetstrekk er at lovgivningen på markedsføringsområdet og konkurranseområdet i stor grad bygger på regulering fra EU.

En forskjell mellom sakstypene er at konkurransesakene krever større grad av økonomiske analyser enn det som er nødvendig i sakene som Markedsrådet behandler i dag. Det er også en

vesentlig forskjell på omfanget av Markedsrådets saker, og saker om inngrep mot fusjoner og atferdssaker. Konkurransesakene har normalt et omfattende faktagrunnlag, og krever brede analyser av juridisk og økonomisk karakter.

Et annet hovedtrekk ved sakstypene er at Markedsrådet som utgangspunkt fatter vedtak som førsteinstans etter at saken er brakt inn av Forbrukerombudet. Konkurransklagenemnda vil etter modell 1 og 2, jf. kapittel 7, behandle klager på Konkurransetilsynets vedtak. Ved modell 3 vil en konkurranseklagenemnd fatte vedtak som førsteinstans. Utvalget antar imidlertid at valg av modell vil ha liten betydning for vurderingen av Markedsrådets egnethet for behandling av konkurransesaker.

Sakstilfanget til de to organene fremstår i utgangspunkt som sammenlignbart, og slik sett kan sakene være egnet for behandling i samme organ. Utfordringen knytter seg derfor først og fremst til at de få, men omfattende sakene om fusjoner og ulovlig adferd, krever en annen type kompetanse og kapasitet enn den saker etter markedsføringsloven krever.

9.3 Organisering og arbeidsform

9.3.1 Antall medlemmer i Markedsrådet

Som det er nærmere redegjort for i punkt 4.3.3, har Markedsrådet ni medlemmer med personlige varamedlemmer. Markedsrådet er vedtaksført når fem medlemmer er tilstede.

Som det fremgår av punkt 8.3.5 har utvalget vurdert det som hensiktsmessig at en konkurranseklagenemnd settes med tre medlemmer for hver sak, med mulighet for forsterket nemnd på fem medlemmer i særlige tilfeller.

Mange medlemmer i en nemnd innebærer at nemnda samlet sett får bred kompetanse med mulighet for mange faglige innspill og synspunkter. Dette kan føre til økt rettsikkerhet. På den

annen side kan mange medlemmer føre til en viss ansvarspulverisering ved at ikke alle medlemmer tar fullt ansvar for saken. Utvalget mener at så mange som ni nemndmedlemmer i hver sak fremstår som unødvendig ressursdisponering, uten at dette veies opp av fordelene med bred representasjon. Særlig i store saker vil det være svært ressurskrevende om ni personer skal sette seg inn i sakene og delta i møter.

Utvalget antar imidlertid at en reduksjon i antall medlemmer i Markedsrådet også kan være hensiktsmessig for sakene som Markedsrådet behandler i dag. En mulighet ville derfor være å redusere antallet medlemmer i alle saker Markedsrådet behandler.

9.3.2 Arbeidsform

Behandling av konkurransesaker krever en annen og mer intens arbeidsform enn det som er karakteristisk for Markedsrådets saksbehandling. De fleste saker Markedsrådet behandler krever lite saksforberedelse før møte i saken finner sted sammenlignet med saker om inngrep mot fusjoner og atferdssaker. Medlemmene får oversendt sakspapirer en stund før møtene og møtene er berammet i god tid.

I konkurransesakene er det større behov for at saksbehandlingen skjer raskt (særlig i saker om foretakssammenslutninger), og at det utføres mer arbeid i saksforberedelsen. Dette vil være problematisk i forhold til dagens organisering av Markedsrådet, fordi alle Markedsrådets medlemmer utfører vervet ved siden av fulltidsjobber.

9.3.3 Sekretariat

Markedsrådet har i dag felles sekretariat med Forbrukertvistutvalget, se punkt 4.3.3. Det antas at arbeidet knyttet til Markedsrådets saker utgjør en 20 prosent stilling. Dersom Markedsrådet skulle fått en større saksportefølge, kan det vurderes å utvide sekretariatet slik at det kan utføre flere oppgaver i saksforberedelsen. Dette kan avlaste nemndmedlemmene. Utvalget understreker imidlertid betydningen av at nemndmedlemmene er involvert i det vesentligste av saksbehandlingen, og anbefaler derfor ikke en arbeidsform hvor sekretariatet alene står for saksforberedelsen, jf. drøftelsene i punkt 8.3.5 og 8.3.9.

Det kan være en mulighet at Konkurranssek lag enemnda får felles sekretariat med Markedsrådet. En del oppgaver vil være tilsvarende, både når det gjelder saksforberedelsesfasen og oppgaver knyttet til regnskap, rapportering, journalfø-

ring osv. Man kan også oppnå effektivitetsgevinster ved å benytte felles kontor og dataløsninger. Fordeler ved felles sekretariat er nærmere beskrevet under punkt 7.7 og 8.3.9. Som det fremgår her vil et felles sekretariat også kunne omfatte flere nemnder.

9.4 Rådets sammensetning og kompetanse

Markedsrådet er et bredt sammensatt organ med medlemmer fra ulike landsdeler. De fleste medlemmene er jurister, med særlig kompetanse i markedsføringsrett og forbrukerforhold. Et medlem har økonomisk utdannelse. Flere medlemmer har særlig kjennskap til forbrukersiden og andre har særlig kjennskap til næringsidens interesser. Noen medlemmer er praktiserende advokater, en er dommer, noen jobber ved universitetet, mens andre jobber i organisasjoner. Enkelte av medlemmene har også særlig kompetanse i konkurranseret.

Dersom Markedsrådet skal behandle konkurransesaker, vil det være behov for flere medlemmer med særlig kompetanse på konkurranseret og økonomi. Kompetansebehov i en konkurranssek lag eorgan er nærmere beskrevet i punkt 8.3.6.

En mulig fremtidig løsning kan være at også Markedsrådet organiseres slik utvalget foreslår for en konkurranssek lag enemnd, med mange oppnevnte nemndmedlemmer, men slik at det velges ut tre medlemmer til hver sak. KFIR og KOFA har slik organisering i dag. Det kan da være mulig med en felles nemnd for Markedsrådets saker og for konkurransesaker. Flere av dagens medlemmer i Markedsrådet vil være kvalifisert til å delta også ved behandling av konkurransesaker. Utvalget må imidlertid suppleres med flere personer med konkurransefaglig bakgrunn, herunder konkurranseøkonomisk kompetanse. En slik organiseringsform vil gjøre at nemndas kompetanse kan tilpasses behovet i hver enkelt sak. Utvalget antar at en slik organisering vil kunne fungere godt både for de saker Markedsrådet behandler i dag og konkurransesakene.

9.5 Saksbehandlingsregler

Utvalget har i punkt 8.4 redegjort for hvilke saksbehandlingsregler som anbefales for et konkurranssek lag eorgan. Som et utgangspunkt vil det være behov for tilsvarende saksbehandlingsregler

dersom konkurransesaker legges til Markedsrådet.

Markedsrådets saksbehandlingsregler bygges i hovedtrekk på de samme prinsipper som utvalget anbefaler for et konkurranseklageorgan. Forvaltningsloven gjelder for Markedsrådets saksbehandling. Dette innebærer blant annet at Markedsrådet har utredningsplikt etter forvaltningsloven § 17 og full overprøvningsadgang etter forvaltningsloven § 34.

Forbrukerombudets rolle i saken synes å være tilpasset at Markedsrådet som hovedregel treffer vedtak som førsteinstans etter innstilling fra Forbrukerombudet. Som beskrevet i punkt 4.3.4 er Forbrukerombudets utarbeidelse av et skriftlig sammendrag i saken, et sentralt element i saksforberedelsen. I sammendraget redegjøres det for sakens bakgrunn, sakens utvikling og Forbrukerombudets rettslige standpunkt. Ved valg av modell 1 eller 2 vil Konkurranseskilgenemnda behandle klager på Konkurransetilsynets vedtak. Utvalget anbefaler ikke at Konkurransetilsynet får et tilsvarende ansvar for å opplyse saken ved klagebehandling etter modell 1 og 2. Det er viktig for nemndas legitimitet at behandlingen i nemnda er uavhengig av tilsynets saksbehandling. Ved modell 3 vil det ikke foreligge noe vedtak fra Konkurransetilsynet. En omfattende fremstilling av saken fra Konkurransetilsynets side vil da være nødvendig før nemndas starter sin saksbehandling. Denne modellen er med andre ord godt forenlig med arbeidsformen for Markedsrådet hva dette angår.

I dag praktiserer Markedsrådet utstrakt grad av muntlighet i prosessen. Det innkalles til muntlige forhandlinger i de fleste saker. Forbrukerombudet har da en slags partsrolle, med den næringsdrivende som motpart. Utvalget har i punkt 8.4.5.3 anbefalt at Konkurranseskilgenemnda i utgangspunktet skal ha skriftlig saksbehandling, men at nemnda kan avholde møter og muntlige forhandlinger tilpasset sakens behov, art og omfang. Det anses ikke som hensiktsmessig å avholde fulle muntlige forhandlinger i alle saker. Markedsrådets saksbehandlingsregler bør derfor åpne for større grad av fleksibilitet rundt muntlighet dersom rådet også skal behandle konkurransesaker.

Forbrukerombudet har på samme måte som parten rett til å komme i møter og redegjøre for sitt syn i saken. Utvalget anbefaler at Konkurransetilsynet skal ha rett til å uttale seg gjennom skriftlige innlegg og å be om innsyn i sakens dokumenter på linje med partene. Det bør imidlertid være opp til nemnda om den vil høre Konkur-

ransetilsynet i møter eller ved muntlige forhandlinger. Konkurransetilsynet vil ikke være part i saken, jf. forvaltningsloven.

Dersom konkurranseklagenemnda skal bygges på grunnlag av dagens Markedsråd, bør det også vedtas nye bestemmelser om rådslagning og avgjørelse som i større grad reflekterer at det ikke avholdes muntlige forhandlinger i alle saker. Reglene om avstemning og begrunnelse i Markedsrådet er ellers i stor grad i samsvar med utvalgets forslag til regler for en konkurranseklagenemnd.

Konkurransesakene krever etter utvalgets oppfatning særskilte fristregler. Dette er nærmere omtalt i punkt 8.4.10 og 8.4.11. Tilsvarende fristregler må innføres for Markedsrådet dersom konkurransesakene skal behandles her.

Markedsrådet har ikke adgang til å pålegge opplysningsplikt etter dagens regelverk. Det vil være nødvendig at organet som skal behandle konkurransesaker har anledning til å pålegge opplysningsplikt, jf. drøftelsen i punkt 8.4.5.2. En justering her vil derfor være nødvendig.

I tillegg anbefaler utvalget at habilitetsreglene i forvaltningsloven suppleres med en bestemmelse om at befattning med saken i et annet forvaltningsorgan, fører til inhabilitet.

Markedsrådets uavhengighet i forhold til departementet og Kongen i statsråd bør også tydeliggjøres gjennom en klar lovbestemmelse om uavhengighet. Det bør også tydeliggjøres at overordnet organ ikke kan omgjøre Markedsrådets vedtak, slik at forvaltningsloven § 35 ikke gjelder fullt ut.

9.6 Utvalget anbefaling

Utvalget antar at det er begrensede fordeler ved å legge overprøvingen av konkurransesakene til Markedsrådet slik Markedsrådet i dag er organisert og sammensatt. Som det fremgår av drøftelsen over anses det som lite hensiktsmessig at sakene skal behandles av ni medlemmer i hver sak. Markedsrådets medlemmer har samlet sett ikke den kompetanse som er nødvendig for behandlingen av omfattende konkurranserettslige saker. Medlemmene i Markedsrådet kan heller ikke forventes å kunne sette av tid til å behandle materielle konkurransesaker i tillegg til fulltidsjobb.

Det bør derfor gjøres omfattende endringer i Markedsrådets organisering og sammensetning for at det skal kunne løse de oppgavene som vil påligge et klageorgan for konkurransesaker. I til-

legg vil det vere behov for endring av saksbehandlingsreglene på en del punkter. I realiteten vil dette kreve en fullstendig omforming av dagens Markedsråd.

En sammenslåing vil på den annen side kunne ha en positiv effektivitetsgevinst både for Markedsrådet og et konkurranseklageorgan. Sakstypene har enkelte fellestrekk som gjør at flere aktuelle medlemmer vil ha kompetanse til og interesse for å håndtere begge sakstyper. Sammenslåing med andre nemnder kan også vere aktuelt, jf. drøftelsen i punkt 7.7.

Utvalget antar imidlertid at fusjonering av sekretariater vil ha størst effektiviseringsgevinst, i hvert fall på kort sikt. Et felles sekretariat kan vere mer robust og fleksibelt ved at det kan ha flere ansatte. Mange administrative oppgaver vil også vere de same for ulike klagenemnder. Et felles sekretariat både med Markedsrådet og andre nemnder fremstår derfor som en god løsning. Det vises her til drøftelsen i punkt 8.3.9.

Kapittel 10

Økonomiske og administrative konsekvenser

10.1 Generelt

Som det fremgår av punkt 7.8 anbefaler utvalgets flertall en løsning der det opprettes en uavhengig klagenemnd (Konkurransklagenemnda) som fatter klagevedtak i alle saker som i dag behandles av departementet, med unntak av eventuelle saker etter pristiltaksloven. I tillegg anbefales det at klageorganet skal ha kompetanse til å overprøve Konkurransetilsynets vedtak i saker om overtredelsesgebyr og partsinnsyn i overtredelsessaker. Denne løsningen er beskrevet som modell 2, jf. punkt 7.3.

Ved vurderingen av økonomiske og administrative konsekvenser legges det til grunn at Konkurransklagenemnda vil få maksimalt to til fire materielle konkurranserettslige saker (fusjonssaker, saker om pålegg om opphør og overtredelsesgebyrsaker) årlig. Anslaget er imidlertid usikkert. Som beskrevet i punkt 8.3.2 tyder erfaring fra de seneste årene på en synkende tendens til at det klages i fusjonssaker. I tillegg til disse materielle sakene antas det at nemnda vil motta ca. ti prosessuelle saker (saker om innsyn og pålegg om opphør). Disse anslagene er basert på tidligere statistikk vedrørende klager til departementet, samt saker for domstolen. Det kan tenkes at åpning av en klagemulighet i overtredelsessaker om gebyr og innsyn vil føre til at Konkurransklagenemnda får flere saker enn det tidligere statistikk tilsier, i hvert fall hvis dette kombineres med at uttømt bruk av klageretten er en søksmålsforutsetning.

Utvalget er delt i spørsmålet om behandling i Konkurransklagenemnda skal være en prosessforutsetning jf. punkt 8.5.3.2. Dersom klagebehandlingen ikke gjøres til prosessforutsetning vil anslagene ovenfor sannsynligvis ikke være riktige. Det må tas høyde for at en del av partene i gebyrsakene vil velge å ta disse inn for domstolen fremfor klagenemnda. Det er uansett knyttet stor usikkerhet til dette anslaget. Det vil blant annet avhenge av hvilken legitimitet og tillit nemnda får i næringslivet, og om nemndsbehandling vil gi fordeler som raskere og rimeligere behandling.

10.2 Konsekvenser for næringslivet

Opprettelsen av Konkurransklagenemnda kan ha konsekvenser for omfanget av den næringsdrivendes saksomkostninger. Det antas å være liten forskjell på saksomkostningene i saker som i dag klagebehandles i departementet og behandling av tilsvarende saker i nemnda. Som i dag vil det kunne være store variasjoner fra sak til sak, hvor blant annet utredning av faktum, innspill fra partene og graden av muntlighet i prosessen har betydning.

Det antas at kostnadene ved klagenemndsbehandling vil kunne bli noe lavere enn ved domstolsbehandling. Dette baseres på at kostnadene ved klagenemndsbehandling tradisjonelt er lavere enn ved domstolsbehandling, særlig fordi det ikke gjennomføres hovedforhandling på samme måte som i domstolene. Dette vil særlig kunne få betydning for saker om overtredelsesgebyr. Betydningen av dette bør imidlertid ikke overdrives, da nemnda også kan beslutte bruk av muntlige høringer i prosessen.

Forvaltningslovens regler om dekning av saksomkostninger vil gjelde for partene. Den næringsdrivende vil som utgangspunkt ha rett til å få dekket sine saksomkostnader dersom vedtaket blir endret til dennes gunst.

Utvalget anbefaler ikke at det innføres klagegebyr. Forvaltningsklage skal være en rettighet etter forvaltningslovens system, og det offentlige kostnader bør derfor bæres av staten. Et gebyr innenfor en alminnelig ramme for gebyrer vil uansett i liten grad dekke kostnadene ved klagebehandlingen ettersom nemnda forventes å få et begrenset antall saker til behandling.

Dersom behandling i Konkurransklagenemnda blir en prosessforutsetning, slik halvparten av utvalgets medlemmer ønsker, og partene velger å ta saken inn for domstolen i etterkant, kan nemndsbehandling fremstå som et kostnadsdrivende element. Dette avhenger av hvorvidt partene velger å prøve saken for flere instanser. For at nemnda skal oppnå legitimitet, er det av stor

betydning at systemet oppfattes som en reell toinstansbehandling, der partene får saken prøvd på nytt.

De praktiske konsekvensene av forslaget om å oppheve adgangen til overprøving ved Kongen i statsråd, jf. punkt 8.5.2 vil være små, siden slik overprøving bare har vært foretatt i to saker, jf. punkt 8.5.2.2. I dag brukes det i enkelte saker store ressurser på politisk påvirkning. Bortfall av mulighet til politisk overprøving vil medføre at insentivene for slik ressursbruk bortfaller.

10.3 Konsekvenser for forvaltningen

Den største konsekvensen for forvaltningen vil være at departementets oppgaver med hensyn til klagebehandling flyttes fra departementet til en uavhengig nemnd. Departementet vil få frigjort ressurser til øvrige oppgaver. Besparelsen i departementet vil være langt mindre enn kostnaden knyttet til opprettelse og drift av nemnda. Det må opprettes en ny organisasjon i tilknytning til Konkurransklagenemnda, og denne organisasjonen må tilføres ressurser. En administrativ konsekvens av forslaget om å opprette egen klagenemnd, er at departementet mister kunnskap om enkeltsaksbehandling på konkurranserettens område.

Som det fremgår av kapittel 8, anbefaler utvalget at nemndledervervet skal være et fireårig åremål. Vedkommende må lønnes slik at det ikke bare blir betalt for tid som går med til konkret behandling av saker og administrasjon, men også for faglig oppdatering ut over dette. Det vil være en fordel om vedkommende har nemndledervervet på full tid, forutsatt at kandidater som er aktuelle har ønske og mulighet til å tre inn i en fulltidsstilling. Som beskrevet under punkt 8.3.7, mener utvalget at lønnsnivået for en førstelagmann gir veiledning. Utvalget er klar over at dette kan virke høyt, men anser at dette nivået er nødvendig for å tiltrekke seg personer med særlig faglig tyngde innen konkurranserett, konkurranseøkonomi, samt kompetanse fra domstolen.

Utvalget antar at det er tilstrekkelig at nestleder ansettes i en lavere stillingsandel. Nestleders funksjon er først og fremst å sikre at nemnda er operativ i perioder der nemndleder er fraværende eller opptatt med en annen sak. I tillegg legger utvalget til grunn at nestleder skal inngå som et nemndmedlem på linje med øvrige medlemmer. Nestleders lønn bør fastsettes med utgangspunkt i lønnsnivået for en førstelagmann, slik at lønnen forholdsmessig tilpasses stillingsprosenten.

Utvalget anbefaler at godtgjørelsen for medlemmer settes til et fast beløp per type sak som behandles, og at det gis tillegg (timebetaling) for særlig krevende saker, jf. punkt 8.3.7 ovenfor. Et fast beløp kan beregnes ut ifra hva som er anslått timebruk ved fusjonssaker og deretter se hen til hvor stor andel dette utgjør av en førstelagmanns lønn. Det kan da gjøres en beregning av et fast beløp basert på en andel av lønnen til en førstelagmann. Utvalget anbefaler at det tas utgangspunkt i samme faste beløp også ved overtredelsesgebyr og pålegg om opphør, som for fusjonssaker, og at resterende tidsbruk i slike saker dekkes etter fast timesats. Videre anbefales det at saker om innsyn, samt pålegg om opplysningsplikt dekkes av en timesats.

Av hensyn til rekrutteringen mener utvalget at man ved fastsettelse av timepris må se hen til markedsprisen den aktuelle kompetansen har i markedet.

Lønnskostnader for nemndmedlemmer som arbeider etter rullerende ordning vil dermed avhenge av antall saker. Antall saker, samt sakenes størrelse og kompleksitet vil variere fra år til år, noe som fører til at nemndas kostnader vil være variable. Det vil derfor ikke være mulig å basere den årlige bevilgningen utelukkende på et fast beløp. På denne bakgrunn anbefaler utvalget at det åpnes for bevilgning av variable kostnader (post 21 «spesielle driftsutgifter»), i tillegg til bevilgning for faste kostnader (01-post til driftsutgifter). En slik post kan også dekke eventuelle innkjøp av utredninger, som det kan være behov for å innhente i forbindelse med konkrete saker.

Utvalget anbefaler videre at det ansettes en sekretariatsleder i full stilling i nemndas sekretariat. Sekretariatet må også inkludere en person som kan fungere for sekretariatsleder ved fravær. Behovet for flere personer i sekretariatet vil variere i takt med saksomfanget. Sekretariatet må også ha tilgang på kontoradministrativ kompetanse (regnskap, arkiv, innkjøp), jf. punkt 8.3.9.

Det antas at riktig lønnsnivå for sekretariatsleder kan baseres på lønn for seniorrådgiver etter statens lønnsregulativ, og fastsettes basert på erfaring og kompetanse.

I kapittel 7.7 har utvalget vurdert muligheten for fusjonering med andre klageorganer. Utvalget vil fremheve at det å legge konkurransklagenemndas sekretariatsfunksjon til et allerede eksisterende klagenemndssekretariat, eksempelvis Markedsrådet eller KFIR, vil kunne gi et mindre sårbart og mer kostnadseffektivt sekretariat. Et sekretariat som består av få personer vil være sårbart ved blant annet sykdom, permisjoner og opp-

sigelser. Enkelte oppgaver og funksjoner vil være felles (administrasjon, IT, innkjøp, budsjett, regnskap), og sammenslåing kan lede til besparelser, samt redusere risiko. Videre vil dette også kunne være gunstig for arbeidsmiljøet, ved at sekretariatet får et bredere tilfang av arbeidsoppgaver og et større miljø.

Hva angår leie av lokale anslår utvalget at Konkurransklagenemndas behov vil være sammenlignbart med KFIR, som betaler ca. 450 000 kroner per år, for 100 m² (fire kontorplasser), møterom til seks til åtte personer, samt andel av fellesareal på 35 m². Prisen inkluderer støttetjenester. KFIR leier i dag lokale hos Difi, og det er mulig at markedspris for sentrumsnært næringslokale i Oslo eller Bergen vil ligge noe over dette.

Når det gjelder administrative kostnader påpeker utvalget at Konkurransklagenemnda vil ha behov for et elektronisk saksbehandlingssystem med en effektiv hjemmekontorløsning. Det anslås at dette vil utgjøre en investering på ca. 500 000 kroner, og 150 000 kroner i årlig lisens deretter.

Det anslås at totale administrative kostnader kan estimeres til ca. tre millioner kroner det første året, og deretter ca. 1,2 millioner kroner. Foruten kostnader til et elektronisk saksbehandlingssys-

tem, vil dette inkludere kostnader til egen IT-løsning (PC, domene, exchangeserver, driftsavtale, backup, telefoni osv.), lønntjenester (DFØ eller lignende), regnskap og fagapplikasjoner (lovdata og økonomisk database). Det er vanskelig å gi et korrekt overslag siden det er mange variabler som avgjør omfang, for eksempel datamengder og krav til backup, oppetid og tilgjengelighet, nettverk, sikkerhet, installasjon og konfigurasjon. Det er vanlig å beregne ca. 20 prosent av investert beløp pr år for service/vedlikehold på utstyr og programvare.

Kjøp av tjenester til drift og vedlikehold vil sannsynligvis være kostnadsbesparende. Videre antas det at de administrative kostnadene vil kunne reduseres dersom det nye klageorganet kan dra nytte av administrative ressurser fra et annet organ, eksempelvis ved felles sekretariat. En liten organisasjon vil være avhengig av at flere tjenester kjøpes eksternt. Dette krever god kompetanse på å håndtere bestillinger og anskaffelser. En samlokalisering vil også kunne redusere klageorganets sårbarhet når det gjelder nedetid på datasystemer og lignende, da en større organisasjon gjerne gir bedre tilgang til IT-resursser.

Kapittel 11

Merknader til de enkelte bestemmelser i lov- og forskriftsforslaget

11.1 Merknader til de enkelte bestemmelser i lov- og forskriftsforslaget

Til § 1 Konkurransesklagemenndas oppgaver

Bestemmelsen innebærer at Konkurransesklagemennda får vedtakskompetanse i alle saker som i dag kan klages inn for departementet jf. innstillingens kapittel 2, med unntak av sakene etter pristilaksloven. Bakgrunnen for unntaket er at avgjørelsene etter pristilaksloven kan være basert på politiske hensyn og derfor ikke egner seg for behandling i en uavhengig klagenemnd.

Sammenholdt med forslag til endringer i konkurranseloven § 26 annet ledd og § 29 tredje ledd, innebærer bestemmelsen at krav om partsinnsyn i overtredelsessaker og vedtak om overtredelsesgebyr kan påklages til Konkurransesklagemennda. Dette er en endring fra gjeldende rett der den forvaltningsrettslige klageadgangen er avskåret og sakene går til tingretten.

Konkurransetilsynet håndhever som nevnt i punkt 2.1.5 også forbudsbestemmelsene i EØS-avtalens artikkel 53 og artikkel 54. Disse sakene følger konkurranselovens regler om saksbehandling, sanksjonering og overprøving, jf. EØS-konkurranseloven § 6 første ledd.

Klagenemnda må, på samme måte som departementet i dagens klagesaksbehandling, følge reglene i EØS-konkurranseloven, jf. særlig § 6 og § 7. Dette krever ikke annen lovregulering enn den som følger av forslaget i denne utredningens kapittel 12, der den nye konkurransesklagemennda inkluderes i oppregningen av konkurransemyndigheter i konkurranselovens § 8.

Bestemmelsens *første ledd* slår fast vedtakskompetansen med hensyn til de enkeltvedtak Konkurransetilsynet treffer. Bestemmelsens *annet ledd* slår fast at Konkurransesklagemennda også skal avgjøre klager på Konkurransetilsynets prosessledende avgjørelser hvor det foreligger

klagerett. Dette omfatter avgjørelser etter konkurranseloven § 24, jf. forvaltningsloven § 14, samt saker om innsyn.

Til § 2 Konkurransesklagemenndas uavhengighet

Bestemmelsen i loven § 2 slår fast at Konkurransesklagemennda skal være et uavhengig forvaltningsorgan, som ikke kan instrueres generelt eller i enkeltsaker. Det kan således ikke gis generelle instruksjoner om håndhevingen, og det kan ikke gis pålegg om myndighetsutøvelsen i enkelttilfeller. Administrativt skal klagenemnda være underlagt departementet (Nærings- og fiskeridepartementet).

Bestemmelsen medfører at nemnda ikke kan instrueres av Kongen i statsråd eller departementet om bevisbedømmelse, rettsanvendelse eller saksbehandling.

Det er forutsatt i mandatet at klagenemnda skal være uavhengig. For å sikre dette er det gjort en rekke endringer i andre lovbestemmelser. Særbestemmelsene om adgangen til politisk overprøving i konkurranseloven § 13 og § 21 foreslås opphevet. Utvalget foreslår også i § 12 at bestemmelsen om omgjøring av overordnet forvaltningsorgan i forvaltningsloven § 35 ikke skal gjelde.

Bakgrunnen for opprettelsen av en uavhengig klagenemnd er ifølge mandatet ønsket om å «styrke Konkurransetilsynet som selvstendig myndighetsorgan og fjerne regjeringens rolle som ankeinstans for Konkurransetilsynet». For å sikre dette er det også foreslått endringer i konkurranseloven § 8, se merknader til denne bestemmelsen nedenfor under punkt 11.2.

Utover de rent formelle forutsetningene om Konkurransesklagemenndas og Konkurransetilsynets uavhengighet som sikres ved forslaget til § 2 og forslaget til endringen i konkurranseloven § 8, er det også en rekke andre forhold som vurderes for å sikre reell uavhengighet. Som det fremgår av innstillingen har utvalget vurdert dette ved utfor-

mingen av reglene og anbefalingene som er gitt for organisering av nemnda og nemndas saksbehandlingsregler, se innstillingen kapittel 8.

Til § 3 Konkurransklagenemndas organisasjon

Loven § 3 regulerer Konkurransklagenemndas organisering, herunder kompetansekrav, antall medlemmer, oppnevningsperiode og vedtaksførhet i den enkelte sak.

Første ledd sier at nemnda skal ha en leder og en nestleder. For øvrig skal nemnda ha så mange medlemmer som er nødvendig for utføringen av nemndas oppgaver.

Utvalget anser at Konkurransklagenemnda skal ha en leder som er administrativt ansvarlig for nemnda og er nemndas «ansikt utad». Nemndleder skal også lede nemndas behandling av den enkelte sak. Utvalget anser at nemnda bør ha en nestleder som kan fungere for lederen dersom lederen er fraværende, dersom lederen er opptatt med en annen sak eller dersom leder er inhabil i en sak. Nestleder skal for øvrig delta som nemndmedlem på lik linje med øvrige medlemmer i nemnda. Nemndleder er ansvarlig for nemndas sammensetning i den enkelte sak. Nemndleder beslutter også om nemnda skal settes med tre medlemmer, som er hovedregelen, eller med fem medlemmer der det er nødvendig.

Utvalget ønsker ikke å regulere i lov eller forskrift, det totale antallet medlemmer Konkurransklagenemnda skal ha. Foran under punkt 8.3.5 har utvalget antydnet at åtte medlemmer i tillegg til leder og nestleder kan være et realistisk anslag. Dette er basert på at nemnda må ha et tilstrekkelig antall medlemmer for å oppnå fleksibilitet ved sammensetningen av nemnda i den enkelte sak, tilstrekkelig sikkerhet for at det er mulig å sette nemnd i den enkelte sak og at det er mulig å håndtere flere større saker samtidig.

I annet ledd reguleres kravene til nemndas faglige kompetanse. Utvalget har valgt å foreslå å lovfeste kravet til juridisk og økonomisk fagkompetanse i nemnda. For å få en effektiv og faglig kompetent klagenemnd med høy grad av tillit hos brukerne og i samfunnet generelt, er det avgjørende at nemnda består av personer med riktig faglig bakgrunn og erfaring. En konkurransklagenemnd vil behandle saker som krever omfattende kjennskap til både konkurranserett og økonomiske analyse. I tillegg vil nemnda måtte ta stilling til spørsmål av mer prosessuell karakter. Dersom forslaget fra utvalgets flertall følges skal nemnda behandle saker om ileggelse av overtredelsesgebyr, og slike vedtak utgjør straff

etter EMK artikkel 6. Dette medfører at høy juridisk kompetanse, og dommererfaring vil være særlig relevant for å sikre god kvalitet på saksbehandlingen. Utvalget anser derfor at det blir svært viktig for nemndas tillit og legitimitet at det blir ansatt personer med dommererfaring, ikke bare dommerkompetanse, i nemnda. Det vil være et begrenset antall personer som har den nødvendige kompetanse og uavhengighet til å kunne være medlemmer i en konkurransklagenemnd. Utvalget anbefaler at hensynet til faglig kompetanse innen juss og økonomi tillegges avgjørende vekt ved ansettelse i nemnda.

Det foreslås å lovfeste i § 3 annet ledd annet punktum at kompetansekravene for Konkurransklagenemndas leder og nestleder bør tilsvare kravene i domstoloven § 54 første ledd: «Høyesterettsdommere, førstelagmenn og lagmenn må ha fylt 30 år og ha juridisk embetseksamen eller mastergrad i rettsvitenskap.» Bakgrunnen for dette er at behandling av saker etter konkurranseloven i stor grad består av ren rettsanvendelse. Likheten med domstolenes virksomhet er svært stor. Nemnda skal vurdere bevis og anvende rettsregler på sakens faktum. Dette er oppgaver som etter sin art krever juridisk kompetanse.

Det følger av forslaget til § 3 tredje ledd at Konkurransklagenemndas leder og nestleder utnevnes av Kongen i statsråd som åremålstilsatte embetsmenn for en periode på seks år, med adgang til gjenoppnevning for én periode. Klagenemndas øvrige medlemmer oppnevnes for en periode på fire år, med adgang til gjenoppnevning. Om hvilke hensyn som ligger til grunn for utvalgets forslag vises det til punkt 8.3.4 foran. Utvalget mener det er viktig at det avholdes en åpen søkerprosess før nemndas medlemmer formelt oppnevnes.

For å sikre uavhengigheten anser utvalget at ansatte i Konkurransetilsynet eller Nærings- og fiskeridepartementet ikke kan oppnevnes som medlemmer i Konkurransklagenemnda. Utvalget har vurdert om det i tillegg er behov for en karenstid, men har kommet frem til at det ikke er behov for dette. Karenstidsbestemmelser ville innebære en strengere regulering enn det som er praksis på sammenlignbare områder, og redusere antallet aktuelle kandidater til nemnda.

Hvor mange nemndmedlemmer som skal delta i behandlingen av den enkelte sak fremgår av forslaget til § 3 fjerde ledd. Som hovedregel skal nemnda settes med tre medlemmer. I særlige tilfeller kan nemnda settes med fem medlemmer. Utvalget antar at en slik forsterket nemnd særlig vil være aktuell i saker av prinsipiell karakter, ved

særlig vanskelige bevissspørsmål, samt ved særlig kompliserte juridiske eller økonomiske vurderinger.

I følge forslaget til § 3 fjerde ledd skal nemnda i den enkelte sak settes med et flertall medlemmer med juridisk kompetanse. Begrunnelsen er den samme som for at leder og nestleder bør være jurister, se ovenfor. Nemnda vil derfor alltid bestå av minst to jurister, som hovedregel vil det tredje medlemmet være økonom, men det kan tenkes saker som kun krever juridisk kompetanse. Den ene juristen vil som hovedregel være nemndleder, jf. ovenfor under punkt 8.3.6. Ved behandling av saker som krever økonomisk kompetanse, det vil i hvert fall si alle materielle konkurransesaker, bør ett nemndmedlem ha tilstrekkelig konkurranseøkonomisk kompetanse til å sikre at nemndas faglige kompetanse er på nivå med eventuelle konkurranseøkonomisk sakkyndige for partene.

Ifølge forslaget til § 3 femte ledd kan nemndleder avgjøre saker om innsyn og opplysningsplikt alene. Det er nemndleder som avgjør om saken skal behandles av nemnda eller av nemndleder. Nemndleder skal ha adgang til å delegerer myndigheten etter femte ledd til nestleder. Dette gjelder både spørsmål om innsyn som rettes til nemnda, opplysningsplikt pålagt av nemnda samt klager over Konkurransetilsynets avgjørelser i saker om innsyn eller opplysningsplikt. Utvalget anser at adgangen for nemndleder til å avgjøre saker alene bør brukes med forsiktighet den første tiden nemnda er i funksjon. Det er viktig at nemndmedlemmene i oppstartsfasen får bredest mulig erfaring med saksbehandling, samt at nemndas praksis blir tilstrekkelig konsistent og gir uttrykk for nemndas rettsoppfatning og ikke bare lederens. Etter hvert anser utvalget at nemndleder kan ta mange av de rutinemessige innsyns- og opplysningspliktssakene alene.

Til § 4 Konkurranssekragenemndas sekretariat

Utvalget vil kort knytte noen innledende bemerkninger til sekretariatsfunksjonen. For at nemnda skal kunne fungere godt og effektivt, er det svært viktig at den får tilstrekkelige sekretariatsressurser. I tillegg anser utvalget at det bør vurderes om nemndleder i enkelte tilfeller skal ha adgang til å skaffe ekstra sekretariatstjenester. Dette kan det være behov for dersom nemnda mottar flere omfattende og kompliserte saker samtidig.

Utvalget har flere steder i innstillingen understreket at en av de største utfordringene ved opprettelsen av en klagenemnd for konkurransesaker

er at sakene er få, men til dels svært omfattende og kompliserte. I tillegg er sakstilfanget svært ujevnt og uforutsigbart. Utvalget vil derfor igjen understreke behovet for å vurdere sammenslåing med andre klagenemnder, i hvert fall på sekretariatsnivå. Å legge Konkurranssekragenemndas sekretariatsfunksjon til et allerede eksisterende klagenemndssekretariat, eksempelvis Markedsrådet eller KFIR, vil føre til at sekretariatet blir mindre sårbart og mer kostnadseffektivt. Det kan også være gunstig for arbeidsmiljøet, ved at sekretariatet får et bredere tilfang av arbeidsoppgaver og et større miljø.

Som det fremgår av § 4 første ledd anser utvalget at nemndleder bør ansette sekretariatet. Dette sikrer nødvendig uavhengighet og er i tillegg en fordel da det er nemndleder som skal arbeide tett med sekretariatet og har best forutsetninger for å vurdere nemndas behov. Utvalget ønsker ikke å regulere ressursbehovet i sekretariatet nærmere i lov eller forskrift. Noen føringer er lagt i punkt 8.3.9 og kapittel 10 om økonomiske og administrative konsekvenser, men anslaget er nødvendigvis usikkert.

Ifølge § 4 annet ledd skal sekretariatet utføre de oppgaver som nemndas leder pålegger eller som følger av eventuell forskrift til denne lov. Sekretariatsfunksjoner i klagesaksbehandlingen kan omfatte en rekke forskjellige oppgaver. Det er behov for at noen utfører de administrative oppgavene, som journalføring av saksdokumenter, administrering av innsynsbegjæringer, organisering av møter, bestilling av tjenester og ekspedering av korrespondanse. Normalt må sekretariatet også håndtere økonomisk-administrative forhold, som føring av regnskap, utarbeidelse av budsjett og betaling av regninger.

Sekretariatet kan også ha faglige og prosessledende oppgaver, som å vurdere innkommende dokumenters relevans og betydning for saken, føre referater fra møter, forberede og skrive utkast til vedtak og å gjøre juridiske, faktiske eller økonomiske utredninger med mer. Som beskrevet under kapitlet om nemndas sammensetning (pkt. 8.3.5), mener utvalget at det er viktig at nemnda involveres i alle trinn i saksbehandlingen. Etter utvalgets vurdering vil det være mest hensiktsmessig og ressurseffektivt at medlemmene i Konkurranssekragenemnda har hovedansvaret for utredningen/forberedelsen av klagesakene. Sekretariatets rolle bør være å bistå nemnda i saksforberedelsen, samt håndtere generell administrasjon.

Til § 5 Forholdet til forvaltningsloven

Utvalget foreslår at forvaltningslovens regler skal gjelde for Konkurransklagenemnda dersom det ikke er gjort unntak i loven eller i forskrift gitt i medhold av loven.

Utvalget har vurdert om saksbehandlingen i klagesaker skulle ha større innslag av regler fra sivilprosessen, men har kommet til at siden det aktuelle organet er et forvaltningsorgan er det mest hensiktsmessig å ta utgangspunkt i forvaltningsloven. Forvaltningsprosessen, slik den fremgår av forvaltningsloven, ulovfestet rett og rettspraksis, er et svært fleksibelt system som gir adgang til å tilpasse saksbehandlingen til det organet og det rettsområdet som er aktuelt. Utvalget har derfor av hensyn til behovet for et enkelt og oversiktlig system valgt å la forvaltningsloven gjelde og å gjøre de nødvendige unntak i lov eller forskrift, fremfor å sette sammen regler fra forskjellige rettsområder slik som forvaltningsloven, tvisteloven, straffeprosessloven og domstolsloven for å nevne de mest aktuelle.

En av de viktigste konsekvensene av at forvaltningsloven ligger til grunn for saksbehandlingen i Konkurransklagenemnda er at dette medfører at utredningsplikten i forvaltningsloven § 17 gjelder for nemnda jf. punkt 8.4.3 ovenfor. Det samme gjelder omfanget av klageorganets overprøving etter forvaltningsloven § 34, som medfører at Konkurransklagenemnda kan prøve alle sider av saken, uavhengig av partenes påstander.

Unntak fra forvaltningsloven er gitt i konkurranseklageloven § 6 om begrensning i Konkurransklagenemndas kompetanse, § 8 om habilitet, § 10 om klagefrist (suppleres av forvaltningslovens regler om klagefrist), og § 12 om omgjøring og søksmål.

Til § 6 Begrensning i Konkurransklagenemndas kompetanse

Bestemmelsen i § 6 henviser til begrensningene i klageorganets kompetanse som fremgår av konkurranseklageloven § 12 tredje ledd i.f. og § 20 a første ledd femte punktum slik den lyder etter utvalgets forslag til endring. Dette er tilsvarende regler som gjelder for departementets klagesaksbehandling i dag.

Til § 7 Skriftlig og muntlig saksbehandling

Utkastet til § 7 regulerer noen sider ved bruken av skriftlig eller muntlig saksbehandling. Etter utvalgets oppfatning bør valget mellom skriftlig og

muntlig behandling, skje ut fra hensiktsmessighetsvurderinger, hvor blant annet hensynene til forsvarlighet i behandlingen, proporsjonalitet, konsentrasjon og hurtighet inngår i avveiningen.

Konkurranserettslige fusjonssaker og overtredelsessaker vil ofte omfatte komplekse vurderinger knyttet til avgjørelsen av sakens faktum. Det kan være behov for omfattende bevisførsel, der muntlige forhandlinger kan bidra til raskere og grundigere opplysning av saken.

På den annen side har konkurranserettslige saker ofte mange detaljerte økonomiske analyser og til dels tekniske opplysninger, som utvalget mener best fremstilles skriftlig. Det kan da være en fordel at opplysninger som fremlegges muntlig *supplerer* den skriftlige klagebehandlingen. Det vil være en stor overvekt av dokumentbevis og utvalget ser liten grunn til at disse skal leses opp for nemnda.

Flertallet i utvalget legger til grunn at nemnda også skal behandle saker om overtredelsesgebyr, som etter EMK regnes som straff. Dette kan tilsi at det i behandlingen av slike saker åpnes for et noe større innslag av muntlighet enn i fusjonssakene. Som utgangspunkt bør nemnda avgjøre om det i den enkelte sak skal holdes muntlige høringer og avhør av vitner, og omfanget av muntligheten. Utvalget anser at det i store, materielle konkurransesaker bør være innslag av muntlighet både av hensyn til sakens opplysning og til nemndas legitimitet.

Moderne informasjons- og kommunikasjons-teknologi gjør det også mulig å gjennomføre muntlighet uten at aktørene må være fysisk til stede i møtet. Dette gjør at noen av ulempene ved muntlighet, som utsettelse fordi det er vanskelig å få parter og vitner til å møte, blir noe redusert. Valget behøver derfor ikke stå mellom skriftlighet og muntlighet i tradisjonell forstand. Også dette underbygger behovet for tilpasset saksbehandlingsverktøy og annen teknisk infrastruktur i nemnda.

Utvalget har vurdert om det bør være anledning til å avholde møter med parter, vitner eller Konkurransetilsynet enkeltvis. Å møte alle samtidig gir bedre muligheter for kontradiksjon. Dette vil også kunne øke tilliten til nemndas saksbehandling. I mange saker vil det imidlertid være nødvendig å komme inn på forhold som anses som forretningshemmeligheter eller forhold som en part ikke vil redegjøre fritt om dersom andre er tilstede. For at saken skal bli fullt opplyst bør det derfor være mulig for nemnda å avholde møter med én part. I slike tilfeller skal øvrige parter og Konkurransetilsynet opplyses om at møtet skal

holdes. Det bør være full åpenhet om hvem det avholdes møte med og hva som er temaet for møtet. Nye opplysninger eller anførsler av betydning for avgjørelsen protokolleres, jf. forvaltningsloven § 11 d om muntlige konferanser og nedtegning av opplysninger.

Utvalget anser at behovet for fleksibilitet bør være avgjørende for bruken av muntlighet. Nemndas saksbehandling bør derfor kunne tilpasses behovene i den enkelte sak. Det bør derfor være opp til nemnda (leder) både å vurdere behovet for muntlighet, formen for muntlighet (høring/møte) og omfanget av muntlighet i den enkelte sak. Et ubetinget krav på muntlighet vil kunne bidra til å vidløftiggjøre enklere saker og dermed gjøre saksbehandlingen mindre effektiv. Nemnda (leder) bør derfor stå relativt fritt til å tilpasse omfanget av muntligheten i den enkelte sak, begrenset av utredningsplikten og det ulovfestede kravet om en forsvarlig saksbehandling.

Lovforslaget § 7 første ledd slår fast at Konkurranssekklagenemnda kan treffe avgjørelser i saker på skriftlig grunnlag. Utvalget legger til grunn at skriftlig bevisføring vil være hovedregelen i mange saker, mens muntlige møter og forklaringer fra vitner vil være av supplerende karakter. Sakene vil variere i art, kompleksitet og omfang.

Det foreslås i § 7 annet ledd at Konkurranssekklagenemnda med endelig virkning avgjør spørsmålet om det skal holdes muntlige forhandlinger i en klagesak. Dette vil særlig være aktuelt i saker om overtredelsesgebyr, som etter flertallets forslag skal behandles i klagenemnda. Disse sakene behandles i dag i domstolene, med hovedforhandling og overveiende muntlig behandling. Dersom nemnda skal være et godt alternativ til domstolene i disse sakene, vil det nok kreve en viss grad av muntlighet i behandlingen av klagesakene. I bestemmelsens tredje ledd foreslås en regel om at nemnda av eget tiltak skal oversende samtlige dokumenter det mottar i saken til partene uten ugrunnet opphold. Regelen er viktig for å sikre retten til kontradiksjon. Nemnda må på samme måte som Konkurransetilsynet vurdere om det foreligger taushetsbelagt informasjon jf. forvaltningsloven § 13 flg. Forslaget til tredje ledd sikrer at også Konkurransetilsynet skal ha anledning til å uttale seg om klagesaken og få innsyn i sakens dokumenter dersom de anmoder om det

Til § 8 Habilitet

Forslaget til § 8 innebærer at forvaltningsloven kapittel II om inhabilitet gjelder med den presisering at et nemndmedlem som tidligere har hatt

befatning med saken vil være inhabil dersom saken kommer til behandling i Konkurranssekklagenemnda. Dersom denne presiseringen ikke var tatt inn ville dette tilfellet vært regulert av forvaltningsloven § 6 annet ledd om «andre særegne forhold» som «er egnet til å svekke tilliten». Utvalget mener det vil kunne svekke tilliten til klagenemndas uavhengighet om tidligere ansatte i Konkurransetilsynet eller departementet kunne behandle saker i klagenemnda, som de har deltatt i behandlingen av tidligere. Det samme gjelder dersom et nemndmedlem tidligere har behandlet saken i en annen klagenemnd, som Medieklagenemnda.

Utvalget vurderte å la reguleringen av habilitet for nemnda følge domstollovens regler, som ville sørget for inhabilitet i den situasjonen som § 8 regulerer. Utvalget anser imidlertid at forvaltningslovens regler passer bedre for øvrig og tok derfor inn dette tillegget.

Bakgrunnen for at habilitetsreglene derfor er strengere enn etter forvaltningslovens alminnelige regler er for det første at utvalget anser habilitetsspørsmål vil være praktisk viktig fordi Konkurranssekklagenemnda vil bestå av personer som har nemndsarbeidet som bierverv. Med den spesialkompetanse og erfaring innen konkurranseområdet som nemndmedlemmene må ha 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. Dette kan medføre uheldige rollekombinasjoner som kan være egnet til å svekke tilliten til vedkommendes upartiskhet. Det er også lagt vekt på at nemnda skal treffe avgjørelser som kan gjelde omfattende økonomiske verdier for de involverte parter og for samfunnet, og det er derfor et særlig behov for at den er upartisk.

Utvalget har på denne bakgrunn vurdert om det er behov for karensregler for ansatte i Konkurransetilsynet og departementet for i noen grad å motvirke at slike problemer oppstår, men har kommet til at dette ikke er hensiktsmessig og at disse problemene heller bør reguleres gjennom habilitetsreglene.

Etter forvaltningsloven § 8 avgjør «tjenestemannen» selv om han er inhabil. Spørsmålet kan forelegges for nærmeste overordnede dersom en part krever det, eller dersom «tjenestemannen» selv krever det. Utvalget finner ikke grunn til å regulere dette nærmere, men viser til at nemndleder uansett står fritt med hensyn til å sette sammen en nemnd i hver sak. Lederen vil derfor kunne velge andre nemndmedlemmer dersom det er tvil om et medlems habilitet. Dersom lederen selv er inhabil trer nestleder inn i leders sted. Der-

som både leder og nestleder er inhabil, foreslår utvalget at sekretariatet utpeker en settenemndleder blant medlemmene i utvalget. Det er da settenemndlederen som beslutter hvilke medlemmer som skal behandle den aktuelle saken.

Et annet spørsmål som kan oppstå og som ikke er lovregulert er tilfeller hvor samme sak går for både domstolene og klagenemnda. Dette spørsmålet er rettslig uavklart og utvalget har ikke hatt anledning til å prioritere spørsmålet. Det kan stilles tilsvarende spørsmål der flere organer behandler forskjellige rettslige spørsmål i samme sakskompleks. I mangel på rettslig avklaring, må spørsmålet finne sin løsning i den enkelte sak, ved at en av instansene stanser eller legger bort saken til den andre har avgjort den.

Til § 9 Melding om klage

I følge forslaget til § 9 skal Konkurransetilsynet informere Konkurransklagenemnda når det kommer inn en klage. Dette gjør det mulig for Konkurransklagenemnda og særlig lederen, å forberede seg til klagesaken ved å undersøke hvilke nemndmedlemmer som er tilgjengelige, eventuelt sørge for at noen blir tilgjengelige ved å endre eksisterende avtaler og å avklare eventuelle habilitetsspørsmål eller andre forhold av betydning for en effektiv gjennomføring av klagesaksbehandlingen, før saken kommer inn til nemnda. Særlig i fusjonssaker som har stramme tidsfrister vil dette være viktig for nemndas mulighet til å overholde fristene.

Utvalget anbefaler at fristen i fusjonssaker på 15 virkedager for Konkurransetilsynets oversendelse av en klagesak til departementet, jf. konkurranseloven § 20 a første ledd, videreføres. Fristen for andre saker vil følge reguleringen i forvaltningsloven i § 33, fjerde ledd.

Til § 10 Klagefrist

Utvalget har vurdert om reglene om klagefrist i gjeldende rett er tilstrekkelige og hensiktsmessige. Etter gjeldende rett følger klagefristen for konkurransesaker de alminnelige reglene i forvaltningsloven, med unntak for fusjonssakene hvor klagefristen er regulert i konkurranseloven § 20a første ledd.

For saker om overtredelsesgebyr som etter gjeldende rett overprøves av tingretten, er søksmålsfristen 6 måneder etter konkurranseloven § 29. Utvalget ønsker ikke å innskrenke denne fristen, da den etter utvalgets oppfatning er nødvendig for å forberede en klage i en så alvorlig og

ofte omfattende og komplisert sak. Utvalget foreslår derfor i loven § 10 første ledd en bestemmelse som setter en klagefrist på 6 måneder fra vedkommende part mottok vedtaket.

Utvalget foreslår også en særregel for klage over vedtak om påbud om opphør. Dette kan også være omfattende og kompliserte saker. På den annen side omfatter de ikke en alvorlig sanksjon slik som overtredelsesgebyrsakene og krever vanligvis ikke like omfattende forberedelser. Utvalget foreslår derfor en klagefrist på to måneder for disse sakene.

For de øvrige sakene nemnda etter utvalgets forslag skal behandle foreslås ingen endringer.

Til § 11 Avgjørelser og vedtak

Utvalget anser det hensiktsmessig at nemnda treffer avgjørelser ved flertallsvedtak og at det føres skriftlig protokoll som underskrives av nemndmedlemmene. Utvalget legger til grunn at det vil være tilstrekkelig med elektronisk signatur. Utvalget anser at avstemningen i nemnda bør følge reglene i tvisteloven § 19-3 tredje og fjerde ledd. Disse reglene sørger for tilstrekkelig klarhet og notoritet ved avgjørelsene i nemnda, samtidig som de er tilstrekkelig fleksible til å kunne tilpasses de forskjellige sakene nemnda behandler.

Utvalget foreslår at nemnda må opplyse om dissenser og at disse skal grunngis. Dette anses som viktig for å skape legitimitet for nemndas avgjørelser og vil også være viktig for partene ved vurderingen av om avgjørelsen skal bringes inn for domstolene. Utvalget foreslår derfor en regel tilsvarende tvisteloven § 19-6 (3) som lyder: «Det skal opplyses om avgjørelsen er enstemmig. Ved dissens skal det opplyses hvem som er uenig, og hvilke punkter uenigheten gjelder

Til § 12 Omgjøring og søksmål

Forslaget til § 13 første ledd slår fast at forvaltningsloven § 35 ikke skal gjelde for Konkurransklagenemndas vedtak, men at nemnda kan omgjøre egne vedtak dersom de er ugyldige. Bakgrunnen for bestemmelsen er at behovet for en slik omgjøringsadgang utenom ugyldighetstilfellene anses lite praktisk, at en part som er misfornøyd med nemndas avgjørelse uansett kan ta den inn for domstolene og hensynet til at nemnda ikke skal bruke mye tid på å behandle omgjøringsbegjæringer. Det bør være adgang for nemndas leder til å avgjøre omgjøringsbegjæringer uten særlige krav til begrunnelse. Avslag på en begjæring om omgjøring etter § 35 er ikke et enkeltved-

tak som krever begrunnelse etter forvaltningsloven § 24. Adgangen til å omgjøre i ugyldighetstilfeller vil være en sikkerhetsventil.

Forslaget til annet ledd i bestemmelsen bestemmer at nemnda ikke skal ha anledning til å omgjøre Konkurransetilsynets vedtak uten etterklage. En slik omgjøringsadgang ville føre til at tilsynets uavhengighet av nemnda svekkes. Den vanlige adgangen til å omgjøre underordnede organers avgjørelser i forvaltningen er blant annet begrunnet i styrings- og kontrollhensyn for de overordnede organer i forvaltningshierarkiet. Et av hensynene som fremheves i mandatet er at Konkurransetilsynet skal styrkes som selvstendig myndighetsorgan. Utvalget anser at dette målet best oppfylles dersom nemnda ikke gis anledning til å omgjøre tilsynets vedtak uten klage.

Ifølge forslaget til § 13 tredje ledd skal søksmål mot Konkurransklagenemndas avgjørelser rettes mot staten v/Klagenemnda for konkurransesaker, og anlegges for Borgarting lagmannsrett. Bakgrunnen for at utvalget har valgt å foreslå en regel om at klage skal gå rett til lagmannsretten er at mange av de konkurranserettslige tvistene er av stor økonomisk betydning og at private parter i mange tilfeller har behov for rask avklaring. Ved å bringe sakene direkte inn for lagmannsretten oppnås en reduksjon i antall rettsinstanser slik at sakene raskere kan få en endelig avklaring/rettskraftig dom enn om de skulle gå veien om tingretten.

Bakgrunnen for valget av Borgarting lagmannsrett er at konkurransesakene, som ofte er svært komplekse rettslig og faktisk, krever høy faglig kompetanse for å behandles på en tilfredsstillende måte. Det er bred enighet om at en klagenemnd må ha tilstrekkelig faglig kompetanse, og utvalget ser ingen grunn til at den konkurransesfaglige forståelsen bør være svakere når sakene behandles i domstolene.

Ved å la konkurranserettslige tvister ha særskilt verneting ved én lagmannsrett, oppnås en spesialisering ved at dommere der får flere konkurransesaker til behandling enn de ellers ville gjort. Utvalget mener særskilt verneting bør legges til Borgarting lagmannsrett, fordi denne domstolen er av en viss størrelse og fordi de fleste foretakene involvert i konkurransesaker erfaringsmessig har hovedkontor på Østlandet. Domstolens størrelse er viktig fordi konkurransesakene kan være meget omfattende, og uten tilstrekkelig dommerkapasitet å sette av til slike saker vil saksbehandlingstiden kunne bli lang. Videre er det et poeng å velge en domstol som er stor nok til at den egner seg for uformell spesialisering.

Det særlige behovet for fagkompetanse innen konkurranserett og konkurranseøkonomi kan også oppnås ved å benytte fagkyndige meddommere med relevant kompetanse, jf. tvisteloven § 19-12. Denne bestemmelsen kan ivareta hensynet til å tilføre domstolen tilstrekkelig fagkyndighet i konkurranseøkonomi. Adgangen til å tilføre domstolen faglig kompetanse i form av meddommere med fagkyndighet i konkurranserett er imidlertid betinget av at begge parter foreslår oppnevnt den aktuelle kandidaten, jf. tvisteloven § 9-12 tredje ledd tredje punktum. Selv om meddommere med særlig kunnskap om konkurranse rett og konkurranseøkonomi kan tilføre saken faglig kompetanse på et nivå som ikke kan forventes hos en dommer uten erfaring med konkurranserettslige saker, er det etter utvalgets vurdering likevel en fordel at også fagdommeren kan oppnå den spesialisering saksmengden tillater, slik en ordning med tvungent verneting muliggjør.

Utvalget er delt med hensyn til om klage til nemnda skal være en prosessforutsetning, se punkt 8.5.3.2. Dersom partene kan velge domstolsbehandling i stedet for klagenemnd, anser utvalget at saken bør starte i tingretten. Velger partene derimot nemndsbehandling eller nemndsbehandling gjøres til en prosessforutsetning, så bør saken kunne bringes direkte inn for lagmannsretten. Slik oppnås altså både spesialisering og raskere total saksbehandlingstid.

§ 13 Adgang til retting

Utvalget foreslår at tvisteloven § 19-8 om retting gis tilsvarende anvendelse for Konkurransklagenemnda. Retting vil være aktuelt i tilfeller hvor nemndas avgjørelse ved en feil er gitt en utforming som ikke er i overensstemmelse med nemndas intensjoner. For den nærmere avgrensningen av regelen viser utvalget til praksis og teori for bestemmelsen i tvisteloven § 19-8.

Til § 14 Forskriftshjemmel

Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om organiseringen av og saksbehandlingen i Konkurransklagenemnda.

11.2 Merknader til endringer i konkurranseloven

Til endringer i konkurranseloven § 8:

Et viktig element i begrunnelsen for lovendringen er at hensynet til politisk uavhengighet skal ivare-

tas. For å oppnå dette opprettes en ny Konkurransklagenemnd som skal behandle klager på Konkurransetilsynets vedtak. Hverken Konkurransklagenemnda eller tilsynet kan instrueres av departementet om avgjørelsen i enkeltsaker.

Videre har det vært et formål at Konkurransetilsynet skal styrkes som uavhengig myndighetsorgan.

Konkurransetilsynet håndhever også forbudsbestemmelsene i EØS-avtalens artikkel 53 og artikkel 54. Dette følger av konkurranselovens § 9 første ledd bokstav d), jf. EØS-konkurranselovens § 1. Saker etter disse bestemmelsene følger konkurranselovens regler om saksbehandling, sanksjonering og overprøvelse, jf. EØS-konkurranselovens § 6 første ledd. Klagenemnda vil dermed få sin vedtakskompetanse i saker om EØS-avtalens konkurranseregler, gjennom de lovbestemmelser som foreslås i kapittel 12.

Klagenemnda må, på samme måte som departementet i dagens klagesaksbehandling, følge reglene i EØS-konkurranseloven, særlig § 6 og § 7. Dette krever ikke annen lovregulering enn den som følger av forslaget i denne utredningens kapittel 12, om at den nye konkurransklagenemnda inkluderes i oppregningen av konkurransemyndigheter i konkurranselovens § 8.

Når Konkurransklagenemnda medregnes som konkurransemyndighet etter § 8, vil konkurranseloven § 24 om opplysningsplikt og gransking gjelde tilsvarende for Konkurransklagenemnda.

Til endringer i konkurranseloven § 20 a:

Endringene innebærer at Konkurransklagenemnda får samme rolle som departementet i dag har i fusjonssaker.

Til endringer i konkurranseloven § 26:

Endringen slår fast at Konkurransetilsynets avgjørelser om partsinnsyn i overtredelsessaker kan påklages til Konkurransklagenemnda. Dette utgjør en endring fra tidligere regulering der den forvaltningsrettslige klageadgangen var avskåret, og slike spørsmål kunne kreves avgjort av retten ved kjennelse.

Til endringer i konkurranseloven § 29:

I samsvar med den løsning som utvalgets flertall anbefaler, beskrevet i punkt 7.3 ovenfor, skal Konkurransklagenemnda også ha kompetanse til å fatte klagevedtak i saker som gjelder overtredelsesgebyr. Dette gjennomføres rent lovteknisk ved å oppheve konkurranselovens § 29 tredje ledd, første setning, som avskjærer klageretten i disse sakene. Dette utgjør en endring fra tidligere regulering der den forvaltningsrettslige klageadgangen var avskåret, og saken måtte tas inn for overprøving av tingretten.

Konkurransklagenemndas vedtak i overtredelsesgebyrsaker kan overprøves av domstolen på vanlig måte. Retten kan prøve alle sider av saken. Overprøvingen blir tilsvarende som etter ODA protokoll 4 kapittel II Artikkel 31 jf. artikkel 31 i forordning 1/2003, samt artikkel 35 i ODA-avtalen jf. artikkel 261 i TEUV. Se nærmere om disse bestemmelsene under punkt 2.4.3.

Kapittel 12

Forslag til ny lov om klagenemnd for konkurransesaker og lov om endringer i konkurranseloven

12.1 Ny lov om klagenemnd for konkurransesaker

§ 1 Konkurransesklagemenndas oppgaver

Konkurransesklagemennda skal behandle klager over Konkurransetilsynets vedtak, med unntak av vedtak etter pristiltaksloven.

Konkurransesklagemennda avgjør også klager over Konkurransetilsynets prosessledende avgjørelser, dersom de kan påklages.

§ 2 Konkurransesklagemenndas uavhengighet

Konkurransesklagemennda er et uavhengig forvaltningsorgan som administrativt er underlagt departementet. Konkurransesklagemennda kan ikke instrueres generelt eller i den enkelte sak.

Departementet behandler klager over vedtak eller avgjørelser Konkurransesklagemennda treffer i første instans.

§ 3 Konkurransesklagemenndas organisasjon

Konkurransesklagemennda skal ha en leder, en nestleder og så mange medlemmer som nødvendig for å utføre nemndas oppgaver.

Konkurransesklagemennda skal ha medlemmer med juridisk og økonomisk fagkompetanse. Leder og nestleder må ha kompetanse tilsvarende kravene etter domstolloven § 54 første ledd.

Leder og nestleder er embetsmenn og tilsettes på åremål i seks år. Åremålet kan fornyes med én periode. De øvrige medlemmer av Konkurransesklagemennda oppnevnes av Kongen for fire år, og kan gjenoppnevnes. Oppnevnte nemndsmedlemmer kan ikke fratras vervet unntatt i tilfeller hvor et medlem ikke er i stand til eller villig til å utføre vervet på en forsvarlig måte.

Konkurransesklagemennda treffer avgjørelser og vedtak i et utvalg på tre medlemmer. I særlige

tilfeller kan leder beslutte at avgjørelser og vedtak skal treffes av en forsterket nemnd på fem medlemmer. Lederen fastsetter sammensetning av nemnda for hver enkelt sak. Flertallet av medlemmene i nemnda, slik den settes i den enkelte sak, skal ha juridisk embetseksamen eller mastergrad i rettsvitenskap.

Saker om innsyn og pålegg om opplysningsplikt kan avgjøres av leder.

§ 4 Konkurransesklagemenndas sekretariat

Leder ansetter sekretariatet.

Sekretariatet skal utføre de oppgaver som leder pålegger, eller som fremgår av forskrift etter denne lov.

§ 5 Forholdet til forvaltningsloven

Forvaltningsloven gjelder for Konkurransesklagemennda når annet ikke følger av loven her eller av forskrift etter denne lov.

§ 6 Begrensning i Konkurransesklagemenndas kompetanse

Konkurransesklagemenndas vedtak bare gå ut på å oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak ved klage over vedtak etter konkurranseloven § 12 tredje ledd og § 16 annet ledd.

§ 7 Skriftlig og muntlig saksbehandling

Konkurransesklagemennda avgjør i utgangspunktet saker etter skriftlig behandling.

Konkurransesklagemennda avgjør med endelig virkning om det er formålstjenlig å holde muntlige forhandlinger.

Konkurransetilsynet har rett til å uttale seg i klagesaken, og kan be om innsyn i sakens dokumenter på linje med sakens parter.

§ 8 Habilitet

Et medlem av nemnda eller sekretariatet som tidligere har hatt med saken å gjøre i annet forvaltningsorgan er inhabil ved behandling av saken for Konkurransklagenemnda. For øvrig gjelder forvaltningsloven kapittel II jf. § 3.

§ 9 Melding om klage

Når Konkurransetilsynet mottar en klage på vedtak eller avgjørelser, skal tilsynet gi Konkurransklagenemnda melding om dette.

§ 10 Klagefrist

Fristen for å klage på vedtak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er seks måneder fra det tidspunkt underretning om vedtaket er kommet frem til vedkommende part.

Fristen for å klage på vedtak om pålegg om å bringe ulovlig atferd til opphør etter konkurranseloven § 12 første ledd er to måneder fra det tidspunkt underretning om vedtaket er kommet frem til vedkommende part.

§ 11 Avgjørelser og vedtak

Konkurransklagenemnda treffer avgjørelse og vedtak ved alminnelig flertall, jf. tvisteloven § 19-3.

Ved dissens gjelder tvisteloven § 19-6 (3) tilsvarende.

§ 12 Omgjøring og søksmål

Forvaltningsloven § 35 gjelder ikke. Konkurransklagenemnda kan likevel omgjøre egne vedtak uten at de er påklaget dersom vedtakene må anses ugyldige.

Konkurransklagenemnda kan ikke omgjøre Konkurransetilsynets vedtak av eget tiltak.

Søksmål mot Konkurransklagenemndas vedtak og avgjørelser skal rettes mot staten ved Konkurransetilsynet, og anlegges for Borgarting lagmannsrett.

§ 13 Adgang til retting

Tvisteloven § 19-8 om retting av feil gjelder tilsvarende for Konkurransklagenemnda.

§ 14 Forskriftshjemmel

Kongen kan i forskrift gi nærmere regler om organiseringen av og saksbehandlingen i Konkurransklagenemnda.

12.2 Forslag til endringer i konkurranseloven

Konkurranseloven § 8 skal lyde:

§ 8 Konkurransemyndighetenes organisasjon

Konkurransemyndighetene er Kongen, departementet, *Konkurransklagenemnda* og Konkurransetilsynet.

Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemnda er uavhengige forvaltningsorganer som er administrativt underordnet Kongen og departementet. Konkurransetilsynet kan ikke instrueres om avgjørelser i enkeltsaker. Kongen kan pålegge Konkurransetilsynet å ta en sak opp til behandling. Forvaltningsloven¹ § 35 gjelder ikke for departementets omgjøring av Konkurransetilsynets vedtak etter denne lov.

Kongen kan gi nærmere bestemmelser om Konkurransetilsynets organisasjon og virksomhet.

¹ Lov 10 feb 1967.

Konkurranseloven § 20a. skal lyde:

§ 20 a. Klage og oppheving

Vedtak som nevnt i § 20 første ledd kan påklages¹ innen 15 virkedager. Konkurransetilsynet skal bringe klagen inn for *Konkurransklagenemnda* senest 15 virkedager etter at den er mottatt. *Konkurransklagenemnda* må treffe vedtak i klagesaken innen 60 virkedager etter at klagen er mottatt. Bestemmelsene om fristavbrudd i § 20 sjette ledd gjelder tilsvarende for *Konkurransklagenemnda* saksbehandlingsfrister. Ved klage over vedtak etter § 16 annet ledd kan *Konkurransklagenemnda* vedtak bare gå ut på å oppheve eller stadfeste Konkurransetilsynets vedtak. For øvrig gjelder reglene om klage i forvaltningsloven² kapittel VI så langt de passer.

Dersom *Konkurransklagenemnda* opphever et vedtak etter § 16 annet ledd fordi foretakssammenslutningen ikke kan føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen, er saken endelig avgjort. Ved en oppheving på annet grunnlag kan Konkurransetilsynet fatte et nytt vedtak etter § 20 første ledd. Bestemmelsene i § 20 annet og tredje ledd gjelder ikke. Tilsynet må snarest

mulig og senest innen 45 virkedager fra vedtaket ble opphevet fatte vedtak om inngrep som tillater foretakssammenslutningen på vilkår foreslått av melderne eller legge frem begrunnet forslag til forbudsvedtak. Dersom melderne fremsetter forslag om avhjelpende tiltak senere enn 35 virkedager fra opphevingen av vedtaket, forlenges Konkurransetilsynets frist tilsvarende. Bestemmelsene i § 20 fjerde til syvende ledd gjelder for øvrig så langt de passer.

0 Tilføyd ved lov 14 juni 2013 nr. 35 (i.kr. 1 jan 2014 iflg. res. 14 juni 2013 nr. 633).

1 Jf. fvl. kap. VI

2 Lov 10 feb 1967.

Konkurranseloven § 26 nytt annet ledd skal lyde:

Foretak eller personer som Konkurransetilsynet etterforsker for overtredelse av konkurranseloven,⁴ skal etter krav gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, såfremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningen eller tredjeperson. Forvaltningsloven⁵ § 19 gjelder tilsvarende. Blir kravet avslått, kan spørsmålet kreves avgjort av *Konkurransklagenemnda*. Dersom etterforskningen omfatter flere foretak eller

personer, gjelder innsynsretten ikke dokumenter som bare gjelder andre foretak eller personer.

4 Dvs. denne lov.

5 Lov 10 feb 1967.

Konkurranseloven § 29 nytt tredje ledd skal lyde:

Vedtak³ om overtredelsesgebyr kan *påkLAGES til Konkurransklagenemnda*. Overtredelsesgebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er mottatt. Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg.⁴ Dersom foretaket går til søksmål mot staten for å prøve vedtaket, suspenderes tvangskraften.⁵ Søksmålet må reises innen seks måneder fra partene mottok vedtaket. Det kan gis oppfriskning for oversittelse av fristen etter reglene i tvisteloven⁶ §§ 16-12 til 16-14. Retten kan prøve alle sider av saken. Tvisteloven gjelder ellers så langt den passer.

3 Jf. fvl. § 2 (1), b.

4 Jf. tvangsl. § 7-2, e.

5 Jf. tvangsl. § 4-14 (2).

6 Lov 17 juni 2005 nr. 90.

Vedlegg 1

Regulering av klagesaksbehandling i departementet og Konkurransklagenemnda

I vedlegg 1 er det tatt inn en kort oversikt som sammenligner utvalgets forslag med dagens regler vedrørende behandling av klager på Konkurransetilsynets vedtak.

Tema	Regler som gjelder for departementets klagebehandling	Regler som foreslås for Konkurransklagenemndas klagebehandling
<i>Saksforberedelsesfase og utredning</i>		
Klagefrist	<p>Fusjonssaker: 15 virkedager, krrl. § 20a</p> <p>Andre saker: 3 uker, fvl. § 29 3 dager eller straks, fvl. § 14</p> <p>(Overtredelsesgebyr: 6 mnd søksmålsfrist, krrl. § 29)</p>	<p>Fusjonssaker: 15 virkedager, forslag om endringer i krrl. § 20a</p> <p>Pålegg om opphør: 2 måneder, lovforslaget § 10</p> <p>Overtredelsesgebyr: 6 måneder, lovforslaget § 10</p> <p>Andre saker: 3 uker, fvl. § 29, lovforslaget § 5 3 dager eller straks, fvl. § 14 jf. lovforslaget § 5</p>
Saksforberedelse i klagesak	<p>Fusjonssaker: 15 virkedagers frist for å bringe klagen inn for departementet, krrl. § 20a</p> <p>Andre saker: Så snart saken er tilrettelagt, fvl. § 33</p>	<p>Fusjonssaker: 15 virkedagers frist for å bringe klagen inn for departementet, forslag om endringer i krrl. § 20a</p> <p>Andre saker: Så snart saken er tilrettelagt, fvl. § 33 jf. lovforslaget § 5</p>
Frist for behandling av klage	<p>Fusjonssaker: 60 virkedager, krrl. § 20a</p>	<p>Fusjonssaker: 60 virkedager, forslag om endringer i krrl. § 20a</p> <p>Andre saker: Det anbefales at nemnda ser hen til tvl. §9–4 h om seks måneders frist for å beramme hovedforhandling, samt tvl. § 19–4 om at dom skal avsies 4 uker deretter. Anbefalingen omtales i innstillingens punkt 8.4.11, men det foreslås ikke at dette lovreguleres.</p>

Tema	Regler som gjelder for departementets klagebehandling	Regler som foreslås for Konkurransesklagemenndas klagebehandling
Utredningsplikten	Fvl. § 17	Fvl. § 17, jf. lovforslaget § 5
Muntlighet i saksutredningen	Fvl. § 11 d	Lovforslaget § 7 Fvl. § 11d, jf. lovforslaget § 5
Taushetsplikt	Fvl. § 13-13 f	Fvl. § 13-13 f, jf. lovforslaget § 5
Habilitet	Fvl. kap II	Fvl kap II samt elementer fra domstoloven § 106, jf. lovforslaget § 8
Klageinstansens kompetanse	Fvl. § 34	Fvl. § 34, jf. lovforslaget § 5
Opplysningsplikt og granskning	Krrl. § 24	Krrl. § 24, jf. forslag om endringer i krrl. § 8
<i>Avgjørelsesfasen og vedtaket</i>		
Beslutningsmyndighet	Generelle forvaltningsrettslige regler	Lovforslaget § 3
Begrunnelse	Fvl. § 24-25	Fvl. § 24-25, jf. lovforslaget § 5, supplert med bestemmelser om avstemming og dissenser i tvl. § 19-3 og §19-6(3), jf. innstillingen pkt. 8.4.7. og lovforslaget § 11.
<i>Omgjøring og retting</i>		
Omgjøring	Konkurranseloven § 8	Lovforslaget § 12, samt forslag om endringer i krrl. § 8
Retting		Lovforslaget § 13

=====

Norges offentlige utredninger

2013 og 2014

Statsministeren:

Arbeidsdepartementet:

Grunnlaget for inntektsoppgjørene 2013. NOU 2013: 7.

Arbeids- og sosialdepartementet:

Grunnlaget for inntektsoppgjørene 2014. NOU 2014: 3.

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet:

Tolking i offentlig sektor. NOU 2014: 8.

Ny adopsjonslov. NOU 2014: 9.

Finansdepartementet:

Pensjonslovene og folketrygdreformen III.

NOU 2013: 3.

Uførepensjon i private tjenstepensjonsordninger.

NOU 2013: 12.

Lønnsdannelsen og utfordringer for norsk økonomi.

NOU 2013: 13.

Fiskeri- og kystdepartementet:

Med los på sjøsikkerhet. NOU 2013: 8.

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet:

Hindre for digital verdiskaping. NOU 2013: 2.

Forsvarsdepartementet:

Helse- og omsorgsdepartementet:

Justis- og beredskapsdepartementet:

Når det virkelig gjelder... NOU 2013: 5.

Ett politi – rustet til å møte fremtidens utfordringer.

NOU 2013: 9.

Festekontrakter og folkerett. NOU 2013: 11.

Ny arvelov. NOU 2014: 1.

Skyldevne, sakkyndighet og samfunnsvern.

NOU 2014: 10.

Klima- og miljødepartementet:

Kommunal- og moderniseringsdepartementet:

Revisjon av eierseksjonsloven. NOU 2014: 6.

Kulturdepartementet:

Det livssynsåpne samfunn. NOU 2013: 1.

Kulturutredningen 2014. NOU 2013: 4.

Lik og likskap. NOU 2014: 2.

Kunnskapsdepartementet:

MOOC til Norge. NOU 2014: 5.

Elevenes læring i fremtidens skole. NOU 2014: 7.

Landbruks- og matdepartementet:

God handelsskikk i dagligvarekjeden. NOU 2013: 6.

Miljøverndepartementet:

Naturens goder – om verdier av økosystemtjenester.

NOU 2013: 10.

Nærings- og fiskeridepartementet:

Enklere regler – bedre anskaffelser. NOU 2014: 4.

Konkurranssekklagenemnda. NOU 2014: 11.

Olje- og energidepartementet:

Samferdselsdepartementet:

Utenriksdepartementet:

Bestilling av publikasjoner

Offentlige institusjoner:

Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon

Internett: www.publikasjoner.dep.no

E-post: publikasjonsbestilling@dss.dep.no

Telefon: 22 24 20 00

Privat sektor:

Internett: www.fagbokforlaget.no/offpub

E-post: offpub@fagbokforlaget.no

Telefon: 55 38 66 00

Publikasjonene er også tilgjengelige på
www.regjeringen.no

Trykk: 07 Aurskog AS – 11/2014