

Erstatningsansvar under lup

*Af professor Lars Bo Langsted
Aalborg Universitet*

I december måned sidste år afgav EU-kommissionen en Grøn bog om »erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EFs kartel- og monopolregler«. I løbet af dette forår vil der komme et direktiv fra samme sted om revisorer og reguleringen af revisorerers virksomhed. Dette kommende direktiv vil tillige indeholde optakten til at kommissionen i 2006 vil se nærmere på de regler der gælder for revisorerers erstatningsansvar.

For 14 dage siden skrev jeg i disse spalter om regeringens overvejelser om indførelse af gruppesøgsmål i erstatningssager, og tilsammen tegner der sig et mønster i retning af en ny anvendelse af erstatningsretten. Fra at være et retsinstrument primært til sikring af, at personer eller virksomheder, der har lidt et økonomisk tab, kan få dette tab dækket af den, der har været skyld i tabet, ses en glidning i retning af, at erstatningsretten skal anvendes som en art straf, der primært skal have en afskrækkende virkning. Dette er af flere grunde en tendens, der kan give anledning til bekymring for, at de institutioner, der hver især ser på dette område, ikke har blik for hverken det egentlige formål med erstatningsretten og dettes samspil med andre »sanktionsformer« eller har den tilstrækkelige erstatningsretlige viden, til at kunne vurdere, hvad de griber ind i.

I forbindelse med den indledende debat om gruppesøgsmål, blev det således nævnt fra flere sider, at en adgang til sådanne søgsmål, ville kunne virke afskrækkende på store firmaer, der leverede dårlige eller skadelige produkter eller – f.eks. – indgik kartelsamarbejder. Helt tilsvarende hedder en af overskifterne i indledningen til den for nyligt udsendte Grøn bog fra EU-kommissionen: »Erstatningskrav som led i systemet til håndhævelse af Fællesskabets kartel- og monopolregler«. Af afsnittet fremgår klart, at borgerne skal bringes »tættere på konkurrencereglerne og ... inddrages mere aktivt i håndhævelsen af reglerne«. Kommissionen anfører endvidere, at »lovgivningen på dette område i medlemsstaterne er "fuldstændigt underudviklet"«. Den sidste bemærkning er Grøn bogens direkte citat fra den underliggende undersøgelse, der er foretaget af et advokatfirma. Dette firma skriver indledningsvist, at det, der tegner sig ved en undersøgelse af medlemslandenes regler og praksis vedrørende erstatningskrav ved konkurrencelovsovertrædelser er et billede af »astounding diversity and total underdevelopment.«

Grøn bogen er bygget op som et katalog med 36 mulige tiltag alle med det erklærede formål, at det skal være »lettere at rejse erstatningskrav«. Blandt forslagene finder man f.eks. overvejelser om at stille mindre strenge krav til bevisbyrden, eventuelt i form af at »flytte eller mindske bevisbyrden i sager, hvor der optræder informationsasymmetri«. (Det fremgår dog ikke af hverken Grøn bogen eller den underliggende rapport, hvori en sådan asymmetri skulle bestå, herunder hvilke aspekter, den skulle vedrøre). Et andet forslag er at erstatte det normale krav om skyld med et objektivt ansvar – kan man konstatere, at reglerne er overtrådt, vil erstatningsbetingelsen være opfyldt og et tredje forslag går ud på, at den skadeserstatning, der idømmes i visse typer af sager, skal doubles op i forhold til det

konstaterede tab. Retfærdigvis skal dog siges, at der også optræder mere »afdæmpede« muligheder i kataloget.

Der er fastsat en frist for indsendelse af bemærkninger og kommentarer til Grønbogen til 21. april 2006, og Forbrugerrådet har allerede afgivet nogle foreløbige kommentarer. En af de indledende bemærkninger er: »Men mindst ligeså vigtig (som dækning af forbrugernes direkte eller indirekte tab) og væsentlig er den præventive effekt ved udsigten til erstatningssøgsmål. Den økonomiske fordel ved eksempelvis at deltage i et kartel vil mindskes væsentligt ved risikoen for at skulle udbetale erstatning udover den almindelige bøde. I betragtning af, at eksempelvis karteller ofte er meget vanskelige for myndighederne at afsløre, er den præventive effekt så meget desto vigtigere.«

Det er naturligvis rigtigt, at erstatningsretten også indeholder et præventivt element: ved man, at man skal betale den skade, man forvolder, vil man ofte afstå fra overhovedet at forårsage skaden. Det er også rigtigt, at det meget ofte kan være yderst vanskeligt for konkurrencemyndighederne og anklagemyndigheden at bevise, at der overhovedet har været tale om et (ulovligt) kartelsamarbejde, ligesom det i erstatningssager kan være yderst vanskeligt at bevise, at man som køber af en ydelse, der er »blevet til« via et kartelsamarbejde, har lidt et tab samt ikke mindst størrelsen heraf.

Man læser direkte af – og ikke mindst mellem – linjerne i såvel Grønbogen som Forbrugerrådets bemærkninger, at man måske kunne afhjælpe nogle af disse vanskeligheder ved at bruge erstatningsretten mere aggressivt, ja næsten pønalt (d.v.s som et straffende middel). Det geniale ved en sådan løsning ville – udover at det kunne virke ressourcebesparende for offentlige myndigheder – være at udnytte det forhold, at bevisbyrden i erstatningssager er mindre end i straffesager. Hertil kommer, at også danske domstole i erstatningssager kan finde på at lempe yderligere på kravene til beviset for f.eks. det forårsagede tab, hvis det ligger klart, at den sagsøgte har handlet særdeles groft.

Når bevisbyrden i erstatningssager ligger generelt lavere end i straffesager, og når det kan være særdeles acceptabelt at domstolene foretager yderligere lempelser af kravene til beviset, skyldes det imidlertid, at erstatningssager i deres oprindelse handler om at afbøde virkningerne af en allerede sket skade hos »offeret« - de handler om at lade tabet ende, hos den, der har været skyld i miseren. I straffesager derimod, er formålet ikke at »reparere« den indtrådte skade, men udelukkende at påføre lovovertræderen/skadevolderen en ensidig og mærkbar straf af en sådan størrelse, at den vil kunne skræmme ham og eventuelle andre fra at begå lignende handlinger i fremtiden. Når man i strafferetten således vil påføre en »ny« lidelse hos lovovertræderen, kræver de fleste retssystemer, at det er bevist »udover enhver rimelig tvivl«, at man er skyldig.

Hvis min fornemmelse af, at der er kræfter, der gerne ser erstatningsretten anvendt (også som et straffende (og dermed afskrækkende) instrument, er korrekt, vil man imidlertid stille den person eller virksomhed, der bliver beskyldt for at have deltaget i tabsforvoldende kartelsamarbejde, urimeligt dårligt, hvis man blot tager sanktionsmidlerne fra strafferetten (på dette område er det bøder) og kombinerer dem med de lavere beviskrav fra erstatningsretten.

Ønsker man at kunne »straffe« virksomhederne på et mere usikkert grundlag end man kan i dag, bør man hellere tone rent flag og foreslå lempelser i beviskravene i straffesager. Så kan man tage en åben diskussion om dette, i stedet for at »smugle« noget sådant ind i retssystemet i en uigennemsigtig miskmask. Vi må således ikke glemme, at hvor der er kunder – forbrugere og andre virksomheder – der rent faktisk lider økonomisk tab som følge af kartelsamarbejder, så er der også personer og virksomheder, der mistænkes for noget sådant uden at have deltaget i den slags samarbejder, ligesom der findes kartellignende samarbejder, hvor det reelt er tvivlsomt, om nogle har lidt noget tab overhovedet. I strafferetten er det således helt normalt – og overordentligt sympatisk – at arbejde med en regel om, at man er uskyldig indtil det modsatte er bevist. Blandt myndigheder og organisationer, der næsten udelukkende beskæftiger sig med et enkelt område eller med en

enkelt interesse for øje, er det imidlertid ikke usædvanligt at formodningsreglen går på, at de »andre« som udgangspunkt er skyldige, og at det blot drejer sig om at finde beviserne.

Udover denne mere grundlæggende bekymring kan man pege på andre elementer, der fortjener overvejelse, hvis man vil gå videre med denne erstatningsrettens konvertering: Forestiller man sig, at de drakoniske bødestørrelser, man gerne ser taget ordentligt i brug på konkurrencerettens område skal nedsættes, hvis det gøres meget let at komme igennem med meget store erstatningskrav? Argumentet for de store bøder er jo netop, at man dels vil gøre det mærkbart for virksomhederne, dels vil inddrage en skjult fortjeneste. Hvis man laver særlige erstatningsregler på enkeltområder – f.eks. konkurrencerettens og (måske) revisionsområdet, vil det da have en afsmittende effekt på andre områder, eller vil det tværtimod bremse den konstante domstolsudvikling, der sker i sager om professionelt ansvar? Hvorledes forestiller man sig den stadigt øgende brancheglidning reguleret erstatningsretligt, hvis der ikke længere er et fælles erstatningsretligt udgangspunkt for alle brancher?

Man kan dybest set spørge om erstatningsretten – med alle dens nuancer og forskelle i de enkelte medlemslande, udspringende af deres retstraditioner, forskellige procesformer etc – overhovedet er ønskværdig at harmonisere.