



BORGARTING LAGMANNSRETT

KJENNELSE

Avsagt: 02.06.2017

Saksnr.: 17-034099ASK-BORG/04

Dommere:	Lagdommer	Pål Morten Andreassen
	Lagdommer	Anne Magnus
	Lagdommer	Jørgen F. Brunsvig

Ankende part	Dnb Asset Management AS	Advokat Lars Ekeland Advokat Helge Lundestad
Ankemotpart	Andelseierne i verdipapirfondet DNB Norge	Advokat Steinar Mageli Advokat Jens-Henrik Lien

Saken gjelder godkjenning av gruppesøksmål etter tvisteloven kapittel 35.

Om sakens bakgrunn gjengis følgende fra tingrettens kjennelse:

DNB har gjennom en årrekke tilbudt ulike produkter i det norske aksjefondsmarkedet. I dag forvaltes aksjefondene av DNB Asset Management AS som er en del av DNB-konsernet, og som i det følgende kun vil bli omtalt som DNB. Av norske fond tilbyr DNB både indeksfond (DNB Norge Indeks) og ulike aktivt forvaltede fond, herunder DNB Norge.

I mars 2015 fattet Finanstilsynet pålegg om at DNB måtte endre forvaltningen av aksjefondet DNB Norge. Tilsynet mente at fondet hadde vært passivt forvaltet, til tross for at det var markedsført og priset som et aktivt forvaltet fond. I pålegget fikk banken valget mellom å innrette forvaltningen i samsvar med de kjennetegn aktiv forvaltning har og/eller å tilpasse prisingen av fondet til den forvaltningsstrategi som reelt sett følges. DNB sa seg ikke enig med tilsynet i at fondet hadde vært passivt forvaltet, men valgte likevel å imøtekomme pålegget med å øke fondets relative risiko og å sette ned forvaltningshonoraret fra 1,8 til 1,4 %.

Vinteren 2015/2016 fremmet Forbrukerrådet krav overfor DNB, på vegne av andelseierne i DNB Norge, og de innfusjonerte fondene DNB Norge (I) og Avanse Norge (I). Kravet var begrunnet med at andelseierne ikke hadde fått den tjenesten de hadde betalt for, og gikk ut på at DNB skulle betale tilbake deler av det forvaltningshonorar andelseierne hadde betalt inn i perioden 2005 – 2015. Honorarsatsen for tilbakebetalingskravet ble satt til 1,5 %, og ble begrunnet med at denne satsen utgjør forskjellen mellom forvaltningshonoraret i DNB Norge og DNB Norge Indeks. DNB bestred kravet.

Ved stevning av 21. juni 2016 brakte Forbrukerrådet andelseiernes krav inn for Oslo tingrett i form av et gruppesøksmål. Tilbakebetalingsperioden var i stevningen innskrenket til 2010 - 2014. I tillegg til tilbakebetaling av belastet forvaltningshonorar, fremmet Forbrukerrådet krav om erstatning for tapt avkastning av tilbakebetalingsbeløpet. Antall andelseiere som er omfattet av søksmålet er i stevningen anslått til 180 000, og det totale kravet er angitt å være 690 761 112. Av dette utgjør 536 481 754 kroner for høyt innbetalt forvaltningshonorar, mens de resterende 154 279 359 kroner utgjør tapt avkastning. Gjennomsnittlig krav per andelseier ligger følgelig på litt under 4000 kroner.

DNB la i tilsvaret ned påstand om frifinnelse. I tillegg gjorde banken gjeldende at søksmålet måtte avvises fordi vilkårene for å fremme saken som gruppesøksmål ikke er tilstede.

Saken er anlagt som et fullbyrdelsessøksmål basert på krav om erstatning beregnet med grunnlag i differansen mellom honorar for aktiv og passiv forvaltning med tillegg av beregnet avkastning på denne differansen.

Oslo tingrett avsa kjennelse 6. januar 2017 med slik slutning:

1. Gruppesøksmålet fremmes.
2. Rammen for de krav som omfattes av gruppesøksmålet er:
"Krav om tilbakebetaling av forvaltningshonorar fra DNB Asset Management AS fra alle privatpersoner eller juridiske personer som i perioden 1. januar 2010 til 31. desember 2014 var innehaver av andeler i verdipapirfondene DNB Norge (tidligere Postbanken Norge), DNB Norge (I) eller Avanse Norge (I)."
3. Søksmålet fremmes som et utmeldingssøksmål.
4. Forbrukerrådet oppnevnes som grupperepresentant for saksøkerne.
5. Partene utformer forslag til varslingsbrev og fremgangsmåte for varsling av andelseierne innen 2 uker etter at kjennelsen er rettskraftig.
6. DNB fremlegger dokumentasjon og/eller varsler annen bevisførsel knyttet til individuelle forhold hos den enkelte andelseier innen 1 måned etter at kjennelsen er rettskraftig.

DNB Asset Management AS har anket kjennelsen til lagmannsretten. Selskapet har i hovedsak anført:

Andelseiernes krav bygger ikke på "vesentlig likt faktisk og rettslig grunnlag", jf. tvisteloven § 35-2 første ledd bokstav a.

Det sentrale vurderingstema er om den enkelte andelseier har fått den forvaltning vedkommende med rimelighet kunne forvente. Dette må vurderes individuelt for den enkelte. Det vises til at Forbrukerrådet ikke fremmer erstatning på vegne av fondet som sådan, men på vegne av andelseierne. Både erstatning basert på obligasjonsrettslige prinsipper og erstatning basert på læren om *condictio indebiti* foranlediger konkrete og individuelle vurderinger. Det er mange forskjeller som kan få betydning for utfallet. Det må ses hen til omstendigheter både på saksøker- og saksøktesiden.

Andelseiernes forventninger til forvaltningen, hvilken informasjon de har fått, deres risikovilje og graden av forbrukerbeskyttelse må vurderes individuelt. Det er vesentlige forskjeller i den generelle investorinformasjonen. Forbrukerrådets aksept om at sakene skal avgjøres på et tilskåret faktagrunnlag, som er gunstig for DNB, kan ikke få betydning. Prinsippet om fri bevisvurdering taler mot dette. Forbrukerrådet har ikke kompetanse til å gi slik aksept før gruppesøksmålet er endelig godkjent. Forutsetningene om at den for andelseierne minst gunstige generelle investorinformasjon fremkommer ikke av slutningen i tingrettens kjennelse. DNB bør få avgjøre hvilken investorinformasjon som er mest gunstig for DNB. Forbrukerrådets aksept dekker ikke investorinformasjon som er gitt før 2010. Aksepten dekker heller ikke løpende informasjon til andelseierne, som også har vært forskjellig.

Det er vesentlige forskjeller mellom de tre fondene i prospekter og vedtekter. Det er også forskjeller i forvaltningen mellom fondene og i perioden. Det vil også måtte sondres

mellom andelseierne på grunn av anførsler om foreldelse, reklamasjon og passivitet. Andelseiernes forskjellige økonomiske resultater nødvendiggjør en individuell utmåling. Å opprette undergrupper etter tvisteloven § 35-10 andre ledd vil ikke løse utfordringene som forskjellene i kravene innebærer. Det vil måtte opprettes så mange undergrupper at det vil gjøre saken uhåndterlig.

Tingrettens pålegg til saksøker om å fremlegge bevis for individuelle forhold som er relevante innen en måned er i realiteten en avskjæring av DNBs rett til å føre bevis for individuelle forhold. Pålegget er i strid med de bevisbyrderegler som ellers gjelder. Prosessreglene skal ikke gripe inn på en slik måte at de påvirker de materielle vurderinger utover det som kan anses som en effektivisering for å kunne håndheve mindre krav, jf. Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) side 330 og NOU 2001:32A side 495. Domstolene må ved vurderingen av om gruppesøksmålet skal fremmes vurdere om søksmålet *i prinsippet* reiser spørsmål som må vurderes individuelt. Fremgangsmåten er også i strid med tvisteloven § 21-4 første ledd hvor begge parter har plikt til å sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst. De fremlagte anonyme kundeplaner underbygger at det er behov for individuell bevisførsel, herunder vitneførsel.

Gruppeprosess er ikke den beste behandlingsmåten, jf. tvisteloven § 35-2 første ledd bokstav c.

Grupesøksmålet bør ikke fremmes ut fra en helhetlig vurdering. Det vises til Borgarting lagmannsretts avgjørelse i RG-2009-1512. Forskjellene mellom andelseierne er mer fremtredende i nærværende sak. Tingretten tar feil når den legger til grunn at forskjellene er et argument for gruppeprosess og ikke imot gruppeprosess. Gruppeprosess vil ikke gi en forsvarlig behandling av kravene. Andelseierne har ikke på noe tidspunkt opptrådt som en samlet gruppe, og de har heller ikke tegnet seg på samme beslutningsgrunnlag. En samling av pilotsaker med Forbrukerrådet som partshjelper vil være mer egnet.

Vilkårene for utmeldingssøksmål er under enhver omstendighet ikke tilstede. Etter tvisteloven § 35-7 første ledd bokstav b forutsetter utmeldingssøksmål at kravene "ikke antas å reise spørsmål som krever individuell behandling". Vilkåret innebærer et skjerpet likhetskrav som ikke er oppfylt. Spørsmålet er om partenes anførsler *i prinsippet* reiser spørsmål som må avgjøres individuelt, jf. RG-2009-1512 og LB-2012-164963. Ut fra det Forbrukerrådet har påberopt, kan individuell bevisførsel i form av forklaringer og kundeplaner få betydning.

DNB Asset Management AS har nedlagt slik påstand:

1. Sak 16-105341TVI-OTIR/04 avvises.
2. DNB Asset Management AS tilkjennes sakskostnadene for tingretten og lagmannsretten.

Andelseierne i verdipapirfondet DNB Norge har imøtegått anken og i hovedsak anført:

Andelseiernes krav bygger på "vesentlig likt faktisk og rettslig grunnlag", jf. tvisteloven § 35-2 første ledd bokstav a.

Grunnlaget for andelseiernes krav er likt for alle andelseierne i samme fond. Kravene bygger ikke på andelseiernes subjektive forventninger eller deres egne preferanser. DNB er ansvarlig overfor fondene. Andelseiernes krav i saken gjelder den enkeltes andel av det tap fondet er påført. Kravet kan ikke fremmes på annen måte enn av andelseierne selv. Tilsvarende gjelder for den obligasjonsrettslige forpliktelse som Forbrukerrådet har påberopt: Det er en massetjeneste hvor personlige preferanser er uten betydning idet innholdet i forvaltningsoppdraget vil være likt.

Forskjellen mellom de tre fondene er små gjennom perioden. Det gjelder også den faktiske forvaltningen av fondene. Forbrukerrådet gjør i søksmålet gjeldende at fondene skulle forvaltes aktivt og at dette følger av investorinformasjonen. Mindre forskjeller i formuleringer i ulike versjoner av prospektene endrer ikke dette. Forbrukerrådet har dessuten akseptert at det minst gunstige alternativ legges til grunn for samtlige andelseiere ved eventuelle forskjeller av rettslig betydning i investorinformasjonen. Påstandsgrunnlaget vil dermed være vesentlig likt for samtlige andelseiere. DNBs anke bærer preg av manglende aksept av at det er saksøker som gjennom sine faktiske og rettslige anførsler trekker opp rammene for saken. Søksmålet bygger ikke på et "gjennomsnittsfaktum", men på at grunnlaget er likt for alle andelseiere i samme fond.

Hver enkelt andelseier mer- eller mindreavkastning er uten betydning. Det er DNBs innsatsforpliktelse, om å forvalte fondene aktivt, som representerer et pliktbrudd og som utløser tilbakebetalingsplikt av vederlag som andelseierne har betalt for forpliktelsen. Hvert enkelt krav vil utregnes enkelt når retten har tatt stilling til differansen mellom betalt honorar og korrekt honorar for faktisk utført forvaltning. Den faktiske avkastning fra forvaltningen er uten betydning.

Individuelle forhold er uten betydning for ansvaret i saken. Lovens ordning er at samtlige andelseieres kapital er samlet i et fond. Dette skal forvaltes av forvaltningsselskapet i tråd med lov og investorinformasjon som er gitt for fondet som sådan. Det er ikke rom for å tolke forvaltningsoppdraget ulikt for den enkelte andelseier. Søksmålet bygger ikke på at det er gitt villedende informasjon ved avtaleinngåelsen. Det er DNBs oppfyllelse av avtalen som er mangelfull.

Verken passivitet, reklamasjon eller foreldelse fordrer individuelle vurderinger. Rettspraksis viser at domstolene i flere saker har tilnærmet seg slike spørsmål kollektivt. Det vises til Rt-1979-492, Rt-1982-588 og RG-2009-1585.

Gruppeprosess er den beste behandlingsmåten, jf. tvisteloven § 35-2 første ledd bokstav c.

Godkjenning av gruppesøksmål i nærværende sak vil ikke være i strid med etablert lagmannsrettspraksis. Gruppesøksmål er eneste prosessform som kan sikre en rettslig prøving av det DNB har levert. At Forbrukerrådet ikke anfører informasjonsansvaret som alternativt rettslig grunnlag for kravet, kan ikke tale mot godkjenningen av gruppesøksmålet. DNBs argumentasjon viser at pilotsaker ikke vil være noe reelt alternativ til gruppesøksmål.

Vilkårene for utmeldingsalternativet i tvisteloven § 35-7 er oppfylt. Gruppesøksmålet foranlediger ikke individuell behandling. At det dreier seg om 180 000 andelseiere med gjennomsnittlig krav på under 4 000 kroner, taler for at gruppesøksmålet godkjennes etter utmeldingsalternativet.

Andelseierne i verdipapirfondet DNB Norge har nedlagt slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. DNB erstatter Forbrukerrådets sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

Lagmannsretten bemerker:

Saken er behandlet skriftlig etter hovedregelen i tvisteloven § 29-15 første ledd. Hensynet til forsvarlig og rettferdig rettergang tilsier ikke at det holdes muntlig ankeforhandling. Lagmannsretten har full kompetanse ved behandlingen av anken, jf. tvisteloven § 35-4 fjerde ledd, andre punktum, jf. tvisteloven § 29-3 annet ledd.

Spørsmålet er om vilkårene for å reise gruppesøksmål i tvisteloven § 35-2 er oppfylt. Bestemmelsen lyder slik:

- (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 gruppemedlemmer.

Det er ikke omtvistet, og lagmannsretten legger til grunn, at vilkårene i første ledd bokstav b og d samt annet ledd er oppfylt.

Lagmannsretten ser først på vilkåret i første ledd bokstav a, om andelseiernes krav bygger på "vesentlig likt faktisk og rettslig grunnlag". Vurderingen av kravenes likhet må dels bero på grunnlaget som er påberopt og dels på DNBs innvendinger mot grunnlaget, jf. Schei m fl, Tvisteloven, kommentarutgave side 1270.

DNB har i denne sammenheng anført at Forbrukerrådet ikke kan utøve gruppens prosessuelle rettigheter før gruppesøksmålet er endelig godkjent. Den ankende part forstår slik at det på denne bakgrunn gjøres gjeldende at det ikke kan bygges på Forbrukerrådets avgrensning av hva som påberopes som grunnlag for kravet. Lagmannsretten er ikke enig i dette. Det bemerkes at gruppesøksmål forutsetter at noen tar initiativ til søksmålet. I dette tilfellet er initiativtaker Forbrukerrådet som fyller kriteriene for å bli godkjent som representant for gruppen etter tvisteloven § 35-9. Det følger av systematikken i reglene om gruppesøksmål og av sammenhengen mellom tvisteloven § 35-3 og § 35-9 at den som anmoder om å bli utpekt som grupperepresentant i utgangspunktet må ha kompetanse til å anlegge søksmålet slik den finner det hensiktsmessig. Dersom en andelseier har avvikende synspunkter på hvilket påstandsgrunnlag som skal gjøres gjeldende, kan vedkommende velge å ikke bli medlem av gruppen etter tvisteloven § 35-6 eller § 35-7. Lagmannsretten vil ved vurderingen av kravenes likhet bygge på det som er gjort gjeldende fra Forbrukerrådet med hensyn til avgrensningene av de påstandsgrunnlagene som påberopes.

DNB har videre gjort gjeldende at Forbrukerrådets påstandsgrunnlag, særlig avgrensningen av hva som gjøres gjeldende, harmonerer dårlig med prinsippet om fri bevisvurdering, og at det kan medføre at andelseiere ikke får medhold til tross for at de har berettigede krav. Lagmannsretten ser annerledes på dette. Forhandlingssprinsippet står sentralt generelt i sivilprosessen, se tvisteloven § 11-2 og Skoghøy, Tvistemål, 3. utgave side 571. Ved gruppesøksmål vil det være naturlig, og i tråd med de hensyn som ligger bak reglene i tvisteloven kapittel 35, at grupperepresentanten ikke påberoper grunnlag som vedkommende finner unødvendige og som kan lede til at individuelle forskjeller får fokus på bekostning av gruppens krav, se Berg og Nordby, Gruppesøksmål, side 58.

Om kravet til likhet gjengis følgende fra motivene til bestemmelsen, Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) side 492.

Videre oppstiller bokstav a krav til likhet. Det er et grunnleggende vilkår at krav eller forpliktelser må ha samme eller vesentlig likt faktisk og rettslig grunnlag. Gruppesøksmål er ikke utelukket selv om det er individuelle forhold knyttet til den enkelte part. Det må legges vekt på om de dominerende sider av saken gjelder fellesspørsmål. Det er også av betydning om det er mulig å pådømme fellesspørsmål og individuelle krav for seg. Dette er aktuelt i erstatningssaker hvor erstatningsutmålingen kan foretas i forhold til den enkelte eller undergrupper, jf.

§ 16-1 om oppdeling av pådømmelsen og også § 35-11 annet ledd. Det vises også til 25.4.5.6. Jo mer framtreddende de individuelle forhold er, jo mer nærliggende vil det være at kravet til likhet ikke er oppfylt. Graden av individuelle forhold kan også få betydning for rettens vurdering av om gruppeprosess er den beste behandlingsmåten, jf. bokstav c.

Lagmannsretten konstaterer at individuelle forhold knyttet til den enkelte part ikke uten videre utelukker gruppespørsmål. Spørsmålet blir om saken vil domineres av fellesspørsmål.

En gjennomgående innvending fra DNB er at søksmålet i stor grad foranlediger vurdering av individuelle forhold hos de ulike andelseierne. Anførselen er for det første begrunnet med at søksmålet beror på andelseierne *forventninger*, og at disse vil variere. Til dette bemerkes innledningsvis at Forbrukerrådet har frafalt anførselen i stevningen om at det ble gitt villedende informasjon ved avtaleinngåelsen.

Lagmannsretten har videre merket seg at søksmålet i hovedsak er søkt begrunnet med de plikter som følger av verdipapirfondloven. I verdipapirfondloven § 1-2 første ledd nr. 1 er fondet definert slik:

Verdipapirfond (fond): selvstendig formuesmasse oppstått ved kapitalinnskudd fra en ubestemt krets av personer mot utstedelse av andeler i fondet og som for det vesentlige består av finansielle instrumenter og/eller innskudd i kredittinstitusjon.

Etter § 1-2 første ledd nr. 3 innebærer verdipapirfondsforvaltning "kollektiv porteføljeforvaltning". Sistnevnte begrep er kommentert slik av Karl Rosén, Verdipapirfondlovven med kommentarer, side 58:

Begrepet «kollektiv porteføljeforvaltning» benyttes her som en motsetning til individuell porteføljeforvaltning. Individuell porteføljeforvaltning betegnes i verdipapirhandeloven § 2-1 første ledd nr. 4 som aktiv forvaltning av investorers portefølje av finansielle instrumenter på individuell basis og etter investors fullmakt. Ved kollektiv porteføljeforvaltning er investorene kun eiere av en ideell andel av det aktuelle verdipapirfondet, mens det er fondet selv som står som eier av de aktuelle aktiva, jf. første ledd nr. 1 i paragrafen her.

Det følger av § 1-3 at verdipapirfond "skal forvaltes av et forvaltningsselskap i samsvar med reglene i denne lov". Forvaltningen må blant annet skje i henhold til vedtektene og i henhold til verdipapirfondets prospekt. Av § 4-4 første ledd nr. 2 fremgår at vedtektene blant annet skal inneholde "regler for plassering av verdipapirfondets midler etter kapittel 6 og en angivelse av verdipapirfondets risikoprofil".

Det faktum at tjenesten som leveres – forvaltningen av verdipapirfondet – skjer kollektivt, og at investorene kun har en ideell andel i fondet og at fondet selv eier de aktuelle aktiva,

er omstendigheter som i sterk grad underbygger at kravene er like. Søksmålet angriper nettopp forvaltningen av porteføljen. Når forvaltningen ikke skjer på individuell basis, reiser søksmålet i utgangspunktet ikke individuelle spørsmål for den enkelte andelseier.

Lagmannsretten forstår søksmålet slik at Forbrukerrådet vil søke å begrunne sitt syn på innholdet i forvaltningsforpliktelsen ut fra vedtekter, prospekt, og nøkkelinformasjon, og ikke ut fra individuell kontakt med de enkelte andelseiere. Forpliktelsens innhold vil dermed i utgangspunktet være uavhengig av den enkelte andelseiers personlige forståelse.

I DNBs imøtegåelse av søksmålet er det påberopt en rekke innvendinger som gjelder felles for samtlige andelseiere. Det er blant annet vist til at verken EU-reglene eller verdipapirfondloven stiller minstekrav til risiko, og at DNB heller ikke har lovet dette. Det er anført at DNB har ansvaret for å levere en faglig god innsats i samsvar med verdipapirfondloven, og at DNB har oppfylt sine forpliktelser i så måte. Det er anført at de tekniske måltallene ikke er relevante ved vurderingen av om innsatsforpliktelsen er oppfylt. DNB har gjort gjeldende at det ligger innenfor forvalters diskresjonære skjønn å justere risikonivået ut fra det forvalter mener er i andelseiernes interesse samt at andelseierne kunne innløst sine andeler dersom de var misfornøyd med resultatene.

DNB har videre gjort gjeldende at individuelle forutsetninger har betydning. Lagmannsretten vurderer at individuelle forskjeller i liten grad er relevante slik søksmålet er anlagt. Kjernen i saken er for det første at partene har ulikt syn på hva som er innholdet i forvaltningsforpliktelsen. Uenigheten dreier seg både om hva som ligger i såkalt aktiv forvaltning, og om hvilken frihet DNB har i forvaltningen. For det andre er partene uenige om hvilken forvaltning som rent faktisk er gjort. Forbrukerrådet gjør for øvrig gjeldende at erstatning skal utmåles etter en felles modell for alle andelseierne.

Sakens hovedspørsmål blir om DNBs kollektive forvaltning av fondet har skjedd på en måte som er i strid med den forpliktelse som følger av lov, vedtekter, prospekt og nøkkelinformasjon. DNB har i sitt tilsvarende med styrke gjort gjeldende at forvaltningsforpliktelsen er oppfylt. Lagmannsretten legger også til grunn at DNB ikke på noe tidspunkt – heller ikke i forbindelse med kundeplaner eller annen kontakt med andelseierne – har formidlet noen annen forutsetning enn at forvaltningen skal skje i samsvar med lov, vedtekter, prospekt og nøkkelinformasjon. Verdipapirfondloven må oppfattes slik at det er dette som er grunnlaget for hvordan fondet kollektivt skal forvaltes. I lys av dette kan innholdet i DNBs individuelle kontakt med andelseierne vanskelig danne grunnlag for en annerledes vurdering av forvaltningsforpliktelsen.

DNB har ikke påberopt at det i individuell kontakt med andelseierne har vært gitt eksplisitt informasjon om at fondet forvaltes annerledes enn det som følger av vedtekter, prospekt eller nøkkelinformasjon. Noe slikt fremgår heller ikke av kundeplanene som fulgte som vedlegg til anken, og det ville også fremstått som overraskende. Uten at det er gitt en slik

tydelig beskjed kan DNB, slik lagmannsretten ser det, vanskelig nå frem med et synspunkt om at enkelte andelseiere skal ha akseptert at fondet forvaltes på en annerledes måte enn den DNB eventuelt har gitt uttrykk for i sin generelle markedsføring av fondene. Andelseierne er i så måte i den samme erstatningsrettslige posisjon.

Lagmannsretten finner at de fremlagte kundeplanene heller ikke på annen måte reiser spørsmål om individuelle forhold. Det vises til at kundeplanene retter seg mot den enkelte kundes behov, blant annet i forhold til vedkommendes portefølje og personlige preferanser. Innholdet i kundeplanene er ikke relevant for forvaltningsforpliktelsen for de tre fondene som søksmålet gjelder. Som nevnt, har Forbrukerrådet ikke påberopt andelseiernes personlige forventninger som grunnlag for sitt syn på investeringsforpliktelsen.

Under henvisning til drøftelsen over finner lagmannsretten at heller ikke det obligasjonsrettslige grunnlag som er påberopt, reiser særlig behov for individuelle vurderinger. Også dette rettslige grunnlag søkes begrunnet som et massekrav.

Lagmannsretten konstaterer at DNB i henhold til tingrettens kjennelse punkt 6 er gitt anledning til å fremlegge ytterligere dokumentasjon knyttet til individuelle forhold hos den enkelte andelseier som eventuelt kan lede til at det opprettes undergrupper som kan hensynta forskjeller mellom andelseierne.

Partene er uenige om det er rettslige relevante ulikheter i den generelle informasjonen om de tre ulike fondene som er gitt i den aktuelle perioden. Forbrukerrådet har signalisert at det minst gunstige alternativ for andelseierne skal legges til grunn, dersom det må anses at det foreligger rettslige relevante forskjeller i den generelle investorinformasjonen. Det fremstår som noe uklart hvor langt Forbrukerrådets aksept gjelder: I DNBs anke side 7 fremholdes at Prospektet for DNB Norge fra 2011 er det alternativ som er mest gunstig for saksøkte. Forbrukerrådet har imidlertid ikke akseptert dette, jf. anketilsvaret side 6 hvor det overlates til retten å avgjøre hva som er det minst gunstige alternativ for andelseierne.

Den nevnte usikkerhet gjør at det ikke uten videre kan legges til grunn at andelseiernes krav på dette punkt er *fullt ut* identiske. Lagmannsretten finner likevel at kravene vil ha et grunnlag som er "vesentlig likt" idet det vil være fellesspørsmål som vil dominere saken. Eventuelle rettslig relevante forskjeller og nyanser i investorinformasjonen vil uansett kunne håndteres innenfor rammen av gruppesøksmålet, om nødvendig gjennom opprettelse av undergrupper etter tvisteloven § 35-10 annet ledd. Tingretten må ved den videre behandling av saken avklare partenes anførsler nærmere hva angår den generelle investorinformasjonen samt foreta en vurdering av om saken i forhold til dette kan irettesføres uten bruk av undergrupper.

For så vidt angår betydningen av de ulike andelseiernes avkastning heter det følgende i tingrettens kjennelse på side 9.

DNB har videre fremholdt at det er store variasjoner mellom andelseierne med hensyn til hvilken avkastning de har oppnådd, og at dette kan få betydning for den rettslige vurderingen av de fremsatte kravene. Forbrukerrådet har på sin side fremholdt at det fremsatte kravet knytter seg til manglende oppfyllelse av en innsatsforpliktelse, og at hvilket resultat eller avkastning den enkelte har oppnådd er uten betydning for vurderingen av kravet. Forbrukerrådet har videre tilkjennegitt at man aksepterer at resultatet vil måtte bli frifinnelse dersom retten ikke er enig med saksøker i denne tilnærmingen. På denne bakgrunn kan retten vanskelig se at individuelle ulikheter mellom andelseierne med hensyn til hvilken avkastning som er oppnådd har betydning for den faktiske eller rettslige vurderingen av saken slik den er anlagt.

Det vises til dette som også er dekkende for lagmannsrettens syn.

DNB har videre anført at det er forskjeller i forvaltningen mellom fondene og i perioden samt at det vil være ulikheter for så vidt angår spørsmål om foreldelse, reklamasjon og passivitet. Etter lagmannsrettens vurdering rokker ikke dette ved at det er fellesspørsmål som dominerer saken. Alle de nevnte omstendigheter lar seg håndtere innenfor rammen av gruppesøksmålet, eventuelt gjennom opprettelsen av undergrupper.

Etter en samlet vurdering finner lagmannsretten at vilkåret i tvisteloven § 35-2 første ledd bokstav a om at kravene bygger på vesentlig likt grunnlag er oppfylt.

Til vilkåret om hvorvidt gruppesøksmål er den beste behandlingsmåten, jf. tvisteloven § 35-2 første ledd bokstav c, har DNB dels gjort gjeldende at det er store forskjeller mellom andelseiernes krav. Lagmannsretten er ikke enig i dette og viser til drøftelsen ovenfor. Fra tingrettens kjennelse side 9 og 10 gjengis:

Vilkåret om at gruppeprosess må være den beste behandlingsmåten beror på en totalvurdering av hele sakskomplekset hvor det særlig er relevant å sammenligne med andre kollektive eller individuelle måter å behandle kravene på. DNB har fremholdt at sakens krav vil bli mest hensiktsmessig behandlet gjennom ett eller flere pilotsøksmål, og har vist til at banken har forsøkt å gå i dialog med Forbrukerrådet om dette. DNB har fremholdt at man ved pilotsøksmål slipper å skjære tilfeller som ikke hører sammen over en kam, og at banken selvsagt vil rette seg etter det den mener er en naturlig konsekvens av en rettskraftig dom i pilotsaken(e).

Etter rettens syn er det flere forhold som tilsier at pilotsøksmål ville kunne være en like god behandlingsmåte som gruppeprosess. Retten legger til grunn at DNB er en seriøs markedsaktør som vil forholde seg til eventuelle forpliktelser banken blir pålagt av retten. Forarbeidenes uttalelser om det kan være behov for å skaffe mange parter tvangskraft for krav de måtte ha mot useriøse aktører, er derfor ikke noe vektig moment i denne saken. Videre har retten stor tro på at det vil være mulig å finne andelseiere som er villige til å kjøre pilotsak mot DNB for relativt beskjedne krav, så sant de får garanti om full økonomisk og praktisk støtte fra Forbrukerrådet.

Når retten likevel har kommet til at gruppesøksmål er den mest hensiktsmessige behandlingsmåten, skyldes dette først og fremst den store uenighet som så langt har fremkommet mellom DNB og Forbrukerrådet om likheten i de ulike andelseiernes krav. DNB har med tyngde anført at andelseiernes krav skiller seg fra hverandre etter mange rettslige og faktiske akser. På denne bakgrunn mener retten det er grunn til å tro at det vil kunne oppstå uenighet mellom banken og Forbrukerrådet/andelseierne om hva som skal være implikasjonen av dommen i ett eller flere pilotsøksmål. Dersom det oppstår mye uenighet om implikasjonene av en dom i etterkant, kan det – som fremhevet i de tidligere siterte forarbeidene – ofte være mer prosessøkonomisk å sette inn større ressurser ved ett gruppesøksmål enn å forhandle om og eventuelt kjøre rettslig prosess på mange enkeltsaker i etterkant av en dom. Generelt er det også mindre gunstig å legge opp til en prosess hvor rettens uttalelser i en pilotsak skal anvendes på problemstillinger som retten ikke har vært kjent med, når alternativet er at retten gjennom et gruppesøksmål får de ulike problemstillingene presentert og kan ta stilling til disse direkte.

Lagmannsretten tiltrer dette. Gruppesøksmål egner seg typisk i en sak som dette hvor det dreier seg om et fond som forvaltes kollektivt. Selv om fondet ikke har egne organer, må fondets aktiva anses som en selvstendig formuesmasse som er et eget rettssubjekt, jf. Karl Rosén, Verdipapirfondlovven med kommentarer, side 48 med videre henvisning til Ot.prp.nr. 68 (1980-81) side 8 og 17. Det store antall andelseiere, de beskjedne kravene og hensynet til reell adgang til domstolene, jf. Ot.prp nr 51 (2004-2005) side 330, tilsier også at gruppesøksmål er den beste behandlingsmåten.

Om søksmålet skal fremmes som et påmeldingssøksmål etter tvisteloven § 35-6 eller utmeldingssøksmål etter tvisteloven § 35-7 heter det i tingrettens kjennelse:

Retten skal også ta stilling til om søksmålet skal fremmes som et påmeldingssøksmål eller et utmeldingssøksmål. Etter rettens syn er det liten tvil om at den mest hensiktsmessige behandlingsmåten for dette gruppesøksmålet vil være utmeldingsalternativet, jf tvisteloven § 35-7. Retten har i denne vurderingen lagt særlig vekt på det store antall andelseiere som potensielt kan omfattes av saken og de relativt beskjedne kravene, jf § 35-7 (1) a. Selv om påmeldingsalternativet etter lovforarbeidene skal anses som hovedregelen, er det også uttalelser i lovforarbeidene som kan tilsi at denne type gruppesøksmål bør kunne behandles etter utmeldingsalternativet. Blant annet skriver Tvistelovutvalget i NOU 2001:32A punkt 17.5.3.4.1.:

"Ved små krav kan nok det samfunnsmessige hensyn i å opprettholde reglens handlingsdirigerende funksjon i noen grad tale for at en dom blir bindende uten hensyn til påmelding for alle som har krav, nettopp fordi kravene ellers ikke vil bli forfulgt. Særlig vil det være tilfellet hvor også en dom i gruppens favør kan oppfylles uten noe engasjement fra det enkelte gruppemedlem. Det kan f.eks. være situasjonen hvor det er gitt dom for at en forhøyelse av samtaleavgift for bruk av telefon er iverksatt for tidlig, eller at det er gitt for kort varsel ved generelle rentehevinger i en bank.
[...]

Praktiske eksempler på søksmål som vil kunne tenkes anlagt som søksmål hvor de berørte må melde seg ut for ikke å bli bundet, vil være søksmål om innslagstidspunktet for generelle forhøyelser på renter av banklån og tidspunktet for forhøyelser av teletakster. Medhold for gruppen i gruppesøksmålet vil medføre at vedkommende bank eller teleselskap vil bli dømt til å tilbakeføre merbelastning i renter eller avgifter i et gitt tidsrom. Selskapene vil selv ha oversikt over kunder og derved kunnskap til å gjennomføre dommen i forhold til gruppemedlemmene. Med den avgrensning utvalget har gitt for gruppesøksmål basert på et prinsipp om utmelding, kan utvalget ikke se at det er prinsipielle innsigelser av betydning mot den."

Etter rettens vurdering er det forsterkede kravet til likhet som kan utledes av § 35-7 (1) b oppfylt i saken. Det fremgår av lovforarbeidene, jf Ot.prp nr 51 (2004-2005) s. 496 at det forsterkede likhetskravet vil kunne være oppfylt selv om "resultatet for den enkelte blir forskjellig ved beregning av kompensasjon ut fra domsresultatet". Slik retten forstår lovforarbeidene, er hovedpoenget med det forsterkede likhetskravet å unngå utmeldingssøksmål hvor det er nødvendig med individuelle vurderinger og bevisførsel knyttet til sakens tvistepunkter. Som det fremgår av drøftelsen av likhetskravet ovenfor, legger retten til grunn at det i liten grad vil være behov for individuell bevisførsel, slik saken er anlagt fra Forbrukerrådets side.

Lagmannsretten slutter seg også på dette punkt til tingrettens vurdering. Kravene fra andelseierne er langt på vei å anse som den enkeltes andel av det eventuelle tap som det anføres at fondene er påført som en følge av at det er belastet honorar for kollektive forvaltningstjenester som angivelig ikke skal være levert. Det er i så måte fellesspørsmål som reises i saken på en måte som medfører at det forsterkede likhetskrav i tvisteloven § 35-7 er oppfylt. Lagmannsretten bemerker at hensynet til forbrukerbeskyttelse og likebehandling også gjelder de som mangler evne og initiativ til å utvise aktivitet. Etter en samlet vurdering fremstår utmeldingsalternativet som den klart mest hensiktsmessige prosessform.

Anken blir etter dette å forkaste.

Andelseierne i verdipapirfondet DNB Norge har vunnet saken og har krav på erstatning for sine sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 første og andre ledd. Lagmannsretten har vurdert, men ikke funnet tungtveiende grunner for å gjøre unntak fra hovedregelen.

Lagmannsretten skal ved særskilt anke over avgjørelser over annet enn krav som er tvistegenstand fastsette sakskostnadene også for tingretten, jf. tvisteloven § 20-8 andre ledd andre punktum. Lagmannsrettens resultat legges til grunn også for tingretten, jf. tvisteloven § 20-2 første og andre ledd, jf. § 20-9 andre ledd. Unntaksbestemmelsen etter § 20-2 tredje ledd kommer ikke til anvendelse.

Advokat Mageli har fremlagt oppgave for lagmannsretten på til sammen 125 000 kroner inkludert merverdiavgift. DNB har ikke protestert på oppgaven, og lagmannsretten legger denne til grunn, jf. tvisteloven § 20-5.

For tingretten har advokat Mageli fremlagt oppgave på til sammen 807 000 kroner inkludert merverdiavgift. Det er presisert i oppgaven at den utelukkende knytter seg til spørsmålet om saken skal fremmes som gruppesøksmål. DNB har protestert på oppgaven i prosesskrift av 23. februar 2017, og Forbrukerrådet har imøtegått protesten ved prosesskriv av 3. mars 2017. Lagmannsretten finner at Forbrukerrådets salærkrav for tingretten er vesentlig for høyt. Det vises til at DNBs kostnadsoppgave for tingretten, som også dekket arbeid med de materielle spørsmål, var på 500 000 kroner. Lagmannsretten er innforstått med at beløpet som fremmes i gruppesøksmålet er svært høyt. Videre har lagmannsretten merket seg det som er anført fra Forbrukerrådet om sakskostnadene på side 13 i anketilsvaret av 17. februar 2017, herunder at Forbrukerrådet var den saksøkende part, at saken reiser uvanlige spørsmål, at avvisningsspørsmålet fordret gjennomgang av sakens materielle sider, at DNB har reist et betydelig antall innsigelser og at begge parter innlegg varte en full rettsdag, hvilket krevde uvanlig omfattende forberedelser. Det er likevel lagmannsrettens oppfatning at 250 timers arbeid er betydelig mer enn det som kan anses som "nødvendig" og rimelig å pådra etter tvisteloven § 20-5. Etter en skjønnsmessig vurdering settes nødvendige sakskostnader for tingretten til 450 000 kroner inkludert merverdiavgift.

Kjennelsen er enstemmig.

SLUTNING

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for tingretten betaler DNB Asset Management AS 450 000 – firehundreogfemtusen – kroner til Andelseierne i verdipapirfondet Norge v/ Forbrukerrådet. Oppfyllelsesfristen er to uker fra forkynnelse av kjennelsen.
3. I sakskostnader for lagmannsretten betaler DNB Asset Management AS 125 000 – hundreogtjuefemtusen – kroner til Andelseierne i verdipapirfondet Norge v/ Forbrukerrådet. Oppfyllelsesfristen er to uker fra forkynnelse av kjennelsen.

Pål Morten Andreassen

Anne Magnus

Jørgen F. Brunsvig

Dokument i samsvar med undertegnet original:
Gry C Johansen – signert elektronisk