



DET KONGELIGE FORNYINGS-
OG ADMINISTRASJONSDEPARTEMENT

Advokatfirma Komnæs, Braaten, Skard
Att. advokat Roberto Bjøringsøy
Postboks 1661 Vika
0120 OSLO

Deres referanse
2005/572 MAV MAST 457.3

Vår referanse
200803057-/KKI

Dato
16.03.2009

Vedtak Respo AS - klage over avslag på krav om dekning av saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36

1. Innledning

Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD) viser til klage 16. januar 2009 fra Respo AS ("Respo") v/advokatfirmaet Komnæs, Braaten, Skard (advokatfirmaet KBS) og Konkurransetilsynets brev av 13. februar 2009 med kommentarer til klagen.

Klagen gjelder Konkurransetilsynets avslag 19. desember 2008 på krav om dekning av saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36 første ledd. Kravet ble reist i forbindelse med Konkurransetilsynets vedtak A2008-17 om avslag på anmodning fra Biltema AS ("Biltema") om å pålegge opphør av ulovlig atferd mellom Respo og Golvimporten Entreprenad AB ("Golvimporten") etter konkurranseloven § 12 første ledd. Vedtak A2008-17 ble opprettholdt av FAD i vedtak 15. januar 2009.

Konkurransetilsynets avslag på krav om dekning av saksomkostninger kan påklages etter reglene i forvaltningsloven kapittel VI, jf. § 36 tredje ledd fjerde punktum. Klagen anses rettidig.

2. Sakens bakgrunn

Advokatfirmaet KBS fremsatte i brev av 15. juli 2008 på vegne av Respo et krav om dekning av saksomkostninger etter fvl. § 36 for utredningsarbeid i forbindelse med merknader til Konkurransetilsynets varsel om inngrep 5. juli 2007. Av varselet fremgikk at tilsynet i medhold av konkurranseloven § 12 første ledd vurderte å pålegge Respo og Golvimporten opphør av samarbeid i strid med konkurranseloven

§ 10, samt ilegge overtredelsesgebyr i medhold av konkurranseloven § 29.

Klager viste i det opprinnelige kravet om dekning av saksomkostninger etter fvl. § 36 til at selv om bestemmelsen etter ordlyden bare gir rett til slik dekning når det foreligger et vedtak som har blitt omgjort til gunst for en part, så kan bestemmelsen likevel anvendes analogisk. Som begrunnelse er det vist til at partene har lagt ned betydelige ressurser for å kunne forsvare seg mot Konkurransetilsynets forhåndsvarsel og hindre at det ble fattet et uriktig vedtak. Klager mener at Respo og Golvimporten i alt for stor utstrekning har måttet bistå Konkurransetilsynet med utredning av saken, og at disse utgiftene kunne vært unngått dersom Konkurransetilsynet selv hadde utredet saken på en bedre måte.

Konkurransetilsynet avsto kravet om dekning av saksomkostninger i vedtak den 19. desember 2008. Som bakgrunn for utsendelse av varsel om inngrep i saken er det vist til plikten til forhåndsvarsling av sakens parter før et eventuelt enkeltvedtak, jf. fvl. § 16. Det er pekt på at kravet om forhåndsvarsel blant annet er begrunnet i hensynet til kontradiksjon og at slik kontradiksjon vil bidra til å opplyse saken. Tilsynet peker videre på at det forut for utsendelse av varsel om inngrep var gjennomført omfattende informasjonsinnhenting, men at det etter partenes merknader til varselet fremkom nye opplysninger og presiseringer som bidro til tilsynets avgjørelse om at det ikke forelå tilstrekkelig bevismessig grunnlag for å gripe inn mot samarbeidsforholdet.

Det er videre vist til ordlyden i fvl. § 36 første ledd, der det fremgår at bestemmelsens klare utgangspunkt er at dekning av saksomkostninger er betinget av at det foreligger et *vedtak* som blir endret til gunst for en part. I denne saken er det ikke fattet et slikt begunstigende vedtak. I tillegg er det vist til sak nr. 66 som er omtalt i Sivilombudsmannens årsmelding for 2006 og uttalelse fra Justisdepartementet i 2001 som viser at saksomkostninger bare kan dekkes i helt særskilte tilfeller utenom kjerneområdet for § 36. Eksemplene på analogisk anvendelse tilsvarer etter tilsynets oppfatning ikke situasjonen som det aktuelle kravet gjelder.

3. Klagen

Klager erkjenner at fvl. § 36 ikke gjelder direkte, men anførselen om at bestemmelsen bør anvendes analogisk i denne saken gjentas. Klager mener det er til Respos gunst at det varslede vedtaket ikke ble fattet og at § 36 derfor er grunnlag for krav om saksomkostninger som klager har pådratt seg for å tilbakevise Konkurransetilsynets rettslige oppfatning som kom til uttrykk i forhåndsvarselet. Klager viser til at det i saken fra Sivilombudsmannens 2006 årsmelding, som tilsynet støtter seg til i sin avgjørelse, nettopp forekommer uttalelser som fjerner tvil om at § 36 kan gis analogisk anvendelse i situasjoner hvor det enda ikke er fattet noe vedtak. Klager peker dessuten på at Høyesterett i flere avgjørelser har lagt til grunn at når "en rent forvaltningsmessig avgjørelse av en domstol blir omgjort etter kjæremål, kan staten ilegges ansvar for saksomkostninger ut fra alminnelige rettssetninger etter analogi fra fvl. § 36 første ledd". Rt. 2005 s, 1545 er spesielt trukket frem. Videre er Lovavdelingens tolknings-

uttalelse av 7. mai 2001 om muligheten for å anvende fvl. § 36 i tilfeller hvor man reelt sett befinner seg nær opp til en enkeltvedtakssituasjon brukt som argument for utvidet anvendelse av fvl. § 36 i denne saken

Klager anfører at de pådratte utgiftene har vært nødvendige for å hindre et galt vedtak. Det anføres at Konkurransetilsynets saksbehandling forut for varselet kunne vært bedre, at varselet kunne vært unngått og at Respo dermed kunne blitt spart for utgiftene.

Videre vises det til at deler av utgiftene er pådratt etter forespørsel fra Konkurransetilsynet om møtedeltakelse, og at kostnadene til Respo ikke er høyere enn om det hadde funnet sted en klagebehandling.

Klager påpeker også på at det ikke forekommer ofte at Konkurransetilsynet gir et forhåndsvarsel om vedtak om opphør av samarbeid og ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven, uten at det deretter fattes et slikt vedtak.

4. Konkurransetilsynets vurdering av klagen

Konkurransetilsynet gjentar i sitt oversendelsesbrev av 13. februar i år at det klare utgangspunkt og hovedregel for rett til dekning av saksomkostninger etter fvl. § 36 er at det må være fattet et *vedtak*, og at denne saken dreier det seg om et forhåndsvarsel, som ikke resulterte i et påfølgende vedtak. Tilsynet viser til at klager bl.a. peker på Rt. 2005 side 1545 som grunnlag for analogisk anvendelse av fvl. § 36. Konkurransetilsynet mener imidlertid at avgjørelsen tilsier at adgangen til analogisk anvendelse av fvl. § 36 er svært begrenset og at den underbygger Konkurransetilsynets begrunnelse for avslag i brevet 19. desember 2008.

Konkurransetilsynet kan ikke se at saksbehandlingen forut for utsendelsen av varselet inneholdt slike mangler at varsel ikke burde vært sendt. Etter tilsynets oppfatning kan det ikke konstateres at varselet datert 5. juli 2007 var beheftet med materielle eller prosessuelle saksbehandlingsfeil som gjorde det nødvendig å pådra de aktuelle utgiftene for å unngå et galt vedtak. Tilsynet kan dermed ikke se at det foreligger grunnlag for å anvende prinsippet i fvl. § 36 utvidet eller analogisk for dekning av saksomkostninger i denne saken.

At en del av utgiftene er pådratt etter tilsynets anmodning om møte i anledning saken gir heller ikke grunnlag for å dekke disse. Tilsynet viser her til at det står partene fritt å velge å la seg representere av advokater i slike møter.

Konkurransetilsynet har etter ny vurdering av saken ikke funnet grunnlag for å endre sin tidligere avgjørelse 19. desember 2008 og oversender saken til Fornyings- og administrasjonsdepartementet i medhold av fvl. § 33 fjerde ledd, jf. samme lov § 36 tredje ledd fjerde punktum.

5. Departementets vurdering

I forvaltningsloven § 36 første ledd heter det innledningsvis: *”Når et vedtak blir endret til gunst for en part, skal han tilkjennes dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket,*”

Saksomkostningsspørsmålet i denne saken gjelder først og fremst omkostninger knyttet til tilsynets varsel om inngrep 5. juli 2007. Departementet er enig med Konkurransetilsynet i at et varsel ikke kan karakteriseres som ”et vedtak” etter fvl. § 36. Det er verken et enkeltvedtak eller en annen type vedtak. At klager ved sine merknader til Konkurransetilsynets varsel om inngrep oppnår at Konkurransetilsynet ikke fatter et inngrepsvedtak er, sett fra klagers synspunkt positivt, men innebærer ikke noe som kan karakteriseres som en permanent eller midlertidig endring av rettstilstanden for klager som gir rett til dekning av saksomkostninger etter fvl. § 36. Vedtakene i senere stadier av saken har heller ikke ført til slike endringer.

Klagers krav er så vidt departementet kan se bygget på en oppfatning om at fvl. § 36 kan gis utvidet eller analogisk anvendelse som rettsgrunnlag for et omkostningskrav.

Slik vi forstår det, er klagers oppfatning dels at varselet er så nær et vedtak at det kan kreves omkostningsdekning, dels er det vist til at Konkurransetilsynets saksbehandling som førte frem til varselet var så mangelfull at det foreligger saksbehandlingsfeil, som gjorde at klager var nødt til å foreta en egen utredning for å opplyse saken. På dette grunnlaget er det vist til rettspraksis og forvaltningspraksis, som etter klagers oppfatning, gir eksempler på utvidet/analogisk anvendelse av fvl. § 36 i tilsvarende tilfeller.

Konkurransetilsynet har vist til Sivilombudsmannens uttalelse i sak 66 i årsmeldingen for 2006 som støtte for sitt syn om at manglende gjennomføring av det varslet inngrepet ikke kan anses som endring av et vedtak til gunst for Respo og derfor heller ikke kan brukes som grunnlag for dekning av saksbehandlingsutgifter. Klager har kritisert Konkurransetilsynets måte å bruke avgjørelsen på. Klager mener at den er et argument for at det kan gis saksomkostningsdekning selv om det ikke er fattet et vedtak som endres.

Som Konkurransetilsynet har gjort rede for, kom Sivilombudsmannen i den aktuelle saken til at det ikke var grunnlag for dekning av krav om saksomkostninger som en part hadde pådratt seg for å ivareta sine interesser i forbindelse med å imøtegå et varsel om etterberegning av merverdiavgift. Det er riktignok slik at det i uttalelsen drøftes om det likevel var grunnlag for analogisk anvendelse av § 36 for å dekke utgifter før det forelå et vedtak. Sivilombudsmannen nevner ett konkret tilfelle der saksomkostninger ble dekket selv om det ikke forelå et vedtak som ble endret eller opphevet. Eksempelet var et tilfelle der det var begått så vidt grove saksbehandlingsfeil at det forelå et erstatningsgrunnlag etter alminnelige erstatningsregler. Men saken i

årsmeldingen for 2006 endte med at Sivilombudsmannen ikke hadde innvendinger til at det ikke ble gitt dekning av saksomkostninger.

Drøftingen i sak nr. 66 i Sivilombudsmannens årsmelding viser at staten kan bli erstatningsansvarlig for feil begått i tilknytning til et forhåndsvarsel, og at fvl. § 36 kan gis anvendelse selv om det ikke foreligger et vedtak som endres til gunst for en part. Departementet har etter foreliggende informasjoner ikke holdepunkter for å si at tilsynet ikke har fulgt vanlige saksbehandlingsregler eller fraveket forsvarlig handlemåte i saksutredningen. Departementet mener at forutsetningen om anvendelse av § 36 på dette grunnlag ikke er til stede i denne saken. At manglende vedtak kan bli konsekvensen av merknader til et varsel, er noe av begrunnelsen for varslingsreglene. At det ikke blir truffet et vedtak kan etter departementets oppfatning ikke tas til inntekt for at det er alvorlige mangler ved utredningen, jf. utredningsplikten etter fvl. § 17.

Departementet kan, som Konkurransetilsynet, heller ikke se at Kjæremålsutvalgets avgjørelse som referert i Rt. 2005 side 1545 er et argument for analogisk anvendelse av fvl. § 36 i saken.

Stridsspørsmålet i Rt. 2005 s. 1545 oppsto da tingretten, til tross for innstilling fra bobestyrer om å ilegge et foretak konkurskarantene, avslo dette og holdt staten ansvarlig for saksomkostningene etter en analogisk anvendelse av fvl. § 36. Avgjørelsen ble påkjært til Borgarting lagmannsrett fordi foretaket mente beløpet staten skulle betale var for lavt. Lagmannsretten frikjente imidlertid i stedet staten for kravet om saksomkostninger og uttalte bl.a.: ”... foreligger det imidlertid ikke en førsteinstansavgjørelse som går den kjærende part imot, og som deretter blir endret i hans favor. Tingretten besluttet i foreliggende sak at den kjærende part ikke skulle ilegges konkurskarantene. Situasjonen er således mest parallell med en forvaltningssak der innstillingen til vedtak er til ugunst for parten, men hvor vedtaksorganet treffer en avgjørelse til gunst. I en slik situasjon ville parten ikke ha krav på saksomkostninger i medhold av § 36...”

Lagmannsrettens kjennelse ble opprettholdt av Høyesteretts Kjæremålsutvalg, som da det forkastet det videre kjæremålet om dette spørsmålet uttalte følgende om lagmannsrettens ovenstående lovforståelse:

”Dette er ikke en uriktig lovforståelse. Utvalget har i flere avgjørelser lagt til grunn at når en rent forvaltningsmessig avgjørelse av en domstol blir omgjort etter kjæremål, kan staten ilegges ansvar for saksomkostninger ut fra alminnelige rettsprinsipper etter analogi fra forvaltningsloven § 36 første ledd. ... Utvalget kan ikke se at det er grunnlag for å utvide analogien fra forvaltningsloven § 36 ut over det avgrensede anvendelsesområdet bestemmelsen selv har på dette punkt, i en sak som den foreliggende. ...”

Departementet viser for øvrig til brev fra Justisdepartementet til Sivilombudsmannen 13. desember 2006 som drøfter forståelsen av fvl. § 36 første ledd i forbindelse med spørsmål om oppheving av et vedtak innebærer at vedtaket er endret til gunst for en

part. I brevet heter det bl.a.: ”Vi kan ikke slutte oss til en generell påstand om at det ”ikke skal koste noe å få sin sak forsvarlig behandlet”, eller at det normalt vil ”fremstå som rimelig” at den enkelte slipper å dekke kostnader med å oppnå en forsvarlig saksbehandling. Ved behandling av forvaltningssaker i første instans regnes det som selvsagt at den enkelte i atskillig utstrekning må bidra til sakens opplysning, selv om forvaltningen har et overordnet ansvar for å sørge for at saken er forsvarlig opplyst. Dette kan etter omstendighetene innebære atskillige kostnader og innsats for øvrig fra parten.”

Det følger av forarbeidene til fvl. § 36¹ og langvarig forvaltningspraksis at bestemmelsen får anvendelse ved endring og oppheving av et vedtak til gunst for en part. For at endringene skal anses å være til gunst forutsettes en permanent eller midlertidig endring av rettstilstanden i partens favør.

Departementet legger til grunn at tilsynets varsel av 5. juli 2007 ikke er et vedtak og at beslutningen om ikke å følge opp varselet med et inngrepsvedtak riktignok var positivt for Respo, men at det verken midlertidig eller endelig endret Respos rettsstilling. Vilkårene for å anvende fvl. § 36 er derfor etter departementets oppfatning ikke til stede. Videre kan departementet ikke se at det er holdepunkter for at tilsynet har gjort slike saksbehandlings- eller rettsanvendelsesfeil som klager har anført eller at andre argumenter eller praksisen det er vist til, støtter klagers påstand om analogisk anvendelse av fvl. § 36.

På denne bakgrunn legger FAD til grunn at Respos krav ikke omfattes av retten til kostnadsdekning etter fvl. § 36.

4. Departementets vedtak

På bakgrunn av ovennevnte fatter Fornyings- og administrasjonsdepartementet følgende vedtak etter forvaltningsloven § 36 tredje ledd:

Klagen av 16. januar 2009 fra advokatfirmaet Komnæs, Braaten, Skard på vegne av Respo MTS Norge AS over Konkurransetilsynets avslag 19. desember 2008 på dekning av sakskostnader etter forvaltningsloven § 36 første ledd, tas ikke til følge.

Med hilsen

Steinar Undrum (e.f.)
avdelingsdirektør

Karin Kilset
seniorrådgiver

Kopi: Konkurransetilsynet

¹ Jf. Ot. prp. nr. 75 (1993-1994) og Innst. O. nr. 4 (1994-95).