

BAHR - Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen advokatfirma  
Postboks 1524 Vika  
0117 OSLO

Deres referanse  
2004/492

Vår referanse  
200501520-/KKI

Dato  
20.06.05

### **Vedtak i klagesak – Konkurransetilsynets vedtak V2005-7 Tilkjent dekning av kostnader - Nettbuss Sør AS**

Moderniseringsdepartementet viser til brev fra Konkurransetilsynet av 20. april 2005 med klage fra advokatfirmaet BA-HR av 11. april 2005, der det på vegne av Nettbuss Sør AS (Nettbuss) er klaget på Konkurransetilsynets vedtak 17. mars 2005 V2005-7 i sak 2004/492. Vedtaket gjelder dekning av omkostninger etter forvaltningsloven § 36 i forbindelse med omgjøring av tilsynets vedtak V2004-29 til gunst for Nettbuss. Konkurransetilsynet vedtok etter en konkret vurdering å dekke kr. 212.500,- av Nettbuss' krav på kr. 420.000,-. For det første avsto tilsynet å dekke kr. 103.000,- av salærkravet fra opprinnelig representant for klager, og for det andre ble kr. 104.500,- av kravet fra advokatfirmaet BA-HR strøket. Tilsynet begrunnet avkortingene i kravet med at ikke alle kostnadene hadde vært nødvendige. Klager mener at tilsynets avgjørelse er bygget på en uriktig vurdering av om tidsbruk og omfang var objektivt nødvendig og er ikke enig i den avkorting som Konkurransetilsynet har gjort.

#### **Klager**

Klager viser til at Nettbuss i medhold av fvl. § 36 har et rettskrav på å få dekket vesentlige kostnader som var nødvendige for å få endret Konkurransetilsynets vedtak V2004-29 av 19. juli 2004 i sak 2004/92. Lovens utgangspunkt er således at slike utgifter skal dekkes, og at det ikke er grunnlag for å gjøre fradrag i faktisk påløpte advokatutgifter til utforming av klagen. Alle advokatutgifter som det er krevet dekning for, var etter klagers mening nødvendige siden tilsynets vedtak av 19. juli 2004 bygget på mangelfulle og feilaktige analyser og utredninger.

Klager er ikke uenig med Konkurransetilsynet i at feilens art og sakens vanskelighets-

grad er av betydning for å avgjøre hva som kan være nødvendige utgifter, men har et annet syn på hva det betyr for avgjørelsen i denne konkrete saken. Klager avviser således Konkurransetilsynets oppfatning om at 100 timers arbeid i forbindelse med klagen burde vært tilstrekkelig fordi jus og faktum etter tilsynets mening var enkelt. Selv om jusen i saken i stor grad hviler på en tolkning av praksis fra EF-retten, mener klager at det var nødvendig med en gjennomgang av europeisk rettspraksis da dette var helt fraværende i Konkurransetilsynets vedtak V2004-29.

Argumentet om at arbeid med påstander som ikke har ført frem ikke skal dekkes, bør etter klagers oppfatning heller ikke føre frem. Det pekes for øvrig på at det er brukt liten tid på vurderinger som angår markedsavgrensning og dominansvurdering, der klager ikke er gitt medhold.

Det er anført at kostnadskravet ikke skal avgjøres etter en vurdering av hvilke kostnader som objektivt sett var nødvendig. Det er tvert imot støtte i praksis for at det skal tas utgangspunkt i partenes subjektive oppfatning av nødvendigheten, der det skal legges vesentlig vekt på hva parten selv og hans advokat med rimelighet oppfatter som naturlig. I denne sammenheng skal det dessuten tas høyde for at parten og advokaten kan feilvurdere situasjonen.

For øvrig stiller klager seg undrende til at Konkurransetilsynet ikke viser større forståelse for sakens vanskelighetsgrad, da tilsynet selv har brukt 3 måneder på å treffe nytt vedtak om realiteten i sak V2004-29 og over to måneder på saksomkostningsspørsmålet. Tilsynet har dessuten kunnet bygge sitt vedtak på den rettskildegjennomgangen som klager har foretatt.

Nettbuss er for øvrig enig med Konkurransetilsynet i at parter i klagesaker ikke kan kreve å holdes skadesløse etter § 36. Det pekes på at det heller ikke vil være tilfellet i denne saken da selskapsinterne kostnader og kostnader ved omlegging av pris- og rabattpraksis ikke er tatt med i kravet om kostnadsdekning. Argumentasjonen om avkorting i påløpte advokatkostnader kan imidlertid ikke knyttes til utsagn i forarbeidene om at formålet med bestemmelsen ikke var å holde parter skadesløse.

Klager konkluderer med at de påløpte utgiftene til advokat var nødvendige og under ingen omstendighet urimelige.

Det er i tillegg tatt opp en rekke spørsmål i forhold til Konkurransetilsynets saksbehandling. For det første klages det over manglende prioritering av saken. Klager mener at behandlingen burde gått raskere og vært omtalt i Konkurransetilsynets årsmelding fordi det var den første saken i sitt slag etter ny konkurranselov. Likeledes mener klager at hensynet til kontradiksjon ikke er godt nok ivaretatt fordi klager ikke i tilstrekkelig grad ble innvilget møter med tilsynet. Endelig pekes det på at klager ikke ble varslet og dermed fikk adgang til kontradiksjon når det var klart at kravet om dekning av kostnader ikke ville bli imøtekommet fullt ut. Tilsynet fikk derfor heller ikke

informasjon om at det var brukt liten tid på de forhold som hadde innvirket på beslutningen om avkorting.

### **Konkurransetilsynet**

I Konkurransetilsynets kommentarer til klagen fastholder tilsynet vedtak V2005-7 om å tilkjenne Nettbuss dekning for bare 100 timers advokathonorar, dvs. kr. 212.500,- i saksomkostninger, og de vurderinger som lå til grunn for vedtaket, både mht. omfanget av klagen som BA-HR hadde utarbeidet og bakgrunnen for avvisning av hele salærkravet på kr. 166.000,- fra advokatfirmaet Kluge. Selv om utgangspunktet er at utgifter til advokat med særlig kompetanse innen konkurranserett er en vesentlig kostnad som i denne saken kan kreves dekket etter forvaltningsloven § 36, opprettholder tilsynet altså sin vurdering om at ikke alle de fakturerte advokatutgiftene var nødvendige.

Det vises til at rettspraksis etter tvistemålsloven § 176 er relevant ved tolkingen av fvl. § 36 som veiledning for hvor grensen bør settes i forhold til vilkåret om nødvendighet, og at det av denne praksis kan utledes at det ikke er noen plikt til å dekke urimelig høye salærkrav. Selv om det er totalbeløpet som skal vurderes, så vil en høy timesats på henholdsvis kr. 2.125 og kr. 1.750 stille spesielle krav til effektivitet og stringens. Tilsynet har derfor lagt til grunn at en slik pris bare kan rettferdiggjøres ved at det benyttes kortere tid enn normalt til å forberede klagen. Det kan derfor ikke kreves dekning for 220 timers arbeid når faktum og jus i saken etter tilsynets oppfatning ikke var komplisert. Tilsynet karakteriserer dette som unødvendig omfattende. Likeledes gir praksis etter tvml. § 176 i følge tilsynet holdepunkter for at merutgifter til skifte av advokat "bare unntaksvis kan kreves dekket".

### **Departementet**

Det fremgår av forvaltningsloven § 36 at en part, når et vedtak blir endret til gunst for vedkommende, skal tilkjennes dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket. I utgangspunktet foreligger altså et rettskrav på dekning av saksomkostninger. Vilkaåret er at kostnadene kan anses som vesentlige og nødvendige.

Det fremgår av forarbeidene til § 36 at advokatutgifter må regnes som vesentlige, men at forvaltningsorganene står nokså fritt mht. vurderingen av hva som er nødvendig. Reelle hensyn må derfor i noen grad prege konklusjonen mht. kostnadsdekning.

Forvaltningsloven § 32 sett i sammenheng med fvl. § 25 om begrunnelse og fvl. § 17 og andre bestemmelser i loven om forvaltningsorganenes utredningsplikt stiller ikke store krav til innhold og utforming av klager. På den ene side er det i lys av de små formkravene som stilles til en klage, etter departementets oppfatning ikke grunn til å være altfor generøs når det vurderes hva som er nødvendige saksomkostninger. Den klare hovedregel er at særlig kostbar og unødvendig omfattende bistand ikke kan kreves dekket. Denne begrensningen følger direkte av nødvendighetskriteriet. En reell vurdering av størrelsen på krav om dekning av saksomkostninger etter

endring/omgjøring av et forvaltningsvedtak vil kunne bidra både til at de direkte kostnadene holdes på et forsvarlig nivå og at ressursbruken både hos foretak og det offentlige ved behandling av klagesaker holdes under kontroll. På den annen side kan også kostbar bistand framstå som nødvendig, og klagers utredning av de aktuelle spørsmål kan i mange tilfeller lette forvaltningens saksbehandling. Det er ikke omstridt i saken at advokatutgifter må anses som en vesentlig utgift som i utgangspunktet skal dekkes. Selv om det i kravet om nødvendighet likevel ligger en mulighet til begrensning må det etter departementets oppfatning kreves gode grunner for å begrense vesentlige sakskostnader som faktisk er påløpt.

I utgangspunktet må utgifter som etter sin art og omfang fremstår som forsvarlig for klager å pådra seg i anledning saken godtas, jf. Innst. O. nr. 4 1994-95 s. 10. Det skal ikke foretas en vurdering ut fra om påløpte kostnader har vært objektivt sett nødvendig for å få endret et vedtak. Partens subjektive oppfatning skal legges til grunn. (jf. Sivilombudsmannens årsmelding s. 24, 2000-2001). Det er tilstrekkelig at parten hadde grunn til å tro at kostnadene var nødvendige (jf. Eckhoff, Forvaltningsrett 1989 s. 554-555). Selv om det altså ikke kan legges avgjørende vekt på om utgiften rent objektivt sett var nødvendig må det etter departementets oppfatning kunne forutsettes at advokater som er erfarne både i nasjonal og EØS-konkurranseret, må kunne skille mellom utredning av grunnlag for klagen som svært sannsynlig ikke vil føre frem og de som er mer diskutabile. Er saken lagt unødig bredt opp vil dette kunne anses som uforsvarlig, og kostnadsdekningen bør derfor ideelt sett reduseres. Med dette som utgangspunkt er det imidlertid etter departementets oppfatning likevel svært vanskelig å trekke en konkret grense mellom hva som er et passende og et for omfattende omfang på den aktuelle klagen. Rettspraksis etter tvistemålsloven § 176 sammen med Lovavdelingens og Sivilombudsmannens uttalelser i saker etter fvl. § 36 gir imidlertid noe veiledning.

#### *Dekning av fakturert salær til advokatfirmaet Kluge*

Saken er spesiell ved at klager har byttet advokat underveis i klagesaken. Av Rt. 1970 s. 1539 fremgår at det ved avgjørelsen av spørsmålet om meromkostninger som følge av skifte av prosessfullmektig kan regnes som nødvendig etter tvml. § 176 og skal dekkes, er det avgjørende om parten hadde rimelig grunn til skiftet. Departementet har ikke funnet dekning i rettspraksis for at slike utgifter "bare unntaksvis kan kreves dekket" eller at "... meromkostninger i forbindelse med skiftet av advokatforbindelse ikke kan kreves". Advokatvalg er imidlertid etter departementets oppfatning i utgangspunktet klagers risiko. Reelle hensyn tilsier derfor at så lenge det ikke oppstår en nødsituasjon hvor advokaten må erstattes, så bør en kunne avslå å dekke dobbelt honorar, i alle fall dersom arbeidet utført av den som overtar, må anses tilstrekkelig til å få belyst saken. På denne bakgrunn mener departementet at advokatfirmaet Kluges salærkrav på kr. 166.000,- ikke bør dekkes.

### *Tidsbruk i forhold til sakens vanskelighetsgrad*

Departementet er enig med tilsynet i at jusen i saken i stor grad hviler på en tolkning av praksis fra EF-retten som kan være vanskelig for advokater uten spesialkompetanse i konkurranserett, men ikke burde være vanskelig for advokater med slik spesialkompetanse. Departementet er også enig i at advokatfirmaet BA-HR, som er spesielt kvalifisert i konkurranserett og får en timebetaling som avspeiler dette, bør ha en tidsbruk som står i forhold til prisen pr. time.

Det er imidlertid vanskelig å bedømme tidsbruken basert på disse alminnelige synspunktene. Departementet har ikke funnet holdepunkter i praksis og heller ikke i teorien for å begrense timeantallet på bakgrunn av en oppfatning om at det ikke skal betales for anførsler som ikke har ført fram, bortsett fra i tilfeller der det på forhånd var sikker rettspraksis som gjorde det klart at kravet ikke kunne føre frem – jf. Rt. 1988, s. 1310 om utgifter til utredning av realitetsspørsmål i saken som endte med avvisning. Der var det diskutert om utgiften var unødvendig fordi ”det var så innlysende at kravgrunnlag ikke kunne føre frem at parten ikke kunne sies å ha hatt grunnlag for å pådra den”. Det er i denne saken etter departementets oppfatning ikke så innlysende at klagers anførsler ikke ville føre frem at det er grunnlag for å gjøre en skjønnsmessig avkorting. Ifølge klager er det dessuten brukt lite tid på arbeidet med de aktuelle anførselene der klager ikke fikk medhold, for eksempel avgrensning av det relevante markedet og vurdering av om klager hadde en dominerende stilling.

I forhold til avgrensningen mot urimelige salærkrav er det i praksis uttalt at det ved høyere salærkrav enn snittet i bransjen, må forventes en tilsvarende høy effektivitet og at det utførte arbeidet må være relevant i forhold til saken. I det siste bør det, etter departementets oppfatning, i likhet med hva som er tilfellet etter forslag til ny tvistelov (se kap. 6 Ot. prp. nr. 51 (2004-2005)) ligge både at det ikke bør prosederes på ethvert mulig grunnlag, og at det bør være proporsjonalitet mellom utgiftene og betydningen av saken, både økonomisk og prinsipielt. Selv om prosedyren har bidradd til å styrke partens sak, bør derfor ikke nødvendigvis tilknyttede kostnader dekkes når det ikke var rimelig å pådra kostnadene tatt i betraktning avgjørelsens betydning for klager.

Konkret anvendelse av foranstående proporsjonalitetsargument forutsetter imidlertid et sammenligningsgrunnlag som ikke foreligger i saken. For å måle effektiviteten ville det vært relevant med en sammenligning mot normal tidsbruk og omfang for forvaltningsklager generelt og etter konkurranseloven. Departementet har ikke funnet opplysninger som gjør det mulig å sammenligne tidsbruken til advokatfirmaet BA-HR med slik ”alminnelig” tidsbruk. Etter departementets oppfatning er det heller ikke relevant å trekke paralleller til Konkurransetilsynets tidsbruk. Videre finnes ikke informasjon som gir sammenligningsgrunnlag mht. klagens omfang mot verdien for Nettbuss av å kunne opprettholde den omstridte rabatten på tur-retur billetter.

Det er derimot et visst grunnlag for å vurdere sakens kompleksitet. Departementet er for så vidt enig med Konkurransetilsynet i at selv om både krrl. § 11 og § 12 er nyskap-

ninger i forhold til 1993-konkurranseloven, så finnes det en omfattende EU-praksis som er relevant. Bestemmelsene behandler altså ikke ukjente problemstillinger. På den annen side må klager gis rett i at det likevel er et moment av vekt at konkurranseloven er ny i Norge og at man derfor ikke har noen etablert norsk praksis, og at BA-HR på vegne av klager måtte lete i og fremlegge en eksisterende, men fragmentarisk EU-praksis for å underbygge sine argumenter. Dette måtte nødvendigvis ta tid, særlig fordi det var den første saken etter ny lov der det ikke fantes noe mønster. Selv om resultatet i saken derfor kanskje ikke kan sies å representere noe helt nytt materielt sett, er det likevel etter departementets oppfatning naturlig å legge vekt på disse forholdene.

På bakgrunn av det ovenstående er det etter departementets oppfatning ikke grunnlag for å redusere det fakturerte beløpet fra advokatfirmaet BA-HR med den begrunnelse at BA-HR pga. spesiell kompetanse bør være mer effektiv enn vanlige advokater eller at klagen var altfor omfattende og på flere punkter ikke førte frem.

#### Konklusjon

Klagen fra Nettbuss Sør AS tas delvis til følge. På bakgrunn av ovenstående vurderinger fatter Moderniseringsdepartementet følgende vedtak:

*Klager tilkjennes dekning av saksomkostninger for kr. 317.000,- som skal utbetales fra Konkurransetilsynet i overensstemmelse med klagers anvisninger.*

Med hilsen

Steinar Undrum (e.f.)  
Avdelingsdirektør

Karin Kilset  
Seniorrådgiver

Kopi: Konkurransetilsynet