



DET KONGELIGE FORNYINGS-,
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

Wikborg, Rein & Co Advokatfirma
Mads Magnussen
Postboks 1513 Vika
0117 OSLO

Deres ref
515213

Vår ref
10/2546-

Dato
03.05.2011

NIBE Industrier AB/ABK AS - krav om dekning av saksomkostninger ved omgjøring av Konkurransetilsynets avvisningsvedtak

Det vises til brev fra advokatfirmaet Wikborg Rein & Co av 9. februar 2011 vedrørende krav om saksomkostninger iht. forvaltningsloven § 36 første ledd i ovennevnte sak. Krav om saksomkostninger er fremsatt rettidig, jf. forvaltningsloven § 36 tredje ledd.

Saken bakgrunn

Konkurransetilsynet mottok 19. april 2010 alminnelig melding om foretakssammen-slutning mellom NIBE Industrier AB (NIBE) og ABK AS (ABK), jf. konkurranse-loven § 18 første ledd.¹ Foretakssammenslutningen skjer ved at Tangering AS og Seremo AS avhender sine eierandeler i ABK. Det fremgår av avtalen mellom partene at foretakssammenslutningen skal gjennomføres i to steg. NIBE erverver først 50 prosent av aksjene i ABK (steg I). NIBE skal deretter, innen utgangen av 2014, erverve de resterende 50 prosent av aksjene og således enekontroll over ABK. Både partene og Konkurransetilsynet la i saken til grunn av steg I og steg II utgjør to separate foretakssammenslutninger i konkurranse-lovens forstand. Den alminnelige meldingen omfattet både steg I og steg II i transaksjonen.

Konkurransetilsynet informerte partene ved brev av 10. mai 2010 om at det på grunnlag av den inngitte meldingen bare ville vurdere steg I i transaksjonen. Begrunnelse for ikke å behandle steg II på dette tidspunktet var at denne delen av transaksjonen først skulle gjennomføres om 4 ½ år. Tilsynet mente at konkurranse-loven ikke gir hjemmel til å behandle en foretakssammenslutning som ligger så vidt langt frem i tid. Det viste til at konkurranse-loven § 16 pålegger Konkurransetilsynet å gripe inn mot foretakssammenslutninger dersom inngrepsvilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Tilsynet påpekte at det ikke vil ha mulighet til å vurdere de konkurransemessige virkningene av en foretakssammenslutning på grunnlag av informasjon om markedsstrukturen 4 ½ år før gjennomføringen av transaksjonen. Tilsynet mente på denne bakgrunn at dersom eierforholdet senere skulle endre seg fra felles kontroll til at NIBE ervervet enekontroll over ABK, måtte partene melde denne transaksjonen på nytt.

¹ Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

Konkurransetilsynet påla ikke partene å inngi fullstendig melding om foretakssammenslutningen innen fristen 11. mai 2010, jf. konkurranseloven § 18 tredje ledd.

Partene påklaget Konkurransetilsynets avvisning av å behandle steg II til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet ved brev til Konkurransetilsynet av 18. mai 2010. Klagen ble oversendt departementet ved tilsynets brev av 25. juni 2010. Klager viste til at konkurranseloven med forskrifter fastsetter saksbehandlingsfrister for tilsynets behandling av melding om foretakssammenslutning, som tilsynet ikke kan forlenge uten særlig hjemmel. Klager anførte at loven ikke setter noen tidligste frist for melding, og at partene kan melde en foretakssammenslutning så tidlig de måtte ønske. Kravene til innhold i alminnelig og fullstendig melding setter imidlertid en grense for hvor tidlig en foretakssammenslutning faktisk kan meldes. Konkurranseloven § 18 tredje ledd fastsetter at Konkurransetilsynet innen 15 virkedager etter mottatt alminnelig melding iht. konkurranseloven § 18 annet ledd, må pålegge partene å inngi fullstendig melding. Dersom tilsynet ikke pålegger fullstendig melding innen fristen, følger det av konkurranseloven § 20 første ledd at tilsynet ikke lenger kan gripe inn mot foretakssammenslutningen. Klager anførte at når tilsynet i den foreliggende saken ikke har gitt slikt pålegg innen de frister som konkurranseloven setter, innebærer det at også steg II foretakssammenslutningen er godkjent.

Departementet ga ved vedtak av 4. februar 2011 klager medhold i saken. Departementet viste til formålet med konkurranselovens regler om kontroll med foretakssammenslutninger og inngrepskriteriet i lovens § 16, og påpekte at opplysninger om sannsynlige markedsforhold langt frem i tid normalt ikke vil kunne gi grunnlag for en forsvarlig vurdering av de sannsynlige konkurransemessige virkninger av foretakssammenslutninger. Departementet mente på dette grunnlag at en konkurranserettslig vurdering normalt ikke kan skje lang tid før foretakssammenslutningen skal gjennomføres. Konkurranseloven fastsetter saksbehandlingsregler for Konkurransetilsynets behandling av alminnelig og fullstendig melding. Departementet vurderte om formålet med lovens bestemmelser om kontroll med foretakssammenslutninger og Konkurransetilsynets plikt til å gripe inn mot foretakssammenslutninger når inngrepsvilkåret i konkurranseloven § 16 er oppfylt, innebærer at det kan innfortolkes et tidligste tidspunkt for melding av foretakssammenslutninger til Konkurransetilsynet. Departementet fant imidlertid at behovet for klarhet og forutsigbarhet mht. konkurransemyndighetenes behandling av foretakssammenslutninger tilsier at de alminnelige saksbehandlingsreglene for meldinger kommer til anvendelse også i slike saker. Departementet fant på dette grunnlag at når Konkurransetilsynets ikke påla fullstendig melding for steg II innenfor fristen i konkurranseloven § 18 tredje ledd, innebar det at tilsynet mistet sin kompetanse til å gripe inn mot steg II i transaksjonen.

Krav om saksomkostninger

Klager krever ved brev av 9. februar 2011 dekket omkostninger ved bruk av advokat i forbindelse med behandlingen av klagesaken, jf. forvaltningsloven § 36 første ledd. En detaljert oversikt over fakturert tid fra advokatfirmaet Wikborg Rein & Co er vedlagt klagen. Klager har ved e-post av 25. mars 2011 redegjort for i hvilken grad klagerens virksomhet er merverdiavgiftspliktig.

Klager krever dekket kr. 87.600 med tillegg av merverdiavgift kr. 21 900 til sammen kr. 109.500. Klagers advokat har fakturert for til sammen 29,75 arbeidstimer i saken.

Utgiftene er knyttet til vurdering av Konkurransetilsynets avgjørelse og mulighetene til å klage, gjennomgang av diverse rettskilder, dokumenter i saken og Konkurransetilsynets saksbehandling. De er videre knyttet til å utforme klagen til departementet, imøtegå Konkurransetilsynets merknader til klagen, kontakt med og oppfølging av tilsynet og departementet i forbindelse med klagen og etterfølgende klagebehandling. Utgiftene omfatter også løpende kontakt med/informasjon til klienten i forbindelse med klageprosessen.

Klager anfører at saksomkostningene som er påløpt i saken må sees i lys av at det i forbindelse med arbeidet med klagen har vært nødvendig å foreta en grundig vurdering av tidligere uavklarte rettsspørsmål, og at det har vært nødvendig å gjøre ytterligere vurderinger for å imøtegå Konkurransetilsynets merknader til klagen. Klager mener også at det må tas hensyn til at både Konkurransetilsynet og departementet etter klagers vurdering har brukt svært lang tid på å behandle klagen.

Forvaltningsloven § 36

Forvaltningsloven § 36 første ledd fastsetter at dersom et vedtak blir endret til gunst for en part, har parten krav på dekning av vesentlige saksomkostninger som har vært nødvendige for å få endret vedtaket. Dette gjelder likevel ikke dersom endringen skyldes partens eget forhold eller forhold utenfor partens eller forvaltningens kontroll, eller andre særlig forhold taler mot det.

Hvilke kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket er et skjønnsmessig kriterium, som må vurderes konkret. Sakens art og kompleksitet må tillegges vesentlig vekt.² I utgangspunktet må utgifter som etter sin art og omfang fremstår som forsvarlige for klager å pådra seg i sakens anledning, godtas.³ Det skal imidlertid ikke foretas en vurdering av om utgiftene objektivt sett har vært nødvendige for å få endret vedtaket. Sivilombudsmannen har fastslått at det i vurderingen bør tas utgangspunkt i partens subjektive oppfatning av nødvendigheten.⁴ Justisdepartementets Lovavdeling har videre uttalt at nødvendighetsvilkåret til en viss grad må sees i lys av hvor store verdier saken står om, og at det må godtas at en advokat gjør ekstra grundig arbeid med å gjennomgå rettskilder og kontrollere faktum dersom det står om stor verdier.⁵ Et annet spørsmål er hvordan kravet til årsakssammenheng skal behandles når det er forståelig at parten pådro seg utgifter av en viss art, men hvor størrelsen på utgiftsposten overstiger det som er "nødvendig". Lovavdelingen uttaler her at utgangspunktet er at alle krav skal vurderes konkret, og at det ikke kan oppstilles noen generell hovedregel for beløpets størrelse.⁶

Departementets vurdering

Departementet vil først peke på at forvaltningsloven § 36 bare gir hjemmel til å dekke faktiske kostnader for klager ved klagesaksbehandlingen. Dette innebærer at dersom klager har fradragsrett for inngående merverdiavgift, vil påløpt merverdiavgift på advokatsalær ikke være en omkostning for den merverdiavgiftspliktige.⁷ Klager opplyser i e-post av 25. mars

² Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 101.

³ Innst.O. nr. 4 (1994-95) s. 10.

⁴ Sivilombudsmannens melding til Stortinget (2000-2001) s. 24.

⁵ Lovavdelingens uttalelse av 7. februar 2001 i sak 99/20138 E.

⁶ Lovavdelingens uttalelse av 26. juli 1989 i sak 1123/89 E.

⁷ Jf. Rt. 2002 s. 866 vedrørende dekning av saksomkostninger iht. tvistemålsloven § 176 (nå tvisteloven § 20-5) og departementets vedtak i sak 2004/2028 Nobø Electro AS:
http://www.regjeringen.no/upload/kilde/fad/red/2003/0001/ddd/pdfv/304633-vedtak_klagesak_nobo_dimplex.pdf.

2011 at saksomkostningene ved klagen skal deles likt mellom kjøper, NIBE AB, og selgerne, Tanagering AS og Seremo AS. Det opplyses videre at selgerne ikke driver merverdiavgiftspliktig virksomhet, og ikke har fradragsrett for påløpt merverdiavgift. Kjøper er et svensk selskap, og de advokattjenester som er utført i saken vil ikke være merverdiavgiftspliktige. Departementet finner i samsvar med ovennevnte at klager ikke kan tilkjennes merverdiavgift for kjøpers del av saksomkostningskravet.

Når det gjelder vurderingen av om de påløpte saksomkostningene har vært nødvendige for å få endret vedtaket, vil departementet først vise til at klager krever dekket til sammen kr. 14 250 uten merverdiavgift for advokatutgifter knyttet til kontakt med departementet i klagesaksbehandlingen. Departementet vil påpeke at den kontakt klager har hatt med departementet i saken, i det alt vesentlige har vært korte telefonsamtaler og e-poster vedrørende spørsmål om hvem som er saksbehandler i departementet og purringer på departementets behandling av klagen. Departementet kan ikke se at det i denne kontakten i særlig grad har vært reist spørsmål knyttet til klagens gjenstand eller andre forhold av betydning for klagesakens utfall. Klager ble gjort oppmerksom på at årsaken til den relativt lange saksbehandlingstiden var at departementet i den aktuelle perioden hadde begrensede saksbehandlingsressurser til rådighet, og at saken ville bli avgjort så snart det var ressursmessig mulig. Slik departementet ser det, har klager ikke hatt grunn til å tro at denne kontakten ville være nødvendig for utfallet av klagesaksbehandlingen. Departementet vil likevel tilkjenne saksomkostninger for 1 time medgått til kontakt med departementet i saken, til sammen kr. 3000. Til dette påløper det merverdiavgift for 50 prosent av beløpet, kr. 375.

Tilsvarende har klager krevd dekket saksomkostninger for til sammen kr. 8.250 uten merverdiavgift for kontakt med Konkurransetilsynet etter oversendelse av klagen til tilsynet. Departementet får opplyst av tilsynet at dette i hovedsak bestod i purringer på tilsynets saksbehandling, og i mindre grad var relatert til sakens gjenstand. Slik departementet ser det, har klager heller ikke hatt grunn til å tro at denne kontakten ville være nødvendig for utfallet av klagesaksbehandlingen. Departementet vil likevel tilkjenne saksomkostninger for 1 time medgått til kontakt med Konkurransetilsynet i saken, til sammen kr. 3000. Til dette påløper det merverdiavgift for 50 prosent av beløpet, kr. 375.

I tillegg til ovennevnte kontakt med Konkurransetilsynet, har klager fremsatt krav om dekning av kr 1.500 uten merverdiavgift i forbindelse med vurdering av tredjemanns begjæring om innsyn i saksdokumenter hos Konkurransetilsynet. Innsynsbejæringen gjaldt Konkurransetilsynets brev av 10. mai 2010 om avvisning av å behandle steg II i foretakssammenslutningen, klagen av 18. mai 2010 og Konkurransetilsynets oversendelse av klagen til departementet. Departementet vil peke på at når det gjelder dekning av saksomkostninger iht. forvaltningsloven § 36, er begjæring om innsyn i sakens dokumenter å anse som et separat saksforhold i forhold til omgjørings-spørsmålet. Omkostninger ved vurdering av innsynsbejæring er således ikke utgifter påløpt for å få omgjort Konkurransetilsynets vedtak i saken. Departementet finner derfor ikke å kunne dekke denne delen av omkostningskravet.

Med fradrag for tid medgått til kontakt med departementet og Konkurransetilsynet, som redegjort for ovenfor, har klagers advokat fakturert for ca. 20 timer for i hovedsak utarbeidelse av klage og merknader til tilsynets oversendelse av klagen til departementet. Departementet viser til at klager har benyttet en advokat med særlig kompetanse i norsk konkurranserett, herunder lovens bestemmelser om kontroll med foretakssammenslutninger.

Denne kompetansen gjenspeiles også i advokatens timesalær. Det må forutsettes at advokater med slik særlig kompetanse besitter en basiskunnskap som innebærer at de kan arbeide mer effektivt, og at tidsbruken således står i forhold til timeprisen.⁸ Departementet mener at selv om den problemstillingen klagen gjelder, ikke tidligere er blitt vurdert av konkurransemyndighetene, kan gjennomgangen av forarbeidene og utarbeidelsen av klagers argumentasjon, særlig sett på bakgrunn av advokatens kompetanse på området, ikke ha krevd vesentlig omfattende arbeid. Tilsvarende gjelder klagers merknader til Konkurransetilsynets oversendelse av klagen, som i stor grad utdyper argumentasjonen i klagen. Heller ikke gjennomgang av sakens øvrige dokumenter kan etter departementets vurdering av de aktuelle dokumentene ha vært vesentlig tidkrevende.

På denne bakgrunn finner departementet det nødvendig å foreta en skjønsmessig avkorting i antall timer det kan kreves dekket saksomkostninger for på dette punktet, med 25 prosent. Departementet finner således å kunne tilkjenne saksomkostninger for 15 timer, til sammen kr. 45.000 uten merverdiavgift, for denne delen av omkostningskravet. Av dette beløpet kan det i samsvar med det ovennevnte dekkes merverdiavgift for 50 prosent av beløpet, kr. 5625.

Med hjemmel i forvaltningsloven § 36 tredje ledd, jf. første ledd har Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet fattet følgende vedtak:

"NIBE Industrier AB og ABK AS tilkjennes saksomkostninger lik kroner 57.375."

Ovennevnte beløp vil i tråd med Deres anmodning i brev av 9. februar 2011 bli innbetalt på konto 5010.05.85100 og merket "515213-001". Bekreftelse på betalingen vil bli sendt til mma@wr.no.

Med hilsen

Therese Motzfeldt (e.f.)
fung. avdelingsdirektør

Nina Gørrissen
seniorrådgiver

Kopi: Konkurransetilsynet.

⁸ Se departementets vedtak om tilkjenning av saksomkostninger av 29. november 2006 i sak 2005/2445 National Oilwell Inc. og Varco International Inc., og 6. januar 2010 i sak 2009/1445 Validus/Sunkost.

