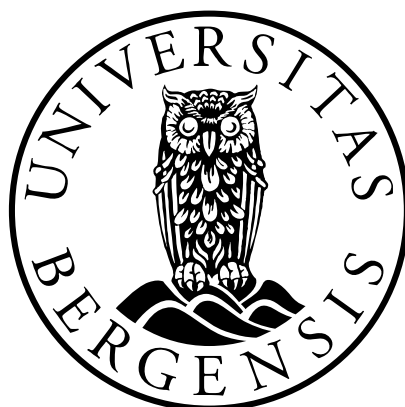


Konsekvenser for privat håndhevelse av EØS-avtalens
konkurranseregler, dersom EUs håndhevelsesdirektiv
ikke implementeres i avtalen.

Problematikken med sivilprosessuelle regler i EØS-avtalen.

Kandidatnummer: 198877

Antall ord uten kildeliste og innholdsfortegnelse: 10 540



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

9.12.2014

Forord

Dette har for meg vært en utfordrende oppgave, men samtidig har det vært en lærerik prosess. Jeg har til tider befunnet meg på ville veier og jeg må sende en stor takk til min veileder som har hanket meg inn på sporet igjen. Jeg vil også takke min far som tålmodig har lest korrektur og utfordret meg til å begrunne mine standpunkt.

Forord	2
1. Innledning	5
1.1 Økt fokus på privat håndhevelse av EUs konkurranseregler	5
1.2 Forbehold	6
1.3 Presisering og avgrensning av oppgaven.	7
2. Om direktivet	8
2.1 Direktivets bakgrunn	8
2.2 Direktivets kodifisering av gjeldende EU-rett	9
2.3 Hvor direktivet går lengre enn gjeldende EU- rett	10
3. EFTA-statenes kommentarer	12
3.1 EFTA-statenes innsigelser	12
3.2 Rettsgrunnlaget for EFTA-statenes innsigelser	13
4. Prinsippene om effektivitet og ekvivalens	15
4.1 Utgangspunkt om prosessuell autonomi	15
4.2 Effektivitetsprinsippet	16
4.2 Ekvivalensprinsippet	17
4.3 Effektivitets - og ekvivalensprinsippets stilling i EØS-retten	17
4.4 Effektivitetsprinsippets rekkevidde innenfor EØS	18
5 Direktivets regler om bevis tilgang i forhold til norsk rett	23
5.1 Partenes sannhets- og opplysningsplikt	23
5.2 Prinsipp om discovery innenfor norsk rett	25
6. Konsekvenser	28
6.1 Konsekvenser av ikke- implementering.	28
6.2 Pragmatismen som redningsbøye	32
Kilder:	33
Litteratur:	33
Artikler:	34
Domsregister:	35
Norsk høysterett:	35
EU-domstolen:	35
EFTA-domstolen:	35
Norske Forarbeider:	36
Norske Lover:	36

Traktater:	36
Utredninger:	36
Rettsakter fra EU:	36
Uttalelser fra Norske myndigheter:	36
Uttalelser fra EFTA-statene:	37
Pressemeldinger og erklæringer fra EU:	37

1. Innledning

1.1 Økt fokus på privat håndhevelse av EUs konkurranseregler

EFTA-domstolen uttalte i sak, E-14/11 Schenker 1

«The private enforcement of these provisions [EØS-avtalen artikkel 53 og 54] ought to be encouraged, as it can make a significant contribution to the maintenance of effective competition in the EEA ... ESA's and the Commission's view that follow-on damages claims in competition law cases only serve the purpose of defending the plaintiff's private interests cannot be maintained. While pursuing his private interest, a plaintiff in such proceedings contributes at the same time to the protection of the public interest. »¹

Domstolens noe omfavnende sitat er illustrerende for en oppfatning om at privat håndhevelse av konkurranseregler er et sentralt element når det kommer til konkurransereglens effektivitet. Det er etter EU-domstolens kjennelse i *Courage* og *Crehan* også sikker rett at en hver kan søke erstatning for skade forvoldt som følge av brudd på konkurransereglene.² Dommen uttaler at art. 101 og 102 i Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) (tilsvarende artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen) «*skaber umiddelbare virkninger i forholdet mellem private og fremkalder rettigheder for de retsundergivne, som de nationale domsmyndigheder skal beskytte*». ³ Uttalelsen fra *Courage*-dommen er fulgt opp i senere rettspraksis fra EU-domstolen.⁴ Innenfor EU og EØS har privat håndhevelse blitt sett på som en sentral del av konkurranseretten. Til tross for dette, har det ikke før nå kommet en rettsakt som gir bedre muligheter for privat håndhevelse av konkurransereglene innenfor EU. Fram til nå har privat håndhevelse av EUs konkurranseregler båret preg av å være lite utviklet. Advokatfirmaet Ashurst uttalte i sin utredning til Kommisjonen i 2004, at reglene for den private håndhevelsen av EUs konkurranseregler bærer preg av «*astonishing diversity and total underdevelopment*». ⁵ Dette viser at reglene for den private håndhevelsen i tillegg til å ha et utviklingsbehov også har behov for harmonisering. Som kontrast kan en vise til USA, hvor

¹ EFTA-domstolen sak E-14/11 pkt. 4

² Jones og Sufrin 2013 s. 1103

³ ECJ sak: C-453/99 pkt. 23

⁴ Se f. eks ECJ sak: C—360/09 pkt. 28

⁵ Waelbroeck 2004 s. 1

privates mulighet til å håndheve konkurransereglene er meget sentral og velutviklet.⁶ Innenfor EU har mengden av private søksmål som følge av brudd på konkurransereglene økt, og med det har det også kommet et behov for å ha klarere regler når det kommer til de privates stilling på dette området.⁷ Det forligger nå et direktiv som tar sikte på å styrke den private håndhevelsen på konkurranserettens område. Prosessen i forbindelse med utformingen av dette direktivet har til tider vært kontroversiell. Det viste seg at det var samsvar mellom innsigelsene fra flere av EUs medlemsstater og EFTA-statene. En del av disse innsigelsene ble tatt hensyn til i direktivets endelige utgave, og dermed bortfalt grunnlaget for de fleste av EFTA-statenes materielle innsigelser.

EFTA-statenes sterkeste og mest sentrale innsigelse er imidlertid fortsatt relevant. Det er en innsigelse som er av en litt annen karakter. Innsigelsen er mer generell og omhandler hvorvidt sivilprosessreglene i direktivet er EØS-relevante. Som EFTA-statene uttaler i sine kommentarer, «[t]he EEA EFTA States would, however, strongly underline that provisions on civil procedure are, in general, not EEA relevant and fall outside the scope of the EEA Agreement.»⁸ Sivilprosessuelle regler har vært et anerkjent område preget av usikkerhet innenfor EØS-avtalen, og det tettere prosessuelle samarbeidet innenfor EU forsterker denne problematikken. I den i sammenheng er det naturlig å vise til forarbeidene til tvisteloven tilbake i 2001, som omhandler EØS-avtalens forhold til EUs sivilprosessuelle utvikling:

«Under EØS-avtalen har det så langt ikke skjedd en tilsvarende utvikling som den man finner innenfor EU, verken med hensyn til hjemmel for harmonisering av sivilprosessen eller i form av konkrete regler med direkte sivilprosessuell adresse. De til dels omfattende reformer som finner sted innenfor EU, må imidlertid antas – på sikt – å kunne få betydning også under EØS-avtalen. Påvirkningens form, innhold og rekkevidde er imidlertid for tiden usikker.»⁹

1.2 Forbehold

Direktivet er nå vedtatt i rådet og parlamentet.¹⁰ EFTA-statenes hovedinnvending, som nevnt i innledningen, står fortsatt ved lag. Denne oppgaven vil omhandle et tenkt scenario, hvor konsekvensene av en ikke-implementering av EUs håndhevelsesdirektiv vil bli analysert. Det vil være tvil rundt det reelle utfallet, siden EFTA-statene ikke har tatt endelig stilling til direktivet. EFTA-statene har anført liknende innsigelser en gang tidligere. Det var i

⁶ Jones og Sufrin 2013 s. 1085

⁷ Inderst mfl. 2014 s. 2

⁸ EFTA-statenes kommentarer til direktivet om privat håndhevelse tilgjengelig på

⁹ NOU 2001: 32 pkt. 4.2.1

¹⁰ Pressemelding fra Kommissjonen fra 10. 10 .2014 tilgjengelig på http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1580_en.htm

forbindelse med direktivet om intellektuell eiendomsrett.¹¹ Det direktivet ble ikke implementert i EØS-avtalen. Det er vanskelig å forutse hva EFTA-statenes endelige beslutning i forhold til dette direktivet vil bli. Problematikken og utfordringene rundt en slik oppgave er derfor mange. Flere av EFTA-statenes avgjørelser i forbindelse med dette direktivet vil være politiske, og ofte er det vanskelig å skille jusen fra politikken. Det er heller ikke utenkelig at EFTA-statene kan ha ytterligere kommentarer og innsigelser ettersom direktivet nå er vedtatt i EU, mens det heller ikke er utenkelig at direktivet blir implementert i sin helhet uten videre diskusjon. Den 10. November 2014 ble direktivet formelt godkjent i Ministerrådet etter at det ble godkjent i Parlamentet i april. Direktivet ble underskrevet den 26. november 2014 og er nå en fullverdig rettsakt,¹² men er altså ikke en del av EØS-avtalen.

1.3 Presisering og avgrensning av oppgaven.

Oppgavens fokus er på bevilgangsspørsmålet i direktivets art. 5, og videre, som EFTA-statene har anført at spørsmål omhandlende sivilprosess ikke er EØS-relevant. Også virkningen av effektivitetsprinsippet på det sivilprosessuelle området vil bli behandlet. Oppgaven vil ta for seg de juridiske konsekvensene, og så godt det lar seg gjøre, utelukke politiske aspekter dersom direktivet ikke blir en del av EØS-avtalen. Basis for gjennomgangen er direktivet i sin endelige form og EFTA-statenes uttalelser til et tidligere utkast som er fra 2013. Slik sett vil ikke oppgaven i særlig grad omhandle den materielle konkurranseretten, men vil heller forholde seg til materiell prosessrett. EU har i den endelige utgaven av direktivet endret flere av reglene, slik at EFTA sine materielle innsigelser fra 2013 til flere av artiklene nå er irrelevante. Artikkel 9 i direktivet er et eksempel på dette. Den opprinnelige ordlyden satte begrensninger for nasjonale domstolars overprøvningsmulighet når det kom til endelige vedtak fattet av konkurransemyndighetene i eget eller andre EU-land. Formålet ser ut til å ha vært stramme harmoniseringshensyn. Dette ville da i stor grad innskrenke mulighetene for nasjonale domstoler når det kommer til prøving av konkurransevedtak fattet av konkurransemyndighetene. På dette området gjorde Rådet og Parlamentet den mest dramatiske endringen, og fjernet det sentrale elementet om begrensningen i nasjonale domstolars prøvingsmyndighet. Etter de vedtatte reglene, har

¹¹ EØS-notat fra 19.09. 2007 tilgjengelig på <http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos/eos-notatbasen/notatene/2007/sep/privat-handheving-av-konkurransereglene-.html?id=523225>

¹² Erklæring fra EU tilgjengelig på <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>

endelige vedtak fra konkurransemyndighetene bevisvekt i nasjonale domstoler. Oppgaven vil også se på om reglene om bevistilgang i dette direktivet går lengre enn gjeldende EU-rett, og om de også går lengre enn hva som er gjeldende norsk rett. Til slutt vil oppgaven fokusere på konsekvensene dersom direktivet ikke blir implementert som en del av EØS-avtalen.

Oppgaven vil kun ta for seg den innsigelsen fra EFTA-statene som omhandler spørsmålet om sivilprosessuelle regler og EØS-relevans.

2. Om direktivet

2.1 Direktivets bakgrunn

Direktivet tar sikte på å stadfeste et tosporet system, som har som formål å styrke de privates muligheter til å håndheve EUs konkurranseregler. De to sporene vil være det offentlige sporet og det private sporet. Den overordnede hensikten ser ut til å være at disse to sporene skal utfylle hverandre og dermed gjøre håndhevelsen av konkurransereglene mer effektiv. Tanken er at både den private og den offentlige håndhevelsen skal tjene samme formål innenfor konkurranseretten, som er å bidra til et marked basert på konkurranse på like vilkår. Den offentlige håndhevelsen er allerede godt utviklet i EU, mens den private bærer preg av å være lite utviklet. Kun et mindretall av sakene innenfor konkurranseretten er fremmet av private parter, og nesten utelukkende av private parter med store ressurser.¹³ De private har måttet forholde seg til alminnelige nasjonale sivilprosessuelle regler som har variert fra nasjon til nasjon. Kommisjonen har sett til USA, hvor privat håndhevelse av konkurranserett er et meget sentralt aspekt og er godt utviklet gjennom lovgivning og rettspraksis.¹⁴ Allikevel er EUs tiltak i dette direktivet av noe mer moderat skala. Direktivet har som siktemål å bidra til og sikre kompensasjon for private parter som har lidt tap som følge av brudd på konkurransereglene. Gjennom direktivet legges forholdene til rette for at private skal bli i bedre stand til å hevde sin rett innenfor dette rettsområde. Mer spesifikt er direktivets sentrale elementer regler om kompensasjon, nasjonale domstolars oppgaver i henhold til private parter, tilgang til bevis og foreldelse.

Innholdet i direktivet har blitt utsatt for en del kritikk. Noe av kritikken gjelder frykt for det som kalles "amerikanske tilstander". Det vil si en frykt for et økt antall søksmål med noe usikkert rettsgrunnlag, som kan medføre stor belastning for domstolene. Et sterkt maskineri

¹³ Juska 2014 s. 134

¹⁴ Jones og Sufirin 2013 s. 1085

for privat håndhevelse som eksisterer i USA fører til store kostnader for samfunnet.¹⁵ En slik utvikling kan være skadelig for de med mer legitime rettsgrunnlag, som da risikerer å drukne i massen av søksmål.¹⁶ En annen frykt reist er faren for det som blir kalt «fishing expeditions», hvor man med spekulative midler håper på å finne bevis som kan tjene ens eget formål.¹⁷ Slike handlinger kan påføre motparten og domstolene betydelige kostnader i form av tidsforbruk og krav om store mengder dokumentasjon. Andre kritikere har påstått at Kommisjonen med dette direktivet underminerer sin egen relative suksess innenfor offentlig håndhevelse av konkurransereglene.¹⁸

På den andre siden går kritikken hovedsakelig på at direktivet ikke går langt nok¹⁹. Noe som er et resultat av konsensusbaserte løsninger innenfor EU, som gjør at de fleste rettsakter er å regne som kompromisser.

De kontroversielle temaene i direktivet som omhandlet tildeling av saksomkostninger, skyldkrav og harmonisering av regler for gruppesøksmål er til dels sløyfet.²⁰ Som følge av dette, er direktivet nå en mer moderat fremstilling enn hva Kommisjonen hadde i tankene.

Direktivet tar ikke sikte på å gi private nye rettigheter når det kommer til saksanlegg.²¹ Slik sett gir ikke dette direktivet nye muligheter for private til å gå til sak. Disse reglene vil heller gjøre privat håndhevelse mer realistisk og effektiv.²² De samme vilkårene for å gå til sak for private, som var gjeldende før dette direktivet ble vedtatt, gjelder fortsatt. Det direktivet derimot tar sikte på er å gjøre det enklere for private å fremskaffe saksmateriale og å bygge opp sin egen sak. Og på den måten harmonisere, sikre og effektivisere den private håndhevelsen innenfor EU på dette rettsområdet.

2.2 Direktivets kodifisering av gjeldende EU-rett

Som ovenfor nevnt, vil ikke dette direktivet påvirke den materielle konkurranseretten. Art. 101 og 102 i TFEU som rettsgrunnlag for privat håndhevelse på konkurranseretten område vil forbli uendret. Dette direktivet tar heller for seg kodifisering av andre, mer generelle prinsipper på konkurranseområdet. Direktivet har en del artikler som inneholder kodifisering

¹⁵ Stürner 2007 s. 190

¹⁶ Lande 2014 s. 1

¹⁷ Boyle, Mcgregor 2014 Mondaq

¹⁸ Neruda 2011 s. 242

¹⁹ Lande 2014 s. 2

²⁰ CML Rev. 2014 s. 1338

²¹ Jones og Sufrin 2013 s. 1083

²² Hjelmeng 2014 s. 498

av gjeldende rett. Gjennom artikkel 2, kodifiserer direktivet det allmenne prinsippet om retten til full erstatning for tap. Artikkel 3 kodifiserer effektivitets - og ekvivalensprinsippet på dette området, som forklares senere i oppgaven. Som tidligere nevnt, foreligger det ikke noen spesielle rettigheter som blir kodifisert i direktivet, men heller prosessuelle effektiviseringsregler.

2.3 Hvor direktivet går lengre enn gjeldende EU- rett

Direktivet går lengere enn nåværende EU-rett på flere områder. Det går lenger enn tidligere når det kommer til bevis tilgang, solidariske heftelser, omfanget av skadeansvar og foreldelse. Flere av disse elementene vil bare forbli nevnt i oppgaven. Det mest sentrale punktet i denne oppgaven vil være art. 5 og spørsmålet om bevis tilgang. Gjeldende EU-rett for bevis tilgang i konkurransetvister har vært nasjonal sivilprosessuell rett, og ved å overnasjonalisere dette, går EU lenger enn hva som tidligere har blitt gjort. I dag er det kun i Storbritannia hvor retten går lenger på dette feltet enn hva direktivet stadfester²³

Artikkel 5 lyder som følger:

“Member States shall ensure that in proceedings relating to an action for damages in the Union upon request of a claimant who has presented a reasoned justification containing reasonably available facts and evidence sufficient to support the plausibility of its claim for damages, national courts are able to order the defendant or a third party to disclose relevant evidence which lies in their control, subject to the conditions set out in this Chapter. Member States shall ensure that courts are also able to order the claimant or a third party to disclose evidence upon the request of the defendant”²⁴

Artikkel 5 i direktivet pålegger nasjonale domstoler å sikre tilgang til bevis fra anklagede eller tredjepart dersom «reasonably available facts and evidence sufficient to support the plausibility of its claim for damages» er tilstede. Dette fremstilles som en hovedregel, men som med mange hovedregler, er det også begrensninger. Ordlyden "reasonably" legger opp til at det skal foretas en proporsjonalitetsvurdering. Denne skal gjøre det mulig for nasjonale domstoler ut fra sine forutsetninger, dersom de anser disse vilkårene oppfylt, å kreve bevis utlevert. Begrensningene er også nærmere definert i direktivet. Disse begrensningene følger i artiklene 5, 6 og 7. Dette må kunne sies å stadfeste moderate utgaver av prinsippene om discovery og disclosure.

²³ Nou 2001: 32 pkt. 16.6.3

²⁴ Directive action damages Art. 5

Discovery er regler for inndrivelse av relevante bevis fra motparten før saken går til retten.²⁵ Discovery vil også da innebære en oversikt over hvilke midler en har til disposisjon når det kommer til inndrivelse av bevis. Disse reglene er i denne sammenheng å regne som sivilprosessregler. De handler om mulighetene til å inndrive bevis fra motparten uten å vite nøyaktig, eller tilnærmet nøyaktig hva en leter etter. Prinsippet om discovery kan kanskje sies å foreligge i flere varianter. En variant vil være discovery i en vidtrekkende forstand. Det vil da innebære en vid mulighet for bevis tilgang, som setter lave krav til spesifisering og individualisering, og som gjør det mulig å hente ut store mengder dokumenter fra motparten eller tredjepart. Her vil frykten for fisking etter bevis og omfattende og kostnadskrevenne rettsprosesser være aktuell. En annen og mer restriktiv utgave av prinsippet vil være en hvor det er høyere krav til spesifisering og hvor risikoen for bevisfisking er mindre. Det er denne mer moderate løsningen EU ser ut til å ha valgt.

Disclosure er et annet prinsipp som kan benyttes som verktøy når det kommer til bevis tilgang. Dette handler om utlevering av bevis og i hvilken grad domstolene kan pålegge en part å utlevere bevis til motparten.²⁶

Gjeldende EU-rett på området har ikke tidligere fastsatt prinsipper om discovery og disclosure. Ofte har prosessuelle spørsmål vært et desentralisert område innenfor EU-retten. Som det følger av art. 19 i TEU, er det opp til de nasjonale domstolene i medlemsstatene å sikre «den nødvendige adgang til domstolsprøvelse».²⁷ Det var først gjennom Amsterdam-traktaten at det ble skapt en hjemmel for harmonisering av sivilprosessuelle regler innad i EU.²⁸ EØS-avtalen på sin side har ikke gjennomgått noen liknende prosess.²⁹ Derfor er det ofte opp til de nasjonale domstolene til å ivareta de prosessuelle rettighetene. Dog er de da bundet av prinsipper som begrenser deres nasjonale handlefrihet. Disse er prinsippet om ekvivalens i nær sammenheng med effektivitetsprinsippet som presenteres senere.

²⁵ Graells, 2006 s. 7-8

²⁶ Graells, 2006 s. 6

²⁷ Art. 19 TEU

²⁸ NOU 2001: 32 pkt. 4.2

²⁹ NOU 2001:32 pkt. 4.2

3. EFTA-statenes kommentarer

3.1 EFTA-statenes innsigelser

På generelt grunnlag kan det sies at EFTA-statene støtter formålet med direktivet, og de virker positive til EUs initiativ. Men noen av de mer sentrale punktene i direktivet er ikke EFTA-statene positive til. De innsigelsene som fortsatt står ved lag er hovedsakelig knyttet til de prosessuelle reglene, og den mest sentrale i denne oppgaven er art. 5 om regler for bevistilgang.

Det som hovedsakelig er den foreløpige hovedinnvendingen fra EFTA-statene er som tidligere nevnt, følgende uttalelse: «The EEA EFTA States would, however, strongly underline that provisions on civil procedure are, in general, not EEA relevant and fall outside the scope of the EEA Agreement.»³⁰ Dette er EFTA-statenes sterkeste uttalelse når det kommer til dette direktivet og den omhandler alle artikler av sivilprosessuell karakter. Spørsmålet blir så på hvilket grunnlag EFTA-statene hevder at regler som omhandler «provisions on civil procedure» ikke er relevante for EØS-avtalen. «Civil procedure» vil i denne sammenhengen være det samme som sivilprosess.

Etter at EFTA-statene presenterte sin uttalelse, har direktivet gjennomgått noen endringer. Et av de sentrale områdene hvor det har blitt gjort endringer er knyttet til spørsmålet om privates bevistilgang. Men med henvisning til EFTA-statenes oppfatning om at sivilprosessuelle regler ikke er EØS-relevante, har denne endringen i dette direktivet ingen virkning for EFTA-statenes standpunkt. Et spørsmål om bevistilgang skulle i utgangspunktet helt klart være å regne som en prosessuell regel. Og selv om det er en prosessuell regel, er spørsmålet om EØS-relevans i dette tilfellet noe mer usikkert. Direktivet inneholdt i utgangspunktet to artikler om bevistilgang av mer generell karakter. Disse var gjenstand for EFTA-statenes innsigelser. Nå foreligger det tre mer detaljerte artikler om bevistilgang og bevistilgangsbegrensninger. Selv om reglene om bevistilgang er endret i den endelige utgaven, er EFTA-statenes innsigelser fortsatt relevante, da de er sterke og generelle.

³⁰ EFTA-statenes kommentarer til direktivet om privat håndhevelse

3.2 Rettsgrunnlaget for EFTA-statenes innsigelser

Det som først må besvares er hvilket rettslig grunnlag EFTA-statene har for å hevde at sivilprosessuelle regler faller utenfor EØS-avtalens virkeområde.

Det er ikke noe nytt at EFTA-statene påberoper seg at sivilprosessuelle regler faller utenfor EØS-avtalen. Dette var også tilfellet med et annet direktiv, 2004/48/EF. Selv om dette direktivet ble ansett for å være EØS-relevant av EU, var ikke EFTA-statene enig i det, og direktivet ble ikke implementert i EØS-avtalen.³¹ Det ble anført at dette ikke var EØS-relevant da «*EØS-avtalen ikke tar sikte på å harmonisere nasjonale prosessregler*».³² Dette vil jeg komme tilbake til senere. De fleste av de prosessuelle reglene i sistnevnte direktiv er allikevel implementert gjennom nasjonal lovgivning i Norge,³³ mens selve direktivet ikke ble implementert. Det kan jo da stilles spørsmål om hvor stor betydning innsigelsen i realiteten har.

I forarbeidene til tvisteloven er det anført at det ikke foreligger bestemmelser i EØS-avtalen som «*direkte regulerer den sivile rettergangen. EØS-statenes frihet med hensyn til sin egen prosesslovgivning - den prosessuelle autonomi – svarer i så henseende til det som i utgangspunktet også gjelder for EU-stater.*»³⁴

Prosessuell autonomi er et prinsipp som i utgangspunktet betyr at nasjonal lovgiver bestemmer hvordan EU/EØS-reglene prosessuelt «*skal håndheves på nasjonalt plan, etter nasjonal plan- og prosessrett.*»³⁵ i fravær av prosessuelle retningslinjer fra EU.

Dermed vil rettsgrunnlaget for EFTA-statenes innsigelse være at EØS-avtalen ikke direkte hjemler innføringen av prosessuelle spørsmål, og at slike spørsmål som følge av dette faller utenfor EØS-avtalens virkeområde. Det viser seg at dersom innføring av sivilprosessuelle regler skal hjemles i EØS-avtalen, vil dette være en omfattende prosess.

³¹ Fredriksen og Mathiesen 2014 s. 159

³² Fredriksen og Mathiesen 2014 s. 159

³³ EØS-notat 19.09. 2007 tilgjengelig på <http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos/eos-notatbasen/notatene/2007/sep/privat-handheving-av-konkurransereglene-.html?id=523225>

³⁴ Nou 2001-2002: 32 pkt. 4.2.1

³⁵ NOU 2010:2 pkt. 14.2

Det er EØS-komiteen som har mandat til å fatte rettslig bindende vedtak innenfor EØS-avtalen.³⁶ EØS-komiteen har, til tross for dette, kun kompetanse som følger av art. 98 i EØS-avtalen til å gjøre rettslig bindende vedtak når det kommer til endring av avtalens vedlegg. Det vil da si at det kun er på de rettsområder som allerede er en del av EØS-avtalen hvor EØS-komiteen har kompetanse til å fatte vedtak. Art. 98 er uttømmende³⁷ og følgelig vil da saksområder som faller utenfor art. 98 også falle utenfor EØS-komiteens kompetanseområde. Vedleggene i EØS-avtalen er de delene av EU-regelverket som er gjort til en del av EØS-avtalen.³⁸ Av Art. 102 i EØS-avtalen, i sammenheng med art. 98 følger det på en annen side at EØS-komiteen «ikke har kompetanse til å føye nye vedlegg til avtalen, enn si til å endre avtalens hoveddel».³⁹ Dette vil da bety at EØS-komiteen kun har kompetanse til å gjøre rettsakter bindende på rettsområder som allerede er omfattet av EØS-avtalen.⁴⁰ Den forenklete vedtaksprosedyren som springer ut av art. 102 jf. 98, utgjør EØS-komiteens kompetansegrunnlag til å fatte rettslig bindende vedtak.

Det vises i overnevnte presentasjon til at innføring av regler av prosessuell art ikke er en del av kompetansegrunnlaget til EØS-komiteen, jf. art. 98, og dermed ikke en del av EØS-avtalens hoveddel eller vedlegg. Følgelig kan ikke EØS-komiteen gjøre prosessregler til en del av EØS-avtalen gjennom art. 102. Innføring av prosessregler vil derfor måtte skje gjennom andre prosedyrer. Siden prosessregler ikke er en del av EØS-avtalen, må slike regler da eventuelt innføres ved en utvidelse av EØS-avtalens anvendelsesområde.

Dersom anvendelsesområdet til EØS-avtalen skal utvides, må dette skje gjennom folkerettslige forhandlinger i henhold til art. 118 i avtalen.⁴¹ Hvis siktemålet er å utvide avtalens rettslige anvendelsesområde, må alle EFTA-statene tilsluttet EØS-avtalen gå inn i forhandlinger med EU om dette. Det har ikke tidligere hendt. Som det fremgår over, har ikke EØS-komiteen kompetanse til å gjøre vedtak som vil føre til en utvidelse av EØS-avtalens virkeområde. Dette ser ut til å være rettsgrunnlaget som EFTA-statene har basert sin innsigelse på. Det foreligger altså ingen regler i EØS-avtalen som hjemler innføringen av prosessuelle regler. Dersom slike regler skal innføres, må avtalens anvendelsesområde utvides. Men det er ingen organer som har kompetanse til å utvide EØS-avtalens omfangsområde.

³⁶ Sejersted mfl. 2011 s. 144

³⁷ Nordberg mfl. 1993 s. 133

³⁸ Fredriksen og Mathisen 2014 s. 152

³⁹ Fredriksen og Mathisen 2014 s. 153

⁴⁰ Sejersted mfl. 2011 s. 186

⁴¹ Sejersted mfl. 2011 s. 186

Art. 5 i direktivet omhandler bevisilgang og er slik sett en ren prosessregel. Dette skulle tale for at den ikke er en del av EØS-avtalen. Den er videre meget tett knyttet opp mot konkurranseretten, som er en sentral del av EØS-avtalen. Artikkel 1 i EØS-avtalen lyder som følger: “The aim of this Agreement of association is to promote a continuous and balanced strengthening of trade and economic relations between the Contracting Parties with equal conditions of competition, and the respect of the same rules, with a view to creating a homogeneous European Economic Area.”⁴² Det fremgår av denne ordlyden at like konkurransevilkår og dermed konkurranserett, er en svært sentral del av grunnlaget for EØS-samarbeidet. Dette burde tilsi at bevisilgangsspørsmålet for private parter i konkurransetvister skulle falle innenfor EØS-avtalens anvendelsesområde og dermed også være EØS-relevant.

Her har vi da et tilfelle hvor en regel er av sivilprosessuell karakter og skulle dermed falle utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde, men som samtidig gjelder et rettsområde som er meget sentralt innenfor EØS-avtalen. Det kan hevdes at dette bidrar til å svekke EFTA-statenes rettsgrunnlag. Dermed må spørsmålet stilles om hvor sterkt dette rettsgrunnlaget står, og om dette vil skape motstrid i forhold til effektivitetsprinsippet.

4. Prinsippene om effektivitet og ekvivalens

4.1 Utgangspunkt om prosessuell autonomi

Det er opp til nasjonale domstoler og lovgivere å bestemme hvordan EUs lovgivning skal implementeres i de tilfeller hvor EU ikke dikterer hvordan rettsakter skal implementeres, eller håndheves. I mangel av retningslinjer fra EU, vil da prinsippet om prosessuell autonomi gjelde. Prosessuell autonomi vil si at statene har frihet med hensyn til hvordan de ønsker å implementere og håndheve den aktuelle lovgivningen fra EU.⁴³ Til tross for dette, har ikke nasjonale domstoler full frihet når det kommer til implementering og håndhevelse. Nasjonal

⁴² EØS-avtalen art 1. pkt. e

⁴³ NOU 2001: 32 pkt 4.2.1

lovgivning må nemlig være i overensstemmelse med to sentrale prinsipp, effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet.⁴⁴

4.2 Effektivitetsprinsippet

Effektivitetsprinsippet er et ulovfestet prinsipp, som gjennom håndhevelsesdirektivet kommer til å bli kodifisert på konkurranserettens område. Den danske utgaven av artikkel 4 i direktivet uttaler følgende om effektivitetsprinsippet:

« I overensstemmelse med effektivitetsprinsippet sikrer medlemsstatene, at alle nationaleregler og procedurer vedrørende retten til at gjøre erstatningskrav gældende er udformet og anvendes på en sådan måde, at de ikke gør det praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig at gjøre retten til fuld erstatning efter EU-retten for skade forvoldt ved en overtrædelse af konkurrenceretten gældende».⁴⁵

Dett har vært et grunnleggende prinsipp innad i EU over lengre tid og er å regne som gjeldende rett. Effektivitetsprinsippet setter opp krav om at nasjonal rett effektivt skal beskytte «*de rettigheter EU-retten gir individer og foretak*».⁴⁶ Effektivitetsprinsippet er i rettspraksis blitt formulert som et minimumskrav hvor medlemsstatene ikke kan ha regler som gjør det «*virtually impossible or excessively difficult*» å utøve sine rettigheter som utgår fra EU-retten.⁴⁷

Effektivitetsprinsippet er å regne som fast og sikker praksis fra EU-domstolens side. Som eksempel uttaler EU-domstolen i sak, C-29/13 at nasjonale regler « må heller ikke i praksis gjøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden».⁴⁸ Dette er også en vurdering som er fulgt opp av EFTA-domstolen.⁴⁹

EU-domstolen har i en nyere sak, C-169/4 fulgt opp tidligere rettspraksis⁵⁰ og uttalt at:

«Hvad angår effektivitetsprinsippet har Domstolen allerede fastslået, at hvert enkelt tilfælde, hvor der opstår spørgsmål om, hvorvidt en national processuel bestemmelse gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig at anvende EU-retten, skal bedømmes under hensyn til, hvilken stilling bestemmelsen indtager i den samlede procedure, herunder dens forløb og dens særlige kendetegn, for de forskellige nationale instanser. Under denne

⁴⁴ Tridimas 2006 s. 423

⁴⁵ Direktivet art. om privat håndhevelse art. 4

⁴⁶ Sejersted mfl. 2011 s. 81

⁴⁷ Tridimas 2006 s. 423

⁴⁸ Sak, C-29/13 pkt. 33

⁴⁹ Se sak E-11/12 pkt 132

⁵⁰ Se f. eks C-246/09 pkt 35

synsvinkel skal der i givet fald tages hensyn til de prinsipper, der ligger til grund for den nationale retspleje, bl.a. kontradiktionsprincippet, retssikkerhedsprincippet og princippet om en hensigtsmæssig sagsbehandling (jf. domme Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León, C-413/12, EU:C:2013:800, præmis 34, og Pohotovosť, C-470/12, EU:C:2014:101, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis).»⁵¹

Dermed vil prinsippets effekt variere ut fra «*de nasjonale prosseregler det diskuteres i forhold til*». ⁵² Her må effektivitetsprinsippets gjennomslagskraft balanseres mot ønsket om "ikke å gripe inn i medlemsstatenes prosesssystemer i større grad enn nødvendig"⁵³ Effektivitetsprinsippet blir sett i nær sammenheng med ekvivalensprinsippet.

4.2 Ekvivalensprinsippet

Ekvivalensprinsippet som kodifisert i håndhevelsesdirektivet artikkel 4 slår fast at bestemmelser ved søksmål⁵⁴ innenfor EU-retten ikke må være mindre fordelaktige enn tilsvarende søksmål etter nasjonal rett.⁵⁵ Spørsmålet om hva som er en tilsvarende sak avgjøres av nasjonale domstoler. Følgende vilkår skal gjelde i avgjørelsen av hva som er en tilsvarende sak: «hvor sagsgenstanden og søgsmålsgrunlaget er de samme»⁵⁶

Ekvivalensprinsippet har på samme måte som effektivitetsprinsippet blitt formulert gjennom fast og langvarig retspraksis. I sak C-29/13 uttaler EU-domstolen at i fravær av prosessuelle retningslinjer fra EU er det opp til medlemsstatene å

« fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som EU-rettens direkte virkning medfører for borgerne. Disse regler må dog ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret»⁵⁷

4.3 Effektivitets - og ekvivalensprinsippets stilling i EØS-retten

Det er utvilsomt at disse prinsippene har gjennomslagskraft innenfor EØS-retten. Dette er sikker rett. EFTA-statene som er medlemmer av EØS-avtalen er dermed pliktige til å følge disse prinsippene, men om de er pliktige på linje med EU-statene er noe mer usikkert. EFTA-domstolen i sak E-4/01 har uttalt:

“The conditions for compensation of loss and damage laid down by national law must not be less favourable than those relating to similar domestic claims and must not be framed so as to make it in practice impossible or excessively difficult to obtain compensation”.⁵⁸

⁵¹ C-169/4 pkt. 34

⁵² Sejersted mfl. 2011 s. 82

⁵³ Fredriksen 2008 s. 293

⁵⁴ Sejersted mfl. 2011 s. 80

⁵⁵ Tridimas 2006 s. 424-425

⁵⁶ C-326/96 pkt. 41

⁵⁷ C-29/13 pkt. 33

EFTA-domstolens vurdering er slående lik vurderingen fra EU-domstolen, men vil bare gjelde på de områder hvor effektivitets- og ekvivalensprinsippet har gjennomslagskraft på EØS-avtalens område. Ikke alle rettsakter fra EU implementeres i EØS-avtalen, og dermed kan det til tider være usikkert hvor stor innflytelse disse prinsippene har innenfor EØS. Her er det spørsmålet om EØS-relevans vil ha betydning. Det må antas at effektivitetsprinsippet ikke har effekt på rettsakter fra EU som ikke er EØS-relevante, men at effektivitetsprinsippet har gjennomslag i EØS-avtalen er sikker rett. Høyesterett har også lagt til grunn at effektivitetsprinsippet har effekt innenfor EØS og følgelig også da norsk rett.⁵⁹ Dette følger av en prinsipiell uttalelse i *Allseas Marine Rt. 2005 s. 597* hvor høyesterett uttaler:

«Effektivitetsdoktrinen innebærer at enhver skal sikres effektiv adgang til å få prøvet om deres rettigheter etter traktatene, i dette tilfellet EØS-avtalen, er krenket. Prinsippet har utviklet seg noe over tid. Det kan på enkelte områder tenkes å ha noe forskjellig rekkevidde innenfor henholdsvis EU- og EØS-retten».⁶⁰

En uttalelse i *Finanger II* er også relevant, hvor høyesterett uttaler «De direktivene det her gjelder, er direktiver som skal gi borgerne bestemte rettigheter, og erstatningsansvaret skal sikre at rettighetene blir en realitet. Det virker da lite rimelig om borgerne skulle ha en ulik rettsstilling når det gjelder vernet for disse rettigheter»⁶¹. Når det kommer til håndhevelsesdirektivet, er det ikke snakk om nye bestemte rettigheter for borgerne, men heller effektiviseringsmekanismer. På en side kan en da hevde at siden ingen nye rettigheter springer ut av direktivet så har effektivitetsprinsippet mindre effekt. På en annen side, som uttalt av *Haukeland Fredriksen*, hjelper det «lite å harmonisere materielle rettsregler dersom det er store forskjeller i den prosessuelle adgangen til å håndheve dem.»⁶² I det store og det hele virker det klart at effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet har stor gjennomslagskraft også på EØS-avtalens område. Til tross for dette, kan det være tvil om hvor stor rekkevidden er i visse tilfeller.

4.4 Effektivitetsprinsippets rekkevidde innenfor EØS

Spørsmålet som da oppstår er hvor langt effektivitetsprinsippet rekker i dette tilfellet. For å sette spørsmålet ytterligere på spissen kan en spørre om effektivitetsprinsippet rekker så langt at det ikke gir noen mening å sondere mellom EU-gitte regler som er EØS-relevante og de som ikke er EØS-relevante.

⁵⁸ Case E-4/01 pkt. 33

⁵⁹ Rt. 2005 s. 597 avsnitt 24

⁶⁰ Se Rt. 2005 s. 597 avsnitt 38

⁶¹ Rt. 2005 s. 1365 avsnitt. 58

⁶² *Fredriksen* 2011 s. 60

I denne sonderingen kan effektivitetsprinsippet se ut til å stå i motstrid mot presumpsjonen om at regler om sivilprosess ikke er EØS-relevante. Sett fra et juridisk ståsted vil det kunne sies at dersom det oppstår motstrid vil en harmoniserende tolkning av regelverket være det mest hensiktsmessige. Dette vil nok være den mest pragmatiske løsningen siden EFTA-statene da ivaretar effektivitetsprinsippet samtidig som man ikke behøver å gjøre noen drastiske endringer til EØS-avtalen. Dette vil da balansere suverenitetshensynet for EFTAs vedkommende og hensynet til effektivitetsprinsippet fra EUs side.

Det kan kanskje hevdes at prinsippet om prosessuell autonomi setter skranker for effektivitetsprinsippets gjennomslagskraft. Men ut fra at prinsippet om prosessuell autonomi bare gjelder i fravær av prosessregler fra EU, svekkes denne påstanden. På en annen side kan en si at siden prosessuelle regler ikke er EØS-relevante, gjelder prinsippet om prosessuell autonomi uten begrensninger innenfor EØS-avtalen. Hvis dette er tilfellet, vil prosessuelle regler for EFTA-statene tilsluttet EØS-avtalen forbli et nasjonalt anliggende. Hovedtanken ser ut til å være motsatt, det vil si at prinsippet om effektivitet og ekvivalens setter skranker for den prosessuelle autonomien.⁶³ Til tross for dette, er det som høyesterett uttalte i Rt. 2005 s. 597 at effektivitetsprinsippet «kan på enkelte områder tenkes å ha noe forskjellig rekkevidde innenfor henholdsvis EU- og EØS-retten».⁶⁴

Derfor må en kanskje vurdere hvor stor gjennomslagskraft effektivitetsprinsippet har i forhold til et område som ikke er direkte hjemlet i EØS-avtalen. Dette kan da tale for at effektivitetsprinsippet ikke nødvendigvis står i veien for at EFTA-statene kan påberope seg at prosessuelle spørsmål faller utenfor EØS-avtalens virkningsområde. Vurderingen i sak C-169/4 gjelder for nasjonale regler og EØS-avtalen er innført ved lov i EØS-landene. Problemet som oppstår ved en slik vurdering i vårt tilfelle, er at i stedet for en lovhjemmel har vi å gjøre med en manglende lovhjemmel. En hjemmelsmangel har nok ikke like gjennomtenkte formål som en produsert hjemmel. Derfor kan det være problematisk å prøve en hjemmelsmangel. Samtidig vil en hjemmelsmangel på lik linje med en rettsregel kunne sette stopper for effektiv implementering av rettsakter. Prøvingsgrunnlaget blir allikevel noe mer usikkert når det gjelder hjemmelsmangler.

EU-domstolen har i sak, C-169/4 satt opp en vurdering for hvordan effektivitetsprinsippets tilslagskraft skal vurderes. Denne vurderingen er på mange måter en slags helhetsvurdering hvor argumentene som taler for og imot veies opp mot hverandre ut fra enkelte kriterier. Disse

⁶³ Tridimas 2006 s. 424

⁶⁴ Rt. 2005 s. 597 pkt. 38

kriteriene er som tidligere nevnt «hvilken stilling bestemmelsen indtager i den samlede procedure, herunder dens forløb og dens særlige kendetegn,» og «prinsipper, der ligger til grund for den nationale retspleje, bl.a. beskyttelsen af retten til forsvar, retssikkerhedsprincippet og princippet om en hensigtsmæssig sagsbehandling».⁶⁵

Når det kommer til det første kriteriet, hvor det skal legges vekt på « hvilken stilling bestemmelsen indtager i den samlede procedure »⁶⁶ kan ikke hjemmelsmangelen for sivilprosessuelle rettsregler sies å være et sentralt element innenfor EØS-avtalen. Dette kan begrunnes i at den kun har kommet på spissen to ganger i løpet av avtalens eksistens. Derfor må dette kunne sies å være en perifer hjemmelsmangel.

Videre gjeldende «prinsipper, der ligger til grund for den nationale retspleje, bl.a. beskyttelsen af retten til forsvar, retssikkerhedsprincippet og princippet om en hensigtsmæssig sagsbehandling»⁶⁷ er det mer usikkert om det foreligger noen sterke prinsipielle grunner som skulle tale mot at effektivitetsprinsippet har gjennomslagskraft når det kommer til bevisstilgangsspørsmålet. Den eneste grunnen er at det formelt ikke foreligger hjemmel for implementering av sivilprosessuelle regler i EØS-avtalen. Dette er i seg selv en relativt tungtveiende grunn, men det foreligger ingen andre prinsipper i den nasjonale rett som skulle tale for å ekskludere regler av prosessuell karakter til å bli omfattet av effektivitetsprinsippet. Ut fra dette ser hjemmelsmangelen ut til å inneha en svak posisjon.

Videre er dette et saksområde som står meget sentralt i EØS-avtalen. Markedskonkurransen er en av bærebjelkene innenfor EØS-avtalen og tilgangen til det indre marked er basert på konkurranse på like vilkår. En kan si at siden private tidligere har måtte påberope seg brudd på EØS konkurranseregler, etter nasjonale prosessregler, har de like vilkårene kanskje aldri vært en realitet. Kommisjonen legger nå frem et direktiv som har som hensikt å utbedre denne skjevheten noe. Det felles marked er et sentralt tema innenfor EU og EØS. Det skulle tale for at effektivitetsprinsippet har gjennomslagskraft og i hvert fall ikke er ubetydelig på når det kommer til sivilprosessuelle regler innenfor konkurranseretten på EØS-avtalens område.

Ut fra denne vurderingen virker det som at effektivitetsprinsippet svekker betydningen av det faktum at sivilprosessuelle regler ikke er EØS-relevante . På en annen side har Kommisjonen slått fast at effektivitetsprinsippet må vike for andre hensyn i visse tilfeller.⁶⁸ Når en

⁶⁵ C-169/4 pkt. 34

⁶⁶ C-169/4 pkt. 34

⁶⁷ C-169/4 pkt. 34

⁶⁸ Hjelmeng 2002 s. 446

prosessregel om bevis tilgang er så nært knyttet opp til et sentralt punkt som konkurranseretten i EØS-avtalen, svekker dette ytterligere anførselen om at prosessuelle regler ikke er EØS-relevante. Dette skulle tilsi at et klart og sikkert prinsipp som effektivitetsprinsippet burde ved motstrid gå foran en noe mer uklar anførsel om at sivilprosessuelle regler ikke er EØS-relevante.

Slik sett vil effektivitetsprinsippet kunne sette en stopper for denne innsigelsen om manglende EØS-relevans. Praksis har vist at det til tross for dette er muligheter for å påberope seg at sivilprosessuelle regler ikke er EØS-relevante og få gjennomslag for det. Slik det skjedde med direktivet om intellektuell opphavsrett.

I 2004 var den samme anførsel, som EFTA-statene brukte i innsigelsen til håndhevelsesdirektivet, brukt i forbindelse med direktivet om intellektuell eiendomsrett. Resultatet den gangen ble at direktivet ikke ble implementert i EØS-avtalen og dermed ikke i norsk rett heller. Til tross for dette har Norge i senere tid implementert mange av rettsreglene som ble foreslått i direktivet.⁶⁹ Dette fører da til spørsmålet om formålet med denne anførselen. Hvis man ikke skal implementere direktivet, for så å implementere reglene av eget initiativ etterpå, er dette med på å forringe formålet både med effektivitetsprinsippet og også med innsigelsen om at prosessregler ikke er EØS-relevante. Det foreligger ingen garanti for at det samme skal skje med dette direktivet, men spørsmålet står fortsatt ved lag. Det må her presiseres at dette ble gjort frivillig av Norge, uten press fra EU, og slik sett er ikke dette et sterkt rettslig argument. Spørsmålet er utenfor den rettslige sfære uansett aktuelt.

Hvis man da ser på dette direktivet kan det ikke sies å være på et like sentralt område som konkurranseretten, og det skulle tale for at når det kommer til direktiv på mer perifere rettsområder i EØS-avtalen har effektivitetsprinsippet mindre gjennomslagskraft.

Slik sett står vi ved en spesiell korsvei hvor de juridiske rettskildene skulle tilsi at effektivitetsprinsippet rekker ganske langt, og dermed ved motstrid kunne overgå denne anførselen om EØS-relevans fra EFTA-statene. Men til syvende og sist vil dette være en politisk og ikke en juridisk avgjørelse.

EFTA-statene har på mange måter en pragmatisk tilnærming til EU og EØS-avtalen. Dette vises ved at de aller fleste rettsakter fra EU implementeres av praktiske årsaker uten særlig mye debatt. Derfor er det noe forunderlig hvorfor akkurat sivilprosessuelle regler har blitt et

⁶⁹ EØS-notat 19.09 2007

problematisk tema. En må jo stille spørsmål til hvor godt Norge kan ivareta effektivitetsprinsippet når presumpsjonen om at sivilprosessregler ikke er EØS-relevante har effekt og står der som en veisperring. Dette er kanskje et mer fundamentalt spørsmål vi har sett tidligere og mest sannsynlig kommer til å se igjen, ettersom EU blander flere forskjellige typer rettsregler inn i sine rettsakter.⁷⁰ Det EFTA-statene kan ha noe å tjene på, er enten å utarbeide denne presumpsjonen på en mer oversiktlig måte eller sløyfe den totalt. En må spørre seg spørsmålet om hvilket formål denne presumpsjonen tjener. Men selv om EFTA-statene sløyfer sin innsigelse er det fortsatt et spørsmål om hvilken posisjon sivilprosessuelle regler har innenfor EØS-avtalen. En kan trekke tilbake en uttalelse, men hjemmelsmangelen vil fortsatt eksistere. Dette er jo i bunn grunn problematisk både når det kommer til effektivitetsprinsippets ønskede effekt og effekten av EØS-relevans.

En kan muligens dra det så langt at når disse bevisstilgangsreglene blir implementert i EU, fører effektivitetsprinsippet til at disse reglene har effekt for alle som er berørt av prinsippet. Dette vil si at effektivitetsprinsippet kan være et grunnlag for direkte effekt uavhengig av om rettsakten er implementert i nasjonal lovgivning eller ikke. Det er muligens å dra strikken litt langt da dette vil omgå alle former for politiske valg, og til tider undergrave at EØS-avtalen er en folkerettslig avtale. Men det viser at prinsippet står sterkt innenfor EU og EØS. Selv om prosessuelle regler ikke er en del av EØS-avtalen, må det anerkjennes at effektivitetsprinsippet i seg selv legger føringer på nasjonal prosessrett.⁷¹ Det er utvilsomt at effektivitetsprinsippet har lang rekkevidde, også innenfor EØS-avtalen. Det betyr at man må ha sterke juridiske holdepunkter dersom man ønsker å motsette seg virkningen av effektivitetsprinsippet. Selv om EØS-avtalen er en folkerettslig avtale og er slik sett annerledes enn EU, skal de to rettssfærene ivareta sammenlignbare rettigheter.⁷² I dette tilfellet er det juridiske holdepunktet til EFTA-statene ikke tilstrekkelig sterkt og dermed skulle dette tilsi at effektivitetsprinsippet har større gjennomslagskraft i dette tilfellet.

En skulle på en annen side tenke seg at effektivitetsprinsippet ikke har noen betydning på områder som ikke er omfattet av EØS-avtalen, da det må antas at effektivitetsprinsippet ikke har samme gjennomslagskraft innenfor EØS som det har innenfor EU. Dette er foreløpig et uprøvd rettsområdet. En kan si at i lys av den prosessuelle autonomi og det faktum at prosessuelle regler ikke er EØS-relevante, er EFTA-statene immune mot

⁷⁰ Sejersted mfl. 2011 s. 189

⁷¹ Fredriksen TFR 2008 s. 352

⁷² Mèndez-Pinedo 2009 s. 206-207

effektivitetsprinsippet på sivilprosessrettens område. Dette er å dra strikken langt den andre veien, men kan gi uttrykk for at EØS-avtalen fortsatt er en folkerettslig avtale, hvor medlemslandene nyter rettsautonomi på visse områder. Men når de prosessuelle regler er på konkurranserettens område kan situasjonen bli noe annerledes. Siden dette er et sentralt punkt innenfor EØS-avtalen, og at konkurranse på like vilkår er et overordnet formål, skulle dette tilsi at effektivitetsprinsippet på det aktuelle området har tilnærmet lik gjennomslagskraft i EØS-området som det har innenfor EU. Dermed utpeker en prosessuell regel på konkurranserettens område seg som et særdeles problematisk punkt, i hvert fall i prinsipiell forstand. På bakgrunn av at direktivet omhandler et sentralt område innenfor EØS-avtalen, er det vanskelig å se et juridisk grunnlag for hvorfor spørsmålet om EØS-relevans skal gå lenger enn effektivitetsprinsippet i dette tilfellet. Manglende hjemmel for sivilprosessuelle hjemler kan også bli problematisk i forhold til det grunnleggende prinsippet om dynamisk tolkning av EØS-retten i "pakt med den underliggende EU-retten"⁷³ I bunn og grunn er det vanskelig å holde politikken ute av spørsmålet, for til syvende og sist vil dette være en politisk avgjørelse som vil være vanskelig å overprøve juridisk.⁷⁴

5 Direktivets regler om bevis tilgang i forhold til norsk rett

5.1 Partenes sannhets- og opplysningsplikt

I følge Tvisteloven § 21-4, har partene i en sak plikt til å sørge for at saken blir «riktig og fullstendig opplyst». Bestemmelsen omhandler «[p]artenes sannhets- og opplysningsplikt»⁷⁵, som i all hovedsak betyr at partene er pliktige til å tilby bevis som er relevante for saken. Denne plikten er mest sentral for de bevis som ikke er fordelaktige for den parten som tilbyr disse.⁷⁶

Det følger videre av § 21-4 pkt. 2 at dette også gjelder «viktige bevis som parten ikke har hånd om, og som parten ikke har grunn til å regne med at den annen part er kjent med».

⁷³ Sejersted mfl. 2011 s. 185

⁷⁴ Sejersted mfl. 2011 s. 190

⁷⁵ Tvisteloven § 21-4

⁷⁶ Schei mfl. 2007 s. 789-790

Ordlyden i pkt. 2 åpner for at denne «sannhets- og opplysningsplikt[en]»⁷⁷ gjelder også for bevis som er i tredjeparts besittelse. Dette kan være med på å hjelpe parter som ikke har kunnskap om hvilke bevis motparten eller tredjepersoner besitter.

Denne lovbestemmelsen stadfester et juridisk grunnfundament i prosessretten, hvor partene pikter å utlevere bevis uansett om det er til fordel eller til ulempe. Dette er et grunnleggende prinsipp, og er således i god overensstemmelse med håndhevelsesdirektivets bevis tilgangsplikt, og det overordnede målet om å oppnå en materielt korrekt avgjørelse. Det kan til tross for dette stilles spørsmål om hvor godt denne bestemmelsen overholdes og hvor godt den kan håndheves i praksis.

For å hindre at en av partene tilbakeholder bevis som er skadelige for den aktuelle part, har en det som heter en edisjonsplikt.⁷⁸ Edisjonsplikten springer ut fra tvisteloven §§ 26-5 og 21-5. Tvisteloven § 26-5 pkt.1 uttaler at enhver «har plikt til å stille til rådighet som bevis gjenstander vedkommende har hånd om eller kan skaffe til veie.»⁷⁹ Edisjonsplikten går ut på at det foreligger en plikt for partene til å utlevere bevis som kan ha betydning for saken. Her foreligger det noen forholdsmessighetsvurderinger og prosessøkonomiske hensyn som må følges. Dette står til en viss grad i kontrast til hovedformålet om å få en materielt korrekt dom. Og det skulle i stor grad føre til at partene også må fremlegge bevis som er ufordelaktige for ens egen sak. Selv om dette ikke regnes som disclosure, kan det i de fleste praktiske tilfelle fungere som et slikt prinsipp.

Til tross for denne plikten som i mange tilfelle virker ganske vidtrekkende, foreligger det en del begrensninger i edisjonsplikten. Det foreligger nemlig krav om spesifisering av bevis en part ønsker utlevert. En kan spørre om hvor langt denne edisjonsplikten rekker. På lik linje har håndhevelsesdirektivet også foreslått en liknende edisjonsplikt, og en kan jo da stille spørsmålet om direktivets edisjonsplikt favner videre enn den norske. Om det foreligger et prinsipp om discovery eller disclosure i norsk rett kan også være av interesse å vurdere.

⁷⁷ Tvisteloven § 21-4

⁷⁸ Mæland 2013 s. 168

⁷⁹ Tvisteloven § 26-5

5.2 Prinsipp om discovery innenfor norsk rett

Når det kommer til prinsippet om discovery, har ikke norsk rett fastlagt et slikt prinsipp. Den regelen i norsk rett som ligger nærmest opp mot prinsippet er tvisteloven kap. 26 § 26-6.

Denne bestemmelsen lyder som følger:

«(1) En begjæring om tilgang til eller spørsmål om realbevis skal spesifiseres slik at det er klart hvilke bevisgjensstander kravet gjelder. (2) Retten kan lempe på kravet til spesifisering dersom dette er uforholdsmessig vanskelig å etterkomme, og det er en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis»⁸⁰

Dette kravet i norsk rett ser i utgangspunktet ut til å være strengere enn det som oppføres i EUs direktiv, siden norsk lov setter opp et krav om at den som krever innsyn må ha en viss kunnskap om hva som skal frembringes. Ved å bruke formuleringen «slik at det er klart hvilke bevisgjensstander kravet gjelder»⁸¹, ser terskelen for å kunne kreve tilgang til bevis ut til å være høy. Dette fordi det forutsetter god forhåndskunnskap som ikke nødvendigvis er til stede i og med at slike «bevisgjensstander» kan være interessante å skjule for motparten.

Punkt nummer 2 i § 26-6 lemper noe på denne strenge reglen, men det foreligger relativt stramme skranker for spesifisering allikevel. Dersom spesifiseringen er «uforholdsmessig vanskelig å etterkomme» kan det lempes noe, men det følger av ordlyden at det i tillegg foreligger et ytterligere krav om at det må være «en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis». Ut fra det må bevistilgangsspørsmålet forstås som restriktivt.

Disse to punktene må sees i sammenheng.⁸² Videre virker hele poenget med denne bestemmelsen at det «skal være tilstrekkelig klart hvilke dokumenter som kreves fremlagt»⁸³ Spørsmålet som da oppstår er hva som er tilstrekkelig. Hva som er tilstrekkelig vil nok bli et resultat av omstendighetene i saken. Her kan det også legges vekt på andre forholdsmessighetsvurderinger som f. eks om det er uforholdsmessig byrdefullt å fremskaffe bevisene.⁸⁴

Et annet problem som oppstår er dersom den ene parten ikke vet hva motparten har av dokumenter. Her vil sannhetsplikten være det mest sentrale prinsippet, hvor en motpart er forpliktet til å opplyse om materiale parten sitter på kan ha relevans for saken. Hvor langt dette rekker vil bero på omstendighetene i saken og være gjenstand for en forholdsmessighetsvurdering.

⁸⁰ Tvisteloven § 26-6

⁸¹ Tvisteloven § 26-6

⁸² Schei mfl. s. 955

⁸³ Schei mfl. S. 956

⁸⁴ Schei mfl. s 956

Det fremgår av tvl. § 26-5 pkt. 2 at det foreligger en rett for en part til å gjøre seg kjent med hva motparten eller en tredjepart har av bevis.⁸⁵ En slik rett til undersøkelse ser ut til å være et resultat av en helhetsvurdering hvor det blir tatt hensyn til at «det ikke skal være misforhold mellom ulemper og omkostninger ved å besvare spørsmålene og foreta nødvendige undersøkelser.»⁸⁶ Det følger dermed begrensninger i undersøkelsesretten i forhold til hvor store verdier det er snakk om i den aktuelle sak. Dersom undersøkelsesretten blir sett i sammenheng med tvl. § 26-5 pkt. 1, hvor det fremkommer en plikt til uoppfordret å tilby bevis som er relevante for saken, kan man begynne å ane konturene av noe som kan ligne på et prinsipp om discovery og disclosure i norsk rett. Problemet her er at det følger begrensninger av § 26-5 pkt. 3 hvor «[r]etten kan nekte bevistilgang etter første eller annet ledd hvis dette vil medføre kostnader som ikke står i rimelig forhold til tvisten og den mulige verdien av beviset».⁸⁷ Derfor er det ikke alltid rom for å få en sak tilstrekkelig opplyst ut fra kostnads- og effektivitetshensyn.

Hovedforskjellen mellom bevistilgangsreglene i norsk rett og håndhevelsesdirektivets bevistilgangsregler ser ut til å være at direktivet i utgangspunktet har et mer liberalt krav til bevistilgang for så å begrense kravene noe, mens norsk rett på sin side starter med et restriktivt krav for så å lempe på dette. Det følger av forarbeidene til tvisteloven § 26-6 at lempingen i punkt 2 ikke åpner "for et prinsipp om discovery/disclosure i norsk sivilprosess"⁸⁸ Sammen med andre sentrale hensyn i norsk prosessrett som proporsjonaliteten mellom tvistens verdi og de ressurser som skal brukes på å løse den, gir ikke dette grunnlag for å hevde at det foreligger et klart prinsipp om discovery og/eller disclosure i norsk rett.

I Rt. 2004 s. 442 stiller Høyesteretts kjæremålsutvalg seg bak lagmannsrettens avgjørelse og «finner det klart at pålegget om fremleggelse omfatter dokumenter som kan være av betydning som bevis i saken. At det ikke nødvendigvis gjelder alle dokumenter som omfattes av pålegget, hindrer ikke fremleg-gel-se, så lenge kravet til individualisering etter tvistemålsloven[...] er oppfylt».⁸⁹ Dette taler for at det ikke er spesielt strenge krav til individualisering av bevis i norsk rett, og at en til en viss grad kan får utlevert dokumenter hvor ikke alle nødvendigvis er like relevante for saken. Denne dommen var riktignok basert på den gamle tvistemålsloven, mens den nåværende tvisteloven

⁸⁵ Skoghøy 2012 s. 724

⁸⁶ Skoghøy 2012 s. 724

⁸⁷ Tvisteloven § 26-6

⁸⁸ Ot. Prp nr. 51 2004-2005 spesialmerknader til § 26-6

⁸⁹ Rt. 2004 s. 442 pkt. 29

viderefører den gamle ordlyden i hovedregelen selv om den forstås noe mindre strengt i dag.⁹⁰ Reglene er da ikke like strenge som de fremstår i § 26-6 første ledd.

EUs håndhevelsesdirektiv har også begrensninger når det kommer til spesifisering, mye i samsvar med formuleringene i norsk rett. Norsk rett uttaler at bevismaterialet skal identifiseres og individualiseres så godt det lar seg gjøre . EU på sin side har formulert vilkåret for individualisering på følgende måte: «evidence circumscribed as precisely and as narrowly as possible on the basis of reasonable available facts in the reasoned justification».⁹¹ EUs håndhevelsesdirektiv i likhet med norsk rett har tilsvarende forholdsmessighetsvurderinger i forbindelse med kostnader og omfang ved fremskaffelse av bevis. En forskjell ser ut til å være spørsmålet om tvistens verdi som i norsk rett er ganske klart formulert. Det ser ikke ut til at EU har tatt standpunkt til denne problemstillingen. Men det er nok spillerom i direktivets art.5 for at dette kan komme inn i vurderingen da ordlyden ikke fremstår som utømmende. Ut fra dette virker det ikke som forskjellen på håndhevelsesdirektivets regler og reglene i norsk rett er spesielt store på bevis tilgangsområde. Helt like er de derimot ikke. Hovedreglene er som tidligere nevnt utformet forskjellig. I direktivet er hovedregelen vidt utformet, mens den i norsk rett er restriktivt utformet. I direktivet blir hovedregelen begrenset av etterfølgende regler, mens den i norsk rett blir utvidet. Disse hovedreglene kan nok ikke sies å fastslå prinsipper om discovery i amerikansk forstand, men kan kanskje sees på som en begrenset versjon av prinsippet om discovery og disclosure. EUs regelverk ser også ut til å gi litt videre spille - og tolkningsrom enn hva norsk rett gjør, som potensielt sett kan føre til noe videre bevisføring innenfor EU enn hva som er tilfellet i Norge.

Det ser ikke ut som edisjonsreglene og spesifiseringsreglene i tvl. § 26-6 går lenger enn hva prinsippet om discovery gjør i det nye EU-direktivet. Norsk lovgivning ser ut til å ha tatt et standpunkt når det kommer til prinsippet om discovery. Tvisteloven stiller mindre strenge krav enn hva den gamle tvistemålsloven gjorde.⁹² Det ser ut til å være et bevisst valg at prinsipp om discovery og disclosure ikke er implementert i norsk rett. Det er i forarbeidene til tvisteloven nedfelt at et slikt prinsipp ikke er ønskelig i norsk rett. Forarbeidene uttaler at «[d]et vil bryte fundamentalt med de tungtveiende hensyn som taler for en mer effektiv – også

⁹⁰ Schei mfl. 2007 s. 955

⁹¹ Håndhevelsesdirektivet art. 5 pkt.2

⁹² Schei mfl. 2007 s. 955

kostnadseffektiv – sivilprosess»⁹³ Forskjellen er nødvendigvis ikke dramatisk, men det ser ut til at spesifiseringskravet i utgangspunktet virker strengere og mer restriktivt i norsk rett. Det kan kanskje være grunnlag for å benytte en harmoniserende tolkning i dette tilfellet, selv om det står i motstrid til hva som fremgår av forarbeidene. Muligheten for harmoniserende tolkning kan allikevel være til stede, og dermed kan Norge konstatere harmoni i forhold til EU-reglementet gjennom presumpsjonsprinsippet. Forarbeidene erkjenner også at det er ønskelig å komme så nært opp til et slikt prinsipp som mulig, uten å kompromisse på effektivitet og prosessøkonomiske hensyn. Allikevel er det en kjensgjerning at effektivitet og prosessøkonomi står i et misforhold til en bred bevistilgang.

6. Konsekvenser

6.1 Konsekvenser av ikke- implementering.

Som det nå er konstatert, har effektivitetsprinsippet gjennomslag på mange av EØS-avtalens rettsområder. Det er også klart at dette prinsippet legger føringer på EØS-landenes prosessuelle autonomi. Som Haukeland Fredriksen konstaterer, legger Norges EØS-medlemskap

«betydelige føringer for vår sivile rettergangsordning. Avtalens målsetting om like regler og konkurransevilkår på et felles marked forutsetter at de bånd på EU-statenes prosessautonomi som er utviklet av EF-domstolen som den klare hovedregel må gjelde tilsvarende i EFTA-pilaren av EØS-området.»⁹⁴

Det juridiske grunnlaget skulle også tale for at effektivitetsprinsippet strekker seg lenger enn hva problematikken rundt EØS-relevans for prosessuelle regler gjør. Selv om det er tilfellet, er det fortsatt mulighet for at direktivet om privat håndhevelse ikke blir implementert i EØS-avtalen. Spørsmålet som da oppstår er hvilke konsekvenser det vil ha dersom direktivet ikke blir implementert når det kommer til bevistilgangsspørsmål og prosessuelle regler innenfor EØS-avtalen generelt.

⁹³ Nou 2001: 32 pkt. 16.6.4

⁹⁴ Fredriksen, TFR 2008 s. 352

Det vil være noe problematisk dersom EFTA-statene har andre regler når det kommer til bevis tilgang i konkurransetvister enn EUs medlemsland. EU søker å harmonisere bevis tilgangsreglene for private, noe som vil føre til større oversiktighet og forutberegnelighet for parter innenfor EU. EFTA-statene tilknyttet EØS-avtalen får dermed ikke ta del i denne harmoniseringsprosessen. Siden bevis tilgangsreglene ikke harmoniseres innenfor EFTA-statene tilknyttet EØS-avtalen, så foreligger det forutberegnelighetsutfordringer i forhold til hvilket regelverk som gjelder. Dette gjelder i hovedsak aktører som operer på tvers av EU og EØS. Denne usikkerheten kan føre til at private aktører som disse bevis tilgangsreglene gjelder for, får et potensielt konkurransefortrinn i forhold til andre aktører som disse reglene ikke gjelder for. Dette vil være i strid med art. 1 i EØS-avtalen og øvrige målsetninger med samarbeidet om det indre marked. Med tanke på den betydelige eksporten som skjer fra EFTA-statene til EU og omvendt kan dette bli et problem.

Innenfor EØS vil det da være det gamle systemet som gjelder, hvor prosessregler i stor grad vil være regulert av nasjonale lovgivere og domstoler. Hvordan denne ulikheten praktisk vil manifestere seg er foreløpig usikkert, og det er domstolene som her må avgjøre hvilke regler som skal følges.

Her har EFTA-statene en utfordring i og med at et av kjerneområdene i EØS-avtalen er tilgangen til EUs indre marked. Med forskjellige rettsregler når det kommer til bevis tilgang for private ved håndhevelse av konkurransereglene innenfor EU/EØS, er dette en utfordring som bør avklares. Hva som blir resultatet av en slik avklaring er usikkert. Som tidligere nevnt, kan en potensielt dra effektivitetsprinsippet så langt at det gir direkte virkning på konkurranserettens område og at EFTA-statene på lik linje med EUs medlemsland må følge reglementet uansett om det er implementert eller ikke. Dette er nok usannsynlig, men muligheten må kunne sies å være til stedet.

Forutberegnelighetsutfordringer er ikke et nytt problem. Aktører over landegrenser har måttet forholde seg til forskjellig regelverk i ulike nasjoner i lang tid. Det gjør det på en annen side ikke mindre ønskelig å ha et forent regelverk. Dette har blitt tilstrebet gjennom internasjonale regler for kontraktsinngåelse og kontraktstolkning. Allikevel vil nærmere bestemte og detaljerte bestemmelser stort sett variert noe. Til tross for dette, er det en utfordring som

burde løses, spesielt når en langt på vei har et ønske og en ambisjon om et mer homogent regelverk innenfor EU og EØS. Det er et av formålene med EØS-avtalen.⁹⁵

Spørsmålet om EØS-relevans for sivilprosessuelle regler vil i bestefall bare fortsette å være en prinsipiell utfordring, uten stor betydning i praksis. Når det kommer til håndhevelsesdirektivet, kan denne utfordringen balanseres for EFTA-statenes del ved å påberope seg presumpsjonsprinsippet og dermed konstatere at nasjonale regler er i samsvar med direktivets artikler. Det er påstått fra norsk side at implementering av direktivet vil kreve endringer i norsk lov⁹⁶, og dette må nok tas til følge. Store endringer er det trolig ikke snakk om da regelsettene ikke er særlig forskjellige. Det foreligger også noe usikkerhet om hvilken utgave av direktivet som forelå da disse betraktningene ble gjort. Det kan kanskje være så få endringer som kreves at en harmoniserende tolkning er tilstrekkelig.

I verste fall fører dette til forutberegnelighetsproblemer og konkurranseforringelse. Det foreligger en risiko for at homogenitetsbestrebelsene innenfor EU, når det kommer til prosessuelle regler, vil bli et større praktisk problem for EFTA-statene tilsluttet EØS i fremtiden. Dette spesielt med tanke på den generelle utviklingen mot et mer harmonisert prosessuelt regelverk innenfor EU. Dersom EU ender opp med å gi private bedre tilgang til dokumenter og bevis enn hva EØS-landene kan tilby, vil dette bli et problem som må sies å være av sentral betydning. Spesielt med tanke på hvor sentralt markedstilgang og fri konkurranse er innenfor EØS og EU.

Det at kravene innenfor EØS når det kommer til bevistilgang er noe annerledes enn hva som nå blir tilfellet innenfor EU, kan også forringe EUs ønskede effekt om harmonisering, selv om dette ikke må ilegges for stor vekt siden EFTA-statene formelt sett fortsatt ikke har avstått suverenitet. Det nære forholdet mellom EØS og EU gjør at det dermed vil være gunstig for skadevolderne å forsøke og få sin sak prøvd innenfor EØS og dermed omgå EUs reglement. Akkurat dette må vel kunne sies å være noe mindre problematisk siden det foreligger regler til stedet som skal avgjøre hvor en rettssak finner sted. Dessuten har EUs forhold til private aktører utenfor EU og EØS nok ført til at dette er et velkjent problem. Allikevel er det en utfordring som igjen kan skape usikkerhet og er langt på vei uønsket. Men hvis en teknisk

⁹⁵ Fredriksen og Mathisen 2014 s. 40

⁹⁶ Merknader til det foreløpige posisjonsnotatet 25.04.2014 tilgjengelig på <http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos/eos-notatbasen/notatene/2014/apr/Privat-handheving.html?id=760714>

oppdatering er mulig uten dramatiske konstitusjonelle følger er mulig hadde det langt på vei vært ønskelig.⁹⁷

EFTA-statene tilknyttet EØS har uansett en utfordring når det kommer til hvordan de skal forholde seg til effektivitetsprinsippet i forbindelse med håndhevelsesdirektivet. Som EU-domstolen uttaler i C-557/12:

«Det bemærkes, at artikel 101, stk. 1, TEUF og artikel 102 TEUF skaber umiddelbare virkninger i forholdet mellem private og fremkalder rettigheder for borgerne, som de nationale retsinstanser skal beskytte (jf. domme BRT og Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs, 127/73, EU:C:1974:25, præmis 16, Courage og Crehan, EU:C:2001:465, præmis 23, og Manfredi m.fl., EU:C:2006:461, præmis 39).»⁹⁸

Disse artiklene tilsvarer EØS-avtalen art. 53 og 54, og dommens uttalelser vil like fullt gjelde på EØS-avtalens område. Det EFTA-statene som er tilsluttet EØS-avtalen da må stille seg spørsmål om er om de da kan ivareta disse rettighetene for private dersom de ikke implementerer dette direktivet og om de således legger hindringer i veien for effektivitetsprinsippets gjennomslagskraft når det kommer til EØS-avtalens art. 53 og 54.

Dersom en ser på håndhevelsesdirektivet som et startsted for effektiviseringen ved privat håndhevelse av konkurransereglene i EU, må en også vurdere om dette vil gjøre EØS mer akterutseilt hvis EU fortsetter å utvikle dette regelverket. Noe som må regnes som meget sannsynlig, da det er rimelig å regne dette som et fundament EU vil bygge videre på. Dette fordi Kommisjonen i lengre tid har ønsket et større fokus på privat håndhevelse av EUs konkurranseregler, og det må kunne påregnes med at Kommisjonen har en oppfatning om at jo mer harmoniserte håndhevelsesreglene er, desto mer effektiv blir håndhevelsen. Hvis EFTA-statene ikke følger etter EU på dette området, og dersom Norge tar den tilnærmingen som de gjorde med direktivet om intellektuell opphavsrett, kan en jo stille spørsmål om hvilken hensikt et forbehold om at sivilprosessuelle regler ikke er EØS-relevante har. Hensikten bak en hjemmelsmangel er vanskelig å identifisere. Det kan være en tilfældighet eller så skyldes det en bevisst holdning fra EFTA-statenes side, der hensikten er å beholde en større grad av juridisk suverenitet. Hovedårsaken ser ut til å være at EØS-avtalen ikke er oppdatert siden den ble inngått, mens EU-regelverket er i konstant juridisk endring. De nevnte alternativene er forbundet med usikkerhet, men EØS-avtalen ser ut til å virke som den skal. Det at sivilprosessuelle regler ikke var en del av EØS-avtalen til å begynne med ser ut til å være forenelig med tanken om tilgang til det indre marked kombinert med relativ høy grad av

⁹⁷ Fredriksen og Mathisen 2014 s. 170

⁹⁸ C-557/12 pkt. 20

statssuverenitet. Det er når flere og flere regelsett blir harmonisert innenfor EU at EØS-avtalen begynner å vise sin relativt høye alder og at den dermed ikke er like kompatibel med EUs regelverk som den en gang var.

6.2 Pragmatismen som redningsbøye

Håndhevelsesdirektivet er et eksempel på et problem som oppstår når disse to rettsfærene utvikler seg forskjellig. Vilkår og regler burde muligens gjøres noe klarere, for å få fastsatt i hvilken prosessuelle regler skal få innpass i EØS-avtalen. Uansett så er EØS-avtalen som tidligere nevnt dårlig egnet til å håndtere flere av EUs nye direktiv, som ofte spiller over flere rettsområder enn hva som var tilfellet med det gamle søylesystemet. EØS-avtalen svarer i dag til den gamle strukturen i EU og derfor byr dette på prinsipielle og praktiske utfordringer. EFTA-statenes problemer på denne fronten kommer ikke til å bli mindre med årene, etter hvert som flere saksområder innenfor EU blir mer og mer gjennomregulert. Derfor kan det være på tide å se på hele EØS-avtalen og tilpasse den til EUs nye struktur og til måten å gi rettsakter på. EFTA-statene som er tilknyttet EØS får ikke nyte fordelene av harmoniserte prosessregler og dette kan på sikt føre til større skjevhet og forskjeller enn hva som er ønskelig. Men en reforhandling kan også medføre større og potensielt uønskede konsekvenser.

Med tanke på den hjemmelmangel som gjør om at prosessuelle regler faller utenfor EØS-avtalens virkningsområde er dette noe som må bli tydeligere avklart. Det er klart at effektivitetsprinsippet har innvirkning på de prosessuelle regler innenfor EFTA-statene som har tilsluttet seg EØS-avtalen,⁹⁹ og slik sett er det dermed usikkert hvor langt en slik manglende hjemmel egentlig rekker. Dette har til nå ikke vært et stort problem og bare kommet på spissen to ganger med det aktuelle direktiv om privat håndhevelse og direktivet om intellektuell eiendomsrett. EØS-avtalen er en folkerettslig avtale, men er på mange måter svært dynamisk som folkerettslige avtaler vanligvis ikke er. EØS avtalen eksisterer derimot ikke i et rettslig vakuum, og med det er den utsatt for påvirkning. EØS-avtalen vil, dersom den prosessuelle integreringen i EU fortsetter, ha vesentlige mangler på dette punktet.

For Norges del representerer ikke håndhevelsesdirektivet dramatiske endringer fordi reglementet i direktivet ikke er vesens forskjellig fra det som er tilfellet i norsk prosessrett når det kommer til bevisstilling. Det vil nok måtte skje mindre lovendringer dersom direktivet blir

⁹⁹ Fredriksen TFR 2008 s. 352

en del av EØS-avtalen, men som tidligere nevnt kan en muligens klare seg med en harmoniserende tolkning i forhold til direktivet. Det som er av større prinsipiell viktighet er motsetningen mellom muligheten for å ha en dynamisk rettspleie innenfor EØS samtidig som man holder et sentralt rettsområde som sivilprosess på sentrale EØS-rettslige felt utenfor EØS-avtalen. Her kommer vi da til det som kan sies å være EØS-avtalens evige dilemma: Det å tolke EØS-retten på en dynamisk måte og samtidig være en folkerettslig avtale som ivaretar suvereniteten til EFTA-statene som er tilsluttet EØS-avtalen. Graver har i sin artikkel et passende navn på denne konflikten, nemlig "Mission Impossible".¹⁰⁰ Det har vel vist seg at det ikke er helt umulig å balansere disse motstridende hensyn, men det forutsetter at begge parter gir og tar for at EØS-avtalen skal forbli like velfungerende som den har vært. Uklare juridiske regler gir også bredere tolkningsmuligheter og politisk spillerom. Det kan hevdes at pragmatisme har gjort at avtalen virker, og partene bør derfor fortsette å være pragmatiske dersom den skal fortsette å fungere.

Kilder:

Litteratur:

Graver, Hans Petter «Mission Impossible: Supranationality and national Legal Autonomy in The EEA Agreement Graver, Hans Petter *NATIONAL JUDICIAL REACTION TO SUPRANATIONALITY IN THE EC AND THE EEA* 2000 Universitetsforlaget Oslo

Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund *EØS-Rett* 2014 Fagbokforlaget Bergen

Hjelmeng, Erling *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, 2002 Hustrykkeriet Juridisk fakultet Oslo

Hjelmeng, Erling L. og Lars Sjørgard *Konkurransopolitikk Rettslig og økonomisk analyse* Fagbokforlaget 2014 Bergen

Jones, Allison og Sufrin Brenda *EU Competition Law Text, Cases and Materials* 2013 Oxford University Press Oxford

Méndez-Pinedo M. Elvira *EC and EEA Law* Europa Law Publishing 2009 Groningen

Mæland, Henry John *Kort Prosess* 2013 Justian Bergen

¹⁰⁰ Graver 2000 s. 67

Neruda Robert “Private or Public Enforcement of Competition Law?” Basedow, Jürgen, Terhchte, Jörg Phillip og Tichy Lubos *Private Enforcement of Competition Law* 2011 Nomos Baden-Baden

Norberg, Sven, Hökberg Karin, Johansson, Martin, Eliasson Dan og Dedichen, Lucien *The European Economic Area EEA Law A Commentary on the EEA Agreement* 1993 CE Fritzes AB Stockholm

Schei, Tore, Bårdsen, Arnfinn, Nordèn, Dag Bugge og Øie, Toril M. mfl. *Tvisteloven Kommentarutgave del II* 2007 Universitetsforlaget

Sejersted, Fredrik, Arnesen, Finn, Rognstad, Ole-Andreas og Kolstad, Olav *EØS-Rett* 2011 Universitetsforlaget

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning Domstoler, søksmål, saksbehandling og bevis* 2010 Universitetsforlaget Oslo

Stürner, Rolf “Duties of Disclosure and Burden of proof in the Private Enforcement of European Competition Law”, Basedow, Jürgen *Private Enforcement of EC Competition Law* 2007 Kluwer Law International AH Alphen aan den Rijn

Tridimas, Takis *The General Principles of EU Law* 2006 Oxford University Press Oxford

Artikler:

Fredriksen, Halvard Haukeland «Norske domstolers håndtering av EØS-rettens føringer på prosessrettens område» Rapport # 3 EU/EØS-rett i norske domstoler 2011 Europautredningen

Fredriksen, Halvard Haukeland “Tvisteloven og EØS-avtalen” Tidsskrift for Rettsvitenskap 2008

Graells, Albert Sánchez «DISCOVERY, CONFIDENTIALITY AND DISCLOSURE OF EVIDENCE UNDER THE PRIVATE ENFORCEMENT OF EU ANTITRUST RULES» 2006 Observatory on Competition Policy Madrid

Inderst, Roman, Maier-Rigaud, Frank og Schwalbe “UMBRELLA EFFECTS” 2014 Journal of Competition Law and Economics

Juska, Zygimantas “OBSTACLES IN EUROPEAN COMPETITION LAW ENFORCEMENT: A POTENTIAL SOLUTION FROM COLLECTIVE REDRESS” 2014 European Journal of Legal Studies

Lande, Robert H. “The Proposed Damages Legislation: Don’t Believe the Critics” 2014
Journal of European Competition Law & Practice

MacGregor, Anne og Boyle, David “ European Union: Private Antitrust Litigation In The EU:
Levelling The Playing Field” 2014 Tilgjengelig via:
<http://www.mondaq.com/unitedstates/x/311890/Antitrust+Competition/Private+Antitrust+Litigation+In+The+EU+Levelling+The+Playing+Field>

Domsregister:

Norsk høysterett:

	Rt. 2004 s. 442 avsnitt 29.
Allseas Marine	Rt. 2005 s. 597 avsnitt 38.
Finanger II	Rt. 2005 s. 1365 avsnitt 58.

EU-domstolen:

B.S Levez mod T.H. Jennings 1998	C-326/96 pkt. 41
Courage Ltd mod Bernard Crehan 2001	C-453/99 pkt. 23
Global Trans Lodzhistik OOD mod Nachalnik na Mitnitsa Stolichna 2014	C-29/13 pkt. 33
Juan Carlos Sánchez Morcillo et María del Carmen Abril García mod Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA 2014	C-169/4 pkt. 34
Kone AG mod ÖBB-Ubfrastruktur AG 2014	C-557/12 pkt. 20
Pfleiderer AG mod Bundeskartellamt 2011	AGC—360/09 pkt. 28
Susanne Bulicke mod Deutsche Bürp Service GmbH 2010	C-246/09 pkt 35

EFTA-domstolen:

DB Schenker v EFTA Surveillance Authority 2013	E-14/11pkt. 4
Karl K. Karlsson v The Icelandic State 2013	E-4/01 pkt. 33

Norske Forarbeider:

NOU 2001: 32 Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2010: 2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Norske Lover:

Lov 17.06. 2005 nr. 90 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Traktater:

Avtale om Det Europeiske økonomiske samarbeidsområde 2. mai 1992

Utredninger:

Waelbroeck, Denis, Slater Donald og Even-Shoshan, Gil «Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules» Ashurst 2004 Brussel

Rettsakter fra EU:

EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2004/48/EF af 29 april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder

EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV [ikke ennå nummerert] af [ikke ennå datert] om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret

Uttalelser fra Norske myndigheter:

Faktnotat om erstatningssøksmål ved overtredelse av antitrust-bestemmelsene i EU...

29.09.2007 tilgjengelig på <http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos/eos-notatbasen/notatene/2007/sep/privat-handheving-av-konkurransereglene-.html?id=523225>

Foreløpig posisjons notat om privat håndheving 25.04.2014 tilgjengelig på

<http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos/eos-notatbasen/notatene/2014/apr/Privat-handheving.html?id=760714>

Uttalelser fra EFTA-statene:

EEA EFTA Comment on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union

13.11.2013 tilgjengelig via: <http://www.efta.int/sites/default/files/documents/eea/eea-efta-comments/2013/2013-11-13-EEA-EFTA-Comment-on-action-for-damages.pdf>

Pressemeldinger og erklæringer fra EU:

Pressemelding fra Kommisjonen, datert 10.10.2014 tilgjengelig på

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1580_en.htm

Erklæring fra EU tilgjengelig på

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>

