

U N I V E R S I T E T E T I B E R G E N

Juridisk fakultet

# Konkurransetilsynets erstatningsansvar for ugyldige vedtak

BECCLE, 19. mars 2013

Halvard Haukeland Fredriksen



uib.no

# Aktuelle typetilfeller

- Rettsstridig inngripen mot en fusjon (kkl. § 16)
  - Evt. rettsstridig *unnlatelse* av å gripe inn mot en fusjon
- Rettsstridige pålegg om atferdsendring (kkl. § 12)
  - Inkl. midlertidige vedtak etter § 12 (3)
- Rettstridig ileggelse av overtredelsesgebyr (kkl. § 29)
- Rettstridig avslag på begjæring om innsyn (kkl. §§ 26 og 27)
  - Evt. rettsstridig *utlevering* av taushetsbelagte opplysninger
  - Tragisk eksempel: Sak 145/83 *Adams*
- Rettsbrudd knyttet til gjennomføring av undersøkelser og kontroll

# Objektivt ansvar for ugyldige vedtak?

- Rt. 2010 s. 291 *Vangen*:
  - «Ut fra den rettspraksis som foreligger, må det legges til grunn at det ikke gjelder noen generell regel om objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse» (avsnitt 33)
  - Men objektivt ansvar på områder hvor det gjør seg gjeldende «særlige hensyn» (avsnitt 35)
    - Eksempel: Rt. 2005 s. 416 *Advokatbevillingsdommen*

# «Særlige hensyn» på konkurranserettens område?

- Pro:
  - Staten nærmest til å bære ansvaret om konkurransemyndighetene tar feil av egen kompetanse
  - Ansvar som «driftsomkostninger» ved myndighetsutøvelsen
  - Myndighetene bør utvise forsiktighet i tvilstilfeller og heller sørge for å få avklart hjemmelsspørsmålet
- Contra:
  - Konkurransemyndighetene vil kunne bli for tilbakeholdne i sin myndighetsutøvelse
  - Rettsområdets kompleksitet
  - Gruppen av skadelidte: Profesjonelle markedsaktører
  - Konkurranseretten er i praksis EU/EØS-rett
  - Rettstilstanden i EU/EØS
  - Ekvivalensprinsippet



## Men: Objektivt erstatningsansvar ved brudd på grunnleggende rettigheter?

- Eksempler: Selvinkriminering, krenkelse av privatlivet mv
- Rettsgrunnlag: Mrl. § 1, jf. EMK art. 13, jf. art. 41
- Rt. 2010 s. 291 *Vangen*
  - Konvensjonspartene «er ikke forpliktet til å etablere ordninger med objektivt erstatningsansvar for krenkelse av konvensjonsrettigheter» (avsnitt 39)
- Sak T-341/07, *Sison mot Rådet*
  - Verken EUs grunnrettighetspakt eller EMK er til hinder for at EUs erstatningsansvar «afhænger af, at det fastslås, at der foreligger en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af de af sagsøgeren påberåbte grundlæggende rettigheder»
- EMD-praksis
- Årsaksproblematikk, utmåling, ikke-økonomisk skade

## Alle andre tilfeller: Skadeserstatningsloven § 2-1

- Skl. § 2-1 (1) 1. pkt:
  - «Arbeidsgiver svarer for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren, idet hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt.»
- Anvendelsen av skl. § 2-1 i tilfeller av ugyldige (rettsstridige) forvaltningsvedtak
  - Grunnleggende sondring mellom faktiske og rettslige villfarelser?
    - Kanskje i norsk erstatningsrett, men ikke i EU/EØS-retten

# Kan feil faktum være unnskyldelig?

- Eckhoff/Smith 2010 s. 510: Unnskyldelig rettsvillfarelse eneste aktuelle unnskyldningsgrunn ved ugyldige vedtak
- Rt. 1987 s. 199 *Shinco* og Rt. 1995 s. 781 *Peelorg*
  - Uklarheter knyttet til faktum fremhevet i ansvarsvurderingen
- Støtte i oppfatning av skl. § 2-1 som rettslig grunnlag
- Støtte i praksis knyttet til offentlige anskaffelser
  - Rt. 2001 s. 1062 *Nucleus*: Krav til «vesentlege feil» også knyttet til det faktum som anskaffelsesmyndighetene har bygget på
- Støtte i EU/EØS-retten
  - Se særlig sak C-440/07 P [SK] *Schneider Electric* (avsnitt 161)
- Støtte i kompleksiteten og omfanget av konkurranserettslige saker

## Nærmere om ansvarsvurderingen ved feil faktum

- Et spørsmål om hvilke krav skadelidte «med rimelighet» kan stille til konkurransemyndighetenes virksomhet, jf. skl. § 2-1
- Sml. Underretten i sak T-212/03 *MyTravel*
  - Spørsmål om det foreligger «en ulovlighet, som under tilsvarende omstændigheder ikke ville være blevet begået af en normalt forsigtig og påpasselig administration» (avsnitt 49)
- Unnskyldningsgrunner på konkurranserettens område
  - Sakenes kompleksitet og omfang
  - Tidspress (særlig ved fusjonskontroll, jf. kkl. § 20)
  - Behov for å innrømme konkurransemyndighetenes et visst skjønn også knyttet til fastlegging av det relevante faktum



# Underrettens vurdering i *MyTravel*

- Kommisjonens økonomiske analyse hvilte på «en ufuldstændig og ukorrekt bedømmelse af de oplysninger, som den modtog i forbindelse med den administrative procedure» (avsnitt 86)
- Kommisjonen «fortolkede et dokument uden at respektere dets ordlyd og teleologiske indhold, selv om den besluttede at fastholde det som et dokument, der er væsentligt for dens bedømmelse» og den «så bort fra visse oplysninger i det dossier, som det omhandlede dokument henviste til» (avsnitt 86)
- Likevel ikke ansvarsbetingende ettersom det samlet sett var foretatt en «omhyggelig undersøgelse af de indgivne oplysninger i forbindelse med den administrative procedure» (avsnitt 88)



## Underrettens vurdering i *MyTravel* (forts.)

- «... de økonomiske analyser, som er nødvendige, når en situation eller en handling skal kvalificeres i relation til konkurreretten, både med hensyn til de faktiske omstændigheder og det ræsonnement, der udarbejdes på grundlag af beskrivelsen af disse, i reglen udgør komplekse og vanskelige intellektuelle fremstillinger, hvori der kan indsnige sig mangelfuldheder såsom tilnærmelser og uoverensstemmelser eller endog undladelser» (avsnitt 81)
- «Det gælder så meget mere i forbindelse med fusionskontrol på grund af den tidsbegrænsning, som fristen indebærer for institutionen» (avsnitt 81)
- «... mangler ved den økonomiske analyse risikerer så meget desto mere at forekomme, når analysen, som det er tilfældet ved fusionskontrol, indeholder et fremadskuende aspekt» (avsnitt 82)

## Underrettens vurdering i *MyTravel* (forts.)

- «Endelig skal det haves i erindring, at Kommissionen for at bevare kontrollen med konkurrencepolitikken råder over et skøn, som indebærer, at det ikke kan forventes, at dens praksis i forbindelse med anvendelsen af de relevante bestemmelser er konstant og uforanderlig, og at den tilsvarende har et vist spillerum, når den skal vælge imellem de økonomiske redskaber, den disponerer over, og når den skal vælge, hvilken indfaldsvinkel der er passende for undersøgelsen af et spørgsmål ..., for så vidt som disse valg ikke er i åbenbar strid med alment anerkendte fagøkonomiske principper og gennemføres på en konsekvent måde» (avsnitt 83)



# Ansvarsvurderingen ved feil rettsanvendelse

- Rt. 2010 s. 291 *Vangen*:
  - Det offentliges ansvar ved feiltolkning av en hjemmelslov er «strengt» (avsnitt 34 og 42)
  - Vurderingskriteriet: Er lovforståelsen forsvarlig? (avsnitt 49)
- Annen høyesterettspraksis:
  - Rt. 1972 s. 578 *Randaberg*
  - Rt. 1987 s. 199 *Shinco*
  - Rt. 1995 s. 781 *Peelorg*
  - Rt. 1999 s. 1273 *Ottesen* (det skal «mye til»)
  - Rt. 2009 s. 1319 *Slåstad*
  - Rt. 2009 s. 354 *Kvinnherad Energi* («relativt strenge krav»)
  - Rt. 2010 s. 376 *Drosjeløyve*
- Annen praksis: LB-2010-12206 *Hval sjokoladefabrikk*

# Kommisjonens erstatningsansvar: «tilstrekkelig kvalifisert brudd»

- Sak C-440/07 P [SK] *Schneider Electric*:
  - «Der gælder flere betingelser for, at Fællesskabet kan ifalde ansvar uden for kontraktforhold. I tilfælde, hvor der foreligger en retsstridig juridisk foranstaltning, er en af betingelserne, at der er sket en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af en retsregel, som har til formål at tillægge borgerne rettigheder. Hvad angår denne betingelse er det afgørende kriterium for at antage, at tilsidesættelsen af fællesskabsretten er tilstrækkelig kvalificeret, at den pågældende fællesskabsinstitution åbenbart og groft har overskredet grænserne for sin skønsbeføjelse. Såfremt den pågældende institution råder over et stærkt begrænset eller intet skøn, kan selve den omstændighed, at der er begået en tilsidesættelse af fællesskabsretten, være tilstrækkelig til, at der foreligger en kvalificeret tilsidesættelse» (avsnitt 160)



## Nærmere om «tilstrekkelig kvalifisert brudd»

- Konkurransemyndighetenes skjønn
  - «Kan»-skjønn (se f.eks. kkl. § 12)
  - Fagøkonomisk skjønn (jf bl.a. Underretten i *MyTravel*, avsnitt 83)
  - Rettsanvendelsesskjønn?
- Hvis ikke ubetydelig skjønn: Rettsbruddet må være «åpenbart og grovt»
  - Svært høy terskel
  - Ingen eksempler fra konkurranserettens område
    - Sak T-212/03 *MyTravel* som eksempel på en frifinnende dom
  - Men enkelte eksempler knyttet til EU/EØS-statenes generelle erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten
    - EU-dstl.: Sak C-46/93 *Brasserie/Factortame*
    - EFTA-dstl.: Sak E-4/01 *Karlsson*



## Underretten i *MyTravel*

- «... det fremgår af retspraksis, at begrebet tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse ikke omfatter alle sådanne fejl og forseelser, der, selv om de måtte være af en vis ubestridelig grovhed, ikke er atypiske for den adfærd, som normalt udvises af en institution, det er blevet pålagt at overvåge gennemførelsen af konkurrencereglerne, hvilke regler er komplicerede, vanskelige og genstand for en bred fortolkningsmargin»
- «Hvis man accepterede, at det forholder sig anderledes ... ville man nemlig risikere at undergrave Kommissionens muligheder for fuldt ud at udøve den konkurrenceregulerende funktion, som pålægges Kommissionen i traktaten, såfremt den ifalder et økonomisk ansvar under omstændigheder som de foreliggende, eftersom risikoen for at skulle bære de tab, de berørte virksomheder påberåber sig, vil virke hæmmende på fusionskontrollen»



## Underretten i *MyTravel* (forts.)

- «På grund af behovet for at tage en sådan virkning, som strider mod almindelige fællesskabsretlige interesser, i betragtning, kan en tilsidesættelse af en lovbestemt forpligtelse, der, hvor beklagelig den end måtte være, kan forklares ved de objektive begrænsninger, som institutionen og dens ansatte er undergivet i forhold til fusionskontrol, ikke anses for den tilstrækkeligt kvalificerede tilsidesættelse af fællesskabsretten, som forudsættes ved Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold. Derimod kan skader, der skyldes institutionens adfærd, give ret til erstatning, hvis adfærden består i en handling, som er i åbenbar strid med retsreglerne og i alvorlig grad skadelig for andres end institutionens interesser, og som hverken kan begrundes i eller forklares med de særlige begrænsninger, tjenesten objektivt er underlagt under sin normale funktion» (avsnitt 43)





Hvis sterkt begrenset eller intet skjønn: Selve den omstendighet at det foreligger et brudd på konkurranseretten kan være tilstrekkelig

- Ikke snakk om noe objektivt ansvar
  - Sak C-282/05 P *Holcim* og sak C-440/07 P [SK] *Schneider Electric*
- Lavere terskel, men langt fra noe strengt ansvar, jf. bl.a. Underrettens dom i sak T-28/03 *Holcim*:
  - «... det er vanskelig at anvende EF-traktatens bestemmelser vedrørende konkurrencebegrensende aftaler» (avsnitt 115)
- Komplexitet og omfang som unnskyldningsgrunner:
  - «...i betraktning af, at cementsagen var særligt kompleks og berørte et væsentligt antal virksomheder, herunder stort set alle virksomheder inden for den europæiske cementbranche, samt i betraktning af, at Cembureaus struktur gjorde undersøgelsen vanskelig, idet der både var direkte og indirekte medlemmer, og af, at det var nødvendigt at vurdere en væsentligt antal dokumenter, herunder også dokumenter vedrørende sagsøgerens særlige situation, finder Retten, at Kommissionen stod over for forhold, der var vanskelige at regulere» (avsnitt 114)



## *Schneider Electric*-saken

- Et enslig eksempel på at det forelå et «tilstrekkelig kvalifisert» i en konkurransesak
  - Brudd på fusjonsforordningens artikkel 18 nr. 3: Kommisjonen kan bare basere sin vurdering på forhold som partene har fått anledning til å uttale seg om
    - Mao. snakk om en krenkelse av skadelidtes rett til forsvar
  - Fremhevet av Underretten at Kommisjonen uten «nogen særlige vanskeligheter» kunne opplyst om at man ville vurdere også hvordan den ene virksomhetens stilling på et produktmarked ville kunne påvirke den andre virksomhetenes stilling på et annet produktmarked



## EU/EØS-rettens betydning for skl. § 2-1

- Kobling fra Kommisjonens ansvar etter TEUV art. 340 (2) til EU/EØS-statenes generelle erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten
  - Sak C-46/93 *Brasserie/Factortame*
- I saker med samhandlingsdimensjon (EØS art. 53 og 54) representerer terskelen «tilstrekkelig kvalifisert brudd» et minstenivå for konkurransemyndighetenes ansvar (effektivitetsprinsippet)
- Vanskelig å se for seg et mildere ansvarsregime i rent interne saker
- Prinsipielt tenkelig med et strengere regime basert på norsk rett
  - Men må da også gis anvendelse på EØS-saker (ekvivalensprinsippet)



# Kravet til årsakssammenhengen

- Etablert norsk rett: Erstatning for økonomiske tap som er en adekvat følge av det ugyldige vedtaket
- EU/EØS-retten: Erstatning for økonomiske tap som «med sikkerhet» er en «direkte» følge av et brudd på EU/EØS-retten
  - «Det påhviler sagsøgeren at fremlægge bevis for, at der med sikkerhet består en direkte forbindelse mellem den fejl, som den pågældende institution har begået, og det påståede tab» (sak T-452/05 *Belgian Sewing Thread*, avsnitt 166)
  - Kommisjonens rettsstridige atferd må utgjøre «den afgørende årsag» til det tap som kreves erstattet (bl.a. sak C-460/09 P, *Inalca og Cremonini*, avsnitt 117 flg.)



## Forholdet til betingelseslæren

- Underretten i sak T-113/04 *Atlantic Container Line*

«By submitting that the requisite causal link exists in the present case on the sole basis that, if the Commission had not adopted the TACA decision in their regard, they need not have provided the bank guarantees, the applicants in fact put forward a definition of causal link different from that which prevails in Community law. Such an argument is based on a definition to the effect that, for such a link to exist, it is enough if the unlawful conduct constituted a necessary condition (*a sine qua non*) for the damage, in the sense that it would not have occurred without such conduct.

However, such a broad definition of the causal link is not supported by the Community case-law on the second paragraph of Article 288 EC. As noted at paragraph 31 above, that provision limits Community liability to damage flowing directly, or sufficiently directly, from the conduct of the institution concerned which is complained of, which, in particular, precludes that liability from covering damage which arises only as a remote consequence of that conduct» (avsnitt 39-40)



## Noen eksempler

- Tap som skyldes rettsstridig inngripen mot en fusjon
  - Tapte synergieffekter, imagetap mv.
  - I prinsippet ja, men svært krevende bevismessig
  - Se Underretten i *Schneider Electric*:
    - «Når den forseelse, der danner grundlag for erstatningskravet, indgår i en beslutning, som indebærer, at en ansøger meddeles afslag på en godkendelse eller en anden gunstig foranstaltning, kan det ved undersøgelsen af forseelsens virkninger og sammenligningen med den faktiske og den rekonstruerede retlige situation ikke lægges til grund, at ansøgeren nødvendigvis ville have opnået den godkendelse eller anden gunstige foranstaltning, han anmodede om, hvis den konstaterede fejl ikke havde foreligget» (avsnitt 256)
  - Foretaket må bevise «med sikkerhed» at Kommisjonen var rettslig forpliktet til å godkjenne fusjonen...



## Noen flere eksempler

- Utgifter knyttet til reversering av en gjennomført fusjon
  - *Schneider Electric*
- Renter av innbetalte bøter
  - Ja, men omfattes allerede av selve tilbakebetalingskravet
- Utgifter til bankgarantier knyttet til ilagte bøter
  - Ikke noen direkte følge av Kommisjonens vedtak, jf. sak T-28/03 *Holcim* og sak T-113/04 *Atlantic Container Line*
  - Mulig unntak: Hvor innbetaling av boten er finansielt umulig
- Saksomkostninger
  - Ja, men følger rettergangsreglene («nødvendige utgifter»)
  - Se Underrettens dom i *Schneider Electric*, avsnitt 289 flg.
  - Norsk rett: forvaltningsloven § 36, tvisteloven kap. 20

## Noen flere eksempler

- Tap som skyldes rettsstridig utlevering av forretningshemmeligheter til konkurrenter
  - Sak T-452/05 *Belgian Sewing Thread*
    - Eksempel på at tap av markedsandeler og omsetning generelt anses som for usikre til at Kommisjonen kan holdes ansvarlig
    - Lekkasje av saksøkers interne prisstruktur til konkurrenter ikke ansett som «den reelle årsag» til saksøkers tap av sin viktigste kunde (avsnitt 178)

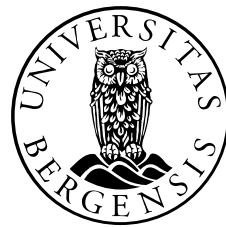


# EU/EØS-rettens betydning for årsaksvurderingen

- I saker med samhandlingsdimensjon (EØS art. 53 og 54) representerer økonomiske tap som «med sikkerhet» er en «direkte» følge av et brudd på EU/EØS-retten et minstenivå for konkurransemyndighetenes ansvar (effektivitetsprinsippet)
- Vanskelig å se for seg en mer omfattende rettslig avgrensning av årsakssammenhengen i rent interne saker
- Prinsipielt tenkelig med en mindre omfattende rettslig avgrensning av årsakssammenhengen
  - Men må da også gis anvendelse på EØS-saker (ekvivalensprinsippet)

# Ekskurs: ESAs erstatningsansvar

- Rettslig grunnlag: ODA artikkel 46 (2):
  - «Når det gjelder erstatningsansvar utenfor kontraktsforhold skal EFTAs overvåkingsorgan, i samsvar med de alminnelige rettsprinsipper, gjøre godt igjen den skade som det eller dets ansatte eventuelt volder i utførelsen av sine oppgaver.»
- Problemstillingen: Hvem sine «alminnelige rettsprinsipper»?
  - EFTA-statenes, EØS-statenes eller EU-statenes?
  - Homogenitetsprinsippets rekkevidde
- Sak E-7/12 *DB Schenker mot ESA (pending)*



UNIVERSITETET I BERGEN

*Juridisk fakultet*