

Mottaker
Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Deres ref.: 21/3215-2

Vår ref.: 2021/0534-2

Saksbehandler: Marion Stamnes/Silje W. Fedje
Saksansvarlig: Karin Stakkestad Laastad

Dato: 07.01.2022

Høringsuttalelse - Forslag til endringer i konkurranseloven

Konkurransetilsynet viser til høringsbrev fra Nærings- og fiskeridepartementet (departementet) 1. oktober 2021 vedrørende forslag til endringer i konkurranseloven (saksbehandling i Konkurranseskjagenemnda mv.). Høringsfristen er satt til 7. januar 2022.

I høringsnotatet foreslår departementet flere endringer i konkurranseloven, og departementet åpner også for at Konkurranseskjagenemnda avvikles eller at dagens saksbehandlingsregler for nemnda endres betydelig.

1 Innledning

Konkurransetilsynet vil i denne høringsuttalelsen knytte kommentarer til de foreslåtte lovendringene, jf. punkt 2-11 nedenfor.

I punkt 2 vil tilsynet omtale de delene av forslaget som gjelder avvikling av dagens klageordning for konkurransesaker. Konkurransetilsynet mener at dagens ordning med Konkurranseskjagenemnda som klageinstans over Konkurransetilsynets vedtak fungerer godt, og ordningen er etter tilsynets oppfatning velbegrunnet fra lovgivers side. Videre er det tilsynets oppfatning at organiseringen og sammensetningen av Konkurranseskjagenemnda bidrar til å sikre nødvendig fagkompetanse som gir et godt grunnlag for å treffe materielt riktige avgjørelser i de materielle konkurransesakene, og således ivaretar rettsikkerheten. Konkurransetilsynet mener også at dagens ordning ikke har virket i tilstrekkelig lang tid til at det fremstår hensiktsmessig å endre denne nå.

Det er også Konkurransetilsynets oppfatning at dagens ordning med klage og behandling i nemnda som prosessforutsetning bør beholdes, jf. punkt 3 nedenfor. Tilsynet vurderer det slik at vilkåret om klagebehandling, før saken eventuelt tas inn for domstolene, er en nødvendig forutsetning for at nemnda skal få et tilstrekkelig antall saker til behandling. Denne vurderingen er i samsvar med utvalgets syn i *NOU: 2014: 11 "Konkurranseskjagenemnda – Etableringen av et uavhengig klageorgan for konkurransesaker"*. Tilsvarende ble lagt til grunn av departementet i *Prop. 37 L (2015- 2016) Endringer i konkurranseloven (Konkurranseskjagenemnda, kartellforlik mm.)*. Konkurransetilsynet påpeker også at en generell regel om klagebehandling som vilkår for saksanlegg for domstolene har lange tradisjoner i norsk rett, og er godt begrunnet.

Konkurransetilsynet har vurdert forslaget om en reduksjon av klagefristen i gebyrsakene i sammenheng med forslaget om å fjerne klagebehandling som prosessforutsetning, og er også negativ til en slik lovendring, jf. punkt 6.2. Etter tilsynets vurdering vil bortfall av vilkår om klagebehandling kombinert med en klagefrist på 15 virkedager svekke nemnda på en slik måte at den i liten grad fremstår som et aktuelt alternativ for behandling av gebyrsakene. Tilsynet er imidlertid ikke negativ til at dagens klagefrist på seks måneder kan reduseres noe.

Konkurransetilsynet er positiv til departementets forslag om å endre bestemmelsen i konkurranseloven § 8, slik at Konkurransklagenemnda ikke lenger omfattes av konkurranselovens angivelse av konkurransemyndigheter. Tilsynet er også positiv til forslaget om å gi konkurransemyndighetene søksmålskompetanse over nemndas vedtak, foreslåtte endringer i saksbehandlingsregler, forslaget om å fjerne regelen om utlevering av kopi av databeslag samt forslaget om å innføre hjemmel for å ilegge renter ved forsinket betaling av overtredelsesgebyr. Disse endringsforslagene omtales nærmere nedenfor i punkt 4-11.

2 Avvikling av Konkurransklagenemnda

Departementet skriver i høringsbrevet at Konkurransklagenemnda fungerer godt, men det bes likevel om høringsinstansenes syn på om det bør gjøres omfattende endringer i klageordningen for konkurransesaker. Det bes eksplisitt om høringsinstansenes syn på om klageordningen i konkurransesaker bør legges om ved at Konkurransklagenemnda avvikles. Det bes også om innspill til om dagens klageordning bør beholdes med visse justeringer, eller om ordningen bør legges helt om.

Konkurransetilsynet deler departementets oppfatning om at Konkurransklagenemnda fungerer godt, og mener derfor at det ikke er grunnlag for en avvikling av nemnda. Tilsynet vil i det følgende grunngi sitt standpunkt nærmere.

Konkurransetilsynet vil innledningsvis knytte enkelte kommentarer til dagens ordning med Konkurransklagenemnda og bakgrunnen for gjeldende regel i konkurranseloven § 39 fjerde ledd. Konkurransklagenemndsutvalget la frem sin utredning *NOU: 2014:11 "Konkurransklagenemnda – Etableringen av et uavhengig klageorgan for konkurransesaker"* 11. november 2014. Utvalgets flertall foreslo at en uavhengig klagenemnd skulle gis kompetanse til å behandle klager over samtlige av Konkurransetilsynets vedtak, med unntak av eventuelle vedtak etter pristiltaksloven. Nemnda har vært i kraft siden 1. april 2017, og Gulating lagmannsrett er særskilt verneting ved søksmål over nemndas vedtak.

Som påpekt i Konkurransetilsynets hørings svar til *NOU 2020:11 "Den tredje statsmakt"*¹ bygger den gjeldende ordningen, med klagebehandling for Konkurransklagenemnda og Gulating lagmannsrett som særskilt verneting, på grundige vurderinger og avveininger av ulike hensyn fra lovgivers side. Etter opprettelsen har Konkurransklagenemnda behandlet en rekke klager over tilsynets vedtak, i komplekse og omfattende saker. Nemnda har fattet tre vedtak i saker om konkurransebegrensende avtaler mellom foretak² der tilsynet hadde ilagt overtredelsesgebyr, samt et vedtak om utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling³ der det også var ilagt et betydelig overtredelsesgebyr. Nemnda har videre fattet vedtak i en sak om foretakssammenslutning,⁴ og behandlet en sak om foretakssammenslutning hvor klagen ble trukket før nemnda fattet vedtak i saken. I tillegg har nemnda for tiden ytterligere en sak om foretakssammenslutning til behandling. I denne sammenheng fremhever tilsynet også at Konkurransklagenemndas praksis illustrerer at nemnda har en effektiv saksbehandling, hvor frister som er satt for de materielle konkurransesakene overholdes. I tillegg til nevnte saker

¹ Høringsuttalelse – NOU 2020: 11 Den tredje statsmakt, 24.04.2021.

² Vedtak nr. 2018/112 og nr. 2018/113 fattet 31.08.2018, samt vedtak nr. 2021/1051 fattet 25.11.2021.

³ Vedtak nr. 2019/34 fattet 19.06.2019.

⁴ Vedtak nr. 2021/0143 fattet 27.05.2021.

har nemnda fattet vedtak i en rekke prosessuelle saker, herunder nylig en prosessuell sak hvor det også var ilagt overtredelsesgebyr.

Sett fra Konkurransetilsynets ståsted, har det tatt tid både for nemnda, private parter og tilsynet å tilpasse seg og finne den formen som klagesaksbehandlingen nå har fått. Etter tilsynets vurdering vil det være uheldig å gå inn for en avvikling av Konkurransklagenemnda, når ordningen nylig er etablert og fungerer på en god måte.

De endringene som ble gjort i klagesaksbehandlingen gjennom opprettelsen av Konkurransklagenemnda var blant annet begrunnet i å styrke Konkurransetilsynets uavhengighet samt å øke fagkompetansen i det organet som overprøver tilsynets vedtak. Tilsynet deler oppfatningen som departementet gav uttrykk for i *Prop. 37 L (2015-2016)* punkt 4.5 tredje avsnitt om at de materielle konkurransesakene gjennomgående er svært omfattende og kompliserte, og således krever en høy grad av spesialkompetanse i nemnda – både innenfor konkurranserett og konkurranseøkonomi. I samsvar med flertallets oppfatning i konkurransklagenemndsutvalget mener også tilsynet at slik særskilt kompetanse er en sentral forutsetning for nemndas evne til å fatte materielt riktige vedtak innen kort tid. Både organiseringen og sammensetningen av Konkurransklagenemnda er valgt for å sikre at nemnda innehar særlig fagkompetanse og gode forutsetninger for å treffe materielt riktige vedtak i saker som reiser komplekse konkurranserettslige- og økonomiske problemstillinger. I sum ivaretar dette på ulike måter partenes rettssikkerhet under klagesaksbehandlingen, og sikrer en grundig behandling av samtlige av Konkurransetilsynets vedtak.

Endelig viser Konkurransetilsynet til at normalordningen i dag er at det foreligger en klagerett til overordnet forvaltningsorgan på forvaltningsvedtak. Dette gjelder også i overtredelsesgebyrsaker. For en nærmere beskrivelse av dette viser tilsynet til *Prop. 62 L (2015-2016) Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.)*, kap. 3.3. Der fremgår det at overtredelsesgebyr er den administrative sanksjonen som benyttes klart mest i gjeldende rett, og at det er inntatt hjemler til å ilegge slike sanksjoner i ca. 45 lover. Videre fremgår det av kap. 3.4 (*Grunntrekk ved rettsreglene om administrative sanksjoner*) at avgjørelser som går ut på å ilegge slik sanksjon, normalt kan påklages til overordnet forvaltningsorgan. Dette tilsier etter Konkurransetilsynets oppfatning at det ikke er grunnlag for å avvike dagens ordning med Konkurransklagenemnda som uavhengig klagenemnd med kompetanse til å behandle klager over samtlige av Konkurransetilsynets vedtak.

Når det gjelder foretakssammenslutninger etterspør departementet høringsinstansenes innspill til hvordan en overprøvelsesordning for Konkurransetilsynets vedtak i disse sakene eventuelt bør organiseres. Konkurransetilsynet fremhever at en hovedbegrunnelse for opprettelsen av klagenemnda var å sikre en politisk uavhengig behandling av disse sakene, for derigjennom å sikre legitimitet og tillit til klageprosessen. På denne bakgrunn synes det ikke å være et reelt alternativ at klagebehandlingen av disse sakene skal flyttes tilbake til departementet. En overføring av behandlingen av klage på disse sakene til domstolene synes heller ikke å være et godt alternativ. En opphevelse av mulighet til klagebehandling i forvaltningen vil representere et avvik fra normalordningen, som svekker rettssikkerheten og ikke synes godt begrunnet. Behovet for særskilt fagkompetanse taler særlig for at det bør foreligge en mulighet til forvaltningsrettslig overprøving. Videre trekker behovet for en rask avklaring av disse sakene i samme retning. Konkurransetilsynet kan ikke se at en ordning hvor slike saker behandles etter reglene om midlertidig forføyning i tvisteloven kapittel 32-34 vil representere et godt alternativ til den ordningen som nå er etablert ved Konkurransklagenemnda.

Dagens ordning med en klagenemnd er etter Konkurransetilsynets oppfatning velbegrunnet fra lovgivers side, og organiseringen og sammensetningen av Konkurransklagenemnda sikrer den nødvendige fagkompetanse som gir et godt grunnlag for å fatte materielt riktige avgjørelser i saker om overtredelse av konkurranselovens bestemmelser. Videre mener tilsynet at dagens ordning ikke har virket i tilstrekkelig lang tid til at det fremstår

hensiktsmessig å endre denne nå. På bakgrunn av det ovennevnte er Konkurransetilsynet negativ til at dagens ordning med Konkurransklagenemnda som klageinstans over Konkurransetilsynets vedtak avvikes, og tilsynet er av den oppfatning at ordningen bør beholdes.

3 Klage og behandling i nemnda som prosessforutsetning

Departementet skriver i høringen at deres foreløpige vurdering er at klage til Konkurransklagenemnda bør fjernes som prosessforutsetning, og at tingretten bør være førsteinstans både i saker om inngrep mot foretakssammenslutninger, og i forbuds- og overtredelsessaker. Departementet ber om høringsinstansenes syn på en løsning hvor nemndsbehandling beholdes som prosessforutsetning samtidig som eventuell domstolsbehandling starter på ordinær måte for tingretten, eller en alternativ løsning hvor tvungen nemndsbehandling begrenses til saker om foretakssammenslutninger.

Konkurransetilsynet mener at prosessforutsetningen om klagebehandling i nemnda ikke bør oppheves. Tilsynet understreker i denne sammenheng at reguleringen er en nødvendig forutsetning for at nemnda skal få et tilstrekkelig antall saker til behandling. Det vises her til utvalgets uttalelse på side 131 i *NOU 2014:11*:

“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.”

Begrunnelsen som ble gitt i *NOU 2004:11* fikk også tilslutning i *Prop. 37 L (2015- 2016)*, og etter Konkurransetilsynets syn vil begrunnelsen fremdeles være gjeldende. Tilsynet påpeker at dersom reguleringen av nemnda som prosessforutsetning faller bort, er det sannsynlig at sakstilfanget vil reduseres på en slik måte at nemnda ikke lenger får et tilstrekkelig antall saker til at det er forsvarlig å opprettholde ordningen med nemndsbehandling av klage på tilsynets vedtak.

Videre viser Konkurransetilsynet til bestemmelsen i forvaltningsloven § 27 b som gir hjemmel for det enkelte forvaltningsorgan til å sette krav om klagebehandling før det eventuelt tas ut søksmål. Denne hjemmelen vil i utgangspunktet fremdeles gjelde, selv om bestemmelsen i konkurranseloven § 39 annet ledd om klage som prosessforutsetning oppheves.

Hjemmelen for det enkelte forvaltningsorgan til å vedta klagebehandling som prosessforutsetning stod tidligere i tvistemålsloven § 437, og i forarbeidene til lovendringen gis det uttrykk for at det gjennomgående er ønskelig at klageretten er uttømt før det blir reist søksmål, jf. *Ot.prp.nr.51 (2004–2005)* side 344. Bestemmelsen ble behandlet av Høyesterett i *Kobbvågslaks-saken (Rt. 2008 s. 478)*, hvor Høyesterett i avsnitt 41 gav sin tilslutning til den nevnte uttalelsen fra forarbeidene. Konkurransetilsynet slutter seg til de generelle hensyn som ligger til grunn for denne bestemmelsen, og fremhever at forvaltningsklage er lovens normalordning, som vurderes å være prosessbesparende. Konkurransetilsynet mener videre at det vil være mer hensiktsmessig at dette er lovregulert i konkurranseloven, fremfor at dette reguleres av forvaltningsloven § 27 b.

Når det gjelder vurderingen av en løsning hvor nemndsbehandling beholdes som prosessforutsetning, samtidig som eventuell domstolsbehandling starter på ordinær måte for tingretten, mener Konkurransetilsynet at dette vil innebære en uforholdsmessig økning av prosesskostnadene. I denne forbindelse viser tilsynet også til begrunnelsen som ble gitt av

lovutvalget i *NOU 2014:11 Konkurransklagenemnda – Etablering av et uavhengig klageorgan for konkurransesaker*, hvor det fremgår (på side 151):

"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."

Konkurransetilsynet mener at denne begrunnelsen fortsatt gjør seg gjeldende, og viser også til tilsynets høringsuttalelse til *NOU 2020:11 "Den tredje statsmakt"*.⁵

Når det gjelder spørsmålet om en løsning hvor tvungen nemndsbehandling begrenses til saker om foretakssammenslutninger, er det Konkurransetilsynets vurdering at heller ikke en slik løsning vil medføre at nemnda får et tilstrekkelig antall saker til at det er forsvarlig å opprettholde ordningen med nemndsbehandling. Tilsynet støtter departementets vurdering av at en løsning hvor det innføres forskjellige prosesser for ulike sakstyper verken vil være effektiv eller egnet til å ivareta rettsikkerheten på en tilfredsstillende måte.

Etter dette er det Konkurransetilsynets vurdering at dagens ordning med klage og behandling i nemnda som prosessforutsetning bør opprettholdes.

4 Konkurransklagenemndas status som konkurransemyndighet

Departementet vurderer å endre bestemmelsen i konkurranseloven § 8, slik at Konkurransklagenemnda ikke lenger omfattes av konkurranselovens angivelse av konkurransemyndighetene. Bakgrunnen for dette er at en inkludering i oppregningen kan gi inntrykk av at Konkurransklagenemnda ikke er en domstol etter EØS-retten. Departementet påpeker at dersom det er ønskelig at Konkurransklagenemnda fortsatt skal oppfylle kriteriene for et uavhengig tribunal etter EMK, taler dette for å endre bestemmelsen. Videre vises det til at dersom Konkurransklagenemnda skal anses som en nasjonal domstol etter EØS-avtalen, kan det gi opphav til misforståelser om nemnda er inkludert i oppregningen av konkurransemyndigheter i loven § 8.

Dersom endringen gjennomføres, foreslår departementet at det innføres en egen bestemmelse om Konkurransklagenemndas uavhengighet i ny § 35a, som følge av at nemnda ikke lenger vil være omfattet av § 8 hvor spørsmålet i dag er regulert. Videre må det også foretas endringer i øvrige bestemmelser hvor konkurransemyndighetene tillegges rettigheter og plikter, dersom Konkurransklagenemnda fremdeles skal være omfattet av disse.

Konkurransetilsynet ser behovet for å bidra til å klargjøre at Konkurransklagenemnda skal anses som en nasjonal domstol etter EØS-avtalen, samt et uavhengig tribunal etter EMK. Som departementet påpeker er det EØS-rettens kriterier som er avgjørende for om organet er en nasjonal domstol etter EØS-retten, ikke organets status etter nasjonal rett.

Tilsynet er enig med departementet i at det er behov for ytterligere lovendringer for å sikre at Konkurransklagenemnda i forlengelsen vil inneha tilsvarende kompetanse som i dag, dersom nemnda fjernes fra angivelsen av konkurransemyndighetene i § 8. Konkurransetilsynet støtter således endringene som foreslås av departementet.

⁵ Høringsuttalelse – NOU 2020: 11 Den tredje statsmakt, 24.04.2021.

5 Saksbehandlingsregler for Konkurransklagenemnda

5.1 Delegasjon

Departementet foreslår at det innføres en ny hjemmel i § 36 femte ledd som gir Konkurransklagenemndas leder adgang til å delegere avgjørelser og vedtak i enkelte typer saker til et enkeltmedlem. Delegasjonsadgangen er foreslått avgrenset positivt til behandling av klager i innsynssaker og saker om dekning av saksomkostninger. Departementet har også bedt om høringsinstansenes syn på om nemndas leder bør kunne delegere til Klagenemndssekretariatet og om delegasjonsadgangen skal avgrenses negativt.

Konkurransetilsynet støtter departementets forslag om å gi Konkurransklagenemndas leder adgang til å delegere behandlingen av klager i innsynssaker og saker om dekning av saksomkostninger til et enkeltmedlem. Delegasjonsadgangen som er foreslått vil gjelde for mindre kompliserte saker, og vil etter Konkurransetilsynets syn føre til at disse sakstypene behandles mer effektivt, samtidig som de fortsatt vil være underlagt en forsvarlig behandling. Konkurransetilsynet mener at den foreslåtte delegasjonsadgangen vil være ressursbesparende ved at det frigjøres ressurser til behandling av de mer kompliserte materielle konkurransesakene.

Konkurransetilsynet støtter videre departementets forslag om at delegasjonsadgangen bør rettes mot et enkelt nemndsmedlem fremfor Klagenemndssekretariatet. Konkurransetilsynet er enig i at en del av de sakstypene det er foreslått delegasjonsadgang for innebærer at det må foretas konkurransefaglige vurderinger, hvilket etter tilsynets oppfatning tilsier at en regel som innebærer at delegasjonsadgangen rettes mot medlemmer av Konkurransklagenemnda fremstår hensiktsmessig. Videre er det tilsynets oppfatning at ettersom nemnda og sekretariatet er to ulike organer, underbygger også dette at delegasjonsadgangen bør rettes mot Konkurransklagenemnda. Endelig støtter Konkurransetilsynet departementets forslag om at delegasjonsadgangen avgrenses positivt, slik det foreslås i utkast til § 36 nytt femte ledd.

5.2 Oversendelse av dokumenter

Departementet foreslår at det innføres en ny regel i konkurranseloven § 37 annet ledd som innebærer at Konkurransetilsynets plikt til å oversende sakens dokumenter til Konkurransklagenemnda ikke omfatter interne dokumenter. Unntak vil gjelde for dokumenter som inneholder opplysninger av betydning for saken og som ikke fremgår av andre dokumenter som nemnda og partene har tilgang til. Endringen medfører at saksbehandlingsreglene i konkurransesaker vil skille seg fra de alminnelige reglene i forvaltningsloven, og at reglene i større grad samsvarer med reglene etter prosesslovgivningen.

Konkurransetilsynet er positiv til forslaget til ny § 37 annet ledd. Regelen som er foreslått samsvarer med den praksis Konkurransklagenemnda har fulgt når det gjelder oversendelse av interne dokumenter i konkurransesaker, og den foreslåtte endringen innebærer dermed at lovreguleringen bringes i samsvar med praksis. Videre vil den foreslåtte regelen etter tilsynets syn være ressursbesparende og føre til en mer effektiv klagesaksbehandling.

Konkurransetilsynet mener videre at unntaket for dokumenter som inneholder opplysninger av betydning for saken, og som ikke fremgår av andre dokumenter som nemnda og partene har tilgang til, ivaretar partenes rett til innsyn i de dokumentene som er relevante for klagesaksbehandlingen. Partene vil med den foreslåtte endringen fortsatt ha rett til innsyn i dokumenter som er relevante for klagesaksbehandlingen, og etter tilsynets oppfatning vil regelen som er foreslått derfor ivareta partenes rett til kontradiksjon. Tilsynet er videre av den oppfatning at forslaget om at unntaket fra forvaltningsloven gjøres generelt for

konkurransesaker og ikke avgrenses til saker om overtredelsesgebyr fremstår hensiktsmessig, idet regelen ivaretar forutberegnelighetshensyn og blir enklere å praktisere.

6 Frister i klagesaksbehandlingen

6.1 Suspendering av frist i saker hvor Konkurransesklagenemnda ber om rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen

Departementet foreslår at det innføres en regel som innebærer at seksmånedersfristen for Konkurransesklagenemndas vedtak i konkurranseloven § 39 suspenderes i tilfeller hvor nemnda velger å forelegge et spørsmål om anvendelsen av EØS-retten for EFTA-domstolen. Forslaget innebærer at seksmånedersfristen for nemndas behandling ikke løper mens foreleggelsen er til vurdering i EFTA-domstolen.

Konkurransetilsynet støtter forslaget om suspendering av seksmånedersfristen i konkurranseloven § 39 annet ledd annet punktum i tilfeller der nemnda har forelagt et tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen. Prosessen for EFTA-domstolen er tidkrevende og med dagens regulering er det risiko for at foreleggelse fører til at nemnda ikke får ferdigbehandlet klagen dersom EFTA-domstolen ikke gir sin rådgivende uttalelse innen seksmånedersfristen i konkurranseloven § 39. Dette kan etter tilsynets syn gi uheldige virkninger, og tilsynet er derfor positiv til at det innføres regler om fristavbrudd ved foreleggelse av tolkningsspørsmål.

Konkurransetilsynet understreker at en regel om fristavbrudd som foreslått av departementet medfører at det er sentralt at spørsmålet om foreleggelse drøftes med partene og tilsynet før oversendelse til EFTA-domstolen.

6.2 Klagefrist

Departementet mener at klagefristen i saker om overtredelsesgebyr bør forkortes sammenliknet med dagens seksmånedersfrist. Det bes konkret om innspill på om klagefristen bør forkortes til 15 virkedager eller om den bør være noe lengre. Departementet fremhever at en eventuell forkortning av klagefristen bør ses i sammenheng med forslaget om å fjerne nemndsbehandling som prosessforutsetning for å reise søksmål om Konkurransetilsynets vedtak.

Konkurransetilsynet er enig med departementet i at dagens seksmånedersfrist for å klage tilsynets vedtak inn for Konkurransesklagenemnda er noe lang, og at effektivitetshensyn tilsier at fristen bør settes kortere enn seks måneder. Tilsynet er av den oppfatning at det vil kunne gi en mer effektiv nemndsbehandling om tidsrommet for å klage kortes noe ned og at dagens ordning, som innebærer at parter i samme sak i prinsippet vil kunne klage med opp mot seks måneders forskjell, er uheldig.

Konkurransetilsynet er likevel av den oppfatning at en klagefrist på 15 virkedager i saker om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven er for kort. Tilsynet viser til at saker om overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser ofte er omfattende og reiser kompliserte juridiske og økonomiske problemstillinger, og at dette tilsier at en klagefrist på 15 virkedager fremstår unødig kort.

Lengden på klagefristen må etter Konkurransetilsynets oppfatning også ses i sammenheng med departementets forslag om å fjerne nemndsbehandling som prosessforutsetning for å reise søksmål om Konkurransetilsynets vedtak. Hvis nemndsbehandling fjernes som prosessforutsetning samtidig som klagefristen for nemnda forkortes til 15 virkedager vil det gi en uheldig regel. Dette tilsier etter tilsynets vurdering at fristen for å klage til Konkurransesklagenemnda bør være den samme som fristen for å bringe tilsynets vedtak inn for domstolene. En slik regel vil etter tilsynets syn både innebære at klage- og

søksmålsfristene harmoniseres, samt ivareta effektivitetshensyn, sammenliknet med dagens seksmånedersfrist for klage til Konkurransklagenemnda.

Konkurransetilsynet ser at effektivitetshensyn kan tilsi at man bør korte ned fristen for å klage til Konkurransklagenemnda noe, forutsatt at samme frist vil gjelde for søksmål til domstolene dersom klagebehandling ikke er en prosessforutsetning. Etter tilsynets oppfatning kan eksempelvis en frist på tre måneder fra vedtak er fattet være rimelig. I denne sammenheng viser Konkurransetilsynet til at dette er gjeldende frist for å bringe Konkurransklagenemndas vedtak videre for domstolene, jf. konkurranseloven § 39 fjerde ledd.

7 Søksmål

7.1 Søksmålsadgang for konkurransemyndighetene

Departementet foreslår at konkurransemyndighetene gis hjemmel til å reise søksmål over Konkurransklagenemndas vedtak. Konkurransmyndighetene har ikke slik søksmålsadgang etter gjeldende rett.

Konkurransetilsynet er positiv til departementets forslag om å innføre en hjemmel som gir konkurransemyndighetene adgang til å reise søksmål over Konkurransklagenemndas vedtak. Før vedtakelsen av gjeldende konkurranselov kunne tvister om Konkurransetilsynets vedtak klages inn for Nærings- og fiskeridepartementet, med unntak for gebyrsaker hvor søksmål om vedtaket måtte reises for tingretten. Både partene og staten v/Konkurransetilsynet kunne anke tingrettens dom. Etter innføringen av ordningen med klagenemnd er det kun partene som kan bringe Konkurransklagenemndas vedtak inn for Gulating lagmannsrett. Som påpekt av departementet har konkurransemyndighetene ingen tilsvarende adgang til å få Konkurransklagenemndas vedtak overprøvd av domstolene.

I forarbeidene til gjeldende konkurranselov (*NOU 2014: 11*) er konkurransemyndighetenes manglende søksmålsadgang primært begrunnet med at Konkurransklagenemnda var ment å fungere som et overordnet forvaltningsorgan og at en søksmålsadgang for Konkurransetilsynet ville bryte med den hierarkiske oppbyggingen av forvaltningssystemet. En søksmålsadgang for tilsynet ville derfor etter utvalgets syn bryte med forvaltningslovens system, der et underliggende forvaltningsorgan er bundet av avgjørelser tatt av et overordnet organ.⁶

Som fremhevet i departementets høringsbrev har imidlertid Konkurransklagenemnda opptrådt som en domstol og ikke som et forvaltningsorgan i relasjon til EØS-konkurranseloven og ODA-protokollen. Etter Konkurransetilsynets oppfatning gjør de hensyn som talte mot en overprøvingsadgang for staten seg ikke like sterkt gjeldende når Konkurransklagenemnda i praksis fungerer som et domstolslignende organ. På denne bakgrunn er det etter Konkurransetilsynets oppfatning uheldig at konkurransemyndighetene ikke har adgang til å ta ut søksmål på tilsvarende måte som private parter.

Konkurransetilsynet bemerker at dersom nemnda er å anse som en nasjonal domstol etter EØS-reglene, vil ECN+ direktivet⁷ artikkel 30, dersom dette implementeres i norsk rett, innebære et krav om at Konkurransetilsynet gis adgang til å reise søksmål over nemndas vedtak. Den nevnte bestemmelsen pålegger medlemsstatene å sørge for at de nasjonale konkurransemyndighetene kan anke avgjørelser fattet av nasjonale domstoler, og direktivet er ment å sikre at konkurransemyndighetene har nødvendig myndighet, kompetanse og ressurser til effektiv håndheving av konkurransereglene.

⁶ NOU 2014: 11 *Konkurransklagenemnda Etablering av et uavhengig klageorgan for konkurransesaker* side 133.

⁷ Direktiv 2019/1/EU om styrking av de nasjonale konkurransemyndigheters forutsetninger for å håndheve konkurransereglene effektivt og sikring av et velfungerende marked.

Videre mener Konkurransetilsynet at en søksmålsadgang for staten kan begrunnes i at konkurransemyndighetene i flere saker vil ha et reelt behov for å få et vedtak fra Konkurransesklagemennda overprøvd av domstolene, særlig i saker der nemnda har tatt stilling til prinsipielle spørsmål.

Samlet er det Konkurransetilsynets oppfatning at gjeldende ordning med manglende søksmålsadgang er uheldig, og tilsynet stiller seg positiv til forslaget om å gi konkurransemyndighetene søksmålsadgang over Konkurransesklagemenndas vedtak. Dette gjelder særlig i lys av at nemnda i enkelte henseender anser seg som en domstol og at en slik søksmålsadgang kan være nødvendig for å få rettslig avklaring i enkeltsaker.

7.2 Vernetting

Departementet foreslår at partene skal reise søksmål ved Hordaland tingrett, uavhengig av om det reises søksmål over vedtak fra Konkurransetilsynet eller Konkurransesklagemennda. Bakgrunnen for forslaget er at departementet ønsker å legge til rette for moderat spesialisering. Departementet påpeker at dette kan være en fordel, for eksempel i konkurransesaker, og viser til domstolskommisjonens vurderinger i utredningen *NOU 2020:11 Den tredje statsmakt – Domstolene i endring*, kapittel 23. Departementet ønsker likevel høringsinstansenes syn på om det bør åpnes for at søksmål kan reises ved saksøkers hjemting.

Konkurransetilsynets primære anbefaling er at løsningen hvor avgjørelsene fra en spesialisert klagenemnd tas direkte inn for lagmannsretten beholdes. Som nevnt innledningsvis i tilsynets hørings svar bygger den gjeldende ordningen med klagebehandling for Konkurransesklagemennda og Gulating lagmannsrett som særskilt vernetting på grundige vurderinger og avveininger av ulike hensyn fra lovgivers side. Ordningen har også vist seg å fungere godt i praksis.

Konkurransetilsynet bemerker at kompleksiteten og behovet for spesialkompetanse som kreves tilsier at det er fastsatt vernetting ved en av de større domstolene. I denne forbindelse viser tilsynet til departementets uttalelser i *prop. 37 L (2015-2016)* om at 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 blir verdien av å velge en domstol som er stor nok til at den egner seg for uformell spesialisering fremhevet.

Dersom det blir innført lovendringer som innebærer at en konkurransesak skal anlegges for tingretten har Konkurransetilsynet ikke sterke synspunkter når det gjelder spørsmålet om Hordaland tingrett bør foretrekkes fremfor å åpne for at saksøker kan velge å ta ut søksmål ved saksøkers alminnelige vernetting, jf. tvisteloven § 4-5 åttende ledd. Valg av vernetting vil imidlertid også få betydning for den videre lagmannsrettsbehandlingen.

8 Utlevering av kopi av beslaglagt elektronisk materiale

Departementet foreslår opphevelse av bestemmelsen i konkurranseloven § 25 femte ledd, om at den kontrollerte skal motta kopi av det elektroniske materialet som beslaglegges i forbindelse med en bevissikring. Begrunnelsen for forslaget er risiko for at taushetsbelagt personlig informasjon og andre personopplysninger utleveres til det kontrollerte foretaket. Videre begrunnes forslaget med at formålet med bestemmelsen synes ivaretatt på annen måte enn opprinnelig tiltenkt. I *NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov*, la utvalget til grunn at muligheten til å sette opp en liste over beslagsfri advokatkorrespondanse krevde at den kontrollerte umiddelbart fikk en kopi av det speilkopierte materialet. Etterfølgende praksis har vist at utlevering av slik kopi ikke er en nødvendig forutsetning for prosessen med å fjerne beslagsfri advokatkorrespondanse.

Konkurransetilsynet er enig med departementet i at utlevering av en kopi av det speilkopierte materialet ikke synes å være en nødvendig forutsetning for å fjerne beslagsfri advokatkorrespondanse. Etter gjeldende praksis innledes prosessen ved at Konkurransetilsynet etterspør navn samt komplette e-postadresser til samtlige advokater som foretaket har benyttet. Erfaringsmessig har det kontrollerte foretaket denne informasjonen tilgjengelig i sine egne arkiver, og kopien av det speilkopierte materialet er dermed ikke nødvendig for å kartlegge advokatkorrespondanse. Konkurransetilsynet viser i denne forbindelse til at elektroniske beslag i utgangspunktet gjøres i form av speilkopiering, og at foretaket dermed vil ha tilgang til sine originale data.

Det bemerkes videre at foretaket i forbindelse med en bevissikring vil få utlevert en oversikt over dokumenter eller annet som er beslaglagt, slik at forveksling unngås, jf. forskrift om opplysningsplikt og bevissikring § 7 fjerde ledd. Oversikten skal identifisere eventuelle databeslag og papirbeslag. Den kontrollerte vil få utlevert en slik kopi av beslagslisten så snart som mulig, og vil der finne en nøyaktig beskrivelse av hva beslaget omfatter.

På denne bakgrunn støtter Konkurransetilsynet departementets forslag om å oppheve bestemmelsen. For å sikre en teknologinøytral regulering, som tar hensyn til fremtidig utvikling, bør bestemmelsen oppheves i sin helhet og ikke være begrenset til mobiltelefoner. Konkurransetilsynet viser i denne forbindelse til det departementet skriver om at taushetsbelagt personlig informasjon og andre personopplysninger også kan være lagret i e-post eller på den enkelte ansattes datamaskin.

For ordens skyld gjør Konkurransetilsynet oppmerksom på at forslaget til lovendringer i konkurranseloven § 25 ikke er inntatt i høringsnotatet kapittel 13. Den foreslåtte lovendringen medfører endringer i konkurranseloven § 25, hvor bestemmelsens femte ledd første punktum oppheves. Videre innebærer dette at bestemmelsen i forskrift om opplysningsplikt og bevissikring § 11 første ledd oppheves.

9 Renter ved illeggelse av overtredelsesgebyr

Departementet foreslår at det innføres hjemmel for å kreve renter dersom overtredelsesgebyr ilagt av Konkurransetilsynet ikke betales innen fristen. Departementet viser til at konkurranseloven i dag ikke åpner for at det kan kreves renter ved forsinket betaling av overtredelsesgebyr, og at Kommisjonen og ESA har slik kompetanse. Etter departementets syn tilsier harmoniseringshensyn og hensynet til mer effektive konkurranseregler at det innføres en hjemmel som gir Konkurransetilsynet adgang til å kreve renter ved forsinket betaling av overtredelsesgebyr.

Konkurransetilsynet støtter departementets forslag om å innføre hjemmel for å kreve renter ved forsinket betaling av overtredelsesgebyr. Det er etter Konkurransetilsynets syn uheldig at man i norsk rett ikke har tilsvarende hjemmel som er innfortolket i EU/EØS-retten. Etter tilsynets oppfatning gjør de samme hensyn seg gjeldende ved håndhevingen av de norske konkurransereglene, og Konkurransetilsynet kan ikke se gode grunner for at norsk rett skal avvike fra EU/EØS-retten på dette punktet.

Videre deler Konkurransetilsynet departementets oppfatning om at dagens ordning for betaling av overtredelsesgebyr kan bidra til å gjøre konkurransereglene mindre effektive, idet en klage vil gi foretaket en gevinst i form av rentefri utsettelse av betalingen. Tilsynet har også fast praksis for å gi partene betalingsutsettelse i de tilfellene der tilsynets vedtak om overtredelsesgebyr påklages, når partene anmoder om det. Slik betalingsutsettelse gis også i tilfeller hvor partene klager et vedtak om overtredelsesgebyr inn for Konkurranseskjennemnda. Dette innebærer at tilsynet i praksis lar være å kreve inn gebyret til saken er ferdig behandlet av klageorgan og/eller domstoler, og uten at det påløper renter i den aktuelle perioden. Tilsynet vurderer det slik at det i dag kan være en utilsiktet fordel for

partene å la være å betale et overtredelsesgebyr og ta saken videre uten risiko for å måtte betale renter på et eventuelt endelig overtredelsesgebyr. Manglende adgang til å kreve renter vil etter tilsynets syn medføre at fordelene partene oppnår ved å ikke betale overtredelsesgebyret svekker effekten av sanksjoner ilagt av konkurransemyndighetene, og vil dermed gjør konkurransereglene mindre effektive.

Konkurransetilsynet bemerker også at manglende adgang til å ilegge renter vil kunne innebære en fordel for foretak som utsetter betalingen i forhold til foretak som betaler gebyret innen fristen. Det antas at denne effekten ikke er ønskelig eller tilsiktet, og tilsynet er derfor svært positiv til at det innføres en hjemmel for å ilegge renter ved forsinket betaling av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29. Et slikt hjemmelsgrunnlag bør dekke både Konkurransetilsynets og Konkurransklagenemndas vedtak.

10 Unntak fra offentleglova i overtredelsessaker

Departementet foreslår å utvide unntaket fra offentlighet i konkurranseloven § 26 første ledd til å også omfatte saker om overtredelse av konkurranseloven § 29 første ledd bokstav c og d.

Konkurransetilsynet er positiv til forslaget om å utvide unntaket fra offentlighet slik departementet foreslår. Forslaget omfatter saker som i praksis kan reise kompliserte spørsmål og hvor det gjelder strenge krav til Konkurransetilsynets plikt til utredning av saken. Det kan heller ikke utelukkes at det vil være aktuelt å foreta etterforskningskritt også i saker om overtredelse av konkurranseloven § 29 første ledd bokstav c og d. Konkurransetilsynet mener derfor at det er et behov for en hjemmel for unntak fra offentlighet også i disse sakene, dersom hensynet til etterforskningen veier tyngre enn behovet for innsyn i den konkrete saken.

Utvidelsen som er foreslått gjelder saker som har likhetstrekk med meldeplikten i § 18 første ledd og gjennomføringsforbudet i § 19 første ledd, som begge er omfattet av det gjeldende unntaket i konkurranseloven § 26 første ledd. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at også harmoniseringshensyn tilsier at saker om brudd på opplysningsplikten etter konkurranseloven § 24 og unnlattelse av å etterkomme pålegg underlegges de samme innsynsreglene som brudd på meldeplikten, slik departementet foreslår. Tilsynet er derfor samlet sett positiv til at konkurranseloven § 29 første ledd første punktum endres slik at den også omfatter saker om overtredelse av konkurranseloven § 29 første ledd bokstav c og d.

11 Endring i patentloven

Departementet påpeker at ettersom patentloven ikke regulerer hvem som er klageinstans for Konkurransetilsynets vedtak etter § 50 a, vil dette etter forvaltningsloven § 28 første ledd være Nærings- og fiskeridepartementet, som er nærmeste overordnede organ for Konkurransetilsynet, jf. også *Ot.prp. nr. 86 (2002-2003)* s. 37. Departementet skriver i høringen at det i utgangspunktet er naturlig at Konkurransklagenemndas kompetanse ikke bare omfatter Konkurransetilsynets vedtak etter konkurranseloven, men også tilsynets vedtak etter andre lover.


Konkurransetilsynet viser til at vedtak om tvangslisens etter patentloven var inkludert ved gjennomgangen som ble gjort av lovutvalget i *NOU 2014:11*, jf. kapittel 2.1 som gir en oversikt over Konkurransetilsynets vedtak og avgjørelser som kan overprøves ved forvaltningsklage. Tilsynet viser i denne sammenheng til utredningen punkt 2.1.9, hvor vedtak om tvangslisens i medhold av patentloven §§ 45 til 49, jf. § 50 gjennomgås. Videre viser tilsynet til at vedtak etter patentloven også gjennomgås i utredningen punkt 8.3.2 "*Forventet antall klagesaker og organets behov for kapasitet*". Dette følges etter tilsynets oppfatning også opp av departementet i *Prop. 37 L (2015-2016)* på side 50-51.

Lovens forarbeider taler således for at vedtak om tvangslisens etter patentloven skulle inkluderes i klageordningen. Det samme gjør ordlyden i konkurranseloven § 35 første ledd, da denne ikke er begrenset til Konkurransetilsynets vedtak etter konkurranseloven, men derimot gir uttrykk for å omfatte "*klager over Konkurransetilsynets vedtak og avgjørelser, med unntak av vedtak etter pristiltaksloven*".

Det kan stilles spørsmål ved om bestemmelsen i konkurranseloven § 35 første ledd ved tolkningstvil vil ha rang foran den generelle bestemmelsen i forvaltningsloven § 28 første ledd, i samsvar med prinsippet om *lex specialis*. En slik forståelse av ordlyden, støttes som nevnt av forarbeidene. En egen bestemmelse om dette i patentloven kan imidlertid bidra til ytterligere klargjøring, og Konkurransetilsynet støtter på denne bakgrunn departementets forslag.

Konkurransetilsynet bemerker avslutningsvis at dersom enkelte av spørsmålene som er adressert i høringen etter departementets vurdering vil nødvendiggjøre ytterligere utredning, vil det etter tilsynets oppfatning være hensiktsmessig at det vurderes om enkelte av de foreslåtte lovendringene bør vedtas på et tidligere tidspunkt enn de lovendringene som eventuelt krever ytterligere utredning.

Med hilsen



Karin Stakkestad Laastad (e.f.)
juridisk direktør

Mottaker
Nærings- og fiskeridepartementet

Postadresse
Postboks 8090 Dep

Poststed
0032 OSLO
Norge

Kontakt/e-post
postmottak@nfd.dep.no