

**Utredning av rettsspørsmål knyttet til gjennomføring i norsk rett av
Parlaments- og Rådsdirektiv 2014/104/EU av 26. november 2014 om
visse regler for søksmål i henhold til nasjonal rett angående
erstatning for overtredelser av medlemsstatenes og Den europeiske
unions konkurranserett**

Professor Erling Hjelmeng, UiO
Førsteamanuensis Inger B. Ørstavik, UiO
Førsteamanuensis Eirik Østerud, UiO
19. desember 2014

Innhold

1	Innledning.....	4
1.1	Oppdraget	4
1.2	Opplegget	5
2	Sammendrag av utredningens hovedinnhold	6
3	Nærmere om krav til gjennomføring av direktiver	10
4	Direktivets virkeområde og særlig EØS-problematikk	12
5	Generelle erstatningsrettslige problemstillinger	16
5.1	Innledning.....	16
5.2	Full kompensasjon/tapsutmåling	16
5.2.1	Innledning.....	16
5.2.2	Full kompensasjon.....	16
5.2.3	Skjønnsmessig utmåling	19
5.2.4	Skadepresumsjon	20
5.3	«Passing-on»	21
5.3.1	Innledning.....	21
5.3.2	Direktivets krav.....	22
5.3.3	Gjeldende rett	25
5.3.4	Vurdering.....	27
5.4	Solidaransvar	28
5.5	Adekvans	31
6	Prosessuelle regler om bevis	32
6.1	Innledning.....	32
6.2	Bevistilgang.....	33
6.2.1	Innledning.....	33
6.2.2	Anvendelsesområdet for direktivets regler om bevis tilgang	33
6.2.3	Gjeldende rett	34
6.2.4	Direktivets krav.....	38
6.2.5	Vurderinger	42
6.3	Fremleggelse av bevis som er en del av saken hos konkurransemyndighetene.....	47
6.3.1	Innledning.....	47
6.3.2	Gjeldende rett	49

6.3.3	Direktivets krav.....	51
6.3.4	Vurderinger	58
6.4	Håndheving av reglene om bevis	65
6.4.1	Innledning.....	65
6.4.2	Gjeldende rett	65
6.4.3	Direktivets krav.....	69
6.4.4	Vurderinger	70
7	Virkninger av norske og utenlandske konkurransemyndigheters vedtak.....	74
7.1	Innledning.....	74
7.2	Gjeldende rett	74
7.2.1	Avgjørelser i norske overtredelsessaker	74
7.2.2	Avgjørelser fra andre EØS-land	74
7.3	Direktivets krav.....	75
7.3.1	Avgjørelser i nasjonale overtredelsessaker.....	75
7.3.2	Avgjørelser fra andre EØS-land	77
7.4	Vurderinger	78
7.4.1	Avgjørelser i norske overtredelsessaker	78
7.4.2	Avgjørelser fra andre EØS-land	80
8	Foreldelse	80
8.1	Innledning.....	80
8.2	Gjeldende rett	81
8.3	Direktivets krav.....	85
8.4	Vurderinger	88
9	Minnelig tvisteløsning	92
9.1	Innledning.....	92
9.2	Minnelig tvisteløsning - foreldelse, stansing, bøteutmåling	92
9.2.1	Innledning.....	92
9.2.2	Foreldelse – fristsuspensjon mens minnelig tvisteløsning pågår	93
9.2.3	Utsettelse i erstatningssaken mens minnelig tvisteløsning pågår	99
9.2.4	Bøteutmåling – erstatning etter minnelig tvisteløsning kan utgjøre en formildende omstendighet	103
9.3	Minnelig tvisteløsning - solidaransvar og regress	106
9.3.1	Direktivets krav.....	106
9.3.2	Norsk intern rett og gjennomføring	108

10	Gjennomføring i norsk rett.....	109
10.1	Vurdering av hensiktsmessig gjennomføringsmåte	109
10.2	Nærmere om de enkelte bestemmelser i lovforslaget	109
10.3	Forslag til lovtekst.....	115

1 Innledning

1.1 Oppdraget

Vi har fått i oppdrag av Nærings- og fiskeridepartementet å utrede rettsspørsmål knyttet til gjennomføring i norsk rett av Parlaments- og Rådsdirektiv 2014/104/EU av 26. november 2014 om visse regler for søksmål i henhold til nasjonal rett angående erstatning for overtredelser av medlemsstatenes og Den europeiske unions konkurranserett (heretter «direktivet om privat håndhevelse» eller kun «direktivet»)¹. Direktivet ble vedtatt av Rådet 10. november 2014 og formelt signert under Europaparlamentets plenumsesjon 26. november 2014.

Direktivet gjelder søksmål om erstatning for overtredelser av medlemsstatenes og EUs konkurranseregler. Sentrale formål med direktivet er å bedre skadelidtes muligheter for å oppnå full erstatning for overtredelser av konkurransereglene, redusere forskjeller mellom medlemsstatenes regler om erstatningssøksmål i forbindelse med overtredelser av konkurransereglene og å forbedre samspillet mellom offentlig og privat håndheving av reglene.

For å oppnå disse siktemålene stiller direktivet en rekke krav til nasjonal rett. Kravene er både av materiell og prosessuell karakter. Eksempelvis regulerer direktivet skadelidtes adgang til å kreve full kompensasjon, overveltning av overpris (såkalt «passing-on») og solidaransvar. Videre oppstiller direktivet krav til blant annet bevis tilgang, herunder fra konkurransemyndighetene, og til virkninger av konkurransemyndighetenes vedtak ved behandling av senere erstatningskrav. Direktivet inneholder også bestemmelser om foreldelse og minnelig tvisteløsning.

I begynnelsen av september 2014 inviterte Nærings- og fiskeridepartementet til konkurranse for utredning av rettsspørsmål knyttet til gjennomføringen av direktivet i norsk rett. På bakgrunn av tilbud inngitt 12. september 2014 ble undertegnede tildelt oppdraget. Formålet med utredningen og nærmere oppdragsbeskrivelse følger av Nærings- og fiskeridepartementets konkurransegrunnlag. Av konkurransegrunnlaget følger det blant annet at «[e]n effektiv nasjonal gjennomføring av direktivet i norsk rett vil kreve at forholdet mellom direktivets krav til nasjonal lovgivning, og innholdet i gjeldende norsk rett avklares, samt at det vurderes om EØS-retten stiller særskilte krav til gjennomføring av direktivet i norsk rett selv om norsk rett skulle være i samsvar med direktivet.» Videre fremgår det at utredningen skal:

- Redegjøre for gjeldende norsk rett på området som direkte berøres av direktivets artikler.
- Vurdere forholdet mellom direktivets krav og gjeldende norsk rett, herunder avklare hvilke direktivbestemmelser som trenger ny gjennomføringslovgivning, jf. EØS-rettens krav til klar og fullstendig gjennomføring av direktiver.
- Vurdere hensiktsmessig implementeringsmetode og lovteknikk.
- Vurdere hvilke lover direktivet bør gjennomføres i. Det vises i den forbindelse til at direktivets bestemmelser er av erstatningsrettslig og sivilprosessuell art, men gjelder bare i konkurransesaker. Det må derfor vurderes om direktivet skal gjennomføres i tvisteloven,

¹ Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union.

foreldelsesloven og skadeserstatningsloven, eller i konkurranseloven og eventuelt i EØS-konkurranseloven.

- *Utarbeide utkast til lovtekster.*

I samsvar med konkurransegrunnlagets forutsetninger og oppdragsbeskrivelse, og etter avklaring med Nærings- og fiskeridepartementet, har vi lagt til grunn at direktivet er EØS-relevant.

Utredningsrapport ble overlevert Nærings- og fiskeridepartementet 19. desember 2014, i tråd med konkurransegrunnlagets tidsplan. Et utkast til utredningsrapport ble oversendt departementet 24. november 2014. Vi har hatt løpende dialog med Nærings- og fiskeridepartementet om arbeidet med utredningen.

1.2 Opplegget

EØS-retten stiller krav til gjennomføring av direktiver i norsk rett. Disse kravene vil være styrende både for behovet for eventuell ny gjennomføringslovgivning og for valg av gjennomføringsmetode. Vi anser det hensiktsmessig med en kortfattet, innledende redegjørelse for de EØS-rettslige kravene til gjennomføring av direktiver. Denne følger i utredningens kap. 3.

Kapittel 4 omhandler direktivets virkeområde, samt særlige spørsmål knyttet til det EØS-rettslige topilarsystemet. Allerede her kan det nevnes at direktivet ikke bare gjelder nasjonale domstolars anvendelse av EU/EØS-konkurransereglene, men også nasjonal konkurranselovgivning der denne benyttes i saker der det foreligger samhandelspåvirkning. Det har blant annet betydning for vurderingen av hva som er egnet og hensiktsmessig gjennomføringslovgivning. Vi har lagt til grunn at det i de fleste tilfeller er mest hensiktsmessig med en frivillig harmonisering av direktivets bestemmelser når det gjelder erstatningssaker med grunnlag i brudd på norsk konkurranserett uten at det foreligger samhandelspåvirkning. Årsaken er blant annet at ulike materielle og prosessuelle regler beroende på om det EU/EØS-rettslige samhandelsvilkåret er oppfylt kan fremstå og virke noe vilkårlig for skadelidte som søker erstatning for overtredelser av konkurransereglene.

Av konkurransegrunnlaget følger det at tilbudet skal inneholde forslag til oppgaveløsning. Videre fremgår det at utredningen skal omfatte en redegjørelse for gjeldende rett på områder som berøres av direktivet, en vurdering av rettstilstanden opp mot direktivet - herunder om spesifikke gjennomføringsbestemmelser er nødvendige, samt en utredning av hensiktsmessig gjennomføringsform inkludert utkast til lovtekst.

For å løse disse oppgavene har vi funnet det hensiktsmessig å strukturere utredningen slik at materielle og prosessuelle problemstillinger behandles hver for seg, fremfor strengt å følge direktivets kronologi. På den måten kan vi behandle tilknyttede problemstillinger i mer sammenheng. Videre er det slik at de materielle problemstillingene direktivet gir opphav til først og fremst relaterer seg til forholdet til norsk erstatningsrett, mens de prosessuelle problemstillingene omhandler forholdet særlig til norsk sivilprosess. Deretter behandler vi problemstillinger knyttet til direktivets bestemmelser om krav til nasjonale regler om foreldelse, samt til minnelig tvisteløsning som både har materielle og prosessuelle sider. Under hvert kapittel vil utredningen redegjøre for gjeldende rett og holde rettstilstanden opp mot direktivets krav, samt vurdere behovet for eventuelle gjennomføringsbestemmelser. Vi mener et slikt opplegg for utredningen både dekker relevante problemstillinger, er analytisk hensiktsmessig, og vil danne et godt utgangspunkt for å drøfte implementeringen av bestemmelsene i direktivet i norsk rett.

Kapittel 5 knytter seg til direktivets bestemmelser som reiser ulike erstatningsrettslige problemstillinger. Underpunkter her omhandler direktivets krav til henholdsvis full kompensasjon/tapsutmåling, «passing-on» (overveltning av overpris til kunder) og solidaransvar. I tillegg behandles enkelte spørsmål relatert til adekvanslæren i norsk erstatningsrett. I behandlingen av disse temaene redegjør vi for gjeldende norsk rett og for direktivets krav. Videre holdes gjeldende rettstilstand opp mot direktivet og vi vurderer om det er nødvendig med særskilte gjennomføringsbestemmelser.

Kapittel 6 behandler direktivets krav til gjennomføring av regler om bevis. Direktivet stiller krav til nasjonale regler om bevistilgang, også overfor konkurransemyndighetene. Direktivet stiller også krav til sanksjoner for håndheving av reglene om bevistilgang. Problemstillingene direktivet gir opphav til berører i første rekke forholdet til gjeldende norsk sivilprosess.

Kapittel 7 gjelder direktivets krav til virkningene av norske og utenlandske konkurransemyndigheters eller domstolars avgjørelser. I henhold til direktivet skal nasjonale konkurransemyndigheters eller domstolars avgjørelser om overtredelser av konkurransereglene anses endelige med virkning for en senere erstatningssak. Direktivet krever videre at andre EU/EØS-staters konkurransemyndigheters eller domstolars endelige avgjørelser om overtredelser skal anses som *prima facie* bevis for at det har skjedd en overtredelse av konkurransereglene i en etterfølgende erstatningssak.

Kapittel 8 og 9 omhandler henholdsvis direktivets krav til nærmere regler om foreldelse og minnelig tvisteløsning. Når det gjelder foreldelse av erstatningssøksmål for overtredelser av konkurransereglene oppstiller direktivet krav til både foreldelsesfristens utgangspunkt og lengde, samt krav til fristavbrudd eller fristsuspensjon der konkurransemyndighetene tar skritt for å undersøke eller forfølge overtredelsen av konkurransereglene. Når det gjelder minnelig tvisteløsning stiller direktivet blant annet krav til at foreldelsesfristen skal suspenderes mens minnelig tvisteløsning pågår og krav til at nasjonale domstoler skal kunne utsette behandlingen av erstatningssaken mens minnelig tvisteløsning pågår. Også under hvert av disse kapitlene behandles både gjeldende rett og direktivets krav, før vi vurderer eventuelle gjennomføringsbehov.

Kapittel 10 har vi kalt *Gjennomføring i norsk rett*. Under dette punktet vurderer vi hensiktsmessig implementeringsmetode, herunder hvilken eller hvilke lover direktivet bør gjennomføres i. Flere av løsningene i direktivet vil kunne gjennomføres på alternative måter i norsk rett, blant annet i konkurranseloven, EØS-konkurranseloven, skadeserstatningsloven, foreldelsesloven og tvisteloven. Under dette kapittelet har vi også utarbeidet utkast til lovtekst.

Et sammendrag av utredningens hovedinnhold følger i kapittel 2.

2 Sammendrag av utredningens hovedinnhold

Direktivets virkeområde er begrenset til krav om erstatning for skade på bakgrunn av overtredelser av EU/EØS-konkurransereglens forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av markedsdominans. Selv om direktivets virkeområde i så måte er tematisk begrenset, har direktivets krav til nasjonal rett likevel sider til flere ulike rettsområder i tillegg til konkurranseretten, særlig materiell erstatningsrett, sivilprosess og reglene om foreldelse.

Mange av direktivets krav til nasjonal rett er allerede oppfylt etter norsk rett. Utredningen konkluderer likevel med at direktivet vil kreve ny gjennomføringslovning. Det skyldes dels at direktivet oppstiller enkelte krav som ikke følger av gjeldende norsk rett, og dels at kravene til korrekt direktivgjennomføring (klarhetskravet) undertiden medfører at det er nødvendig med gjennomføringslovgivning også der norsk rett i utgangspunktet er i samsvar med direktivets krav.

Utredningens kapittel 3 redegjør for de EØS-rettslige kravene til gjennomføring av direktiver. Sentralt her er at regler som gjennomfører et direktiv må være tilstrekkelig klare og utvetydig formulert. Det innebærer blant annet at det ikke vil være tilstrekkelig å gjennomføre et direktiv ved å konstatere at ulovfestet rett og rettspraksis er i samsvar med direktivet. For gjennomføringen av direktivet om privat håndhevelse innebærer det at selv om norsk rett allerede er på linje med vesentlige deler av direktivets krav til nasjonal rett, vil også kravene til klar og utvetydig gjennomføring likevel kunne medføre behov for ny lovgivning/lovendringer.

Kapittel 4 omhandler direktivets virkeområde. Direktivet gjelder i utgangspunktet anvendelsen av EU/EØS-konkurransereglene. Direktivet omfatter imidlertid også nasjonal konkurranselovgivning, der denne benyttes i saker hvor samhandelen er påvirket. Dersom samhandelen er påvirket vil det etter direktivet følgelig ikke ha betydning om krav fremmes på grunnlag av EU/EØS-reglene eller nasjonal (harmonisert) konkurranselovgivning. Direktivet berører imidlertid ikke anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning der det ikke foreligger samhandelspåvirkning. Utredningen anbefaler imidlertid en frivillig harmonisering med direktivets bestemmelser i saker om brudd på norsk konkurranserett uten samhandelspåvirkning, med ett unntak jf. kapittel 7. Årsaken er blant annet at ulike materielle og prosessuelle regler beroende på om det EU/EØS-rettslige samhandelsvilkåret er oppfylt kan fremstå og virke noe vilkårlig for skadelidte som søker erstatning for overtredelser av konkurransereglene. I dette kapittelet drøftes også de særlige problemstillingene som topilarsystemet i EØS-avtalen skaper.

Kapittel 5 drøfter ulike erstatningsrettslige problemstillinger. Direktivet innebærer at skadelidte skal ha krav på full kompensasjon for tap som skyldes overtredelser av konkurransereglene. Et prinsipp om full erstatning følger av skadeserstatningsloven § 4-1. Det er derfor ikke nødvendig med en særskilt lovfesting av et prinsipp om full kompensasjon. Utredningen anbefaler likevel at gjennomføringslovgivningen presiserer at et slikt prinsipp gjelder. Det skyldes at et prinsipp om full kompensasjon danner et lovteknisk utgangspunkt for øvrige materielle regler som krever gjennomføring, samt at klarhetskravet til gjennomføring av direktiver tilsier en presisering av at skadelidte kan kreve renter på erstatningskravet fra skadetidspunktet. Videre stiller direktivet krav til at nasjonale domstoler skal ha adgang til å foreta en skjønnsmessig utmåling, samt krav til en skadepresumsjon ved kartellovertredelser. Til det førstnevnte påpeker utredningen blant annet at selv om den tidligere bestemmelsen i tvistemålsloven § 192, om at retten ved bevisføringsvanskeligheter kunne fastsette erstatningens størrelse «*etter eget skjønn*», ikke ble videreført i tvisteloven av 2005, er det ingen holdepunkter for at lovgiver med det mente å gjennomføre noen realitetsendring. Selv om norsk rett her anses å være i samsvar med direktivet, innebærer imidlertid kravet til klar og utvetydig direktivgjennomføring at det likevel bør innføres en lovbestemmelse som angir skjønnskompetansen. Når det gjelder direktivets krav om at nasjonal rett skal oppstille en presumsjon for skade som følge av kartellsamarbeid, er utredningens konklusjon også her at det er behov for særskilt gjennomføringslovgivning.

Kapittel 5 behandler videre problemstillingene som oppstår som følge av direktivets krav til regulering av såkalt «passing-on» - det vil si at en kunde som har betalt overpris som følge av en overtredelse av konkurransereglene velter overprisen videre til kunder på etterfølgende ledd i verdikjeden. I erstatningssaker kan spørsmålet om «passing-on» komme opp på to måter. Enten ved at saksøkte hevder at den påståtte skadelidte ikke har lidt tap fordi skadelidte har veltet overprisen videre på sine kunder (passiv bruk), eller ved at en indirekte kunde krever erstatning som følge av at den direkte kunden skal ha veltet overprisen videre (aktiv bruk). Direktivet innebærer at passing-on anerkjennes både som *grunnlag for krav* (aktiv bruk) og som *forsvar mot et krav* (passiv bruk), og at dette må anerkjennes tilsvarende i nasjonal rett. Utredningen konkluderer med at norsk rett sannsynligvis vil gi tilnærmet de samme resultater direktivet tilstreber. Kravet til klar og utvetydig direktivgjennomføring, samt direktivets nærmere regler om bevis for overveltning og om materielle og prosessuelle mekanismer for å unngå over- og underkompensasjon der samme overtredelse behandles i ulike rettssaker, innebærer imidlertid at det likevel er nødvendig med særskilt gjennomføringslovgivning. Direktivet oppstiller også enkelte regler om solidaransvar; både et prinsipp om solidaransvar for overtredelser av konkurransereglene ved felles atferd, samt enkelte unntak fra solidaransvaret. Utredningen konkluderer med at skadeserstatningsloven § 5-3 oppfyller direktivets prinsipp om solidaransvar. Direktivets krav til unntak fra solidaransvar relaterer seg til både små og mellomstore bedrifter og til foretak som er innvilget hel lempning for overtredelsen. Disse unntakene krever imidlertid gjennomføringslovgivning i norsk rett. For øvrig stiller direktivet også krav til at et foretak som er innvilget full lempning ikke i regressomgangen skal være ansvarlig for mer enn skade påført egne direkte eller indirekte kunder/leverandører. Dette kravet vil også kreve særskilt lovregulering.

Kapittel 6 behandler direktivets krav til gjennomføring av regler om bevis. Direktivet stiller generelle krav til nasjonale regler om bevis tilgang i forbindelse med erstatningssøksmål med grunnlag i overtredelser av konkurransereglene. Utredningen konkluderer her med at det ikke er nødvendig med særskilte gjennomføringstiltak i norsk rett. Videre stiller direktivet krav til nasjonal rett vedrørende tilgang til og håndtering av bevis som er en del av konkurransemyndighetenes saksmappe. Direktivets utgangspunkt er at alle dokumenter også i konkurransemyndighetenes saksmappe skal kunne kreves fremlagt som bevis under en senere erstatningssak, også fra konkurransemyndighetene selv. For å beskytte konkurransemyndighetenes arbeid i pågående saker, har direktivet regler som begrenser tilgangen til og bruken av dokumenter som er tett knyttet til konkurransemyndighetenes etterforskning. For å beskytte lempningsmekanismene og muligheten for kartellforlik som praktiseres på EU/EØS nivå, begrenser også direktivet muligheten for tilgang til og fremleggelse av visse dokumenter relatert til dette. I tillegg krever direktivet sanksjoner for håndhevingen av reglene om bevis tilgang.

Kapittel 7 behandler direktivets krav til virkningene av norske og utenlandske konkurransemyndigheters eller domstolars endelige avgjørelser om overtredelser av konkurransereglene for behandlingen av senere erstatningskrav begrunnet i den samme overtredelsen. Direktivet krever at nasjonale konkurransemyndigheters eller domstolars avgjørelser om overtredelser av konkurransereglene skal anses endelige med virkning for en senere erstatningssak for domstolene. En regel om at forvaltningsavgjørelser skal være helt eller delvis bindende for domstolene i senere saker krever lovhjemmel. For norske konkurransemyndigheters avgjørelser konkluderer utredningen med at det derfor er nødvendig med en lovendring for å

gjennomføre direktivets krav. På dette punkt vil vi ikke foreslå at direktivets løsninger også gjøres gjeldende for rent nasjonale saker, altså saker uten samhandelspåvirkning. Direktivet krever videre at det skal være mulig å fremlegge andre EU/EØS-staters konkurransemyndigheters eller domstolars endelige avgjørelser om overtredelser som bevis i en erstatningssak for domstolene. Slike avgjørelser skal anses som *prima facie* bevis for at det har skjedd en overtredelse av konkurransereglene, det vil si at de skal legges til grunn om det ikke føres motbevis. Bestemmelsen krever gjennomføring ved lov i norsk rett fordi den kan medføre et avvik fra den ellers frie bevisvurderingen etter tvisteloven § 21-2. Utredningen foreslår regelen gjennomført som en (begrenset) bevispresumsjon.

I henhold til direktivet skal medlemsstatene videre fastsette nærmere regler om foreldelse. Dette behandles i utredningens kapittel 8. Direktivet oppstiller krav til både foreldelsesfristens utgangspunkt og lengde, samt krav til fristavbrudd eller fristsuspensjon. Når det gjelder foreldelsesfristens utgangspunkt krever direktivet at foreldelsesfristen ikke kan begynne å løpe før overtredelsen av konkurransereglene har opphørt, og ikke før et subjektivt starttidspunkt knyttet til skadelidtes kunnskap. Videre krever direktivet en foreldelsesfrist på minst fem år. Direktivet krever dessuten at foreldelsesfristen avbrytes eller suspenderes hvis en konkurransemyndighet tar skritt for å undersøke eller forfølge den overtredelsen erstatningssøksmålet gjelder. Utredningen konkluderer med at norsk rett ikke tilfredsstiller direktivets krav og at det er nødvendig med særskilt gjennomføringslovgivning.

Kapittel 9 drøfter direktivets særskilte bestemmelser om minnelig tvisteløsning. Bestemmelsene er både av prosessuell og materiell karakter, og er ment å fremme og effektivisere minnelig tvisteløsning av erstatningskrav som følge av brudd på konkurransereglene. Direktivet omhandler *for det første* forholdet mellom minnelig tvisteløsning og henholdsvis foreldelse, utsettelse/stansing og bøteutmåling. Når det gjelder forholdet mellom minnelig tvisteløsning og foreldelse krever direktivet at foreldelsesfristen suspenderes mens en eventuell minnelig tvisteløsning pågår. Utredningen konkluderer her med at det er nødvendig med særskilt gjennomføringslovgivning. Videre oppstilles det krav til at nasjonale domstoler skal kunne utsette behandlingen av erstatningssøksmål i opp til to år dersom partene deltar i minnelig tvisteløsning om kravet erstatningssøksmålet gjelder. Selv om tvisteloven ikke oppstiller en eksplisitt hjemmel for at retten kan utsette behandlingen av saken i opp til to år der partene deltar i minnelig tvisteløsning om kravet, er hensynet til slik tvisteløsning etter vår vurdering godt ivaretatt i norsk sivilprosess. Utredningen anbefaler likevel at direktivets krav gjennomføres ved særskilt lovgivning for å ivareta kravene til at regler som gjennomfører direktiver må være tilstrekkelig klart og utvetydig formulert. Hva gjelder direktivets anvisning om at konkurransemyndighetene kan hensynta erstatningsutbetaling etter minnelig tvisteløsning som en formildende omstendighet ved utmålingen av bøter, er norsk rett ikke til hinder for at et slikt moment vektlegges. Når utmålingen av overtredelsesgebyr dessuten langt på vei er harmonisert med EU/EØS-retten, og heller ikke EU/EØS-reglene om Kommisjonens/ESAs bøteutmåling eksplisitt nevner erstatningsutbetaling, ei heller etter minnelig tvisteløsning, som en formildende omstendighet, konkluderer utredningen med at direktivet på dette punkt ikke krever særskilt gjennomføringslovgivning. *For det andre* regulerer direktivet virkningene av minnelig tvisteløsning for solidaransvaret. Reglene her har som målsetting at en kartelldeltager som forliker ikke skal stilles dårligere enn om forliket ikke var blitt inngått. Direktivet begrenser blant annet andre kartelldeltakers mulighet til å kreve regress hos en skadevolder som har inngått forlik. Direktivets bestemmelser om dette er så vidt spesielle at utredningen anbefaler at mekanismene gjennomføres i norsk rett ved særskilt lovgivning.

Kapittel 10 omhandler den nærmere gjennomføringen av direktivet der direktivet krever tilpasninger og endringer av norsk rett. Direktivet berører som nevnt flere lover, først og fremst skadeserstatningsloven, tvisteloven, foreldelsesloven, EØS-konkurranseloven og konkurranse- og handelsloven. Et grunnleggende spørsmål er om direktivet bør gjennomføres ved endringer i flere av disse lovene, eller om gjennomføringsbestemmelser bør samles i en lov. Utredningens anbefaling er at det mest hensiktsmessige vil være at det inntas et nytt kapittel i konkurranse- og handelsloven om privat håndhevelse. Det skyldes blant annet: at direktivet bør gjennomføres som lov istedenfor forskrift fordi det kan oppstå spørsmål om motstrid mellom direktivets bestemmelser og tidligere lovgivning, jf. begrensningen i forrangsregelen i EØS-loven § 2; at spredte lovendringer gir en mindre ryddig gjennomføring, samtidig som enkelte bestemmelser vil kunne få et utilsiktet utvidet anvendelsesområde; at direktivet er knyttet opp mot konkurranse- og handelsloven som ansvarsgrunnlag, og; at det generelt anses uhenktsmessig å ha ulike regler for erstatningssøksmål avhengig av om samhandelskriteriet etter EØS-reglene er oppfylt eller ikke, slik at direktivet gjennomføres i konkurranse- og handelsloven og ikke EØS-konkurranseloven.

Videre inneholder kapittel 10 et utkast til lovtekst til et nytt kapittel i konkurranse- og handelsloven om privat håndhevelse. Kapitlet vil bestå av ni paragrafer. I tillegg foreslår vi enkelte mindre endringer i konkurranse- og handelsloven §§ 26, 27 og 27 a for å utvide beskyttelsen for visse dokumenter i konkurransemyndighetenes saksmappe. Etter vår oppfatning vil disse endringene tilfredsstillende sikre kravene til korrekt gjennomføring av direktivet om privat håndhevelse. Kapittel 10 inneholder for øvrig en kortfattet redegjørelse for og kommentar til de enkelte lovbestemmelsene som vi mener bør vedtas for å gjennomføre direktivet.

3 Nærmere om krav til gjennomføring av direktiver

EØS art. 7 oppstiller forpliktelsen til å gjennomføre direktiver. Bestemmelsen speiler definisjonen av «direktiv» i TEUV art. 288, og sier at direktiver «skal overlate til avtalepartenes myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføringen.» De nærmere kravene til gjennomføringen må imidlertid utledes av praksis.² På dette punktet har Domstolen formulert et *klarhetskrav*, som er av særlig betydning der et direktiv er ment å gi private rettigheter:

«The transposition of a directive into domestic law does not necessarily require that its provisions be incorporated formally and verbatim in express, specific legislation; a general legal context may, depending on the content of the directive, be adequate for the purpose provided that it does indeed guarantee the full application of the directive in a sufficiently clear and precise manner so that, where the directive is intended to create rights for individuals, the persons concerned can ascertain the full extent of their rights and, where appropriate, rely on them before the national courts.»³

Følgende uttalelse er også av særlig betydning for spørsmålet om privates rettigheter:

«It follows from that provision [Article 288] that the implementation of a directive does not necessarily require legislative action in each member state. In particular the existence of general principles of constitutional or administrative law may render implementation by specific legislation superfluous, provided however that those principles guarantee that the national authorities will in fact apply the directive fully and

² For en oversikt og drøftelse av ulike instrumenter for gjennomføring se Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen: Retskilder og retsteorier, 4. utg. 2014, s. 151-155.

³ Sak 363/85 Kommisjonen mot Italia [1987] ECR 1733, premiss 7.

that, where the directive is intended to create rights for individuals, the legal position arising from those principles is sufficiently precise and clear and the persons concerned are made fully aware of their rights and, where appropriate, afforded the possibility of relying on them before the national courts. That last condition is of particular importance where the directive in question is intended to accord rights to nationals of other member states because those nationals are not normally aware of such principles.»⁴

Dette innebærer at regler som gjennomfører et direktiv må være tilstrekkelig klart og utvetydig formulert – selv om det ikke kreves at direktivets ordlyd må gjennomføres direkte.⁵ Samtidig er det på det rene at en rettsanvender eller en rettighetshaver må få beskjed om at det ligger EØS-rettslige føringer til grunn for rettsstilstanden.

I *Kommisjonen mot Danmark* gjorde danske myndigheter forgjeves gjeldende at prinsippet om lik lønn for likt arbeid var gjennomført ved tariffavtaler, og det var påpekt i forarbeider til lovgivning at prinsippet om likelønn måtte fortolkes slik at direktivets krav var oppfylt. EU-domstolen uttalte at:

«In that respect the Danish law in question does not exhibit the clarity and precision necessary for the protection of the workers concerned. Even accepting the assertions of the Danish government that the principle of equal pay for men and women, in the broad sense required by the directive, is implemented in collective agreements, it has not been shown that the same implementation of that principle is guaranteed for workers whose rights are not defined in such agreements.

Since those workers are not unionized and work in small or medium-sized businesses, particular care must be taken to guarantee their rights under the directive. The principles of legal certainty and the protection of individuals thus require an unequivocal wording which would give the persons concerned a clear and precise understanding of their rights and obligations and would enable the courts to ensure that those rights and obligations are observed.»⁶

Spørsmålet om gjennomføring «via forarbeider» ble også behandlet i *Kommisjonen mot Sverige*. I denne saken var det imidlertid bare de ikke-bindende delene av direktivet (en veiledende liste) som var angitt i forarbeidene – noe EU-domstolen godtok.⁷ For de *bindende delene* av et direktiv vil det imidlertid kreves forankring i et rettslig bindende instrument som lov eller forskrift.

Det vil heller ikke være tilstrekkelig å gjennomføre et direktiv ved å konstatere at ulovfestet rett og rettspraksis er i samsvar med direktivet. Dette måtte i så fall fordre at den nasjonale rettspraksis var like klar og spesifikk som direktivbestemmelsene, hvilket vanskelig kan være tilfelle. I *Kommisjonen mot Nederland* uttalte Domstolen således:

«even where the settled case-law of a Member State interprets the provisions of national law in a manner deemed to satisfy the requirements of a directive, that cannot achieve the clarity and precision needed to meet the requirement of legal certainty.»⁸

⁴ Sak 29/84 *Kommisjonen mot Tyskland* [1985] ECR 1661, premiss 23.

⁵ Se sak C-339/87 *Kommisjonen mot Nederland* [1990] ECR I-851, premiss 6: "the transposition of a directive into national law does not necessarily require the provisions of the directive to be enacted in precisely the same words in a specific express legal provision, and that a general legal context may be sufficient if it actually ensures the full application of the directive in a sufficiently clear and precise manner."

⁶ Sak 143/83 *Kommisjonen mot Danmark* [1985] ECR 427, premiss 9-10.

⁷ Sak C-478/99 *Kommisjonen mot Sverige* [2002] ECR I-4147, premiss 22-23.

⁸ Sak C-144/99 *Kommisjonen mot Nederland* [2001] ECR I-3541, premiss 21.

Det er også på det rene at en konstatering av at rettspraksis er i samsvar med direktivet ikke vil gi rettsanvenderen nødvendig veiledning mht. at det faktisk er EU-/EØS-rettslige bestemmelser som kommer til anvendelse.⁹ Heller ikke administrative praksis er etter sikker rett tilstrekkelig som gjennomføring.¹⁰

Det følger av gjennomgangen at det bare er i spesielle tilfeller at andre instrumenter enn lov eller forskrift vil være tilstrekkelig som gjennomføring av direktiver. Når det gjelder direktivet om privat håndhevelse, er det på det rene at norsk rett allerede må anses å være på linje med vesentlige deler av direktivets bestemmelser. Store deler av rettstilstanden er imidlertid ikke forankret i lov, slik at det etter de krav som stilles til gjennomføring vil være nødvendig med lovendringer/ny lovgivning. Dette stiller seg annerledes for konkrete lovbestemmelser som allerede er i samsvar, jf. f.eks. prinsippet om solidaransvar i skadeserstatningsloven § 5-3 første ledd og flere av reglene i tvisteloven.

4 Direktivets virkeområde og særlig EØS-problematikk

Direktivet gjelder nasjonale domstolars anvendelse av EU-/EØS-konkurransereglene. Direktivet omfatter imidlertid også nasjonal konkurranselovgivning, der denne benyttes i saker hvor samhandelen er påvirket. Dette følger av direktivet art. 2 om definisjoner, pkt. 1) om definisjon av konkurranserett sammenholdt med pkt. 3) som definerer nasjonal konkurranserett, og de enkelte bestemmelser.¹¹ Poenget er at dersom samhandelen er påvirket, vil det etter direktivet ikke ha betydning om krav fremmes på grunnlag av EU-/EØS-reglene eller nasjonal (harmonisert) konkurranselovgivning.

Dette betyr at dersom krrl. §§ 10 eller 11 benyttes i en sak der samhandelen er påvirket, vil direktivet stille krav til rettsvirkningene av en slik overtredelse, samt prosessuelle krav. Derimot berører ikke direktivet anvendelsen av nasjonal konkurranselovgivning på rent interne forhold, dvs. der det ikke foreligger samhandelspåvirkning.

Denne tilnærmingen må anses i tråd med kravene etter forordning 1 om desentralisert håndhevelse av konkurransereglene. På dette punktet er det imidlertid en forskjell mellom EU og EFTA-pilaren. I Ot. prp. nr. 6 (2003-04) er forholdet beskrevet som følger:

«Det nye regelverket [forordning 1] er EØS-relevant. Det skal derfor i utgangspunktet inkorporeres i EØS-avtalen med de nødvendige tilpasninger. Kommisjonen har imidlertid motsatt seg at systemet med desentralisert håndheving blir tatt inn i EØS-avtalen. Det innebærer at det ikke etableres et system på EØS-nivå med desentralisert håndheving av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, som tilsvarer EF-traktaten artikkel 81 og 82. De mekanismer som legger til rette for et system med desentralisert håndheving, blir heller ikke tatt inn i EØS-avtalen. Det omfatter for eksempel bestemmelser som regulerer nasjonale konkurransemyndigheters og domstolars rolle, og bestemmelser som etablerer samarbeid

⁹ Riktignok slik at dette argumentet kanskje ikke står like sterkt ved gjennomføring av et direktiv som nettopp regulerer rettsvirkninger av overtredelser av EØS-regler.

¹⁰ Se f.eks. sak C-214/98 Kommisjonen mot Hellas [2000] ECR I-9601, premiss 56.

¹¹ Jf. også fortalen pkt. 4 og 9.

konkurransemyndighetene imellom. Kommisjonens standpunkt er imidlertid at EØS-avtalen ikke er til hinder for at et system for desentralisert håndheving som tilsvarer forordning 1/2003, etableres på EFTA-nivå.»¹²

Et slikt system for desentralisert håndhevelse innenfor EFTA-pilaren er etablert gjennom ODA protokoll 4.¹³ Nasjonal gjennomføring følger av EØS-konkurranseloven. Det kan reises spørsmål om ulikhetene innenfor offentlig håndhevelse også har betydning for direktivet og dets EØS-relevans.

På dette punktet er det grunn til å understreke at norske domstolars kompetanse til å anvende EØS-avtalens konkurranseregler ikke er hjemlet i forordning 1 og dens gjennomføring, men følger av at konkurransereglene oppfyller kravene til å ha direkte virkning, og siden de er gjennomført ved EØS-loven § 1 derfor også må anvendes av nasjonale domstoler.¹⁴ Slik vi vurderer det, vil tilsvarende problematikk som ved desentralisert offentlig håndhevelse derfor ikke oppstå i forbindelse med direktivet.

Enkelte punkter der to-pilarsystemet kan skape utfordringer fortjener likevel oppmerksomhet:

- Betydningen av andre EØS-lands (ikke-EFTA-lands) konkurransemyndigheters vedtak.
- Betydningen av norske konkurransemyndigheters vedtak i andre EØS-land (noe som for så vidt ikke påvirker den norske gjennomføringen).
- Direktivets henvisninger til Brussel-konvensjonen (forordning 1215/2012),¹⁵ og spørsmålet om Luganokonvensjonens anvendelse.
- Suspensjon/avbrudd av foreldelsesfristen der andre EØS-lands (ikke-EFTA-lands) konkurransemyndigheter innleder etterforskning.

Disse problemstillingene vil vi ta opp der de oppstår i tilknytning til de enkelte direktivbestemmelsene.

Utover dette oppstår det et spørsmål knyttet til kravene til anvendelsen av *nasjonal* konkurranselov ved samhandelspåvirkning. På dette punkt vil ikke domstolenes kompetanse eller krav til rettsvirkninger følge av EØS-retten. Direktivet vil følgelig innføre særlige regler der nasjonal konkurranselovgivning benyttes på situasjoner med samhandelspåvirkning. At ulikheter i medlemslandenes rett kan virke negativt ikke bare for håndhevelsen av konkurransereglene, men også for det indre marked, forklarer hvorfor direktivet er hjemlet både i TEUV art 103 og 114. Dette er forklart i fortalens pkt. 8: *«[a]s the differences in the liability regimes applicable in the Member States may negatively affect both competition and the proper functioning of the internal market, it is appropriate to base this Directive on the dual legal bases of Articles 103 and 114 TFEU.»*

Vi vurderer det slik at direktivet dermed også på dette punktet vil være EØS-relevant, selv om EØS-avtalen ikke hjemler en harmonisering av intern konkurranselovgivning.¹⁶ Problemstillingen er også

¹² På s. 199.

¹³ Part II Application of Articles 53 and 54 of the EEA Agreement Chapter II Implementation of the Rules on Competition laid down in Articles 53 and 54 of the EEA Agreement, Section IV Cooperation. (<http://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/the-surveillance-and-court-agreement/agreement-annexes-and-protocols/Protocol-4-on-the-functions-and-powers-of-the-EFTA.pdf>).

¹⁴ En forutsetning for direkte virkning er sannsynligvis at det foreligger gjennomføringsbestemmelser, jf. ODA protokoll 4.

¹⁵ Se nærmere om denne Peter Arnt Nielsen, Den nye Bruxelles I-forordning, Tfr 2013 s. 289-314. Et eksempel på anvendelsen av denne i konkurranseerstatningssaker finnes i sak C-352/13, der GA Jääskinen leverte sitt forslag til avgjørelse 11. desember 2014.

bare indirekte knyttet til spørsmålet om desentralisert håndhevelse, fordi dette gjelder nasjonal konkurransemyndigheters plikt til å anvende EØS-reglene, og ikke nasjonale domstolars plikt til å legge bestemte regler til grunn ved anvendelsen av *nasjonal konkurranselov*.

Direktivets virkeområde og krav om harmonisering også når det gjelder nasjonal konkurranserett innebærer imidlertid at reglene for erstatningsansvar vil kunne være ulike avhengig av om samhandelen i en konkret sak er påvirket eller ikke. En slik grensedragning fremstår som irrelevant og tilfeldig i forhold til skadelidtes mulighet til å kreve erstatning. Muligens kan det også oppstå problemstillinger knyttet til at ulike regler kan gjelde overfor forskjellige saksøkere. Vår anbefaling er derfor at direktivet hovedsakelig gjennomføres slik at det skal gjelde likt for overtredelser av EØS-reglene, TEUV og konkurranseloven. Dette vil innebære en frivillig harmonisering av rettsvirkninger ved overtredelse av norsk konkurranselov. En slik harmonisering er i samsvar med den linjen som er valgt innenfor den offentlige håndhevelsen.¹⁷

Utover de materielle og prosessuelle særreglene viser direktivet på generelt grunnlag til hhv. effektivitets- og ekvivalensprinsippet, jf. art. 4:

«In accordance with the principle of effectiveness, Member States shall ensure that all national rules and procedures relating to the exercise of claims for damages are designed and applied in such a way that they do not render practically impossible or excessively difficult the exercise of the Union right to full compensation for harm caused by an infringement of competition law. In accordance with the principle of equivalence, national rules and procedures relating to actions for damages resulting from infringements of Article 101 or 102 TFEU shall not be less favourable to the alleged injured parties than those governing similar actions for damages resulting from infringements of national law.»

Direktivbestemmelsen begrenser seg på dette punktet til en gjengivelse av prinsippenes innhold og (delvis) betydning. Spørsmålet er hvilken selvstendig betydning dette har.

Forholdet mellom direktivets regler og *effektivitetsprinsippet* kan ses slik at effektivitetsprinsippet oppstiller en generell minstestandard til erstatningsadgangen i nasjonal rett. Direktivets særregler, som dels innebærer en avveining av konkurransepolitiske hensyn og hensynet til skadelidte (typisk forholdet mellom solidaransvar og lempningsinstituttet), og dels innebærer positive regler for å lette tilgangen til erstatning, går lenger enn det som måtte følge av en slik minstestandard. På de områdene hvor direktivet ikke oppstiller særregler, f.eks. regler om adekvat årsakssammenheng eller skadelidtes egen medvirkning (evt. andre rettsvirkninger enn erstatning som muligheten for midlertidig forføyning), vil nasjonal rett fortsatt måtte vurderes konkret opp mot effektivitetsprinsippet. Dette prinsippet har da to sider: for det første at håndhevelsen ikke må være umulig eller uforholdsmessig vanskelig, for det andre at rettsvirkninger må være adekvate.

I det følgende vil vi på steder der vi anser det som relevant drøfte om norsk rett tilfredsstiller effektivitetsprinsippet. Noen uttømmende gjennomgang av mulige tilfeller tar vi imidlertid ikke sikte på.

Ekvivalensprinsippet på sin side knytter an til gjeldende nasjonal rett, og krever at regler om erstatning for overtredelse av EU-/EØS-konkurransereglene ikke må være mindre gunstige for

¹⁶ Utover de skranker som følger av forordning 1 art. 3 nr. 2.

¹⁷ Vi foreslår likevel ikke at Konkurransetilsynets vedtak i rent interne forhold skal være bindende for domstolene, jf. 7.4.1 nedenfor.

skadelidte enn regler om tilsvarende krav etter nasjonal rett. Et eksempel på at prinsippet var anført finnes i Borgarting lagmannsretts dom i saken mellom Bastø Fosen og Color Line.¹⁸ Spørsmålet var om den særlige og for skadelidte gunstige bestemmelsen i foreldelsesloven § 11 om borgerlige rettskrav måtte få tilsvarende anvendelse i en sak behandlet av ESA. Spørsmålet ble ikke spesifikt drøftet at lagmannsretten, men problemstillingen ville vært om man etter ekvivalensprinsippet skulle ha sammenlignet med en mulig straffesak etter intern rett eller en ordinær prosess for Konkurransetilsynet (som ikke ville utløst foreldelsesloven § 11). For øvrig synes prinsippet å kunne få anvendelse i tilknytning til konkurranseloven § 34 som trådte i kraft 1. januar 2014. Bestemmelsen oppstiller en tilleggsfrist for foreldelse. Tilleggsfristen innebærer at selv om et krav i utgangspunktet er foreldet etter foreldelsesloven § 9, kan krav som følge av brudd på konkurranseloven likevel fremmes ved særskilt søksmål innen ett år etter endelig vedtak eller rettskraftig dom i saken. Konkurranseloven § 34 gjelder etter sin ordlyd krav som følge av brudd på «denne loven». Videre er bestemmelsen ikke nevnt i EØS-konkurranseloven § 6 som angir hvilke bestemmelser i konkurranseloven som gjelder tilsvarende når norske konkurransemyndigheter fører tilsyn med at EØS art. 53 og 54 overholdes. Dersom krav etter nasjonal rett er gjenstand for gunstigere regler, må tilsvarende gjelde i en EØS-kontekst. Utover de nevnte eksemplene har vi ikke påvist tilfeller hvor krav etter konkurranseloven behandles gunstigere enn krav etter EØS-avtalen.

Direktivet fokuserer på erstatningsansvar, jf. definisjonen av «action for damages» i art. 2(4). Art. 1 om «Subject-matter and scope» taler imidlertid bare om kompensasjon for skade. Mange av særreglene om bl.a. foreldelse og bevistilgang, er imidlertid begrenset til «damages». Dette reiser spørsmål om gjennomføring av direktivet for krav som bygger på andre rettsgrunnlag enn erstatningsansvar, dvs. ugyldighet og restitusjonskrav.

I alle tilfeller som berører overpriser etter konkurransereglene, enten grunnlaget er samarbeidsforbudet eller misbruksforbudet, vil det foreligge et kontraktsforhold mellom overtreders og den umiddelbart skadelidte kunden.¹⁹ Dette åpner for at tap i form av overpris også kan kreves tilbakeført som restitusjon på grunnlag av delvis ugyldighet.²⁰ Problemstillingen viser seg tydelig der kundens avtale er varig (typisk om løpende leveranser), og det oppstår spørsmål om delvis ugyldighet i tilknytning til spørsmålet om kunder for fremtiden skal være forpliktet til å betale en overpris. Spørsmålet om gjennomføringen også må gjøres gjeldende for krav som bygger på annet enn erstatningsrettslig grunnlag oppstår i alle fall for fire aspekter ved direktivet:

- krav som tar sikte på å hjelpe skadelidte,
- bestemmelser som tar sikte på å beskytte foretak som er innvilget hel lempning,
- særreglene om passing-on, og
- særreglene om solidaransvar (både vedr. lempning og minnelig tvisteløsning)

Under det første punktet er det vår oppfatning at det ikke vil måtte foretas gjennomføring utenom erstatningskravene. Bakgrunnen for dette er at så lenge skadelidte har tilgang til mer gunstige regler

¹⁸ Dom 22. september 2014, sak 13-178315ASD-BORG/02. Dommen er påanket.

¹⁹ Dvs. kunden som handler direkte med overtreders, i motsetning til ofre i senere ledd som kan få en overpris veltet videre på seg.

²⁰ Se nærmere Hjelmeng: "Følgeavtaler" i konkurranseretten – en kommentar til "Elleveransmålet", Juridisk Tidskrift 2005-06 s. 27-44, og Hjelmeng, Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler, Bergen 2003 (Hjelmeng 2003), s. 236 ff. og avsnitt 13.2.3.

(typisk om foreldelse og bevisfremleggelse), i erstatningssaker, vil direktivets krav være oppfylt (selv om tilsvarende gunstige regler ikke gjelder dersom kravet fremmes på annet grunnlag). Derimot vil det være nødvendig å gjennomføre regler som ivaretar hensynet til foretak som er innvilget hel lempning dersom kravet bygger på annet enn erstatningsrettslig grunnlag, og også bestemmelser om passing-on og solidaransvar. Dette fordi slike regler oppstiller en beskyttelse mot hhv. overkompensasjon og for foretak innvilget hel lempning, og denne beskyttelsen kan ikke variere avhengig av hvilket grunnlag kravet bygger på etter nasjonal rett.

Vår anbefaling på dette punkt er at reglene som gjennomfører direktivet på generelt grunnlag *ikke* begrenses til erstatningsansvar.

5 Generelle erstatningsrettslige problemstillinger

5.1 Innledning

Dette kapittelet behandler generelle materielle problemstillinger knyttet til gjennomføringen av direktivet i norsk rett. Problemstillingene direktivet gir opphav til omhandler i første rekke forholdet til gjeldende norsk erstatningsrett. Først, i punkt 5.2, behandler vi spørsmål relatert til implementeringen av direktivets bestemmelser om skadelidtes rett til full kompensasjon, samt direktivets nærmere regulering av tapsutmåling. Deretter behandler vi særskilte problemstillinger som følger av direktivets bestemmelser om «passing-on». Punkt 5.4 drøfter gjennomføringsspørsmål forbundet med direktivets regler om solidaransvar. Avslutningsvis, i punkt 5.5, behandler vi spørsmål om adekvanslæren i norsk rett er i samsvar med EØS-rettens krav.

5.2 Full kompensasjon/tapsutmåling

5.2.1 Innledning

Direktivet oppstiller ulike krav til nasjonal rett som berører både skadelidtes krav på kompensasjon for tap som skyldes overtredelser av konkurransereglene og selve tapsutmålingen. Direktivet art. 3 knesetter skadelidtes krav på full kompensasjon. Art. 17 omhandler tapsutsutmåling og oppstiller dels et krav til at nasjonale domstoler skal ha adgang til å foreta en skjønnsmessig utmåling av erstatning, dels en presumsjon for at det foreligger et tap som følge av kartellsamarbeid. I det følgende drøfter vi direktivets krav opp mot gjeldende norsk rett og vurderer behovet for gjennomføringsbestemmelser.

5.2.2 Full kompensasjon

Direktivet art. 3 oppstiller retten til full kompensasjon for skade. Bestemmelsen lyder:

«1. Member States shall ensure that any natural or legal person who has suffered harm caused by an infringement of competition law is able to claim and to obtain full compensation for that harm.

2. Full compensation shall place a person who has suffered harm in the position in which that person would have been had the infringement not been committed. It shall therefore cover the right to compensation for actual loss and for loss of profit, plus payment of interest.

3. Full compensation under this Directive shall not lead to overcompensation, whether by means of punitive, multiple or other types of damages.»

I fortalen er retten til full kompensasjon omtalt som følger:

«The right to compensation is recognised for any natural or legal person – consumers, undertakings and public authorities alike – irrespective of the existence of a direct contractual relationship with the infringing undertaking, and regardless of whether or not there has been a prior finding of an infringement by a competition authority. This Directive should not require Member States to introduce collective redress mechanisms for the enforcement of Articles 101 and 102 of the Treaty. Without prejudice to compensation for loss of chance, full compensation under this Directive should not lead to overcompensation, whether by means of punitive, multiple or other damages.»²¹

Utgangspunktet om full kompensasjon som prinsipp bak tapsutmålingen er helt i tråd med norsk rett. Retten til full kompensasjon ved rene formuestap følger av skl. § 4-1, som lyder: «*Erstatning for tingskade og annen formuesskade skal dekke den skadelidtes økonomiske tap.*»²² Det er sikker rett at prinsippet om full kompensasjon også innebærer at skadelidte ikke skal *overkompenseres* for sitt tap, på den måten at fordeler oppstått ved skaden skal komme til fradrag (*compensatio lucri cum damno*). Og også etter norsk rett anerkjennes både rett til erstatning for faktisk tap (*damnum emergens*) og tappt fortjeneste (*lucrum cessans*).

Det er likevel et par forhold som krever noe utdyping. For det første berører direktivet såkalt erstatning for *tap av sjanse*. Dette er noe som hittil ikke har vært anerkjent i norsk rett. For det andre krever direktivet at det skal tilkjennes renter på erstatningskravet.

Vedrørende *spørsmålet om renter*, er det på det rene at det i norsk rett kan tilkjennes renter på erstatningskravet. Hjemmelen for dette finnes i lov om renter ved forsinket betaling (forsinkelsesrenteloven) av 17. desember 1976 nr. 100. Iht. § 2 skal det svares renter fra 30 dager etter at fordringshaveren har sendt skyldneren skriftlig påkrav med oppfordring om å betale. Denne bestemmelsen kommer også til anvendelse i erstatningssaker.²³ Loven hjemler således ikke rente fra krenkelses-/skadetidspunktet.²⁴

Renter fra dette tidspunktet er imidlertid anerkjent i rettspraksis, på ulovfestet grunnlag.²⁵ Grunnleggende her er Rt. 2002 s. 71, der det uttales at

«det slik jeg ser det ikke [er] grunnlag for å opprettholde den tradisjonelle lære om at renter krever særskilt hjemmel. Det tap skadelidte påføres ved å oppnå erstatning lenge etter at skaden er påført ham, kan ikke lenger avfeies med at rentekrav ikke er hjemlet, men må vurderes som en mulig erstatningsberettiget tapspost. Hvorvidt en erstatning skal omfatte et rentetap, må avgjøres utfra en vurdering av den konkrete situasjon og på bakgrunn av vanlige erstatningsrettslige regler.»²⁶

²¹ Pkt. 13.

²² Ved innføringen av bestemmelsen i 1985, ble det uttalt i forarbeidene at det var usikkert om det var behov for en slik lovfesting, siden tapsutmåling for rene formuestap ble ansett å reise kompliserte spørsmål, og bestemmelsen ikke ville bidra til å løse disse. Departementet fant det likevel "naturlig" å innlede kap. 4 med en slik prinsippbestemmelse. Jf. Ot.prp. nr. 75 (1983-84), s. 62.

²³ Se nærmere Nils Nygaard: Skade og ansvar, 6. utg., Bergen 2007, s. 75.

²⁴ Slik rente kan heller ikke etableres i medhold av forsinkelsesrenteloven § 3 tredje ledd, jf. Rt. 2002 s. 71.

²⁵ Se nærmere Erik Monsen, Noen betraktninger om renter på ulovfestet grunnlag i norsk rett, Tfr 2013 s. 475-497.

²⁶ På s. 76.

Synspunktet om at erstatning for rentetap anerkjennes på ulovfestet grunnlag, er bekreftet i senere saker.²⁷

Direktivet krever renter fra krenkelsestidspunktet. Dette er klargjort i fortalen, pkt. 12:

*«This Directive reaffirms the *acquis communautaire* on the right to compensation for harm caused by infringements of Union competition law, particularly regarding standing and the definition of damage, as stated in the case-law of the Court of Justice, and does not pre-empt any further development thereof. Anyone who has suffered harm caused by such an infringement can claim compensation for actual loss (*damnum emergens*), for gain of which that person has been deprived (*loss of profit or *lucrum cessans**), plus interest, irrespective of whether those categories are established separately or in combination in national law. The payment of interest is an essential component of compensation to make good the damage sustained by taking into account the effluxion of time and should be due from the time when the harm occurred until the time when compensation is paid, without prejudice to the qualification of such interest as compensatory or default interest under national law and to whether effluxion of time is taken into account as a separate category (interest) or as a constituent part of actual loss or loss of profit. It is incumbent on the Member States to lay down the rules to be applied for that purpose.»*

Som utgangspunkt skulle det derfor være nødvendig å gjennomføre en egen hjemmel for renter fra skadetidspunktet og frem til forsinkelsesrenteloven utløser krav på rente. På dette punktet fremgår det imidlertid av fortalen pkt. 12 at det er opp til nasjonal rett om kravet på renter skal klassifiseres som kompensasjon for avsavn eller som morarenter, samt om det skal være en egen kategori eller del av utmålingen av tapet. Så fremt konsistent rettspraksis anerkjenner rentetap som en del av det økonomiske tapet som skal utmåles, behøver det derfor likevel ikke være nødvendig å gjennomføre særregler.

I denne situasjonen må det etter vår oppfatning være avgjørende at Høyesterett i sin praksis har vist til at det må foretas en konkret vurdering av den enkelte situasjon. I Rt. 2012 s. 72 ble det f.eks. vist til at adgangen til å fremsette påkrav etter forsinkelsesrenteloven kunne ha betydning i enkeltsaker, på den måten at skadelidtes passivitet kunne være avgjørende for rentekravet. Dette viser at rentekravet ikke er absolutt eller automatisk, jf. også Rt. 2013 s. 484, avsnitt 60. Siden ulovfestet rett som utgangspunkt heller ikke er tilstrekkelig til å gjennomføre forpliktelser etter direktivet, tilsier dette at det gis en egen bestemmelse om rentetapserstatning for tiden frem til skjæringstidspunktet i forsinkelsesrenteloven.

Når det gjelder tap av sjanse, forstår vi henvisningen i fortalen pkt. 13 slik at direktivet ikke oppstiller et spesifikt krav om at dette skal være tilgjengelig, men det tas forbehold for fenomenet i tilknytning til spørsmålet om overkompensasjon. Tap av sjanse har først og fremst vært diskutert innenfor anbudsretten. Her kan det i enkelte jurisdiksjoner være aktuelt å utmåle erstatning for tap av en sjanse, da slik at f.eks. 1/10 dels sjanse for at man ville vunnet kontrakten gir 1/10 dels erstatning. Vi oppfatter fortalen slik at *dersom* nasjonal rett anerkjenner slik erstatning, vil ikke direktivets begrensning om at det ikke skal føre til *punitive damages* være til hinder for slik erstatning. For øvrig fremstår ikke problemstillingen som særlig aktuell i forbindelse med overpriser, men kan muligens være av betydning i saker om utestengelse og der det er flere aktører som har «tapt en sjanse» til å etablere seg på markedet.

²⁷ Rt. 2010 s. 816, avsnitt 75 og Rt. 2013 s. 484, avsnitt 59.

Prinsippet om full erstatning er grunnfestet i norsk erstatningsrett og lovfestet gjennom skl. § 4-1. På denne bakgrunn mener vi at det ikke er behov for en særskilt lovfesting av dette prinsippet. Siden vi mener at andre regler av materiell art krever gjennomføring, vil imidlertid et slikt prinsipp også naturlig kunne høre hjemme i gjennomføringslovgivning. Vi vil også anbefale at kravet på renter frem til skjæringstidspunktet i forsinkelsesrenteloven kommer til uttrykk i lovgivningen.

5.2.3 Skjønnsmessig utmåling

Direktivet krever at nasjonale domstoler skal ha adgang til å utmåle erstatning etter skjønn.

Bestemmelsen om dette (art. 17.1) lyder:

«Member States shall ensure that the burden and the standard of proof required for the quantification of harm does not render the exercise of the right to damages practically impossible or excessively difficult. Member States shall ensure that the national courts are empowered, in accordance with national procedures, to estimate the amount of harm if it is established that a claimant suffered harm but it is practically impossible or excessively difficult to precisely quantify the harm suffered on the basis of the available evidence.»

Dette er utdypet som følger i fortalen pkt. 45 og 46:

«An injured party who has proven having suffered harm as a result of a competition law infringement still needs to prove the extent of the harm in order to obtain damages. Quantifying antitrust harm is a very fact-intensive process and may require the application of complex economic models. This is often very costly and causes difficulties for claimants in terms of obtaining the necessary data to substantiate their claims. As such, the quantification of antitrust harm can constitute a substantial barrier preventing effective claims for compensation.

In the absence of Union rules on the quantification of harm caused by a competition law infringement, it is for the domestic legal system of each Member State to determine their own rules on quantifying harm and for the Member States and for the national courts to determine what requirements the claimant has to meet when proving the amount of the harm suffered, how precisely he has to prove that amount, the methods that can be used in quantifying the amount and the consequences of not being able to fully meet the set requirements. However, these domestic requirements should not be less favourable than those governing similar domestic actions (principle of equivalence), nor should they render the exercise of the Union right to damages practically impossible or excessively difficult (principle of effectiveness). Regard should be had in this respect to any information asymmetries between the parties and to the fact that quantifying the harm means assessing how the market in question would have evolved had there been no infringement. This assessment implies a comparison with a situation which is by definition hypothetical and can thus never be made with complete accuracy. It is therefore appropriate to give national courts the power to estimate the amount of the harm caused by the competition law infringement. Member States should ensure that, where requested, national competition authorities may provide guidance on quantum. In order to ensure coherence and predictability the Commission should provide general guidance at Union level.»

Direktivet trekker på denne måten et skille mellom tapets eksistens og tapets omfang. Dersom det er sannsynliggjort at overtredelsen har påført skadelidte et tap, skal erstatningen kunne utmåles skjønnsmessig. Vedr. tapets eksistens i kartellsaker, se punkt 5.2.4 om skadepresumsjon.

I tvistemålsl. § 192 het det tidligere at retten i tilfeller hvor «bevis for beløpet enten ikke lar sig føre, eller vilde være forbundet med uforholdsmæssig vanskelighet», kunne fastsette erstatningens

størrelse «*efter eget skjønn*».²⁸ Bestemmelsen ble ikke videreført i tvisteloven av 2005, men det er ingen holdepunkter for at endringen var ment å innebære noen realitetsendring. Tvert i mot er § 192 ikke engang spesifikt omtalt i NOU 2001:32. Dette skyldes antagelig at bestemmelsen ble ansett som en del av den frie bevisbedømmelsen og derfor overflødig.

Skoghøy legger til grunn at retten har kompetanse til skjønnsmessig utmåling av erstatningskrav, og at det ikke er nødvendig at kravet er oppgitt med noe maksbeløp i stevningen, se tvisteloven § 9-2 om krav til stevningen.²⁹ Skoghøy viser til Rt. 1985 s. 1302, der Høyesterett uttaler at det ikke kreves at kravet er oppgitt til et bestemt beløp, og at det heller ikke kreves at skjønnsmomenter er tatt med i stevningen. Skoghøy mener dette gjelder fortsatt.

Det vil også følge av prinsippet om fri rådighet, jf tvisteloven § 11-2 at et krav som er bragt inn for domstolene til pådømmelse, som erstatningskrav, må avgjøres på grunnlag av de bevis partene fremlegger. Dersom retten finner det bevist med sannsynlighetsovervekt at det er ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og et økonomisk tap, mens det ikke er nok bevis for tapets nærmere størrelse, vil retten måtte avgjøre tapets størrelse ut fra skjønn.

Et eksempel på en slik konkret skjønnsmessig utmåling følger av SAS/Norwegian-dommen.³⁰ I praksis synes det forhold at skadevolder ved sin klanderverdige adferd har bidratt til å skape uklarheten om tapets omfang blitt vektlagt.³¹

Norsk rett må på dette punktet følgelig anses å være i samsvar med direktivets krav, ved at det åpnes for en skjønnsmessig fastsettelse. Vurdert opp mot klarhetskravet vil dette imidlertid neppe være tilstrekkelig. Samtidig krever art. 12.5 en tilsvarende kompetanse mht. vurderingen av overveltning av overpriser. Dette tilsier at det bør innføres en hjemmel som angir skjønnskompetansen i begge tilfeller.

Art. 17.3 oppstiller en regel om bistand fra konkurransemyndighetene ved erstatningsutmålingen. Bestemmelsen lyder: «*Member States shall ensure that, in proceedings relating to an action for damages, a national competition authority shall be able, if it deems it appropriate, to assist on the determination of the quantum of damages upon request of a national court.*» Poenget er altså at Konkurransetilsynet skal kunne bistå ved utmålingen, uten at det sies noe om hvordan denne bistanden skal gis. Det følger imidlertid at det skal være opp til konkurransemyndigheten å bestemme om bistand skal gis eller ikke, jf. ordlyden «*if it deems it appropriate*».

Vi antar forutsetningen må være at bistanden er underlagt kontradiksjon, slik at Konkurransetilsynet typisk vil måtte opptre i retten og eventuelt fremlegge en skriftlig rapport.

5.2.4 Skadepresumsjon

Når det gjelder overpriser etter kartellsamarbeid, oppstiller direktivet krav om at nasjonal rett skal oppstille en presumsjon for eksistensen av skade. Dette kommer til uttrykk i art. 17.2, hvor det heter

²⁸ Bestemmelsen er behandlet av Høyesterett i Rt. 1964 s. 65, på s. 71, og Rt. 1990 s. 607, på s. 617, der Høyesterett eksplisitt støtter seg på § 192 (begge sakene gjelder illojal konkurranse). Se også Rt. 1987 s. 1082, på s. 1088 og Rt. 1997 s. 199, på s. 225.

²⁹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2014 (heretter Skoghøy), s. 617.

³⁰ Borgarting LRs dom av 16. mars 2010 (Anke til Høyesterett nektet fremmet, HR-2010-1618-U), pkt. 1.7.5.

³¹ Se Hjelmeng (2003), s. 468.

at: «Member States shall ensure that it shall be presumed that cartel infringements cause harm. The infringer shall have the right to rebut this presumption.»

Bestemmelsen er utdypet i fortalen pkt. 47:

«To remedy the information asymmetry and some of the difficulties associated with quantifying antitrust harm, and to ensure the effectiveness of claims for damages, it is appropriate to presume that in the case of a cartel infringement, such infringement resulted in harm, in particular via a price effect. Depending on the facts of the case this means that the cartel has resulted in a rise in price, or prevented a lowering of prices which would otherwise have occurred but for the infringement. This presumption should not cover the concrete amount of harm. The infringer should be allowed to rebut such presumption. It is appropriate to limit this rebuttable presumption to cartels, given the secret nature of a cartel, which increases the said information asymmetry and makes it more difficult for claimants to obtain the necessary evidence to prove the harm.»

Anvendelsesområdet til direktivet art. 17.2 er relatert til kartellovertredelser. Med karteller siktes det generelt i konkurranseretten til at konkurrenter har kontakt og koordinerer sentrale konkurranseparametre som priser, salgsområder, kvantum, fordeler kvoter eller fordeler og/eller påvirker anbud seg i mellom. I fortalen pkt. 47 vises det til kartellers fordekte natur og informasjonsasymmetrien. Kartellbegrepet fremstår som noenlunde entydig, selv om det undertiden kan være gråsoner – eksempelvis der en priskoordinering er en sentral, men ikke uttømmende, del av samarbeidet mellom foretakene. I tidligere lovarbeid har en veket tilbake for å knytte rettsvirkninger til grensene mellom typisk kartellsamarbeid og andre overtredelser av samarbeidsforbudet (da i relasjon til 1993-lovens spesifikke forbud mot typer av horisontalt samarbeid).³² Vi mener imidlertid at kartellbegrepet er tilstrekkelig innarbeidet til å avgrense presumsjonsregelen.³³ Videre antar vi at presumsjonen bare gjelder skade i form av overpriser.

Det følger uttrykkelig av direktivet art. 17.2 at overtrederen skal ha rett til å avkrefte presumsjonen om skade. Det er således tale om en presumsjon med adgang til å føre motbevis.

Norsk rett gir ikke grunnlag for å oppstille en presumsjon om at karteller medfører skade. Etter norsk rett vil spørsmålet være en del av den frie bevisbedømmelse. En lovfesting av en presumsjonsregel vil derfor være nødvendig.

5.3 «Passing-on»

5.3.1 Innledning

«Passing-on» innebærer at en overpris veltes videre i verdikjeden, f.eks. slik at overpris ved et kartell mellom produsenter av råmaterialer veltes videre til kundene som kjøper det ferdige produktet. I erstatningssaker kan spørsmålet om passing-on komme opp på to måter: enten ved at saksøkte påstår at det ikke foreligger et økonomisk tap fordi prisen er veltet videre (passiv bruk), eller fordi en indirekte kunde krever erstatning på bakgrunn av overpris har blitt veltet videre (aktiv bruk). Til dette kan det komme erstatningskrav som følge av tapt salg (pga. prisøkning), der en overpris er veltet videre.

³² Se Ot.prp. nr. 6 (2003-04), s. 124.

³³ Jf. eksempelvis leniency-notice, pkt. 1.

Økonomisk er passing-on komplekst. (Samfunnsøkonomisk kan vurderingen sammenlignes med vurderingen av hvordan avgifter veltes videre i verdikjeden.) I hvilken grad partene har incentiver eller muligheter til å velte overpriser videre beror bl.a. på følgende forhold: Om prisen gjelder en fast eller variabel kostnad; tilbuds- og etterspørselsselastisitet; om prisen rammer alle eller bare noen i markedet, og; konkurranseforholdene på nedstrømsmarkedet. Kompleksiteten i disse vurderingene har bidratt til at amerikansk høyesterett har avvist å ta hensyn til passing-on, slik at det hverken anerkjennes som «defence» (passiv bruk) eller som grunnlag for krav (aktiv bruk).³⁴

Rettsregler om passing-on vil forutsette en symmetrisk løsning, dvs. at både aktiv og passiv bruk vurderes etter det samme kriteriet. Dette for å unngå at overtredere må dekke samme overpris flere ganger. Samtidig kan det, fordi domstoler kan vurdere faktum ulikt, være nødvendig med regler om det innbyrdes forholdet mellom ulike avgjørelser om «samme» overpris.

I det følgende behandles først direktivets krav til nasjonal rett om passing-on. Deretter behandler vi gjeldende norsk rett om fenomenet. Avslutningsvis vurderer vi behovet for gjennomføringstiltak.

5.3.2 Direktivets krav

I EU-retten har det utviklet seg noen prinsipper om vurderingen av passing-on, da i forbindelse med tilbakebetaling av EU-stridige skatter og avgifter.³⁵ Prinsippene som er kommet til uttrykk i direktivet må anses i tråd med disse. Hovedpoenget er at fenomenet passing-on anerkjennes og at indirekte kunder også har et krav, men at man søker å unngå muligheter for ugrunnet berikelse og at samme skade dekkes flere ganger. Rettstilstanden er utviklet med det formål å sikre kompensasjon til skadelidte, men samtidig unngå overkompensasjon. Nettopp av de årsaker som gjorde at amerikansk høyesterett ser vekk fra fenomenet, innebærer dette et ganske komplekst regelverk.

I fortalen sies det følgende:

«Harm in the form of actual loss can result from the price difference between what was actually paid and what would have been paid in the absence of the infringement. When an injured party has reduced his actual loss by passing it on, entirely or in part, to his own purchasers, the loss which has been passed on no longer constitutes harm for which the party that passed it on has to be compensated. It is therefore in principle appropriate to allow an infringer to invoke the passing-on of actual loss as a defence against a claim for damages. It is appropriate to provide that the infringer, insofar as it invokes the passing-on defence, must prove the existence and extent of pass-on of the overcharge. This burden of proof should not affect the possibility for the infringer to use evidence other than that in his possession, such as evidence already acquired in the proceedings or evidence held by other parties or third parties.

In situations where the pass-on resulted in reduced sales and thus harm in the form of a loss of profit, the right to claim compensation for such loss of profit should remain unaffected.

Depending on the conditions under which undertakings are operating, it may be commercial practice to pass on price increases down the supply chain. Consumers or undertakings to whom actual loss has thus been

³⁴ Defensiv bruk ble avvist allerede i HANOVER SHOE v. UNITED SHOE MACH., 392 U.S. 481 (1968), mens offensiv bruk ble avvist i ILLINOIS BRICK CO. v. ILLINOIS, 431 U.S. 720 (1977). Jf. Supreme Courts uttalelser om Hanover Shoe i Illinois Brick: "Rather, we understand Hanover Shoe as resting on the judgment that the antitrust laws will be more effectively enforced by concentrating the full recovery for the overcharge in the direct purchasers rather than by allowing every plaintiff potentially affected by the overcharge to sue only for the amount it could show was absorbed by it." (431 U.S. 720, 734-35 (1977)).

³⁵ Se for eksempel forente saker C-192 etc./95 Société Comateb [1997] ECR I-165.

passed on have suffered harm that has been caused by an infringement of national or Union competition law. While such harm should be compensated for by the infringer, it may be particularly difficult for consumers or undertakings that did not themselves make any purchase from the infringer to prove the scope of that harm. It is therefore appropriate to provide that, where the existence of a claim for damages or the amount to be awarded depends on whether or to what degree an overcharge paid by the direct purchaser of the infringer has been passed on to the indirect purchaser, the latter is regarded as having brought the proof that an overcharge paid by that direct purchaser has been passed on to his level, where he is able to show prima facie that such passing-on has occurred, unless the infringer can credibly demonstrate to the satisfaction of the court that the actual loss has not or not entirely been passed on to the indirect purchaser. It is furthermore appropriate to define under what conditions the indirect purchaser is to be regarded as having established such prima facie proof. As regards the quantification of passing-on, the national court should have the power to estimate which share of the overcharge has been passed on to the level of indirect purchasers in the dispute pending before it.»³⁶

I selve direktivet er passing-on adressert i kapittel IV Passing-on of overcharges, dvs. direktivets art. 12-16:

Article 12

Passing-on of overcharges and the right to full compensation

- 1. To ensure the full effectiveness of the right to full compensation as laid down in Article 2, Member States shall ensure that, in accordance with the rules laid down in this Chapter, compensation of harm can be claimed by anyone who suffered it, irrespective of whether they are direct or indirect purchasers, and that compensation of harm exceeding the harm caused by the infringement to the claimant, as well as the absence of liability of the infringer, are avoided.*
- 2 In order to avoid overcompensation, Member States shall lay down the appropriate procedural rules in order to ensure that compensation for actual loss at any level of the supply chain does not exceed the overcharge harm suffered at that level.*
- 3. The rules laid down in this Chapter shall be without prejudice to the right of an injured party to claim and obtain compensation for loss of profits due to a full or partial passing-on of the overcharge.*
- 4. Member States shall ensure that the rules laid down in this Chapter apply accordingly where the infringement of competition law relates to supply to the infringer.*
- 5. Member States shall ensure that the national court has the power to estimate which share of the overcharge was passed on, in accordance with national procedures.*

Article 13

Passing-on defence

Member States shall ensure that the defendant in an action for damages can invoke as a defence against a claim for damages the fact that the claimant passed on the whole or part of the overcharge resulting from the infringement of competition law. The burden of proving that the overcharge was passed on shall rest with the defendant who may reasonably require disclosure from the claimant and from third parties.

Article 14

³⁶ pkt. 39-41.

Indirect purchasers

1. Member States shall ensure that, where in an action for damages the existence of a claim for damages or the amount of compensation to be awarded depends on whether - or to what degree - an overcharge was passed on to the claimant, taking into account the commercial practice that price increases are passed on down the supply chain, the burden of proving the existence and scope of such pass-on shall rest with the claimant who may reasonably require disclosure from the defendant and from third parties.

2. In the situation referred to in paragraph 1 of this Article, the indirect purchaser shall be deemed to have proven that a passing-on to him occurred where he has shown that:

(a) the defendant has committed an infringement of competition law;

(b) the infringement of competition law resulted in an overcharge for the direct purchaser of the defendant; and

(c) he purchased the goods or services that were the subject of the infringement of competition law, or purchased goods or services derived from or containing the goods or services that were the subject of the infringement.

This paragraph shall not apply where the defendant can demonstrate credibly to the satisfaction of the court that the overcharge was not, or not entirely, passed on to the indirect purchaser.

Article 15

Actions for damages by claimants from different levels in the supply chain

(1) To avoid that actions for damages by claimants from different levels in the supply chain lead to a multiple liability or to an absence of liability of the infringer, Member States shall ensure that in assessing whether the burden of proof resulting from the application of Articles 13 and 14 is satisfied, national courts seized of an action for damages are able, by means available under Union and national law, to take due account of:

(a) actions for damages that are related to the same infringement of competition law, but are brought by claimants from other levels in the supply chain; or

(b) judgments resulting from such actions;

(c) relevant information in the public domain resulting from public enforcement cases.

2. This Article shall be without prejudice to the rights and obligations of national courts under Article 30 of Regulation (EU) No 1215/2012.

Article 16

The Commission shall issue guidelines for national courts on how to estimate the share of the overcharge which was passed on to the indirect purchaser.

Kapittelet innebærer noen endringer i forhold til Kommisjonens opprinnelige forslag, som bare inneholdt fire artikler. Dette gjelder tillegget av art. 16 om at Kommisjonen skal utstede retningslinjer for vurderingen. Samtidig er enkelte ledd flyttet til andre artikler, samtidig som det er introdusert en ny prinsippbestemmelse i art. 12. Etter vårt skjønn har kapittelet blitt mindre ryddig etter endringene.

Sammenfatningsvis innebærer direktivet at passing-on anerkjennes både som *grunnlag for krav* (aktiv bruk) og som *forsvar mot et krav* (passiv bruk), og at dette må anerkjennes tilsvarende i nasjonal rett.

Anerkjennelse av passing-on som *grunnlag for et krav* (dvs. fra indirekte kjøpere) følger av art. 12.1. I disse tilfellene følger det av art 14.1 at kravstiller har bevisbyrden for overveltning, likevel slik at art. 14.2 oppstiller en slags presumsjon for overveltning på nærmere vilkår, som kan motbevises. Art. 12.5 krever at nasjonale domstoler skal kunne estimere hvor mye av en overpris som er veltet videre.

Art. 13 anerkjenner passing-on som *forsvar mot et krav* (fra direkte kjøpere), men legger bevisbyrden for at prisen er veltet videre på overtreders/saksøkte.³⁷ Art. 12.3 anerkjenner også erstatning for tapt fortjeneste dersom overveltning/forsøk på overveltning har resultert i redusert salg.

Art. 12.4 krever at tilsvarende regler skal gjelde «speilvendt» ved overtredelser på kjøpersiden, for eksempel et innkjøpskartell.

Endelig er det krav om koordinering mellom domstoler/rettssaker for å unngå duplisering av erstatningsansvar (dvs. at samme overpris erstattes flere ganger). Dette gjelder art. 12.2 og art. 15. Art. 12.2 forplikter medlemsstatene til å sørge for regler som sikrer at det ikke skjer overkompensasjon på noe trinn, dvs. at det bare er den faktiske skaden som skal erstattes. Art. 15 forplikter medlemsstatene til å gjennomføre regler som gjør at domstolene skal ta tilbørlig hensyn til («*take due account of*») erstatningssaker fra andre ledd i verdikjeden (enten det foreligger rettskraftig dom eller ikke), og informasjon som er offentlig tilgjengelig. Dette både for å sikre mot at samme overpris erstattes flere ganger, men også mot det motsatte; at ingen erstatning utbetales. Det siste kan for eksempel skje dersom passing-on defence har vært vellykket i én sak, mens man i en annen sak ikke finner bevist at overprisen faktisk er veltet videre. Til slutt vises det til art. 30 i forordning 1215/2012 (Brussel-konvensjonen/Brussel I-forordningen), som tilsvarende Luganokonvensjonen art. 28. Denne bestemmelsen gir nasjonale domstoler en mulighet til å stanse en sak dersom det er anlagt søksmål om «krav som er så nært beslektete at det vil være ønskelig med felles behandling og avgjørelse for å unngå motstridende avgjørelser som kunne bli resultatet av atskilt behandling ved forskjellige domstoler» (konnekse krav), andre steder.

5.3.3 Gjeldende rett

Etter norsk intern rett er det ikke tvilsomt at passing-on representerer en relevant faktor i erstatningsrettslig sammenheng. For indirekte kjøpere vil det være tale om å sannsynliggjøre at overprisen faktisk er veltet videre, mens det i saker fra direkte kjøpere vil være et spørsmål om de faktisk har lidt et økonomisk tap. De konkrete reglene fremstår imidlertid som noe uskarpe, siden det handler om å anvende generelle prinsipper om bl.a. årsakssammenheng, fordelsfradrag og berikelsesbegrensninger på en ny situasjon.³⁸ Hjelmeng oppsummerte i 2003 rettstilstanden som følger:

³⁷ Bestemmelsen i det opprinnelige forslaget, som avskar passing-on som defence dersom prisen var veltet videre på kunder som ikke kunne kreve erstatning, er tatt ut. Se forslaget art 13.2 og COM(2013) 404 fin, s. 17. Begrunnelsen er sannsynligvis at slik avskjæring av kunder vil være i strid med effektivitetsprinsippet, jf. sak C-557/12 Kone AG m.fl. mod ÖBB-Infrastruktur AG (ECLI:EU:C:2014:1317).

³⁸ Vi legger til at det har vært lansert andre løsningsmodeller i norsk rett også, se Erik Monsen: Fradrag for overvelting ved utmåling av erstatnings- og tilbakesøkningskrav? Om fordeling av tap mellom skadevolder

*«Norsk rett synes etter dette å åpne for en smidig vurdering av passing-on-fenomenet, der det tas hensyn til de konkurranse- og EØS-rettslige behov, samtidig som de ulike gruppene må kunne vurderes under ett med sikte på å finne en symmetrisk løsning. Legges det til grunn at den direkte kunden bare skal kompenseres for det han faktisk har tapt, og at den indirekte kjøperen er erstatningsmessig beskyttet, er det vanskelig å se noen annen løsning enn at det må foretas en konkret vurdering av hva som "har skjedd" med overprisen. På den annen side er det grunn til å anta at kravet til årsakssammenheng vil være så vidt strengt at det lar seg gjøre å stille opp enkelte mer generelle regler for når fradrag skal gis/erstatning innrømmes.»*³⁹

For indirekte kjøpere vil det være et spørsmål om å etablere faktisk årsakssammenheng mellom konkurranseovertredelsen og det påståtte tapet (overprisen). Dette innebærer at man må etablere at overprisen faktisk ble veltet videre, dvs. at prisen ville ha vært lavere dersom overtredelsen tenkes borte. På dette punktet følger det av det alminnelige utgangspunktet at det vil være opp til skadelidte å føre bevis for overveltning, selv om omfanget av overveltningen riktignok kan fastsettes etter skjønn som ledd i utmålingen.⁴⁰

Det kan reises spørsmål om indirekte kunder vil kunne avvises fra erstatning av den grunn at tapet anses som for fjernt og avledet, jf. synspunkter om såkalt tredjemannsskade. Det anses tradisjonelt for å være en høy terskel for at slike tap skal være erstatningsmessige. Det er imidlertid etter norsk rett neppe grunnlag for å oppstille en regel som avskjærer tredjemannsskader som sådan, jf. uttalelsene i Rt. 2000 s.1756:

*«Storebrand har anført at et avledet formuestap som hovedregel ikke nyter erstatningsrettslig vern, og at kravet av den grunn ikke kan føre frem. Selv om jeg er enig med selskapet i at det må settes grenser for erstatningsplikts omfang, finner jeg det mer hensiktsmessig i dette tilfellet å foreta en vurdering av om tapet gjelder en «konkret og nærliggende interesse», jf Rt-1955-872. I en slik vurdering må det også legges vekt på hvem som bør bære tapet ut fra en rimelighetsvurdering, jf Rt-1973-1268.»*⁴¹

Likevel kan det hevdes at overveltning skjer etter den direkte kjøperens eget frie valg, og at årsakskjeden dermed må anses som brutt. Etter forholdene vil dette også kunne være et moment i den konkrete vurderingen av «konkret og nærliggende interesse» som Høyesterett har gitt anvisning på, for eksempel der det har gått noe tid mellom overtredelsen og den påståtte overveltningen. Selv om norsk rett dermed må anses å anerkjenne indirekte kjøperes krav, hefter det således likevel en viss usikkerhet ved de reelle mulighetene til å oppnå dekning, tatt i betraktning den konkrete vurderingen som må foretas.⁴²

For direkte kjøpere vil passing-on kunne betraktes under læren om *compensatio lucri cum damno*, dvs. fordelsfradrag.⁴³ Dette går ut på at fordeler vunnet ved en skade (for eksempel sparte utgifter) skal gå til fradrag i erstatningen. Forutsetningen er at fordelen er forårsaket av den skadegjørende handling. Dette kan problematiseres ved passing-on, siden et foretak ikke nødvendigvis vil være

(betalingsmottaker), skadelidt (betaler) og tredjemann, Tidsskrift for erstatningsrett 2007 s. 195-232. Vi har imidlertid ikke sett at Monsens subrogasjonsmodell har fått oppslutning i praksis.

³⁹ Hjelmeng (2003), s. 418.

⁴⁰ På dette punkt se Monsen (2007), s. 201.

⁴¹ S. 1761.

⁴² Slik oppfatter vi også Monsen (2007).

⁴³ Monsen (2007), s. 219 ff. forkaster som nevnt denne læren, og vil i stedet betrakte den indirekte kjøperens krav som et regresskrav. Den rettskildemessige forankringen for en slik løsning synes tynn, og vi er ikke kjent med slike konstruksjoner fra andre land. Monsens alternative modell viser imidlertid at norsk rett nok må anses som uklar på dette punktet.

tvunget til å overvelte prisen. I litteraturen er det likevel tatt til orde for at passing-on defence lar seg håndtere innenfor fordelsfradragslæren. På dette punkt er det også på det rene at bevisbyrden snus, dvs. at det vil være opp til overtreder å vise at overprisen faktisk er veltet videre, i likhet med reguleringen i direktivet.

Når det gjelder direkte kjøpere vil et krav også kunne fremmes som et restitusjonskrav basert på kontrakten, jf. bl.a. pristiltaksl. § 2 jf. § 6. I disse tilfellene blir ikke passing-on spørsmålet like tydelig som i erstatningsretten – fordi det dreier seg om å kreve tilbakebetaling, ikke erstatning for et lidt tap. På dette punktet må prinsippene om restitusjon sannsynligvis suppleres med en reservasjon for tilfeller hvor restitusjonen vil medføre en ugrunnet berikelse.⁴⁴

Høyesterett behandlet passing-on defence i KLM-saken (flyseteavgiftssaken, Rt. 2008 s. 738). Høyesterett anerkjente her statens anførsel om at avgift som var overveltet, ikke kunne kreves tilbakebetalt. Vurderingen ble forankret i *condictio indebiti*-synspunkter:

«Jeg legger etter dette til grunn at spørsmålet om fradrag for overveltning må avgjøres ut fra hva som samlet fremstår som rimelig, basert på momenter som tradisjonelt har vært trukket inn i condictio indebiti-vurderinger. Men vurderingen vil kunne preges av at det gjelder fordeling av en gevinst.» (avsnitt 42).

Det er grunn til å tro at domstolene vil velge en lignende tilnærming i saker etter konkurransereglene, kanskje også for så vidt uavhengig av om det er tale om erstatning eller restitusjon basert på delvis ugyldighet. Dette innebærer at *passing-on* som forsvar mot et krav vil måtte vurderes etter berikelsessynspunkter, dvs. som et spørsmål om full erstatning for overprisen ville medført en ugrunnet berikelse for den direkte kjøperen.

Når det gjelder bevisbyrderegler følger norsk rett stort sett direktivet. Det er på det rene at skadelidte som påstår at overprisen er veltet videre på vedkommende har bevisbyrden for dette (jf. direktivet art. 14.1). Det er imidlertid ingen presumsjon for overveltning, slik direktivet legger opp til i art. 14.2. Slik det er påpekt ovenfor, opereres det også i norsk rett med omvendt bevisbyrde for fordelsfradrag.

Norsk rett inneholder ikke særlige regler om forholdet til andre rettssaker som behandler «samme» krav fremsatt fra andre ledd i verdikjeden. På dette punktet vil det bare være den begrensede bevisvirkning av dommen som vil være aktuell, noe som igjen kan bero på hvilken instans som har avsagt dommen. Det foreligger slik vi vurderer det etter direktivet ingen plikt til å stanse en sak i påvente av at krav fremsatt om samme overpris ferdigbehandles. Tvl. § 16-18 vil her potensielt kunne gi nødvendig fleksibilitet i slike tilfeller, se likevel 5.3.4 nedenfor. På dette punktet vil også Luganokonvensjonen art. 28 komme til anvendelse slik at norske domstoler vil kunne stanse saken dersom spørsmål om «konnekse krav», jf. ovenfor, er anlagt i andre jurisdiksjoner.

5.3.4 Vurdering

Det følger av gjennomgangen ovenfor at norsk rett sannsynligvis vil gi omtrent de samme resultater som direktivet tilstreber, men at indirekte kunders erstatningskrav er beheftet med en viss usikkerhet. Selv om rettsstillingen hovedsakelig synes å være på linje med direktivet, er det imidlertid på det rene at dette er basert på ulovfestet rett, og særlig EØS-rettslige prinsipper om

⁴⁴ Slik Hjelmeng (2003), s. 433-34. De lege ferenda argumenteres det for at spørsmålet må avgjøres etter erstatningsrettslige prinsipper.

effektiv beskyttelse av EØS-rettslig rettigheter. For passiv bruk av passing-on etablerte Høyesterett noen prinsipper om overveltning i KLM-saken, men heller ikke dette representerer en tilstrekkelig grad av presisjon til å fungere som gjennomføring av direktivet. Norsk rett gir heller ikke grunnlag for å etablere en presumsjon for overveltning, ei heller særlige materielle regler for å unngå over- eller underkompensasjon der samme overtredelse behandles i ulike rettssaker. På dette punktet mener vi derfor at det er nødvendig å innta direktivet art. 15 i norsk rett.

Vedrørende kravet om prosessuelle mekanismer for å unngå overkompensasjon (art. 12.2) vil tvisteloven § 16-18 som nevnt potensielt gi tilstrekkelig fleksibilitet til å stanse en sak dersom dette er nødvendig for å unngå resultater i strid med direktivet. Som følge av kravene til at regler som gjennomfører direktiver må være tilstrekkelig klart og utvetydig formulert kan det likevel være hensiktsmessig å lovfeste en presisering av at stansingshjemmelen i tvisteloven § 16-18 skal anses anvendelig i slike tilfeller. En liknende presisering av anvendelsen av tvisteloven § 16-18 vil for øvrig uansett være hensiktsmessig for å tilfredsstille kravene i direktivet art. 18.2 om minnelig tvisteløsning. Det er derfor også nærliggende med en tilsvarende gjennomføringsløsning i tilknytning til direktivets regulering av passing-on.

Også forening av saker til felles behandling kan vurderes som virkemiddel for å sikre konsistens mellom avgjørelser. Etter norsk rett kan forening av saker skje etter tvl. § 15-6: «Saker som reiser likeartede spørsmål, og som skal behandles med samme sammensetning av retten og etter hovedsakelig de samme saksbehandlingsregler, kan forenes til felles behandling og til felles avgjørelse.» Etter bestemmelsen kan også saker overføres mellom domstoler, se § 4-7 jf. domstoll. § 38. Forening av saker etter denne bestemmelsen skjer etter rettens skjønn. Vi anser det som nødvendig at det presiseres i gjennomføringslovgivningen at forening etter denne bestemmelsen også kan skje for å unngå inkonsistente avgjørelser om «samme» overpris.

Vi ser ikke at det er behov for særlige prosessuelle mekanismer for å oppfylle kravene i art 12.2 og 15 utover dette.

Vår vurdering er på denne bakgrunn at det er nødvendig å gjennomføre direktivets materielle regler eksplisitt i norsk rett.

Når det gjelder restitusjonskrav basert på at en kontrakt som inneholder en overpris må anses som delvis ugyldig, er det naturlig at direktivets regler gis gjennomslag uavhengig av det rettslige grunnlaget for tilbakebetaling. Dette er først og fremst relevant dersom krav fremsatt av direkte kunder skulle lede til ulike resultater, altså at fradrag for overveltning skulle stille seg ulike avhengig av om det dreier seg om et restitusjons- eller erstatningskrav. På dette punktet anser vi det imidlertid som hensiktsmessig å innta en generell bestemmelse som likestiller restitusjon og erstatning.

5.4 Solidaransvar

Direktivet oppstiller enkelte særlige regler om solidaransvar, likevel slik at solidaransvar begrenses i tilfeller hvor en aktør er innvilget lempning. Direktivets regler om solidaransvar er inntatt i art. 11, i tillegg til at art. 19 oppstiller noen særbestemmelser i forbindelse med minnelig tvisteløsning (se pkt. 9.3).

Art. 11 lyder:

«1. Member States shall ensure that undertakings which have infringed competition law through joint behaviour are jointly and severally liable for the harm caused by the infringement of competition law: each of those undertakings is bound to compensate for the harm in full, and the injured party has the right to require full compensation from any of them until he has been fully compensated.

2. Member States shall ensure that, without prejudice to the right of full compensation as laid down in Article 2, where the infringer is a small or medium-sized enterprise pursuant to the definition in Commission Recommendation C(2003)1422, it shall be liable only to its own direct and indirect purchasers if:

(a) its market share in the relevant market was below 5% at any time during the infringement; and

(b) the application of the normal rules of joint and several liability would irretrievably jeopardize its economic viability and cause its assets to lose all their value.

This exception to the joint and several liability of the small or medium-sized enterprise shall not apply if:

(i) it led the infringement or coerced other undertakings to participate in the infringement; or

(ii) it has previously been found to have infringed competition law.

3. By way of derogation from paragraph 1, Member States shall ensure that an immunity recipient is jointly and severally liable:

(a) to its direct or indirect purchasers or providers; and

(b) to other injured parties only where full compensation cannot be obtained from the other undertakings that were involved in the same infringement of competition law.

Member States shall ensure that the limitation period for cases under this point is reasonable and sufficient to allow injured parties to bring such actions.

4. Member States shall ensure that an infringing undertaking may recover a contribution from any other infringing undertaking, the amount of which shall be determined in the light of their relative responsibility for the harm caused by the infringement of competition law. The amount of contribution of an undertaking which has been granted immunity from fines by a competition authority under a leniency programme shall not exceed the amount of the harm it caused to its own direct or indirect purchasers or providers.

5. Member States shall ensure that, to the extent the infringement of competition law caused harm to injured parties other than the direct or indirect purchasers or providers of the infringing undertakings, the amount of contribution of the immunity recipient shall be determined in the light of its relative responsibility for that harm.»

Bestemmelsen utdypes som følger i fortalen pkt. 38:

«Undertakings which cooperate with competition authorities under a leniency programme play a key role in detecting secret cartel infringements and in bringing these infringements to an end, thereby often mitigating the harm which could have been caused had the infringement continued. It is therefore appropriate to make provision for undertakings which have received immunity from fines from a competition authority under a leniency programme to be protected from undue exposure to damages claims, bearing in mind that the decision of the competition authority finding the infringement may become final for the immunity recipient before it becomes final for other undertakings which have not received immunity, thus potentially making him the preferential target of litigation. It is therefore appropriate that the immunity recipient is relieved in principle from joint and several liability for the entire harm and that its contribution does not exceed the

amount of harm caused to his own direct or indirect purchasers or, in case of a buying cartel, his direct or indirect providers. To the extent a cartel has caused harm to others than the customers/providers of the infringer, the contribution of the immunity recipient should not exceed his relative responsibility for the harm caused by the cartel. This share should be determined in accordance with the same rules used to determine the contributions among infringers. The immunity recipient should remain fully liable to the injured parties other than his direct or indirect purchasers or providers only where they are unable to obtain full compensation from the other infringers.»

Direktivets krav er todelt; for det første oppstilles det et *prinsipp om solidaransvar* der foretak er sammen om å bryte konkurransereglene, for det andre gjøres det av ulike konkurransepolitiske hensyn *unntak* fra dette utgangspunktet.

Når det gjelder det første punktet følger prinsippet om solidaransvar av skl. § 5-3 første ledd, som lyder: «*Flere som plikter å betale erstatning for samme skade, svarer en for alle og alle for en. Det samme gjelder den som plikter å betale oppreising for samme skade.*»

Det er ikke tvilsomt at foretak som sammen volder skade gjennom brudd på konkurransereglene, typisk gjennom et konkurransebegrensende samarbeid, vil være solidarisk ansvarlig etter bestemmelsen.⁴⁵ Dette gjelder også selv om ansvarsgrunnlaget ikke er det samme (for eksempel at én er ansvarlig på grunnlag av deliktsansvar og en annen på kontraktsrettslig grunnlag), jf. Rt. 2005 s. 870, avsnitt 37-46.

På dette punktet er det ikke tvilsomt at norsk rett gjennom skl. § 5-3 oppfyller direktivets krav. Direktivet snakker om overtredelser gjennom «*joint behaviour*», mens den vanlige formuleringen på norsk er at skaden er voldt av flere «*i forening*».

Det er imidlertid ikke mulig å påvise samsvar med norsk rett når det gjelder de oppstilte *begrensningene* i solidaransvaret. Art. 11.2 og 11.3 gjør unntak for solidaransvar for hhv. små og mellomstore bedrifter, samt for foretak som er innvilget hel lempning for overtredelsen. Etter vårt skjønn er det vanskelig å tolke § 5-3 slik at den samsvarer med disse kravene. Bestemmelsen i skl. oppstiller en absolutt regel om solidaransvar der skadevoldere «*plikter å betale erstatning for samme skade*». Selve plikten til å betale erstatning for den «*samme*» skaden vil følge av at foretakene som bryter § 10 alle vil ha bidratt til overtredelse – selv om det selvsagt kan være betydelige forskjeller i den enkeltes bidrag til den enkelte kundens skade.⁴⁶ Foretak som er omfattet av unntakene i direktivet er kun ansvarlige overfor egne direkte eller indirekte kunder/leverandører, og overfor andre bare dersom andre kartelldeltagere ikke er søkegode («*full compensation cannot be obtained*»).

Etter vår mening er det derfor nødvendig å lovfeste i alle fall *unntakene* fra solidaransvaret. Hovedregelen om solidaransvar er så grunnfestet i norsk rett at det ikke er nødvendig med lovfesting, evt. kan dette gjøres ved en eksplisitt henvisning i gjennomføringslovgivningen.

⁴⁵ Vi går ikke nærmere inn på ansvarsgrunnlaget i denne utredningen. Vi presiserer imidlertid at etter norsk rett vil dette være den alminnelige culperegelen kombinert med skrevne handlenormer (konkurransereglene). Siden juridiske personer ikke vil kunne utvise skyld, vil hjemmelen for ansvar enten være skl. § 2-1 om ansvar for ansattes handlinger, evt. et annet grunnlag for identifikasjon, f.eks. ansvar i kontrakt eller organansvar.

⁴⁶ Vi anser ikke at direktivets bestemmelse vil omfatte tilfeller av misbruk av kollektivt dominerende stilling – forutsatt at det ikke samtidig foreligger brudd på § 10/art. 53.

Når det gjelder regressoppgjøret reguleres også dette av direktivet, ved at ansvaret i regressomgangen fordeles iht. «*their relative responsibility*», jf. art. 11.4. Bestemmelsen er utformet slik at den oppstiller en hjemmel for regress fra andre overtreddere. Dette fremstår som temmelig parallelt med bestemmelsen om regress i skl. § 5-3 andre ledd, som lyder: «*I hvilken utstrekning den som har betalt erstatning eller oppreisning kan gjøre krav gjeldende mot andre ansvarlige, avgjøres under hensyn til ansvarsgrunnlaget og forholdene ellers.*»

Selve «fordelingsnøkkelen» harmonerer med direktivet; også etter norsk rett vil det avgjørende være den enkeltes bidrag til skaden.⁴⁷ Samtidig åpner skl.'s bestemmelse for en mer fleksibel helhetsvurdering der det også kan legges vekt på andre forhold. På dette punktet vil nok norsk rett kunne åpne for løsninger som avviker fra direktivet, typisk ved at det legges vekt på hva som konkret fremstår som rimelig. Dersom det legges til grunn at erstatningsansvar for brudd på konkurransereglene også tilsikter et preventivt formål, vil slike avveininger lett kunne virke mot sin hensikt. Vi tror likevel ikke at denne faren skal overdrives.

Det er imidlertid vanskeligere å forankre regelen om at et foretak som er innvilget full lempning ikke i regressomgangen skal være ansvarlig for mer enn skade påført egne direkte eller indirekte kunder/leverandører, i § 5-3 andre ledd. Riktignok kan en si at dette kan komme inn under «*forholdene ellers*». Så lenge det er tale om å gi særbehandling til lempningssøkere, er det imidlertid også viktig å sikre forutberegnelighet, noe den relativt vide formuleringen i skl. ikke bidrar til. Dessuten er ordlyden etter vår oppfatning ikke presis nok til å representere en tilstrekkelig klar gjennomføring av direktivet.

På denne bakgrunn mener vi at den særskilte beskyttelsen i regressomgangen for foretak som er innvilget lempning må inntas i en særskilt lovbestemmelse.

Når det gjelder bestemmelsens femte ledd, om at medlemsstatene må sikre at et foretak som er innvilget lempning ikke blir ansvarlig for mer enn det som følger av «*its relative responsibility*», mener vi at dette vil følge allerede av hovedprinsippet i regressbestemmelsen. Som nevnt over kan det likevel ikke utelukkes etter norsk rett at også andre hensyn enn relativ skyld er avgjørende. Dermed kan det være gode grunner til å lovfeste også dette prinsippet.

5.5 Adekvans

Spørsmålet om adekvans er ikke eksplisitt adressert i direktivet, men det er på det rene at adekvanslæren etter norsk erstatningsrett vil avgrense kretsen av erstatningsberettigede, og det er derfor grunn til å reise spørsmålet om rettstilstanden er i samsvar med de krav EØS-retten oppstiller. Det er også på det rene at direktivet art. 4 inkorporerer effektivitets- og ekvivalensprinsippet i sine krav til medlemsstatenes gjennomføring. På denne bakgrunn mener vi det er grunnlag for å si noe mer om hvordan den norske adekvanslæren vil slå ut i erstatningssaker etter konkurransereglene.

Adekvansvurderingen etter norsk rett er fleksibel. Vurderingen kan deles i to. Primært vurderes det om den konkrete skaden og tapet var påregnelig. Utover dette kreves det at skaden ikke må være for fjern og avledet, eller sagt på en annen måte at den må gjelde en konkret og nærliggende interesse.

Disse prinsippene vil nødvendigvis også gjelde i konkurransesaker. Siden økonomisk tap for markedsaktørene på grunn av overtredelser av konkurransereglene må anses som generelt

⁴⁷ Se Hjelmeng (2003), s. 443.

påregnelige, blir spørsmålet om kravet om nærhet årsakssammenhengen vil kunne utelukke erstatning til aktører som representerer en ved konkurransereglene beskyttet interesse. I tilfelle vil det være en konflikt mellom nasjonal erstatningsrett og EØS-konkurransereglene/effektivitetsprinsippet. Et eksempel på en nasjonal regel som ble satt til side på dette grunnlag var østerrikske årsaksregler i KONE-dommen. Her hadde en kunde som hadde handlet med konkurrenter til kartelldeltagerne (som ikke selv hadde deltatt i kartellet), saksøkt et medlem av kartellet for tilbakebetaling av overpris. Fenomenet som kravet bygget på – «umbrella pricing» – er velkjent, det innebærer at når kartellet øker prisen følger også andre aktører på markedet etter. Etter østerriksk rett var imidlertid kravet utelukket.⁴⁸ Domstolen beskrev nasjonal rett som følger:

«As regards the national legislation at issue in the main proceedings, it appears from the order for reference that Austrian law categorically excludes a right to compensation in a situation such as that at issue in the main proceedings, owing to the fact that the causal link between the loss sustained and the cartel in question is considered, in the absence of a contractual link with a member of that cartel, to have been broken by the autonomous decision of the undertaking not party to the cartel, but which applied, owing to the existence of the cartel, umbrella pricing.»⁴⁹

En slik absolutt avskjæring av krav ble ansett i strid med effektivitetsprinsippet. Domstolen uttalte at selv om selve konseptet årsakssammenheng var opp til nasjonal rett å fastlegge innholdet av, måtte slike regler likevel

«specifically take into account the objective pursued by Article 101 TFEU, which aims to guarantee effective and undistorted competition in the internal market, and, accordingly, prices set on the basis of free competition. In those circumstances, the Court has held, ... that national legislation must recognise the right of any individual to claim compensation for loss sustained.»⁵⁰

Dette innebærer at nasjonale regler som forhindrer erstatning til personer eller foretak hvis interesser er beskyttet etter EØS-reglene, vil måtte vike. Samtidig er det grunn til å understreke at heller ikke effektivitetsprinsippet krever et objektivt og absolutt ansvar. Etter vår oppfatning er norsk rett tilstrekkelig fleksibel på dette punkt, og det er vanskelig å se at et tap som anerkjennes som erstatningsmessig etter EØS-retten skulle være avskåret etter norsk rett. Siden heller ikke direktivet oppstiller mer spesifikke krav enn en generell henvisning til effektivitetsprinsippet på dette området, synes det ikke å være behov for særskilt regulering.

6 Prosessuelle regler om bevis

6.1 Innledning

Dette kapittelet behandler direktivets krav til gjennomføring av regler om bevis. Problemstillingene direktivet gir opphav til er gjennomgående av prosessuell karakter og berører i første rekke forholdet til gjeldende norsk sivilprosess. Punkt 6.2 behandler spørsmål relatert til gjennomføringen av direktivet art. 5 vedrørende bevistilgang i forbindelse med erstatningssøksmål med grunnlag i brudd på konkurransereglene. I punkt 6.3 drøfter vi gjennomføringsspørsmål forbundet med direktivet art. 6 og art. 7 vedrørende bevistilgang overfor konkurransemyndighetene i forbindelse med

⁴⁸ Se Hjelmeng (2003), s. 395.

⁴⁹ Sak C-557/12 Kone AG m.fl, 5. juni 2014 (ECLI:EU:C:2014:1317), premiss 31.

⁵⁰ Sak C-557/12 Kone AG m.fl, 5. juni 2014 (ECLI:EU:C:2014:1317), premiss 32.

erstatningssøksmål. Direktivet inneholder også regler om begrensninger i forhold til hvordan visse opplysninger fra konkurransemyndighetenes saksbehandling i forbindelse med lempningssaker kan brukes som bevis i erstatningssaker. Til slutt i punkt 6.4 behandler vi problemstillinger knyttet til gjennomføring av art. 8 om krav til sanksjoner for håndheving av art. 5 og 6. Under hvert punkt redegjør vi først for gjeldende norsk rett, før vi behandler direktivets krav og vurderer behovet for eventuelle gjennomføringstiltak.

6.2 Bevistilgang

6.2.1 Innledning

Direktivet tar opp og søker å avhjelpe informasjonsasymmetrien mellom saksøkere og saksøkte i erstatningssaker etter overtredelser av konkurransereglene. I mange tilfeller vil erstatningssaker dreie seg om krav fremsatt av kundene til deltagerne i et kartell. Ofte vil det også være tale om krav som er fremsatt etter et forutgående overtredelsesvedtak av konkurransemyndighetene. I slike tilfeller vil det regelmessig være den saksøkte kartelldeltageren som er i besittelse av bevisene som er nødvendige for å kunne dokumentere erstatningskravet, eventuelt at konkurransemyndighetene besitter slike bevis. I andre erstatningssaker, som krav fra utestengte konkurrenter mot deltager i ulovlige samarbeid eller overtredelser av EØS-avtalens art. 54, jf. krfl. § 11, vil ikke ubalansen nødvendigvis være like stor. Direktivets regler er imidlertid generelle.⁵¹

Erstatningskrav etter overtredelser av konkurransereglene har flere kjennetegn som kan gjøre det vanskelig for skadelidte å nå frem med erstatningskrav i domstolene. Konkurranseretten har en økonomisk karakter som gjør sakene faktatunge og bevisførselen ofte omfattende, samtidig som det regelmessig er saksøkte eller tredjeparter som er i besittelse av sentrale bevis. Det er like fullt saksøker som etter norsk erstatningsrett må sannsynliggjøre at vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt; altså at det foreligger et ansvarsgrunnlag, at skadelidte er påført et økonomisk tap, og at det er adekvat årsakssammenheng mellom tapet og ansvarsgrunnlaget.

Av direktivets fortale pkt. 15 fremgår at reglene om bevisatilgang skal åpne for lettere tilgang til bevis ved to hovedgrep. For det første ved å gjøre det mulig for saksøkere å få fremlagt bevis som er relevante for kravet deres, uten at det er betinget av at de individuelle bevisene spesifiseres.⁵² For det andre skal det kunne kreves at tredjeparter, herunder konkurransemyndighetene, fremlegger bevis som de er i besittelse av.

Direktivet sier i art. 5.1 annet ledd at direktivets regler ikke får betydning for medlemslandenes rettigheter og plikter etter forordning (EF) nr. 1206/2001. Forordningen gjelder bevisopptak i andre medlemsland. Det sivilrettslige samarbeidet etter forordning (EF) nr. 1206/2001 faller utenfor Schengen-samarbeidet og EØS-avtalen. Norge er kun tilsluttet Haag-konvensjonene om henholdsvis forkynning og bevisopptak i sivile saker. Fordelen med forordning (EF) nr. 1206/2001 i forhold til Haag-konvensjonen er at den forenkler samarbeidet mellom statene, blant annet ved å tillate at anmodninger om bevisopptak sendes direkte til domstolene, og ikke via justismyndighetene i det enkelte land. Denne ulikheten fortsetter uavhengig av gjennomføringen av erstatningsdirektivet.

6.2.2 Anvendelsesområdet for direktivets regler om bevisatilgang

⁵¹ Med unntak av art. 17.2.

⁵² Fortalen pkt. 15.

Direktivet er bygd opp slik at art. 5 krever en generell hjemmel for domstolene til å pålegge fremleggelse av bevis og angir de alminnelige vilkårene for dette. I tillegg inneholder art. 6 særlige regler om fremleggelse av dokumenter som inngår i konkurransemyndighetenes saksmappe.

De prosessuelle krav direktivet stiller til behandlingen av erstatningskrav etter overtredelser av konkurransereglene, får anvendelse for «*national courts*».⁵³ Det følger av definisjonen i art. 2.9 at begrepet har samme innhold som etter art. 267 TEUV. For EØS må dette knyttes til definisjonen av «*domstol*» i ODA art. 34. Direktivet inneholder ikke regler om hvilke domstoler som skal eller kan behandle erstatningskrav eller for øvrig vilkår for behandlingen av slike krav i nasjonal rett. Under norsk rett vil erstatningskrav etter overtredelser av konkurransereglene fremmes for de alminnelige domstolene. Selv om direktivets domstolsbegrep altså er videre, må det være tilstrekkelig å gjennomføre direktivet slik at reglene får virkning for de organer som etter nasjonal rett vil behandle erstatningskravene. Det er derfor ikke nødvendig å se på saksbehandlingsreglene for andre organer som omfattes av domstolsbegrepet i ODA art. 34.

Direktivets virkeområde er ikke uttrykkelig avgrenset til søksmål for domstolene, altså saksbehandlingen etter at stevning er tatt ut, jf. tvisteloven § 9-2. Det fremgår dog av art. 1.2 at direktivet fastsetter bestemmelser om koordineringen mellom konkurransemyndighetenes håndheving av konkurransereglene og håndhevingen av konkurransereglene «*in damages actions before national courts*». På samme måte heter det i art. 5.1 at reglene om fremleggelse av bevis skal gjelde «*in proceedings relating to an action for damages*». Det er naturlig å forstå disse formuleringene slik at de retter seg mot behandlingen av søksmål for domstolene. Bevisproblemene som direktivet adresserer refererer seg til saksøkers mulighet for å dokumentere sitt krav om erstatning. Det er i langt mindre grad behov for bevistilgang for at den anført skadelidte skal kunne undersøke om han i det hele tatt har et krav, altså om det foreligger en overtredelse av konkurransereglene. På bakgrunn av dette, synes det klart at direktivet kun retter seg mot saker som er bragt inn for domstolene.⁵⁴ Se også punkt 4 om direktivets virkeområde mer generelt.

I de forberedende arbeidene omtales direktivets målsetting å gjelde skadelidtes mulighet «*of bringing a damage claim (...) to enforce their rights in court*»⁵⁵ og behovet for utvidet bevistilgang gjelder «*claimants suing for antitrust damages*».⁵⁶ Reglene om bevistilgang er modellert etter reglene om tilgang til bevis i immaterialrettsdirektivet (Direktiv 2004/48/EF).⁵⁷ I immaterialrettsdirektivet art. 7 er det gjort et tillegg i ordlyden som viser at reglene om bevissikring også skal gjelde før rettssak, «*even before commencement of proceedings on the merits of the case*». Noe slikt tillegg finnes ikke i erstatningsdirektivet.

Dermed faller også forliksrådets eventuelle behandling av slike erstatningskrav etter tvl. § 6-2 utenfor direktivets anvendelsesområde, selv om forliksrådet ellers ville vært omfattet av domstolsbegrepet i ODA art. 34.⁵⁸

6.2.3 Gjeldende rett

⁵³ Jf. blant annet art. 1.2 og art. 5.1.

⁵⁴ Jf. tvl. § 9-2.

⁵⁵ Commission Staff Working Paper pkt. 6.

⁵⁶ Commission Staff Working Paper pkt. 103.

⁵⁷ Commission Staff Working Paper pkt. 104.

⁵⁸ Forliksrådene har imidlertid ikke adgang til å forelegge spørsmål for EFTA-domstolen etter ODA art. 34, jf. domstoloven § 51 a annet ledd.

Utfordringene med tilgang til bevis i saker med sterk informasjonsasymmetri, er ikke begrenset til konkurransesaker. Tvistelovens regler om plikt til fremleggelse av bevis og bevistilgang er generelle, og gjelder også for saker med krav om erstatning etter overtredelser av konkurranse-loven.

Partene i saken har en generell plikt til å opplyse saken etter tvl. § 21-4. Plikten omfatter også fremleggelse av opplysninger og bevis som går i partens egen disfavør.⁵⁹

Videre følger det en allmenn forklarings- og bevisplikt av tvl. § 21-5, som også pålegger utenforstående tredjemenn å bidra til sakens opplysning ved «å gi tilgang til gjenstander m.v. som kan utgjøre bevis i en rettssak». Plikten etter tvisteloven er formulert som en plikt til å gi tilgang til bevis, det vil si å stille informasjon eller dokumenter til rådighet.

Retten kan pålegge en part som har hånd om et bevis å gi tilgang til beviset, jf. tvl. § 26-7. Bestemmelsen gjelder både bevis som en part eller en tredjepart er i besittelse av, jf. § 26-5.

Av tvl. § 26-5 (1) fremgår det at «[e]nhver har plikt til å stille til rådighet som bevis gjenstander vedkommende har hånd om eller kan skaffe til veie». Bestemmelsen er en spesifisering av den generelle opplysningsplikten i § 21-5 for så vidt gjelder gjenstander, typisk dokumenter, som bevis.⁶⁰

Tvistelovens regler om bevis er avgrenset til bevis for rettens faktiske avgjørelsesgrunnlag, jf. tvl. § 21-1. Det kan ikke kreves fremlagt bevis til belysning av innholdet av rettsregler, se også tvl. § 11-3. Det avgjørende for pliktens omfang er hvorvidt opplysningene kan bidra til å styrke rettens faktiske avgjørelsesgrunnlag.⁶¹ Det innebærer at notater eller dokumenter som inneholder vurderinger av faktiske opplysninger eller som er basert på faktiske opplysninger, også kan ha bevismessig betydning og i utgangspunktet kan kreves fremlagt.⁶² Dette gjelder også dokumenter som inngår i konkurransemyndighetenes behandling av saken og som inneholder rettslige vurderinger av faktiske opplysninger, for eksempel i forbindelse med lempningssøknader, jf. punkt 6.3.

Plikten til å fremlegge bevis må avgrenses til bevis som er relevante, det vil si bevis som «kan være av betydning for den avgjørelse som skal treffes», jf. tvl. § 21-7 (1).

Fremleggelsesplikten gjelder bevis som vedkommende part eller tredjepart «har hånd om eller kan skaffe til veie», § 26-5 (1). Plikten er nok dermed noe utvidet i forhold til det krav om at vedkommende måtte ha rådighet over beviset eller umiddelbar tilgang til beviset som fulgte av kravet om besittelse som gjaldt før tvistelovens ikrafttredelse. Dokumenter som vedkommende har krav på å få utlevert fra andre eller fra offentlige myndigheter vil kunne omfattes av § 26-5. Forarbeidene nevner som eksempel en pasients krav på å få tilsendt sin legejournal fra lege eller sykehus, jf. Rt. 1999 s. 1066.⁶³ Fremleggelse av pasientjournal vil imidlertid kunne være forhindret av andre regler, jf. tvl. § 22-5.

⁵⁹ Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch, Toril M. Øie, Tvisteloven kommentarutgave, Universitetsforlaget 2013 (heretter Schei m.fl.), note 3 til § 21-4.

⁶⁰ Jf. NOU 2001:32 Bind B s. 979.

⁶¹ Skoghøy, s. 809, jf. Rt. 2000 s. 1656 og Rt. 2007 s. 920.

⁶² Skoghøy s. 809.

⁶³ NOU 2001:32 Bind B s. 979.

For at det skal kunne gis pålegg om bevis tilgang etter § 26-7, må det være fremsatt et krav om det, jf. § 26-6.⁶⁴ § 26-6 stiller krav til begjæringen om bevis tilgang.

Etter tvl. § 26-6 (1) må en begjæring om tilgang til eller spørsmål om realbevis «*spesifiseres slik at det er klart hvilke bevisgjensstander kravet gjelder*». Spesifikasjonskravets nærmere innhold fremgår av rettspraksis og teori. Hvorvidt kravet til tilstrekkelig spesifisering er oppfylt, beror på en konkret vurdering.

I utgangspunktet kan pålegg om fremleggelse av dokumenter kun gjelde bestemt angitte dokumenter. Formålet med spesifikasjonskravet er at motparten skal vite hvilke dokumenter som kreves fremlagt. Kravet må videre ses i lys av muligheten for å foreta en nærmere individualisering og kan ikke stilles så høyt at det kan hindre klarlegging av faktiske forhold av betydning i saken.⁶⁵

Det er ikke nødvendig å spesifisere de enkelte dokumenter som kreves fremlagt; det er tilstrekkelig om dokumentene er beskrevet på en slik måte at det er rimelig klart hvilke dokumenter eller hvilken kategori av dokumenter det er tale om.⁶⁶ Det vil i utgangspunktet ikke være tilstrekkelig å kreve fremlagt for eksempel all korrespondanse mellom den annen part og en tredjeperson.⁶⁷ Begjæringen kan være tilstrekkelig spesifisert selv om den omfatter en stor mengde dokumenter. Hvis det er grunn til å regne med at et betydelig antall av dokumentene vil utgjøre relevante bevis, bør et fremleggelseskrav spesifisert til alle dokumenter av en bestemt kategori eller bestemt kvalifikasjon godtas, jf. Rt. 2004 s. 442 og Rt. 2007 s. 920.⁶⁸

Kravet til spesifisering må ses i forhold til muligheten for nærmere spesifisering, se Rt. 1998 s. 58 og Rt. 1999 s. 583.⁶⁹ Kravet er relativt, også under § 26-6 (1). Det blir lagt vekt på hvor klart det er for adressaten hvilke dokumenter det gjelder. Videre legges vekt på i hvilken grad det kan forventes at den aktuelle dokumentmengden inneholder relevante bevis i saken.

Plikten til spesifisering må ses i sammenheng med adgangen til å pålegge en part å svare på spørsmål eller utarbeide sammenstillinger og utdrag av opplysninger etter tvl. § 26-5 (2). Bestemmelsen gir anledning til avklaring der en part har grunn til å tro at det finnes bevis hos motparten eller hos en tredjeperson, men ikke er sikker, eller det for øvrig er slik usikkerhet at det er vanskelig å spesifisere tilstrekkelig hvilke bevis som kreves fremlagt.⁷⁰

Tvl. § 26-6 (2) gir retten skjønnsmessig adgang til å lempe på spesifikasjonskravet «*dersom dette er uforholdsmessig vanskelig å etterkomme, og det er en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis*». Vilkårene er kumulative. Parten må gi en så nøyaktig beskrivelse som det etter forholdene er rimelig å kreve. Retten er gitt en vid skjønnsmyndighet, og det sentrale vil være om det fremstår som urimelig hensett til tvisten å nekte tilgang til det materialet kravet om bevis tilgang gjelder.⁷¹

⁶⁴ Skoghøy s. 808.

⁶⁵ Jf. Rt. 2004 s. 442.

⁶⁶ Skoghøy s. 811.

⁶⁷ Jf. Schei m.fl. note 2 til § 26-6 med videre henvisninger.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Jf. også Schei m.fl. note 2 til § 26-6.

⁷⁰ NOU 2001:32 Bind B s. 979, Skoghøy s. 814, Schei m.fl. note 7 til § 26-5.

⁷¹ NOU 2001:32 Bind B s. 980.

I vilkåret om at spesifikasjonskravet ikke må være «*uforholdsmessig vanskelig å etterkomme*» ligger også en proporsjonalitetsvurdering.⁷² Tvl. § 26-6 (2) åpner ikke for ubestemte krav om innsyn i dokumenter hos motparten eller hos tredjemenn eller at bevisfremleggelsesreglene anvendes som rene undersøkelser hos motparten eller tredjepart.⁷³

Endelig kan det ikke kreves fremlagt bevis som er underlagt noen av bevisforbudene eller bevisfritakene i tvisteloven kapittel 22, jf. tvl. § 21-5. Et bevis kan ikke kreves fremlagt selv om den som har hånd om beviset også er den som kan samtykke til opphevelse av bevisforbudet eller bevisfritaket, jf. Rt. 1999 s. 1066. Nektelse av å oppheve bevisforbudet kan kun tillegges vekt i den fri bevisvurderingen etter § 21-2, jf. Rt. 2004 s. 1668. Det samme gjelder for bevisfritakene. Den som pålegget om bevisfremleggelse retter seg mot, må avgjøre om fritaksgrunnen skal påberopes.⁷⁴

Retten kan nekte krav om bevistilgang etter tvl. § 26-5 (1) og (2) etter tvl. § 26-5 (3) dersom det «*vil medføre kostnader som ikke står i rimelig forhold til tvisten og den mulige verdien av beviset, eller som parten har tilnærmet samme mulighet for tilgang til selv*», jf. også den alminnelige proporsjonalitetsbegrensningen i tvl. § 21-8. Bestemmelsen i tvl. § 26-5 (3) første alternativ går antagelig ikke lenger enn den alminnelige proporsjonalitetsregelen.⁷⁵ Det stilles strengere krav til partene om å medvirke til sakens opplysning enn det som kreves av utenforstående tredjemenn.⁷⁶ Tvl. § 21-8 gir anvisning på en bred proporsjonalitetsvurdering, der det kan legges vekt på blant annet tvistegenstandens økonomiske verdi, partens ideelle interesser i avgjørelsen, behovet for rettsavklaring, hensynet til effektiv saksbehandling og hensynet til en forsvarlig behandling. Det er her også anledning til å vektlegge behovet for at den enkelte skal få håndhevet sine rettigheter uten at ulikhet i ressurser er avgjørende for sakens utfall.⁷⁷

Retten treffer pålegg om fremleggelse av bevis etter tvl. § 26-7. Pålegget treffes som kjennelse, jf. tvl. § 19-1 (2) bokstav d. Dersom bevistilgang skal avskjæres ut fra en forholdsmessighetsvurdering, treffes avgjørelsen etter tvl. § 26-5 (3), også ved kjennelse. Før retten treffer avgjørelsen, må partene få anledning til å uttale seg, jf. tvl. § 11-1 (3). Dersom fremleggelseskravet er rettet mot tredjeperson, må han få anledning til å uttale seg før retten avgjør kravet, jf. Rt. 1998 s. 582 og Rt. 1997 s. 972.⁷⁸

For å avgjøre kravet om bevistilgang, kan retten etter tvl. § 26-7 (1) kreve at gjenstanden fremlegges «*til avgjørelse av om den utgjør bevis*». Retten må få seg forelagt dokumentet og må ta stilling til om det er aktuelt som bevis. Dette er aktuelt dersom det er uklart om dokumentet inneholder relevante faktiske opplysninger. Dokumentet gjøres først tilgjengelig for den begjærende part når tvisten om bevistilgang er endelig avgjort, § 26-7 (3) siste setning.

Dersom adressaten for fremleggelseskravet nekter fremleggelse med henvisning til at beviset er omfattet av et bevisforbud eller bevisfritak, kan retten etter § 26-7 (2) bare kreve at dokumentet fremlegges for retten til avgjørelse av om det skal fremlegges, dersom «*retten i kraft av særlig lovbestemmelse kan bestemme at beviset likevel skal føres*». Bestemmelsen tar sikte på de relative

⁷² NOU 2001:32 Bind B s. 981.

⁷³ Se Rt. 1999 s. 493, jf. Schei m.fl. note 2 til § 26-6.

⁷⁴ Skoghøy s. 817.

⁷⁵ Schei m.fl. note 9 til § 26-5.

⁷⁶ NOU 2001:32 Bind B s. 980.

⁷⁷ Jf. Schei m.fl. note 1 til § 21-8.

⁷⁸ Se Schei m.fl. note 1 til § 26-7.

bevisforbudene, der retten har adgang til å bestemme at beviset skal føres til tross for forbudet. Dette gjelder blant annet opplysninger undergitt taushetsplikt etter § 22-3 og bevisfritaket for forretningshemmeligheter i § 22-10. Dersom rettens avgjørelse etter slik foreleggelse går ut på at dokumentene ikke skal fremlegges, er det kun dommeren som har blitt kjent med opplysningene. Dette kan etter omstendighetene gi grunnlag for inhabilitet etter domstolloven § 108.⁷⁹

Det følger av tvl. § 26-7 (2) siste setning at dersom et bevis delvis er underlagt bevisforbud eller bevisfritak, skal om mulig det øvrige fremlegges.

6.2.4 Direktivets krav

6.2.4.1 Rett til fremleggelse av bevis

Direktivet krever at nasjonale domstoler har kompetanse til å pålegge en part eller en tredjepart å fremlegge relevante bevis i saken. Art. 5.1 første avsnitt lyder slik:

«Member States shall ensure that in proceedings relating to an action for damages in the Union upon request of a claimant who has presented a reasoned justification containing reasonably available facts and evidence sufficient to support the plausibility of its claim for damages, national courts are able to order the defendant or a third party to disclose relevant evidence which lies in their control, subject to the conditions set out in this Chapter. Member States shall ensure that national courts are able, upon request of the defendant, to order the claimant or a third party to disclose relevant evidence.»⁸⁰

Det kreves ikke at domstolene har *ex officio* kompetanse til å pålegge bevisfremleggelse; det er tilstrekkelig at domstolene har kompetanse til å gi pålegg etter krav fra en part, jf. art. 5.1, som krever at *«(...) national courts are able to order (...)»*.

Direktivets krav til domstolenes kompetanse er betinget av at vilkårene i art. 5.1 er oppfylt. Det kreves for det første at saksøker *«has presented a reasonable justification containing reasonably available facts and evidence sufficient to support the plausibility of its claim for damages»*. Saksøkers krav om bevis tilgang må begrunnes med de rimelig tilgjengelige faktiske opplysninger og bevis, som i rimelig grad underbygger det fremsatte erstatningskravet. Direktivet bruker begrepet *«plausibility»* om det foreløpige kravet til bevis for hovedkravet. Dette innebærer at det ikke skal kreves at hovedkravet er bevist med sannsynlighetsovervekt. Direktivet krever at saksøker på grunnlag av de faktiske opplysninger som med rimelighet kan forventes å være tilgjengelige for denne saksøker, har underbygget at han har lidt et tap som er forårsaket av saksøkte.⁸¹ Dette støttes av formuleringen i den danske språkversjonen: *«(...) sagsøger, der har fremlagt en begrundelse med rimeligt tilgængelige faktuelle oplysninger og beviser, som i tilstrækkelig grad understøtter rimeligheden av hans erstatningskrav»*. Sannsynligheten av hovedkravet vurderes kun foreløpig og kun på grunnlag av den for saksøker rimelig tilgjengelige dokumentasjon. Det vil ikke være nok at saksøker har vist at det er en mulighet for at det foreligger et erstatningskrav.

⁷⁹ Skoghøy s. 822, jf. også NOU 2001:32 Bind B s. 980.

⁸⁰ Art. 5.1 annet avsnitt er behandlet foran under punkt 6.2.1.

⁸¹ Se fortalen pkt. 16 som sier at *“disclosure can be ordered only where the claimant has made a plausible assertion, on the basis of facts which are reasonably available to that claimant, that the claimant has suffered harm that was caused by the defendant”*.

Direktivet har ikke betydning for nasjonale regler om beviskrav ved den materielle avgjørelsen av erstatningskravet.⁸²

Direktivet krever videre at domstolene har kompetanse til å pålegge bevisfremleggelse av saksøkte og av uavhengige tredjemenn. Kravet er avgrenset til bevis som er relevante, og bevis som saksøkte eller tredjepart har kontroll over (*«which lies in their control»*).

6.2.4.2 Krav til spesifisering

Etter direktivet skal nasjonale domstoler kunne pålegge fremleggelse av bevis dersom bevisene er spesifisert i saksøkers begjæring som beskrevet i art. 5.2.

Begrepet bevis er definert i art. 2.13 som *«all types of means of proof admissible before the national court seized, in particular documents and all other objects containing information, irrespective of the medium on which the information is stored»*. Det er altså ikke kun dokumenter som kan kreves fremlagt, men alle typer av fysiske bevismidler. Det er opp til nasjonale domstoler å avgrense dette, da definisjonen viser til de bevis som tillates ført for den nasjonale rett. Definisjonen av bevis under direktivet kan dermed ikke i seg selv forstås å stille krav til hvilke bevismidler som tillates ført for nasjonale domstoler eller begrensninger i regler om bevisforbud og bevisfritak.

Art. 2.13 omfatter *«all types of evidence»*, og antagelig også muntlige bevis, altså parts- og vitneforklaringer.

Det følger av art. 5.2 at saksøker bare kan kreve fremlagt *«specified items of evidence or relevant categories of evidence circumscribed as precisely and as narrowly as possible on the basis of reasonably available facts in the reasoned justification»*. Det er to måter å oppfylle direktivets krav til spesifisering av begjæringen på: enten ved å angi nøyaktig de bevis som kreves fremlagt eller ved å angi bestemte kategorier av bevis. Det fremgår av direktivets forale pkt. 15 at direktivet skal sikre at saksøkere får rett til å kreve fremleggelse av relevante beviser uten at de behøver å angi de konkrete beviser. Alternativet om angivelse av bestemte kategorier av bevis ivaretar dette. I så fall må det angis så presist og snevert som mulig hvilke bevis som faller inn under kategorien. Kravet til spesifisering er relativt til de faktiske opplysninger som med rimelighet kan forventes å være tilgjengelige for denne saksøkeren.⁸³ Direktivets forale pkt. 16 angir hvordan kravet til spesifisering bør oppfylles. Kategorien bevis bør identifiseres ut fra henvisning til fellestrekk ved bevisene i kategorien, så som arten av, formålet med eller innholdet av de dokumenter som kreves fremlagt, tidspunktet for utarbeidelsen av dokumentene eller andre kriterier, slik at de bevis som faller innenfor kategorien er relevante i relasjon til direktivet. Kategorien bør defineres så presist og snevert som mulig basert på de rimelig tilgjengelige faktiske opplysninger.

6.2.4.3 Proporsjonalitet

Direktivet krever at plikten til fremleggelse av bevis skal begrenses til det som er proporsjonalt, jf. art. 5.3. I vurderingen av hva som er proporsjonalt, skal domstolene vurdere *«the legitimate interests of all parties and third parties concerned»*, jf. art. 5.3 annen setning. Dette innebærer en skjønnsmessig vurdering. Direktivet peker videre på tre momenter som skal inngå i proporsjonalitetsvurderingen, men dette er ikke uttømmende. Art. 5.3 lyder:

⁸² Se Commission Staff Working Paper pkt. 105, med unntak dog for art. 17.2.

⁸³ Fortalen pkt. 16.

«Member States shall ensure that national courts limit the disclosure of evidence to that which is proportionate. In determining whether any disclosure requested by a party is proportionate, national courts shall consider the legitimate interests of all parties and third parties concerned. They shall, in particular, consider:

- (a) the extent to which the claim or defence is supported by available facts and evidence justifying the request to disclose evidence;*
- (b) the scope and cost of disclosure, especially for any third parties concerned, including preventing non-specific searches for information which is unlikely to be of relevance for the parties in the procedure;*
- (c) whether the evidence the disclosure of which is sought contains confidential information, especially concerning any third parties, and what arrangements are in place for protecting such confidential information.»*

Domstolene skal etter art. 5.3 bokstav a) for det første vurdere *«the extent to which the claim or defense is supported by available facts and evidence justifying the request to disclose evidence»*. Fortalen gir ingen veiledning til tolkningen av dette momentet. *«Claim or defense»* oppfattes i denne sammenheng å referere seg til kravet om bevisfremleggelse, altså slik at partenes argumenter for og mot fremleggelse vurderes på grunnlag av de faktiske opplysninger og bevis som er fremlagt for domstolens stillingtagen til begjæringen om bevisfremleggelse. Bestemmelsen kan ses i sammenheng med direktivets art. 5.7, som krever kontradiksjon om spørsmålet om bevisfremleggelse. Bestemmelsen bør også ses i sammenheng med art. 5.6 som uttrykkelig sier at foretakens interesse i å unngå erstatningskrav etter overtredelser av konkurransereglene ikke er en interesse som skal beskyttes ved anvendelsen av direktivets regler om fremleggelse av bevis.

For det andre skal proporsjonalitetsvurderingen inneholde en vurdering av omfanget av de bevis som kreves fremlagt og kostnadene med å etterkomme begjæringen, jf. art. 5.3 bokstav b). Dette skal særlig vektlegges i forhold til tredjemenn. Det ligger også i dette at domstolen skal forhindre søk etter opplysninger som ikke er konkretisert og som sannsynligvis ikke er relevante for partene i saken.

Endelig følger det av art. 5.3 bokstav c) at domstolen skal ta hensyn til om det materialet som kreves fremlagt inneholder konfidensiell informasjon, særlig hvis denne angår tredjeparter, og hvilke tiltak som er iverksatt for å beskytte informasjonen. Bestemmelsen må ses i sammenheng med art. 5.4 som krever at domstolene gis adgang til å pålegge fremleggelse av bevis som inneholder fortrolige opplysninger. Proporsjonalitetsstandarden skal også her være strengere for krav mot utenforstående tredjemenn om fremleggelse av bevis enn mot partene i saken. Når bestemmelsen henviser til beskyttelsestiltak, oppfatter vi at det først og fremst gjelder beskyttelsestiltak som retten beslutter i forbindelse med at beviset tillates fremlagt i retten, jf. straks nedenfor.

6.2.4.4 Konfidensiell informasjon

Direktivet krever at medlemsstatene også gir domstolene myndighet til å pålegge fremleggelse av bevis som inneholder konfidensiell informasjon i art. 5.4:

«Member States shall ensure that national courts have the power to order the disclosure of evidence containing confidential information where they consider it relevant to the action for damages. Member States shall ensure that, when ordering the disclosure of such information, national courts have at their disposal effective measures to protect such information»

Kravet til nasjonal rett som følger av art. 5.4 er todelt. For det første skal nasjonale domstoler ha adgang til å pålegge en part eller tredjepart å fremlegge også konfidensiell informasjon. Direktivet inneholder ingen definisjon av konfidensiell informasjon («*confidential information*»). Av fortalen pkt. 18 fremgår at det omfatter «*business secrets or otherwise confidential information*».

For det andre kreves at den nasjonale domstolen har virkemidler tilgjengelig for å forhindre at konfidensiell informasjon som fremlegges i retten blir kjent. Det stilles ikke krav til hvilke virkemidler domstolene har tilgjengelig, eller på hvilke vilkår eller hvordan slike virkemidler anvendes. Domstolene bør gis en skjønnsmessig adgang til å pålegge forholdsmessige beskyttelsestiltak, jf. direktivets fortale pkt. 18 som anviser at beskyttelsen for konfidensiell informasjon som fremlegges skal være passende. Fortalen angir også eksempler på aktuelle virkemidler:

«While relevant evidence containing business secrets or otherwise confidential information should, in principle, be available in actions for damages, such confidential information needs to be protected appropriately. National courts should therefore have at their disposal a range of measures to protect such confidential information from being disclosed during the proceedings. Those measures could include the possibility of redacting sensitive passages in documents, conducting hearings in camera, restricting the persons allowed to see the evidence, and instructing experts to produce summaries of the information in an aggregated or otherwise non-confidential form. Measures protecting business secrets and other confidential information should, nevertheless, not impede the exercise of the right to compensation.»

Direktivet krever at domstolene har flere beskyttelsestiltak til rådighet å velge mellom, men eksemplene på mulige egnede tiltak som er gitt i fortalen, må forstås som veiledende.

6.2.4.5 Ulovlige hensyn

Direktivet foreskriver i art. 5.6 at foretakens interesse i å unngå erstatningskrav etter overtredelser av konkurransereglene, ikke skal beskyttes:

«The interest of undertakings to avoid actions for damages following and infringement of competition law shall not constitute an interest that warrants protection.»

Det innebærer at der direktivets bestemmelser legger opp til skjønnsmessig kompetanse for domstolen, er hensynet til å unngå erstatningskrav etter overtredelser av konkurransereglene, ikke et relevant hensyn i domstolens vurdering.

6.2.4.6 Unntak for advokatprivilegiet

Direktivet inneholder ett unntak fra fremleggelsesplikten, utover de bevisforbud og bevisfritak som måtte følge av nasjonal rett, jf. definisjonen av bevis i art. 2.13. Direktivet krever at medlemsstatene sørger for at nasjonale domstolers anvendelse av reglene om fremleggelse av bevis, ikke griper inn i advokatprivilegiet. Etter art. 5.6, skal domstolene gi «*full effect to applicable legal professional privilege under Union or national law when ordering the disclosure of evidence*». Advokatprivilegiets innhold fremgår ellers av nasjonal rett eller fellesskapsretten.

6.2.4.7 Krav om kontradiksjon

Endelig pålegger direktivet medlemsstatene å sikre kontradiksjon ved domstolenes behandling av begjæringer om fremleggelse av bevis, art. 5.7. Den som er adressat for et krav om bevisfremleggelse skal få anledning til å bli hørt før en nasjonal domstol pålegger fremleggelse av bevisene etter art. 5. Det gjelder både parter og tredjeparter.

6.2.5 Vurderinger

6.2.5.1 Bevistilgang – generelt

Direktivets krav er minimumskrav, og med unntak for reglene i art. 5.6, er det ikke noe i veien for å opprettholde regler som fører til videre plikter til bevisfremleggelse og bevisstilgang, jf. art. 5.8. Det innebærer også at vilkårene for direktivets krav om kompetanse hos domstolene er minstekrav. Dersom nasjonal rett stiller lavere krav til begjæringen om bevisfremleggelse eller lavere krav for å pålegge fremleggelse av bevis, står dette ikke i konflikt med korrekt gjennomføring av direktivets krav.

Twisteloven bruker begrepet «*bevisstilgang*» om plikten til å stille bevis til rådighet for retten og/eller motparten, jf. tvl. § 26-5 (3). Den som har plikt til å stille et bevis til rådighet vil ikke alltid ha plikt til å fremlegge beviset for retten. Plikten kan etter omstendighetene oppfylles ved at den som har begjært beviset fremlagt, får tilgang til beviset selv. Retten har etter tvl. § 26-7 (3) kompetanse til å bestemme hvilken måte bevis gjøres tilgjengelig på. Det at tilgang til bevis er gitt i en annen form enn ved fremleggelse er i seg selv ingen begrensning av fremleggesadgangen under tvisteloven. Det er derfor ingen konflikt mellom dette og direktivets krav om fremleggelse av bevis i art. 5.

Etter tvl. § 26-7 kan bevisstilgang kun pålegges etter krav fra en part. Det er i samsvar med direktivets art. 5.1 at bevisfremleggelse må kreves. De rettigheter og plikter tvisteloven pålegger partene gjelder likt for begge parter. Dette gjelder også under direktivet, og følger av siste setning i art. 5.1 første avsnitt, selv om direktivet ellers er fokusert på saksøkers rettigheter i erstatningssakene.⁸⁴

Direktivets krav om at domstolene skal ha myndighet til å pålegge fremleggelse av bevis er betinget av at saksøker til en viss grad har underbygget at han har et krav om erstatning mot saksøkte, jf. art. 5.1, se diskusjonen av dette over. Tvistelovens regler om bevisstilgang gjelder under behandlingen av saken for retten, altså fra stevning, jf. tvisteloven § 9-2. Etter § 26-7 jf. § 26-6 stilles det ikke egne krav til sannsynliggjøring av kravet i hovedsaken som vilkår for å kreve bevisstilgang, og beviskravet som gjelder i hovedsaken har ikke betydning for avgjørelsen av kravet om bevisstilgang, jf. Rt. 2007 s. 920. Bevistemaet under tvl. § 26-7 jf. § 26-5, er hvorvidt det som kreves fremlagt utgjør «*bevis om faktiske forhold som kan være av betydning*» for rettens avgjørelse av sakens faktum, jf. tvl. § 21-7. Kravene til saksøkers saksfremstilling fremgår av tvl. § 9-2 som stiller krav til stevningens innhold. Kravene til stevningens innhold, særlig kravet til redegjørelse for det faktiske og rettslige grunnlaget for kravet, § 9-2 (1) bokstav d, er ikke strengere enn det begrensede krav til at hovedkravet skal underbygges som følger av direktivets art. 5.1.

Det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet kan gjøre det vanskelig å opprettholde prosessuelle regler som krever at alle bevis fremlegges ved anleggelsen av saken, for eksempel i stevningen, slik at anleggelse av krav der saksøker er avhengig av bevisstilgang hos saksøkte eller tredjepart blir vesentlig vanskeliggjort.⁸⁵ En slik regel vil også være til hinder for en korrekt gjennomføring av direktivet. Etter tvl. § 9-2 annet ledd bokstav e, skal stevningen oppgi hvilke bevis som vil bli ført. Kravet innebærer at saksøker må fremlegge de bevis han er i besittelse av og vil påberope seg som støtte for kravet. Dersom vesentlige bevis er i saksøktes eller tredjemenns besittelse, kan kravet medføre at bevisprovokasjon eller et krav om bevisstilgang må fremsettes i stevningen. Eventuelle mangler i

⁸⁴ Se også fortalen pkt. 15 og Commission Staff Working Paper pkt. 106.

⁸⁵ Fortalen pkt. 14.

stevningen med hensyn til angivelsen av bevis, er en feil som kan rettes etter tvl. § 16-5, jf. § 11-5 (1) og (5). Det fremgår imidlertid flere steder i tvisteloven at det ikke er et krav for fremme av saken at alle bevis er fremlagt ved saksanlegget, jf. blant annet tvl. § 11-5 (5) og § 9-16 (1). Mangelfullt bevistilbud vil altså først og fremst være en frifinnelsesgrunn og ikke en avvisningsgrunn.

Ifølge forarbeidene gjelder plikten til å angi bevis i stevningen kun «*så langt saksøker har oversikt over [bevisene] når sak reises*», men dette forbeholdet er ikke tatt inn i ordlyden.⁸⁶ Da det som beskrevet over følger av andre bestemmelser i tvisteloven at mangelfulle bevistilbud i stevningen ikke vil føre til avvisning av saken, mener vi at ordlyden i tvl. § 9-2 (2) bokstav e kan beholdes.

Tvl. § 26-5 jf. § 26-7 retter seg mot «*enhver*», altså både parter og tredjemenn, og oppfyller direktivets krav til hvem som skal være omfattet av fremleggelsesplikten i art. 5.1. Plikten til å gi tilgang til bevis som vedkommende «*har hånd om eller kan skaffe til veie*» i tvl. § 26-5 (1) går antagelig også noe videre enn direktivets avgrensning av plikten til bevis som vedkommende har kontroll over. Det er ikke behov for tilpasninger for gjennomføring av direktivet.

Reglene i tvisteloven kapittel 26 om realbevis, herunder § 26-5 om plikten til å gi tilgang til bevis, gjelder alle typer fysiske gjenstander som er bærere av informasjon, også dokumenter, og det oppstår ikke behov for tilpasning til direktivets regler, se art. 2.13.

Direktivet kan forstås også å omfatte muntlige parts- og vitneforklaringer, jf. definisjonen i art. 2.13 som gjelder «*all types of evidence*». Tvl. § 21-5 jf. § 21-4 om parter og tredjemenns plikt til å bidra til sakens opplysning, likestiller muntlige og skriftlige bevis. Reglene i kapittel 21 og 22 gjelder altså både for forklaringer og for annen bevisførsel, slik at begrensninger i adgangen til å føre bevis gjelder tilsvarende for adgangen til å gi muntlig forklaring. Reglene i tvl. kapittel 26 gjelder kun for realbevis – herunder dokumentbevis – men ikke for forklaringer. Brudd på møte- og forklaringsplikten sanksjoneres etter reglene i domstoloven §§ 205-207. Det er etter vårt syn ikke nødvendig med noen tilpasninger i norsk rett for særskilt å inkludere muntlige bevis.

6.2.5.2 Kravet til spesifikasjon

Etter direktivet skal nasjonale domstoler kunne pålegge fremleggelse av bevis dersom bevisene er spesifisert i saksøkers begjæring som beskrevet i art. 5.2. Da direktivets regler er minimumsregler, jf. art. 5.8, vil nasjonale krav til spesifikasjon som vilkår for fremleggelse av bevis som er strengere enn direktivets krav, ikke kunne opprettholdes. Spesifikasjonskrav som ikke går like langt som direktivets, vil være i tråd med direktivet fordi dette fører til videre plikter til fremleggelse av bevis.

Spørsmålet er derfor om tvl. § 26-6 stiller strengere krav til spesifikasjon av bevisene i begjæringen om bevistilgang enn direktivets art. 5.2, nærmere bestemt det andre alternativ i art. 5.2 om spesifikasjon av kategorier av bevis. Tvl. § 26-6 (1) krever at begjæringen om bevistilgang «*spesifiseres slik at det er klart hvilke bevisgjenstander kravet gjelder*». Praksis under bestemmelsen tillater klart at spesifikasjonen gjøres til kategorier av bevis,⁸⁷ og det fremgår også av ordlyden at spesifikasjonen kan referere seg til en gruppe bevisgjenstander. Kravet har i rettspraksis også blitt

⁸⁶ NOU 2001:32 Bind B s. 746.

⁸⁷ Jf. Rt. 2004 s. 442 og Rt. 2007 s. 920.

forstått å være relativt i forhold til muligheten for spesifisering.⁸⁸ Dette fremgår imidlertid ikke av ordlyden.

Den skjønnsmessige adgangen domstolene har til å lempe på spesifikasjonskravet i tvisteloven § 26-6 (2) «*dersom dette er vanskelig å etterkomme og det er en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis*», må imidlertid være tilstrekkelig til å oppfylle direktivets krav i art. 5.2. Etter direktivets art. 5.2 er det tilstrekkelig at domstolen har anledning til å pålegge fremleggelse av bevis som er spesifisert som i art. 5.2; den nasjonale domstolen må være «*able to order the disclosure of (...) evidence*». Direktivet forstås ikke å være til hinder for at denne kompetansen kan være skjønnsmessig.

6.2.5.3 Proporsjonalitet

Direktivets art. 5.3 krever at plikten til å fremlegge bevis begrenses til det som er proporsjonalt. Tvl. § 26-5 (3) angir en særskilt proporsjonalitetsbegrensning for krav om fremleggelse av bevis i tillegg til den generelle proporsjonalitetsregelen i § 21-8. Det er klart at tvl. § 26-5 (3) jf. § 21-8 gir anvisning på en bred skjønnsmessig forholdsmessighetsvurdering der dommeren har anledning til å vektlegge de elementene som direktivet krever skal inngå i vurderingen etter art. 5.3 bokstavene a til c.

Direktivet krever at proporsjonalitetsvurderingen tar utgangspunkt i partenes og tredjeparts legitime interesser, art. 5.3. Dette forstår vi som en saklighetsbegrensning, jf. også art. 5.5 hvoretter det vil være usaklig (ulovlig) å ta hensyn til saksøktes interesse i å unngå erstatningssøksmålet. At dommerskjønnet er begrenset av saklighet, følger helt selvsagt av norsk rett, og er et så grunnleggende prinsipp at det ikke er lovfestet i tvisteloven utover formålsbestemmelsen i § 1-1 som sier at domstolene skal være uavhengige og upartiske. Saklighetsstandarden knyttes til det som er vurderingstemaet for domstolen ved avgjørelsen av om en begjæring om bevis tilgang skal tas til følge, nemlig hvorvidt det som kreves fremlagt kan «*utgjøre bevis*» jf. tvl. § 26-7 (1), og § 21-7. Heri ligger en vurdering av bevisets relevans og partens behov for å få tilgang til beviset. Hensynet til saksøkte fremgår av tvl. § 26-5 (3) jf. § 21-8.

Direktivet krever at omfanget og kostnadene med fremleggelsen er en del av proporsjonalitetsvurderingen. Kostnader med å oppfylle fremleggelsesplikten er uttrykkelig omfattet av ordlyden i tvl. § 26-5 (3). Tvl. § 21-8 vil fange opp krav om bevis tilgang som har uforholdsmessig omfang. Direktivet krever videre at proporsjonalitetsbegrensningen forhindrer søk etter opplysninger som ikke er konkretisert og som sannsynligvis ikke er relevante for partene i saken. En slik begrensning følger av tvl. § 26-6 jf. § 21-8 og for så vidt § 21-7. Det må være tilstrekkelig for å oppfylle direktivets krav at resultatet av anvendelsen av tvistelovens regler klart medfører at slike uspesifiserte søk forhindres, selv om dette følger av andre bestemmelser enn en proporsjonalitetsbegrensning.

Art. 5.3 bokstav c krever at det skal tas særlig hensyn til om fremleggelsen gjelder konfidensiell informasjon og i så fall hvilke tiltak som beskytter informasjonen. Dette reguleres i tvisteloven av § 22-10; bevisfritaket for drifts- og forretningshemmeligheter. Retten kan pålegge at bevis som er drifts- eller forretningshemmeligheter «*skal gjøres tilgjengelig når den etter en avveining finner det påkrevd*». I dette ligger et krav om en avveining av begge parter, og eventuelt tredjeparts, interesser, og retten må kunne se hen til anledningen til å beslutte beskyttelsestiltak etter § 22-12 (2). Det vil i

⁸⁸ Jf. Rt. 1998 s. 58 og Rt. 1999 s. 583.

tillegg kunne vektlegges hvorvidt bevisene er drifts- og forretningshemmeligheter i vurderingen under § 21-8 jf. også § 26-5 (3). Dette må etter vårt syn være tilstrekkelig klare lovbestemmelser til at kravet til korrekt gjennomføring er oppfylt.

Etter direktivets tekst skal disse hensynene særlig vektlegges i forhold til tredjeparter som pålegges å fremlegge bevis. Etter norsk rett er det også klart at dette vil bli vektlagt i rettens skjønnsmessige vurdering. Det fremgår klart av forarbeidene at det kreves mer av partene i saken for å opplyse saken, enn av tredjemenn som pålegges å bidra til sakens opplysning.⁸⁹ I loven fremgår dette av tvl. § 21-5 sammenholdt med § 21-4. Partenes plikter etter § 21-4 går lenger enn den allmenne plikten etter § 21-5.

Det er etter dette klart at tvistelovens regler vil føre til de samme løsninger som er påkrevd under direktivet. Løsningene under tvisteloven følger av domstolens anvendelse av tvisteloven § 26-5 (3) i sammenheng med flere av bestemmelsene i tvisteloven. Etter vårt syn kan det ikke utledes av kravet til klarhet i gjennomføringen av direktiver, en plikt til å samle skjønnstemaer i en bestemmelse fremfor å beholde en saklig oppdeling av skjønnsmomentene i flere bestemmelser, så lenge domstolen har plikt til å anvende de lovbestemmelsene som saklig er relevante. For eksempel om domstolen skal pålegge fremleggelse av opplysninger som er bedriftshemmeligheter, må den anvende tvisteloven § 22-10, og vurdere proporsjonalitet under den bestemmelsen.

Direktivets krav knytter seg til skjønnstemaene som angis, og spørsmålet ved nasjonal gjennomføring er hvorvidt disse temaene er tilstrekkelig spesifisert i nasjonal rett. Som diskutert foran i punkt 3, kan kravet til korrekt gjennomføring av direktivet medføre en plikt til å formalisere og tydeliggjøre nasjonal rett uten at det er snakk om materielle endringer. Direktivets art. 5.3 angir minstekrav til nasjonale domstolers skjønnsmessige kompetanse. Direktivets regler setter ikke skranker for dommerskjønnet, og direktivet kan heller ikke forstås å inneholde regler om vektingen av momentene innenfor domstolens skjønnsutøvelse. Det er helt klart at de skjønnstemaer som direktivet angir i art. 5.3 er relevante skjønnstemaer ved norske domstolers vurdering av om bevis tilgang skal gis eller ikke etter tvistelovens regler. I den grad temaene ikke er uttrykkelig forankret i lovtekst knyttet til proporsjonalitet, er vurderingstemaene en nødvendig del av rettens avgjørelse som følge av formuleringen av prøvingstemaet ved krav om bevis tilgang. EU-domstolen har ikke krevet at direktiver gjennomføres ordrett eller med samme lovgivningstekniske disposisjon i nasjonal rett, jf. saken *Kommisjonen mot Nederland*.⁹⁰ Vi mener derfor det ikke er nødvendig med tilpasninger for å gjennomføre art. 5.3 i norsk rett.

6.2.5.4 Konfidensiell informasjon

Direktivets krav om at domstolene skal kunne gi pålegg om fremleggelse også av konfidensiell informasjon og gis virkemidler til beskyttelse av slik informasjon i art. 5.4 synes etter vår mening oppfylt. Tvl. § 22-10 gir en part eller et vitne anledning til å *«nekte å gi tilgang til bevis som ikke kan gjøres tilgjengelig uten å røpe en forretnings- eller driftshemmelighet»*. Direktivets definisjon av konfidensiell informasjon i fortalen pkt. 18 er nokså løs (*«business secrets or otherwise confidential information»*). Begrepet *«bedriftshemmeligheter»* i tvl. § 22-10 har en fast betydning i henhold til markedsføringsloven § 28. *«Driftshemmeligheter»* i tvl. § 22-10 kan være informasjon om tekniske

⁸⁹ NOU 2001:32 Bind B s. 980.

⁹⁰ Se sak C-339/87 *Kommisjonen mot Nederland* [1990] ECR I-851 premiss 6, vi viser til sitatet inntatt i note 5 under punkt 3 om gjennomføring av direktiver.

metoder, kunnskaper og systemer. Bestemmelsens sentrale anvendelsesområde er konkurransesensitiv informasjon, jf. Rt. 2009 s. 1103 avsnitt 35 og Rt. 2003 s. 1215 avsnitt 30.

Direktivets krav til nasjonal rett er at også «*confidential information*» skal kunne pålegges fremlagt som bevis, og det avgjørende er derfor om norsk rett i tilstrekkelig grad tillater fremleggelse av slike opplysninger, og ikke harmonisering med begrepet «*confidential information*».

Tvl. § 22-10 annen setning lyder: «*retten kan likevel gi pålegg om at beviset skal gjøres tilgjengelig når den etter en avveining finner det påkrevd*». Direktivets art. 5.4 krever at domstolene skal kunne gi pålegg om at «*confidential information*» skal fremlegges «*where they consider it relevant to the action for damages*». Spørsmålet er om terskelen for domstolens beslutning om at bevis omfattet av tvl. § 22-10 skal kunne legges frem, «*påkrevd*», er for streng i forhold til direktivets krav. Direktivet krever at domstolene skal ha en skjønnsmessig kompetanse til å pålegge fremleggelse av konfidensiell informasjon der det er relevant, men domstolen må fortsatt vurdere om fremleggelse vil være proporsjonalt, jf. art. 5.3. Kravet om proporsjonalitet kan føre til at terskelen settes høyere for fremleggelse av konfidensiell informasjon enn for andre bevis, jf. art. 5.3. bokstav (c). Tvl. § 22-10 har et snevrere virkeområde enn direktivets «*confidential information*», men gir anvisning på en nokså streng proporsjonalitetsvurdering. Etter vårt syn vil det ikke være i konflikt med direktivet å beholde en nyansering i en skjønnsmessig proporsjonalitetsvurdering for de særlig konkurransesensitive opplysningene som tvl. § 22-10 gjelder.

Domstolen kan beslutte tiltak for å beskytte opplysninger som er omfattet av tvl. § 22-10 etter § 22-12 (2), ved å pålegge taushetsplikt og bestemme at behandlingen av beviset i muntlige forhandlinger skal skje for lukkede dører. I tillegg innebærer domstolens mulighet til å pålegge delvis fremleggelse av et bevis etter tvl. § 26-7 (2) jf. også (3), at dokumenter som inneholder forretningshemmeligheter kan bli fremlagt i «sladdet» form eller at særlig sensitive deler av dokumentet unntas. Disse valgmulighetene oppfyller etter vår oppfatning direktivets krav til passende beskyttelsestiltak.

6.2.5.5 Advokatprivilegiet

Etter art. 5.6 i direktivet kan reglene om fremleggelse av bevis ikke gripe inn i advokatprivilegiet, det vil si at korrespondanse mellom klienten og hans advokat ikke kan fremlegges i retten. Etter direktivet skal domstolen anvende reglene om dette enten i nasjonal rett eller i fellesskapsretten. Tvl. § 22-5 (1) forbyr retten å «*ta imot bevis fra (...) advokater, forsvarere i straffesaker (...) om noe som er betrodd dem i deres stilling*».⁹¹ Advokater har også taushetsplikt om opplysninger de får som ledd i sin virksomhet om noens personlige forhold eller drifts- og forretningsforhold, jf. domstolloven § 218 (3).

Tvl. § 22-5 har videre rekkevidde enn det EU-rettslige advokatprivilegiet på to områder. For det første dekker bevisforbudet i tvisteloven i utgangspunktet all betrodd informasjon mellom advokat og klient, uavhengig av om informasjonen er relatert til den konkrete saken.⁹² I fellesskapsretten er privilegiet avgrenset til dokumenter som står i forbindelse med sakens gjenstand.⁹³ Direktivets krav

⁹¹ Forbudet gjelder også under Konkurransetilsynets etterforskning, jf. krll. § 25.

⁹² Uttalelsene i Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) s. 165 om regelen i krll. § 25 synes å vise til den fellesskapsrettslige regelen og er ikke korrekt i forhold til norsk rett. Se Erling Hjelmeng, Advokatprivilegiet i konkurransesaker – særlig om internadvokater, i Industribygging og rettsutvikling, juridisk festskrift i anledning Hydros 100-års jubileum, 2005 s. 391 på s. 398.

⁹³ Se Hjelmeng, ibid. note 46, på s. 398 med videre henvisninger.

om bevis tilgang er imidlertid begrenset til bevis som er relevante, jf. art. 5.1. Direktivet antas derfor allerede av den grunn ikke å være til hinder for at nasjonal rett opprettholder beskyttelse for advokat-klient korrespondanse som ikke står i forbindelse med den konkrete saken. For det andre avgrenses ikke beskyttelsen under tvl. § 22-5 etter advokatens ansettelsesforhold, men ut fra advokatens konkrete rolle. EU-retten avviser beskyttelse for korrespondanse med ansatte advokater.⁹⁴

Direktivet oppfattes imidlertid ikke å gå inn for en harmonisering av reglene om advokatprivilegiet, men å sikre regler om plikt til fremleggelse av bevis innenfor de ellers anvendelige regler i nasjonal rett om bevisforbud og bevisfritak. Det fremgår også av direktivets ordlyd i art. 5.6, at det ikke kreves anvendelse av det fellesskapsrettslige advokatprivilegiet. Det er derfor ikke nødvendig med noen gjennomføringsbestemmelse for art. 5.6 selv om det er visse forskjeller mellom nasjonal rett og fellesskapsretten på dette punkt.

6.2.5.6 Kontradiksjon

Kravet om kontradiksjon ved rettens behandling av en begjæring om bevis tilgang, jf. direktivets art. 5.7, synes ivare tatt ved tvl. § 11-1 (3). Bestemmelsen gjelder etter dens annet ledd alle rettens avgjørelser. Kravet innebærer at tredjeperson som er adressat for en begjæring om bevis tilgang må gjøres til part for så vidt gjelder kravet om bevis tilgang, slik at vedkommende får anledning til kontradiksjon, jf. Rt. 2012 s. 1750. Feil på dette punkt vil føre til opphevelse av avgjørelsen, jf. tvl. § 29-21 (2) bokstav d jf. § 30-3, se Rt. 2012 s. 1750. Det er ikke nødvendig med noen særskilt gjennomføring av direktivets art. 5.7.

For øvrig inneholder ikke direktivet krav til domstolens behandling av krav om bevis fremleggelse eller reglene om anke over domstolens avgjørelser.⁹⁵

6.2.5.7 Konklusjon

På bakgrunn av dette, synes det ikke nødvendig med endringer i norsk rett for å gjennomføre reglene i direktivets art. 5.

6.3 Fremleggelse av bevis som er en del av saken hos konkurransemyndighetene

6.3.1 Innledning

Direktivet forutsetter at reglene om bevis tilgang også gjelder overfor konkurransemyndighetene, art. 6.10 jf. også art. 6.9. For tilgang til bevis som er en del av konkurransemyndighetenes saksmappe, gjelder reglene i art. 6 i tillegg til reglene i art. 5. . Det ligger innenfor norske domstolers kompetanse å pålegge norske konkurransemyndigheter å gi tilgang til bevis, mens norske domstoler ikke kan rette slike pålegg mot ESA. De bestemmelsene som regulerer bevis tilgang hos konkurransemyndighetene er derfor kun relevante for norske konkurransemyndigheter, jf. krrl. § 8.

Direktivet har også flere bestemmelser som gjelder nasjonale domstolers behandling av visse typer av dokumenter, se særlig direktivets art. 6.5 og 6.6, jf. art. 7.1 og 7.2, som begrenser adgangen til å fremlegge slike dokumenter for domstolene. Disse bestemmelsene gjelder typen dokumenter,

⁹⁴ Se EU-domstolens dom i sak C-550/07, Akzo Nobel Chemicals Ltd m.fl. mot Kommisjonen, premiss 41-49 som viderefører uttalelsene i sak C-155/79, AM&S Europe Ltd mot Kommisjonen, premiss 21 jf. 27.

⁹⁵ Jf. fortalen pkt. 19.

uavhengig av hvilke konkurransemyndigheter som har behandlet overtredelsessaken som dokumentene er en del av, og vil også kunne omfatte dokumenter som inngår i ESAs saksmapper.

Direktivet berører ikke reglene om dokumentoffentlighet hos EØS-myndighetene, jf. art. 6.2. Direktivet har ikke betydning for rettigheter og plikter under Europaparlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 om innsyn i Europaparlamentets, Rådets og Kommisjonens dokumenter. Forordning (EF) nr. 1049/2001 gir en i utgangspunktet vid innsynsrett for allmennheten i saksdokumentene til Europakommisjonen. Artikkel 4 i forordningen gir unntak fra utgangspunktet om innsynsrett. Forordningen er ikke innlemmet i EØS-avtalen, men EFTAs overvåkningsorgans (ESA) kollegium har vedtatt retningslinjer for innsyn i ESAs saksdokumenter, jf. ESA-kollegiets vedtak 300/12/COL av 5. september 2012.⁹⁶ ESAs etterlevelse av disse retningslinjene håndheves av EFTA-domstolen.⁹⁷

Det gjelder videre særregler om innsyn i overvåkningsorganenes saksdokumenter i saker om overtredelse av TEUV artikkel 101 og 102/EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i forbindelse med lempningsprogram.⁹⁸ Kommisjonen og ESA har begge vedtatt lempningsprogram som gir mulighet for fritak fra eller reduserte bøter for brudd på konkurransereglene.⁹⁹ Lempningsdokumentene beskyttes etter ESAs og Kommisjonens praksis fra innsyn, for å beskytte lempningsinstituttets effektivitet. Partene i overtredelsessaken kan få betinget innsyn.¹⁰⁰ Disse reglene berøres heller ikke av direktivet. Direktivets regler i art. 6.5 og 6.6 jf. art. 7.1 og 7.2 krever at nasjonal rett for å sikre lempningsinstituttets effektivitet har regler som begrenser innsyn i og bruk av visse dokumenter i lempningssaker også i private erstatningssøksmål etter overtredelser av konkurransereglene.¹⁰¹

Direktivets virkeområde avgrenses i art. 6.3 også i forhold til fellesskapsrettslige eller nasjonale regler som beskytter konkurransemyndighetenes interne dokumenter og korrespondanse mellom konkurransemyndighetene. Bestemmelsen er i fortalen pkt. 21 begrunnet i hensynet til effektivitet og konsekvens i Kommisjonens og nasjonale myndigheters anvendelse av reglene i art. 101 og art. 102 TEUV. Det fremgår i fortalens pkt. 21 at «*This Directive does not cover the disclosure of internal documents of, or correspondence between, competition authorities*».¹⁰² Direktivets virkeområde er på

⁹⁶ Tilgjengelig på <http://www.eftasurv.int/about-the-authority/legal-texts/rules-on-access-to-documents/>, sist besøkt 13.11.2014. Reglene erstatter tidligere regler gitt ved beslutning 407/08/COL 27. juni 2008.

⁹⁷ Fra nyere praksis se for eksempel sakene anlagt av DB Schenker mot ESA, EFTA domstolens saker nr. E-14/11, EFTA Ct. Rep [2012] s. 1178, E-7/12, EFTA Ct. Rep [2013] s. 356E-8/12 og E-5/13 (ikke publisert ennå).

⁹⁸ Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 27/ODA protokoll 4 del II kapittel II artikkel 27 og kommisjonsforordning (EF) nr. 773/2004 artikkel 8 og artikkel 15/ODA protokoll 4 del II kapittel III artikkel 8 og artikkel 15. Se også Kommisjonens kunngjøring om reglene for innsyn i sine saksdokumenter i saker i henhold til TEUV artikkel 101 og 102 og rådsforordning (EF) nr. 139/2004, EU-tidende C 325 av 22.12.2005 s. 7 / ESAs tilsvarende kunngjøring om innsyn i saker i henhold til EØS-avtalens artikkel 53, 54 og 57, EØS-tillegget til EU-tidende nr. 50 av 25.10.2007 s. 1.

⁹⁹ Kommisjonens kunngjøring om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker, EU-tidende C 298 av 8.12.2006 s. 17 og ESAs tilsvarende kunngjøring, EØS-tillegget til EU-tidende nr. 64 av 3.12.2009 s. 1.

¹⁰⁰ Jf. de alminnelige reglene nevnt over og Kommisjonens kunngjøring om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker, EU-tidende C 298 av 8.12.2006 s. 17 og ESAs tilsvarende kunngjøring, EØS-tillegget til EU-tidende nr. 64 av 3.12.2009 s. 1.

¹⁰¹ Dette har tidligere vært opp til nasjonal rett, se EU-domstolens avgjørelse i sak C-360/09 Pfeiderer AF mot Bundeskartellamt, [2011] ECR I-05161, jf også Prop. 75 L (2012-2013) s. 123.

¹⁰² Se forordning (EF) nr. 1/2003 art. 11.4.

dette punkt avgrenset, og krever heller ikke noe nasjonalt bevisforbud eller bevisfritak for slike dokumenter.

6.3.2 Gjeldende rett

6.3.2.1 Tilgang til opplysninger etter konkurranseloven

Før konkurransemyndighetenes behandling av en sak om overtredelse av konkurransereglene er avsluttet, gjelder reglene om innsyn i krrl. § 26. Før saken er avsluttet, gjelder ikke reglene i offentlighetsloven for saker om overtredelse av krrl. § 10 og § 11.

Offentlighetslovens regler gjelder ikke for dokumenter som er mottatt av Konkurransetilsynet i forbindelse med en lempningssøknad, heller ikke etter at saken er avsluttet. Parter som er under etterforskning av tilsynet *«for overtredelse av konkurranseloven, skal etter krav gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, såfremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningen eller tredjeperson»*, jf. krrl. § 26 (2). Unntakene fra retten til partsinnsyn i forvaltningsloven § 19 gjelder tilsvarende.

En sak er avsluttet når det er fattet vedtak om overtredelsesgebyr etter krrl. § 29, når det er fattet vedtak med pålegg om opphør av ulovlig atferd eller tiltak etter krrl. § 12 eller når konkurransemyndighetene har bestemt seg for ikke å gå videre med saken. Etter dette, vil offentlighetslovens bestemmelser komme til anvendelse på dokumenter som gjelder etterforskningen.

For parter og andre med rettslig interesse i saken, gjelder regelen om innsyn i krrl. § 27a (2): *«Enhver med rettslig interesse i en avsluttet sak om overtredelse av § 10, § 11 eller pålegg etter § 12, skal også gis innsyn i opplysninger som er undergitt lovbestemt taushetsplikt, med mindre innsyn vil virke urimelig overfor den opplysningene gjelder.»* Dette innebærer en utvidelse av innsynsretten i forhold til offentlighetslovens § 13.

Offentlighetslovens regler gjelder ikke for dokumenter Konkurransetilsynet mottar i forbindelse med en lempningssøknad, jf. krrl. § 26 (1) annet punktum. Unntaket er ikke betinget av at lempningssøknaden faktisk fører til lempning etter krrl. § 30 eller § 31. Retten til partsinnsyn er derimot ikke begrenset utover den generelle begrensningen for å unngå skadeforvoldelse for tredjeparter, jf. krrl. § 27a (2).

Opplysningene i lempningssøknaden er underlagt taushetsplikt etter krrl. § 27 (2), hvorefter *«Enhver som utfører tjeneste eller arbeid for konkurransemyndighetene, har taushetsplikt om opplysninger som har sin opprinnelse i erklæringer fra et foretak om dets viten om en overtredelse av § 10 og foretakets egen delaktighet i overtredelsen, og som er utarbeidet spesielt med det formål å oppnå lempning.»* Reglene i forvaltningsloven § 13 til § 13 e gjelder for øvrig så langt de passer.

Etter krrl. § 27 a har også parter og partsrepresentanter som blir kjent med skylderklæringer, jf. krrl. § 27 (2), som er underlagt taushetsplikt for Konkurransetilsynets representanter, jf. krrl. § 27, taushetsplikt om opplysningene som inngår i skylderklæringene. § 27 a har en regel om utvidet innsyn for enhver med rettslig interesse i saken etter at saken er avsluttet. Innsynet gjelder imidlertid ikke opplysninger i skylderklæringen under en lempningssøknad som er underlagt taushetsplikt etter krrl. § 27. Reglene om begrenset innsyn i lempningssøknader og tilhørende dokumenter ble innført i konkurranseloven ved LOV-2013-06-14-35, jf. Prop. 75 L (2012-2013). Departementet vurderte da

skadelidtes situasjon slik at den ikke ville bli svekket ved at vedkommende ikke får innsyn i en lempningssøknad.¹⁰³ Departementet uttalte om hensynet til skadelidte:¹⁰⁴

«Formålet med disse bestemmelsene er som nevnt at foretaket ikke skal bli mer eksponert for erstatningssøksmål enn andre kartelldeltakere som ikke har søkt om lempning. Forslaget er bare ment å nøytralisere noe av den økte eksponeringen for erstatning for den av de skyldige som søker lempning. På denne måten vil departementet styrke insitamentene til å søke om lempning. Formålet med forslaget er ikke å redusere skadelidtes muligheter til å reise erstatningssak som følge av overtredelsen av § 10. Konkurransetilsynet vil i sitt vedtak ta stilling til foretakets delaktighet, og dette kan brukes til å dokumentere [Side 128] ansvarsgrunnlag i forbindelse med en eventuell erstatningssak. I tillegg til å be om innsyn i tilsynets vedtak, kan tredjeperson som ønsker å reise erstatningssøksmål mot partene i det ulovlige samarbeidet og andre, be om innsyn i dokumenter som produseres i tilsynets etterforskning. Dette er i tillegg til dokumenter som utgående brev fra tilsynet mv. som nevnt over, for eksempel innhenting av informasjon i henhold til § 24 og bevissikring i henhold til § 25. Det vurderes etter gjeldende rett om det gis innsyn i slike dokumenter. Med den nye foreldelsesregelen departementet foreslår i § 34, vil også skadelidte i større grad enn etter gjeldende rett kunne avvente endelig vedtak i saken før søksmål reises, og derigjennom lettere kunne legge vedtakets opplysninger til grunn for sine anførsler i erstatningssøksmålet.»

6.3.2.2 Tilgang til bevis etter tvisteloven

Reglene om opplysningsplikt og bevisplikt i tvl. § 21-4 og § 21-5, samt reglene om realbevis og bevis tilgang i tvistelovens kapittel 26, gjelder også overfor forvaltningsorganer, herunder Konkurransetilsynet. I forhold til reglene om partsinnsyn i forvaltningsloven § 18 og § 19, er det antatt at tvistelovens regler om bevis tilgang, § 26-6, går foran, slik at begrensninger i innsynsretten etter forvaltningsloven ikke får anvendelse ved avgjørelsen av krav om bevis tilgang etter tvisteloven.¹⁰⁵ Opplysninger fra lempningssøknad er imidlertid underlagt taushetsplikt etter krfl. § 27, og derfor omfattet av bevisforbudet i tvl. § 22-3. I forbindelse med lovendringen i 2013, ble det vurdert om det også var nødvendig å gjøre tilpasninger i tvistelovens regler om bevis. Departementet uttalte om dette:¹⁰⁶

«Departementet har ikke funnet grunn til å utvide beskyttelsen av skylderklæringer til at de også unntas fra tvistelovens regler om opplysningsplikt § 21-4 og bevisplikt § 21-5. Dette ville innebære at lempningssøker står sterkere i en etterfølgende erstatningssak enn de øvrige kartelldeltakerne. Som påpekt i kapittel 4 er departementet av den oppfatning at lempningsinstituttet ikke skal utvides til å gi lempningssøkerne andre fordeler enn muligheten til bortfalt eller redusert overtredelsesgebyr.

For alle andre enn den parten i overtredelsessaken som har avgitt skylderklæringen, vil tvisteloven § 22-3 om bevisforbud for opplysninger undergitt taushetsplikt gjelde. Dette vil være andre parter i overtredelsessaken, deres partsrepresentanter og enhver som utfører tjeneste eller arbeid for konkurransemyndighetene. Denne bestemmelsen åpner imidlertid for at opplysninger som omfattes av taushetsplikten i forslaget til ny § 27, etter en konkret vurdering likevel kan kreves fremlagt i et eventuelt sivilt erstatningssøksmål. Taushetsplikten om skylderklæringen som foreslås i ny § 27 annet ledd og ny § 27 a første ledd blir dermed ikke absolutt. Bevisføringsforbudet modifiseres av at departementet etter § 22-3 annet ledd kan samtykke i at de taushetsbelagte opplysningene føres som bevis. Bestemmelsens reelle meningsinnhold er at partene kan føre bevis også om taushetsbelagte

¹⁰³ Jf. Prop. 75 L (2012-2013) s. 127.

¹⁰⁴ Ibid. s. 127–128.

¹⁰⁵ Jf. Schei m.fl., note 3 til § 26-6.

¹⁰⁶ Prop. 75 L (2012-2013) på s. 129.

opplysninger med mindre dette vil utsette staten eller allmenne interesser for skade, eller vil virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighold. Ytterligere modifisering av bevisføringsforbudet i § 22-3 første ledd følger av tredje ledd om at retten etter en avveining av hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning kan overprøve departementets standpunkt.

Departementet er enig med utvalget i at de hensynene som ligger bak forslaget til taushetsplikt om skylderklæringen i lempningssøknader, nemlig en effektiv håndheving av konkurranseloven, bør veie tungt ved departementets og rettens vurdering etter tvisteloven § 22-3 annet og tredje ledd.»

Dette gir uttrykk for gjeldende rett etter gjennomføringen av endringene i krrl. i 2013, men må suppleres på bakgrunn av reglene i tvisteloven kapittel 26 om bevis tilgang. Selv om bevisforbudet i § 22-3 ikke gjelder dersom den som har krav på hemmelighold samtykker til fremleggelse av beviset,¹⁰⁷ vil det ikke kunne kreves bevis tilgang hos lempningssøker for tilgang til skylderklæringer eller materiale som er omfattet av krrl. § 27(2), jf. tvl. § 26-7(2).¹⁰⁸ Ordlyden i tvl. § 22-3 forutsetter at det vil skje et direkte brudd på forvaltningens taushetsplikt dersom beviset fremlegges. Høyesterett har imidlertid anvendt bestemmelsene om forbud mot å føre bevis som er underlagt taushetsplikt slik at det er opplysningenes art som er avgjørende for om bevisforbudet får anvendelse.¹⁰⁹ Formålet med bevisforbudet er ikke å beskytte den som har taushetsplikt, men å sikre at opplysningene ikke kommer ut.¹¹⁰ Uten samtykke fra lempningssøker, vil det derfor ikke kunne kreves tilgang til skylderklæringen hos lempningssøker selv, heller ikke om han er saksøkt i erstatningssaken, jf. tvl. § 26-7 (2) jf. § 22-3.

Etter tvl. § 22-3 (2) kan bevis omfattet av forbudet i tvl. § 22-3 (1) fremlegges dersom departementet samtykker. Etter § 22-3 (3) kan retten også etter «en avveining av hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning (...) bestemme at beviset skal føres selv om samtykke er nektet». Beviset kan i så fall kreves fremlagt etter tvl. § 26-7(2). Etter praksis skal det mye til før retten vil fravike bevisforbudet i § 22-3(1) etter en konkret vurdering.¹¹¹

6.3.3 Direktivets krav

6.3.3.1 Fremleggelse av bevis som inngår i konkurransemyndighetenes saksdokumenter

Direktivet forutsetter at reglene om plikt til fremleggelse av beviser også skal gjelde overfor konkurransemyndighetene. Art. 5.1 lyder: «Member States shall ensure that, for the purpose of actions for damages, where national courts order the disclosure of evidence included in the file of a competition authority, this Article applies in addition to Article 5.»

Art. 6.2 og 6.3 er kommentert i innledningen i punkt 6.3.1.

Art. 6.4 krever at domstolene skal hensynta visse tilleggsmomenter i proporsjonalitetsvurderingen jf art. 5.3 når en begjæring om bevis tilgang vurderes:

«When assessing, in accordance with Article 5(3), the proportionality of an order to disclose information, national courts shall, in addition, consider the following:

¹⁰⁷ Jf. Schei m.fl. note 4 til § 22-3 og Skoghøy s. 763.

¹⁰⁸ Om den tilsvarende vurdering under tidligere tvistemålslov § 205, Rt. 1999 s. 1066. og Rt. 2004 s. 1668.

¹⁰⁹ Schei m.fl. note 4 til § 22-3 jf. note 4.4 til § 22-5.

¹¹⁰ Jf. Rt. 1999 s. 1066.

¹¹¹ Se Rt. 1997 s. 1170 og Rt. 1991 s. 1499, Schei m.fl. note 5.2 til § 22-5 og Skoghøy s. 761-762.

- (a) *whether the request has been formulated specifically with regard to the nature, subject-matter or contents of documents submitted to a competition authority or held in the file thereof, rather than by a non-specific application concerning documents submitted to a competition authority;*
- (b) *whether the party requesting disclosure is doing so in relation to an action for damages before a national court;*
- (c) *in relation to paragraphs 5 and 10, or upon request of a competition authority pursuant to paragraph 11, the need to safeguard the effectiveness of the public enforcement of competition law.»*

Dette er altså tilleggsmomenter som utfyller den proporsjonalitetsvurdering art. 5.3 gir anvisning på. Art. 6-4 bokstav (a) må ses i sammenheng med det generelle vilkår om at en begjæring om fremleggelse av bevis må spesifiseres i art. 5.3. Etter denne bestemmelsen kan det være tilstrekkelig å spesifisere en bestemt kategori av dokumenter som kreves fremlagt, jf. punkt 6.2.4.2. Rent språklig kan konkurransemyndighetenes dokumenter i en bestemt overtredelsessak i og for seg være en kategori dokumenter. Det fremgår imidlertid av direktivets fortale at en planlagt erstatnings sak ikke uten videre skal gi rett til innsyn i hele konkurransemyndighetenes saksmappe i den overtredelsessak erstatningskravet bygger på. I fortalen pkt. 22 og 23 heter det:

«In order to ensure the effective protection of the right to compensation, it is not necessary that every document relating to proceedings under Article 101 or 102 TFEU be disclosed to a claimant merely on the grounds of the claimant's intended action for damages since it is highly unlikely that the action for damages will need to be based on all the evidence in the file relating to those proceedings.

The requirement of proportionality should be carefully assessed when disclosure risks unravelling the investigation strategy of a competition authority by revealing which documents are part of the file or risks having a negative effect on the way in which undertakings cooperate with the competition authorities. Particular attention should be paid to preventing "fishing expeditions", i.e. non-specific or overly broad searches for information that is unlikely to be of relevance for the parties to the proceedings. Disclosure requests should therefore not be deemed to be proportionate where they refer to the generic disclosure of documents in the file of a competition authority relating to a certain case, or the generic disclosure of documents submitted by a party in the context of a particular case. Such wide disclosure requests would not be compatible with the requesting party's duty to specify the items of evidence or the categories of evidence as precisely and narrowly as possible.»

Direktivets krav må etter dette forstås som et skjerpet krav til spesifisering av de bevis som kreves fremlagt. Det vil normalt måtte kreves mer enn at saksøker i erstatningssaken krever at konkurransemyndighetene skal gi tilgang til alle dokumenter i en bestemt overtredelsessak, eventuelt alle dokumenter relatert til en bestemt adressat for overtredelsesvedtaket. Når det gjelder gjennomføringen av dette i nasjonal rett, er direktivets krav at dette inngår som et moment i domstolens skjønnsmessige kompetanse til å vurdere proporsjonaliteten av et krav om fremleggelse av bevis.

Etter bokstav (b) skal domstolen også vurdere hvorvidt den part som begjærer fremleggelse av bevis gjør det i forbindelse med et erstatningssøksmål for en nasjonal domstol. Bestemmelsens selvstendige betydning er uklar, og den er ikke kommentert i fortalen.

Endelig skal domstolen vurdere (c) behovet for å sikre effektiviteten av den offentlige håndhevingen av konkurransereglene. Det siste skjønnstemaet er kun nødvendig der domstolen vurderer en begjæring om fremleggelse av dokumenter som behandlet i art. 6.5, dokumenter som ikke kan

fremlegges før etter at konkurransemyndighetenes saksbehandling er avsluttet, eller etter art. 6.10, om dokumentet kan fremlegges av en part eller tredjepart, eller dersom konkurransemyndighetene påberoper seg dette hensynet, jf. art. 6.11. Det fremgår imidlertid av fortalens pkt. 24 at direktivet ikke medfører noen innskrenkning i domstolenes adgang til å legge vekt på hensynet til en effektiv offentlig håndheving av konkurransereglene når domstolene gir pålegg om fremleggelse av beviser. Regelen i art. 6.4. bokstav (c) er en minimumsregel – hensynet skal i alle fall tillegges vekt i de nevnte tilfellene.

Art. 6.5 inneholder en regel om at visse bevis bare skal kunne kreves fremlagt etter at konkurransemyndighetene har avsluttet sin saksbehandling:

«National courts may order the disclosure of the following categories of evidence only after a competition authority, by adopting a decision or otherwise, has closed its proceedings:

- (a) information that was prepared by a natural or legal person specifically for the proceedings of a competition authority;*
- (b) information that the competition authority has drawn up and sent to the parties in the course of its proceedings; and*
- (c) settlement submissions that have been withdrawn.»*

I motsetning til art. 6.6, behandlet nedenfor, peker ikke formuleringene i art. 6.5 direkte mot noen bestemte kategorier av dokumenter knyttet til bestemte prosedyrer eller lignende hos konkurransemyndighetene. Noe tolkningsveiledning kan finnes i fortalen. Formålet med bestemmelsen er å forhindre at bevis tilgang i erstatningssak griper forstyrrende inn i en pågående etterforskning av en overtredelse av konkurransereglene. Sammenholdt med fortalen pkt. 25 vil opplysningene under pkt. (a) i art. 6.5, opplysninger som er utarbeidet av en fysisk eller juridisk person spesifikt til bruk for konkurransemyndighetenes behandling av saken, for eksempel kunne være svar på myndighetenes anmodning om opplysninger eller vitneforklaringer. Fortalen pkt. 25 nevner som eksempel på bevis under kategori (b), som er utarbeidet av konkurransemyndighetene, et såkalt «*Statement of Objections*». Endelig kan heller ikke (c) forlikstilbud som er trukket tilbake, fremlegges før etter avslutningen av konkurransemyndighetenes saksbehandling. Om betydningen av begrepet «*settlement submissions*», se straks nedenfor.

Konkurransemyndighetenes saksbehandling er avsluttet når det enten er fattet et vedtak eller på annen måte. Fortalen pkt. 25 viser til nasjonale myndigheters avgjørelser under art. 5 eller Kommisjonens avgjørelser under kapittel III, begge i forordning (EF) 1/2003. Bestemmelsen i art. 6.5 gjelder ikke kun bevis tilgang overfor konkurransemyndighetene, men de aktuelle bevisene som sådan. De kan altså heller ikke kreves fremlagt av saksøkte eller tredjepart før konkurransemyndighetenes saksbehandling er avsluttet. For øvrig må vilkårene ellers i art. 5 og 6 være oppfylt.

Direktivet krever også at nasjonale domstoler ikke under noen omstendighet kan pålegge verken parter eller tredjemenn, heller ikke konkurransemyndighetene, å fremlegge to typer bevis, jf. art. 6.6 som lyder:

«Member States shall ensure that, for the purpose of actions for damages, national courts cannot at any time order a party or a third party to disclose any of the following categories of evidence:

- (a) leniency statements; and*

(b) *settlement submissions.*»

For det første skal altså ikke «*leniency statements*» kunne fremlegges. Disse er definert i art. 2.16 som «*an oral or written presentation voluntarily provided by, or on behalf of, an undertaking or a natural person to a competition authority or a record thereof, describing the knowledge of that undertaking or natural person of a cartel and describing its role therein, which presentation was drawn up specifically for submission to the competition authority with a view to obtaining immunity or a reduction of fines under a leniency programme, not including pre-existing information*». Dette tar sikte på faktiske opplysninger om et kartell og foretakets rolle i dette. Det avgrenses mot opplysninger som allerede fantes («*pre-existing information*»). Dette er igjen definert i art. 2.17 som «*evidence that exists irrespective of the proceedings of a competition authority, whether or not such information is in the file of a competition authority*». Begrepet «*leniency statements*» kan ikke forstås å skulle gjelde den fullstendige lempningssøknaden. Dette fremgår av fortalen som peker på at lempningsinstituttet må beskyttes ved at foretakene ikke skal kunne pålegges å fremlegge «*(...) selfincriminating statements such as leniency statements and settlement submissions, which are produced for the sole purpose of cooperating with the competition authorities (...)*». Begrepet kan dermed avgrenses til bevis som er selvinkriminerende og som er utarbeidet alene med formål å samarbeide med konkurransemyndighetene.

For det andre skal ikke «*settlement submissions*» kunne kreves fremlagt. «*Settlement submissions*» er definert i art. 2.18: «*a voluntary presentation by, or on behalf of, an undertaking to a competition authority describing the undertaking's acknowledgement of, or its renunciation to dispute, its participation in an infringement of competition law and its responsibility for that infringement of competition law, which was drawn up specifically to enable the competition authority to apply a simplified or expedited procedure*». Dette omfatter typisk innrømmelser av rettslig karakter, altså innrømmelser av at det har skjedd en overtredelse av konkurransereglene og at foretaket har et rettslig ansvar for dette, men kan også gå ut på en erklæring om at konkurransemyndighetenes vurdering ikke vil bli bestridt.

Begrepet «*settlement submissions*» tar sikte på dokumenter som er inngitt til Kommisjonen i forhandlinger om et kartellforlik etter prosedyren for dette i kommisjonsforordning (EF) 773/2004 som med kommisjonsforordning (EF) 622/2008 har fått en ny art. 10 a som angir prosedyren for forhandling om og inngåelse av forlik i kartellsaker. Det fremgår av art. 10 a (2) tredje avsnitt at partene i en «*settlement submission*» «*acknowledg[e] their participation in an infringement of Article 81 of the Treaty as well as their liability*». Noen formell definisjon av slike innlegg er ikke gitt i forordningen, men begrepet refererer seg til en type dokumenter som er kjent fra Kommisjonens behandling av anmodninger om kartellforlik. Tilsvarende prosedyre er innført i ESA ved meddelelse i henhold til ODA protokoll 4 kapittel II, art. 7 og art. 23, fra 18. oktober 2013.¹¹²

Direktivets ordlyd i art. 6.6 er innrettet mot typen av dokumenter, og vil omfatte «*leniency statements*» og «*settlement submissions*» uavhengig av hvilke konkurransemyndigheter som opprinnelig var adressert for dokumentet, inkludert dokumenter som opprinnelig var adressert til ESA eller Kommisjonen eller andre lands konkurransemyndigheter. Denne typen dokumenter kan etter

¹¹² EFTA Surveillance Authority notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Chapter II of Protocol 4 to the Surveillance and Court Agreement in cartel cases, publisert i EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende nr. 9/2014/s. 1.

direktivet ikke kreves fremlagt av noen, heller ikke av det foretak som har utferdiget dokumentet, med mindre han frivillig legger det frem.

I fortalen pkt. 26 fremheves betydningen av lempningsinstituttet (*«leniency»*) og forliksforhandlinger (*«settlement procedures»*), både for konkurransemyndighetenes effektive håndheving av konkurransereglene, men dermed også indirekte for muligheten til å kreve erstatning for skade voldt ved overtredelser av reglene. Det vil virke som et sterkt disincentiv til å delta i samarbeidsordninger med konkurransemyndighetene dersom selvinkriminerende uttalelser som lempingssøknader og forlikstilbud skulle kunne gjøres kjent. Fremleggelse av slike dokumenter vil også stille de foretakene som samarbeider med myndighetene eller deres ledelse dårligere med hensyn til sivil- og strafferettslig ansvar enn de foretak som ikke har samarbeidet med konkurransemyndighetene. Av fortalen pkt. 26 fremgår også at unntaket fra fremleggelsesplikten i art. 5.6 ikke tar sikte kun på de aktuelle dokumentene, men deres innhold. Sitater fra slike dokumenter som er inkludert i andre dokumenter bør også være unntatt fra plikten til fremleggelse. Unntaket skal ikke hindre konkurransemyndighetenes publisering av sine avgjørelser i henhold til nasjonal rett eller fellesskapsretten.¹¹³ Fortalens pkt. 26 siste setning er det naturlig å forstå slik at begrensningen i fremleggelsesplikten er rettet mot frivillig avgitte erklæringer i forbindelse med lempingssøknader og forliksinnlegg.

Direktivets regler ellers gir etter Kommisjonens mening tilstrekkelig grunnlag for skadelidte til å ha nok alternative måter å få tilgang til de relevante beviser de trenger for å kunne forberede erstatningssøksmål.¹¹⁴

Reglene i art. 6.5 og 6.6 er formulert som en begrensning i domstolenes adgang til å pålegge parter og tredjeparter å fremlegge bevis. Dette er en følge av at de grunnleggende pliktene for medlemsstatene i art. 5.1 jf. art. 6.1 har form av plikt til å gi domstolene kompetanse til å pålegge fremleggelse av bevis. Direktivets art. 7 krever at medlemsstatene også har korresponderende bevisforbud til art. 6.5 og 6.6, se punkt 6.3.3.2.

Unntaket i art. 6.6 skal bare ha virkning så langt det rekker, jf. art. 6.8. Dersom kun deler av de aktuelle bevisene faller inn under en av kategoriene i art. 6.6, skal resten av bevisene kunne fremlegges.¹¹⁵ Det fremgår også uttrykkelig av art. 6.9 at beviser som inngår i konkurransemyndighetenes saksdokumenter men ikke er omfattet av noen av kategoriene som er listet opp i art. 6, skal kunne pålegges fremlagt.

Art. 6.10 foreskriver at bevistilgang hos konkurransemyndighetene skal være subsidær, slik at det bare kan kreves at konkurransemyndighetene fremlegger beviset dersom partene eller tredjepart ikke med rimelighet kan fremskaffe beviset.¹¹⁶

Art. 6.11 inneholder en regel om at konkurransemyndighetene, dersom de er villige til å gi uttrykk for sitt syn på proporsjonaliteten av begjæringer om fremleggelse av opplysninger, på eget initiativ kan fremsette sine merknader til den nasjonale domstol som behandler en begjæring om fremleggelse av bevis. Bestemmelsen er en konsekvens av den adgang nasjonale konkurransemyndigheter skal ha

¹¹³ Fortalen pkt. 26.

¹¹⁴ Fortalen pkt. 27.

¹¹⁵ Jf. fortalen pkt. 27.

¹¹⁶ Jf. fortalen pkt. 29.

etter forordning (EF) nr. 1/2003 art. 15.3 til av eget tiltak å inngi innlegg for nasjonale domstoler om anvendelsen av art. 101 og 102 TEUV.¹¹⁷

I fortalen pkt. 30 uttales at medlemsstatene bør kunne etablere et system hvor konkurransemyndighetene underrettes om begjæringer om fremleggelse av opplysninger når den som anmoder om bevis tilgang eller den som er adressat for begjæringen om bevis tilgang er omfattet av den nasjonale konkurransemyndighets undersøkelse av en påstått overtredelse. Henvisningen til nasjonale regler om *ex parte* prosedyrer viser at dette ikke er ment å berøre regler om bevissikring uten at adressaten blir hørt.¹¹⁸

Direktivet stiller kun enkelte krav til domstolenes saksbehandling ved krav om bevis tilgang overfor konkurransemyndighetene. For begjæringer om fremleggelse av bevis som omfattet av art. 6.6 (a) eller (b), kreves at domstolen skal gis tilgang til bevisene med det ene formål å vurdere om innholdet i de aktuelle bevisene omfattes av definisjonene av slike bevis i art. 2.16 og art. 2.18.¹¹⁹

Bestemmelsen har ingen parallell i art. 5. Art. 6.7 lyder:

«A claimant may present a reasoned request that a national court access the evidence referred to in points (a) or (b) of paragraph 6 for the sole purpose of ensuring that their contents correspond to the definitions in points (16) and (18) of Article 2. In that assessment, national courts may request assistance only from the competent competition authority. The authors of the evidence in question may also have the possibility to be heard. In no case shall the national court permit other parties or third parties access to that evidence.»

Domstolen kan altså be om assistanse kun fra den kompetente konkurransemyndighet. Den som er opphav til det aktuelle beviset (*«the authors»*) kan også få anledning til å uttale seg, men dette er ikke formulert som noe absolutt krav. Kontradiksjon for den som begjæringen om fremleggelse av beviset er krevet fra sikres gjennom art. 5.7. Ikke i noe tilfelle skal domstolen tillate at andre parter eller tredjemenn får tilgang til beviset. Bestemmelsen er en fornuftig presisering når direktivets bestemmelser ellers omhandler *«disclosure of evidence»* som det er naturlig å forstå som fremleggelse av bevis og som avhengig av reglene i nasjonal rett, i utgangspunktet skjer for domstolen i åpen rett. Bestemmelsen er også viktig for anvendelsen av art. 6.8.

6.3.3.2 Begrensninger i bruken av bevis fremskaffet ved innsyn i konkurransemyndighetenes saksdokumenter

Direktivets art. 7 står i nær sammenheng med reglene i art. 6. De dokumentene som inngår i konkurransemyndighetenes saksmappe er dels utarbeidet av partene selv og vil dels være tilgjengelige for dem som er parter i saken for konkurransemyndighetene gjennom nasjonale regler om partsinnsyn og offentlighet. Slike dokumenter vil derfor kunne bli tilbudt som bevis uten at de er innhentet ved krav om fremleggelse av bevis rettet mot konkurransemyndighetene etter art. 5 jf. art. 6.

Art. 7 er innrettet mot de dokumenter som er innhentet ved innsyn hos konkurransemyndighetene. Bestemmelsen er ment som et unntak fra hovedregelen om at alle beviser som en person, fysisk eller juridisk, er i besittelse av, bør kunne brukes av personen med henblikk på et erstatningssøksmål der

¹¹⁷ Jf. fortalen pkt. 30.

¹¹⁸ Sml. tvisteloven § 28-3 (4).

¹¹⁹ Se fortalen pkt. 27.

vedkommende er part, selv om vedkommende har fått tilgang til beviset som følge av innsyn i saken hos konkurransemyndighetene, jf. fortalen pkt. 31.

Art. 7.1 og 7.2 gjelder dokumenter som omhandlet i art. 6.6 og 6.5:

«1. Member States shall ensure that evidence in the categories listed in Article 6(6) which is obtained by a natural or legal person solely through access to the file of a competition authority is either deemed to be inadmissible in actions for damages or is otherwise protected under the applicable national rules to ensure the full effect of the limits on the disclosure of evidence set out in Article 6.

2. Member states shall ensure that, until a competition authority has closed its proceedings by adopting a decision or otherwise, evidence in the categories listed in Article 6 (5) which is obtained by a natural or legal person solely through access to the file of that competition authority is either deemed to be inadmissible in actions for damages or is otherwise protected under the applicable national rules to ensure the full effect of the limits on the disclosure of evidence set out in Article 6.»

Etter art. 7.1 skal dokumenter som omhandlet i art. 6.6, lempningserklæringer og forlikinnlegg, som en fysisk eller juridisk person har fått tilgang til alene gjennom innsyn i saken hos konkurransemyndighetene, enten være «*deemed to be inadmissible*» eller «*otherwise protected under the applicable national rules to ensure the full effect of the limits on the disclosure of evidence set out in Article 6*». Medlemsstatene kan altså velge mellom å beskytte dokumentene ved bevisforbud eller andre tiltak. Direktivet stiller ikke nærmere krav til innholdet av slike tiltak. Formålet med bestemmelsen er å sikre konkurransemyndighetenes effektive håndheving av konkurransereglene.¹²⁰

Art. 7.2 krever tilsvarende bevisforbud eller beskyttelsestiltak for bevis som er omfattet av art. 6.5 inntil konkurransemyndighetene har avsluttet sin sak gjennom et vedtak eller på annen måte.

Direktivets art. 7.3 gjelder alle andre dokumenter som er innhentet ved innsyn hos konkurransemyndighetene eller fremlagt fra konkurransemyndighetene:

«3. Member States shall ensure that evidence which is obtained by a natural or legal person solely through access to the file of a competition authority and which does not fall under paragraph 1 or 2, can be used in an action for damages only by that person or by a natural or legal person that succeeded to that person's rights, including a person that acquired that person's claim.»

Art. 7.3 gjelder altså alle andre dokumenter enn de som er omtalt i art. 7.1 og 7.2, jf. art. 6.6 og 6.5, også dokumenter som omtalt i art. 6.5 etter at konkurransemyndighetenes saksbehandling er avsluttet. Begrensningen gjelder ikke bevis som vedkommende har fått tilgang til på annen måte enn ved innsyn hos konkurransemyndighetene selv om disse bevisene også inngår i saksdokumentene til konkurransemyndighetene. Direktivets regel går ut på at kun den person, fysiske eller juridiske, som har fått innsyn hos konkurransemyndighetene, skal fremlegge bevis innhentet på den måten som bevis i en erstatningssak. Retten skal omfatte også personens rettsetterfølgere, inkludert den som måtte ha overtatt erstatningskravet.

Avgrensningen av personkretsen kan forstås videre enn direktivets ordlyd gir anvisning på. Fortalen pkt. 31 viser til at kretsen bør omfatte alle de juridiske enheter innenfor et konsern, som i relasjon til

¹²⁰ Fortalen pkt. 32. På bakgrunn av tidligere utgaver av direktivteksten, synes det å ha blitt feil nummer i henvisningene i fortalen pkt. 32. Det riktige må være en henvisning til pkt. 25 og 26.

art. 101 og 102 TEUV anses som ett foretak. Bevisene kan altså anvendes av alle enheter innen samme «foretak», men ikke av andre.

Formålet med bruksbegrensningen er å unngå handel med beviser.¹²¹ Begrensningen skal imidlertid ikke være til hinder for at domstolene pålegger fremleggelse av dokumenter innenfor direktivets vilkår.¹²² Konsekvensen av forbudet vil være at andre saksøkere eller saksøkte vil måtte fremsette en begjæring om bevisfremleggelse fra vedkommende som er i besittelse av beviset. Så lenge en annen part eller tredjepart er i besittelse av beviset, kan det ikke begjæres fremlagt av konkurransemyndighetene, jf. art. 6.10.

6.3.4 Vurderinger

6.3.4.1 Bevistilgang generelt

Twistelovens regler om plikt til å opplyse saken, tvl. § 21-4 og § 21-5 og reglene om bevis, tvistelovens kapittel 26, gjelder også for forvaltningsorganer, herunder konkurransemyndighetene. Det må imidlertid vurderes om den plikt til fremleggelse av bevis, og unntakene fra dette, som følger av tvistelovens regler sammenholdt med reglene i konkurranseloven, tilfredsstiller direktivets krav.

Etter direktivets art. 6.4 kreves at domstolen i den proporsjonalitetsvurdering som art. 5.3 gir anvisning på, også skal ta visse særlige hensyn ved vurderingen av krav om fremleggelse av bevis som inngår i konkurransemyndighetenes saksdokumenter.

Art. 6.4 bokstav (a) er diskutert under punkt 6.3.3.1. Bestemmelsen innebærer at det ikke ved en ubestemt begjæring om bevistilgang kan kreves innsyn i hele saksmappen til konkurransemyndighetene i en overtredelsessak, eller saksmappen for så vidt gjelder en saksøkt. Etter vårt syn vil det følge av kravet til spesifisering av begjæringen om bevistilgang i tvl. § 26-6, og vi viser til drøftelsen over under punkt 6.2.5.2. Norsk rett er etter vår oppfatning i samsvar med direktivets krav på dette punkt.

Direktivets art. 6.4 bokstav (b) krever at domstolen også skal legge vekt på hvorvidt kravet om innsyn fremsettes i forbindelse med et privat erstatningssøksmål. Bestemmelsens rekkevidde er uklar. Ordlyden i art. 6 må forstås slik at den ikke nødvendigvis krever at innsyn hos konkurransemyndighetene gjennomføres som regler om bevistilgang i sivilprosessen, men kan gjennomføres som regler om innsyn eller dokumentoffentlighet. I så fall vil bestemmelsen kunne ha selvstendig betydning. For norsk rett, der bevistilgang kan kreves innenfor tvistelovens regler, slik at erstatningssøksmålet er en forutsetning for at reglene om bevistilgang skal være aktuelle, vil dette skjønnsmomentet etter vårt syn ikke få noen selvstendig betydning.

Art. 6.4 (c) krever at domstolen skal kunne legge vekt på hensynet til effektiv offentlig håndheving av konkurransereglene ved vurdering av tilgang til bevis som er omfattet av art. 6.5, for eksempel vitneerklæringer, «*statement of objections*» og forliksinnlegg, og ved vurdering av bevistilgang overfor konkurransemyndighetene, samt på begjæring av konkurransemyndighetene. Utenfor tvisteloven vil kravet i art. 6.4 (c) for innsynsbegjæringer fremsatt i medhold av offentlighetsloven, jf. krrl. § 26, være oppfylt ved regelen i offentlighetsloven § 24. I reglene om bevis som foreslås i konkurranseloven, er også inntatt en regel som oppfyller art. 6.4 bokstav (c).

¹²¹ Fortalen pkt. 32.

¹²² Ibid.

Direktivet krever etter art. 6.10 at muligheten for å kreve fremleggelse av bevis hos konkurransemyndighetene skal være subsidiær til fremleggelse av de aktuelle bevisene fra partene selv eller fra tredjemenn.¹²³ Etter norsk rett er adgangen til å kreve bevistilgang hos tredjemann subsidiær til partenes egen plikt til å opplyse saken. Plikten til saksopplysning som påligger partene etter tvl. § 21-4 går lenger enn den plikt tredjepart har til å bidra til sakens opplysning etter tvl. § 21-5. For dokumentbevis fremgår det også av tvl. § 26-5 (3) at retten kan nekte bevistilgang dersom parten har tilnærmet samme mulighet for tilgang til beviset selv. Selv om dette etter ordlyden kun gjelder den part som selv begjærer bevistilgang, er det klart at retten under sin helhetsvurdering av om bevistilgang skal gis, vil legge vekt på om adressaten for begjæringen om bevistilgang er part i saken eller en utenforstående tredjepart, og at det overfor tredjeparter skal mer til for å få bevistilgang.¹²⁴

Heller ikke innsynsreglene i konkurranseloven medfører noen subsidiaritet. Med unntak for lempningssøknader, følger det også av krrl. § 27(2) at enhver med rettslig interesse har et krav på innsyn i dokumenter hos Konkurransetilsynet etter at en overtredelsessak er avsluttet.

Spørsmålet er derfor om direktivet krever at nasjonal rett oppstiller et uttrykkelig vilkår for å kreve bevistilgang fra konkurransemyndighetene at beviset ikke med rimelighet kan fremlegges av en part eller tredjepart. Etter direktivets art. 5.8 er direktivets regler, med forbehold for art. 6, minimumsregler som ikke er til hinder for at medlemsstatene har regler som fører til videre bevistilgang. Henvisningen til art. 6 innebærer at det ikke er adgang til å gi videre tilgang til den typen bevis som er omtalt i art. 6.5 og art. 6.6. Det er dog ikke åpenbart at dette også gjelder det at bevistilgang hos konkurransemyndighetene skal være subsidiær til bevistilgang hos parten eller hos tredjepart. Det overordnede formålet med reglene i direktivets kapittel 6, er å sikre ensartet og konsistent anvendelse av bestemmelsene i art. 101 og 102 TEUV og å sikre at reglene om tilgang til bevis, jf. art. 5, ikke unødig forstyrrer konkurransemyndighetenes effektive håndheving av konkurransereglene.¹²⁵ Vi legger derfor til grunn at bestemmelsen bør gjennomføres i norsk rett.

6.3.4.2 Begrenset tilgang til dokumenter under Konkurransetilsynets saksbehandling

Direktivets art. 6.5 begrenser domstolenes adgang til å pålegge fremleggelse av bevis under konkurransemyndighetenes saksbehandling, jf. punkt 6.3.3.1. Dette gjelder (a) opplysninger som er utarbeidet av en fysisk eller juridisk person spesifikt til bruk for konkurransemyndighetenes behandling av saken, for eksempel som svar på myndighetenes anmodning om opplysninger eller vitneforklaringer, jf. fortalen pkt. 25. Det gjelder også (b) opplysninger som er utarbeidet av konkurransemyndighetene og sendt til partene under myndighetenes behandling av saken, som for eksempel et «*Statement of Objections*». Endelig kan heller ikke (c) forliksinnlegg som er trukket tilbake, fremlegges før etter avslutningen av konkurransemyndighetenes saksbehandling.

Art. 7.2 krever at dersom noen er i besittelse av slike bevis som nevnt i art. 6.5 som følge av innsyn i konkurransemyndighetenes saksdokumenter, må begrensningen i art. 6.5 på plikten til å fremlegge bevis effektueres gjennom enten et korresponderende bevisforbud eller andre beskyttelsestiltak.

¹²³ Jf. fortalen pkt. 29.

¹²⁴ NOU 2001:32 Bind B s. 980 og Schei m.fl. note 9 til § 26-6.

¹²⁵ Fortalen pkt. 21.

Tvistelovens regler om bevis tilgang, jf. tvl. § 26-5 - § 26-7, gjelder også overfor forvaltningen, herunder konkurransemyndighetene. Det avgjørende for om dokumenter og bevis fra konkurransemyndighetenes saksmappe kan kreves fremlagt som bevis i retten, er om vilkårene i tvl. kapittel 26 er oppfylt, og at beviset ikke er omfattet av noen av bevisforbudene eller bevisfritakene i tvl. kapittel 22. Krll. § 26 om utsatt offentlighet under Konkurransetilsynets behandling av en sak, får ikke betydning for domstolenes behandling av et erstatningskrav på grunnlag av overtredelse av konkurransereglene.

Etter norsk rett vil domstolen være forhindret fra å pålegge noen å fremlegge bevis som er omfattet av et bevisforbud eller et bevisfritak som vedkommende kan påberope, jf. tvl. § 21-5, jf. § 26-7(2). Bevisforbudet i tvl. § 22-3, for opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt, vil få anvendelse på de opplysningene som omfattes av reglene i krll. § 27 jf. forvaltningsloven § 13-§ 13e. Taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 omfatter opplysninger om noens *«drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår»*, og vil kunne omfatte visse opplysninger som omhandlet i direktivets art. 6.5. Hvor langt opplysninger er omfattet av bevisforbudet, vil avhenge av opplysningenes innhold, og ikke som art. 6.5 krever, opplysningenes form.

Norsk rett inneholder altså ingen regel som gir grunnlag for at de opplysninger og bevis som er omtalt i direktivets art. 6.5 skal kunne unntas fra plikten til å gi tilgang til bevis etter tvl. § 21-5 jf. § 26-5, og heller ikke noe korresponderende midlertidig bevisforbud eller annet beskyttelsestiltak som krevet i art. 7.2.

Direktivets art. 6.5 må derfor gjennomføres ved særlige lovbestemmelser som begrenser muligheten for bevis tilgang inntil konkurransemyndighetenes saksbehandling er avsluttet. Art. 7.2 må gjennomføres ved et korresponderende bevisforbud eller beskyttelsestiltak for de dokumenter som er omtalt i art. 6.5 og som vedkommende har fått tilgang til ved innsyn hos konkurransemyndighetene. Vi foreslår å gjennomføre dette som et midlertidig bevisforbud, heller enn ved andre beskyttelsestiltak, da det vil harmonere best med regulering av bevis i gjeldende norsk sivilprosess.

6.3.4.3 Lempningserklæringer og forliksinnlegg

Reglene i tvisteloven om bevis ble ikke endret i forbindelse med innføringen av reglene i krll. §§ 26-27a som begrenser retten til innsyn i opplysninger fra lempningssøknader, og som underlegger slike opplysninger taushetsplikt. Spørsmålet er om krll. §§ 26-27a sammenholdt med bevisforbudet i tvl. § 22-3, er tilstrekkelig til å oppfylle direktivets krav om begrensnings i adgangen til å pålegge fremleggelse av *«leniency statements»* og *«settlement submissions»* i art. 6.6, og kravet om bevisforbud eller beskyttelsestiltak for slike dokumenter i art. 7.1.

For det første er spørsmålet om bestemmelsene har et tilstrekkelig saklig omfang til å oppfylle direktivets krav, altså om de norske bestemmelsene omfatter de to kategoriene av bevis som direktivet nevner. Hvilke krav direktivet stiller til unntakets saklige omfang fremgår av definisjonene av de to kategoriene i art. 2.16 og 2.18. *«Leniency statements»* omfatter en muntlig eller skriftlig presentasjon fra en person eller et foretak til konkurransemyndighetene som beskriver vedkommende sin kunnskap om et kartell og som beskriver vedkommende sin rolle i kartellet.

Etter krrl. § 27 (2) er det «*opplysninger som har sin opprinnelse i erklæringer fra et foretak om dets viten om en overtredelse av § 10 og foretakets egen delaktighet i overtredelsen, og som er utarbeidet spesielt med det formål å oppnå lempning*» som er underlagt taushetsplikt og dermed omfattes av bevisforbudet i tvl. § 22-3. Regelen i krrl. § 27 (2) tar sikte både på erkjennelser av faktiske forhold og erkjennelser av ansvar for gebyr, eventuelt straff. Taushetsplikten gjelder opplysningene og er ikke knyttet til de dokumentene som opplysningene fremgår av.¹²⁶ Etter vår oppfatning, omfatter formuleringen i krrl. § 27 (2) det samme som direktivets begrep «*leniency statements*».

En gjennomføring av direktivets regler vil kunne knyttes til krrl. § 27 (2). I valg av terminologi, er det naturlig å se hen til den terminologi som finnes i konkurranseloven om dette allerede. En direkte språklig oversettelse av «*leniency statements*» kan være «*lempningserklæringer*». Krrl. § 27 a (1) bruker begrepet «*skylderkklæringer*» og henviser til § 27 (2). Språklig synes dette begrepet noe snevrere enn de opplysningene som omfattes av § 27 (2).¹²⁷ Begrepet «*skylderkklæringer*» kom inn under departementets lovforarbeid, se prp. L 75 (2012-2013) særlig s. 122 flg. Departementet synes å mene at begrepet skal dekke de opplysninger som er underlagt taushetsplikten i krrl. § 27(2).¹²⁸ Gitt denne forståelsen, dekker begrepet «*skylderkklæringer*» etter vårt syn innholdet i direktivets begrep «*leniency statements*». En viss språklig diskrepans vil bestå.

En «*settlement submission*» omfatter en frivillig presentasjon fra foretaket til konkurransemyndighetene som redegjør for foretakets erkjennelse av sin deltagelse i en overtredelse av konkurransereglene og sitt ansvar for overtredelsen, eller et frafall av innsigelser mot konkurransemyndighetenes vurdering. Dokumentene inneholder altså henholdsvis en faktisk beskrivelse av et kartell og foretakets deltagelse, og en innrømmelse av at forholdet er ulovlig under konkurransereglene. Dokumenter med slikt innhold er kjent fra prosedyrene for kartellforlik i henholdsvis Kommisjonen og ESA.¹²⁹ Begrepet kan tjenlig oversettes med «*forliksinnlegg*» på norsk. Vi bemerker at det mer brukte ordet «*forlikstilbud*» har en snevrere betydning enn direktivets definisjon, fordi direktivets begrep er rettet mot innholdet av dokumentet som går ut på erkjennelse av ansvar eller frafall av rettslige innsigelser, og ikke trenger å inneholde noe tilbud eller forslag om løsning. Vi vil derfor bruke «*forliksinnlegg*».

I norsk intern rett har man ikke gjennomført noen tilsvarende prosedyre for kartellforlik som hos Kommisjonen og ESA. Begrepet «*settlement submissions*» eller forliksinnlegg, peker derfor ikke på noen kategori av dokumenter som er kjent fra norske konkurransemyndigheters saksbehandling. Det er etter vår oppfatning likevel grunn til å gjennomføre direktivets regler også for slike dokumenter.

¹²⁶ Prop. 75 L (2012-2013) s. 126.

¹²⁷ Slik også NOU 2012:7 på s. 196 hvor det heter om den lovtekst som utvalget foreslo: «*Unntaket er avgrenset til å gjelde dokumenter som inngis i forbindelse med anmodning om lempning fra et foretak. Unntaket gjelder både selve søknaden om lempning, som vil inneholde en erklæring om skyld og derfor er særlig sensitiv ved et eventuelt etterfølgende erstatningssøksmål, og andre dokumenter vedlagt lempningssøknaden. Bestemmelsen unntar for eksempel bevismateriale som vedlegges søknaden om lempning, også når bevismaterialet ikke er særskilt utarbeidet for lempningssøknaden.*»

¹²⁸ Prop. 75 L (2012-2013) s. 126: «*Departementet er derfor enig i utvalgets forslag om at konkurransemyndighetene skal ha taushetsplikt om opplysninger som har sin opprinnelse i skylderkklæringene i lempningssøknader, jf. utvalgets forslag til § 27 a annet ledd. I likhet med utvalget foreslås imidlertid ikke taushetsplikt om hele lempningssøknaden i departementets forslag til ny § 27. Det er opplysninger i erklæringer fra et foretak om dets viten om en overtredelse av § 10 og foretakets egen delaktighet i overtredelsen, som er utarbeidet spesielt med det formål å oppnå lempning, som skal hemmeligholdes.*»

¹²⁹ Se foran punkt 6.3.3.1.

For det første kan det ikke utelukkes at konkurransemyndighetenes saksdokumenter i enkelte tilfeller vil kunne omfatte slike dokumenter som var adressert til ESA, Kommisjonen eller andre konkurransemyndigheter. For det andre vil konkurransemyndighetenes mappe kunne inneholde dokumenter som etter sitt innhold omfattes av definisjonen i direktivet. Endelig vil gjennomføring også legge til rette for å innføre en ordning med kartellforlik på nasjonalt nivå dersom det blir aktuelt.

Etter vår oppfatning bør bestemmelsene som gjennomfører direktivets krav til beskyttelse av «*leniency statements*» etter art. 6.6 og art. 7.1, også omfatte forliksinnlegg. Det vil være hensiktsmessig å ha samme regulering av disse to kategoriene dokumenter i norsk rett, slik at bestemmelsene om taushetsplikt m.v. også omfatter forliksinnlegg.

For det andre er spørsmålet om de norske reglenes innhold tilfredsstillende direktivets krav til begrensning i adgangen til å pålegge bevistilgang og adgangen til å føre dokumentene som bevis, art. 6.6 jf. art. 7.1. Retten kan ikke ta i mot bevis dersom det strider mot lovbestemt taushetsplikt, jf. tvl. § 22-3. Så langt lempningssøknaden er omfattet av taushetsplikten i krrl. § 27 (2), er den også omfattet av bevisforbudet i tvl. § 22-3. Bevisforbudet i tvl. § 22-3 er formulert slik at det kun forhindrer at et bevis føres når «*dette vil krenke lovbestemt taushetsplikt for den som har opplysningene som følge av tjeneste*». Taushetsplikten omfatter også partene og deres representanter, jf. krrl. § 27 a (2). Etter ordlyden i krrl. § 27 a (2) omfattes også lempningssøkeren selv, men den primære adressat for taushetsplikten er andre kartelldeltakere som er parter i overtredelsessaken for Konkurransetilsynet.¹³⁰ Dersom saksøkte i erstatningssaken er den som har søkt lempning, og altså er den som har krav på hemmelighold, kan han samtykke til at bevisene føres.¹³¹ Bevisforbudet gjelder dersom parten ikke samtykker.

Direktivets krav om at bevisfremleggelse ikke skal kunne pålegges i art. 6.6, retter seg mot alle parter og tredjeparter, og omfatter også det foretak som har søkt lempning. Det betyr at beviset ikke kan pålegges fremlagt selv om vedkommende ikke har fått beviset gjennom innsyn i konkurransemyndighetenes saksdokumenter, men for eksempel har utarbeidet det selv. Bevisforbudet i art. 7.1 derimot, retter seg kun mot bevis som er innhentet fra konkurransemyndighetene. Det medfører at et bevisforbud som kan fravikes dersom den som har krav på hemmelighold samtykker, ikke er problematisk i forhold til direktivet.

Retten kan imidlertid i to andre tilfeller tillate ført bevis som er omfattet av forbudet i tvl. § 22-3. Beviset kan føres dersom departementet samtykker, jf. tvl. § 22-3 (2). Samtykke kan nektes dersom det vil skade allmenne interesser, herunder konkurransemyndighetenes mulighet for effektiv håndheving av konkurransereglene. Samtykke kan nektes under henvisning til allmenne hensyn, og det ligger i det at departementet kan nekte samtykke også av hensyn til konkurransemyndighetenes effektive håndheving av konkurransereglene ved blant annet å beskytte lempningssøknader og forliksløsninger. Direktivets art. 7.1 krever enten et bevisforbud eller at bevisene er beskyttet på annen måte «*under the applicable national rules to ensure the full effect of the limits on the disclosure of evidence set out in Article 6*». Departementet kan nekte samtykke etter tvl. § 22-3 (2) for å beskytte de aktuelle dokumentene. Vi legger derfor til grunn at regelen i § 22-3 (2) ikke er i strid med direktivets krav.

¹³⁰ Prop. 75 L (2012-2013) s. 126.

¹³¹ Schei m.fl. note 4 til § 22-3.

Domstolen kan også beslutte beviset ført etter tvl. § 22-3 (3) etter en konkret avveining. Det følger av tvl. § 26-7 (2) at beviset i så fall også kan kreves fremlagt. Direktivet krever i art. 6.6 at «*national courts cannot at any time order a party or a third party to disclose*» lempningserklæringer eller forliksinnlegg. Etter sin ordlyd er dette et absolutt forbud mot å pålegge noen å fremlegge slike dokumenter som art. 6.6 omhandler. Selv om domstolen har adgang til å hensynta behovet for å beskytte dokumenter knyttet til lempningssøknader og forliksinnlegg i sin helhetsvurdering under tvl. § 22-3 (3), synes en skjønnsmessig adgang til dette å komme i konflikt med direktivets krav. Etter vår vurdering er den adgang til å kreve fremleggelse av bevis som følger av reglene i tvl. § 26-7 (2) og tvl. § 22-3 (3) i strid med direktivets krav og en tilpasning vil være nødvendig.

Det er ikke nødvendig med noen særskilt gjennomføring av direktivets art. 6.8 som begrenser rekkevidden av unntakene i art. 6.6 til så langt bevisene faller innenfor den aktuelle kategorien. Dette følger klart av tvl. § 26-7 (2).

6.3.4.4 Begrensning i bruk av bevis innhentet fra konkurransemyndighetene

Art. 7.3 stiller krav til bruken av de beviser som er innhentet fra konkurransemyndighetene og som ikke er omfattet av bevisforbudene i art. 7.1 og art. 7.2. Bestemmelsen gjelder uavhengig av bevisenes innhold, men den gjelder kun der bevisene alene har blitt tilgjengelige fra konkurransemyndighetene, og ikke bevis som parten kan ha fra en annen kilde. Direktivet stiller ikke krav om et bevisforbud, men krever at slike dokumenter «*can be used in an action for damages only by that person (...)*».

Krrl. § 27 a (1) har en regel som begrenser partenes og deres representanters bruk av skylderklæringer som nevnt i krrl. § 27 (2) som foreskriver at «*part eller partsrepresentant som blir gjort kjent med skylderklæringer som nevnt i §27 annet ledd, har taushetsplikt om opplysningene og kan bare bruke dem så langt det er nødvendig for å ivareta partens interesse i saken*». Det følger av dette at det ikke vil være adgang for partene til å overlate bevisene til andre som vil bruke dem som bevis i en erstatningssak for overtredelse av konkurransereglene. Bestemmelsen omfatter imidlertid kun skylderklæringer i lempningssaker, og ikke andre dokumenter som er innhentet ved innsyn i saken hos Konkurransetilsynet.

For opplysninger som er underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13, følger det av forvaltningslovens § 13 b (2) at en part som får innsyn i slike opplysninger, bare kan «*bruke opplysningene i den utstrekning det er nødvendig for å vareta partens tarv i saken*». Det vil altså være i strid med regelen i § 13b (2) å overlate opplysninger og bevis som er underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 til en tredjepart for bruk som bevis i en sak om erstatning etter overtredelse av konkurransereglene, selv om det gjelder den samme overtredelsen. Et bevis som er fremskaffet ved brudd på taushetsplikt, vil kunne være omfattet av forbudet i tvl. § 22-3 (1).

For bevis som ikke er omfattet av taushetsplikt etter krrl. § 26 - § 27 a jf. forvaltningslovens § 13 - § 13e, har norsk rett ingen regel som gir en slik begrensning av bruken av dokumenter fordi de er innhentet ved innsyn hos konkurransemyndighetene.

Etter tvl. § 22-7 kan retten i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte. Terskelen for anvendelse av bestemmelsen er høy, og det skal mye til å anvende denne

regelen dersom beviset i seg selv er lovlig og ikke er fremskaffet ved noens brudd på taushetsplikt eller lignende.¹³²

Det følger av fortalen pkt. 32 at direktivets regel i art. 7.3 ikke skal være til hinder for de øvrige regler om fremleggelse av bevis som følger av direktivet. Direktivet er ikke til hinder for at det begjæres bevis tilgang hos en part som er i besittelse av slike bevis og at bevisene deretter legges frem i retten, så fremt bevisene ikke er underlagt andre bevisforbud som i art. 7.1 og 7.2.

Etter vår oppfatning synes det lite reelt behov i norsk rett for en regel som i direktivets art. 7.3, fordi det som regel vil være svært enkelt å få innsyn hos forvaltningen i dokumenter som verken er underlagt taushetsplikt eller andre innsynsbegrensninger. På den annen side er regler som begrenser bruk av bevis som er underlagt taushetsplikt etter vår oppfatning innholdsmessig ikke tilstrekkelig til korrekt gjennomføring av direktivet. Ordlyden i art. 7.3 er ikke begrenset til taushetsbelagt informasjon. Formålet med regelen er å unngå handel med bevis, ikke å beskytte taushetsbelagte opplysninger.¹³³ Gjennomføring av en regel som begrenser hvem som kan fremlegge som bevis for retten et dokument som er innhentet på lovlig måte og ikke underlagt taushetsplikt, er helt ukjent i norsk sivilprosess. Regelen bør derfor begrenses til private erstatningssøksmål i konkurransesaker og ikke gjennomføres som en endring i tvistelovens regler.

6.3.4.5 Saksbehandlingsregler

Direktivets krav i art. 6.7 om at domstolen skal få tilgang til beviset uten at partene i saken gis tilgang for å vurdere om beviset er omfattet av art. 6.6, er etter vår oppfatning oppfylt ved regelen i tvl. § 26-7 (1). Fremleggelse for retten etter tvl. § 26-7 (1) innebærer at det kun er dommeren som får tilgang til beviset for å treffe avgjørelse om det skal fremlegges.¹³⁴ Kontradiksjon for adressaten for kravet om bevis tilgang er sikret ved tvl. § 11-1 (3), jf. ovenfor punkt 6.2.3. Vi mener norsk rett på dette punkt oppfyller direktivets krav.

Direktivet sier videre at domstolen bare skal kunne be om bistand fra den kompetente konkurransemyndighet. Det kan være noe uklart om direktivet krever at domstolen skal ha anledning til å be konkurransemyndighetene om bistand for sin avgjørelse. Ordlyden i art. 6.7 er imidlertid begrenset til at domstolen ikke har adgang til å be om bistand fra andre, heller ikke andre konkurransemyndigheter. Dersom konkurransemyndighetene er adressat for kravet om bevis tilgang, medfører det en rett til kontradiksjon etter tvl. § 11-1(3). Ut fra sammenhengen med art. 6.11, straks nedenfor, vil vi foreslå en regel til gjennomføring av 6.7 og 6.11 i norsk rett.

Direktivets art. 6.11 adresserer konkurransemyndighetenes innlegg for nasjonale domstoler:

«11. To the extent that a competition authority is willing to state its views on the proportionality of disclosure requests, it may, acting on its own initiative, submit observations to the national court before which a disclosure order is sought.»

Vi oppfatter at direktivets krav til nasjonal rett på dette punkt er begrenset til at domstolen er pliktig å ta i mot en slik uttalelse fra konkurransemyndighetene. Norsk rett gir en viss adgang for

¹³² Sml. uttalelsene i Rt. 2004 s. 1366 premiss (13).

¹³³ Fortalen pkt. 32.

¹³⁴ Se Schei m.fl. note 2 til § 26-7.

Konkurransetilsynet til å gi innlegg for domstolen i saker som er relevante under direktivet etter bestemmelsen i EØS-konkurranseloven § 9:

«Konkurransetilsynet kan på eget initiativ gi skriftlige innlegg for domstolene i spørsmål om anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 og 54. Med tillatelse fra den aktuelle domstol kan Konkurransetilsynet også gi muntlige innlegg.»

Bestemmelsen omfatter imidlertid ikke prosessuelle avgjørelser, som avgjørelser om bevis etter tvistelovens kapittel 26. Dette må i tilfelle hjemles i lov.

Av fortalen pkt. 30 fremgår det at medlemsstatene kan opprette et system for å informere konkurransemyndighetene om krav om bevistilgang mot parter som er involvert i konkurransemyndighetenes etterforskning av den aktuelle overtredelsen. En slik ordning vil gjøre det lettere for norske konkurransemyndigheter å gi sine merknader til spørsmålet der det er aktuelt. En slik ordning skal også være uten betydning for nasjonale regler om *ex parte* bevistilgang, i norsk rett bevissikring etter tvl. § 28-3 (4). En slik ordning kan, dersom den vurderes gjennomført, antagelig mest hensiktsmessig gjøres som en plikt til å informere konkurransemyndighetene om alle saksanlegg med krav om erstatning på grunnlag av overtredelser av konkurransereglene, tilsvarende eksempelvis ordningen etter patentloven § 64. Det kan etter omstendighetene være vanskelig for domstolene å fange opp hvilke begjæringer om bevistilgang som gjelder parter involvert i konkurransemyndighetenes pågående etterforskninger, da informasjon om dette ofte ikke er kjent.

Dette er dog ikke et krav i direktivet som krever gjennomføring, og vi formulerer derfor ikke noe konkret forslag om dette.

6.3.4.6 Konklusjoner

Direktivets art. 6 inneholder bestemmelser som krever avvik fra norsk sivilprosess. Bestemmelsene i direktivet har imidlertid en såpass spesiell karakter, at vi vil anbefale at bestemmelsene ikke gjennomføres som generelle endringer i tvisteloven, men som særlige tilpasninger i de prosessuelle reglene for de aktuelle sakene, nemlig erstatningssaker etter overtredelser av konkurransereglene. Vi vil derfor foreslå at det også inntas visse prosessuelle regler i et forslag til nytt kapittel i konkurranseeloven.

6.4 Håndheving av reglene om bevis

6.4.1 Innledning

Direktivet stiller i art. 8 krav til sanksjoner for håndheving av reglene i art. 5 og art. 6. Direktivet krever sanksjoner i fire situasjoner: ved manglende etterlevelse av pålegg fra domstolene om fremleggelse av bevis, for ødeleggelse av bevis, ved manglende etterlevelse av pålegg fra domstolene til beskyttelse av konfidensiell informasjon, og ved brudd på direktivets regler i kapittel II om begrensninger i lovlig bruk av bevis. Fortalen peker særlig på det incentiv som et saksanlegg med krav om erstatning etter overtredelse av konkurransereglene gir til å ødelegge bevis eller å nekte å imøtekomme pålegg om fremleggelse av bevis.¹³⁵ For øvrig gir fortalen liten veiledning for forståelsen av direktivets bestemmelser i art. 8.

6.4.2 Gjeldende rett

¹³⁵ Fortalen pkt. 33.

6.4.2.1 Innledning

Etter norsk rett er det noe ulike sanksjoner som kan ilegges henholdsvis parter og tredjeparter for handlinger som omfattes av de fire situasjonene som direktivets art. 8 peker på. Det henger både sammen med at plikten til å opplyse saken går lenger for parter enn for tredjeparter, se tvl. § 21-4 sammenlignet med § 21-5, og med at man ønsker å velge sanksjoner som er mest mulig effektive for formålet og gjennomføringen av saken avhengig av situasjonen. Etter norsk rett følger sanksjonene mot de fire gruppene av handlinger nevnt i direktivets art. 8.1 av ulike bestemmelser i prosesslovgivningen.

6.4.2.2 Sanksjoner mot tredjeparts unnlatelse av å medvirke til sakens opplysning

Tvl. § 26-8 (1) gir adgang til tvangsfullbyrdelse overfor tredjeparter av plikten til å fremlegge bevis i en rettssak. Bestemmelsen får bare anvendelse overfor en person, fysisk eller juridisk, som ikke er part i saken. Det er et vilkår at pålegget om bevistilgang etter tvl. § 26-7 er rettskraftig. Avgjørelse om tvangsfullbyrdelse må treffes som kjennelse, jf. tvl. § 26-8 (1) jf. § 19-1 (2) bokstav e, for å sikre at den har tvangskraft, jf. tvangsfullbyrdsesloven § 4-1 (2) bokstav a.

Det er opp til retten ved skjønn å avgjøre om bevistilgang er så viktig at det bør gjennomføres ved tvang. Rettens skjønnsmessige avveining kan ikke overprøves ved anke, jf. tvl. § 29-3 (2).¹³⁶

Tvangsfullbyrdelse skjer etter tvangsfullbyrdsesloven § 5-9 og § 5-10, jf. § 13-8.

Tredjepersoners unnlatelse av å etterkomme rettens pålegg om å gi bevistilgang etter tvl. § 26-7, kan også sanksjoneres etter domstolloven § 209 jf. § 206 med bøtestraff og erstatningsansvar for kostnader som eventuelt påløper. Bevisst uriktige muntlige eller skriftlige forklaringer kan i grovere tilfeller også rammes av straffeloven § 163.

6.4.2.3 Sanksjoner mot partens unnlatelse av å medvirke til sakens opplysning

Norsk sivilprosess gir i dag ikke adgang til å tvangsfullbyrde pålegg om fremleggelse av bevis overfor partene i saker undergitt fri rådighet som erstatningssaker.¹³⁷ Loven inneholder heller ikke sanksjoner mot brudd på opplysningsplikten i tvl. § 21-4, selv om de grove brudd på opplysningsplikten kan rammes av bestemmelsen om straffansvaret for falsk forklaring, jf. straffeloven § 166. Det fremgår av forarbeidene til tvisteloven at nektelse av å imøtekomme pålegg om bevistilgang også kan tillegges negativ betydning for parten i bevisbedømmelsen. Rettens adgang til å vektlegge dette negativt i bevisvurderingen følger av regelen om fri bevisvurdering, tvl. § 21-2. I NOU 2001:32 Bind B på s. 947 heter det om dette:

«En annen virkning ved brudd på opplysningsplikten vil, hvor dette avdekkes, kunne være at forholdet tillegges negativ betydning for parten i bevisvurderingen, også for forhold som ikke er direkte berørt av de manglende eller uriktige opplysninger som måtte være gitt, jf. til illustrasjon Rt-1991-1414(side 1425-1427).»

Under den frie bevisvurderingen etter § 21-2, har retten adgang til å legge betydelig vekt på at en part nekter å bidra til sakens opplysning. I Rt. 2004 s. 1668, som gjaldt nektelse av samtykke til å oppheve et bevisforbud, uttalte Høyesterett:

¹³⁶ Schei m.fl. note 2 til § 26-8.

¹³⁷ Schei m.fl. note 2 til § 21-5.

«(41) (...) Dersom det ut fra forholdene i saken må legges til grunn at han ikke har noen aktverdig grunn til å nekte å fremlegge legejournaler eller andre taushetsbelagte dokumenter som han har hånd om eller med letthet kan fremskaffe, må det etter mitt syn ved den fri bevisvurdering kunne legges betydelig vekt på at han har motsatt seg å fremlegge dokumentene.»

Tvistemålsloven § 258 (1) slo uttrykkelig fast at partenenes manglende oppfyllelse av plikten til å legge frem bevis, kunne tillegges betydning ved bevisbedømmelsen. Bestemmelsen lød: *«Hvis en part, som er pliktig til at fræmlegge et skriftlig bevis, har undlatt at gjøre det eller forsætlig har gjort fremlæggelsen umulig, avgjør retten efter en prøvelse av samtlige omstændigheder, hvilken betydning det skal tillægges. I det tilfælde, som er nævnt i § 251 nr. 1, gjælder det samme, naar en part negter samtykke til fremlæggelse, skjønt han ikke efter reglerne om vidnesbyrd vilde være utelukket fra eller fritat for at avgi forklaring»*. Bestemmelsen ble ikke videreført i tvisteloven. Tvistelovutvalget mente at prinsippet om fri bevisvurdering var selvfølgelig, og at flere av tvistelovens regler som anga enkeltheter i denne vurderingen derfor var unødvendige. Utvalget diskuterte ikke de konkrete reglene i tvistemålsloven som på det grunnlag ikke ble videreført, men uttalte generelt om dette i NOU 2001:32 Bind A på s. 457:

«I en moderne sivilprosess er prinsippet om fri bevisbedømmelse en selvfølge. At dette også må kunne legges til grunn i en ny tvistelov er klart. Spørsmålet er egentlig bare om denne regelen er så selvfølgelig at det ikke er grunn til å lovfeste den, jf situasjonen i straffeprosessen. Selv om regelen ville måtte legges til grunn også uten å kunne forankres i en konkret lovregel, antar imidlertid utvalget at den bør tas med som ett av flere bærende prinsipper om bevis som inntas i kapitlet med de alminnelige reglene om bevis. I gjeldende lov er det imidlertid enkelte regler som må ses som konkrete anvendelser av hovedregelen om fri bevisbedømmelse, og det er også noen regler som i større eller mindre grad avviker fra denne hovedregelen. Generelt gjelder etter utvalgets mening at der retten skal foreta en bevisbedømmelse, skal bevisbedømmelsen være fri. Det er vanskelig å se at det er grunnlag for å fravike dette. Hvis spesielle bevis bør tillegges en særlig vekt, må det være fordi det konkrete bevis etter sin karakter nettopp har en slik særlig vekt. Det kan derimot være situasjoner hvor det kan være nødvendig at retten ikke foretar noen bevisbedømmelse, men uprøvd eller bare etter en meget begrenset prøving, skal legge et faktum til grunn. Slike regler, som f.eks. gjelder det faktum retten skal bygge på i forfallsdommer (uteblivelsesdommer), vil det være grunn til å beholde. Realiteten er imidlertid at disse reglene ikke innebærer noe innhogg i den fri bevisvurdering. Det skjer ingen reell prøving av faktum.»

Det kan reageres mot oversittelse av frist for fremleggelse av bevis ved fristforelegg etter tvl. § 16-7 (2). Etter tvl. § 16-7 (2) kan retten bestemme at dersom en prosesshandling ikke foretas innen en fastsatt frist, vil det bety fravær i saken. Bestemmelsen kan også anvendes for pålegg om å gi bevisstilgang, jf. tvl. § 26-7.¹³⁸ Oversittelse av frist etter tvl. § 16-7 (2) kan gi grunnlag for avvisning av saken etter tvl. § 16-9 dersom det er saksøker som ikke etterkommer pålegget, eller fraværssdom etter tvl. § 16-10 der saksøkte har fravær. En fraværssdom etter tvl. § 16-10 skal bygge på saksøkers påstandsgrunnlag, jf. tvl. § 11-2, herunder saksøkers fremstilling av faktum, med mindre dette ikke *«framtrer som åpenbart uriktig»*, tvl. § 16-10 (2).

Partene, deres stedfortredere og prosessfullmektiger kan også ilegges rettergangsbot etter domstolloven § 202 tredje ledd, *«når han unødig vidløftiggjør saken, eller når han ved falske eller*

¹³⁸ Schei m.fl. note 3 til § 26-8.

åpenbart intetsigende påstander eller påskudd eller ved annen uredelighet har søkt å hindre sakens rette opplysning eller å trekke den utilbørlig i langdrag.»

Bestemmelsen omfatter unnlatelser av å bidra til sakens opplysning etter tvl. § 21-4, eller å unnlate å fremlegge bevis etter pålegg om bevis tilgang etter tvl. § 26-7. Da forholdet må karakteriseres som «*uredelig*», vil det kun være de grovere tilfellene som gir grunnlag for rettergangsbet.

Rettergangsbet er straff, og skyldkravet er forsett, jf. Rt. 2003 s. 521. Det fremgår av denne avgjørelsen at bestemmelsen får anvendelse på uredlige forsømmelser i forhold til plikten til å opplyse saken. Regelen gjelder parter, stedfortredere og prosessfullmektiger.

6.4.2.4 Brudd på taushetsplikt til beskyttelse av drifts- og forretningshemmeligheter

Bevis som omfattes av bevisfritaket i tvl. § 22-10, beskyttes av reglene i tvl. § 22-12 dersom beviset føres. Dersom beviset føres med samtykke fra vedkommende, «*skal*» retten pålegge de tilstedeværende taushetsplikt, og muntlig forhandling om beviset skal skje for lukkede dører, tvl. § 22-12 (1) jf. domstoloven § 125. Om beviset føres etter pålegg fra retten «*kan retten pålegge taushetsplikt og bestemme at muntlig forhandling om beviset skal skje for lukkede dører*», tvl. § 22-12 (2) jf. domstoloven § 125. Brudd på taushetsplikten straffes med bøter etter domstoloven § 199: «*Den som bevirker eller medvirker til at noe som er forhandlet i rettsmøte for lukkede dører, og som skal holdes hemmelig, blir kjent for uvedkommende*». Ansvar påhviler enhver, og omfatter både partene, deres stedfortredere, jf. tvl. § 2-3, tredjeparter og prosessfullmektiger, jf. tvl. § 3-1 (3), samt eventuelle medvirkere.

6.4.2.5 Bevis som er innhentet ved innsyn i konkurransemyndighetenes saksdokumenter

Norsk rett inneholder ingen generelle begrensninger i bruken av dokumentasjon som er innhentet (alene) ved innsyn i saksdokumenter hos konkurransemyndighetene, utover reglene om brudd på taushetsplikt. Det følger av krrl. § 27 at opplysninger «*som har sin opprinnelse i erklæringer fra et foretak om dets viten om en overtredelse av § 10 og foretakets egen delaktighet i overtredelsen, og som er utarbeidet spesielt med det formål å oppnå lempning*» er underlagt taushetsplikt. Parter og partsrepresentanter som får innsyn i slike opplysninger er etter krrl. § 27a også underlagt taushetsplikt, og kan bare bruke opplysningene så langt det er nødvendig for å ivareta partens interesse i saken. Bestemmelsen er utformet etter mønster av forvaltningsloven § 13 b (2), og må forstås tilsvarende så langt det passer.¹³⁹ Det innebærer at brudd på taushetsplikten etter krrl. § 27a kan straffes etter straffelovens § 121 jf. forvaltningsloven § 13 b (2).

6.4.2.6 Ansvar for saksomkostninger forvoldt ved forsømmelser

Tvistelovens regler om saksomkostninger gir adgang til å sanksjonere en parts forsømmelser og unnlatelser under prosessen. Etter tvl. § 20-4 kan en part «*uavhengig av utfallet helt eller delvis tilkjennes saksomkostninger (...) c) i den utstrekning kostnadene skyldes motpartens forsømmelser*». Regelen innebærer en skjønnsmessig adgang for domstolen til å ilegge en part ansvar for omkostninger ved saken som han har forårsaket ved egen uaktsomhet. Det kreves ikke mer enn alminnelig uaktsomhet for å ilegge ansvar, jf. Rt. 2009 s. 380. Bestemmelsen gjelder alle forsømmelser underveis i saksbehandlingen, men kan etter omstendighetene også omfatte handlinger før saksanlegg som vanskeliggjør gjennomføringen av saken, jf. Rt. 2011 s. 1294.

¹³⁹ Jf Prp. L. 75 (2012-2013) s. 154.

Parten hefter etter tvl. § 20-4 bokstav c) også for prosessuelle forsømmelser som begås av stedfortreder, prosessfullmektig eller rettslig medhjelper etter alminnelige erstatningsrettslige regler i og utenfor kontraktsforhold.¹⁴⁰ Lovutvalget uttaler om regelen i NOU 2001:32 Bind B s. 931:

«Den vil gjelde så vel aktive handlinger som passivitet i form av trenering mv. Det bør generelt gjelde, som angitt i (c), at hvor omkostninger, for eksempel ved saksforberedelsen, er påført ved forsømmelse fra en part, skal denne parten dekke de merutgifter dette har voldt. Partene har for eksempel uhjemlet motsatt seg å legge frem et dokument som gir faktiske opplysninger, og den annen part har måttet fremskaffe disse opplysningene annetsteds fra med betydelige utgifter til følge. (c) inngår i en «kan-regel». Men forholdene skal være særdeles spesielle før det kan være grunnlag for å frita en part, som ved forsømmelser har pådratt den annen part utgifter i saken, for å erstatte disse.»

Bestemmelsen kan anvendes dersom en part nekter å imøtekomme et pålegg om bevis tilgang etter tvl. § 26-7, og den annen part blir påført kostnader med å fremskaffe alternative bevis eller lignende. Videre vil bestemmelsen kunne anvendes dersom en part har ødelagt bevis som gjør det mer byrdefullt og kostbart å gjennomføre saken. Ansvarer gjelder imidlertid kun så langt det er årsakssammenheng mellom forsømmelsen og kostnadene.

6.4.3 Direktivets krav

Etter art. 8 skal domstolen kunne ilegge effektive sanksjoner mot fire grupper av handlinger. Art. 8 lyder:

- «1. *Member States shall ensure that national courts are able effectively to impose penalties on parties, third parties and their legal representatives in the event of any of the following:*
 - (a) their failure or refusal to comply with the disclosure order of any national court;*
 - (b) their destruction of relevant evidence;*
 - (c) their failure or refusal to comply with the obligations imposed by a national court order protecting confidential information;*
 - (d) their breach of the limits on the use of evidence provided for in this Chapter.*
2. *Member States shall ensure that the penalties that can be imposed by national courts are effective, proportionate and dissuasive. The penalties available to national courts shall include, with regard to the behavior of a party to proceedings for an action for damages, the possibility to draw adverse inferences, such as presuming the relevant issue to be proven or dismissing claims and defences in whole or in part, and the possibility to order the payment of costs.»*

Det kreves at domstolen har adgang til å ilegge sanksjoner (*«are able effectively to impose»*), og kompetansen må derfor kunne være skjønnsmessig. Direktivet kan ikke forstås å kreve at alle aktuelle handlinger under art. 8.1 (a) til (d) sanksjoneres i alle tilfelle uavhengig av overtredelsens betydning for sakens faktiske opplysning eller av handlingens grovhet. Det kreves at sanksjonene skal være *«effective, proportionate and dissuasive»*, og det ligger i kravet til proporsjonalitet at sanksjonene må kunne være tilpasset overtredelsens grovhet og betydning for saken. Sanksjonene skal kunne ilegges både parter, tredjeparter og deres rettslige representanter.

For det første skal altså manglende overholdelse av pålegg om fremleggelse av bevis under art. 5 kunne sanksjoneres.

¹⁴⁰ Jf Schei m.fl. note 4 til § 20-4.

For det andre skal domstolen også kunne sanksjonere partenes eller tredjeparters ødeleggelse av relevante bevis. Det er ikke nærmere angitt vilkårene for å sanksjonere dette eller om det kan stilles krav til skyld for sanksjoner. Fortalen gir ingen tolkningsveiledning. Den preventive virkningen av sanksjoner inntreffer imidlertid først når tredjemann er klar over eller med rimelighet må forventes å være klar over at de aktuelle bevisene er relevante for å underbygge et krav om erstatning som er fremsatt eller kan forventes å bli fremsatt.¹⁴¹

For det tredje krever art. 8 (c) at domstolen skal kunne sanksjonere partenes eller tredjeparters manglende overholdelse av pålegg fra den nasjonale domstolen til beskyttelse av konfidensiell informasjon. Bestemmelsen må leses i sammenheng med art. 5.4 som krever at nasjonale domstoler skal ha effektive virkemidler til rådighet for å beskytte konfidensiell informasjon som pålegges fremlagt. Det er overtredelser av slike tiltak som også skal kunne sanksjoneres.

Endelig krever art. 8 (d) at domstolen kan sanksjonere partenes eller tredjeparters brudd på de begrensninger på bruken av bevis som følger av direktivets kapittel II. Etter fortalen pkt. 33, retter dette seg særlig mot informasjon som er innhentet ved innsyn hos konkurransemyndighetene når dette brukes i strid med reglene i art. 7.

Direktivet krever i art. 8.2 at sanksjonene skal være «*effective, proportionate and dissuasive*». Direktivet stiller ingen øvrige materielle krav til hvilke sanksjoner domstolene etter nasjonal rett kan ilegge tredjeparter som ikke er parter i saken.

Overfor partene i erstatningssaken, krever direktivet at de sanksjoner som følger av nasjonal rett minst skal inkludere to typer av sanksjoner. *For det første* skal domstolen kunne trekke negative slutninger av handlingen («*adverse inferences*»). Dette vil være effektivt og kan bidra til å unngå forsinkelser under saksbehandlingen som ville oppstå ved bruk av andre typer sanksjoner.¹⁴²

Direktivet gir to eksempler på hvordan partens adferd på denne måten tillegges negativ betydning under bevisbedømmelsen under erstatningssaken. Det kan være at det aktuelle beviset blir ansett bevist uten partens medvirkning, eller at krav eller forsvar helt eller delvis kan avvises. *For det andre* skal domstolen ha anledning til å ilegge ansvar for saksomkostninger. Nasjonal rett kan anvende andre sanksjoner i tillegg.

6.4.4 Vurderinger

6.4.4.1 Pliktsubjekter

Direktivet krever at sanksjoner kan ilegges partene, tredjeparter og deres rettslige representanter, jf. art. 8.1. Pliktene til å bidra til sakens opplysning etter tvl. § 21-4 påhviler parten personlig, men i tillegg også partenes representanter i rettergangen, som stedfortredere, jf. tvl. § 2-3 og prosessfullmektiger, jf. tvl. § 3-1 (3).¹⁴³ Saksomkostningsansvaret i tvl. § 20-4 bokstav c omfatter handlinger fra stedfortredere og prosessfullmektiger. Straffansvaret etter domstolovens § 202 også. Vi oppfatter derfor at direktivets pliktsubjekter er omfattet av de relevante reglene i norsk rett. Om tredjeparter, se nedenfor.

6.4.4.2 Sanksjoner mot unnlatelser av å etterkomme pålegg om bevistilgang

¹⁴¹ Se Commission Staff Working Paper pkt. 141 jf. pkt. 140.

¹⁴² Jf fortalen pkt. 33.

¹⁴³ Jf Schei m.fl. note 1 til § 21-4.

Direktivet krever altså at nasjonale domstoler kan sanksjonere unnlatelse av å etterkomme pålegg om fremleggelse av bevis overfor partene i saken og overfor tredjeparter, jf. art. 8.1 bokstav (a).

Overfor tredjeparter, stiller direktivet ikke materielle krav til sanksjonenes innhold utover at de må være «*effective, proportionate and dissuasive*». Om nasjonale domstoler har skjønnsmessig kompetanse til å ilegge sanksjoner, mener vi det tilfredsstillende direktivets krav. Sanksjonene må også kunne tilpasses overtredelsens grovhet og betydning for saken.

Norske domstoler har adgang til å tvangsfullbyrde pålegg om bevistilgang overfor tredjeparter etter tvl. § 26-8 (1). Tredjeparters unnlatelse av å etterkomme rettens pålegg om å gi bevistilgang etter tvl. § 26-7, kan etter domstoloven § 209 jf. § 206 også sanksjoneres med bøtestraff og erstatningsansvar for kostnader som eventuelt påløper, jf. også domstoloven §§ 205 – 207 for så vidt gjelder plikten til å forklare seg som vitne. Bevisst uriktige muntlige eller skriftlige forklaringer kan i grovere tilfeller også rammes av straffeloven § 163.

Direktivet stiller krav til de sanksjoner nasjonale domstoler skal kunne ilegge partene i erstatningssaken for unnlatelser av å imøtekomme pålegg om fremleggelse av bevis, art. 8.2 jf. art. 8.1 bokstav (a). Domstolen må kunne trekke negative slutninger med betydning for bevisbedømmelsen under erstatningskravet, og kunne ilegge ansvar for saksomkostninger.

Overfor partene kan norske domstoler under den frie bevisbedømmelsen jf. tvl. § 21-2, legge betydelig vekt på partens unnlatelse av å medvirke til sakens opplysning, herunder unnlatelse av å imøtekomme pålegg om bevistilgang eller nektelse av å gi forklaring. Det følger også av rettspraksis at dette gjøres av domstolene, men en regel med dette innhold fremgår ikke direkte av lovteksten.¹⁴⁴

Direktivet kan imidlertid ikke oppfattes slik at det krever en uttrykkelig regel med dette innhold i nasjonal rett.¹⁴⁵ Direktivets art. 8.2 krever at domstolen skal ha tilgjengelig som sanksjon overfor sakens parter «*the possibility to draw adverse inferences*» fra den aktuelle handlingen. Dette kan være enten at det aktuelle bevisfaktum anses bevist eller at krav eller forsvar helt eller delvis kan avvises. De nevnte typene sanksjoner må oppfattes som eksempler, og de er alternative. Det vil si at det må være tilstrekkelig for å oppfylle direktivets krav at én type slike sanksjoner er tilgjengelige for domstolen, så lenge de tilgjengelige sanksjonene er «*effective, proportionate and dissuasive*». Tvisteloven har en uttrykkelig regel om såkalt fristforelegg som innebærer at unnlatelse av å foreta prosesshandling som er nødvendig for en forsvarlig behandling av saken innen en fastsatt frist, vil bety fravær i saken, jf. tvl. § 16-7 (2). Fristforelegg kan også anvendes ved pålegg om bevistilgang etter § 26-7.¹⁴⁶ Fravær vil kunne lede til avvisning av saken etter tvl. § 16-9 eller fraværssdom etter tvl. § 16-10.¹⁴⁷

For parters unnlatelse av å forklare seg etter tvl. § 21-4 jf. tvl. § 23-1 og § 23-2, er det tvilsomt om reglene om fristforelegg kan anvendes. Retten kan imidlertid vektlegge dette i partens disfavør under den frie bevisvurderingen, jf. tvl. § 21-2.¹⁴⁸ For muntlige partsforklaringer oppstår derfor spørsmålet om det er tilstrekkelig gjennomføring av direktivet at tvl. § 21-2 gir domstolen anledning til å trekke

¹⁴⁴ Sml. den tidligere tvistemålsloven § 258(1).

¹⁴⁵ Jf. diskusjonen av kravene til gjennomføring av direktiver i nasjonal rett i punkt 1.2.

¹⁴⁶ Jf. Schei m.fl. note 3 til § 26-8.

¹⁴⁷ Jf. NOU 2001:32 Bind B s. 932.

¹⁴⁸ Jf. Schei m.fl. note 2 til § 23-2.

negative konsekvenser av manglende oppfyllelse av forklaringsplikten. Det er klart at domstolene under § 21-2 kan legge til grunn at et bevisfaktum anses bevist nettopp på grunnlag av partens manglende oppfyllelse av forklaringsplikten. Direktivet krever at domstolen skal ha en skjønnsmessig kompetanse til å trekke negative slutninger i bevisbedømmelsen («the possibility to draw adverse inferences»). Etter vår oppfatning er dette oppfylt ved regelen i tvl. § 21-2, se dog diskusjonen i punkt 3 om klarhetskravet ved gjennomføring av direktiver.

Direktivet krever at parter som unnlater å fremlegge bevis etter pålegg fra retten, kan pålegges ansvar for saksomkostninger, jf. art. 8.2. Etter tvl. § 20-4 kan en part «*uavhengig av utfallet helt eller delvis tilkjennes saksomkostninger (...) c) i den utstrekning kostnadene skyldes motpartens forsømmelser*». Regelen innebærer en skjønnsmessig adgang for domstolen til å ilegge en part ansvar for omkostninger ved saken som han har forårsaket ved egen uaktsomhet. Ansvaret omfatter forsømmelser som begås av stedfortreder, prosessfullmektig eller rettslig medhjelper etter alminnelige erstatningsrettslige regler i og utenfor kontraktsforhold.¹⁴⁹ Bestemmelsen kan anvendes dersom en part nekter å imøtekomme et pålegg om bevisatilgang etter tvl. § 26-7, og den annen part blir påført kostnader med å fremskaffe alternative bevis eller lignende, eller ved mislighold av forklaringsplikten etter tvl. § 21-4 jf. § 23-2. Videre vil bestemmelsen kunne anvendes dersom en part har ødelagt bevis som gjør det mer byrdefullt og kostbart å gjennomføre saken.

Tvl. § 20-4 bokstav c gir adgang til å tilkjenne saksomkostninger kun for de kostnader som er forårsaket ved forsømmelsen. Det fremgår ikke av direktivets formulering at nasjonale domstoler skal ha anledning til å tilkjenne fulle saksomkostninger, og etter vårt syn må en bestemmelse som i tvl. § 20-4 bokstav c, være tilstrekkelig til å oppfylle direktivets krav.

Partene og deres stedfortredere kan også ilegges rettergangsbøter etter domstoloven § 202 (3) der unnlatelsen av å imøtekomme pålegg om bevisatilgang er så grovt at det karakteriseres som «*uredelig*».

Etter vår oppfatning har norsk rett tilstrekkelige sanksjonsmuligheter overfor de pliktsubjekter som direktivet krever under art. 8.1 bokstav (a), og det er ikke nødvendig med noen lovendring for å gjennomføre direktivets krav.

6.4.4.3 Sanksjoner mot ødeleggelse av bevis

Direktivets art. 8.1 bokstav (b), krever også sanksjonsmulighet overfor partenes eller tredjemenns «*destruction of evidence*». At det er bevist at parten har ødelagt bevis vil i forhold til tvistelovens regler om fri bevisbedømmelse være et moment i partens disfavør på samme måte som en nektelse av å imøtekomme et pålegg om bevisatilgang, men da forholdet er grovere er det naturlig at det tillegges mer vekt. Reglene om saksomkostninger i tvl. § 20-4 bokstav c blir å anvende på samme måte som der parten for øvrig har unnlatt å medvirke til sakens opplysning. Det samme gjelder reglene om rettergangsbøter, både for partene selv og deres stedfortredere og for tredjepersoner, jf. domstoloven § 202 (3) og § 209 jf. § 206. Det er etter vårt syn ikke nødvendig med tilpasninger i norsk lov for å gjennomføre direktivets krav på dette punkt.

6.4.4.4 Sanksjoner mot brudd på taushetsplikt knyttet til konfidensiell informasjon

¹⁴⁹ Jf. Schei m.fl. note 4 til § 20-4.

Direktivets art. 8.1 bokstav (c) krever at nasjonale domstoler kan ilegge sanksjoner for partenes eller tredjeparters «*failure or refusal to comply with the obligations imposed by a national court order protecting confidential information*».

Til beskyttelse av bevis som omfattes av bevisfritaket i tvl. § 22-10, kan eller skal domstolen etter tvl. § 22-12 jf. domstoloven § 125 pålegge taushetsplikt, og muntlig forhandling om beviset skal i så fall skje for lukkede dører, jf. ovenfor punkt 6.2.3. Den som bryter slik taushetsplikt eller medvirker til brudd på taushetsplikten, kan ilegges rettergangsbøt etter domstoloven § 199. Enhver som får tilgang til slike opplysninger er pliktsubjekter etter regelen, både partene, deres stedfortredere, jf. tvl. § 2-3, tredjeparter og prosessfullmektiger, jf. tvl. § 3-1 (3), samt eventuelle medvirkere.

Vi oppfatter at norsk rett på dette punkt er i samsvar med direktivets krav. Kravet til arten av tilgjengelige sanksjoner overfor partene i art. 8.2 må tilpasses de virkemidler nasjonal rett gir domstolene til beskyttelse av konfidensiell informasjon, og valget av slike virkemidler er opp til nasjonal rett, jf. direktivets art. 5.4. Så lenge sanksjonene er «*effective, proportionate and dissuasive*» i forhold til de aktuelle virkemidlene i nasjonal rett, må direktivets krav være oppfylt.

6.4.4.5 Sanksjoner mot overtredelse av begrensninger i adgangen til bruk av bevis

Direktivets art. 8.1 bokstav (d) krever at nasjonale domstoler har anledning til å sanksjonere partenes og tredjeparters «*breach of the limits on the use of evidence provided for in this Chapter*». Det reelle anvendelsesområde for bestemmelsen synes snevert. Vi oppfatter bestemmelsen å referere til begrensningene i art. 7 som gjelder bevis som er innhentet ved innsyn hos konkurransemyndighetene. Det praktiske område for bestemmelsen, synes å være den begrensning som fremgår av art. 7.3 hvorefter bevis som er innhentet ved innsyn i saksmappen hos konkurransemyndighetene «*can be used in an action for damages only by that person or by a natural or legal person that succeeded to that person's rights, including a person that acquired that person's claim*». Dette er den eneste av begrensningene i art. 7 som ikke har form av et bevisforbud.

I den grad de aktuelle bevisene inneholder taushetsbelagt informasjon, vil bruken av dem være begrenset etter krrl. § 27a jf. krrl. § 27 til den bruk som er nødvendig for å ivareta partens interesse i saken. Dette gjelder selvinkriminerende opplysninger i lempningserklæringer, jf. krrl. § 27. Brudd på taushetsplikten og bruk av opplysningene utover det som er nødvendig for å ivareta partens interesser i saken for konkurransemyndighetene, kan straffes etter straffelovens § 121 jf. forvaltningsloven § 13 b (2).

Som diskutert under punkt 6.4.3, er rekkevidden av art. 7.3 jf. art. 8.1 bokstav (d) etter ordlyden ikke begrenset til taushetsbelagt informasjon. Reglenes formål er å forhindre handel med beviser, og ikke kun å beskytte taushetsbelagt informasjon.¹⁵⁰ En slik regel er ukjent i norsk rett, men direktivet krever både en slik regel og at domstolene skal kunne sanksjonere overtredelser. Regelen kan ikke håndheves med et korresponderende bevisforbud, som for art. 6.5 og 6.6, jf. art. 7.1 og 7.2, fordi de aktuelle bevisene i utgangspunktet skal og vil kunne fremlegges i erstatningssaken, men direktivet stiller krav til partenes og tredjepersoners omgang med slike bevis. Da direktivet ikke stiller krav til sanksjonene utover at de skal være effektive, proporsjonale og virke avskrekkende, bør sanksjoner kunne gis tilpasset behovet i nasjonal rett. Vi mener derfor det må være tilstrekkelig at det gis sanksjoner rettet mot grovere tilfeller.

¹⁵⁰ Jf. fortalen pkt. 32.

7 Virkninger av norske og utenlandske konkurransemyndigheters vedtak

7.1 Innledning

Direktivets art. 9 regulerer betydningen av forutgående avgjørelser fra konkurransemyndighetene for behandlingen av senere erstatningskrav begrunnet i den samme overtredelsen. Etter art. 9.1 skal konstatering av overtredelser av konkurransereglene i endelige avgjørelser fra nasjonale konkurransemyndigheter eller av domstolene, legges til grunn i en senere erstatningssak. Etter art. 9.2 skal avgjørelser av utenlandske konkurransemyndigheter eller domstoler utgjøre *prima facie* bevis for at det har skjedd en overtredelse av konkurransereglene. Bestemmelsen berører ikke nasjonale domstolars rett og eventuelt plikt til å forelegge spørsmål for fellesskapsdomstolene, TEUV art. 267, jf. ODA art. 34.

Både hensynet til en konsistent anvendelse av konkurransereglene mellom medlemsstatene og hensynet til prosessøkonomi har vært vesentlig i arbeidet med de bestemmelsene som nå er nedfelt i direktivets art. 9.

7.2 Gjeldende rett

7.2.1 Avgjørelser i norske overtredelsessaker

Hovedregelen i norsk rett i dag er at forvaltningens avgjørelser ikke er bindende for domstolene, med mindre en begrensning følger av særlig lovbestemmelse.¹⁵¹ Noen slik bestemmelse finnes ikke for norske konkurransemyndigheters avgjørelser.

Domstolen må i en erstatningssak ta selvstendig stilling til spørsmålet om ansvarsgrunnlag. Selv om det foreligger en forutgående avgjørelse fra konkurransemyndighetene i en overtredelsessak, vil domstolen uansett måtte vurdere ansvarsgrunnlag etter erstatningsretten.¹⁵²

Når det gjelder bevisverdien av norske konkurransemyndigheters vedtak om overtredelse av konkurransereglene, vil slike vedtak inngå som et moment i bevisvurderingen i en eventuell senere erstatningssak. Det kan tenkes at vedtak om overtredelsesgebyr som er opprettholdt av domstolene undertiden vil tillegges en ikke ubetydelig bevisverdi i en senere erstatningssak. Noen rettskraftvirkning er det imidlertid ikke tale om. Domstolen i erstatningssaken vil uansett kunne, og måtte, ta hensyn til nye bevis som ikke var fremme i den første gebyrsaken. Dette vil kunne føre til andre resultater med hensyn til spørsmålet om det har skjedd en overtredelse av konkurransereglene i en etterfølgende erstatningssak. Domstolene har selvstendig ansvar for rettsanvendelsen, jf. tvl. § 11-3, slik at det først og fremst er konkurransemyndighetenes vurdering av faktum som kan få betydning for en senere erstatningssak.

7.2.2 Avgjørelser fra andre EØS-land

Avgjørelser av ESA står i motsetning til norske konkurransemyndigheters avgjørelser i en særstilling, jf. EØS-konkurranseloven § 8:

«Når domstolene treffer avgjørelser i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 eller 54 om avtaler, beslutninger eller opptreden som allerede er gjenstand for en beslutning fra EFTAs overvåkningsorgan,

¹⁵¹ Schei m.fl. note 3.1 til § 19-15.

¹⁵² Se også Hjelmeng, Norsk Konkurranserett Bind II, 2006 s. 161.

kan de ikke treffe avgjørelser som er i strid med den beslutning som EFTAs overvåkningsorgan har truffet. Domstolene skal heller ikke treffe avgjørelser som vil være i strid med en beslutning som EFTAs overvåkningsorgan har til hensikt å treffe når det har innledet saksbehandling. Domstolene kan utsette saken i påvente av en slik beslutning. Disse forpliktelser berører ikke rettighetene og pliktene etter artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol.»

Bakgrunnen for bestemmelsen er å finne i forordning (EF) nr. 1/2003 art. 16.1 som pålegger medlemsstatene tilsvarende forpliktelser til ikke å treffe avgjørelser i strid med Kommisjonens vedtak.¹⁵³ Bestemmelsen ble ikke inntatt i EØS-avtalen, men i ODA protokoll 4 kapittel II art. 16.1.¹⁵⁴

Slik EØS-krll. § 8 er utformet, må den etter vår oppfatning også kunne få anvendelse i erstatningssaker som bygger på et overtredelsesvedtak fra ESA om brudd på EØS-avtalen art. 53 og 54.¹⁵⁵ Bestemmelsen bør tolkes i samsvar med forordning 1/2003 art. 16.1.

Avgjørelser fra utenlandske nasjonale konkurransemyndigheter har i dag ingen rettsvirkninger i norsk rett. Utenlandske dommer og forvaltningsavgjørelser som omfattes av Lugano-konvensjonen har rettskraft innenfor tvl. § 19-16. Det finnes imidlertid ikke rettslig grunnlag for å tillegge avgjørelser fra nasjonale konkurransemyndigheter i andre EØS-land noen slik virkning. Dom eller vedtak i en overtredelsessak har heller ingen rettskraftvirkninger i en senere erstatningssak, fordi sakene ikke er mellom samme parter eller om det samme forhold, jf. tvl. § 19-15.

Så langt utenlandske forvaltningsavgjørelser blir tillagt vekt av norske domstoler, er det innenfor prinsippet om den frie bevisvurderingen i tvl. § 21-2. Avgjørelser fra nasjonale konkurransemyndigheter i andre EØS-land vil være relevante og undertiden sentrale bevis i en senere erstatningssak basert på det samme faktum og mot parter som var adressater for vedtaket. Noen virkning tilsvarende det som gjelder ESAs avgjørelser er det imidlertid ikke tale om.

7.3 Direktivets krav

7.3.1 Avgjørelser i nasjonale overtredelsessaker

Direktivet krever etter art. 9.1 at konkurransemyndighetenes eller domstolens endelige avgjørelse om overtredelse av konkurransereglene skal anses endelig med virkning for en senere erstatningssak for domstolene. Bestemmelsen lyder:

«Member states shall ensure that an infringement of competition law found by a final decision of a national competition authority or by a review court is deemed to be irrefutably established for the purposes of an action for damages brought before their national courts under Article 101 or 102 TFEU or under national competition law.»

Om bestemmelsen heter det i direktivets fortale pkt. 34:

«Ensuring the effective and consistent application of Articles 101 and 102 TFEU by the Commission and the national competition authorities necessitates a common approach across the Union on the effect of national competition authorities' final infringement decisions on subsequent actions for damages. Such decisions are adopted only after the Commission has been informed of the decision envisaged or, in the

¹⁵³ Jf. også EU-Domstolens avgjørelse i sak 344/98, *Masterfoods*, Sml. 2000 I-11369.

¹⁵⁴ Om bakgrunnen for bestemmelsen, se Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) s. 204-205.

¹⁵⁵ Slik også Harald Evensen og Eivind Sæveraas, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, 2009 s. 893.

absence thereof, of any other document indicating the proposed course of action pursuant to Article 11(4) of Regulation (EC) No 1/2003, and if the Commission has not relieved the national competition authority of its competence by initiating proceedings pursuant to Article 11(6) of that Regulation. The Commission should ensure the consistent application of Union competition law by providing, bilaterally and within the framework of the European Competition Network, guidance to the national competition authorities. To enhance legal certainty, to avoid inconsistency in the application of Articles 101 and 102 TFEU, to increase the effectiveness and procedural efficiency of actions for damages and to foster the functioning of the internal market for undertakings and consumers, the finding of an infringement of Article 101 or 102 TFEU in a final decision by a national competition authority or a review court should not be relitigated in subsequent actions for damages. Therefore, such a finding should be deemed to be irrefutably established in actions for damages brought in the Member State of the national competition authority or review court relating to that infringement. The effect of the finding should, however, cover only the nature of the infringement and its material, personal, temporal and territorial scope as determined by the competition authority or review court in the exercise of its jurisdiction. Where a decision has found that provisions of national competition law are infringed in cases where Union and national competition law are applied in the same case and in parallel, that infringement should also be deemed to be irrefutably established.»

Som diskutert i kap. 4, gjelder direktivet nasjonale domstolars anvendelse av EU-/EØS-konkurransereglene. Direktivets art. 9.1 må forstås slik at den gjelder virkningen av nasjonale konkurransemyndigheters anvendelse av EU-/EØS-konkurransereglene i en overtredelsessak for senere domstolsbehandling av erstatningskrav som bygger på enten EU-/EØS-konkurransereglene eller nasjonal konkurranserett. Direktivets art. 9.1 regulerer ikke virkningen av nasjonale konkurransemyndigheters avgjørelser om overtredelser av nasjonal konkurranserett på rent interne forhold, altså der det ikke foreligger noen samhandelspåvirkning. Dette fremgår også motsetningsvis av fortalens henvisning til at «*the finding of an infringement of Article 101 or 102 TFEU in a final decision by a national competition authority or a review court should not be relitigated in subsequent actions for damages*».¹⁵⁶ Direktivets art. 9.1 omfatter imidlertid også avgjørelser av nasjonale konkurransemyndigheter der EU-/EØS-konkurranseretten og nasjonal konkurranserett anvendes parallelt i samme sak.

Art. 9 gjelder også kun avgjørelser der konkurransemyndighetene finner en overtredelse av konkurransereglene, og ikke andre typer av avgjørelser.¹⁵⁷

Direktivet krever at nasjonale konkurransemyndigheters vurdering av om det har forekommet en overtredelse av konkurransereglene skal legges til grunn ved en senere behandling av et erstatningskrav som bygger på samme overtredelse. Av fortalen fremgår det at det som skal være endelig avgjort er konkurransemyndighetenes eller, ved domstolsprøving av konkurransemyndighetenes vedtak, domstolens, vurdering av «*the nature of the infringement and its material, personal, temporal and territorial scope*». Dette betyr at den bindende virkningen er begrenset til de parter som er adressater for konkurransemyndighetenes vedtak.¹⁵⁸ Virkningen er også begrenset til det samme saksforhold, altså den samme handlingen som utgjør overtredelsen.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Fortalen pkt. 34.

¹⁵⁷ Se Commission Staff Working Paper, pkt. 161.

¹⁵⁸ White Paper s. 3.

¹⁵⁹ Commission Staff Working Paper pkt. 163.

Med denne presiseringen er det naturlig å oppfatte direktivets art. 9.1 som en bevisregel og ikke som en regel om rettskraft.

Det vil oppstå tolkningsspørsmål med hensyn til rekkevidden av de bevisemaer som skal legges til grunn av domstolene i erstatningssaken. Dette vil imidlertid være problemstillinger som domstolene er kjent med fra andre områder, som for eksempel ved avgjørelser om rettskraft og spørsmålet om rekkevidden av tidligere domstolsavgjørelser. Enkelte tolkningsspørsmål adresseres i det følgende.

Direktivets art. 9.1 foreskriver at konkurransemyndighetenes «*finding of an infringement*» skal være endelig avgjort. Det presiseres ikke om dette kun gjelder nasjonale konkurransemyndigheters bevisvurdering eller også rettsanvendelse. Ordlyden i art. 9.1 gjelder imidlertid overtredelsen av konkurransereglene, og er ikke begrenset til nasjonale konkurransemyndigheters bevisvurdering. Begrunnelsen for innføringen av bestemmelsen i direktivets art. 9.1 - nemlig å «*enhance legal certainty, to avoid inconsistency in the application of Articles 101 and 102 TFEU, to increase the effectiveness and procedural efficiency of actions for damages and to foster the functioning of the internal market for undertakings and consumers*»¹⁶⁰ - tilsier også at både bevisvurderingen og rettsanvendelsen skal anses bindende avgjort. Erstatningssakene ses i sammenheng med konkurransemyndighetenes behandling av overtredelsessaker, der ensartet anvendelse av traktatbestemmelsene sikres gjennom rapporteringsrutinene etter rådsforordning (EF) nr. 1/2003 art. 11 nr. 4.¹⁶¹ Etter vår vurdering må direktivet derfor forstås slik at både bevisvurderingen og rettsanvendelsen i overtredelsesvedtaket skal anses endelig avgjort.

Den bindende virkningen gjelder kun overtredelsen av konkurransereglene, og må avgrenses mot utmålingsvurderingen. Bevisfakta og momenter som kun er relevante for utmålingen av et overtredelsesgebyr er ikke omfattet av den bindende virkningen. Dette gjelder blant annet virkningen av et ulovlig kartell. På samme måte må vurderingen av årsakssammenheng skje selvstendig i erstatningssaken.¹⁶²

Dommer i straffesaker mot fysiske personer faller utenfor rekkevidden av direktivets art. 9.1, jf. definisjonen av nasjonal konkurranserett i direktivets art. 2.3.

Det er kun «*final decisions*» fra konkurransemyndighetene som skal være bindende, eventuelt etter domstolsprøving. Det er nærliggende å anse avgjørelsen som «*final*» når enten tidsfristen for å kreve overprøving av avgjørelsen har gått ut,¹⁶³ eller når dom er rettskraftig.

7.3.2 Avgjørelser fra andre EØS-land

Direktivets art. 9.2 gjelder avgjørelser i overtredelsessaker som er fattet av konkurransemyndighetene i et annet EØS-land. Direktivets tekst lyder:

«Member States shall ensure that where a final decision referred to in paragraph 1 is taken in another Member State, that final decision may, in accordance with national law, be presented before their national courts as at least prima facie evidence that an infringement of competition law has occurred and, as appropriate, may be assessed along with any other evidence adduced by the parties.»

¹⁶⁰ Fortalen pkt. 34.

¹⁶¹ Fortalen pkt. 34.

¹⁶² Se for øvrig Commission Staff Working Paper pkt. 165.

¹⁶³ Se i den retning White Paper note 9, jf. Commission Staff Working Paper pkt. 164.

I fortalens pkt. 35 heter det:

«Where an action for damages is brought in a Member State other than the Member State of a national competition authority or a review court that found the infringement of Article 101 or 102 TFEU to which the action relates, it should be possible to present that finding in a final decision by the national competition authority or the review court to a national court as at least prima facie evidence of the fact that an infringement of competition law has occurred. The finding can be assessed as appropriate, along with any other evidence adduced by the parties. The effects of decisions by national competition authorities and review courts finding an infringement of the competition rules are without prejudice to the rights and obligations of national courts under Article 267 TFEU.»

Kommisjonen foreslo opprinnelig at også avgjørelser av nasjonale konkurransemyndigheter i et annet EU-land skulle være bindende for nasjonale domstoler i erstatningssaker.¹⁶⁴ Kommisjonens opprinnelige forslag var formulert etter mønster fra forordning (EF) nr. 1/2003 art. 16.1 og omfattet konkurransemyndighetenes avgjørelse i samme medlemsland og i andre medlemsland:

«Effect of national decisions

Member States shall ensure that, where national courts rule, in actions for damages under Article 101 or 102 of the Treaty or under national competition law, on agreements, decisions or practices which are already the subject of a final infringement decision by a national competition authority or by a review court, those courts cannot take decisions running counter to such finding of an infringement. This obligation is without prejudice to the rights and obligations under Article 267 of the Treaty.»

I Parlamentets behandling av direktivforslaget, ble denne bestemmelsen erstattet med en bestemmelse om at avgjørelser av utenlandske myndigheter ikke skal ha bindende virkning, men betydning som *prima facie* bevis. Direktivet krever nå i den endelige art. 9.2¹⁶⁵ at det skal være mulig å fremlegge slike utenlandske avgjørelser som bevis i en erstatningssak for domstolene, og at avgjørelsen i så fall skal ha en bevisvekt som *prima facie* bevis for at det har skjedd en overtredelse av konkurransereglene. Domstolene skal vurdere de aktuelle myndighetenes overtredelsesvedtak sammen med de øvrige bevisene i saken. Det er klart at domstolen kan komme til et annet resultat enn i den aktuelle avgjørelsen – også med hensyn til om det har skjedd en overtredelse av konkurransereglene.

Direktivet anvender begrepet «*prima facie evidence*». Fordi denne formuleringen kom inn i direktivet på et så sent tidspunkt, er innholdet av begrepet ikke nærmere forklart. Dette begrepet anvendes i *common law* tradisjonen om bevis som, dersom det ikke presenteres motbevis, skal være tilstrekkelig til å bevise et bestemt rettsfaktum. Slik anvendes begrepet også i fellesskapsretten.¹⁶⁶ Vi forstår derfor direktivet slik at art. 9.2 krever at endelige avgjørelser av konkurransemyndighetene i andre EØS-land om overtredelse av konkurransereglene skal legges til grunn av domstolene dersom det ikke føres bevis for noe annet.

7.4 Vurderinger

7.4.1 Avgjørelser i norske overtredelsessaker

¹⁶⁴ Se Commission Staff Working Paper pkt. 167-171.

¹⁶⁵ Reviderte formuleringer av 21. oktober 2014.

¹⁶⁶ Se blant annet EU-domstolens Rules of Procedure art. 104(2), for så vidt gjelder midlertidige forføyninger, jf. også sak T-184/01, *IMS Health*, Sml. 2005 II-00817.

En regel om at forvaltningsavgjørelser skal være helt eller delvis bindende for domstolene i senere saker, krever lovhjemmel i Norge. For norske konkurransemyndigheters avgjørelser er det derfor nødvendig med en lovendring for å gjennomføre direktivets krav.

Det er i utgangspunktet et grunnleggende prinsipp i norsk rett at domstolene ikke er bundet av forvaltningens rettsanvendelse. Domstolenes mulighet til overprøving av forvaltningens rettsanvendelse er en viktig rettssikkerhetsgaranti, og en forutsetning for prinsippet om domstolenes uavhengighet. Innføring av en regel som blant annet innebærer at Konkurransetilsynets, eventuelt domstolens, avgjørelse om overtredelsesgebyr skal anses bindende i en senere erstatningssak, vil medføre en risiko for at det knyttes ytterligere rettsvirkninger til uriktige avgjørelser.

Etter vår oppfatning er slike prinsipielle betenkeligheter likevel ikke av en slik styrke at de er til hinder for å gjennomføre direktivets art. 9.1. Det skyldes blant annet at det er adgang til domstolsprøving av konkurransemyndighetenes avgjørelser om overtredelser av konkurransereglene. Bøtelagte kartelldeltakerne kan bringe Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr inn for domstolene, jf. krrl. § 29 (3), og retten kan prøve alle sider av saken.

For tilsvarende spørsmål i forhold til Kommisjonens avgjørelser, har medlemsstatenes domstoler anledning til å forelegge spørsmål om Kommisjonens anvendelse av fellesskapsretten for EU-domstolen etter art. 234 TEUV, dersom domstolen er i tvil om Kommisjonens avgjørelse var riktig.¹⁶⁷ For avgjørelser som gjelder anvendelsen av EØS-avtalens art. 53 og 54, har norske domstoler foreleggelsesadgang for EFTA-domstolen etter ODA art. 34. Det samme gjelder avgjørelser der Konkurransetilsynet anvender EØS-avtalens regler parallelt med nasjonale regler.

Avgjørelser av Konkurransetilsynet som kun gjelder krrl. § 10 og § 11 (altså utenfor direktivets virkeområde), kan bringes inn for domstolene til overprøving, jf. krrl. § 29 (3). Det kan imidlertid være foretak som har akseptert Konkurransetilsynets overtredelsesgebyr uten å bringe saken inn for domstolene etter krrl. § 29 (3), og at fristen for domstolsprøving er utløpt når det fremsettes et privat erstatningssøksmål. Når adgangen til å overprøve Konkurransetilsynets overtredelsesvedtak er avskåret i en påfølgende erstatningssak, kan det medføre et press på å bringe tilsynets vedtak inn for domstolene til overprøving. I slike situasjoner, vil tvistelovens regler om gjenåpning kunne fange opp noen tilfeller der det er behov for korreksjon av tidligere domstolsavgjørelser, jf. tvl. kapittel 31. For Konkurransetilsynets avgjørelser, må det også være adgang til å begjære omgjøring etter forvaltningsloven § 35 dersom det senere tilkommer bevis som viser at tilsynets vedtak var ugyldig.

Etter vår mening er den adgang som domstolene har til å vektlegge konkurransemyndighetenes vurdering under den frie bevisvurdering, jf. tvl. § 21-1, tilstrekkelig til å ivareta hensynet til lik anvendelse av konkurransereglene og prosessøkonomiske hensyn, og vi vil derfor ikke anbefale at denne delen av direktivet også gis anvendelse på rent nasjonale saker, altså saker uten samhandelspåvirkning.

Direktivet krever ikke at konkurransemyndighetenes overtredelsesvedtak skal være tilstrekkelig ansvarsgrunnlag for å tilkjenne erstatning etter nasjonal rett. I en påfølgende erstatningssak, vil norske domstoler, selv om Konkurransetilsynets avgjørelse i overtredelsessaken er bindende, måtte ta selvstendig stilling til vilkårene for erstatningsansvar etter norsk rett. Uten annen lovhjemmel, er

¹⁶⁷ Se Commission Staff Working Paper pkt. 150 jf pkt. 159.

det ulovfestede culpa-ansvaret det aktuelle ansvarsgrunnlaget. Domstolen må dermed ta stilling til om det er utvist ansvarsbetingende uaktsomhet, dvs. i realiteten et spørsmål om det foreligger rettslig eller faktisk villfarelse.

Etter vår oppfatning, ville direktivets krav kunne gjennomføres ved en revisjon av EØS-krll. § 8. Kommisjonens opprinnelige forslag til direktivtekst var modellert etter forordning (EF) 1/2003 art. 16.1, som også (indirekte) er bakgrunnen for formuleringen i EØS-krll. § 8. Direktivteksten ble imidlertid endret, og vårt forslag til gjennomføring er tilpasset direktivets endelige formulering.

Direktivets art. 9.1 krever ikke at domstolene skal ha plikt til stansing eller annen koordinering med konkurransemyndighetene i forhold til pågående saker eller saker under etterforskning av konkurransemyndighetene som etter EØS-krll. § 8. Det vil best harmonere med prinsippet om domstolenes uavhengighet om det ikke gis bestemmelser om koordinering med konkurransemyndighetene i forhold til pågående saker, og vi foreslår derfor ingen regel om dette.

7.4.2 Avgjørelser fra andre EØS-land

Når det gjelder kravet om at avgjørelser av nasjonale konkurransemyndigheter eller domstoler i andre EØS-land skal kunne fremlegges for nasjonale domstoler i erstatningssaker som i det minste *prima facie* bevis for at det har skjedd en overtredelse av konkurransereglene, følger dette i alle fall til en viss grad av prinsippet om fri bevisvurdering for norske domstoler i dag, jf. tvl. § 21-2.

Direktivet krever at slike avgjørelser kan legges frem, og at de i så fall skal utgjøre bevis av en slik verdi at de legges til grunn uten videre prøving dersom det ikke fremlegges andre bevis som leder til et annet resultat. Det er opp til partene å opplyse saken, tvl. § 21-3 jf. § 21-4, og så lenge det ikke foreligger noe bevisforbud eller -fritak for avgjørelser av konkurransemyndighetene i andre EØS-land, eventuelt tilsvarende domstolsavgjørelser, kan slike fritt fremlegges for norske domstoler.

Etter norsk rett, har slike avgjørelser imidlertid ingen særskilt formalisert bevisvekt. Antagelig krever en regel om «*prima facie evidence*» en form for bevispresumsjon. Dog trenger presumsjonen ikke være sterkere enn at bevisene legges til grunn kun dersom det ikke foreligger motbevis. Det ligger ikke i konseptet om «*prima facie evidence*» noen føringer for domstolens bevisvurdering dersom det faktisk føres bevis som går i mot et «*prima facie*» bevis. Det kreves kun at beviset legges til grunn uprøvd i mangel av andre bevis.

Etter vår vurdering vil den fri bevisvurderingen som norske domstoler gjør under tvl. § 21-2 ikke være tilstrekkelig til å oppfylle dette. En regel om en begrenset bevispresumsjon er derfor nødvendig for gjennomføring av direktivets krav.

8 Foreldelse

8.1 Innledning

I henhold til direktivet art. 10 skal medlemsstatene fastsette nærmere regler om foreldelsesfrister for anleggelse av erstatningssøksmål for overtredelser av konkurransereglene. Direktivet oppstiller krav til både foreldelsesfristens starttidspunkt og lengde, samt krav til fristavbrudd eller fristsuspensjon der konkurransemyndighetene tar skritt for å undersøke eller forfølge overtredelsen av konkurransereglene erstatningssøksmålet gjelder.

I det følgende behandles spørsmål knyttet til gjennomføring av art. 10 i norsk rett. Punkt 8.2 vil redegjøre for gjeldende norsk rett om foreldelse av krav som følge av overtredelser av konkurransereglene. Fremstillingen vil konsentreres om temaer berørt av direktivet. Punkt 8.3 behandler deretter kravene direktivet stiller til nasjonal rett. I punkt 8.4 sammenholdes direktivets krav med gjeldende norsk rett. Videre under dette punktet vil behovet for gjennomføringstiltak vurderes.

8.2 Gjeldende rett

Foreldelse av erstatningskrav som følge av brudd på konkurranseloven er etter gjeldende rett regulert av krrl. § 34 og foreldelsesloven.¹⁶⁸

Av krrl. § 34 første ledd følger det at «*[f]or krav som følge av brudd på denne loven gjelder foreldelsesloven, herunder § 9 og § 11.*» Utgangspunktet er således at foreldelseslovens alminnelige regler kommer til anvendelse på krav som følge av brudd på konkurranseloven. Foreldelsesloven § 9 nr. 1, vedrørende skadeserstatning, oppstiller en hovedregel om foreldelse tre år fra skadelidte «*fikk eller burde skaffet seg nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige.*» Foreldelsesloven § 11 gjelder krav i forbindelse med straffesaker. Etter denne bestemmelsens annet punktum kan krav som springer ut av en straffbar handling, selv om foreldelsesfristen i utgangspunktet er utløpt, likevel settes frem ved særskilt søksmål innen ett år etter at fellede dom i straffesaken ble rettskraftig. Krrl. § 34 annet ledd angir på liknende vis at «*[s]elv om foreldelsestiden er ute, kan krav som nevnt i første ledd dessuten settes frem ved særskilt søksmål. Et slikt søksmål må reises innen 1 år etter at det foreligger endelig vedtak eller rettskraftig dom i saken.*» Bestemmelsen er utformet etter modell fra foreldelsesloven § 11 annet punktum. Regelen oppstiller en tilleggsfrist og innebærer at selv om et krav i utgangspunktet er foreldet etter foreldelsesloven § 9, kan krav som følge av brudd på konkurranseloven likevel fremmes ved særskilt søksmål innen ett år etter endelig vedtak eller rettskraftig dom i saken.

Krrl. § 34 ble inntatt i konkurranseloven ved lovendring satt i kraft 1. januar 2014. Bakgrunnen var at utvalget bak *NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov* påpekte at særregelen i foreldelsesloven § 11 annet punktum, vedrørende krav i forbindelse med straffesaker, ikke gjelder konkurransemyndighetenes vedtak om sivilrettslige sanksjoner. Utvalget fant det uheldig at konkurransemyndighetenes valg av sanksjonsspor (strafferettslig eller sivilrettslig) skulle kunne påvirke foreldesspørsmålet. Et samlet utvalg foreslo derfor at krav som følge av brudd på konkurranseloven tidligst skulle foreldes ett år etter at saken var rettskraftig avgjort, uavhengig av hvilket sanksjonsspor som ble fulgt.¹⁶⁹ I lovproposisjonen (*Prop. L (2012-2013) Endringer i konkurranseloven*) foreslo departementet å avskaffe foretaksstraff for overtredelser av konkurranseloven. Konsekvensen ville være at myndighetene ikke lenger ville ha valgmulighet mellom et strafferettslig og sivilrettslig sanksjonsspor overfor foretak. Derved ville heller ikke myndighetenes valg påvirke foreldesspørsmålet. Departementet mente at det likevel var gode grunner til å innføre en særregel om foreldelse i konkurransesaker etter mønster av foreldelsesloven § 11 annet punktum. Det ble blant annet pekt på at en slik regel ville være tids- og prosessbesparende og legge til rette for privat håndhevelse ved at unødige søksmål unngås og ved at velbegrunnede søksmål kan basere seg på den utredning som er gjort gjennom

¹⁶⁸ Lov av 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven).

¹⁶⁹ NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov, s. 181.

konkurransemyndighetenes og domstolenes behandling av saken. Departementet foreslo derfor en ny § 34 om foreldelse i konkurranseloven¹⁷⁰, som senere ble vedtatt av Stortinget.

Krrl. § 34 gjelder etter sin ordlyd krav som følge av brudd på «denne loven». I henhold til EØS-krrl.¹⁷¹ § 6 skal norske konkurransemyndigheter også føre tilsyn med at EØS-avtalen art. 53 og 54 overholdes. Videre følger det av samme bestemmelse at «[k]onkurranseloven §§ 12, 22 og 24 til 32 gjelder tilsvarende.» Bestemmelsen nevner imidlertid ikke konkurranseloven § 34 om foreldelse. Årsaken til at EØS-krrl. § 6 ikke nevner krrl. § 34 er ikke behandlet i lovforarbeidene. Det kan således synes som om tilleggsfristen etter krrl. 34 annet ledd ikke gjelder endelig vedtak eller rettskraftig dom om overtredelse av EØS-avtalen art. 53 og 54. En slik løsning vil imidlertid være problematisk etter det EU/EØS-rettslige ekvivalensprinsippet, som innebærer at krav som bygger på EU/EØS-retten ikke skal være underlagt mindre gunstige materielle eller prosessuelle regler enn de som gjelder for tilsvarende krav på grunnlag av nasjonal rett. Selv om krrl. § 34 etter sin ordlyd, og sammenholdt med EØS-krrl. § 6, ikke synes å gjelde norske konkurransemyndigheters endelige vedtak eller rettskraftig dom om overtredelse av EØS-avtalen art. 53 og 54, vil det EU/EØS-rettslige ekvivalensprinsippet være til hinder for en slik løsning. Tilsvarende må også gjelde der EØS-konkurransemyndighetene fatter slike vedtak.

Foreldelsesfristens utgangspunkt, etter krrl. § 34, jf. foreldelsesloven § 9 nr. 1, er når skadelidte «fikk eller burde skaffet seg nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige». Loven oppstiller således et subjektivt friststarttidspunkt knyttet til skadelidtes kunnskap om skaden og den ansvarlige.

Det er ikke nødvendig med faktisk kunnskap for at foreldelsesfristen begynner å løpe. Det er tilstrekkelig at skadelidte «burde skaffet seg» den nødvendige kunnskap. I Rt. 1994 s. 190 forklarte Høyesterett i så måte at «[f]oreldelsesfristen kan begynne å løpe selv om en skadelidt ikke har positiv kunnskap om at ansvarsbetingelsene er oppfylt og at det foreligger årsakssammenheng. Det avgjørende er om skadelidte har rimelig foranledning til å gå til søksmål. Skadelidte har en undersøkelsesplikt, forutsatt at undersøkelsene kan føre frem uten urimelig besvær.»¹⁷² At foreldelsesfristen begynner å løpe når skadelidte «burde skaffet seg» nødvendig kunnskap innebærer at fordringshaveren er underlagt en aktsomhetsplikt, som kan gi seg utslag i en undersøkelses- eller aktivitetsplikt for å skaffe seg den nødvendige kunnskap.¹⁷³ Foreldelsesfristen vil da løpe fra det tidspunkt skadelidtes undersøkelser ville ha fremskaffet slik kunnskap.¹⁷⁴

Etter uttalelsen i Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1994 s. 190 er «[d]et avgjørende [...] om skadelidte har rimelig foranledning til å gå til søksmål.» I Rt. 1996 s. 1134 uttalte Høyesterett at «foreldelsesfristen begynner å løpe fra det tidspunkt da skadelidte hadde eller burde skaffet seg slike kunnskaper om skaden og skadevolder at han hadde oppfordring til å gå til saksanlegg med utsikt til et positivt resultat.» Høyesterett formulerte foreldelsesfristens alminnelige utgangspunkt på samme måte i kjennelsen i Rt. 1997 s. 1070. I Rt. 2001 s. 1702, med henvisning til Rt. 1960 s. 748, formulerte Høyesterett vurderingstemaet til at det er «tilstrekkelig at skadelidte sitter inne med slike

¹⁷⁰ Prop. L (2012-2013) Endringer i konkurranseloven, s. 61.

¹⁷¹ Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv.

¹⁷² Rt. 1994 s. 190, s. 194.

¹⁷³ Kjørven, Bruserud, Holdø, Lervåg, Nygård og Nyland, 'Foreldelse av fordringer', Universitetsforlaget 2010, s. 188.

¹⁷⁴ Se nærmere Kjørven, Bruserud, Holdø, Lervåg, Nygård og Nyland, 'Foreldelse av fordringer', Universitetsforlaget 2010, s. 198.

opplysninger at han - tross uvisshet om hvilket utfall et søksmål vil få - har rimelig grunn til å få ansvarsforholdet prøvet av domstolene». Kunnskapskravet er videre behandlet av Høyesterett i bl.a. Rt. 2007 s. 1479. Etter en redegjørelse for relevant rettspraksis og rettsteori uttalte Høyesterett at utgangspunktet for vurderingen bør «være om bevisstiasjonen var slik at det objektivt sett kunne konstateres grunnlag for å reise sak, det vil si at det var eller kunne være skaffet til veie bevis som gjorde det forsvarlig å anlegge sak. I denne vurderingen må det tas hensyn til rettskraftvirkningene av en dom.»¹⁷⁵ Hensynet til rettskraftvirkningene tilsier at foreldelsesreglene ikke bør tvinge skadelidte til å ta ut premature søksmål som fører til rettstap fordi kravet blir avgjort på mangelfullt faktisk grunnlag. I rettsteorien har kunnskapskravet vært formulert på følgende måte: «Generelt kan man si at treårsfristen begynner å løpe når skadelidte har, eventuelt burde ha hatt, slik kunnskap om de aspekter, skaden og den ansvarlige, at han har fått en oppfordring til rettslig å fremme krav om erstatning.»¹⁷⁶

Skadelidtes kunnskap må knytte seg til «skaden og den ansvarlige». Kravet til nødvendig kunnskap om «skaden» har av Høyesterett i Rt. 2011 s. 1029 vært formulert som at skadelidte «må ha fått slik kjennskap til de økonomiske skadevirkninger han er påført eller antas å bli påført, at han objektivt sett har grunnlag for og en oppfordring til å reise søksmål».¹⁷⁷ Det er imidlertid ikke nødvendig at skadelidte kjenner til tapets størrelse, slik at foreldelsesfristen vil kunne løpe før dette tidspunktet.¹⁷⁸ Kravet til nødvendig kunnskap om «den ansvarlige» viser både til kunnskap om hvem som er ansvarlig, men også det forhold at skadeforvoldelsen kvalifiserer til ansvar, jf. Rt. 2001 s. 1702 og Rt. 2012 s. 543.

Selv om skaden inntreffer eller påløper over tid, eksempelvis som følge av en vedvarende overtredelse av konkurransereglene, kan foreldelsesfristen etter foreldelsesloven § 9 nr. 1 begynne å løpe før overtredelsen har opphørt. Det avgjørende er tidspunktet skadelidte fikk eller burde skaffet seg nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige. Det medfører at foreldelsesfristens starttidspunkt vil kunne være ulik for forskjellige tapsposter. Lidt tap som påløper suksessivt vil derved foreldes suksessivt fra tidspunktet skadelidte fikk nødvendig kunnskap.¹⁷⁹ Når det gjelder fremtidig tap har det i rettsteorien vært fremhevet at: «Som hovedregel synes det klart å være at fremtidig tap foreldes under ett. Det synes først å være i de tilfeller hvor det foreligger særlig usikkerhet med hensyn til tapets størrelse at foreldelsen skjer suksessivt.»¹⁸⁰

¹⁷⁵ Rt. 2007 s. 1479, avsnitt 39.

¹⁷⁶ Røed, 'Foreldelse av fordringer', Cappelen akademisk forlag 2010, s. 297-298. (Med videre henvisninger)

¹⁷⁷ Rt. 2011 s. 1029, avsnitt 36. (Med videre henvisning til Rt. 2001 s. 1702.)

¹⁷⁸ Røed, 'Foreldelse av fordringer', Cappelen akademisk forlag 2010, s. 302: «Da det er tilstrekkelig at skadelidte har kjennskap til at han antas å ville bli påført et tap, utløses fristen normalt på et stadium forut for klarleggingen av tapets størrelse. Det er således ikke avgjørende at ikke tapet endelig lar seg påvise.»

¹⁷⁹ Se f.eks. Rt. 1985 s. 532, s. 538. Se nærmere Røed, 'Foreldelse av fordringer', Cappelen akademisk forlag 2010, s. 304: «Rettstilstanden i dag synes å være at lidt tap foreldes suksessivt etter hvert som det påløper fra det tidspunkt skadelidte er eller burde vært klar over tapet. Dette innebærer at tap som er påført mer enn tre år forut for en eventuell avbrytelse av foreldelsesfristen, blir å anse som foreldet. Tapet manifesterer seg således dag for dag, med den følge at det begynner å løpe en foreldelsesfrist for hvert dagstap.»

¹⁸⁰ Røed, 'Foreldelse av fordringer', Cappelen akademisk forlag 2010, s. 305. Se også s. 306: «foreldelsesfristen skal regnes suksessivt i de tilfeller hvor det erstatningsbetingede forhold vil være midlertidig, og hvor det knytter seg usikkerhet til varigheten.» I Skag, 'Starttidspunkt for foreldelsesfrister', Cappelen akademisk forlag 2012, heter det (s. 451) at «dersom varigheten a et løpende tap er usikker, og særlig dersom tapets størrelse i

Foreldelsesloven § 9 nr. 2 oppstiller i tillegg en absolutt foreldelsesfrist (med særskilte unntak for personskade), hvoretter krav likevel foreldes senest 20 år etter at den skadegjørende handling eller annet ansvarsgrunnlag opphørte. Den absolutte foreldelsesfristens utgangspunkt er uberoende av skadelidtes kunnskap, og starter der den skadegjørende handling eller annet ansvarsgrunnlag opphørte. Ved vedvarende skadevoldelse vil følgelig den absolutte foreldelsesfristen tidligst begynne å løpe når den skadevoldende aktiviteten opphører.¹⁸¹

Foreldelsesfristens varighet etter foreldelsesloven § 9 nr. 1 er tre år. Den absolutte foreldelsesfristen etter foreldelsesloven § 9 nr. 2 er 20 år.

Foreldelsesloven § 10 nr. 1 oppstiller en tilleggsfrist på ett år ved uvitenhet. Det følger av bestemmelsen at dersom fordringshaveren manglet nødvendig kunnskap om fordringen eller skyldneren, inntreffer foreldelse tidligst ett år etter den dag fordringshaveren fikk eller burde skaffet seg slik kunnskap. Kunnskapskravet etter foreldelsesloven § 10 nr. 1 er utformet svært likt kunnskapskravet i foreldelsesloven § 9 nr. 1. Borgarting lagmannsrett (LB-2001-696), har dertil lagt til grunn at kunnskapskravene i de to bestemmelsene i all hovedsak er de samme, noe som også er påpekt i rettsteorien.¹⁸² Det innebærer at selv om foreldelsesloven § 10 nr. 1 om tilleggsfrist også gjelder krav på skadeserstatning etter § 9, vil slik tilleggsfrist være lite praktisk.¹⁸³ Da begge bestemmelsene oppstiller tilnærmet parallelle kunnskapskrav for foreldelsesfristenes utgangspunkt, og fristen etter § 9 er tre år, mens tilleggsfrist etter § 10 nr. 1 er ett år, vil § 10 vanskelig medføre noen tilleggsfrist. Den absolutte foreldelsesfristen etter § 9 nr. 2 kan for øvrig ikke forlenges etter § 10 nr. 1, jf. § 10 nr. 4.

Foreldelsesloven § 9 gjelder ikke krav som springer ut av kontrakt, bortsett fra krav på erstatning for personskade, jf. § 9 nr. 3. Erstatningskrav som beror på kontraktsforhold reguleres av foreldelsesloven § 3. Hovedregelen etter § 3 nr.1 er at foreldelsesfristen regnes fra den dag da fordringshaveren tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse. Foreldelsesfristen er tre år, jf. foreldelsesloven § 2. Ved siden av § 3 vil tilleggsfrist etter § 10 ved uvitenhet kunne være aktuelt. Når det gjelder anvendelsesområdet til henholdsvis foreldelsesloven §§ 9 og 3 beror grensedragningen på om kravet har grunnlag i kontraktuelle eller deliktuelle normer.¹⁸⁴ Selv om de fleste erstatningskrav som følge av brudd på konkurransereglene nok vil ha deliktsrettslig grunnlag, kan det tenkes krav etablert på kontraktsrettslig grunnlag. I så fall vil ikke foreldelsesloven § 9, men § 3 komme til anvendelse.

Krrl. § 34 annet ledd oppstiller en tilleggsfrist for krav som følge av brudd på konkurranseloven. Av krrl. § 34 annet ledd følger det at *«[s]elv om foreldelsestiden er ute, kan krav som nevnt i første ledd dessuten settes frem ved særskilt søksmål. Et slikt søksmål må reises innen 1 år etter at det foreligger endelig vedtak eller rettskraftig dom i saken.»* Regelen innebærer at selv om et krav som følge av brudd på konkurranseloven i utgangspunktet er foreldet, kan kravet likevel fremmes ved særskilt

tillegg i ikke uvesentlig grad er variabel, med den følge at en engangserstatning vanskelig lar seg utmåle, vil foreldelsesfristen løpe suksessivt.»

¹⁸¹ Se nærmere Røed, 'Foreldelse av fordringer', Cappelen akademisk forlag 2010, s. 332-333.

¹⁸² Se Røed, 'Foreldelse av fordringer', Cappelen akademisk forlag 2010, s. 331-332, med videre henvisninger.

¹⁸³ Se også Kjørven, Bruserud, Holdø, Lervåg, Nygård og Nyland, 'Foreldelse av fordringer', Universitetsforlaget 2010, s. 185 og s. 194-197.

¹⁸⁴ Se nærmere Kjørven, Bruserud, Holdø, Lervåg, Nygård og Nyland, 'Foreldelse av fordringer', Universitetsforlaget 2010, kap. 13.

søksmål innen ett år etter endelig vedtak eller rettskraftig dom i saken. I lovproposisjonens (*Prop. 75L (2012-2013) Endringer i konkurranseloven*) merknader til bestemmelsen heter det at for vedtak som ilegger overtredelsesgebyr (krrl. § 29) løper fristen fra søksmålsfristen for vedtaket er utløpt og det ikke er tatt ut søksmål, eller når det foreligger rettskraftig dom. For vedtak som stadfester avhjelpende tiltak eller pålegger opphør av ulovlig atferd (krrl. § 12) vil fristen løpe fra klageadgangen for vedtaket er utløpt eller fra klagevedtak foreligger.¹⁸⁵ Domstolsprøving av klagevedtak er ikke ment å skulle utvide ettårsfristen, eller føre til at den begynner å løpe på nytt.¹⁸⁶ I lovproposisjonen heter det også at dersom Konkurransetilsynet velger ikke å forfølge saken videre vil de alminnelige foreldelsesreglene gjelde.¹⁸⁷ Som nevnt er bestemmelsen utformet etter modell fra foreldelsesloven § 11 annet punktum som oppstiller en tilleggsfrist på ett år etter rettskraftig, fellende dom i straffesaker.

Foreldelsesloven §§ 14 til 19 angir uttømmende handlinger eller omstendigheter som kan føre til avbrudd av foreldelse. Avbrudd av foreldelse kan følge av erkjennelse fra skyldneren, (§ 14), rettslige skritt (§§ 15 og 15 a), at tvist om kravet bringes inn for nærmere bestemte avgjørelsesorganer (§ 16), skritt i forbindelse med tvangsfullbyrdelse, konkurs, gjeldsforhandling og skifte (§§ 17 og 18) og prosessvarsel (§ 19). Det forhold at konkurransemyndighetene tar skritt for å undersøke eller forfølge en mulig overtredelse av konkurransereglene avbryter ikke foreldelse.

8.3 Direktivets krav

Foreldelse er regulert i direktivet art. 10. Art. 10.1 foreskriver at medlemsstatene, i samsvar med artikkelen, skal fastsette nærmere regler om foreldelsesfrister. Art. 10.2, 10.3 og 10.4 regulerer kravene til henholdsvis foreldelsesfristens utgangspunkt, foreldelsesfristens lengde og fristavbrudd eller fristsuspensjon.

I direktivets fortale heter det at nasjonale regler om foreldelsesfristers utgangspunkt, lengde og om fristavbrudd/fristsuspensjon ikke skal være til unødig hinder for innbringelse av erstatningssøksmål. Videre understreker fortalen at dette er særlig viktig for erstatningssøksmål som bygger på en avgjørelse fra en konkurransemyndighet eller en prøvingsinstans om at det foreligger en overtredelse. Det skal være mulig å fremme erstatningssøksmål etter at en konkurransemyndighet har behandlet saken, med henblikk på å håndheve nasjonal konkurranserett og EU-konkurranseretten. Fortalen angir også at foreldelsesperioden ikke skal begynne å løpe før overtredelsen opphører og før saksøker har kjennskap til, eller med rimelighet kan forventes å ha kjennskap til, atferden som utgjør overtredelsen, at overtredelsen påførte saksøker en skade, og overtrederens identitet.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Prop. L (2012-2013) Endringer i konkurranseloven, s. 156.

¹⁸⁶ Prop. L (2012-2013) Endringer i konkurranseloven, s. 61.

¹⁸⁷ Prop. L (2012-2013) Endringer i konkurranseloven, s. 61.

¹⁸⁸ Direktivets fortale, avsnitt 36: «National rules on the beginning, duration, suspension or interruption of limitation periods should not unduly hamper the bringing of actions for damages. This is particularly important in respect of actions that build upon a finding by a competition authority or a review court of an infringement. To that end, it should be possible to bring an action for damages after proceedings by a competition authority, with a view to enforcing national and Union competition law. The limitation period should not begin to run before the infringement ceases and before a claimant knows, or can reasonably be expected to know, the behaviour constituting the infringement, the fact that the infringement caused the claimant harm and the identity of the infringer. Member States should be able to maintain or introduce absolute limitation periods that are of general application, provided that the duration of such absolute limitation periods does not render practically impossible or excessively difficult the exercise of the right to full compensation.»

Kravene til foreldelsesfristens utgangspunkt følger av direktivet art. 10.2. Bestemmelsen lyder som følger: *«Limitation periods shall not begin to run before the infringement of competition law has ceased and the claimant knows, or can reasonably be expected to know: (a) of the behavior and the fact that it constitutes an infringement of competition law; (b) of the fact that the infringement of competition law caused harm to him; and (c) the identity of the infringer.»*

I henhold til direktivet skal foreldelsesfristen følgelig ikke begynne å løpe før overtredelsen opphører. Kommisjonens forslag til direktivtekst viste her uttrykkelig til fortsatte eller gjentatte overtredelser.¹⁸⁹ Den endelige direktivteksten viser ikke eksplisitt til fortsatte eller gjentatte overtredelser. Det er imidlertid særlig ved slike overtredelser at en regel om at foreldelsesfristen ikke skal begynne før overtredelsens opphør får betydning. Ved løpende/fortsatte overtredelser skal følgelig foreldelsesfristen ikke begynne å løpe så lenge overtredelsen pågår. For øvrig kan det nevnes at forordning 1/2003 art. 25.2, vedrørende foreldelse for illeggelse av bøter, på liknende vis, angir at *«[t]ime shall begin to run on the day on which the infringement is committed. However, in the case of continuing or repeated infringements, time shall begin to run on the day on which the infringement ceases.»*

Videre oppstiller art. 10.2 krav til at foreldelsesfristen ikke skal begynne å løpe før et subjektivt friststarttidspunkt. Tidligste friststart er knyttet til når saksøker har eller med rimelighet kan forventes å ha kjennskap til: atferden og at den utgjør en overtredelse av konkurranseretten; at overtredelsen av konkurranseretten har forvoldt saksøkeren skade, og; identiteten til overtrederen.

Direktivet art. 10.2 omhandler ikke absolutte foreldelsesfrister. I direktivets forale heter det imidlertid at medlemslandene *«should be able to maintain or introduce absolute limitation periods that are of general application, provided that the duration of such absolute limitation periods does not render practically impossible or excessively difficult the exercise of the right to full compensation.»* Fortalen tilsier således at art. 10.2 ikke er til hinder for at medlemsstatene også har regler om absolutte foreldelsesfrister. Forutsetningen er at foreldelsesperioden ikke gjør det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å kreve full erstatning.

Direktivets krav til foreldelsesfristens lengde følger av art. 10.3, som angir at: *«Member States shall ensure that the limitation periods for bringing actions for damages are at least five years.»* Direktivet foreskriver således en minimums foreldelsesfrist på fem år. For øvrig oppstiller direktivet ikke nærmere regler om beregning av fristen.

Fristavbrudd/fristsuspensjon er regulert i art. 10.4: *«Member States shall ensure that a limitation period is suspended or, depending on national law, interrupted, if a competition authority takes action for the purpose of the investigation or its proceedings in respect of an infringement of competition law to which the action for damages relates. The suspension shall end at the earliest one year after the infringement decision has become final or the proceedings are otherwise terminated.»* Direktivet oppstiller således krav til fristavbrudd eller fristsuspensjon hvis en konkurransemyndighet tar skritt for å undersøke eller forfølge den overtredelsen av konkurranseretten erstatningskravet vedrører. Suspensjonen skal opphøre tidligst ett år etter endelig avgjørelse om overtredelse eller saken på annen måte er avsluttet.

¹⁸⁹ Kommisjonens forslag til direktivtekst art. 10.3: *«Member States shall ensure that the limitation period does not begin to run before the day on which a continuous or repeated infringement ceases.»*

Forskjellen mellom fristsuspensjon («suspended») og fristavbrudd («interrupted») er ikke nærmere forklart. En nærliggende forståelse er at en frist som blir «suspended» avbrytes midlertidig. Fristen vil da fortsette å løpe når suspensjonsperioden avsluttes. Gitt at termene «suspended» og «interrupted» angir ulike rettslige fenomener, vil formentlig «interrupted» vise til at foreldelsesfristen avbrytes endelig, inntil en ny foreldelsesfrist eventuelt begynner å løpe. En slik tolkning samsvarer med hvordan tilsvarende termer anvendes i forordning 1/2003 art. 25 vedrørende foreldelse for illeggelse av bøter av Kommisjonen.

Fristavbrudd eller fristsuspensjon skal i henhold til direktivet inntre hvis «*a competition authority takes action for the purpose of the investigation or proceedings*». Hva «takes action» innebærer er heller ikke nærmere angitt eller forklart i direktivet. Det kan her påpekes at forordning 1/2003 art. 25.3, vedrørende foreldelse for illeggelse av bøter, benytter tilsvarende termer. Her heter det at «*[a]ny action taken by the Commission or by the competition authority of a Member State for the purpose of the investigation or proceedings in respect of an infringement shall interrupt the limitation period for the imposition of fines or periodic penalty payments.*» Bestemmelsen presiserer videre at foreldelsesfristen *blant annet* avbrytes av følgende skritt: a) Kommisjonens eller en nasjonal konkurransemyndighets skriftlige begjæringer om opplysninger; b) skriftlige fullmakter til å foreta kontrollundersøkelser; c) Kommisjonens eller en nasjonal konkurransemyndighets innledning av en prosedyre, og; d) Kommisjonens eller en nasjonal konkurransemyndighets meddelelse om innsigelser. Det fremstår nærliggende å se hen til de skritt som angis som fristavbrytende etter forordning 1/2003 art. 25.3 ved tolkningen av kravene etter art. 10.4 i direktivet. Et skjæringstidspunkt tidligere enn skrittene nevnt i art. 25.3 vil blant annet kunne medføre notoritetsutfordringer. Fristen bør heller ikke låses til senere tidspunkter, jf. eksempelvis art. 11.6 i forordning 1/2003.

«*[C]ompetition authority*» er definert som «*the Commission or a national competition authority, or both, as the context may require*», jf. direktivet art. 2 (8). Betydningen av Kommisjonens prosedyrer for foreldelse i EFTA-pilaren/ESAs prosedyrer for foreldelse i EU-pilaren må vurderes opp mot EØS-relevansen.

Dersom foreldelsesfristen suspenderes skal suspensjonen opphøre tidligst ett år etter at avgjørelsen om overtredelse har blitt endelig eller saken på annen måte er avsluttet. Gitt at «suspended» viser til midlertidige fristavbrudd, krever således direktivet at fristen tidligst kan begynne å løpe igjen ett år etter endelig vedtak eller at saken på annen måte er avsluttet. Dersom foreldelsesfristen ikke hadde begynt å løpe da konkurransemyndighetene tok skritt for å undersøke eller forfølge overtredelsen erstatningssøksmålet gjelder, men skadelidte fikk nødvendig kunnskap under suspensjonsperioden, vil konsekvensen være at foreldelsesfristen ikke kan begynne å løpe før ett år etter endelig avgjørelse om overtredelse eller saken på annen måte er avsluttet. Før øvrig angir ikke direktivet nærmere hva det innebærer at avgjørelsen om overtredelse har blitt endelig eller saken på annen måte er avsluttet.

Konsekvensen av at fristen eventuelt blir «interrupted» synes ikke å være eksplisitt regulert. Det er imidlertid vanskelig å se noen grunn til at direktivet skulle åpne for at skadelidte stilles i en mindre gunstig rettsposisjon dersom nasjonal rett foreskriver foreldelsesregler som innebærer at foreldelsesfristen avbrytes endelig, inntil en ny foreldelsesfrist eventuelt begynner å løpe, enn dersom nasjonal rett foreskriver en midlertidig fristsuspensjon. Dette tilsier at også der nasjonal rett bygger på alternativet om at foreldelsesfristen blir «interrupted» og en ny frist eventuelt begynner å

løpe, kan ikke foreldelse inntre tidligere enn ett år etter endelig avgjørelse om overtredelse eller saken på annen måte er avsluttet.

Direktivet synes ikke å være til hinder for at et krav kan være foreldet før konkurransemyndighetene eventuelt tar skritt som angitt i art. 10.4. Dersom nasjonal rett for øvrig oppfyller direktivets krav til foreldelsesfristens starttidspunkt og lengde, og kravet er foreldet før konkurransemyndighetene tar skritt som fører til fristavbrudd/fristsuspensjon, vil et eventuelt krav kunne være foreldet. Direktivet oppstiller ikke krav til noen tilleggsfrist der konkurransemyndighetene behandler saken erstatningskravet springer ut av.¹⁹⁰

8.4 Vurderinger

I det følgende sammenholdes direktivets krav med gjeldende norsk rett. Videre vil behovet for gjennomføringstiltak vurderes. Direktivet oppstiller krav til fristens starttidspunkt, fristens lengde/varighet, samt til fristavbrudd/fristsuspensjon. Disse temaene behandles i det følgende.

Innledningsvis kan det påpekes at formuleringen i art. 10.1, «*limitation periods for bringing actions for damages*», synes å rette seg mot prosessuelle foreldelsesfrister i nasjonal rett. Det underliggende formålet med direktivets krav etter art. 10 er likevel å unngå at foreldelsesreglene skal være til unødig hinder for privat håndhevelse, uavhengig av om nasjonale regler om foreldelse er av materiell eller prosessuell karakter. Vi har vanskelig for å se at direktivets krav kan oppfylles dersom nasjonal rett om materiell foreldelse ikke også er i tråd med reglene i art. 10. En gjennomføring av direktivets art. 10 må videre tilpasses rettstradisjonen i de ulike landene. For norsk retts vedkommende betyr det innen det eksisterende foreldelsesinstituttets rammer.¹⁹¹

Etter krfl. § 34 første ledd, jf. foreldelsesloven § 9 første ledd, begynner fristen å løpe når skadelidte «*fikk eller burde skaffet seg nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige*». Direktivet art. 10.2, om kravene til fristens starttidspunkt, har følgende ordlyd: «*Limitation periods shall not begin to run before the infringement of competition law has ceased and the claimant knows, or can reasonably be expected to know: (a) of the behavior and the fact that it constitutes an infringement of competition law; (b) of the fact that the infringement of competition law caused harm to him; and (c) the identity of the infringer.*»

Både gjeldende norsk rett og direktivet knytter foreldelsesfristen til et subjektivt starttidspunkt basert på skadelidtes kunnskap. Etter foreldelsesloven § 9 nr. 1 er kravet at skadelidte «*fikk eller burde skaffet seg nødvendig kunnskap*», mens direktivets krav er at foreldelse ikke skal starte før skadelidte «*knows, or can reasonably be expected to know*». Norsk rett pålegger skadelidte en undersøkelsesplikt, slik at fristutgangspunktet relateres til tidspunktet skadelidte ville ha skaffet seg nødvendig kunnskap dersom skadelidte hadde gjennomført påkrevde undersøkelser. Etter direktivet kan foreldelsesfristen tidligst begynne å løpe når skadelidte med rimelighet kan forventes å ha den

¹⁹⁰ Dette i motsetning til forslaget i Kommisjonens White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules (2008), COM/2008/0165 final. Her argumenterte Kommisjonen for at en løsning med tilleggsfrist var å foretrekke fremfor en løsning som innebar fristsuspensjon. Kommisjonen foreslo derfor at «a new limitation period of at least two years should start once the infringement decision on which a follow-on claimant relies on has become final.»

¹⁹¹ Det er på det rene at foreldelse klassifiseres ulikt (som hhv. materielle og prosessuelle regler) i ulike land, og at direktivet må forholde seg til dette. Se nærmere om klassifiseringen både i norsk rett og i et komparativt perspektiv Trygve Bergsåker: Hva er foreldelse, TfR 2011 s. 351–442.

angitte kunnskap. Det fremstår tvilsomt om direktivet tillater friststart fra et tidspunkt skadelidte «burde» ha skaffet seg nødvendig kunnskap. Direktivets formulering, knyttet til når skadelidte «*can reasonably be expected to know*», synes snarere å relatere seg til beviskravet for skadelidtes faktiske kunnskap enn å tillate friststart der skadelidte ennå ikke har faktisk kunnskap, men burde skaffet seg det. Etter vår oppfatning risikerer fristutgangspunktet i foreldelsesloven § 9 nr. 1 ikke å oppfylle direktivets krav.

Videre presiserer både gjeldende norsk rett og direktivet hva kunnskapen skal dekke. Etter foreldelsesloven § 9 nr. 1 skal kunnskapen dekke «*skaden og den ansvarlige*». Fristen begynner å løpe når skadelidte fikk eller burde skaffet seg nødvendig kunnskap om at vedkommende er eller antas å bli påført et tap, om hvem erstatningskravet kan rettes mot og om skaden er ansvarsbetingende. Kravet etter direktivet art. 10.2 er at kunnskapen skal dekke: (a) atferden og at den utgjør en overtredelse av konkurranseretten; (b) at overtredelsen av konkurranseretten har forvoldt saksøkeren skade, og; (c) identiteten til overtrederen. Kravet til kunnskap om «skaden» synes å tilfredsstille kravet til at foreldelsesfristen ikke begynner å løpe før skadelidte har fått slik kunnskap som nevnt i direktivet art. 10.2 bokstav (b). Kravet til kunnskap om «den ansvarlige» vil antagelig innebære at foreldelsesfristen ikke starter før skadelidte har fått slik kunnskap som nevnt i direktivet art. 10.2 bokstav (a) og (c). Foreldelsesloven § 9 nr.1 synes, etter vår oppfatning, å tilfredsstille direktivets krav til hva kunnskapen skal dekke. Når det gjelder direktivets krav om at kunnskapen skal omfatte at atferden «*constitutes an infringement of competition law*» må det antakelig være tilstrekkelig at kunnskapen dekker alle de faktiske omstendighetene som kreves for å etablere en overtredelse.

Etter gjeldende norsk rett kan foreldelsesfristen ved vedvarende overtredelser begynne å løpe før overtredelsen har opphørt. Etter foreldelsesloven § 9 nr. 1 starter foreldelsesfristen når skadelidte har fått nødvendig kunnskap om «*skaden og den ansvarlige*». Det innebærer at ansvarsbetingende skade som løper over et tidsrom, eksempelvis som følge av en vedvarende overtredelse av konkurransereglene, vil kunne foreldes suksessivt beroende på når skadelidte fikk nødvendig kunnskap om tapspostene. Selv om overtredelsen ikke har opphørt, vil ansvarsbetingende skade som følge av den vedvarende overtredelsen kunne være foreldet. I henhold til direktivet skal imidlertid foreldelsesfristen ikke begynne å løpe før overtredelsen har opphørt. Ved vedvarende overtredelser skal følgelig foreldelsesfristen ikke begynne å løpe så lenge overtredelsen pågår. Direktivet synes således å være til hinder for at hele eller deler av skadelidtes krav skal kunne være foreldet før overtredelsen har opphørt. Etter vår oppfatning vil det kunne oppstå tilfeller der norsk rett ikke vil oppfylle direktivets krav til at foreldelsesfristen ikke skal begynne å løpe før overtredelsen har opphørt.

Foreldelsesloven § 9 nr. 2 oppstiller en absolutt foreldelsesfrist (med særskilte unntak for personskade), hvor krav foreldes senest 20 år etter at den skadegjørende handling eller annet ansvarsgrunnlag opphørte. Den absolutte foreldelsesfristens utgangspunkt er uavhengig av skadelidtes kunnskap, løper først fra det tidspunkt den skadegjørende handling eller annet ansvarsgrunnlag opphørte.¹⁹² Direktivet art. 10.2 omhandler som nevnt ikke absolutte foreldelsesfrister. Direktivets fortale tilsier imidlertid at art. 10.2 ikke er til hinder for at medlemsstatene også har regler om absolutte foreldelsesfrister, hvor starttidspunktet ikke bygger på

¹⁹² Direktivets fortale, avsnitt 36.

subjektive kunnskapskrav, så fremt foreldelsesperioden ikke gjør det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve retten til full erstatning. Den absolutte foreldelsesfristen etter foreldelsesloven § 9 nr. 2 begynner å løpe uavhengig av skadelidtes kunnskap. Etter vår oppfatning vil den absolutte foreldelsesfristen antagelig ikke være i strid med direktivet eller det EU/EØS-rettslige effektivitetsprinsippet. Årsaken er at det etter de EU/EØS-rettslige kravene ses hen til varigheten av foreldelsesfrister med objektive starttidspunkter.¹⁹³ En absolutt foreldelsesfrist på 20 år vil etter vår oppfatning antagelig kunne godtas.

Hva gjelder fristens lengde følger det av foreldelsesloven § 9 nr. 1 at foreldelse inntreffer etter tre år fra den dag skadelidte fikk nødvendig kunnskap. Art. 10.3 i direktivet angir at «*Member States shall ensure that the limitation periods for bringing an action for damages are at least five years.*» Tre-års fristen etter foreldelsesloven vil således ikke oppfylle direktivets krav.

Avbrudd av foreldelse inntreffer etter gjeldende norsk rett ikke ved at en konkurransemyndighet iverksetter skritt for å undersøke eller forfølge en overtredelse av konkurransereglene. Krrl. § 34 annet ledd oppstiller imidlertid en tilleggsfrist. Det følger av krrl. § 34 annet ledd at: «*Selv om foreldelsestiden er ute, kan krav som nevnt i første ledd dessuten settes frem ved særskilt søksmål. Et slikt søksmål må reises innen 1 år etter at det foreligger endelig vedtak eller rettskraftig dom i saken.*»

Som redegjort for over gjelder tilleggsfristen etter krrl. § 34 annet ledd etter sin ordlyd kun overtredelser av konkurranseloven. Bestemmelsen omfattes heller ikke av EØS-krrl. § 6, som angir hvilke av konkurranselovens bestemmelser som gjelder tilsvarende når norske konkurransemyndigheter fører tilsyn med EØS-avtalen art. 53 og 54. Det EU/EØS-rettslige ekvivalensprinsippet vil imidlertid være til hinder for at krav som bygger på EØS-avtalen art. 53 og 54 ikke omfattes av tilleggsfristen etter krrl. § 34 annet ledd på tilsvarende vis som krav som bygger på krrl. §§ 10 og 11.

Direktivet oppstiller ikke krav til tilleggsfrist, men krav til fristsuspensjon eller fristavbrudd. Fristuspensjon eller fristavbrudd skal inntre der «*a competition authority takes action for the purpose of the investigation or its proceedings in respect of an infringement of competition law to which the action for damages relates.*» Fristuspensjonen skal videre «*end at the earliest one year after the infringement decision has become final or the proceedings are otherwise terminated.*»

Da direktivet regulerer fristsuspensjon/fristavbrudd, og ikke tilleggsfrist, vil et krav etter nasjonal rett kunne være foreldet selv om konkurransemyndighetene skulle iverksette etterforskningsskritt etter dette tidspunktet. Der konkurransemyndighetene tar slike skritt før foreldelsesfristen er utløpt, krever imidlertid direktivet at fristen suspenderes eller avbrytes. En fristsuspensjon skal videre opphøre tidligst ett år etter endelig avgjørelse om overtredelse eller saken på annen måte er avsluttet. Selv om fristsuspensjon/fristavbrudd inntreffer nær foreldelsesperiodens utløp, kan foreldelse følgelig ikke inntre tidligere enn ett år etter at saken er endelig avsluttet.

I noen henseender gir krrl. § 34 annet ledd skadelidte gunstigere foreldelsesregler enn direktivets krav. Der det foreligger endelig vedtak eller rettskraftig dom i saken, vil tilleggsfristen på ett år innebære at krav kan fremmes selv om foreldelsesfristen i utgangspunktet var utløpt. I andre

¹⁹³ Se også forente saker C-295/04 to C-298/04, Manfredi, premiss 78.

henseender stiller gjeldende norsk rett om foreldelse skadelidte i en mindre gunstig posisjon enn direktivets krav. Etter norsk rett fører ikke konkurransemyndighetenes etterforskningsskritt mv. til fristsuspensjon/fristavbrudd. Der eksempelvis konkurransemyndighetenes etterforskning ikke ender med endelig vedtak, vil således foreldelsesfristen etter foreldelsesloven § 9 nr. 1 kunne løpe uten verken fristsuspensjon/fristavbrudd eller tilleggsfrist etter krrl. § 34 annet ledd. Etter vår oppfatning vil gjeldende norsk rett ikke tilfredsstille direktivets krav om fristavbrudd/fristsuspensjon.

Sammenfatningsvis tilfredsstiller gjeldende norsk rett ikke kravene til korrekt gjennomføring av direktivet art. 10. Det gjelder både forhold ved foreldelsesfristens starttidspunkt og lengde, samt fristavbrudd/fristsuspensjon.

Når det gjelder fristens utgangspunkt krever direktivet at foreldelsesfristen ikke skal begynne å løpe før overtredelsen har opphørt. Etter krrl. § 39, jf. foreldelsesloven § 9 nr. 1, kan imidlertid foreldelsesfristen begynne å løpe før overtredelsen har opphørt. Videre er det etter vår oppfatning tvilsomt om det etter direktivets krav til et subjektivt friststarttidspunkt er forenelig med en friststart som kan begynne å løpe allerede der skadelidte «burde skaffet seg» nødvendig kunnskap. Direktivets krav til hva kunnskapen skal dekke, synes imidlertid langt på vei å samsvare med kunnskapskravet etter krrl. § 34, jf. foreldelsesloven § 9 nr. 1.

Når det gjelder direktivets krav til foreldelsesfristens lengde er heller ikke dette oppfylt. Direktivet krever en foreldelsesfrist på minst fem år. Etter krrl. § 34, jf. foreldelsesloven § 9 nr. 1, er foreldelsesfristen imidlertid tre år.

Direktivets krav til fristavbrudd/fristsuspensjon er heller ikke oppfylt. Direktivet krever at foreldelsesfristen avbrytes eller suspenderes hvis en konkurransemyndighet tar skritt for å undersøke eller forfølge den overtredelsen erstatningssøksmålet gjelder. Suspensjonen skal opphøre tidligst ett år etter endelig avgjørelse om overtredelse eller saken på annen måte er avsluttet. Foreldelsesloven inneholder ikke regler om avbrudd av foreldelse der konkurransemyndighetene tar skritt for å undersøke eller forfølge en overtredelse av konkurransereglene. Krrl. § 34 annet ledd er heller ikke en regel om fristavbrudd eller fristsuspensjon, men en regel om tilleggsfrist på ett år etter endelig vedtak eller rettskraftig dom i saken. Der eksempelvis konkurransemyndighetenes etterforskning ikke ender med endelig vedtak, vil foreldelsesfristen etter foreldelsesloven § 9 nr. 1 kunne løpe uten verken fristsuspensjon/fristavbrudd eller tilleggsfrist etter krrl. § 34 annet ledd. Etter vår oppfatning vil derfor gjeldende norsk rett ikke tilfredsstille direktivets krav om fristavbrudd/fristsuspensjon.

For øvrig kan det bemerkes at heller ikke dersom det skulle være tale om et krav som springer ut av kontrakt, slik at forholdet reguleres av foreldelsesloven § 3 flg. vil direktivets krav være oppfylt. Det skyldes både kravene til fristens utgangspunkt, lengde og fristavbrudd/fristsuspensjon.

Et ytterligere forhold er at krrl. § 34, jf. EØS-krrl. § 6, etter sin ordlyd ikke gjelder der Konkurransetilsynet anvender EØS-avtalen art. 53 og 54. Det EØS-rettslige ekvivalensprinsippet tilsier her at krrl. § 34 også må gjelde for anvendelsen av EØS-avtalens bestemmelser. Det er vanskelig å se noen gode grunner til at krrl. § 34 ikke også skulle gjelde ved norske konkurransemyndigheters håndheving av EØS-avtalens konkurranseregler.

På denne bakgrunn mener vi at det er behov for særskilt gjennomføringslovgivning for kravene i direktivet art. 10. Gjennomføringslovgivningen bør ta utgangspunkt i direktivets formulerte krav til

foreldelsesfristens utgangspunkt og varighet, samt fristavbrudd/fristsuspensjon. Når det gjelder valget mellom fristavbrudd og fristsuspensjon bør det også å ses hen til direktivet art. 18.1, som krever at foreldelsesfristen suspenderes mens en eventuell minnelig tvisteløsning om kravet pågår. En konsistent regulering i disse tilfellene fremstår her som hensiktsmessig, slik at suspensjonsalternativet velges for å gjennomføre art. 10. Etter direktivet skal suspensjon inntre hvis «*a competition authority takes action for the purpose of the investigation or proceedings*». Når det gjelder det nærmere skjæringstidspunktet knyttet til skritt som medfører suspensjon av fristen bør det etter vår oppfatning ses hen til de skritt som angis som fristavbrytende etter forordning 1/2003 art. 25.3, samt til krrl. kap. 6 vedrørende saksbehandlingen ved undersøkelser og kontroll. For øvrig bør foreldelseslovens bestemmelser gjelde så langt de passer. Hva gjelder krrl. § 34 er direktivet ikke til hinder for at reguleringen i annet ledd, som oppstiller en tilleggsfrist, beholdes. Den retts tekniske plasseringen av denne bestemmelsen bør imidlertid tilpasses eventuell ny lovgivning som gjennomfører direktivet art. 10, jf. våre kommentarer nedenfor i punkt. 10.2.

9 Minnelig tvisteløsning

9.1 Innledning

Direktivet art. 18 og 19 gjelder minnelig tvisteløsning. Bestemmelsene er både av prosessuell og materiell karakter og er ment å fremme og effektivisere minnelig tvisteløsning av erstatningskrav som følge av brudd på konkurransereglene.¹⁹⁴ Art. 18 regulerer forholdet mellom minnelig tvisteløsning og henholdsvis foreldelse, utsettelse/stansing og bøteutmåling. Art. 19 omhandler forholdet til solidaransvar og regress. Spørsmål knyttet til gjennomføringen i norsk rett av direktivet art. 18 blir behandlet i punkt 9.2, mens tilsvarende spørsmål vedrørende art. 19 behandles i punkt 9.3.

9.2 Minnelig tvisteløsning - foreldelse, stansing, bøteutmåling

9.2.1 Innledning

Direktivet art. 18 omhandler virkninger av minnelig tvisteløsning («*consensual dispute resolution*»). Begrepet «*consensual dispute resolution*» er definert i direktivet art. 2 (21) som «*any mechanism enabling parties to reach out-of-court resolution of a dispute concerning a claim for damages*».

Art. 18 består av tre bestemmelser. Art. 18.1 krever at foreldelsesfristen suspenderes mens minnelig tvisteløsning pågår. Art. 18.2 krever at nasjonale domstoler skal kunne utsette behandlingen av erstatningssøksmål dersom partene deltar i minnelig tvisteløsning om kravet. Art. 18.3 omhandler konkurransemyndighetenes adgang til å anse erstatningsutbetaling etter minnelig tvisteløsning som en formildende omstendighet ved utmålingen av en eventuell bot. Den videre behandlingen av gjennomføringen av direktivets art. 18 i norsk rett følger bestemmelsens tematiske systematikk.

¹⁹⁴ Direktivets forale, avsnitt 48: «Achieving a 'once-and-for-all' settlement for defendants is desirable in order to reduce uncertainty for infringers and injured parties. Therefore, infringers and injured parties should be encouraged to agree on compensating for the harm caused by a competition law infringement through consensual dispute resolution mechanisms, such as out-of-court settlements (including those where a judge can declare a settlement binding), arbitration, mediation or conciliation. Such consensual dispute resolution should cover as many injured parties and infringers as legally possible. The provisions in this Directive on consensual dispute resolution are therefore meant to facilitate the use of such mechanisms and increase their effectiveness.»

9.2.2 Foreldelse – fristsuspensjon mens minnelig tvisteløsning pågår

9.2.2.1 Innledning

Direktivet art. 18.1 krever at medlemsstatene sikrer at foreldelsesfristen suspenderes mens en eventuell minnelig tvisteløsning om kravet pågår. I det følgende behandles først gjeldende norsk rett om avbrudd av foreldelse. Fremstillingen innrettes mot og begrenses til situasjoner der partene er involvert i minnelig tvisteløsning. Videre vil fremstillingen redegjøre nærmere for direktivets krav. Avslutningsvis vurderer vi behovet for eventuelle gjennomføringstiltak.

9.2.2.2 Gjeldende rett

Det følger av krfl. § 34 første ledd at foreldelsesloven¹⁹⁵ gjelder for krav som følge av brudd på konkurranseloven. Foreldelseslovens bestemmelser vil også gjelde krav som følge av brudd på EØS-avtalens konkurranseregler.

Generelle regler om avbrudd av foreldelse følger av foreldelsesloven i §§ 14 til 19, mens virkningen av avbrutt foreldelse er regulert i §§ 20 til 23. For øvrig vil også foreldelsesloven § 28 om avtaler om å forlenge eller forkorte foreldelsestiden kunne ha betydning for foreldelsesfristen ved minnelig tvisteløsning.

Foreldelsesloven §§ 14 til 19 gjelder avbrudd av foreldelse ved henholdsvis erkjennelse fra skyldneren (§ 14), rettslige skritt m.m. (§ 15), gruppesøksmål (§ 15 a), administrativ avgjørelse m.m. (§ 16), tvangsfullbyrdelse (§ 17), konkurs, gjeldsforhandling og skifte (§ 18) og prosessvarsel (§ 19).

Foreldelsesloven inneholder ingen generell regel om avbrudd av foreldelse ved minnelig tvisteløsning. Det er i første rekke foreldelsesloven § 14 om avbrudd av foreldelse ved erkjennelse og § 15 om avbrudd av foreldelse ved rettslige skritt, som kan ha betydning ved minnelig tvisteløsning og som nærmest kan tilfredsstille direktivets krav.

Foreldelsesloven § 14 gjelder avbrudd av foreldelse ved erkjennelse. Etter bestemmelsen avbrytes foreldelse når skyldneren overfor fordringshaveren *«uttrykkelig eller ved sin handlemåte erkjenner forpliktelsen, så som ved løfte om betaling eller ved å betale rente.»* Når det gjelder hva som kreves av en erkjennelse har Høyesterett i Rt. 1999 s. 1755 bl.a. vist til formuleringer i rettsteorien om at det må være tale om *«en disposisjon hvor skyldneren erklærer at han er forpliktet etter fordringen»*, og at det avgjørende er *«hvordan skyldnerens opptreden med rimelighet kan oppfattes av fordringshaveren»* på bakgrunn av en samlet vurdering av alle relevante forhold.¹⁹⁶ Av merknadene til bestemmelsen i Ot.prp. nr. 38 (1977-78), s. 67 heter det at *«[d]et vil (...) ikke i seg selv avbryte foreldingen at skyldneren innlater seg i forhandling med fordringshaveren om skyldforholdets eksistens.»* Tilsvarende er lagt til grunn i juridisk teori.¹⁹⁷ Det forhold at partene har innledet forhandlinger vil i så måte neppe alene være tilstrekkelig til at foreldelse avbrytes etter foreldelsesloven § 14. I relasjon til minnelig tvisteløsning kan foreldelse være avbrutt dersom fordringshaveren i den anledning uttrykkelig eller ved sin handlemåte erkjenner forpliktelsen.

¹⁹⁵ Lov av 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven).

¹⁹⁶ Rt. 1999 s. 1755, på side 1760. Med henvisning til Asbjørn Kjønsstad og Steinar Tjomsland, 'Foreldelsesloven', Oslo 1983, s. 106 og 107.

¹⁹⁷ Se Røed, 'Foreldelse av fordringer', Cappelen 2010, s. 450. Se også Kjørven, Bruserud, Holdø, Lervåg, Nygård og Nyland, 'Foreldelse av fordringer', Universitetsforlaget 2010, s. 312, hvor det dog argumenteres for at listen for å konstatere fristavbrytende foreldelse bør legges lavt i en forhandlingssituasjon.

Fristavbrudd etter § 14 krever imidlertid en slik erkjennelse, slik at minnelig tvisteløsning verken er nødvendig eller nødvendigvis i seg selv tilstrekkelig til å avbryte foreldelse etter bestemmelsen.

Av foreldelsesloven § 15 nr. 1 første punktum følger det at «*[f]oreldelse avbrytes når fordringshaveren tar rettslige skritt mot skyldneren for å få dom, skjønn, voldgiftsdom eller tilsvarende avgjørelse*» Bestemmelsens annet punktum angir at «*[d]et samme gjelder når skyldneren tar slikt skritt for å få fastsettellesdom om fordringen.*» Det sistnevnte innebærer at fordringshaveren ikke behøver å ta rettslige skritt mot skyldneren for å avbryte foreldelse dersom skyldneren allerede har tatt rettslige skritt for å få fastsettellesdom om fordringen.

Der fordringen blir gjort gjeldende ved domstol skjer avbrytelse av foreldelse for det første ved forliksklage eller stevning, jf. foreldelsesloven § 15 nr. 2 bokstav a). Videre avbrytes foreldelse etter bokstav b) ved at krav om fordringen blir framsatt eller påberopt til motregning under sak som er reist mellom partene, mens foreldelse etter bokstav c) avbrytes når fornærmede fremmer krav til pådømmelse i straffesak etter straffeprosessloven § 428.

Tvl. inneholder bestemmelser om minnelige tvisteløsning. Herunder følger det av tvl. § 5-4 at partene skal undersøke om det er mulig å løse tvisten i minnelighet før sak reises, og gjøre nærmere forsøk på dette, eventuelt gjennom mekling for forliksrådet, ved utenrettslig mekling eller ved at tvisten bringes inn for en utenrettslig tvisteløsningsnemd. Tvisteloven kap. 6 regulerer behandling i forliksrådet. Tvl. kap. 7 omhandler utenrettslig mekling. Videre gjelder tvl. kap. 8 mekling og rettsmekling i de alminnelige domstoler. Ved mekling i forliksrådet og ved mekling og rettsmekling i de alminnelige domstoler vil foreldelse uansett være avbrutt ved at fordringshaveren har tatt rettslige skritt så som forliksklage eller stevning. Det avgjørende for avbrudd av foreldelse etter foreldelsesloven § 15 nr. 1, jf. nr. 2 er imidlertid ikke om partene innleder en form for minnelig tvisteløsning, men om fordringshaveren har tatt de påkrevde rettslige skritt.

Etter foreldelsesloven § 15 nr.1 avbrytes foreldelse også når «*fordringshaveren tar rettslige skritt mot skyldneren for å få (...) voldgiftsdom (...).*» Av foreldelsesloven § 15 nr. 3 første punktum følger det at foreldelse avbrytes «*når voldgiftsak er innledet etter voldgiftsloven § 23.*» Voldgiftsloven¹⁹⁸ § 23 angir at voldgiftsaken er innledet den dag saksøkte mottok krav om at tvisten skal behandles ved voldgift, med mindre partene har avtalt noe annet. Imidlertid følger det av foreldelsesloven § 29 nr. 3 at rettidig avbrudd er skjedd når nødvendig skrift er postlagt til vedkommende før fristen er ute. I rettsteoretiske fremstillinger har det vært tatt til orde for at foreldelsesloven § 29 nr. 3, om at postleggestidspunktet er avgjørende, må gå foran bestemmelsen i voldgiftsloven § 23 om mottakstidspunkt.¹⁹⁹

Virkninger av avbrutt foreldelse er regulert i foreldelsesloven §§ 20 til 23.

Foreldelsesloven § 20 regulerer virkningen av avbrutt foreldelse etter § 14 vedrørende erkjennelse. Det følger her at «*[n]år foreldelse avbrytes ved erkjennelse etter § 14, løper en ny foreldelsesfrist etter reglene i denne lov fra erkjennelsen eller fra den senere dag da fordringshaveren tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse.*» Fristavbrudd etter § 14 fører således ikke til en midlertidig suspensjon av

¹⁹⁸ Lov av 14. mai 2004 nr. 25 Lov om voldgift.

¹⁹⁹ Se Røed, 'Foreldelse av fordringer', Cappelen 2010, s. 518. Se også Kjørven, Bruserud, Holdø, Lervåg, Nygård og Nyland, 'Foreldelse av fordringer', Universitetsforlaget 2010, s. 328-329.

foreldelsesfristen, men til at det løper en ny foreldelsesfrist. Den nye foreldelsesfristen vil normalt være av samme lengde som den opprinnelige fristen.²⁰⁰

Virkninger av avbrutt foreldelse etter §§ 15 til 19 reguleres av §§ 21 og 22. For denne fremstillingens formål er de relevante bestemmelsene først og fremst § 21 nr. 1 som gjelder virkningen av avbrutt foreldelse så lenge forfølgning pågår, § 21 nr. 2 som gjelder virkningen av avbrutt foreldelse når saken ender med realitetsavgjørelse og § 22 nr.1 vedrørende virkningen av avbrutt foreldelse når fordringshaveren ikke oppnår realitetsavgjørelse.

Foreldelsesloven § 21 nr. 1 regulerer virkningen av avbrytelse så lenge forfølgning pågår.

Bestemmelsen angir at «[e]r foreldelse avbrutt ved påtale etter §§ 15 til 19, skjer ingen foreldelse så lenge forfølgningen pågår (...).» Virkningen av at foreldelse avbrytes etter bl.a. § 15 (rettslige skritt m.m.) er følgelig at foreldelse ikke inntreier og at foreldelsesfristen ikke utløper mens forfølgning pågår.²⁰¹ Når det gjelder foreldelsesfristen vil den verken stanses eller suspenderes, men fortsette å løpe mens den rettslige forfølgningen pågår. Det er således tale om en utsettelse av foreldelsesvirkningen, ikke foreldelsesfristen.²⁰² I én fremstilling av reglene om foreldelse av fordringer er virkningen eksemplifisert på følgende måte: «*Dette innebærer at hvis det for eksempel er to måneder igjen av den ordinære foreldelsesfristen når en fristavbrytende handling foretas, og behandlingen av saken tar tre måneder, vil kravet ikke foreldes i løpet av disse tre månedene. Men dersom saken ikke ender med noen realitetsavgjørelse (og foreldelsesloven § 22 ikke gir tilleggsfrist), vil kravet være foreldet etter endt saksbehandling idet de to gjenstående månedene av fristen har løpt ut på dette tidspunktet.*»²⁰³

At det ikke skjer noen foreldelse «*så lenge forfølgningen pågår*» innebærer blant annet at det ikke skjer foreldelse under ankebehandling. Når det gjelder gjenåpning har det i rettsteorien vært antatt at forfølgning også «*pågår*» i det minste der det er tale om en direkte etterfølgende gjenåpning.²⁰⁴ Når det gjelder forliksklage følger det av tvl. § 18-3 annet ledd at «*[n]år foreldelse er avbrutt ved forliksklage, opphører denne virkningen dersom stevning, eller eventuelt forliksklage, ikke er sendt til retten innen ett år fra forliksrådet innstilte behandlingen av saken.*»

Virkningen av avbrutt foreldelse når saken ender med realitetsavgjørelse m.m. er regulert i foreldelsesloven § 21 nr. 2. Av bestemmelsens første punktum følger det at «*[b]lir fordringen bindende fastslått ved rettsforlik, dom eller annen avgjørelse som nevnt i §§ 15 eller 16, løper en ny foreldelsesfrist på 10 år fra den dag da rettsforlik er inngått, dom er avsagt eller annen avgjørelse er truffet, eller fra den dag da fordringshaveren tidligst kan kreve å få oppfyllelse.*» Bestemmelsen innebærer at det løper en ny foreldelsesfrist på ti år dersom fordringen blir bindende fastslått, herunder ved rettsforlik eller dom.

²⁰⁰ Se Røed, 'Foreldelse av fordringer', Cappelen 2010, s. 597.

²⁰¹ Ot.prp. nr. 38 (1977-78), s. 73.

²⁰² Røed, 'Foreldelse av fordringer', Cappelen 2010, s. 601.

²⁰³ Kjørven, Bruserud, Holdø, Lervåg, Nygård og Nyland, 'Foreldelse av fordringer', Universitetsforlaget 2010, s. 411.

²⁰⁴ Røed, 'Foreldelse av fordringer', Cappelen 2010, s. 601-602. I Kjørven, Bruserud, Holdø, Lervåg, Nygård og Nyland, 'Foreldelse av fordringer', Universitetsforlaget 2010, argumenteres det for at det ikke bør være en frist for hvor lenge etter den opprinnelig sak en sak kan gjenopptas med fortsatt fristavbrytende virkning, se s. 420.

Foreldelsesloven § 22 angår virkningen av avbrytelse når fordringshaveren ikke oppnår realitetsavgjørelse m.m. Det følger av foreldelsesloven § 22 nr. 1 første punktum at «[d]ersom påtale etter §§ 15, 16 eller 17 ikke fører til forlik eller realitetsavgjørelse som nevnt i §§ 15 eller 16 eller til at tvangsfullbyrdelse fremmes, og dette ikke skyldes forsettlig forhold fra fordringshaverens side, varer virkningen av den rettidige påtale i 1 år etter at saken er avsluttet.» Bestemmelsen har sammenheng med § 21 nr. 1 som innebærer en utsettelse av foreldelsesvirkningen, ikke en stansing eller suspensjon av foreldelsesfristen, mens den rettslige forfølgningen pågår. Etter § 21 nr. 1 kan derved foreldelsesfristen være utløpt der fordringshaveren ikke oppnår realitetsavgjørelse, for eksempel fordi saken avvises. I slike tilfeller kan § 22 nr. 1 første punktum innebære at foreldelsesvirkningen utsettes i ytterligere ett år fra saken ble avsluttet. Også her er det tale om en utsettelse av foreldelsesvirkningen slik at foreldelsesfristen fortsatt løper, men foreldelse vil ikke inntre før tidligst etter ett år. Paragraf 22 nr. 1 annet til femte punktum regulerer bl.a. friststart der fordringshaveren ikke har fått melding om at saken er avsluttet innen rimelig tid og virkningen av at fornærmede trekker sin begjæring om å få pådømt krav i straffesak.

Foreldelsesloven § 28 gjelder avtale om å forlenge eller forkorte foreldelsestiden. Det følger av § 28 nr. 1 første punktum at skyldneren ikke bindende kan vedta at foreldelse ikke skal inntre i samsvar med reglene i loven. Slike avtaler i skyldners disfavør kan dreie seg både om at foreldelse ikke skal inntre og om foreldelsesfristens utgangspunkt, lengde og avbrytelse.²⁰⁵ Bestemmelsens annet punktum oppstiller likevel et unntak. Det følger herav at «[e]tter at fordringen har oppstått, kan han likevel vedta fristforlengelse med virkning for inntil 3 år av gangen regnet fra vedtagelsen, likevel ikke ut over 10 år fra den dag da foreldelsesfristen ellers ville løpt ut.» Bestemmelsen innebærer at det etter at fordringen har oppstått kan avtales fristforlengelser innen lovens angitte varighetsbegrensninger. I Rt. 2009 s. 1356 uttalte Høyesterett at: «[b]estemmelsen gjelder etter sin ordlyd bare avtaler om fristens lengde. Men jeg legger til grunn at den virker styrende for alle avtaler som setter lovens frister til side, herunder frafall av foreldelsesinnsigelse».²⁰⁶ Også i slike tilfeller er det nærliggende å legge til grunn at varighetsbegrensningene som følger av loven gjelder.²⁰⁷ Det relevante i denne sammenheng er at avtalt fristforlengelse i tråd med foreldelsesloven § 28 nr. 1 annet punktum kan være en måte for partene å unngå at foreldelsesfristen løper ved forhandlinger og minnelig tvisteløsning der foreldelse på annen måte ikke er avbrutt.²⁰⁸

9.2.2.3 Direktivets krav

Direktivet art. 18.1 lyder som følger: «Member States shall ensure that the limitation period for bringing an action for damages is suspended for the duration of any consensual dispute resolution process. The suspension of the limitation period shall apply only with regard to those parties that are or that were involved or represented in the consensual dispute resolution.» Direktivet stiller således krav til at foreldelsesfristen suspenderes mens en eventuell minnelig tvisteløsning pågår. Suspensjonen av foreldelsesfristen gjelder kun for partene som er eller var involvert eller representert i den minnelige tvisteløsningen.

²⁰⁵ Kjørven, Bruserud, Holdø, Lervåg, Nygård og Nyland, 'Foreldelse av fordringer', Universitetsforlaget 2010, s. 518.

²⁰⁶ Rt. 2009 s. 1356, avsnitt 33. (Med henvisning til Hagstrøm, 'Obligasjonsrett' (2003), s. 740).

²⁰⁷ Se også Kjørven, Bruserud, Holdø, Lervåg, Nygård og Nyland, 'Foreldelse av fordringer', Universitetsforlaget 2010, s. 520.

²⁰⁸ Se tilsvarende Røed, 'Foreldelse av fordringer', Cappelen 2010, s. 452.

I direktivets fortale forklares det at foreldelsesfrister for å fremme erstatningssøksmål kan være av en sådan art at de hindrer skadelidte og lovovertrederne i å få tilstrekkelig tid til å komme til enighet om erstatningen som skal betales. For å gi begge parter reell mulighet for å delta i minnelig tvisteløsning innen saken bringes inn for nasjonale domstoler, må foreldelsesfristen derfor suspenderes mens den minnelige tvisteløsning pågår.²⁰⁹

Begrepet «*consensual dispute resolution*» er definert i direktivet art. 2 (21) som «*any mechanism enabling parties to reach out-of-court resolution of a dispute concerning a claim for damages*». Det er således tale om enhver mekanisme hvor partene kan oppnå en utenrettslig løsning på en tvist som vedrører et erstatningskrav for brudd på konkurransereglene. I direktivets fortale er slike mekanismer eksemplifisert som «*out-of-court settlements (including those where a judge can declare a settlement binding), arbitration, mediation or conciliation.*»²¹⁰ Det fremstår likevel som noe uklart om begrepet «*consensual dispute resolution*» sikter til mer formaliserte minnelige tvisteløsningsmekanismer eller om det eksempelvis også er ment å dekke uformelle forhandlinger av ulik art. Hensynet til notoritet vedrørende fristsuspensjonens utgangspunkt og utløp kan her tilsi at direktivet bør tolkes slik at art. 18.1 er begrenset til tvisteløsningsmekanismer som er formalisert i nasjonal rett eller særskilt avtalt.

Direktivet art. 1.2 omhandler direktivets anvendelsesområde. Det følger herav at «*[t]his Directive sets out rules coordinating the enforcement of the competition rules by competition authorities and the enforcement of those rules in damages actions before national courts.*» På bakgrunn av art. 1.2 kan det stilles spørsmål om direktivets virkeområde, herunder art. 18, er avgrenset til søksmål som er bragt inn for domstolene. En slik begrensning av virkeområdet til art. 18 er det imidlertid ikke grunnlag for. Siktemålet om å fremme og effektivisere minnelige tvisteløsningsmekanismer er like viktige enten tvisten har blitt bragt inn for domstolene eller ikke. Den vide definisjonen av «*consensual dispute resolution*» i direktivet art. 2 (21) er videre ikke begrenset til minnelig tvisteløsning etter at det er tatt ut erstatningssøksmål ved nasjonale domstoler. Videre heter det i direktivets fortale at «*[i]n order to provide both sides with a genuine opportunity to engage in consensual dispute resolution before bringing proceedings before national courts, limitation periods need to be suspended for the duration of the consensual dispute resolution process.*»²¹¹ Minnelig tvisteløsning før det eventuelt er tatt ut søksmål ved domstolene skal følgelig også medføre at foreldelsesfristen suspenderes.²¹²

Direktivet art. 18.1 krever at medlemsstatene skal sikre at «*the limitation period for bringing an action for damages is suspended for the duration of any consensual dispute resolution process.*»

²⁰⁹ Direktivets fortale, avsnitt 49: «*Limitation periods for bringing an action for damages could be such that they prevent injured parties and infringers from having sufficient time to come to an agreement on the compensation to be paid. In order to provide both sides with a genuine opportunity to engage in consensual dispute resolution before bringing proceedings before national courts, limitation periods need to be suspended for the duration of the consensual dispute resolution process.*»

²¹⁰ Direktivets fortale, avsnitt 48.

²¹¹ Direktivets fortale, avsnitt 49. (Uthevet her)

²¹² Se for øvrig i tilsvarende retning Commission staff working paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, avsnitt 256-260 om «*encouraging settlements*» hvor det bl.a. heter at «*Settlements can occur at various stages. They can occur before a proceeding is initiated, thereby avoiding all litigation costs. They can also occur in the course of legal proceedings (e.g. after the establishment of the infringement), thereby avoiding additional costs (e.g. quantifying the damage) that the normal continuation of the litigation process would have implied.*» (avsnitt 258)

Kravet om at foreldelsesfristen skal suspenderes (*«is suspended»*) indikerer, i tråd med tolkningen av den tilsvarende termen i direktivet art. 10²¹³, at foreldelsesfristen må avbrytes midlertidig mens den minnelige tvisteløsningen pågår. Direktivet synes således å oppstille et krav til fristsuspensjon. Suspensjon av foreldelsesfristen kan kontrasteres bl.a. med rettsvirkninger i form av endelig fristavbrudd (inntil en ny frist eventuelt begynner å løpe) eller med utsettelse av foreldelsesvirkningen (ikke foreldelsesfristen). At foreldelsesfristen skal suspenderes innebærer at den gjenværende foreldelsesfristen vil begynne å løpe igjen når den minnelige tvisteløsningen ikke lenger pågår.

9.2.2.4 Vurderinger

I det følgende sammenholdes gjeldende rettstilstand i Norge med direktivets krav. Videre vil behovet for gjennomføringstiltak, og eventuelt valget mellom alternative gjennomføringstiltak, vurderes.

Foreldelsesloven inneholder ingen generell regel om avbrudd av foreldelse ved minnelig tvisteløsning. Foreldelseslovens bestemmelser om avbrudd av foreldelse ved erkjennelse (§ 14), ved rettslige skritt (§ 15), samt foreldelsesloven § 28 om avtaler om å forlenge eller forkorte foreldelsestiden, har imidlertid sider til minnelig tvisteløsning. Det er i første rekke disse bestemmelsene som kan tenkes å oppfylle direktivets krav.

Direktivet art. 18.1 krever at *«Member States shall ensure that the limitation period for bringing an action for damages is suspended for the duration of any consensual dispute resolution process»*.

Begrepet *«consensual dispute resolution»* er definert i direktivet art. 2 (21) som *«any mechanism enabling parties to reach out-of-court resolution of a dispute concerning a claim for damages»*.

Foreldelsesloven § 14 om avbrudd av foreldelse ved erkjennelse vil etter vår oppfatning ikke være tilstrekkelig til å oppfylle direktivets krav. Etter foreldelsesloven § 14 avbrytes foreldelse når skyldneren overfor fordringshaveren *«uttrykkelig eller ved sin handlemåte erkjenner forpliktelsen, så som ved løfte om betaling eller ved å betale rente.»* At partene har initiert en minnelig tvisteløsning betyr ikke nødvendigvis at fordringshaveren har erkjent forpliktelsen. Videre kan det bemerkes at virkningen av at foreldelse avbrytes etter § 14 er at det løper en ny foreldelsesfrist, jf. foreldelsesloven § 20. Det er således ikke tale om en suspensjon av foreldelsesfristen mens minnelig tvisteløsning pågår, slik direktivet art. 18.1 gir anvisning på.

Foreldelsesloven § 15 om rettslige skritt m.m. vil etter vår oppfatning heller ikke være tilstrekkelig til å oppfylle direktivets krav. Årsaken er at avbrudd av foreldelse etter § 15 krever at fordringshaveren tar rettslige skritt mot skyldneren, eksempelvis i form av forliksklage eller stevning eller ved å innlede voldgiftsak. Direktivets art. 18.1 krever på sin side suspensjon av foreldelsesfristen mens *«consensual dispute resolution»* pågår. Begrepet *«consensual dispute resolution»* er definert som enhver mekanisme hvor partene kan oppnå en utenrettslig løsning på en tvist som vedrører et erstatningskrav for brudd på konkurransereglene. Der slik minnelig tvisteløsning ikke er foranlediget av at fordringshaveren har tatt rettslige skritt mot skyldneren etter foreldelsesloven § 15, vil heller ikke foreldelse avbrytes. Selv om direktivet tolkes slik at *«consensual dispute resolution»* er begrenset til tvisteløsningsmekanismer som er formalisert i nasjonal rett eller særskilt avtalt, vil foreldelsesloven § 15 ikke tilfredsstille kravene til klar og utvetydig direktivgjennomføring. Avbrudd av foreldelse etter foreldelsesloven § 15 fører heller ikke til fristsuspensjon. I stedet utsettes

²¹³ Se punkt 8.3.

foreldelsesvirkningen mens den rettslige forfølgningen pågår, jf. foreldelsesloven § 21 nr.1. Videre løper en ny foreldelsesfrist på ti år dersom fordringen blir bindende fastslått, herunder ved rettsforlik eller dom, jf. foreldelsesloven § 21 nr. 2 første punktum. Der saken ikke fører til rettsforlik eller realitetsavgjørelse kan foreldelsesvirkningen undertiden utsettes i ytterligere ett år etter at saken avsluttes, jf. foreldelsesloven § 22 nr. 1 første punktum. Virkningene av avbrutt foreldelse etter foreldelsesloven § 15 er følgelig ulike direktivets krav om suspensjon av foreldelsesfristen mens minnelig tvisteløsning pågår.

Etter vår oppfatning vil heller ikke foreldelsesloven § 28 om avtaler om å forlenge eller forkorte foreldelsestiden innebære at direktivets krav kan anses oppfylt. Foreldelsesloven § 28 nr. 1 annet punktum innebærer at det etter at fordringen har oppstått kan avtales fristforlengelser innen nærmere angitte varighetsbegrensninger. Slike avtaler kan inngås i forbindelse med forhandlinger og minnelig tvisteløsning også der foreldelse på annen måte ikke er avbrutt. Slike avtaler er imidlertid vesensforskjellige fra direktivets krav om at minnelige tvisteløsning skal føre til en automatisk suspensjon av foreldelsesfristen mens denne pågår.

For øvrig kan det legges til at heller ikke foreldelseslovens øvrige bestemmelser om avbrudd av foreldelse, verken hver for seg eller samlet, etter vår oppfatning vil tilfredsstille kravene til en korrekt implementering av direktivet art. 18.1.

På denne bakgrunn mener vi at direktivet art. 18.1 krever lovendring i norsk rett. Da både art. 10 og art. 18.1 gjelder foreldelse er det hensiktsmessig at implementeringen av disse kravene inngår i samme gjennomføringsbestemmelse. Utformingen av lovtekst som gjennomfører art. 18.1 bør etter vår oppfatning videre ta utgangspunkt i formuleringene i direktivet. Som nevnt i punkt 9.2.2.3 mener vi at hensynet til notoritet vedrørende fristsuspensjonens utgangspunkt og utløp kan tilsa at begrepet «*consensual dispute resolution*» i direktivet bør tolkes dithen at art. 18.2 er begrenset til tvisteløsningsmekanismer som er formalisert i nasjonal rett eller særskilt avtalt. I norsk rett vil det kunne dekke voldgift, mekling i forliksrådet etter tvl. kapittel 6, utenrettslig mekling etter tvl. kapittel 7, mekling og rettsmekling i de alminnelige domstoler etter tvl. kapittel 8, samt eksempelvis advokatmekling i samsvar med Advokatforeningens retningslinjer. Lovteknisk foreslår vi å bruke termene «minnelig tvisteløsning som er regulert i lov eller avtalt mellom partene». Der det er tale om å innlede slik minnelig tvisteløsning etter at foreldelse uansett er avbrutt etter eksempelvis foreldelsesloven § 15 vil implementeringen av art. 18.1 innebære at foreldelsesfristen suspenderes, mens virkningen av avbrutt foreldelse reguleres av foreldelsesloven §§ 20-23. For øvrig kan det vurderes om det er hensiktsmessig å forskriftsregulere hvilke tvisteløsningsformer som omfattes av suspensjonsregelen, samt hvilke skjæringstidspunkter for fristsuspensjon som skal gjelde.

9.2.3 Utsettelse i erstatningssaken mens minnelig tvisteløsning pågår

9.2.3.1 Innledning

Direktivet art. 18.2 stiller krav til at nasjonale domstoler skal kunne utsette behandlingen av erstatningssøksmål i opp til to år dersom partene deltar i minnelig tvisteløsning om kravet erstatningssøksmålet gjelder. Fremstillingen vil først redegjøre for tvistelovens løsninger av betydning for rettens adgang til å utsette behandlingen av saken der partene deltar i minnelig tvisteløsning. Deretter vil direktivets krav behandles. Avslutningsvis vil behovet for eventuelle gjennomføringstiltak vurderes.

9.2.3.2 Gjeldende rett

Dette punktet redegjør for gjeldende rett om norske domstolars adgang til å utsette behandling av saken dersom partene deltar i minnelig tvisteløsning vedrørende kravet saken gjelder.

Tvl. inneholder ingen enkeltbestemmelse som eksplisitt vedrører rettens adgang til å utsette behandlingen av saken dersom partene deltar i minnelig tvisteløsning. Tvl. har imidlertid en rekke bestemmelser og reguleringer som har sider til dette spørsmålet, herunder lovens behandling av ulike alternative tvisteløsningsmekanismer, rettens plikt til aktiv saksstyring, samt bestemmelser om stansing.

Tvl. regulerer og legger til rette for ulike former for minnelig tvisteløsning - både utenfor domstolssystemet og som ledd i behandlingen for domstolene. Tvl. § 5-4 angir i så måte at partene skal undersøke om det er mulig å løse tvisten i minnelighet før sak reises. Videre omhandler tvl. kap. 6 behandlingen, herunder mekling, i forliksrådet. Tvl. kap. 7 regulerer utenrettslig mekling, og kap. 8 regulerer ordinær domstolsmekling og rettsmekling i de alminnelige domstoler. Tvl. har således ulike virkemidler som kan tilrettelegge for og gi incentiver til tvisteløsningsformer som alternativer til rettergang og dom.

Tvl. § 11-6 omhandler rettens plikt til aktiv saksstyring. Etter første ledd skal retten legge en plan for behandlingen av saken og følge den opp slikt at saken effektivt og forsvarlig kan bringes til avslutning. Bestemmelsens annet ledd gir retten en generell kompetanse til å sette frister for prosesshandlinger og treffe de avgjørelser som er nødvendige for behandlingen. Tvl. § 9-4 presiserer plikten til aktiv saksstyring under saksforberedelsen. Første ledd pålegger retten en plikt til aktivt og planmessig styre saksforberedelsen for å oppnå en rask, prosessøkonomisk og forsvarlig behandling. Annet ledd presiserer at straks etter at tilsvar er inngitt, skal retten legge opp en plan for den videre behandlingen etter drøfting med partene og herunder fastsette frister og treffe nødvendige beslutninger. Dette omfatter også om det bør gjennomføres rettsmekling eller mekling i rettsmøte, jf. § 9-4 (2) bokstav a). Tvl. § 8-1 angir for øvrig at retten på ethvert trinn av saken skal vurdere muligheten for å få retts tvisten helt eller delvis løst i minnelighet gjennom mekling eller rettsmekling, om ikke sakens karakter eller forholdene for øvrig taler imot en slik løsning.

Tvl.²¹⁴ kap. 16 IV regulerer stansing. I denne sammenheng er de aktuelle bestemmelsene i første rekke §§ 16-17 (avtalt stansing) og 16-18 (stansing i andre tilfeller). Ved stansing avbrytes behandling av saken midlertidig, og frister opphører å løpe, jf. tvl. § 16-15 (1).

Tvl. § 16-17 gjelder avtalt stansing. Det følger av § 16-17 (1) at «*[p]artene kan én gang under sakens behandling avtale stansing i minst seks måneder. Avtalen får virkning når retten har mottatt den.*» Partene står følgelig fritt til å avtale stansing. Stansing etter § 16-17 krever avtale mellom partene. Bestemmelsen hensyntar at det kan være mange grunner som tilsier at partene bør få noe mer tid før saken tas opp til avgjørelse. I NOU 2001:32 Rett på sak nevnes som eksempel at det pågår forliksforhandlinger.²¹⁵ Det er kun anledning til å avtale stansing én gang under saksbehandlingen. Dersom det avtales stansing må denne gjelde i minst seks måneder. Dersom partene er enige kan retten imidlertid tillate at saken bringes i gang før det har gått seks måneder, jf. domstolloven²¹⁶ §

²¹⁴ Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

²¹⁵ NOU 2001:32 Rett på sak, s. 869.

²¹⁶ Lov av 13. august 1915 nr. 5 Lov om domstolene (domstolloven).

151 første ledd. Retten bringer ellers saken i gang på begjæring fra en part, jf. § 16-17 (2). Det følger av tvl. § 16-19 (Heving av stanset sak) at en sak som kan bringes i gang igjen på begjæring, heves når den har vært stanset i to år. Heving av saken er ikke en avgjørelse av tvisten mellom partene. Heving er således ikke til hinder for nytt søksmål om det samme kravet.²¹⁷

Tvl. § 16-18 (Stansing i andre tilfeller) regulerer rettens adgang til å stanse saken enten etter begjæring fra en part eller av eget tiltak. Etter første ledd kan retten stanse saken på begjæring fra en part dersom utfallet helt eller delvis avhenger av et rettsforhold som vil bli bindende avgjort i en annen sak. Bestemmelsen passer ikke for tilfeller der partene i saken deltar i minnelig tvisteløsning. Etter annet ledd kan retten stanse saken «*dersom tungtveiende grunner ellers taler for det.*» Loven angir at det her skal legges vekt på behovet for hurtig, forsvarlig og kostnadseffektiv behandling. Bestemmelsen avgrenser for øvrig ikke hvilke grunner som her vil være relevante, annet enn at terskelen er forholdsvis høy, jf. «tungtveiende». Et eksempel som har vært fremhevet kan være der en annen sak står til avgjørelse, og utfallet i den vil kunne få stor betydning for saken uten direkte å være bindende mellom partene.²¹⁸ Lovteksten utelukker likevel ikke at minnelig tvisteløsning undertiden skulle kunne anses som en kvalifisert grunn for stansing etter denne bestemmelsen. En slik anvendelse er imidlertid neppe særlig praktisk ved siden av tvl. § 16-17 om avtalt stansing, rettens plikt til aktiv saksstyring, samt tvistelovens eksplisitte regulering av ulike minnelige tvisteløsningsmekanismer.

9.2.3.3 Direktivets krav

Det følger av direktivet art. 18.2 at: «*Without prejudice to provisions of national law in matters of arbitration, Member States shall ensure that national courts seized of an action for damages may suspend their proceedings for up to two years where the parties thereto are involved in consensual dispute resolution concerning the claim covered by that action for damages.*» Medlemsstatene skal følgelig sikre at nasjonale domstoler kan utsette behandlingen av et erstatningssøksmål som følge av brudd på konkurransereglene i opp til to år dersom partene deltar i minnelig tvisteløsning vedrørende kravet erstatningssøksmålet gjelder. Direktivets krav gjelder med forbehold for bestemmelser i nasjonal rett vedrørende voldgift.

I direktivets fortale forklares det at når partene beslutter å delta i minnelig tvisteløsning, etter at et erstatningssøksmål vedrørende det samme kravet er blitt fremmet for en nasjonal domstol, skal retten kunne utsette behandlingen av saken mens den minnelige tvisteløsningen pågår. Videre heter det at når den nasjonale domstolen tar stilling til om saken skal utsettes bør den ta hensyn til fordelene ved en hurtig prosedyre.²¹⁹

Direktivet krever ikke at nasjonale domstoler skal utsette behandlingen av saken. Det er tilstrekkelig at nasjonale domstoler kan («*may*») utsette behandlingen. Direktivet tar imidlertid ikke eksplisitt stilling til om det kreves at domstolen alene skal ha kompetanse til å beslutte at behandlingen av

²¹⁷ Schei m.fl., note 2 til § 16-19.

²¹⁸ Schei m.fl., note 2 til § 16-18.

²¹⁹ Direktivets fortale, avsnitt 50: «Furthermore, when parties decide to engage in consensual dispute resolution after an action for damages for the same claim has been brought before a national court, that court should be able to suspend the proceedings before it for the duration of the consensual dispute resolution process. When considering whether to suspend the proceedings, the national court should take into account the advantages of an expeditious procedure.»

saken utsettes, eller om det eksempelvis er akseptabelt at utsettelse også krever at partene samtykker.

Domstolenes mulighet til å utsette behandlingen av saken skal foreligge der partene «*are involved in consensual dispute resolution concerning the claim covered by that action for damages.*» Begrepet «*consensual dispute resolution*» er definert i direktivet art. 2 (21) som «*any mechanism enabling parties to reach out-of-court resolution of a dispute concerning a claim for damages*». Det er således tale om enhver mekanisme hvor partene kan oppnå en utenrettslig løsning på en tvist som vedrører et erstatningskrav for brudd på konkurransereglene. Videre må den minnelige tvisteløsningen vedrøre det samme kravet som erstatningssøksmålet gjelder.

Domstolene skal etter direktivet ha mulighet til å utsette behandlingen av saken i opp til to år hvis partene i saken deltar i minnelig tvisteløsning om kravet saken gjelder. En mulighet til å utsette behandlingen av saken som er begrenset til en kortere periode vil følgelig ikke tilfredsstillende art. 18.2.

Direktivet forklarer ikke hva en utsettelse av behandlingen av saken skal innebære. Termene «*suspend their proceedings*» er i så måte ikke definert. Direktivet tilsikter å fremme bruken og effektiviteten av minnelig tvisteløsning. Det sentrale etter art. 18.2 må være å sikre at nasjonale domstoler har mulighet til å utsette saken på en slik måte at partene har tid og anledning til å komme til enighet ved minnelig tvisteløsning.

9.2.3.4 Vurderinger

I det følgende sammenholdes direktivets krav med gjeldende rettstilstand i Norge. Videre vil behovet for gjennomføringstiltak, og eventuelt valget mellom alternative gjennomføringstiltak, vurderes.

Direktivet art. 18.2 krever at «*Member States shall ensure that national courts seized of an action for damages may suspend their proceedings for up to two years where the parties thereto are involved in consensual dispute resolution concerning the claim covered by that action for damages.*»

Tvl. inneholder ingen uttrykkelig regulering av rettens adgang til å utsette behandlingen av saken dersom partene deltar i minnelig tvisteløsning.

Imidlertid regulerer og tilrettelegger tvl. for ulike alternative tvisteløsningsformer, herunder forliksrådsbehandling (kap. 6), utenrettslig mekling (kap. 7) og mekling og rettsmekling i domstolene (kap. 8). Tvistelovens dels omfattende regulering av og fleksible tilnærming til ulike minnelige tvisteløsningsmekanismer vil etter vår oppfatning redusere det praktiske behovet for en eksplisitt adgang for retten til å utsette behandlingen av saken dersom partene deltar i minnelig tvisteløsning.

Også tvistelovens regulering av rettens plikt til aktiv saksstyring og saksplanlegging bidrar etter vår oppfatning til å redusere det praktiske behovet for en særskilt regel om domstolenes adgang til å utsette behandlingen av saken der partene er involvert i minnelig tvisteløsning. Både rettens frister for prosesshandling og rettens vurdering av muligheten for å få tvisten løst i minnelighet gjennom mekling eller rettsmekling vil motvirke at behandlingen av saken fungerer som et hinder for minnelige løsninger.

Når det gjelder tvistelovens regulering av stansing er særlig lovens § 16-17 relevant i denne sammenheng. Bestemmelsen gir partene adgang til å avtale stansing i minst seks måneder én gang under sakens behandling. Dette kan eksempelvis gjøres for å undersøke mulighetene til å

fremforhandle en forliksløsning. Slik stansing krever avtale. Saken heves når den har vært stanset i to år. For øvrig kan retten etter tvl. § 16-18 stanse saken «*dersom tungtveiende grunner ellers taler for det.*» Lovteksten utelukker ikke at minnelig tvisteløsning undertiden skulle kunne anses som en kvalifisert stansingsgrunn.

Selv om tvl. ikke oppstiller en eksplisitt hjemmel for retten til å utsette behandlingen av saken i opp til to år der partene deltar i minnelig tvisteløsning om kravet, er hensynet til slik tvisteløsning etter vår vurdering godt ivaretatt etter gjeldende norsk rett. Når tvistelovens regulering av henholdsvis alternative tvisteløsningsmekanismer, rettens plikt til aktiv saksstyring og saksplanlegging og stansing sammenholdes, vil behovet for en eksplisitt regulering av rettens adgang til å utsette saken på grunn av minnelig tvisteløsning etter vårt skjønn også være begrenset.

Etter vår vurdering er det likevel tvilsomt om gjeldende norsk rett tilfredsstiller kravet om at regler som gjennomfører direktiver må være tilstrekkelig klart og utvetydig formulert, i mangel av en mer eksplisitt bestemmelse som tilfredsstiller direktivet art. 18.2. Vi anser at en hensiktsmessig gjennomføringsmetode her vil være å lovfeste en presisering av at stansingshjemmelen i tvl. § 16-18 skal anses anvendelig i de tilfellene direktivet art. 18.2 krever.

9.2.4 Bøteutmåling – erstatning etter minnelig tvisteløsning kan utgjøre en formildende omstendighet

9.2.4.1 Innledning

Det heter i direktivet art. 18.3 at en konkurransemyndighet kan betrakte erstatning, som betales etter en minnelig tvisteløsning og innen beslutningen om å ilegge en bot, som en formildende omstendighet.

Punkt 9.2.4.2 vil kortfattet og overordnet redegjøre for gjeldende rett om utmålingsmomenter ved Konkurransetilsynets vedtak om overtredelsesgebyr. Punkt 9.2.4.3 vil deretter nærmere behandle direktivet art. 18.3. I punkt 9.2.4.4 vil vi vurdere behovet for eventuelle gjennomføringstiltak.

9.2.4.2 Gjeldende rett

Krrl. § 29 omhandler overtredelsesgebyr. Bestemmelsen gjelder tilsvarende når norske konkurransemyndigheter fører tilsyn med at EØS-avtalen art. 53 og 54 overholdes, jf. EØS-krrl. § 6.

Konkurransetilsynet kan ilegge foretak overtredelsesgebyr for ulike forsettlig eller uaktsomme overtredelser av lovens bestemmelser. Av § 29 annet ledd annet punktum følger det at «*[v]ed fastsettelse av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet, samt lempning etter § 30 og § 31.*» Bestemmelsen angir ikke uttømmende hvilke momenter som kan eller skal vektlegges. Med hjemmel i krrl. § 29 femte ledd er det ved forskrift gitt nærmere regler om utmåling av overtredelsesgebyr. Paragraf 3 i FOR-2013-12-11-1465 Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr omhandler utmålingsmomenter. I denne sammenheng er det tilstrekkelig å nevne at forskriften ikke eksplisitt nevner eksempelvis erstatning som betales i henhold til forlik som en formildende omstendighet. Forskriften pretenderer imidlertid ikke å angi noen uttømmende liste over relevante utmålingsmomenter.

Konkurranselovens forarbeider uttrykker en målsetting om at reglene om utmåling av overtredelsesgebyr harmoniseres med EU/EØS-reglene.²²⁰ Det følger av forordning 1/2003 art. 23 (3) at overtredelsens alvorlighet og varighet utgjør sentrale momenter. EU-domstolen har uttalt at «[i]n assessing the gravity of an infringement for the purpose of fixing the amount of the fine, the Commission must take into consideration not only the particular circumstances of the case but also the context in which the infringement occurs and must ensure that its action has the necessary deterrent effect, especially as regards those types of infringement which are particularly harmful to the attainment of the objectives of the Community.»²²¹ En rekke omstendigheter kan hensyntas, og noen uttømmende liste oppstilles ikke.²²²

Kommisjonen/ESA har publisert mer detaljerte retningslinjer for utmåling av bøter for overtredelser av traktatens forbudsbestemmelser.²²³ Retningslinjene omhandler også hva som kan utgjøre formildende omstendigheter.²²⁴ Retningslinjene nevner ikke eksplisitt erstatningsutbetaling, ei heller etter minnelig tvisteløsning, som en formildende omstendighet. Det er imidlertid ikke tale om en uttømmende angivelse av formildende omstendigheter. Det finnes for øvrig enkelte eksempler på at Kommisjonen har ansett utbetalt erstatning som en formildende omstendighet ved bøteutmålingen.²²⁵

9.2.4.3 Direktivets krav

Direktivet art. 18.3 omhandler forholdet mellom erstatningsutbetaling etter minnelig tvisteløsning og konkurransemyndighetenes etterfølgende utmåling av bot. Bestemmelsen lyder: «A competition authority may consider compensation paid as a result of a consensual settlement and prior to its decision imposing a fine to be a mitigating factor.»²²⁶ Bestemmelsen angir således at en konkurransemyndighet kan betrakte erstatning, som betales etter en minnelig tvisteløsning og innen konkurransemyndigheten har ilagt en bot, som en formildende omstendighet.

²²⁰ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), s. 241: «Departementet er av den oppfatning at utmålingen av overtredelsesgebyr så langt som mulig bør harmoniseres med det som følger av EU/EØS-reglene.» Se også Innst. O. nr. 50 (2003-2004), pkt. 2.7: «Lovforslaget går ut på en harmonisering med bøtenivået for brudd på EU/EØS-reglene. Komiteen støtter dette.» Se også Rt. 2012 s. 1556, avsnitt 71-74, om harmoniseringsmålet.

²²¹ Forente saker 100-103/80, *Musique Diffusion française m.fl. mot Kommisjonen*, premiss 106.

²²² Se også sak C-137/95, *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid m.fl. mot Kommisjonen*, premiss 54: «It is apparent from that case-law that the gravity of infringements must be determined by reference to numerous factors such as, in particular, the particular circumstances of the case, its context and the dissuasive element of fines; moreover, no binding or exhaustive list of the criteria which must be applied has been drawn up.»

²²³ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No. 1/2003 (2006).

²²⁴ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No. 1/2003 (2006), avsnitt 29.

²²⁵ Sak IV/35.691/E-4, *Pre-Insulated Pipe Cartel*, avsnitt 172. Opprettholdt i sak T-31/99, *ABB Asea Brown Boveri mot Kommisjonen*, se premiss 254. Se også sak COMP/35.587 PO *Video Games*, COMP/35.706 PO *Nintendo Distribution* og COMP/36.321 *Omega – Nintendo*, avsnitt 440.

²²⁶ «Consensual settlement» er definert i Direktivet art. 2 (22) som «an agreement reached through consensual dispute resolution». Begrepet «consensual dispute resolution» er definert i Direktivet art. 2 (21) som «any mechanism enabling parties to reach out-of-court resolution of a dispute concerning a claim for damages».

Innholdet i direktivet art. 18.3 er ikke eksplisitt omhandlet i direktivets fortale. Fortalen angir imidlertid at direktivet søker å fremme anvendelsen og effektiviteten av minnelig tvisteløsning²²⁷. Art. 18.3 må kunne anses som et virkemiddel for å ivareta disse hensynene.

Art. 18.3 angir *ikke* at en konkurransemyndighet *skal* anse erstatning som utbetales etter minnelig tvisteløsning som en formildende omstendighet i en eventuell bøteutmåling. I bestemmelsen heter det kun at en konkurransemyndighet «*may consider*» slik utbetaling som relevant.

Bestemmelsen viser videre kun til at erstatning utbetalt «*prior to [a competition authority's] decision imposing a fine*» kan anses som en formildende omstendighet. «Competition authority» er definert som Kommisjonen eller en nasjonal konkurransemyndighet eller begge, alt etter tilfellet, jf. direktivet art. 2 (8). En nasjonal konkurransemyndighet er i direktivet art. 2 (7) definert som en myndighet som har kompetanse til å anvende art. 101 og 102 TEUV, jf. forordning 1/2003 art. 35. Nasjonale domstoler kan følgelig også utgjøre en konkurransemyndighet. Art. 18.3 synes således ikke å være til hinder for at en nasjonal domstol som prøver et administrativt bøtevedtak, også kan hensynta erstatning utbetalt etter bøtevedtaket som et resultat av minnelig tvisteløsning som en formildende omstendighet.

Art. 18.3 er ikke uttrykkelig utformet som en plikt for medlemsstatene til å sikre at nasjonal rett skal ha et nærmere angitt innhold. Dette i motsetning til art. 18.1 og 18.2 som eksplisitt angir at «*Member States shall ensure ...*». Det kan derfor spørres om art. 18.3 oppstiller en plikt til at konkurransemyndighetene *skal kunne* vektlegge erstatningsutbetaling etter minnelig tvisteløsning som en formildende omstendighet ved bøteutmåling. Alternativt kan art. 18.3 forstås som en presisering av at EU/EØS-retten ikke er til hinder for at en konkurransemyndighet hensyntar slik erstatningsutbetaling som en formildende omstendighet. Selv om en slik presisering neppe er nødvendig, kan det likevel være hensiktsmessig. Det skyldes at både hensynet som begrunner den offentlige håndhevingen (prevensjon) og effektivitetsprinsippet potensielt kan skape usikkerhet om konkurransemyndighetenes adgang til å hensynta slik erstatning i bøteutmålingen. Fraværet av en henvisning til at medlemsstatene skal sikre en nærmere angitt rettsstilstand kan trekke i retning av at art. 18.3 bør forstås kun som en slik presisering. Løsningen er imidlertid ikke klar.

9.2.4.4 Vurderinger

Direktivet art. 18.3 angir at «*[a] competition authority may consider compensation paid as a result of a consensual settlement and prior to its decision imposing a fine to be a mitigating factor.*»

Dersom direktivet art. 18.3 forstås kun som en presisering av at EU/EØS-retten ikke er til hinder for at en konkurransemyndighet hensyntar erstatningsutbetaling etter minnelig tvisteløsning som en formildende omstendighet, vil direktivet ikke kreve noen særskilte gjennomføringstiltak.

For det tilfellet at direktivet skal forstås som en plikt til at konkurransemyndighetene *skal kunne* vektlegge erstatningsutbetaling etter minnelig tvisteløsning som en formildende omstendighet ved bøteutmåling, må det vurderes om norsk rett tilfredsstiller direktivets krav.

Art. 18.3 krever *ikke* at en konkurransemyndighet *skal* anse erstatning som utbetales etter minnelig tvisteløsning som en formildende omstendighet i en eventuell bøteutmåling. Det vil etter direktivet

²²⁷ Direktivets fortale, avsnitt 48.

derfor uansett være tilstrekkelig at en konkurransemyndighet kan ta slike hensyn, jf. termene «may consider».

Verken Konkurranseloven § 29 eller FOR-2013-12-11-1465 Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr nevner eksplisitt erstatning som betales etter minnelig tvisteløsning som en formildende omstendighet. Loven og forskriften angir imidlertid ikke uttømmende hvilke omstendigheter det er relevant å vektlegge ved utmålingen av overtredelsesgebyr. Norsk rett er følgelig ikke til hinder for at erstatning utbetalt etter minnelig tvisteløsning kan anses som en formildende omstendighet.

Det må videre vurderes om norsk rett, i mangel av en eksplisitt regulering, er tilstrekkelig klart og utvetydig formulert. Det forhold at direktivet kun angir at en konkurransemyndighet «may consider» erstatning utbetalt etter minnelig tvisteløsning som en formildende omstendighet kan indikere at det her ikke bør oppstilles strenge krav. For øvrig er det verdt å påpeke at heller ikke forordning 1/2003 eller Kommisjonens/ESAs retningslinjer for utmåling av bøter for overtredelser av traktatens forbudsbestemmelser eksplisitt nevner erstatningsutbetaling, ei heller etter minnelig tvisteløsning, som en formildende omstendighet. Det har formodningen mot seg at direktivet skulle oppstille strengere krav til nasjonal rett om presiseringen av hvilke omstendigheter som kan anses som formildende omstendigheter enn det som følger av EU/EØS-rettens regler om bøteutmåling. Når utmålingen av overtredelsesgebyr dessuten langt på vei er harmonisert med EU/EØS-retten, er det vanskelig å se at direktivet art. 18.3 krever noen særskilte gjennomføringstiltak i norsk rett.

Etter vår vurdering er det på denne bakgrunn ikke påkrevd med noen særskilte gjennomføringstiltak i norsk rett som følge av direktivet art. 18.3.

9.3 Minnelig tvisteløsning - solidaransvar og regress

9.3.1 Direktivets krav

Direktivets art. 19 regulerer virkningene av minnelig tvisteløsning for solidaransvaret. Bestemmelsen lyder:

«1. Member States shall ensure that, following a consensual settlement, the claim of the settling injured party is reduced by the settling co-infringer's share of the harm that the infringement of competition law inflicted upon the injured party.

2. Any remaining claim of the settling injured party shall be exercised only against non-settling co-infringers. Non-settling co-infringers shall not be permitted to recover contribution for the remaining claim from the settling co-infringer.

3. By way of derogation from paragraph 2, Member States shall ensure that where the non-settling co-infringers cannot pay the damages that correspond to the remaining claim of the settling injured party the settling injured party may exercise the remaining claim against the settling co-infringer. The derogation referred to in the first subparagraph may be expressly excluded under the terms of the consensual settlement.

4. When determining the amount of contribution that a co-infringer may recover from any other co-infringer in accordance with their relative responsibility for the harm caused by the infringement of competition law, national courts shall take due account of any damages paid pursuant to a prior consensual settlement involving the relevant co-infringer.»

I første rekke omfatter bestemmelsen effekter på solidaransvar og regress mellom overtredere. I fortalen pkt. 51 er sammenhengene forklart som følger:

«To encourage consensual settlements, an infringer that pays damages through consensual dispute resolution should not be placed in a worse position vis-à-vis its co-infringers than it would otherwise be without the consensual settlement. That might happen if a settling infringer, even after a consensual settlement, continued to be fully jointly and severally liable for the harm caused by the infringement. A settling infringer should in principle therefore not contribute to its non-settling coinfringers when the latter have paid damages to an injured party with whom the first infringer had previously settled. The corollary to this non-contribution rule is that the claim of the injured party should be reduced by the settling infringer's share of the harm caused to it, regardless of whether the amount of the settlement equals or is different from the relative share of the harm that the settling co-infringer inflicted upon the settling injured party. That relative share should be determined in accordance with the rules otherwise used to determine the contributions among infringers. Without such a reduction, non-settling infringers would be unduly affected by settlements to which they were not a party. However, in order to ensure the right to full compensation, settling co-infringers should still have to pay damages where that is the only possibility for the settling injured party to obtain compensation for the remaining claim. The remaining claim refers to the claim of the settling injured party reduced by the settling co-infringer's share of the harm that the infringement inflicted upon the settling injured party. The latter possibility to claim damages from the settling co-infringer exists unless it is expressly excluded under the terms of the consensual settlement.»

Bestemmelsen har altså som målsetting at en kartelldeltager som forliker ikke skal stilles dårligere enn om forliket ikke var blitt inngått. Det anses å være en fare for dette dersom en skadevolder (A) som forliker, skulle fortsatt å være fullt ut solidarisk ansvarlig for skaden kartellet har påført. Dersom andre kartelldeltagere har betalt erstatning til en skadelidt som (A) tidligere har forlikt med, skal disse således ikke kunne kreve bidrag fra (A) i en regressomgang.

Andre solidaransvarliges ansvar overfor den forlikende skadelidte reduseres med (A)s pro rata-andel av den forlikende skadelidtes tap *uavhengig av forliksbeløp*. Begrunnelsen er iht. fortalen at andre skadevoldere ikke skal bli bundet av forlik de ikke er part i. Den delen av det reelle tapsbeløpet som overstiger (A)s pro rata-andel (A vil jo i regressomgangen bare være ansvarlig for en forholdsmessig del av den forlikende skadelidtes tap)²²⁸, skal imidlertid kunne kreves fra de øvrige.

Dette innebærer at dersom (A) forliker på et lavere beløp enn pro rata-andelen, vil ikke skadelidte oppnå dekning for differansen mellom forliksbeløpet og pro rata-andelen - verken hos (A) eller hos andre solidaransvarlige.

Første ledd gir uttrykk for at skadelidtes krav overfor andre solidaransvarlige reduseres med den forlikende overtreders (A)s pro rata ansvar – uavhengig av om dette er likt eller forskjellig fra forliksbeløpet. Pro rata beløpet skal fastsettes etter samme regler som i regressomgangen mellom overtrederne.

Andre ledd innebærer at en skadelidt som har forlikt med én kartelldeltager bare kan gjøre et eventuelt restkrav (i form av differanse mellom (A)s pro rata-andel og reelt tap), gjeldende overfor kartelldeltagere som ikke har inngått forliket. Iht. *trede ledd* gjelder dette bare dersom øvrige deltagere er søkegode. Hvis dekning ikke kan oppnås hos andre, kan restkravet gjøres gjeldende

²²⁸ For eksempel dersom A i regressomgangen er ansvarlig for 20 % av skaden, innebærer dette også at han er ansvarlig for 20 % av den forlikende skadelidtes tap.

overfor deltageren som forlikte (dvs. slik at (A) som ellers ved solidaransvar kan komme til å måtte dekke mer enn sin pro rata-andel). Dette kan likevel fravikes ved avtale.

Endelig følger det av andre ledd andre punktum at kartelldeltagere som må dekke restkravet, ikke kan kreve regress fra kartelldeltageren som forlikte.

Samlet kan disse bestemmelser gi sterkere incentiver til å inngå forlik, fordi kartelldeltageren oppnår en beskyttelse mot å betale mer enn forliket. For kunden kan det være en fordel ved at man relativt enklere kan oppnå en erstatningsutbetaling, selv om den kanskje ikke vil dekke det fulle tapet.

Fjerde ledd gjelder regressomgangen, og pålegger domstolene en plikt til å ta behørig hensyn («due account») til erstatningsutbetalinger etter forlik i den ordinære regressrunden. Denne bestemmelsen gjelder således ikke den enkelte kundens krav, men innebærer at erstatning utbetalt til én kunde kan tas hensyn til ved regresskrav for erstatningsutbetaling til andre kunder.

I fortalen pkt. 52 utdypes denne delen av bestemmelsen:

«Situations should be avoided in which settling co-infringers, by paying contribution to non-settling co-infringers for damages they paid to non-settling injured parties, pay a total amount of compensation exceeding their relative responsibility for the harm caused by the infringement. Therefore, when settling co-infringers are asked to contribute to damages subsequently paid by non-settling co-infringers to non-settling injured parties, national courts should take account of the damages already paid under the consensual settlement, bearing in mind that not all co-infringers are necessarily equally involved in the full substantive, temporal and geographical scope of the infringement.»

Bestemmelsen innebærer således ikke en absolutt regel om at erstatning utbetalt etter forlik skal gå krone for krone til fradrag i regressrunden, men at det skal tas tilbørlig hensyn til dette.

9.3.2 Norsk intern rett og gjennomføring

Norsk rett regulerer ikke betydningen av minnelige løsninger for solidaransvar og regress eksplisitt. Enkelte aspekter ved art 19 må likevel sies å være gjenspeilet i norsk rett, ut fra en tolkning av prinsippet om full kompensasjon og skl. § 5-3 om solidaransvar og regress.

Der det er inngått et forlik eller det er foretatt en frivillig erstatningsutbetaling, må det være klart at dette vil komme til fradrag fra det skadelidte evt. vil kunne kreve fra andre solidarisk ansvarlige. Dette vil imidlertid måtte knyttes til det faktiske forliksbeløpet, samtidig som den forlikende ((A) i eksempelet ovenfor) ikke vil oppnå noe vern mot regresskrav. Samtidig vil et forlik som utgangspunkt skjerme (A) mot ytterligere krav fra skadelidte som følge av samme overtredelse, noe som ikke harmonerer med art. 19 tredje ledd.

Reglene i første til tredje ledd fremstår etter dette så spesielle at det anbefales at mekanismene inntas i lov som særbestemmelser.

Fjerde ledd representerer en mindre absolutt regel, idet det bare sies at det skal tas tilbørlig hensyn til andre forliksutbetalinger. Ut fra direktivets vektlegging av forliksløsninger, må det antas at presumsjonsprinsippet vil kunne påvirke tolkningen av skl. § 5-3 andre ledd om regress slik at det allerede etter gjeldende rett vil kunne tas slikt hensyn. Det er likevel på det rene at direktivet pålegger domstolene en plikt til å ta hensyn til slike utbetalinger, og at skl.'s bestemmelser om regress er ganske skjønnsmessig utformet, jf. henvisningen til «forholdene ellers». Også på dette

punktet vil det derfor være behov for en klarere forankring i lovverket for å sikre en tilstrekkelig klar gjennomføring av direktivet.

10 Gjennomføring i norsk rett

10.1 Vurdering av hensiktsmessig gjennomføringsmåte

Gjennomgangen har vist at direktivet berører flere lover, først og fremst skadeserstatningsloven, tvisteloven, foreldelsesloven, EØS-konkurranseloven og konkurranseloven. Et grunnleggende spørsmål er om direktivet bør gjennomføres ved endringer i flere av disse lovene, eller om gjennomføringsbestemmelser bør samles i en lov. Vi vurderer det slik at det mest hensiktsmessige vil være at det inntas et *nytt kapittel i konkurranseloven*, om privat håndhevelse. Begrunnelsen for denne tilnærmingen finner vi best fremføres punktvis:

- Direktivet bør gjennomføres som lov istedenfor forskrift fordi det kan oppstå spørsmål om motstrid mellom direktivets bestemmelser og tidligere lovgivning, jf. begrensningen i forrangsregelen i EØS-loven § 2.
- Spredte lovendringer gir en mindre ryddig gjennomføring, samtidig som enkelte bestemmelser vil kunne få et utilsiktet utvidet anvendelsesområde. Vi har likevel utformet lovforslaget slik at enkeltbestemmelser, først og fremst innenfor prosessreglene, vil kunne inntas i relevante lover (typisk tvisteloven).
- Direktivet forutsetter endringer i rekkevidden av konkurranselovens bestemmelser, og er knyttet opp mot denne loven som ansvarsgrunnlag.
- Direktivet legger opp til en særskilt rolle for Konkurransetilsynet.
- Fordi det anses som uhensiktsmessig å ha ulike regler for erstatningssøksmål avhengig av om samhandelskriteriet etter EØS-reglene er oppfylt eller ikke, bør direktivet gjennomføres i konkurranseloven og ikke EØS-konkurranseloven.
- Et eget kapittel i konkurranseloven fremfor en ny særlov kan knytte an til og bygge på eksisterende regler i konkurranseloven, i tillegg til at det er pedagogisk lett tilgjengelig.

Mot disse hensynene står i første rekke hensynet til å motvirke «nisjejus» og faren for at bestemmelsene gjennom antitetisk tolkning likevel får betydning utover direktivets saklige anvendelsesområde. Det synes imidlertid vanskelig å fullt ut eliminere disse problemene. Kravene til klarhet ved gjennomføring av direktiver skaper behov for et annet abstraksjonsnivå i lovreglene på direktivets område. Dette gjelder blant annet der korrekt gjennomføring av direktivet krever lovhjemmel for det som i dag er klare gjeldende prosessuelle prinsipper. Det kan være vanskelig å ha full oversikt over konsekvensene av å gripe inn i tvistelovens systematikk. Vi mener på denne bakgrunn at slik «overslagsproblematikk» best håndteres innenfor den valgte løsningen.

10.2 Nærmere om de enkelte bestemmelser i lovforslaget

I det følgende vil vi kommentere de enkelte lovbestemmelsene som vi mener bør vedtas for å gjennomføre direktivet iht. klarhetskravet som er drøftet i kapittel 3. Vi vil i begrenset utstrekning kommentere innholdet i de enkelte bestemmelsene nærmere, på dette punktet vises det til gjennomgangen og drøftelsen av direktivets krav på de ulike områdene i avsnittene ovenfor. Derimot vil vi forklare hva den enkelte bestemmelse er ment å gjennomføre, hvorfor særskilt bestemmelse er

nødvendig, samt forklare hvordan bestemmelsen er utformet. Der det er relevant, vil vi også redegjøre for hvilke valgmuligheter lovgiver kan ha.

Som nevnt ovenfor mener vi at den mest hensiktsmessige gjennomføringsmåten er ved et eget kapittel i konkurranseloven. Vi anbefaler at dette plasseres etter kapittel 7 om sanksjoner og tvangsmulkt, som et nytt kapittel 7 A med overskrift privat håndhevelse. Selv om direktivet bare kan sies å regulere fragmenter av privat håndhevelse, mener vi likevel at dette er riktigere pedagogisk enn for eksempel «Særlige regler om restitusjon og erstatning». Kapitlet består av 9 paragrafer, der systematikken langt på vei følger opplegget i herværende utredning, dvs. at det beveger seg fra grunnleggende over i mer spesielle materielle regler, deretter foreldelse og avslutningsvis bestemmelser om bevis og minnelig tvisteløsning. Vi har ikke funnet det nødvendig å innta en forskriftshjemmel, idet bestemmelsene må anses å gjennomføre direktivet fullt ut. Det kan imidlertid være aktuelt å gi forskrifter ut fra en hensiktsmessighetsbetraktning, for eksempel vedrørende Konkurransetilsynets involvering i saker og starttidspunkt for minnelig tvisteløsning i relasjon til foreldelse.

Før vi kommenterer de enkelte bestemmelsene er det noen forhold av overordnet karakter som bør avklares.

For det første er bestemmelsene gjort nøytrale mht. erstatning og restitusjon, og mellom erstatning i og utenfor kontrakt (delikt). For å garantere skadelidte de minimumsrettighetene som gis etter direktivet ville dette ikke vært nødvendig (siden det presumptivt må være tilstrekkelig å garantere disse innenfor erstatningsinstituttet). Direktivet inneholder imidlertid også bestemmelser som balanserer ulike hensyn mot hverandre (mest tydelig hensynet til skadelidte vs. hensynet til et velfungerende lempningsprogram). Disse forholdene vil også måtte gjøres gjeldende selv om kravet bygger på for eksempel ugyldighet og restitusjon. Av hensyn til ryddighet har vi derfor valgt å foreslå at bestemmelsene ikke skiller avhengig av grunnlaget for et krav.

For det andre er teksten tilpasset det saksøkte rettssubjektet, slik at vi gjennomgående ikke har benyttet termen «foretak». Dette kunne nemlig vært forstått som en henvisning til det konkurranserettslige foretaksbegrepet, noe som videre kunne aktualisert privatrettslig «morselskapsansvar». Her har vi imidlertid gjort to unntak, § X-5 andre ledd (som viser til foretaksbegrepet slik det er benyttet i lempningsreglene) og § X-7 tredje ledd (som viser til det materielle foretaksbegrepet i konkurranseretten, jf. fortalen pkt. 31).

For det tredje har vi ikke foreslått endringer i krrl. § 34 om foreldelse. Etter vår oppfatning kan denne bestemmelsen beholdes, likevel slik at den bør vurderes å flyttes til det nye kapitlet om privat håndhevelse, for eksempel som siste ledd i vårt forslag til § X-6.

For det fjerde inneholder forslaget ikke bestemmelser om overgangsregler eller regulering som avklarer eventuell tilbakevirkning. Det siste kan for eksempel være aktuelt i forbindelse med foreldelsesreglene og de materielle erstatningsreglene, og også reglene om virkningene av endelige vedtak fra konkurransemyndighetene. Vi anser imidlertid at slike spørsmål best vurderes når det er utformet en endelig lovtekst.

For det femte har vi ikke foreslått å gi kapitlet anvendelse for TEUV art. 101 og 102. Disse er ikke formelt en del av norsk rett, men vil i kraft av internasjonal- privatrettslige regler kunne anvendes av

norske domstoler. Vi anser imidlertid en gjennomføring for art. 53 og 54 sin del som tilstrekkelig, siden disse bestemmelsene uansett dekker anvendelsesområdet til art. 101 og 102. Derimot er det på det rene at lempningsvedtak og vedtak som fastslår en overtredelse på tvers av pilarene i EØS-avtalen vil måtte legges til grunn av norske domstoler.

Til § X-1 Virkeområde

Bestemmelsen tydeliggjør at kapittelet gjennomfører direktiv 2014/104/EU. Videre vises det til ansvarsgrunnlagene (adferdsreglene), og det presiseres at direktivet gjelder merpris og annen erstatningsmessig skade uavhengig av rettsgrunnlaget for dette. Ovenfor er redegjort for hvorfor vi anser det nødvendig å gjennomføre direktivets regler «på tvers» av grunnlagene for tilbakebetaling etter norsk rett.

Til § X-2 Kompensasjon til skadelidte

Bestemmelsen gjennomfører direktivet art. 3. Den slår for det første fast prinsippet om full erstatning, gjennom henvisning til skl. § 4-1. En slik henvisning er strengt tatt ikke nødvendig for å gjennomføre direktivet, men vi mener likevel at det er pedagogisk riktig og gir et bedre inntrykk å innta en slik henvisning. Videre hjemler bestemmelsen renter fra skadetidspunktet, noe som etter norsk rett bare følger av rettspraksis og derfor ikke tilfredsstiller klarhetskravet. Bestemmelsen er gjort nøytral mht. grunnlaget for kravet.

Til § X-3 Overveltning av merpris

Bestemmelsen gjennomfører direktivet art. 12, 13 14 og 15. Rekkefølgen er noe endret, og teksten er tilpasset en enklere lovstruktur enn direktivet.

Første ledd gjennomfører art. 12. 1 og 14.1, og slår fast at erstatning skal svare til den del av skaden som faller på hvert enkelt ledd. Poenget er altså at merprisen må «fordeles» på det enkelte markedsledd, avhengig av hvorvidt den er veltet videre og i tilfelle med hvor meget. Bestemmelsen er nødvendig for å klargjøre at overveltede tap representerer en adekvat skade, og hjemler altså overveltning som grunnlag for et krav.

Andre ledd gjennomfører art. 13, og anerkjenner det såkalte «passing-on defence», dvs. at det skal gjøres fradrag i den direkte kundens tap for det som måtte være veltet videre i verdikjeden. Bestemmelsen er utformet slik at den også gjelder restitusjonskrav, for å sikre at ikke skadevolder må betale mer enn det reelle tapet i tilfelle indirekte kunder etablerer at merprisen er veltet videre. Direktivet krever at de særlige reglene om bevistilgang skal gjelde begge veier, dvs. også i favør av overtredere som benytter passing-on som forsvar mot et krav. Siden vi finner at norsk rett allerede er i samsvar med direktivet på dette punkt, er det ikke tatt inn en henvisning til slike særregler i bestemmelsen.

Tredje og fjerde ledd gjennomfører direktivet art. 14.2 om når overveltning skal anses bevist, samt skadevolders adgang til å motbevise presumsjonen.

Femte og sjette ledd gjennomfører direktivets krav om mekanismer for å hindre at ikke den «samme» merprisen behandles ulikt i ulike rettssaker slik at man risikerer over- eller underkompensasjon. Kravene følger av direktivet art. 15. Sjette ledd viser til Luganokonvensjonen, og

fastsetter at hele bestemmelsen om overveltning skal anvendes «speilvendt» dersom overtredelsen foregår på kjøpersiden (innkjøpskartell).

Til § X-4 Særlige regler om utmåling av erstatning

Bestemmelsen gjennomfører direktivet art. 17 om skadepresumsjon og skjønnsmessig utmåling, og hjemler også skjønnsmessig fastsettelse av overveltning iht. art. 12.5. Hjemmelen for skjønnsmessig utmåling bygger på den nå opphevede tvistemålsloven § 192. Tredje ledd om bistand fra Konkurransetilsynet gjennomfører art. 17.3.

Til § X-5 Særlige regler om solidaransvar

Prinsippet om solidaransvar og pro rata-ansvar i regressomgangen følger av skl. § 5-3 hhv. første og andre ledd, og krever ingen gjennomføring. Derimot er det flere unntak og presiseringer av vurderingskriterier som krever særskilte regler. Bestemmelsen er derfor bygget opp som unntak fra skl. § 5-3, noe som gjenspeiles i første ledd.

Andre ledd gjør unntak fra solidaransvaret for foretak som er innvilget hel lempning. Hva som utgjør et «foretak» må avgjøres ut fra grunnlaget for lempningen.

Tredje ledd begrenser slike foretaks ansvar i regressomgangen til skade påført egne kunder eller leverandører.

Fjerde ledd inneholder særlige bestemmelser om solidaransvar dersom en overtreder har inngått forlik, enten rettslig eller utenrettslig, dvs. foretatt frivillige utbetalinger til skadelidte. Dette har vi organisert i fire underpunkter. Reglene her er slik at skadelidtes krav overfor de øvrige reduseres med den ansvarlige som forliker sin pro rata-andel (altså den delen av den samlede skaden vedkommende skulle båret i regressrunden). Dette er ikke knyttet opp mot forliksbeløpet. Et eventuelt overskytende beløp (som er praktisk der kunden har handlet med andre i kartellet, eller der det forlikende overtreder bare har utvist ubetydelig delaktighet i kartellet), må rettes mot de øvrige overtrederne, som ikke har regressrett. Forutsetningen for begrensningen i solidaransvar er at de øvrige er søkekode. Siste punkt gjennomfører kravet om at det i regressrunden også skal tas hensyn til andre forliksutbetalinger. Fjerde ledd gjennomfører direktivet art. 19.

Avslutningsvis i bestemmelsen har vi tatt inn særregler om beskyttelse av små- og mellomstore bedrifter. Til underpunkt 1 her bemerker vi at vi forstår direktivteksten slik at markedsandelen må ha vært under 5 % under hele overtredelsen («its market share in the relevant market was below 5 % at any time during the infringement of competition law»).

Til § X-6 Foreldelse

Bestemmelsen gjennomfører direktivet art. 10 om foreldelse og art. 18.1 om suspensjon av foreldelsesfrist ved minnelig tvisteløsning.

Første ledd gjennomfører direktivets regler om fristens starttidspunkt.

Andre ledd gjennomfører direktivets foreldelsesfrist på fem år.

Tredje og fjerde ledd inneholder bestemmelser om suspensjon av fristen i tilfelle konkurransemyndigheter tar skritt for å etterforske overtredelsen (art. 10.4) og ved minnelig

tvisteløsning (art. 18.1). Etter art. 10.4 er fristavbrudd et alternativ til fristsuspensjon. Som nevnt i pkt. 9.4 mener vi at det er hensiktsmessig at den rettslige reguleringen av henholdsvis art. 10.4 og 18.1 i norsk rett er konsistent, slik at suspensjonsalternativet velges også for å gjennomføre art. 10.

Femte ledd fastslår at foreldelsesloven gjelder så langt den passer. Dette omfatter bl.a. den absolutte foreldelsesfristen på 20 år.

Til § X-7 Særlige regler om bevis

Bestemmelsen gjennomfører de særregler som er nødvendig. Som vist i kapittel 6.2, vil direktivets krav om tilgang til bevis mv. allerede være oppfylt i norsk rett. Bestemmelsen må ses i sammenheng med de foreslåtte endringene i krrl. §§ 26, 27 og 27 a, som utvider beskyttelsen for visse dokumenter i konkurransemyndighetenes saksmappe.

Første ledd gjennomfører art. 6.5 og 7.2. Vi har valgt å foreslå at begge bestemmelser gjennomføres som bevisforbud, for å forenkle lovstrukturen og for å harmonere best mulig med gjeldende sivilprosess. I direktivet inneholder art. 6.5 forbud mot «disclosure», mens art. 7.2 inneholder bevisforbudet. Etter norsk rett vil domstolen være forhindret fra å pålegge noen å fremlegge bevis som er omfattet av et bevisforbud eller et bevisfritak som vedkommende kan påberope, jf. tvl. § 21-5, jf. § 26-7(2). Det vises til fremstillingen ovenfor.

Andre ledd gjennomfører art. 6.6 og 7.1, på tilsvarende vis som i første ledd.

Tredje ledd gjennomfører direktivet art. 6.7 og begrenser personkretsen som kan fremlegge bevis til det foretaket som har fått innsyn. Her legges det konkurranserettslige foretaksbegrepet til grunn. Bestemmelsen har antagelig liten praktisk betydning i norsk rett. Tredje ledd annen setning gjennomfører direktivets krav til sanksjoner for overtredelser. Da forbudet retter seg mot omgangen med bevisene som ikke trenger å ha betydning for opplysningen av saken eller gjennomføringen av prosessen, passer ikke reglene om rettergangsbøter i domstolloven helt godt. Vi mener likevel at dette er den sanksjonsformen som best harmonerer med det norske sivilprosessuelle systemet.

Fjerde ledd gjennomfører art. 6.7 og gjelder tvist om tilgang til bevis. Dette er regulert i tvisteloven § 26-7, som det vises til. Samtidig hjemler bestemmelsen involvering av Konkurransetilsynet.

Femte ledd pålegger retten ved vurdering av bevis tilgang å ta hensyn til behovet for effektiv håndhevelse av konkurransereglene, dvs. først og fremst hensynet til ikke å svekke incentivene til å overgi informasjon til konkurransemyndighetene. Bestemmelsen gjennomfører art. 6.4.

Sjette ledd gjennomfører art. 6.10 og fastsetter at bevis tilgang hos konkurransemyndighetene er sekundært.

Syvende ledd hjemler adgang for Konkurransetilsynet til å avgi uttalelse om bevis tilgang. Leddet gjennomfører art. 6.11.

Åttende ledd presiserer for sammenhengens skyld at tvisteloven gjelder for øvrig. Videre er det inntatt en bestemmelse som gir første til tredje ledd (om beskyttelse av bevis i konkurransemyndighetenes besittelse) tilsvarende anvendelse for konkurransemyndigheter i andre EØS-land.

Til § X-8 Betydningen av vedtak fra EØS-landenes konkurransemyndigheter

Første ledd gjennomfører art. 9 om at overtredelser av konkurransereglene som er fastslått av konkurransemyndighetene må legges til grunn ved et krav om erstatning eller tilbakebetaling. Slik lovteksten er utformet, gjelder dette for konkurransemyndighetenes vedtak bare i tilfeller hvor de er forpliktet etter EØS-krrl. § 7 første ledd til å anvende EØS-avtalens konkurranseregler, dvs. der samhandelen er påvirket. Dersom det er ønskelig med en frivillig harmonisering, slik at Konkurransetilsynets vedtak har bindende virkninger også der forholdet utelukkende er vurdert etter krrl. § 10 eller 11, kan den innskutte bisetningen «i en sak der konkurransemyndighetene har plikt til å anvende EØS-avtalens artikkel 53 eller 54, jf. EØS-konkurranseloven § 7 første ledd» tas ut.

Andre ledd gjennomfører art. 9.2 om bevisvirkninger av vedtak eller rettskraftige dommer fra andre EØS-land som opprettholder slike vedtak.

Til § X-9 Særlige regler om stansing og forening

Bestemmelsen inneholder regler om stansing i to situasjoner; ved minnelig tvisteløsning og for å koordinere med andre rettssaker som tar stilling til overveltning av overpris i det samme sakskomplekset. Den første bestemmelsen gjennomfører art. 18.2, den andre bidrar til å oppfylle kravene i art. 12.2 og 15.1 om å unngå over- eller underkompensasjon ved at «samme» overpris behandles ulikt i forskjellige rettssaker. Vi finner det også hensiktsmessig at det presiseres i loven at tvl. § 15-6 for samme formål kan benyttes som grunnlag for forening av saker.

10.3 Forslag til lovtekst

Forslag til

"Lov om gjennomføring av Parlaments- og Rådsdirektiv 2014/104/EU av 26. november 2014 om visse regler for søksmål i henhold til nasjonal rett angående erstatning for overtredelser av medlemsstatenes og Den europeiske unions konkurranserett"²²⁹

I lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger gjøres følgende endringer

Kapittel 6 Saksbehandling ved undersøkelser og kontroll

§ 26 skal lyde: (endringsforslag i kursiv)

§ 26 Innsyn i overtredelsessaker

Så lenge saken ikke er avsluttet, gjelder ikke offentleglova i saker om overtredelse av §§ 10, 11, 18 første ledd, 19 første ledd eller vedtak i medhold av denne lov. Det samme gjelder for dokumenter som er mottatt av Konkurransetilsynet i forbindelse med en lempningssøknad eller forliksforhandlinger, også etter at saken er avsluttet. En sak regnes ikke som avsluttet hvis Konkurransetilsynet begjærer påtale eller påtalemyndigheten finner at offentlig påtale kreves av sterke allmenne hensyn.

Foretak eller personer som Konkurransetilsynet etterforsker for overtredelse av konkurranseloven, skal etter krav gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, såfremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningen eller tredjeperson. Forvaltningsloven § 19 gjelder tilsvarende. Blir kravet avslått, kan spørsmålet kreves avgjort av retten ved kjennelse. Dersom etterforskningen omfatter flere foretak eller personer, gjelder innsynsretten ikke dokumenter som bare gjelder andre foretak eller personer.

§ 27 skal lyde:

§ 27 Taushetsplikt om kilders identitet og skylderklæringer i lempningssøknader

Enhver som utfører tjeneste eller arbeid for konkurransemyndighetene, har taushetsplikt om identiteten til foretak eller person som gir tips om overtredelse av § 10 eller § 11. Taushetsplikten gjelder også overfor sakens parter og deres representanter. Anmodning om påbud om opphør etter konkurranseloven § 12 omfattes ikke av taushetsplikten.

Enhver som utfører tjeneste eller arbeid for konkurransemyndighetene, har taushetsplikt om opplysninger som har sin opprinnelse i erklæringer fra et foretak om dets viten om en overtredelse av § 10 og foretakets egen delaktighet i overtredelsen, og som er utarbeidet spesielt med det formål å oppnå lempning, eller som ledd i forliksforhandlinger.

²²⁹ Tittelen er ikke EØS-tilpasset.

For øvrig gjelder reglene i forvaltningsloven §§ 13 til 13 e tilsvarende så langt de passer.

§ 27 a skal lyde:

§ 27 a. Innsyn i opplysninger undergitt taushetsplikt

Part eller partsrepresentant som blir gjort kjent med opplysninger som nevnt i § 27 annet ledd, har taushetsplikt om opplysningene og kan bare bruke dem så langt det er nødvendig for å ivareta partens interesse i saken.

Enhver med rettslig interesse i en avsluttet sak om overtredelse av § 10, § 11 eller pålegg etter § 12, skal også gis innsyn i opplysninger som er undergitt lovbestemt taushetsplikt, med mindre innsyn vil virke urimelig overfor den opplysningene gjelder. Retten til innsyn gjelder ikke opplysninger underlagt taushetsplikt etter § 27. Blir det krevd innsyn i taushetsbelagte opplysninger etter dette ledd, skal de som har krav på taushet, varsles og gis en frist til å uttale seg om spørsmålet. Avslag på krav om innsyn kan påklages til departementet. Reglene i forvaltningsloven kapittel VI gjelder tilsvarende.

Kapittel 7 A Privat håndhevelse

§ X-1 Virkeområde

Reglene i kapittelet her gjennomfører direktiv 2014/104/EU av 26. november 2014 om visse regler for søksmål i henhold til nasjonal rett angående erstatning for overtredelser av medlemsstatenes og Den europeiske unions konkurranserett. Kapittelet gjelder krav om tilbakebetaling av merpris og erstatning for skade som fremmes på bakgrunn av overtredelser av denne lovs § 10 og § 11, samt EØS-avtalen artikkel 53 og art. 54. Reglene i kapittelet her gjelder både krav på avtalerettslig og erstatningsrettslig grunnlag (restitusjon og erstatning i og utenfor kontrakt).

§ X-2 Kompensasjon til skadelidte

For krav etter kapittelet her gjelder lov om skadeserstatning § 4-1. Skadelidte kan kreve renter fra det tidspunkt da en merpris ble betalt, eller fra skadetidspunktet, fastsatt etter rettens skjønn. For øvrig gjelder forsinkelsesrenteloven.

§ X-3 Overveltning av merpris

Dersom en merpris er veltet videre i verdikjeden, herunder til forbrukere, skal erstatningen svare til den del av merprisen som har falt på hvert ledd. Reglene om overveltning av merpris i paragrafen her er ikke til hinder for at det utmåles særskilt erstatning for tapt fortjeneste, selv om tapet skyldes at merprisen helt eller delvis er veltet videre.

Det skal ikke anses å foreligge erstatningsmessig økonomisk tap eller grunnlag for restitusjon for en direkte kunde så langt den ansvarlige sannsynliggjør at en merpris helt eller delvis er veltet videre.

Dersom en indirekte kunde sannsynliggjør at en merpris helt eller delvis er veltet videre til ham, skal denne merprisen anses som et erstatningsmessig økonomisk tap. Den indirekte kunden skal anses å ha lidt et slikt tap dersom han sannsynliggjør at

- saksøkte har overtrådt konkurransereglene;
- overtredelsen ledet til en merpris; og
- han kjøpte varer eller tjenester som var gjenstand for overtredelsen eller varer eller tjenester som inneholdt slike eller disse utgjorde innsatsfaktorer.

Kravet skal reduseres forholdsmessig dersom saksøkte sannsynliggjør at merprisen ikke, eller ikke i sin helhet, ble veltet videre.

For å unngå at ett og samme tap erstattes flere ganger, eller at den ansvarlige unngår ansvar, skal retten ta tilbørlig hensyn til

- saker om restitusjon eller erstatning som vedrører samme saksforhold, men er anlagt av saksøkere på andre markedsnivåer
- (rettskraftige) avgjørelser i slike saker
- annen offentlig tilgjengelig informasjon fra myndighetenes eventuelle etterforskning.

Luganokonvensjonen art. 28, jf. lov om tvistemål § 4-8, gjelder tilsvarende.

Denne bestemmelsen gjelder tilsvarende overfor den ansvarliges leverandører.

§ X-4 Særlige regler om utmåling av erstatning

Med mindre saksøker sannsynliggjør det motsatte, skal kartellovertredelser anses å ha forårsaket merpris.

Dersom bevis for tapets størrelse, eller et overveltet beløp iht. § X-3 tredje ledd, enten ikke lar seg føre, eller vil være forbundet med uforholdsmessige vanskeligheter, kan retten fastsette beløpet etter eget skjønn.

Dersom retten anmoder om det kan Konkurransetilsynet bistå retten med å fastsette et økonomisk tap etter bestemmelsene her.

§ X-5 Særlige regler om solidaransvar og regress

For krav etter dette kapittelet gjelder skadeserstatningsloven § 5-3, med de tilpasninger som følger av denne bestemmelsen:

Et foretak som er innvilget hel lempning i henhold til bestemmelsene i denne lovs § 30, forskrift til EØS-konkurranseloven, forordning 1/2003 eller tilsvarende lempningsordninger i andre EØS-land, er bare solidarisk ansvarlig

- overfor egne direkte eller indirekte kunder eller leverandører, og
- overfor andre skadelidte bare dersom full kompensasjon ikke kan oppnås fra andre som er solidarisk ansvarlige for samme overtredelse.

Et foretak som nevnt i forrige ledd er i regressomgangen bare ansvarlig for den skade det påførte egne direkte eller indirekte kunder eller leverandører.

Dersom det er inngått forlik gjelder i tillegg følgende bestemmelser:

1. Dersom det inngås forlik med én av flere solidarskyldnere, skal skadelidtes krav overfor medskyldnerne reduseres med den forlikendes pro rata andel.
2. Resterende deler av skadelidtes tap må rettes mot medskyldnerne som ikke er parter i forliket. Disse har ikke regressrett hos forlikende medskyldnere for de resterende deler av tapet.
3. Dersom ikke noe annet er avtalt, gjelder bestemmelsen i punkt 2 første setning likevel ikke dersom medskyldnerne ikke er søkegode.
4. Ved fastsettelsen av andre regresskrav skal retten ta tilbørlig hensyn til utbetalinger foretatt iht. forlik.

Små- eller mellomstore bedrifter som definert i Kommisjonens rekommandasjon 2003/361/EF er bare ansvarlige overfor egne direkte og indirekte kunder, på de vilkår at

1. Bedriftens andel av det relevante markedet til enhver tid i løpet av overtredelsen var under 5 %, og
2. at anvendelsen av reglene i skadeserstatningsloven § 5-3 ville føre til uopprettelig skade på bedriftens økonomiske levedyktighet og føre til at bedriftens aktiva tapte hele deres verdi.

Forrige ledd gjelder likevel ikke dersom bedriften har hatt en ledende rolle i overtredelsen, har søkt å tvinge andre foretak til å delta i overtredelsen eller tidligere er ilagt sanksjoner for brudd på konkurranseloven, EØS- og EU-konkurransereglene eller tilsvarende regler i andre EØS-land.

§ X-6 Foreldelse

For krav etter kapittelet her begynner ikke foreldelsesfristen å løpe før overtredelsen av konkurransereglene opphører og saksøker har eller med rimelighet kan forventes å ha kjennskap til:

1. Atferden og at den utgjør en overtredelse av konkurranseretten;
2. At overtredelsen av konkurranseretten har forvoldt saksøkeren skade; og
3. Identiteten til lovovertrederen.

Foreldelsesfristen er fem år.

Foreldelsesfristen suspenderes hvis en konkurransemyndighet tar skritt for å undersøke eller forfølge den overtredelse av konkurranseretten som søksmålet vedrører. Suspensjonen opphører ett år etter at avgjørelsen om overtredelse er endelig eller at saken på annen måte er avsluttet.

Dersom partene innleder minnelig tvisteløsning som er regulert i lov eller avtalt mellom partene, herunder advokatmekling, skal foreldelsesfristen suspenderes mens den minnelige tvisteløsningen pågår. Suspensjonen gjelder kun for de parter som er eller har vært representert i den minnelige tvisteløsningen.

Foreldelsesloven gjelder så langt den passer.

§ X-7 Særlige regler om bevis

Så lenge saken for konkurransemyndighetene ikke er avsluttet, kan det under domstolsbehandling av et krav etter kapitlet her, ikke føres bevis om

1. opplysninger som er utarbeidet av en fysisk eller juridisk person spesifikt til bruk for konkurransemyndighetenes saksbehandling;
2. opplysninger som er utarbeidet av konkurransemyndighetene og oversendt til partene i forbindelse med konkurransemyndighetenes saksbehandling; og
3. forliksinnlegg som er trukket tilbake.

Under domstolsbehandling av krav etter kapitlet her, kan skylderklæringer, jf. § 27 (2) og forliksinnlegg ikke føres som bevis. Tvisteloven § 22-3 (2) og (3) gjelder ikke.

Andre bevis som er innhentet ved innsyn etter § 26, kan bare føres som bevis under domstolsbehandling av krav etter kapitlet her, av det foretak som har fått innsyn etter § 26. Overtredelser av bestemmelsen her kan straffes etter domstolloven § 198.

Ved tvist om et bevis er omfattet av første eller annet ledd, gjelder tvisteloven § 26-7 så langt den passer. Domstolen kan anmode konkurransemyndighetene som behandler saken om bistand i vurderingen. Den som er opphav til beviset kan gis anledning til å uttale seg.

Ved vurderingen av en begjæring om bevistilgang, jf. tvisteloven § 26-7 jf. § 26-6, til bevis som nevnt i første og sjette ledd skal domstolen også ta hensyn til behovet for å sikre effektiv offentlig håndhevelse av konkurransereglene.

Bevistilgang etter tvisteloven § 26-7 jf. § 26-5 kan bare kreves hos konkurransemyndighetene når det aktuelle beviset ikke med rimelighet kan skaffes til veie av partene eller andre.

Konkurransetilsynet kan på eget initiativ avgi uttalelse til den domstol som behandler krav om tilgang til eller fremleggelse av bevis som omhandlet her.

For øvrig gjelder tvistelovens regler. Bestemmelsene i første til tredje ledd gjelder så langt de passer for opplysninger som stammer fra konkurransemyndigheter i andre EØS-land.

§ X-8 Betydningen av vedtak fra EØS-landenes konkurransemyndigheter

Når et krav etter kapittelet her bygger på en overtredelse som er fastslått i et endelig vedtak av konkurransemyndighetene, jf. § 8, eller i en rettskraftig dom som opprettholder vedtaket i en sak der konkurransemyndighetene har plikt til å anvende EØS-avtalens artikkel 53 eller 54, jf. EØS-konkurranseloven § 7 første ledd, skal det endelige vedtakets eller den rettskraftige dommens konstatering av overtredelsen legges til grunn ved rettens behandling av kravet.

Når et krav etter kapitlet her bygger på en overtredelse som er fastslått i et vedtak av konkurransemyndighetene i et annet EØS-land, eller i en rettskraftig dom, skal norske domstoler ved behandlingen av kravet legge det endelige vedtaket eller den rettskraftige dommen til grunn så langt partene ikke sannsynliggjør noe annet.

§ X-9 Særlige regler om stansing og forening

Dersom partene innleder minnelig tvisteløsning som nevnt i § X-6 fjerde ledd kan retten stanse saken etter tvisteloven § 16-18.

Saken kan stanses etter samme bestemmelse dersom der er tilrådelig for å unngå situasjoner som nevnt i § X-3 femte ledd. På samme vilkår kan saker forenes etter tvisteloven § 15-6.
