



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Søksmålsfinansiering av utmeldingssøksmål

Bjørn Eikanger Hanssen

Masteroppgave i Rettsvitenskap JUR-3901 vår 2022

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Om temaet for avhandlingen	1
1.2	Problemstilling	2
1.3	Avgrensninger	4
1.4	Metode og rettskilder.....	5
1.5	Oppgavens utforming	5
2	Utmeldingssøksmål i norsk rett.....	7
2.1	Begrunnelse for utmeldingssøksmål i Norge	7
2.1.1	Det kollektive søksmålsbehovet.....	7
2.1.2	Gruppesøksmål som supplement til andre prosessformer	8
2.1.3	Utmeldingssøksmål som supplement til påmeldingssøksmål	10
2.2	Regulering av utmeldingssøksmål i Norge	13
2.2.1	Innledning.....	13
2.2.2	Terskelen for å godkjenne utmeldingssøksmål	13
2.2.3	Gruppedlemmenes rolle ved utmeldingssøksmål	16
3	Søksmålsfinansiering som løsning for ikke individuelt prosessbare krav	18
3.1	Problemet med å finansiere utmeldingssøksmål	18
3.2	Organisasjonsutmeldingssøksmål som løsning på problemet	20
3.3	Søksmålsfinansiering som løsning på problemet	21
3.4	Egentlig søksmålsfinansiering og tilgrensende finansieringsformer.....	23
3.4.1	Egentlig søksmålsfinansiering.....	23
3.4.2	Resultatavhengig salær.....	25
3.4.3	Rettskjøpsforsikringer	26
3.4.4	Fondsordninger.....	27
3.5	Søksmålsfinansiering i praksis	27
3.5.1	Inngåelse av en søksmålsfinansieringsavtale	27
3.5.2	Investorens adgang til å påvirke søksmålet.....	29

3.6	Aktørene i en søksmålsfinansiert domstolsprosess	31
4	Komparativ oversikt	33
4.1	ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure	33
4.2	England.....	36
4.3	Australia	39
4.4	EU/EØS.....	42
5	Forholdet mellom grupperepresentanten og gruppe medlemmene ved utmeldingssøksmål 44	
5.1	Ivaretagelsen av gruppe medlemmenes interesser ved utmeldingssøksmål.....	44
5.2	Valg av grupperepresentant.....	44
5.3	Utformingen av søksmålet.....	45
5.4	Forlik	47
5.5	Økonomiske forhold.....	48
6	Investorens betydning for utformingen av søksmålet	49
6.1	Innledning.....	49
6.2	Investorens betydning for prosessopplegget	49
6.2.1	Påvirkning av kravet.....	49
6.2.2	Påvirkning av påstanden.....	51
6.2.3	Påvirkning av påstandsgrunnlaget.....	52
6.2.4	Påvirkning av bevisene.....	53
6.3	Beslutningen om å inngå rettsforlik	55
7	Utmeldingssøksmålsfinansierings betydning for saksøkte.....	58
7.1	Innledning.....	58
7.2	Motpartens forhold til grupperepresentantens prosessopplegg	59
7.2.1	Påvirkning av kravet.....	59
7.2.2	Påvirkning av påstanden.....	59
7.2.3	Påvirkning av påstandsgrunnlaget.....	61

7.2.4	Påvirkning av bevisene.....	61
7.3	Inngåelse av rettsforlik med en finansiert grupperepresentant.....	62
7.4	Fordeling av merutgifter som knytter seg til søksmålsfinansiering	64
8	Søksmålsfinansiering av organisasjonsutmeldingssøksmål	68
8.1	Innledning.....	68
8.2	Prosessopplegget ved finansiering av organisasjonsutmeldingssøksmål	69
8.3	Rettsforlik ved organisasjonsutmeldingssøksmål	70
8.4	Sakskostnader ved organisasjonsutmeldingssøksmål	70
9	Regulering av søksmålsfinansiering.....	70
9.1	Innledning.....	70
9.2	Regulering av utmeldingssøksmålsfinansiering.....	72
9.3	Regulering av finansiering av organisasjonsutmeldingssøksmål.....	74
10	Referanseliste	75

1 Innledning

1.1 Om temaet for avhandlingen

Små forbrukerkrav forblir gjerne uløst, selv om de rettslig sett kan være godt fundert. Kostnadene ved å forfølge kravene er så høye at det ikke er økonomisk forsvarlig å anlegge individuelle søksmål. Gruppesøksmål ble innført i norsk rett for 14 år siden for at flere forbrukere skulle sikres en reell adgang til domstolene – uavhengig av størrelsen på kravet.¹ Internasjonal erfaring viser at den «mentale» kostnaden for aktiv handling er høy på grunn av kravenes lave verdi. Den mentale kostnaden for aktiv handling resulterer i at en stor andel av forbrukere forholder seg passive og frastår fra å melde seg på gruppesøksmål (påmeldingssøksmål).² Gruppesøksmål hvor innehavere av krav automatisk er omfattet av søksmålet (utmeldingssøksmål), er derfor den prosessformen som er best egnet til å håndheve små krav.

Det er fremdeles usikkert hvilken praktisk betydning utmeldingssøksmål vil ha i norsk rett.³ Det har ikke vært anlagt mange utmeldingssøksmål for norske domstoler, og de søksmålene som har blitt reist har hovedsakelig blitt ført av større organisasjoner som Forbrukerrådet og arbeidstakerforeninger.⁴ Mangelen på utmeldingssøksmål er en indikator på at slike søksmål har og vil ha liten betydning i norsk rett dersom det ikke skjer endringer.

Årsaken til at det har vært en mangel på utmeldingssøksmål i norske domstoler er fordi det er vanskelig å finansiere dem. Grupperepresentanten er alene om kostnadsansvaret overfor motparten, og er ansvarlig for gruppens løpende rettergangskostnader. Det er en åpenbar utfordring å finne en grupperepresentant som ønsker å påta seg dette ansvaret.⁵ Kostnadsansvaret medfører at man ikke oppnår formålet med å senke søksmålsterskelen gjennom

¹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 330.

² «Rational apathy» jf. Visscher & Faure (2021) s. 460; Ioannidou (2019) s. 8; Aabø & Nordby (2021).

³ Robberstad (2021) s. 245.

⁴ HR-2020-475-A (DNB-saken); HR-2016-1446-A (Nattilleggs-dommen); se også TOSLO-2011-80385.

⁵ Robberstad (2021) s. 251; Aabø & Nordby (2021); Kjørven (2020)

utmeldingssøksmål.⁶ Gruppesøksmålsinstituttet er i seg selv ikke nok for å sikre en reel adgang til domstolene for små krav – det må finansiering på plass.

Søksmålsfinansiering kan være en løsning på problemet med å finansiere utmeldingssøksmål (utmeldingssøksmålsfinansiering). I 2021 varslet Alarmkundeforeningen et utmeldingssøksmål mot Sector Alarm og Verisure på vegne av 400 000 boligalarmkunder. Samtidig informerte Alarmkundeforeningen at søksmålet skulle motta finansiering av søksmålsfinansieringsselskapet Therium Capital Management Nordic As (Therium). Therium skal dekke hele eller deler av kostnadene med å forfølge kravet, mot en andel av tvistesummen dersom gruppen vinner frem med kravet.⁷ Dette innebærer at kostnadsrisikoen overføres fra grupprepresentanten til finansieringsselskapet.

Søksmålsfinansiering er fremdeles nytt og lite brukt i Norge, men det er sannsynlig at det vil få en større betydning i årene som kommer.⁸ Siden søksmålsfinansiering er relativt ukjent i Norge, har det mottatt begrenset oppmerksomhet. Utviklingen av søksmålsfinansiering skjer imidlertid ikke i et nasjonalt vakuum.⁹ De søksmålsfinansieringsselskap som per dags dato utgjør dagens internasjonale marked, investerer i søksmål på tvers av landegrensler.¹⁰ Det er derfor sannsynlig at utvikling, markedsendring og regulering i enkelte foregangsland vil ha betydning for utviklingen av søksmålsfinansieringsmarkedet i Norge. Utmeldingssøksmålsfinansiering er et nytt aspekt i norsk rettergang som fortjener oppmerksomhet.

1.2 Problemstilling

Oppgavens hovedproblemstilling er å undersøke under hvilke forutsetninger søksmålsfinansiering kan bidra til å håndheve ikke individuelt prosessbare krav. I avhandlingen forutsetter jeg at det kun er finansforetak som kan tilby søksmålsfinansiering, og at investorens interesser er utelukkende økonomiske.¹¹

⁶ Bellander (2017) s. 264; Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 7; Hodges, Vogenauer & Tulibacka (2010) s. 99.

⁷ Alarmkundeforeningen (2021); NOU 2020: 11 pkt. 24.2.3. Se lignende forklaringer om søksmålsfinansiering i Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 10; de Morpurgo (2011) s. 343; Samra (2016) s. 2301; DeStefano (2012) s. 2818.

⁸ Se f.eks. Oslo tingretts dom nr. 16-094601TVI-OTIR/08; Roschier (2018) s. 24–25; Furuset (2020) A og B; Nordby m.fl. (2021) Conclusions and outlook.

⁹ Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 38; Saulnier, Koronthalyova & Müller (2021) s. 6.

¹⁰ Saulnier, Koronthalyova & Müller (2021) s. 8 figur 5.

¹¹ Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 102; Se pkt. 1.3 om hvorfor jeg forutsetter dette.

I avhandlingen har jeg oppstilt fire underproblemstillinger som skal belyse hovedproblemstillingen.

Den første underproblemstillingen er hvilken rolle grupperepresentanten bør ha, slik at gruppemedlemmenes interesser blir ivaretatt på en god måte, tatt i betraktning at de normalt forholder seg passiv til sine krav og rettigheter.¹²

Den andre underproblemstillingen er hvordan og i hvilken grad investoren påvirker utformingen av søksmålet, herunder prosessopplegget og prosesshandlinger. Videre blir spørsmålet hvordan denne påvirkningen kan begrenses, slik at den ikke går på bekostning av hensikten med å legge til rette for at de ikke individuelt prosessbare kravene blir håndhevet.

Den tredje underproblemstillingen er hvordan saksøktes interesser kan ivaretas med tanke på de særlige forhold søksmålsfinansiering reiser. Spørsmålet er hvordan og i hvilken grad investorens påvirkning kan gå på bekostning av saksøktes interesser, og hvordan man kan begrense slik uhensiktsmessig påvirkning.

Oppgaven behandler først og fremst utmeldingssøksmål der en fysisk person opptrer som grupperepresentant jf. tvl. § 35-3 første ledd bokstav a. Utmeldingssøksmål kan også reises av organisasjoner etter tvl. § 35-3 første ledd bokstav b. Men det er ikke alltid man vil finne en organisasjon som er villig til å opptre som grupperepresentant, eller at man finner en organisasjon hvis naturlige virkeområde faller innenfor søksmålets rammer. Tvisteloven og rettspraksis har også vist at norsk rett er tilbakeholden med å akseptere at det blir stiftet ad-hoc organisasjoner med formål om søksmål.¹³ Jeg vil likevel ha en fjerde underproblemstilling for å undersøke hvordan og i hvilken grad investorens interesser kan gå på bekostning av gruppemedlemmenes og motpartens interesser ved finansiering av organisasjonsutmeldingssøksmål.

¹² NOU 2001:32 A s. 493.

¹³ Se f.eks. Skoghøy (2017) s. 267–278 for en nærmere redegjørelse av ad-hoc organisasjoners og andre løse sammenslutningers sin begrensede adgang til å reise søksmål.

1.3 Avgrensninger

I avhandlingen forutsetter jeg at lovgiver kun velger å tillate finansforetak etter lov 10. april om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksloven) å tilby søksmålsfinansiering.¹⁴ Dette vil innebære at søksmålsfinansieringsselskap må etterleve lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven). Dette er en grunnleggende forutsetning for at finansieringstjenesten overfor forbrukerne er akseptabel og pålitelig; herunder at søksmålsfinansieringen ikke benyttes i ond tro mot den finansierte parten, og at selskapet har tilstrekkelig risikokapital. Søksmålsfinansiering reiser en rekke finans-, forbruker- og avtalerettslige problemstillinger.¹⁵ Det er sannsynlig at disse problemene får et begrenset omfang så lenge det kun er finansforetak som kan tilby søksmålsfinansiering. Jeg vil likevel avgrense mot å behandle disse problemstillingene av hensyn til avhandlingens omfang.

Utmeldingssøksmålsfinansiering er nært beslektet med «claim management», hvor investeringsselskap bistår med å kreve erstatning for enkeltpersoner, hovedsakelig små forbrukerkrav.¹⁶ Ved «claim management» blir sakene ført hver for seg og ikke som utmeldingssøksmål, og faller derfor utenfor oppgavens tematikk.

Søksmålsfinansiering reiser advokatetiske problemstillinger som har mottatt en del oppmerksomhet i internasjonal og utenlandsk rettspolitisk debatt.¹⁷ Problemstillingene oppstår uavhengig av hvilken type søksmål som finansieres. Det er altså ikke en særegen problemstilling for utmeldingssøksmålsfinansiering. Av hensyn til avhandlingens omfang og problemstillingens generelle rekkevidde avgrenser jeg mot advokatetiske problemstillinger.

Ved gruppesøksmål kan gruppen befinne seg både på saksøker- og saksøktesiden jf. § 35-1 andre ledd. Det er ingen eksempler i norsk rett hvor gruppen befinner seg på saksøktesiden, og jeg begrenser meg derfor til å behandle søksmålsfinansiering av utmeldingssøksmål hvor gruppen befinner seg på saksøkersiden. Finansiering av en gruppe på saksøktesiden er neppe praktisk.

¹⁴ I tråd med Finanstilsynets vedtak av 20. oktober 2020 ref. 20/2659 (unntatt offentlighet).

¹⁵ Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 119.

¹⁶ Ponciò & D'Alessandro (2021) s. 50; Bellander (2017) s. 265; Rott (2016) s. 143 f.

¹⁷ F.eks. Poncibo (2021) s. 70 f., ALRC (2018) s. 220 og ICCA-Queen Mary Task Force (2018) s. 74.

1.4 Metode og rettskilder

Jeg vil besvare oppgavens hoved- og delproblemstillinger i et rettsdogmatisk perspektiv ved hjelp av alminnelig juridisk metode. Det er imidlertid enkelte utfordringer som gjør seg gjeldende for temaet jeg har valgt.

Det er lite tilgjengelig norsk litteratur om søksmålsfinansiering, og norske kilder om søksmålsfinansiering av utmeldingssøksmål er for det meste begrenset til debattinnlegg. Jeg vil derfor i større grad benytte meg av utenlandske og internasjonale kilder enn det som er normalt innenfor en typisk gjennomgang av norsk sivilprosess. Selv om utenlandsk og internasjonal litteratur ikke kan overføres direkte til norske forhold, bidrar den til å belyse de spørsmålene avhandlingen reiser.

Siden søksmålsfinansiering er et nytt aspekt i og utenfor Norge er det meste av kildematerialet forholdsvis nytt. At søksmålsfinansiering er nytt innebærer også at det er begrenset med empiriske kilder, og enkelte kilder bygger på standpunkt som ikke nødvendigvis er tilstrekkelig nyansert. Kildene er heller ikke utelukkende begrenset til utmeldingssøksmålsfinansiering ved alminnelige domstoler, men omfatter også søksmålsfinansiering av flere søksmålstyper og søksmålsfinansiering ved voldgiftsdomstol. Jeg vil likevel benytte meg av disse kildene, utlede det relevante og forsøke å nyansere de løsningene og problemene som er fremhevet.

Ved hjelp av norske og utvalgte internasjonale og utenlandske kilder forsøker jeg å finne frem til en god balanse mellom hensynet til at finansiering kan øke «access to justice» og at investoren kan ha en uheldig innvirkning på søksmålet som er i strid med gruppens og saksøktes grunnleggende interesser.¹⁸

1.5 Oppgavens utforming

I avhandlingens kapittel 2 vil jeg gjøre rede for hvordan utmeldingssøksmål fungerer som et virkemiddel for å håndheve ikke individuelt prosessbare krav. I kapittelet vil jeg gå inn på hvordan gruppesøksmål fungerer som et supplement til andre prosessformer, hvordan utmeldingssøksmål fungerer som et supplement til påmeldingssøksmål, og hvordan

¹⁸ Se merknad 8 til ELI/UNIDROIT art. 245.

utmeldingssøksmål er regulert. Jeg vil også forklare de problemene som oppstår på grunn av gruppedlemmenes passive rolle ved utmeldingssøksmål.

I kapittel 3 vil jeg gå nærmere inn på hva søksmålsfinansiering er; hvordan det fungerer og hvordan det skiller seg fra andre tilgrensende finansieringsformer. Jeg vil også gi en oversikt over de ulike aktørene i en søksmålsfinansiert domstolsprosess, hvilke forpliktelser og interesser de har.

I kapittel 4 skal jeg gi en komparativ oversikt over hvordan andre land og internasjonale organer har håndtert søksmålsfinansiering. I denne delen redegjør jeg for hvilken betydning søksmålsfinansiering har, hvilke problemer det er rettet søkelys på, og hvilke tiltak som er innført, eller planlagt innført for å håndtere problemene.

I kapittel 5 vil jeg se på grupperepresentantens særlige stilling, og hvordan grupperepresentanten sammen med retten håndterer de problemene som oppstår på grunn av gruppedlemmenes svake stilling. I kapittel 6 og 7 er formålet å redegjøre for hvilken betydning investorens påvirkning har for gruppedlemmenes og saksøktes interesser ved utmeldingssøksmål i norsk rett. I kapittel 8 ser jeg på om investorens påvirkning har den samme betydningen ved finansiering av utmeldingssøksmål som blir ført av en organisasjon.

Avhandlingen avslutter med en konklusjon i kapittel 9, hvor jeg på bakgrunn av de forutgående kapitlene skal vurdere om, og eventuelt hvordan, det kan legges til rette for at utmeldingssøksmålsfinansiering kan være et egnet virkemiddel for å håndheve ikke individuelt prosessbare forbrukerkrav. De sentrale spørsmålene i det avsluttende kapittelet er om utmeldingssøksmålsfinansiering burde tillates, og hvorvidt, hvorfor, og hvordan utmeldingssøksmålsfinansiering burde reguleres.

2 Utmeldingssøksmål i norsk rett

2.1 Begrunnelse for utmeldingssøksmål i Norge

2.1.1 *Det kollektive søksmålsbehovet*

Gruppeprosess ble innført fordi det var nødvendig med en prosessform som håndterte det «kollektive søksmålsbehovet».¹⁹ Det kollektive søksmålsbehovet har oppstått som en følge av en økning av masseproduksjon og masseleveranse av varer og tjenester med standardisert produksjon og omsetning, samt større bruk av e-handel. Denne endringen i markedet har ført til en økning av ikke individuelt prosessbare krav på samme grunnlag mot samme næringsdrivende.²⁰

En ytterligere grunn til at det har oppstått et økt kollektivt søksmålsbehov er fordi mange lover har fått et mer kollektivt preg. Lovenes kollektive preg innebærer at lovgivningen verner om større grupper og ivaretar kollektive interesser.²¹ Eksempler på slik lovgivning er produktansvarsloven, forskrift om flypassasjerers rettigheter, personopplysningsloven og forbrukerkjøpsloven hvor én enkeltstående handling ofte kan føre til en krenkelse som rammer mange.²²

Før innføringen av gruppeprosess var de gjeldende prosessreglene ikke egnet til å håndheve mange små forbrukerkrav – fordi kostnaden for en vanlig domstolsprosess var for høy. Det forelå dermed et behov for en prosessform som kunne legge til rette for en samlet behandling av nærmest identiske spørsmål. En samlet behandling er ressursparende, både for retten og partene i søksmålet, sammenlignet med mange individuelle prosesser.²³

¹⁹ Se f.eks. NOU 2001: 32 A s. 487–490.

²⁰ Jf. ot.prp. nr. 51 (2004–2005) pkt. 25.4.5.2; samt Backer (2015) s. 376.

²¹ Se ot.prp. nr. 51 (2004–2005) pkt. 25.4.5.3 som eksemplifiserer med det daværende forslaget til en diskrimineringslov i ot.prp. nr. 33 (2004–2005)

²² Lov 23 desember 1980 nr. 104 om produktansvar; forskrift 17 februar 2004 nr. 141 om flypassasjerers rettigheter ved nektet ombordstigning og innstilt eller vesentlig forsinket flygning; lov 15 juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger; lov 21 juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp; Se også Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) pkt. 25.4.2 hvor det fremmes en ikke uttømmende liste for sakstyper hvor det kan være behov for kollektive søksmålsordninger.

²³ NOU 2001: 32 A s. 488–490.

2.1.2 Gruppessøksmål som supplement til andre prosessformer

Gruppessøksmål skal ikke erstatte andre prosessformer eller alternative utenrettslige tvisteløsningsordninger, men fungere som et supplement til disse.²⁴ Før innføringen av gruppeprosess i norsk rett forelå det allerede visse former for kollektive, eller kollektivt pregete, prosessformer.²⁵ Eksempler på dette er subjektiv kumulasjon, pilotsøksmål og representative søksmål fra organisasjoner og foreninger.²⁶ Disse prosessformene gir kun en begrenset mulighet til å håndheve ikke individuelt prosessbare krav.

For eksempel vil ikke en organisasjon, gjennom et alminnelig representativt søksmål kunne fremme krav på erstatning for tap enkeltindivider har lidt.²⁷ Formålet med pilotsøksmål er at de skal være veiledende i tilsvarende saker, men de er på ingen måte en garantist for at fellesinteresser blir ivaretatt. Pilotsøksmål vil kun være bindende overfor de som reiser saken, og en avgjørelse har dermed begrenset betydning utenfor det aktuelle saksforholdet jf. tvl. § 19-15 første ledd.

Subjektiv kumulasjon har mange likhetstrekk med gruppessøksmål, og legger til rette for en samordning av krav. Subjektiv kumulasjon forutsetter imidlertid en betydelig real- og økonomisk innsats fra den enkelte, samt at koordineringen av søksmålet kan være utfordrende.²⁸ Disse utfordringene fører til at søksmålsterskelen for den enkelte opprettholdes, og det kollektive søksmålsbehovet blir derfor ikke i tilstrekkelig grad ivaretatt.²⁹ Utfordringen gjør seg særlig gjeldende ved små krav, hvor Tvistemålsutvalget uttalte at «praksis – eller rettere mangelen på praksis – [viser] at denne søksmålsmuligheten er helt utilstrekkelig».³⁰ Utvalget så derfor til gruppessøksmål som løsning for å oppnå formålet med å senke søksmålsterskelen for ikke individuelt prosessbare krav.

Gruppessøksmål er i tvisteloven definert som «et søksmål som føres av eller mot en gruppe på samme eller vesentlig likt faktisk grunnlag, og som er godkjent av retten som gruppessøksmål» jf. § 35-1 andre ledd. Ved gruppessøksmål er grensen mellom på- og utmeldingssøksmål etter §

²⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) pkt. 25.4.5.2

²⁵ NOU 2001: 32 A pkt. 17.1.

²⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) pkt. 25.2.

²⁷ NOU 2001: 32 A s. 489.

²⁸ Berg & Nordby (2012) s. 71–72.

²⁹ NOU 2001: 32 A s. 490; Schei m.fl. (2021) kapittel 35. Gruppessøksmål.

³⁰ NOU 2001: 32 A s. 490.

35-6 og § 35-7 helt sentral, og grensen mellom dem har betydning både for vilkårene og rettsvirkningene av et gruppessøksmål.³¹

Påmeldingssøksmål er i realiteten en effektivisering av reglene om subjektiv kumulasjon.³² De som har krav innenfor søksmålets rammer får mulighet til å melde seg på jf. § 35-6. En avgjørelse eller forlik ved påmeldingssøksmål vil kun være bindende for de som positivt har tilsluttet seg søksmålet jf. § 35-11.

Utmeldingssøksmål er omtalt som de «egentlige» gruppessøksmålene fordi det er de folk flest kjenner som gruppessøksmål etter inspirasjon fra «class actions» i amerikansk rett.³³ Her vil de som har krav innenfor rammen av søksmålet automatisk være gruppemedlemmer, så lenge de ikke melder seg ut jf. § 35-7. Dersom gruppemedlemmene ikke melder seg ut vil de være bundet av rettens avgjørelse, uavhengig av om de faktisk kjenner til søksmålet jf. § 35-8 og § 35-11. Som eksempel på hvilke tilfeller som aktualiserer utmeldingssøksmål, kan det vises til ulike løpende kunde- eller tjenesteforhold hvor det forutsetningsvis kan være en utfordring å få kontakt med den enkelte forbruker (f.eks. bank og forsikring, telefoni og elektronisk kommunikasjonstjenester, strømleveranse, fjernsyns- og avisabonnement, alarmtjeneste, transport mv.).³⁴

En tredje form for gruppessøksmål, hvor det er en organisasjon som fører et på- eller utmeldingssøksmål, kan betegnes som organisasjonsgruppessøksmål. Tvisteloven og dens forarbeider sonderer ikke direkte mellom organisasjons- og alminnelige utmeldingssøksmål. Uttalelser i forarbeidene om at utmeldingssøksmål først og fremst ville bli anlagt av organisasjoner eller offentlige organer gir imidlertid uttrykk for at både fysiske personer og organisasjoner skulle ha mulighet til å føre utmeldingssøksmål.³⁵ Organisasjonsutmeldingssøksmål forutsetter at det foreligger en forening, stiftelse eller offentlig organ som er villig til å føre søksmålet og oppfyller vilkårene til rettslig interesse jf. § 35-3 første ledd bokstav b.

³¹ Vangsnes (2021) lovkommentar 4 til § 35-1.

³² Ot.prp. nr. 51 (2004–2005)pkt. 25.1; Berg & Nordby (2012) s. 14-15.

³³ Berg og Nordby (2012) s. 14–15.

³⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) pkt. 25.5.3.

³⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) pkt. 25.7.3; se også tvl. § 35-3 første ledd bokstav a og b.

2.1.3 Utmeldingssøksmål som supplement til påmeldingssøksmål

Gruppesøksmål skal som hovedregel reises som påmeldingssøksmål. Et slikt utgangspunkt gir den enkelte mulighet til selv å velge om man vil delta i søksmål eller ei – godt i tråd med disposisjons- og forhandlingsprinsippet i norsk rett.³⁶ Utmeldingssøksmål ble likevel innført som et supplement til påmeldingssøksmål fordi påmelding alene ikke var tilstrekkelig egnet til å håndheve et større omfang ikke individuelt prosessbare krav.³⁷ Problemstillingen er hvordan utmeldingssøksmål fungerer som et supplement til påmeldingssøksmål.

Den første underproblemstillingen er hvordan utmeldingssøksmål legger til rette for at enda flere får håndhevet sine krav.

Utmeldingssøksmål er den prosessformen som er best egnet til å senke søksmålsterskelen, noe som er nødvendig for å i det hele kunne få en avgjørelse ved domstolene.³⁸ Ved å legge til rette for at alle som har krav innenfor rammen av søksmålet automatisk er gruppemedlem og tar del i søksmålet, hindrer man at enkelte mister rettigheter utledet av et ellers berettiget krav. Manglende påmelding kan skje fordi en innehaver av et krav ikke har kunnskap om søksmålet, misforstår påmeldingsvarselet, eller fordi den mentale kostnaden for påmelding er for høy.³⁹

Erfaringer fra utlandet har vist at det kan være vanskelig å nå frem til alle potensielle medlemmer gjennom varslingsreglene, og selv om man når frem, så er det mange som likevel ikke melder seg på.⁴⁰ Utmeldingssøksmål gir et ekstra vern omkring de svakeste forbrukerne i samfunnet som på grunn av språkvansker, manglende tilgjengelighet eller andre forhold ikke har forutsetninger for å ivareta sine egne interesser. I et rettssikkerhetsperspektiv er det viktig at ressursvake forbrukere får mulighet til å oppnå sin rett på lik linje med andre i samme rettsposisjon.⁴¹

Det er også lite sannsynlig at det foreligger sterke ønsker om å ikke ta del i de sakene som aktualiserer utmeldingssøksmål.⁴² Dersom enkelte uvitende og ufrivillig tar del i utmeldings-

³⁶ Innst. O. nr. 110 (2004–2005) s. 74; Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 336; NOU 2001: 32 A s. 493–495.

³⁷ NOU 2001: 32 A s. 495.

³⁸ Innst. O. nr. 110 (2004–2005) pkt. 23.1.2.2.1; Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 495; NOU 2001: 32 A s. 487; Berg & Nordby (2012) s. 28 jf. s. 94.

³⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) pkt. 25.5.1.2.

⁴⁰ NOU 2001: 32 A pkt. 17.5.3.4.1; Vissher & Faure (2021) s. 460; Ioannidou (2019) s. 8; Aabø & Nordby (2021).

⁴¹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) pkt. 25.5.3.

⁴² Ot.prp.nr.51 (2004-2005) pkt. 25.5.3.

søksmål, vil ikke konsekvensene være særlig alvorlig. Utmeldingssøksmål vil ikke føre til at grupped medlemmene blir stilt i en dårligere økonomisk, forretningsmessig eller personlig posisjon enn om de blir stående utenfor.⁴³

Søksmålsterskelen blir også senket ved å stille få, eller ingen krav til grupped medlemmenes reelle- og økonomiske deltakelse i søksmålet. Grupperepresentanten står ansvarlig for de forpliktelsene som normalt ville vært pålagt grupped medlemmene dersom de hadde ført saken individuelt. Dette innebærer at det ikke skal være nødvendig for grupped medlemmene å foreta handlinger i søksmålet for å ivareta sine interesser. Gruppemedlemmene vil ikke ha økonomiske forpliktelser, og får mulighet til å opptre anonymt overfor motparten.

Ved å frata grupped medlemmene økonomiske forpliktelser unngår man å utsette passive medlemmer for høye rettergangskostnader. Anonym opptreden begrenser også risikoen for høye immaterielle kostnader for grupped medlemmene. Med immaterielle kostnadene sikter jeg til skadevirkningen et søksmål kan ha for et videre nødvendighetsforhold mellom motparten og grupped medlemmet.⁴⁴ Et nødvendighetsforhold kan for eksempel være det løpende samarbeidet mellom kunde og bank. Gjennom en begrensning av økonomiske og immaterielle kostnader blir søksmålsterskelen lempet.

Den andre underproblemstillingen er hvorfor det er nødvendig at enda flere får håndhevet sine krav gjennom utmeldingssøksmål.

Dersom det er mange parter med like krav, vil avståelse fra håndheving for gruppen som en kollektiv enhet utgjøre et stort økonomisk og samfunnsmessig tap.⁴⁵ Selv om de individuelle tapene er små, så vil de samlet sett utgjøre et stort økonomisk tap.⁴⁶ Det samfunnsmessige tapet oppstår på grunn av manglende håndheving.

Dersom prosessreglene ikke legger til rette for at enhver kan håndheve sine krav, blir det et gap mellom det å ha rett og det å få rett. Ved at kravshavere enklere kan håndheve sine krav får utmeldingssøksmål en handlingsdirigerende funksjon. Denne funksjonen bidrar til gjennomslag

⁴³ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) pkt. 25.5.3.

⁴⁴ NOU 2001: 32 A s. 495; Gramatikov m.fl. (2009) s. 33–34.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 331; NOU 2001: 32 A s. 467, 493.

⁴⁶ Se f.eks. HR-2020-475-A.

av den materielle rett, samt at lovgivningens adferdsstyrende funksjon og lovgivers intensjon ivaretas.⁴⁷ En manglende tilgang til håndhevelse overfor domstolene vil hemme rettsavklaring og rettsutvikling, samt utgjøre et alvorlig samfunnsproblem.⁴⁸

Utmeldingssøksmål er en prosessøkonomisk fornuftig løsning da man tids- og kostnadseffektivt kan behandle mange, nærmest identiske ikke individuelt prosessbare krav, under ett.⁴⁹ For domstolene vil felles behandling, i motsetning til individuell saksføring, føre til færre søksmål og verneting. Samlet behandling fører også til en betydelig forenkling av bevisføring og rettslig argumentasjon.⁵⁰ En kollektiv behandling er derfor ressurs sparende for søksmåls partene, retten og samfunnet.⁵¹

Utmeldingssøksmål legger til rette for likebehandling ved at like tilfeller behandles likt. Gjennom en felles behandling unngår man flere avgjørelser av identiske spørsmål som innbyrdes ikke samsvarer godt.⁵² Motstridende avgjørelser er en uforutsigbarhet som for rettens parter kan oppleves urettferdig, svekke tilliten til retten, og føre til at flere saker blir anket. Parallell individuell behandling av krav som bygger på vesentlig likt faktisk og rettslig grunnlag vil også være en unødvendig bruk av ressurser.

Samtidig betyr dette at utmeldingssøksmål bare egner seg der det ikke er store forskjeller i kravenes faktiske og rettslige innhold.⁵³ Dersom det er store forskjeller mellom kravene må kravene etterfølges ved hjelp av påmeldingssøksmål eller en annen prosessform som tilrettelegger for en mer individuell behandling.⁵⁴

DNB-saken er en god illustrasjon på fordelene ved utmeldingssøksmål, og hvordan utmeldingssøksmål kan minske gapet mellom å ha rett og få rett.⁵⁵ Før utmeldingssøksmålet ble en realitet hadde finanstilsynet truffet vedtak om at DNB hadde overpriset tre fond.⁵⁶ Vedtaket

⁴⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) pkt. 25.4.5.2; NOU 2001: 32 A s. 487.

⁴⁸ NOU 2001: 32 A pkt. 17.1; se også samme resonnement i NOU 2002: 18 pkt. 3.2.2.

⁴⁹ NOU 2001: 32 A s. 491

⁵⁰ NOU 2001: 32 A s. 489

⁵¹ NOU 2001: 32 A s. 487

⁵² NOU 2001: 32 A s. 487

⁵³ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 329 og 333.

⁵⁴ Se pkt. 2.2.2.

⁵⁵ HR-2020-475-A.

⁵⁶ Finanstilsynets vedtak 2. mars 2015 henvist til i HR-2020-475-A og Kjørven (2020).

hadde ingen reparativ virkning for kundene av fondet. Søksmålet la til rette for at 180 000 kunder av fondet kunne motta et samlet prisavslag på 286 millioner kroner fra DNB som følge av overprisingen. Uten utmeldingssøksmålet er det sannsynlig at kundenes krav ikke ville ha blitt håndhevet. Ved at gruppemedlemmene kunne opptre anonymt var det også en begrenset risiko for at søksmålet ville ha en skadevirkende funksjon for løpende bank-kundeforhold. Individuelle søksmål i saken fremstår hverken som en realistisk eller prosessøkonomisk fornuftig løsning.

2.2 Regulering av utmeldingssøksmål i Norge

2.2.1 Innledning

Reglene om utmeldingssøksmål må forstås på bakgrunn av og suppleres med reglene for allmennprosess og de prosessregler som ikke er angitt å gjelde en bestemt prosessform.⁵⁷ Dette tilsier at de alminnelige prosessforutsetningene må være oppfylt for at saken skal kunne fremmes.⁵⁸ De særlige prosessforutsetningene og andre prosessregler som gjelder særskilt for utmeldingssøksmål fremgår av tvistelovens kapittel 35.

Tvistelovens kapittel 35 inneholder særlige regler for gruppesøksmål, og de fleste bestemmelsene skiller ikke mellom ut- og påmeldingssøksmål. Selv om reglene ikke alltid skiller mellom ut- og påmeldingssøksmål, må man forstå de konkrete reglene på bakgrunn av den særskilte prosessform. Dette innebærer at en må tolke og anvende bestemmelsene i tvisteloven generelt, og kapittel 35 spesielt, i lys av hvilken prosessform som benyttes.

2.2.2 Terskelen for å godkjenne utmeldingssøksmål

Domstolen avgjør om gruppesøksmål skal fremmes gjennom kjennelse jf. § 35-4 fjerde ledd. Ved avgjørelsen må retten foreta en rekke vurderinger. I disse vurderingene kan man skille mellom generelle vilkår som gjelder for både på- og utmeldingssøksmål, og særlige vilkår for utmeldingssøksmål.

⁵⁷ NOU 2001: 32 B pkt. 32.1.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 492; HR-2016-2406-U; Skoghøy (2017) s. 650; Vangsnes m.fl. (2021) Lovkommentar 1 til § 35-1 første ledd.

For det første må retten kunne behandle kravene med samme sammensetning og hovedsakelig etter de samme sakbehandlingsreglene, jf. § 35-2 første ledd bokstav b.

For det andre må det foreligge et grunnlag for å utpeke en grupperepresentant jf. § 35-2 første ledd bokstav d jf. § 35-9. Ved utmeldingssøksmål har grupperepresentanten en sentral rolle, og det er viktig at retten foretar en grundig vurdering av grupperepresentantens egnethet.⁵⁹

For det tredje må gruppesøksmål være den «beste behandlingsmåten» for å håndheve kravene, jf. § 35-2 første ledd bokstav c. En normal språklig forståelse av «den beste behandlingsmåten» tilsier at retten må foreta en konkret vurdering av om gruppesøksmål er den beste prosessformen i det konkrete tilfellet. Ifølge forarbeidene skal retten foreta en totalvurdering av den konkrete saken for å vurdere om det er mer hensiktsmessig med gruppesøksmål enn andre kollektive eller individuelle behandlingsmåter.⁶⁰

I totalvurderingen kan det blant annet legges vekt på hvor mange rettssubjekter som er eller kan bli involvert, om antallet rettssubjekter gjør annen koordinert behandling upraktisk, graden av individuelle forhold, om rettssubjektene er lett identifiserbare og om det er behov for varslingsreglene som gruppesøksmål legger til rette for.⁶¹ Forarbeidene gir ikke uttrykk for hvilken vekt de ulike momentene har. De er likevel relevante momenter i det som må anses som en forholdsvis fri vurdering som er overlatt til rettens skjønn.⁶²

Berg og Nordby uttrykker at dersom kravene i saken ikke er individuelt prosessbare vil utmeldingssøksmål være den eneste praktiske og realistiske måten å fremme kravene på.⁶³ Et krav er ikke individuelt prosessbart dersom det gjelder så «små verdier eller interesser at et betydelig flertall av dem enkeltvis ikke kan forventes fremmet ved individuelle søksmål» jf. § 35-7 første ledd bokstav a. Ordlyden retter seg både mot «verdier» og «interesser». Av ordlyden kan man også utlede at utmeldingssøksmål er aktuelt når et «betydelig flertall» av kravene ikke er individuelt prosessbart. Følgelig vil ikke det forholdet at enkelte krav er individuelt prosessbart utelukke utmeldingssøksmål.

⁵⁹ Se nærmere kap. 5.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 492.

⁶¹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 492 jf. s. 331–332.

⁶² Berg & Nordby (2012) s. 71.

⁶³ Berg & Nordby (2012) s. 66.

Det er ikke mulig å sette en eksakt «verdi» for hva som er individuelt prosessbart. I vurderingen kan man blant annet legge vekt på økningen av prosessomkostninger, forventet arbeidsinnsats og risikoen for saksomkostningsansvar sett i lys av kravets størrelse.⁶⁴ Forarbeidene presiserer at grensen for hva som utgjør et ikke individuelt prosessbare krav må vurderes konkret i hvert tilfelle, og at grensen endrer seg over tid.⁶⁵ Juridisk litteratur gir uttrykk for at et krav må være på «atskillige tusen kroner» for at kravet skal være individuelt prosessbart.⁶⁶

Forarbeidene og juridisk litteratur retter mest oppmerksomhet mot størrelsen av kravet, altså kravets «verdi». Hva som ligger i at kravet enkeltvis må gjelde små «interesser» er imidlertid ikke presisert. Ordlyden «interesser» gir ikke anvisning på noe veldig konkret. En interesse vil være relativ til den enkelte kravshaver og kan gjelde ideelle, økonomiske, familiære og samfunnsmessige interesser. Det er sannsynlig at lave «interesser» sikter til at kravet har en bagatellmessig karakter, og dermed er av mindre prinsipiell betydning for den enkelte kravshaver. En slik tolkning er naturlig, da det ved større «interesser» foreligger større incentiv til å forfølge kravene individuelt. Der det foreligger store individuelle interesser, er det også rimelig å anta at rettslig prøving forutsetter en større grad av individuelle vurderinger – noe som vil medføre at utmeldingssøksmål ikke er en egnet prosessform i det aktuelle tilfellet.

Graden av individuelle forhold har stor betydning i vurderingen om gruppesøksmål er den beste behandlingsmåten.⁶⁷ For å fremme gruppesøksmål er det en forutsetning at kravene bygger på «vesentlig likt faktisk og rettslig grunnlag» jf. § 35-2 første ledd bokstav a. Bestemmelsen bygger på at gruppesøksmål ikke vil være en egnet prosessform dersom det er behov for prøving av individuelle krav. Forarbeidene og litteratur indikerer at prøvingen av likhetsvilkåret beror på om saken domineres av et fellesspørsmål.⁶⁸

For å fremme utmeldingssøksmål er det oppstilt et skjerpet likhetskrav. I § 35-7 første ledd bokstav b fremgår det at kravene ved utmeldingssøksmål ikke må «antas å reise spørsmål som krever individuell behandling». At det er et skjerpet likhetskrav ved utmeldingssøksmål, fremgår av en sammenligning mellom ordlyden i § 35-2 første ledd bokstav a og § 35-7 første

⁶⁴ Schei m.fl. (2021) lovkommentar til § 35-7.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 495.

⁶⁶ Berg & Nordby (2012) s. 121 jf. Schei m.fl. (2007) s. 1614.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 492 jf. s. 331–332.

⁶⁸ Berg & Nordby (2012) s. 59; Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 492.

ledd bokstav b. Der § 35-2 første ledd bokstav a fremmer et vilkår om «vesentlig» likhet – som gir rom for individuelle vurderinger – stiller ordlyden i § 35-7 første ledd bokstav b et mer absolutt vilkår ved at kravene «ikke må antas» å reise spørsmål som krever individuell behandling. Prøvingen av det skjerpede likhetsvilkåret beror også på om saken domineres av et fellesspørsmål, her er imidlertid terskelen høyere.⁶⁹

Grunnen til at det stilles strengere krav til likhet ved utmeldingssøksmål er fordi det ikke foreligger gode mekanismer som legger til rette for individuell behandling. Individuell behandling av spørsmål i utmeldingssøksmål, hvor gruppemedlemmene automatisk trer inn og opptrer anonymt, vil fort by på håndteringsproblemer for domstolen. Et grunnleggende formål med utmeldingssøksmål er at ikke individuelt prosessbare krav skal kunne håndheves på en tids- og kostnadseffektiv måte. Vurderinger og behandling av individuelle spørsmål vil medføre økte kostnader og forsinke rettsprosessen.

Utmeldingssøksmål utelukker imidlertid ikke prøving av ethvert individuelt forhold. Selv om ordlyden «individuell behandling» i § 35-7 første ledd bokstav b hindrer individuell utmåling fremgår det av forarbeidene at utmeldingssøksmål ikke skal begrense en slik mulighet.⁷⁰ Det er også enighet i juridisk litteratur om at den økonomiske interessen i søksmålet ikke trenger å være identisk for gruppemedlemmene, og at individuell utmåling ikke utelukker utmeldingssøksmål.⁷¹

2.2.3 Gruppemedlemmenes rolle ved utmeldingssøksmål

Gruppen består av de rettssubjekter med krav som faller innenfor rammen retten har trukket opp for gruppesøksmål jf. § 35-1 fjerde ledd. Gruppemedlemmene er de enkelte rettssubjekter innenfor gruppen jf. § 35-1 femte ledd. Det er bare de som kunne reist eller sluttet seg til et ordinært søksmål for norske domstoler som kan være gruppemedlemmer jf. § 35-2 andre ledd. Gruppemedlemmene har ikke formell partsstatus, men blir likevel bundet av rettens avgjørelse eller rettsforlik som en part jf. § 35-11 første ledd.⁷²

⁶⁹ Schei m.fl. (2021) lovkommentar til § 35-7 jf. LB-2017-34099 jf. HR-2017-1668.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 496.

⁷¹ Berg og Nordby (2012) s. 124; Vangnes m.fl. (2021) Lovkommentar 3 til § 35-7 første ledd bokstav b; Schei m.fl. (2021) lovkommentar til § 35-7.

⁷² Robberstad (2021) s. 252 jf. Backer (2020) s. 423.

Gruppemedlemmenes rolle ved på- og utmeldingssøksmål skiller seg. Ved påmeldingssøksmål er det den enkelte, med krav innenfor rammen av søksmålet, som tar beslutningen om deltakelse jf. § 35-6. Det er dermed en sikkerhet knyttet til at gruppemedlemmene ønsker å delta i søksmålet. Gruppemedlemmene kan også pålegges et begrenset økonomisk ansvar ved påmelding etter § 35-14 første ledd, men vil ellers forholde seg passiv.⁷³

Ved utmeldingssøksmål vil enhver med krav innenfor rammen av søksmålet være et gruppemedlem etter § 35-7. Det foreligger dermed ingen sikkerhet for at den enkelte kravshaver har et reelt ønske om å delta i søksmålet. Gruppemedlemmene kan være totalt passive fra utmeldingssøksmålet fremmes til det avsluttes.⁷⁴

Gruppemedlemmenes passive rolle ved utmeldingssøksmål innebærer at gruppemedlemmene ikke har mulighet til å selvstendig råde over saken og blir bundet av grupperepresentantens prosesshandlinger. Ved utmeldingssøksmål vil den enkeltes adgang til å disponere over saken i all hovedsak bero på muligheten til å melde seg ut jf. § 35-8 første ledd. Dersom gruppemedlemmene ikke melder seg ut, vil de være bundet av domstolens avgjørelser og rettsforlik i søksmålet jf. § 35-11 første ledd.

Det foreligger dermed en risiko for at enkelte blir ufrivillig bundet til en rettskraftig avgjørelse eller forlik. En slik følge ble av Tvistemålsutvalget ansett å være mer alvorlig enn at enkelte ikke får tatt del i søksmål.⁷⁵ Ufrivillig deltakelse i søksmål kan svekke tilliten til rettssystemet, enten ved at enkelte blir hindret i å fremme eget søksmål, eller uvitende blir bundet av et ugunstig forlik eller avgjørelse.

Dersom det for én eller et mindre antall gruppemedlemmer oppstår tvistepunkter som forutsetter individuell behandling, har disse en begrenset mulighet til å ivareta sine interesser ved å reise særspørsmål eller undergrupper etter § 35-10 første og andre ledd. Muligheten til å skille ut særspørsmål gjelder for tvistepunkter som faller innenfor søksmålets rammer. I

⁷³ Robberstad (2021) s. 252.

⁷⁴ Robberstad (2021) s. 252.

⁷⁵ NOU 2001: 32 A s. 493.

forarbeidene fremgår det at § 35-10 ikke skal benyttes for å trekke inn egne krav som faller utenfor søksmålets rammer da dette ville føre til at gruppeprosessen kan bli for komplisert.⁷⁶

Paragraf 35-10 sin ordlyd gir ikke svar på om det er mulig for å skille ut særspørsmål ved utmeldingssøksmål. Adgangen til å skille ut særspørsmål er en prosessdirigerende handling som foretas etter at gruppesøksmålet er reist. At det senere viser seg at det er nødvendig med individuell behandling av enkelte sider av ett eller flere krav bør ikke utelukke utmeldingssøksmål. Paragraf 35-10 bør derfor i enkelte tilfeller kunne anvendes ved utmeldingssøksmål.⁷⁷

Hvis retten må avvise utmeldingssøksmål, fordi det etter søksmålet er fremmet oppstår nye tvistepunkter, vil det være enkelt for en motpart å posisjonere seg til ulempe for gruppen. I DNB-saken ble det i tingretten forutsatt at § 35-10 kunne anvendes, dersom det på et senere tidspunkt var behov for det.⁷⁸ I det tilfellet det er behov for skille ut særspørsmål til individuell behandling eller undergrupper allerede fra godkjennelsesstadiet er det rimelig å slå fast at det må antas at kravene vil reise spørsmål som krever individuell behandling jf. § 35-7 første ledd bokstav b. Det skjerpede likhetsvilkåret vil dermed ikke være oppfylt, og utmeldingssøksmål vil ikke være anvendelig.

Tvisteloven innehar imidlertid enkelte sikkerhetsmekanismer som søker å ivareta gruppemedlemmenes interesser fra utmeldingssøksmålet blir fremmet til saken avsluttes. Disse sikkerhetsmekanismene vil bli nærmere vurdert i kapittel 5 om forholdet mellom grupprepresentanten og gruppemedlemmene ved utmeldingssøksmål.

3 Søksmålsfinansiering som løsning for ikke individuelt prosessbare krav

3.1 Problemet med å finansiere utmeldingssøksmål

Ved innføring av gruppeprosess, særlig utmeldingssøksmål, var det et sentralt formål at prosessformen skulle sikre god prosessøkonomi ved at kravene skulle kunne håndheves til lavere kostnader enn ved individuelle søksmål og andre kollektive prosessformer.⁷⁹ En god del

⁷⁶ NOU 2001: 32 B s. 996.

⁷⁷ Berg & Nordby (2012) s. 125; samme Schei m.fl. (2013) s. 1283.

⁷⁸ Oslo tingretts kjennelse 06. Januar 2017 16-105341TVI-OTR/04 s. 10.

⁷⁹ NOU 2001: 32 A s. 491; Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 338.

av kostnadene er imidlertid i all hovedsak de samme ved gruppesøksmål som ved kumulasjon av krav.⁸⁰ Ved gruppesøksmål er det en forutsetning at grupperepresentanten påtar seg kostnadsansvaret jf. tvl. § 35-12 første ledd og § 35-9 tredje ledd annet punktum jf. § 35-4 andre ledd bokstav e. Det forholdet at det er én som må stå ansvarlig for de potensielt høye rettergangskostnader gjør gruppesøksmål lite praktisk.⁸¹

Ved påmeldingssøksmål kan grupperepresentanten til en viss grad pulverisere kostnadsansvaret ved at gruppemedlemmene pålegges et fastsatt kostnadsansvar etter § 35-14 jf. § 35-6 tredje ledd. Ved utmeldingssøksmål har ikke grupperepresentanten denne muligheten.⁸²

Bestemmelsen om grupperepresentantens kostnadsansvar skal hindre ufunderte og utpresningspregede gruppesøksmål mot næringslivsaktører og fungere som en sikkerhet for motpartens saksomkostninger dersom gruppen taper saken.⁸³ Et annet tilfelle, for eksempel ansvarliggjøring av det enkelte gruppemedlem, ville medført vanskeligheter for motparten å innhente sin rett til erstatning.

Da kostnadsansvarsregelen ikke var å komme utenom ved innføringen av utmeldingssøksmål, var det nødvendig å vurdere hvordan man kunne løse problemet med finansieringen. Tvistemålsutvalget la til grunn at «for de krav som ikke er individuelt prosessbare, må omkostningene ved et gruppesøksmål være så lave at ikke også disse utelukker at kravene forfølges rettslig».⁸⁴ Departementet var enig i dette premisset.⁸⁵ Departementet og Tvistemålsutvalgt hadde imidlertid ulike synspunkt på hvordan utmeldingssøksmål skulle finansieres.

Utvalget drøftet flere løsninger, herunder fri sakførsel, fondsordninger og resultatavhengig salær.⁸⁶ Utvalget foreslo at utmeldingssøksmål burde tilkjennes fri sakførsel etter rettshjelploven, da de øvrige ordningene etter dets syn, fra samfunnets side, ville «innebære en fraskrivelse av ansvaret for å legge til rette for domstolsbehandling av ikke individuelt

⁸⁰ Berg & Nordby (2012) s. 30.

⁸¹ Berg & Nordby (2012) s. 74; Aabø & Nordby (2021); Kjørven (2020).

⁸² Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) pkt. 25.7.1 jf. pkt. 25.7.3.

⁸³ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 497; NOU 2001: 32 B s. 995.

⁸⁴ NOU 2001: 32 A s. 491.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) pkt. 25.7.3.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) pkt. 25.7.1; Disse finansieringsformene defineres og drøftes nærmere ved pkt. 3.4.

prosessbare krav».⁸⁷ Det fremstår som om utvalget bygde på et prinsipp om at det er staten som skal sørge for at rettsstaten ivaretas, og at dette ansvaret ikke burde overlates til andre.

Departementet var enig det måtte være økonomisk mulig å føre gruppesøksmålet for å oppnå formålet om å legge til rette for en økt domstolsadgang.⁸⁸ De var imidlertid ikke enig i løsningen utvalget fremmet. Statlig finansiert sakførsel var uaktuelt da grunnlaget for de ikke individuelt prosessbare kravene lå utenfor kjerneområder for fri sakførsel. Hvorvidt det hadde vært en god løsning ble ikke tatt stilling til, og det har ikke blitt tatt skritt i denne retningen – det fremstår heller ikke i dag som en politisk gangbar løsning.⁸⁹

3.2 Organisasjonsutmeldingssøksmål som løsning på problemet

Departementet mente at man kunne overkomme problemet med finansiering ved å legge til rette for organisasjonsutmeldingssøksmål.⁹⁰ Utvalget hadde ved utredning allerede kommet med en reservasjon for tilfellene hvor økonomisk sterke organisasjoner eller foreninger reiser utmeldingssøksmålet, nettopp fordi omkostningsrisikoen her ikke ville gjøre seg gjeldende i like stor grad.⁹¹

Nattilleggs-dommen og DNB-saken er indikatorer på at det ikke er et like stort problem å finansiere organisasjonsutmeldingssøksmål.⁹² Men kostnadsregelen kan også gjøre det upraktisk for organisasjoner å opptre som grupperepresentant, noe som sannsynligvis er en årsak til at det ikke har blitt reist flere utmeldingssøksmål.⁹³ Som Alarmkundeforeningssaken illustrerer vil enkelte organisasjoner se seg nødt til å forsikre seg gjennom ekstern finansiering.⁹⁴

At utmeldingssøksmål skulle finansieres gjennom økonomisk sterke organisasjoner eller foreninger er problematisk. I praksis vil det begrense utmeldingssøksmål til de tilfellene det faktisk foreligger en økonomisk sterk organisasjon eller forening som er villig til å påta seg ansvaret med å føre saken for retten. Det er ikke selvsagt at det alltid vil være en organisasjon

⁸⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) pkt. 25.7.1.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) pkt. 25.7.3.

⁸⁹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) pkt. 25.7.3; Bellander (2017) s. 261 se note 1075 mv henvisninger; Jackson (2010) s. 68–70; Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 108.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) pkt. 25.7.3.

⁹¹ NOU 2001: 32 A pkt. 17.5.3.4.

⁹² HR-2016-1446-A; HR-2020-475-A.

⁹³ Se samme Aabø & Nordby (2021); Kjørven (2020).

⁹⁴ Alarmkundeforeningen (2021).

eller forening som ser seg tjent med, eller har et ønske om, å føre et godt begrunnet utmeldingssøksmål. At norsk rett er tilbakeholden med å tillate løsere sammenslutninger å fremme søksmål begrenser også organisasjonsutmeldingssøksmål sin betydning som finansieringsløsning.⁹⁵ Organisasjonsutmeldingssøksmål er derfor ikke en tilstrekkelig god løsning.

3.3 Søksmålsfinansiering som løsning på problemet

Ved utformingen av gruppeprosessinstituttet i tvisteloven var ikke søksmålsfinansiering på agendaen – og det var dermed ikke tatt inn i vurderingen som en løsning på hvordan utmeldingssøksmål skulle finansieres.⁹⁶ Søksmålsfinansiering har imidlertid fått en større betydning siden gruppeprosess ble innført i norsk rett, og det kan være et egnet virkemiddel for å dempe den økonomiske risikoen for fysiske grupperepresentanter som ønsker å fremme utmeldingssøksmål.

Det er ingen indikasjoner på at det er et mindre behov for utmeldingssøksmål i dag, enn det var ved tidspunktet for innføringen av gruppesøksmålsinstituttet i norsk rett. Tvert imot kan det hevdes at de kollektive søksmålsbehovene har økt som følge av de forholdene som nødvendiggjorde utmeldingssøksmål i utgangspunktet. I det følgende vil jeg svare på hvordan søksmålsfinansiering kan fungere som en løsning på problemet med å finansiere utmeldingssøksmål.

En investor finansierer i et økonomisk øyemed, altså på bakgrunn av sannsynligheten for-, og størrelsen på avkastning ved, finansiering av et søksmål.⁹⁷ Visse utmeldingssøksmål vil være egnet for finansiering – særlig fullbyrdelsesutmeldingssøksmål hvor kravet i søksmålet er et krav om erstatning eller prisavslag for gruppens medlemmer. Ikke alle utmeldingssøksmål vil gjelde krav som gir økonomisk utbytte. Et utmeldingssøksmål kan for eksempel være egnet for å reise krav om opphør av virksomhet eller gjenoppretting ved forurensning eller andre miljøskader.⁹⁸ For en investor vil det ikke være gunstig å finansiere et slikt søksmål, da kravet

⁹⁵ Som nevnt i pkt. 1.2.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) pkt. 25.7.3; NOU 2001: 32 A s. 491.

⁹⁷ Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 104.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 323.

ikke gir grunnlag for avkastning. Det vil heller ikke være økonomisk gunstig å finansiere saksøkte parter, så lenge saksøkte ikke sitter på lukrative motkrav.

Enkelte har gitt uttrykk for at den kommersielle og økonomiske interessen ved søksmålsfinansiering er diskriminerende.⁹⁹ Dette bygger blant annet på at søksmålsfinansiering kan fremstå som urettferdig, da det ikke vil være relevant å finansiere saksøkte parter eller saker som ikke er lønnsomme. Det er imidlertid misvisende å betegne søksmålsfinansiering som diskriminerende eller urettferdig. Det er mer naturlig å påpeke at søksmålsfinansiering kun vil være en delvis løsning av problemet med å finansiere utmeldingssøksmål.

Det er åpenbart at det kun er relevant for søksmålsfinansieringsselskap å finansiere søksmål med høy sannsynlighet for økonomisk avkastning. At det er ønske om økonomisk avkastning er ikke et forhold som kun gjelder ved søksmålsfinansiering, men som gjelder ved all finansiell virksomhet.¹⁰⁰ Investeringselskap kan ikke finansiere søksmål hvor sannsynligheten for avkastning er lav – et annet tilfelle ville ført til at søksmålsfinansieringsselskap ville gått konkurs.¹⁰¹

At søksmålsfinansiering kun vil være en delvis løsning har vist seg i australsk rett, hvor statistikk viser at noen utmeldingssøksmål mottar mer søksmålsfinansiering enn andre. Der alle aksjonærgruppesøksmål i Australia mottok søksmålsfinansiering i perioden 2013-2018, mottok kun 34 prosent av alle forbrukergruppesøksmål søksmålsfinansiering i den samme perioden.¹⁰² Dette forholdet er sannsynligvis ikke kun et australsk fenomen. Ytterligere undersøkelser viser at søksmålsfinansieringsselskap kun finansierer rundt 10 prosent av alle sakene som etterspør finansiering, globalt.¹⁰³

Selv om de færreste finansieringssøknadene blir innvilget, vil et ikke ubetydelig antall av dem antakelig ikke få finansiering fra andre kilder.¹⁰⁴ Søksmålsfinansiering kan dermed bidra til at

⁹⁹ The ICCA-Queen Mary Task Force (2018) s. 194 jf. Goldstein (2011) s. 8.

¹⁰⁰ Merknad 4 til ELI/UNIDROIT art. 245.

¹⁰¹ Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 21–22.

¹⁰² ALRC (2018) s. 66; se også samme resonnement i Jackson (2010) s. 118 pkt. 1.5.

¹⁰³ Brekoulakis & Rogers (2019) s. 8 jf. Veljanovski (2012) s. 420.

¹⁰⁴ Som diskuteres nedenfor pkt. 3.4.2 til 3.4.4.

flere egnede søksmål faktisk kommer for retten. At investorer velger ut saker med høy sannsynlighet for å føre frem, vil også bidra til at man siler ut uholdbare søksmål.¹⁰⁵

Utmeldingssøksmålsfinansiering forutsetter at gruppemedlemmene ikke vil få utdelt full erstatning. Dette er fordi investoren skal få utbetalt sin avkastning på bakgrunn av det gruppemedlemmene får tilkjent som følge av forlik eller domsavsigelse. Retten til full erstatning er et grunnleggende norsk erstatningsrettslig prinsipp. Prinsippet beror på at en skadelidt ikke skal komme økonomisk dårligere ut av skaden enn om den ikke var inntruffet.¹⁰⁶ Gruppemedlemmene har begrenset mulighet til å selvstendig ta stilling til om de er villig til å ofre en del av sin rett til full erstatning. At investoren får en del av gruppemedlemmenes erstatning er derfor problematisk.

Selv om søksmålsfinansiering går på bekostning av retten til full erstatning vil utmeldingssøksmålsfinansiering føre til at flere krav kan håndheves. Økt håndhevelse er nødvendig for å ivareta de kollektive og samfunnsmessige interessene som begrunner utmeldingssøksmål.¹⁰⁷ For det første vil søksmålsfinansiering bidra til at utmeldingssøksmål fungerer som et preventivt virkemiddel mot krenkelse av forbrukervernet, herunder ved å virke som et incentiv for selskap til å ivareta forbrukervernet.¹⁰⁸ For det andre kan det også effektivisere håndhevelse mot selskap som spekulerer i at små krav ikke vil bli forfulgt.¹⁰⁹ For det tredje kan søksmålsfinansiering også bidra til at utmeldingssøksmål legger til rette for en moralsk kompensasjon, ved at spekulanter og overtredere blir bragt for retten.¹¹⁰

3.4 Egentlig søksmålsfinansiering og tilgrensende finansieringsformer

3.4.1 Egentlig søksmålsfinansiering

Egentlig søksmålsfinansiering kan deles opp i ulike søksmålsfinansieringsmodeller, blant annet finansieringsoppdrag, mekling av finansieringsløsninger, variabel- og fullfinansiering.¹¹¹ Av disse er variabel- og fullfinansieringsmodellen mest relevant for å finansiere

¹⁰⁵ Jackson (2010) s. 117.

¹⁰⁶ Rt. 1993. s. 1524 A s. 1532 (Ølberg-dommen).

¹⁰⁷ Som omtalt i pkt.2.1.3; Ioannidou (2019) s. 6

¹⁰⁸ Ioannidou (2019) s. 6

¹⁰⁹ Ioannidou (2019) s. 6.

¹¹⁰ Ioannidou (2019) s. 6

¹¹¹ Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 84 f.; se også Poncibò & D'Alessandro (2021) s. 46; ICCA-Queen Mary Task Force (2018) s.40–41.

utmeldingssøksmål fordi de hverken forutsetter aktiv deltakelse fra gruppemedlemmene, eller at grupperepresentanten i realiteten må fratrukke sin rolle.

Fullfinansiering og variabelfinansieringsmodellene er de mest tradisjonelle søksmålsfinansieringsmodellene.¹¹² Modellene går begge ut på at en tredjeperson avtaler med en part å dekke hele eller deler av partens kostnader med å forfølge et krav, mot en andel av tvistesummen dersom parten vinner frem med krav(ene).¹¹³ Finansieringen tilbys med en «non recourse»-klausul, som innebærer at investoren ikke vil søke regress dersom parten taper. Det er store likhetstrekk mellom modellene. Det foreligger kun én vesentlig forskjell mellom dem; graden av involvering fra investoren.

Ved variabelfinansiering tar investoren en mer aktiv rolle i prosessen, både ved vurdering av kravets holdbarhet og ved avgjørelser under rettergangsprosessen. I den aktive rollen har investoren en «hands-on»-tilnærming hvor investoren tilbyr aktiv assistanse eller rådgivning i søksmålet. Investoren sitter ofte med mye kompetanse innenfor de sakene de investerer i, og kan i realiteten bidra med mer enn økonomisk støtte.¹¹⁴

I fullfinansieringsmodellen har investoren en mer passiv rolle. Den som etterspør finansiering har gjerne allerede en advokat som presenterer kravets holdbarhet overfor investoren. Investoren finansierer på bakgrunn av den fremlagte informasjonen og tilliten til advokaten.¹¹⁵ I den passive rollen har investoren en «hands-off»-tilnærming hvor investoren for det meste overlater føringen av søksmålet til advokaten og grupperepresentanten.¹¹⁶

Ved begge tilfeller vil grupperepresentanten råde over saken og motta avtalt finansiering. Jeg redegjør nærmere for betydningen av investorens rolle under pkt. 3.5.

Det finnes også andre former for finansiering som er direkte rettet mot dekning av rettergangskostnader, men som likevel faller utenfor søksmålsfinansieringsbegrepet;

¹¹² Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 85–87.

¹¹³ Sml. NOU 2020: 11 pkt. 24.2.3; Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 10; de Morigo (2011) s. 343; Samra (2016) s. 2301; DeStefano (2012) s. 2818.

¹¹⁴ Hodges Peysner & Nurse (2012) s. 85–86; Scherer, Goldsmith & Flechét (2013) s. 210–211; se også Brekoulakis & Rogers (2019) s. 10 som indirekte omtaler det samme.

¹¹⁵ Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 86.

¹¹⁶ Hodges Peysner & Nurse (2012) s. 85–86; Scherer, Goldsmith & Flechét (2013) s. 210–211; se også Brekoulakis & Rogers (2019) s. 10.

resultatavhengig salær, rettshjelpsforsikringer og offentlige fondsordninger. I det følgende vil jeg drøfte de tilgrensende finansieringsformene, og undersøke om de er relevante alternativ til egentlig søksmålsfinansiering.

3.4.2 Resultatavhengig salær

Resultatavhengig salær kan være et alternativ til søksmålsfinansiering.¹¹⁷ Med resultatavhengig salær, siktes det til «conditional fees» og «contingency fees», henholdsvis betinget og prosentbasert salær som avtales mellom en part og advokat. Betinget salær er en ordning der utfallet av saken er en betingelse for å kreve salær. Salæret blir normalt forhøyd dersom parten vinner saken. Prosentbasert salær er som regel betinget, skillet er at salæret beregnes prosentmessig ut ifra det parten får tilkjent.

Likheten mellom egentlig søksmålsfinansiering og advokater som jobber ut fra resultatavhengig salær, er at de begge er tredjeparter som finansierer søksmålet og får betalt dersom den finansierte parten vinner saken. Forskjellen er at advokaten som finansier har andre enn rent økonomiske forpliktelser overfor den finansierte parten. Advokatvirksomhet er næringsvirksomhet, og advokatens overordnede formål er å tjene penger. Advokatens profesjonsformål vil likevel være å ivareta klientens interesser, som er nødvendig for å opprettholde et godt rykte for fremtidige forretninger.

I Norge er det et forbud mot resultatavhengig salær, særlig prosentbaserts salær, blant annet for å verne om advokatens uavhengighet.¹¹⁸ Resultatavhengig salær kan for eksempel legge til rette for interessekonflikter, hvor advokatens økonomiske interesser kan føre til at det foretas handlinger som er i strid med partens ønsker.¹¹⁹

For at resultatavhengig salær skulle fungert som en løsning på problemet med å finansiere utmeldingssøksmål må det skje et klart politisk skifte i Norge. Selv om det er enkelte som mener at resultatavhengig salær burde innføres i Norge, fremstår det som om de fleste mener forbudet

¹¹⁷ DeStefano (2012) s. 2835 f.

¹¹⁸ jf. regler for god advokatskikk (RGA) pkt. 3.3.2.

¹¹⁹ Advokatforeningen (uå) note 5 til pkt. 2.1.2 og note 1–3 til pkt. 3.3.2.

mot resultatavhengig salær burde videreføres.¹²⁰ Enn så lenge resultatavhengig salær er forbudt i Norge, vil det ikke være en aktuell løsning for å finansiere utmeldingssøksmål i Norge.

3.4.3 *Rettskjøpsforsikringer*

Rettskjøpsforsikring kan også være et alternativ til søksmålsfinansiering.¹²¹ Rettskjøpsforsikring kan deles inn i «before the event»-forsikringer (BTE-forsikringer) og «after the event»-forsikringer (ATE-forsikringer).

En BTE-forsikring er en rettskjøpsforsikring som tas ut før det oppstår en tvist som helt eller delvis dekker advokatutgifter og øvrige utgifter knyttet til tvister. Slik forsikringer er i Norge en normal del av hus-, hytte-, innbo-, reise- og kjøretøysforsikring. Problemet med BTE-forsikring er at forsikringsselskap gjerne ikke finansierer dersom tvistesummen er lav. Forsikringen vil heller ikke dekke kostnadene til kollektive søksmål, da forsikringen blir inngått på individuell basis.¹²² BTE-forsikring som løsning er også upraktisk da det forutsetter at man kan identifisere de individuelle kravshaverne, at de innehar forsikring og at forsikringen omfatter tvisten.

ATE-forsikringer er rettskjøpsforsikringer som inngås etter en tvist er oppstått, hvor den forsikrede betaler en forsikringspremie mot sikkerhet for eventuelle rettergangskostnader.¹²³ Forsikringen tilbys på bakgrunn av en økonomisk interesse i saken, og forsikringsselskapet vil gjerne ønske en viss kontroll.¹²⁴ Slike forsikringsordninger er nytt i Norge, og kan tilbys sammen med søksmålsfinansiering.¹²⁵

Det er imidlertid tvilsomt at ATE-forsikring alene er egnet til å løse problemet med å finansiere utmeldingssøksmål. ATE-forsikring er kun en beskyttelse mot sakskostnadsansvaret, og vil ikke dekke de løpende kostnadene ved utmeldingssøksmål.¹²⁶ Det vil være billigere å erstatte tapet, kontra å finansiere hele søksmålsprosessen – som både kan ta lang tid og være kostbart.¹²⁷

¹²⁰ Etikkutvalget (2003).

¹²¹ DeStefano (2012) s. 2838.

¹²² BEUC (2020) s. 3 og 7.

¹²³ Legalinsurance (uå).

¹²⁴ DeStefano (2012) s. 2838.

¹²⁵ Legalinsurance (uå); ICCA-Queen Mary Task Force (2018) s. 34.

¹²⁶ ICCA-Queen Mary Task Force (2018) s. 34.

¹²⁷ Kjørven (2020).

ATE-forsikring dekker kun deler av kostnadene, og terskelen for å fremme søksmålet vil fremdeles være for høy til at utmeldingssøksmål er praktisk.

3.4.4 Fondsordninger

Den europeiske forbrukerorganisasjonen BEUC har foreslått å legge til rette for en offentlig fondsordning for finansiering av gruppesøksmål.¹²⁸ Midlene i fondene kommer gjerne fra vedtak hvor selskap ilegges bøter, f.eks. for brudd på konkurranselovgivning. I stedet for at bøtene går tilbake til en generell statskasse, går midlene tilbake til et offentlig fond som tilrettelegger for at individer som er berørt av slike overtredelser kollektivt kan håndheve sine krav. En fondsordning kunne ha vært en løsning for finansiere utmeldingssøksmål, men det har ikke blitt gjennomført.¹²⁹ Det er ikke realistisk at det blir innført en fondsordning for å finansiere utmeldingssøksmål i norsk rett, blant annet fordi det ikke fremstår som politisk gangbart.¹³⁰

Dersom det hadde blitt lagt til rette for et offentlig fond ville man begrense risikoen for interessekonflikter, da det offentlige ikke vil ha en økonomisk interesse i sakens utfall. Ved tildeling av midler til fondet fra det offentlige, vil staten etter modell fra retts hjelpinstituttet ikke legge seg inn i hvordan den finansierte parten og advokaten ønsker å føre saken.

Men erfaring fra retts hjelpinstituttet tilsier likevel at de utdelte midlene er begrenset, og at prosessfullmektigen må holde seg innenfor en øvre grense for antall fakturerte timer. De sakene som aktualiserer utmeldingssøksmål, er gjerne ressurs- og tidskrevende. Det er dermed en viss risiko for at en fondsordning kun vil dekke en liten andel av kostnadene, og at terskelen for å fremme et utmeldingssøksmål forblir høy.

3.5 Søksmålsfinansiering i praksis

3.5.1 Inngåelse av en søksmålsfinansieringsavtale

Søksmålsfinansieringsprosessen innledes enten ved at den finansierte part direkte tar kontakt med en investor, eller ved at den finansierte parts advokat forbinder partene.¹³¹ Dersom en klient går direkte til finansieringsselskapet, har enkelte selskap som retningslinje å sørge for at

¹²⁸ BEUC (2012); se også Bellander (2017) s. 249.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 338; NOU 2001: 32 A s. 491.

¹³⁰ Som nevnt i pkt. 3.1; Se også Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 338 og NOU 2001: 32 A s. 491.

¹³¹ ICCA-Queen Mary Task Force (2018) s. 30; Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 85–86.

klienten får uavhengig rådgivning om søksmålsfinansieringsavtalen.¹³² Søksmålsfinansierings-selskapet vil deretter gjennomføre et konfliktsøk, inngå en taushetserklæring og få oversendt sakens hoveddokumenter, gjerne fra partens advokat.¹³³ Et konfliktsøk er en prosess der selskapet vurderer om finansiering av den aktuelle saken vil medføre en interessekonflikt. Et typisk eksempel på en interessekonflikt vil være der investoren har eierinteresser i den finansierte parts motpart, som typisk vil være et selskap.¹³⁴

Søksmålsfinansiering vil ikke være mulig uten en fullstendig åpenhet mellom klient, prosessfullmektig og investor – og taushet overfor parter utenfor det aktuelle forholdet. Brudd på taushetserklæringen vil kunne undergrave tillitsforholdet. Klientens taktiske posisjon holdes derfor konfidensielt.¹³⁵ Taushetsplikten knytter seg imidlertid kun til innholdet av den aktuelle avtalen. Søksmålsinvestorer foretrekker å være åpen om at søksmål finansieres.¹³⁶

Etter overføring av sakens hoveddokumenter består den videre prosessen av at investoren foretar en «due diligence», eller en risikoanalyse, for å vurdere om det er aktuelt å finansiere søksmålet.¹³⁷ Formålet med analysen er å redusere risikoen ved investeringen. Investoren foretar risikoanalysen for å få grundigere kjennskap om søksmålets juridiske forhold og negative forhold ved søksmålet, før investeringen gjennomføres. En slik analyse vil ikke kunne fjerne risikoen ved investeringen, da det ved enhver investering vil foreligge risikoforhold som investor har liten eller ingen kontroll over. Når prosessen starter inngår gjerne investoren og parten en intensjonsavtale som skal regulere «due diligence»-prosessen.¹³⁸

Søksmålsfinansieringsselskaper gjennomfører risikoanalysen, gjerne med bistand fra et uavhengig advokatselskap, eller advokatselskapet som representerer den finansierte parten. Investoren avgjør om, og i så fall på hvilke premisser, en aktuell sak skal finansieres på bakgrunn av analysen. For investoren vil de vurderingene og analysene som foretas være et viktig virkemiddel for å beregne størrelsen på, og sannsynligheten for, avkastning.

¹³² ALF (2018) pkt. 9.1.

¹³³ ALF (2018) pkt. 7; ICCA-Queen Mary Task Force (2018) s. 29.

¹³⁴ Se f.eks. 2020/1828/EU art. 10 andre ledd bokstav b.

¹³⁵ Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 105.

¹³⁶ Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 105.

¹³⁷ ICCA-Queen Mary Task Force (2018) s. 31.

¹³⁸ Poncibò & D'Alessandro (2021) s. 64.

I risikoanalysen vil investoren vurdere sakens faktiske, rettslige, praktiske og ved noen tilfeller politiske forhold for å fastslå en prosessrisiko.¹³⁹ Selv om sakens rettslige og faktiske side trekker i retning av seier, er ikke disse forholdene alene avgjørende for om det er verdt å finansiere saken.¹⁴⁰ Investoren må også være sikker på at motparten har økonomisk evne til å bære kostnadsansvaret ved tap. Det er ikke noe poeng i å finansiere et søksmål, dersom motparten uansett ikke har evne til å betale.

Hvor stort kostnadsbehov det er i saken er også viktig. Investoren må derfor vurdere om det er behov for sakkyndige, om det er forhold ved sakens faktiske og rettslige sider som kan medføre høye advokatkostnader, og om det er forventet at saken vil være langvarig.¹⁴¹ De forventede kostnadene må ikke være uforholdsmessig høye i forhold til den forventede avkastningen. Hvor troverdig og pålitelig den finansierte part er, vil også være et moment i saks- og risikoanalysen.

Ifølge en analyse av Brekoulakis og Rogers finansieres rundt 10 prosent av alle sakene som presenteres for søksmålsfinansieringsselskap.¹⁴² Siden søksmålsfinansiering for det meste er uregulert, står partene fritt frem til å forme selve finansieringsavtalen etter eget skjønn. En slik frihet er ikke en innlysende løsning uten ulemper. I det følgende vil jeg redegjøre for investorens adgang til å påvirke søksmålet og grupperepresentantens handlinger. Dette er et forhold innehavere av krav, advokater og politikere har uttrykt bekymring for.¹⁴³

3.5.2 Investorens adgang til å påvirke søksmålet

Uavhengig av om utmeldingssøksmålet finansieres etter en variabel- eller fullfinansieringsmodell, vil investoren ha en mulighet til å påvirke utformingen av søksmålet. Da investoren aldri vil være part i søksmålet, vil påvirkningen skje gjennom grupperepresentanten. Påvirkningen skjer ikke utelukkende gjennom søksmålsfinansieringsavtalen, men kan også forekomme som følge av et oppfyllellespress eller lojalitet overfor investoren.¹⁴⁴ Intensiteten på investorens påvirkning vil likevel variere fra sak til sak.

¹³⁹ Poncibò & D'Alessandro (2021) s. 64; ICCA-Queen Mary Task Force (2018) s. 25.

¹⁴⁰ Hodges Peysner & Nurse (2012) s. 100 mv. henvisninger; Poncibò & D'Alessandro (2021) s. 58 «table 3» og s. 64.

¹⁴¹ Poncibò & D'Alessandro (2021) s. 45; ICCA-Queen Mary Task Force (2018) s. 25.

¹⁴² Brekoulakis & Rogers (2019) s. 8 jf. Veljanovski (2012) s. 420; se også ICCA-Queen Mary Task Force (2018) s. 24 f.

¹⁴³ ICCA-Queen Mary Task Force (2018) s. 28.

¹⁴⁴ ICCA-Queen Mary Task Force (2018) s. 28.

Det er naturlig at investoren har et ønske om å påvirke søksmålet, da det gir investoren adgang til å kontrollere kostnadene. Som påpekt i en dom hvor en part mottok søksmålsfinansiering i Court of Appeal i England, vil en viss grad av påvirkning, overvåkning og kontroll være forventet av en fornuftig investor.¹⁴⁵ Dette kan sammenlignes med enhver annen investering. Dersom en investor har mulighet til å kontrollere sine kostnader, ved å øke sannsynligheten for utbytte eller begrense tap, er det rimelig at investoren gjennomfører dette.

All den tid utmeldingssøksmålsfinansiering er uregulert, og det ikke foreligger begrensninger for en slik påvirkning, må det forventes at investoren ivaretar sine økonomiske interesser gjennom en viss grad av kontroll og påvirkning. Graden av påvirkning vil naturligvis tilpasses det grupperepresentanten er villig til å akseptere.

En investor vil i realiteten ha anledning til å påvirke saken fra kontraktsforhandlingsfasen inngås og frem til avtalen opphører. I kontraktsforhandlingsfasen kan investoren påvirke saken ved å fremforhandle premisser for finansieringen, for eksempel ved å stille krav til at saken må føres av et gitt advokatfirma eller at investoren kun finansierer det rimeligste prosessopplegget.¹⁴⁶ Et typisk eksempel på en kontrollerende forutsetning i selve søksmålsprosessen er krav om samtykke fra investoren før inngåelse av forlik.¹⁴⁷

Praksis viser imidlertid at et stort flertall av finansieringsselskap ikke ønsker å ha en direkte kontroll over søksmålet, fordi en slik kontroll innebærer en risiko for at retten setter søksmålsfinansieringsavtalen ut av kraft.¹⁴⁸ En slik risiko gjør seg imidlertid kun gjeldende i de landene der retten har en slik diskresjonær kompetanse.¹⁴⁹ Muligheten for påvirkning er likevel kjennetegnende for søksmålsfinansiering.¹⁵⁰

¹⁴⁵ *Excalibur Ventures v. Texas Keystone and others* [2016] EWCA Civ 1144

¹⁴⁶ *Poncibó & D'Allesandro* (2021) s. 71–72 mv. henvisninger til konkrete kontraktsmodeller fra Profina og Omni Bridgeway.

¹⁴⁷ *Poncibó & D'Allesandro* (2021) s. 72 mv. henvisninger i note 117.

¹⁴⁸ *ICCA-Queen Mary Task Force* (2018) s. 28.

¹⁴⁹ Mest relevant i common law land på grunn av «champerty» og «maintenance», se nærmere pkt. 4.2.

¹⁵⁰ Se f.eks. *ICCA-Queen Mary Task Force* (2018) s. 195 mv. henvisninger.

3.6 Aktørene i en søksmålsfinansiert domstolsprosess

Ved søksmålsfinansiering av utmeldingssøksmål er det relevant å trekke frem seks aktører som hver for seg har separate funksjoner og interesser; grupperepresentanten, gruppemedlemmene, advokaten, retten, motparten og investoren.

Det vil kun være grupperepresentanten og investoren som er parter i søksmålsfinansieringsavtalen. Grupperepresentanten kan ikke binde gruppemedlemmene, og de vil derfor ikke være bundet direkte av avtalen. Ved inngåelse av en finansieringsavtale har grupperepresentanten en overordnet interesse – å drive frem søksmålet på en ordentlig måte.¹⁵¹ Finansieringen vil være et egnet virkemiddel for å oppfylle de økonomiske forpliktelsene etter tvl. § 35-9 tredje ledd annet punktum og § 35-12 første ledd.

Investoren kan imidlertid pålegge grupperepresentanten enkelte forpliktelser gjennom søksmålsfinansieringsavtalen. Det viktig at forpliktelsene overfor investoren ikke fører til at grupperepresentanten får særinteresser som skiller seg fra de øvrige gruppemedlemmene. Særinteresser, i form av en lojalitetsplikt eller lignende, kan føre til at ivaretagelsen av gruppens rettigheter og plikter ved søksmålet forsømmes jf. § 35-9 første ledd.¹⁵²

Ved inngåelse av søksmålsfinansieringsavtalen har investoren et ønske om best mulig avkastning, mot lavest mulig risiko.¹⁵³ Avkastningsinteressen ivaretas ved at investoren får tilbakebetalt det investerte beløp med tillegg av en prosentandel av det gruppen får tilkjent, eller en multippel av det investerte beløp.¹⁵⁴ At investoren mottar en multippel av det investerte beløp innebærer at det investerte beløpet ganges med en forhåndsbestemt verdi før det tilbakebetales til investoren. Investoren kan ivareta denne interessen ved å velge søksmål som har stor sannsynlighet for avkastning, og ved å påvirke utformingen av prosessopplegget og inngåelse av forlik.

Gruppemedlemmene representerer både økonomiske og samfunnsmessige interesser. For det første er det viktig at søksmålsfinansieringen ikke fører til at grupperepresentantene mister en

¹⁵¹ NOU 2001:32 s. 995.

¹⁵² Berg & Nordby (2012) s. 144; NOU 2001: 32 B s. 995.

¹⁵³ Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 126.

¹⁵⁴ Poncibò & D'Alessandro (2021) s. 46 mv. henvisning.

uforholdsmessig stor del av sin kompensasjon. For det andre er det viktig at søksmålsfinansieringen ikke går på de samfunnsmessige interessene som ble fremhevet i punkt 2.1.3.

Advokatfirmaets rolle er viktig, selv om det ikke er en del av finansieringsavtalen. Advokaten vil ofte være bindeleddet mellom investoren og grupperepresentanten, bistå investoren i risikoanalysen, rapportere om sakens fremgang til investoren og fungere som en megler mellom partene.¹⁵⁵ Hovedoppgaven til advokaten vil imidlertid være å ivareta klientens interesser. I og med at grupperepresentanten både har en forpliktelse overfor gruppe medlemmene og investoren, kan advokatens uavhengige rolle være en utfordring.

Den saksøktes hovedinteresse er å vinne søksmålet. I visse tilfeller vil den saksøkte imidlertid ha et overordnet ønske om å bevare gode relasjoner, uavhengig av søksmålets holdbarhet.¹⁵⁶ For saksøkte vil det også være sentralt at søksmålsfinansieringen ikke går på bekostning av en forsvarlig rettsprosess, hvor retten ivaretar partenes interesser, og kommer frem til et rettferdig og materielt riktig resultat. Det er også viktig at finansieringen ikke fører til at styrkeforholdet blir ujevnt til saksøktes ulempe. Saksøkte vil unngå situasjoner hvor kostnadene blir uforutsigbare eller uforholdsmessige høye på grunn av grupperepresentantens prosessopplegg. Motparten vil også ønske en forsikring om at grupperepresentanten, investoren og advokaten forholder seg til visse etiske retningslinjer.

Søksmålsfinansieringsselskap benytter seg av rettsapparatet for å tjene penger. Utenlandsk og internasjonal praksis og teori peker på at utmeldingssøksmålsfinansiering kan ha en betydning for «rettens integritet», «prosessens integritet» eller «the purity of justice».¹⁵⁷ Rettens integritet, prosessens integritet og «the purity of justice» er lite konkrete begreper, men innholdet er mer eller mindre samsvarende. Begrepene knytter seg til hvilken samfunnsmessig rolle retten og rettsprosessen har i en rettsstat, herunder rettens ansvar med å ivareta sivilprosessens overordnede formål.

For retten vil det overordnede formålet være at utmeldingssøksmålsfinansieringen ikke går på bekostning av rettsikkerheten i rettsprosessen, herunder at rettergangen er rettidig, rettferdig,

¹⁵⁵ Poncibò & D'Alessandro (2021) s. 67.

¹⁵⁶ Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 126.

¹⁵⁷ ELI/UNIDROIT art. 245 pkt. 3 jf. merknad 7; ALRC (2018) s. 16; ICCA-Queen Mary Task Force (2018) s. 1; 2020/2130(INL) s. 26; Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 124 og 128.

forsvarlig og at retten kommer frem til et materielt riktig resultat.¹⁵⁸ Det vil også være i rettens interesse at partenes behov blir ivaretatt og at finansieringen ikke fører til et ujevnt styrkeforhold eller et uredelig press.¹⁵⁹ Dette innebærer at søksmålsfinansieringen ikke må føre til en overdreven bruk av rettens ressurser, herunder at retten ivaretar de prosessøkonomiske hensyn som begrunner utmeldingssøksmål.¹⁶⁰

4 Komparativ oversikt

4.1 ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure

ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure (ELI/UNIDROIT) er et felleseuropeisk rammeverk for sivilprosessen, som ble vedtatt i 2020. Rammeverket er utviklet etter inspirasjon fra de viktigste prosesstradisjonene i Europa.¹⁶¹ Reglene i rammeverket er ikke bindende, men gjenspeiler «best practice» på tvers av prosesstradisjonene, og tar stilling til viktige spørsmål om rettsutviklingen i Europa.¹⁶² En av de viktige spørsmålene som er tatt stilling til er søksmålsfinansiering. Rammeverket inneholder regler om søksmålsfinansiering og gruppesøksmål, som kan være veiledende for hvordan man burde håndtere utmeldingssøksmålsfinansiering i Norge.

Etter ELI/UNIDROIT er søksmålsfinansiering av utmeldingssøksmål tillatt. Søksmålsfinansiering av utmeldingssøksmål forutsetter imidlertid en viss regulering.¹⁶³ ELI/UNIDROIT åpner for søksmålsfinansiering på grunn av problemene som knytter seg til finansiering av sivile søksmål.¹⁶⁴ Gjennom en større tilgang til finansiering vil enkelte få bedre muligheter til en effektiv og rettferdig rettergang.¹⁶⁵ En økt tilgang til finansiering vil også bidra til at styrkeforholdene mellom parter kan bli utjevnet, et hensyn som særlig gjør seg gjeldende i forbrukersaker hvor kravene ikke er individuelt prosessbare.¹⁶⁶

¹⁵⁸ Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 126.

¹⁵⁹ Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 126.

¹⁶⁰ NOU 2001: 32 A pkt. 17.5.3.4; Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 332.

¹⁶¹ ELI/UNIDROIT forord s. iii.

¹⁶² ELI/UNIDROIT forord s. iii-iv.

¹⁶³ Merknad 1 til ELI/UNIDROIT art. 237.

¹⁶⁴ Merknad 1 til ELI/UNIDROIT art. 245.

¹⁶⁵ Merknad 4 til ELI/UNIDROIT art. 245.

¹⁶⁶ Merknad 4 til ELI/UNIDROIT art. 245.

Grunnen til at ELI/UNIDROIT regulerer søksmålsfinansiering er av hensyn til at prosessen skal være rettferdig. Det er investorens mulighet til å påvirke den finansierte parts prosessopplegg, og inngåelse av forlik til sin egen fordel, som kan utfordre hensynet til en rettferdig prosess.¹⁶⁷ Et sentralt krav ved en rettferdig prosess, er at den skal være partsstyrt. Etter ELI/UNIDROIT vil ikke en søksmålsfinansiert prosess være rettferdig dersom den finansierte parten, som følge av finansieringen, mister muligheten til å ivareta sine egne interesser gjennom aktive parts-handlinger.

Et annet poeng er at søksmålsfinansiering kan være urettferdig fordi kun enkelte saker egner seg for finansiering.¹⁶⁸ Det vil heller ikke være formålstjenlig om finansieringen fører til at investoren får en for stor andel av det gruppemedlemmene får tilkjent gjennom dom eller forlik, eller dersom investoren får en utilbørlig påvirkningsadgang over søksmålet.¹⁶⁹

Tilliten til rettsapparatet kan svekkes dersom domstolen legger til rette for at enkelte investorer kan ta over den reelle kontrollen av et søksmål, på bekostning av den finansierte partens interesser. Rammeverket innehar visse mekanismer for å motvirke de ovennevnte problemene.

For det første fremgår det av artikkel 245 første ledd at den som mottar søksmålsfinansiering skal opplyse om at saken finansieres, og identiteten til den som finansierer saken. Ved finansiering av gruppesøksmål kan retten kreve at grupperepresentanten opplyser om de nærmere detaljene i søksmålsfinansieringsavtalen overfor retten og, så langt det er rimelig, saksøkte jf. artikkel 237 andre ledd. Selv om det ikke fremgår direkte av merknadene til ELI/UNIDROIT er det rimelig å slå fast at begrunnelsen for opplysningsplikten overfor retten bygger på rettens ansvar for å forsikre en forsvarlig rettergang. Artikkel 245 må tolkes og anvendes på bakgrunn av hvilken prosessform som benyttes. Det er derfor relevant å se hen til andre bestemmelser når man tolker innholdet av artikkelen.¹⁷⁰

Ved gruppesøksmål har retten etter ELI/UNIDROIT artikkel 218 en utvidet saksstyringskompetanse. Retten er forpliktet til å overvåke grupperepresentantens handlinger og vurdere om de er i tråd med gruppemedlemmenes interesser. Denne overvåkingen vil særlig

¹⁶⁷ Merknad 3 til ELI/UNIDROIT art. 245.

¹⁶⁸ Merknad 3 til ELI/UNIDROIT art. 245; se nærmere pkt. 3.5.1.

¹⁶⁹ Merknad 5 til ELI/UNIDROIT art. 245.

¹⁷⁰ Merknad 8 til ELI/UNIDROIT art. 245.

være nødvendig ved utmeldingssøksmål, da gruppemedlemmenes passive rolle forutsetter mer involvering fra retten sin side.¹⁷¹ Ved utmeldingssøksmålsfinansiering er det derfor viktig at retten kjenner til søksmålsfinansieringen, hvem som finansierer og innholdet i avtalen for å kunne kontrollere at gruppemedlemmenes interesser er ivaretatt.

Opplysningsplikten overfor motparten skal begrenses slik at den finansierte parten ikke behøver å tildele opplysninger om underliggende analyser, prosessrisikovurderinger og økonomiske forhold ved finansieringsavtalen som kan gi motparten en strategisk fordel.¹⁷² Det er derfor viktig at opplysningsplikten overfor motparten kun gjelder så langt det er rimelig – et forhold som retten selv må bedømme rekkevidden av.

For det andre gir artikkel 245 andre ledd uttrykk for at søksmålsfinansiering ikke må «provide for inadequate compensation for the funder». Ordlyden kan tolkes på to måter; enten at investoren må tilsikres tilstrekkelig kompensasjon, eller at investoren ikke må føre til at kompensasjonen er utilstrekkelig. Selv om det første alternativet er en mer naturlig språklig forståelse, fremgår det av sammenhengen med resten av artikkel 245 andre ledd og merknaden til bestemmelsen at det er det andre alternativet som må være riktig. Resten av artikkel 245 andre ledd verner om den finansierte parten og merknaden til bestemmelsen uttrykker at, «the amount promised to the funder in return for the funding is too great (the return to the funder party is thus inadequate)».¹⁷³ Merknaden retter altså fokuset mot at investoren ikke må tildeles en for stor del av gevinsten på bekostning av den finansierte parten.

Det ville også vært merkelig om hensikten med bestemmelsen er å sikre investoren en minimumsavkastning, når investoren sin rett til utbytte aldri har vært en aktuell problemstilling. Bestemmelsen må derfor forstås slik at det er den finansierte parts rett til kompensasjon som må sikres.

ELI/UNIDROIT åpner altså for at søksmålsfinansiering kan gå på bekostning av gruppemedlemmene sin rett til full erstatning, da det er en grunnleggende forutsetning for at søksmålsfinansiering kan fungere. Før gruppemedlemmene får utbetalt sin erstatning skal

¹⁷¹ Merknad 1 til ELI/UNIDROIT art. 218.

¹⁷² Merknad 1 til ELI/UNIDROIT art. 237.

¹⁷³ Merknad 5 til ELI/UNIDROIT art. 245.

kostnadene og utgiftene grupperepresentanten har pådratt seg som følge av søksmålet erstattes jf. artikkel 238 tredje ledd. Dette innebærer at investoren får tilbakebetalt sin investering og tildelt sin avkastning før gruppen mottar sin erstatning, så lenge investoren ikke får en uforholdsmessig stor andel av pengene.¹⁷⁴

For det tredje gir artikkel 245 andre ledd uttrykk for at søksmålsfinansiering ikke må gi investoren en utilbørlig påvirkningsadgang i «conduct of the proceeding». Ordlyden «conduct of the proceedings» knytter seg til hele søksmålet, særlig den finansierte parts prosessopplegg og inngåelse av forlik. Hva som skal til for at påvirkningsadgangen over søksmålet er utilbørlig er ikke klart, og må sannsynligvis bero på en konkret vurdering om gruppe medlemmens interesser blir ivaretatt. Ved utmeldingssøksmål vil retten foreta denne vurderingen i tråd med artikkel 218. Det er derfor viktig at artikkel 245 og 237 forplikter grupperepresentanten til å opplyse om forhold ved finansieringsavtalen. Uten denne opplysningsplikten har ikke retten mulighet til å vurdere om investoren innehar en utilbørlig påvirkningsadgang.

En kan stille spørsmål til hvilken virkning brudd på ELI/UNIDROIT vil ha. Domstoladgangen fremstår som et bærende element, og artikkel 245 gir klart uttrykk for at brudd på bestemmelsen ikke skal fungere som et argument mot det materielle kravet til den finansierte parten. Bestemmelsens fjerde ledd tilsier at brudd på reglene kan ha betydning for rettens saksomkostningsavgjørelse. Det er altså tale om prosessuelle plikter som ikke nødvendigvis skal ha materiell virkning for de kravene som den finansierte parten fremmer.

4.2 England

Utviklingen av søksmålsfinansiering i England har en nær tilknytning til forbudene mot «champerty» og «maintenance» som kan spores tilbake til lovgivning fra 1200-tallet.¹⁷⁵ «Champerty» og «maintenance»-doktrinene innebar forbud mot at tredjeparter kunne finansiere andre sine søksmål. «Maintenance» referer seg til der tredjeparter bistår en part i rettsprosessen med å opprettholde rettergangsprosessen, typisk gjennom finansering.¹⁷⁶ «Champerty» er en

¹⁷⁴ Merknad 1 til ELI/UNIDROIT art. 238.

¹⁷⁵ Statute of Westminster the First (3 Edw I c 25) of 1275.

¹⁷⁶ “Intermeddling with litigation in which the intermeddler has no concern” jf. *Neville v London Express Newspaper Ltd* [1919] AC 368, 382.

form for «maintenance», der tredjeparten betaler hele eller deler av rettergangskostnadene mot en andel av utbyttet i saken.¹⁷⁷

Forbudene hadde til hensikt å ivareta rettens integritet, ved å forhindre at tredjepartsinteresser påvirket rettergangen.¹⁷⁸ Rettens integritet kunne bli utfordret av tredjeparter som på bakgrunn av egne interesser hadde mulighet til å manipulere eller produsere bevis eller hausse opp skadene.¹⁷⁹ Det er rettens behov for tillit fra befolkningen, samt rettens uavhengige og upartiske stilling, som utgjør rettens integritet.¹⁸⁰

Forbudsreglene mot «champerty» og «maintenance» fikk en begrenset betydning i England etter *Arkin*-avgjørelsen i 2005, hvor *Arkin* mottok søksmålsfinansiering.¹⁸¹ Selv om «champerty» og «maintenance» ikke lenger er forbudt vil for mye og utilbørlig påvirkning fra en tredjepart kunne medføre avvisning av søksmål – og dermed fungere som en skranke ved søksmålsfinansiering.¹⁸² I etterkant av avgjørelsen fikk søksmålsfinansiering også støtte fra statlig hold, da det ville gi en økt «access to justice».¹⁸³

Selv om søksmålsfinansiering i England har en relativt langvarig tradisjon sammenlignet med andre land, har det ikke vært tilfeller hvor søksmålsfinansieringsselskap har finansiert utmeldingssøksmål inntil nylig. I 2021 åpnet den engelske Competition Appeal Tribunal for første gang for et søksmålsfinansiert utmeldingssøksmål i saken *Merricks v. Mastercard Incorporated & Ors*.¹⁸⁴

Utover de begrensningene «champerty» og «maintenance» setter for søksmålsfinansiering, benyttes selvregulering gjennom Association of Litigation Funders (ALF) for at søksmålsfinansiering skal være et egnet virkemiddel for å finansiere søksmål.¹⁸⁵ ALF er et

¹⁷⁷ “Maintenance aggravated by an agreement to have a part of the thing in dispute” jf. *Wild v Simpson* [1919] AC 368, 382 se også *Petit* (2016).

¹⁷⁸ *Petit* (2016) s. 09 omtaler det som «purity of justice»; samme *Latham & Rees* (2021) Legal and regulatory framework pkt. ii.

¹⁷⁹ *Latham & Rees* (2021) Legal and regulatory framework pkt. ii.

¹⁸⁰ Som definert i FN (uå).

¹⁸¹ *Arkin v. Borchard* [2005] EWCA Civ 655; se også *Hodges, Peysner & Nurse* (2012) s. 23.

¹⁸² *Latham & Rees* (2021) Legal and regulatory framework pkt. ii-iv.; *Dr Sibthorpe v Southwark Borough Council* [2011] EWCA Civ 25.

¹⁸³ *Jackson* (2010) s.117.

¹⁸⁴ *Merricks v. Mastercard Incorporated & Ors* [2021] CAT 28.

¹⁸⁵ *Latham & Rees* (2021) s. 1.

uavhengig organ som ble stiftet av justisdepartementet i England, og ble gitt ansvaret med å regulere søksmålsfinansieringsmarkedet i England og Wales.¹⁸⁶ Reglene inneholder minimumsstandarder for kontrakter, investeringskriterier, kapitaldekningskrav, krav for advokat-klient forholdet, åpenhetskrav, taushetskrav og meklingsløsninger.¹⁸⁷ I denne avhandlingen er det kun enkelte av reglene som er av interesse.

Problemet med ALF er at ikke alle søksmålsfinansieringsselskap i England faktisk er medlem av ALF. En del søksmålsfinansieringsselskap er dermed ikke bundet av organisasjonens selvregulering.¹⁸⁸ Brudd på selvregulering vil heller ikke ha de samme konsekvensene som brudd på annen lovfestet regulering.¹⁸⁹ Dersom ALF kommer frem til at en aktør har opptrådt i strid med reguleringen kan foreningen gi den respektive aktøren en bot på 500 pund eller kaste aktøren ut av foreningen – håndhevingsmekanismene er svært begrenset.¹⁹⁰ Selvreguleringen har imidlertid fått en større betydning som følge av at Competition Appeal Tribunal aktivt benytter seg av reguleringen i avgjørelser om utmeldingssøksmål skal godkjennes, uavhengig om investoren er medlem av ALF.¹⁹¹ Søksmålsfinansiering er dermed delvis regulert gjennom ALF sin selvregulering, og Competition Appeal Tribunal sin praksis.¹⁹²

Etter ALF sin selvregulering er ikke enhver form for påvirkning forbudt. Investoren kan for eksempel komme med innspill ved inngåelse av forlik.¹⁹³ Påvirkningen må imidlertid ikke føre til at den finansierte part sin advokat bryter sine forpliktelser overfor klienten, at advokaten avstår sin kontroll eller gjennomføring av prosessopplegget.¹⁹⁴ Reglene fremstår som en form for kodifisering av de gjeldende reglene om «champerty» og «maintenance».

ALF legger imidlertid ikke opp til at det må opplyses om søksmålsfinansieringen, og det foreligger heller ikke en slik forpliktelse etter Civil Procedure Rules.¹⁹⁵ Engelsk rettspraksis forutsetter imidlertid at retten skal tildeles en kopi av søksmålsfinansieringsavtalen ved

¹⁸⁶ Latham & Rees (2021) s. 2; Jackson (2011) s. 3.

¹⁸⁷ Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 141.

¹⁸⁸ Latham & Rees (2021) s. 3.

¹⁸⁹ 2020/2130 (INL) s. 27; Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 141.

¹⁹⁰ ALF (2017) pkt. 25.

¹⁹¹ Latham & Rees (2021) s. 3.

¹⁹² Latham & Rees (2021) s. 3.

¹⁹³ ALF (2018) pkt. 10

¹⁹⁴ ALF (2018) pkt. 9.2. og 9.3.

¹⁹⁵ Latham & Rees (2021) Disclosure.

gruppesøksmål. Dersom avtalen tilbakeholdes er det stor sannsynlighet for at gruppesøksmålet avvises.¹⁹⁶ Ved å legge til rette for en opplysningsplikt kan retten kontrollere at søksmålsfinansieringsavtalen ikke går på bekostning av grupperepresentantens forpliktelser overfor gruppen og at søksmålsfinansieringsavtalen er i tråd med de begrensningene «champerty» og «maintenance» setter i engelsk rett.

Etter CAT sine avgjørelser vil ikke søksmålsfinansieringsselskap ha prioritet på å få betalt sin avkastning på bekostning av gruppe medlemmene.¹⁹⁷ Investoren kan ikke pålegge grupperepresentanten en forpliktelse til å betale investoren med det gruppen får tilkjent, før gruppe medlemmene har fått tildelt sitt. Det foreligger dermed ikke en klar mekanisme for at investoren skal få utbetalt sin andel ved utmeldingssøksmålsfinansiering i England. Det er dermed usikkert hvordan en investor skal få utbetalt avkastning.

4.3 Australia

Gruppesøksmål ble først introdusert i Australia i 1992 gjennom føderal lovgivning.¹⁹⁸ Prosessformen ble utformet etter utmeldingsalternativet som en løsning for å håndheve ikke individuelt prosessbare krav. Australia har en sterk kultur for gruppesøksmål, og fra 1992 til 2018 ble det årlig, i gjennomsnitt, anlagt 15,4 gruppesøksmål ved de føderale domstolene.¹⁹⁹

Ved innføring av gruppesøksmål var det viktig at økonomiske hindringer ikke skulle sette en sperre for domstolsadgangen. Ved utmeldingssøksmål ble likevel grupperepresentanten tildelt kostnadsansvaret, uten adgang til å pulverisere risikoen på tvers av gruppen. Grupperepresentantens kostnadsansvar var et forhold som ville heve søksmålsterskelen, og enkelte mente at problemet kunne løses gjennom statlig finansiering av utmeldingssøksmål.²⁰⁰ Forslaget om statlig finansiering av utmeldingssøksmål ble ikke tatt til følge ved innføring av gruppesøksmål i australsk rett. Da problemet bestod, ble søksmålsfinansiering tatt i bruk for å finansiere utmeldingssøksmål.

¹⁹⁶ Latham & Rees (2021) Structuring the agreement pkt. 2.

¹⁹⁷ Latham & Rees (2021) Structuring the agreement pkt. 2.

¹⁹⁸ Del IVA av the FCA act.

¹⁹⁹ Derrington (2018) s. 2

²⁰⁰ Derrington (2018) s. 2 mv henvisninger.

Utviklingen av søksmålsfinansiering i Australia, har i likhet med England en historisk tilknytning til reglene om forbud mot «champerty» og «maintenance». *Movitor*-avgjørelsen fra første instans i den føderale domstolen ga grunnlag for at søksmålsfinansieringsselskap kunne finansiere søksmål, men kun i insolvenssaker.²⁰¹ I *Fostif*-avgjørelsen fra 2006 kom et flertall i High Court of Australia frem til at finansiering av gruppesøksmål var lovlig, herunder at gruppesøksmålsfinansiering ikke var i strid med de begrensningene «champerty» og «maintenance»-reglene fremdeles satt i australsk rett.²⁰²

Etter *Movitor*- og *Fostif*-avgjørelsene sto søksmålsinvestorer for det meste fritt til å tilby finansieringsavtaler som ga dem effektiv kontroll over søksmålet og betydelig avkastning. Investoren har dermed en mye mer fremtredende rolle enn i andre sammenlignbare land.²⁰³ Etter søksmålsfinansiering av gruppesøksmål ble tillatt har det vært gradvis utvikling av søksmålsfinansiering. I 2018 var 77.7 prosent av alle anlagte gruppesøksmål finansiert gjennom søksmålsfinansiering.²⁰⁴

Australian Law Reform Commission (ALRC) peker i sin rapport om søksmålsfinansiering på tre problematiske forhold ved utmeldingssøksmålsfinansiering. Det første problemet er en finansiell og avtalerettslig problemstilling som faller utenfor denne avhandlingen.²⁰⁵ Det andre problemet er risikoen for at søksmålsfinansieringsselskap benytter den føderale domstolen for «improper uses».²⁰⁶ Problemet knytter seg til at utmeldingssøksmålsfinansiering kan gå på bekostning av sivilprosessens overordnede formål om å legge til rette for en rettferdig og forsvarlig håndtering av tvister på bakgrunn av rettsregler på en så kostnads- og tidseffektiv måte som mulig.²⁰⁷

For å konkretisere problemet viser ALRC til *Perera v GetSwift Ltd*.²⁰⁸ I avgjørelsen stiller retten spørsmål om hvordan de skal håndtere kommersielle selskap som benytter rettsprosessen for å tjene penger.²⁰⁹ En del av dette spørsmålet beror på hva retten må gjøre for å forsikre at

²⁰¹ *Movitor Pty Ltd (receivers and managers appointed) (in liq) v. Sims* (1996) 64 FCR 380

²⁰² *Campbell Cash and Carry v. Fostif* (2006) 229 CLR 386; ALRC (2018) s. 60.

²⁰³ ALRC (2018) s. 167 mv henvisninger.

²⁰⁴ *Derrington* (2018) s. 2 jf. *Morabito* (2017)

²⁰⁵ ALRC (2018) s. 153; *Giesker & Luff* (2021) Legal and regulatory framework pkt. iii.

²⁰⁶ ALRC (2018) s. 153-154.

²⁰⁷ ALRC (2018) s. 153 og 166 jf. underseksjon 2 av 37M og seksjon 37N av the FCA act.

²⁰⁸ *Perera v GetSwift Ltd* [2018] FCA [3].

²⁰⁹ ALRC (2018) s. 166

kommersielle interesser ikke går på bekostning av sivilprosessens overordnede formål. En annen del av spørsmålet er hvordan retten skal ivareta sine forpliktelser overfor gruppe-medlemmene ved utmeldingssøksmål.

Det tredje problemet er risikoen for at investoren utøver en utilbørlig påvirkning av søksmålet på bekostning av den finansierte parten.²¹⁰ Problemet oppstår der investoren påvirker prosessopplegget eller forlik. Da investoren kan overta den reelle kontrollen over søksmålet har investoren mulighet til å tvinge gruppen til å inngå et forlik som ikke ivaretar gruppens interesser. Investorens påvirkning av prosessopplegget kan føre til et vidt prosessopplegg som forlenger eller fordyrer prosessen, eller et for snevert prosessopplegg som ikke ivaretar de hensyn som begrunner tilrettelegging for utmeldingssøksmål.²¹¹

Problemet oppstår også der investoren får en uforholdsmessig stor andel av det gruppen tildeles gjennom forlik eller dom. Statistikk fra australsk rett viser at gruppe-medlemmer mottar omtrent 85 prosent av avkastningen dersom søksmålet ikke mottar finansiering, og 51 prosent dersom søksmålet mottar finansiering.²¹² I enkelte saker har søksmålsfinansiering ført til at gruppe-medlemmene sitter igjen med vesentlig mindre.²¹³

I perioden 2013 til 2018 mottok 34 prosent av forbrukergruppesøksmål søksmålsfinansiering, mens alle aksjonærgruppesøksmål mottok søksmålsfinansiering.²¹⁴ Tallene illustrerer at investorer tiltrekkes de gruppesøksmål som gir høyest sannsynlighet for avkastning, og at finansiering av forbrukergruppesøksmål er mer usikkert enn finansiering av aksjonærgruppesøksmål. Investorer vil sannsynligvis ønske en større avkastning, og mer kontroll ved finansiering av forbrukergruppesøksmål, da investeringsrisikoen er høyere.

De problemene som er reist bunner seg ut i investorens mulighet til å utøve kontroll ved utformingen av søksmålet. Ved utmeldingssøksmål i australsk rett er både den finansierte parten og investoren forpliktet til å opplyse om søksmålsfinansieringsavtalen overfor retten og gruppe-medlemmene.²¹⁵ Rettens adgang til å overprøve eller revidere søksmålsfinansierings-

²¹⁰ ALRC (2018) s. 153.

²¹¹ ALRC (2018) s. 64.

²¹² ALRC (2018) s. 83

²¹³ ALRC (2018) s. 174.

²¹⁴ ALRC (2018) s. 66.

²¹⁵ ALRC (2018) s. 169 og 172-172; Del IVA av the FCA Act.

avtalen er imidlertid både begrenset og usikker.²¹⁶ En opplysningsplikt er ikke alene tilstrekkelig for å begrense investorens påvirkning og den risikoen søksmålsfinansiering kan ha for sivilprosessens overordnede formål.²¹⁷

For å begrense de negative konsekvensene av investorens påvirkningsadgang anbefaler Parliamentary Joint Committee (PJC) og ALRC at rettens rolle ved utmeldingssøksmål må styrkes, slik at retten får en bedre anledning til å overvåke og kontrollere prosessen.²¹⁸ Retten skal ha mulighet til å avvise eller endre innhold i investeringsavtalen dersom den går på bekostning av en rettferdig, forsvarlig eller prosessøkonomisk rettergang.²¹⁹ Forslaget til regulering innebærer blant annet at utmeldingssøksmålsfinansiering forutsetter godkjenning av retten, hvor retten gis adgang til å foreta en inngående prøving av innholdet i søksmålsfinansieringsavtalen.²²⁰ PJC anbefaler også at investorer skal etterleve de samme etiske retningslinjene som er pålagt gruppens advokat.²²¹

PJC anbefaler at det burde innføres en regulering som sikrer at 70 prosent av avkastningen går til gruppe medlemmene. En slik regulering kan begrense risikoen for at investorer får tildelt en uforholdsmessig stor andel av pengene.²²²

4.4 EU/EØS

Søksmålsfinansieringsmarkedet i Europa har hatt en gradvis vekst siden finanskrisen i 2008. Markedet i EU består av minst 45 ulike markedsaktører, som i hovedsak er fra England, Tyskland, Australia og USA.²²³ Søksmålsfinansiering av utmeldingssøksmål er tillatt etter EU-regler og etterlatt til nasjonal regulering. Søksmålsfinansiering forutsetter at medlemslandene legger til rette for at man unngår interessekonflikter og at finansieringen ikke går på bekostning av forbrukervern jf. direktiv 2020/1828/EU art. 10.

²¹⁶ ALRC (2018) s. 169.

²¹⁷ ALRC (2018) s. 174.

²¹⁸ ALRC (2018) s. 165 f.

²¹⁹ Giesker & Luff (2021) Legal and regulatory framework pkt. iii; ALRC (2018) s. 166; the FCA Act 37M.

²²⁰ ALRC (2018) s. 170.

²²¹ Giesker & Luff (2021) Legal and regulatory framework pkt. iii.

²²² Giesker & Luff (2021) Legal and regulatory framework pkt. iii.

²²³ 2020/2130(INL) s. 4.

I EUs perspektiv er søksmålsfinansiering tillatt fordi det kan være et egnet virkemiddel for å øke «access to justice» ved å overføre kostnadsrisiko til en investor.²²⁴ Debatter innenfor EU indikerer at EU-opinionen mener søksmålsfinansiering burde reguleres i større grad. Økt regulering kan forsikre finansierte parter visse prosessuelle rettssikkerhetsgarantier, forhindre at prosessen blir dyrere og beskytte gruppedlemmenes interesser ved utmeldingssøksmål.²²⁵ De problemene som EU setter i søkelys, er i stor grad de samme som ELI/UNIDROIT, England og Australia.²²⁶ EU fremmer imidlertid noen andre løsninger som presenteres i det følgende.

Som en overordnet sikkerhetsmekanisme bør den finansierte parten pålegges en opplysningsplikt overfor retten og motparten om søksmålsfinansieringsavtalen.²²⁷ Denne sikkerhetsmekanismen kan forsterkes ved at retten må godkjenne søksmålsfinansieringsavtalen for at den skal være håndhevbar.²²⁸ Det er også foreslått at retten skal ha en vid adgang til å avvise eller revidere søksmålsfinansieringsavtalen, i tillegg til å kunne ilegge «any penalty» retten finner nødvendig for at investoren etterlever de føringer som de blir pålagt jf. 2020/2130(INL) art. 16 bokstav e.

Det er foreslått at medlemsstatene må gjennomføre tiltak for å forhindre uhensiktsmessig påvirkning fra investorer, for eksempel gjennom nasjonal regulering som forbyr investoren å påvirke prosessopplegget eller inngåelse av forlik.²²⁹ I tillegg kan det oppnevnes en «contradictor» som kan skal identifisere og løse interessekonflikter i søksmålsfinansierte saker.²³⁰

For å forhindre at investoren får en uforholdsmessig stor andel av gruppens erstatning burde det innføres en begrensning på investorens rett til utbytte, som balanserer hensynet til avtalefrihet, «access to justice» og beskyttelse av den finansierte parten. Det er foreslått å

²²⁴ Saulnier, Koronthalyova & Müller (2021) s. I.

²²⁵ Saulnier, Koronthalyova & Müller (2021) s. I, 21–22.

²²⁶ Se f.eks. merknad 2 til ELI/UNIDROIT art. 237.

²²⁷ 2020/1828/EU tredje og fjerde ledd; 2020/2130(INL) art. 15; Saulnier, Koronthalyova & Müller (2021) s. 18.

²²⁸ 2020/2130(INL) art. 16; Saulnier, Koronthalyova & Müller (2021) s. 18.

²²⁹ Saulnier, Koronthalyova & Müller (2021) 18, 21; 2020/2130(INL) art. 11 og 12; 2020/1828/EU art. 10 første og andre ledd bokstav a.

²³⁰ Ibid.

begrense investorens rett til utbytte til 30 prosent av det den finansierte parten får tilkjent, og at det oppnevnes en sakkyndig som kan bistå ved uenigheter om utbetalingen.²³¹

Også EU åpner for at investorens rett til avkastning kan gå på bekostning av passive gruppemedlemmers rett til erstatning. European Parliament Research Service anbefaler at investorens utbetaling blir gjennomført via en fondsordning, hvor investoren får tildelt sin betaling før det resterende blir fordelt på gruppemedlemmene.²³²

5 Forholdet mellom grupperepresentanten og gruppemedlemmene ved utmeldingssøksmål

5.1 Ivaretagelsen av gruppemedlemmenes interesser ved utmeldingssøksmål

Tvisteloven har sikkerhetsmekanismer som ivaretar gruppemedlemmenes rettssikkerhet, og virkemidler for å begrense uforsvarlig sakførsel. Grupperepresentanten har gjennom sin rolle et direkte ansvar overfor gruppemedlemmene. Grupperepresentanten er den personen ved utmeldingssøksmål som ivaretar gruppens rettigheter og plikter ved søksmålet jf. § 35-9 første ledd. Dette innebærer blant annet ansvaret for hvilke krav som fremmes, prosessopplegget og inngåelsen av forlik. Grupperepresentanten har det som typisk kan betegnes som partsansvaret ved alminnelige søksmål. Retten sitt ansvar er subsidiært, da deres oppgave hovedsakelig er å sørge for at representanten oppfyller sine forpliktelser og at søksmålsprosessen er forsvarlig.

5.2 Valg av grupperepresentant

Retten utpeker grupperepresentanten gjennom kjennelse jf. § 35-4 andre ledd bokstav e. Både motparten og gruppemedlemmene har mulighet til å anke domstolens kjennelse.²³³ Når retten utpeker grupperepresentanten må de legge vekt på om grupperepresentanten er egnet til å gjennomføre sine oppgaver på en god måte jf. § 35-9 tredje ledd annet punktum.

Hvordan grupperepresentanten er forventet å gjennomføre sine oppgaver på «en god måte» er ikke åpenbart. Forarbeidene presiserer at representanten må kunne «drive frem» søksmålet på en ordentlig måte, noe som heller ikke er særlig retningsgivende.²³⁴ Juridisk litteratur peker på

²³¹ Saulnier, Koronthalyova & Müller (2021) s. 19; 2020/2130(INL) artikkel 13 og artikkel 16 bokstav d jf. f.

²³² Saulnier, Koronthalyova & Müller (2021) s 19, 23.

²³³ NOU 2001: 32 B s. 995; Berg & Nordby (2012) s. 143.

²³⁴ NOU 2001: 32 B s. 995; Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 497.

at det er viktig at grupperepresentanten oppfyller de økonomiske forutsetningene etter § 35-9 tredje ledd annet punktum og 35-12 første ledd, og er i en sammenlignbar stilling som de andre gruppe medlemmene. Som en forlengelse av dette er det viktig at representanten ikke har særinteresser i det aktuelle søksmålet som kan gå på bekostning av gruppe medlemmenes interesser.²³⁵

Ved utnevning av grupperepresentant må retten foreta en forholdsvis inngående prøving av grupperepresentantens egnethet. Forarbeidene hentyder at det kan foretas en inngående prøving av grupperepresentantens økonomiske evne.²³⁶ Det økonomiske aspektet er viktig, fordi grupperepresentanten har det hele og fulle kostnadsansvaret.²³⁷ Men det økonomiske momentet alene kan ikke være tilstrekkelig til å fastslå om grupperepresentanten er egnet, eller ei. Retten må forsikre seg om at det ikke oppnevnes en grupperepresentant med særinteresser som skiller seg fra gruppe medlemmenes interesser. Vektlegging av grupperepresentantens egnethet er viktig fordi gruppe medlemmene ikke kan utøve partsrettigheter.

Når retten har besluttet at gruppesøksmålet kan fremmes skal gruppe medlemmene motta varsel om dette jf. § 35-5. Retten har ansvaret for varselets innhold og varslingsmåte, men det er normalt at dette ansvaret tildeles grupperepresentanten jf. § 35-5 tredje ledd.²³⁸ Ved påmeldingssøksmål bidrar varslingsreglene til at innehavere av krav får mulighet til å melde seg på, og får kunnskap om hva gruppeprosess innebærer jf. § 35-5 første og andre ledd. Ved utmeldingssøksmål er varslingsreglene det eneste virkemiddelet som kan gi de med krav innenfor rammen av søksmålet en mulighet til å melde seg ut.

5.3 Utformingen av søksmålet

Erfaring fra andre land har vist at den rammen retten setter for hvilke krav som omfattes av søksmålet og varsling ved utmeldingssøksmål kan skape et avgrensingsproblem jf. § 35-4 andre ledd bokstav a og § 35-5.²³⁹ Det kan som følge av misvisende rammer, eller manglende varsling, oppstå usikkerhet for en del rettssubjekter om de faller innenfor gruppen eller ikke.

²³⁵ Berg & Nordby (2012) s. 144–145 jf. NOU 2001: 32 B s. 995.

²³⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 497; Berg & Nordby (2012) s. 145.

²³⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) pkt. 25.7.1 jf. pkt. 25.7.3.

²³⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 494.

²³⁹ NOU 2001: 32 A s. 493.

Ved hjelp av varslingsreglene gir grupperepresentanten gruppemedlemmene mulighet til å sette seg inn i søksmålet, fremme forslag og synspunkter. Selv om det ikke kommer til uttrykk i tvistelovens kapittel 35 har gruppemedlemmene en mulighet til å bli hørt. Denne muligheten strekker seg imidlertid ikke lengre enn som så, og gruppemedlemmene har ingen mulighet til å styre prosessen.²⁴⁰ Dersom det oppstår interessekonflikter mellom grupperepresentanten og gruppemedlemmene er det viktig at gruppemedlemmene både får kunnskap om dette, muligheten til å uttale seg, og får muligheten til å melde seg ut av søksmålet. Samhandlingen mellom grupperepresentanten og gruppemedlemmene er essensielt for at utmeldingssøksmålet skal fungere i tråd med sitt formål, og det er derfor viktig med en forsvarlig håndtering av varslingsreglene.²⁴¹

Retten skal føre kontroll med grupperepresentantens prosesshandlinger. Retten har en kontinuerlig plikt til å vurdere utmeldingssøksmålets hensiktsmessighet og grupperepresentantens egnethet. Denne plikten gjelder også i etterkant av at retten har truffet kjennelse om at søksmålet kan fremmes. Dersom det foreligger forhold som tilsier at utmeldingssøksmål ikke lenger er hensiktsmessig, eller at grupperepresentanten ikke lenger er egnet, kan retten avvise søksmålet, endre rammene for søksmålet eller utnevne en ny grupperepresentant jf. § 35-4 tredje ledd første punktum og § 35-9 tredje ledd tredje punktum. Av prosessøkonomiske hensyn skal det svært mye til for at retten faktisk vil foreta slike handlinger jo lengre prosessen har gått.

Retten skal ved enhver rettsak drive materiell og formell prosessledelse for at saksbehandlingen skal være forsvarlig, og for at tvisten får en riktig avgjørelse.²⁴² Prosessledelsen må tilpasses det enkelte søksmålet. Motsetningen til rettens prosessledelse er at prosessen som utgangspunkt skal være partsstyrt.²⁴³ Hensynet til at prosessen skal være partsstyrt har en begrenset betydning ved utmeldingssøksmål da prosessen er styrt av én representant, og flertallet av kravshaverne opptrer passivt. Hensynet til å komme frem til et materielt riktig resultat gjennom aktiv prosessledelse er derfor av større betydning. For at utmeldingssøksmål skal være forsvarlig er det derfor sentralt at retten må ha en aktiv rolle.

²⁴⁰ Berg & Nordby (2012) s 139 jf. Schei m.fl. (2007) s. 1620.

²⁴¹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 496.

²⁴² Nærmere om formell og materiell prosessledelse samt saksstyring se Robberstad (2021) s. 209–216.

²⁴³ Robberstad (2021) s. 212.

5.4 Forlik

Tvistelovens kapittel 35 inneholder ingen særbestemmelse om at grupperepresentanten har kompetanse til å inngå forlik på vegne av gruppen. Forlikskompetansen kommer imidlertid indirekte til uttrykk gjennom § 35-5 og § 35-9 første ledd sett i sammenheng med § 35-11 siste ledd første punktum.

Ved inngåelse av forlik er grupperepresentanten forpliktet til å varsle gruppe medlemmene slik at de får anledning til å ta stilling til forliket jf. § 35-5 andre ledd. Selv om det ikke fremkommer uttrykkelig, er det kun mulig å inngå rettsforlik ved utmeldingssøksmål.²⁴⁴ Ved utmeldingssøksmål er det en risiko for at varselet ikke når ut til alle som er omfattet av søksmålet, og retten må derfor godkjenne rettsforlik gjennom kjennelse etter § 35-11 tredje ledd jf. § 35-4 fjerde ledd.

Retten kontroll over inngåelse av rettsforlik ved utmeldingssøksmål kan deles inn i en prosessuell og materiell side.²⁴⁵ Den prosessuelle kontrollen beror på at retten må forsikre seg om at prosessen frem mot forliket har vært betryggende, herunder om gruppe medlemmene har blitt varslet og fått anledning til å melde seg ut.²⁴⁶ Den materielle kontrollen innebærer at retten skal gjennomføre en intensiv kontroll av om forliket er fornuftig.²⁴⁷ For å vurdere om forliket er fornuftig skal retten få nødvendig innsyn i grunnlaget for forliket, og om nødvendig oppnevne en sakkyndig for å bistå i vurderingen.²⁴⁸

Retten kontroll ved inngåelse av rettsforlik ved utmeldingssøksmål kan fungere som en sikkerhetsmekanisme for at gruppe medlemmenes interesser blir ivaretatt. Men det er en risiko for at kontrollen vil være av en mer formell enn reell karakter da det kan være utfordrende å vurdere om et forlik er fornuftig.²⁴⁹ I et langsiktig perspektiv kan det være uheldig for tilliten til retten dersom de ikke løser oppgaven på en tilfredsstillende måte.²⁵⁰

²⁴⁴ Se f.eks. Vangsnes m.fl. (2021) Lovkommentar 5 til § 35-11 tredje ledd.

²⁴⁵ Berg & Nordby (2012) s. 159.

²⁴⁶ NOU 2001: 32 B s. 997; Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 497.

²⁴⁷ NOU 2001: 32 B s. 997; Berg & Nordby (2012) s. 160.

²⁴⁸ Berg & Nordby s. 159 jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 497 og NOU 2001: 32 B s. 997.

²⁴⁹ NOU 2001: 32 A s. 494.

²⁵⁰ NOU 2001: 32 A s. 494.

5.5 Økonomiske forhold

Det forhold at grupperepresentanten ikke kan pålegge gruppemedlemmene økonomiske forpliktelser gjør seg også gjeldende ved utbetaling av det man får anerkjent gjennom dom eller forlik.²⁵¹ Forutsatt at tvisteloven la til rette for at investoren kan få utbytte i gruppemedlemmenes erstatning, foreligger det ingen mekanisme som direkte hindrer at investoren tildeles en uforholdsmessig stor andel.²⁵²

Retten utvidede veilednings- og saksstyringsplikt ved utmeldingssøksmål kan imidlertid beskytte gruppemedlemmenes rett til erstatning. Gjennom prøvingen av grupperepresentantens økonomiske forhold kan retten finne ut om en tredjeparts rett går på bekostning av gruppemedlemmenes interesser. Retten kan avvise søksmålet på bakgrunn av funn ved den inngående prøvingen. I et «fra det mer til det mindre»-perspektiv burde retten ha anledning til å gi investoren og grupperepresentanten en mulighet til å revidere avtalen. Slik kan man både unngå å avvise et ellers holdbart søksmål, og at investoren får en uforholdsmessig stor andel av erstatningen. En slik løsning forutsetter at grupperepresentanten eller investoren pålegges en opplysningsplikt om søksmålsfinansieringsavtalen og dens innhold overfor retten.

Spørsmålet er hvordan man skal balansere hensynet til gruppemedlemmenes rett til erstatning opp mot den domstolstilgangen søksmålsfinansieringen aktualiserer. Her finnes det nok ikke et fasitsvar, men kostnaden for domstolstilgangen søksmålsfinansieringen aktualiserer må ikke være så høy at finansieringen fremstår som et misbruk av forbrukere.

I den komparative oversikten fremgår det at enkelte har et ønske om å innføre en prosentmessig begrensning, mens andre mener problemet kan begrenses gjennom rettens saksstyring og en opplysningsplikt.²⁵³ Det sentrale er at retten må kunne kontrollere at den avtalte godtgjørelsen til investoren ikke er uforholdsmessig høy.

²⁵¹ NOU 2001:32 A s. 495; Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 333.

²⁵² Poncibó & D'Allesandro (2021) s. 90; Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 110.

²⁵³ Se kap. 4.

6 Investorens betydning for utformingen av søksmålet

6.1 Innledning

Investoren har en mulighet til å påvirke utformingen av søksmålet. Dette kan ha betydning for forholdet mellom grupperepresentanten og gruppemedlemmene. Med utformingen av søksmålet sikter jeg til de løsningene grupperepresentanten ønsker å ta under rettergangen, og det utfallet grupperepresentanten ønsker å oppnå på vegne av gruppemedlemmene.²⁵⁴

For det første kan investorens påvirkning ha en betydning for prosessopplegget, herunder hvilke krav, påstander, påstandsgrunnlag og bevis grupperepresentanten fremmer, samt hvordan de blir fremlagt. Kravet er det rettslige forholdet som retten skal treffe en avgjørelse om jf. tvl. § 11-2 første ledd første punktum. Påstanden danner ytterrammen for hva retten kan komme til i henhold til det kravet som er brakt inn for avgjørelse jf. § 11-2 første ledd annet punktum. Påstanden skaper både en kvalitativ (f.eks. rettslig grunnlag for erstatning), og en kvantitativ (f.eks. erstatningsutmåling), grense for kravet.²⁵⁵ Påstandsgrunnlaget er det, eller de, rettsstiftende faktiske forhold grupperepresentanten bygger sin påstand på jf. § 11-2 andre ledd. Spørsmålet er hvordan investoren kan påvirke prosessopplegget, hvilken betydning det har for forholdet mellom grupperepresentanten og gruppemedlemmene, og hvordan man kan håndtere eventuelle negative virkninger.

For det andre kan investorens påvirkning ha betydning for avgjørelsen om å inngå forlik. Her er problemstillingen hvordan investoren kan påvirke avgjørelsen om å inngå et rettsforlik, hvilken betydning det har for forholdet mellom grupperepresentanten og gruppemedlemmene og hvordan man kan håndtere eventuelle negative forhold.

6.2 Investorens betydning for prosessopplegget

6.2.1 Påvirkning av kravet

Investoren velger ut krav som har høy sannsynlighet for god økonomisk avkastning. En tvist kan bestå av flere krav, hvor noen krav kan gi en fortjeneste mens andre er mindre lukrative. For eksempel kan en tvist om ulovlig forurensning materialisere krav om erstatning som kan gi

²⁵⁴ Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 134.

²⁵⁵ Robberstad (2021) s. 339.

avkastning, samt opphør av virksomhet og gjenoppretting som ikke gir det.²⁵⁶ Et annet eksempel er at mangel på en vare i forbrukerforhold kan gi grunnlag for erstatning eller prisavslag som økonomisk kompensasjon, men også retting og omlevering som ikke er egnete krav for en investor.

Det er sannsynlig at investoren velger ut de kravene i tvisten som gir mulighet for økonomisk avkastning, og avstår fra å finansiere andre krav som gruppe medlemmene har en interesse av at skal håndheves. Ved slike tilfeller er det en risiko for at gruppe medlemmene sitter igjen med en liten andel penger, men egentlig hadde foretrukket en avgjørelse som hadde hatt en mer preventiv virkning og gitt en større moralsk kompensasjon.

Risikoen for at investorens interesser går på bekostning av de kollektive søksmålsbehovene er begrenset gjennom tvistelovens regler. Når retten fremmer et utmeldingssøksmål skal de beskrive rammen for krav som omfattes av søksmålet, og forsikre at gruppeprosess er den beste behandlingsmåten jf. § 35-4 andre ledd bokstav a og § 35-2 første ledd bokstav c. Rammen av kravet knytter seg til påstanden, men det er naturlig at retten også vurderer om hensynet til gruppe medlemmene er ivare tatt gjennom det, eller de, krav(ene) som grupperepresentanten fremlegger.

Utmeldingssøksmål skal som enhver annen prosessform være partsstyrt. Retten kan veilede og anbefale grupperepresentanten til å trekke inn flere eller endre krav, men kan ikke kreve at dette blir gjennomført. Dersom de fremlagte kravene ikke ivaretar gruppe medlemmene sine interesser vil ikke utmeldingssøksmålet være en hensiktsmessig prosessform, og retten kan beslutte å avvise søksmålet.

Retten kan imidlertid komme i et dilemma om hva som er best av å avvise et utmeldingssøksmål – eller å godta at gruppe medlemmene får håndhevd sin rett, selv om kravene ikke fullt ut ivaretar deres interesser. Dersom søksmålet fremmes er varslingsreglene et viktig redskap for at gruppe medlemmene skal kunne ta avgjørelsen av om å forbli i gruppen, til tross for de kravene som har blitt fremmet. Gruppe medlemmene kan dermed ta en selvstendig avgjørelse av om utmeldingssøksmålet faktisk er i deres interesse.

²⁵⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) pkt. 25.4.2.

Å utelukkende støtte seg på varslingsreglene er til dels problematisk da det er en risiko for at man ikke når ut til alle gruppemedlemmene, og at disse derfor ikke får anledning til å ta en reell og informert avgjørelse om å bli eller melde seg ut av søksmålet. I den komparative oversikten har dette problemet blant annet blitt forsøkt håndtert gjennom å foreslå regulering som stadfester at søksmålsfinansiering ikke kan føre til at man viker fra forbrukerinteresser.²⁵⁷ En slik regulering vil ikke være bedre egnet til å løse problemet, sammenlignet med en aktiv domstol som kan veilede, eventuelt avvise søksmålet, dersom gruppemedlemmene sine interesser ikke blir ivaretatt gjennom de fremsatte kravene.

6.2.2 Påvirkning av påstanden

En investor kan ha en interesse av å legge opp til det mest kostnadseffektive prosessopplegget, og kan gjennomføre dette ved å påvirke den kvalitative rammen påstanden setter for kravet. Investoren kan for eksempel velge å kun finansiere et krav på et gitt rettslig grunnlag, avgrense fra å finansiere andre påstander, og på den måten legge opp til et snevert prosessopplegg. Investorens finansiering kan dermed sette begrensninger for grupperepresentantens ønske om å forfølge kravet på bakgrunn av øvrige påstander.

Et snevert prosessopplegg kan bidra til en konsentrasjon av saken. Slik konsentrasjon kan være både kostnads- og tidseffektivt. Men ved å legge til rette for et snevert prosessopplegg er det en risiko for at de kollektive interessene ved utmeldingssøksmål ikke blir tilstrekkelig ivaretatt. Dette kan for eksempel skje gjennom å avgrense fra prinsipielle påstander eller påstander hvor forbrukervern er i fokus. Et for snevert prosessopplegg kan hemme rettsutvikling og rettsavklaring. Det kan også begrense den handlingsdirigerende og preventive funksjonen utmeldingssøksmål er ment å ha på forbrukerrettsområdet.

Når retten skal beskrive rammen for krav som omfattes av gruppesøksmålet etter § 35-4 andre ledd bokstav a, skal ikke retten utelukkende se på kravet – men også «rammen», herunder de kvalitative og kvantitative rammene påstanden(e) setter for kravet. Rettens avgjørelse må ligge innenfor de påstander partene har nedlagt, men ved utmeldingssøksmål har retten altså en sentral rolle ved avgjørelsen av søksmålets rammer.

²⁵⁷ 2020/1828/EU art. 10 andre ledd bokstav a.

I juridisk litteratur fremgår det at retten ikke kan utvide rammene for søksmålet etter § 35-4 andre ledd bokstav a, men at dette er uten særlig betydning da retten har anledning til å utvide rammen etter § 35-4 tredje ledd for å forsikre at utmeldingssøksmål er en hensiktsmessig prosessform.²⁵⁸ En slik utvidelse bør imidlertid komme så tidlig som mulig slik at retten ikke opptrer i strid med § 11-2 første ledd annet punktum. Dersom en slik utvidelse er nødvendig bør retten gjennomføre utvidelsen gjennom aktiv veiledning etter § 11-5.²⁵⁹ Hvorvidt det er nødvendig å utvide rammen for søksmålet vil også være et relevant moment i vurderingen av vilkåret om § 35-2 første ledd bokstav c.

Spørsmålet om det er lagt opp til et for snevert prosessopplegg er et forhold som vil fremkomme under saksforberedelsen til hovedforhandlingen. Og da retten har en særlig aktiv rolle under saksforberedelsen av utmeldingssøksmål kan retten begrense ulempene med et snevert prosessopplegg ved å utvide kravets kvalitative rammer. Siden dette må skje gjennom veiledning av grupperepresentanten, er det likevel ingen garanti for at grupperepresentanten faktisk utvider påstanden. Men dersom alternativet er å avvise søksmålet kan retten i realiteten pålegge investoren og grupperepresentanten et ultimatum, hvor de kan presses til å utvide påstanden av hensyn til gruppe medlemmene.

I den komparative oversikten er det fremmet et forslag om å forby påvirkning fra investoren, blant annet for å begrense risikoen for at søksmålsfinansiering fører til et for snevert prosessopplegg.²⁶⁰ Et slikt forslag vil tilsi at investoren kun kan bidra økonomisk. Dette vil imidlertid ikke løse problemet, fordi en slik påvirkning kan skje indirekte. Investoren kan inngå en avtale om å finansiere X krav på Z grunnlag. Investoren vil ikke hindre grupperepresentanten å legge ned alternative påstander, men på grunn av en mangel på økonomiske ressurser er det sannsynlig at grupperepresentanten ikke kan fremme disse påstandene.

6.2.3 Påvirkning av påstandsgrunnlaget

I tråd med investorens økonomiske interesser kan hen velge å finansiere et krav på bakgrunn av et gitt påstandsgrunnlag. Det vil være billigere å forfølge ett, enn flere påstandsgrunnlag.

²⁵⁸ Berg & Nordby (2012) s. 91; Schei m.fl. (2021) lovkommentar til § 35-4.

²⁵⁹ Berg & Nordby (2012) s. 91; Schei m.fl. (2021) lovkommentar til § 35-4.

²⁶⁰ Kap. 4.

Enkelte påstandsgrunnlag er billigere å forfølge enn andre. Noen påstandsgrunnlag kan være rimeligere å finansiere fordi bevisføringen er enklere, og forutsetter mindre bruk av sakkyndige og andre kostbare undersøkelser. Dersom grupperepresentanten mangler midler til å forfølge andre påstandsgrunnlag vil finansieringen binde grupperepresentantens handlingsfrihet.

En slik indirekte binding av grupperepresentantens handlingsfrihet kan bidra til en konsentrert og ressurseffektiv prosess. Så lenge kravet og påstanden er i tråd med gruppe medlemmene sine interesser fremstår det ikke som et stort problem at investoren velger å finansiere på bakgrunn av et gitt påstandsgrunnlag. Investoren vil ikke finansiere et påstandsgrunnlag kun på bakgrunn av kostnaden, men også fordi det er det påstandsgrunnlaget som har best mulighet til å føre frem – for eksempel fordi det er enklest å belyse gjennom bevisføringen.

En slik investeringsavgjørelse fremstår imidlertid usannsynlig fordi saken gjerne ikke er tilstrekkelig belyst før under hovedforhandlingen.²⁶¹ Rettens avgjørelse må ligge innenfor hovedtrekkene av det partene har påberopt, men under hovedforhandlingen kan retten oppfordre en part til å ta stilling til faktiske spørsmål som er av betydning for saken jf. § 11-5 fjerde ledd. En slik veiledning kan være en indikasjon på at retten har en oppfatning om at et annet påstandsgrunnlag er mer egnet.²⁶² Ved å avgrense fra å finansiere andre påstandsgrunnlag vil dermed investoren svekke sin egen sannsynlighet for avkastning.

Det er usannsynlig at investoren velger å påvirke påstandsgrunnlaget, og ulempen en slik påvirkning medfører fremstår ikke særlig alvorlig.

6.2.4 Påvirkning av bevisene

Investoren kan ha en interesse i at visse bevis fremlegges eller ikke fremlegges. En grunn for dette er at enkelte bevis kan være dyre å fremskaffe, som for eksempel sakkyndigbevis eller bevis som forutsetter dyre undersøkelser. En annen årsak kan være at investoren ønsker å tilbakeholde bevis som er til ugunst for den finansierte saken. Dersom investoren har mulighet til å kontrollere eller påvirke bevisfremleggelsen kan det ha betydning for grupperepresentantens bevismessige forpliktelser.

²⁶¹ Se presumtivt Rt. 2015. s. 385 (30)

²⁶² Se f.eks. Skoghøy (2017) s. 956–961.

Tilbakehold av bevis er ikke en særegen problemstilling ved utmeldingssøksmålsfinansiering. Det kan foreligge flere faktorer som motiverer en part til å holde tilbake bevis, for eksempel at en part vegrer seg for å fremlegge bevis som er til ugunst for egen sak. Norsk sivilprosess begrenser uansett problemet. Grupperepresentanten er pålagt en sannhets- og edisjonsplikt jf. § 21-4 og § 26-5. Advokaten har også en sannhetsplikt etter reglene for god advokatskikk.²⁶³ Hvis en likevel velger å tilbakeholde bevis kan dette ha negative konsekvenser for utmeldingssøksmålet da det kan vektlegges til ulempe for gruppen i bevisvurderingen.²⁶⁴ Ved grove tilfeller kan grupperepresentanten ilegges rettergangsbot etter lov 13 august 1915 nr. 4 om domstolene (domstolloven, dl.) § 202 tredje ledd. Dersom tilbakeholdet oppdages etter rettskraftig dom, kan det være en gjenåpningsgrunn etter tvisteloven § 31-3 første ledd bokstav b og § 31-4 første ledd bokstav a. Tilbakehold av bevis fremstår dermed ikke som et aktuelt problem.

Grupperepresentanten har en rett til å føre de bevis hen ønsker etter tvisteloven § 21-3 første ledd. Manglende finansiering kan likevel sette begrensninger for dette. Investorens påvirkning av de fremlagte bevis kan føre til at prosessopplegget får en annen utforming enn om grupperepresentanten hadde mottatt annen finansiering. Et ønske fra investoren om å begrense ressursbruk på innhenting av bevis kan bidra til at en konsentrasjon av saken. Mer bevis er ikke nødvendigvis hensiktsmessig for en prosessøkonomisk rettergang. Men ved å begrense grupperepresentanten sin rett til å føre de bevis hen ønsker, vil også grupperepresentantens mulighet til å ivareta gruppemedlemmene sine interesser begrenses.

Retten kan i utgangspunktet ikke gå aktivt til veie for å innhente bevis. Domstolen kan imidlertid oppfordre grupperepresentanten til å tilby bevis etter § 11-5 femte ledd, og har en plikt til å supplere bevisførselen dersom gruppen ellers vil lide rettstap – med mindre partene motsetter seg dette jf. § 21-3 andre ledd siste punktum og § 11-2 andre ledd andre punktum.²⁶⁵

For å forsikre at gruppemedlemmenes interesser blir ivaretatt er det viktig at retten sørger for at bevisføringen gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag. I forlengelsen av dette må retten sørge for at det ikke foreligger forhold som begrenser grupperepresentanten sin mulighet til å føre de bevis som er nødvendig. Hvis det foreligger en slik begrensning er det et argument for

²⁶³ RGA pkt. 1.2 jf. advokatforeningen (uå) note 2 til pkt. 1.2.

²⁶⁴ NOU 2001: 32 B s. 947.

²⁶⁵ NOU 2001: 32 B s. 709, 946-947; Skoghøy (2017) s. 968.

at utmeldingssøksmål ikke er den beste prosessformen. Retten burde derfor kjenne til søksmålsfinansieringsavtalen for å forsikre at investorens interesser ikke fører til en uforsvarlig bevisføring.

Investoren påvirker også bevis gjennom å få innsikt og kunnskap om sakens faktiske forhold i «due diligence»-prosessen – uavhengig av om investoren finansierer saken eller ei. Som følge av den allmenne forklarings- og bevisplikten etter § 21-4 kan investoren blir oppnevnt som et vitne for å opplyse om forhold som faller inn under advokatens taushetsplikt etter § 22-5. Taushetsplikten som inngås mellom grupperepresentanten og investoren kan ikke gjøres gjeldende som bevisfritak. Det er derfor sentralt at investoren kategoriseres som en «medhjelper» etter § 22-5 første ledd siste punktum. Dette vil hindre motparten i å benytte investoren for å få innsikt i taushetsbelagte opplysninger til ugunst for gruppen.

6.3 Beslutningen om å inngå rettsforlik

Inngåelse av rettsforlik ved utmeldingssøksmål er en av de vanskeligste avgjørelsene ved utmeldingsprosess. Ansvar for inngåelse av rettsforlik påligger grupperepresentanten på vegne av gruppemedlemmene.²⁶⁶ Det er vanlig at søksmålsfinansieringsavtaler inneholder konkrete forbehold om inngåelse av rettsforlik. Forbeholdet kan gå ut på at den finansierte parten må opplyse om forlik slik at investoren kan gi innspill, eller at investoren mer eller mindre har en vetorett og kan tvinge frem et forlik.²⁶⁷ Inngåelse av rettsforlik ved utmeldingssøksmål er utfordrende i seg selv, og søksmålsfinansieringen kan gjøre øvelsen enda vanskeligere. Investoren sin innflytelse vil utfordre grupperepresentanten sin prosessuelle plikt til å ivareta gruppemedlemmene sine interesser ved avgjørelsen om å godta eller avslå forlikstilbud.

Interessekonflikten mellom gruppen og investoren kan oppstå på grunn aktørenes ulike interesser. Selv om en søksmålsfinansieringsavtale kan bygge på flere ulike utbetalingsmodeller vil investoren sikre seg en avkastningsrett ved inngåelse av forlik. Dersom investoren sin rett til avkastning beror på en multippel av det investerte beløp, eller investoren

²⁶⁶ Poncibò & D'Alessandro (2021) s. 72.

²⁶⁷ Poncibò & D'Alessandro (2021) s. 72 mv henvisninger til kontraktsmodeller fra Profina, Omni Bridgeway og Legial i note 117; ICCA-Queen Mary Task Force (2018) s. 194; ALF (2018) pkt. 11.1.

har et en fastsatt rett til for eksempel 500 kroner i avkastning per gruppemedlem, vil investorens økonomiske interesse være ivaretatt når man når det taket.

Hvis grupperepresentanten blir presentert et forlik på 1 000 kroner per gruppemedlem, og aksepterer dette vil gruppemedlemmene kun sitte igjen med 500 kroner.²⁶⁸ Dersom grupperepresentanten velger å avslå forlikstilbudet kan grupperepresentanten gjennom videre forhandling eller prosess ha en fortjeneste på 2 000 kroner per gruppemedlem dersom saken fører frem, eller 0 kroner dersom de taper saken. Investorer vil normalt sett kun finansiere krav med høy sannsynlighet for å føre frem, altså rundt 70 prosent sannsynlighet eller mer. Det er dermed en god sannsynlighet for at gruppen kan få bedre uttelling ved å fortsette prosessen.²⁶⁹ For grupperepresentanten sin del vil det være økonomisk fornuftig å fortsette prosessen, da det er høy sannsynlighet for at erstatningen er høyere enn 1 000 kroner per medlem, og at de får langt mer utbetalt etter at investoren har fått sitt. For investoren sin del vil det ikke være gunstig å fortsette prosessen, fordi forlikstilbudet ivaretar de økonomiske interessene, og videre prosess innebærer dermed kun en risiko for at fortjenesten går tapt.

Inngåelse av rettsforlik aktualiserer ikke bare økonomiske interessekonflikter, men også ideelle. Inngåelse av forlik innebærer at retten ikke treffer en realitetsavgjørelse. Investoren vil ikke ha en interesse av en realitetsavgjørelse, så lenge de økonomiske interessene ivaretas gjennom forlik. Gruppemedlemmene på den andre siden kan ha interesse i en realitetsavgjørelse som moralsk kompensasjon og fremtidig prevensjon.

Det kan altså oppstå både ideelle og økonomiske interessekonflikter mellom grupperepresentanten og investoren ved inngåelse av forlik. Denne interessekonflikten vil ha negative konsekvenser for gruppemedlemmene dersom investoren har fremforhandlet en vetorett og kan fremtvinge forlik. Det er også en risiko for at grupperepresentanten godtar et forlik på bekostning av gruppemedlemmenes interesser som følge av et oppfyllelsespress eller en lojalitetsplikt overfor investoren.

²⁶⁸ Eksempelet er inspirert av Poncibó og D'Allesandro (2021) s. 72.

²⁶⁹ Scherer, Goldsmith & Flechét (2013) s. 213.

Det kan imidlertid være mange grunner til hvorfor en grupperepresentant velger å godta eller avvise forlikstilbud, for eksempel risikoaversjon eller andre subjektive forhold.²⁷⁰ Investoren har en større emosjonell avstand til søksmålet, og kan forholde seg mer objektiv til prosessrisikoen. Investoren kan dermed forhindre unødvendig prosess ved å presse igjennom et forlik.²⁷¹ Påvirkningsadgangen kan dermed være et prosessøkonomisk gode. Søksmålsfinansiering kan også bidra til at maktforholdet mellom gruppen og motparten utjevnes, et forhold som kan føre til at grupperepresentanten ikke blir presset til å inngå et ugunstig forlik på bakgrunn av press fra motparten.²⁷²

Selv om investoren kan fungere som en objektiv sikkerhetsventil ved avgjørelse om inngåelse av forlik, er ikke det en så stor fordel at det utjevner ulempen påvirkningen kan medføre. For å ivareta gruppemedlemmenes interesser bør ikke investorene ha en vetorett om inngåelse av rettsforlik. Ansvar burde i det hele og fulle være forbeholdt grupperepresentanten som tvisteloven forutsetter jf. § 35-9 første og tredje ledd. Men selv om ansvaret er forbeholdt grupperepresentanten foreligger det fremdeles en risiko for at grupperepresentanten handler i investorens interesser, på bekostning av gruppemedlemmenes interesser, som følge av et oppfyllellespress eller lojalitet overfor investoren. Oppfyllellespresset kan for eksempel oppstå på bakgrunn av frykten for at investoren trekker sin finansiering under prosessen, slik at grupperepresentanten blir stående ansvarlig for kostnadene.²⁷³

Tvisteloven har allerede mekanismer som kan sikre at gruppemedlemmenes interesser ivaretas ved inngåelse av rettsforlik ved utmeldingssøksmål.

For det første kan gruppemedlemmenes interesser ivaretas gjennom varslingsreglene etter § 35-5. Gjennom varsling får gruppemedlemmene mulighet til selv å ta stilling til hvilke konsekvenser rettsforliket vil ha for dem. Medlemmene vil deretter ha mulighet til å melde seg ut dersom de mener rettsforliket ikke ivaretar deres interesser.

For det andre skal retten fungere som en sikkerhetsventil ved inngåelse av rettsforlik ved utmeldingssøksmål jf. § 35-11 tredje ledd. Rettens rolle er viktig, all den tid det er sannsynlig

²⁷⁰ Merknad 4 til ELI/UNIDROIT art. 245.

²⁷¹ Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 135.

²⁷² Merknad 4 til ELI/UNIDROIT art. 245; Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 105.

²⁷³ Jackson (2010) s. 119; Poncibó & D'Allesandro (2021) s. 82.

at ikke alle gruppemedlemmer nås gjennom varslingsreglene – og at enkelte mangler vilje eller evne til å sette seg inn i forliket og dets følger.

Men hverken varslingsreglene eller rettens kontroll av rettsforlik vil være egnet til å ivareta gruppemedlemmenes interesser dersom ikke grupperepresentanten pålegges en plikt til å opplyse om søksmålsfinansieringsavtalen og dets innhold. Dersom gruppemedlemmene ikke får vite hvilken betydning investoren har for deres rettsstilling ved forlik, vil deres svake stilling bli ytterligere svekket. Det er sentralt at gruppemedlemmene blir tildelt en mulighet til å ta en informert beslutning om utmelding.

Dersom retten ikke får innsyn i finansieringsavtalen vil den rettslige kontrollen av rettsforlik ikke være reell, da retten vil foreta sin avgjørelse på et ufullstendig grunnlag. At en tredjepart vil ha prioritet på avkastning på bekostning av de partene som inngår et rettsforlik, vil ha betydning for rettens vurdering av om rettsforliket er fornuftig. Dersom det ikke legges til rette for at domstolen kan gjennomføre en reell kontroll av forlik, vil det gå på bekostning av gruppemedlemmene og tilliten til domstolen.²⁷⁴

7 Utmeldingssøksmålsfinansierings betydning for saksøkte

7.1 Innledning

Ved alminnelige utmeldingssøksmål må saksøkte forholde seg til retten og grupperepresentanten, som gjerne representerer flere tusen gruppemedlemmer. Saksøkte kan se seg tjent med at søksmålet blir organisert som et utmeldingssøksmål.²⁷⁵ Et viktig poeng er at den saksøkte kun behøver å forholde seg til én motpart, som etter loven skal være søkegod.²⁷⁶

At grupperepresentanten mottar søksmålsfinansiering vil fungere som en sikkerhet for at grupperepresentanten er søkegod. Men det forhold at grupperepresentanten mottar søksmålsfinansiering innebærer at saksøkte også må forholde seg til en investor som kan påvirke søksmålets utforming som følge av sin økonomiske interesse i søksmålets utfall.

²⁷⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 335 jf. NOU 2001: 32 A s. 494.

²⁷⁵ Berg & Nordby (2012) s. 21 jf. Robberstad (2009) s. 198.

²⁷⁶ Berg & Nordby (2012) s. 21.

Spørsmålet er hvordan og i hvilken grad investorens påvirkning av gruppens prosessopplegg, rettsforlik og kostnader har en betydning for den saksøkte, og hvordan man kan legge til rette for at påvirkningen ikke går på bekostning av motpartens berettigede interesser som saksøkt.

7.2 Motpartens forhold til grupperepresentantens prosessopplegg

7.2.1 Påvirkning av kravet

Et gjengående argument mot søksmålsfinansiering er risikoen for at investorer finansierer uholdbare og useriøse krav, i et håp om mulig avkastning.²⁷⁷ Dette fremstår som et usannsynlig problem ved utmeldingssøksmålsfinansiering, og det er sannsynlig at den saksøkte er skjermet mot uholdbare krav etter gjeldende rett. For det første er det lite sannsynlig at investorer er villig til å ta en slik risiko.²⁷⁸ For det andre er terskelen for å fremme utmeldingssøksmål høy selv for holdbare krav – og det er lite sannsynlig at retten vil legge til rette for at uholdbare krav fremmes ved godkjenning av utmeldingssøksmålet.

7.2.2 Påvirkning av påstanden

Da investorens interesse ligger i økonomisk utbytte, er det en risiko for at investoren vil påvirke den kvantitative grensen påstanden setter på kravet ved å søke så høy erstatning som mulig. Investoren har interesse i å sette en høy ramme for at det skal fungere som et premiss ved forhandlinger, eller for å forsikre at man ikke setter den kvantitative rammen for lav og dermed går glipp av erstatning. Enhver vil ha en interesse av å ikke sette en for lav ramme for kravet. Men investoren, som har økonomisk vinning som eneste motiv, kan gå lengre enn andre parter ved fastsettelse av kravet.

Saksomkostningsreglene begrenser imidlertid denne risikoen. En part må fullt ut eller i det vesentlige vinne saken for å få erstattet sine saksomkostnader jf. § 20-2 første og andre ledd. Dersom gruppen på bakgrunn av påvirkning fra investoren fremmer en påstand om erstatning på 500 millioner, men kun vinner frem med en erstatning på 100 millioner – er det sannsynlig at grupperepresentanten må bære ansvaret for saksomkostnadene. Det vil for øvrig være en

²⁷⁷ Se bl.a. Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 45–46; Saulnier, Koronthalyova & Müller (2021) s. I f.; ALRC (2018) s. 4.

²⁷⁸ Se f.eks. Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 103.

utfordring å vinne frem med høye erstatningskrav, både ved dom og gjennom forlik, dersom det ikke foreligger rettslige eller faktiske forhold som underbygger kravet.

Det foreligger også en risiko for at investoren ønsker å legge opp til et vidt prosessopplegg, ved å finansiere et større utvalg av påstander som danner en vid kvalitativ ramme for kravet. For eksempel gjennom å ikke bare å finansiere et krav om erstatning på bakgrunn av kontraktansvar, men også på bakgrunn av deliktansvar. Slik finansiering vil komplisere de rettslige og faktiske forholdene i rettssaken. En slik vidløftiggjøring av saken kan føre til at prosessen blir mer ressurskrevende.

Saksomkostningsreglene begrenser risikoen for et vidt prosessopplegg. Dersom grupperepresentanten legger ned flere påstander om det samme kravet, og kun enkelte fører frem, er det sannsynlig at grupperepresentanten selv må bære egne sakskostnader jf. § 20-2 første og andre ledd. Unødvendig vidløftiggjøring av saken kan også straffes gjennom rettergangsbot jf. dl. § 202 tredje ledd.

Selv om rettens avgjørelse må ligge innenfor rammen av de påstandene grupperepresentanten har lagt ned, har retten en plikt til å følge opp saken slik at den effektivt og forsvarlig kan bringes til avslutning jf. § 11-6 første ledd. Ved utmeldingssøksmål kan retten også begrense risikoen for et vidt prosessopplegg gjennom beskrivelsen av rammen for kravet etter § 35-4 andre ledd bokstav a jf. tredje ledd og § 35-2 første ledd bokstav c. Utmeldingssøksmål vil ikke være den beste behandlingsmåten dersom grupperepresentanten legger opp til et unødig vidt prosessopplegg. Hvis finansieringen fører til en vidløftiggjøring kan retten avvise søksmålet.

Det kan imidlertid være en utfordring for retten å vite om det legges opp til et vidt prosessopplegg før saksforberedelsen avsluttes etter § 9-10. På dette tidspunktet kan det være uhensiktsmessig å avvise søksmålet, og retten må bruke sine ressurser for å forsikre en forsvarlig hovedforhandling jf. § 9-11 andre ledd. Gjennom en aktiv veiledning og saksstyring kan retten bidra til en konsentrasjon av saken. En slik konsentrasjon av saken kan forhindre at søksmålsfinansieringen fører til en ressurskrevende prosess.

For at retten skal kunne forsikre at det ikke legges opp til en unødvendig vid prosess burde grupperepresentanten være pålagt en opplysningsplikt om søksmålsfinansieringen og dens

innhold allerede fra det tidspunktet utmeldingssøksmålet fremmes. På denne måten vil retten få mulighet til å se om investeringen fører til en unødvendig vid kvalitativ ramme for kravet.

7.2.3 Påvirkning av påstandsgrunnlaget

Det er lite sannsynlig at investoren vil søke å påvirke påstandsgrunnlaget.²⁷⁹ En påvirkning av påstandsgrunnlaget fremstår i seg selv ikke som et problematisk forhold overfor den saksøkte parten. Selv om grupperepresentanten velger å prosedere på et gitt påstandsgrunnlag vil ikke dette binde den saksøkte. Saksøkte kan selv avgjøre om prosessopplegget er fornuftig eller ikke. At en grupperepresentant velger å prosedere på et gitt påstandsgrunnlag er heller ikke særegent for utmeldingssøksmålsfinansiering, og er dermed et forhold som den saksøkte uansett må forholde seg til.

7.2.4 Påvirkning av bevisene

Det er allerede slått fast at tilbakehold av bevis ikke er et særegent forhold ved søksmålsfinansiering, og at tvistelovens regler begrenser de problemene tilbakehold av bevis overfor saksøkte kunne ha medført.²⁸⁰ Men det er andre måter investoren kan påvirke prosessopplegget gjennom bevispåvirkning. Dette kan følgelig være et problem for saksøkte.

Den saksøkte vil ha et ønske om en kostnadseffektiv prosess. Investorens påvirkning kan gå på bekostning av dette ønsket dersom finansieringen legger til rette for en unødvendig omfattende bevisføring, mange bevisprovokasjoner og bevisbestridelser. Slike prosesshandlinger nødvendiggjør flere kjennelser i søksmålet enn det som i utgangspunktet er nødvendig.

Det er imidlertid tvilsomt at en investor vil legge til rette for unødig vidløftiggjøring av saken, da det ikke er økonomisk lønnsomt. Tvistelovens regler begrenser likevel denne, allerede lave, risikoen. Grupperepresentanten kan bli stående ansvarlig for økte saksomkostninger ved rettslige avgjørelser om bevis tilgang. Retten kan også begrense vidløftiggjøring av saken ved å nekte ført bevis som ikke er egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig, eller begrense bevisføringen hvis det ikke er et rimelig forhold mellom den betydningen tvisten har og omfanget av bevisføringen jf. § 21-7 andre ledd bokstav b og § 21-8 første ledd og andre ledd.

²⁷⁹ Se pkt. 6.2.3.

²⁸⁰ Se pkt. 6.2.4.

Det er mer sannsynlig at investorens påvirkning fører til en konsentrasjon av bevisbildet. Dette kan være en fordel for den saksøkte fordi det er ressurs sparende. En slik konsentrasjon kan oppstå som følge av at investoren er tilbakeholden med å finansiere innhenting av bevis. Det er imidlertid en risiko for at dette kan føre til at saken blir dårligere opplyst, og at retten treffer en realitetsavgjørelse på mangelfullt grunnlag. I likhet med retten vil den saksøkte ha en interesse i at bevisføringen gir et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, slik at retten kan komme frem til et materielt riktig resultat.

Som vist til ovenfor kan domstolen gjennom sin veiledningsplikt legge til rette for at avgjørelsen treffes på et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag.²⁸¹ Dette forutsetter at retten får tilgang til og innsyn i søksmålsfinansieringsavtalen. Innsyn og veiledning er nødvendig for å ivareta interessen til saksøkte ved utmeldingssøksmålsfinansierte saker.

7.3 Inngåelse av rettsforlik med en finansiert grupperepresentant

For saksøkte kan det være problematisk å inngå et rettsforlik med en finansiert grupperepresentant. Terskelen for å inngå rettsforlik ved et søksmålsfinansierte utmeldingssøksmål er høyere enn ved utmeldingssøksmål uten slik finansiering. En finansiert grupperepresentant kan velge å avslå et isolert sett rimelig forlikstilbud for å sikre gruppemedlemmene en bedre kompensasjon etter at investoren har fått tildelt sin del.²⁸² At terskelen for hva grupperepresentanten er villig til å akseptere er høyere vil være uheldig for saksøkte, da det kan gjøre det vanskelig å nå frem til en balansert minnelig løsning.

I og med at terskelen for å inngå forlik er høyere kan det medføre at saksøkte blir presset til å fremme eller inngå et forlik som ikke nødvendigvis er i egne interesser. Ved utmeldingssøksmål kan den saksøkte ha en interesse av å forlike saken for å begrense risikoen for en ressurskrevende prosess, eller for å begrense risikoen for omdømmetap. Uavhengig av grunnen til at saksøkte ønsker å inngå forlik, vil den høyere terskelen gjøre det vanskeligere for partene å komme frem til enighet.

Konsekvensen av at det blir vanskeligere for saksøkte å nå frem med et rimelig forlikstilbud er at saksøkte blir presset til å fortsette en søksmålsprosess som kan være både tids- og

²⁸¹ Som omtalt ved pkt. 6.2.4.

²⁸² Se pkt. 6.3.

ressurskrevende. Dette er et forhold som vil gå på bekostning av hensynet til at utmeldingssøksmål skal være en prosessøkonomisk god måte å behandle mange identiske små krav under ett.

Retten skal vurdere om forliket er fornuftig. Ved vurderingen er hensynet gruppemedlemmene viktig, men det kan stilles spørsmål om retten også skal legge vekt på saksøktes interesser. Rettens kontrollfunksjon er et resultat av gruppemedlemmenes svake rolle. Saksøkte opptrer aktivt i søksmålet, og det er ikke noe som tilsier at retten skal beskytte saksøkte sine interesser ved inngåelse av rettsforlik ved utmeldingssøksmål i større grad enn ved alminnelige søksmål.

Ovenfor er det lagt til grunn at investorens rett til avkastning er et relevant hensyn når retten skal avgjøre om et forlik er fornuftig på vegne av gruppemedlemmene.²⁸³ Men det kan stilles spørsmål om hvordan retten skal håndtere denne problemstillingen. Er det rimelig at retten skal avvise et isolert sett rimelig forlik fordi en tredjepart skal tilkjennes en del av forliket til ulempe for saksøkte? En slik løsning vil være uhensiktsmessig fordi det vil føre til mer prosess. For saksøkte vil det fremstå direkte urettferdig, og kunne svekke tilliten til retten. Men at retten fullt ut skal akseptere at forliket ikke ivaretar gruppemedlemmenes interesser fremstår heller ikke som en fullgod løsning. Dette er et problem som må løses gjennom regulering av forholdet mellom investoren og gruppen, for eksempel gjennom å sette begrensninger på investorens rett til avkastning eller å regulere investorens rolle ved inngåelse av forlik.

Rettens forpliktelser ved forlik er kun knyttet til spørsmålet om et forlik fremmet av partene skal godkjennes. Retten vil i utgangspunktet ikke ha noe å si der en part velger å avslå et forlik. Rettens rolle ved inngåelse av forlik vil dermed ikke forhindre at rimelige forlikstilbud avslås. Rettens utvidede kompetanse vil heller ikke forebygge risikoen for unødvendig prosess.

Tvistelovens saksomkostningsregler kan imidlertid begrense problemet med avslag av rimelige forlikstilbud. Etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd kan den tapende part helt eller delvis fritas for erstatningsansvar for saksomkostningene hvis tungtveiende grunner gjør det rimelig. Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på om den vinnende part kan bebreides for å ha avslått et rimelig forlikstilbud jf. § 20-2 tredje ledd bokstav b. Ved vurderingen skal retten

²⁸³ Se pkt. 6.3.

sammenligne resultatet som ble oppnådd i saken opp mot det tilbudte forlikstilbudet, og om tilbudet ble fremsatt så tidlig at det vesentligste av saksomkostnader kunne vært unngått.²⁸⁴ Risikoen for at gruppen ikke får erstattet sine saksomkostninger vil være et effektivt virkemiddel for å unngå at søksmål dras ut, og at rimelige forlikstilbud avslås til ulempe for saksøkte.

Retten vurdering etter § 20-2 tredje ledd bokstav b vil naturligvis være forskjellig dersom retten er klar over at grupperepresentanten har avslått et rimelig forlikstilbud på grunn av investorens rett til avkastning, kontra om søksmålsfinansieringen holdes skjult. Forutsatt at grupperepresentanten er pålagt en opplysningsplikt vil rettens avgjørelse etter § 20-2 tredje ledd bokstav b være en utfordrende øvelse. I likhet med vurderingen av om et rettsforlik skal avvises eller godtas, må retten veie hensynet til gruppemedlemmene opp mot hensynet til saksøkte.

Avslag av rimelige forlikstilbud vil ikke bare være en byrde for saksøkte, men også være i strid med de prosessøkonomiske hensyn som begrunner utmeldingssøksmål. Det kan være mange grunner til å avslå forlik. Saksomkostningsreglene burde likevel ikke verne om den parten som fortsetter en unødvendig prosess, dersom søksmålet kunne ha blitt avgjort gjennom forlik. Paragraf 20-2 tredje ledd bokstav b burde derfor praktiseres som forutsatt for å begrense risikoen for unødvendig prosess.

At grupperepresentanten må bære ansvaret for saksomkostningene som følge av investorens betydning for avgjørelsen om inngåelse av rettsforlik, fremstår imidlertid ikke som en løsning uten betenkeligheter. Dette er også et problem som må løses gjennom regulering av forholdet mellom investoren og gruppen.

7.4 Fordeling av merutgifter som knytter seg til søksmålsfinansiering

Etter tvisteloven § 20-2 første ledd jf. § 20-5 første punktum har den vinnende part som hovedregel krav på å få sine nødvendige kostnader ved saken erstattet av den tapende parten. Parten har dermed en rett til å få dekket de omkostningene som skyldes arbeid, og annet som

²⁸⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 445.

har vært rimelig å utføre, med henblikk på at partens interesser i saken skal være ivaretatt på en god og forsvarlig måte.²⁸⁵

Det er allerede avklart at søksmålsfinansiering kan fordyre prosessen gjennom påvirkning av søksmålets utforming, men dette er kostnader som kan oppstå og variere uavhengig av om søksmålet mottar søksmålsfinansiering.²⁸⁶ Spørsmålet her er om søksmålsfinansieringen gir flere kostnader enn om saken hadde vært finansiert på en annen måte, og om saksøkte kan bli stående ansvarlig for slike merutgifter. Det kan være vanskelig å fastslå om søksmålsfinansiering medfører merkostnader, da den ikke faktureres, og gevinsten kommer fra erstatningsbeløpet.

I underrettspraksis og litteraturen har det allerede blitt slått fast at utgifter til søksmålsfinansiering faller utenfor saksomkostningsbegrepet etter tvistelovens regler, og utenom hva som kan antas å utgjøre et adekvat tap etter alminnelige regler.²⁸⁷ Disse betraktningene knytter seg imidlertid til kostnaden for investorens finansieringstjeneste – altså investorens rett til avkastning ved positivt utfall. Etter gjeldende rett må grupperepresentanten stå ansvarlig for denne kostnaden.

Men, det er ikke kun investorens rett til avkastning som er å anse som en merkostnad ved søksmålsfinansiering. Etter § 35-13 har grupperepresentanten krav på godtgjøring for sitt arbeid, herunder godtgjøring til gruppens prosessfullmektig og dekning av dennes utgifter. Søksmålsfinansiering vil antakelig forutsette en økt arbeidsinnsats fra grupperepresentanten, som grupperepresentanten etter ordlyden i § 35-13 første ledd kan kreve godtgjøring for. Etter § 35-13 andre ledd kan grupperepresentanten kreve at gruppens motpart dekker disse utgiftene i den utstrekning denne ilegges ansvar for sakskostnader.

Hverken loven eller forarbeidene gir gode holdepunkter for hvordan man skal beregne grupperepresentantens rett til godtgjøring.²⁸⁸ Schei m.fl. gir uttrykk for at grupperepresentanten må gis en rimelig godtgjøring ut fra nødvendig arbeid og krav til kompetanse.²⁸⁹ Berg og Nordby

²⁸⁵ NOU 2001:32 B s. 933.

²⁸⁶ Se pkt. 6.2 og 7.2.

²⁸⁷ Endresen & Aasbrenn (2019) s. 372 jf. Oslo tingretts dom 5. juni 2018 16-094601TVI-OTIR/08 s. 106-108.

²⁸⁸ NOU 2001: 32 B s. 997-998.

²⁸⁹ Schei m.fl. (2021) lovkommentar til § 35-7.

mener at man må ta utgangspunkt i hva som er vanlig vederlag for en slik tjeneste, og at vurderingen ikke tilsvarer retten parten har til å kreve «rimelig» godtgjøring for egen innsats etter § 20-5 første ledd tredje punktum.²⁹⁰

Det er relativt lite praksis om grupperepresentantens arbeid, og det er derfor vanskelig å fastslå hva som er vanlig vederlag for en slik tjeneste. En sentral del av grupperepresentantens nødvendige arbeid er å innhente tilstrekkelig finansiering. Uten denne innsatsen fra grupperepresentanten vil ikke utmeldingssøksmålet bli en realitet. Siden det ikke foreligger noen klare retningslinjer for hva som faller innenfor og utenfor grupperepresentantens godtgjøring, er det ikke noe som setter klare sperrer for å utelukke godtgjøring for ekstra innsats som følge av søksmålsfinansieringsavtalen. Merknader som knytter seg til grupperepresentantens arbeid med søksmålsfinansieringen bør dermed kunne kreves av saksøkte.

Søksmålsfinansiering kan også medføre høyere advokatutgifter, fordi advokaten får ytterligere forpliktelser enn ved søksmål som ikke mottar slik finansiering. Advokaten kan for eksempel være ansvarlig for å bistå investoren ved avgjørelsen om søksmålet skal finansieres, og få i oppgave å holde investoren orientert om søksmålet under rettergangsprosessen. Dette er også kostnader grupperepresentanten kan kreve godtgjøring for etter § 35-13 første og andre ledd.

Ifølge rettspraksis og juridisk litteratur vil ikke vurderingen i § 35-13 være tilsvarende vurderingen om «nødvendige kostnader» etter § 20-5.²⁹¹ Etter § 20-5 skal den vinnende parten få dekt de kostnadene som har vært rimelig å pådra seg, herunder de økonomiske utgiftene. Opportunitetskostnader og andre personlige kostnader faller utenfor.²⁹² I vurderingen om motparten skal dekke kostnader etter § 35-13 må retten ta utgangspunkt i de normer som gjelder for salærberegning. Prosessfullmektigen skal få betalt i forhold til arbeidsinnsats, de kutymer og den praksis som foreligger for beregning av salæret.²⁹³ Vurderingen etter § 35-13 er dermed snevrere enn § 20-5, og dersom godtgjøring etter § 35-13 fører frem vil motparten måtte erstatte tapet på grunn av saksomkostningsansvaret.

²⁹⁰ Berg & Nordby (2012) s. 171, men se Vangsnes m.fl. (2021) Lovkommentar 1 til § 35-13 første ledd.

²⁹¹ Rt. 2006 s. 927 U.; Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 374; Berg & Nordby s. 173.

²⁹² Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 447.

²⁹³ Rt. 2006 s. 927 U.; Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 374; Berg & Nordby s. 173.

Utover betraktningen om at finansieringskostnadene ikke kan kreves erstattet av saksøkte, finnes det ingen direkte normer knyttet til økte advokatutgifter som følge av søksmålsfinansiering. Men til sammenligning vil det ikke være mulig å få dekt kostnader advokaten har hatt i forbindelse med utenrettslige inkassokostnader, eller andre kostnader med en mer indirekte tilknytning til det aktuelle søksmålet.²⁹⁴ Selv om advokatens forpliktelser ved søksmålsfinansiering kan være en nødvendig forutsetning for å få fremmet søksmålet, bør slike kostnader falle utenfor sakskostnadsbegrepet fordi kostnadene har en indirekte tilkobling til søksmålet. Rettslig bistand til finansiering av søksmålet er ikke innenfor de kutymer og praksis som foreligger for beregning av salær. Motparten kan dermed ikke bli stående ansvarlig for økte advokatutgifter som følge av søksmålsfinansiering.

Etter gjeldende rett er det dermed en relativ liten sannsynlighet for at motparten kan pålegges noen særlige merutgifter som følge av at utmeldingssøksmålet er søksmålsfinansiert. Saksomkostningsreglene skal imidlertid dekke de kostnadene som har vært rimelig å påføre, med henblikk på at partens interesser i saken skal være ivaretatt på en god og forsvarlig måte. Når det er dette som begrunner saksomkostningsreglene kan det stilles spørsmål til om ikke det hadde vært rimelig at motparten, i enkelte tilfeller, kunne ha blitt pålagt et større ansvar. Dette er en problemstilling den komparative oversikten ikke gir et entydig svar på.²⁹⁵ Det er derfor usikkert hvordan andre land og internasjonale organer forholder seg til merkostnader som oppstår som følge av søksmålsfinansiering.²⁹⁶ Internasjonal voldgiftsrett har imidlertid åpnet for at søksmålsfinansierte parter i en viss utstrekning kan få erstattet finansieringskostnader som er nødvendig for å få håndhevd sin rett på en forsvarlig måte.²⁹⁷

Utover saksomkostningsreglene i norsk rett kan en part bli pålagt et materielt erstatningsansvar for saksomkostnader ved «misbrukstilfeller», der et ugrunnet søksmål er fremmet i skadehensikt eller ut fra andre ikke beskyttelsesverdige interesser.²⁹⁸ Høyesterett har presisert at «misbrukstilfeller» ikke er begrenset til dette. Det kan stilles spørsmål til om merutgifter kunne ha blitt krevd dekt av motparten dersom søksmålsfinansiering var nødvendig for å fremme

²⁹⁴ Skoghøy (2017) s. 1356 mv henvisninger.

²⁹⁵ Kapittel 4.

²⁹⁶ Det utvalget av internasjonale og utenlandske kilder som er omtalt i kapittel 4.

²⁹⁷ [2021] EWCH 3301 (Comm) og [2016] EWCH 2361 (Comm).

²⁹⁸ Rt. 2015 s. 385 A; se også Skoghøy (2017) s. 1327; Backer (2020) s. 516; Rt. 1994 s. 1430 A på side 1436.

utmeldingssøksmålet. Et slikt resultat kan vært rimelig dersom den saksøkte klart har spekulert i at kravene ikke ville håndheves som følge av den høye søksmålsterskelen, og samtidig vært klar over at kravene både er holdbare og rettmessige. En slik rettstilstand har en viss nærhet til rettstilstanden i internasjonal voldgiftsrett etter engelske voldgiftssaksomkostningsregler, som for øvrig har en nær tilknytning til andre voldgiftsregler som ICC Arbitration Rules.²⁹⁹

Per dags dato foreligger det ikke eksempler fra rettspraksis hvor en part har fått erstatning for slik misbruk, og muligheten for å få dekt merutgifter til søksmålsfinansiering på bakgrunn av en regel med lite fofeste i norsk rett er forholdsvis spekulativt. Men en slik løsning kunne ha vært praktisk av flere grunner.

For det første vil den være begrenset til de tilfellene der søksmålsfinansiering er nødvendig og den saksøkte har misbrukt sin sterke rolle. En slik regel ville dermed ikke føre til at maktforholdet mellom gruppen og saksøkte blir omrøkt, slik at gruppen for eksempel kunne ha presset motparten inn i et forlik. For det andre ville det gitt et økt vern til forbrukere, både gjennom den prosessdirigerende funksjonen økte kostnader kan ha, og ved å sikre forbrukere en rett til høyere erstatning ved klare misbrukstilfeller. For det tredje vil det være en snever unntaksregel, og dermed begrense risikoen for en økning av rettergangskostnader. Det fremstår dermed som en pragmatisk løsning som balanserer hensynet til «access to justice», og hensynet til saksøktes interesse om begrensning av kostnader.

8 Søksmålsfinansiering av organisasjonsutmeldingssøksmål

8.1 Innledning

Investorens økonomiske interesser gjør seg gjeldende i like stor grad ved organisasjonsutmeldingssøksmål som ved utmeldingssøksmål. Ved finansiering av organisasjonsutmeldingssøksmål inngår investoren en finansieringsavtale med en organisasjon, og ikke en fysisk grupperepresentant som ved alminnelig utmeldingssøksmålsfinansiering. Dette medfører at maktforholdet mellom tilbyderer av finansiering og grupperepresentanten utjevnes – et forhold som i seg selv kan begrense de problemene søksmålsfinansiering kan gi

²⁹⁹ Arbitration Act 1996; Henriques (2016).

opphav til.³⁰⁰ I tillegg kan det være enklere for organisasjoner å motta finansiering på andre måter, som helt eller delvis erstatter søksmålsfinansiering.³⁰¹

I det følgende vil jeg kort drøfte hvordan og hvilken betydning investoren har for gruppemedlemmenes og saksøktes berettigede interesser ved finansiering av organisasjonsutmeldingssøksmål.

8.2 Prosessopplegget ved finansiering av organisasjonsutmeldingssøksmål

Dersom investoren kun er villig til å finansiere ett, eller et utvalg av flere mulige krav ved et organisasjonsutmeldingssøksmål, vil organisasjonen ha en større mulighet til å innhente ressurser for å finansiere øvrige krav. Det er dermed en begrenset risiko for at søksmålsfinansieringen fører til at det blir fremmet krav som ikke ivaretar hensynet til gruppemedlemmene. For saksøkte vil ikke investorens påvirkning av sakens krav medføre noen ytterligere ulemper enn ved utmeldingssøksmål med en fysisk grupperepresentant.

Ved finansiering av organisasjonsutmeldingssøksmål er det et mer balansert maktforhold mellom investoren og grupperepresentanten. Dette innebærer at det er en mindre risiko for at investoren vil presse grupperepresentanten til å foreta prosesshandlinger som ikke er i gruppemedlemmenes interesser. Grupperepresentanten vil også ha et mindre behov for annet enn økonomisk bistand fra investoren fordi organisasjonen gjerne sitter på egne faglige ressurser. I tillegg har organisasjoner gjerne bedre forutsetninger enn fysiske grupperepresentanter til å ta beslutninger om prosessopplegget, da organisasjonen sjeldent vil ha særinteresser i søksmålsgjenstanden.

For motparten vil det fremdeles foreligge en risiko for et vidt prosessopplegg. Det balanserte maktforholdet reduserer imidlertid risikoen da investoren får en begrenset mulighet til å påvirke utformingen av søksmålet. Søksmålsfinansiering av organisasjonsutmeldingssøksmål utgjør altså ikke en større risiko for et vidt prosessopplegg, enn det som foreligger ved ethvert annet søksmål.

³⁰⁰ Hodges, Pyesner & Nurse (2012) s. 135.

³⁰¹ Se f.eks. Alarmkundeforeningen (2021).

8.3 Rettsforlik ved organisasjonsutmeldingssøksmål

Det er ikke tvilsomt at det kan oppstå en interessekonflikt mellom organisasjonen og investoren om hva som er et gunstig forlik, på samme måte som ved alminnelig utmeldingssøksmålsfinansiering. Styrkeforholdet gjør det imidlertid mindre sannsynlig at investoren kan presse organisasjonen inn i et forlik som ikke ivaretar gruppemedlemmenes interesser. Organisasjonen vil også ha et mindre behov for uavhengig rådgivning fra investoren om forliket er gunstig, da organisasjonen allerede har forutsetninger til å ta et mer upåvirket valg enn en fysisk grupperepresentant.

Så lenge investoren har en rett til avkastning ved inngåelse av forlik vil terskelen for inngåelse av forlik vil være høyere, til ulempe for saksøkte. Det er imidlertid ingen mekanismer i tvisteloven som begrenser dette problemet, utover saksomkostningsreglene.³⁰²

8.4 Saksomkostnader ved organisasjonsutmeldingssøksmål

Søksmålsfinansiering av organisasjonsutmeldingssøksmål vil også gå på bekostning av gruppemedlemmene sin rett til full erstatning. Organisasjonen kan imidlertid begrense risikoen for at investoren tildeles en uforholdsmessig stor andel av gruppemedlemmene sin erstatning ved at styrkeforholdet mellom partene er mer balansert ved inngåelse av finansieringsavtalen.

For saksøkte innebærer søksmålsfinansiering av organisasjonsutmeldingssøksmål samme risikoen for merkostnader. Men dersom organisasjonsutmeldingssøksmålet blir ført av et offentlig organ er det kanskje mindre naturlig å kreve godtgjøring.³⁰³

9 Regulering av søksmålsfinansiering

9.1 Innledning

Søksmålsfinansiering har sin opprinnelse i England. I Lord Justice Rupert Jackson sin «Review of Civil Litigation Costs: Final Report», som var med å åpne for søksmålsfinansiering i England innrømmer Jackson at det vil komme et tidspunkt hvor det vil være nødvendig å regulere søksmålsfinansiering.³⁰⁴ Når rapporten ble skrevet var søksmålsfinansieringsmarkedet i England i en tidlig fase, slik den er i Norge per dags dato. Med tanke på hvor lite utbredt

³⁰² Som omtalt i pkt. 7.3.

³⁰³ Berg & Nordby (2012) s. 170.

³⁰⁴ Jackson (2010) s. 463–467 jf. Jackson (2011) s. 2-3; se også Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 131–132.

utmeldingssøksmålsfinansiering er i Norge foreligger det enda ikke et akutt behov for å regulere det.

I likhet med de landene og organisasjonene jeg har presentert i oppgavens komparative oversikt, mener jeg at norsk rett burde åpne for søksmålsfinansiering av utmeldingssøksmål.³⁰⁵ Gruppessøksmålsinstituttet er i seg selv ikke tilstrekkelig for å ivareta det kollektive søksmålsbehovet.³⁰⁶ Som følge av en mangel på finansiering er søksmålsterskelen fremdeles for høy. Uten finansiering er det lite sannsynlig at gruppessøksmålsinstituttet vil få noen praktisk betydning i norsk rett. Da det det kan være en utfordring for fysiske grupperepresentanter å hente finansiering fra andre kilder, vil søksmålsfinansiering kunne øke «access to justice», og være et bidrag til å gjøre håndhevingen av små krav reell.³⁰⁷

I Australia ble søksmålsfinansiering tatt i bruk på grunn av problemet med å finansiere gruppessøksmål.³⁰⁸ Australsk rett har imidlertid vært svært tilbakeholden med å regulere søksmålsfinansiering, til tross for den utviklingen den har hatt. Denne mangelen på regulering har ført til en situasjon der investoren kan overta den reelle kontrollen over søksmålet. Overføring av kontroll fra advokat og grupperepresentant til en investor, har vist seg å gå på bekostning av gruppemedlemmenes og saksøktes berettigede interesser. Det er viktig at slike forhold ikke gjør seg gjeldende i norsk rett.

Å legge til rette for at markedet kan regulere seg selv slik som England har lagt til rette for, kan være en delvis løsning. Men å utelukkende bygge på selvregulering kan ikke være tilstrekkelig.³⁰⁹ For det første forutsetter selvregulering medlemskap i en organisasjon som ALF, og enkelte selskap kan velge å holde seg utenfor.³¹⁰ For det andre viser ALF at det kan være en utfordring å håndheve reguleringen som følge av utilstrekkelige håndhevingsmekanismer.³¹¹ For det tredje opererer søksmålsfinansieringsselskap på tvers av landegrenser. Selvregulering vil ikke være like egnet til å håndtere problemer med transnasjonal finansiering som statlig

³⁰⁵ Se kap. 4.

³⁰⁶ Se pkt. 3.1.

³⁰⁷ Se f.eks. merknad 1 til ELI/UNIDROIT art. 245; 2020/2130(INL) forord pkt. 2; avhandlingens pkt. 3.3.

³⁰⁸ Se pkt. 4.3.

³⁰⁹ 2020/2130 (INL) forord pkt. 3; Poncibó & D'Alessandro (2021) s. 84–85; Jackson (2010) s. 463–467.

³¹⁰ Mulheron (2014) s. 577.

³¹¹ ALF (2017) pkt. 25.

regulering.³¹² For det fjerde opererer søksmålsfinansieringsselskap i rettsprosessen, i kjernen av rettsstaten, hvor tilliten fra befolkningen er essensielt. Å utelukkende stole på selvregulering for å forsikre en forsvarlig rettsprosess kan bli ansett som en ansvarsfraskrivelse fra statens side.

Norsk rett legger til en viss grad til rette for at søksmålsfinansiering av utmeldingssøksmål har en hensiktsmessig funksjon.³¹³ Men avhandlingen viser likevel at søksmålsfinansiering kan føre til enkelte problemer som ikke er håndtert på en hensiktsmessig måte. Det er derfor nødvendig å finne en balansert tilnærming som legger til rette for at søksmålsfinansiering kan øke «access to justice», samtidig som det innføres et sikkerhetsnett som håndterer de problemene søksmålsfinansiering reiser.³¹⁴

9.2 Regulering av utmeldingssøksmålsfinansiering

For at utmeldingssøksmålsfinansiering skal være mulig må det innføres en endring som tillater grupperepresentanten å kreve dekning fra gruppe medlemmenes erstatningsutbytte. Den totale erstatningen bør legges inn i et gruppefond, hvor investoren kan ta seg betalt i den erstatningen som tilkommer medlemmene i utmeldingssøksmålet – før det resterende fordeles på gruppe medlemmene.³¹⁵ En slik endring går på bekostning av gruppe medlemmene sin rett til full erstatning, men er nødvendig for at kravene skal håndheves. Denne endringen vil være akseptabel så lenge det innføres en mekanisme som hindrer at investoren får en uforholdsmessig stor andel av gruppe medlemmene sin erstatning.³¹⁶

Etter gjeldende rett er hverken grupperepresentanten eller investoren pålagt å opplyse om at søksmålet mottar søksmålsfinansiering.³¹⁷ Grupperepresentanten og investoren burde pålegges en opplysningsplikt om at utmeldingssøksmålet er søksmålsfinansiert fra det tidspunktet søksmålet blir fremmet for retten. Slik kan retten ta søksmålsfinansieringsavtalen i betraktning ved avgjørelsen om utmeldingssøksmålet skal fremmes eller avvises.³¹⁸ Opplysningsplikten

³¹² 2020/2130(INL) forord pkt. 1.

³¹³ Som omtalt i kapittel 5 til 7.

³¹⁴ Poncibó & D'Alessandro (2021) s. 88.

³¹⁵ Som foreslått i merknad 3 til ELI/UNIDROIT art. 215 og Saulnier, Koronthalyova & Müller (2021) s. 23; Poncibó & D'Alessandro (2021) s. 90.

³¹⁶ F.eks. etter modell fra ELI/UNIDROIT art. 245 andre ledd; 2020/2130(INL) art. 16 første ledd bokstav d.

³¹⁷ Nordby m.fl. (2021) Disclosure; Kristiansen (2021) s. 22 note 117

³¹⁸ Som anbefalt i ELI/UNIDROIT art 238 tredje ledd jf. art. 245 første og fjerde ledd; Poncibó & D'Alessandro (2021) s. 86; Saulnier, Koronthalyova & Müller (2021) s. 21; 2020/2130(INL) art. 11 og 12; 2020/1828/EU art.

burde omfatte både hvem investoren er og innholdet i finansieringsavtalen etter modell fra ELI/UNIDROIT.³¹⁹ Retten burde ha mulighet til å videreformidle opplysninger til den saksøkte i den grad det er nødvendig for å unngå interessekonflikter, men ikke i så stor utstrekning at den saksøkte får en strategisk fordel som følge av opplysningene.³²⁰

Opplysningsplikten er nødvendig for at retten skal kunne utøve sine forpliktelser, som er uunnværlig for ivaretagelsen av grupperepresentantens, gruppemedlemmenes og saksøktes interesser ved utmeldingssøksmål. Som det har kommet frem av avhandlingen vil rettens veiledning- og saksstyringsplikt ved utmeldingssøksmål kunne begrense de problemene søksmålsfinansiering medfører, men dette forutsetter at retten er opplyst om søksmålsfinansieringen og dens betydning fra starten av prosessen.³²¹

Investorens adgang til å påvirke utmeldingssøksmålet har mottatt mye oppmerksomhet fra internasjonale og utenlandske kilder.³²² Retten kan til en viss grad begrense risikoen for en utilbørlig påvirkning ved å avvise søksmålet, bytte grupperepresentanten, endre rammen for kravet som omfattes av søksmålet eller gjennom aktiv prosessledelse. Dette er imidlertid for det meste hensiktsmessig ved starten av en søksmålsprosess. Det trengs en uttrykkelig bestemmelse om mer veiledning som en del av tvistelovens regler om gruppesøksmål for å forhindre utilbørlig påvirkning av prosessopplegget og forlik.³²³ En slik regulering vil også virke preventivt, og bidra til god prosessøkonomi, ved at retten får en økt mulighet til å føre kontroll med søksmålsfinansieringsavtalen også senere i prosessen.

Konkretisering av rettens veiledningsplikt ved utmeldingssøksmål og forbud mot utilbørlig påvirkning vil ikke bare gjøre det enklere for domstolen å ivareta gruppemedlemmenes og den saksøktes interesser. Gjennom et grundigere utredningsarbeid kunne man slått fast hvor grensen for påvirkning skal gå, noe som vil skape forutsigbarhet for søksmålsfinansieringsselskap, finansierte parter og saksøkte parter. All påvirkning er ikke nødvendigvis uønsket, og

10 første og andre ledd bokstav a; Giesker & Luff (2021) Legal and regulatory framework pkt. iii; Latham & Rees (2021) Disclosure.

³¹⁹ ELI/UNIDROIT art 238 tredje ledd jf. art. 245 første og fjerde ledd.

³²⁰ Sml. ELI/UNIDROIT art. 237 andre ledd; 2020/2130(INL) art 15; se også pkt. 6.2.4.

³²¹ Som omtalt i kapittel 5 til 7.

³²² Bl.a. ICCA-Queen Mary Task Force (2018) s. 195; ELI/UNIDROIT art. 245 andre ledd; 2020/1828/EU art. 10 andre ledd; ALRC s. 153; Hodges, Peysner & Nurse (2012) s. 119 f; Poncibó & D'Alessandro (2021) s. 87.

³²³ Som foreslått i ELI/UNIDROIT art. 218 jf. art. 245; 2020/2130(INL) art. 16 bokstav d; og australsk rett se pkt. 4.3.

investorens adgang til å påvirke søksmålet kan ha en nyttig funksjon både gjennom påvirkning av prosessopplegget og av rettsforlik. Det er imidlertid viktig at ulempene med påvirkning ikke undergraver de positive aspektene med søksmålsfinansiering, og derfor unngår at investoren inntar en reell kontroll over søksmålet, som er tilfellet i australsk rett.³²⁴

Innføring av regler etter inspirasjon fra ELI/UNIDROIT om gruppesøksmål og søksmålsfinansiering, som jeg fortløpende har vist til, kan være en løsning for å forsikre at utmeldingssøksmålsfinansiering i norsk rett har en hensiktsmessig funksjon.

9.3 Regulering av finansiering av organisasjonsutmeldingssøksmål

Det er ikke et like stort problem å finansiere organisasjonsutmeldingssøksmål, men praksis viser at det også kan være et behov for ekstern finansiering ved organisasjonsutmeldingssøksmål.³²⁵ Søksmålsfinansiering av organisasjonsutmeldingssøksmål burde tillates på samme grunnlag som finansiering av utmeldingssøksmål ført av fysiske grupperepresentanter.

Organisasjonens stilling utjevner styrkeforholdet mellom investoren og gruppen. Det er derfor mindre sannsynlig at det oppstår interessekonflikter mellom gruppemedlemmene og investoren. Selv om det er en mindre risiko for interessekonflikter ved finansiering av organisasjonsutmeldingssøksmål, er det etter min mening ikke noen sterke grunner som taler for at man burde regulere utmeldingssøksmålsfinansiering, men ikke regulere søksmålsfinansiering av organisasjonsutmeldingssøksmål. At utmeldingssøksmålet føres av en representativ organisasjon, vil minimere risikoen for interessekonflikter – ikke avgrense fra dem.

For at søksmålsfinansiering skal fungere som en hensiktsmessig løsning for å finansiere organisasjonsutmeldingssøksmål mener jeg at det i likhet med alminnelig søksmålsfinansiering bør reguleres etter inspirasjon fra ELI/UNIDROIT.³²⁶ Reglene kan begrense påvirkningsadgangen, og retten får en økt mulighet for å veilede og å kontrollere søksmålsfinansieringsavtalen for å ivareta gruppemedlemmenes og saksøktes interesser.

³²⁴ Som omtalt i pkt. 4.3.

³²⁵ F.eks. Alarmkundeforeningen (2021).

³²⁶ Bl.a. ELI/UNIDROIT art. 245 jf. art. 238, 237 og 218.

10 Referanseliste

Norsk lov og forskrift

Lov 13. august 1915 nr. 4 om domstolene (domstolloven, dl.)

Lov 23. desember 1980 nr. 104 om produktansvar (produktansvarsloven)

Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven)

Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven, fkjl.)

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

Lov 10. april 2015 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksloven)

Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

Forskrift 20. desember 1996 nr. 1161 til domstolloven kapittel 11 (advokatforskriften) – kapittel 12. Regler for god advokatskikk (regler for god advokatskikk, RGA)

Forskrift 17. februar 2004 nr. 141 om flypassasjerers rettigheter ved nektet ombordstigning og innstilt eller vesentlig forsinket flygning (flypassasjerforskriften)

Utenlandske lover

Arbitration Act 1996 (England)

Federal Court of Australia Act 1976 no. 156, 1976 (The FCA Act)

Statute of Westminster the First (3 Edw I c 25) of 1275 (England)

Civil Procedure Rules 1997 (England)

EU- og EØS rettslige kilder

Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv (EU) 2020/1828 af 25. november 2020 om adgang til anleggelse af gruppesøgsmål til beskyttelse af forbrugernes kollektive interesser om opphævelse af direktiv 2009/22/EF.

Draft report – with recommendations to the Commission of Responsible private funding of litigation (Rapport 2020/2130(INL))

Forarbeider og øvrige offentlige dokumenter

Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

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

Innst. O. nr. 110 (2004–2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

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

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

NOU 2002: 18 Rett til rett – En vurdering av konkurranseforholdene i markedet for juridiske tjenester

NOU 2020: 11 Den tredje statsmakt - Domstolene i endring

Finanstilsynets vedtak av 20. oktober 2020 ref. 20/2659 (unntatt offentlighet)

Rettspraksis

Avgjørelser fra Høyesterett

Rt. 1993 s. 1524 A

Rt. 1994 s. 1430 A

Rt. 2006 s. 927 U

Rt. 2015 s. 385 A

HR-2016-1446-A

HR-2017-1668-U

HR-2020-475-A

Avgjørelser fra lagmannsretten

LB-2017-34099

Avgjørelser fra tingretten

TOSLO-2011-80385

Oslo tingretts dom 06. januar 2017 16-105341 TVI-OTR/04

Oslo Tingretts dom 05. juni 2018 16-094601 TVI-OTIR/08

Utenlandsk rettspraksis

England

Arkin v. Borchard [2005] EWCA Civ 655.

Dr Sibthorpe v. Southwark Borough Council [2011] EWCA Civ 25.

Excalibur Ventures v. Texas Keystone and others [2016] EWCA Civ 1144.

Neville v London Express Newspaper Ltd [1919] AC 368, 382

Walter Hugh Merricks CBE v Mastercard Incorporated & Ors [2021] CAT 28.

Wild v Simpson [1919] AC 368, 382

Australsk rettspraksis

Campbell Cash and Carry v. Fostif (2006) 229 CLR 386.

Movitor Pty Ltd (recievers and managers appointed) (in liq) v. Sims (1996) 64 FCR 380.

Perera v GetSwift Ltd [2018] FCA [3].

Voldgift

Tenke Fungurume Mining v Katanga Contracting Services [2021] EWCH 3301 (Comm)

Essar Oilfield services Ltd v Norscot Rig Management Pvt Ltd [2016] EWCH 2361 (Comm)

Litteratur

Advokatforeningen. *Regler for god advokatskikk med kommentarer*. Nettversjon <https://www.advokatforeningen.no/advokatetikk/god-advokatskikk/kommentarutgaven/>

ALF. *Code of Conduct for Litigation Funders*. (2018)

<https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>

ALF. *A Procedure to govern complaints made against Funder Members by funded litigants*.

(2017). <https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/ALF-Complaints-Procedure-October-2017.pdf>

Australian Law Reform Commission. *Integrity, Fairness and Efficiency – An Inquiry into Class Action Proceedings and Third-Party Litigation Funders*. Final Report, ALRC Report 134, Commonwealth of Australia (2018)

Backer, Inge Loranger. *Norsk sivilprosess*. 2 utg., Oslo: Universitetsforlaget, (2020)

Bellander, Henrik. *Rättegångskostnader*. Uppsala. Iustus Förlag (2017)

Berg, Borgar Høgtveit & Andreas Nordby, *Gruppesøksmål - Tvisteloven kapittel 35 med kommentarer*. Gyldendal Norsk Forlag AS 1. utg. (Rettsdata) (2012)

Brekoulakis, Stavros & Catherine Rogers. “Third-Party Financing in ISDS: A Framework for Understanding Practice and Policy”. *Academic Forum on ISDS Concept Paper* 2019/11, 31. juli (2019)

Derrington, Sarah. *Litigation Funding: Access and Ethics*. Australian Academy of Law Lecture, Brisbane (2018)

ELI/UNIDROIT. *Model European Rules of Civil Procedure*. [integral]. Wien / Roma (2021)

Endresen, Clement og Gjermund Aasbrenn. “Sakskostnader på dagsorden i Høyesterett”. *Lov og rett* årg. 58, nr. 6 s. 353–378 (2019)

Giesker, Jason & Dirk Luff. “The Third Party Litigation Review: Australia”. *The Third Party Litigation Funding Review* (2021) <http://www.thelawreviews.co.uk/title/the-third-party-litigation-funding-law-review/australia>

Gramatikov, Martin, Maurits Barendrecht, Malini Laxminarayan, Jin Ho Verdonschot, Laura Klaming og Corry van Zeeland. *A Handbook for Measuring the Costs and Quality of Access to Justice*. Apeldoorn-Antwerpen-Portland: Maklu (2009)

Goldstein, Marc. “Should the Real Parties in Interest have to Stand Up? – Thoughts About a Disclosure Regime for Third-Party Funding in International Arbitration”. *Transnational Dispute Management*. 4 utg. (2011)

Henriques, Duarte. *The Essar v. Norscot Case: A final argument for the ‘full-disclosure-wingers’ of TPF in international arbitration*. Kluwer Arbitration Blog. (2016) <https://bit.ly/3KnDyLe>

Hodges, Christopher, Stefan Vogenauer & Magdalena Tulibacka. “The Oxford Study on Costs and Funding of Civil Litigation”. *Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Study*. Hart Publishing (2010) SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1511714>

Hodges, Christopher, John Peysner & Angnus Nurse. “Litigation Funding: Status and Issues”. *Oxford Legal Studies Research Paper* nr. 55/2012 DOI: <http://doi.org/10.2139/ssrn.2126506>

ICCA-Queen Mary Task Force. *Report on Third-Party Litigation Funding in International Arbitration*. April (2018)

Ioannidou, Maria. “Compensatory Collective Redress for Low Value Consumer Claims in the EU: A Reality Check”. *European Review of Private Law* 6-2019 [1367–1388]. Kluwer Law International BW. Nederland. (2019) DOI: <http://doi.org/10.54648/erpl2019075>

Jackson, Rupert. *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*. Crown Copyright, United Kingdom (2010)

Jackson, Rupert. *Third Party Funding or Litigation Funding: Sixth Lecture in the Civil Litigation Costs Review Implementation Programme*. The Royal Courts of Justice (2011)

Kristiansen, Celine Berg. *Søksmålsfinansiering i møte med norsk sivilprosess*. Masteroppgave ved Det juridiske fakultet. Universitetet i Oslo (2021)

Latham, Simon & Glen Rees. "The Third Party Litigation Review: United Kingdom - England & Wales". *The Third Party Litigation Funding Review* (2021)

<http://www.thelawreviews.co.uk/title/the-third-party-litigation-funding-law-review/united-kingdom-england--wales>

Morabito, Vince. *An Empirical Study of Australia's Class Action Regimes, Fifth Report: The First Twenty-Five Years of Class Actions in Australia*. Department of Business Law and Taxation Monash Business school (2017). DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3005901>

de Morpurgo, Marco. "A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding". *Cordozo Journal of International and Comparative Law*. Vol. 19 pp. 343 (2011). SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2167802>

[Mulheron, Rachael](#). "England's unique approach to the self-regulation of third party funding: A critical analysis of recent developments". *The Cambridge Law Journal* pp. 570–597. (2014).

Nordby, Andreas, Linn Kvade Rannekleiv, Karl Rosén og Janne Riveland Bydal. "The Third Party Litigation Review: Norway". *The Third Party Litigation Funding Review* (2021) <http://www.thelawreviews.co.uk/title/the-third-party-litigation-funding-law-review/norway>

Petit, Sherina. *Maintenance and champerty - an end to historic rules preventing third-party funding?* Norton Rose Fulbright. September (2016)

Poncibò, Cristina og Elena D'Alessandro. *State of play of the EU private litigation funding landscape and the current EU rules applicable to private litigation funding - Research Paper*. Brussels, European Union, European Parliamentary Research Service, European Added Value Unit (2021)

Robberstad, Anne. *Sivilprosess*. 1. utg. Oslo: Fagbokforlaget (2009)

Robberstad, Anne. *Sivilprosess*. 5. utg. Oslo: Fagbokforlaget (2021)

Roschier Disputes Index 2018, «A biennial survey on facts and trends in international dispute resolution from a Nordic perspective». (2018)

Rott, Peter. “Claims Management Services – An Alternative to ADR?”. *European Review of Private Law*. S. 143–160. (2016)

Samra, Emily. “The Business of Defense: Defense-Side Litigation Financing”. *University of Chicago Law Review*: Vol. 83: Iss. 4, Article 20 (2016)

Saulnier, Jérôme, Ivona Koronthalyova, Klaus Müller. *Responsible private funding litigation - European added value assessment*. Brussels, European Union. European Parliament - European Added Value Unit PE 662.612 (2021)

Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christien Reush & Toril M. Øie. *Tvisteloven kommentarutgave*. Bind I og II, Oslo (2007)

Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch & Toril M. Øie. *Tvisteloven kommentarutgave*. Bind I og II, 2. utg, Oslo (2013)

Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian H.P. Reusch & Toril M. Øie. *Tvisteloven Lovkommentar*. Juridika. Bekreftet à jour per 1. september 2021 <https://juridika.no/lov/2005-06-17-90>

Scherer, Maxi, Aren Goldsmith & Camille Flechét. “Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funders’ Perspectives”. *International Business Law Journal*, nr. 2 – 2012. Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper no. 164/2013. (2013) SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2348737>

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning*. 3. utg. Oslo: Universitetsforlaget (2017)

DeStefano, Michele. “Nonlawyers Influencing Lawyers: Too Many Cooks in the Kitchen or Stone Soup”. *80 Fordham Law Review* 2791. (2012). SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2069554>

Vangsnes, Jørgen, Emanuel Feinberg, Andreas Hjetland, Kaja Moen Welo & Gjermund Aasbrenn. *Karnov lovkommentar til Tvisteloven*. I Lovdata Pro - Ájourført 2021

Veljanovski, Cento. “Third Party Litigation Funding in Europe”. *Journal of Law, Economics and Policy*. Vol. 8, (2012). SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1971502>

Visscher, Lucas & Michael Faure. “A Law and Economics Perspective on the EU Directive on Representative Actions”. *Journal of Consumer Policy* (2021) 45:455–482. DOI: <http://doi.org/10.1007/s10603-021-09491-3>

Uttalelser fra selskap, organisasjoner eller institusjoner

Alarmkundeforeningen. *Alarmkundeforeningen saksøker sector alarm og verisure*. (2021) <https://alarmkundeforeningen.no/alarmkundeforeningen-saksoker-sector-alarm-og-verisure/> [lest 15.06.2021]

BEUC. *Litigation funding in relation to the establishment of a European mechanism of collective redress*. (2012) <https://www.beuc.eu/publications/2012-00074-01-e.pdf> [Lest 24.03.2022]

Etikkutvalget. *Etikkutvalgets uttalelse av den 10. april 2003*. (2003) <https://www.advokatforeningen.no/advokatetikk/regler-og-retningslinjer/uttalelser-fra-etikkutvalget/13-no-cure-no-pay/>

FN. *Judicial Integrity*. (uå) <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/judicial-integrity.html> [Lest 22.03.2022]

Legal Insurance Group. *ATE – forsikring mot idømte saksomkostninger*. (uå) <https://legalinsurance.no/ate-after-the-event/> [lest 20.02.2022].

Avisartikler, nyhetsartikler og debattinnlegg

Aabø, Jan Olav & Andreas Nordby. *Er utmeldingssøksmål ute søksmålsfinansiering som tonic uten gin?* Rett 24 publisert 11. mai 2021 [Lest 15.06.2021] <https://rett24.no/articles/er-utmeldingssoksmal-uten-soksmalsfinansiering-som-tonic-uten-gin>

Furuset, Anders [a]. *Får sveitsisk finansiering for å saksøke staten etter kongsneglfiasco*. Dagens Næringsliv publisert 08. juni 2020. [Lest 23.02.2020]

<https://www.dn.no/jus/kongsnegl/mattilsynet/far-sveitsisk-finansiering-for-a-saksoke-staten-etter-kongsnegl-fiasko/2-1-819219>

Furuset, Anders [b]. *Tror korona-krisen kan utløse mer søksmålsfinansiering også i Norge.*

Dagens Næringsliv publisert 16. juni 2020. [Lest 12.10.2021]

<https://www.dn.no/jus/jus/therium/nivalion/tror-korona-krisen-kan-utlose-mer-soksmalsfinansiering-ogsa-i-norge/2-1-820614>

Kjørven, Marte Eidsand. *Innlegg: Rekk opp hånda den som vil bruke 18 mill. For å kanskje få 19000 kroner om fem år.* Dagens Næringsliv publisert 03. mars 2020. [Lest 28.09.2021].

<https://www.dn.no/innlegg/jus/finans/privatokonomi/innlegg-rekk-opp-handa-den-som-vil-bruke-18-mill-for-a-kanskje-fa-1900-kroner-om-fem-ar/2-1-765115>