



BORGARTING LAGMANNSRETT

KJENNELSE

Avsagt: 01.07.2022

Saksnr.: 22-032597ASK-BORG/04

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer
Lagdommer

Henrik Kolderup
Anne Cathrine Haug-Hustad
Kristel Heyerdahl

Ankende part	Alarmkundeforeningen	Advokat Frithjof Herlofsen Advokat Jan Magne Langseth
--------------	----------------------	--

Ankemoøpart	Sector Alarm AS	Advokat Håkon André Cosma Størdal Advokat Stephan Lange Jervell
-------------	-----------------	--

Ankemoøpart	Verisure AS	Advokat Kaare Andreas Shetelig Advokat Peder Alvik Sanengen
-------------	-------------	--

Saken gjelder spørsmål om gruppesøksmål skal fremmes eller avvises, jf. tvisteloven § 35-4 første ledd.

Slik saken står for lagmannsretten er spørsmålet særlig om Alarmkundeforeningen oppfyller vilkårene for å bli utpekt som grupperepresentant, jf. tvisteloven § 35-9.

Sakens bakgrunn

Tingretten har i sin kjennelse gitt følgende redegjørelse for sakens bakgrunn, som lagmannsretten oppfatter er uomstridt mellom partene:

Selskapene Verisure AS (heretter Verisure) og Sector Alarm AS (heretter Sector Alarm) er de to største selgerne av alarmsystemer til private og bedrifter i Norge.

Sommeren 2017 gjennomførte Konkurransetilsynet bevissikring hos Verisure og Sector Alarm. I juni 2019 varslet Konkurransetilsynet de to selskapene om illeggelse av overtredelsesgebyr. Sector Alarm valgte å godta gebyret før fristen for merknader til varselet løp ut. Konkurransetilsynet traff deretter vedtak i juli 2019. I vedtaket ble Sector Alarm ilagt et overtredelsesgebyr på i overkant av 467 millioner kroner. Verisure innga merknader til varselet i november 2019. Senere samme måned traff Konkurransetilsynet vedtak, som innebar at selskapet fikk et overtredelsesgebyr på 766 millioner kroner. Verisure påklaget vedtaket.

Den 1. juli 2021 tok Alarmkundeforeningen ut søksmål mot Verisure og Sector Alarm. I stevningen er det opplyst at Alarmkundeforeningen er en frittstående juridisk person. Da stevningen ble sendt inn hadde foreningen i overkant av 1300 privatkunder som medlemmer. Foreningen ble stiftet i februar 2020, med formål å søke økonomisk kompensasjon fra Verisure og Sector Alarm.

I stevningen fremsatte Alarmkundeforeningen krav om erstatning. Foreningen gjorde gjeldende at Verisure og Sector Alarm har opptrådt erstatningsbetingende uaktsomt gjennom konkurransebegrensende samarbeid og overtredelse av konkurranseloven § 10. Dette medførte høyere priser enn om samarbeidet ikke hadde funnet sted. Dermed forelå både økonomisk tap og årsakssammenheng med ansvarsgrunnlaget.

I tilsvarene fra Verisure og Sector Alarm bestred selskapene at det var grunnlag for erstatningsansvar. De anførte også at søksmålet ikke kan fremmes, slik det er anlagt.

Lagmannsretten tilføyer at Konkurransklagenemnda 25. november 2021 traff vedtak i Verisures sak, sak V04-2021. Verisures klage over Konkurransetilsynets vedtak ble ikke tatt til følge av Konkurransklagenemnda, og det ilagte overtredelsesgebyret ble opprettholdt. Vedtaket er ikke brakt inn for domstolene.

Både vedtaket mot Verisure og mot Sector Alarm bygger på at Konkurransetilsynet fant det godtgjort at det forelå overtredelse av konkurranseloven § 10 og av det likelydende forbudet i EØS-avtalen artikkel 53, se EØS-konkurranseloven § 7.

Oslo tingrett avsa kjennelse 22. desember 2021 med følgende slutning:

1. Begjæringen om stansing tas ikke til følge.
2. Saken avvises som gruppesøksmål etter tvisteloven § 35-7.
3. Sakskostnader tilkjennes ikke.

Slutningens punkt 1 relaterer seg til et krav om stansing etter tvisteloven § 16-18 andre ledd fremsatt av Alarmkundeforeningen. Kravet er ikke omfattet av ankesaken. Alarmkundeforeningen har 2. februar 2022 anket kjennelsen til Borgarting lagmannsrett. Sector Alarm AS og Verisure AS har begge inngitt anketilsvar 1. mars 2022.

Partene har etter dette inngitt flere prosesskriv. Alarmkundeforeningen har endret påstanden, sist i prosesskriv 25. mai 2022.

Det er flere selskaper og fond som inngår i Therium-gruppen. For enkelthets skyld omtales disse under ett som «Therium» i det følgende, med mindre det i den enkelte sammenhengen fremgår at det er et bestemt selskap i gruppen som omtales.

Den ankende part, **Alarmkundeforeningen**, har i hovedtrekk gjort gjeldende:

Anken gjelder tingrettens bevisvurdering og lovanvendelse. Tingretten har uriktig kommet til at Alarmkundeforeningen ikke kan svare for gruppens mulige kostnadsansvar overfor motparten og derfor ikke oppfyller lovens vilkår for å bli utpekt som grupperepresentant. Tingrettens vurdering av at Therium Nordic opptre i strid med finansforetaksloven ved å være involvert i finansiering av søksmålet anlagt av Alarmkundeforeningen, bygger på en uriktig lovforståelse. Etter avsigelse av tingrettens kjennelse har Finanstilsynet i brev av 25. januar 2022 uttalt at Alarmkundeforeningen skal forstås som en «profesjonell kunde». Alarmkundeforeningen faller derved inn under den dispensasjonen Finanstilsynet har gitt Therium til å drive sin virksomhet frem til spørsmålet om konsesjon er avgjort. Finansdepartementet sluttet seg til Finanstilsynets vurdering i brev av 27. januar 2022. Etter denne avklaringen er det ikke noe regulatorisk hinder for at Therium finansierer søksmålet.

Therium har etter avsigelse av tingrettens kjennelse gått bort fra å stille sikkerhet for kostnadsansvaret gjennom en garantiordning. Therium vil nå, på vegne av Alarmkundeforeningen, deponere 12 000 000 kroner på klientkonto hos foreningens

prosessfullmektig som sikkerhet for motpartenes sakskostnader. Vilkåret i tvisteloven § 35-9 tredje ledd er med det uansett oppfylt.

Alarmkundeforeningens gruppesøksmål kan fremmes med ekstern søksmålsfinansiering for gruppen. Søksmålet vil ikke kunne fremmes om ikke ekstern finansiering tillates. De enkeltstående kravene er for små til at det kundene på individuell basis vil ha anledning til å fremme søksmål. Tvisteloven § 35-4 andre ledd sier ikke noe uttrykkelig om fastsettelse av godtgjøring til grupperepresentanten. Spørsmålet er ikke løst i tvisteloven. Slik søksmålet er anlagt vil ikke gruppemedlemmene ha noen nedside om saken ikke skulle føre frem. Ethvert medlem i gruppen kan uansett tre ut som gruppemedlem, jf. tvisteloven § 35-8 første ledd.

Søksmålsfinansiering er en nødvendig kostnad som kan kreves dekket av de saksøkte som en del av utgiftsdekningen til grupperepresentanten, jf. tvisteloven § 35-13 første ledd. Subsidiært må kostnadene til finansiering komme til fradrag i et eventuelt erstatningsbeløp som gruppen blir tilkjent.

Tvisteloven er ikke til hinder for at gruppens kostnader kan komme til fradrag i et eventuelt erstatningsbeløp fastsatt etter rettens skjønn. At gruppemedlemmet ikke har et direkte og selvstendig ansvar for grupperepresentantens krav på godtgjøring, er noe annet enn at gruppemedlemmet har et krav på en bruttoandel av et erstatningsbeløp uten fradrag for de omkostninger det har medført å få tilkjent erstatningsbeløpet, jf. Schei m.fl., *Tvisteloven: Kommentartutgave, § 35-13 note 2, Juridika, revidert 1. mars 2022.* Kostnadene til søksmålsfinansieringen er ikke spesielt høye i denne saken, og det foreligger dessuten flere «sikkerhetsventiler» her, da et eventuelt forlik må godkjennes av retten, jf. tvisteloven § 35-11 tredje ledd, og at grupperepresentantens godtgjøring skal fastsettes av retten, jf. tvisteloven § 35-13 første ledd.

Effektivitetsprinsippet i EØS-retten får betydning for tolkningen av tvisteloven i dette tilfellet. Effektivitetsprinsippet i EØS-retten innebærer at nasjonale prosessregler ikke kan anvendes på en måte som vil gjøre forbrukernes mulighet til å søke å få erstattet tap de har lidt som følge av et brudd på konkurransereglene for domstolene umulig eller uforholdsmessig vanskelig. Det sentrale er om anvendelsen av nasjonale prosessregler sikrer effektiv håndhevelse og «access to justice». Dette er særlig praktisk og viktig på konkurranserettens område, fordi karteller typisk vil ramme et høyt antall forbrukere, slik at gruppesøksmål i realiteten ofte er eneste måte de kan få prøvd sine krav på. Hvis retten ikke tillater søksmålsfinansieringen i denne saken, er realiteten at alarmkundene blir avskåret fra å hevde sine rettigheter for domstolene. Studier av anlagte gruppesøksmål viser at det er stor forskjell på deltagelsen i henholdsvis påmeldings- og utmeldingssøksmål. I saker der tapet for den enkelte skadelidte utgjør en relativt lav sum, er det i praksis urealistisk å få anlagt et påmeldingssøksmål, selv om antall berørte kan være høyt.

Prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse får også betydning for tolkningen av tvisteloven i dette tilfellet. Prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse stiller både krav om tilgang til domstolene og et krav om hva som er utfallet etter domstolsbehandling dersom det foreligger brudd på EU/EØS-retten, noe det gjør i denne saken fordi vedtakene er hjemlet i EØS-avtalen artikkel 53. Prinsippet er kodifisert i EU Charter of Fundamental Rights artikkel 47. Det er også nedfelt i TEU artikkel 19. nr. 1 andre ledd. EFTA-domstolen har også anvendt prinsippet som et EØS-rettslig prinsipp i blant annet E-11/12 (Koch). Prinsippet innebærer at individer må ha en *faktisk og effektiv* tilgang på domstolene. En slik faktisk og effektiv tilgang til domstolene forutsetter at gruppesøksmål i saker som denne kan gjennomføres med ekstern søksmålsfinansiering. EU-domstolen har gjentatte ganger understreket behovet for privat håndheving av rettigheter på konkurranserettens område. Det må her også sees hen til at rettsbruddet ikke lar seg reparere på annen måte.

Av hensyn til grupperepresentanten, Therium og deltakerne i gruppesøksmålet, må rammene for hvilke kostnader som kan kreves dekket, avklares ved utnevnelsen, jf. tvisteloven § 34-4 d). Lagmannsretten må ta stilling til spørsmålet om søksmålsfinansiering prinsipielt skal tillates fremmet i forbindelse med en eventuell utnevning av Alarmkundeforeningen etter tvisteloven § 35-4, eller om søksmålet av denne grunn blir å avvise. Det bes ikke om en «in blanco» godkjenning eller fastsettelse av et på forhånd fastsatt beløp. Finansieringskostnadene, om Alarmkundeforeningen vinner frem, må dekkes av enten de saksøkte, eller alternativt ved en avkorting i det erstatningsbeløpet som gruppen blir tilkjent fastsatt etter rettens skjønn. Det er imidlertid akseptabelt for Alarmkundeforeningen å opptre som grupperepresentant selv om det skulle utstå til pådømmelsen av saken å avklare om kostnadene ved søksmålsfinansiering kan belastes motpartene som en del av sakskostnadsavgjørelsen, eller om kostnadene må gå til fradrag i den tilkjente erstatningen.

Alarmkundeforeningen har lagt ned slik påstand:

I alle tilfeller:

Prinsipalt:

1. Saken fremmes som gruppesøksmål etter tvisteloven § 35-7.
2. Alarmkundeforeningen oppnevnes som grupperepresentant.
3. Rammen for krav som omfattes av gruppesøksmålet er tilbakebetaling av overpris til samtlige kunder berørt av det ulovlige samarbeidet mellom Sector Alarm AS og Verisure AS som beskrevet i Konkurransetilsynets vedtak av 4. juli 2019 og 25. november 2020 i den perioden dette pågikk.

Subsidiært:

1. Tingrettens kjennelse oppheves.
2. Alarmkundeforeningen tilkjennes saksomkostninger.

Om dekning av søksmålsfinansieringskostnadene:

Prinsipalt:

For det tilfelle at Alarmkundeforeningen får medhold i sine erstatningskrav mot Verisure AS og/eller Sector Alarm AS skal de saksøkte betale til Alarmkundeforeningen kostnader til søksmålsfinansiering til Therium Capital Management Nordic AS, nærmere fastsatt etter rettens skjønn.

Subsidiært:

Dersom Alarmkundeforeningen får medhold i sine erstatningskrav mot Verisure AS og/eller Sector Alarm AS skal det gjøres fradrag i det utmålte erstatningsbeløpet for kostnadene til søksmålsfinansiering til Therium Capital Management Nordic AS, nærmere fastsatt etter rettens skjønn, for dekning av finansieringskostnadene.

Ankemotparten, **Sector Alarm AS**, har i hovedtrekk gjort gjeldende:

Tingrettens kjennelse er riktig. Det er flere rettslige grunnlag som leder til at vilkårene for gruppesøksmål ikke er oppfylt.

Søksmålet reiser spørsmål som krever «individuell behandling», jf. tvisteloven § 35-7 første ledd bokstav b. Saken skiller seg fra tilfellet i LB-2017-34099. Det er nødvendig med individuelle vurderinger knyttet til samtlige erstatningsvilkår. Det er kun de kundene som er rammet av den påstått ulovlige markedsdelingen ved dørsalg på visse tidspunkter som eventuelt har et krav. Det har vært hard konkurranse mellom Sector Alarm og Verisure på andre områder. Derfor må det for hver kunde identifiseres en salgskanal, samt tidspunkt for inngåelse av avtale, for å kunne vurdere om vilkårene for erstatning er oppfylt.

Det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet og prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse får ikke anvendelse ved tolkningen av tvistelovens bestemmelser om denne type gruppesøksmål. Utgangspunktet om prosessuell autonomi for EU- og EØS-statene får avgjørende betydning. Regler om gruppesøksmål er et område i sivilprosessen der det er avklart at medlemsstatene står fritt til å ha sine egne regler. EU/EØS-retten oppstiller ikke noe krav om at det enkelte medlemsland må innføre gruppesøksmålsadgang. Dette følger direkte av

avsnitt 13 i fortalen til direktiv 2014/104/EU (skadedirektivet). Når det ikke engang er påkrevd å åpne for gruppesøksmål, stilles det åpenbart ikke krav om de nærmere vilkårene for en slik ordning.

Retten kan ikke ved godkjenningen av gruppesøksmålet fastsette at vederlaget til søksmålsfinansiering skal dekkes av de saksøkte. Kostnader til søksmålsfinansiering er ikke «utgifter» etter tvisteloven § 35-13. Lagmannsretten kan uansett ikke ta stilling til slikt eventuelt krav på sakskostnader på dette stadiet av saken. Systemet i tvisteloven kapittel 20 er at krav på sakskostnader avgjøres i forbindelse med avgjørelse av de materielle kravene i saken.

Retten kan heller ikke ved godkjenningen av gruppesøksmålet godkjenne at vederlaget til søksmålsfinansiering skal dekkes av gruppemedlemmene, gjennom avkortning av et eventuelt tilkjent erstatningskrav. Tvisteloven § 35-14 første ledd fastslår at det kun er ved påmeldingssøksmål etter tvisteloven § 35-6 at gruppemedlemmene kan gjøres ansvarlig for sakskostnader og godtgjøring. Denne løsningen er nøye gjennomtenkt av lovgiver, og hensynet til å få fremmet søksmålet er balansert opp mot andre grunnleggende hensyn, herunder disposisjonsprinsippet. Tvisteloven § 35-4 andre ledd bokstav d gjelder kun for påmeldingssøksmål.

En eventuell garantistillelse fra Therium Nordic vil uansett være ugyldig, uavhengig av Finanstilsynet og Finansdepartementets uttalelser. Therium Nordic har ikke fått dispensasjon til å stille garantier. En eventuell garantistillelse fra øvrige selskaper/fond i Therium-sfæren vil også være ugyldige, da de også vil kreve konsesjon etter finansforetaksloven § 2-1. Den tilbudte garantistillelsen/deponeringen på 12 000 000 kroner er derfor ugyldig. Alarmkundeforeningen kan derfor fremdeles ikke svare for gruppens mulige kostnadsansvar overfor motparten.

Sector Alarm har lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Sector Alarm tilkjennes sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

Ankemotparten, **Verisure AS**, har i hovedtrekk gjort gjeldende:

Tingrettens kjennelse er riktig. Det er flere rettslige grunnlag som leder til at vilkårene for gruppesøksmål ikke er oppfylt.

Vilkåret om at kravene «ikke antas å reise spørsmål som krever individuell behandling», jf. tvisteloven § 35-7 første ledd bokstav b, er ikke oppfylt.

Alarmkundeforeningen kan ikke svare for gruppens mulige kostnadsansvar overfor motparten, jf. tvisteloven § 35-9 tredje ledd. Uavhengig av hvilket Therium-selskap som betaler pengene som angivelig skal deponeres på klientkonto hos Alarmkundeforeningens prosessfullmektig, må deponeringen anses som en garantistillelse etter finansforetaksloven, som krever konsesjon. Ingen av Therium-selskapene har slik konsesjon. Denne type garantistillelse ligger også utenfor rammene av hva Therium kan tilby i kraft av den midlertidige tillatelsen gitt av Finansdepartementet 11. februar 2021. Den foreslåtte garantistillelsen er derfor ugyldig. Alarmkundeforeningen kan ikke svare for gruppens mulige kostnadsansvar på egen hånd. Vilkårene for å oppnevne Alarmkundeforeningen som grupprepresentant er derfor ikke oppfylt.

Alarmkundeforeningen har stilt som forutsetning for å bli oppnevnt som grupprepresentant at Theriums avkastning prinsipielt skal dekkes som sakskostnader av motpartene, subsidiært at den skal komme til fradrag i en eventuell erstatning tilkjent gruppemedlemmene. Det er ikke anledning til å ta stilling til dette spørsmålet på dette tidspunktet, og søksmålet må derfor avvises. Fastsetting av godtgjøring til grupprepresentanten ved utmeldingssøksmål skal først skje ved domsavsigelsen. Dette følger forutsetningsvis av tvisteloven § 35-4.

Retten kan ikke beslutte at Theriums eventuelle avkastning skal dekkes av motparten eller av en eventuell erstatning som gruppemedlemmene blir tilkjent. Theriums eventuelle avkastning utgjør ikke «utgifter» etter tvisteloven § 35-13. «Utgifter» må her forstås på samme måte som kostnader etter tvisteloven kapittel 20. Krav på avkastning på en investering i et søksmål kan ikke kreves dekket av motparten under de alminnelige sakskostnadsreglene. Videre åpner ikke tvisteloven for at gruppemedlemmene kan ilegges ansvar for kostnadene ved et utmeldingssøksmål etter tvisteloven § 35-7. Dette følger av tvisteloven § 35-13 og en antitetisk tolkning av § 35-14, og er støttet opp av uttalelser i forarbeidene, jf. Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 498, og i juridisk teori, jf. Høgetveit Berg og Nordby, Gruppesøksmål – Tvistelova kapittel 35 med kommentarer (2012), s. 175.

Effektivitetsprinsippet og prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse kan ikke endre forståelsen av de klare reglene i tvisteloven. Alarmkundeforeningen kunne anlagt et påmeldingssøksmål etter tvisteloven § 35-6. Alarmkundeforeningen ønsker å anlegge et utmeldingssøksmål for å sikre Therium en betydelig avkastning på sin investering, for at Alarmkundeforeningen selv skal slippe ansvaret for betaling av avkastningen og for at en eventuell erstatning til gruppemedlemmene blir stor nok til at avkastningen dekkes fullt ut gjennom en avkortning i denne. Dette er ikke beskyttet av effektivitetsprinsippet og prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse. Det kan under enhver omstendighet ikke utledes fra disse prinsippene et krav om utmeldingssøksmål med søksmålsfinansiering etter norske prosessregler.

Verisure har lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Verisure AS tilkjennes sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

Lagmannsretten bemerker:

Saken avgjøres etter skriftlig behandling i tråd med hovedregelen, jf. tvisteloven § 29-15 første ledd. Det er ikke begjært muntlig forhandling og det anses heller ikke nødvendig for en forsvarlig og rettferdig behandling av saken, jf. tvisteloven § 29-15 andre ledd og EMK artikkel 6 nr. 1.

Begrensningene i tvisteloven § 29-3 andre ledd kommer ikke til anvendelse i denne saken, jf. tvisteloven § 35-4 fjerde ledd. Lagmannsretten har full prøvingsrett.

Spørsmålet i saken er om vilkårene for å reise gruppesøksmål er oppfylt. De alminnelige vilkårene for gruppesøksmål følger av tvisteloven § 35-2 første ledd:

- (1) Gruppesøksmål kan bare reises hvis
 - a) flere rettssubjekter har krav eller forpliktelser på samme eller vesentlig likt faktisk og rettslig grunnlag,
 - b) kravene ellers kan behandles av retten med samme sammensetning og hovedsakelig etter de samme saksbehandlingsregler,
 - c) gruppeprosess er den beste behandlingsmåten, og
 - d) det er grunnlag for å utpeke grupperepresentant etter § 35-9.
- (2) Bare de som kunne reist eller sluttet seg til et ordinært søksmål for norske domstoler, kan være gruppe medlemmer.

Domstolene skal etter tvisteloven § 35-4 første ledd «så tidlig som mulig avgjøre om gruppesøksmålet skal fremmes» eller avvises. En forutsetning for å reise gruppesøksmål er dermed at søksmålet godkjennes av retten.

Slik det fremgår av § 35-2 første ledd bokstav d, er det et vilkår for å fremme gruppesøksmål at det er grunnlag for å oppnevne en grupperepresentant. I denne saken er den eneste aktuelle grupperepresentant Alarmkundeforeningen. Sakens sentrale problemstilling er derfor om vilkårene for å utpeke Alarmkundeforeningen som grupperepresentant etter § 35-9 er oppfylt.

Tvisteloven § 35-9 oppstiller regler om grupperepresentanten, og får anvendelse uansett om gruppesøksmålet anlegges som et påmeldingssøksmål etter tvisteloven § 35-6 eller som et utmeldingssøksmål etter tvisteloven § 35-7. De delene av tvisteloven § 35-9 som er relevant for denne saken lyder slik:

§ 35-9. Ivaretaging av rettigheter og plikter i gruppesøksmålet. Representasjon
[...]

(2) Den som kan reise gruppesøksmål etter § 35-3 første ledd, og som er villig til det, kan være grupperepresentant.

(3) Grupperepresentanten skal utpekes av retten. Representanten skal kunne ivareta gruppens interesser på en god måte, og kunne svare for gruppens mulige kostnadsansvar overfor motparten. Retten kan om nødvendig tilbakekalle en oppnevning som grupperepresentant og oppnevne en ny. § 35-4 fjerde ledd gjelder tilsvarende for avgjørelser om tilbakekall og ny oppnevning av grupperepresentant. [...]

Tingretten kom til at vilkåret etter § 35-2 første ledd bokstav d, jf. § 35-9 ikke var oppfylt, og så det derfor ikke som nødvendig å vurdere om de øvrige vilkårene i § 35-2 var oppfylt, herunder vilkåret i bokstav a om at kravene må ha samme eller vesentlig likt faktisk og rettslig grunnlag. Tingretten bygget sin vurdering på vilkåret i § 35-9 tredje ledd om at Alarmkundeforeningen må kunne «svare for gruppens mulige kostnadsansvar overfor motparten». For tingretten var det ubestridt at Alarmkundeforeningen selv ikke har midler til å dekke et mulig kostnadsansvar overfor motparten. Alarmkundeforeningen har imidlertid inngått avtale om søksmålsfinansiering med et selskap i Therium-gruppen, som i samsvar med det foregående altså omtales under ett som Therium i denne kjennelsen. For tingretten gjorde Alarmkundeforeningen gjeldende at gruppens eventuelle kostnadsansvar overfor motparten var garantert av Therium. Verisure og Sector Alarm innvendte til dette i korte trekk at regulatorisk usikkerhet rundt lovligheten av garantistillelsen talte for at garantien var ugyldig, hvilket tilsa at Alarmkundeforeningen ikke var i stand til å svare for et mulig sakskostnadsansvar i tråd med tvisteloven § 35-9 tredje ledd.

Om dette uttalte tingretten på kjennelsens side 11:

Ut fra gjennomgangen ovenfor, er rettens vurdering at Alarmkundeforeningen baserer muligheten for å dekke ansvar for motparters sakskostnader, på en garanti som krever tillatelse etter finansforetaksloven, men uten at slik tillatelse foreligger. Etter rettens oppfatning vil det ikke være i samsvar med tvisteloven § 35-9 å hensynta denne typen garantier. Motsatt løsning vil i realiteten innebære at domstolene er med på å sanksjonere virksomhet i strid med offentligrettslige regler i finansforetaksloven, og samtidig bidra til å undergrave sentrale hensyn nevnte regler bygger på. En slik rettstilstand er det ikke grunnlag for å konkludere med. På bakgrunn av dette standpunktet, er det ikke nødvendig for retten å ta stilling til gyldigheten av garantien.

Og videre uttalte tingretten på kjennelsens side 12:

Etter dette blir konklusjonen at Alarmgruppeforeningen etter rettens vurdering ikke har midler for å svare for gruppens mulige kostnadsansvar overfor motpartene, og derfor ikke fyller ett av lovens vilkår for å bli utpekt som grupperepresentant, jf. tvisteloven § 35-9. Siden retten ikke har en grupperepresentant som kan utpekes, må resultatet bli at søksmålet avvises.

I anken har Alarmkundeforeningen opplyst at Therium ikke lenger skal garantere for dekning av et eventuelt sakskostnadskrav, men i stedet vil deponere 12 000 000 kroner på

Alarmkundeforeningens prosessfullmektigs klientkonto, som sikkerhet for motpartens sakskostnader, etter at foreningen er oppnevnt som grupperepresentant.

Lagmannsretten har delt seg i et flertall og et mindretall ved vurderingen av om det var korrekt av tingretten å avvise søksmålet på det grunnlag at vilkårene i § 35-4, jf. § 35-9 ikke var oppfylt. Flertallet har kommet til at søksmålet må avvises, men på et noe annet grunnlag enn det som tingretten la til grunn. Mindretallet finner at det var feilaktig av tingretten å avvise saken på det grunnlaget som ble brukt. Mindretallet finner imidlertid ikke at lagmannsretten har tilstrekkelig grunnlag til å treffe ny realitetsavgjørelse, slik at kjennelsen bør oppheves.

Flertallet, lagdommerne Kolderup og Heyerdahl, er kommet til at anken skal forkastes. I likhet med tingretten mener flertallet at vilkårene for å utpeke Alarmkundeforeningen som grupperepresentant ikke er oppfylt, men på et annet grunnlag enn det tingretten la til grunn.

Flertallet finner det tvilsomt om det var grunnlag for å konkludere med at vilkåret i § 35-9 tredje ledd ikke var oppfylt med den begrunnelsen som tingretten ga for det. Uansett er situasjonen nå endret ved at Therium vil deponere 12 000 000 kroner på prosessfullmektigs konto som sikkerhet for et eventuelt sakskostnadsansvar. Flertallet viser på dette punktet til mindretallets begrunnelse, som flertallet i det vesentlige kan slutte seg til.

Alarmkundeforeningens påstand om å fremme saken er knyttet til forutsetninger om hvordan utgiftene til ekstern søksmålsfinansiering skal dekkes hvis gruppen vinner frem med søksmålet. Det kreves at disse utgiftene enten må dekkes av de saksøkte, eller alternativt av gruppemedlemmene ved en avkorting i erstatningsbeløpet som gruppen blir tilkjent. Videre er det krevd at lagmannsretten tar stilling til disse forutsetningene om søksmålsfinansiering på prinsipielt grunnlag allerede på dette stadiet av saken, jf. de nedlagte påstandene om dekning av utgiftene til søksmålsfinansiering.

Lagmannsrettens flertall er kommet til at Alarmkundeforeningens forutsetninger er til hinder for å utpeke Alarmkundeforeningen som grupperepresentant.

Selv om det ikke var nødvendig for resultatet, tok også tingretten stilling til betydningen av Alarmkundeforeningens forutsetninger om dekning av utgiftene til søksmålsvederlag. I kjennelsen på side 12 flg. uttalte tingretten blant annet om dette:

Retten vil legge til at Alarmkundeforeningen i stevningen i punkt 3 vedrørende fremme av saken, har lagt ned påstand om at grupperepresentantens godtgjørelse også skal «inkludere kostnader i form av avtalt vederlag til søksmålsfinansiering i form av vederlag til Therium Capital Management Nordic AS». Retten forstår det videre slik at en forutsetning for at Alarmkundeforeningen vil la seg utpeke, er at retten nå treffer avgjørelse om at det avtalte vederlaget med Alarmkundeforeningen

aksepteres i medhold av § 35-13. Alarmkundeforeningen har fremholdt at dette må besluttes i avgjørelsen vedrørende fremme av søksmålet.

Tingretten kom til at tvisteloven § 35-13 ikke ga hjemmel for Alarmkundeforeningens krav, og konkluderte slik:

På denne bakgrunn er rettens syn at det ikke er hjemmel for Alarmkundeforeningens påstand punkt 3 som del i avgjørelsen av om søksmålet skal fremmes, og det kan heller ikke nå avgjøres noe om et eventuelt sakskostnadsansvar for de saksøkte. Rettsvirkningen er at en slik begjæring skal avvises, eventuelt ikke tas til følge. Når Alarmkundeforeningen har som forutsetning for å bli utnevnt at retten nå treffer avgjørelse hvor vederlag til garantistilleren aksepteres, blir konsekvensen at retten også på dette grunnlaget må konstatere at den ikke har en grupperepresentant som kan utpekes. Etter dette blir søksmålet å avvise også på dette grunnlaget, jf. tvisteloven § 35-4 første ledd.

Etter flertallets syn er det mest nærliggende å vurdere Alarmkundeforeningens forutsetninger i tilknytning til vilkåret i tvisteloven § 3-9 annet ledd om at grupperepresentanten må være «villig» til å la seg utpeke. Bestemmelsen lyder slik:

(2) Den som kan reise gruppesøksmål etter § 35-3 første ledd, og som er villig til det, kan være grupperepresentant.

Det er ingen tvil om at Alarmkundeforeningen kan reise gruppesøksmålet, jf. § 35-3 første ledd bokstav b. Slik denne saken står, er det springende punktet om Alarmkundeforeningen er «villig til det».

En naturlig forståelse av villighetskriteriet er at grupperepresentanten er villig til å opptre som grupperepresentant innenfor de rammer som tvisteloven trekker opp for søksmålet. I denne saken er søksmålet reist som et utmeldingssøksmål etter tvisteloven § 35-7, og det er derfor de rammer som loven trekker opp for slike søksmål som er styrende.

Alarmkundeforeningen har opplyst at vilkårene for søksmålsfinansieringen er slik at Therium har krav på vederlag likt tre ganger det som er investert i søksmålet hvis gruppen vinner frem med sitt erstatningskrav. Avtalen mellom Alarmkundeforeningen og Therium ble først fremlagt ved prosesskriv 25. mai 2022. Avtalen er inngått mellom foreningen og selskapet Therium Litigation Finance Atlas AFP IC av 17. juni 2021, og er ifølge det som er opplyst i prosesskrivet den opprinnelige avtalen som ble inngått i anledning gruppesøksmålet. Det fremgår av avtalens fortale («preamble») punkt E at Alarmkundeforeningen «in their capacity as the proposed representative plaintiffs in the Proceedings, are required to obtain Court approval of this Agreement (...).» Etter avtalens punkt 2.1 inntre Theriums finansieringsforpliktelse fra den såkalte «Commencement Date» som i vedlegg til avtalen er angitt som «the date that the Courts of Norway grants a Funding Agreement Approval Order». En «Funding Agreement Approval Order» er definert i avtalen som «an Order from the Court approving the terms of this Agreement in

form and substance satisfactory to Therium and declaring that this Agreement is binding on all members of the Total Class”. “Total Class” er definert som “all persons represented by the Representative Plaintiffs who have not opted out of being so represented (...)”. Theriums rett til vederlag likt tre ganger det som er investert, følger av reguleringen av såkalt “Funding Fee” i avtalens vedlegg. Videre fremgår regler om fordeling av såkalte Claim Proceeds i avtalens punkt 13. I korte trekk har partene avtalt at Theriums og advokatenes tilgodehavende skal dekkes først, inkludert Theriums «Funding Fee», før gjenværende beløp fordeles mellom gruppemedlemmene.

Sammenfatningsvis forstår derfor flertallet avtalen dithen at det etter avtalen er en forutsetning for at Therium skal finansiere søksmålet, at domstolene godkjenner de avtalte rammene for søksmålet og Theriums finansieringsforpliktelse, med andre ord et søksmål anlagt etter utmeldingsalternativet der Therium skal ha fortrinnsrett til dekning av «Funding Fee» før en eventuell fordeling av mottatt erstatning til gruppemedlemmene.

I prosesskrivet 25. mai 2022 skriver Alarmkundeforeningen:

Det er også det samme fondet som vil stille sikkerhet for gruppens mulige sakskostnadsansvar, dog slik at det beløp som tidligere er omtalt (NOK 12 millioner) deponeres direkte på vår klientkonto som sikkerhet for motpartens saksomkostninger. For det tilfelle at Alarmkundeforeningen oppnevnes som grupperepresentant, er både Therium og foreningen innforstått med at det kan måtte foretas visse justeringer i den opprinnelige avtalen og vedlegget ("schedule") avhengig av hvilke føringer som fastlegges av retten.

Flertallet forstår dette slik at det er denne avtalen som fortsatt gjelder mellom partene, også for det tilfellet at finansieringen sikres ved en deponering, men at partene kan være villige til å foreta «visse justeringer» i avtaleverket. Alarmkundeforeningen har ikke gitt nærmere opplysninger om hvor langt Therium er villig til å gå når det gjelder å reforhandle sentrale forutsetninger i avtaleverket før avtalen bortfaller.

Alarmkundeforeningen har lagt ned påstand om at lagmannsretten skal godkjenne at vederlaget til Therium skal anses som «utgifter» for grupperepresentanten, jf. tvisteloven § 35-13, som prinsipielt skal dekkes av de saksøkte i den utstrekning de ilegges ansvar for saksomkostnader, subsidiært av gruppemedlemmene gjennom en avkortning av et eventuelt tilkjent erstatningsbeløp. Alarmkundeforeningen har i prosesskriv av 3. mai 2022 uttalt at søksmålet ikke vil kunne fremmes hvis foreningen ikke vinner frem med den prinsipale eller den subsidiære påstanden her, se side 3. Det sies der blant annet følgende:

Slik påstanden for lagmannsretten er utformet er det lagt opp til at retten **må** ta stilling til spørsmålet om søksmålsfinansiering prinsipielt skal tillates i forbindelse med en eventuell oppnevning av Alarmkundeforeningen etter tvisteloven § 35-4, **eller om søksmålet av denne grunn blir å avvise.** [...] (Uthevet her)

Når det i det siterte avsnittet er vist til påstanden, var dette den opprinnelige påstanden som var lagt ned for lagmannsretten. I det samme prosesskrivet justerte Alarmkundeforeningen påstanden slik at påstandspunktene om søksmålsfinansiering kom inn. Utsagnet får derfor tilsvarende betydning for forståelsen av påstanden slik den nå gjelder i saken.

Avslutningsvis i prosesskrivet er det videre uttalt:

Det er imidlertid akseptabelt for Alarmkundeforeningen å opptre som grupperepresentant selv om det skulle utstå til pådømmelsen av saken å avklare **om** kostnadene ved søksmålsfinansiering kan belastes motpartene som en del av sakskostnadsavgjørelsen **eller** om kostnadene **må** gå til fradrag i den tilkjente erstatningen. (Uthevet her.)

Flertallet forstår dette som at Alarmkundeforeningen stiller som forutsetning for å bli utpekt som grupperepresentant at lagmannsretten ved godkjenning av gruppesøksmålet samtidig godkjenner at vederlag for søksmålsfinansiering skal kunne dekkes *enten* av de saksøkte *eller* av gruppemedlemmene, og da gjennom en avkortning av et eventuelt tilkjent erstatningsbeløp. En slik forståelse reflekteres for så vidt av vilkårene i den fremlagte avtalen. Flertallet forstår det siterte fra avslutningen av prosesskrivet dithen at Alarmkundeforeningen aksepterer at *hvilket* av de to alternativene som til slutt velges, kan utstå til domsavsigelsen. Flertallet forstår dette på bakgrunn av at foreningen ved en slik godkjenning vil ha oppnådd en viss sikkerhet for dekning av kostnadene til søksmålsfinansiering, på den ene eller andre måten.

Ulikt det mindretallet fremhever nedenfor, legger flertallet ved denne forståelsen ingen vekt på hvordan påstanden er strukturert fra Alarmkundeforeningens side, med egne punkter om søksmålsfinansiering. Som det fremgår ovenfor mener flertallet at påstandspunktene om søksmålsfinansiering må forstås som forutsetninger – alternative vilkår – for påstanden om at søksmålet fremmes med Alarmkundeforeningen som grupperepresentant.

Flertallet kan ikke se at Alarmgruppeforeningens vilkår for utmeldingssøksmålet kan tas til følge i noen av de alternativene som er oppstilt i påstanden.

Flertallet bemerker innledningsvis til dette at de spørsmål som retten skal ta stilling til ved godkjenningen av et gruppesøksmål er angitt i tvisteloven § 35-4 annet ledd:

- (2) Fremmes gruppesøksmålet, skal retten i avgjørelsen om dette
 - a. beskrive rammen for krav som kan omfattes av gruppesøksmålet,
 - b. avgjøre om gruppesøksmålet skal fremmes etter § 35-6 eller § 35-7,
 - c. i gruppesøksmål etter § 35-6 fastsette en frist for registrering i grupperegisteret,
 - d. fastsette et eventuelt maksimalt ansvar og eventuell forskuddsbetaling etter § 35-6 tredje ledd, og
 - e. utpeke grupperepresentant

Det følger av bestemmelsen at retten for utmeldingssøksmål ikke «skal» ta stilling til spørsmål knyttet til søksmålsfinansieringen, ettersom bokstav d kun gjelder søksmål etter tvisteloven § 35-6 og ikke søksmål etter tvisteloven § 35-7. Spørsmålet er likevel om retten *kan* ta stilling til de aktuelle vilkårene innenfor tvistelovens rammer ved godkjenningen.

Flertallet ser først på forenligheten av de to alternative påstandene knyttet til søksmålsfinansiering med tvistelovens regulering, før den vurderer om tvistelovens formål eller EØS-retten likevel tilsier at søksmålet bør kunne anlegges med en av de to vilkårene som angitt ved Alarmkundeforeningens alternative påstander.

Ved Alarmkundeforeningens *prinsipale påstand så langt gjelder søksmålsfinansiering*, ber den lagmannsretten – «[f]or det tilfelle at Alarmkundeforeningen får medhold i sine erstatningskrav mot Verisure AS og/eller Sector Alarm AS» – om at de saksøkte pålegges å «betale til Alarmkundeforeningen kostnader til søksmålsfinansiering til Therium Capital Management Nordic AS, nærmere fastsatt etter rettens skjønn».

Etter flertallets syn kan ikke Alarmkundeforeningens prinsipale påstand så langt gjelder søksmålsfinansieringsspørsmålet føre frem. De alminnelige regler om sakskostnader i tvisteloven kapittel 20 får anvendelse også i gruppesøksmål med de særregler som følger av §§ 35-12 og 35-13, se blant annet NOU 2001:32 Bind A side 491 høyre spalte. Flertallet tar i denne sammenheng ikke stilling til om Alarmkundeforeningens utgifter til dekning av Theriums suksesshonorar er dekningsmessig etter tvisteloven § 35-13 innenfor grupperepresentantens rett til «dekning av sine utgifter». At det er tale om en faktisk utgift for Alarmkundeforeningen er for så vidt klart, men et annet spørsmål er om en slik kostnad til selve søksmålsfinansieringen er erstatningsrettslig vernet etter tvisteloven § 35-13 første ledd, eventuelt tvisteloven § 20-5, se om dette blant annet Clement Endresen, Gjermund Aasbrenn: Sakskostnader på dagsorden i Høyesterett, Lov og Rett nr. 6 2019 på side 372. Det sentrale for flertallet er uansett at hovedregelen etter tvisteloven kapittel 20 er at erstatning for sakskostnader avgjøres ved domsavsigelsen. Det er den som har «vunnet» saken, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd, som har krav på erstatning for sine sakskostnader. Denne har krav på erstatning for «nødvendige kostnader» ved saken, og det skal da ved en slik etterskuddsvis vurdering etter at saken tas opp til doms, tas stilling til om de kostnadene som kreves dekket har vært rimelige å pådra, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd. I denne etterskuddsvis forholdsmessighetsvurderingen må man vurdere de totale kostnadene og kostnadskategoriene i saken, jf. HR-2020-1515-U avsnitt 22. Den konkrete størrelsen på Theriums vederlag for søksmålsfinansieringen er ukjent for flertallet. Slik flertallet ser det vil det da være i strid med de nevnte prinsippene for utmåling av erstatning for sakskostnader, å forhåndsgodkjenne at ankemotpartene må dekke dette vederlaget, og da for det tilfellet at Alarmkundeforeningen vinner frem i hovedsaken. En slik løsning ville også binde opp den dømmende retts bedømmelsesfrihet etter tvisteloven § 20-5 på en måte som flertallet ikke kan se at det er hjemmel for, se i denne sammenheng tvisteloven § 20-5 femte ledd første punktum, som forutsetter at den dømmende retten står fritt i prøvingen, også i forhold til hva partene måtte mene.

Når det ikke er hjemmel verken i tvisteloven kapittel 35 eller tvisteloven kapittel 20 for at retten alt ved godkjenning av gruppesøksmål kan anerkjenne enkelte kostnadskategorier som dekningsmessige for det tilfellet at gruppesøksmålet skulle føre frem, innebærer dette at Alarmkundeforeningens prinsipale påstand ikke kan tas til følge.

Flertallet går så over til å drøfte Alarmkundeforeningens *subsidiære påstand så langt gjelder vilkår om søksmålsfinansiering*. Spørsmålet blir om det ved godkjenningen av gruppesøksmålet samtidig kan godkjennes at vederlag for søksmålsfinansiering kan dekkes av gruppedlemmene selv gjennom avkortning av en eventuell tilkjent erstatning.

Alarmkundeforeningen har anført at dette spørsmålet ikke er løst i tvisteloven, og har gjort gjeldende at prinsippet i tvisteloven § 35-4 andre ledd bokstav d, som direkte kun gjelder for påmeldingssøksmål etter § 35-6, også må gjelde for dette tilfellet. Foreningen har gjort gjeldende at det er forskjell på en situasjon der gruppedlemmene selv må dekke slike kostnader og utgifter gjennom en innbetaling til grupperepresentanten, og situasjonen der det gjøres fradrag i den erstatningen som gruppedlemmene eventuelt tilkjennes. Slik flertallet oppfatter argumentasjonen, gjøres det gjeldende at en slik løsning derfor er ubetenkelig, selv om man står overfor et utmeldingssøksmål.

I tvisteloven § 35-4 andre ledd bokstav d er det vist til § 35-6 tredje ledd, hvor grupperepresentanten er gitt hjemmel til å stille som vilkår for utnevning av gruppedlemmene skal ha ansvar for gruppens kostnader etter § 35-14, fastsatt til et maksimalbeløp. Bestemmelsen i § 35-6 regulerer påmeldingssøksmål. Det er som nevnt ikke gitt en tilsvarende hjemmel for at grupperepresentanten kan stille vilkår om kostnadsdekning ved utmeldingssøksmål etter § 35-7. Etter flertallets syn må loven derfor forstås dithen at den ikke åpner for at grupperepresentanten kan kreve at gruppedlemmene skal ha ansvar for gruppens kostnader ved utmeldingssøksmål.

Denne lovforståelsen er i tråd med systemet i tvisteloven kapittel 35 for øvrig. Det følger av § 35-13 andre ledd at grupperepresentantens krav skal dekkes av motparten i den utstrekning denne ilegges ansvar for sakskostnader, «og ellers av gruppedlemmene innen den ramme som følger av § 35-14». Det følger direkte av ordlyden i § 35-14 første ledd, gjennom henvisningen til § 35-6, at det kun er i påmeldingssøksmål at gruppedlemmene kan holdes ansvarlige overfor grupperepresentanten for kostnader, godtgjøring og utgiftsdekning. At denne bestemmelsen skal tolkes antitetisk for utmeldingssøksmål etter § 35-7, ved at gruppedlemmene der *ikke* kan holdes ansvarlig for grupperepresentantens kostnader, godtgjøring eller utgiftsdekning, bekreftes i spesialmerknadene til bestemmelsen i forarbeidene, jf. Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) side 498:

Første punktum angir hvilke kostnader gruppedlemmene i utgangspunktet er ansvarlige for. Det er bare gruppedlemmer i gruppesøksmål som er fremmet etter

§ 35-6, påmeldingsalternativet, som har ansvar for kostnader. Gruppemedlemmer i søksmål som er fremmet etter § 35-7, har ikke ansvar for noen kostnader.

Etter flertallets syn spiller det ingen rolle om gruppemedlemmene må dekke grupperepresentantens kostnader ved en direkte innbetaling, eller om det gjøres fradrag for disse kostnadene i gruppemedlemmenes andel av et vunnet erstatningsbeløp. I begge tilfeller bærer gruppemedlemmene kostnader ved søksmålet. Som nevnt over gir ikke tvisteloven hjemmel for at grupperepresentanten ved utmeldingssøksmål kan kreve sine kostnader dekket fra andre enn motparten, og da kun i den utstrekning motparten ilegges ansvar for sakskostnader, jf. § 35-13 andre ledd. At grupperepresentanten ikke skal kunne kreve noe fra gruppemedlemmene direkte er videre naturlig ut ifra utmeldingssøksmålenes karakter og hensynet til disposisjonsprinsippet. Lovens forarbeider forutsetter gjennomgående dette synet på gruppemedlemmenes ansvar i utmeldingssøksmål, jf. henvisningen over til spesialmerknadene til § 35-14 i Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) side 498, men også i spesialmerknadene til § 35-13 på samme side:

Utover dette kan godtgjøringen kreves dekket av gruppemedlemmene innen rammen av det som følger av § 35-14. Gruppemedlemmene skal ikke betale mer enn det som er fastsatt som deres maksimale ansvar etter § 35-6 tredje ledd. Hvis det ikke er fastsatt noe ansvar for maksimalbeløp, kan gruppemedlemmene ikke avkreves betaling overhodet. Dette gjelder alltid i gruppesøksmål etter § 35-7.

At loven inneholder flere «sikkerhetsventiler» for gruppemedlemmene i utmeldingssøksmål, for eksempel ved at gruppemedlemmer når som helst kan melde seg ut av gruppen, jf. § 35-8, og at et eventuelt forlik må godkjennes av retten, jf. § 35-11 tredje ledd, taler etter flertallets syn ikke for en annen løsning. Disse bestemmelsene er utslag av utmeldingssøksmålenes spesielle karakter sammenliknet med påmeldingssøksmålene, og er på ingen måte noe argument som tilsier at grupperepresentanten skal kunne få dekket sine kostnader gjennom en avkortning av gruppemedlemmenes erstatning på tvers av lovens system og lovgivers uttrykte syn.

Slik flertallet ser det åpner derfor ikke tvisteloven for at grupperepresentanten kan stille som vilkår at retten, ved godkjenning av søksmålet etter tvisteloven § 35-4, samtidig godkjenner at utgifter til søksmålsfinansiering skal dekkes av gruppemedlemmene gjennom et fradrag i et eventuelt vunnet erstatningsbeløp.

Flertallets foreløpige konklusjon er derfor at ingen av de alternative vilkårene knyttet til søksmålsfinansiering som Alarmkundeforeningen har stilt og som er reflektert i påstanden, er forenlig med gruppesøksmålet i den form det er anlagt.

Flertallet kan heller ikke se ikke at tvistelovens formål, eller øvrige reelle hensyn, i seg selv taler for en annen tolkning av reglene i kapittel 35 enn det som fremgår foran knyttet til hver av de alternative påstandene knyttet til søksmålsfinansiering. Flertallet påpeker her at det er et vilkår stilt av Alarmkundeforeningen selv, som går utover de vilkårene som er

oppstilt i loven, som er til hinder for at søksmålet kan fremmes i denne saken. Slik loven er i dag, står Alarmkundeforeningen i utgangspunktet fritt til å fremme et søksmålsfinansiert utmeldingssøksmål, gitt at de selv tar risikoen for vederlaget for søksmålsfinansieringen. Dersom denne risikoen fremstår som uønsket høy, er lovens alternative løsning et påmeldingssøksmål med en regulering av gruppedlemmenes ansvar, men da med mulighet for at søksmålet omfatter et lavere totalt antall krav. Slik flertallet ser det, er det imidlertid ikke rettslig grunnlag for noen hybrid mellom de to søksmålsformene.

Flertallet finner det endelig klart at det heller er grunnlag for en utvidende tolkning av reglene i tvisteloven kapittel 35 med grunnlag i EØS-retten, slik Alarmkundeforeningen har gjort gjeldende. Flertallet påpeker innledningsvis at spørsmålet ikke er regulert av rettsakter gjort til del av EØS-avtalen. Det EØS-rettslige prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse innebærer at borgeren skal ha tilgang til domstolene for å sikre sine rettigheter etter EØS-retten, og at domstolene skal ha effektive rettsmidler til å gi slik beskyttelse, se EFTA-domstolens avgjørelse 13. juni 2013 i sak E-11/12 *Koch* avsnitt 117 med videre henvisning blant annet til EU-domstolens sak C-432/05 *Unibet* avsnitt 37. Slik det følger av avsnitt 121 i EFTA-domstolens avgjørelse, er det i fravær av EØS-rettslige regler som regulerer søksmåls- og rettsmiddelsituasjonen opp til statene å trekke rammene for varetakelsen av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse innen sin prosessorden – prinsippet om prosessuell autonomi. Den EØS-rettslige forutsetningen er likevel at reglene

«are no less favourable than those governing similar domestic actions (principle of equivalence) and, second, that they do not render practically impossible or excessively difficult the exercise of rights conferred by EEA law (principle of effectiveness)».

Til tross for at privat håndheving av konkurransereglene etter EFTA-domstolens praksis bør oppmuntres fordi det kan bidra vesentlig til å opprettholde konkurranse i EØS-området, er det disse begrensningene i prinsippet om prosessuell autonomi som får anvendelse i saker om privat håndheving av EØS-avtalens konkurranseregler, se blant annet EFTA-domstolens dom av 30. mai 2018 i sak E-6/17 *Fjarskipti* avsnitt 48 og EFTA-domstolens dom av 17. september 2018 i sak E-10/17 *Kystlink* avsnitt 73 og 110.

Flertallet ser det derfor slik at det såkalte effektivitetsprinsippet følger derfor av prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse, når prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse varetas gjennom nasjonale prosessregler.

Flertallet bemerker at tvisteloven ikke er *til hinder for* privat håndhevelse av EØS-avtalen artikkel 53 gjennom erstatningssøksmål, samtidig som prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse på den annen side ikke går så langt som til å pålegge en positiv forpliktelse til å tillate at slike krav forfølges på den måten som Alarmkundeforeningen ønsker å anlegge, det vil si på de vilkår knyttet til søksmålsfinansiering som foreningen ønsker å stille, se for øvrig EU-domstolens sak C-432/05 *Unibet* avsnitt 40 – 41 samt HR-2022-486-U avsnitt 25 om bedømmelsen av andre sivilprosessuelle begrensninger for søksmål. Det

springende punktet oppstår derfor under effektivitetsprinsippet, altså om tvistelovens begrensninger knyttet til utmeldingssøksmål slik de er drøftet foran gjør forfølgningen av mulige erstatningskrav i praksis umulig eller uforholdsmessig vanskelig.

Flertallet er ikke kjent med regelverk eller rettspraksis fra EU/EØS som belyser om effektivitetsprinsippet fordrer en mulighet til å anlegge gruppesøksmål, og i så fall i hvilken form. Verisure og Sector har gjort gjeldende at gruppesøksmål er lite utbredt som søksmålsform i EU, og har dessuten vist til juridisk teori om spørsmålet. Flertallet er for så vidt enig i at dette er en indikasjon på at effektivitetsprinsippet ikke kan tilsa at et gruppesøksmål må anlegges på den måten Alarmkundeforeningen ønsker, men spørsmålet må uansett underkastes en selvstendig vurdering fra lagmannsrettens side.

Tvisteloven oppstiller en rekke prosessformer for erstatningskrav som i denne saken, som småkravsprosess, allmennprosess med subjektiv kumulasjon på saksøkersiden eller de to ulike variantene av gruppeprosess. Som påpekt over, kan behovet for sikring av søksmålsfinansiering, i alle fall i den form som Alarmkundeforeningens subsidiære påstand omfatter, ivaretas ved gruppesøksmål etter påmeldingsalternativet i tvisteloven § 35-6. Slik flertallet forstår Alarmkundeforeningen, vil dette ut fra erfaringene fra andre land være en klar ulempe da at langt færre krav vil bli omfattet av et gruppesøksmål etter påmeldingsalternativet enn etter utmeldingsalternativet i tvisteloven § 30-7. Selv om flertallet har forståelse for at påmeldingsalternativet etter sin natur kan føre til at færre kravshavere omfattes enn om man følger utmeldingsalternativet og dermed kan redusere den positive betydningen av slike søksmål for håndhevelsen av konkurransereglene, blir ikke forfølgningen av kravene av den grunn i praksis umulig eller uforholdsmessig vanskelig når påmeldingsalternativet må velges. Dette beror for øvrig også av i hvilken grad Alarmkundeforeningen lykkes med å rekruttere deltakere til et slikt påmeldingssøksmål. Flertallet kan derfor ikke se at det EØS-rettslige prinsippet om effektiv rettshåndhevelse generelt, eller effektivitetsprinsippet konkret, tilsier at et utmeldingssøksmål må kunne anlegges i den form som Alarmkundeforeningen ber om.

Flertallet kan etter dette ikke se at det kan stilles som vilkår for godkjenning av et utmeldingssøksmål etter tvisteloven § 35-7 at kostnader til søksmålsfinansiering skal dekkes *verken* av motparten som sakskostnader eller av gruppemedlemmene som avkortning av deres eventuelle, fremtidige erstatningsbeløp. Ingen av de alternative vilkårene kan altså stilles for godkjenningen. I den grad det er ønskelig å kunne stille slike vilkår for godkjenningen, må dette eventuelt bli opp til lovgiver å ta stilling til.

Når Alarmkundeforeningen likevel har stilt dette som alternative vilkår for å bli oppnevnt som grupperepresentant, innebærer dette etter flertallets syn at Alarmkundeforeningen ikke er villig til å oppnevnes som grupperepresentant i samsvar med de rammene som tvisteloven kapittel 35 oppstiller for utmeldingssøksmål. Konsekvensen er at det ikke kan utpekes en grupperepresentant etter tvisteloven § 35-9, jf. tvisteloven § 35-2 første ledd

bokstav d, med den følge at søksmålet ikke kan reises og ikke kan godkjennes, jf. tvisteloven § 35-4 første ledd. Søksmålet må derfor avvises.

Selv om det ikke er nødvendig for resultatet, tilføyer flertallet at det følger av dets syn at det er høyst uklart om vilkåret i tvisteloven § 35-9 tredje ledd om at grupperepresentanten skal kunne svare for gruppens mulige kostnadsansvar overfor motparten i dag er oppfylt. Det vises til redegjørelsen for avtalen mellom Alarmkundeforeningen og Therium ovenfor. Etter avtalen inntre Theriums finansieringsforpliktelse fra den såkalte «Commencement Date», som er den dagen en norsk domstol godkjenner finansieringsavtalen gjennom en «Funding Agreement Approval Order». Etter avtalen er det dermed en forutsetning for Theriums finansieringsforpliktelse at retten godkjenner avtalens rammer gjennom en «Funding Agreement Approval Order». Uten en slik godkjenning, legger flertallet til grunn at Alarmkundeforeningen som utgangspunkt ikke har finansiering, og dermed ikke kan svare for gruppens mulige ansvar for motpartens sakskostnader, med mindre det gjøres endringer i avtalestrukturen. Flertallet legger til grunn at det vil være opp til Therium å vurdere om de vil gå med på slike endringer for å opprettholde finansieringstilsagnet.

Flertallets konklusjon er etter dette at anken skal forkastes.

Mindretallet, lagdommer Haug-Hustad, har kommet til at tingrettens har trådt feil ved sin vurdering av om vilkåret i § 35-2 tredje ledd, jf. § 35-9 tredje ledd er oppfylt. Mindretallet finner imidlertid ikke å ha tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til om søksmålet kan avvises med en annen begrunnelse enn den som tingretten bygget på. Mindretallet finner derfor at kjennelsen bør oppheves, jf. tvisteloven § 29-23 fjerde, jf. tredje ledd.

Et av vilkårene for å fremme et gruppesøksmål er at «det er grunnlag for å utpeke grupperepresentant etter § 35-9». Spørsmålet er om vilkårene for å utpeke Alarmkundeforeningen som grupperepresentant er oppfylt. Spørsmålet er nærmere bestemt om foreningen oppfyller vilkåret om å kunne «svare for gruppens mulige kostnadsansvar overfor motparten» og om foreningen er «villig» til å være grupperepresentant under de forutsetninger som søksmålet må baseres på.

Tingretten kom til at søksmålet måtte avvises fordi Alarmkundeforeningen ikke hadde evne til å svare for gruppens mulige kostnadsansvar, og at vilkåret i § 35-2 første ledd bokstav d, jf. § 35-9 derfor ikke var oppfylt. Det var for tingretten, og er også nå, ubestridt at Alarmkundeforeningen selv ikke har midler til å dekke et mulig kostnadsansvar. Spørsmålet for tingretten var om avtalen Alarmkundeforeningen hadde inngått med Therium, hvoretter sistnevnte garanterte for dekning av motpartenes sakskostnader, var tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret. Tingretten fant at garantien ikke kunne tas i betraktning fordi dette ville innebære at «domstolene var med på å sanksjonere virksomhet i strid med offentligrettslige regler i finansforetaksloven».

Mindretallet finner ikke at den begrunnelse tingretten ga var tilstrekkelig til å sette garantien ut av betraktning og konkludere med at vilkåret i § 35-9 tredje ledd ikke var oppfylt. Mindretallet finner imidlertid ikke grunn til å ta stilling til om garantien – slik den forelå for tingretten – ga tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at Alarmkundeforeningen kunne «svare for gruppens mulige kostnadsansvar overfor motparten». Som det har fremgått, er sikkerhetsstillelsen for lagmannsretten er endret til at Therium vil deponere 12 000 000 kroner på prosessfullmektigens klientkonto som sikkerhet for et eventuelt sakskostnadsansvar (i fortsettelsen benevnt som «garanti»), dersom Alarmkundeforeningen oppnevnes som grupperepresentant. Spørsmålet for lagmannsretten er om «garantien», slik den nå er utformet, er tilstrekkelig til at vilkåret i § 35-9 tredje ledd om at Alarmkundeforeningen skal «kunne svare for gruppens mulige kostnadsansvar» er oppfylt.

Alarmselskapene har bestridt dette og har fremholdt at garantien, også slik den nå er formulert, vil være ugyldig, idet Therium mangler konsesjon etter finansforetaksloven og heller ikke har fått dispensasjon til å stille en slik «garanti». Det hevdes at tilbudet om deponering derfor ikke kan tas i betraktning ved vurderingen av om det økonomiske vilkåret for å fremme søksmålet med Alarmkundeforeningen som grupperepresentant, er oppfylt. Alarmkundeforeningen har derimot fremholdt at «garantien» er tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret.

Mindretallet finner det ikke nødvendig å ta stilling til om utstedelse av en slik «garanti» er å anse som finansieringsvirksomhet som er betinget av tillatelse etter finansforetaksloven § 2-1 første ledd, eller om det er tale om et enkeltstående tilfelle av finansiering som ikke krever slik tillatelse, jf. tredje ledd i bestemmelsen. Spørsmålet er uansett om det forhold at «garantien» eventuelt er gitt i strid med reglene i finansforetaksloven innebærer at denne er ugyldig, slik at den ikke kan tas i betraktning ved vurderingen av om det økonomiske vilkåret i § 35-9 tredje ledd er oppfylt.

Det er sikker rett at det forhold at en avtale er i strid med en ufravikelig lovbestemmelse, ikke automatisk medfører ugyldighet. Hvorvidt dette blir konsekvensen beror på en tolkning av den aktuelle bestemmelsen, jf. HR-2022-1120-A avsnitt 37 følgende. Ved vurderingen må det ses hen til at utgangspunktet er at offentlig tilsynslovgivning ikke har privatrettslige konsekvenser, jf. avsnitt 41 i samme avgjørelse.

Finansforetaksloven inneholder ingen bestemmelse om at avtaler inngått i strid med lovens bestemmelser, er ugyldige partene imellom. Formålet med loven er å bidra til finansiell stabilitet, og at finansforetak virker på en hensiktsmessig og betryggende måte. Det er på denne bakgrunn oppstilt krav om tillatelse for å kunne drive virksomhet som finansforetak. Sanksjoner ved overtredelse av lovens bestemmelser er regulert i lovens kapittel 22, hvor det fremgår at straff, pålegg og andre tvangstiltak kan ilegges. Privatrettslig ugyldighet er på denne bakgrunn ikke nødvendig for å sikre at lovens bestemmelser håndheves effektivt. Privatrettslig ugyldighet vil dessuten kunne medføre en urettmessig fordel for den som yter

kreditt uten tillatelse, noe som vil være uheldig særlig av hensyn til parter – som uten kunnskap om den manglende tillatelsen – har innrettet seg i tillitt til kredittilsagnet. Mindretallet finner etter en samlet vurdering at det forhold at Therium mangler tillatelse etter finansforetaksloven, ikke medfører at «garantien» er ugyldig, slik alarmselskapene har hevdet. Det er følgelig ikke grunnlag for å sette garantien ut av betraktning ved vurderingen av om det økonomiske vilkåret er oppfylt.

At Therium deponerer et beløp til sikkerhet for dekning av det sakskostnadsansvar Alarmkundeforeningen eventuelt måtte idømmes, vil derfor være tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret i § 35-9 tredje ledd – forutsatt at deponeringen foretas på en måte som gir motpartene tilfredsstillende sikkerhet for at sakskostnadsansvaret innfris. For at deponeringen skal anses for å gi tilfredsstillende sikkerhet i så måte må den være reservasjonsløs slik at motpartene gis et ubetinget krav på dekning av tilkjente sakskostnader uavhengig av om forutsetninger i avtaleforholdet mellom Therium og Alarmkundeforeningen oppfylles eller ikke.

Mindretallet har ikke tilstrekkelige opplysninger om de planlagte vilkår for deponeringen til å ta stilling til om det vil være tilfellet her. Mindretallet finner allerede i lys av dette at tingrettens kjennelse bør oppheves, slik at den – etter å ha foretatt de nødvendige avklaringer – kan ta stilling til om tilbudet om deponering medfører at vilkåret i § 35-9 tredje ledd er oppfylt, jf. § 29-23 fjerde, jf. tredje ledd.

Dersom det deponeres et beløp som gir motparten ubetinget sikkerhet for innfrielse av et eventuelt sakskostnadsansvar, vil dette være tilstrekkelig til at vilkåret i § 35-9 tredje ledd er oppfylt, uavhengig av hvilke vilkår som måtte gjelde forholdet Alarmkundeforeningen og Therium imellom. Det er derfor i utgangspunktet ikke nødvendig for mindretallet å ta stilling til innholdet i finansieringsavtalen dem imellom.

Selv om dette ikke er nødvendig for mindretallet syn på resultatet, bemerkes det likevel at Therium i avtalen med Alarmkundeforeningen synes å oppstille som forutsetning for deponering at domstolene godkjenner de rammer for søksmålet som denne avtalen er basert på. Disse forutsetningene synes å være at søksmålet anlegges som et utmeldingssøksmål hvor Therium – dersom erstatningssøksmålet fører frem – gis dekning for det av flertallet omtalte «Funding Fee» gjennom tilkjente sakskostnader fra motpartene, eventuelt gjennom forlods dekning av det samme beløpet i den eventuelle erstatning som måtte tilkjennes gruppemedlemmene.

Flertallet har funnet at det er en forutsetning for at Alarmkundeforeningen er «villig» til å opptre som grupperepresentant, at det på forhånd avklares om det er anledning til å få dekket utgiftene til søksmålsfinansiering på denne måten. Mindretallet er ikke enig i at Alarmkundeforeningen kan oppfattes slik. Alarmforeningen har riktignok nedlagt selvstendig påstand om «dekning av søksmålsfinansieringskostnadene», som lyder slik:

Prinsipalt

For det tilfelle at Alarmkundeforeningen får medhold i sine erstatningskrav mot Verisure AS og/eller Sector Alarm AS skal de saksøkte betale til Alarmkundeforeningen kostnader til søksmålsfinansiering til Therium Capital Management Nordic AS, nærmere fastsatt etter rettens skjønn.

Subsidiært

Dersom Alarmkundeforeningen får medhold i sine erstatningskrav mot Verisure AS og/eller Sector Alarm AS skal det gjøres fradrag i det utmålte erstatningsbeløpet for kostnadene til søksmålsfinansiering til Therium Capital Management Nordic AS, nærmere fastsatt etter rettens skjønn, for dekning av finansieringskostnadene.

Denne påstanden er imidlertid selvstendig og løsrevet fra påstanden om at saken begjæres fremmet. Alarmkundeforeningen kan allerede av den grunn ikke forstås å oppstille som forutsetning for å opptre som grupperepresentant at man får medhold i denne påstanden. Det vises til underbyggelse av dette for øvrig til Alarmforeningens prosesskriv 3. mai 2022 hvor det skrives følgende:

Det er imidlertid akseptabelt for Alarmkundeforeningen å opptre som grupperepresentant selv om det skulle utstå til pådømmelsen av saken å avklare om kostnadene ved søksmålsfinansiering kan belastes motpartene som en del av sakskostnadsavgjørelsen eller om kostnadene må gå til fradrag i den tilkjente erstatningen.

I prosesskrivet 25. mai 2022 skriver Alarmkundeforeningen videre:

... For det tilfelle at Alarmkundeforeningen oppnevnes som grupperepresentant, er både Therium og foreningen innforstått med at det kan måtte foretas visse justeringer i den opprinnelige avtalen og vedlegget ("schedule") avhengig av hvilke føringer som fastlegges av retten.

De samme passusene er sitert også av flertallet. Mindretallet forstår imidlertid disse utsagnene på en annen måte, og oppfatter at Alarmforeningen gir uttrykk for å være villig til å stå som grupperepresentant selv om den ikke skulle få medhold i disse påstandene om søksmålsfinansiering. Mindretallet finner derfor i motsetning til flertallet at det må legges til grunn at Alarmkundeforeningen er «villig» til å opptre som grupperepresentant, uavhengig av utfallet knyttet til påstanden om søksmålsfinansiering. Om det er grunnlag for å gi Alarmkundeforeningen medhold i påstanden om søksmålsfinansiering kan likevel ha betydning for om «garantien» rent faktisk vil bli utbetalt, som er en betingelse for at det økonomiske vilkåret i § 35-9 tredje ledd skal anses oppfylt. Mindretallet finner derfor grunn til å knytte noen bemerkninger til dette.

Det er, som flertallet har lagt til grunn, klart ikke grunnlag for – allerede på saksforberedelsesstadiet – å ta endelig stilling til om kostnadene til søksmålsfinansiering kan kreves dekket av ankemotpartene, dersom gruppemedlemmene får medhold i sine erstatningskrav. Det vises til den begrunnelse som flertallet har gitt for dette, som er dekkende også for mindretallets syn. Det vil således, dersom søksmålet fremmes, bli opp

til den dømmende rett å avgjøre om kostnadene til finansiering kan dekkes av motparten, i medhold av tvisteloven § 35-13 andre ledd, jf. første ledd, jf. § 20-5. Alarmforeningens krav om forhåndsavgjørelse på dette punkt kan derfor ikke tas til følge.

Det samme gjelder det subsidiære kravet om at lagmannsretten allerede nå avgjør om kostnadene til søksmålsfinansiering kan gå til fradrag i det erstatningsbeløp som eventuelt tilkjennes gruppemedlemmene. Også her står en overfor et materielt spørsmål som må utstå til den endelige avgjørelsen i saken. Ut fra spørsmålet betydning for om søksmålet lar seg finansiere, finner mindretallet likevel grunn til å si noe om de rettslige rammene for dette kravet.

Tvisteloven kapittel 35 inneholder, som nevnt, regler om påmeldingssøksmål i § 35-6 og utmeldingssøksmål i § 35-7, hvorav denne saken er anlagt som det siste.

Grupperepresentantens krav på godtgjøring for sitt arbeid og «dekning av sine utgifter» er regulert i § 35-13. Kostnader til finansiering av gruppesøksmålet vil etter omstendigheter kunne anses som utgifter i bestemmelsens forstand. Mindretallet er enig med flertallet i at tvisteloven ikke åpner for at slike utgifter kan kreves dekket direkte av gruppemedlemmene, i en situasjon hvor søksmålet er anlagt som et utmeldingssøksmål, slik tilfellet er her. Det vises til den begrunnelse som flertallet har gitt for dette.

Spørsmålet er imidlertid om dette stiller seg annerledes når det er tale om dekning i et eventuelt erstatningsbeløp fordi dette ikke innebærer et direkte og selvstendig betalingsansvar for gruppemedlemmene, men kun vil innebære et indirekte betalingsansvar for disse. I kommentarene til § 35-13 inntatt i Schei m.fl.: *Tvisteloven kommentarutgave (Juridika)* skrives følgende om dette:

Thorbjørn Hagerup Nagelhus gjør i *Jussens Venner* 2008 side 209–210 gjeldende at grupperepresentanten ikke kan tilkjennes godtgjøring i et forlik i et § 35-7 søksmål. Resonnementet synes å være at det å dekke kostnader for grupperepresentanten, vil innebære at det blir mindre til dekning for gruppemedlemmene. Dette igjen vil være i strid med den forutsetningsvise regelen i § 35-14 første ledd om at gruppemedlemmer i § 35-7 søksmål ikke har noe ansvar overfor grupperepresentanten for hans krav på godtgjøring. Resonnementet kan ikke være holdbart. At gruppemedlemmet ikke har et direkte og selvstendig ansvar for grupperepresentantens krav på godtgjøring, er noe annet enn at gruppemedlemmet har et krav på en bruttoandel av et erstatningsbeløp uten fradrag for de omkostninger det har medført å få tilkjent erstatningsbeløpet.

Hvis ikke grupperepresentanten får dekket sitt krav gjennom dom eller forlik, eller beløpet som er tilkjent her ikke lar seg inndrive, må kravet dekkes innenfor rammen av det ansvar gruppemedlemmene har etter § 35-14. Det er bare i § 35-6 søksmål at gruppemedlemmene har et slikt ansvar, og dette ansvaret er begrenset til det maksimumsbeløp som er fastsatt etter § 35-6 tredje ledd. Er det ikke fastsatt noe slikt maksimumsbeløp, har ikke gruppemedlemmene noe ansvar overhodet. I § 35-7 søksmål kan grupperepresentanten ikke kreve dekning av gruppemedlemmene.

Det er vanskelig å se at det er noe prinsipielt i veien for at det i en eventuell dom fastsettes at grupperepresentantens utgifter til søksmålsfinansiering dekkes «forlodds» i det erstatningsbeløp som tilkjennes gruppemedlemmene i et utmeldingssøksmål, forutsatt at den dømmende rett finner at det foreligger rettslig grunnlag for det. Hvorvidt det i det konkrete tilfellet er grunnlag for slik dekning er imidlertid et materielt spørsmål som tilligger den dømmende rett å avgjøre. Heller ikke hva gjelder den subsidiære påstanden er det følgelig grunnlag for å fatte noen endelig avgjørelse allerede på saksforberedelsesstadiet.

Mindretallet har ved vurderingen sett hen til Alarmkundeforeningens anførsler om at unnlattelse av å treffe slik forhåndsavgjørelse som krevd vil gjøre det vanskeligere å få finansiert søksmålet. Slike hensyn kan likevel ikke gi grunnlag for å fravike tvistelovens system, hvoretter materielle spørsmål avgjøres av den dømmende rett etter at saken har vært realitetsbehandlet. Heller ikke Norges EØS-rettslige forpliktelser gir grunnlag for dette, jf. flertallets begrunnelse som mindretallet slutter seg til. Det vises for øvrig til at nødvendig sikkerhet dekning av kostnadene til søksmålsfinansiering fra gruppemedlemmene uansett vil kunne oppnås ved at søksmålet anlegges som et påmeldingssøksmål, eventuelt ved at de enkelte gruppemedlemmer identifiseres og at det inngås privatrettslige avtaler med disse om dekning i det erstatningsbeløp som eventuelt tilkjennes. Det vises til Høgetveit Berg og Nordby, Gruppesøksmål – Tvistelova kapittel 35 med kommentarer (2012), s. 175 som underbygger at slike avtaler kan inngås også ved utmeldingssøksmål.

Forutsetningene i finansieringsavtalen med Therium, slik den i dag er formulert, synes etter dette ikke å la seg oppfylle. Det er per i dag ikke avklart om Therium vil være villig til å deponere et beløp til sikkerhet for et eventuelt sakskostnadsansvar i en slik situasjon. Mindretallet finner det naturlig at tingretten avklarer om det er tilfelle. Også på denne bakgrunn finner mindretallet at tingrettens kjennelse bør oppheves, jf. § 29-23 fjerde, jf. tredje ledd, slik at den – på bakgrunn av en slik avklaring – kan ta stilling til om det økonomiske vilkåret i § 35-9 tredje ledd er oppfylt.

Etter dette forkastes anken i samsvar med flertallets konklusjon.

Sakskostnader

Flertallet, lagdommerne Kolderup og Heyerdahl, bemerker at ankemotpartene har vunnet saken og har som utgangspunkt krav på dekning av sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd.

Det følger av tvisteloven § 20-8 andre ledd andre punktum at kostnadene ved særskilt anke over avgjørelser av annet enn krav som er tvistegenstand, skal fastsettes særskilt av ankeinstansen for alle instanser, se også HR-2018-492-U avsnitt 36. Flertallets resultat legges samtidig til grunn for avgjørelsen av sakskostnadene for tingretten, jf. tvisteloven § 20-9 andre ledd. Der det er flere parter på samme side foretas avgjørelsen av

sakskostnader særskilt overfor hver part, jf. tvisteloven § 20-6 første ledd. Dette gjelder også for utmålingen.

Utgangspunktet ved gruppesøksmål er at det er grupperepresentanten som har rett og plikt i forhold til sakskostnader, jf. tvisteloven § 35-12 første ledd. Når et gruppesøksmål som her ikke fremmes, blir det heller ikke oppnevnt en grupperepresentant. Spørsmålet om sakskostnader må derfor løses av de ordinære reglene i tvisteloven kapittel 20, hvoretter Alarmkundeforeningen, som er den som har fremmet kravet om gruppesøksmål, blir ansvarlig for motpartenes sakskostnadskrav når søksmålet nå avvises.

Etter flertallets syn foreligger det ikke «tungtveiende grunner» som gjør det rimelig å frita Alarmkundeforeningen fra sakskostnadsansvaret, jf. § 20-2 tredje ledd overfor noen av ankemotpartene. Selv om kjennelsen er avsagt med dissens, har flertallet ikke funnet saken tvilsom. Den konklusjonen flertallet har kommet til kan utledes av tvisteloven, og avklarer ikke en tidligere uavklart rettslig problemstilling. I en slik situasjon ser ikke flertallet at styrkeforholdet mellom partene i seg selv taler for fritak overfor noen av ankemotpartene. Flertallet tilføyer dessuten at det er Alarmkundeforeningen som har vært part i saken, ikke personene som ville blitt gruppedlemmer om søksmålet hadde blitt fremmet.

Etter tvisteloven § 20-5 første ledd første punktum har vinnende part krav på dekning av «nødvendige» sakskostnader. Ved vurderingen av om kostnadene har vært nødvendige, skal det legges vekt på om det ut fra betydningen av saken har vært rimelig å pådra dem.

Advokat Shetelig har på vegne av Verisure inngitt sakskostnadsoppgave til lagmannsretten med krav om dekning av 277 685 kroner i sakskostnader for lagmannsretten, i sin helhet bestående av salær, for i alt 77 timer til timesatser som varierer mellom 2 275,67 og 3 897 kroner. Det fremgår at i alt 53 av timene knytter seg til arbeid frem til inngivelse av anketilsvaret.

Advokat Jervell har på vegne av Sector Alarm krevd dekket sakskostnader med i alt 255 242 kroner for lagmannsretten, for i alt 85 timer med en snittpris på 3 005 kroner. Kravet er ikke fordelt på de ulike faser av saken. Ettersom Sector Alarm har inngitt et tilsvarende antall prosesskriv som Verisure med omtrent samme omfang, legger flertallet til grunn at tidsfordelingen har vært om lag den samme.

Etter at lagmannsretten sendte varsel om nedsettelse av sakskostnadskravene, har Alarmkundeforeningen fremsatt innsigelse mot sakskostnadskravene fra Verisure og Sector Alarm. Flertallet har vurdert de merknadene som er innkommet fra Verisure og Sector Alarm, men finner likevel at begge sakskostnadskravene overstiger det som er rimelig og nødvendig ut fra ankesakens betydning, omfang og kompleksitet. Det er tale om en skriftlig ankesaksbehandling, der ankemotpartene hver har inngitt tre til fire prosesskriv, i tillegg til anketilsvaret. Tvistespørsmålet for lagmannsretten har vært relativt avgrensede og begrenset til spørsmålet om gruppesøksmålet skal avvises. Prosesskrivene har i hovedsak

knyttet seg til rettslig argumentasjon om de samme vilkår som var tema også for tingretten. Selv om det for lagmannsretten har blitt fremlagt noe nytt faktisk materiale sammenlignet med det som var fremlagt for tingretten, og argumentasjonen fra Alarmkundeforeningen har blitt noe utbygd, har saken i hovedsak stått i samme stilling som det som var tilfelle for tingretten. Videre bemerker flertallet at argumentasjonen fra hver av ankemotpartene har vært hovedsakelig sammenfallende i innhold, men har vært fremført selvstendig av hver av prosessfullmektigene. Slik flertallet ser det, kunne prosessopplegget vært lagt opp mer koordinert og mindre repetitivt mellom prosessfullmektigene. Selv om flertallet har forståelse for at gruppesøksmålet kan være av stor økonomisk betydning for begge ankemotparter, noe særlig Sector Alarm er inne på i sitt prosesskriv av 30. juni 2022, mener flertallet at de foregående forhold for hver av ankemotpartene likevel innebærer at deres sakskostnadskrav overstiger det rimelige og nødvendige, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd. Til Sector Alarms fremheving av at sakskostnadskravene regulært er store i konkurransesaker, bemerker flertallet at ankesaken ikke har omhandlet konkurransefaglige problemstillinger, samtidig som sakskostnadskrav uansett skal undergis en selvstendig prøving i hvert enkelt tilfelle.

Idet de fremsatte krav fra hver av partene er omtrent av samme størrelse selv om timesats og timetall er noe ulike, finner flertallet det forsvarlig å fastsette det sakskostnadskravet som Alarmkundeforeningen holdes ansvarlig for til 150 000 kroner overfor begge ankemotparter. Merverdiavgift kommer ikke i tillegg, idet begge ankemotparter er merverdiavgiftsregistrerte.

Flertallet er derfor kommet til at Alarmkundeforeningen dømmes til å betale sakskostnader for lagmannsretten til hver av ankemotpartene med 150 000 kroner.

Både Verisure og Sector Alarm fremsatte krav om dekning av sakskostnader for tingretten, men ingen av dem innga for tingretten spesifisert krav i samsvar med tvisteloven § 20-5 fjerde ledd, jf. tredje ledd. Etter at lagmannsretten som ledd i ankesaksforberedelsen ba partene om sakskostnadsoppgave som omfattet begge instanser, har advokat Shetelig på vegne av Verisure i sakskostnadsoppgaven til lagmannsretten angitt sakskostnadskravet for tingrettsbehandlingen til i alt 842 497,50 kroner for i alt 274,5 timer til timesatser som varierer mellom 2 954 og 3 214 kroner. Tilsvarende har advokat Jervell på vegne av Sector Alarm i prosesskriv til lagmannsretten angitt at sakskostnadskravet for tingretten utgjorde i alt 998 750 kroner fordelt på 250 timer med en snittpris på 3 995 kroner.

Når sakskostnader ikke er krevd for underinstansen, kan ankeinstansen ikke idømme sakskostnadsansvar for underinstansen, se blant annet HR-2018-492-U avsnitt 36 og Rt-2015-897 avsnitt 11 med videre henvisninger. Det fremgår videre av HR-2013-1203-U at når sakskostnadsoppgave ikke er fremsatt for den instans som det kreves sakskostnader for til tross for at sakskostnader var krevd for instansen, kan heller ikke sakskostnader tilkjennes med mer enn 15 000 kroner, jf. tvisteloven § 20-5 fjerde ledd. Flertallet legger på bakgrunn av den nevnte praksis til grunn at den derfor ikke kan bygge på oppgave over

kostnader for tingretten, når slik kostnadsoppgave først ble fremlagt for lagmannsretten. Følgen blir at utmålingsregelen i tvisteloven § 20-5 fjerde ledd får anvendelse. At lagmannsretten under ankesaksforberedelsen ba om sakskostnadsoppgave som omfattet begge instanser, får ikke betydning for lagmannsrettens kompetanse når sakskostnadsoppgave ikke var inngitt for tingretten, se Karnov lovkommentar til tvisteloven § 20-5 note 8 nest siste avsnitt. Flertallet kan ikke se at situasjonen er sammenliknbar med Rt-2009-1522 avsnitt 16. Flertallet viser blant annet til praksis som gjennomgått foran, og at tingretten her har avgjort saken og sakskostnadsspørsmålet, mens saksforholdet der gjaldt perioden mellom rettsmøtets avslutning og dom.

Etter dette har flertallet kommet til at Alarmkundeforeningen dømmes til å betale sakskostnader for tingretten med 15 000 kroner overfor hver av ankemotpartene. Det er da ikke nødvendig for flertallet å vurdere sakskostnadskravene for tingretten opp mot begrensningen i tvisteloven § 20-5 første ledd.

Mindretallet, lagdommer Haug-Hustad, må ta stilling til spørsmålet om erstatning for sakskostnader ut fra sitt realitetsstandpunkt til tvistegjenstanden, jf. Rt-1995-2005 sammenholdt med merknader til bestemmelsen inntatt i Tore Schei mfl.: Tvisteloven: Lovkommentar (Juridika 30. juni 2022). Mindretallet finner det ikke nødvendig å ta stilling til om det forhold at Alarmkundeforeningen har fått medhold i sin subsidiære påstand om opphevelse av tingrettens kjennelse medfører at foreningen har fått medhold i det vesentligste eller kun medhold av betydning, jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd og § 20-3. Mindretallet finner uansett at det foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig at ankemotpartene fritas for sakskostnadsansvaret. Det vises blant annet til at Alarmkundeforeningen – slik saken er presentert for lagmannsretten – ikke har påvist at det økonomiske vilkåret i § 35-9 tredje ledd er oppfylt, og at dette er grunnen til at saken må tilbake til tingretten for fornyet vurdering.

Kjennelsen er avsagt med slik dissens som fremgår ovenfor.

SLUTNING

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Alarmkundeforeningen 150 000 – etthundreogfemtitten – kroner til Verisure AS innen to uker etter at denne kjennelsen er forkynt.
3. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Alarmkundeforeningen 150 000 – etthundreogfemtitten – kroner til Sector Alarm AS innen to uker etter at denne kjennelsen er forkynt.
4. I sakskostnader for tingretten betaler Alarmkundeforeningen 15 000 – femtitten – kroner til Verisure AS innen to uker etter at denne kjennelsen er forkynt.
5. I sakskostnader for tingretten betaler Alarmkundeforeningen 15 000 – femtitten – kroner til Sector Alarm AS innen to uker etter at denne kjennelsen er forkynt.

Henrik Kolderup

Anne Cathrine Haug-Hustad

Kristel Heyerdahl

Jeg bekrefter at rettens øvrige medlemmer har godkjent avgjørelsens innhold ved e-poster 1. juli 2022, jf. signaturforskriften § 4 andre og tredje ledd.

Henrik Kolderup

Dokument i samsvar med undertegnet original
Marianne Ofstad, signert elektronisk