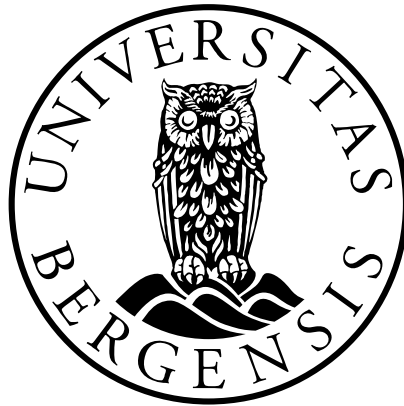


Rettslige hindringer i forbrukerens adgang til å fremme
erstatningssøksmål ved økonomisk tap forårsaket av ulovlige kartell



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Kandidatnummer: 186368

Dato: 2.juni 2013

Veileder: Tore Lunde

Antall ord: 13 331

<u>1. INNLEDNING</u>	1
1.1 INNLEDNING OG HOVEDPROBLEMSTILLING	1
1.2 FORBRUKERBEGREPET	3
1.3 AVGRENSNING AV OPPGAVEN	4
1.3.1 UTVALGTE EMNER FRA HVITBOKEN	4
1.4 FREMGANGSMÅTE OG METODISK TILNÆRMING	5
<u>2. PRIVAT HÅNDHEVELSE AV KONKURRANSEREGLENE</u>	6
2.1 ADGANG TIL Å ANLEGGE ERSTATNINGSSØKSMÅL	6
2.2 EFFEKTIVITETSPRINSIPPETS KRAV TIL SØKSMÅLSADGANGEN	7
2.2.1 RETTSPRAKSIS	8
<u>3. HINDRINGER I FORBRUKERENS ADGANG TIL Å ANLEGGE ERSTATNINGSSØKSMÅL ETTER ALMINNELIGE ERSTATNINGSRETTLIGE REGLER</u>	12
3.1 ALMINNELIGE ERSTATNINGSRETTLIGE REGLER SOM RETTSLIG GRUNNLAG FOR ERSTATNINGSKRAV MOT KARTELLET	13
3.1.1 ØKONOMISK TAP	13
3.1.2 ANSVARSGRUNNLAG	15
3.1.3 ÅRSAKSSAMMENHENG	17
<u>4.0 VURDERING AV FORBRUKERENS SØKSMÅLSADGANG PÅ BAKGRUNN AV UTVALGTE EMNER I HVITBOKEN</u>	18
4.1 BEVISTILGANG	18
4.1.1 PRESISERING	19
4.1.2 RETTSLIGE HINDRINGER VED Å FREMLEGGE BEVIS FOR ET ØKONOMISK TAP	20
4.1.3 BEVISPROBLEMATIKKEN VED Å AVDEKKE KARTELLET'S OVERPRISING	22
4.1.4 HVITBOKENS FORSLAG TIL ENDRINGER FOR Å LETTE FORBRUKERENS BEVISTILGANG	23
4.2 SKYLDKRAV	25
4.2.1 RETTSLIGE HINDRINGER VED SKYLDKRAV	25
4.2.2 HVITBOKENS FORSLAG TIL ENDRINGER FOR Å LETTE HINDRINGER VED SKYLDKRAV	26
4.3 SAKSOMKOSTNINGER	28
4.3.1 RETTSLIGE HINDRINGER VED SAKSOMKOSTNINGER	29
4.3.2 HVITBOKENS FORSLAG OM REDUSERING AV SAKSOMKOSTNINGSNIVÅET	31
4.4 KOLLEKTIVT SØKSMÅL	32

4.4.1 RETTSLIGE HINDRINGER VED KOLLEKTIVT SØKSMÅL	33
4.4.2 HVITBOKENS FORSLAG TIL ETABLERING AV REGLER OM KOLLEKTIVT SØKSMÅL	36
4.5 ERSTATNINGSUTMÅLING	37
4.5.1 RETTSLIGE HINDRINGER VED ERSTATNINGSUTMÅLING	37
4.5.2 HVITBOKENS FORSLAG OM ETABLERING AV MEKANISMER SOM LETTER ERSTATNINGSUTMÅLINGEN	38
4.6 VURDERINGER	39
5 AVSLUTNING	41
6 KILDER	43

1. Innledning

1.1 Innledning og hovedproblemstilling

Et kartell utgjør et ulovlig samarbeid mellom virksomheter som konkurrerer om å oppnå høyere inntjening enn det som er mulig å oppnå under normale konkurransevilkår.¹ I de situasjoner hvor overprising av produkter som selges på markedet er en direkte følge av kartellvirksomhet, kan forbrukeren ha betalt et beløp som overstiger det prisen for varen ville vært dersom produktet hadde blitt solgt uten kartellovertredelsen.² I en rapport fra London Economics i 2011 ble det avdekket at forbrukere i gjennomsnitt betaler nærmere 50 prosent for mye når prisforhøyelsen på det produkt eller den ytelse som kjøpes er et direkte utslag av kartellvirksomhet.³ Dette koster europeiske forbrukere i gjennomsnitt 20 billioner Euro årlig.⁴ Slike ulovlige karteller strider mot konkurranselovens formål, krrl §10⁵, EØS-avtalens artikkel 53⁶ og EF-Traktaten artikkel 81⁷, og kan påføre forbrukeren økonomisk tap.

Dersom forbrukeren ønsker erstatning for dette tapet, kreves det etter norsk rett en skade i form av økonomisk tap, et ansvarsgrunnlag og en årsakssammenheng mellom disse.⁸ I tråd med den norske konkurranselovens forarbeider, har forbrukeren adgang til å reise sivilrettslig søksmål ved konkurranserettslig overtredelse etter alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.⁹ En søksmålsadgang for forbrukeren følger også direkte uttalt av EF-domstolens avgjørelse i Courage.¹⁰ I avgjørelsen påpekes det imidlertid at å anlegge erstatningssøksmål ikke må være uforholdsmessig vanskelig for en privat part å fremme.¹¹ I dette ligger blant annet et krav om rettsbeskyttelse i form av full virkning av nasjonale regler om søksmålsadgang.

¹ Konkurrence- og Forbrugerbestyrelsen (2011). Vedlegg til Pressemeldelse av 1.januar 2011. London Economics: "Fakta om karteller".

² Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s. 409.

³ Konkurrence og forbrugerbestyrelsen: Pressemeldelse av 1.februar 2011. London Economics: "Karteller skruer prisene voldsomt op".

⁴ Foer, Cuneo (2010) The international handbook on private enforcement of competition law s. 277

⁵ Lov av 5.mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven). Heretter krrl.

⁶ Avtale om Det Europeiske Økonomiske samarbeidsområde (EØS) av 2.mai 1992. Heretter EØS-avtalen.

⁷ Traktaten om opprettelse av Det Europæiske Fællesskabet (EF) av 25.mars 1957. Heretter EF-traktaten.

⁸ Nygaard (2007) Skade og ansvar 6.utgave s. 4.

⁹ NOU 2003:12 Ny konkurranselov s. 213

¹⁰ Sak C-453/99 Courage Ltd v Bernard Crehan. Premiss 24 og 26. Heretter C-453/99.

¹¹ C-453/99 premiss 29.

Ved overtredelse av konkurranselovgevingen stiller EU-retten ingen ytterligere krav til nasjonale søksmålsregler enn at disse anvendes i tråd med prinsippene om ekvivalens og effektivitet.¹²

Forbrukerens håndhevelse utgjør et supplement til offentlige myndigheters håndhevelse av konkurranselovgevingen. Slik privat håndhevelse fra forbrukeren kan virke motiverende for virksomheter til å opptre mer aktsomt på markedet, ettersom en risiko for å komme i en erstatningsbetinget posisjon ikke er økonomisk gunstig for virksomheten. På den måten kan privat håndhevelse bidra som et avskrekkende middel for å hindre konkurranserettslige overtredelser. I forlengelsen av dette vil privat håndhevelse indirekte kunne bidra til realiseringen av konkurranselovens overordnede formål om effektiv ressursbruk gjennom holdningsskapende erstatningskrav.

Fra forbrukerens ståsted, er det til tross for adgangen til å anlegge erstatningssøksmål ved kartellovertredelser i form av overprising, en rekke materielle og prosessuelle utfordringer som i betydelig grad kan svekke forbrukerens reelle mulighet til å gjennomføre sivilt erstatningssøksmål.

Listen over utfordringer er lang for en forbruker som ønsker å reise erstatningssøksmål mot kartellet. Eksempelvis besitter normalt ikke en forbruker den rettsøkonomiske kunnskap som kreves for å vurdere om det er etablert et ulovlig kartell som overpriser sine produkter. I tillegg vil også det å bevise en differanse mellom betalt pris og reell markedspris uten den ulovlige kartellvirksomhet være krevende for forbrukeren å gjennomføre, noe som gjør det vanskelig å fastsette et økonomisk tap som grunnlag for sitt erstatningskrav.¹³ Dette er noen av utfordringene som aktualiserer spørsmålet om forbrukerens reelle adgang til å reise erstatningssøksmål er uforholdsmessig vanskelig å fremme.

Til å bøte på disse vanskeligheter har EU-kommisjonen utviklet hvitboken om privat håndhevelse av konkurransereglene, som videreutvikler den tidligere grønnboken¹⁴ om samme tema, etter inspirasjon fra amerikansk rett. Hvitboken utkrystalliserer kjerneproblemer

¹² Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s. 46

¹³ Østbye (2007) Konkurranserett - en strategisk og rettsøkonomisk tilnærming s.182.

¹⁴ Green paper-Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 19.desember 2005. Heretter grønnboken.

i søksmålsadgangen hva gjelder sanksjonen erstatning. I tillegg kommer EU-kommisjonen med en rekke forbedringsforslag til dette.¹⁵

Oppgavens hovedproblemstilling er med denne bakgrunn å vurdere hvordan prosessuelle og materielle søksmålshindringer påvirker muligheten for forbrukeren til å anlegge og gjennomføre et erstatningssøksmål mot karteller. Søksmålshindringene vil vurderes med utgangspunkt i utvalgte emner fra hvitboken, og effektivitetsprinsippets¹⁶ krav til søksmålsadgangen.

1.2 Forbrukerbegrepet

Reguleringen av konkurranserettslig adferd er først og fremst av betydning for de involverte konkurrerende virksomheter. Adferdsreguleringen er også av stor betydning for forbrukerne ettersom disse utgjør deler av kundekretsen og dermed mulige kjøpere av produkter og tjenester. En forbruker i konkurranserettslig sammenheng omfatter imidlertid en svært vidtrekkende krets og favner alle etterspørere av produkter.¹⁷ Dette kan innebære både offentlige organer, bedrifter og privatpersoner. Felles for forbrukerne er at det foreligger betydelige barrierer for å anlegge erstatningssøksmål. Til tross for dette er det likevel variasjoner blant forbrukergruppene tilgang på kompetanse og økonomiske ”muskler”, som i noen tilfeller kan gi bedre forutsetninger for å anlegge erstatningssøksmål. Disse forutsetningene innebærer likevel *ikke* at søksmålsadgangen automatisk blir lettere.

Under drøftelsen av de utvalgte emner fra hvitboken vil jeg underveis spesifikt kommentere dersom det er forskjeller mellom de ulike forbrukergruppene angående de rettslige hindringenes innvirkning for gjennomførbarheten av erstatningssøksmålet.

¹⁵ White paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules. COM(2008) 2.april 2008. Heretter hvitboken

¹⁶ C-453/99 premiss 29.

¹⁷ Kolstad (2005)Tidsskrift for rettsvitenskap. ”Konkurranseloven som virkemiddel til å fremme “forbrukerens interesser” s.19.

1.3 Avgrensning av oppgaven

Opgaven avgrenses til å vurdere forbrukerens mulighet til å anlegge erstatningssøksmål mot karteller, ved å påpeke hvordan prosessuelle og materielle hindringer i søksmålsadgangen påvirker den faktiske gjennomførbarheten. Oppgaven vil ta for seg karteller som oppstår gjennom avtalt overprisningssamarbeid, og oppgaven avgrenses derfor mot vurderinger knyttet til misbruk av dominerende stilling.

Til tross for at det eksisterer andre sanksjoneringsmåter som forbrukeren kan anvende i overprisingstilfellene, som tilbakebetaling på avtalerettslig grunnlag, ugyldighet og alminnelige prinsipper om restitusjon, vil disse alternative metoder for tilbakebetaling ikke bli behandlet her av hensyn til oppgavens omfang.¹⁸

Opgaven avgrenser videre mot vurderinger knyttet til statens erstatningsansvar.

1.3.1 Utvalgte emner fra hvitboken

Hvitboken om privat håndhevelse av EF-traktaten artikkel 81 og 82 har sitt hovedfokus rettet mot forslag for å skape et juridisk fungerende rammeverk som tilrettelegger for at skadelidte gis en effektiv oppreisning i de situasjoner hvor denne har lidt et økonomisk tap som følge av konkurransebegrensende virksomhet.¹⁹ Hvitboken ble utarbeidet i 2008, men er foreløpig ikke endelig vedtatt. Hvilken rettskildemessig status hvitboken vil kunne få for norsk rett og hvordan den påvirker EØS-avtalen fremstår usikkert. Hvitboken fremsetter imidlertid forslag til endringer som tar sikte på å lette private parters muligheter til å anlegge erstatningssøksmål mot karteller, noe som kan signalisere at hvitboken vil kunne ende opp som ikke-bindende retningslinjer. Angående privat håndhevelse for EØS-borgere må det klare utgangspunkt antas å være at artikkel.53 og 54 i EØS-avtalen må ha samme anvendelighet for private slik den har for private i EF-retten.²⁰ Dette tilsier at EØS-borgere har tilsvarende mulighet til å håndheve EF-traktatens artikkel 81 og 82 som EF-rettens borgere. Dette støttes også av at det er antatt i

¹⁸ Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler. s. 532 flg.

¹⁹ Commission staff working paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 2.april 2008 s.7 (heretter Arbeidsdokumentet).

²⁰ Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s.97.

tvistelovens forarbeider og juridisk teori at de bånd på medlemslandenes prosessautonomi som er utviklet av EF-domstolen, også gjelder for EØS-avtalen.²¹

For å få et best mulig bilde av søksmålsadgangens gjennomførbarhet for forbrukeren, er det nødvendig og mest hensiktsmessig å vurdere temaer som illustrerer forbrukerens absolutt største og mest krevende utfordringer.

Følgende emner fra hvitboken vil derfor bli vurdert for å besvare oppgavens hovedproblemstilling: Bevistilgang, skyldkrav, saksomkostninger, kollektivt søksmål og erstatningsutmåling.

1.4 Fremgangsmåte og metodisk tilnærming

Jeg vil vurdere oppgavens hovedproblemstilling med utgangspunkt i hvitboken om privat håndhevelse av konkurransereglene. Ved vurderingen av de utvalgte søksmålshindringene fra hvitboken vil effektivitetsprinsippet, slik det er utviklet i EF-retten, være en form for sensur for hindringenes gjennomførbarhet overfor forbrukeren.²² Jeg har valgt bruken av effektivitetsprinsippet som metodeverktøy for å rette fokuset mot forbrukerens reelle mulighet til å anlegge erstatningssøksmål.

Opgaven er bygd opp på en slik måte at det først vil bli foretatt en vurdering av rettspraksis i den hensikt å etablere et rammeverk rundt effektivitetsprinsippet innhold. Deretter vil det for hver enkelt søksmålshindring og for de kumulative erstatningsvilkårene, bli foretatt en vurdering av erstatningssøksmålets gjennomførbarhet i lys av dette prinsippet og de krav prinsippet stiller. Vurderingene av de ulike søksmålshindringene følger metodisk en tredeling, hvor det (1) vurderes hvordan tvisteloven tilrettelegger for søksmålsadgang, (2) hvilke rettslige hindringer som inntreffer, og (3) hvitbokens forslag til endringer for å lette søksmålsadgangen knyttet opp mot den enkelte hindring.

²¹ Fredriksen (2008) Tidsskrift for rettsvitenskap (TRF-2008-289) «Tvisteloven og EØS-avtalen» s.297.

²² NOU 2003:12: Utkast til lov om konkurranse s. 261.

2. Privat håndhevelse av konkurransereglene

2.1 Adgang til å anlegge erstatningssøksmål

Det er en vesentlig forskjell på å ha adgang til å kreve erstatning ved et økonomisk tap, og å faktisk kunne benytte seg av denne adgangen. En søksmålsadgang, uten faktisk rettighetsbeskyttelse, kan betegnes som en rettsregel med et innhold som *ikke* muliggjør anvendelse av vilkårene for å oppnå en rettsvirkning.²³ Dette indikerer at forbrukeren ikke har en reell adgang til å kunne kreve erstatning for overpris, dersom anvendelsen av vilkårene for å kreve erstatning ikke er mulig å oppfylle for å oppnå den ønskede rettsvirkning. Slik kan prosessuelle og materielle hindringer i forbrukerens søksmålsadgang påvirke muligheten for en faktisk gjennomføring av erstatningssøksmålet.

Gjennom EF-retten er det imidlertid utviklet et gjennomførbarhetskriterie²⁴ som bygger på et krav om at rettsregler, i dette tilfellet rettsregler om søksmålsadgangen, må være ekvivalent og effektiv i sin beskyttelse av rettighetene.²⁵ Dette innebærer for det første at søksmålsadgangen ikke må fremstå prosessuelt diskriminerende.²⁶ For det andre må søksmålsadgangen etablere en effektiv rettighetsbeskyttelse, for å unngå at det er umulig eller uforholdsmessig vanskelig å hevde rettigheten.²⁷ Også i norsk tvistelovs forarbeider finnes liknende argumentasjon angående søksmålsadgangens realitet og gjennomførbarhet. Her fremheves viktigheten av å unngå å etablere et prosessystem som virker ineffektivt, urimelig og uforholdsmessig krevende å anvende for å oppnå en rettighetsbeskyttelse.²⁸

Prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse, slik det er utviklet i EF-retten, får stor betydning for besvarelsen av oppgavens hovedproblemstilling. Dette er fordi effektivitetsprinsippet kan si noe om hvorvidt en søksmålshindring ligger i nærheten av å fremstå uforholdsmessig krevende å passere. Slik kan prinsippet bidra til å belyse forbrukerens mulighet til å gjennomføre et erstatningssøksmål. Dette kan hevdes på bakgrunn av at en forbruker som har lidt et økonomisk tap ved overprising, men som eksempelvis ikke evner å oppfylle et eller

²³ Nygaard (2007) Skade og ansvar 6.utg. s. 26.

²⁴ Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s.48

²⁵ Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s.48

²⁶ Fredriksen (2011) Europautredningen Rapport nr 3. "EU/EØS-rett i norske domstoler". s.61.

²⁷ Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler. s.42.

²⁸ NOU 2001:32: s. 155

flere av de kumulative erstatningsvilkårene grunnet en materiell eller prosessuell søksmålshindring, samtidig vil indikere at søksmålsadgangens gjennomførbarhet er svekket.

Ettersom oppgavens utvalgte emner fra hvitboken både retter seg mot forslag til forbedringer av materielle og prosessuelle søksmålshindringer, er det nødvendig å presisere at effektivitetsprinsippet også retter seg mot krav både til rettsreglers materielle og prosessuelle side.²⁹ Prinsippet kan derfor anvendes og er tjenelig for å ta stilling til oppgavens hovedproblemstilling.

Effektivitetsprinsippet vil kunne belyse graden av forholdsmessighet for de ulike prosessuelle og materielle hindringer som oppgaven behandler, på en måte som igjen kan gi bidrag til vurderingen av hvordan slike hindringer påvirker forbrukerens faktiske søksmålsadgang ved overprising av produkter. Ved å holde hindringene opp mot effektivitetsprinsippet, vil dette gi bedre grunnlag for å vurdere oppgavens hovedproblemstilling. Relevant rettspraksis om effektivitetsprinsippets kjerne vil derfor bli drøftet i den hensikt å etablere en nærmere forståelse av hvilke krav dette prinsippet stiller for å unngå at en rettsregel, i dette tilfellet erstatnings- og søksmålsregler, blir ”umulig eller uforholdsmessig” vanskelig å hevde.

2.2 Effektivitetsprinsippets krav til søksmålsadgangen

I relasjon til erstatnings- og søksmålsregler innebærer effektivitetsprinsippet først og fremst at forbrukeren ikke må være totalt avskjært fra å anlegge erstatningssøksmål ved overpriste produkter, jf. anvendelsen av begrepet ”umulig”.³⁰ Betegnelsen ”uforholdsmessig”³¹ er imidlertid et vagt og vidt begrep. I lys av alminnelige erstatningsprinsipper og søksmålsregler etter tvisteloven, vil en kontekstuell tolkning av begrepet likevel kunne tilsi at søksmålsadgangen ikke må være uproporsjonal. Med dette menes at det må tilrettelegges for en balanse mellom målet om å oppnå erstatning for sitt tap, og muligheten til å oppfylle vilkårene for å anlegge erstatningssøksmål. Det sentrale for en uforholdsmessig vanskelig søksmålsadgang er dermed etter en naturlig språklig forståelse av begrepet, å unngå en

²⁹ Sak E-4/01 Karl K. Karlsson hf. V Iceland. (2002) premiss 33-34.

³⁰ C-453/99 premiss 29.

³¹ C-453/99 premiss 29.

markert skjevhet mellom et økonomisk tap og anvendelse av vilkårene for å anlegge erstatningssøksmål.

2.2.1 Rettspraksis

I europeisk sammenheng eksisterer det ikke autorative eksempler på privat håndhevelse ved konkurranserettslige overtredelser som retter seg mot overpriser. Et vendepunkt skjedde imidlertid ved EF-domstolens avgjørelse i Courage-dommen³² fra 2001 som også fikk automatiske følger for norsk rett.³³ Domstolen uttaler her eksplisitt at enhver som lider økonomisk tap som følge av konkurranserettslig overtredelse har krav på å reise erstatningssøksmål.³⁴ Dommen omhandler riktignok en konkurransebegrensende avtale hvor en av konkurrentene til bryggeriet Courage led et økonomisk tap som følge av denne avtalen.³⁵ Erstatningssøksmålet i dommen fremmes således av en konkurrent og ikke en forbruker. Likevel gir uttalelsen direkte anvisning på at ”any individual” som lider tap har krav på erstatning.³⁶

Dommens fremhevelse om at alle som lider et økonomisk tap har krav på erstatning, er inntatt for å påse en effektiv håndhevelse av EF-traktaten.³⁷ EF-domstolen tilføyer imidlertid at for å sikre en effektiv håndhevelse må muligheten til å fremme erstatningskrav ved økonomisk tap ikke være ”umulig eller uforholdsmessig” vanskelig. Dette er slik domstolen påpeker et uttrykk for en fellesskapsrettslig minstestandard.³⁸ Dette markerer at også forbrukere, som blir berørt gjennom økonomisk tap som følge av konkurranseovertredelsen, har krav på rettighetsbeskyttelse gjennom faktisk mulighet til å gjennomføre et erstatningskrav. Til tross for EF-domstolens eksplisitte tilkjenneivelse av effektivitetsprinsippets virkning overfor forbrukerens rettigheter, så overlates gjennomføringen og overholdelse av prinsippet til de nasjonale domstoler.³⁹ Dette tilsier at nasjonale domstolers prosessuelle og materielle erstatnings- og søksmålsregler må være i overensstemmelse med kravet om å unngå en ”umulig eller uforholdsmessig” krevende søksmålsadgang.

³² C-453/99

³³ Rt.2005.597 (Allseas-dommen) premiss 38.

³⁴ C-453/99

³⁵ C-453/99

³⁶ C-453/99 premiss 24, 26.

³⁷ C-453/99 premiss 26, 29.

³⁸ Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s.48

³⁹ C-453/99 premiss 29.

I sak C-430/93⁴⁰ gjør EF-domstolen imidlertid et forsøk på å tilnærme seg innholdet i betegnelsen ”umulig eller uforholdsmessig” søksmålsadgang, gjennom å utforme retningslinjer for effektivitetsprinsippet.

”Med henblik på anvendelsen af disse principper skal hvert enkelt tilfælde, hvor der opstår spørgsmål om, hvorvidt en national processuel bestemmelse gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig at anvende fællesskabsretten, bedømmes under hensyn til, hvilken stilling bestemmelsen indtager i den samlede procedure, herunder dens forløb og dens særlige kendetegn, for de forskellige nationale retsinstanser. Under denne synsvinkel skal der givet fald tages hensyn til principper, der ligger til grund for den nationale retspleje, blant annet kontradiktionsprinsippet, retssikkerhedsprinsippet og prinsippet om en hensigtsmæssig sagsbehandling”.⁴¹

Uttalelsen markerer at det må foretas en konkret, helhetlig vurdering av søksmålshindringen i lys av alminnelige prinsipper som ligger til grunn for behandling av nasjonale rettsregler. Til tross for en noe mer utfyllende forståelse av hvordan den konkrete vurderingen av effektivitetsprinsippet skal knyttes opp til den enkelte søksmålshindring, er uttalelsen taus om prinsippets innhold og hvordan terskelen kan fastsettes.

I likhet med sak C-430/93 viser hovedandelen av den foreliggende rettspraksis om emnet at effektivitetsprinsippet er retningsgivende for å ta stilling til om en rettsregel er i overenstemmelse med prosessuelle og materielle krav til å håndheve rettighetene, men uten at prinsippets innhold fastsettes endelig.

Dette kan etter min mening tolkes dithen at at det ikke er mulig av hensyn til nasjonale domstoler å komme nærmere en begrepsmessig avklaring av terskelen eller utdyping av hva som ligger i effektivitetsprinsippets krav, uten å knytte prinsippet opp mot en konkret søksmålshindring. En vurdering på generelt grunnlag av småsøksmålsadgangens forholdsmessighet er derfor vanskelig å foreta, ettersom dette vil bero på den konkrete hindring som forbrukeren står overfor i et gitt tilfelle. Dette kan hevdes på bakgrunn av at man i prinsippet må vurdere om eksempelvis tilgangen til ett konkret dokument er uforholdsmessig krevende å få adgang til som ledd i vurderingen av søksmålsadgangens faktiske gjennomførbarhet.

⁴⁰ C-430/93 Jeroen van Schijndel og Johannes Nicolaas Cornelis van Veen v Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapauten. Heretter C-430/93.

⁴¹ C-430/93 premiss 19.

Den foreliggende rettspraksis gir anvisning på en helhetsvurdering, men også en tolkning av betegnelsen isolert sett vil kunne gi føringer på hvor terskelen for den enkelte søksmålshindring skal settes uten at dette klart kan defineres på et generelt nivå. Hvor terskelen for en umulig eller uforholdsmessig søksmålshindring skal settes, må derfor i utgangspunktet bero på den konkrete hindring og vil variere deretter.

Ettersom de utvalgte emner fra hvitboken underveis skal holdes opp mot effektivitetsprinsippet i oppgavens kapittel 4, er det hensiktsmessig å presentere et veiledende eksempel for hvordan dette prinsippet i praksis er håndtert opp mot en bestemt søksmålshindring. Dette vil gi føringer på hvordan fremgangsmåten for analysen av søksmålshindringene skal foretas i lys av dette prinsippet.

I den sammenheng gir Generaladvokatens uttalelse forrut for Pfleiderer-dommen et bidrag.⁴² Saken omhandlet blant annet spørsmålet om hvorvidt og i hvilket omfang en nasjonal konkurransemyndighet kan gi videre opplysninger, som frivillig er inngitt til denne av medlemmer i et kartell, til en skadelidt som sistnevnte kan anvende til bruk for å anlegge erstatningssøksmål mot kartellet.⁴³

I likhet med oppgavens hovedproblemstilling hadde selskapet Pfleiderer betalt en overpris for et produkt som var et resultat av et kartell. Deres ønske om å få innsyn i relevante dokumenter var begrunnet med det formål å anlegge erstatningsrettslig søksmål mot kartellet. Til dette understreker Generaladvokaten at hvorvidt det skal gis innsyn i dokumentene må bero på en ”interesseafvejning og er begrenset til de dele af sagsakterne, der er nødvendige for at underbygge erstatningskravet.”⁴⁴

Videre påpeker Generaladvokaten at forbrukeren kan bli gitt avslag på innsyn i dokumenter av et visst omfang og at dette av den grunn kan hindre forbrukerens reelle adgang til å kreve erstatning. En slik begrensning i innsynsretten vil ifølge Generaladvokaten kunne begrunnes i det legitime mål bestående i å sikre nasjonale konkurransemyndigheters effektive håndhevelse

⁴² Sak C-360/09 Pfleiderer AG mot Bundeskartellamt, 14. juni 2011.

⁴³ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Mazák, 16. desember 2010, i sak C-360/09.

⁴⁴ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Mazák, (avsnitt 8) 16. desember 2010, i sak C-360/09.

av konkurransereglene veid opp i mot privates interesser i å straffe karteller gjennom erstatningssøksmål.⁴⁵

Uttalelsen kan i relasjon til effektivitetsprinsippets innhold tolkes dithen at dersom innsyn i dokumenter er nødvendig for å fremme et erstatningskrav, kreves det først og fremst proporsjonalitet mellom dokumenter som det gis innsynsrett til og hensynet til virksomhetenes interesser i å unngå offentlighet rundt dokumentene. I forlengelsen av dette vil en for snever eller uproporsjonal innsyns adgang, umiddelbart være i strid med effektivitetsprinsippet. Konkurransemyndighetenes interesse i å effektivt håndheve konkurranselovgivningen kan likevel i noen tilfeller alene begrunne at innsyn til dokumenter ikke skal gis, selv om dette vil gi utslag i at forbrukeren ikke får en reell adgang til å anlegge erstatningssøksmål. Dette synes å vise tilbake på betydningen av den konkrete interesseavveiningen mellom den skadelidte, kartellet og konkurransemyndighetenes håndhevelse.

I forbindelse med forbrukerens bevisproblematikk fremheves det også forrut for Donaudommen⁴⁶ av Generaladvokaten at det ”påhviler den nationale ret at sikre sig, at en privatperson, der ønsker at anlægge erstatningssøgsmål må kunne påberåbe sig en særlig procedure med henblik på at føre vidner eller i modsat fald, at han på anden måde og navnlig skriftlig, kunne føre bevis for de tab, han har lidt. Ellers ville bevisreglerne gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig i praksis at udøve [rettigheten]”.⁴⁷

Etter min mening viser dette at det ikke er tilstrekkelig at nasjonale regler åpner for en mulighet til å få adgang til å føre de bevis forbrukeren ønsker, men nasjonale regler *skal sikre* at forbrukeren faktisk kan føre bevis for det tap han har lidt. Dette indikerer at effektivitetsprinsippet vil kunne stille strenge krav til at nasjonale rettsregler skal gjøre det mulig for en forbruker å fremme et erstatningskrav, enten dette skjer ved direkte bistand til å fremskaffe tilstrekkelig bevis, eller gjennom bistand fra kompetente myndigheter til å kunne anvende bevisene på en måte som gjør det mulig å fremme et erstatningssøksmål.

⁴⁵ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Mazák, (avsnitt 48) 16.desember 2010, i sak C-360/09

⁴⁶ Sak C-536/11 Donau Chemie AG mot Bundeswettbewerbbehörde, 7.februar 2013

⁴⁷ Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Jääskinen, (avsnitt 59) 7.februar 2013, i sak C-536/11

Uttalelsene om bevisproblematikken og innsynsspørsmål viser at det kreves vurderinger av den faktiske mulighet til å oppfylle vilkårene, samtidig som det må foretas en vurdering av hvorvidt rettigheten kan anses for å beskytte forbrukeren, i den betydning at forbrukeren reelt sett kan fremme et erstatningskrav. Dette innebærer at det må tas stilling til om og i hvilken grad en hindring er overkommelig for forbrukeren. I tillegg kreves det at prosessreglene muliggjør slik anvendelse av sanksjoner, samt at rettigheten ikke på noen måte fremstår som illusorisk.

Generaladvokatens uttalelser er imidlertid bare av veiledende karakter og utgjør forslag til avgjørelse i saken. Disse avviker likevel ikke fra det som fremheves i dommene, noe som styrker uttalelsene. Anvendelsen av effektivitetsprinsippet i avgjørelsesforslagene har derfor en viss generell overføringsverdi i relasjon til bevisreglene. Fremgangsmåten og vurderingene som foretas for å ta stilling til om en hindring i søksmålsadgangen er uforholdsmessig krevende kan imidlertid være retningsgivende på et mer generelt grunnlag for å ta stilling til de utvalgte søksmålshindringer i hvitboken, som behandles i kapittel 4. De vurderinger som foretas og de spørsmål som stilles av Generaladvokatene i tilknytning til effektivitetsprinsippet, vil dermed få overføringsverdi til oppgavens analyse av søksmålshindringer.

3. Hindringer i forbrukerens adgang til å anlegge erstatningssøksmål etter alminnelige erstatningsrettslige regler

I dette kapitlet er hensikten å presentere hvilke rettslige hindringer som oppfyllelse av alminnelige erstatningsrettslige regler representerer. Dette vil, sammenholdt med effektivitetsprinsippet, utgjøre rammeverket for å ta stilling til hvordan hvitbokens utvalgte søksmålshinder påvirker forbrukerens muligheter til å faktisk gjennomføre et erstatningssøksmål mot kartellet. Det vil i dette kapitlet foretas en mer oversiktspreget vurdering hvor det sentrale er å påpeke de ulike hindringene ved erstatningskravet, ettersom disse, sammen med utvalgte søksmålshindringer, vil bli drøftet i oppgavens gjennomgang av hvitbokens emner i kapittel 4.

3.1 Almennelige erstatningsrettslige regler som rettslig grunnlag for erstatningskrav mot kartellet

EU og EØS-rettens konkurranseregler inneholder i likhet med den norske konkurranseloven ingen eksplisitte regler som gir rett til erstatning ved brudd på konkurranserettslige regler. Det fremgår imidlertid av EF-domstolens avgjørelse i *Courage* at EF- retten krever at nasjonale rettssystemer innehar regler om erstatning ved konkurranserettslige overtredelser.⁴⁸ I forarbeidene til den norske konkurranselov, understrekes det i tillegg at:

« så vel offentlige som private interesser er beskyttet av lovens regler, slik at overtredelse kan utløse erstatningskrav fra de som rammes. Den som setter seg ut over dem, risikerer derved å bli erstatningsansvarlig for tap som påføres en annen privat part ». ⁴⁹ Forbrukeren er dermed en beskyttelsesverdige interesse.

Den erstatningsrettslige culpa-normen påberopes i stor grad som rettslig grunnlag for erstatningskrav innenfor en rekke rettsområder, men i svært liten grad innenfor konkurranseretten. Det eksisterer imidlertid ikke gode grunner som skulle tilsi at erstatningssøksmål ikke skal være like lett anvendelige også på konkurranserettens område.⁵⁰

Konkurranselovutvalget⁵¹ har likevel konkludert med at det ikke er behov for implementering av særlige erstatningsregler, noe som innebærer at man for norsk retts vedkommende må falle tilbake på almennelige erstatningsrettslige regler. Grunnvilkårene for erstatning er et krav om å oppfylle de kumulative vilkårene om økonomisk tap, ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng.⁵²

3.1.1 Økonomisk tap

Skadebegrepet i den almennelige erstatningsretten omfatter også et økonomisk tap, og innebærer at den som lider et økonomisk tap skal stilles som om skaden ikke var skjedd.⁵³ I

⁴⁸ C-453/99 premiss 46, 47.

⁴⁹ Ot.prp.nr.41 (1992-1993) s. 82.

⁵⁰ European Competition Law Review. Volume 33 Issue 9 (2012)Artikkel av Hanna Stakheyeva, phd, "Removing Obstacles to a More Effective Private Enforcement of Competition Law".

⁵¹ NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov s. 175-176.

⁵² Nygaard (2007) 6.utg. Skade og ansvar s.66.

⁵³ Nygaard (2007) 6.utg. Skade og ansvar s.71.

konkurranserettslig sammenheng omfattes klart de rene formuesskader.⁵⁴ Når karteller overpriser sine produkter vil dette kunne resultere i at forbrukeren må betale overprisen. I praksis vil det være vanskelig for forbrukeren alene å beregne hva den hypotetiske prisen ville vært i fravær av konkurransebegrensningen, ettersom det økonomiske tapet kvantifiseres gjennom å kartlegge den reelle markedsprisen for produktet og produktets pris under kartellet.⁵⁵ Forholdet mellom prisnivået før og etter konkurransebegrensningen vil resultere i et beløp som forbrukeren ikke skulle betalt.

Å fremskaffe beviser for en reell markedspris uten kartellets eksistens er svært krevende for en forbruker, ettersom dette fordrer en rettsøkonomisk vurdering på bakgrunn av økonomiske analyser og metoder.⁵⁶ Dette søksmålshinderet representerer en av de mest krevende utfordringer for forbrukeren, og vil bli nærmere analysert i oppgavens gjennomgang av bevisproblematikken i pkt 4.1.1.

I forbindelse med forbrukerens vanskeligheter med å bevise et økonomisk tap er det nødvendig å presisere at ikke ethvert økonomisk tap som følger av kartellers overprising av produkter kan resultere i et erstatningskrav. Dette aktualiserer spørsmålet om hva som utgjør et relevant økonomisk tap i konkurranse-og erstatningsrettslig sammenheng.

I den forbindelse gir amerikansk rett et bidrag til forståelsen av hva som utgjør et relevant tap. Amerikansk rett opererer med en avgrensning av skadebegrepet utenom den begrensning som allerede ligger i kravet om årsakssammenheng. Hovenkamp mener at det må dreie seg om en «antitrust injury», hvor han viser til at «a plaintiff should be able to recover damages only if its own private injury and injury to the public coincide in some way».⁵⁷ Uttalelsen bygger på domsavsigelsen i *Brunswick*⁵⁸ hvor Supreme Court presiserte at:

«We therefore hold that for plaintiffs to recover treble damages on account of 7 violations, they must prove more than injury causally linked to an illegal presence in the market. Plaintiffs must prove antitrust injury, which is to say injury of the type the antitrust laws were intended to prevent and that flows from that which makes

⁵⁴ Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler. s. 341.

⁵⁵ Østbye (2007) Konkurranserett – En rettsøkonomisk tilnærming. s. 182.

⁵⁶ Hovenkamp (2005) *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice*. 3.utg. s. 672. Hovenkamp viser til kalkuleringsmetodene: “yardstick” og ”Before-and-After”, som anvendes i amerikansk rett. Liknende metoder som anvendes i norsk rett illustreres i Østbyes fremstilling som viser metodene: markedsprissammenligninger, prisanalyser og simulering gjennom bruk av statistiske metoder for å simulere hva prisen ville vært uten konkurransebegrensningen jf. Østbye (2007) *Konkurranserett – En rettsøkonomisk tilnærming*. s. 182.

⁵⁷ Hovenkamp (2005) *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice*. 3.utg. s. 679.

⁵⁸ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977). Heretter *Brunswick*.

defendants" acts unlawful. The injury should reflect the anticompetitive effect either of the violation or of anticompetitive acts made possible by the violation. It should, in short, be «the type of loss that the claimed violations . . . would be likely to cause.»⁵⁹

Skaden er derfor erstatningsrettslig vernet dersom det økonomiske tapet er et direkte utslag av det som gjør overtredelsen ulovlig etter konkurransereglene. I tillegg kreves det at skaden har en samfunnsmessig negativ virkning og kan begrunnes i konkurranselovgivningens formål. Det som har en parallell til norsk rett er at det i et rent årsaksperspektiv ikke automatisk inntreffer rett til erstatning dersom en skade er påvist og en årsakssammenheng mellom bruddet på konkurransereglene og det økonomiske tapet er bevist. For norsk rett uttales dette gjerne slik ”at skaden må være et resultat av en begrensning i konkurransen (overpriser), på den måten at skaden må være del av begrunnelsen for at adferden er forbudt.”⁶⁰ Skaden i form av et økonomisk tap må derfor ramme en ved normen beskyttet interesse.⁶¹ Det vises til Hjelmengs diskusjon av dette tema.⁶²

Dette illustrerer at forbrukeren som lider et økonomisk tap må føre ytterligere beviser utover det økonomiske tapet for å påvise en skade i konkurranserettslig sammenheng. Disse krevende beviskravene svekker til en viss grad muligheten til å fremme et erstatningskrav mot karteller.

3.1.2 Ansvarsgrunnlag

Utgangspunktet og hovedregelen for å konstatere et ansvarsgrunnlag etter alminnelige erstatningsrettslige prinsipper er at den som har opptrådt uaktsomt, blir erstatningspliktig overfor skadelidte.⁶³ I de situasjoner hvor karteller overpriser sine produkter vil kartellet, dersom det blir bevist en slik overtredelse samt påvist en adekvat årsakssammenheng, kunne bli erstatningsansvarlig overfor forbrukeren.⁶⁴

⁵⁹ Brunswick, p.489.

⁶⁰ NOU 2003:12 Ny konkurranselov. Kapittel 1.6.2.3.

⁶¹ Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler. s. 380.

⁶² Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s. 382 flg.

⁶³ Nygaard (2007) 6.utg. Skade og ansvar s.5.

⁶⁴ Nygaard (2007) 6.utg. Skade og ansvar s.3.

En forbruker vil imidlertid sjelden alene kunne bringe kartell frem til vellykket erstatningssak.⁶⁵ Å avdekke et brudd på forbudsbestemmelsene krever omfattende beviser, og byr samtidig på problemer i henhold til adgangen til å innhente slike dokumenter som ledd i å påvise et ansvar grunnlag. I tillegg til vanskeligheten med å fremskaffe tilstrekkelige beviser for brudd på forbudsreglene, må forbrukeren påvise at kartellet har hatt prisdrivende virkning, fortrinnsvis slik at forbrukeren selv kan kvantifisere sitt tap.⁶⁶

I forbindelse med dette aktualiseres spørsmålet om en forbruker kan legge til grunn konkurransemyndighetenes fastsettelse av en konkurranserettslig overredelse, og bygge sitt erstatningskrav på dette. Hvitboken foreslår, etter inspirasjon fra amerikansk rett, innføring av såkalte ”follow-on”⁶⁷ søksmål som innebærer at private skadelidte kan anvende konkurransemyndighetenes avdekking av brudd på konkurransereglene, og bygge sitt erstatningskrav på dette grunnlaget. Dette er i den senere tid anerkjent også i europeisk sammenheng og benyttes også i norsk rett. ”Follow-on” søksmål kan derfor anvendes slik at private fremmer erstatningssøksmål i kjølvannet av konkurransemyndighetenes bevismessige oppklaring og avdekking. Private håndhevelse av konkurranselovgivningen anses for å være særlig effektiv ved slike ”follow-on” søksmål.⁶⁸ Forbrukerens adgang til å bygge sitt erstatningskrav på en allerede avdekket overtredelse av konkurransereglene, representerer et vesentlig bidrag til å lette gjennomføringen av sitt erstatningskrav, ettersom forbrukeren vil kunne bygge på en konstatert overtredelse. Til dette må det presiseres at ”follow-on” søksmål ikke innebærer at konkurransemyndighetene plikter å gi ubegrenset adgang til innsyn i de dokumenter som avdekket kartellets ulovlige virksomhet. Dette relaterer seg til forbrukerens bevisproblematikk og vil bli nærmere behandlet og analysert i lys av effektivitetsprinsippet i kapittel 4.

Av hensyn til oppgavens omfang vil det ikke bli tatt stilling til kartellers eventuelle påberopelse av ansvarsfrihetsgrunner. Det vises til Hjelmengs drøftelser om dette.⁶⁹

⁶⁵ NOU 2003:12 Ny konkurranselov kapittel 1.6.5

⁶⁶ NOU 2003:12 Ny konkurranselov, kapittel 1.6.5.

⁶⁷ Hvitboken s.8.

⁶⁸ Basedow, Van Gerven (2007). Private Enforcement of EC Competition Law. “Private Enforcement of EC Competition Rules in the ECJ – Courage v. Crehan and the Way Ahead”. s.24.

⁶⁹ Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s.352 flg.

3.1.3 Årsakssammenheng

Kravet om årsakssammenheng innebærer at forbrukeren må bevise at det økonomiske tapet er et resultat av den ansvarsbetingende handling foretatt av kartellet.⁷⁰ I mange tilfeller vil det overpriste produktet være gjenstand for overveltning ved at kostnaden veltes over fra ulike leverandører som igjen velter prisen videre over på sluttbrukeren. Dette omtales i konkurranseretten som ”passing-on”.⁷¹ I forbindelse med spørsmålet om å bevise årsakssammenheng for forbrukeren kan det på bakgrunn av «passing-on» situasjonene hevdes at vanskelighetene med å fremme tilstrekkelige beviser for dette øker proporsjonalt med antall ledd som produktet har vært igjennom før det endelig havner hos forbrukeren.

I tillegg til bevisproblematikken rundt ”passing-on”, oppstår det bevismessige spørsmål i relasjon til indirekte skadelidte. Ettersom Courage-dommen åpner for at enhver som lider økonomisk tap skal kunne kreve erstatning for dette, omfattes tilsynelatende også en indirekte skadelidte. Dommen gir likevel inntrykk av at det avgjørende for rekkevidden av årsakskravet, er hva nasjonale domstoler legger i en adekvat årsakssammenheng.⁷²

⁷⁰ Nygaard (2007) 6.utg. Skade og ansvar. s. 322.

⁷¹ Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler. s. 415.

⁷² C-453/99.

4.0 Vurdering av forbrukerens søksmålsgang på bakgrunn av utvalgte emner i hvitboken

I dette kapittelet er hensikten å drøfte ulike søksmålshindringer som gjør seg gjeldende dersom forbrukerne ønsker å fremme erstatningskrav mot karteller. Drøftelsene av søksmålshindringer vil bli gjort med effektivitetsprinsippet som overordnet vurderingstema og den anviste tredelingen som vist til i punkt 1.3.

4.1 Bevistilgang

Bevisproblematikken i tilknytning til saker med overprising er mange for brukere som ønsker å reise erstatningssøksmål mot kartellet. Denne delen av vurderingen konsentrerer seg derfor mot de mest krevende hindringer ved bevistilgangen. Dette vil i mange situasjoner kunne utgjøre forbrukerens tilgang på beviser som ledd i å kvantifisere sitt økonomiske tap, samt bevistilgang for å avdekke ulovlig kartellvirksomhet i de tilfeller hvor konkurransemyndighetene ikke på forhånd har fastslått en konkurranseovertrødelse.

I norsk tvistelov bygger bevistilgangen på prinsippet om edisjonsplikt jf. tvisteloven §21-4(1).⁷³ Bestemmelsen innebærer for dette tilfellet at kartellet, skadelidte og konkurransemyndighetene fremlegger beviser slik at saken blir godt opplyst. I bestemmelsens annet ledd har en part sannhets- og opplysningsplikt angående beviser vedkommende ikke har hånd, men som han er kjent med. Plikten til å fremskaffe relevant og riktig fakta er nedfelt i loven av hensyn til åpenhet i prosessen og for å pålegge partene et gjensidig ansvar for å opplyse saken best mulig.⁷⁴

Konkurranseloven §26 supplerer her tvisteloven, og gir de som har rettslig interesse, på visse vilkår adgang til beviser. Bestemmelsen åpner imidlertid bare for innsyn i ”avsluttet sak om overtrødelse av §10, §11 eller pålegg etter §12”.⁷⁵ Bestemmelsen er derfor bare av verdi for forbrukeren dersom det er ønskelig for vedkommende å rette et erstatningskrav mot kartellet i kjølvannet av tilsynets avdekking av en overtrødelse.

⁷³ Lov av 17.juni nr.90 2005 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven). Heretter omtalt som tvl.

⁷⁴ NOU 2001:32 Rett på sak. s. 946-947.

⁷⁵ Krrl §26.

Av større betydning for forbrukeren vil tvistelovens kapittel §28 være. Kapitlet retter seg mot bevissikring for å kunne vurdere om det er tilstrekkelige holdepunkter for å reise søksmål. Forarbeidene uttaler at formålet er mer omfattende enn å sikre de bevis som ellers kan gå tapt.⁷⁶ Her presiseres det at dersom en part ikke kan anvende regler om bevissikring så vil denne parten kunne bli stilt i en krevende situasjon hvor det er vanskelig å vurdere om det er tilstrekkelig grunnlag for å fremme et krav.⁷⁷ Det er særlig på dette stadiet at hindringene ved søksmålsadgangen kommer til syne.

Vilkårene for bevissikring fremgår av tvl §28-2. For det første er vilkåret at ”beviset kan få betydning i en tvist hvor den som setter fram begjæringen, vil kunne bli part eller partshjelper”, i tillegg til at det enten er en ”nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket, eller av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist”. Bortsett fra denne bestemmelsen inneholder ikke kapittel 28 saksbehandlingsregler for gjennomføringen av bevissikringen. Bevissikringen etter dette kapitlet skjer derfor etter de alminnelige bevisreglene i tvl kap 21 og 22.

Til tross for tydelige regler om fremskaffelse av beviser for partene, oppstår en rekke utfordringer for forbrukeren. Oppgaven behandler disse i neste punkt og drøfter hvorvidt de rettslige hindringene er i overensstemmelse med effektivitetsprinsippet.

4.1.1 Presisering

Det er to former for rettslige hindringer som vil bli behandlet i denne delen av analysen: bevisproblematikken ved økonomisk tap, og dokumenttilgang som ledd i å avdekke et ansvarsgrunnlag for et økonomiske tap.

⁷⁶ NOU 2001:32B Rett på sak s.987-988.

⁷⁷ NOU 2001:32B Rett på sak s.987-988.

4.1.2 Rettslige hindringer ved å fremlegge bevis for et økonomisk tap

Som nevnt ovenfor krever de alminnelige erstatningsregler at forbrukeren kan påvise et økonomisk tap. Forbrukeren vil imidlertid ikke automatisk kunne legge til grunn et økonomisk tap i overprisingssaker i kjølvannet av konkurransemyndighetenes avgjørelse, slik som er tilfellet ved avdekking av ansvarsgrunnlaget. Årsaken til dette er at det økonomiske tapet vil kunne variere alt etter hvem som er skadelidt som følge av kartellet og hvilket ledd skadelidte ugjør i omsetningskjeden.⁷⁸ Som vist i pkt 3.1.1 fastsettes hypotetisk tap ved bruk av rettsøkonomiske modeller. Disse representerer imidlertid betydelige vanskeligheter for forbrukeren, og utgjør et hinder fordi anvendelse av modellene for å konstruere et økonomisk tap krever kunnskap om hvordan en kvantifiserer tapet ved å påvise en reell markedspris på tidspunktet for den konkurranserettslige overtredelsen.

En ytterligere utfordring ligger som nevnt i pkt 3.1.1 også i vurderingen av hva som kan betegnes som en ”relevant skade” i konkurranserettslig sammenheng. Dette er en avgrensning som er vanskelig å fastsette og gjør det krevende for forbrukeren å vite om beløpet en krever erstattet faktisk er et vernet tap i konkurranserettslig sammenheng.

Disse hindringene viser at forbrukeren vil ha store problemer med å fremme et erstatningskrav mot kartellet. I den sammenheng stiller imidlertid effektivitetsprinsippet krav om at det skal være mulig for skadelidte å føre bevis for et økonomisk tap. Dette innebærer at det ikke er tilstrekkelig med en adgang til å fremlegge de proporsjonale beviser for sitt tap, men det vil også innebære at forbrukeren skal kunne kvantifisere sitt tap. En forbruker som privatperson vil vanskelig alene evne å påvise slikt tap med grunnlag i de foreliggende modeller som kreves anvendt for å bevise forholdet mellom reell markedspris og overpris. Dette finner støtte i at selv offentlige organer som til en viss grad kan ha erfaring med markedssvingninger i prisen eller har erfaring fra markedet etter gjentatte anbuds konkurranser og av den grunn vil kunne se mønstre i markedet, likevel vil ha store problemer med å anslå den reelle markedsprisen som ledd i å bevise et økonomisk tap.⁷⁹

Situasjonen for forbrukeren vil ved overprisingstilfellene ofte i tillegg være den at forbrukeren mangler søksmålsincentiver, i den betydning at forbrukeren alene ikke ser seg økonomisk

⁷⁸ Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler. s. 418 flg.

⁷⁹ Skrifter fra Konkurransetilsynet 1/2001. ”Sanksjonering – er det verdt prisen?”s.43.

tjent med å anlegge erstatningssøksmål ettersom prisstigningen som følger av overprisingen ofte er av mindre økonomisk verdi for den enkelte skadelidte. For de tilfeller hvor forbrukeren alene likevel ønsker å kreve overprisen tilbakebetalt, settes vurderingen av denne søksmålshindringens betydning for gjennomførbarheten av erstatningssøksmålet på spissen. Å påvise et økonomisk tap er ytterst krevende når forbrukeren ikke inngår i et gruppesøksmål. I den sammenheng fremgår det av konkurranselovens forarbeider at man som søksmålsgruppe står betydelig sterkere for å fremme et erstatningskrav mot karteller.⁸⁰ Dette kan tolkes slik at graden av forholdsmessighet og dermed muligheten til å faktisk anlegge erstatningssøksmål øker dersom gruppesøksmål blir fremmet i stedet for et enkelt privat søksmål. Dette indikerer samtidig at graden av forholdsmessighet i henhold til å gjennomføre erstatningssøksmålet er mindre for en enkelt forbruker. På den måten vil det etter min mening kunne hevdes at hindringen ved å påvise det økonomiske tap innebærer en negativ påvirkning av erstatningssøksmålet gjennomførbarhet.

Til tross for klare regler i tvisteloven om fremskaffelse av beviser, er det likevel en stor utfordring for forbrukeren å nyttiggjøre seg de bevis som fremlegges på en måte som kan bidra til å kvantifisere det økonomiske tap.⁸¹ I den sammenheng er det hensiktsmessig igjen å poengtere at effektivitetsprinsippet krever at nasjonale regler ikke bare skal tilrettelegge for bevisstilgang, men også sikre at en slik adgang er praktisk mulig å gjennomføre. Ettersom en forbruker vanskelig alene evner å påvise sitt økonomisk tap, må det i lys av effektivitetsprinsippet vurderes om bistand fra kyndige myndigheter, vil samsvare med effektivitetsprinsippet krav om forholdsmessighet.

I konkurranselovens forarbeider er det fremhevet at privat håndhevelse er ønsket i mye større grad enn tidligere, og konkurransemyndighetene bistår i den sammenheng skadelidte i form av å gi innsyn i dokumenter av bevisverdi som ikke er underlagt taushetspikt.⁸² Forarbeidsuttalelsen retter seg imidlertid mot innsyn i dokumenter som kan bidra til å bevise overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser. Forarbeidene omtaler ikke konkurransemyndighetenes bidrag til å kvantifisere et økonomisk tap for den enkelte skadelidte. Dette fremgår også av konkurransetilsynets egne publikasjoner om emnet. Her vises

⁸⁰ NOU 2003:12 Ny konkurranselov. s.272-273.

⁸¹ Foer, Cuneo (2010) The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law. s 285.

⁸² NOU 2003:12 s.214-215.

det til at bidrag fra konkurransemyndighetens side hovedsakelig knytter seg til bistand for å påvise selve overtredelsen av konkurransereglene.⁸³

I lys av effektivitetsprinsippet kan det fremstå slik at bistand også til å kvantifisere sitt økonomiske tap er en nødvendighet for å gjennomføre erstatningskravet. I et slikt persepektiv vil det kunne argumenteres for at bistand også til dette må påkrevs for å oppfylle effektivitetsprinsippets minstestandard om gjennomførbarhet dersom en konkluderer med at en forbruker ikke under noen omstendighet kan kvantifisere et økonomisk tap.

Etter dette fremstår den angitte søksmålshindringen for å påvirke gjennomførbarheten av erstatningskravet, og det fremstår slik at effektivitetsprinsippet fordrer bistand til forbrukeren for å påvise sitt tap. Hvorvidt forbrukerens manglende evne til å selv påvise et økonomisk tap overstiger terskelen for uforholdsmessig krevende søksmålshinder må i ethvert tilfelle bero på en konkret interesseavveining. Sentralt for interesseavveiningen er forbrukerens egne muligheter til å bevise et tap, og konkurransemyndighetenes muligheter til å bistå den enkelte skadelidt, tatt i betraktning deres ressurser. På et generelt grunnlag fremheves det imidlertid i arbeidsdokumentet at det er nærmest praktisk umulig å bevise et økonomisk tap.⁸⁴ Dette indikerer samtidig at denne rettslige hindringen kan ligge i nærheten av en uforholdsmessig krevende søksmålshindring i effektivitetsprinsippets forstand.

4.1.3 Bevisproblematikken ved å avdekke kartellets overprising

I de situasjoner hvor ”follow-on” søksmål er aktuelt utgjør ikke bevisatilgang til dokumenter som ledd i å avdekke konkurranseovertredelse noe hindre for forbrukeren, da dette ligger i tilsynsorganenes hender. Problemet oppstår imidlertid for de situasjoner hvor konkurransemyndighetene ikke har avdekket noen konkurranserettslig overtredelse, eller ikke har tatt saken opp til vurdering.

I den sistnevnte situasjon vil forbrukerens første hinder være å be om innsyn i dokumenter som kan bidra til å avdekke en mulig overtredelse. Dette utgjør et hinder fordi forbrukeren må

⁸³ Konkurransetilsynets skrifter 4.nov. 2008: ”Private søksmål for sunnere konkurranse”.

⁸⁴ Arbeidsdokumentet s. 60.

spesifisere hvilke dokumenter han vil ha innsyn i, noe som er ytterst krevende ettersom det fordrer kjennskap til hva som kreves for å påvise et rettsbrudd.

Den største hindring forbrukeren står overfor når det er tale om bevisvanskeligheter og innsynskrav, er imidlertid hvordan forbrukeren skal nyttiggjøre seg de dokumenter han får innsyn i. Det er klart at tilsynsorganene har best adgang til dokumenter og er derfor samtidig det organ som er best tjent med slikt innsyn. Dette aktualiserer spørsmålet om innsynsreglene er i tråd med effektivitetsprinsippets krav om gjennomførbarhet, når realiteten kan være den at forbrukeren ikke evner å gjøre nytte av de dokumenter det blir gitt innsyn i.

Effektivitetsprinsippet innebærer at bevisreglene skal medføre at skadelidte kan føre bevis for det tap han har lidt. Dersom forbrukeren ikke under noen omstendighet kan nyttiggjøre seg informasjon som det gis innsyn i vil ikke forbrukeren ha mulighet til å bevise et ansvarsgrunnlag, noe som ikke vil være i tråd med effektivitetsprinsippet. Det vil imidlertid ved dette spørsmålet være tale om gradforskjeller og vurderingen av om denne hindringen er uforholdsmessig er sterkt knyttet til den konkrete sak og de konkrete dokumenter. Som nevnt er utgangspunktet at det må for ethvert tilfelle vurderes om det er uforholdsmessig vanskelig å gjøre seg kjent med ett konkret dokument på bakgrunn av omstendigheter og faktiske forhold i en gitt sak. Det nødvendig å påpeke at slike hindringer, etter mitt syn, ikke i like stor grad som de andre rettslige hindringene vil være like fremtredende, ettersom konkurransemyndighetene i stor grad vil granske og eventuelt avdekke slike forhold, med den følge at ”follow-on” søksmål aktualiseres.

4.1.4 Hvitbokens forslag til endringer for å lette forbrukerens bevis tilgang

Hvitboken foreslår at utlevering av bevismateriale i tråd med proporsjonalitetsprinsippet skal skje på en slik måte at det ivaretar nasjonale domstolers «specific conditions».⁸⁵ Dette tilsier at alt av proporsjonale dokumenter som skadelidte kan gjøre seg nytte av som ledd i sitt erstatningskrav skal utleveres dersom forbrukeren krever innsyn i disse. Dette må anses for å være i overensstemmelse med tvistelovens regler om proporsjonalitet. Dette vil også i et effektivitetsperspektiv opprettholde adgangen og gjennomførbarheten av innsynsreglene og tilgang på relevante beviser.

⁸⁵ Hvitboken s.5.

Når det gjelder kalkulering av det økonomisk tapet ble det fremsatt allerede i grønnboken et kalkuleringsystem som skulle bidra til en lettere estimeringsmetode som kunne anvendes av både partene og nasjonale domstoler for å fastsette det økonomiske tapet.⁸⁶ Disse metodene viste seg imidlertid å være nært opp til praktisk umulige å anvende, noe som resulterte i at hvitboken gjorde forsøk på å videreutvikle metodene i den hensikt å lette de krevende økonomiske vurderingene som grønnbokens systemer innebar.⁸⁷ Utslaget av dette ble hvitbokens forslag om å utarbeide pragmatiske, ikke-bindende retningslinjer for skaderekalkulering, som bygger på metodene ”yardstick” og ”before-and-after” som vist til i punkt 3.1.1.

Kommisjonen utarbeidet disse forslagene, men anerkjenner samtidig at det ikke alltid vil være mulig å kvantifisere tapsomfanget helt presist, men at vanskelighetene med å fastsette det økonomiske tapet ikke bør avskjære skadelidte fra å kreve erstatning.⁸⁸

Dette viser etter min mening at det til tross for kommisjonens hensikt om å etablere en mer effektiv tapsberegningssystem, likel vil variere fra situasjon til situasjon hvorvidt dette i det hele tatt lar seg identifisere. Dersom det i noen tilfeller, slik kommisjonen selv påpeker, ikke vil være mulig å bevise et økonomisk tap, kan det stilles spørsmål til hvordan forbrukeren reelt sett skal kunne få kompensasjon for sitt tap. Dersom et økonomisk tap ikke lar seg bevise, synes dette forslaget for å ikke være fullt ut i samsvar med effektivitetsprinsippets krav om gjennomførbarhet. Grunnen til dette er at hvitboken ikke spesifiserer hvilke alternative kompensasjonsmåter som forbrukeren kan nyttiggjøre seg dersom et økonomisk tap ikke lar seg identifisere.

Hvitbokens forslag utgjør en endring fra grønnbokens forslag på det punkt at det er utarbeidet og fremlagt konkrete metoder som kan anvendes. Det kan imidlertid stilles spørsmål til realitetsforskjellen når det gjelder forbrukerens faktiske mulighet til å bevise et økonomisk tap ettersom kommisjonen anerkjenner disse hindringer for å være tilstede selv ved de nye forslagene i hvitboken. I lys av effektivitetsprinsippet vil det kunne argumenteres for hvitbokens metoder til en viss grad letter muligheten til å beregne tapet, men at

⁸⁶ Arbeidsdokumentet s.60.

⁸⁷ Arbeidsdokumentet s.60.

⁸⁸ Korenblit (2012): Competition Policy International (CPI Antitrust Chronicle), (2012). “Quantifying Antitrust Damages – Convergence of Methods Recognized by U.S Courts and the European Commission”. s. 8.

vanskelighetene i enkelte tilfeller kan tenkes å overstige de positive endringer som hvitboken fremmer forslag om.

4.2 Skyldkrav

Den alminnelige regel i norsk erstatningsrett er at den som foretar en uaktsom opptreden blir erstatningspliktig overfor den skadelidte som følge av sin handling. Slikt culpaansvar har ulike gradsforkjeller av skyld som innebærer, uaktsomhet, grov uaktsomhet og forsett.⁸⁹

I konkurranserettslig sammenheng retter erstatningsansvaret seg mot brudd på skrevne handlingsnormer.⁹⁰ I dette ligger at skyldkravet må kobles til de konkurranseskadelige virkninger av en overtredelse.⁹¹ Det vil ikke være rom for en ytterligere skyldvurdering som går ut over de skrevne normer.⁹² Bruddet må i tillegg til dette rette seg mot en ved normen beskyttet interesse, som innebærer at den culpøse handling må gå ut over en interesse som den aktuelle lovregel skal verne om.⁹³ Dersom den aktuelle normen ikke søker å gi den skadelidte erstatningsrettslig vern, så vil ikke erstatningsansvar kunne begrunnes i det foreliggende normbruddet.⁹⁴ Det følger blant annet av Courage-dommen at konkurransereglene søker å verne om både offentlige og private interesser og det vil derfor normalt være tilstrekkelig å bevise rettsbruddet.⁹⁵ Under forutsetning av at erstatningsansvar er innenfor lovregelens formål i et konkret tilfelle, så er det bare eventuelle subjektive momenter tilknyttet påberopelse av faktisk eller rettslig villfarelse som kan fritta for erstatningsansvar.⁹⁶

4.2.1 Rettslige hindringer ved skyldkrav

Å bevise kartellets skyld i overprisingstilfeller fordrer kjennskap til hvilke opplysninger om faktiske forhold som kreves fremlagt for å bevise skyld etter den aktuelle bestemmelsen. Det er nødvendig å påpeke at de rettslige hindringer som oppstår dersom forbrukeren skal bevise skyld i overprisingssituasjonen inntreffer såfremt konkurransemyndighetene ikke har avdekket

⁸⁹ Nygaard (2007) 6.utg. Skade og ansvar. s.172.

⁹⁰ Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler. s.343.

⁹¹ Graver, Hjelmeng (2006) Norsk konkurranserett. Bind II. Prosess og sanksjoner. s. 53.

⁹² Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s. 351.

⁹³ Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s. 380.

⁹⁴ Graver, Hjelmeng (2006) Norsk konkurranserett. Bind II. Prosess og sanksjoner. s.178.

⁹⁵ Graver, Hjelmeng.(2006) Norsk konkurranserett. Bind II. Prosess og sanksjoner. s 177.

⁹⁶ Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s.366.

overtredelse, slik at det ennå ikke er mulig med et eventuelt ”follow-on” søksmål for forbrukeren.

Som vist til i punkt 4.2 er tilgang på og anvendelse av dokumenter for å avdekke ulovlig kartellvirksomhet en svært krevende utfordring for forbrukeren når konkurransemyndighetene ikke på forhånd har avgjort om det foreligger en overtredelse. Disse bevismessige hindringer som oppstår ved avdekking av karteller inntreffer også ved påvisning av kartellets skyld. Det vises til drøftelsen over som har tilsvarende relevans ved påvisning av skyld.

I den sammenheng påpeker Konkurransetilsynet at forbrukeren i slike situasjoner vanskelig evner å bevise skyld alene. Av den grunn fremhever Konkurransetilsynet i sine publikasjoner at de vil bidra til å bevise dette.⁹⁷ I lys av effektivitetsprinsippets krav om gjennomførbarhet fremstår tilsynsmyndighetenes engasjement som bidragsyter for private erstatningssøksmål å være både gunstig og nødvendig.

Til tross for at dette er et vesentlig bidrag for å styrke forbrukerens mulighet til å gjennomføre erstatningssøksmålet, så indikerer konkurransemyndighetenes bidrag på dette punkt at forbrukeren har store vanskeligheter med å bevise dette uten bistand. Dette markerer samtidig at forbrukeren vil være avhengig av konkurransemyndighetenes kompetanse til å assistere i slike situasjoner. Dette vil igjen kunne resultere i at forbrukerens adgang til å fremme erstatningskrav fordrer at konkurransemyndighetene har tilstrekkelig tilgjengelig kapasitet og ressurser til å hjelpe forbrukeren på dette punkt. Tilsynets kapasitet kan på den måten enten virke begrensende for gjennomførbarheten eller fremmende. Slik vil hindringen ved å bevise skyld kunne påvirke gjennomførbarheten av erstatningssøksmålet. Til dette er det imidlertid nødvendig å presisere at konkurransemyndighetene i stor grad vil undersøke eventuelle mistanker om overprisings samarbeid og at de rettslige hindringer som vist til under dette punktet trolig sjelden vil inntreffe. I likhet med punkt 4.1.3 vil ”follow-on” søksmål være aktuelt i slike situasjoner.

4.2.2 Hvitbokens forslag til endringer for å lette hindringer ved skyldkrav

Hvitboken anerkjenner at medlemslandenes ulike praktisering av skyld i konkurranserettslig sammenheng vil innebære at retten til å kreve erstatning ved brudd på reglene vil være ulik

⁹⁷ Konkurransetilsynets skrifter 4.nov. 2008: ”Private søksmål for sunnere konkurranse”.

for de skadelidte.⁹⁸ Hvitbokens forslag retter seg dermed til de medlemsland som krever skyld påvist som ledd i sitt erstatningskrav.⁹⁹ For å lette forbrukerens muligheter til å bevise skyld foreslår hvitboken at det skal være tilstrekkelig å bevise overtredelse av konkurransereglene. Dette innebærer at det legges til grunn et objektivi ansvar som bare unntaksvis kan fravikes dersom det påvises ”genuinely excusable error”.¹⁰⁰

Angående virkningen av et objektivi ansvar påpeker Hjelmeng at et objektivi ansvar vil kunne resultere i at erstatningsinstituttets uheldige sider som eksempelvis skadelidtes misbruk, kan bli forsterket.¹⁰¹ Til tross for dette påpekes det at såfremt hovedformålet er å unngå at aktivitet som kan skade konkurransen finner sted, uten å avskrekke forbrukeren som skadelidt til å anlegge søksmål, så kan det tilsi at ansvaret gjøres objektivi, på bakgrunn av tanken om å minske skadelige effekter.¹⁰² Dette illustrerer at motstående hensyn vil kunne spille inn som både kan støtte eller svekke hvitbokens forslag om objektivi ansvar som tilstrekkelig grunnlag.

I et effektivitetsperspektiv vil et objektivi ansvar kunne forenkle forbrukerens muligheter til å fremme erstatningskrav mot kartellet. Konkurransetilsynet er positivt til dette i sitt høringssvar og viser at et slikt objektivi ansvar vil kunne resultere i at konkurransereglenes preventive effekt styrkes.¹⁰³ Likevel påpeker Konkurransetilsynet at det er ønskelig å få tydelige retningslinjer for hva som ligger i betegnelsen ”genuinely excusable error”.¹⁰⁴ Til dette unntaket om villfarelse viser imidlertid Konkurransetilsynet en noe restriktiv holdning når Konkurransetilsynet i sitt høringssvar anfører at rettsvillfarelse som hovedregel ikke bør kunne påberopes som en en unnskyldelig feil, ettersom markedsaktørene som inngår i kartellet, etter konkurranseloven selv står ansvarlige for at å opptre i samsvar med loven.¹⁰⁵

⁹⁸ Hvitboken. s.6.

⁹⁹ Hvitboken. s.6.

¹⁰⁰ Hvitboken. s.7.

¹⁰¹ Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler. s. 363.

¹⁰² Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s. 363.

¹⁰³ Konkurransetilsynet. Høringssvar – EU-kommisjonens hvitbok om erstatningssøksmål ved overtredelse av EF-traktaten artikkel 81 og 82. s.5. Heretter Konkurransetilsynets høringssvar.

¹⁰⁴ Konkurransetilsynets høringssvar s. 5.

¹⁰⁵ Konkurransetilsynets høringssvar s. 5.

4.3 Saksomkostninger

Saksomkostninger etter tvisteloven er regulert i tvl §20-2. Bestemmelsen viser at den part som har vunnet saken har krav på ”full erstatning” for sine saksomkostninger. Dette innebærer at forbrukeren, dersom vedkommende vinner saken, vil kunne kreve kompensasjon for hele sitt økonomiske tap og dermed bli stillt som om skaden ikke var inntrådt.

Tredje ledd vil ha særlig betydning for konkurranserettens område, ettersom det gir retten adgang til å lempe saksomkostninger for den tapende part dersom det foreligger tungtveiende grunner for dette. I bestemmelsens forarbeider uttales det at:

«Det er bred enighet om at den som vinner saken, som den klare hovedregel bør få erstattet sine sakskostnader. Slik departementet ser det, er det en viktig nyordning at unntaksgrunnene i lovforslaget § 20-2 tredje ledd ikke er uttømmende. Domstolene vil kunne trekke inn en rekke tungtveiende hensyn og oppnå rettferdige og nyanserte løsninger ut fra kryssende hensyn»¹⁰⁶

Det fremheves videre i forarbeidene at slike tungtveiende hensyn kan være:

«At det foreligger vesentlig ressursulikhet mellom partene. Isolert sett bør disse hensyn - ressursulikhet og velferdsgrunner – neppe alene tilsi at det gjøres unntak, men etter omstendighetene vil disse hensyn kunne være utslagsgivende sett i sammenheng med de øvrige forhold i saken. Det vil generelt være mindre grunn til å vektlegge ressursulikhet i tvister mellom private parter, men unntakstilfelle kan tenkes. I tvister mellom for eksempel en forbruker og et større næringsdrivende selskap, bør det forhold at det gjelder en prinsipiell avklaring, jf foran, kombinert med ressursulikhet, lett få den konsekvens at selskapet ikke får dekket sine sakskostnader fullt ut selv om det vinner»¹⁰⁷

Dette markerer at det særlig for konkurranserettens område vil kunne tenkes at unntaksbestemmelsen kan bli anvendt ettersom forbrukeren som regel i overprisingstilfellene vil stå med en betydelig større næringsdrivende som motpart.

I tillegg til dette er det nødvendig å påpeke at tvistelovens forarbeider poengterer at ”kostnadsnivået i sivile saker må dempes”.¹⁰⁸ Dette viser at nivået må reduseres i slike saker da dette er å anse for høyt. Ettersom konkurranserettslige saker er på et betydelig høyere omkostningsnivå enn ellers vanlige sivile saker, er det på bakgrunn av denne

¹⁰⁶ Ot.prp.nr.51 (2004-2005). Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) s.278.

¹⁰⁷ Ot.prp.nr.51 (2004-2005). s.278.

¹⁰⁸ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.52-53.

forarbeidsuttalelsen naturlig å tolke den slik at kostnadsnivået også særlig bør reduseres i konkurransesaker.

4.3.1 Rettslige hindringer ved saksomkostninger

Hvitbokens arbeidsdokument¹⁰⁹ fremhever at forbrukerens største utfordring ved saksomkostninger er det høye nivået som omkostningene vil være på i overprisingstilfellene. Nivået på saksomkostningene i konkurranserettslig sammenheng er ofte betydelig større enn i en ellers vanlig sivil sak.¹¹⁰ Grunnen til dette er at de faktiske omstendigheter ofte er svært komplekse og innsamling av nødvendig bevismateriale krever derfor mye tid og ressurser. I et slikt perspektiv vil prosessrisikoen som er tilknyttet motpartens saksomkostninger utgjøre en vesentlig barriere for potensielle erstatningssøksmål i slike overprisingstilfeller.

Derfor aktualiseres spørsmålet om hindringen som risikoen for å måtte betale en betydelig omkostningssum representerer, samtidig påvirker erstatningssøksmålets gjennomførbarhet.

Effektivitetsprinsippet krever at det må foreligge en reell mulighet til å gjennomføre et erstatningskrav dersom dette prinsippet skal overholdes. Fra forbrukerens ståsted vil imidlertid en risiko for å tape saken og de eventuelle omkostninger dette kan medføre, sammen med forbrukeres mindre søksmålsincentiver, kunne innebære at forbrukeren ikke velger å fremme erstatningssøksmålet. Søksmålsincentivene og saksomkostningene henger på denne måten tett sammen ettersom forbrukerens økonomiske tap som regel i overprisingstilfeller vil være av mindre økonomisk verdi, og en risiko for å måtte betale en betydelig større sum en det tapet som er lidt, av den grunn svekker incentivene til å fremme et erstatningskrav. Slik kan saksomkostningenes høye nivå påvirke gjennomførbarheten av erstatningssøksmålet i den betydning at risikoen for å havne i en situasjon hvor man må betale betydelige saksomkostninger virker avskrekkende slik at erstatningskrav sjeldent fremmes. En reell mulighet til å fremme søksmål vil likevel ikke være totalt avskjært eller utgjøre en uforholdsmessig hindring alene på bakgrunn av saksomkostningenes nivå dersom forbrukeren evner å betale omkostningene ved et eventuelt tap. På dette punktet er det nødvendig å presisere at det kan tenkes variasjoner i forhold til forbrukergruppene. En sterk forbrukergruppe, som eksempelvis et offentlig organ eller en stor bedrift, vil evne å bære

¹⁰⁹ Arbeidsdokumentet s.74.

¹¹⁰ Arbeidsdokumentet s.74.

eventuelle store saksomkostninger i større grad enn en alminnelig forbruker, grunnet en forventet sterkere økonomiske stilling. Til tross for denne ulikheten innad i forbrukergruppene vil saksomkostningene selv for en sterk økonomisk stillt forbrukergruppe representere en hindring som påvirker adgangen til å anlegge erstatningssøksmål ettersom omkostninger i konkurranserettslige saker generelt sett ligger på et betydelig høyere nivå enn en ellers vanlig sivil sak.

De høye saksomkostningene representerer dermed en hindring som, sammen med andre materielle og prosessuelle hindringer som eksempelvis å påvise det økonomiske tapet, kan lede til at gjennomførbarheten av erstatningssøksmålet når en uforholdsmessig krevende hindring. Til dette understrekes det i arbeidsdokument at det på dette punkt er behov for tiltak som kan fremme en effektiv adgang til gjennomføring av erstatningskravet.¹¹¹

Her kan det vises til reglene om kollektivt søksmål som vil bli behandlet under pkt 4.4. Kollektivt søksmål vil i mange tilfeller kunne styrke forbrukerens søksmålsincentiver ettersom muligheten for å fremme et samlet erstatningssøksmål mot kartellet kan medføre at man som gruppe står økonomisk sterkere enn en enkelt forbruker. Å opptre kollektivt vil minske den enkelte forbrukers saksomkostninger ved et eventuelt tap, ettersom det vil foretas en fordeling av saksomkostningene på de som deltar i gruppesøksmålet. Som det vil bli omtalt i pkt 4.4.1 oppstår det også på dette punkt utfordringer som likevel utgjør vanskeligheter med omkostningsfordelingen som igjen kan påvirke gjennomførbarheten av et samlet erstatningskrav mot kartellet.

Grunnet manglende autorativ rettspraksis om emnet vil det fra forbrukerens ståsted kunne fremstå usikkert om retten faktisk vil anvende unntaksbestemmelsen i tvl §20-2. Dette kan fremstå som en hindring som sammen med de resterende rettslige hindringer og egne søksmålsincentiver medfører at søksmål ikke fremmes. Saksomkostningenes nivå kan på et generelt grunnlag for overprisingstilfeller utgjøre en betydelig sum som forbrukeren vanskelig vil velge å risikere å stå til ansvar for å betale, når forbrukeren i de fleste tilfeller lider et mindre økonomisk tap som følge av innkjøp av et overprist produkt. Dersom saksomkostningsnivået utgjør en sum som forbrukeren ikke har mulighet til dekke, vil saksomkostningenes nivå i et effektivitetsperspektiv trekke i retning av å fremstå som et

¹¹¹ Arbeidsdokumentet s.75.

rettslig hinder som til dels nærmer seg terskelen for uforholdsmessig søksmålshindring, ettersom dette nivået i stor grad vil kunne påvirke adgangen til å fremme et erstatningskrav.

4.3.2 Hvitbokens forslag om redusering av saksomkostningsnivået

Kommisjonen fremmer ikke tiltak på et fellesskapsnivå, men ønsker å sikre og forbedre at berettigede søksmål blir reist for nasjonale domstoler.¹¹² Hvitboken oppfordrer derfor medlemsland til å vurdere sine egne nasjonale prosessregler og ta stilling til forbrukerens muligheter til å fremme erstatningssøksmål når omkostningene er på et høyt nivå.¹¹³

Hvitboken fremsetter forslag om retningslinjer som retter seg mot å lette omkostninger for tvisteløsning gjennom prosessuelle regler.¹¹⁴ Dette innebærer et forslag om å etablere faste rettsgebyrer for å unngå at disse representerer et uforholdsmessig søksmålshinder. I tillegg til dette fremsettes forslag om at det i særlige tilfeller, hvor en forbruker står som motpart til en stor næringsdrivende, bør tas hensyn til. Dersom saken tapes av skadelidte, bør ikke skadelidte betale motpartens saksomkostnader fullt ut, og dermed bør nasjonal rett bevege seg bort fra prinsippet om ”looser pay” i særlige tilfeller hvor det foreligger tungtveiende grunner.¹¹⁵

Hvitbokens forslag om å fremsette mulighet for unntak fra ansvar for saksomkostninger i særlige tilfeller samsvarer langt på vei med tvisteloven §20-2(3). Som det fremgår av Konkurransetilsynets høringssvar kan unntakshjemmelen komme til anvendelse for den tapende part dersom tungtveiende grunner gjør seg gjeldende.¹¹⁶ Hvorvidt ønsket om å fremme berettigede søksmål kan være en slik tungtveiende grunn må i følge høringssvaret bero på skjønn og krever vurdering i det konkrete tilfellet. Det kan dermed ikke oppstilles en generell regel som åpner for unntak for saksomkostninger for å fremme berettigede søksmål.¹¹⁷

Hvitbokens forslag om å oppfordre nasjonale medlemsstater til å vurdere lemping av omkostningssummen i de situasjoner hvor saksøkte er i en betydelig bedre økonomisk stilling i enn saksøker, vil være gunstig i lys av effektivitetsprinsippet. Fra et forbrukerrettslig ståsted

¹¹² Hvitboken s.9.

¹¹³ Hvitboken s.9.

¹¹⁴ Hvitboken s.9.

¹¹⁵ Arbeidsdokumentet s.76.

¹¹⁶ Konkurransetilsynets høringssvar s. 8.

¹¹⁷ Konkurransetilsynets høringssvar s. 8.

vil det imidlertid kunne knyttes noe usikkerhet til slike milde henstillinger. Ettersom det eksisterer svært lite praksis om dette emnet i europeisk sammenheng vil forbrukeren vanskelig kunne forutberegne saksomkostningsnivået.

4.4 Kollektivt søksmål

Adgang til å anlegge kollektivt søksmål fremgår av tvisteloven kapittel 35.¹¹⁸ Dette kapittelet i tvisteloven bygger på den tanke at å opptre kollektivt gjennom å fremme tilnærmet like krav som en kollektiv enhet vil være mer hensiktsmessig og prosessøkonomisk.¹¹⁹ I tillegg til dette vil slikt kollektivt søksmål ha en preventiv effekt på næringsdrivende dersom man er klar over at man kan bli møtt med et samlet søksmål fra en større forbrukergruppe som alle har lidt et tap.¹²⁰ I overprisningstilfeller vil forbrukeren alene som nevnt ikke alltid ha tilstrekkelig søksmålsincentiver som gir grunnlag for å anlegge søksmål, slik at gruppesøksmål vil være særlig aktuelt for en større krets av forbrukere som alle hver for seg lider et mindre økonomisk tap. Rettsavgjørelsen får da en samlet virkning for alle som inngår i gruppesøksmålet jf tvl §35-1(1). Bestemmelsens forarbeider fremhever at gruppesøksmål i konkurranserettslige saker vil være et godt eksempel på når denne formen for søksmål er egnet.¹²¹

Retten avgjør om kollektivt søksmål skal fremmes gjennom tilslutningssøksmål(opt-in)(§35-6) eller utmeldingssøksmål (opt-out)(§35-7). Et tilslutningssøksmål kjennetegnes ved at den deltakende person aktivt melder seg inn som del av gruppen som ledd i å fremme et samlet søksmål. Et utmeldingssøksmål representeres ved at de som blir berørt automatisk inngår i gruppen og må selv melde seg ut dersom de ikke har ønske om å inngå som en del av felles søksmål mot kartellet.¹²²

Vilkårene for å anlegge kollektivt søksmål er at det må være «flere rettssubjekter» som har et «krav eller forpliktelse på samme eller vesentlig likt faktisk og rettslig grunnlag».¹²³ Dette

¹¹⁸ Tvl kapittel 35.

¹¹⁹ NOU 2001:32 A s. 400 flg.

¹²⁰ Forbrukerombudet (2011): Høring – EU konsultasjon om kollektive tvisteløsningsordninger s. 2. Heretter Forbrukerombudets høringssvar.

¹²¹ Ot.prp nr 51 (2004-2005) s. 333.

¹²² Mæland (2009) 2. revidert utgave. Kort prosess – en innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven s. 269.

¹²³ Tvl §35-2(1).

innebærer at dersom flere forbrukere lider et økonomisk tap som følge av kartellets overprising, kan et samlet søksmål fremmes i medhold av denne betsemnelsen. Ved kollektivt søksmål blir gruppens prosessuelle rettigheter og plikter ivaretatt av grupperepresentanten.¹²⁴ Dette kan omfatte såvell interesseorganisasjoner som offentlige organer såfremt disse fremmer forbrukerens særskilte interesser.¹²⁵ Det er dermed gruppen som kollektiv enhet som anses som part i saken og ikke den enkelte gruppedeltaker isolert sett.

4.4.1 Rettslige hindringer ved kollektivt søksmål

I hvitboken blir kollektivt søksmål fremstilt som en søksmålsform som i stor grad er egnet til å bidra til at flere forbrukere som lider tap ved kartellovertredelser lettere skal kunne fremme et erstatningssøksmål.¹²⁶ Selv om reglene om subjektiv kumulasjon kan bidra et stykke på vei for forbrukerne, så fremstår gruppesøksmål som den mest effektive løsningen.¹²⁷ Til tross for en slik tilkjennegivelse foreligger det tilsynelatende ingen autorativ rettspraksis som viser at denne søksmålsformen er blitt anvendt. Dette aktualiserer spørsmålet om hvor effektiv og gjennomførbar denne søksmålsformen reelt sett er i overprisingstilfeller, når det i europeisk sammenheng er blitt fremmet svært få vellykkede erstatningskrav ved anvendelse av kollektivt søksmål. Dette gir grunnlag for å vurdere om det foreligger søksmålshindringer også på dette punktet som i forbrukerens øyne overstiger fordelene ved å anlegge slikt søksmål.

Det er for det første fremhevet i Forbrukerrådets høringssvar at forbrukeren møter på ulike rettslige hindringer også ved kollektivt søksmål.¹²⁸ Det påpekes at det, til tross for adgangen til å anlegge gruppesøksmål, ofte vil være en hindring for forbrukerne at disse ikke har kunnskap om lovgivningen om kollektive tvisteløsningsordninger.¹²⁹ Dette kan medføre at forbrukerne ikke anlegger samlet erstatningssøksmål mot kartellet. Informasjon om adgangen til å delta i et gruppesøksmål fremstår dermed helt essensielt for forbrukerne dersom de skal få dekket sitt tap. I lys av effektivitetsprinsippet vil det kunne hevdes at en forutsetning for å kunne fremme erstatningskrav bør være tilgjengeliggjort informasjon om muligheten til å

¹²⁴ Tvl §35-9.

¹²⁵ Konkurransetilsynets skrifter. 4.nov. 2008. "Private søksmål for sunnere konkurranse".

¹²⁶ Hvitboken s. 4.

¹²⁷ Graver, Hjelmeng. (2006). Norsk konkurranserett. Bind II. Prosess og sanksjoner. s. 185.

¹²⁸ Forbrukerrådets høringssvar s. 3.

¹²⁹ Forbrukerrådets høringssvar s. 3.

fremme et slikt samlet søksmål. Til en viss grad avhjelpest dette gjennom forbrukerorganisasjoner som i noen tilfeller representerer forbrukergruppen og som har ansvar for å ivareta gruppens interesser.

I tillegg til informasjonsproblematikken rundt gruppesøksmål, utgjør saksomkostningene en hindring for forbrukerne også som gruppe. Tvistelovens forarbeider påpeker at saksomkostningene ved gruppesøksmål skal være lavere enn ved individuelt søksmål.¹³⁰ Dette synes å ha gode grunner for seg særlig av prosessøkonomiske hensyn. Det vil i tillegg være en uforholdsmessig bruk av rettssystemet dersom individuelt søksmål i realiteten fremstod like gunstig som et kollektivt. Likevel følger det enkelte utfordringer ved spørsmålet om saksomkostninger. I forarbeidene til tvisteloven heter det:

«At gruppen hvis den vinner saken bør kunne tilkjennes saksomkostninger på linje med individuelle parter, synes rimelig. På den annen side kan det vanskelig begrunnes at gruppesiden ikke skal kunne pålegges omkostningsansvar hvis gruppen taper. En annen sak er at selve det forhold at det er en gruppe som opptrer, etter omstendighetene kan tenkes å få betydning ved anvendelse av skjønsmessige regler for unntak fra hovedregelen om omkostningsansvar for den som taper saken»¹³¹

I lys av redegjørelsen i pkt 4.3 om rettens muligheter til å lempe saksomkostningene, når det er betydelige ressursforskjeller mellom partene, fremstår denne forarbeidsuttalelsen etter min mening slik at muligheten for å lempe saksomkostningene helt eller delvis *kan reduseres* dersom det er en større kollektiv gruppe som taper saken enn en individuell forbruker. På bakgrunn av dette kan det argumenteres for at muligheten for at unntaksbestemmelsen i tvl §20-2 kan anvendes kan svekkes dersom gruppesøksmål fremmes ettersom ressursulikhetene blir noe mindre fremtredende. Saksomkostningsnivået representerer dermed en søksmålshindring, men på bakgrunn av muligheten til å fordele omkostningene på gruppemedlemmene kan hindringen vanskelig anses for å representere en uforholdsmessig hindring for å anlegge erstatningssøksmål.

I forlengelsen av dette er det relevant for oppgaven å se hen til amerikansk rett om kollektivt søksmål, ettersom gruppesøksmål der fremstår både mer avskrekkende for karteller, samt at forbrukeren i større grad vil oppleve fordeler snarere enn hindringer ved å anlegge slikt gruppesøksmål. Saksomkostningsreglene i amerikansk rett legger i stor grad til rette for at

¹³⁰ Ot.prp 51(2004-2005) s. 337.

¹³¹ NOU 2001:32 B. s.997-998.

forbrukerne skal fremme gruppesøksmål ettersom reglene bygger på prinsippet om ”opt-out” hvor forbrukeren automatisk blir medlem i gruppesøksmålet og selv må melde seg ut dersom vedkommende ikke ønsker å delta. Den klare hovedregelen er der at partene selv bare bærer egne saksomkostninger uansett sakens utfall.¹³² Dette innebærer at medlemmer av gruppesøksmålet ikke under noen omstendighet risikerer å måtte bære motpartens omkostninger.¹³³ Dette skaper i motsetning til norsk rett betydelig bedret forutberegnelighet med tanke på omkostningsnivået og risikoen for at dette nivået endres er så godt som fraværende.

En ytterligere hindring ved kollektivt søksmål blir i hvitbokens arbeidsdokument påpekt å være identifiseringen av søksmålsgruppen.¹³⁴ Her fremheves det at avgrensning av søksmålsgruppen er krevende og kan variere mellom en streng avgrensning som kan kreve tydelig skadeidentifisering og navngitte skadelidte, eller en løs avgrensning hvor det er tilstrekkelig med likheter i skadeomfanget.¹³⁵ Jo mer vagt skadelidte gruppen blir definert, jo vanskeligere blir det imidlertid å presist kvantifisere det økonomiske tapet for det enkelte individ.¹³⁶ Etter norsk tvistelov skal retten «beskrive rammen for krav som kan omfattes av gruppesøksmålet» jfr. § 35-4 (2) a. Til tross for at denne avgrensningen er krevende, er det av vesentlig betydning for skadelidte ettersom avgrensningen i et tilslutningssøksmål er avgjørende for at mulige gruppemedlemmer skal få tatt stilling til om de bør melde seg på, mens det i et utmeldingssøksmål er sentralt å få avklart for å ta stilling til hvorvidt man skal melde seg ut og unngå å bli bundet av en rettsavgjørelse.¹³⁷

Kollektivt søksmål fremstår til tross for de nevnte hindringene å representere en søksmålsadgang som er gjennomførbar for forbrukerne. De ulike hindringer som oppgaven presenterer vil imidlertid til dels kunne oppstå også ved denne søksmålsformen, noe som kan bidra til å begrunne det faktum at gruppesøksmål sjeldent er blitt fremmet i europeisk sammenheng.

¹³² NOU 2001:32 A. s.494-495.

¹³³ NOU 2001:32 A. s.494-495.

¹³⁴ Arbeidsdokumentet s.17.

¹³⁵ Arbeidsdokumentet s.18.

¹³⁶ Arbeidsdokumentet s.18.

¹³⁷ Nagelhus (2008) Jussens Venner. ”Tvisteloven: vilkår for fremming av gruppesøksmål”. s.203-204.

4.4.2 Hvitbokens forslag til etablering av regler om kollektivt søksmål

I Hvitboken fremsettes forslag om å etablere regler som sikrer forbrukerne en mulighet til å anlegge et samlet gruppesøksmål mot karteller. For å gjøre en slik søksmålsform effektiv inngår det i forslaget at eksempelvis forbrukerorganisasjoner eller statlige organ skal kunne fremme søksmål på vegne av en samlet forbrukergruppe.¹³⁸ Forslaget innebærer en kombinasjon av representativt søksmål og ”opt-in” søksmål.¹³⁹ Dette er søksmålsformer som langt på vei samsvarer med norske gruppesøksmålsregler.

Det er nødvendig å påpeke at det til tross for at gruppesøksmål er en egnet søksmålsform ved konkurranseovertrødelser, så forutsettes gruppesøksmålets suksess at noen står frem og tar prosessrisiko. Forarbeidene poengterer at det er sider ved denne søksmålsformen som til tross for sin gode grunntanke, likevel kan være vanskelig håndterbar.¹⁴⁰ Dersom forbrukerne som søksmålsgruppe vinner saken, eller det inngås forlik, vil forbrukerne kunne sitte igjen med en bagatellmessig erstatningssum.¹⁴¹ I slike situasjoner vil gevinsten også i norsk rett kunne ligge hos advokatene som fører saken. Dette kan anses slik at det er advokatens økonomiske interesser som i noe større grad blir ivaretatt, snarere enn forbrukerene som er skadelidte i den enkelte sak.¹⁴² Østbye fremhever også at det ut i fra et rettsøkonomisk håndhevings synspunkt vil være irrelevant hvem som får kompensasjonen, om dette er advokaten eller forbrukeren så lenge gruppesøksmålet bidrar til prevensjon på en effektiv måte.¹⁴³

Denne søksmålsformen vil imidlertid i et effektivitetsperspektiv anses for å være mulig å gjennomføre på bakgrunn av at de øvrige søksmålshindringene ikke vil være like fremtredende som ved individuelt søksmål.

Muligheten til å gjennomføre slikt gruppesøksmål må på tross av at rettslige hindringer oppstår også ved denne formen for søksmål, anses for å være best egnet til å bidra til at forbrukeren kan anlegge søksmål mot kartellet og få kompensasjon for sitt økonomiske tap.

¹³⁸ Hvitboken s.4.

¹³⁹ Hvitboken s.4.

¹⁴⁰ NOU 2001:32 A. s. 481-482.

¹⁴¹ NOU 2001:32 A. s. 481-482.

¹⁴² NOU 2001:32 A. s. 481-482.

¹⁴³ Østbye (2007) Konkurranserett – en strategisk og rettsøkonomisk tilnærming. s. 201.

Forslaget fra hvitboken må anses for å være et vesentlig bidrag til forbrukerne. Det skaper en betydelig endring i mulighetene til å fremme et erstatningskrav mot kartellet ettersom dette er ytterst krevende å gjennomdrive på egenhånd.

Selv om det i norsk rett allerede eksisterer regler om gruppesøksmål har det ikke vært ført vellykkede gruppesøksmål mot karteller. Hvorvidt hvitbokens forslag vil representere en reell endring som letter søksmålsadgangen betydelig, gjenstår å se i kommende rettspraksis.

4.5 Erstatningsutmåling

Hovedregelen i norsk rett er at skadelidte skal bli stilt i tilsvarende økonomiske situasjon som om den skadevoldene handling ikke hadde inntruffet.¹⁴⁴ Dette er lovregulert i skadeserstatningsloven §4-1 som viser at erstatning for tingsskade og annen formuesskade skal dekke den skadelidtes økonomiske tap.¹⁴⁵ Forbrukeren skal dermed som hovedregel få dekket sitt tap fullt ut. I de tilfeller hvor det økonomiske tapet er krevende å fastsette vil domstolen foreta en skjønnsmessig utmåling av erstatningssummen.¹⁴⁶

4.5.1 Rettslige hindringer ved erstatningsutmåling

Utmåling av erstatningssummen innebærer at det må tas stilling til omfanget av skadelidtes økonomiske tap. Omfattende vurderinger på bakgrunn av et komplekst bevismateriale samt anvendelse av rettsøkonomiske modeller for å kvantifisere tapsomfanget, vil også her kunne påvirke gjennomførbarheten. Hvitbokens arbeidsdokument fremhever at dette utgjør en betydelig rettslig hindring som gjør det bortimot praktisk umulig å fastsette beløpet eksakt.¹⁴⁷ Videre påpekes det at de krevende metodene for å kvantifisere tapet ikke alltid vil stå i forhold til verdien av den enkeltes tapsomfang.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Nygaard (2007) 6.utg. Skade og ansvar. s. 71.

¹⁴⁵ Lov av 13.juni 1969 nr.26 om skadeserstatning.

¹⁴⁶ Konkurransetilsynets høringsvar. s.6.

¹⁴⁷ Arbeidsdokumentet s.60.

¹⁴⁸ Arbeidsdokumentet s.60.

Fra forbrukerens ståsted vil domstolens utmåling kunne representere et hinder for gjennomføringen av erstatningssøksmålet i form av usikkerhet knyttet til at utmålingens endelige sum vanskelig kan forutsees. Etter min mening finner dette støtte i at det er svært lite autorativ rettspraksis som gir forbrukeren indikasjoner på hvilket nivå utmålingen settes til i liknende saker. I tillegg kan dette begrunnes i forbrukerens marginale søksmålsincentiver som sammen med skjønnsmessige utmålingsregler uten klare utmålingsstandarder, kan medføre at forbrukeren velger å la være å fremme et erstatningssøksmål. På den måten kan effektivitetsprinsippets krav om gjennomførbarhet bli noe krevende å etterleve på dette punkt.

4.5.2 Hvitbokens forslag om etablering av mekanismer som letter erstatningsutmålingen

Hvitboken fremsetter forslag om å etablere retningslinjer for hvordan omfanget av tapet skal kvantifiseres gjennom forenklede regler for vurdering av tapet, og omtrentlige utmålingsmetoder.¹⁴⁹ I hvitbokens arbeidsdokument er det til dette fremhevet at slik assistanse i stor grad vil lette muligheten til å kvantifisere tapet.¹⁵⁰ Slike retningslinjer har også etter min mening gode grunner for seg i lys av effektivitetsprinsippet, ettersom et strengt og helt eksakt krav til utmåling av tapet vil kunne virke mot sin hensikt og gjøre gjennomførbarheten av erstatningskravet svært ressurskrevende.

Konkurransetilsynet stiller seg positiv til et slikt forslag og poengterer at dagens situasjon er svært krevende for å beregne tapet. Hvitbokens forslag vil ikke komme i strid med prinsippet i norsk rett om domstolens skjønnsmessige utmåling.¹⁵¹ Slike retningslinjer vil derimot styrke forutberegneligheten og samtidig gi forbrukeren en bedret mulighet til å fremme et erstatningssøksmål mot kartellet.

Hvitbokens forslag om å etablere slike retningslinjer for utmåling fremstår som et godt egnet virkemiddel for privat håndhevelse. Hvorvidt forslaget reelt sett vil innebære å styrke den private håndhevelsen beror imidlertid på hvor effektive retningslinjene er.

¹⁴⁹ Hvitboken s.3

¹⁵⁰ Arbeidsdokumentet s.60.

¹⁵¹ Konkurransetilsynets høringsvar. s.6.

Hjelmeng fremhever i forbindelse med domstolens skjønsmessige utmåling at det på bakgrunn av norske domstolers forsiktige holdning til utmålingen, koblet sammen med en svært ressurskrevende prosess, fremstår usikkert om en vil se mange søksmål på dette området.¹⁵² Dette begrunnes med at det fremstår tvilsomt om domstolen vil benytte en tilstrekkelig ”offensiv” holdning til at beløpene når et realistisk nivå.¹⁵³

4.6 Vurderinger

Vurderingene av de ulike søksmålshindringene overfor, illustrerer at gjennomførbarheten av erstatningssøksmålet kan bli påvirket og i noen tilfeller begrenset som følge av disse rettslige hindringene. Muligheten for forbrukeren til å fremme erstatningssøksmål synes i størst grad å bli påvirket som følge av de hindringer som inntreffer ved kvantifisering av det økonomiske tapet og ved det høye saksomkostningsnivået. Grunnen til at forbrukeren på bakgrunn av disse hindringene har store problemer med å anlegge erstatningssøksmål, kan etter min mening forankres i den sterke koblingen disse hindringene har til forbrukerens søksmålsincentiver. Et relativt lavt økonomisk tap for den enkelte forbruker, sammenholdt med utfordringene knyttet til å orientere seg i et rettsøkonomisk krevende terreng, kan bidra til å begrunne at privat håndhevelse er lite fremtredende som avskrekkende sanksjon ved overprising.

Angående hvitbokens forslag om ikke-bindende retningslinjer for kvantifisering av et økonomisk tap, fremstår dette som et viktig hjelpemiddel for å muliggjøre beregning av tapsomfanget. Ettersom tapsberegningen i stor grad påvirker gjennomførbarheten av erstatningssøksmålet i negativ retning, kan retningslinjene etter min mening bidra, ikke bare til å svekke tapsberegningens posisjon som rettslig hindring, men også til å fremme privat håndhevelse såfremt disse er effektive og håndterbar.

¹⁵² Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s.487.

¹⁵³ Hjelmeng (2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s.487.

Det er videre verdt å fremheve saksomkostningenes betydelige innvirkning på erstatningssøksmålets gjennomførbarhet. Hvitbokens forslag innebærer som nevnt en mild henstilling til medlemsstatene om å overveie fordelingen og nivået ved deres omkostningsregler. Dette gir et viktig signal om at omkostningsnivået bør reduseres slik at risikoen for å komme i den situasjon at man må bære motpartens saksomkostninger, ikke utgjør en så markert hindring som det er vist til i punkt 4.3.1. Likevel kan det tenkes at forslaget intensjon om et lavere omkostningsnivå ikke vil kunne resultere i en reduksjon som er så markant at nivået ikke vil representere en betydelig rettslig hindring. Dette kan hevdes på bakgrunn av at omkostningsnivået i konkurranserettslige saker generelt sett ligger på et atskillig høyere nivå enn en ellers vanlig sivil sak, slik at det kan være krevende å redusere omkostningene betydelig, sett hen til sakenes kompleksitet.

I lys av effektivitetsprinsippet fremstår de rettslige hindringer som inntreer ved kollektivt søksmål for å påvirke gjennomførbarheten av erstatningssøksmål i noe mindre grad. Til tross for at det inntreer hindringer også på dette punktet, fremstår fordelene ved å anlegge et kollektivt søksmål, å kunne overstige disse. At det eksisterer hindringer også for gjennomføring av kollektivt søksmål, illustrerer imidlertid samtidig hvor vanskelig situasjonen kan være uten en slik søksmålsform. Å innlede selvstendig søksmål mot kartellet er noe hvitboken mener vil være tilknyttet usikkerhetsmomenter, risiko og økonomiske byrder.¹⁵⁴ Til tross for at det eksisterer noe usikkerhet rundt hvilket omfang gruppesøksmål får for fremtiden¹⁵⁵, så vil det i et effektivitetsperspektiv fremstå som den best egnede måten å håndtere de enkelte skadelidtes mindre økonomiske tap. Dette mener jeg finner støtte i de store prosessøkonomiske fordeler ved gruppesøksmål, samt forbrukernes styrkede søksmålsincentiver.

Effektivitetsprinsippet, med sitt kjerneinnhold om gjennomførbarhet og forholdsmessighet, har en vesentlig rolle for besvarelsen av oppgavens hovedproblemstilling. Videre er det nødvendig å fremheve effektivitetsprinsippets betydning for vurderingen av de ulike søksmålshindringene. Som vurderingene viser, har dette prinsippet gjennomgående problematisert og satt viktig søkelys på de ulike hindringenes praktiske gjennomførbarhet. Resultatet av en slik vinkling på vurderingen av hovedproblemstillingen, har etter min mening gitt et bilde av realiteten i forbrukerens adgang til å anlegge erstatningssøksmål mot karteller.

¹⁵⁴ Hvitboken s.2.

¹⁵⁵ Graver, Hjelmeng (2006). Norsk konkurranserett. Bind II. Prosess og sanksjoner s.185.

Effektivitetsprinsippet har for oppgaven etablert et fokus rettet mot å påpeke svakheter ved eksisterende erstatningsmekanismer i den grad disse utgjør en rettslig hindring for forbrukeren. I tillegg har prinsippet fungert som utgangspunkt for vurderingen av hvitbokens forslag til endringer. På denne måten har effektivitetsprinsippet vært et nyttig verktøy til å belyse sider ved søksmålsadgangen som er krevende, samtidig som det har bidratt til vurderingen av forslagene i hvitboken sin faktiske betydning for gjennomførbarheten av erstatningssøksmål.

5 Avslutning

Hovedproblemstillingen jeg stilte innledningsvis var spørsmålet om hvordan rettslige hindringer kan påvirke gjennomførbarheten av forbrukerens adgang til å anlegge erstatningssøksmål mot karteller.

På bakgrunn av mine vurderinger, har jeg kommet frem til at rettslige hindringer i stor grad kan påvirke og begrense muligheten for å gjennomføre et erstatningssøksmål mot karteller. Hindringene påvirker gjennomførbarheten i den retning at forbrukeren på enkelte punkter som vist i pkt 4.6, får et ytterst krevende arbeid med å bevise at økonomisk tap er en følge av kartellets overprising. Etter min mening fremstår forbrukerens lave søksmålsincentiver å kunne begrunnes i disse rettslige hindringene, sammenholdt med et mindre økonomisk tap.

Vurderingene av de rettslige hindringene viser i tillegg at disse ikke bare svekker gjennomførbarheten av erstatningssøksmålet, men også prevensjonsvirkningen mot å avdekke karteller blir redusert. Privat håndhevelse får etter min mening ikke den tilsiktede avskrekkende virkning dersom rettslige hindringer i forbrukerens søksmålsadgang blir for dominerende. Ettersom risikoen for å bli møtt med et erstatningssøksmål fra forbrukerne vil styrke prevensjonseffekten mot kartellvirksomhet, vil denne avskrekkende virkning etter mitt syn, bare bli realisert *dersom* søksmålsadgangen er praktisk gjennomførbar for forbrukeren. Først på dette tidspunkt kan private søksmål representere en barriere mot etablering av kartell.

I den forbindelse er det aktuelt å vise til Hjelmengs utredning i forarbeidene som opptar vurderingen av behovet for en regulering om erstatningsregeler i konkurranserettslig sammenheng.¹⁵⁶ Det påpekes her at det er flere forhold som taler for å lovfeste et erstatningsansvar, særlig i lys av prevensjonsaspektet. Etter min mening er også det faktum at skadevirkningene ved et kartell ligger på tilsvarende nivå som innsidehandel, piratkopiering og skatteunndragelser og som straffes mye strengere enn karteller, et moment som kan støtte opp under Hjelmengs forslag om lovfestet erstatningsansvar.¹⁵⁷ I forarbeidene til den nye konkurranseloven er det imidlertid gått delvis bort fra en slik holdning ettersom det fremheves at mangelen på særregulering av erstatningsansvar ikke medfører at norsk rett er dårlig rustet til å håndtere utfordringer knyttet til gjennomføringen av erstatningssøksmål.¹⁵⁸ På en annen side kan det settes spørsmålsteget til forarbeidenes utsagn om at utvalget har vurdert rettstilstanden for å være tilstrekkelig på *de fleste områder*. Dette indikerer etter min mening samtidig at det på enkelte punkter anerkjennes at gjennomføringen av erstatningssøksmål ikke vil være tilfredsstillende.

¹⁵⁶ NOU 2003:12 vedlegg 1. Erling Hjelmeng.

¹⁵⁷ Konkurrence- og Forbrugerbestyrelsen (2011). Vedlegg til Pressemeldelse av 1.januar 2011. London Economics: "Fakta om karteller". En vurdering av effekten av forskjellige former for økonomisk kriminalitet og sanksjonsmulighetene forbrudet med disse.

¹⁵⁸ NOU 2012: 7 Mer effektiv konkurranselov. Kap 12.2.4

6 Kilder

Litteraturliste

- Basedow mfl. Basedow, Jürgen mfl. Private Enforcement of EC Competition Law. Nederland (2007).
- Foer, Cuneo Foer, Albert A. Cuneo, Jonathan W. The International handbook on Private Enforcement of Competition Law. (2010).
- Fredriksen Fredriksen, Halvar Haukeland. Tidsskrift for rettsvitenskap (TRF-2008-289) «Tvisteloven og EØS-avtalen» (2008).
- Fredriksen Fredriksen, Halvard Haukeland. Europautredningen Rapport nr 3. ”EU/EØS-rett i norske domstoler” (2011).
- Hjelmeng Hjelmeng, Erling. Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler. Bergen(2003).
- Hovenkamp Hovenkamp, Herbert. Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Policy. Third edition. (2005).
- Kolstad mfl. Kolstad mfl. Norsk konkurranserett Bind II, Prosess og sanksjoner ved Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng. Oslo(2006).
- Kolstad Kolstad, Olav. Tidsskrift for rettsvitenskap. ”Konkurranseloven som virkemiddel til å fremme “forbrukerens interesser” (2005).
- Korenblit Korenblit, Claire.M. Competition Policy International (CPI Antitrust Cronicle). “Quantifying Antitrust Damages – Convergence of Methods Recognized by U.S

Courts and the European Commission”.
(2012).

- Mæland Mæland, Henry John. Kort Prosess-en innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven. 2.revidert utgave. Bergen (2009).
- Nagelhus Nagelhus, Torbjørn Hagerup (2008) Jussens Venner. ”Tvisteloven: vilkår for fremming av gruppesøksmål”.
- Stakheyeva Stakheyeva, Hanna (phd).European Competition Law Review. Volume 33 Issue 9 (2012). Article, “Removing Obstacles to a More Effective Private Enforcement of Competitin Law”.
- Østbye Østbye, Peder. Konkurranserett – En strategisk og rettsøkonomisk tilnærming. Oslo (2007).

Lovgivning

Lov av 13.juni 1969 nr. 26 om skadeerstatning. (skadeseretstaningsloven).

Lov 5.mars 2004 nr.12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger. (konkurranseloven).

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

Rettspraksis *Ef-domstolen*

- Courage Sak C-453/99, *Courage* Ltd mot Bernhard Crehan, sml.2001 s. I-6297.
- Pfleiderer Sak C-360/09 *Pfleiderer* AG mot Bundeskartellamt, 14. juni 2011.
- Donau Sak C-536/11 *Donau Chemie* AG mot Bundeswettbewerbsbehörde, 7.februar 2013.

C-430/93

C-430/93 Jeroen van Schijndel og Johannes Nicolaas Cornelis van Veen v Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten.

EFTA-domstolen

Sak E-4/01 Karl K. Karlsson hf. V Iceland. (2002)

Amerikansk rettspraksis

Brunswick

Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.
429 U.S 477(1977).

Høyesterettspraksis

Rt.2005.597 (Allseas).

Dokumenter fra EU-Kommisjonen

Hvitboken

White paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM (2008) 165, Brussels (2008).

Arbeidsdokumentet

Commission Staff Working paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC (2008).

Grønnboken

Green paper-Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 19.desember 2005.

Konkurransetilsynets hørings svar og publikasjoner

Konkurransetilsynets hørings svar

Hørings svar – EU-kommisjonens hvitbok om erstatningssøksmål ved overtredelse av EF-traktaten artikkel 81 og 82.

Konkurransetilsynet, “Private søksmål for en sunnere konkurranse”. 4.11.2008.

< <http://www.konkurransetilsynet.no/no/./Private-soksmal-for-sunnere-konkurranse>>

[Lesedato: 25.05.2013]

Skrifter fra Konkurransetilsynet 1/2001. ”Sanksjonering – er det verdt prisen?” Oslo, 25.mars 2001.

<http://www.konkurransetilsynet.no/iknowbase/content/395648/01_01_sanksjonsrapport.pdf>

[Lesedato: 20.05.2013]

Publikasjoner fra Konkurrence og Forbrugerbestyrelsen (dk)

Konkurrence- og Forbrugerbestyrelsen (2011). Vedlegg til Pressemeddelelse av 1.januar 2011. London Economics: ”Fakta om karteller”.

<<http://www.kfst.dk/soeg/?q=karteller+skruer>>

[Lesedato: 01.06.2013]

Konkurrence- og Forbrugerbestyrelsen (2011). Pressemeddelelse av 1.februar 2011. London Economics: ”Karteller skruer priserne voldsomt op”.

<<http://www.kfst.dk/index.php?id029884>>

[Lesedato: 01.06.2013]

Norske forarbeider

NOU 2003:12 Ny konkurranselov.

NOU 2003:12: Utkast til lov om konkurranse.

NOU 2001:32 Rett på sak, lov om tvisteløsning (tvisteloven).

NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov.

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

Ot.prp.nr.41 (1992-1993) Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven).