

TIL: Konkurranselovutvalget

FRA: Advokatforeningen

SAKSBEHANDLER: Silje Berge

DATO: 06.03.2025

DOKUMENTNR.: 340019

# Innspill til Konkurransetilsynets saksbehandling i overtredelsessaker etter konkurranseloven

## 1 Innledning

Advokatforeningen er advokatenes profesjons- og interesseorganisasjon i Norge og jobber blant annet for å fremme rettsikkerhet og gode rettsstatlige prinsipper. Om lag 90 % av alle norske advokater og advokatfullmektiger er medlemmer av Advokatforeningen. Advokatforeningen takker for invitasjonen fra Konkurranselovutvalget om å gi skriftlig innspill til utvalgets arbeid, i tillegg til å holde et innlegg for utvalget om erfaringer med overtredelsessaker 6. januar 2025.

I henhold til Konkurranselovutvalgets mandat, skal utvalget blant annet ta stilling til om det bør gjøres endringer i reglene for Konkurransetilsynets saksbehandling i overtredelsessaker, herunder om det bør innføres rett til muntlige høringer, og tidsfrister. Utvalget er videre bedt om å vurdere om det bør gjøres endringer i konkurranseloven kapittel 7 om sanksjoner, herunder om det bør være mulig å inngå forlik også i andre saker enn kartellsaker, om det bør være mulig å få mer enn 10 prosent reduksjon av et overtredelsesgebyr ved forlik, om medlemsforetak i en sammenslutning av foretak skal kunne holdes solidarisk ansvarlig ved overtredelse av § 10, og om det er behov for nye regler om overtredelsesgebyr og ledelseskarantene mot fysiske personer ved brudd på konkurransereglene samt hvilken betydning dette vil ha for lempningsinstituttet, og hvorvidt det eventuelt bør gjøres endringer i reglene om lempning.

De spørsmål Konkurranselovutvalget skal ta stilling til, er etter Advokatforeningens oppfatning viktige, både fordi de adresserer meget praktiske problemstillinger på konkurranserettsområdet, men også fordi flere av de problemstillinger som reises, inngår i en større diskusjon om administrative sanksjoners stilling i norsk rett og hvilke krav slike sanksjoner stiller til forvaltningens saksbehandling.

I dette innspillet vil Advokatforeningen i punkt 2 knytte noen generelle merknader til bruk av sanksjoner i forvaltningen og fremheve særtrekkene som gjør seg gjeldende på

konkurranserettsområdet. I punkt 3 vil vi adressere og foreslå tiltak som kan styrke partenes rettsikkerhet under Konkurransetilsynets etterforskning, før vi i punkt 4 behandler forhold knyttet til Konkurransklagenemndas rolle som klageinstans og saksbehandlingen for Konkurransklagenemnda.

Advokatforeningens syn på tiltak Konkurranselovutvalget bør vurdere når det gjelder sanksjonsregimet under konkurranseloven, herunder utvidelse av kartellforliksadgangen, gebyrreduksjon, solidaransvar for medlemsforetak i en sammenslutning av foretak og ledelseskarantene vil behandles i et eget innspill til Konkurranselovutvalget, og drøftes derfor ikke nærmere her. Advokatforeningen tar også sikte på å komme med et eget innspill knyttet til saksbehandlingen i saker om foretakssammenslutninger.

## 2 Bruk av sanksjoner i forvaltningssaker og særtrekk ved konkurransesaker

### 2.1. Generelle merknader – bruk av administrative sanksjoner

I 2003 kom Sanksjonsutvalget med utredningen «Fra bot til bedring – et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff»<sup>1</sup>. Utredningens formål var å utarbeide forslag til reaksjoner mot *mindre alvorlige* overtredelser av særlovgivningen for å få et mer effektivt og nyansert straffesystem med bedre etterlevelse av den enkelte særlovgivning. På bakgrunn av dette foreslo utvalget en økt bruk av administrative sanksjoner.

Konkurranseloven av 2004 innførte administrative sanksjoner i form av overtredelsesgebyr. Konkurranserettsområdet er dermed ett av de rettsområdene hvor man har mest erfaring med bruk av administrative sanksjoner. Samtidig er det en kjensgjerning at det ilegges svært tyngende sanksjoner for det Konkurransetilsynet betegner som alvorlige overtredelser av konkurranseloven. Sanksjonsutvalgets forutsetninger om bruk av administrative sanksjoner mot mindre alvorlige overtredelser fremstår i lys av dette lite treffende på konkurranserettsområdet.

Bruken av overtredelsesgebyr har lagt på vei erstattet bruk av foretaksstraff etter straffeloven på mange rettsområder, herunder konkurranseretten. Ved administrative sanksjoner gjelder forvaltningsloven, eventuelt supplert med prosessuell særlovgivning slik man til dels har i konkurranselovgivningen. I saker om overtredelsesgebyr og andre administrative sanksjoner vil et forvaltningsorgan opptre som etterforsker, påtalemyndighet og dommer i én og samme sak. Dette til forskjell fra straffeprosessen, hvor politiet etterforsker, påtalemyndigheten fører straffesaken, mens en uavhengig domstol vurderer bevisene og dømmer.

En administrativ sanksjon er ikke straff etter norsk rett, men har et pønalt formål og regnes som straff etter EMK artikkel 6. EMK artikkel 6 gir en rekke rettssikkerhetsgarantier som er sentrale for å sikre en rettfærdig rettergang og stiller krav til forvaltningens saksbehandling. Dette omfatter blant annet krav om objektivitet, rett til kontradiksjon, herunder innsyn i sakens dokumenter og tilstrekkelig tid og mulighet til å forsvare seg, rett til å bli hørt, «[the] right to a fair and public

---

<sup>1</sup> NOU 2003:15

hearing» i tillegg til selvinkrimineringsvern og generelle saksbehandlingsregler. Mens Advokatforeningen ser at administrative sanksjoner kan føre til mer effektiv håndheving av reglene i særlovgivningen, er det samtidig avgjørende at man sikrer at administrative sanksjoner benyttes på områder som er egnet for det, og at rettssikkerheten blir ivaretatt på en god måte også i de sakene som blir behandlet i forvaltningssporet. Som nevnt, er administrative sanksjoner inngripende sanksjoner definert som straff etter EMK. De oppleves dessuten som meget inngripende av de foretak og fysiske personene som ilegges dem. At disse sakene behandles som forvaltningssaker i stedet for straffesaker, kan derfor ikke medføre at ivaretagelsen av rettssikkerheten blir dårligere enn om sakene hadde blitt behandlet i straffesporet. Advokatforeningen har i ulike sammenhenger advart mot en utvikling der strafferettspleien innenfor næringsreguleringsretten flyttes fra straffeprosessloven til forvaltningsloven uten en forutgående grundig og bred vurdering av hvilke rettssikkerhetsgarantier og saksbehandlingsregler som skal gjelde.

Saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven §§ 11-23, 16-27b gjelder for alle former for forvaltningsvedtak, og er ikke tilpasset ileggelse av administrative sanksjoner som også er straff etter EMK. Saksjonsutvalget foreslo å vedta et nytt kapittel i forvaltningsloven for å sikre et helhetlig system med felles regler for administrative sanksjoner. Det resulterte i at kapittel IX om administrative sanksjoner ble tilføyd i 2016. Kapittelet hjemler selve ileggelsen av administrative sanksjoner, men inneholder ingen bestemmelser som ivaretar rettssikkerhetsgarantier eller hvordan de krav som følger av EMK, skal ivaretas.

I forarbeidene til kapittelet om administrative sanksjoner i forvaltningsloven, la departementet til grunn at en grunnleggende forutsetning for bruk av administrative sanksjoner, må være at det er rettssikkerhetsmessig forsvarlig.<sup>2</sup> Etter Advokatforeningens oppfatning er det problematisk at forvaltningsloven ikke inneholder generelle bestemmelser for ivaretagelse av rettssikkerhetsgarantiene. Dette øker behovet for at bestemmelser som ivaretar de krav som EMK stiller til saksbehandlingen, inntas i særlovgivningen, herunder i konkurranseloven.

Konkurranselovutvalget har nå en mulighet til å foreta en bred vurdering av saksbehandlingen i overtredelsessaker på konkurranserettsområdet for bedre å ivareta ovennevnte forhold.

## 2.2. Konkurranserettens særtrekk

Sentralt for overtredelsessaker knyttet til brudd på konkurranseloven § 10 og § 11, er som for andre forvaltningsorganer som legger administrative sanksjoner, at Konkurransetilsynet både etterforsker, påtaler og dømmer i slike saker. Dette medfører en iboende risiko for at blant annet kravene til objektivitet svekkes, noe som igjen skjerper kravene til kontradiksjon og behov for tiltak for å motvirke tunnelsyn og forutinntatthet og/eller "confirmation bias" / "bekreftelsesfellen."

Felles er også at det er tale om få, men tidkrevende saker. I de fleste tilfeller strekker saksbehandlingen seg over flere år. Dette er ressurskrevende og belastende ikke bare for

---

<sup>2</sup> Prop. L 62 (2015-2016), s. 8

Konkurransetilsynet, men også for de foretakene som er part i sakene. Det er behov for tiltak som kan gjøre saksbehandlingen mer effektiv.

Et ytterligere særtrekk ved konkurransesakene er som nevnt at sanksjonene som ilegges er meget strenge og inngripende. Et nylig eksempel er Konkurransetilsynets vedtak om å legge overtredelsesgebyr på til sammen 4,9 milliarder kroner i den såkalte Prisjegersaken. I tillegg hjemler loven straff (bøter eller fengsel) for fysiske personer. Per januar 2025 er ingen fysiske personer ilagt straff, men det har så vidt Advokatforeningen kjenner til, vært to tilfeller av anmeldelse etter konkurranseloven av 2004.

Et annet fellestrekk i saker om overtredelse av konkurranseloven §§ 10 og 11, er anvendelsen av «importerte» rettsløsninger som lemping, kartellforlik og tilsagnsvedtak etter modell fra EU/EØS-retten. Disse løsningene reiser særlige problemstillinger knyttet til Konkurransetilsynets saksbehandling spesielt, som vi vil komme nærmere tilbake til nedenfor og i et senere innspill til Konkurranselovutvalget.

De fleste overtredelsessaker med overtredelsesgebyr resulterer i etterfølgende nemnds- og/eller domstolsbehandling. Konkurranseskjemenemnda som ble opprettet 1. april 2017, er en konkurransemyndighet som også skal fungere som domstol etter EØS-retten/ODA-avtalen med foreleggelsesadgang for EFTA-domstolen, og et uavhengig tribunal etter EMK. Klage til Konkurranseskjemenemnda er per i dag en søksmålsforutsetning i 6 måneder.

Når Konkurransetilsynet håndhever EØS-avtalen artikkel 53 og 54 parallelt med konkurranseloven §§ 10 og 11, må tilsynets saksbehandling også oppfylle de samme rettssikkerhetsgarantier og prosessregler som ESA og Kommisjonen må følge.<sup>3</sup>

I konkurransesaker ser man både i Norge og i Europa ellers, også en økende trend i form av etterfølgende erstatningssøksmål fra kundene til de foretak som ilegges administrative sanksjoner. Slike saker anlegges som regel med utgangspunkt i et myndighetsvedtak. I EU er reglene for slike erstatningssøksmål harmonisert gjennom direktiv 2014/104/EU om privat håndheving, men dette direktivet er ikke gjennomført i EØS. Erstatningssøksmål fra forbrukere reiser ofte andre prosessuelle spørsmål enn erstatningskrav fra næringsdrivende, blant annet i form av behovet for og vilkårene for søksmålsfinansiering ved gruppesøksmål. I Norge er det lagt til grunn at ekstern finansiering av gruppesøksmål ikke kan skje gjennom fradrag i tilkjent erstatning, jf. HR-2023-1034-A (Alarmkundeforeningen).

Slik Advokatforeningen ser det, må Konkurranselovutvalget se ovennevnte særtrekk ved konkurransesakene i sammenheng, og innta en helhetlig og systematisk tilnærming til de problemstillinger som bruk av administrative sanksjoner i disse sakene foranlediger. For eksempel må Konkurransetilsynets saksbehandling ses i sammenheng med organiseringen av klageordningen og etterfølgende erstatningssøksmål.

En helhetlig tilnærming tilsier videre at Konkurranselovutvalget må vurdere å foreslå å skjerpe partenes rettigheter på et tidlig stadium i saksbehandlingen. Det vises her til at det både i Norge og

---

<sup>3</sup> Advokatforeningens høringsvar, 30. juni 2023, forslag til endringer i konkurranseloven m.m.

EU er et økende fokus på rettssikkerhetsspørsmål og ivaretagelse av «grunnleggende rettigheter» i saker om overtredelsesgebyr og andre administrative sanksjoner som anses som straff etter EMK. EU-domstolene har de siste årene måttet ta stilling til slike spørsmål i en rekke konkurransesaker.

### 2.3. Overordnede spørsmål og anbefalinger

Etter Advokatforeningens oppfatning, bør Konkurranselovutvalget særlig vurdere hvordan grunnleggende rettssikkerhetsgarantier som følger av Grunnloven, EMK og EØS-retten bedre kan ivaretas i konkurransesaker. Dette omfatter blant annet:

#### **Objektivitet:**

1. Hvordan sikre objektivitet i etterforskningen når det er samme organ, dvs. Konkurransetilsynet som avdekker den mulige overtredelsen, etterforsker den og sanksjoner den? Er det i det hele tatt mulig å sikre tilstrekkelig grad av objektivitet når samme organ har alle nevnte funksjoner?

#### **Kontradiksjon:**

1. Hvordan kan man i større grad sikre partenes rett til kontradiksjon?
2. Er forvaltningsloven supplert av EMK tilstrekkelig for å sikre tilfredsstillende kontradiksjon eller bør det innføres mer detaljerte saksbehandlingsregler for Konkurransetilsynets saksbehandling?
3. Bør mer detaljerte saksbehandlingsregler reguleres i særlovgivning som konkurranseloven eller bør dette reguleres samlet i forvaltningsloven?

#### **Prøvelse av overtredelsessaker:**

1. Bør overtredelsessaker behandles i Konkurransklagenemda eller de ordinære domstolene, og har nemda den rette kompetansen i alle typer overtredelsessaker?
2. Er de eksisterende prosessreglene som gjelder for Konkurransklagenemndas saksbehandling tilstrekkelig eller bør disse styrkes?

### 2.4. Advokatforeningens overordnede anbefalinger

For å styrke objektivitet i saksbehandlingen, anbefaler Advokatforeningen at Konkurransetilsynet beholder etterforsknings- og saksforberedelseskompetanse (påtalekompetanse), mens vedtakskompetansen legges til et annet organ eller domstolene.

Advokatforeningen mener at Konkurranselovutvalget må vurdere hvilke endringer som kan gjennomføres i konkurranseloven for å styrke partenes rett til kontradiksjon i konkurransesaker.

Hva gjelder spørsmål om overprøvelse av vedtak i første instans og hvor dette skal kunne skje, vil det avhenge av hvem som skal ha vedtakskompetanse. Så langt som mulig, anbefaler Advokatforeningen at partene i overtredelsessaker bør kunne velge mellom å klage til overordnet forvaltningsorgan eller anlegge direkte søksmål ved de ordinære domstolene.

I det følgende vil vi gå nærmere inn på hvordan Advokatforeningen mener relevante rettssikkerhetsgarantier kan styrkes og vårt syn på de mer konkrete spørsmål Konkurranselovutvalget er bedt om å vurdere.

### 3 Rettssikkerhetsgarantiene må styrkes i etterforskningen av overtredelsessaker etter konkurranseloven § 10 og § 11

#### 3.1. Innledende merknader

Advokatforeningen mener at partenes rettssikkerhetsgarantier må styrkes under etterforskningen av konkurransesaker. Dette er viktig i lys av at sanksjonene som ilegges allerede er svært tyngende. Behovet øker dessuten dersom administrative sanksjoner i fremtiden også skal ilegges fysiske personer.

Vi vil i det følgende adressere krav til objektivitet og kontradiksjon i etterforskningsfasen, før vi adresserer spørsmål knyttet til saksbehandlingstid og enkelte andre forhold.

#### 3.2. Objektivitet under etterforskningen

##### 3.2.1. Rettssikkerhetsgarantier knyttet til objektivitet i etterforskningen

Grunnloven § 95 og § 96, EMK og EØS-retten oppstiller alle rettssikkerhetsmessige skranker for saksbehandlingen ved illeggelse av administrative sanksjoner. EMK artikkel 6 og kravet om rettfærdig rettergang hindrer ikke at forvaltningsorganer kan ilegge reaksjoner som er straff etter EMK når disse ikke er klassifisert som straff etter intern rett, men EMK setter skranker for rettsanvendelsen og krever at gitte forutsetninger om objektiv saksbehandling er oppfylt.

Kravet til objektivitet, å opptre nøytralt og upartisk, er et avgjørende prinsipp for å sikre en rettfærdig rettergang etter EMK. Dagens system for behandling av konkurransesaker innebærer en iboende risiko for manglende objektivitet. De forhold, som Justis- og beredskapsdepartementet under henvisning til EMK artikkel 6 nr. 1, fremhevet i Prop. 62 L (2015-2016) Endringer i Forvaltningsloven mv (administrative sanksjoner mv), kjennetegner fortsatt dagens behandling av overtredelsessaker etter konkurranseloven:

*«Hensynet til borgernes rettssikkerhet kan derimot være bedre ivaretatt dersom det sanksjoneres i form av straff. Ved administrative sanksjoner er det normalt samme organ som avdekker overtredelsen, «etterforsker» den og ilegger sanksjonen. Hensynet til objektivitet ved «etterforskning» og sanksjonering, og hensynet til at organer med sanksjonskompetanse bør være uavhengige er således ivaretatt ved formell straff, men i liten grad ved administrative sanksjoner. Politiet – som har etterforskning som profesjon, og som er vant til å forholde seg til strenge dokumentasjons- og beviskrav – er også gjennomgående bedre kvalifisert til å drive etterforskning enn forvaltningsorganer. Der slike hensyn er viktige – først og fremst i omfattende/ kompliserte saker og i saker der det er tale om å ilegge inngripende sanksjoner – er dette et moment som taler for å opprettholde straff*

*som sanksjon. Motsatt vil hensynet ha liten vekt ved masseovertredsene der det er enkelt å konstatere hva som har skjedd og hvor reaksjonene er standardisert.» (vår utheving)*

Rettsikkerhetsgarantier er bedre ivaretatt under saksbehandlingen av konkurransesaker i EU. I EU-kommisjonens behandling av konkurransesaker, har partene på en rekke områder i praksis en sterkere rettsstilling enn i Norge. I EU har man blant annet implementert ulike innebyggede sikkerhetsmekanismer («in-built safeguards (checks and balances)») for å sikre objektivitet og unngå tunnelsyn i etterforskningen. Alexander Italianer, tidligere Director General, DG Comp 2010-2015, har oppsummert hvordan rettsikkerhetsgarantier ivaretas i Kommisjonens saksbehandling slik:<sup>4</sup>

- “Policy and scrutiny experts intervene at key stages
  - Economic concepts and data are reviewed by Chief Economist Team
- Peer review panels set up in all complex cases (made up from other parts of DG Comp): Very important role in dismissing prosecutorial bias arguments and looking at cases with a fresh pair of eyes
- Legal Service provides scrutiny throughout the case
- Hearing officers chair the Oral Hearing and adjudicate independently on a number of key procedural issues
- Decision adopted by the College of 27 Commissioners genuinely independent of national, political and business interests”

Konkurransetilsynets saksbehandling har i dag ikke tilsvarende, systematiske sikkerhetsmekanismer som sikrer objektiv bevisvurdering og kvalitetstesting av økonomiske skadeteorier og rettsanvendelse. Etter Advokatforeningens oppfatning bør dette innføres. I saker hvor Konkurransetilsynet ilegger overtredelsesgebyr for brudd på EØS-avtalen artikkel 53 og 54, vil EØS- og EU-rettslige rettssikkerhetsgarantier uansett sette skranker for saksbehandlingen. Dette er også fremhevet i Prop. 62 L (2015-2016) Endringer i Forvaltningsloven mv (administrative sanksjoner mv) hvor det uttales:

*«EU-retten oppstiller rettssikkerhetsgarantier som må overholdes i nasjonal rett ved illeggelse av sanksjoner for brudd på fellelskapslovgivningen [...] Utgangspunktet vil i de fleste tilfeller være at tilsvarende krav gjør seg gjeldende også etter EØS-retten.»*

Advokatforeningen mener Konkurranselovutvalget bør være særlige oppmerksomme på dette ved gjennomgangen av saksbehandlingen i etterforskningssaker.

### 3.2.2. Hvordan sikre objektivitet

For å sikre større grad av objektivitet, mener Advokatforeningen at lovutvalget må vurdere om gjeldende organisering av saksbehandlingen i konkurransesaker bør endres. Dagens organisering har som nevnt fortsatt slike iboende svakheter som nevnt i Prop. 62 L (2015-2016), jf. sitatet i punkt 3.2.1 over.

---

<sup>4</sup> Fordham Competition Law Institute Annual Conference on International Antitrust Law Policy, Sessions on “Enforcers’ perspective on international antitrust, 23 September 2010.

Et sentralt spørsmål i denne sammenheng, er om Konkurransetilsynets etterforskning i realiteten kan være objektiv når Konkurransetilsynet både avdekker, etterforsker og sanksjonerer overtredelsen og om det er mulig å få til en tilfredsstillende objektivitet uten å organisere saksbehandlingen annerledes.

Overtredelsessakene på konkurranserettsområdet har i mange tilfeller en kompleksitet og et omfang som innebærer at det må stilles spørsmål ved om Konkurransetilsynet er kvalifisert til både å drive etterforskning og ha vedtakskompetanse som i dag, eller om Konkurransetilsynet i stedet kun bør gis påtalekompetanse. Advokatforeningen vil som vi kommer nærmere tilbake til nedenfor, anbefale at tilsynet kun gis påtalekompetanse. Innføring av et sterkere skille mellom etterforskning og sanksjonering vil etter Advokatforeningens syn, være et viktig og nødvendig tiltak for å sikre større grad av objektivitet i saksbehandlingen. Dette er særlig relevant i lys av at Konkurransetilsynet ilegger overtredelsesgebyr som langt overstiger hva domstolene ilegger i økonomiske straffesaksjoner i andre typer alvorlige, økonomiske straffesaker.

Slik Advokatforeningen ser det, er det flere organisatoriske løsninger som kan være aktuelle for å sikre bedre objektivitet i saksbehandlingen enn tilfelle er i dag:

- Et alternativ er å gjeninnføre situasjonen før 2004-loven, dvs. å innføre et **«straffespor»** hvor det gjeninnføres foretaksstraff etter straffeloven og la dette erstatte dagens løsning med administrativt overtredelsesgebyr. I slike tilfeller vil etterforskning og påfølgende prosess ligge under politi og påtalemyndighet som i andre straffesaker og prosessen reguleres av straffeprosessloven.
- Et annet alternativ er **organisering tilsvarende den de har i Danmark**, ved at Konkurransetilsynet ikke har «vedtakskompetanse» i saker med overtredelsesgebyr, men kun «påtalekompetanse». Det betyr at overtredelsesgebyrer ilegges av et organ, enten de ordinære domstoler eller Konkurransklagenemnda etter forslag fra Konkurransetilsynet. Dette tilsvarer den nylige innførte modellen i Danmark, hvor Konkurrencestyrelsen (KFST) kan foreslå, men ikke selv ilegge forelegg. I saker hvor foretaket aksepterer et forelegg er imidlertid domstolsbehandling ikke nødvendig.
- En tredje alternativ modell er en **«styremodell»** som innebærer at man avvikler dagens organisering i Konkurransetilsynet med direktør som ansvarlig for vedtakene, og at det i stedet innføres et styre som fatter nærmere bestemte vedtak, typisk overtredelsesgebyr. En slik modell vil ha likheter med prisloven hvor Prisdirektoratet forberedte visse typer saker fastsatt i loven for avgjørelse av Priserådet.

### 3.2.3. Advokatforeningens anbefalinger

For å styrke objektivitet, anbefaler Advokatforeningen prinsipalt at dagens organisering endres i tråd med «dansk modell» hvor Konkurransetilsynet kun innstiller på overtredelsesgebyr, men hvor de ordinære domstoler eller Konkurransklagenemnda ilegger overtredelsesgebyret.



Ved en slik modell skilles etterforsknings- og saksforberedelseskompetansen fra vedtakskompetansen. Modellen sikrer også at avgjørelser av stor betydning for partene kan føres for et uavhengig organ med full kontradiksjon og åpenhet allerede i første instans. Modellen sikrer en objektiv og kritisk evaluering av sakens faktiske beviser og konkurranserettslige vurderinger. En slik modell ble også anbefalt i Advokatforeningens høringsuttalelse av 11. februar 2015 til NOU 2014:11 Konkurranseskilgenemnda

Subsidiært anbefaler Advokatforeningen innføring av «styremodell» hvor Konkurransetilsynets styre treffer vedtak i overtredelsessaker og saker om markedsetterforskning.

### 3.2.4. Andre tiltak for å sikre objektivitet

I tillegg til endret organisasjon som nevnt ovenfor, anbefaler Advokatforeningen videre å:

- Lovfeste objektivitetsprinsippet
- Lovfeste beviskravet
- Innføre en bestemmelse om at Konkurransetilsynet ikke skal ha adgang til å offentliggjøre størrelsen på overtredelsesgebyr i varsel om vedtak. Dette kan bidra til at Konkurransetilsynet ikke «låser» seg til en endelig størrelse på sanksjonen før all etterforskning i saken er gjennomført og slik at det ikke går prestisje i saker.
- Pålegge Konkurransetilsynet å implementere et internkontrollsystem for å styrke Konkurransetilsynets «interne checks & balances» under etterforskningen med særlig fokus på bevisvurderinger, økonomiske skadeteorier og rettsanvendelse. Det bør herunder etableres et system for intern «peer review», herunder etablering av en høringsansvarlig som er uavhengig av øvrig saksbehandlingsteam og vedtak fattet av Konkurransedirektøren.

Kravet til objektivitet er ellers nært knyttet til partenes rett til kontradiksjon, fordi økt kontradiksjon gir partene en reell mulighet til å fremme sine synspunkter og vurdere om objektivitetskravet er etterlevd i tilstrekkelig grad under etterforskningen. Forslagene inntatt i punkt 3.3 nedenfor om kontradiksjon, vil etter Advokatforeningens oppfatning også bidra til økt objektivitet.

## 3.3. Partenes kontradiktoriske rettigheter må styrkes

### 3.3.1. Rettferdig rettergang og muntlig høring etter EMK artikkel 6

Partenes rett til kontradiksjon er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti som sikrer en rettferdig og balansert prosess. Kontradiksjon i form av innsyn i sakens dokumenter eller «access to file» er en sentral rettighet for en rettferdig rettergang under EMK artikkel 6. EMK artikkel 6 nr. 1 gir også rett til en offentlig og rettferdig rettergang «*innen rimelig tid*».

Ved kontradiksjon får partene anledning til å presentere sine synspunkter og bevis, og imøtegå tilsynets oppfatninger, herunder av hva bevisene viser. Reell kontradiksjon innebærer i denne sammenheng at partene gis tilstrekkelig tid og mulighet til å forberede et reelt forsvar, dvs. tid til å samle inn bevis, forberede vitner og utvikle faktiske og juridiske argumenter. Kontradiksjon fører også til mer velbegrunnede og materielt riktige avgjørelser. Tidlig kontradiksjon vil dessuten kunne effektivisere saksbehandlingen ved at saken blir bedre opplyst på et tidligere tidspunkt enn i dag.

En annen sentral rettssikkerhetsgaranti etter EMK artikkel 6 forbundet med retten til kontradiksjon, er retten til å bli hørt – «*[the] right to a fair and public hearing*».<sup>5</sup> Hovedregelen i straffeprosessen er at partene har anledning til å fremlegge saken sin muntlig overfor den domstolen som behandler saken, jf. straffeprosessloven § 278. Muntlige høringer gir bevisumiddelbarhet, og anledning til å imøtegå bevis og argumenter direkte. Etter forvaltningsloven er det en viss adgang til å fremlegge saken sin muntlig for det aktuelle forvaltningsorganet, jf. fvl. § 11 d:

*«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. (...)*»

Dette er imidlertid ikke i dag formalisert nærmere i konkurransesaker. Dette står i motsetning til situasjonen i EU/EØS hvor partene etter varsel om vedtak («Statement of Objections») og tilgang til sakens dokumenter, også har rett til en muntlig høring.

### 3.3.2. Kontradiksjon i overtredelsessaker etter konkurranseloven

I Norge, utøves retten til kontradiksjon i konkurransesaker i dag først ved varsel om vedtak iht. forvaltningslovens regler, dvs. relativt sent i prosessen.

Etter forvaltningsloven har en part i utgangspunktet rett til innsyn under hele saksforløpet, men i praksis begrenses denne retten til innsyn i konkurransesaker under henvisning til at det kan påvirke etterforskningen eller under henvisning til forvaltningens taushetsplikt.

Konkurransetilsynets statusmøter i løpet av undersøkelsesperioden som leder frem til varsel om vedtak, har få likhetspunktet med muntlige høringer. Slike møter brukes i praksis sjeldent til å oppdatere partene om hvordan etterforskningen mer konkret ligger an, herunder til å gi informasjon fra tilsynets side om hvilke faktiske hypoteser som ligger til grunn for etterforskningen og de ulike bevisene Konkurransetilsynet vektlegger, og til å gi partene mulighet til å imøtegå eller på annen måte kommentere dette. Dette gjør det vanskelig å utøve meningsfull kontradiksjon før Konkurransetilsynet i realiteten har bestemt seg gjennom et varsel om vedtak. Erfaring viser dessuten at det i praksis er tilnærmet umulig å påvirke Konkurransetilsynets faktiske vurderinger gjennom merknader til varsel om vedtak.

En forutsetning for å kunne utøve meningsfull kontradiksjon er slik Advokatforeningen ser det, at foretak eller personer som etterforskes for overtredelse av konkurranseloven, gis adgang til sakens dokumenter og informasjon om hvilket faktum tilsynet legger til grunn på et tidligere stadium enn i

---

<sup>5</sup> *Jusilla vs. Finland [GC] 2006, 23. november 2006, avsnitt 40.*

dag. Partenes rettsstilling svekkes når partene ikke får fullt innsyn, eller for sent innsyn i sakens dokumenter.

I praksis ser man også eksempler på at Konkurransetilsynet inntar nye bevis i vedtaket som ikke er inntatt i varselet om vedtak, og det uten at partene er forelagt slike bevis og gitt mulighet til å utøve kontradiksjon om dette. Konkurransetilsynet må ha plikt til å sikre kontradiksjon i god tid før vedtak også for slike bevis.

Advokatforeningen mener også at en større grad av muntlighet i overtredelsessakene vil bidra til en bedre kontradiksjon for partene, og sikre at alle relevante sider av en sak blir belyst.

### 3.3.3. Advokatforeningens anbefalinger

For å øke rettssikkerheten under Konkurransetilsynets etterforskning, anbefaler Advokatforeningen at partenes mulighet til å utøve effektiv kontradiksjon tidligere i prosessen styrkes ved at Konkurransetilsynet ilegges en plikt til å:

- (i) Fremlegge sentrale bevis *før* varsel om vedtak,
- (ii) Presentere sin(e) skadeteorier *før* varsel om vedtak
- (iii) Gi innsyn i hvilke søkeord det har benyttet ift. søk i elektroniske beslag
- (iv) Sikre kontradiksjon om nye bevis som inntas i saken mellom varsel om vedtak og endelig vedtak, f.eks. gjennom tilleggsvarsel eller annen prosess hvor partene gis anledning til å kommentere nye bevis

Konkurranselovutvalget anmodes om å presisere at Konkurransetilsynet bør benytte statusmøter og eventuelle andre møter med partene mer aktivt til å bedre dialog og effektivitet i saksbehandlingen. Møtene bør bl.a. benyttes til å oppdatere partene mer konkret om hvor Konkurransetilsynet er i etterforskningen, herunder skadeteorier/justerte skadeteorier, foreløpig bevisvurderinger m.m.

Advokatforeningen foreslår også en lovhjemmel i konkurranseloven med rett for partene til å kreve muntlige høring i overtredelsessaker, etter modell fra EU/EØS-retten.

## 3.4. Tidsbruk i overtredelsessaker og tidsfrister

### 3.4.1. Generelle merknader om tidsbruk i konkurransesaker

Selv om mange av overtredelsessakene etter konkurranseloven er kompliserte, er lang saksbehandlingstid en trussel mot rettssikkerheten fordi bevis og hukommelse svekkes over tid, noe som igjen kan påvirke sakens utfall. Det er også en rettssikkerhetsmessig utfordring at foretak og enkeltpersoner må stå i disse sakene over lang tid uten avklaring, jf. retten til en rettfærdig rettergang innenfor rimelig tid. Lang saksbehandlingstid undergraver videre tilliten til forvaltningen.

Saksbehandlingstiden i konkurransesaker er i dag etter Advokatforeningens syn uforholdsmessig lang, og det er behov for å effektivisere saksbehandlingen. Etter Advokatforeningens syn er ikke problemet knyttet til klagefristen på vedtak fra Konkurransetilsynet, men tvert imot til tiden det tar

fra Konkurransetilsynet åpner etterforskning til det eventuelt blir varslet om overtredelse og fattet vedtak (alternativt at saken blir henlagt).

Ser man hen til medgått tid fra bevissikring til vedtak i Konkurransetilsynets 9 overtredelsessaker fra 2015 og frem til i dag, er det kun en sak (ARRO, CAVERION (§ 10, 2015), hvor det ble fattet vedtak i saken innenfor en tidsperiode på halvannet år. I de øvrige sakene har saksbehandlingen i de fleste tilfellene vært på mellom 3 og 5 år (6 av 9 saker), mens det i Telenorsaken tok 5 år og 6 måneder, og i Prisjegersaken 6 år og 4 måneder før tilsynets vedtak. Tilsvarende går det lang tid fra bevissikring til henleggelse. Lengst tid medgikk her i etterforskningen av apotekmarkedet som foregikk over en tidsperiode på 3 år.

Advokatforeningen opplever at partene generelt gis lite innsyn i hva som er årsaken til Konkurransetilsynets tidsbruk. Opplevelsen er sjelden at det er eksterne forhold knyttet til Konkurransetilsynets etterforskningsskritt som er årsaken til tidsbruken. Det etterlatte inntrykket er at det primært er interne forsinkelser i tilsynets saksbehandling, f.eks. at det går lang tid fra et beslag tas til at beslaget åpnes, som bidrar til den lange saksbehandlingstiden i overtredelsessaker etter konkurranseloven.

#### 3.4.2. Advokatforeningens anbefalinger med hensyn til tidsfrister

For å få frem et faktabasert grunnlag for en diskusjon om mulige effektiviseringstiltak, bør Konkurranselovutvalget be Konkurransetilsynet om å fremlegge en offentlig redegjørelse for årsakene til den lange tidsbruken i overtredelsessakene. Lovutvalget kan også anbefale at Riksrevisjonen eller et annet uavhengig organ bør evaluere saksbehandlingstiden i slike saker, slik det for eksempel er gjort i Danmark, se den danske Riksrevisjonens Beretning nr. 23/2017 – Beretning om behandling af konkurrencesager.

Etter Advokatforeningens oppfatning er det uansett nødvendig at Konkurranselovutvalget vurderer konkrete tiltak for å korte ned Konkurransetilsynets saksbehandlingstid. For å effektivisere og øke forutberegneligheten av saksbehandlingen, foreslår Advokatforeningen at det innføres lovbestemte tidsfrister for saksbehandlingen. Konkurranselovutvalget oppfordres til å vurdere om det skal innføres tidsfrister for følgende stadier av saksbehandlingen:

- (i) Tidsfrist for når elektronisk beslag må åpnes,
- (ii) Tidsfrist for når saken enten må henlegges eller underkastes videre etterforskning på f.eks. 12 måneder.
- (iii) Frister for hvor lang tid det kan gå fra varsel til endelig vedtak, og
- (iv) Tidsfrist for fremleggelse av referat fra forklaringsopptak. Konkurransetilsynet bør herunder pålegges å ta i bruk ny teknologi (AI) for å effektivisere utarbeidelsen av referater fra forklaringsopptak.

I tillegg bør Konkurranselovutvalget, etter Advokatforeningens syn, vurdere å foreslå at det innføres et krav til at Konkurransetilsynets vedtak inneholder en redegjørelse for tidsbruken frem til vedtak i saken.

### 3.5. Andre forhold som kan styrke rettsikkerheten i overtredelsessaker

I tillegg til ovennevnte, anbefaler Advokatforeningen at følgende tiltak innføres for å styrke rettsikkerheten under saksbehandlingen av overtredelsessaker:

- Partene bør ha rett til å ta lydbåndopptak av forklaringsopptak på lik linje med Konkurransetilsynet.
- Det bør innføres en lovbestemt plikt for Konkurransetilsynet til å utarbeide meningsfulle møtereferater. Dette kan bidra til bedre kontradiksjon i prosessen og gir også anledning til å oppklare faktumfeil og misforståelser.
- Konkurransetilsynet bør pålegges en plikt til å skriftlig underrette partene når en etterforskningssak henlegges
- Det bør innføres en plikt for Konkurransetilsynet til å levere tilbake overskuddsinformasjon i alle saker innen en lovbestemt frist, f.eks. 3 måneder etter at saken er avsluttet.

## 4. Konkurransesklagemenndas behandling av overtredelsessaker

### 4.1. Innledende merknader

EMK artikkel 6 nr. 1 oppstiller krav til rettferdig rettergang innen rimelig tid ved en upartisk domstol. Konkurransesklagemennda er i dag både et overordnet forvaltningsorgan for Konkurransetilsynet, samtidig som nemnda er ment å tilfredsstille kravene til en uavhengig domstol i EMKs forstand, jf. at søksmål over Konkurransesklagemenndas avgjørelser går direkte til lagmannsretten.

Sammenligner man saksbehandlingen i nemnda og domstolene, er det en styrke ved nemndas saksbehandling at den er besatt med eksperter på konkurranserett og konkurranseøkonomi. Samtidig er det en svakhet at nemnda bare unntaksvis har medlemmer med alminnelig dommererfaring, herunder dommererfaring med bevisvurderinger.

En annen sentral forskjell, er at saksbehandlingen for nemnda i hovedsak er ment å være skriftlig, jf. § 6 i forskrift om behandling av saker for Konkurransesklagemennda, mens saker i domstolene er gjenstand for muntlige forhandlinger. Selv om nemnda også kan avholde fysiske møter, er den tiden som avsettes betydelig kortere enn hva tilfellet er når sakene bringes inn for domstolen. Til illustrasjon ble det i Telenorsaken avsatt 5 dager til muntlige forhandlinger i nemnda, men det ble benyttet 17 rettsdager i ankesaken for Gulating lagmannsrett. Den reduserte muntligheten i Konkurransesklagemennda går på bekostning av partenes rett til kontradiksjon og retten til å ivareta sitt forsvar på best mulig måte.

Konkurranselovsutvalget bør som nevnt i punkt 3.2.2 etter Advokatforeningens oppfatning vurdere hva som skal være Konkurransesklagemenndas rolle, herunder ta stilling til om Konkurransesklagemennda bør videreføres som klageinstans eller om nemnda i stedet bør fatte

vedtak om administrative sanksjoner etter innstilling fra Konkurransetilsynet. Om Konkurransesklagemenndas rolle som klageinstans videreføres, bør Konkurranselovutvalget vurdere om partene selv bør kunne velge mellom Konkurransesklagemennda og tingretten i overtredelsessaker og hvordan rettssikkerheten ellers kan styrkes under nemndas behandling av saken. Blant annet i saker hvor bevisføring og bevisvurdering er sentralt, vil domstolsbehandling for tingretten i bedre grad ivareta partenes rettssikkerhet enn dagens nemndsbehandling.

#### 4.2. Kontradiksjon – økt bruk av muntlige høringer i nemda

Muntlige høringer legger til rette for bevisumiddelbarhet og anledning til å imøtegå bevis og argumenter direkte. I Prop. 37 L (2015–2016) - Endringer i konkurranseloven (Konkurransesklagemennda, kartellforlik mm) punkt 6.2.3, het det at det i «*lovforslaget legges det opp til at det skal kunne være betydelig grad av muntlighet dersom sakene krever det og dette vil være særlig relevant i gebyrsakene*». Advokatforeningen oppfatter at denne forutsetningen i liten grad er fulgt opp i praksis.

Retten til å ivareta sitt forsvar gjennom muntlige forhandlinger i Konkurransesklagemennda bør etter Advokatforeningens syn, sikres i større grad enn tilfelle er i dag. Advokatforeningen kan ikke se at det er grunn til at det skal være noen forskjell på lengden av muntlige høringer i Konkurransesklagemennda og i ordinære domstoler så lenge overprøving av nemndas vedtak skal gå direkte for lagmannsretten. Konkurranselovutvalget anbefaler i denne sammenheng at presiseringen fra Prop. 37 L (2015-2016) gjentas og å innføre konkrete forslag som vil medføre økt bruk av muntlighet i nemndsbehandlingen.

For å sikre et godt faktisk grunnlag for de overveielser Konkurranselovutvalget i den forbindelse må foreta, vil Advokatforeningen oppfordre Konkurranselovutvalget til å be Konkurransesklagemennda redegjøre for bruken av muntlighet, og vurdere om omfanget av muntlige høringer er i overensstemmelse med partenes anmodninger i de enkelte sakene. Særlig bør det redegjøres for om 6-månedersfristen som prosessforutsetning og nemndsmedlemmenes tilgjengelighet, har hatt betydning for om det har vært avholdt muntlig høringer og lengden på disse.

Advokatforeningen opplever at 6-månedersfristen som prosessforutsetning er for kort og bør forlenges. I praksis har denne fristen i noen saker begrenset muligheten for muntlige høringer fordi partene som følge av fristen må akseptere de datoer som nemda foreslår. Dersom disse ikke passer for partene eller deres advokater, blir det ikke avholdt muntlig høring. Et annet forhold er at de sakene nemnda får til behandling i mange tilfeller kan være så komplekse at det vil være utfordrende å skulle gjennomgå alt av sakens beviser, ha en muntlig høring og skrive vedtak innenfor 6-månedersfristen som prosessforutsetning.

#### 4.3. Nemndas sammensetning

Nemndas medlemmer er som nevnt i hovedsak konkurransejurister og konkurranseøkonomer, men det p.t. kun er ett medlem som er dommer. Hvilke av nemndas medlemmer som deltar i behandlingen av den enkelte sak og hvem som skal være saksordfører, avgjøres av Konkurransesklagemenndas leder. Av de sakene som til nå har vært behandlet i nemnda, er det kun én overtredelsessak (Verisure) hvor nemnda vært besatt med et dommermedlem.

Etter Advokatforeningens oppfatning vil det være en fordel om nemnda alltid besettes med et nemndsmedlem med dommererfaring da dommere forutsetningsvis har mer erfaring med bevisvurderinger og ivaretagelse av rettssikkerhetsgarantier. Etter Advokatforeningen syn kan nemnda gjerne ledes av en dommer i overtredelsessaker, jf. også Prop. 37 L (2015–2016) hvor det het at:

*«Ved valg av nemndsmedlemmer og særlig nemndsleder vil det måtte legges stor vekt på kandidatene kompetanse innen prosessrett og EMK, i tillegg til kompetanse i konkurranserett.», jf. pkt. 6.2.3».*

Konkurranserett er et spesialområde både med tanke på konkurranserett og -økonomi. De øvrige medlemmene bør derfor ha særskilt erfaring innenfor disse områdene.

Advokatforeningen oppfordrer Konkurranselovutvalget til å be Nærings- og fiskeridepartementet redegjøre for hvordan nemndsmedlemmer velges og særlig hva som er gjort for å sikre at nemnda har nødvendig kompetanse innen prosessrett og EMK som angitt i Prop. 37 L (2015–2016). Konkurranselovutvalget bør i den anledning også anmode NFD om å sikre at flere dommere er medlemmer av Konkurranselagenemnda

#### 4.4. Andre spørsmål Konkurranselovutvalget bør vurdere i relasjon til Konkurranselagenemndas saksbehandling

Advokatforeningen har videre følgende innspill til saksbehandlingen i Konkurranselagenemnda:

For å sikre at retten til kontradiksjon bedre kan ivaretas under Konkurranselagenemndas behandling av overtredelsessaker, mener Advokatforeningen det bør innføres tidsfrist for fremleggelse av nye bevis for nemnda, herunder rapporter og presentasjoner fra sakkyndige. Av samme grunn bør det innføres frister for fremsettelse av nye påstander og frister for sluttinnlegg.

Etter Advokatforeningens syn bør Konkurranselovutvalget også adressere at det har utviklet seg en uheldig praksis med at Konkurransetilsynet gis like stor del av den tid som nemnda avsetter til muntlige forhandlinger som det foretakene får tildelt, uavhengig av hvor mange parter som er involvert i saken. Når f.eks. 5 parter må dele på like lang tid til sine innlegg og vitne-/sakkyndigforklaringer som den tiden som tildeles Konkurransetilsynet, så begrenser dette det enkelte foretaks mulighet til å ivareta sitt forsvar.

Det bør videre åpnes for å forlenge 6-månedersfristen som prosessforutsetning i saker der nemnda forelegger tolkningsspørsmål for EFTA-domstolen.

I en helhetlig vurdering av saksbehandlingen i Klagenemnda bør Konkurranselovutvalget også se på hvordan nemnda behandler krav om saksomkostninger, herunder hvordan nemnda vurderer hva som er «nødvendige saksomkostninger». I praksis har nemnda i flere saker redusert saksomkostningene betydelig. Nødvendighetsvilkåret er nærmere behandlet i Sivilombudsmannens veileder om saksomkostninger av 5. februar 2024, hvor det fremgår:

*«I nødvendighetsvurderingen skal man altså ta utgangspunkt i hva parten og dennes advokat med rimelighet kunne oppfatte som naturlige tiltak for å få endret vedtaket. Det er ikke et krav at kostnadene faktisk har vært nødvendige for at vedtaket ble endret. [...] Noen ganger har det sett ut som forvaltningen har tatt et riktig utgangspunkt i vurderingen. Likevel viser den konkrete begrunnelsen for hvorfor kostnader ikke har vært nødvendige, at forvaltningen i realiteten har foretatt en vurdering av faktisk årsakssammenheng, [...] Det finnes også enkelte tilfeller der forvaltningen har sett på nødvendighetskriteriet som en mulighet til å foreta en skjønnsmessig reduksjon av sakskostnadskrav. Sivilombudet har i flere uttalelser kritisert slik praktisering av vilkåret. I SOMB-2008- 92 heter det for eksempel at forvaltningsloven § 36 ikke gir "adgang til noen generell skjønnsmessig vurdering av kravet.»*

Advokatforeningens oppfatning er at Konkurranselovutvalget bør påpeke at Konkurranseskagenemnda må følge Sivilombudets veileder. Gitt lengden på Konkurransetilsynets etterforskning, og at partene har betydelige kostnader i tiden før Konkurransetilsynets vedtak, bør det vurderes om partene skal ha rett på saksomkostninger også for kostnader frem til Konkurransetilsynets vedtak i saker der partene frikjennes.