



DET KONGELIGE
NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENT

Høringsnotat

Forslag til endringer i konkurranseloven - gjennomføring i norsk rett av direktiv 2014/104/EU om privat håndheving av EU/EØS-konkurransereglene

1 Innledning	3
2 Bakgrunnen for forslaget	3
2.1 Forholdet mellom offentlig og privat håndheving av konkurransereglene	3
2.2 Generelt om direktiv 2014/104/EU	4
2.2.1 Bakgrunn	4
2.2.2 Formål	4
2.2.3 Hovedinnhold	5
2.2.4 Hva direktivet ikke regulerer	5
2.3 Saklig virkeområde	5
2.3.1 Direktivets utgangspunkt	5
2.3.2 Frivillig harmonisering	6
2.3.3 Krav på avtalerettslig og erstatningsrettslig grunnlag	6
2.3.4 Effektivitets- og ekvivalensprinsippet	7
2.4 EØS-rettslige problemstillinger	7
2.4.1 Desentralisert håndheving av artikkel 53 og 54 EØS i EFTA-pilaren	7
2.4.2 Forholdet til Grunnloven	9
2.4.3 EØS-relevans og akseptabilitet	10
2.4.4 EØS-tilpasninger	14
2.4.5 Desentralisert håndheving av artikkel 53 og 54 EØS i begge pilarene?	17
2.5 Gjennomføringsmåte	17
3 Departementets forslag til endringer i konkurranseloven	18
3.1 Full kompensasjon	18
3.1.1 Gjeldende rett	18
3.1.2 Direktivets krav	18
3.1.3 Departementets vurdering	19
3.2 Skjønnsmessig utmåling	19
3.2.1 Gjeldende rett	19
3.2.2 Direktivets krav	19
3.2.3 Departementets vurdering	20
3.3 Skadepresumsjon	20
3.3.1 Gjeldende rett	20
3.3.2 Direktivets krav	20
3.3.3 Departementets vurdering	20
3.4 Overveltning	20

3.4.1 Gjeldende rett	20
3.4.2 Direktivets krav	22
3.4.3 Departementets vurdering	23
3.5 Solidaransvar	24
3.5.1 Gjeldende rett	24
3.5.2 Direktivets krav	24
3.5.3 Departementets vurdering	25
3.6 Bevistilgang	26
3.6.1 Gjeldende rett	26
3.6.2 Direktivets krav	29
3.6.3 Departementets vurdering	31
3.7 Fremleggelse av bevis som er en del av saken hos konkurransemyndighetene	32
3.7.1 Gjeldende rett	32
3.7.2 Direktivets krav	34
3.7.3 Departementets vurderinger	37
3.8 Håndheving av reglene om bevis	40
3.8.1 Gjeldende rett	40
3.8.2 Direktivets krav	42
3.8.3 Departementets vurderinger	43
3.9 Rettsvirkninger av nasjonale konkurransemyndigheters vedtak	44
3.9.1 Gjeldende rett	44
3.9.2 Direktivets krav	45
3.9.3 Departementets vurdering	46
3.10 Foreldelse	48
3.10.1 Gjeldende rett	48
3.10.2 Direktivets krav	49
3.10.3 Departementets vurdering	50
3.11 Frist suspensjon mens minnelig tvisteløsning pågår	51
3.11.1 Gjeldende rett	52
3.11.2 Direktivets krav	53
3.11.3 Departementets vurdering	53
3.12 Utsettelse i erstatningssaken mens minnelig tvisteløsning pågår	54
3.12.1 Gjeldende rett	54
3.12.2 Direktivets krav	55
3.12.3 Departementets vurdering	55
3.13 Minnelig tvisteløsning som formildende omstendighet ved bøteutmålingen	56
3.13.1 Gjeldende rett	56
3.13.2 Direktivets krav	56
3.13.3 Departementets vurdering	57
3.14 Solidaransvar og regress i forbindelse med minnelig tvisteløsning	57
3.14.1 Gjeldende rett	57
3.14.2 Direktivets krav	58
3.14.3 Departementets vurdering	59
4 Økonomiske og administrative konsekvenser	59
5 Merknader til endringsforslagene	61

1 INNLEDNING

Europaparlaments- og rådsdirektiv [2014/104/EU](#) av 26. november 2014 om visse regler for søksmål i henhold til nasjonal rett angående erstatning for overtredelser av bestemmelser i medlemsstatenes og Den europeiske unions konkurransereett (heretter "direktivet om privat håndheving" eller "direktivet") er nå til vurdering for innlemmelse i EØS-avtalen. Dette høringsnotatet omhandler Nærings- og fiskeridepartementets forslag til endringer i lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) i forbindelse med gjennomføringen av direktivet i norsk rett. Det tas imidlertid forbehold om at EØS-komiteen beslutter å innlemme direktivet i EØS-avtalen. Høringsnotatet tar utgangspunkt i en [utredning](#) Hjelmeng/Ørstavik/Østerud har skrevet på oppdrag fra departementet. Det vises generelt til denne utredningen for en mer inngående drøfting av enkeltspørsmål. Det følger av direktivet artikkel 21 (1) at implementeringsfristen for medlemsstatene i EU er 27. desember 2016.

2 BAKGRUNNEN FOR FORSLAGET

2.1 Forholdet mellom offentlig og privat håndheving av konkurransereglene

Konkurransereglene håndheves både av konkurransemyndighetene (offentlig håndheving) og av nasjonale domstoler i sivile saker mellom private parter (privat håndheving). Direktivet om privat håndheving gjelder søksmål om erstatning for overtredelser av medlemsstatenes og EUs konkurranseregler. Enhver som har lidt økonomisk tap som følge av overtredelser av disse konkurransereglene, har rett til full erstatning. Denne retten til full erstatning håndheves av nasjonale domstoler etter nasjonale regler om erstatning og sivilprosess.

Søksmål om erstatning for skade som følge av overtredelser av konkurransereglene kan anlegges for nasjonale domstoler både etter at konkurransemyndighetene har truffet vedtak om overtredelse ("follow-on" søksmål) eller på selvstendig grunnlag uten at det foreligger noe slikt forutgående vedtak ("stand-alone" søksmål). I samtlige EØS-jurisdiksjoner er sistnevnte søksmålstype den vanligste. Privat håndheving av konkurransereglene vil først og fremst føre til at den som har lidt økonomisk tap, får kompensert tapet sitt (reparasjon). Flere erstatningssøksmål vil imidlertid også kunne føre til at foretak avskrekkes fra å begå overtredelser i fremtiden, og således bidra til økt overholdelse av konkurransereglene (prevensjon).

Artikkel 101 og 102 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (heretter "TEUV") og artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen inneholder forbud mot henholdsvis konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling. Disse bestemmelsene, som etter sitt innhold er identiske, har direkte virkninger i forholdet mellom private parter og medfører rettigheter og plikter for dem, som de nasjonale domstolene skal håndheve. De nasjonale domstolene har følgelig også en viktig rolle i anvendelsen av konkurransereglene. Når de treffer avgjørelser i saker mellom private parter, beskytter de subjektive rettigheter i henhold til EU/EØS-retten, blant annet retten til full kompensasjon for skade som følge av overtredelser av EU/EØS-konkurransereglene ved å tilkjenne skadelidte erstatning.

Det fremheves i fortalen at et sentralt formål med direktivet er å styrke samspillet mellom den offentlige og private håndhevingen av konkurransereglene. For at artikkel 101 og 102 TEUV og artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen skal ha full virkning, og særlig hvis de forbudene som disse bestemmelsene inneholder skal ha virkning i praksis, må både private parter, herunder forbrukere og virksomheter, og offentlige myndigheter kunne reise erstatningskrav ved nasjonale domstoler for

skade de har lidt som følge av overtredelser av disse bestemmelsene. For å sikre en effektiv privat og offentlig håndheving av konkurransereglene, skal det være et samspill mellom begge virkemidlene, slik at konkurransereglene blir så effektive som mulig.

2.2 Generelt om direktiv 2014/104/EU

2.2.1 Bakgrunn

Privat håndheving av konkurransereglene er forholdsvis lite utbredt i EU/EØS sammenlignet med USA. I følge Kommisjonens [konsekvensanalyse](#) har nasjonale konkurransemyndigheter i EU siden 2007 truffet i snitt 55 overtredelsesvedtak per år og Europakommisjonen (heretter "Kommisjonen") 8. Det er likevel svært få av disse sakene som blir etterfulgt av private erstatningssøksmål for nasjonale domstoler, selv om trenden er økende i tråd med regelverksinitiativene. Som følge av en ineffektiv privat håndheving av konkurransereglene, går skadelidte i EU, både virksomheter og forbrukere, glipp av omtrent 23 milliarder euro årlig i kompensasjon.

Det fremgår videre av konsekvensanalysen at i de fleste sakene hvor Kommisjonen har truffet vedtak om overtredelse av konkurransereglene, har flertallet av skadelidte ikke blitt kompensert for det tapet de har lidt. I perioden 2006 – 2012, ble mindre enn 25 % av Kommisjonens vedtak etterfulgt av private erstatningssøksmål for nasjonale domstoler. Videre har de fleste søksmålene blitt anlagt i kun tre medlemsstater: Storbritannia, Tyskland og Nederland. I omtrent 20 medlemsstater finnes ingen eksempler på etterfølgende erstatningssøksmål i forbindelse med Kommisjonens overtredelsesvedtak. Dette til tross for at det geografiske markedet i Kommisjonens vedtak som regel dekker hele EØS eller store deler av det. De fleste søksmålene anlegges dessuten av større virksomheter som kjøper direkte fra og som står i et kontraktsforhold med overtreder. Indirekte kunder, små- og mellomstore bedrifter (SMB) og forbrukere anlegger etterfølgende erstatningssøksmål i svært liten grad.

Når det gjelder vedtak truffet av nasjonale konkurransemyndigheter i EU, er det bare tatt ut erstatningssøksmål i mindre enn 10 % av sakene. I Norge er det også svært få eksempler på etterfølgende erstatningssøksmål for skade som følge av brudd på konkurransereglene i forbindelse med vedtak truffet av Konkurransetilsynet og EFTAs overvåkningsorgan (heretter "ESA").

Noe av forklaringen på denne skjeve og ineffektive private håndhevingen av konkurransereglene, er at det kreves betydelig informasjon om faktum for å få kjennskap til og kunne dokumentere overtredelse og økonomisk tap. Videre vil det ofte være betydelig informasjonsasymmetri mellom overtreder og skadelidte. Usikkerhet med hensyn til utfallet av et søksmål kombinert med nasjonale regler om rettsgebyr og saksomkostninger kan også være til hinder for berettigede søksmål. Det er også avdekket store forskjeller i medlemsstatenes nasjonale regler om erstatning for skade som følge av brudd på konkurransereglene.

2.2.2 Formål

Sentrale formål med direktivet er å bedre skadelidtes muligheter til 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 disse reglene. Det vises i den forbindelse til at direktivet er hjemlet i artikkel 103 og 114 TEUV.

2.2.3 Hovedinnhold

For å oppnå de angitte formålene stiller direktivet en rekke krav til delvis harmonisering av nasjonal materiell erstatningsrett og sivilprosess. Eksempelvis regulerer direktivet skadelidtes adgang til å kreve full kompensasjon, overvelting av overpris (såkalt "passing-on"), solidaransvar og regress. 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.

2.2.4 Hva direktivet ikke regulerer

Direktivet harmoniserer langt fra alle nasjonale materielle og prosessuelle regler om erstatningssøksmål for skade som følge av brudd på konkurransereglene. Direktivet regulerer blant annet ikke spørsmål om verneting og jurisdiksjon. Dette reguleres av to parallelle konvensjoner; henholdsvis forordning (EU) 1215/2012 ("Brusselordningen") og Konvensjonen om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker vedtatt i Lugano 30. oktober 2007 ("Luganokonvensjonen"). Brusselordningen, som gjelder for EUs medlemsstater, er ikke innlemmet i EØS-avtalen, men Norge har tiltrådt Luganokonvensjonen. Direktivet regulerer heller ikke sentrale vilkår for å få tilkjent erstatning etter nasjonal rett, som skyld og adekvat årsakssammenheng mellom overtredelse av konkurransereglene og skaden. Videre er heller ikke den konkrete erstatningsutmålingen og vilkårene for å anlegge gruppesøksmål omfattet av direktivet. Det samme gjelder domstolenes saksbehandlingstid og saksomkostninger, som kan variere mye medlemsstatene imellom. Selv etter implementeringen av direktivet vil det derfor fortsatt være forskjeller i de nasjonale reglene. På de områdene som er overlatt til medlemsstatene å regulere fullt ut, må de generelle prinsippene om effektivitet og ekvivalens likevel overholdes. Alle nasjonale regler om erstatning for skade som følge av brudd på konkurransereglene, harmonisert eller ikke, må følgelig leses i lys av disse prinsippene. Se mer om dette straks nedenfor.

2.3 Saklig virkeområde

2.3.1 Direktivets utgangspunkt

Direktivet gjelder i utgangspunktet nasjonale domstolers anvendelse av EU/EØS-konkurransereglene. Direktivet omfatter imidlertid også nasjonal konkurranselovgivning, der denne benyttes i saker hvor samhandelen er påvirket. Dette følger av direktivet artikkel 2 (1) om definisjon av konkurranserett sammenholdt med artikkel 2 (3) som definerer nasjonal konkurranserett, og de enkelte bestemmelsene. 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 konkurranseloven § 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, det vil si der det ikke foreligger samhandelspåvirkning.

Direktivet gjelder erstatningssøksmål for skade som følge av overtredelser av konkurranserett. Begrepet "konkurranserett" omfatter artikkel 101 og 102 TEUV om henholdsvis forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og misbruk av dominerende stilling, i tillegg til tilsvarende bestemmelser i nasjonal konkurranserett som anvendes i den samme saken parallelt med EU konkurransereglene når samhandelen er påvirket. Erstatningssøksmål som følge av overtredelser av nasjonale konkurranseregler hvor samhandelen ikke er påvirket, er ikke dekket av direktivet.

Utover dette oppstår det et spørsmål knyttet til anvendelsen av nasjonal konkurranselov ved samhandelspåvirkning. På dette punktet 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. Problemstillingene er også bare indirekte knyttet til spørsmålet om desentralisert håndheving, fordi dette gjelder nasjonale konkurransemyndigheters plikt til å anvende EØS-reglene, og ikke nasjonale domstolars plikt til å legge bestemte regler til grunn ved anvendelse av nasjonal konkurranselov.

2.3.2 Frivillig harmonisering

Departementet anbefaler imidlertid en frivillig harmonisering med direktivets bestemmelser i saker om brudd på norsk konkurranserett uten samhandelspåvirkning, med ett unntak. Årsaken til dette 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.

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 grensdragning fremstår som irrelevant og tilfeldig i forhold til skadelidtes mulighet til å kreve erstatning. Departementets anbefaling er derfor at direktivet hovedsakelig gjennomføres slik at det skal gjelde likt for overtredelser av reglene i konkurranseloven, EØS-avtalen og TEUV. Dette vil innebære en frivillig harmonisering av rettsvirkninger ved overtredelser av norsk konkurranselov uten samhandelspåvirkning. En slik harmonisering er i samsvar med den linjen som er valgt innenfor den offentlige håndhevingen. Departementet foreslår likevel ikke at Konkurransetilsynets og Konkurranseskjennemdas vedtak i rent interne forhold skal være bindende for domstolene, jf. direktivet artikkel 9 (1).

2.3.3 Krav på avtalerettslig og erstatningsrettslig grunnlag

Direktivet fokuserer på erstatningsansvar, jf. definisjonen av "action for damages" i artikkel 2 (4). Artikkel 1 om direktivets anvendelsesområde taler imidlertid bare om kompensasjon for skade. Mange av særreglene om blant annet foreldelse og bevis tilgang, er imidlertid begrenset til "damages". Dette reiser spørsmål om gjennomføringen av direktivet for krav som bygger på andre rettsgrunnlag enn erstatningsansvar, det vil si ugyldighet og restitusjonskrav.

I tilfeller som berører overpriser etter konkurransereglene, enten grunnlaget er samarbeidsforbudet eller misbruksforbudet, vil det som regel foreligge et kontraktsforhold mellom overtreder og den umiddelbart skadelidte kunden; det vil si kunden som handler direkte med overtreder. Dette åpner for at tap i form av overpris også kan kreves tilbakeført som restitusjon på grunnlag av delvis ugyldighet. 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 kunden for fremtiden skal være forpliktet til å betale overpris. Spørsmålet om gjennomføringen også må gjøres gjeldende for krav som bygger på annet erstatningsrettslig grunnlag oppstår i alle fall for fire aspekter ved direktivet: (1) krav som tar sikte på å hjelpe skadelidte, (2) bestemmelser som tar sikte på å beskytte foretak som er innvilget hel lempning, (3) særregler om "passing-on" og (4) særregler om solidaransvar både vedrørende lempning og minnelig tvisteløsning.

Etter departementets syn er det ikke nødvendig å foreta gjennomføring utenom erstatningskravene med hensyn til første punkt. Bakgrunnen for dette er at så lenge skadelidte har tilgang til mer

gunstige regler, typisk om foreldelse og bevisfremleggelse, i erstatningsaker, vil direktivets krav være oppfylt selv om tilsvarende gunstige regler ikke gjelder dersom kravet fremmes på annet grunnlag. Etter departementets syn vil det derimot 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 overveltning og solidaransvar. Dette fordi slike regler oppstiller beskyttelse mot henholdsvis overkompensasjon og for foretak innvilget hel lempning, og denne beskyttelsen kan ikke variere avhengig av hvilket grunnlag kravet bygger på etter nasjonal rett.

Etter departementets syn bør derfor reglene som gjennomfører direktivet på generelt grunnlag ikke begrenses til erstatningsansvar. På denne bakgrunn foreslår departementet en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-1 siste punktum hvor det presiseres at reglene i kapitlet gjelder både krav på avtalerettslig og erstatningsrettslig grunnlag, det vil si tilbakebetaling (restitusjon) og erstatning i og utenfor kontrakt.

2.3.4 Effektivitets- og ekvivalensprinsippet

Utover de materielle og prosessuelle særreglene viser direktivet på generelt grunnlag til henholdsvis effektivitets- og ekvivalensprinsippet i artikkel 4. Direktivbestemmelsen begrenser seg 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 adgangen til erstatning, går lenger enn det som måtte følge av en slik minstestandard. På de områdene hvor direktivet ikke oppstiller særregler, for eksempel regler om adekvat årsakssammenheng eller skadelidtes egen medvirkning (eventuelt 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 håndhevingen ikke må være umulig eller uforholdsmessig vanskelig og for det andre at rettsvirkningene må være adekvate.

Ekvivalensprinsippet på sin side knytter seg til gjeldende nasjonal rett, og krever at regler om erstatning for overtredelse av EU/EØS-konkurransereglene ikke må være mindre gunstige for skadelidte enn regler om tilsvarende krav etter nasjonal rett. Dersom krav etter nasjonal rett er gjenstand for gunstigere regler, må tilsvarende gjelde i en EØS-kontekst.

2.4 EØS-rettslige problemstillinger

2.4.1 Desentralisert håndheving av artikkel 53 og 54 EØS i EFTA-pilaren

Rådsforordning (EF) nr. [1/2003](#) av 16. desember 2002 om gjennomføring av konkurransereglene i EF-traktaten artikkel 81 og 82 (heretter "forordning 1/2003" eller "forordningen") omhandler prosessuelle regler for Kommisjonens offentlige håndheving av artikkel 101 og 102 TEUV. Den offentlige håndhevingen av disse bestemmelsene er i stor grad desentralisert til nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler. Etter forordningen artikkel 5 skal blant annet nasjonale

konkurransemyndigheter anvende artikkel 101 og 102 TEUV i tillegg til nasjonale konkurranseregler i en sak dersom samhandelskriteriet er oppfylt.

Forordning 1/2003 ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. [130/2004](#) av 24. september 2004 som endrer protokoll 21 og 23 og vedlegg XIV. EØS-komitebeslutningen inneholdt ingen tilpasningstekster i protokoll 21. Forordningen er derfor i utgangspunktet innlemmet i avtalen i sin helhet og uten begrensninger. Partene til EØS-avtalen har imidlertid hatt ulike syn på om den åpner for desentralisert håndheving av artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen for nasjonale konkurransemyndigheter, og den rettslige situasjonen er fortsatt uklar. Kommisjonen har tidligere ment at artikkel 56 i EØS-avtalen gir Kommisjonen og ESA eksklusiv kompetanse til å håndheve disse bestemmelsene, og følgelig stenger for en desentralisering av denne håndhevingskompetansen til nasjonale konkurransemyndigheter. EFTA-statene har imidlertid gitt sine nasjonale konkurransemyndigheter kompetanse til å anvende artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen innenfor deres respektive jurisdiksjoner ved å endre protokoll 4 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA-avtalen). Den nasjonale gjennomføringen av disse reglene følger av EØS-konkurranseloven. Håndhevingen av artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen er imidlertid ikke desentralisert i EU-pilaren.

Selv om forordning 1/2003 er innlemmet i EØS-avtalen og gjennomført i EFTA-statenes nasjonale rettsordener, gjelder den ikke på tvers mellom EU- og EFTA-pilarene ("cross-pillar"). EØS-avtalen gir med andre ord ikke hjemmel til samarbeid om utveksling av konfidensiell informasjon, informasjonsinnhenting eller bevissikring i enkeltsaker mellom for eksempel Konkurransetilsynet og Konkurrentverket i Sverige, slik som mellom for eksempel Konkurrentverket og Konkurransestyrelsen i Danmark.

Når det gjelder norske domstolars kompetanse til å anvende EØS-avtalens konkurranseregler, er ikke dette hjemlet i forordning 1/2003 og dens gjennomføring, men følger av at konkurransereglene også oppfyller kravene til å ha direkte virkning, og siden de er gjennomført ved EØS-loven § 1 derfor også må anvendes av nasjonale domstoler. Det er derfor ikke tvilsomt at nasjonale domstoler har kompetanse til å anvende artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen.

Direktivet hviler imidlertid på en grunnleggende forutsetning om desentralisert håndheving - det forutsetter at EU/EØS-konkurransereglene håndheves av nasjonale konkurransemyndigheter. Dette kommer særlig til uttrykk i artikkel 9 (2) om bevisvirkninger av nasjonale vedtak og rettskraftige dommer om overtredelser av konkurransereglene i etterfølgende erstatningssøksmål i andre EØS-stater, og i artikkel 10 (4) om suspensjon/avbrudd av foreldelsesfristen for å anlegge erstatningssøksmål dersom en konkurransemyndighet innleder etterforskning. Spørsmålet om innlemmelse av direktivet i EØS-avtalen er følgelig uløselig forbundet med spørsmålet om (manglende) desentralisert håndheving av artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen og "cross-pillar" virkning av forordning 1/2003. Selv om det ikke er noen direkte bindinger mellom direktivet og forordningen, er det en indre sammenheng mellom rettsaktene – mellom den offentlige og den private håndhevingen av konkurransereglene. Det vises i den forbindelse til at formålet med direktivet blant annet er å styrke dette samspillet for å sikre at konkurransereglene blir så effektive som mulig.

Å innlemme direktivet i EØS-avtalen vil følgelig kunne tolkes som en implisitt aksept fra EU for det desentraliserte håndhevingsregimet av artikkel 53 og 54 EØS i EFTA-pilaren slik det fremgår av

protokoll 4 til ODA-avtalen. En slik aksept vil også få avgjørende betydning for spørsmålet om EØS-relevans av fremtidige regelverksinitiativ i EU på konkurranserettens område, for eksempel rettsakter om harmonisering av prosessuelle konkurranseregler. Dette understreker viktigheten av at direktivet innlemmes i EØS-avtalen på en hensiktsmessig måte og som sikrer at det får gjensidig virkning på tvers av EU- og EFTA-pilarene. Se mer om dette i kapittel 2.4.5.

2.4.2 Forholdet til Grunnloven

2.4.2.1 Rettslig utgangspunkt

Utgangspunktet for den konstitusjonelle vurderingen er at Grunnloven bygger på en forutsetning om at myndighet som den omhandler, skal utøves av norske statsorganer. Myndighetsavståelse som anses som "lite inngripende", kan etter sikker konstitusjonell praksis skje med Stortingets samtykke etter Grunnloven § 26 annet ledd. Grunnloven § 26 annet ledd gir selv ingen veiledning om når myndighetsoverføringen er å anse som "lite inngripende". Vurderingen av hva som kan aksepteres, må i tråd med den grunnleggende forutsetningen nevnt over ta utgangspunkt i de enkelte kompetansebestemmelsene i Grunnloven som det er tale om å gripe inn i. Etter praksis er det særlig relevant å se hen til arten av myndighet som overføres, omfanget av myndighetsoverføringen og i den forbindelse om overføringen gjelder et bestemt og avgrenset saksområde. Det er også vektlagt om overføringen er basert på gjensidighet og likeverdig deltakelse.

2.4.2.2 Departementets vurdering

Justis- og beredskapsdepartementets Lovavdeling har i en [tolkningsuttalelse](#) vurdert konstitusjonelle spørsmål i tilknytning til artikkel 9 med utgangspunkt i Kommisjonens opprinnelige forslag. Kommisjonen foreslo at endelige vedtak truffet av nasjonale konkurransemyndigheter om overtredelser av konkurransereglene i artikkel 101 og 102 TEUV skulle legges til grunn ("*cannot take decisions running counter to such finding of an infringement*") i etterfølgende erstatningssøksmål for nasjonale domstoler også i andre medlemsstater enn den som fattet vedtaket. Forslaget la følgelig opp til en regel om grenseoverskridende bindende bevisvirkning av nasjonale vedtak, det vil si at domstolene er avskåret fra å vurdere spørsmålet om overtredelse på en annen måte enn det som følger av det tidligere vedtaket eller avgjørelsen. En slik bestemmelse ville ha grepet inn i domstolenes uavhengighet og prinsippet om fri bevisbedømmelse etter norsk rett, det vil si at retten selv bedømmer hvilke bevis som er relevante, og hvilken vekt de skal tillegges, og følgelig innebåret en horisontal myndighetsavståelse. Dette ville ha medført at norske domstoler i en erstatningssak ikke prejudisielt kunne ha lagt til grunn et annet syn på spørsmålet om overtredelse av konkurransereglene enn det som tidligere var konstatert i en medlemsstat. I et etterfølgende erstatningssøksmål der skadelidte anfører at tap er påført som en følge av den tidligere konstaterte overtredelsen, ville domstolen ha vært forpliktet til å legge til grunn at det har funnet sted en overtredelse av konkurransereglene i samsvar med tidligere vedtak eller avgjørelse. Norske domstoler ville imidlertid fortsatt ha stått fritt i prøvingen av de andre erstatningsvilkårene, og avsagt formelt dom i saken.

Lovavdelingen konkluderte i sin tolkningsuttalelse med at forslaget til artikkel 9 gikk klar av konstitusjonelle skranker for myndighetsavståelse, det vil si at den var av "lite inngripende" karakter, forutsatt at bestemmelsen fikk gjensidig virkning på tvers av EU- og EFTA-pilarene, såkalt "cross-pillar" virkning. Det vil si at bevisvirkningen beskrevet ovenfor også skulle gjelde for endelige vedtak truffet av nasjonale konkurransemyndigheter i EFTA-statene som konstaterer overtredelse av artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen, som innholdsmessig er lik artikkel 101 og 102 TEUV. Da ville også

nasjonale domstoler i andre EØS-stater være bundet av avgjørelser fra norske konkurransemyndigheter eller domstoler som konstaterer brudd på artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen. Lovavdelingen viste i den forbindelse til at myndighetsavståelse som ledd i gjensidig regulering av jurisdiksjon mellom stater, tradisjonelt har vært konstitusjonelt akseptabelt. Stortinget ville følgelig ha kunnet gi samtykke ved alminnelig flertallsvedtak etter Grunnloven § 26 annet ledd til å akseptere at rettsakten ble innlemmet i EØS-avtalen. Det ble også lagt til grunn at en slik løsning ville ha forutsatt materielle tilpasninger ved innlemmelse av direktivet i EØS-avtalen. Dette var i samsvar med departementets egen vurdering av spørsmålet.

Ordlyden i artikkel 9 ble også betydelig myket opp under den ordinære lovgivningsprosedyren. Bestemmelsen i artikkel 9 (2) slår nå fast at endelige vedtak fra nasjonale konkurransemyndigheter om overtredelser av konkurransereglene i artikkel 101 og 102 TEUV kun skal legges til grunn som *prima facie* bevis ved etterfølgende erstatningssøksmål for nasjonale domstoler i andre medlemsstater, men ikke at de skal ha bindende bevisvirkning. Med *prima facie* bevis forstås at endelige avgjørelser av konkurransemyndighetene i andre medlemsstater om overtredelse av konkurransereglene skal legges til grunn av domstolene dersom det ikke føres bevis for noe annet. Dette innebærer følgelig en bevispresumsjon som i praksis er tilnærmet den situasjonen vi har i Norge i dag.

På denne bakgrunn konkluderer departementet med at artikkel 9 (2) ikke innebærer konstitusjonelle problemer, trolig også selv uten gjensidighetsvirkninger på tvers av EFTA- og EU-pilarene som omtalt ovenfor. Norske myndigheter vil likevel i dialog med Kommisjonen om å innlemme direktivet i EØS-avtalen fortsatt arbeide for å oppnå materielle tilpasninger som sikrer at denne og andre bestemmelser i direktivet får slik gjensidig virkning på tvers av EU- og EFTA-pilarene. Dette er en grunnleggende forutsetning for å innlemme direktivet i EØS-avtalen, og henger sammen med spørsmålene om EØS-relevans og akseptabilitet.

2.4.3 EØS-relevans og akseptabilitet

2.4.3.1 Rettslig utgangspunkt

Vurderingen av om direktivet skal innlemmes i EØS-avtalen, er toleddet. Først må det tas stilling til om direktivet er EØS-relevant, og deretter om det er akseptabelt. Vurderingen av direktivets EØS-relevans kan formuleres som et spørsmål om det faller innenfor EØS-avtalens saklige og geografiske virkeområde, slik dette er definert i EØS-avtalens hoveddel, vedlegg og protokoller. Vurderingen tar utgangspunkt i objektive og rettslige kriterier innenfor rammene av avtalens grunnleggende forutsetninger og prinsipper. Det er imidlertid også et element av skjønn i vurderingen. Vurderingen av direktivets akseptabilitet kan formuleres som et spørsmål om direktivet etter sitt innhold kan innlemmes i EØS-avtalen slik det er, eller om det er behov for tilpasninger. Denne vurderingen tar utgangspunkt i faglige, politiske og institusjonelle hensyn. Disse spørsmålene vil til en viss grad kunne gli over i hverandre.

I spørsmålet om direktivet faller innenfor EØS-avtalens saklige virkeområde legges avtalens samlede bestemmelser og intensjoner til grunn. Departementet viser i den forbindelse til [Meld. St. 5 \(2012-2013\)](#) s. 40 flg. som lister opp relevante momenter i denne konkrete helhetsvurderingen. For det første vil det blant annet være relevant å legge vekt på om direktivet tematisk faller innenfor de områdene som er definert i EØS-avtalens hoveddel, vedlegg og protokoller. Det vil også være relevant å legge vekt på om direktivet gir regler av betydning for fri bevegelighet og fri konkurranse

over landegrensene, og om markedsaktørene pålegges plikter som får økonomiske konsekvenser. Direktivets formål, det vil si om formålet gjelder områder som har betydning for gjennomføringen av det indre marked, eller om formålet er samarbeid utover dette, vil også være et relevant moment. Videre vil det ha betydning om direktivet innebærer en endring, oppfølging eller supplering av regelverk som er innlemmet i EØS-avtalen, eller om beslektet regelverk er innlemmet i EØS. Forutsetningene som ble lagt til grunn av Stortinget ved Norges tilslutning til EØS-avtalen i 1993 vil også være relevante. Det vil også være relevant å se hen til hjemmelsgrunnlag for direktivet. Dette vil kunne gi indikasjon på hvilket formål direktivet anses å ha, samt gi veiledning for å avgjøre om det kan sies å angå det indre markeds funksjon.

Dersom man finner at direktivet bare er delvis EØS-relevant, kan de delene av direktivet som ikke er EØS-relevant fjernes ved en tilpasningstekst til EØS-komiteens beslutning. Det vil således bare være de EØS-relevante delene av direktivet som innlemmes i EØS-avtalen.

2.4.3.2 Departementets vurdering

Direktivet introduserer nye regler på området, og endrer følgelig ikke en rettsakt som allerede er innlemmet i EØS-avtalens vedlegg og protokoller. Departementet bemerker likevel at direktivet er tett knyttet til de materielle konkurransereglene i EØS-avtalens hoveddel og nært forbundet med forordning 1/2003 som er innlemmet i EØS-avtalens protokoll 21 og 23.

Direktivet er hjemlet både i artikkel 103 og 114 TEUV. Artikkel 103 er hjemmel for rettsakter som skal sikre at artikkel 101 og 102 TEUV får full effekt. Artikkel 114 er hjemmel for rettsakter som er ment for "*virkeliggjørelsen af de i artikel 26 fastsatte mål*", og gir Europaparlamentet sammen med Rådet kompetanse til å vedta forslag til nye rettsakter fra Europakommisjonen "*[...] med henblikk på innbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, der vedrører det indre markeds opprettelse og funktion*". Artikkel 114 TEUV gir følgelig EU kompetanse til å regulere forhold vedrørende det indre marked gjennom harmonisering av nasjonale materielle og prosessuelle regler. Hjemmelsgrunnlaget trekker således i retning av å anse direktivet som EØS-relevant.

Det fremgår av fortalet at formålet med direktivet er (i) å styrke samspillet mellom den private og offentlige håndheving av konkurransereglene og (ii) sikre at personer og foretak som har lidt økonomisk tap som følge av brudd på konkurransereglene, kan oppnå full kompensasjon etter nasjonal rett. Direktivet vektlegger i stor grad betydningen det vil ha for det indre markeds funksjon og konkurransen. Formålet med direktivet er følgelig også et moment som peker i retning av at det faller inn under EØS-avtalens saklige virkeområde.

Direktivet er begrunnet i behovet for å harmonisere nasjonale materielle og prosessuelle regler knyttet til erstatning for skade som følge av brudd på konkurransereglene. Direktivet fastsetter regler som sikrer at enhver som har lidt skade som følge av overtredelser av nasjonale konkurranseregler og konkurransereglene i EU, effektivt kan gjøre retten til full erstatning for denne skaden gjeldende. Direktivet inneholder også regler som fremmer virksom konkurranse i det indre marked og som fjerner hindringer for det indre markeds funksjon gjennom å sikre ensartet beskyttelse for alle i hele EU/EØS som har lidt slik skade. Direktivet søker med dette å oppnå et ensartet indre marked og er basert på et system som sikrer at konkurransen ikke vrís. Disse reglene faller hovedsakelig i to kategorier: regler om materiell erstatningsrett og sivilprosess.

Direktivets bestemmelser som er av erstatningsrettslig art, sikrer at konkurransereglene får full effekt, jf. artikkel 103 TEUV. De materielle konkurransereglene i artikkel 101 og 102 TEUV er innholdsmessig lik EØS-avtalen artikkel 53 og 54, og reglene er følgelig innholdsmessig tett knyttet opp til sentrale bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel, i tillegg til avtalens vedlegg XIV, dvs. regelverk som tematisk er omfattet av avtalen. Dette er et moment som trekker i retning av å anse disse bestemmelsene som EØS-relevante, og at de følgelig faller innenfor EØS-avtalens saklige virkeområde.

Vurderingen av direktivets bestemmelser om harmonisering av nasjonale sivilprosessuelle regler, står imidlertid i en særstilling. I EU-retten er det prinsipielle utgangspunktet at medlemsstatene har prosessuell autonomi. Det vil si at nasjonale prosessregler i utgangspunktet faller utenfor det EU kan regulere. EU-domstolen har likevel i en rekke avgjørelser slått ned på nasjonale prosessbestemmelser for å sikre EU-borgerne effektivt vern for sine rettigheter. Disse dommene har blitt utviklet på bakgrunn av medlemsstatenes lojalitetsplikt. Det er antatt at samme krav til nasjonal sivilprosessrett også vil gjelde med utgangspunkt i den tilsvarende lojalitetsplikten nedfelt i EØS-avtalen. Dette innebærer at selv på områder som i utgangspunktet er underlagt EØS-landenes prosessuelle autonomi, vil hensynet til en effektiv håndheving av de rettighetene som følger av EØS-avtalen (jf. effektivitetsprinsippet), i vårt tilfelle retten til full erstatning, medføre at slike regler kan tenkes å falle inn under EØS-avtalens saklige virkeområde. Men selv om en rettsakt regulerer forhold som saklig sett er dekket av EØS-avtalen, må det i relevansvurderingen også vektlegges at EØS-avtalen har et annet og mindre vidtrekkende formål enn EU-samarbeidet. Det er bakgrunnen for at Norge tradisjonelt har ment at bestemmelser av sivilprosessuell art ikke er EØS-relevante, og at EUs samarbeid på det sivilrettslige området i utgangspunktet faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde.

Det har imidlertid skjedd en viss utvikling på dette området siden EØS-avtalen ble inngått. Det er gjort en rekke unntak fra det tradisjonelle utgangspunktet om at sivilprosessuelle regler faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde. Departementet viser i den forbindelse til at det finnes flere eksempler på at rettsakter som inneholder bestemmelser om harmonisering av nasjonal sivilprosessrett har blitt innlemmet i EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett. En gjennomgang foretatt av EFTA-sekretariatet viser at slike bestemmelser av sivilprosessuell art i noen tilfeller har blitt innlemmet i EØS-avtalen uten tilpasninger eller ensidige erklæringer (om EØS-relevans) i EØS-komiteens beslutning. Å innlemme direktivet EØS-avtalen vil derfor ikke innebære avvik fra tidligere praksis.

Men det finnes også flere eksempler på at rettsakter som inneholder sivilprosessuelle bestemmelser ikke har blitt ansett for å være EØS-relevante, og følgelig ikke har blitt innlemmet i EØS-avtalen. Mange av disse rettsaktene dreier seg i hovedsak om justis- og innenriksspørsmål i EU-pilaren, og knytter seg ikke til det indre markedes funksjon. Men også direktiv 2004/48/EF om sivilrettslige sanksjoner på immaterialrettens område, som ble vedtatt med hjemmel i EF-traktatens artikkel 95 om det indre marked, er holdt utenfor EØS-avtalen som en følge av at EFTA-statene konkluderte med at det ikke var EØS-relevant. Departementet mener på denne bakgrunn at spørsmålet om EØS-relevans av rettsakter som inneholder bestemmelser om harmonisering av nasjonal sivilprosessrett må avgjøres på bakgrunn av en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Direktivet er markert som EØS-relevant, og Kommisjonen har i dialog med norske myndigheter argumentert for at det er EØS-relevant i sin helhet. Kommisjonen viser til at direktivet er nært knyttet til de materielle konkurransereglene og til at formålet med direktivet blant annet er å gjøre håndhevingen av artikkel 101 og 102 TVEU mer effektiv. Etter Kommisjonens syn bidrar direktivet til et velfungerende indre marked, da det skaper likere vilkår for både de virksomhetene som overtrer konkurransereglene ("level playing field"), og for skadelidtes mulighet til å oppnå full erstatning for nasjonale domstoler. Forskjeller i nasjonale regler som regulerer erstatningssøksmål for skade som følge av brudd på konkurransereglene bidrar til ulike konkurransevilkår for foretak i det indre marked. Dersom direktivet ikke blir innlemmet i EØS-avtalen, kan dette bidra til at det vil bli vanskeligere å oppnå full erstatning i EFTA-statene enn i EU, noe som igjen vil igjen føre til en fragmentering av det indre marked. På grunn av formålet knyttet til virksom konkurranse og et velfungerende indre marked, som er sentrale deler av EØS-avtalen, konkluderer Kommisjonen med at direktivet må anses som EØS-relevant.

Momenter som trekker i retning av likevel å anse også de sivilprosessuelle bestemmelsene i direktivet som EØS-relevante, er følgelig at disse er nært knyttet opp til de materielle konkurransereglene og til det indre markedes funksjon. Slik vi ser det er det en forutsetning for en "level playing field" at direktivet gis gjensidig virkning på tvers av EU- og EFTA-pilarene, eller såkalt "cross-pillar" virkning. Uten slik gjensidig virkning på tvers av pilarene, vil ikke direktivet få full virkning i hele EØS.

Med denne forutsetningen, er det departementets vurdering at dersom direktivet ikke innlemmes i EØS-avtalen, vil dette kunne ha uheldige virkninger på det indre markedes funksjon. Skadelidte velger ofte å anlegge erstatningssøksmål i den EØS-staten de er etablert. Forskjeller mellom EØS-statenes regler om erstatningssøksmål for skade som følge av overtredelser av konkurransereglene kan føre til usikkerhet om, og under hvilke betingelser skadelidte kan utøve retten til full erstatning, og påvirker følgelig den materielle effekten av denne retten. Dette vil kunne påvirke skadelidtes mulighet til å få full erstatning. Det vil kunne bli vanskeligere for skadelidte i EFTA-statene å oppnå full erstatning dersom direktivet ikke innlemmes i EØS-avtalen. Anvendelse av forskjellige regler om sivilrettslig ansvar for overtredelser av konkurransereglene, vil følgelig være til skade for skadelidtes stilling og skadelidtes rett til full erstatning samt utgjøre en hindring for et velfungerende indre marked.

Ulike nasjonale regler knyttet til vilkår for erstatning, kan tenkes å påvirke konkurransen i de markedene hvor skadelidte, men også de virksomhetene som har begått overtredelsen, opererer. Departementet viser til at virksomheter som er etablert og er aktive i flere EØS-stater, herunder i EFTA-statene, da vil underlegges ulike prosessuelle regler for erstatning. Dette kan virke inn på i hvilken grad de kan stilles til ansvar for skade som følge av overtredelser av konkurransereglene. Etter departementets syn kan en slik ulik håndheving av retten til full erstatning medføre en konkurransefordel for noen virksomheter som har overtrådt konkurransereglene, og en hindring i utøvelsen av retten til etablering av varer og tjenester i de EØS-statene hvor retten til full erstatning håndheves mer effektivt. På den måten kan forskjellige nasjonale erstatningsordninger innenfor EØS, kunne få negative virkninger både for konkurransen og for et velfungerende indre marked.

Selv om EØS-avtalen i utgangspunktet ikke omfatter sivilrettslig samarbeid slik EU-retten gjør, synes likevel rettsakten å falle innfor EØS-avtalens saklige virkeområde. Hensynet til å gi full effekt

til de materielle konkurransereglene (dvs. sikre en effektiv håndheving av disse) er et moment som peker i retning av likevel å anse de sivilprosessuelle bestemmelsene som EØS-relevante. Dette momentet må tillegges betydelig vekt i vurderingen. Det legges også betydelig vekt på betydningen disse bestemmelsene antas å ha for det indre markedes funksjon (å ivareta av skadelidtes rett til full erstatning). De sivilprosessuelle bestemmelsene i direktivet er følgelig nært knyttet til de materielle konkurransereglene i EØS-avtalens hoveddel og det indre markedes funksjon. På denne bakgrunn konkluderer departementet med at direktivet i utgangspunktet anses som EØS-relevant.

Selv om direktivet anses som EØS-relevant, må det også vurderes om rettsakten etter sitt innhold er akseptabel for innlemmelse i EØS-avtalen. Som nevnt over, er det en grunnleggende forutsetning for å innlemme direktivet i EØS-avtalen, at det gis gjensidig virkning på tvers av EU- og EFTA-pilarene, eller såkalt "cross-pillar" virkning. Uten slik gjensidig virkning på tvers av pilarene, vil ikke direktivet få full virkning i hele EØS. Dersom vi får fremforhandlet en slik materiell EØS-tilpasning med Kommisjonen, anses direktivet som EØS-relevant i sin helhet og akseptabelt for innlemmelse i EØS-avtalen. Dersom norske myndigheter i dialog med Kommisjonen ikke oppnår en slik tilpasning, vil dette kunne ha betydning også for EØS-relevansvurderingen. Man kan også se for seg mellomløsninger, som for eksempel la være å innlemme i EØS-avtalen de bestemmelsene dette gjelder.

På denne bakgrunn konkluderer departementet med at direktivet anses som EØS-relevant i sin helhet og akseptabel for innlemmelse i EØS-avtalen, forutsatt at rettsakten gjennom en tilpasningstekst til EØS-komiteens beslutning gis gjensidig virkning på tvers av EU- og EFTA-pilarene.

2.4.3.3 Ensidig erklæring i EØS-komiteens beslutning

Departementet vil vurdere om det er behov for å avgi en ensidig erklæring ved innlemmelse av direktivet i EØS-avtalen, for å presisere eller avgrense hvordan Norge og eventuelt de andre EFTA-statene mener at regelverket skal forstås. En ensidig erklæring vil bare gi uttrykk for Norges/EFTA-statenes forståelse. Det følger av Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 artikkel 30 flg. at uttrykk for statenes intensjoner og forutsetninger ved inngåelse av en folkerettslig avtale vil kunne være relevant å se hen til ved fortolkningen av avtalen.

For å motvirke eventuelle uheldige presedensvirkninger og uthuling av hovedregelen, vil departementet vurdere å innta en ensidig erklæring i EØS-komiteens beslutning om at EFTA-statene holder fast ved det tradisjonelle utgangspunktet om at sivilprosessuelle bestemmelser faller utenfor EØS-avtalens saklige virkeområde, men at vi likevel velger å innlemme slike regler i EØS-avtalen for dette særskilte rettsområdet. På den måten understreker vi at denne rettsakten står i en særstilling og at særlige hensyn gjør seg gjeldende som gjør at vi likevel ønsker å innlemme direktivet i EØS-avtalen, herunder at det er nært knyttet til de materielle konkurransereglene i EØS-avtalens hoveddel, bidrar til en effektiv håndheving av disse reglene og styrker det indre markedes funksjon. Det kan også være aktuelt å understreke at å innlemme direktivet i EØS-avtalen ikke skal ha presedensvirkninger på vurderingen av EØS-relevans av fremtidige rettsakter som inneholder sivilprosessuelle bestemmelser.

2.4.4 EØS-tilpasninger

Det vil være behov for materielle tilpasninger til direktivet ved innlemmelse i EØS-avtalen. Det er en avgjørende forutsetning for å anse direktivet som EØS-relevant og akseptabelt for innlemmelse i EØS-avtalen, at det får gjensidig virkning på tvers av EU- og EFTA-pilarene. En effektiv anvendelse

av direktivets bestemmelser i EØS forutsetter også gjensidig anerkjennelse av vedtak etter henholdsvis artikkel 101 og 102 TEUV og artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen. En tilpasningstekst som sikrer slik gjensidig anerkjennelse og "cross-pillar" virkning, vil måtte vedtas ved å innlemme direktivet i EØS-avtalen gjennom EØS-komiteens beslutning. Uten slike tilpasninger vil ikke direktivet kunne ha gjensidig virkning på tvers av EU- og EFTA-pilarene og direktivets formål vil ikke bli realisert fullt ut. Dette forutsetter imidlertid at EU aksepterer det desentraliserte håndhevingsregimet av artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen i EFTA-pilaren, slik det fremgår av protokoll 4 til ODA-avtalen. Som tidligere nevnt vil det å innlemme direktivet i EØS-avtalen kunne tolkes som aksept for at nasjonale konkurransemyndigheter i EFTA-statene kan håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i tråd med protokoll 4 til ODA-avtalen.

Departementet gjør oppmerksom på at omfanget av tilpasninger vil avhenge av om direktivet innlemmes i protokoll 21 på grunn av dets prosessuelle art, eller i vedlegg XIV på bakgrunn av den nære linken til de materielle konkurransereglene i avtalen. I den forbindelse nevnes det at protokoll 1 til avtalen (gjennomgående tilpasninger) bare får anvendelse på vedleggene til avtalen. I tillegg inneholder vedlegg XIV sektortilpasninger. Det mest nærliggende alternativet er å innlemme i direktivet i protokoll 21 og 23, i likhet med forordning 1/2003. Dette vil imidlertid kreve flere særskilte tilpasninger enn om direktivet innlemmes i vedlegg XIV, ettersom man da ikke kan benytte de gjennomgående og sektorvise tilpasningene som allerede ligger i EØS-avtalen.

Måten dette direktivet blir innlemmet i EØS-avtalen på, vil skape presedens for senere rettsaker på konkurranserettens område. Det er derfor viktig å sikre at direktivet tas inn i avtalen på en slik måte at det skaper positiv presedens for EØS-avtalens mål om like regler i det indre marked.

"Cross-pillar" virkning vil for så vidt gjelder direktivets enkeltbestemmelser innebære følgende:

Artikkel 6 (generelt)

En virkning av artikkel 6 på tvers av EU- og EFTA-pilarene, innebærer at nasjonale domstoler i medlemsstatene kan pålegge fremlagt bevis som inngår i saksdokumentene til nasjonale konkurransemyndigheter i EFTA-statene og ESA, og vice versa, nasjonale domstoler i EFTA-statene kan pålegge fremlagt bevis som inngår i saksdokumentene til nasjonale konkurransemyndigheter i medlemsstatene og Kommisjonen.

Artikkel 6 (5)

Dette innebærer, med hensyn til artikkel 6 (5), at nasjonale domstoler i medlemsstatene, kan pålegge fremlagt visse opplysninger knyttet til den igangsatte etterforskningen etter at nasjonale konkurransemyndigheter i EFTA-statene eller ESA har avsluttet sin behandling av saken. På samme måte kan nasjonale domstoler i EFTA-statene også pålegge fremlagt de samme kategoriene av bevis etter at en nasjonal konkurransemyndighet i medlemsstatene eller Kommisjonen har avsluttet saken.

Artikkel 6 (7)

"Cross-pillar" virkning av artikkel 6 (7) innebærer at nasjonale domstoler i medlemsstatene kan anmode nasjonale konkurransemyndigheter i EFTA-statene eller ESA om bistand dersom det oppstår tvil om hvilken kategori et bevis faller inn under, og tilsvarende, nasjonale domstoler i EFTA-statene kan også i slike tilfeller anmode nasjonale konkurransemyndigheter i medlemsstatene eller Kommisjonen om bistand.

Artikkel 6 (11)

"Cross-pillar" virkning av artikkel 6 (11) innebærer at en nasjonal konkurransemyndighet i medlemsstatene eller Kommisjonen, gis adgang til å uttrykke sine synspunkter om forholdsmessigheten av begjæringer om å fremlegge opplysninger ved skriftlige bemerkninger til den nasjonale domstolen i EFTA-statene som har mottatt begjæring om pålegg om fremlegge opplysninger. På samme måte, en nasjonal konkurransemyndighet i EFTA-statene eller ESA kan sende slike skriftlige bemerkninger til den nasjonale domstol i medlemsstatene som har mottatt begjæring om pålegg om å fremlegge opplysninger.

Artikkel 7 (generelt)

"Cross-pillar" virkning av artikkel 7 innebærer at nasjonale domstoler i medlemsstatene respekterer begrensningene i bruk av bevis (bevisforbud) fremskaffet ved innsyn i saksmappen til en nasjonal konkurransemyndighet i EFTA-statene eller ESA, og på samme måte; nasjonale domstoler i EFTA-statene respekterer begrensningene i bruk av slike bevis som inngår i saksmappen til en nasjonal konkurransemyndighet i medlemsstatene eller Kommisjonen.

Artikkel 7 (2)

Dette betyr, for så vidt gjelder artikkel 7 (2), at nasjonale domstoler i medlemsstatene i skal avvise eller på annen måte beskytte bevis omfattet av "grå liste", som er fremskaffet ved innsyn i saksdokumentene til en nasjonal konkurransemyndighet i EFTA-statene eller ESA, inntil den kompetente konkurransemyndigheten har avsluttet saken. På samme måte, nasjonale domstoler i EFTA-statene skal ikke tillate ført slike bevis skaffet ved innsyn i saksdokumentene til en nasjonal konkurransemyndighet i medlemsstatene eller Kommisjonen, før den kompetente konkurransemyndigheten har avsluttet saken.

Artikkel 9 (2)

"Cross-pillar" virkning av artikkel 9 (2), innebærer at endelige vedtak truffet av nasjonale konkurransemyndigheter i EFTA-statene med hjemmel i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 vil tjene som *prima facie* bevis på at det har skjedd en overtredelse av konkurransereglene i etterfølgende erstatningssøksmål for nasjonale domstoler i medlemsstatene. På samme måte, endelige vedtak truffet av nasjonale konkurransemyndigheter i medlemsstatene om overtredelser av artikkel 101 og 102 TEUV, vil tjene som *prima facie* bevis på at det har skjedd en overtredelse av konkurransereglene i etterfølgende erstatningssøksmål for nasjonale domstoler i EFTA-statene.

Artikkel 10 (4)

"Cross-pillar" virkning av artikkel 10 (4) innebærer at foreldelsesfristen for å anlegge søksmål om erstatning for nasjonale domstoler i medlemsstatene, også suspenderes/avbrytes dersom en nasjonal konkurransemyndighet i EFTA-statene eller ESA innleder prosedyre "*for the purpose of the investigation or in its proceedings in respect of an infringement of competition law to which the action for damages relates*". På samme måte vil foreldelsesfristen for å anlegge søksmål om erstatning for nasjonale domstoler i EFTA-statene suspenderes/avbrytes dersom en nasjonal konkurransemyndighet i medlemsstatene eller Kommisjonen innleder tilsvarende prosedyre.

Artikkel 11 (3) b

"Cross-pillar" virkning av denne bestemmelsen innebærer at unntaket fra prinsippet om solidaransvar for SMB i medhold av artikkel 11 (2), ikke skal komme til anvendelse dersom den/de aktuelle SMB

har tidligere blitt funnet å ha overtrådt EU og EØS konkurransereglene eller lignende nasjonale regler i andre EØS-stater.

Artikkel 11 (4)

"Cross-pillar" virkning av artikkel 11 (4) innebærer at uttrykket "lempningsmottaker" skal omfatte foretak som har mottatt full immunitet under et lempningsprogram etter forordning 1/2003 eller tilsvarende lempningsprogram i andre EØS-stater.

Departementets forslag til lovendringer i forbindelse med gjennomføring av direktivet i norsk rett, tar utgangspunkt i en "cross-pillar" virkning av direktivet som omtalt ovenfor. Dersom det skulle bli endringer i dette, vil det få lovtekniske konsekvenser.

2.4.5 Desentralisert håndheving av artikkel 53 og 54 EØS i begge pilarene?

I dialogen norske myndigheter nå fører med Kommisjonen om å innlemme direktivet i EØS-avtalen, diskuteres også muligheten for en full og symmetrisk desentralisert håndheving av artikkel 53 og 54 EØS i både EU- og EFTA-pilarene. Dette vil kunne løse problemet knyttet til manglende hjemmel for samarbeid etter forordning 1/2003 mellom konkurransemyndighetene på tvers av EU- og EFTA-pilarene. Full og symmetrisk desentralisert håndheving av EØS-avtalens konkurransebestemmelser, vil innebære at de nasjonale konkurransemyndighetene både i EU- og i EFTA-pilaren får kompetanse til å håndheve artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen, og at det følgelig etableres et "EEA-wide" European Competition Network (ECN). Dette vil gi uttrykkelig hjemmel til effektivt "cross-pillar" samarbeid om utveksling av konfidensiell informasjon, informasjonsinnhenting og bevissikring i enkeltsaker.

Rettslig vil de nasjonale konkurransemyndighetene i EØS kunne få slik kompetanse til å anvende artikkel 53 og 54 EØS gjennom tilpasningstekster i EØS-komiteens beslutning som endrer protokoll 21 og 23, hvor forordning 1/2003 er innlemmet. Norske myndigheter og Kommisjonen samarbeider nå for å se på hvordan dette kan håndteres rettslig og praktisk. En utfordring er hvordan samarbeidet mellom håndhevingsorganene Kommisjonen og ESA skal fungere under et slikt regime. En slik full og symmetrisk desentralisert håndheving av konkurransereglene i EØS forutsetter imidlertid at det er politisk vilje i EU til å gjennomføre dette.

Dette vil samtidig sikre gjensidig virkning av direktivet om privat håndheving på tvers av EU- og EFTA-pilarene, og gi en mer robust og varig rettslig løsning enn det som er skissert i kapittel 2.4.4, som kun gir aksept for en asymmetrisk desentralisert håndheving av artikkel 53 og 54 EØS i EFTA-pilaren. Videre vil dette legge til rette for at fremtidige regelverksinitiativ på konkurranserettens område blir ansett som EØS-relevant og innlemmet i EØS-avtalen. På den måten vil man sikre like konkurranseregler i EU og EØS og en ensartet anvendelse av disse reglene.

2.5 Gjennomføringsmåte

Gjeldene norsk rett om erstatningssøksmål for skade som følge av brudd på konkurransereglene er svært fragmentarisk. Direktivet berører flere lover, først og fremst skadeserstatningsloven, tvisteloven, foreldelsesloven, EØS-konkurranseloven og konkurranseloven. Et grunnleggende spørsmål er derfor om direktivet bør gjennomføres ved endringer i flere av disse lovene, eller om gjennomføringsbestemmelsene bør samles i en lov eller ny særlov. Departementet foreslår at det inntas et nytt kapittel i konkurranseloven om privat håndheving. 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. begrensningene i forrangsregelen i EØS-loven § 2; at spredte lovendringer gir mindre ryddig gjennomføring, samtidig som enkelte bestemmelser vil kunne få et utilsiktet utvidet anvendelsesområde; at direktivets særskilte erstatningsrettslige- og sivilprosessuelle regler er knyttet opp mot konkurranseloven som ansvarsgrunnlag, og; at det generelt anses uhensiktsmessig å ha ulike regler for erstatningssøksmål avhengig av om samhandelskriteriet etter EØS-reglene er oppfylt eller ikke, slik at direktivet foreslås gjennomført i konkurranseloven og ikke EØS-konkurranseloven. Departementet har imidlertid ikke tatt stilling til endelig plassering av gjennomføringsbestemmelsene i konkurranseloven.

3 DEPARTEMENTETS FORSLAG TIL ENDRINGER I KONKURRANSELOVEN

3.1 Full kompensasjon

3.1.1 Gjeldende rett

Prinsippet om full kompensasjon er lovfestet i skadeserstatningsloven § 4-1. Etter denne bestemmelsen skal kompensasjonen dekke både faktisk tap og tapt fortjeneste. 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, jf. læren om fordelsfradrag. Kompensasjon for tap av sjanse har derimot hittil ikke har vært anerkjent i norsk rett. Etter forsinkelsesrenteloven § 3 kan det også tilkjennes renter på erstatningskravet. Det følger av denne bestemmelsen at det skal svares renter fra 30 dager etter at fordringshaveren har sendt skyldneren skriftlig påkrav med oppfordring om å betale. Lovens ordlyd hjemler således ikke rente fra krenkelses-/skadetidspunktet, men renter fra dette tidspunkt har undertiden blitt anerkjent i rettspraksis, på ulovfestet grunnlag. Høyesterett har imidlertid i sin praksis vist til at det må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Rentekravet fra krenkelses-/skadetidspunktet er følgelig ikke absolutt eller automatisk.

3.1.2 Direktivets krav

Artikkel 3 knesetter retten til full kompensasjon. Artikkel 3 (1) slår fast at enhver som har lidt skade som følge av overtredelser av konkurransereglene, skal ha full erstatning for denne skaden. Det følger av artikkel 3 (2) at kompensasjonen skal stille skadelidte i samme posisjon som om overtredelsen ikke var blitt begått. Kompensasjonen dekker derfor både faktisk tap, tapt fortjeneste og betaling av renter. Det faktiske tapet vil typisk fremkomme som prisdifferansen mellom hva som ble betalt og hva som ville blitt betalt dersom det ikke var blitt begått en overtredelse (overpris). Det fremgår uttrykkelig av fortalen (punkt 12) at renter skal kreves fra krenkelsestidspunktet, dvs. det tidspunktet skaden ble forvoldt, til erstatningen utbetales. Det fremgår også av fortalen at det er opp til nasjonal rett om kravet på renter skal klassifiseres som kompensasjon for avsnitt eller som morarente, samt om det skal være en egen kategori eller del av utmålingen av tapet. Artikkel 3 (3) presiserer at full erstatning ikke skal føre til overkompensasjon.

Artikkel 3 regulerer ikke uttrykkelig erstatning for såkalt tap av sjanse. Spørsmålet er imidlertid berørt i fortalen (punkt 13), og departementet forstår omtalen slik at direktivet ikke oppstiller et spesifikt krav om at dette skal være tilgjengelig, men at det tas forbehold for fenomenet i tilknytning til spørsmålet om overkompensasjon. Det vil si 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.

3.1.3 Departementets vurdering

Gjeldende rett er ikke fullt ut i samsvar med direktivets krav, og det vil derfor være behov for særskilt gjennomføringslovgivning. Prinsippet om full erstatning er grunnfestet i norsk erstatningsrett og lovfestet i skadeserstatningsloven § 4-1. Departementet viser til at dette utgangspunktet om full kompensasjon som prinsipp for tapsutmålingen er helt i tråd med direktivet. Det vil derfor etter departementets syn ikke være behov for en særskilt gjennomføring av dette prinsippet. Men ettersom andre regler av materiell art krever gjennomføring, vil imidlertid et slikt prinsipp også naturlig høre hjemme i gjennomføringslovgivningen. Etter departementets syn er det videre nødvendig å gjennomføre egen hjemmel for renter fra skadetidspunktet og frem til forsinkelsesrenteloven utløser krav på rente. Selv om dette delvis kan synes å følge av ulovfestet rett, er det uansett ikke tilstrekkelig til å gjennomføre forpliktelsen etter direktivet. Departementet foreslår derfor at kravet på renter frem til skjæringstidspunktet i forsinkelsesrenteloven kommer til uttrykk i lovgivningen. Ettersom direktivet ikke krever særskilte regler om kompensasjon for tap av sjanse, vil dette heller ikke bli innført i norsk rett.

På denne bakgrunn foreslår departementet en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-2, som sikrer rentetapserstatning for tiden frem til skjæringstidspunktet i forsinkelsesrenteloven og som viser til prinsippet om full kompensasjon i skadeserstatningsloven § 4-1.

3.2 Skjønnsmessig utmåling

3.2.1 Gjeldende rett

I tvistemålsloven § 191 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 *"etter eget skjønn"*. Bestemmelsen ble ikke videreført i tvisteloven av 2005, men endringene var trolig ikke ment å innebære noen realitetsendring. I juridisk teori legger Skoghøy (Tvisteløsning 2014 s. 617) også til grunn, under henvisning til Høyesteretts praksis, at retten har kompetanse til skjønnsmessig utmåling av erstatningskrav. Det vil også følge av prinsippet om fri rådighet, jf. tvisteloven § 11-2, at et krav som er brakt 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 tilstrekkelig bevis for tapets nærmere størrelse, vil retten måtte avgjøre tapets størrelse ut fra skjønn.

3.2.2 Direktivets krav

Direktivet artikkel 17 (1) krever at nasjonale domstoler skal ha adgang til å utmåle erstatning etter skjønn. Bestemmelsen trekker et skille mellom tapets eksistens og tapets omfang. Dersom det er sannsynliggjort at overtredelsen har påført skadelidte et tap, skal erstatningen kunne utmåles skjønnsmessig. Det er imidlertid et vilkår for slik skjønnsmessig utmåling at det er praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig nøyaktig å fastsette beløpet på grunnlag av foreliggende bevis.

Artikkel 17 (3) slår fast at nasjonale domstoler skal kunne anmode nasjonale konkurransemyndigheter om bistand i forbindelse med erstatningsutmålingen. Det følger av bestemmelsen at det skal være opp til konkurransemyndigheten å bestemme om bistand skal gis eller ikke, jf. ordlyden *"if it deems it appropriate"*. Det legges til grunn at forutsetningen må være at bistanden er underlagt kontradiksjon, slik at konkurransemyndigheten typisk vil måtte opptre i retten og eventuelt fremlegge en skriftlig rapport.

3.2.3 Departementets vurdering

Gjeldende rett er ikke tilstrekkelig til å tilfredsstille direktivets krav. Det vil derfor være behov for særskilt gjennomføringslovgivning. Når det gjelder adgangen til skjønnsmessig erstatningsutmåling, må norsk rett i utgangspunktet anses å være i samsvar med direktivets krav, ved at det åpnes for en skjønnsmessig fastsettelse. Vurdert opp mot klarhetskravet, dvs. kravet til klar og utvetydig gjennomføring av direktiver, er dette etter departementets syn likevel ikke tilstrekkelig. Samtidig krever artikkel 12 (5) en tilsvarende kompetanse med hensyn til vurderingen av overvelting av overpriser. Dette tilsier at det bør innføres en hjemmel som angir skjønnskompetansen for domstolene i begge tilfeller. Det anses også hensiktsmessig å innføre en hjemmel om at norske domstoler kan anmode Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemda om bistand i forbindelse med å fastsette et økonomisk tap.

På denne bakgrunn foreslår departementet en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-4 annet og tredje ledd om at retten på visse vilkår kan fastsette erstatningsutmålingen etter eget skjønn og anmode Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemda om bistand med å fastsette det økonomiske tapet.

3.3 Skadepresumsjon

3.3.1 Gjeldende rett

Gjeldende 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 bevisbedømmelsen.

3.3.2 Direktivets krav

Artikkel 17 (2) oppstiller en gjendrivelig presumsjon for skade. Denne presumsjonsregelen er avgrenset til kartellovertredelser, og det legges også til grunn at den bare gjelder skade i form av overpriser. Overtrederen skal videre ha rett til å tilbakevise presumsjonen om skade. Det er således snakk om en presumsjon med adgang til å føre motbevis.

3.3.3 Departementets vurdering

Gjeldende rett tilfredsstiller ikke direktivets krav til skadepresumsjon ved kartellovertredelser og det vil derfor være behov for særskilt gjennomføringslovgivning. En lovfesting av en regel om skadepresumsjon vil derfor være nødvendig. På denne bakgrunn foreslår departementet en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-4 første ledd om at kartellovertredelser skal anses å ha forårsaket merpris, med mindre saksøker sannsynliggjør det motsatte.

3.4 Overveltning

Fenomenet overveltning ("passing-on") innebærer at en overpris blir veltet videre i verdikjeden, for eksempel slik at overpris ved et kartell mellom produsenter av råmaterialer veltes videre til kundene som kjøper det ferdige produktet. I erstatningssaker kan spørsmålet om overveltning komme opp på to måter: enten ved at saksøkte påstår at det ikke foreligger et økonomisk tap fordi overprisen er veltet videre (passiv bruk), eller fordi en indirekte kunde krever erstatning på bakgrunn av at overprisen har blitt veltet videre (aktiv bruk).

3.4.1 Gjeldende rett

Etter norsk rett er overveltning en relevant faktor i erstatningsrettslig sammenheng. For indirekte kjøpere vil det være snakk 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 blant annet årsakssammenheng, fordelsfradrag og berikelsesbegrensninger på en ny situasjon.

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 bort. På dette punktet følger det av det alminnelige utgangspunktet at det vil være opp til skadelidte å føre bevis for overveltingen, selv om omfanget av overveltingen riktignok kan fastsettes etter skjønn som ledd i utmålingen. Det anses tradisjonelt for å være en høy terskel for at slike tap skal være erstatningsberettigede.

Det kan reises spørsmål om indirekte kunder vil kunne avvises fra erstatning av den grunn at tapet anses som for fjernt og avledet, jf. synspunktet om såkalt tredjemannsskade. Det følger imidlertid av rettspraksis at det etter norsk rett neppe er grunnlag for å oppstille en regel som avskjærer tredjemannsskader som sådan. Selv om norsk rett synes å anerkjenne indirekte kjøpers krav, hefter det således likevel en viss usikkerhet ved de reelle mulighetene til å oppnå dekning. Det vises i den forbindelse til den konkrete vurderingen som må foretas. Høyesterett har gitt anvisning på at det må foretas en vurdering av om tapet gjelder en "*konkret og nærliggende interesse*", f. eks der det har gått noe tid mellom overtredelsen og den påståtte overveltingen.

For *direkte* kjøpere vil overveltning kunne betraktes under læren om fordelsfradrag. Dette går ut på at fordeler vunnet ved en skade, for eksempel sparte utgifter, skal gå til fradrag i erstatningen. Forutsetningen er at fordelene er forårsaket av den skadegjørende handling. I juridisk teori er det tatt til orde for at overveltning som forsvar lar seg håndtere innenfor fordelsfradragslæren. På dette punkt er det på det rene at bevisbyrden snus, dvs. at det vil være opp til overtreder å vise at overprisen faktisk er veltet videre.

Når det gjelder direkte kjøpere vil et krav også kunne fremsettes som et restitusjonskrav basert på kontrakten, jf. blant annet pristiltaksloven § 2 jf. § 6. I disse tilfellene blir ikke spørsmålet om overveltning 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 reservasjon for tilfeller hvor restitusjonen vil medføre en ugrunnet berikelse.

Høyesterett behandlet overveltning som forsvar i Rt. 2008 s. 738 (KLM-saken). Høyesterett anerkjente her statens anførsel om at avgift som var overveltet, ikke kunne kreves tilbakebetalt. Vurderingen ble forankret i læren om tilbakesøkning (*condictio indebiti*). Departementet utelukker ikke at domstolene vil kunne velge en lignende tilnærming i saker etter konkurransereglene, kanskje også for så vidt uavhengig av om det er snakk om erstatning eller tilbakebetaling basert på delvis ugyldighet. Dette innebærer i så fall at overveltning som forsvar mot et krav vil kunne vurderes etter berikessynspunkter, dvs. som et spørsmål om full erstatning for overprisen ville medført en ugrunnet berikelse for den direkte kjøperen.

Når det gjelder bevisbyrderegler, er det på det rene at skadelidte som påstår at overprisen er veltet videre på vedkommende har bevisbyrden for dette. Det er imidlertid ingen presumsjon for overveltning. I norsk rett opereres det også med omvendt bevisbyrde for fordelsfradrag.

Norsk rett inneholder ingen 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 bevisvirkningen av dommen som vil være aktuell, noe som igjen kan bero på hvilken instans som har avsagt dommen. Tvisteloven § 16-18 vil her potensielt kunne gi nødvendig fleksibilitet i slike tilfeller. På dette punktet vil også Luganokonvensjonen artikkel 28 komme til anvendelse slik at norske domstoler vil kunne stanse saken dersom søksmål om "samme" er anlagt i andre jurisdiksjoner.

Etter norsk rett kan forening av saker skje etter tvisteloven § 15-6. Etter bestemmelsen kan også saker overføres mellom domstoler, se tvisteloven § 4-7 jf. domstolloven § 38. Forening av saker etter denne bestemmelsen skjer etter rettens skjønn.

3.4.2 Direktivets krav

Artikkel 12 til 16 regulerer overveltning av overpris. Bestemmelsene innebærer i korte trekk at overveltning anerkjennes som grunnlag for krav (aktiv bruk) og som forsvar mot krav (passiv bruk), og at dette må anerkjennes tilsvarende i nasjonal rett. Formålet med reglene er å sikre kompensasjon til skadelidte, men samtidig å unngå overkompensasjon, herunder ugrunnet berikelse, og at samme skade dekkes flere ganger.

Artikkel 12 (1) anerkjenner overveltning som *grunnlag for et krav* (fra indirekte kjøpere). I disse tilfellene følger det av artikkel 14 (1) at saksøker har bevisbyrden for overvelting, likevel slik at artikkel 14 (2) oppstiller en slags presumsjon for overvelting på nærmere vilkår, som kan motbevises. Artikkel 12 (5) krever at nasjonale domstoler skal kunne fastsette skjønnsmessig hvor mye av en overpris som er veltet videre.

Artikkel 13 anerkjenner overveltning som *forsvar mot et krav* (fra direkte kjøpere), men legger bevisbyrden for at prisen er veltet videre på overtreders/saksøkte. Artikkel 12 (3) anerkjenner også erstatning for tapt fortjeneste dersom overvelting har resultert i redusert salg. Artikkel 12 (4) krever at reglene om overveltning skal få tilsvarende anvendelse ved overtredelser på kjøpersiden, for eksempel et innkjøpskartell.

Endelig stiller direktivet krav om koordinering mellom domstoler/rettssaker for å unngå duplisering av erstatningsansvar, dvs. at samme overpris erstattes flere ganger. Dette omhandles i artikkel 12 (2) og artikkel 15. Artikkel 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. Artikkel 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 at samme overpris ikke erstattes flere ganger, men også mot det motsatte; at ingen erstatning utbetales. Det siste kan for eksempel skje dersom overveltning som forsvar har vært vellykket i en sak, mens man i en annen sak ikke finner bevist at overprisen faktisk er veltet videre.

Artikkel 15 (2) slår videre fast at artikkel 15 ikke griper inn i nasjonale domstolars rettigheter og forpliktelser etter artikkel 30 i forordning (EU) 1215/2012 (Brussel I-konvensjonen), som tilsvarer Luganokonvensjonen artikkel 28. Denne bestemmelsen gir nasjonale domstoler en mulighet til å stanse en sak dersom det er anlagt søksmål om "*krav som er så nært beslektet 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", andre steder. Det foreligger imidlertid ikke noen plikt etter direktivet til å stanse en sak i påvente av at krav fremsatt om samme overpris ferdigbehandles.

3.4.3 Departementets vurdering

Gjeldende rett er ikke fullt ut i samsvar med direktivets krav, og det vil derfor være behov for særskilt gjennomføringslovgivning. Gjeldende norsk rett vil sannsynligvis gi omtrent de samme resultatene som direktivet tilstreber, men slik at indirekte kunders erstatningskrav er beheftet med en viss usikkerhet. Selv om rettstilstanden hovedsakelig synes å være på linje med direktivet, er dette imidlertid basert på ulovfestet rett, og særlig EØS-rettslige prinsipper om effektiv beskyttelse av EØS-rettslige rettigheter.

For passiv bruk av overveltning etablerte Høyesterett noen prinsipper 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 overvelting, ei heller særlige materielle regler for å unngå over- eller underkompensasjon der samme overtredelse behandles i ulike rettssaker. På dette punkt mener departementet at det er nødvendig å gjennomføre artikkel 15 i norsk rett.

Vedrørende kravet om prosessuelle mekanismer for å unngå overkompensasjon, jf. artikkel 12 (2), vil tvisteloven § 16-18 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 lignende presisering av anvendelsen av tvisteloven vil for øvrig uansett være hensiktsmessig for å tilfredsstille kravene i direktivet artikkel 18 (2) om minnelig tvisteløsning. Det er derfor også nærliggende med en tilsvarende gjennomføringsløsning i tilknytning til direktivets regulering av overveltning.

Også forening av saker til felles behandling kan vurderes som virkemiddel for å sikre konsistens mellom avgjørelser. Etter departementets syn er det nødvendig å presisere i gjennomføringslovgivningen at forening etter tvisteloven § 15-6 kan skje for å unngå inkonsistente avgjørelser om "samme" overpris.

Departementet foreslår på denne bakgrunn at det tas inn en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-9 annet ledd om stansing og forening av saker. Departementet ser ikke at det er behov for særlige prosessuelle mekanismer for å oppfylle kravene i artikkel 12 (2) og 15 utover dette.

Etter departementets syn er det også nødvendig å gjennomføre direktivets materielle regler uttrykkelig i norsk rett. Departementet foreslår derfor at det tas inn en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-3 om overvelting av merpris.

Når det gjelder tilbakebetalingskrav 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 overvelting skulle stille seg ulikt avhengig av om det dreier seg om et restitusjons- eller erstatningskrav. På dette punktet anser departementet det som hensiktsmessig å innta en generell bestemmelse som likestiller restitusjon og erstatning. Departementet har derfor foreslått at det tas inn en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-1 siste punktum om dette.

3.5 Solidaransvar

3.5.1 Gjeldende rett

Prinsippet om solidaransvar er lovfestet i skadeserstatningsloven § 5-3 (1) første punktum. Bestemmelsen lyder: "*Flere som plikter å betale erstatning for samme skade, svarer en for alle og alle for en.*" Det er ikke tvilsomt at foretak som sammen forvolder skade gjennom brudd på konkurransereglene, typisk gjennom konkurransebegrensende samarbeid (karteller), vil være solidarisk ansvarlig etter bestemmelsen. Dette gjelder selv om ansvarsgrunnlaget ikke er det samme, for eksempel at én er ansvarlig på grunnlag av erstatningsansvar og en annen på kontraktsrettslig grunnlag. Bestemmelsen i skadeserstatningsloven § 5-3 (1) er absolutt og gjelder uten unntak.

Regressoppjøret mellom skadevoldere er regulert i skadeserstatningsloven § 5-3 (2). Bestemmelsen 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.*" Det avgjørende for "fordelingsnøkkelen" vil følgelig være den enkeltes bidrag til skaden. Samtidig åpner bestemmelsen for en helhetsvurdering der det også kan legges vekt på andre forhold, for eksempel at det legges vekt på hva som konkret fremstår som rimelig.

3.5.2 Direktivets krav

Artikkel 11 (1) oppstiller en hovedregel om solidaransvar der foretak er sammen om å bryte konkurransereglene. Bestemmelsen slår fast at virksomheter som i fellesskap har overtrådt konkurransereglene (typisk kartelldeltakere) skal hefte solidarisk for den totale skaden overtredelsen har påført skadelidte. Skadelidte skal følgelig kunne kreve full erstatning fra enhver av de virksomhetene som deltar i kartellet.

Direktivet oppstiller imidlertid av ulike konkurransepolitiske hensyn enkelte unntak fra dette utgangspunktet om solidaransvar for henholdsvis små og mellomstore bedrifter ("SMB") som definert i Kommisjonens anbefaling 2003/361/EF og for virksomheter som er innvilget full lempning (bøtefritak).

For å kunne anses som SMB må de aktuelle bedriftene oppfylle visse terskelverdier. De viktigste faktorene for å avgjøre om en bedrift faller inn under SMB-definisjonen er antall ansatte og enten omsetning eller balanseregnskap. Med begrepet "mellomstore bedrifter" forstås bedrifter som har færre enn 250 ansatte og årlig omsetning som ikke overstiger 50 millioner euro og/eller totalt balanseregnskap som ikke overstiger 43 millioner euro. "Små bedrifter" er bedrifter som har færre enn 50 ansatte/årsverk og årlig omsetning og/eller balanseregnskap som ikke overstiger 10 millioner euro. Disse terskelverdiene får bare anvendelse på *uavhengige* bedrifter. Kravet om at bedriften i tillegg må være uavhengig, innebærer at man må vurdere eventuelle forbindelser mellom bedriften og andre selskaper. En bedrift vil f. eks anses som uavhengig dersom den ikke har eierandeler i andre foretak, og ingen andre foretak har eierandeler i den samme bedriften. En bedrift vil også anses som uavhengig dersom den besitter mindre enn 25 % av kapitalen eller stemmerettighetene i et eller flere

andre foretak, eller andre foretak eier mindre enn 25 % av kapitalen eller stemmerettighetene i bedriften. En bedrift som er del av et konsern vil undertiden måtte inkludere ansatte, omsetning og balanseregnskap også fra dette konsernet.

Artikkel 11 (2) slår fast at SMB kun skal holdes ansvarlig overfor sine direkte og indirekte kunder forutsatt at de har hatt en markedsandel på under 5 % hele tiden mens overtredelsen pågikk og at anvendelse av hovedregelen om solidaransvar ville påføre disse virksomhetene uopprettelig økonomisk skade. Artikkel 11 (3) presiserer imidlertid at dette unntaket for SMB ikke kommer til anvendelse dersom disse virksomhetene har hatt en fremtredende rolle i kartellet eller tidligere har overtrådt konkurransereglene. Artikkel 11 (4) slår videre fast at også lempningsmottaker kun skal holdes ansvarlig overfor sine direkte og indirekte kunder/leverandører og i tillegg overfor andre skadelidte bare dersom de andre kartelldeltakerne ikke er søkegode.

Artikkel 11 (5) oppstiller en hjemmel for regress fra andre overtredere. Det følger av denne bestemmelsen at ansvaret i regressomgangen fordeles i henhold til *"their relative responsibility"*. Dette betyr at kartelldeltakere skal kunne be hverandre om regress dersom de har utbetalt mer i erstatning til skadelidte enn hva som følger av den enkeltes bidrag til skaden. Det gjelder imidlertid en begrensning for virksomheter som har mottatt full lempning. Slike virksomheter skal ikke i regressomgangen holdes ansvarlig for mer enn den skade som de har forvoldt sine egne direkte eller indirekte kunder eller leverandører.

Artikkel 11 (6) slår fast at virksomheter som er innvilget full lempning ikke i regressomgangen skal være ansvarlig for mer enn det som følger av *"its relative responsibility"*.

3.5.3 Departementets vurdering

Gjeldende rett tilfredsstillende bare delvis direktivets krav. Det vil derfor være behov for særskilt gjennomføringslovgivning.

Norsk rett er i samsvar med direktivet når det gjelder utgangspunktet om solidaransvar. Selve plikten til å betale erstatning for den *"samme"* skaden vil følge av at foretakene som bryter konkurranseloven § 10 alle vil ha bidratt til overtredelsen – selv om det selvsagt kan være betydelige forskjeller i den enkeltes bidrag til den enkelte kundens skade. Hovedregelen om solidaransvar er følgelig så grunnfestet i norsk rett at det ikke er nødvendig med særskilt lovfesting, men departementet foreslår likevel at dette gjøres ved en eksplisitt henvisning til skadeserstatningsloven § 5-3 i gjennomføringslovgivningen.

Det er imidlertid ikke mulig å påvise samsvar mellom direktivet og norsk rett når det gjelder de oppstilte begrensningene i solidaransvaret for SMB og foretak som er innvilget full lempning. Det er vanskelig å tolke skadeserstatningsloven § 5-3 slik at den samsvarer med disse kravene. Etter departementets syn er det derfor nødvendig å lovfeste disse unntakene fra solidaransvaret.

Når det gjelder utgangspunktet i regressomgangen, er norsk rett i overensstemmelse med direktivet. Det vises i den forbindelse til at både norsk rett og direktivet tar utgangspunkt i den enkeltes relative bidrag til skaden (pro rata). Etter departementets syn er det imidlertid vanskelig å forankre regelen i direktivet artikkel 11 (5) om at et foretak som er innvilget full lempning ikke i regressomgangen skal være ansvarlig for mer enn skade påført egne eller direkte kunder/leverandører, i

skadeserstatningsloven § 5-3 (2). Så lenge det er snakk om å gi særbehandling til lempningsmottakere, er det imidlertid også viktig å sikre forutberegnelighet, noe den relativt vide formuleringen i skadeserstatningsloven § 5-3 (2) ikke bidrar til. Dessuten er ordlyden etter departementets syn ikke presis nok til å tilfredsstille kravene til tilstrekkelig klar og utvetydig gjennomføring av direktivet. Departementet mener derfor at det bør innføres en bestemmelse med dette innhold i norsk rett.

Når det gjelder bestemmelsen i artikkel 11 (6), 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 departementet at dette vil følge allerede av hovedprinsippet i regressbestemmelsen. Det kan imidlertid likevel ikke utelukkes etter norsk rett at også andre hensyn enn relativ skyld er avgjørende. Dermed er det gode grunner til å lovfeste også dette prinsippet. Departementet mener derfor at den særskilte beskyttelsen i regressomgangen for foretak som er innvilget lempning må inntas i en særskilt bestemmelse.

På denne bakgrunn foreslår departementet en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-5 om solidaransvar og regress. Utformingen av bestemmelsen ligger tett opp til formuleringene i direktivet.

3.6 Bevistilgang

Direktivet artikkel 5 omhandler bevis tilgang i forbindelse med erstatnings søksmål for brudd på konkurransereglene. Begrunnelsen for denne bestemmelsen er å avhjelpe informasjonssymmetrien mellom saksøker og saksøkte i slike saker. Det vises i den forbindelse til at disse erstatnings sakene ofte vil dreie seg om krav fremsatt av kundene til deltagerne i et kartell etter at konkurransemyndighetene har truffet vedtak i overtredelsessaken ("follow-on"). 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.

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 mer 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; at det foreligger et ansvarsgrunnlag, at skadelidte er påført et økonomisk tap og at det er adekvat årsakssammenheng mellom tapet og ansvarsgrunnlaget.

Det fremgår av fortalet (punkt 15) at reglene om bevis tilgang 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. For det andre skal det kunne kreves at tredjeparter, herunder konkurransemyndighetene, fremlegger bevis som de er i besittelse av.

3.6.1 Gjeldende rett

Rett til fremleggelse av bevis

Etter tvisteloven § 21-4 har partene en generell plikt til å opplyse om saken. Plikten omfatter også å fremlegge opplysninger og bevis som går i partenes egen disfavør.

Videre følger det en allmenn forklarings- og bevisplikt av tvisteloven § 21-5, som også pålegger utenforstående tredjemenn å bidra til sakens opplysning ved å gi tilgang til bevis. 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. tvisteloven § 26-7. Bestemmelsen gjelder også bevis som en tredjepart er i besittelse av, jf. tvisteloven § 26-5. Det fremgår av tvisteloven § 26-5 (1) at *"enhver 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 tvisteloven § 21-5 for så vidt gjelder gjenstander, typisk dokumenter, som bevis.

Tvistelovens regler om bevis er avgrenset til bevis for rettens faktiske avgjørelsesgrunnlag, jf. tvisteloven § 21-1. Det avgjørende for pliktens omfang er om opplysningene kan bidra til å styrke rettens faktiske avgjørelsesgrunnlag. 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 kreves fremlagt. 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.

Plikten til å fremlegge bevis avgrenses til bevis som er relevante, det vil si bevis som *"kan være av betydning for den avgjørelsen som skal treffes"*, jf. tvisteloven § 21-7 (1).

Fremleggelsesplikten etter tvisteloven § 26-5 (1) gjelder bevis som vedkommende part eller tredjepart *"har hånd om eller kan skaffe til veie"*. Dokumenter som vedkommende har rådighet over eller krav på å få utlevert fra andre eller fra offentlige myndigheter vil dermed kunne omfattes.

Spesifikasjonskrav

For at det skal kunne gis pålegg om bevistilgang etter tvisteloven § 26-7, må det være fremsatt krav om det, jf. tvisteloven § 26-6. Denne bestemmelsen stiller krav til begjæringen om bevistilgang. Det følger av § 26-6 (1) at en begjæring om tilgang til eller spørsmål om realbevis må *"spesifiseres slik at det er klart hvilke bevisgjenstander kravet gjelder"*. Spesifikasjonskravets nærmere innhold fremgår av rettspraksis og juridisk teori. Om kravet er oppfylt, beror på en konkret vurdering.

I utgangspunktet kan pålegg om å fremlegge dokumenter kun gjelde bestemte angitte dokumenter. Formålet med spesifikasjonskravet er at motparten skal vite hvilke dokumenter som kreves fremlagt.

Det er ikke nødvendig å spesifisere de enkelte dokumentene som kreves fremlagt; det er tilstrekkelig om dokumentene er beskrevet på en slik måte at det er rimelig klart hvilke dokumenter som kreves fremlagt. Det vil i utgangspunktet ikke være tilstrekkelig å kreve fremlagt for eksempel all korrespondanse mellom den annen part og en tredjeperson. 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.

Tvisteloven § 26-6 (2) gir retten skjønnsmessig adgang til å lempe på spesifikasjonskravet *"dersom det er uforholdsmessig vanskelig å etterkomme, og det er en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis"*. Vilkårene er kumulative. Partene 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 bevistilgang gjelder.

I vilkåret om at spesifikasjonskravet ikke må være *"uforholdsmessig vanskelig å etterkomme"* ligger også en proporsjonalitetsvurdering. Tvisteloven § 26-2 annet ledd 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.

Bevisforbud/fritak

Endelig kan det ikke kreves fremlagt bevis som er underlagt noen av bevisforbudene eller bevisfritakene i tvisteloven kapittel 22, jf. tvisteloven § 21-5.

Retten kan nekte krav om bevistilgang etter tvisteloven § 26-5 (1) og (2) etter tvisteloven § 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 proporsjonalitetsregelen. Bestemmelsen i tvisteloven § 26-5 (3) første alternativ går antagelig ikke lenger enn den alminnelige proporsjonalitetsregelen. Det stilles strengere krav til partene om å medvirke til sakens opplysning enn det som kreves av utenforstående tredjemenn. Tvisteloven § 21-8 gir anvisning på en bred proporsjonalitetsvurdering, der det kan legges vekt på blant annet tvistegjenstandens økonomiske verdi, partenes 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 ulikheter i ressurser er avgjørende for sakens utfall.

Retten treffer pålegg om å fremlegge bevis etter tvisteloven § 26-7 som kjennelse, jf. tvisteloven § 19-1 (2) bokstav d. Før retten treffer avgjørelsen, må partene få anledning til å uttale seg, jf. tvisteloven § 11-1 (3). Dersom bevistilgang skal avskjæres ut fra en forholdsmessighetsvurdering, treffes avgjørelsen etter tvisteloven § 26-5 (3), også ved kjennelse. Det følger av rettspraksis at dersom fremleggelseskravet er rettet mot tredjeperson, må han få anledning til å uttale seg før retten avgjør kravet.

For å avgjøre kravet om bevistilgang, kan retten etter tvisteloven § 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 at dokumentet inneholder relevante faktiske opplysninger. Dokumentet gjøres først tilgjengelig for den begjærende part når tvisten om bevistilgang er endelig avgjort, jf. tvisteloven § 26-7 (3) siste setning.

Dersom adressaten for fremleggelseskravet nekter å fremlegge med henvisning til at beviset er omfattet av et bevisforbud eller bevisfritak, kan retten etter tvisteloven § 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 bevisforbudene, der retten har adgang til å bestemme at beviset skal føres til tross for

forbudet. Dette gjelder blant annet opplysninger underlagt taushetsplikt etter tvisteloven § 22-3 og bevisfritaket for forretningshemmeligheter i tvisteloven § 22-10.

Det følger av tvisteloven § 22-7 (2) siste setning at dersom et bevis delvis er underlagt bevisforbud eller bevisfritak, skal om mulig det øvrige fremlegges.

3.6.2 Direktivets krav

Rett til fremleggelse av bevis

Artikkel 5 (1) krever at nasjonale domstoler har kompetanse til å pålegge en part eller en tredjepart å fremlegge relevante bevis i saken. Det kreves ikke at domstolene har *ex officio* kompetanse til å pålegge bevisfremleggelse; det er tilstrekkelig at domstolene har kompetanse til å gi slikt pålegg etter krav fra en part.

Domstolens kompetanse er betinget av at saksøkers krav om bevistilgang er begrunnet med de rimelig tilgjengelige faktiske opplysninger og bevis, som i rimelig grad underbygger det fremsatte erstatningskravet. Dette innebærer ikke at det skal kreves at hovedkravet er bevist med sannsynlighetsovervekt, men at saksøker på grunnlag av de faktiske opplysninger som med rimelighet kan forventes å være tilgjengelig for ham, har underbygget at han har lidt et tap. Sannsynligheten av hovedkravet vurderes kun foreløpig og kun på grunnlag av den for saksøker rimelig tilgjengelige dokumentasjon. Det vil ikke være tilstrekkelig at saksøker har vist at det er en mulighet for at det foreligger et erstatningskrav.

Direktivet krever videre at domstolen har kompetanse til å pålegge bevisfremleggelse av saksøkte eller av uavhengige tredjemenn. Kravet er avgrenset til bevis som er relevante, og bevis som saksøkte eller tredjepart har kontroll over.

Krav til spesifisering

Etter artikkel 5 (2) skal nasjonale domstoler kunne pålegge fremlagt bevis dersom bevisene er spesifisert i saksøkers begjæring. Kravet til spesifisering av begjæringen kan oppfylles på to måter: enten ved å angi nøyaktig de bevis som kreves fremlagt eller ved å angi bestemte kategorier av bevis. Kravet til spesifisering er relativt til de faktiske opplysningene som med rimelighet kan forventes å være tilgjengelige for saksøker. Det fremgår av fortalen (punkt 16) at kategorien bevis identifiseres ut fra henvisning til fellestrekk ved bevisene i kategorien, så som arten av, formålet med, eller innholdet av de dokumentene 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.

Proporsjonalitet

Artikkel 5 (3) krever at plikten til å fremlegge bevis skal begrenses til det som er proporsjonalt. I denne skjønnsmessige vurderingen skal domstolene ta hensyn til alle berørte parter og tredjeparters legitime interesser, og særlig ta hensyn til tre momenter. Domstolen skal etter bokstav a) for det første ta hensyn til i hvor høy grad kravet eller påstanden understøttes av tilgjengelige faktiske opplysninger og bevis, som berettiger begjæringen om å fremlegge bevis. Dette innebærer at partenes argumenter for og mot fremleggelse vurderes på grunnlag av de faktiske bevis som er fremlagt for domstolens stillingtagen til begjæringen om bevisfremleggelse.

For det andre skal domstolen etter bokstav b) ta hensyn til omfanget av de bevis som kreves fremlagt og kostnadene med å etterkomme begjæringen. 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 bokstav c) at domstolen skal ta hensyn til om det materiale som kreves fremlagt inneholder konfidensiell informasjon, særlig hvis denne angår tredjeparter, og hvilke tiltak som er iverksatt for å beskytte informasjonen. Proporsjonalitetsstandarder skal her være strengere for krav mot utenforstående tredjemenn om å fremlegge bevis enn mot partene i saken. Når det gjelder henvisningen til beskyttelsestiltak, omfatter dette først og fremst beskyttelsestiltak som retten beslutter i forbindelse med at beviset tillates fremlagt i retten.

Konfidensiell informasjon

Artikkel 5 (4) krever for det første at nasjonale domstoler har kompetanse til å pålegge en part eller tredjepart å fremlegge bevis som inneholder fortrolige opplysninger. Direktivet inneholder ingen definisjon av begrepet, men det fremgår av fortalen (punkt 18) at det omfatter forretningshemmeligheter og annen konfidensiell informasjon. For det andre krever bestemmelsen at nasjonale domstoler har virkemidler tilgjengelig for å forhindre at konfidensiell informasjon som fremlegges i retten blir kjent. Det stilles ikke krav til hvilke virkemidler domstolen har tilgjengelig, eller på hvilke vilkår eller hvordan slike virkemidler anvendes. Domstolen bør gis en skjønnsmessig adgang til å pålegge forholdsmessige beskyttelsestiltak, jf. direktivets fortale (punkt 18) som sier at beskyttelsen for konfidensiell informasjon som fremlegges skal være passende. Fortalen gir også eksempler på aktuelle virkemidler. Direktivet krever at domstolene har flere beskyttelsestiltak til rådighet å velge mellom, og eksemplene på mulige egnede virkemidler som er gitt i fortalen, må forstås som veiledende.

Ulovlige hensyn

Artikkel 5 (5) slår fast at foretakenes interesse i å unngå erstatningskrav etter overtredelser av konkurransereglene, ikke skal beskyttes. Dette innebærer at der direktivets bestemmelser legger opp til en skjønnsmessig kompetanse for domstolen, er hensynet til å unngå erstatningskrav etter overtredelser av konkurransereglene, ikke et relevant hensyn i domstolens vurdering.

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 artikkel 2 (13). Direktivet krever at medlemsstatene sørger for at når nasjonale domstolers anvender reglene om å fremlegge bevis, ikke griper inn i advokatprivilegiet. Etter artikkel 5 (6) skal domstolene sikre full virkning av advokatprivilegiet, dvs. fortrolighet mellom advokat og klient. Advokatprivilegiets innhold fremgår ellers av nasjonal rett eller fellesskapsretten.

Krav om kontradiksjon

Artikkel 5 (7) pålegger medlemsstatene å sikre kontradiksjon ved domstolenes behandling av begjæring om å fremlegge bevis. Den som er adressert for et krav om å legge fram bevis, skal få anledning til å bli hørt før en nasjonal domstol pålegger å fremlegge bevis etter artikkel 5. Det gjelder både parter og tredjeparter.

3.6.3 Departementets vurdering

Bevistilgang generelt

Direktivets krav er minimumskrav, og med unntak for reglene i artikkel 6 (6), er det ikke noe i veien for å opprettholde regler som fører til videre plikter til bevisfremleggelse og bevisilgang, jf. artikkel 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 fremlagt bevis, står dette ikke i konflikt med korrekt gjennomføring av direktivets krav.

Kravet til spesifisering

Ettersom direktivets krav er minimumskrav, vil nasjonale krav til spesifisering som vilkår for å fremlegge 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 å fremlegge bevis. Spørsmålet er derfor om tvisteloven § 26-6 stiller strengere krav til spesifisering av bevisene i begjæringen om bevisilgang enn direktivet artikkel 5 (2). Etter departementets syn må imidlertid den skjønnsmessige adgangen domstolen har til å lempe på spesifikasjonskravet i tvisteloven § 26-6 (2), være tilstrekkelig til å oppfylle direktivets krav i artikkel 5 (2). Etter denne bestemmelsen er det tilstrekkelig at domstolen har anledning til å pålegge fremlagt bevis som er spesifisert. Direktivet forstås ikke å være til hinder for at denne kompetansen kan være skjønnsmessig.

Proporsjonalitet

Etter departementets syn er det ikke nødvendig med særskilte tilpasninger for å gjennomføre artikkel 5 (3) i norsk rett.

Departementet viser til 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 departementets syn kan det ikke utledes av kravet til klarhet i gjennomføringen av direktiver, en plikt til å samle skjønnsstemaer i en bestemmelse for å beholde en saklig oppdeling av skjønnsmomentene i flere bestemmelser, så lenge domstolen har en plikt til å anvende de bestemmelsene som er saklig relevante.

Direktivets krav knytter seg til skjønnsstemaene som angis, og spørsmålet ved nasjonal gjennomføring er om disse temaene er tilstrekkelig spesifisert i nasjonal rett. Direktivet artikkel 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 domstolenes skjønnsutøvelse. Det er helt klart at de skjønnsstemaer som direktivet angir i artikkel 5 (3) er relevante skjønnsstemaer ved norske domstolers vurdering av om bevisilgang skal gis eller ikke etter tvistelovens regler. I den grad temaene ikke er uttrykkelig forankret i lovteksten knyttet til proporsjonalitet, er vurderingstemaene en nødvendig del av rettens avgjørelse som følge av formuleringen av prøvingsteamet ved krav om bevisilgang. Det kreves ikke at direktiver gjennomføres ordrett eller med samme lovgivningstekniske disposisjon i nasjonal rett. Departementet mener derfor at det ikke er nødvendig med særskilt lovgivning for å gjennomføre artikkel 5 (3) i norsk rett.

Konfidensiell informasjon

Etter departementets syn vil det ikke være i konflikt med direktivet å beholde en nyansering i en skjønnsmessig proporsjonalitetsvurdering for de særlige konkurransesensitive opplysningene som tvisteloven § 22-10 gjelder. Norsk rett oppfyller også etter departementets oppfatning direktivets krav til passende beskyttelsestiltak. På denne bakgrunn er det ikke behov for særskilte tilpasninger.

Advokatprivilegiet

Direktivet oppfattes ikke å gå inn for en harmonisering av reglene om advokatprivilegiet, men å sikre at regler om plikt til å fremlegge bevis innenfor de ellers anvendelige regler i nasjonal rett om bevisforbud og bevisfritak. Det fremgår også av direktivets ordlyd i artikkel 5 (6), at det ikke kreves anvendelse av det fellesskapsrettslige advokatprivilegiet. Etter departementets syn er det derfor ikke nødvendig med noen gjennomføringsbestemmelse for artikkel 5 (6) selv om det er visse forskjeller mellom nasjonal rett og fellesskapsretten på dette punkt.

Kontradiksjon

Kravet om kontradiksjon ved rettens behandling av en begjæring om bevistilgang etter direktivet artikkel 5 (7), synes ivare tatt ved tvisteloven § 11-1 (3). Det vises i den forbindelse til at bestemmelsens annet ledd gjelder alle rettens avgjørelser. Kravet innebærer at tredjeperson som er adressat for en begjæring om bevistilgang, må gjøres til part for så vidt gjelder kravet om bevistilgang, slik at vedkommende får anledning til kontradiksjon, jf. Rt. 2012 s. 1750. Det er følgelig ikke nødvendig med særskilt gjennomføring av direktivet artikkel 5 (7).

Konklusjon

Gjeldende rett synes å være i samsvar med direktivets krav, og det er følgelig ikke nødvendig med særskilt gjennomføringslovgivning. På denne bakgrunn konkluderer departementet med at det ikke er nødvendig med endringer i norsk rett for å gjennomføre direktivet artikkel 5.

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

3.7.1 Gjeldende rett

Tilgang til opplysninger etter konkurranseloven

Før konkurransemyndighetenes behandling av en sak om overtredelse av konkurransereglene er avsluttet, gjelder reglene om innsyn i konkurranseloven § 26. Reglene om innsyn i offentlighetsloven gjelder først når saken er avsluttet.

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 konkurransereglene, *"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. konkurranseloven § 26 annet ledd. Unntakene fra retten til partsinnsyn i forvaltningsloven § 19 gjelder tilsvarende.

En sak er avsluttet når det er fattet vedtak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29, når det er fattet vedtak med pålegg om opphør av ulovlig atferd eller tiltak etter konkurranseloven § 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 konkurranseloven § 27 a annet ledd. Bestemmelsen slår fast at enhver med rettslig interesse i en sak *"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 offentlighetsloven § 13.

Offentlighetslovens regler gjelder ikke for dokumenter Konkurransetilsynet mottar i forbindelse med en lempningssøknad, jf. konkurranseloven § 26 første ledd annet punktum. Unntaket er ikke betinget av at lempningssøknaden faktisk fører til lempning etter konkurranseloven § 30 eller § 31. Retten til partsinnsyn er derimot ikke begrenset utover den generelle begrensningen for å unngå skade-forvoldelse for tredjeparter, jf. konkurranseloven § 27 a annet ledd.

Opplysningene i lempningssøknaden er underlagt taushetsplikt etter konkurranseloven § 27 annet ledd, 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 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 konkurranseloven § 27 a har også parter og partsrepresentanter som blir kjent med skylderklæringer, taushetsplikt om opplysningene som inngår i skylderklæringene. Konkurranseloven § 27 a inneholder 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 konkurranseloven § 27.

Tilgang til bevis etter tvisteloven

Reglene om opplysningsplikt og bevisplikt i tvisteloven § 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 tvisteloven § 26-6 om bevis tilgang, går foran, slik at begrensninger i innsynsretten etter forvaltningsloven ikke får anvendelse ved avgjørelsen av krav om bevis tilgang etter tvisteloven. Opplysninger fra lempningssøknad er imidlertid underlagt taushetsplikt etter konkurranseloven § 27, og derfor omfattet av bevisforbudet i tvisteloven § 22-3.

Selv om bevisforbudet i tvisteloven § 22-3 ikke gjelder dersom den som har krav på hemmelighet samtykker til fremleggelse av beviset, vil det ikke kunne kreves bevis tilgang hos lempningssøker for tilgang til skylderklæringer eller materiale som er omfattet av konkurranseloven § 27 annet ledd, jf. tvisteloven § 26-7 (2). Ordlyden i tvisteloven § 22-3 forutsetter at det vil skje et direkte brudd på forvaltningens taushetsplikt dersom beviset fremlegges. Formålet med bevisforbudet er ikke å beskytte den som har taushetsplikt, men å sikre at opplysningene ikke kommer ut. 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. tvisteloven § 26-7 (2) jf. § 22-3.

Etter tvisteloven § 22-3 (2) kan bevis som er omfattet av forbudet i tvisteloven § 22-3 (1) fremlegges dersom departementet samtykker. Etter tvisteloven § 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 tvisteloven § 26-7 (2). Etter praksis skal det mye til før retten vil fravike bevisforbudet i tvisteloven § 22-3 (1) etter en konkret vurdering.

3.7.2 Direktivets krav

Fremleggelse av bevis som inngår i konkurransemyndighetenes saksdokumenter

Artikkel 6 inneholder særlige regler om å fremlegge dokumenter som inngår i konkurransemyndighetenes saksmappe. Det fremgår av artikkel 6 (1) at reglene om plikt til å fremlegge bevis i artikkel 5 også skal gjelde overfor konkurransemyndighetene.

Artikkel 6 (4) krever at domstolen skal hensynta visse tilleggsmomenter i proporsjonalitetsvurderingen etter artikkel 5 (3) når en begjæring om bevis tilgang vurderes. Dette er tilleggsmomenter som utfyller den proporsjonalitetsvurderingen artikkel 5 (3) bygger på. Etter bokstav a) skal domstolen vurdere om begjæringen om å fremlegge bevis er spesifisert. Bestemmelsen må sees i sammenheng med det generelle vilkår om at en begjæring om å fremlegge bevis må spesifiseres i artikkel 5 (2). Det kan være tilstrekkelig å spesifisere en bestemt kategori av dokumenter som kreves fremlagt. Rent språklig kan konkurransemyndighetenes dokumenter i en bestemt overtredelsessak i og for seg være en kategori dokumenter. Det fremgår imidlertid av fortalen (punkt 22 og 23) at en planlagt erstatningssak ikke uten videre skal gi rett til innsyn i hele konkurransemyndighetenes saksmappe i den overtredelsessaken erstatningskravet bygger på. Direktivets krav må 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. Direktivet krever at dette inngår som et moment i domstolens skjønnsmessige kompetanse til å vurdere proporsjonaliteten av et krav om å fremlegge bevis.

Etter bokstav b) skal domstolen også vurdere om den part som begjærer fremlagt bevis gjør det i forbindelse med et erstatningssøksmål for en nasjonal domstol. Bestemmelsens selvstendige betydning er uklar.

Endelig skal domstolen etter bokstav c) vurdere behovet for å sikre effektiviteten av den offentlige håndhevingen av konkurransereglene. Dette skjønnstemaet er kun nødvendig der domstolen vurderer en begjæring om å fremlegge dokumenter som er behandlet i artikkel 6 (5), dokumenter som ikke kan fremlegges før etter at konkurransemyndighetenes saksbehandling er avsluttet, eller etter artikkel 6 (10), om dokumentet kan fremlegges av en part eller tredjepart, eller dersom konkurransemyndighetene påberoper seg dette hensynet, jf. artikkel 6 (11).

Artikkel 6 (5) og (6) er formulert som en begrensning i domstolens adgang til å pålegge parter og tredjeparter å fremlegge bevis. For å hindre at å fremlegge bevis setter den offentlige håndhevingen av konkurransereglene i fare, oppstilles det enkelte begrensninger i fremleggelse av bevis som er omfattet av en konkurransemyndighets saksdokumenter. Bestemmelsen skiller mellom tre hovedkategorier av bevis og grader av beskyttelse:

"Svart liste"

Artikkel 6 (6) gir *absolutt beskyttelse* for to typer bevis. Nasjonale domstoler kan ikke under noen omstendighet pålegge parter eller tredjemenn, heller ikke konkurransemyndighetene, å fremlegge a) lempningserklæringer ("leniency statements") og b) forliksinnlegg ("settlement submissions").

I fortalen (punkt 26) fremheves betydningen av lempningsinstituttet og forliksforhandlinger for konkurransemyndighetenes effektive håndheving av konkurransereglene som begrunnelse for regelen. Lempningsordninger og forlik er viktige virkemidler i den offentlige håndhevingen av konkurransereglene og bidrar til oppdagelse, effektiv rettsforfølging og sanksjonering av de alvorligste overtredelsene. Det vil virke som et sterkt disincentiv for foretakene til å delta i samarbeidsordninger med konkurransemyndighetene dersom selvinkriminerende uttalelser som lempningssøknader og forliksinnlegg de utarbeider til dette formålet, senere vil kunne bli fremlagt. Å fremlegge 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 har medvirket til overtredelsen, men ikke har samarbeidet med konkurransemyndighetene.

"Leniency statements" er definert i artikkel 2 (16) og omfatter faktiske opplysninger om et kartell og foretakets rolle i dette, og ikke bare den fullstendige lempningssøknaden. Begrepet er avgrenset til selvinkriminerende erklæringer som er utarbeidet alene med formål å samarbeide med konkurransemyndighetene. Det avgrenses følgelig mot opplysninger som allerede foreligger.

"Settlement submissions" er definert i artikkel 2 (18) og omfatter typisk 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 tar sikte på dokumenter som er inngitt til Kommisjonen i forhandlinger om et kartellforlik etter prosedyren for dette i kommisjonsforordning (EF) 773/2004 som endret ved kommisjonsforordning (EF) 622/2008. Det er innført tilsvarende prosedyre for ESA.

Ordlyden i artikkel 6 (6) er innrettet mot typen av dokumenter, og vil omfatte "leniency statements" og "settlement submissions" uavhengig av hvilke konkurransemyndigheter som opprinnelig var adressat for dokumentet, inkludert dokumenter som opprinnelig var adressert til ESA eller Kommisjonen eller andre EØS-staters konkurransemyndigheter.

Av fortalen (punkt 26) fremgår det også at unntaket fra fremleggelsesplikten i artikkel 5 og 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. Fortalens punkt 26 siste setning er det naturlig å forstå slik at begrensningen i fremleggelsesplikten er rettet mot frivillige avgitte erklæringer i forbindelse med lempningssøknader og forliksinnlegg.

"Grå liste"

Artikkel 6 (5) gir *midlertidig beskyttelse* for opplysninger knyttet til konkurransemyndighetenes igangsatte etterforskning. Slike bevis skal bare kunne kreves fremlagt etter at konkurransemyndighetene har avsluttet sin saksbehandling. Begrunnelsen for bestemmelsen er å hindre at bevis tilgang i erstatningssaken griper forstyrrende inn i en pågående etterforskning av en overtredelse av konkurransereglene. Å fremlegge slike dokumenter mens etterforskningen pågår, vil kunne den svekke den offentlige håndhevingen av konkurransereglene.

Dette omfatter opplysninger som partene etter bokstav a) har utarbeidet spesifikt i forbindelse med konkurransemyndighetenes etterforskning og behandling av saken, for eksempel svar på myndighetenes anmodning om å gi opplysninger eller vitneforklaringer. Bokstav b) omfatter opplysninger som konkurransemyndighetene selv har utarbeidet i forbindelse med saken den etter-

forsker og sendt til partene, for eksempel "statements of objections" og foreløpige vurderinger. Endelig kan heller ikke forliksinnlegg som er trukket tilbake, fremlegges før etter avslutning av konkurransemyndighetenes saksbehandling, jf. bokstav c).

Domstolen kan som nevnt først gi pålegg om å fremlegge slike bevis etter at konkurransemyndighetene har avsluttet saksbehandlingen. Konkurransemyndighetenes saksbehandling er avsluttet når det enten er fattet et vedtak eller på annen måte. Fortalen (punkt 25) viser i den forbindelse til nasjonale konkurransemyndigheters avgjørelser i artikkel 5 eller Kommisjonens avgjørelser under kapittel III, begge i forordning1/2003.

Bestemmelsen i artikkel 6 (5) gjelder ikke kun bevis tilgang overfor konkurransemyndighetene, men de aktuelle bevisene som sådan. For øvrig må vilkårene i artikkel 5 og 6 være oppfylt.

"Hvit liste"

Det fremgår uttrykkelig av artikkel 6 (9) at domstolen når som helst kan gi pålegg om å fremlegge bevis som inngår i konkurransemyndighetenes saksdokumenter, men som ikke er omfattet av de ovennevnte beviskategoriene. Dette er allerede eksisterende bevismateriale som finnes uavhengig av konkurransemyndighetenes etterforskning.

Unntaket i artikkel 6 (6) skal bare ha virkning så langt det rekker, jf. artikkel 6 (8). Dersom kun deler av de aktuelle bevisene faller inn under en av kategoriene i artikkel 6 (6), skal resten av bevisene kunne fremlegges.

Artikkel 6 (10) foreskriver at bevis tilgang hos konkurransemyndighetene skal være subsidiær, slik at det bare kan kreves at konkurransemyndighetene fremlegger beviset dersom partene eller tredjepart ikke med rimelighet kan fremskaffe beviset.

Artikkel 6 (11) inneholder en regel om at konkurransemyndighetene, dersom de er villige til å gi uttrykk for sitt syn på proporsjonaliteten av begjæringer om å fremlegge opplysninger, på eget initiativ kan fremsette sine merknader til den nasjonale domstolen som behandler begjæring om å få fremlagt bevis.

Direktivet stiller kun enkelte krav til domstolens saksbehandling ved krav om bevis tilgang overfor konkurransemyndighetene. For begjæringer om å fremlegge bevis som er omfattet av artikkel 6 (6), kreves at domstolene skal gis tilgang til bevisene med det ene formål å vurdere om innholdet i de aktuelle bevisene omfattes av definisjonene av slike bevis i artikkel 2 (16) og 2 (18), jf. artikkel 6 (7). I denne vurderingen kan domstolen be om assistanse kun fra den kompetente konkurransemyndighet. Den som er opphav til beviset kan også få anledning til å uttale seg, men dette er ikke formulert som et absolutt krav.

Begrensninger i bruken av bevis fremskaffet ved innsyn i konkurransemyndighetenes saksdokumenter

Direktivet artikkel 7 krever at medlemsstatene også har korresponderende bevisforbud til artikkel 6 (5) og 6 (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 å fremlegge bevis rettet mot konkurransemyndighetene etter artikkel 5 jf. artikkel 6.

Artikkel 7 gjelder dokumenter som er innhentet ved innsyn hos konkurransemyndighetene. Bestemmelsen er ment som et unntak fra hovedregelen om at alle bevis som en person, fysisk eller juridisk, er i besittelse av, bør kunne brukes av personen med henblikk på et erstatningssøksmål der vedkommende er part.

Etter artikkel 7 (1) skal dokumenter som omhandlet i artikkel 6 (6), lempningserklæringer og forliksinnlegg ("svart liste"), som en fysisk eller juridisk person har fått tilgang til alene gjennom innsyn i saken hos konkurransemyndighetene, enten være beskyttet 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.

Artikkel 7 (2) krever tilsvarende bevisforbud eller beskyttelsestiltak for bevis som er omfattet av artikkel 6 (5) inntil konkurransemyndighetene har avsluttet sin sak gjennom et vedtak eller på annen måte ("grå liste").

Artikkel 7 (3) gjelder bruksbegrensning for alle andre typer dokumenter enn de som er omtalt i artikkel 7 (1) og 7 (2) jf. artikkel 6 (6) og 6 (7) som er innhentet ved innsyn hos eller fremlagt fra konkurransemyndighetene, også dokumenter som omtalt i artikkel 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 inngår i saksdokumentene til konkurransemyndighetene. Bruksbegrensningen går ut på at kun den person, fysisk eller juridisk, som har fått innsyn hos konkurransemyndighetene, skal fremlegge bevis på den måten som bevis i en erstatningssak. Retten skal omfatte også personenes rettsetterfølgere, inkludert den som måtte ha overtatt erstatningskravet. Fortalen (punkt 31) viser til at kretsen av personer bør omfatte alle de juridiske enhetene innenfor et konsern, som i relasjon til artikkel 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.

3.7.3 Departementets vurderinger

Bevistilgang generelt

Artikkel 6 (4) bokstav c) krever at domstolen skal kunne legge vekt på hensynet til effektiv offentlig håndheving av konkurransereglene ved vurderingen av tilgang til bevis som er omfattet av artikkel 6 (5), for eksempel vitneerklæringer, "statements of objections" og forliksinnlegg, og ved vurderingen av bevistilgang overfor konkurransemyndighetene, samt begjæring av konkurransemyndighetene. Utenfor tvisteloven vil kravet i artikkel 6 (4) bokstav c) for innsynsbegjæringer fremsatt i medhold av offentlighetsloven, jf. konkurranseloven § 26, være oppfylt ved regelen i offentlighetsloven § 24.

På denne bakgrunn foreslår departementet at det innføres en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-7 femte ledd som pålegger retten ved vurdering av bevistilgang å ta hensyn til behovet for effektiv offentlig håndheving av konkurransereglene i tråd med kravene i artikkel 6 (4).

Direktivet krever etter artikkel 6 (10) at muligheten for å kreve fremlagt bevis hos konkurransemyndighetene skal være *subsidiær* til fremleggelse av de aktuelle bevisene fra partene

selv eller fra tredjemenn. Spørsmålet er om direktivet krever at nasjonal rett oppstiller som uttrykkelig vilkår for å kreve bevis tilgang fra konkurransemyndighetene at beviset ikke med rimelighet kan fremlegges av en part eller tredjepart. Det finnes ikke en slik uttrykkelig regel etter gjeldende rett. Etter direktivet artikkel 5 (8) er direktivets regler, med forbehold for artikkel 6, minimumsregler som ikke er til hinder for at medlemsstatene har regler som fører til videre bevis tilgang. Henvisningen til artikkel 6 innebærer at det ikke er adgang til å gi videre tilgang til den type bevis som er omtalt i artikkel 6 (5) og artikkel 6 (6). Det er dog ikke åpenbart at dette også gjelder det at bevis tilgang hos konkurransemyndighetene skal være subsidiær til bevis tilgang hos parten eller hos tredjepart. Det overordnede formålet med regelen i direktivets kapittel 6, er å sikre en ensartet og konsistent anvendelse av bestemmelsene i artikkel 101 og 102 TEUV og sikre at reglene om tilgang til bevis, jf. artikkel 5, ikke unødig forstyrrer konkurransemyndighetenes effektive håndheving av konkurransereglene. Departementet legger derfor til grunn at bestemmelsen bør gjennomføres i norsk rett.

På denne bakgrunn foreslår departementet at det innføres en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-7 sjette ledd om at bevisbevis tilgang hos konkurransemyndighetene skal være sekundært i tråd med kravet i artikkel 6 (10).

Begrenset tilgang til dokumenter under Konkurransetilsynets saksbehandling

Departementet viser til at norsk rett ikke inneholder noen regel som gir grunnlag for at de opplysninger og bevis som er omtalt i direktivet artikkel 6 (5) skal kunne unntas fra plikten til å gi tilgang til bevis etter tvisteloven § 21-5 jf. § 26-5, og heller ikke noe korresponderende midlertidig bevisforbud eller annet beskyttelsestiltak som krevet i artikkel 7 (2).

Direktivet artikkel 6 (5) må derfor gjennomføres ved særskilte lovbestemmelser som begrenser muligheten for bevis tilgang inntil konkurransemyndighetenes saksbehandling er avsluttet. Artikkel 7 (2) må gjennomføres ved et korresponderende bevisforbud eller beskyttelsestiltak for de dokumenter som er omtalt i artikkel 6 (5) og som vedkommende har fått tilgang til ved innsyn hos konkurransemyndighetene. Departementet foreslår å gjennomføre dette som et midlertidig bevisforbud, heller enn ved andre beskyttelsestiltak, da det vil harmonisere best med regulering av bevis i gjeldende norsk sivilprosess.

På denne bakgrunn forslår departementet at det innføres en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-7 annet ledd om bevisforbud som reflekterer innholdet i artikkel 6 (5) og artikkel 7 (2).

Lempningserklæringer og forliksinnlegg

Etter departementets syn er ikke konkurranseloven §§ 26 – 27 a sammenholdt med bevisforbudet i tvisteloven § 22-3, tilstrekkelig til å oppfylle direktivets krav om begrensning i adgangen til å pålegge fremlagt "*leniency statements*" og "*settlement submissions*" i artikkel 6 (6), og kravet om bevisforbud eller beskyttelsestiltak for slike dokumenter i artikkel 7 (1). Det er derfor behov for særskilt gjennomføringslovgivning på dette punkt.

Formuleringen i konkurranseloven § 27 annet ledd omfatter det samme som direktivets begrep "*leniency statements*". En gjennomføring av direktivets krav vil derfor kunne knyttes til konkurranseloven § 27 annet ledd. En direkte språklig oversettelse av "*leniency statements*" kan være "lempningserklæringer". Konkurranseloven § 27 a første ledd bruker begrepet "skylderklæringer" og

henviser til § 27 annet ledd. Språklig synes dette begrepet noe snevrere enn de opplysningene som omfattes av § 27 annet ledd. Etter departementets syn dekker begrepet "skylderklæringer" innholdet i direktivets begrep "leniency statements".

Begrepet "*settlement submissions*" oversettes som nevnt med "forliksinnlegg" på norsk. I norsk intern rett har man tidligere ikke hatt en tilsvarende prosedyre for kartellforlik som hos Kommisjonen og ESA. I Prop. 37 L (2015-2016) Endringer i konkurranseloven (Konkurranseskjennemda, kartellforlik mm.) foreslås det imidlertid i ny § 29a en ordning med ileggelse av overtredelsesgebyr ved forlik i saker som gjelder overtredelser av konkurranseloven § 10. Bestemmelsen er utformet etter mønster fra tilsvarende ordning i EU/EØS. Det er derfor grunn til gjennomføre direktivets regler også for slike dokumenter. I samme lovproposisjon foreslås det også nødvendige endringer i §§ 26 – 27a for å gi full beskyttelse for opplysninger om forliksinnlegg, som følge av innføringen av ordningen om kartellforlik i norsk rett.

Domstolen kan imidlertid beslutte slike bevis ført etter tvisteloven § 22-3 (3) etter en konkret vurdering. Det følger av tvisteloven § 26-7 (2) at beviset i så fall også kan kreves fremlagt. Direktivet krever i artikkel 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 artikkel 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 tvisteloven § 22-3 (3), synes en skjønnsmessig adgang til dette å komme i konflikt med direktivets krav. Etter departementets syn er den adgang til å kreve fremlagt bevis som følger av reglene i tvisteloven § 26-7 (2) og tvisteloven § 22-3 (3) i strid med direktivets krav og en tilpasning vil være nødvendig.

Det er ikke nødvendig med en særskilt gjennomføring av direktivet artikkel 6 (8) som begrenser rekkevidden av unntakene i artikkel 6 (6) til kun de delene av bevisene faller innenfor den aktuelle kategorien. Dette følger klart av tvisteloven § 26-7 (2).

På denne bakgrunn foreslår departementet at det innføres en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-7 annet ledd om at skylderklæringer og forliksinnlegg ikke kan føres som bevis.

Begrensninger i bruk av bevis innhentet fra konkurransemyndighetene

Etter departementets syn er det lite reelt behov for en regel som i direktivet artikkel 7 (3) ("hvit liste"), 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 departementets oppfatning innholdsmessig ikke tilstrekkelig til korrekt gjennomføring av direktivet. Formålet med regelen er å unngå handel med bevis, ikke å beskytte taushetsbelagte opplysninger. Etter departementets syn bør derfor artikkel 7 (3), som begrenser personkretsen som kan fremlegge bevis til det foretaket som har fått innsyn, gjennomføres særskilt i norsk rett. 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.

På denne bakgrunn foreslår departementet at det innføres en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-7 tredje ledd om at andre bevis enn de som faller inn under kategoriene "svart og grå liste", og som er innhentet ved innsyn etter konkurranseloven § 26, bare kan føres som bevis av det foretak som har fått innsyn.

Saksbehandlingsregler

Direktivet artikkel 6 (7) sier 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 artikkel 6 (7) er imidlertid begrenset til at domstolen ikke har anledning 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 tvisteloven § 11-1 (3). Ut fra sammenhengen med artikkel 6 (11) foreslår departementet en regel til gjennomføring av artikkel 6 (7) og artikkel 6 (11) i norsk rett.

På denne bakgrunn foreslår departementet at det innføres en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-7 fjerde ledd om at domstolen, ved tvist om hvilken kategori et bevis faller inn under, kan anmode konkurransemyndigheten som behandler saken om bistand i vurderingen, og at den som er opphav til beviset kan gis anledning til å uttale seg.

Direktivet artikkel 6 (11) adresserer konkurransemyndighetenes innlegg for nasjonale domstoler. Departementet oppfatter at direktivets krav til nasjonal rett på dette punkt er begrenset til at domstolen er pliktig å ta imot en slik uttalelse fra konkurransemyndighetene. Norsk rett gir en viss adgang for Konkurransetilsynet til å gi innlegg for domstolene i saker som er relevante under direktivet etter bestemmelsen i EØS-konkurranseloven § 9. Denne bestemmelsen omfatter imidlertid ikke prosessuelle avgjørelser, som avgjørelser om bevis etter tvistelovens kapittel 26. Dette må i tilfelle hjemles i lov.

På denne bakgrunn foreslår departementet at det innføres en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-7 syvende ledd som hjemler adgang for Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemda til å avgi uttalelse om bevis tilgang på eget initiativ i tråd med kravene i artikkel 6 (11).

Konklusjon

Direktivet artikkel 6 inneholder bestemmelser som avviker fra norsk sivilprosess. Bestemmelsene i direktivet har imidlertid en såpass spesiell karakter, at departementet ikke vil anbefale at de gjennomføres som generelle endringer i tvisteloven, men som særlige tilpasninger i de prosessuelle reglene for de aktuelle sakene, nemlig erstatningssaker etter overtredelser av konkurransereglene. Departementet foreslår derfor at det også inntas visse prosessuelle regler i et forslag til nytt kapittel X om privat håndheving i konkurranseloven.

På denne bakgrunn foreslår departementet at det inntas en særskilt bestemmelse i konkurranseloven § X-7 om særlige regler om bevis som reflekterer innholdet i artikkel 6 og 7.

3.8 Håndheving av reglene om bevis

3.8.1 Gjeldende rett

Etter norsk rett er det noe ulike sanksjoner som kan ilegges henholdsvis parter og tredjeparter i de fire situasjonene som nevnes i artikkel 8 (1), og de følger derfor av ulike bestemmelser i

prosesslovgivningen. Dette henger både sammen med at plikten til å opplyse saken går lenger for parter enn for tredjeparter, og med at man ønsker å velge sanksjoner som er mest mulig effektive for formålet og gjennomføringen av saken avhengig av situasjonen.

Sanksjoner mot tredjeparts unnlattelse av å medvirke til sakens opplysning

Tvisteloven § 26-8 (1) gir domstolene adgang til å tvangsfullbyrde pålegg om å fremlegge bevis overfor tredjeparter. Det er opp til retten ved skjønn å avgjøre om bevistilgang er så viktig at det bør gjennomføres ved tvang. Tredjeparters unnlattelse av å etterkomme rettens pålegg om å gi bevistilgang etter tvisteloven § 26-7, kan også sanksjoneres etter domstolloven § 209 jf. § 206 med bøtStraff og erstatningsansvar for kostnader som eventuelt påløper. Bevisst uriktige muntlige eller skriftlige forklaringer kan i grovere tilfeller også rammes av straffeloven § 163.

Sanksjoner mot partens unnlattelse av å medvirke til sakens opplysning

Norsk sivilprosess gir ikke adgang til å tvangsfullbyrde pålegg om å fremlegge bevis overfor partene i saker undergitt fri rådighet som erstatningssaker. Loven inneholder heller ikke sanksjoner mot brudd på opplysningsplikten i tvisteloven § 21-4, selv om grove brudd på opplysningsplikten kan rammes av bestemmelsen om straffansvar 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 bevisvurderingen. Rettens adgang til å vektlegge dette negativt i bevisvurderingen følger av regelen om fri bevisvurdering i tvisteloven § 21-2. Etter denne bestemmelsen har retten adgang til å legge betydelig vekt på at en part unnlater å medvirke til sakens opplysning, herunder nekter å imøtekomme pålegg om bevistilgang eller å gi forklaring.

Det kan reageres mot å oversitte frist for å fremlegge bevis ved fristforelegg etter tvisteloven § 16-7 (2). Etter denne bestemmelsen kan retten bestemme at dersom en prosesshandling ikke foretas innen en fastsatt frist, vil det bety fravær i saken. Fristforelegg kan også anvendes ved pålegg om å gi bevistilgang etter tvisteloven § 26-7. Fravær eller oversittelse av frist etter § 16-7 (2) vil kunne gi grunnlag for til avvisning av saken etter tvisteloven § 16-9 dersom det er saksøker som ikke etterkommer pålegget eller fraværdom etter tvisteloven § 16-10 der saksøkte har fravær. For parters unnlattelse av å forklare seg etter tvisteloven § 21-4 jf. tvisteloven § 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. tvisteloven § 21-2. Det er klart at domstolene under tvisteloven § 21-2 kan legge til grunn at et bevisfaktum anses bevist nettopp på grunnlag av partens manglende oppfyllelse av forklaringsplikten.

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 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 unnlattelser av å bidra til sakens opplysning etter tvisteloven § 21-4, eller å unnlate å fremlegge bevis etter pålegg om bevistilgang etter tvisteloven § 26-7. Da forholdet må karakteriseres som "uredelig", vil det kun være de grovere tilfellene som gir grunnlag for rettergangsbot.

Brudd på taushetsplikt til beskyttelse av drifts- og forretningshemmeligheter

Bevis som omfattes av bevisfritaket i tvisteloven § 22-10, beskyttes av reglene i tvisteloven § 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, jf. tvisteloven § 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*", jf. tvisteloven § 22-12 (2) jf. domstoloven § 125. Brudd på taushetsplikten straffes med bøter etter domstoloven § 199. Ansvar påhviler enhver, og omfatter både partene, deres stedfortredere, jf. tvisteloven § 2-3, tredjeparter og prosessfullmektiger, jf. tvisteloven § 3-1 (3), samt eventuelle medvirkere.

Bevis som er innhentet ved innsyn i konkurransemyndighetenes saksdokumenter

Norsk rett inneholder ingen generelle begrensninger i bruken av dokumentasjon som er innhentet ved innsyn i saksdokumenter hos konkurransemyndighetene, utover reglene om taushetsplikt. Det følger av konkurranseloven § 27 at opplysninger om lempningserklæringer er underlagt taushetsplikt. Parter og partsrepresentanter som får innsyn i slike opplysninger er etter konkurranseloven § 27 a 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 annet ledd, og må forstås tilsvarende så langt det passer. Det innebærer at brudd på taushetsplikten etter konkurranseloven § 27 a kan straffes etter straffeloven § 121 jf. forvaltningsloven § 13 b annet ledd.

Ansvar for saksomkostninger forvoldt ved forsømmelser

Tvistelovens regler om saksomkostninger gir adgang til å sanksjonere en parts forsømmelser og unnlater under prosessen. Etter tvisteloven § 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 domstolene til å ilegge en part ansvar for omkostninger ved saken som han har forårsaket ved egen uaktsomhet. Ansvar omfatter forsømmelser som begås av stedfortreder, prosessfullmektig eller rettslig medhjelper etter alminnelige erstatningsrettslige regler i og utenfor kontraktsforhold. Bestemmelsen kan anvendes dersom en part nekter å imøtekomme et pålegg om bevis tilgang etter tvisteloven § 26-7, og den annen part blir påført kostnader med å fremskaffe alternative bevis eller lignende, eller ved mislighold av forklaringsplikten etter tvisteloven § 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.

3.8.2 Direktivets krav

Artikkel 8 krever at nasjonale domstoler har en skjønnsmessig adgang til å ilegge sanksjoner i forbindelse med håndhevingen av reglene i artikkel 5 og artikkel 6. Sanksjonene skal kunne ilegges både parter, tredjeparter og deres rettslige representanter. Når det gjelder begrunnelsen for artikkel 8, peker fortalen særlig på det incentiv som et saksanlegg med krav om erstatning for overtredelse av konkurransereglene gir til å ødelegge bevis eller å nekte å imøtekomme pålegg om å fremlegge bevis. For øvrig gir fortalen liten veiledning til forståelsen av bestemmelsen.

Etter artikkel 8 (1) skal domstolene kunne ilegge sanksjoner i fire situasjoner. For det første ved manglende etterlevelse av pålegg fra domstolene om å fremlegge bevis etter artikkel 5 (bokstav a). For det andre ved å ødelegge relevante bevis (bokstav b). Det er ikke angitt nærmere vilkår for når dette kan sanksjoneres eller om det kan stilles krav til skyld for sanksjoner. Fortalen gir ingen tolkningsveiledning. For det tredje ved manglende etterlevelse av pålegg fra domstolene å beskytte konfidensiell informasjon (bokstav c). Bestemmelsen må leses i sammenheng med artikkel 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. For det fjerde ved brudd på direktivets regler i kapittel II om begrensninger i lovlig bruk av bevis (bokstav d). Etter fortalen (punkt 33), retter dette seg særlig mot informasjon som er innhentet ved innsyn i konkurransemyndighetenes saksdokumenter når dette brukes i strid med reglene i artikkel 7.

Artikkel 8 (2) første punktum krever at sanksjonene skal være effektive, stå i et rimelig forhold til overtredelsen og ha en avskrekkende virkning. I kravet til forholdsmessighet ligger at sanksjonene må kunne være tilpasset overtredelsens grovhet og betydning for saken. Direktivet stiller ingen øvrige krav til hvilke sanksjoner domstolene etter nasjonal rett kan ilegge tredjeparter.

Overfor partene i erstatningssaken, krever imidlertid artikkel 8 (2) annet punktum, at de sanksjonene som følger av nasjonal rett minst skal inkludere to type sanksjoner. *For det første* skal domstolen kunne trekke negative slutninger av handlingen. Dette vil være effektivt og kan bidra til å unngå forsinkelser under saksbehandlingen som vil oppstå ved bruk av andre typer sanksjoner. Direktivet gir to eksempler på hvordan partenes atferd på denne måten tillegges negativ betydning under bevisbedømmelsen under erstatningssaken. Det kan være at det aktuelle bevistema blir ansett bevist uten partenes 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.

3.8.3 Departementets vurderinger

Etter departementets syn er gjeldende rett i samsvar med direktivets krav, og det er derfor ikke behov for særskilt gjennomføringslovgivning.

Pliktsubjekter

Direktivet krever at sanksjonene kan ilegges partene, tredjeparter og deres rettslige representanter, jf. artikkel 8 (1). Pliktene til å bidra til sakens opplysning etter tvisteloven § 21-4 påhviler parten personlig, men i tillegg også partenes representanter i rettergangen, som stedfortredere, jf. tvisteloven § 2-3 og prosessfullmektiger, jf. tvisteloven § 3-1 (3). Saksomkostningsansvaret i tvisteloven § 20-4 bokstav c omfatter handlinger fra stedfortredere og prosessfullmektiger. Straffansvaret etter domstolloven § 202 likeså. Departementet oppfatter derfor at direktivets pliktsubjekter er omfattet av de relevante reglene i norsk rett.

Sanksjoner mot unnlatelser av å etterkomme pålegg om bevistilgang

Etter departementets syn har norsk rett, som beskrevet overfor, tilstrekkelige sanksjonsmuligheter overfor de pliktsubjekter som direktivet krever under artikkel 8 (1) bokstav a), og det er derfor ikke nødvendig med noen lovendring for å gjennomføre direktivet på dette punktet.

Sanksjoner mot å ødelegge bevis

Etter departementets syn er det ikke nødvendig med tilpasninger i norsk rett for å gjennomføre direktivets krav i artikkel 8 (1) bokstav b) om sanksjoner for å ødelegge relevante bevis, da dette anses dekket av tvisteloven § 20-4.

Sanksjoner mot brudd på taushetsplikt knyttet til konfidensiell informasjon

Departementet oppfatter at norsk rett er i samsvar med direktivets krav på dette punkt. Kravet til arten av tilgjengelige sanksjoner overfor partene i artikkel 8 (2) må tilpasses de virkemidler nasjonal rett gir domstolene til å beskytte konfidensiell informasjon, og valget av slike virkemidler er opp til nasjonal rett, jf. direktivet artikkel 5 (4). Så lenge sanksjonene er "*effective, proportionate and dissuasive*" i forhold til de aktuelle virkemidlene i nasjonal rett, må direktivets krav anses oppfylt. Det er derfor ikke nødvendig med lovendring for å gjennomføre direktivet artikkel 8 (1) bokstav c).

Sanksjoner mot å overtre begrensninger i adgang til bruk av bevis

Ettersom 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. Departementet mener derfor at det må være tilstrekkelig at det gis sanksjoner rettet mot grovere tilfeller. Departementet mener på denne bakgrunn at det ikke er behov for lovendring for å gjennomføre direktivet artikkel 8 (1) bokstav d).

3.9 Rettsvirkninger av nasjonale konkurransemyndigheters vedtak

Artikkel 9 regulerer rettsvirkningen av avgjørelser fra nasjonale konkurransemyndigheter om overtredelser av EU/EØS-konkurransereglene i etterfølgende erstatningssøksmål for domstolene for skade som følge av den samme overtredelsen.

3.9.1 Gjeldende rett

Norske konkurransemyndigheters avgjørelser

Hovedregelen i norsk rett er at domstolene ikke er bundet av forvaltningens rettsanvendelse. Dette følger av tvisteloven § 11-3, som slår fast at domstolene har selvstendig ansvar for rettsanvendelsen. Domstolens mulighet til overprøving av forvaltningens rettsanvendelse er en viktig rettssikkerhetsgaranti, og en forutsetning for prinsippet om domstolenes uavhengighet.

Norske konkurransemyndigheters avgjørelser om konkurransereglene er overtrådt, er følgelig ikke bindende for domstolene i en etterfølgende erstatningssak. Domstolen må i en erstatningssak om skade som følge av at konkurransereglene er overtrådt, ta selvstendig stilling til ansvarsgrunnlag etter erstatningsretten. Dette gjelder selv om det foreligger en forutgående avgjørelse fra konkurransemyndighetene om overtredelse.

Etter norsk rett gjelder videre prinsippet om fri bevisvurdering, som innebærer at retten fritt vurderer hvilke bevis som er relevante og hvilken vekt bevisene skal få, dvs. hvilken bevisverdi de skal ha. Dette prinsippet er kodifisert i tvisteloven § 21-2. Norske konkurransemyndigheters vedtak om at konkurransereglene er overtrådt, vil følgelig kunne ha bevisverdi i en eventuell etterfølgende erstatningssak for domstolene, og dermed inngå som et moment i bevisvurderingen. Domstolen i den etterfølgende erstatningssaken vil uansett ta hensyn til nye bevis som ikke var fremme i overtredelsessaken. Dette vil kunne føre til andre resultater med hensyn til spørsmålet om det har skjedd en overtredelse av konkurransereglene. Ettersom domstolene har selvstendig ansvar for rettsanvendelsen, er det først og fremst konkurransemyndighetenes vurdering av faktum som kan få betydning i en etterfølgende erstatningssak.

Avgjørelser fra konkurransemyndigheter i andre EØS-stater

Avgjørelser fra nasjonale konkurransemyndigheter i andre EØS-stater om overtredelser av EU/EØS-konkurransereglene har ingen rettsvirkninger i norsk rett. Utenlandske dommer og forvaltningsavgjørelser som omfattes av Luganokonvensjonen har riktignok rettskraft innenfor tvisteloven § 19-16. Det finnes imidlertid ikke rettslig grunnlag for å tillegge avgjørelser fra nasjonale konkurransemyndigheter i andre EØS-stater slik virkning. Dom eller vedtak i en overtredelsessak har heller ingen rettskraftsvirkninger i en senere erstatningssak, fordi sakene ikke er mellom samme parter eller om det samme forhold, jf. tvisteloven § 19-15.

Så langt utenlandske forvaltningsavgjørelser blir tillagt vekt av norske domstoler, er det innenfor prinsippet om den frie bevisvurderingen i tvisteloven § 21-2. Avgjørelser fra nasjonale konkurransemyndigheter i andre EØS-stater vil være relevante og undertiden sentrale bevis i en etterfølgende erstatningssak basert på det samme faktum og mot parter som var adressater for vedtaket.

3.9.2 Direktivets krav

Avgjørelser i nasjonale overtredelsessaker

Etter artikkel 9 (1) skal konkurransemyndighetenes eller domstolenes endelige avgjørelser om konkurransereglene er overtrådt, anses endelig med virkning for en etterfølgende erstatningssak for domstolene i samme medlemsstat/EØS-stat. Dette betyr at endelige avgjørelser om overtredelser av EU/EØS-konkurransereglene truffet av en nasjonal konkurransemyndighet eller en prøveinstans ikke skal kunne prøves i senere erstatningssøksmål. Bestemmelsen er ifølge fortalen begrunnet i hensynet til å styrke rettssikkerheten, å hindre inkonsekvent anvendelse av artikkel 101 og 102 TEUV, å styrke effektiviteten og den prosessuelle effekten av erstatningssøksmål og å styrke det indre markeds funksjon.

Direktivet gjelder som nevnt nasjonale domstolers anvendelse av EU/EØS-konkurransereglene. Artikkel 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. Bestemmelsen regulerer ikke virkningen av nasjonale konkurransemyndigheters avgjørelser om overtredelser av nasjonal konkurranserett på rent interne forhold, det vil si der det ikke foreligger noen samhandlingspåvirkning. Artikkel 9 (1) omfatter imidlertid også avgjørelser av nasjonale konkurransemyndigheter der EU/EØS-konkurranseretten og nasjonal konkurranserett anvendes parallelt i samme sak.

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 for nasjonale domstoler i samme medlemsstat/EØS-stat og som bygger på samme overtredelse. Det fremgår av fortalen at det som skal være endelig avgjort er konkurransemyndighetens 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. Virkningen er også begrenset til det samme saksforhold, altså den samme handlingen som utgjør overtredelsen. Med denne presiseringen er det etter departementets syn naturlig å forstå artikkel 9 (1) som en bevisregel og ikke som en regel om materiell rettskraft.

Det vil kunne oppstå tolkningsspørsmål med hensyn til de bevistemaer som skal legges til grunn av domstolene i erstatningssaken. Artikkel 9 (1) slår fast at konkurransemyndighetenes "*finding of an infringement*" skal være endelig avgjort. Det er ikke presisert om dette kun gjelder nasjonale konkurransemyndigheters bevisvurdering eller også rettsanvendelse. Ordlyden i artikkel 9 (1) gjelder imidlertid overtredelse av konkurransereglene, og er ikke begrenset til nasjonale konkurransemyndigheters bevisvurdering. Begrunnelsen for bestemmelsen tilsier også at både bevisvurderingen og rettsanvendelsen skal anses bindende avgjort. Erstatningssakene ses i sammenheng med konkurransemyndighetenes behandling av overtredelsessaker. Etter departementets vurdering må direktivet derfor forstås slik at både bevisvurderingen og rettsanvendelsen i overtredelsesvedtaket skal anses endelig avgjort.

Departementet forstår bestemmelsen slik at den bindende virkningen kun gjelder 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.

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 utløpt, eller når det foreligger rettskraftig dom.

Avgjørelser fra andre EØS-staters konkurransemyndigheter

Etter artikkel 9 (2) skal endelige avgjørelser av konkurransemyndighetene eller domstolene i andre medlemsstater/EØS-stater utgjøre *prima facie* bevis for at det har skjedd en overtredelse av konkurransereglene i en etterfølgende erstatningssak for domstolene. Bestemmelsen slår fast at det skal være mulig å fremlegge avgjørelser fra andre EØS-staters konkurransemyndigheter 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. Domstolen skal følgelig vurdere de aktuelle myndighetenes overtredelsesvedtak sammen med de øvrige bevisene i saken. Det følger av dette 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.

Det er ikke forklart nærmere i direktivet hva som menes med "*prima facie evidence*". I Common Law og fellesskapsretten benyttes begrepet om bevis som, dersom det ikke presenteres motbevis, skal være tilstrekkelig til å bevise et bestemt rettsfaktum. I lys av dette forstår departementet artikkel 9 (2) slik at endelige avgjørelser av konkurransemyndighetene i andre EØS-stater om overtredelser av konkurransereglene skal legges til grunn av domstolene dersom det ikke føres bevis for noe annet, og innebærer følgelig en bevispresumsjon.

3.9.3 Departementets vurdering

Avgjørelser i norske overtredelsessaker

Gjeldende norsk rett tilfredsstillende ikke kravene i artikkel 9 (1). Det vil derfor være behov for særskilt gjennomføringslovgivning.

En regel om at konkurransemyndighetenes avgjørelser om konkurransereglene er overtrådt, skal være helt eller delvis bindende i en etterfølgende erstatningssak for domstolene, krever lovhjemmel.

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. Domstolens 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 og Konkurransklagenemdas, eventuelt domstolens, avgjørelse om overtredelse skal anses bindende i en senere rettssak, vil gripe inn i disse prinsippene.

Departementet vil ikke gi bestemmelsen anvendelse på rent nasjonale saker, det vil si saker uten samhandlingspåvirkning, selv om resten av direktivet harmoniseres frivillig på slike forhold. Det vises i den forbindelse til at den adgang domstolene har til å vektlegge konkurransemyndighetens vurdering under den frie bevisvurdering, jf. tvisteloven § 21-1, er tilstrekkelig til å ivareta hensynet til lik anvendelse av konkurransereglene og prosessøkonomiske hensyn.

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 og Konkurransklagenemdas avgjørelse i overtredelsessaken er bindende, måtte ta selvstendig stilling til vilkårene for erstatningsansvar etter norsk rett.

På denne bakgrunn foreslår departementet at det inntas en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-8 første ledd om at endelige vedtak eller avgjørelser fra Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemda eller domstolene, om konstatering av overtredelser av konkurransereglene i saker med samhandlingspåvirkning, skal legges til grunn ved rettens behandling av et etterfølgende erstatningssøksmål.

Avgjørelser fra andre EØS-stater

Gjeldende norsk rett tilfredsstillende ikke kravene i artikkel 9 (2). Det vil derfor være behov for særskilt gjennomføringslovgivning.

Kravet i artikkel 9 (2) om at avgjørelser fra nasjonale konkurransemyndigheter eller domstoler i andre EØS-stater skal kunne fremlegges for nasjonale domstoler i etterfølgende erstatningssaker som *prima facie* bevis for at det har skjedd en overtredelse av konkurransereglene, følger til en viss grad av prinsippet om fri bevisvurdering for norske domstoler, jf. tvisteloven § 21-2. Etter direktivet kan slike avgjørelser legges frem, og i så fall, skal de 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.

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

Etter departementets syn vil den fri bevisvurderingen som norske domstoler gjør under tvisteloven § 21-2 ikke være tilstrekkelig til å oppfylle dette kravet. På denne bakgrunn vil det være nødvendig med en lovbestemt regel om begrenset bevispresumsjon for å gjennomføre direktivets krav. Departementet foreslår derfor å innta en bestemmelse i konkurranseloven § X-8 annet ledd om at endelige vedtak eller avgjørelser fra konkurransemyndighetene eller domstolene i andre EØS-stater om overtredelser av konkurransereglene skal legges til grunn ved rettens behandling av et etterfølgende erstatningssøksmål dersom partene ikke sannsynliggjør noe annet.

3.10 Foreldelse

3.10.1 Gjeldende rett

Foreldelse av erstatningskrav som følge av brudd på konkurranseloven reguleres av konkurranseloven § 34 og foreldelsesloven. Det følger av konkurranseloven § 34 første ledd at *"for krav som følge av brudd på denne loven gjelder foreldelsesloven, herunder § 9 og § 11"*. Foreldelseslovens alminnelige bestemmelser kommer følgelig til anvendelse på slike krav.

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"*. Foreldelsesfristens starttidspunkt er følgelig 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 kunnskapen. Dette innebærer at skadelidte er underlagt en aktsomhetsplikt, som kan gi seg utslag i en undersøkelses- eller aktivitetsplikt for å skaffe seg den nødvendige kunnskapen. Foreldelsesfristen vil da løpe fra det tidspunktet skadelidtes undersøkelser ville ha fremskaffet slik kunnskap. Det nærmere innholdet i dette kunnskapskravet er trukket opp i rettspraksis og juridisk teori. Det synes avgjørende for vurderingen om skadelidte har eller burde ha hatt slik kunnskap at han har en oppfordring til eller grunnlag for å anlegge erstatningssøksmål for domstolene.

Skadelidtes kunnskap må videre knytte seg til *"skaden og den ansvarlige"*. Kravet til nødvendig kunnskap om *"skaden"* har av Høyesterett vært formulert som at skadelidte *"må ha fått 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"*, jf. Rt. 2011 s. 1029. Det er imidlertid ikke nødvendig at skadelidte kjenner til tapets størrelse, slik at foreldelsesfristen vil kunne løpe før dette tidspunktet. Kravet til nødvendig kunnskap om *"den ansvarlige"* viser både til kunnskap om hvem som er ansvarlig, men også til det forhold at skadeforvoldelsen kvalifiserer til ansvar.

Selv om skaden inntreffer eller påløper over tid, eksempelvis som følge av 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 dermed foreldes suksessivt fra tidspunktet skadelidte fikk kunnskap.

Foreldelsesloven § 9 nr. 2 oppstiller i tillegg en absolutt foreldelsesfrist, hvoretter krav 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 skadeforvoldelse vil

følgelig den absolutte foreldelsesfristen tidligst begynne å løpe når den skadevoldende aktiviteten opphører.

Foreldelsesloven § 9 gjelder ikke krav som springer ut av kontrakt, bortsett fra krav på erstatning for personskade, jf. nr. 3 i samme bestemmelse. 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 oppfyllelse. Foreldelsesfristen er tre år, jf. foreldelsesloven § 2. Når det gjelder anvendelsesområdet til henholdsvis foreldelsesloven §§ 9 og 3 beror grensedragningen på om erstatningskravet har grunnlag i alminnelig erstatningsrett eller avtale/kontraktsrett. Selv om de fleste erstatningskrav som følge av brudd på konkurransereglene nok vil ha grunnlag i alminnelig erstatningsrett, kan det tenkes krav etablert på kontraktsrettslig grunnlag. I så fall vil ikke foreldelsesloven § 9, men § 3 komme til anvendelse.

Konkurranseloven § 34 annet ledd oppstiller en tilleggsfrist for krav som følger av brudd på konkurranseloven. Regelen innebærer at selv om et krav som følge av brudd på konkurranseloven i utgangspunktet er foreldet etter foreldelsesloven § 9, kan kravet likevel fremmes ved særskilt søksmål innen ett år etter endelig vedtak eller rettskraftig dom i saken

I Prop. 37 L (2015-2016) Endringer i konkurranseloven (Konkurranseskillemnd, kartellforlik mm.) foreslås det endringer i § 34. Det følger av dette lovforslaget at bestemmelsene om foreldelse i foreldelsesloven, herunder § 9 og § 11, skal gjelde både for krav som springer ut av brudd på konkurranseloven og EØS-avtalen artikkel 53 og 54. I merknaden til bestemmelsen blir det vist til at hensynene som ligger bak den tidligere særskilte foreldelsesregelen for krav som springer ut fra brudd på konkurranseloven gjør seg gjeldende også for brudd på artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen, og at det er viktig å tilrettelegge for privat håndheving av konkurransereglene, også EØS-konkurransereglene. Det legges følgelig opp til at foreldelseslovens bestemmelser også skal få anvendelse på vedtak truffet med hjemmel i artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen.

Foreldelsesloven §§ 14 til 19 angir uttømmende handlinger eller omstendigheter som kan føre til avbrudd av foreldelse. Det forhold at konkurransemyndighetene tar skritt for å undersøke eller forfølge en mulig overtredelse av konkurransereglene avbryter imidlertid ikke foreldelsesperioden.

3.10.2 Direktivets krav

Artikkel 10 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 som erstatningssøksmålet gjelder.

Artikkel 10 (2) slår fast at foreldelsesfristen ikke skal begynne å løpe før overtredelsen opphører. Det er særlig ved fortsatte eller gjentatte overtredelser av konkurransereglene at denne regelen får betydning. Det fremgår videre av bestemmelsen at foreldelsesfristen ikke skal begynne å løpe før et subjektivt friststarttidspunkt. Foreldelsesfristens starttidspunkt er knyttet til når skadelidte 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.

Artikkel 10 (3) slår fast at foreldelsesfristens lengde skal være minst fem år. For øvrig oppstiller ikke direktivet nærmere regler om beregning av fristen. Artikkel 10 omhandler heller ikke absolutte foreldelsesfrister. Det fremgår imidlertid av fortaleten at direktivet ikke er til hinder for at medlemsstatene også har regler om absolutte foreldelsesfrister. Forutsetningen er at foreldelsesperioden ikke gjør det praktisk umulig eller forholdsmessig vanskelig å kreve full erstatning.

Artikkel 10 (4) regulerer suspensjon/avbrudd av foreldelsesfristen. Bestemmelsen slår fast at foreldelsesfristen skal "*suspenderes*" eller "*afbrytes*", hvis en konkurransemyndighet "*tager skridt*" for å undersøke eller forfølge den overtredelsen av konkurranseretten erstatningskravet vedrører. Suspensjonen skal opphøre tidligst ett år etter at endelig avgjørelse om overtredelse eller saken på annen måte er avsluttet.

Forskjellen mellom fristsuspensjon og fristavbrudd er ikke nærmere forklart. En nærliggende forståelse er at en frist som blir suspendert avbrytes midlertidig mens etterforskningen pågår. Fristen vil da fortsette å løpe når suspensjonsperioden avbrytes. Fristavbrudd vil da vise til at foreldelsesfristen avbrytes endelig, inntil en ny foreldelsesfrist eventuelt begynner å løpe. Hva som ligger i uttrykket "*tager skridt*" er heller ikke nærmere forklart i direktivet. Her vil trolig artikkel 25 (3) i forordning 1/2003 gi veiledning for tolkningen.

3.10.3 Departementets vurdering

Gjeldende norsk rett tilfredsstiller ikke kravene som følger av direktivet artikkel 10. Dette gjelder både forhold ved foreldelsesfristens starttidspunkt og lengde, samt fristsuspensjon/avbrudd. Det vil følgelig være behov for særskilt gjennomføringslovgivning.

Direktivets krav til foreldelsesfristens starttidspunkt er trolig ikke oppfylt. Etter direktivet kan foreldelsesfristen tidligst begynne å løpe når skadelidte med rimelighet kan forventes å ha den angitte kunnskap. Det fremstår tvilsomt om direktivet tillater friststart fra et tidspunkt skadelidte "*burde*" ha skaffet seg nødvendig kunnskap, som etter norsk rett. Direktivets formulering 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 departementets syn oppfylder derfor ikke det subjektive fristutgangspunktet (starttidspunktet) i foreldelsesloven § 9 nr. 1 direktivets krav. Det vil derfor være behov for særskilt gjennomføringslovgivning for å tilfredsstille direktivets krav på dette punkt.

Direktivets krav til hva kunnskapen skal dekke, synes imidlertid langt på vei å samsvare med kunnskapskravet etter § 34 annet ledd, jf. foreldelsesloven § 9 nr. 1.

I henhold til direktivet skal foreldelsesfristen heller ikke begynne å løpe før overtredelsen har opphørt. Etter gjeldende norsk rett kan foreldelsesfristen ved vedvarende overtredelser imidlertid begynne å løpe suksessivt før overtredelsen har opphørt. Etter departementets syn vil det derfor kunne oppstå tilfeller der norsk rett ikke vil oppfylle direktivets krav til at foreldelsesfristen ikke skal begynne å løpe før overtredelsen har opphørt. Det vil derfor være nødvendig med særskilt gjennomføringslovgivning for å tilfredsstille direktivets krav.

Når det gjelder direktivets krav til foreldelsesfristens lengde er heller ikke dette oppfylt. Etter direktivet skal foreldelsesfristens være minst fem år. Foreldelsesfristen etter konkurranseloven § 34 annet ledd, jf. foreldelsesloven § 9 nr. 1, er imidlertid tre år, og oppfyller således ikke direktivets krav. Det er derfor nødvendig med særskilt gjennomføringslovgivning. Den absolutte foreldelsesfrist etter foreldelsesloven § 9 nr. 2 på 20 år er imidlertid ikke i strid med direktivet.

Direktivets krav til fristsuspensjon/avbrudd er heller ikke oppfylt. Foreldelsesloven inneholder ikke regler om suspensjon/avbrudd av foreldelse der konkurransemyndighetene tar skritt for å undersøke eller forfølge en overtredelse av konkurransereglene. Konkurranseloven § 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/avbrudd eller tilleggsfrist etter § 34 annet ledd. Etter departementets syn vil derfor gjeldende norsk rett ikke tilfredsstillende oppfylle direktivets krav.

På denne bakgrunn legger departementet til grunn at det er behov for særskilt gjennomføringslovgivning for å tilfredsstillende oppfylle kravene i direktivet artikkel 10. Etter departementets syn bør gjennomføringslovgivningen ta utgangspunkt i direktivets formulerte krav til foreldelsesfristens utgangspunkt og varighet/lengde, samt fristsuspensjon/avbrudd. Når det gjelder valget mellom fristsuspensjon og fristavbrudd ses det hen til direktivet artikkel 18 (1), som krever at foreldelsesfristen suspenderes mens en eventuell minnelig tvisteløsning om kravet pågår. Av hensyn til en konsistent regulering av disse tilfellene, faller valget på suspensjonsalternativet for gjennomføringen av artikkel 10 i norsk rett. For øvrig bør foreldelseslovens bestemmelser gjelde så langt de passer. Hva gjelder § 34 annet ledd, som oppstiller en tilleggsfrist, er direktivet ikke til hinder for at denne bestemmelsen beholdes. Departementet viser til at den retts tekniske plasseringen av denne bestemmelsen må tilpasses ny lovgivning som gjennomfører direktivet artikkel 10 om foreldelse. Dette innebærer at konkurranseloven § 34 oppheves og at ordlyden tilpasses og innholdet flyttes til de to siste leddene i ny § X-6 om foreldelse, slik at foreldelsesreglene blir samlet i en og samme bestemmelse. Departementet vil også foreta en nærmere avgrensning av uttrykket "*tager skridt*" i lovproposisjonen.

På denne bakgrunn foreslår departementet at det inntas en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-6 om foreldelse som gjennomfører direktivets krav.

3.11 Fristuspensjon mens minnelig tvisteløsning pågår

Artikkel 18 og 19 omhandler virkningene av minnelig tvisteløsning og regulerer forholdet til henholdsvis foreldelse, stansing, bøteutmåling, solidaransvar og regress. Bestemmelsene er begrunnet i hensynet til å fremme og effektivisere minnelig tvisteløsning av erstatningskrav for skade som følge av brudd på konkurransereglene.

Tvisteloven regulerer og tilrettelegger for ulike alternative tvisteløsningsformer, herunder forliksrådsbehandling, utenrettslig mekling og mekling og rettsmekling i domstolene. Tvisteloven § 5-4 angir at partene i så måte skal undersøke om det er mulig å løse tvisten i minnelighet før sak reises. Tvisteloven har således ulike virkemidler som kan tilrettelegge for og gi incentiver til tvisteløsningsformer som alternativer til rettergang og dom.

3.11.1 Gjeldende rett

Foreldelsesloven inneholder ingen generell regel om avbrudd av foreldelse ved minnelig tvisteløsning. Foreldelsesloven § 14 om avbrudd av foreldelse ved erkjennelse, § 15 om avbrudd av foreldelse ved rettslige skritt og § 28 om avtaler om å forelegge eller forkorte foreldelsestiden, vil imidlertid kunne ha betydning for foreldelsesfristen ved minnelig tvisteløsning. Virkningene av avbrutt foreldelse er regulert i foreldelsesloven §§ 20 til 23.

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 renter"*. Det følger av en tolkning av ordlyden og andre relevante rettskildefaktorer at det forhold at partene har innledet forhandlinger ikke alene vil være tilstrekkelig til at foreldelse avbrytes etter bestemmelsen. I relasjon til minnelig tvisteløsning kan foreldelse være avbrutt dersom fordringshaveren i den anledning uttrykkelig eller ved sin handlemåte erkjenner forpliktelsen. Fristavbrudd etter § 14 krever imidlertid en slik erkjennelse, slik at minnelig tvisteløsning verken er nødvendig eller i seg selv tilstrekkelig til å avbryte foreldelse etter bestemmelsen.

Etter foreldelsesloven § 15 avbrytes foreldelse når fordringshaveren tar rettslige skritt mot skyldneren, eksempelvis i form av forliksklage, stevning eller ved å innlede voldgiftssak. 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 er imidlertid ikke om partene innleder en form for minnelig tvisteløsning, men om fordringshaveren har tatt de påkrevde rettslige skritt.

Foreldelsesloven § 20 regulerer virkningen av avbrutt foreldelse etter § 14 ved erkjennelse. Etter denne bestemmelsen fører ikke slikt fristavbrudd til en midlertidig suspensjon av foreldelsesfristen, men til at det løper en ny foreldelsesfrist.

Foreldelsesloven § 21 nr. 1 regulerer virkningen av avbrutt foreldelse så lenge forfølgning pågår. Virkningen av at foreldelse avbrytes etter § 15, er at foreldelse ikke inntreer og at foreldelsesfristen ikke utløper mens forfølgningen pågår. Foreldelsesfristen vil verken stanses eller suspenderes, men fortsette å løpe mens den rettslige forfølgningen pågår. Det er således snakk om en utsettelse av foreldelsesvirkningen, ikke forlengelse av foreldelsesfristen. Virkningen av avbrutt foreldelse når saken ender med realitetsavgjørelse m.m er regulert i foreldelsesloven § 21 nr. 2. Bestemmelsen innebærer at det løper en ny foreldelsesfrist på ti år dersom fordringen blir bindende fastslått, herunder ved rettsforlik eller dom.

Foreldelsesloven § 22 omhandler virkningen av avbrytelse når fordringshaveren ikke oppnår realitetsavgjørelse m.m. Det følger av bestemmelsen at i slike tilfeller varer virkningen av den rettidige påtale i ett år etter at saken er avsluttet. Bestemmelsen har sammenheng med § 21 nr. 1 som innebærer utsettelse av foreldelsesvirkningen, ikke stansing eller suspensjon av foreldelsesfristen, mens den rettslige forfølgningen pågår. Etter § 21 nr. 1 kan dermed 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 snakk om utsettelse av foreldelsesvirkningen slik at foreldelsesfristen fortsatt løper, men foreldelse vil ikke inntre før tidligst etter ett år.

Etter foreldelsesloven § 28 nr. 1 annet punktum kan det etter at fordringen har oppstått avtales fristforlengelser innen nærmere angitte varighetsbegrensninger. Avtalt fristforlengelse etter denne bestemmelsen kan være en måte for partene å unngå at foreldelsesfristen løper ved forhandlinger og minnelig tvisteløsning der foreldelse på annen måte ikke er avbrutt.

3.11.2 Direktivets krav

Artikkel 18 (1) krever at foreldelsesfristen suspenderes mens minnelig tvisteløsning om kravet pågår. Med begrepet "*suspenderes*" forstås at foreldelsesfristen avbrytes midlertidig, slik at den gjenværende foreldelsesfristen vil begynne å løpe igjen når den minnelige tvisteløsningen er avsluttet. Dette er i tråd med tolkningen av artikkel 10 (4). Suspensjonen gjelder videre kun for partene som er eller var involvert eller representert i den minnelige tvisteløsningen. Suspensjonsvirkningen er heller ikke avgrenset til erstatningssøksmål som er brakt inn for domstolene. Minnelig tvisteløsning før det eventuelt er tatt ut søksmål ved domstolene skal følgelig også medføre at foreldelsesfristen suspenderes. Bestemmelsen gir partene en reell mulighet til å løse tvisten utenfor domstolene.

Begrepet "*consensual dispute resolutions*" er definert i artikkel 2 (21) og omfatter enhver mekanisme hvor partene kan oppnå utenrettslig løsning på en tvist som gjelder erstatningskrav for skade som følge av brudd på konkurransereglene. Det fremstår imidlertid som noe uklart om begrepet sikter til mer formaliserte tvisteløsningsmekanismer eller om det også er ment å dekke uformelle forhandlinger av ulik art. Hensynet til notoritet vedrørende fristsuspensjonens utgangspunkt og utløp tilsier at artikkel 18 (1) bør tolkes slik at den er begrenset til å omfatte tvisteløsningsmekanismer som er formalisert i nasjonal rett eller særskilt avtalt.

3.11.3 Departementets vurdering

Gjeldende rett tilfredsstillende ikke kravene i artikkel 18 (1). Etter departementets syn vil verken foreldelsesloven § 14 om avbrudd av foreldelse ved erkjennelse, § 15 om avbrudd av foreldelse ved rettslige skritt eller § 28 om avtaler om å forelegge eller forkorte foreldelsestiden være tilstrekkelig til å oppfylle direktivets krav. Det vil derfor være behov for særskilt gjennomføringslovgivning.

Departementet viser i den forbindelse til at foreldelse avbrytes etter § 14 når skylderen overfor fordringshaveren har erkjent forpliktelsen. At partene har initiert en minnelig tvisteløsning betyr ikke nødvendigvis at fordringshaveren har erkjent forpliktelsen. Videre bemerker departementet at virkningen av at foreldelse avbrytes etter denne bestemmelsen er at det løper en ny foreldelsesfrist, jf. foreldelsesloven § 20. Det er således ikke snakk om en suspensjon av foreldelsesfristen mens minnelig tvisteløsning pågår, slik direktivet artikkel 18 (1) gir anvisning på.

Departementet viser også til at avbrudd av foreldelse etter § 15 krever at fordringshaveren tar rettslige skritt mot skylderen, eksempelvis i form av forliksklage, stevning eller ved å innlede voldgiftssak. Artikkel 18 (1) krever på sin side suspensjon av foreldelsesfristen mens den minnelige tvisteløsningen pågår. Der slik minnelig tvisteløsning ikke er foranlediget av at fordringshaveren har tatt rettslige skritt mot skylderen etter foreldelsesloven § 15, vil heller ikke foreldelse avbrytes. Avbrudd av foreldelse etter foreldelsesloven § 15 fører heller ikke til fristsuspensjon. I stedet utsettes 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.

Departementet viser videre til at avtaler om fristforlengelse etter foreldelsesloven § 28 nr. 1 annet punktum er vesensforskjellige fra direktivets krav om at minnelig tvisteløsning skal føre til automatisk suspensjon av foreldelsesfristen mens den pågår.

På denne bakgrunn foreslår departementet at det tas inn en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-9 om at foreldelsesfristen suspenderes mens minnelig tvisteløsning pågår. Ettersom både artikkel 10 og artikkel 18 (1) gjelder foreldelse, er det hensiktsmessig at implementeringen av disse kravene inngår i samme gjennomføringsbestemmelse. Departementets forslag til lovtekst tar utgangspunkt i og ligger tett opp til formuleringen i direktivet. Som nevnt tolkes begrepet "*consensual dispute resolution*" slik at det er begrenset til tvisteløsningsmekanismer som er formalisert i nasjonal rett eller særskilt avtalt. Departementet foreslår derfor å bruke termene "*minnelig tvisteløsning som er regulert i lov eller avtalt mellom partene*". I norsk rett vil dette kunne dekke voldgift, mekling i forliksrådet etter tvisteloven kapittel 6, utenrettslig mekling etter tvisteloven kapittel 7, mekling og rettsmekling i de alminnelige domstoler etter tvisteloven kapittel 8, samt advokatmekling i samsvar med Advokatforeningens retningslinjer. Der det er snakk om å innlede slik minnelig tvisteløsning etter at foreldelse uansett er avbrutt etter eksempelvis foreldelsesloven § 15 vil implementeringen av artikkel 18 (1) innebære at foreldelsesfristen suspenderes, mens virkningen av avbrutt foreldelse reguleres av foreldelsesloven §§ 20 til 23. Departementet vil forøvrig vurdere om det er hensiktsmessig å regulere i forskrift hvilke tvisteløsningsformer som omfattes av suspensjonsregelen, samt hvilke skjæringstidspunkter for fristsuspensjon som skal gjelde. Departementet foreslår derfor at det tas inn en forskriftshjemmel i konkurranseloven § X-6 femte ledd.

3.12 Utsettelse i erstatningssaken mens minnelig tvisteløsning pågår

3.12.1 Gjeldende rett

Tvisteloven inneholder ingen enkeltbestemmelser som uttrykkelig regulerer rettens adgang til å utsette behandlingen av saken dersom partene innleder minnelig tvisteløsning. Tvisteloven har imidlertid enkelte bestemmelser som har *sider til* dette spørsmålet, herunder om ulike alternative tvisteløsningsmekanismer, rettens plikt til aktiv saksstyring og stansing.

Tvisteloven § 11-6 omhandler rettens plikt til aktiv saksstyring. Tvisteloven § 9-4 presiserer plikten til aktiv saksstyring, og det fremgår av bestemmelsens annet ledd at retten skal 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. tvisteloven § 9-4 (2) bokstav a). Tvisteloven § 8-1 angir for øvrig at retten på ethvert trinn av saken skal vurdere muligheten for å få rettstvisten helt eller delvis løst i minnelighet gjennom mekling eller rettsmekling.

Tvisteloven kapittel 16 IV regulerer stansing. Tvisteloven § 16-17 omhandler avtalt stansing og § 16-18 omhandler stansing i andre tilfeller. Ved stansing avbrytes behandling av saken midlertidig, og frister opphører å løpe, jf. tvisteloven § 16-15 (1). Tvisteloven § 16-17 gir partene adgang til å avtale stansing én gang under sakens behandling, og den må gjelde i minst seks måneder. Dette kan eksempelvis gjøres for å undersøke mulighetene til å fremforhandle en forliksløsning. Saken heves når den har vært stanset i to år. For øvrig kan retten etter tvisteloven § 16-18 (2) stanse saken

"dersom tungtveiende grunner ellers taler for det". I denne vurderingen skal det legges vekt på behovet for hurtig, forsvarlig og kostnadseffektiv behandling. Ordlyden avgrenser for øvrig ikke hvilke grunner som vil være relevante, annet enn at terskelen er forholdsvis høy. Det kan derfor ikke utelukkes at minnelig tvisteløsning undertiden skulle kunne anses som en kvalifisert grunn for stansing etter denne bestemmelsen.

3.12.2 Direktivets krav

Artikkel 18 (2) krever at nasjonale domstoler skal kunne utsette behandlingen av et erstatningssøksmål i opptil to år dersom partene deltar i minnelig tvisteløsning om det samme kravet som erstatningssøksmålet gjelder. Det fremgår av fortalen til direktivet, at når domstolene tar stilling til om saken skal utsettes, bør den ta hensyn til fordelene ved en hurtig prosedyre.

Direktivet krever ikke at nasjonale domstoler *skal* utsette behandlingen av saken. Det er tilstrekkelig at domstolen *kan* utsette behandlingen. Direktivet tar imidlertid ikke uttrykkelig stilling til om at det kreves at domstolene alene skal ha kompetanse til å beslutte at behandlingen av saken utsettes, eller om det eksempelvis er akseptabelt at utsettelse også kreves av partene.

Direktivet forklarer ikke hva en utsettelse av behandlingen av saken innebærer. Direktivet tilsikter å fremme bruken og effektiviteten av minnelig tvisteløsning. Det sentrale etter artikkel 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.

3.12.3 Departementets vurdering

Gjeldende rett synes å være i samsvar med direktivets krav. Det vil derfor ikke være behov for særskilt gjennomføringslovgivning, men kun en presisering. Departementet viser i den forbindelse til at det er flere forhold som bidrar til å redusere behovet for særskilte gjennomføringstiltak for å tilfredsstillere direktivets krav.

Tvistelovens dels omfattende regulering av og fleksible tilnærminger til ulike minnelige tvisteløsningsmekanismer vil etter departementets syn redusere det praktiske behovet for en uttrykkelig 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 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 prosesshandlinger 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 og 16-18 relevant i denne sammenheng. En mulighet til å utsette behandlingen av saken som er begrenset til en kortere periode enn to år vil imidlertid ikke tilfredsstillere kravet i direktivet.

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

Etter departementets vurdering er det likevel tvilsomt om gjeldende norsk rett tilfredsstillende kravet om at regler som gjennomfører direktiver må være tilstrekkelig klar og utvetydig formulert. Departementet anser at en hensiktsmessig gjennomføringsmetode her vil være å lovfeste en presisering av at stansingshjemmelen i tvisteloven § 16-18 skal anses anvendelig i de tilfellene direktivet krever.

På denne bakgrunn forslår departementet at det tas inn en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-9 første ledd om at retten kan stanse saken etter tvisteloven § 16-18 dersom partene innleder minnelig tvisteløsning.

3.13 Minnelig tvisteløsning som formildende omstendighet ved bøteutmålingen

3.13.1 Gjeldende rett

Konkurranseloven § 29 omhandler overtredelsesgebyr ved brudd på konkurranseloven. Bestemmelsen kommer tilsvarende til anvendelse når norske konkurransemyndigheter håndhever artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen, jf. EØS-konkurranseloven § 6. Det følger av § 29 annet ledd annet punktum at det ved fastsettelse av gebyrets størrelse, særlig skal legges vekt på foretakets omsetning, overtredelsens grovhet og varighet, samt lempning. Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr § 3 angir nærmere hvilke utmålingsmomenter som er relevante i vurderingen. Ingen av disse bestemmelsene nevner uttrykkelig erstatning som betales etter minnelig tvisteløsning som en formildende omstendighet. Verken konkurranseloven § 29 eller forskriften § 3 angir imidlertid uttømmende hvilke momenter som skal vektlegges.

Kommisjonens og ESAs retningslinjer for utmåling av bøter for overtredelser av konkurransereglene, nevner heller ikke uttrykkelig erstatningsutbetaling etter minnelig tvisteløsning som en formildende omstendighet. Disse retningslinjene kan heller ikke anses for å gi en uttømmende opplisting av formildende omstendigheter. Det fremgår av rettspraksis fra EU-domstolen at en rekke omstendigheter kan hensyntas ved bøteutmålingen, og at det ikke kan oppstilles noen uttømmende liste over relevante utmålingsmomenter. Det finnes for øvrig enkelte eksempler på at Kommisjonen har ansett utbetalt erstatning som en formildende omstendighet ved bøteutmålingen.

På denne bakgrunn kan det ikke utelukkes at det etter gjeldende rett undertiden vil kunne være relevant å anse utbetaling av erstatning etter minnelig tvisteløsning som en formildende omstendighet ved bøteutmålingen.

3.13.2 Direktivets krav

Etter artikkel 18 (3) skal konkurransemyndighetene kunne anse erstatningsutbetaling etter minnelig tvisteløsning som en formildende omstendighet ved utmålingen av en eventuell bot.

Bestemmelsen kan ses på som et virkemiddel for å ivareta hensynene til å fremme anvendelsen og effektiviteten av minnelig tvisteløsning. Artikkel 18 (3) angir ikke at en konkurransemyndighet *skal* anse erstatning som utbetales etter minnelig tvisteløsning som en formildende omstendighet i en eventuell bøteutmåling, men bare at den *kan* vurdere slik utbetaling som relevant.

Artikkel 18 (3) er ikke uttrykkelig utformet som en plikt for medlemsstatene til å sikre at nasjonal rett skal ha et nærmere angitt innhold. Det kan derfor spørres om bestemmelsen oppstiller en plikt til at konkurransemyndighetene skal kunne vektlegge erstatningsutbetaling etter minnelig tvisteløsning som en formildende omstendighet ved bøteutmåling. Alternativt kan bestemmelsen forstås som en

presisering av at EU/EØS-retten ikke er til hinder for at en konkurransemyndighet hensyntar slik erstatningsutbetaling som en formildende omstendighet. Fraværet av en henvisning til at medlemsstatene skal sikre en nærmere angitt rettsstilling kan trekke i retning av at artikkel 18 (3) bør forstås kun som en slik presisering. Løsningen er imidlertid ikke klar, og departementet vil avklare dette tolkningsspørsmålet med Kommisjonen.

3.13.3 Departementets vurdering

Departementet legger til grunn at dersom artikkel 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 tilfelle at direktivet skal forstås som en plikt til at konkurransemyndighetene *skal kunne* vektlegge erstatningsutbetaling etter minnelig tvisteløsning som en formildende omstendighet ved bøteutmålingen, må det vurderes om norsk rett tilfredsstillende direktivets krav.

Artikkel 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 derfor uansett være tilstrekkelig at en konkurransemyndighet *kan* ta slike hensyn.

Verken konkurranseloven § 29 eller forskrift om utmåling og lemping av overtredelsesgebyr § 3 nevner uttrykkelig erstatning som betales etter minnelig tvisteløsning som en formildende omstendighet. Disse rettskildene 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 uttrykkelig 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 ikke bør oppstilles strenge krav. Heller ikke forordning 1/2003 eller Kommisjonens og ESAs retningslinjer for utmåling av bøter for overtredelser av konkurransereglene nevner erstatningsutmåling eller minnelig tvisteløsning som en formildende omstendighet. Det har formodningen mot seg at direktivet skulle oppstille strengere krav til nasjonal rett om presisering av hvilke omstendigheter som kan anses som formildende 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 artikkel 18 (3) krever særskilte gjennomføringstiltak i norsk rett.

Departementets foreløpig vurdering er at gjeldende rett synes å være i samsvar med direktivet artikkel 18 (3). På denne bakgrunn er det etter departementets syn ikke påkrevd med noen særskilt gjennomføringstiltak i norske rett for å tilfredsstillende kravene i artikkel 18 (3).

3.14 Solidaransvar og regress i forbindelse med minnelig tvisteløsning

3.14.1 Gjeldende rett

Etter norsk rett følger prinsippene om solidaransvar og regress av skadeserstatningsloven § 5-3. Norsk rett regulerer imidlertid ikke betydningen av minnelige løsninger for solidaransvar og regress

eksplisitt. Men enkelte aspekter ved dette kan sies å være gjenspeilet i norsk rett, ut fra en tolkning av prinsippet om full kompensasjon og skadeserstatningsloven § 5-3.

Der det er inngått forlik eller det er foretatt en frivillig erstatningsutbetaling, må det være klart at dette vil komme til fradrag fra det skadelidte eventuelt ville kunne kreve fra solidarisk ansvarlige. Dette vil imidlertid måtte knyttes til det faktiske forliksbeløpet, samtidig som den forlikende skadevolder (A) 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.

3.14.2 Direktivets krav

Artikkel 19 regulerer virkningene av minnelig tvisteløsning for solidaransvar og regress. Bestemmelsen er begrunnet i hensynet til at en kartelldeltaker som forliker ikke skal stilles dårligere enn om forliket ikke var blitt inngått. Det anses å være en fare for dette dersom skadevolder (A) som forliker, skulle fortsatt være fullt ut solidarisk ansvarlig for skaden kartellet har påført. Dersom andre kartelldeltakere 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 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 i regressomgangen bare være ansvarlig for en forholdsmessig del av den forlikende skadelidtes tap), 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.

Artikkel 18 (1) 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 overtredene.

Artikkel 18 (2) innebærer at skadelidte som har forlikt med en kartelldeltaker bare kan gjøre et eventuelt restkrav (i form av differanse mellom (A)s pro-rata-andel og reelt tap), gjeldende overfor kartelldeltakere som ikke har inngått forliket. I henhold til artikkel 18 (3) gjelder dette bare dersom øvrige deltakere er søkegode. Hvis dekningen ikke kan oppnås hos andre, kan restkravet gjøres gjeldende overfor deltakeren 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 artikkel 18 (2) at kartelldeltakere som må dekke restkravet, ikke kan kreve regress fra kartelldeltageren som forlikte.

Samlet sett kan disse bestemmelsene 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 erstatningsutbetaling, selv om den kanskje ikke vil dekke det fulle tapet.

Artikkel 18 (4) gjelder regressomgangen, og pålegger domstolene en plikt til å ta behørig hensyn til erstatningsutbetalinger etter forlik i den ordinære regressrunden. Denne bestemmelsen gjelder således ikke den enkelte kundens krav, men innebærer at erstatning utbetalt til en kunde kan tas hensyn til ved regresskrav for erstatningsutbetaling til andre kunder. Bestemmelsen innebærer ikke en absolutt regel om at erstatning utbetalt etter forliket skal gå i krone for krone i fradrag i regressrunden, men at det skal tas tilbørlig hensyn til dette.

3.14.3 Departementets vurdering

Gjeldende rett tilfredsstillende ikke direktivets krav fullt ut. Det vil derfor være behov for særskilt gjennomføringslovgivning.

Selv om direktivets krav delvis kan anses å være i tråd med gjeldende norsk rett, fremstår reglene i artikkel 19 (1) til (3) som såpass spesielle at departementet anbefaler at mekanismene inntas i lov som særbestemmelser.

Artikkel 19 (4) representerer en mindre absolutt regel, ettersom den bare sier at det skal tas tilbørlig hensyn til andre forliksutbetalinger. Ut i fra direktivets vektlegging av forliksløsninger, må det antas at presumsjonsprinsippet vil kunne påvirke tolkningen av skadeserstatningsloven § 5-3 (2) om regress slik at det allerede etter gjeldende rett vil kunne tas slikt hensyn. Direktivet pålegger imidlertid domstolene en plikt til å ta hensyn til slike utbetalinger, mens skadeserstatningslovens bestemmelser om regress er ganske skjønnsmessig utformet, jf. henvisningen til "*forholdene ellers*". Det vil derfor være behov for en klarere forankring i lovverket for å sikre en tilstrekkelig klar gjennomføring av direktivet på dette punktet. Departementet anbefaler derfor at det inntas en særskilt bestemmelse som pålegger domstolene en plikt til å ta tilbørlig hensyn til andre forliksutbetalinger.

På denne bakgrunn foreslår departementet at det inntas en ny bestemmelse i konkurranseloven § X-5 som reflekterer kravene i artikkel 19 (1) til (4) sammen med de andre bestemmelsene som gjelder solidaransvar og regress.

4 ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER

Gjennomføring av direktivet i norsk rett vil ikke innebære betydelige økonomiske eller administrative konsekvenser, men det antas at det vil føre til at det anlegges flere etterfølgende erstatningssøksmål ("follow-on") for norske domstoler for skade som følge av brudd på konkurransereglene. Det vises i den forbindelse til at direktivet fjerner en rekke hindringer for utøvelsen av retten til full kompensasjon, og dermed gir skadelidte økte incentiver til å anlegge erstatningssøksmål. Direktivet er følgelig et viktig steg mot en mer effektiv privat håndheving av EU/EØS-konkurransereglene.

Når direktivet er gjennomført i de nasjonale rettsordenene, vil det bidra til en forbedring av situasjonen med underutviklet og skjev privat håndheving av EU/EØS konkurransereglene. Direktivet fjerner som nevnt viktige hindre for effektive erstatningssøksmål i EØS-statenes nasjonale lovgivning. Direktivet harmoniserer delvis nasjonal rett for erstatning for skade som følge av brudd på konkurransereglene. Direktivet gir blant annet skadelidte lettere tilgang til bevis som de trenger for å dokumentere det tapet de har blitt påført og lengre frister for å anlegge søksmål. Frem til nå har det vært vanskelig å utøve denne retten til full kompensasjon for alle bortsett fra de største selskapene. Ved delvis å harmonisere nasjonale erstatnings- og sivilprosessuelle regler på området, vil søksmål for å få kompensert økonomisk tap bli et realistisk alternativ også for mindre selskaper

og forbrukere. Dette gir garantier for at alle EØS-statene har noen grunnleggende regler på plass som er nødvendige for at retten til full erstatning skal kunne utøves effektivt.

Ettersom det er svært ressurskrevende å bevise overtredelse av konkurransereglene i en erstatnings-sak som ikke bygger på et vedtak truffet av konkurransemyndighetene ("stand-alone"), er det realistisk å anta at erstatningssøksmål etter direktivet normalt vil være begrenset til etterfølgende søksmål ("follow-on"). På den måten kan skadelidte og domstolene i stor grad legge til grunn overtredelsesspørsmålet slik dette er vurdert i overvåkningsorganenes og nasjonale konkurranse-myndigheters vedtak. På bakgrunn av en slik antakelse, vil det øvre taket for antall erstatnings-søksmål som vil kunne bli anlagt tilsvare antall saker der Kommisjonen, ESA eller nasjonale konkurransemyndigheter i EØS treffer vedtak om brudd på konkurransereglene.

En slik omfattende økning i antall søksmål er imidlertid ikke forventet. I de medlemsstatene som allerede har på plass særskilte regler om privat håndheving av konkurransereglene, viser erfaringen at antall etterfølgende erstatningssøksmål på ingen måte sammenfaller med det totale antall vedtak truffet av Kommisjonen og nasjonale konkurransemyndigheter. En [konsekvensanalyse](#) i Storbritannia viser at etterfølgende erstatningssøksmål for nasjonale domstoler bare er anlagt i veldig få antall saker etter at regelverket trådte i kraft. Av 21 saker i perioden 2000 - 2007 der The Office of Fair Trading (OFT) konstaterte brudd på konkurransereglene, ble det bare anlagt etterfølgende erstatningssøksmål av forbruker i to av disse sakene. Av 45 selskaper som ble påført skade som følge av brudd på konkurransereglene, var det bare fem selskaper som anla søksmål.

Erstatningssøksmål er ressurskrevende prosesser, både økonomisk og tidsmessig. Utgangspunktet i norsk sivilprosess er at tapende part skal bære egne og motpartens saksomkostninger. Det er flere grunner til at skadelidte ikke vil ønske å anlegge erstatningssøksmål, selv om en rekke hindringer for dette fjernes. Det vises i den forbindelse til at dersom skadelidte ikke får medhold av retten, vil de måtte bære egne og motpartens saksomkostninger, som kan bli betydelige i slike saker. Disse betraktningene vil kunne gjøre seg gjeldende både for forbruker og virksomheter. Videre kan SMB som er i fortsatt kontraktsforhold frykte at dere gode forretningsrelasjon med overtredere blir ødelagt dersom de saksøkes. Departementet antar på denne bakgrunn at implementeringen av direktivet i norsk rett vil gi en viss, men ikke betydelig økning i antall etterfølgende erstatningssøksmål for norske domstoler

Departementet bemerker imidlertid at det er vanskelig å si noe sikkert om hvor stor denne økningen i antall erstatningssøksmål vil bli før man ser hvordan reglene blir implementert og anvendt i Norge/EØS. Det følger av direktivet artikkel 20 at Kommisjonen skal ta direktivet opp til revisjon og utgi en rapport til Parlamentet og Rådet innen 27. desember 2020.

Når det gjelder kostnader forbundet med gjennomføring av direktivet i norsk rett, kan det skilles mellom:

Saksomkostninger

Direktivet vil i utgangspunktet føre til en økning i de totale saksomkostningene knyttet til slike saker ettersom det trolig vil anlegges flere erstatningssøksmål for norske domstoler. Det vises i den forbindelse særlig til at det etter norsk rett er adgang til å anlegge gruppesøksmål. Men samtidig vil nivået på saksomkostningene i den enkelte sak kunne reduseres noe ved at det innføres en

presumsjon for skade (som kan motbevises) og ved at partene stimuleres til minnelig tvisteløsning, noe som er en mer kostnadseffektiv måte å løse tvisten på. Gruppesøksmål kan dessuten gi enkelte effektivitetsgevinster. Departementet legger derfor til grunn av økningene i saksomkostningene vil bli lave.

Administrative byrder

Direktivet vil som nevnt føre til at det anlegges flere erstatningssøksmål. Konkurransemyndighetene vil følgelig kunne motta flere begjæringer om innsyn i saksdokumenter. Domstolene skal også kunne be Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemda om bistand i forbindelse med erstatningsutmålingen og be om uttalelse ved tvil om hvilken kategori et bevis skal anses å falle inn under. Direktivet inneholder imidlertid bestemmelser som gir økt beskyttelse av den offentlige håndhevingen av konkurransereglene, noe som bidrar til å redusere den administrative byrden for konkurransemyndighetene. På denne bakgrunn legger departementet til grunn at de administrative byrdene for konkurransemyndighetene er lave.

Ettersom det antas at antall etterfølgende søksmål vil øke, vil dette føre til en økt administrativ byrde for domstolene. Erstatningssøksmål for skade som følge av brudd på konkurransereglene, er etter sin art svært komplekse. Det stilles videre store krav til nasjonale domstoler i slike saker ved at de må ta hensyn til tidligere avgjørelser og parallelle saker for nasjonale domstoler i andre EØS-stater. Det vil også være behov for opplæring av dommere. Adgangen for domstolene til skjønsmessig utmåling av tapet reduserer noe av den administrative byrden og øker samtidig sannsynligheten for minnelig tvisteløsning. Departementet legger derfor til grunn at de administrative byrdene for domstolene er lave.

5 MERKNADER TIL ENDRINGSFORSLAGENE

Til § 34. Foreldelse

Konkurranseloven § 34 oppheves, og bestemmelsens materielle innhold tilpasses og flyttes til sjette og syvende ledd i ny § X-6 om foreldelse.

Til ny § X-1. Virkeområde

Bestemmelsen presiserer at kapittelet gjelder krav om tilbakebetaling av merpris og annen erstatningsberettiget skade uavhengig av rettsgrunnlaget for dette, dvs. både krav på avtalerettslig og erstatningsrettslig grunnlag (tilbakebetaling og erstatning i og utenfor kontrakt). Departementet har ovenfor i kapittel 2.3.3 redegjort for hvorfor det anses nødvendig å gjennomføre direktivets regler "på tvers" av grunnlagene for tilbakebetaling etter norsk rett. Bestemmelsen angir videre ansvarsgrunnlagene (adferdsreglene) i konkurranseloven og EØS-avtalen og avgrensar de relevante konkurransemyndighetene. Departementet viser i den forbindelse til Prop. 37 L (2015-2016 Endringer i konkurranseloven (Konkurransklagenemda, kartellforlik m.m) og forslag til endringer i § 8, der Konkurransklagenemda føyes til som del av konkurransemyndighetenes organisasjon. Bestemmelsen forutsetter full og symmetrisk desentralisert håndheving av artikkel 53 og 54 EØS i både EU- og EFTA-pilarene.

Til ny § X-2. Kompensasjon til skadelidte

Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 3, og slår fast prinsippet om full erstatning, gjennom henvisning til skadeserstatningsloven § 4-1 om at erstatningen skal dekke den skadelidtes økonomiske tap. Dette er strengt tatt ikke nødvendig for å gjennomføre direktivet på dette punkt,

men departementet velger likevel å innta en slik henvisning av pedagogiske og retts tekniske grunner. Videre hjemler bestemmelsen renter fra skadetidspunktet, noe som etter gjeldende norsk rett bare følger av rettspraksis og derfor ikke tilfredsstillende klarhetskravet. Bestemmelsen er gjort nøytral med hensyn til grunnlaget for kravet.

Til ny § X-3. Overvelting av merpris

Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 12, 13 14 og 15. Rekkefølgen er noe endret, og teksten er tilpasset en enklere lovstruktur enn direktivet.

Første ledd gjennomfører artikkel 12 (1) og 14 (1), og slår fast at erstatning skal svare til den del av skaden som faller på hvert enkelt ledd i verdikjeden. Poenget er altså at merprisen må "fordeles" på det enkelte leddet i verdikjeden, avhengig av om den er veltet videre og i tilfelle med hvor mye. Bestemmelsen er nødvendig for å klargjøre at overveltede tap representerer en adekvat skade, og hjemler følgelig overvelting som grunnlag for et krav.

Annet ledd gjennomfører artikkel 13, og anerkjenner såkalt "passing-on" som forsvar, 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 bevis tilgang skal gjelde begge veier, dvs. også i favør av overtredere som benytter "passing-on" som forsvar mot et krav. Ettersom departementet 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 artikkel 14 (2) om når overvelting 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 rettsaker slik at man risikerer over- eller underkompensasjon. Kravene følger av direktivet artikkel 15. Sjette ledd viser til at Luganokonvensjonen artikkel 28 gjelder tilsvarende.

Syvende ledd fastsetter at hele paragrafen om overvelting skal anvendes "speilvendt" dersom overtredelsen foregår på kjøpersiden (innkjøpskartell).

Til ny § X-4. Erstatningsutmåling

Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 17 om skadepresumsjon og skjønnsmessig utmåling av erstatning, og hjemler også skjønnsmessig fastsettelse av overvelting etter artikkel 12 (5). Hjemmelen for skjønnsmessig utmåling bygger på den nå opphevede tvistemålsloven § 192. Tredje ledd om bistand fra Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemda eller konkurransemyndigheter i andre EØS-stater gjennomfører artikkel 17 (3).

Til ny § X-5. Solidaransvar og regress

Prinsippet om solidaransvar og pro rata-ansvar i regressomgangen følger av skadeserstatningsloven § 5-3 (1) og (2), 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 skadeserstatningsloven § 5-3, noe som gjenspeiles i første ledd.

Annet 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 departementet 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 forlikbeløpet. Et eventuelt overskytende beløp, som er praktisk der kunden har handlet med andre i kartellet, eller der den 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 søkegode. Siste punkt gjennomfører kravet om at det i regressrunden også skal tas hensyn til andre forliksutbetalinger. Fjerde ledd gjennomfører direktivet artikkel 19.

I bestemmelsens sjette ledd er det inntatt særregler om beskyttelse av "små- og mellomstore bedrifter" (SMB) som definert i Kommisjonens anbefaling 2003/361/EF. I den engelske språkversjonen av direktivet artikkel 11 (2) (a) er det oppstilt som et vilkår at "*its market share in the relevant market was below 5 % at any time during the infringement of competition law*". Her er det forskjeller mellom de ulike språkversjonene, men departementet bemerker at ordlyden må forstås slik at markedsandelen må ha vært under 5 % under hele overtredelsen. Dette sammenfaller også med Kommisjonens egen forståelse. Departementet har i kapittel 3.5.2 gjort nærmere rede for hva som ligger i begrepet "små og mellomstore bedrifter". Kommisjonen vil kunne endre denne definisjonen ved behov. Definisjonen er videre såpass omfattende, at det ikke er ønskelig å ta inn hele definisjonen i lovteksten. Departementet finner det derfor hensiktsmessig å henvise direkte til Kommisjonens anbefaling i lovens ordlyd.

Til ny § X-6. Foreldelse

Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 10 om foreldelse og artikkel 18 (1) om suspensjon av foreldelsesfrist ved minnelig tvisteløsning.

Første ledd gjennomfører direktivets regler om fristens starttidspunkt, og annet ledd gjennomfører direktivets foreldelsesfrist på fem år.

Tredje og fjerde ledd inneholder bestemmelser om suspensjon av fristen i tilfelle konkurransemyndighetene tar skritt for å etterforske overtredelsen og ved minnelig tvisteløsning. Etter artikkel 10 (4) er fristavbrudd et alternativ til fristsuspensjon. Som nevnt tidligere mener departementet at det er hensiktsmessig at den rettslige reguleringen av henholdsvis artikkel 10 (4) og 18 (1) i norsk rett er konsistent, slik at suspensjonsalternativet velges også for å gjennomføre artikkel 10.

Femte ledd inneholder en forskriftshjemmel for Kongen til å kunne presisere hvilke tvisteløsningsmekanismer som skal omfattes av fjerde ledd, samt hvilke skjæringstidspunkter for fristsuspensjon som skal gjelde.

Sjette ledd fastslår at foreldelsesloven gjelder så langt den passer. Dette omfatter blant annet den absolutte foreldelsesfristen på 20 år.

I bestemmelsens syvende ledd fremgår det at selv om foreldelsestiden er ute, kan krav etter dette kapitlet settes frem ved særskilt søksmål. Et slikt søksmål må reises innen 1 år etter at det foreligger endelig vedtak eller rettskraftig dom i saken.

Til ny § X-7. Bevisforbud og bevistilgang

Bestemmelsen gjennomfører de særreglene som er nødvendig. Som vist i kapittel 3.6, vil direktivets krav om tilgang til bevis mv. allerede være oppfylt i norsk rett. Bestemmelsen må ses i sammenheng med de foreslåtte endringene i konkurranseloven §§ 26, 27 og 27 a, som utvider beskyttelsen for visse dokumenter i konkurransemyndighetenes saksmappe, jf. Prop. 37 L (2015-2016) Endringer i konkurranseloven (Konkurransklagenemd, kartellforlik mm.).

Første ledd gjennomfører artikkel 6 (5) og 7 (2). Departementet foreslår å gjennomføre begge bestemmelsene som bevisforbud, for å forenkle lovstrukturen og for å harmonere best mulig med gjeldende sivilprosess. I direktivet inneholder artikkel 6 (5) forbud mot "disclosure", mens artikkel 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. tvisteloven § 21-5, jf. § 26-7 (2). Det vises til fremstillingen ovenfor.

Annet ledd gjennomfører artikkel 6 (6) og 7 (1), på tilsvarende måte som i første ledd.

Tredje ledd gjennomfører direktivet artikkel 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 særlig godt. Departementet mener likevel at dette er den sanksjonsformen som best harmonerer med det norske sivilprosessuelle systemet.

Fjerde ledd gjennomfører artikkel 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 og Konkurransklagenemda.

Femte ledd pålegger retten ved vurdering av bevistilgang å ta hensyn til behovet for effektiv håndheving av konkurransereglene, dvs. først og fremst hensynet til ikke å svekke incentivene til å overgi informasjon til konkurransemyndighetene. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 6 (4).

Sjette ledd gjennomfører artikkel 6 (10) og fastsetter at bevistilgang hos konkurransemyndighetene er sekundært, og syvende ledd gjennomfører artikkel 6 (11) og hjemler adgang for Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemda til å avgi uttalelse om bevistilgang.

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-stater.

Til ny § X-8. Betydningen av vedtak fra EØS-statenes konkurransemyndigheter

Første ledd gjennomfører artikkel 9 (1) om at overtredelser av konkurransereglene som er fastslått av konkurransemyndighetene må legges til grunn ved et etterfølgende krav om erstatning eller tilbakebetaling. Slik lovteksten er utformet, gjelder dette for konkurransemyndighetenes vedtak bare i tilfeller hvor de er forpliktet etter EØS-konkurranseloven § 7 første ledd til å anvende EØS-avtalens konkurranseregler, dvs. der samhandelen er påvirket. Det legges ikke opp til en frivillig harmonisering på dette området, slik at Konkurransetilsynets og Konkurranselagenemdas vedtak følgelig ikke har bindende virkninger også der forholdet utelukkende er vurdert etter konkurranseloven § 10 eller § 11.

Annet ledd gjennomfører artikkel 9 (2) om bevisvirkninger av vedtak eller rettskraftige dommer som opprettholder slike vedtak fra andre EØS-stater.

Til ny § X-9. 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 overvelting av overpris i det samme sakskomplekset. Første ledd gjennomfører artikkel 18 (2). Annet ledd bidrar til å oppfylle kravene i artikkel 12 (2) og 15 (1) om å unngå over- eller underkompensasjon ved at "samme" overpris behandles ulikt i forskjellige rettssaker. Departementet finner det også hensiktsmessig å presisere at tvisteloven § 15-6 for samme formål kan benyttes som grunnlag for forening av saker.

Forslag til lov om endringer i konkurranseloven

I

I lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) gjøres følgende endringer:

Kapittel 7. Sanksjoner og tvangsmulkt

§ 34. Foreldelse

Oppheves.

Kapittel X. Privat håndheving

§ X-1. Virkeområde

Kapittelet gjelder krav om tilbakebetaling av merpris og erstatning i og utenfor kontrakt for skade som følge av overtredelser av konkurranseloven § 10 og § 11 og artikkel 53 og artikkel 54 i EØS-avtalen.

Med konkurransemyndighet forstås etter dette kapittelet Konkurransetilsynet og Konkurranseskagenemda, jf. konkurranseloven § 8, konkurransemyndigheter i andre EØS-stater, EFTAs overvåkningsorgan og Europakommisjonen, med mindre annet er særskilt fastsatt.

§ X-2. Kompensasjon til skadelidte

For krav etter dette kapittelet gjelder skadeserstatningsloven § 4-1. Skadelidte kan kreve renter fra det tidspunktet 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 forbruker, skal erstatningen svare til den del av merprisen som har falt på hvert ledd. 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 erstatningsberettiget økonomisk tap eller grunnlag for tilbakebetaling 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 erstatningsberettiget økonomisk tap. Den indirekte kunden skal anses å ha lidt et slikt tap dersom han sannsynliggjør at

- a) saksøkte har overtrådt konkurransereglene som definert i § X-1*
- b) overtredelsen ledet til en merpris, og*
- c) 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

- a) saker om tilbakebetaling eller erstatning som vedrører samme saksforhold, men er anlagt av saksøkere i andre ledd i verdikjeden,*
- b) rettskraftige avgjørelser i saker som nevnt i bokstav a), og*
- c) annen offentlig tilgjengelig informasjon fra konkurransemyndighetenes eventuelle etterforskning.*

Luganokonvensjonen artikkel 28, jf. tvisteloven § 4-8, gjelder tilsvarende.

Paragrafen her gjelder tilsvarende overfor den ansvarliges leverandører.

§ X-4. Erstatningsutmåling

Med mindre saksøker sannsynliggjør det motsatte, skal kartellovertredelser anses å ha forårsaket merpris.

Dersom bevis for tapets størrelse, eller et overveltet beløp etter § 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, Konkurransklagenemda og konkurransemyndigheter i andre EØS-stater bistå retten med å fastsette et økonomisk tap.

§ X-5. Solidaransvar og regress

For krav etter dette kapitlet gjelder skadeserstatningsloven § 5-3, med de tilpasninger som følger av paragrafen her.

Et foretak som er innvilget hel lempning etter § 30 i forskrift til EØS-konkurranseloven, forordning (EF) 1/2003 eller tilsvarende lempningsordninger i andre EØS-stater, er bare solidarisk ansvarlig overfor

- a) egne direkte eller indirekte kunder eller leverandører, og*
- b) andre skadelidte bare dersom full kompensasjon ikke kan oppnås fra andre som er solidarisk ansvarlige for samme overtredelse.*

Et foretak som nevnt i annet ledd er i regressomgangen bare ansvarlig for den skade det har påført egne direkte eller indirekte kunder eller leverandører.

Dersom det er inngått forlik gjelder i tillegg følgende bestemmelser:

- a) Dersom det er inngått forlik med én av flere solidariskyldnere, skal skadelidtes krav overfor medskyldnerne reduseres med den forlikende parts pro rata andel.*
- b) 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.*
- c) Dersom ikke noe annet er avtalt, gjelder bestemmelsen i bokstav b) første setning likevel ikke dersom medskyldnerne ikke er søkegode.*
- d) Ved fastsettelsen av andre regresskrav skal retten ta tilbørlig hensyn til utbetalinger foretatt i forbindelse med inngått forlik.*

Små- og mellomstore bedrifter som definert i Kommisjonens anbefaling 2003/361/EF er bare ansvarlige overfor egne direkte og indirekte kunder, på de vilkår at

- a) bedriftens andel av det relevante markedet til enhver tid i løpet av overtredelsen var under 5 %, og*
- b) 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.*

Bestemmelsen i femte 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 konkurransereglene som definert i § X-1 eller tilsvarende regler i andre EØS-stater.

§ X-6. Foreldelse

Foreldelsesfristen regnes fra den dag overtredelsen av konkurransereglene som definert i § X-1 opphører og saksøker har eller med rimelighet kan forventes å ha kjennskap til:

- a) atferden og at den utgjør en overtredelse av konkurranseretten,
- b) at overtredelsen av konkurranseretten har forvoldt saksøkeren skade, og
- c) 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.

Kongen kan gi forskrift om hvilke tvisteløsningsformer som skal omfattes av fjerde ledd, samt hvilke skjæringstidspunkter for fristsuspensjon som skal gjelde.

Foreldelsesloven, herunder § 9 og § 11, gjelder så langt den passer.

Selv om foreldelsestiden er ute, kan krav etter dette kapitlet settes frem ved særskilt søksmål. Et slikt søksmål må reises innen 1 år etter at det foreligger endelig vedtak eller rettskraftig dom i saken.

§ X-7. Bevisforbud og bevistilgang

Så lenge saken for konkurransemyndighetene ikke er avsluttet, kan det under domstolsbehandling av et krav etter kapitlet her, ikke føres bevis om

- a) opplysninger som er utarbeidet av en fysisk eller juridisk person spesifikt til bruk for konkurransemyndighetenes saksbehandling,
- b) opplysninger som er utarbeidet av konkurransemyndighetene og oversendt til partene i forbindelse med konkurransemyndighetenes saksbehandling, og
- c) forliksinnlegg etter § 29 a som er trukket tilbake.

Under domstolsbehandling av krav etter dette kapitlet, kan skylderklæringer i lempningssøknader og forliksinnlegg, jf. § 27 annet ledd, ikke føres som bevis. Tvisteloven § 22-3 annet og tredje ledd gjelder ikke.

Andre bevis som er innhentet ved innsyn etter § 26, kan bare føres som bevis under domstolsbehandling av, 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 konkurransemyndigheten 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 håndheving av konkurransereglene som definert i § X-1.

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 og Konkurransklagenemda 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 konkurransemyndighetene i andre EØS-stater.

§ X-8. Betydningen av vedtak fra EØS-statenes konkurransemyndigheter

Når et krav etter dette kapittelet bygger på en overtredelse som er fastslått i et endelig vedtak av Konkurransetilsynet eller Konkurransklagenemda, jf. § 8, eller i en rettskraftig dom som opprettholder vedtaket i en sak der Konkurransetilsynet og Konkurransklagenemda har plikt til å anvende artikkel 53 eller artikkel 54 i EØS-avtalen, 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 dette kapittelet bygger på en overtredelse som er fastslått i et vedtak av konkurransemyndighetene i en annen EØS-stat, 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. 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 det er tilrådelig for å unngå situasjoner som nevnt i § X-3 femte ledd. På samme vilkår kan saker forenes etter tvisteloven § 15-6.

II

Endringene trer i kraft fra den tid Kongen bestemmer.