

Fornyings- og administrasjonsdepartementet
Konkurransopolitisk avdeling
Postboks 8004
0030 Oslo

Deres ref.: 200500004 Vår ref.: 2005/1819 - 6 Saksbeh.: Jostein H. Solberg Dato: 22.02.2006
MAB JSOL 680

■ Høring - EU-kommisjonens grønbok om erstatningssøksmål ved overtredelse av EF-traktaten art. 81 og 82

Konkurransetilsynet viser til Fornyings- og administrasjonsdepartementets brev av 13. januar 2006 vedrørende ovennevnte. Vi beklager at vi har oversittet høringsfristen noe.

Grønboken og det interne arbeidsdokumentet fra Kommisjonen (Commission Staff Working Paper) redegjør for mulige hindringer for et mer effektivt system for erstatningssøksmål for overtredelser av EF-traktaten artikkel 81 og 82. Videre fremsettes ulike forslag for å løse disse problemene. Vi vil i dette høringssvaret følge systematikken i grønboken der vi har merknader til de konkrete forslagene som gis i grønboken, jf. punkt 2. Vi har valgt å kommentere de temaer vi mener har størst betydning fra et norsk perspektiv. Innledningsvis vil det bli gitt noen generelle merknader til grønboken og forholdet til norsk rett.

1. Generelle merknader

Som det fremgår av departementets høringsbrev vil de problemstillinger som reiser seg i forhold til privat håndheving av EF-traktatens konkurranseregler i stor grad også gjøre seg gjeldende i forhold til konkurransereglene i EØS-avtalen selv om grønboken ikke behandler sistnevnte. Eventuelle EØS-relevante tiltak på fellesskapsplan vil bare få direkte betydning for håndheving av EF-traktatens og EØS-avtalens konkurranseregler. Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil det høyst sannsynlig være hensiktsmessig at eventuelle regelendringer for å effektivisere den private håndhevingen av EØS-avtalens konkurranseregler også omfatter bestemmelsene i konkurranseloven §§ 10 og 11.

Rapporten Kommisjonen innhentet vedrørende privat håndheving i medlemsstatene (Ashurst-rapporten) konkluderte med at rettspraksis på området er "helt underutviklet". EFTA's rapport om tilstanden i EFTA-statene (EFTA-studien) og Konkurransetilsynets egne undersøkelser viser at den samme karakteristikken er treffende også i Norge. Konkurransetilsynet er kjent med at det foreligger noen saker som har blitt forlikt eller behandlet ved voldgift, men vi kjenner ikke til en eneste offentlig norsk rettsavgjørelse om erstatning for brudd på konkurranseregler.

Konkurransetilsynet er av den klare oppfatning at privat håndheving er et viktig supplement til den offentlige håndhevingen av konkurransereglene. For at den samfunnsøkonomiske gevinsten av å ha

konkurranseregler skal bli størst mulig, må reglene ha størst mulig preventiv virkning. Vi kan ikke se at den private håndhevingen vil få øket betydning uten at det foretas positive grep for å legge bedre til rette for det.

Konkurransetilsynet er i likhet med det som fremheves i grønboken av den oppfatning at en forenkling av mulighetene for å gå til erstatningssøksmål er viktig for å effektivisere håndhevingen av konkurransereglene. Et sentralt virkemiddel i så henseende er etter vår oppfatning at det gis en egen hjemmel for erstatningskrav som følge av brudd på disse reglene. Som påpekt av førsteamanuensis dr. juris Erling Hjelmeng i utredningen som er vedlagt NOU 2003: 12 (Hjelmeng-utredningen) vil lovfesting være ønskelig både av pedagogiske og preventive grunner. Gjennomføring av flere av forslagene i grønboken betinger også at grunnlaget for erstatningsansvaret er lovfestet. Det er i denne sammenheng av interesse at det sannsynligvis vil bli tatt inn en egen bestemmelse om erstatning for tap lidt som følge av korrupsjon i skadeserstatningsloven, jf. Justisdepartementets høringsbrev av 12.10.2005.

2. Merknader til enkelte av grønbokens forslag

2.1 Grønbokens punkt 2.1 – Access to evidence

Question B: Are special rules regarding access to documents held by a competition authority helpful for antitrust damages claims? How could such access be organized?

Dokumenter som er innhentet av konkurransemyndighetene i en overtredelsessak kan klarligvis være av stor betydning for et vellykket erstatningssøksmål mot overtrederen. Konkurransetilsynet er imidlertid skeptisk til at den påståtte overtreder eller konkurransemyndighetene plikter å overlevere dokumenter til tredjemenn så lenge saken er under behandling hos konkurransemyndighetene. Dette vil i mange tilfeller kunne vanskeliggjøre myndighetenes etterforskning, noe som begrunner at offentlighetsloven ikke gjelder i etterforskningssaker etter den norske konkurranseloven, jf. § 26. Etter vårt syn gir konkurranseloven § 27 annet ledd en fornuftig løsning i så henseende ved at det gis utvidet innsynsrett etter at saken er avsluttet hos Konkurransetilsynet.

Question C: Should the claimant's burden of proving the antitrust infringement in damages actions be alleviated and, if so, how?

I de tilfeller det foreligger en avgjørelse fra konkurransemyndighetene der overtredelse konstateres vil dette nok i praksis medføre at skadelidte får en lettere oppgave med å bevise at det foreligger et ansvarsgrunnlag. Dette vil særlig være tilfelle der myndighetenes avgjørelse har vært gjenstand for domstolsprøving, slik som vil være aktuelt for saker om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven.

I de tilfeller der saken har vært prøvet for domstolene vil det neppe medføre vesentlige betenkeligheter at selve spørsmålet om det foreligger en overtredelse blir gjort bindende for retten i en senere erstatningssak. En ny behandling av overtredelsesspørsmålet kan vanskelig tenkes å bli noe annet enn en gjentagelse av forhandlingene om myndighetenes avgjørelse. På denne måten vil partene kunne konsentrere prosessen om de øvrige vilkårene for erstatning og tapsutmålingen. Konkurransetilsynet mener overtredelser som er rettskraftig avgjort av domstolene bør være bindende for retten i en senere erstatningssak.

2.2 Grønbokens punkt 2.2 - Fault requirement

Question D: Should there be a fault requirement for anti-trust related damages actions?

For de mest alvorlige overtredelsene av konkurransereglene vil neppe et skyldkrav være av stor betydning. Det vil trolig ikke by på spesielle vanskeligheter å konstatere uaktsomhet i forhold til eksempelvis en avtale om markedsdeling mellom konkurrenter eller et ulovlig anbudssamarbeid. Av preventive og retts tekniske grunner bør det likevel ikke stilles noe krav om skyld i denne type saker.

For mindre alvorlige overtredelser vil et skyldkrav trolig få langt større betydning. Manglende skyld vil imidlertid ikke på samme måte som i forhold til straff eller overtredelsesgebyr tilsi ansvarsfrihet. Konkurransereglene skal sørge for at konkurranse opprettholdes i markedene og den preventive effekten av reglene kan svekkes dersom ansvaret ikke er objektivt. Det fremstår også som mest nærliggende at overtrederen bør bære risikoen for overtredelse av konkurransereglene selv om skyld ikke kan påvises. Et foretaks forhold til konkurranselovgivningen har etter vårt syn likhetstrekk med de hensyn som begrunner foretaks ansvar for farlige innretninger der det er blitt pålagt objektivt erstatningsansvar på ulovfestet grunnlag.

På denne bakgrunn støtter Konkurransetilsynet grønnbokens *option 11* om at bevis for overtredelse skal være tilstrekkelig for å pålegge erstatningsansvar. I det minste bør dette gjelde for de alvorligste overtredelsene slik som angitt i *option 12*. Under enhver omstendighet bør et eventuelt skyldkrav være strengt. Det bør kunne stilles strenge krav til at foretak innretter sin virksomhet på en slik måte at brudd på konkurransereglene unngås. Med hensyn til tilgangen til bevis i konkurransesaker bør i tilfelle det overtredende foretaket ha bevisbyrden for at det har opptrådt med den nødvendige aktsomhet slik som angitt i *option 13*.

2.3 Grønnbokens punkt 2.3 – Damages

Question E: How should damages be defined?

Gjeldende norsk erstatningsrett om dekning av skadelidtes økonomiske tap som hovedprinsipp for erstatningsberegningen gir etter vår oppfatning også et fornuftig utgangspunkt i konkurransesaker. Dette samsvarer med definisjonen som er angitt i *option 14*. Med hensyn til de bevisproblemer som antas å ville kunne oppstå med hensyn til omfanget av skadelidtes tap bør imidlertid overtreders vinning som følge av overtredelsen kunne være relevant ved utmålingen, f. eks. ved at dette danner et minimumsansvar. Tilsvarende gjelder i Norge i dag på immaterialrettens område, jf. eksempelvis varemerkeloven § 38 der skadelidte har krav på en rimelig lisensavgift foruten erstatning for ytterligere tap overtredelsen måtte ha medført.

For å legge til rette for mer utbredt privat håndheving av konkurransereglene bør et viktig siktemål være å legge til rette for at skadelidte får dekket sitt tap fullt ut. Særlig i forhold til karteller vil overtredelsene kunne ha pågått over lang tid. Rentetapet kan da bli betydelig. Det er derfor viktig at det foreligger regler som gir full rentekompensasjon. Vi støtter derfor grønnbokens forslag om at det bør tilkjennes renter allerede fra da skaden inntrådte, jf. *option 17*. I norsk rett vil et slikt krav ikke fullt ut dekkes av den alminnelige forsinkelsesrenten fra 30 dager etter skriftlig påkrav, men erstatningsbestemmelsen i forsinkelsesrenteloven 3 § tredje ledd vil trolig kunne danne grunnlag for full rentekompensasjon, i hvert fall i de alvorligste overtredelsene av konkurransereglene.

Question F: Which method should be used for calculating the quantum of damages?

Virkingen av konkurransebegrensende opptreden vil kunne forplante seg i markedet på en måte som kan være vanskelig å følge. Dette vil trolig medføre at erstatningsutmålingen vil by på større problemer enn i de fleste andre erstatningssaker. Dette tilsier at det utformes regler for hvilke prinsipper som skal anvendes ved utmålingen. Etter Konkurransetilsynets syn er imidlertid slike regler lite egnet for lovfesting da det vil kunne være problematisk å utforme en kortfattet tekst som skal gis anvendelse for en lang rekke typetilfeller. Det synes derfor mest hensiktsmessig at tapsutmålingsprinsipper nedfelles i retningslinjer. Konkurransetilsynet støtter derfor *option 19* om at Kommisjonen utformer retningslinjer for tapsutmålingen. Retningslinjer og en adgang for

skjønnsmessig tilnærming til utmålingen som vi i norsk rett har i tvistemålsloven § 197 vil kunne gi den nødvendige kombinasjon av konkrete utgangspunkter og spesiell tilpasning til forholdene i den enkelte sak.

Oppdelingen av rettsforhandlingene mellom spørsmålet om ansvar og utmålingen slik som foreslått i *option 20* vil være særlig hensiktsmessig i konkurransesaker. På denne måten unngås det at kompliserte forhandlinger om erstatningsutmålingen må gjennomføres før det er fastslått at det foreligger ansvarsgrunnlag. Den utvidede adgang til oppdeling av forhandlinger og pådømmelse av erstatningssaker i tvisteloven 2005 § 16-1 i forhold til tvistemålsloven §§ 98 annet ledd og 151 annet ledd medfører at en slik fremgangsmåte i fremtiden kan besluttes av norske domstoler uten at det foreligger begjæring fra begge parter.

2.4 Grønnebokens punkt 2.4 – The passing-on defence and indirect purchaser’s standing

Question G: Should there be rules on the admissibility and operation of the passing on defence? If so, which form should such rules take? Should the indirect purchaser have standing?

Det vil ofte være komplisert å avgjøre hvorvidt og i hvilken grad tapet den direkte kjøperen påføres ved overprising er videreført til de neste ledd i omsetningskjeden. Dersom overtrederen fratras muligheten for et slikt forsvar ("passing-on defence") vil dette trolig betydelig kunne forenkle erstatningssaken, men vil samtidig kunne medføre at den direkte kjøper overkompenseres. En manglende adgang til "passing-on defence" vil også kunne innebære at overtreders erstatningsansvar blir høyere enn det reelle tapet dersom de indirekte kjøpere ikke fratras muligheten til å kreve erstatning.

På den annen side vil det nok normalt bare være den direkte kjøperen som søker å dekke sitt tap ved erstatningssøksmål mot overtrederen. Tapene i de neste omsetningsledd vil ofte være fordelt på mange aktører og derfor mindre merkbart for den enkelte, særlig vil dette være tilfelle langt nede i omsetningskjeden, typisk hos forbrukere. På denne bakgrunn kan mye tale for at en utelukkelse av adgangen til "passing-on defence" bør kombineres med at indirekte kjøpere fratras muligheten til å kreve erstatning. Dette vil forhindre at overtrederen ilegges et større ansvar enn det reelle tapet samtidig som det letter den direkte kjøperens prosess. Med tanke på at det i praksis nok sjelden vil være aktuelt for indirekte kjøpere å reise erstatningssøksmål, vil en slik regel også forhindre at overtrederen helt eller delvis unngår å erstatte det tapet som faktisk har oppstått. Det bemerkes spesielt at søksmål fra forbrukere i praksis nok først og fremst vil være aktuelt der de er direkte kjøpere. Forbrukernes interesser vil derfor neppe i særlig grad bli skadelidende ved en slik regel.

På denne bakgrunn er Konkurransetilsynet positiv til forslaget i *option 22*. En slik løsning ble også foreslått i Hjelmeng-utredningen.

2.5 Grønnebokens punkt 2.5 – Defending consumer interests

Question H: Should special procedures be available for bringing collective actions and protecting consumer interests? If so, how could such procedures be framed?

Skaden som følge av brudd på konkurransereglene vil kunne fordele seg på en lang rekke foretak eller forbrukere. Der tapet for den enkelte er begrenset vil det være få incentiver for den enkelte å gå til sak på egenhånd. Muligheten for kollektive søksmål vil kunne være et hensiktsmessig virkemiddel for å effektivisere den private håndhevingen av konkurransereglene i disse tilfellene. Med unntak for de tilfeller der de skadelidte er indirekte kjøpere, jf. punkt 2.4, mener vi at det bør være en slik adgang. Det er i dette perspektiv et fremskritt at det finnes bestemmelser om gruppesøksmål i tvisteloven av 2005 kapittel 35.

2.6 Grønbokens punkt 2.7 – Coordination of public and private enforcement

Question J: How can optimum coordination of private and public enforcement be achieved?

Fremleggelse av bevis fra deltagere i karteller eller lignende vil i mange tilfeller være avgjørende for at de ulovlige forholdene avdekkes. Incentiver til å fremskaffe slik informasjon er gitt i i EU og en rekke nasjoner, herunder i Norge, jf. forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr av 22. august 2005 nr. 909. Også for skadelidte vil en overtreders fremskaffelse av bevis kunne være helt avgjørende for å få erstattet sitt tap. Dette begrunner likevel ikke en skjematisk nedsettelse av erstatningsansvaret på linje med det som skal gjøres med overtredelsesgebyret. Dette vil kunne føre til et urimelig resultat for skadelidte.

Viktigheten av overtreders fremskaffelse av bevis bør likevel gjenspeiles også i erstatningssaken. Generelle lempningsregler vil kunne gi et rimelig resultat. For å gi kartelldeltagere incentiver til å stå frem bør det imidlertid gis en viss grad av forutberegnelighet også i forhold til erstatningsansvaret. Dette vil kunne oppfylles ved at den som har krav på lempning bare blir ansvarlig i forhold til egen andel av det marked kartellet har opptrådt i og dermed ikke pålegges solidaransvar for kartellets samlede skadevirkninger. På dette punktet støtter Konkurransetilsynet således forslaget i *option 30*.

2.7 Grønbokens punkt 2.9 - Other issues

Question N: Is clarification of the legal requirement of causation necessary to facilitate damages actions?

Det er viktig å understreke at det bare er tap som følge av skader på interesser som konkurransereglene er ment å ivareta som er erstatningsberettiget. Dette ligger for så vidt i sakens natur, men kan likevel by på vanskelige avgrensninger. I likhet med det som foreslås i Hjelmengutredningen (punkt 6.2.3) mener vi derfor at det vil være hensiktsmessig at den rettslige årsaksnormen klargjøres. Hjelmengs forslag til lovregulering i Norge der det angis at det er ”skade påført som ledd i eller resultat av en begrensning av konkurransen” som er erstatningsberettiget synes på en god måte å gi uttrykk for denne normen.

Med hilsen

Øyvind Andersen (e.f.)
fung. juridisk direktør

Jostein Solberg
rådgiver