



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Takk for innsatsen!

To av nestorene ved Institutt for privatrett går etter dette semesteret over i emeritiens rekker. Tone Sverdrup fylte 70 år den 15. januar og Trygve Bergsåker fylte 70 år den 1. februar. Begge har lange og begivenhetsrike karrierer ved Institutt for privatrett. Tone har vært ved instituttet siden 1. august 1975. Ett år senere, den 1. august 1976, begynte Trygve her. Med kun korte avbrekk for dommerkonstitusjoner og lovarbeid har Tone og Trygve vært trofaste medarbeidere ved Institutt for privatrett.

Begge kom inn i jussen med ballast fra siviløkonomstudier. Det var derfor ikke så rart at de fant sine hjem ved Institutt for privatrett. Tone har hovedsakelig konsentrert sin forskergjerning rundt den økonomiske familieretten. Trygve har funnet seg til rette i formueretten, men kanskje aller best i den delen av formueretten som angår forbrukere. Begge har bidratt til det praktiske rettsliv utenfor fakultetet i domstolene og i nemndsarbeid. Tone har flere konstitusjoner i Høyesterett. Trygve har preget formueretten gjennom viktige nemnder: Forbrukerklageutvalget, Børsklagenemnden, Klagenemnda for eiendomstjenester, Forsikringsklagenemnda og Finansklagenemnda Bank.

Tone og Trygve har vært, og er, høyt skattede undervisere for så vel studenter som for advokater. Deres fremstillinger av jussen på sine felt har preget jusstudenter gjennom seks tiår. Det vil bli et savn for

studentene når deres undervisningsplikt har opphørt til sommeren. Forhåpentligvis kan vi vente gjesteopptredener både for studentene og i form av foredrag for praktiserende jurister eller akademikere.

Gjennom lange karrierer ved Det juridiske fakultet har både Tone og Trygve hatt de fleste verv man kan tenke seg. For instituttets del er likevel det viktigste at de begge har vært instituttledere. Tone var instituttleder fra 2000 til 2003 og Trygve ledet instituttet fra 2016 til 2019.

De store feiringene av disse flotte kollegaene må dessverre utsettes til høsten. Den akademiske hyllesten har imidlertid kommet gjennom festskrift. Tone er hyllet i festskriftet: «Livsfellesskap – Rettsfellesskap Festskrift til Tone Sverdrup 70 år», mens Trygve har fått sin hyllest gjennom «Forretningsjus og forbrukerrett – festskrift til Trygve Bergsåker». I festskriftene har kollegaer og venner både i og utenfor Institutt for privatrett hyllet Tone og Trygve.

På vegne av Institutt for privatrett vil jeg takke for lang, god og tro tjeneste og for alt dere har betydd for instituttet, fakultetet og for rettslivet mer allment. Jeg unner dere roligere dager hvor dere kan nyte deres otium, men jeg håper også at dere fortsatt vil delta i det akademiske og sosiale fellesskapet ved Institutt for privatrett.

*John Asland
Instituttleder*

Innhold nr. 1

Arbeidsrett.....	1
Arverett.....	11
Fast eiendoms rettsforhold.....	11
Forbrukerrett.....	14
Forsikringsrett.....	15
Immaterialrett.....	17
Internasjonal privatrett.....	18
Kontraktsrett.....	20

jus@cappelendamm.no/www.cda.no

ARBEIDSRETT

Nytt nordisk nettverk: Nordic Network of Labour Law Scholars

I tråd med de senere års internasjonale trender med nettverksbygging, ble det høsten 2019 tatt initiativ til å danne et nordisk nettverk for arbeidsrettsforskere, The Nordic Network of Labour Law Scholars (NNLLS). Medlemskapet er gratis og åpent for alle som driver med arbeidsrettsforskning ved de nordiske forskningsinstitusjonene.

Nettverket drives av en organisasjonskomité bestående av to representanter fra hvert av de nordiske landene. Fra Sverige deltar Petra Herzfeld Olsson,

Stockholms universitet og Mikael Hansson, Uppsala universitet. Fra Danmark er det Natalie Videbæk Munkholm og Vincenzo Pietrogiovanni – begge Universitetet i Århus – som sitter i komiteen. Finland er representert ved Marjo Ylhäinen fra Universitetet i Øst-Finland og Samuli Hiilesniemi fra Universitetet i Helsinki, og fra Norge deltar Johann Mulder fra Universitetet i Oslo og Anette Hemmingby fra Handelshøyskolen BI. Island har foreløpig bare en representant, Trausti Fannar Valsson fra Háskóli Íslands.

Hensikten bak etableringen av NNLLS var å skape et forum for arbeidsrettsforskere fra hele Norden – en mulighet til å møtes for å diskutere idéer og prosjekter, og gjøre det enklere å dele akademiske arbeider, utvikle felles prosjekter og felles publikasjoner. For å oppnå dette er målet å arrangere konferanser hvor de ulike institusjonene bytter på å være vertskap.

Den aller første NNLLS-konferansen gikk av stabelen i Oslo den 4. desember, og det var Handelshøyskolen BI som var arrangør. På grunn av Covid-19 situasjonen var arrangementet heldigitalt. Konferansens overordnede tema var «Bærekraft, det grønne skiftet og arbeidsrett». Dette temaet ble valgt fordi vår verden i stadig økende grad defineres av klimautfordringer. Et økende fokus på miljøhensyn og krav til bærekraft gjenspeiler seg også i ulike rettslige sammenhenger. Et særlig spørsmål er hvilke implikasjoner denne typen spørsmål får når det gjelder arbeidsrettslige vurderinger og grensedragninger.

Under konferansens første del holdt Alexander Skjønberg et innlegg om det grønne skiftet og tariffavtaler, etterfulgt av kommentarer og refleksjoner fra Niklas Bruun. Et interessant spørsmål som ble diskutert var om tariffavtaler egner seg som instrument for å gjennomføre denne typen «grønne hensyn». Foredragene ble etterfulgt av en paneldebatt hvor det, i tillegg til foredragsholderne, deltok representanter fra både arbeidsgiversiden og arbeidstagersiden. Kurt Weltzien representerte Næringslivets Hovedorganisasjon og Marit Gjelsvik deltok fra Handel og Kontor (LO).

Den andre delen av konferansen var reservert idé-sesjoner. Det var innkommet mange sammendrag til vurdering i forkant av konferansen, og de aller fleste fikk presentere sine ulike prosjekter. Det var i alt tre bolker med idé-presentasjoner. I den første fikk vi høre Ann-Christine Hartzén presentere sitt prosjekt «*In-work poverty in Sweden – a case of structural discrimination?*». Deretter ga Marjo Ylhäinen og Katja Karjalainen oss en skisse av deres artikkel «*Towards social Inclusion in Nordic Private Law*». Til sist presenterte Louise Munkholm sitt arbeide «*Labour Law Enforcement: The Prato case*». I idé-sesjon nummer to ga først Trygve Harlem Losnedal et overblikk over sin kommende artikkel hvor han behandler virksomhetsoverdragelse som et vilkår i offentlige anskaffelser. Deretter presenterte Laura Carlson sitt arbeide «*Reconciling the Swedish labour law model with the lesson garnered from the EU Action for Equal Pay*». Til slutt

fikk vi en presentasjon av Mette Søsteds doktoravhandling «*Dismissal of public employees with a particular focus on the procedural obligations of the employer*».

Den tredje idé-sesjonen var i sin helhet viet prosjektet *the Future of Work*, et nordisk prosjekt i regi av den norske forskningsinstitusjonen Fafo. Dette tverrfaglige prosjektet er finansiert av Nordisk ministerråd. Marianne Hotvedt, Natalie V. Munkholm, Marjo Ylhäinen og Annamaria Westregard presenterte og kommenterte på det interessante og svært omfangsrike prosjektet, og ga et overblikk over prosjektets sentrale punkter.

Etter at det faglige programmet var ferdig, gikk konferansen over i en diskusjon vedrørende nettverkets ulike sider fremover. Mange var med på å gi innspill og gode råd når det gjaldt hvorledes et slikt nettverk kan driftes på en best mulig måte. En ting var de fleste enige om: Det gjelder å gjøre det enkelt!

Med mer enn 50 deltagere fra hele Norden, et interessant og variert program som strakk seg over mange arbeidsrettslige perspektiver, må konferansen og lanseringen av NNLLS sies å være en suksess. Så er det bare å glede seg til neste års konferanse i regi av Universitetet i Øst-Finland!

Anette Hemmingby
Høyskolelektor Handelshøyskolen BI

Fråga om arbetsledningsrätt och avtalsjämkning – HR-2020-2202-A

Høyesterett meddelade den 13 november 2020 en enhällig dom – HR-2020-2202-A – som avsåg giltigheten av avslutsavtal (*sluttavtaler*) som sju arbetstagare hade ingått med sin arbetsgivare i samband med en personalneddragning (*nedbemanning*). Den huvudsakliga tvistefrågan var om dessa avtal kunde jämkas helt eller delvis enligt avtaleloven § 36, på den grunden att de var oskälige (*urimelige*) eller stred mot god affärs sed (*god förretningsskikk*). Centralt för denna bedömning var om arbetsgivaren var skyldig att tillämpa en policy på ett sådant sätt att övertaliga arbetstagare över 57 år, skulle erbjudas så kallad tidigpension (*tidligpension*). Høyesterett fann – till skillnad från majoriteten i Borgarting lagmannsrett, men i likhet med minoriteten, liksom med Oslo tingrett – dels att arbetsgivaren inte var skyldig att tillämpa policyn om tidigpension på visst sätt, dels att det inte förelåg grund för jämkning (*avtalerevisjon*) av avslutsavtalen enligt avtaleloven § 36.

Bakgrund

De sju arbetstagarna hade tidigare varit anställda hos A/S Norske Shell (Shell). Shell hade en policy om övertalighet, «Kompensasjonspakke og selektiv tidligpension ved overtalighet», som gick ut på att anställda med en viss anciennitet som blev övertaliga och slutade frivilligt, fick erbjudande om att ingå avslutsavtal. Dessa avtal innehöll erbjudande om antin-

gen kompensation eller tidigpension. Anställda som var över 57 år vid neddragningen kunde ansöka om tidigpension. Pensionen innebar att den anställde säkrades en årlig utbetalning motsvarande 66 procent av pensionsunderlaget fram till den månad då han eller hon fyllde 62 år. Tidigpension förutsatte att ansökan beviljades av verkställande direktör. Shell hade i flera decennier, omkring 40 år, tillämpat policyn på ett sådant sätt att samtliga anställda som uppfyllde de formella kraven på ålder och övertalighet, beviljades ansökan om tidigpension. Policyn hade införts för att göra bolaget konkurrenskraftigt avseende anställningsvillkor och förmåner.

De sju arbetstagarna arbetade i Shells avdelning för «nedströmsvirksomhet», som bland annat bedrev benstationer, försäljning av råolja och raffinaderier. Den 1 september 2014 genomförde Shell en avknoppning av avdelningen – en partiell fission – till Smart Fuel AS (Smart Fuel). Avknoppningen omfattade ungefär 150 arbetstagare, inklusive nämnda sju arbetstagare. Shell överlät den 1 oktober 2015 aktierna i Smart Fuel till det finska bolaget St1 Nordic Oy (St1 Nordic). Smart Fuel ändrade under 2016 namn till St1 Norge AS (St1). Inför aktieöverlåtelsen hade St1 Nordic åtagit sig att respektera en så kallad skyddsperiod avseende Smart Fuel. Skyddsperioden skulle gälla i två år räknat från ägarbytet, och innebar att Smart Fuel skulle låta arbetstagarnas anställningsvillkor och förmåner vara i huvudsak desamma som tidigare.

Knappt två veckor efter aktieöverlåtelsen, inledde Smart Fuel en process med neddragning av personal motsvarande omkring 60 heltidstjänster. De sju arbetstagarna – som vid denna tidpunkt var i åldrarna 57 till 59 år och hade en anciennitet på mellan 14 och 35 år – bedömdes vara övertaliga och erbjöds i november 2015 att ingå avslutsavtal om kompensation, dock inte om tidigpension. Den nya ledningen i Smart Fuel hade ändrat tillämpningen av policyn avseende tidigpension på ett sådant sätt att den nu endast omfattade anställda som var över 60 år vid neddragningen. Tidigpension hade varit ett mer förmånligt alternativ för de sju arbetstagarna, som då hade fått mellan 0,8 och 3,3 miljoner kronor extra i kompensation (motsvarande en kostnad för arbetsgivaren om totalt 14 miljoner kronor). Arbetstagarna mottog erbjudande om att ingå avslutsavtal den 24 respektive den 25 november, med svarsfrist den 30 november. Arbetstagarna menade att de även hade rätt att få erbjudande om tidigpension, men accepterade trots allt erbjudandena om kompensation innan fristens utgång. Arbetstagarna ingick således avslutsavtal med Smart Fuel, som också innehöll villkor om slutlig reglering mellan parterna.

I oktober 2016 ansökte de sju arbetstagarna om stämning mot St1 (tidigare Smart Fuel) vid Oslo tingrett med krav på utbetalning av tidigpension. St1 bestred kravet. Arbetstagarna förlorade målet i tingretten (TOSLO-2017-137990). Tingretten menade att policyn inte gav uttryck för att tidigpension skulle vara en

individuell rättighet och att arbetstagarna inte heller i övrigt hade «sannsynliggjort» att Smart Fuel hade åtagit sig att tillämpa policyn på samma sätt som tidigare. Vidare menade tingretten att arbetstagarna inte hade «sannsynliggjort» att det av andra skäl skulle föreligga grund för jämkning av avslutsavtalen enligt avtaleloven § 36, eller grund för ogiltigförklaring av avtalen enligt avtaleloven § 36 eller § 33.

Arbetstagarna överklagade tingrettens dom till Borgarting lagmannsrett. St1 förlorade målet i lagmannsretten (LB-2018-104346). Domen meddelades dock under dissens, där minoriteten kom till samma resultat som tingretten. Majoriteten menade, under tvekan, att det var tillräckligt «sannsynliggjort» att arbetsgivaren var skyldig att tillämpa policyn på samma sätt som tidigare. Majoriteten menade också att bevisbördan för vad som hade blivit utlovat i förhållande till arbetstagarna, låg på arbetsgivaren. Till stöd för dessa bedömningar, lyfte domarna bland annat fram följande (LB-2018-104346 s. 13):

«Det som imidlertid blir utslagsgivende for flertallet er bekreftelsen i disse dokumentene [Q&A-dokument och mötesprotokoll] om at det skal ytes en tilsvarende kompensasjon som i Shell, sammenholdt med de sammenfallende vitneforklaringene fra ledelsen i Shell og Smart Fuel – som bekrefter at løfter om å opprettholde praksis ble gitt til de ansatte i møter i forbindelse med salget – og de opplysninger som er nedfelt skriftlig i møte-referater i ettertid.»

Majoriteten framhöll vidare att rimlighets- och lojalitetshänsyn talade emot att tolka åtagandet om en skyddsperiod restriktivt (*innskrenkende*), ensidigt till arbetstagarnas nackdel. Majoriteten jämkade avslutsavtalen enligt avtaleloven § 36 med hänvisning till att de stred mot god affärssed. Till stöd för denna bedömning, lyfte domarna bland annat fram skillnaden mellan avtalad och begärd kompensation, maktobalansen mellan parterna och den i sammanhanget korta svarsfristen för avslutsavtalen.

St1 överklagade lagmannsrettens dom till Høyesterett. Överklagandet avsåg lagmannsrettens bevisbedömning och rättstillämpning.

Parternas anföranden (avsnitt 18–28)

St1 yrkade att bolaget skulle «frifinnes». Grunderna för yrkandet var i huvudsak följande. Arbetstagarna hade inte fått något löfte om att policyn om övertalighet skulle tillämpas på samma sätt som tidigare. Det enda som hade utlovats var att arbetsgivaren skulle följa policyn under skyddsperioden. Det framgår tydligt av policydokumentet att tidigpension inte är någon rättighet, utan en förmån som kan erbjudas efter en individuell bedömning. Prövningen av vad som har förmedlats till arbetstagarna, ska i första hand baseras på tidsnära och skriftliga bevis. Dessa visar att arbetstagarna inte blev förespeglade någon rätt till tidigpen-

sion. Arbetstagarna har under alla omständigheter fått ett väldigt förmånligt erbjudande om avslutsavtal, vilket de accepterade med «åpne øyne». Det föreligger mot denna bakgrund inte någon grund för avtalsjämkning enligt avtaleloven § 36.

De sju arbetstagarna yrkade i sin tur i första hand att avslutsavtalen skulle jämkas enligt «rettens skjønn», i andra hand att överklagandet skulle ogillas (*forkastes*) och i tredje hand att avslutsavtalen skulle ogiltigförklaras. Grunderna för yrkandena var i huvudsak följande. Shell hade en etablerad och långvarig praxis av att erbjuda övertaliga arbetstagare över 57 år tidigpension vid neddragningar. De arbetstagare som skulle kunna omfattas av en sådan pension, «seniorerna», var särskilt angelägna om att denna ordning skulle gälla även i det nya bolaget. Det blev utlovat att Shells policy och praxis skulle «videreføres» under skyddsperioden. Detta förmedlades på allmöten och på särskilda möten med seniorerna samt följer även av skriftlig dokumentation. Syftet med löftet var att lugna personalen i samband med fissionen och ägarbytet. Det är styrelsen som har behörighet (*kompetanse*) att binda bolaget. Samtliga tre styrelseledamöter i Smart Fuel har i skriftliga uttalanden till Høyesterett angett att seniorerna utlovats att policyn om övertalighet skulle tillämpas på samma sätt som tidigare. Arbetstagarna blev därutöver pressade till att ingå avslutsavtalen och fick en kort svarsfrist. Även om arbetstagarna menade att de hade rätt till tidigpension, ingick de avtalen eftersom de annars riskerade att bli helt utan kompensation. Eftersom arbetstagarna blev utsatta för press och då deras rättigheter inte har respekterats, föreligger det grund för avtalsjämkning enligt avtaleloven § 36.

Rättsliga utgångspunkter (avsnitt 31–38)

Høyesterett konstaterade inledningsvis att avknoppningen av Shells avdelning till Smart Fuel, utgjorde en verksamhetsövergång (*virksomhetsoverdragelse*) enligt arbeidsmiljøloven kapittel 16. Detta innebar att Shells rättigheter och skyldigheter som följde av anställningsavtal eller anställningsförhållanden vid tidpunkten för övergången, överfördes till Smart Fuel (jfr arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd).

Høyesterett konstaterade vidare att Shells policy om övertalighet inte följde av anställningsavtal, kollektivavtal (*tariffavtale*) eller lag. Utgångspunkten var därför att Shell hade befogenhet att ensidigt ändra policyn med stöd av arbetsledningsrätten (*styringsretten*) (jfr Rt. 2010 s. 412 *Fokus Bank*). En förutsättning var dock att ändringen baserades på ett «forsvarlig grunnlag» och inte utgjorde ett missbruk av arbetsledningsrätten (jfr Rt. 2011 s. 841 *Osloskolen*). Det var i målet inte påstått att Shells långvariga tillämpning av policyn avseende tidigpension i sig utgjorde en begränsning av arbetsledningsrätten. Grunden för kraven på utbetalning av tidigpension var istället att arbetstagarna hade fått «løfte om at praksis skulle

fortsette uforandret» under två år efter ägarbytet (avsnitt 33). Arbetstagarna skulle därigenom ha fått en individuell rättighet till tidigpension.

Høyesterett konstaterade slutligen att det för ensidigt reglerade pensionsförmåner, föreligger en viss presumtion för att arbetsgivaren *inte* har frånsagt sig rätten att ensidigt ändra förmånen (jfr Rt. 2008 s. 1246 *Statoil* och Rt. 2010 s. 412 *Fokus Bank*). För att bryta denna presumtion, krävs att det föreligger «holdepunkter av en viss vekt» som tyder på att arbetstagarna har fått individuella rättigheter (jfr Rt. 2010 s. 412 *Fokus Bank* avsnitt 37). Frågan om det i detta fall förelåg sådana hållpunkter avseende policyn «må avgjøres etter en vanlig bevisvurdering, på linje med det som ville vært tilfelle om spørsmålet hadde vært om det var inngått en avtale eller ikke» (avsnitt 36). Det rådde djup oenighet bland de involverade i målet om vad som hade sagts och gjorts i samband med fissionen och i tiden därefter. I sådana situationer är det «sikker rett» att det som utgångspunkt är de tidsnära bevisen som har högst bevisvärde (jfr HR-2018-2344-A). Høyesterett uttalade att «ved avgjørelsen av saken [vil jeg (førstvoterende)] først og fremst basere meg på det som er mulig å trekke ut av de dokumenter, e-poster o.l. som er fra tiden rundt virksomhetsoverdragelsen og eierskiftet» (avsnitt 37).

Hade arbetstagarna rätt till tidigpension – skriftlig dokumentation? (avsnitt 39–67)

Høyesterett tog först ställning till vad det förhållandet att Smart Fuel hade åtagit sig att under en skyddsperiod låta anställningsvillkor och förmåner vara i huvudsak desamma som tidigare, hade för betydelse för arbetstagarnas rätt till tidigpension.

Efter genomgång av skriftlig bevisning för perioden mellan augusti och december 2014, såsom e-postkorrespondens, mötesprotokoll, brev och Q&A-dokument om konsekvenserna för arbetstagarna vid en aktieöverlåtelse, lyfte Høyesterett fram bland annat följande.

I utdrag från Q&A-dokumentet angavs att de anställdas «vilkår og betingelser under ny eier vil forbli på tilsvarende nivå som i dagens Shell og er 'fredet' i 24 måneder etter selve transaksjonen» (avsnitt 44). I dokumentet angavs vidare att (avsnitt 45):

“ST1 [St1 Nordic] has agreed that for a period of twenty-four months following the Completion Date, they will provide to each of the SFAS [Smart Fuel] employees a total compensation and benefits package that is no less favorable in aggregate than the total compensation and benefits package provided to each Employee immediately prior to Completion, ie under Shell terms.”

Høyesterett uttalade att en omedelbar läsning av texten – särskilt uttrycken «no less favorable» och «total compensation and benefits package» – visserligen kunde ge intryck av att allt skulle fortsätta som tidigare. Samtidigt stod det inget särskilt i dokumentet

om retten till tidigpension. Dessutom måste Q&A-dokumentet ses i samband med tidigare arbetsgivares skyldigheter i förhållande till de anställda.

Høyesterett gick därefter igenom Smart Fuels policy om övertalighet. Shells policy om övertalighet hade anpassats mot bakgrund av att det var fråga om ett annat bolag – och senare också ny ägare till bolaget – men själva villkoren för tidigpension hade inte ändrats. Arbetet med Smart Fuels policy pågick under våren 2015 och policyn infördes i september 2015. Syftet med dokumentet var att klargöra vad som skulle gälla för arbetstagarna under skyddsperioden. I utdrag från policyns inledning angavs att (avsnitt 53):

«Dette notatet er laget med utgangspunkt i tilsvarende policy for A/S Norske Shell, men tilpasset slik at teksten passer for Smart Fuel AS. I tråd med forutsetningen om at Shells nåværende personalpolitikk skal videreføres i Smart Fuel i to år, er det i prinsippet ingen materielle endringer. ...

Der det er konstatert overtallighet, skal det primært søkes etablert avtale om frivillig fratreden. En slik avtale vil inneholde et engangsbeløp som kompensasjonspakke, eller avtale om tidligpensjon (løpende utbetaling).»

I utdrag från policyns fjärde kapitel med rubriken «Selektiv tidligpensjon ved overtallighet» angavs vidare i punkt 4 att (avsnitt 55):

«Tidligpensjon (gavepensjon) kan i spesielle tilfeller innvilges fra fylte 57 år. Søknader avgjøres alltid av administrerende direktør etter en individuell vurdering.

Tidligpensjon skal bare benyttes på slik selektiv basis, og forutsetter ubetinget at den ansatte selv er overtallig etter definisjonene i punkt 1 ovenfor, eller at innvilgelsen av pensjon indirekte gir numerisk grunnlag for å løse overtallighet. De frivillige ytelsene selskapet eventuelt gir etter reglene nedenfor, forutsetter ubetinget at vedkommende person også fullt ut fratrer sitt arbeid i selskapet. ...

Dersom en ansatt får innvilget tidligpensjon (gavepensjon) i forbindelse med overtallighet, kommer ikke engangsbetalt overtalighetskompensasjon til anvendelse.»

Høyesterett uttalade bland annat följande om policyn (avsnitt 56):

«Slik ordningen med tidligpensjon er beskrevet her, er det ingen tvil om at det ikke er en rettighet for den enkelte. Tidligpensjon er karakterisert som en «gavepensjon» som administrerende direktør «kan» innvilge «i spesielle tilfeller» etter en «individuell vurdering». Ordningen beskrives som de «frivillige ytelsene selskapet eventuelt gir.»»

De sju arbetstagarna hade anfört att policyn skulle tolkas på det sätt som den hade tillämpats av Shell.

Høyesterett uttalade i detta avseende att «[m]ed så klare formuleringer som dokumentet inneholder i det sentrale kapittelet om tidligpensjon, kan jeg imidlertid vanskelig se at det er grunnlag for saksøkernes tolkning» (avsnitt 57).

Efter genomgång av ytterligare skriftlig bevisning från perioden mellan september och november 2015, såsom mötesprotokoll, brev, PP-presentation och e-postkorrespondens, uttalade Høyesterett att (avsnitt 66 och 67):

«Det er neppe tvil om at saksøkerne selv hadde oppfattet det slik at ordningen ville fortsette.

Min *konklusjon så langt* er likevel at den skriftlige og begivenhetsnære dokumentasjonen tilsier at meningen var at ny eier av selskapet skulle være forpliktet i to år til å følge *policy-dokumentet om nedbemanning*. Dette dokumentet var grundig gjennomgått i løpet av prosessen, og det ga ikke de ansatte rettskrav på at ordningen med tidligpensjon skulle fortsette som før.»

Høyesterett lyfte i det sistnämnda avseendet särskilt fram att utformningen av policyn hade varit föremål för «grundig drøfting» med framförallt arbetstagarnas förtroendevalda (*tillitsvalgte*), men också med arbetstagarna själva, liksom med «vernetjenesten». Trots detta var det ingen som hade reagerat på innehållet i policyn förrän i november 2015, då de sju arbetstagarna fick del av erbjudandena om att ingå avslutsavtal. (jfr avsnitt 58-61)

Hade arbetstagarna rätt till tidigpension – muntligt löfte? (avsnitt 68–74)

Høyesterett gick därefter över till att ta ställning till om arbetstagarna hade fått ett muntligt bindande löfte om att policyn skulle tillämpas på samma sätt som tidigare. Efter genomgång av den muntliga bevisningen, förklarade Høyesterett sig vara enig med minoriteten i lagmannsretten, som hade uttalat följande (avsnitt 69):

«Det som er nevnt så langt viser etter mindretallets syn at arbeidsgiver har praktisert en fast ordning med tidligpensjon ved overtallighet, men bevisst valgt å ikke binde seg til å videreføre praksisen. At arbeidsgiver har ønsket å beholde adgangen til å gjøre endringer fremstår også som rasjonelt, tatt i betraktning at ordningen var uvanlig og kostbar og at det aktuelle virksomhetsområdet var under omstilling. Med dette som bakgrunn fremstår det i utgangspunktet som mindre sannsynlig at personer i ledelsen i Smart Fuel skal ha lovet de ansatte å videreføre praksis. At det er gitt et slikt løfte må det i tilfelle foreligge relativt klare holdepunkter for ...»

Høyesterett lyfte samtidigt fram att både säljaren och köparen av Smart Fuel hade haft intresse av att lugna personalen. På så sätt kunde en smidig övergång säkras och de anställda kunde fokusera på verksamheten. Høyesterett menade dock att det trots detta var svårt

att se att det fanns tillräckligt tydliga hållpunkter för att ett muntligt löfte hade lämnats om tillämpningen av policyn. Det fanns visserligen utsagor från både ledningen i Shell/Smart Fuel och de sju arbetstagarna om ett sådant löfte. Høyesterett fäste i detta sammanhang dock vikt vid att arbetstagarna, i vart fall inledningsvis, hade haft svårt att närmare ange när och hur ett sådant löfte skulle ha lämnats. Høyesterett fäste även vikt vid bland annat det förhållandet att pensionsförmånen fick anses vara särskilt förmånlig och att fissionen och ägarbytet hade hanterats professionellt. Mot denna bakgrund konkluderade Høyesterett att «det ikke er tilstrekkelige holdepunkter for at de ansatte var gitt et løfte om at praksis med å tilby tidligpensjon til ansatte over 57 år ved nedbemanning skulle fortsette som før» (avsnitt 74).

Förelåg det grund för jämkning av avslutsavtalen?(avsnitt 75–77)

Efter att ha kommit fram till att Smart Fuel inte på nämnda grunder var skyldigt att tillämpa policyn på samma sätt som tidigare, övergick Høyesterett till att ta ställning till om det ändå kunde föreligga grund för jämkning av avslutsavtalen.

Høyesterett inledde med att förklara sig vara enig med tingretten om att Shell/Smart Fuel hade kunnat göra mer för att klargöra för arbetstagarna i åldrarna 57 till 61 år, vad som skulle gälla under skyddsperioden. Detta med hänvisning till att det lätt kan uppstå missförstånd när man talar om «policy», men i själva verket menar policydokumentet och inte tillämpningen av detsamma. Vidare kan det lätt uppstå missförstånd när man försäkrar att det mesta under skyddsperioden kommer att vara på samma sätt som tidigare. Høyesterett lyfte samtidigt fram att Shell/Smart Fuel hade gjort «en grundig saksbehandling» i samband med ägarbytet. Høyesterett lyfte även fram att (avsnitt 76):

«Det er heller ikke tvilsomt at policydokumentet var klart på at ordningen med tidligpensjon var valgfri for arbeidsgiver, og at dette vanskelig kunne misforstås. Ikke minst legger jeg vekt på at de tillitsvalgte som var tungt inne i prosessen, ikke protesterte på formuleringene i policydokumentet.»

Mot denna bakgrund konkluderade Høyesterett att det inte fanns skäl att placera risken för eventuell missförstånd på arbetsgivaren samt att det då inte heller förelåg grund för avtalsjämkning enligt avtaleloven § 36. «Anken må etter dette gis medhold» (avsnitt 77).

Kommentar

Baserat på en genomgång av de tre domarna i målet, har vi kommit fram till att *lagmannsrettens* resultat har mest fog för sig. Några av skälen till detta är följande. I övrigt hänvisar vi till majoritetens bedömningar i lagmannsrettens dom, som vi i huvudsak delar.

En central fråga i målet var om Shell/Smart Fuel temporärt hade frånsagt sig arbetsledningsrätten avse-

ende tillämpningen av policyn om övertalighet. Om så var fallet, hade de sju arbetstagarna en individuell rättighet till tidigpension som Smart Fuel, och således även ny ägare till bolaget, var skyldigt att respektera under skyddsperioden (jfr arbetsmiljøloven § 16-2). I målet var ostridigt att själva *ordalydelsen i villkoren* till policyn inte gav uttryck för någon individuell rättighet till tidigpension. Fråga var här i stället om policyn ändå kunde tolkas på något annat sätt, liksom om det fanns andra hållpunkter av viss vikt för att arbetsgivaren hade frånsagt sig arbetsledningsrätten avseende tillämpningen av policyn.

Enligt vår mening framstår det som begripligt att Smart Fuel inte ändrade villkoren om tidigpension då Shells policy om övertalighet anpassades för att kunna användas i ett annat bolag: Inte för att Smart Fuel skulle vara fri i tillämpningen av policyn under skyddsperioden, utan för att bolaget i tiden därefter skulle vara fri att ändra eller dra tillbaka policyn, om så önskades. Vi lägger alltså inte in samma betydelse som Høyesterett har gjort i det förhållandet att Smart Fuel valde att ha samma ordalydelse i policyn avseende tidigpensionen som Shell hade. Vi lägger därmed inte heller någon avgörande vikt vid den språkliga tolkningen av villkoren i policyn, utan tar i större utsträckning hänsyn till andra tolkningsmoment. Exempelvis får villkoren läsas i ljuset av policyns inledning där det anges att «[i] tråd med forutsetningen om at *Shells nåværende personalpolitikk skal videreføres i Smart Fuel i to år*, er det i prinsippet ingen materielle endringer» (kursiverat här, avsnitt 53). Detta uttalande är visserligen allmänt formulerat, men vi menar att det ändå – tillsammans med annan bevisning – stöder arbetstagarnas sak om att Smart Fuel hade åtagit sig att tillämpa policyn på samma sätt som tidigare. Därutöver får policyn ses i ljuset av syftet med skyddsperioden, som alltså var att lugna personalen för att få en smidig övergång. Det är ostridigt i målet att policys omfattades av skyddsperioden. Om Smart Fuel skulle vara fri i tillämpningen av policys i allmänhet och av policyn om övertalighet i synnerhet, skulle skyddsperioden i dessa delar ha begränsad praktisk betydelse för arbetstagarna. Policyn erbjuder så vida ramar för en diskretionär tillämpning av villkoren, att det inte skulle återstå mycket av förmåner för arbetstagarna om arbetsgivaren hade valt att utnyttja detta utrymme fullt ut. Ändamåls- och rimlighets-skäl talar således emot att avsikten med skyddsperioden var att Smart Fuel skulle vara fri i tillämpningen av policyn.

Enligt vår mening framstår det vidare, av bland annat nyss nämnda skäl, som begripligt att varken arbetstagarna eller deras förtroendevalda reagerade på innehållet i villkoren till policyn. Till skillnad från Høyesterett, lägger vi således ingen större vikt vid att de förtroendevalda inte protesterade över formuleringarna i policydokumentet (jfr avsnitt 61, 65 och 76). När det gäller huvudfrågan i målet om det förelåg grund för avtalsjämkning av avslutsavtalen, finns det

skäl att här även lyfta fram nyare høyesterettspraxis om avtaleloven § 36 utanför arbeidsrättens område: Utifrån ordalydelsen i avtaleloven § 36, ska man vid bedömningen av om ett avtal är oskäligt ta hänsyn till samtliga omständigheter i fallet, både förhållanden vid avtalets ingående och senare inträffade förhållanden. I många høyesterettsdomar har dock uppmärksamheten varit koncentrerad kring förhållandena vid avtalets ingående och om den förment svagare parten då fick tillräckligt med information för att kunna bedöma konsekvenserna av avtalet. De tre investeringsdomarna från 2012 och 2013 (jfr Rt. 2012 s. 355 *Longvik*, Rt. 2012 s. 1926 och Rt. 2013 s. 388) utgör exempel på detta. Dessa domar illustrerar också att det kan vara svårt att vinna bifall för yrkanden om avtalsjämkning enligt avtaleloven § 36.

I nu aktuellt mål, bedömde Høyesterett att den omständigheten att «Shell/Smart Fuel kunne ha gjort mer for å klargjøre overfor gruppen 57–61 år hva som skulle gjelde i verneperioden», inte räckte till för att jämka avslutsavtalen (avsnitt 75). Høyesterett anför bara två skäl för denna ståndpunkt: själva policydokumentet var tillräckligt tydligt och Shell/Smart Fuel hade genomfört «en grundig saksbehandling», där «de tillitsvalgte som var tungt inne i prosessen, ikke protesterte på formuleringene i policydokumentet» (avsnitt 76). Vi antar att ett viktigt skäl också var att Høyesterett bedömde att avslutsavtalen *sammantaget* var relativt balanserade; ordningen med tidigpension som Smart Fuel frångick, var ju «uvanlig og kostbar» (jfr avsnitt 69 och 73). Det är i så fall synd att detta inte kom till explicit uttryck. Så som domskälen blev utformade, kan domen nu användas som argument för att inte *något* avtal där förtroendevalda har varit involverade utan att protestera mot valda formuleringar, ska jämkas enligt avtaleloven § 36; och detta oavsett vilket innehåll avtalet kan ha. Det är uppenbart att gå för långt. Att en part har biståtts under förhandlingarna är tveklöst relevant («partenes stilling», «forhold ved avtalens inngåelse»), men det kan inte vara avgörande i varje situation. I detta fall menar vi dessutom att arbetstagarnas ställning inte blev nämnvärt starkare för att de företrädde av förtroendevalda. Förtroendevalda är arbetstagarnas representant i förhållande till arbetsgivaren och väljs bland arbetstagarna. Förtroendevalda kan också vara en länk mellan de organiserade arbetstagarna och deras arbetstagarorganisationer (*fagforeninger*) (jfr T. L. Sundet, *Kollektiv arbeidsrett*, Oslo 2018 s. 77–80). Förtroendevalda kan i viss utsträckning konsultera arbetstagarorganisationens jurister, men det förutsätter bland annat att de har identifierat relevanta juridiska problemställningar. Det finns inget krav på att de förtroendevalda själva ska besitta juridisk kompetens. Mot denna bakgrund menar vi att det inte är rimligt att förvänta sig att de förtroendevalda skulle ha identifierat kontraktsrättsliga problem avseende tillämpningen av policyn under skyddsperioden. Med hänsyn till maktobalansen mellan arbetsgivaren och arbetstagarna, menar vi att

det är rimligt att här placera risken för oklarheter kring policyn på arbetsgivaren.

Eva Folkow och Harald Irgens-Jensen

Ansvar for innbetaling av pensjonspremie ved oppkjøp av virksomhet – HR-2021-61-A

Høyesteretts dom den 18 januari 2021 (HR-2021-61-A) handlade om «virksomhetsoverdragelse og ansvar for premier knyttet til allerede opptjente kommunale tjenstepensjoner», avsnitt 2. En köpare av en förskola (barnehage) blev efter uppköpet krävd på pensionspremier för den övertagna personalen. Hade man köpt grisen i säcken (katta i sekken)? Vem skulle ansvara för övertagen personals pensionspremieinbetalningar? Vem skulle bära risken för de obetalda premierna? Det var en verksamhetsövergång med avtalsrättsliga, försäkringsrättsliga, köprättsliga och andra förmögenhetsrättsliga implikationer. Avgörande var emellertid om kostnaderna för försäkringspremierna skulle föras över på förvärvaren (erhververen) pga. att det var en verksamhetsövergång enligt aml. kap. 16. Som Høyesterett skriver på sina nätsidor, klargör domen «rekkevidden av arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd når det gjelder kommunal tjenstepensjon og grunnlag for regress.»

I Norge finns det en särskild ordning för de situationer då en arbetsgivare med kommunal tjänstepension inte betalar premier för arbetstagarnas pensioner, den s.k. Sikringsordningen. Syftet (formålet) med den ordningen är att säkra arbetstagarnas pensioner och ordningen finansieras genom inbetalningar av arbetsgivare som är anslutna till den s.k. överföringsavtalen. Överföringsavtalen har ingåtts av leverantörer av offentlig tjänstepension och «skal sikre at arbeidstakere som har vært medlem av flere offentlige tjenstepensjonsordninger, får pensjon som om de hele tiden har vært medlem av en og samme pensjonsordning», överföringsavtalen § 2.

I målet (saken) hade en privat förskola träffat avtal med ett försäkringsbolag (forsikringsselskap) om kommunal tjänstepension i enlighet med överföringsavtalen. Förskolan kom då också att omfattas av Sikringsordningen. Efter ett par år sade förskolan upp avtalet och behövde då inte längre betala ordinär försäkringspremie men väl s.k. regleringspremie. Men dessa betalade inte förskolan heller, trots att försäkringsbolaget riktade betalningskrav mot förskolan. Sedan 2011 täckte Sikringsordningen kravet.

Förskolan såldes 2012. Överlåtelseavtalet innehöll inget om betalning av försäkringspremier för den uppsagda kommunala tjänstepensionen och förvärvaren betalade inte heller någon regleringspremie, som fortsättningsvis täcktes av Sikringsordningen. Sikringsordningen riktade 2015 regresskrav mot köparen av förskolan, som avvisade kravet. Sikringsordningen uppmärksammade även att krav skulle komma att riktas för framtida premieinbetalningar.

Att det var tal om en verksamhetsövergang enlighet med aml. kap. 16 rådde det enighet om, avsnitt 24. Frågan blev då om skyldigheten att erlægga reguleringspremie för redan intjänade pensioner skulle anses vara sådana anställningsvilkor som skulle föras över på köparen av förskolan enligt huvudregeln i aml. § 16-2 om att anställningsvilkoren overgår på förvärvaren (erververen) och därmed regressvis kunde utkrävas av förvärvaren.

Något förenklat kan sägas att köparen argumenterade för att ansvaret för pensionsrättigheterna uttömmande regleras i aml. § 16-2 (3) (trots att lagtexten talar om «rett til videre opptjening»). Därför skulle pensionsordningen inte överföras på köparen.

I frågan om regress menade man att även om ansvaret för premierna överförts till förvärvaren kunde man inte ansvara för dem eftersom plikten bara gäller mellan arbetstagare och arbetsgivare och att köparen inte hade någon plikt gentemot Sikringsordningen.

Denna argumentation köpte inte en enig Høyesterett, utan den gick i stället på Sikringsordningens linje, som, förenklat, argumenterade för att förvärvaren bar ansvaret för premierna knutna till de intjänade rättigheterna. Pensionsundantaget i aml. § 16-2 (3) skulle inte gälla de redan intjänade rättigheter utan bara för «videre opptjening» av pension. Detta skulle i sin tur medföra att skyldigheten för köparen att betala premierna följde av huvudregeln i aml. § 16-1 (1). Något rättsligt stöd för att det inte skulle föreligga ett regresskrav fanns inte.

Domen är kort och domskälen (domstolens begrundelser) behandlar frågan om förvärvaren varit förpliktigad att täcka premier för intjänade kommunala tjänstepensioner i avsnitt 23–35; regressfrågan behandlas i avsnitt 36–40. Omfånget får anses vara motiverat. En lagändring för halvtannat decennium sedan medförde att pensionsundantaget upphävdes, se avsnitt 30 med citat ur Ot.prp. (2004–2005) nr. 49. Med ändringarna av de kollektiva pensionsordningarna från «ytelsesbaserte ordninger» till «innskuddsbaserte ordninger» skulle förutsebarheten över kostnaderna öka, och «[U] forutsigbarhet kan derfor ikke være et utslagsgivende argument mot overføring av pensjonsrettigheter», cit. Ot.prp. s. 262. Dessa kostnader – liksom andra löpande förpliktelser som åvilar verksamheten – kan belysas genom en besiktning av verksamheten, t.ex. genom en s.k. due diligence. Att företa en noggrann undersökning av vilka förpliktelser som häftar vid köpeobjektet torde vara normalt, och borde naturligtvis också omfatta kostnader för lön och andra anställningsvilkor. Noteras kan att köparen var en av Norges största ägare av privata förskolor, avsnitt 7.

Avseende de redan intjänade pensionsrättigheterna uttalade Høyesterett att det var «klart at plikten... omfattes av ordlyden i § 16-2 første ledd», avsnitt 26, dvs. att de intjänade pensionsrättigheterna ansågs utgöra rättigheter enligt det individuella anställningsavtalet. Som en följd av det solidariska ansvaret som föreskrivs i aml. § 16-2 (1) annet punktum ansågs både

säljaren och köparen vara ansvariga för premierna, jfr avsnitt 25.

Följdriktigt, enligt min mening, slog Høyesterett med stöd av förarbetena fast att det som avses i aml. § 16-2 (3) är den *fortsatta* intjeningen (*videre opptjeningen*) av pensionsrättigheterna, avsnitt 27–32. Førstvoterende konstaterade att det inte finns stöd för att opphævandet av pensionsundantaget bara skulle gälla fortsatt intjening av pensionen. En annan sak är att det kan vara vanskligt att overføre pensionsordningar från offentlig sektor till privat sektor. Opphævandet av pensionsundantaget skulle derfor även gälla for intjenede rättigheter, jfr avsnitt 32. Förpliktelsen att betala reguleringspremie følger av aml. § 16-2 (1), vilket innebær att köparen skulle vara förpliktigad att erlægga premierna for den kommunala tjenstepensionen for den overførde personalen, jfr avsnitt 35.

Denna lösning fick konsekvenser för regresskravet på så sätt att Sikringsordningen fick krav på regress mot köparen. Med hänvisning till HR-2017-2424-A konstaterade Høyesterett at det inte fanns grund for att regressen skulle falla bort, jfr avsnitt 39 f.

Bernard Johann Mulder

Seksuell trakassering på arbeidsplassen. HR-2020-2476-A #MeToo

Saken er betegnet som Høyesteretts første #MeToo-sak. Dommen gjelder tolkningen av forbudet mot seksuell trakassering og særlig den nedre grensen for hva som rammes.

Saken gjaldt en ung industrimekaniker (A) som var eneste kvinne ansatt ved et mekanisk verksted. A mente seg utsatt for seksuell trakassering på arbeidsplassen fra to av bedriftens mannlige kunder (B og C). Som følge av forholdene på arbeidsplassen ble hun sykmeldt i september 2017. Hun meldte fra til arbeidsgiver at hun ikke ville komme tilbake på jobb med mindre noe ble gjort fra arbeidsgivers side, slik at hun kunne vite at de aktuelle kundene var borte fra verkstedet. Etter en periode tilbake i jobb og ny sykmelding sa hun opp sin stilling i februar 2018. Hun fremmet krav mot arbeidsgiver og de to kundene om erstatning og oppreisning grunnet seksuell trakassering. Kravet mot arbeidsgiver var begrunnet i mangelfull håndtering av den påståtte trakasseringen.

Arbeidsgiver ble av både tingrett og lagmannsrett idømt ansvar for økonomisk tap (lidt inntektstap og feriepenger), men frifunnet for oppreisningskravet. Bedriften utbetalte erstatningen og påanket ikke lagmannsrettens dom. For Høyesterett ble saken derfor begrenset til kravene mot B og C om oppreisning for brudd på forbudet mot seksuell trakassering i likestillingsloven 2013 § 8, jf. § 28. Forbudet er videreført i likestillings- og diskrimineringsloven 2017 § 13.

B var en pensjonert fisker og fast kunde som oppholdt seg jevnlig i verkstedet. Han oppsøkte da ofte

A, fulgte etter henne, oppholdt seg nær henne, søkte å få kontakt med henne og stakk ved flere anledninger fingeren i midjen hennes. Dette fortsatte etter at A ba ham om å slutte, noe som førte til at hun ofte gjemte seg når han kom til verkstedet. I tillegg klappet B ved én anledning A på baken da de møttes i en butikk. Episoden i butikken skjedde etter at han var bedt om å slutte å oppsøke A på arbeidsplassen.

C var en mann i 50-årene ansatt hos en av verkstedets største kunder. Han erkjente at han ved ett tilfelle hadde lagt hendene på nedre del av As rygg, under gensen, mens A satt fremoverbøyd på gulvet og arbeidet. Hun reiste seg umiddelbart og gikk uten å si noe. Det ble også funnet bevist at C ved en senere anledning, da A kom ut fra pauserommet, stilte seg foran henne, strakk frem en hånd og lot som om han ville ta henne i skrittet. A reagerte da med å bli sint, ba ham «reise til helvete» el. og forlot stedet.

Likestillingsloven 2013 § 8 annet ledd definerte seksuell trakassering som «uønsket seksuell oppmerksomhet som er plagsom for den oppmerksomheten rammer». Høyesterett poengterte at det dermed er to grunnvilkår for anvendelse av forbudet: Det må dreie seg om *seksuell oppmerksomhet* som er *uønsket*. I tillegg er det en terskel, ved vilkåret om at oppmerksomheten må være *plagsom*. Gjeldende likestillings- og diskrimineringslov § 13 tredje ledd har en noe annen ordlyd, men Høyesterett la til grunn at dette ikke innebærer innholdsmessige endringer av betydning.

EUs likestillingsdirektiv (2006/54/EF) setter forbud mot seksuell trakassering i arbeidslivet og gir en nærmere definisjon. Høyesterett påpekte imidlertid at det norske forbudet har et videre anvendelsesområde, blant annet fordi terskelen «plagsom» er lavere enn etter direktivet. EU-rettslige kilder hadde derfor mindre interesse for forbudets nedre grense. Den nærmere tolkningen av de to grunnvilkårene og om hvor terskelen ligger, var i all hovedsak basert på norske forarbeider.

Seksuell oppmerksomhet ble ansett å favne «relativt vidt» (avsnitt 60). For å være «seksuell», kreves ikke at adferden er motivert av seksuelt begjær, men oppmerksomheten må etter en objektiv vurdering være seksuelt betont eller av seksuell karakter. De konkrete omstendighetene er sentrale for vurderingen, noe som kan lede til at samme type handlinger bedømmes ulikt ut fra situasjonen. Høyesterett berørte imidlertid ikke hva som ligger i «oppmerksomhet». Etter forarbeidene må adferden ha en klar adressat og rette seg mot én eller flere konkrete personer.

Om oppmerksomheten er *uønsket* for personen den rettes mot, beror som et utgangspunkt på en individuell og subjektiv vurdering. I forarbeidene er det poengtert at den som utøver oppmerksomheten må bli gjort klar over at den er uønsket, men også vist til at enkelthendelser kan utgjøre seksuell trakassering bare de er alvorlige nok. Høyesterett fant at det ikke kan stilles et absolutt krav om å si fra. I tilfeller der man ikke blir

gjort klar over at oppmerksomheten er uønsket, er det avgjørende om «handlingene er av en slik karakter og alvorlighet at en alminnelig aktsom handlingsperson etter en samlet vurdering bør forstå at oppmerksomheten er uønsket» (avsnitt 63). Retten trakk frem to særskilte momenter i denne aktsomhetsvurderingen. Det må vurderes om det er et skjevt maktforhold der man bør forstå at den som utsettes for oppmerksomheten kan frykte negative konsekvenser av en avvísning. Det må også få betydning om den som utsettes for oppmerksomheten er i en særlig sårbar posisjon.

Terskelen for når uønsket seksuell oppmerksomhet er forbudt, er satt ved «plagsom». Det avgjørende er ikke formålet, men virkningen for den som rammes. Høyesterett la imidlertid til grunn at vurderingen må bero på en objektiv bedømmelse og krever «en viss alvorlighetsgrad» (avsnitt 65). Forarbeidene regner opp en rekke momenter som skal inngå i en helhetsvurdering, blant annet om det er avhengighetsforhold eller maktforskjeller i relasjonen. Som en retningslinje er det oppstilt en «kvinnenorm»; hva en alminnelig fornuftig kvinne ville oppfatte som plagsomt. Kvinnenormen er begrunnet med at kvinner i hovedsak oppfatter langt flere situasjoner som seksuell trakassering, og rapporterer om trakassering i større grad. Høyesterett viste til dette og oppsummerte nokså generelt at «siktemålet er å gi den som utsettes for uønsket seksuell oppmerksomhet, et tilstrekkelig effektivt vern i lys av lovens formål om å hindre seksuell trakassering» (avsnitt 69).

Høyesterett vurderte også kravet til bevis og bevisbyrde. I saker om diskriminering gjelder en bestemmelse om såkalt «delt» bevisbyrde som omfatter saker om trakassering: Dersom det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at diskriminering har skjedd, skal dette legges til grunn med mindre den ansvarlig sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted, jf. likestillingsloven 2013 § 27 og tilsvarende i gjeldende likestillings- og diskrimineringslov § 37. C hadde anført at det gjelder en sivilrettslig uskyldspresumsjon i saker om trakassering mellom private parter, og at retten til rettfærdig rettergang etter Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6 nr. 1 var til hinder for en regel om delt bevisbyrde. Retten understreket at bestemmelsen ikke setter et unntak fra det alminnelige beviskravet i sivile saker, men pålegger begge parter en plikt til å føre de bevisene man har tilgang til. Dersom det etter en alminnelig bevisvurdering foreligger «absolutt bevisvil», innebærer bestemmelsen at tvilen går ut over den ansvarlige (avsnitt 75). Høyesterett slo kort fast at en slik bevisregel ikke er i strid med retten til rettfærdig rettergang.

Cs samlede adferd overfor A – rygg-episoden og hendelsen ved pauserommet i kombinasjon – ble ansett som seksuell trakassering i strid med forbudet.

Høyesterett tok ikke endelig stilling til om rygg-episoden alene utgjorde seksuell trakassering, men pekte på at «mye kan tyde på» at den ikke var det. Berøringen av ryggen ble imidlertid vurdert som en

berøring med tilstrekkelig seksuell betoning til å være «seksuell oppmerksomhet». Det ble vektlagt at hun befant seg i en sårbar situasjon, at hun ble berørt bakfra uten mulighet til å verge seg, og at berøringen var på bar hud på en relativt intim del av kroppen. Hennes reaksjon – straks å forlate stedet – viste at handlingen var uønsket fra hennes side, selv om det ikke ble uttalt. Det retten unnlot å ta stilling til, var om C burde forstått at handlingen var uønsket, slik at den også var «uønsket» i lovens forstand. Retten viste på den ene side til at handlingen ikke var utpreget seksualisert, men påpekte på den annen side makt- og aldersforskjeller: C var en godt voksen mann og representant for en stor kunde, mens A var langt yngre og eneste kvinne på arbeidsplassen. Hendelsen ved pauserommet var det ingen tvil om at innebar seksuell oppmerksomhet rettet mot A. Hennes reaksjon på den forutgående rygg-episoden viste etter rettens syn at C da var gjort klar over at slik oppmerksomhet fra ham var uønsket.

Ved den samlede vurderingen av om oppmerksomheten fra C var «plagsom», og terskelen overskredet, ble det lagt vekt på As subjektive opplevelse og de negative konsekvensene dette hadde fått for henne. Flere av de samme forholdene som ved vurderingen av grunnvilkårene ble i tillegg trukket inn. Høyesterett pekte blant annet på at A befant seg i en sårbar posisjon og at relasjonen til C hadde visse innslag av maktforskjeller.

Også B ble ansett å ha utøvet seksuell trakassering i strid med forbudet. B hadde ikke bestridt at oppmerksomheten han rettet mot A var uønsket og plagsom. Men det var anført at oppmerksomheten ikke var seksuelt betont eller av seksuell karakter, samt at butikk-episoden isolert sett ikke var tilstrekkelig alvorlig. Høyesterett fant at gjentakende og unødvendig berøring av midjen etter å ha fått klar beskjed om å slutte, var tilstrekkelig seksuelt betont. Klappet på baken i butikken ble også ansett som en handling av klar seksuell karakter. Det ble imidlertid føyd til at handlingene lå i «nedre sjikt» for å utgjøre seksuell oppmerksomhet.

Hjemmelen for kravene om oppreisning var likestillingsloven 2013 § 28. I «ansettelsesforhold» gjelder ansvaret uavhengig av arbeidsgivers skyld, mens ansvar for øvrig er betinget av om vedkommende kan bebreides, altså alminnelig uaktsomhet. Høyesterett fant det ikke tvilsomt at kravet var oppfylt for begge del, og nøyde seg med å vise til vurderingen av at adferden falt inn under forbudet.

Høyesterett fastsatte ingen generell norm for utmålingen. I forarbeidene er det forutsatt at oppreisning «i arbeidsforhold» vil ligge mellom kr. 20 000 og kr. 80 000, men dette ble ikke ansett å legge direkte føringer i saken. For C ble oppreisningen satt til kr. 15 000, særlig i lys av at forholdet lå ned mot grensen for hva som rammes. For B ble oppreisningen satt til kr. 20 000. Det ble lagt vekt på at Bs handlinger pågikk over lengre tid og med større intensitet, samt at alvorlighets-

graden ble skjerpet av at han gjentatte ganger fikk beskjed om at adferden var uønsket.

Dommen er grundig og gir tydelig veiledning for hva som er forbudt seksuell trakassering. Av særlig betydning er klargjøringen av at adferd som ikke er klart seksualisert, som overdreven oppmerksomhet, berøring og kiling, kan rammes. Man må videre merke seg at det å forlate en situasjon kan være en tilstrekkelig markering av at oppmerksomheten er uønsket. For mange kan det være lettere enn å si fra. I tillegg er betoningen av maktforskjeller og sårbare posisjoner etter mitt syn svært viktig. Mediedekningen av #MeToo har avdekket flere eksempler på lav bevissthet rundt roller og makt. Dommen innebærer at den enkelte selv har et ansvar for å være seg bevisst sin makt og posisjon i relasjon til andre.

Samtidig illustrerer dommen hvordan vurderingene av om forbudet er overtrådt blir svært konkrete. Man kan stille seg kritisk til Høyesteretts tilbakeholdenhet i vurdering av rygg-episoden. Bør ikke en alminnelig aktsom mann forstå at berøring bakfra på bar hud på en nokså intim del av kroppen, når kvinnen er i en arbeidssituasjon og vesentlig yngre, vil være uønsket?

Føringene i dommen vil antakelig få stor praktisk betydning. Som en følge av #MeToo fikk Diskrimineringsnemnda fra 1.1.2020 kompetanse til å behandle saker om seksuell trakassering. Det gjør det adskillig enklere å forfølge slike saker rettslig. Diskrimineringsnemnda hadde allerede, fra 1.1.2018, fått kompetanse til å treffe vedtak om oppreisning ved diskriminering «i arbeidsforhold» og vedtak om erstatning i saker der innklagede kun gjør gjeldende manglende betalingsevne eller andre klart uholdbare innsigelser, jf. diskrimineringsombudsloven § 12. Denne kompetansen gjelder nå også i saker om seksuell trakassering.

Selv om saken gjaldt hendelser på arbeidsplassen, gjaldt dommen ikke trakassering «i arbeidsforhold» i diskrimineringsreglens forstand. Som nevnt ovenfor ble B og C ikke vurdert etter det objektive ansvaret for erstatning og oppreisning ved trakassering «i ansettelsesforhold», men ut fra uaktsomhetsnormen «på andre samfunnsområder» etter likestillingsloven 2013 § 28. Samtidig tyder dommen på at et krav om uaktsomhet har liten selvstendig betydning for den som selv har overtrådt forbudet. Både grunnvilkårene og terskelen rommer vurderinger av hva den som utøver oppmerksomheten må eller bør forstå.

Ved lagmannsrettens behandling ble det lagt til grunn at heller ikke bedriften som As arbeidsgiver hadde et objektivt ansvar for trakasseringen. Det objektive ansvaret «i ansettelsesforhold» ble kun ansett å omfatte handlinger begått av personer som kan identifiseres med arbeidsgiveren eller opptre på dennes vegne. For øvrig er ansvaret betinget av om arbeidsgiver kan bebreides, enten det gjelder handlinger fra andre arbeidstakere, kunder eller andre. Avgrensningen av arbeidsgivers ansvar fremgår noe tydeligere i dagens likestillings- og diskrimineringslov § 38.

Det er grunn til å tro at seksuell trakassering fra kollegaer og kunder er mer utbredt enn fra personer i ledelsen i en bedrift. Den praktiske hovedregelen vil derfor være at det kreves uaktsomhet for å stille arbeidsgiver til ansvar for trakassering på arbeidsplassen. Arbeidsgiver har imidlertid en særskilt plikt til å forebygge og søke å hindre at det forekommer seksuell trakassering «innenfor sitt ansvarsområde», jf. i dag likestillings- og diskrimineringsloven § 13 siste ledd. I tillegg kommer arbeidsgivers plikter etter arbeidsmiljøloven kapittel 4 til å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Når lagmannsretten fant bedriften erstatningsansvarlig, var det særlig begrunnet med at daglig leder hadde opptrådt «klart kritikkverdig og uaktsomt» ved ikke å overholde disse pliktene. Når de strenge kravene som stilles her sees i sammenheng med avklaringen av hva som utgjør seksuell trakassering, tydeliggjøres også *arbeidsgivers* ansvar for å forebygge seksuell trakassering på arbeidsplassen og sette en stopper for det dersom det likevel skulle skje. Dette – som ikke kan leses direkte ut av dommen – er kanskje det aller viktigste fremover.

Marianne Jenum Hotvedt

ARVERETT

Litteratur

John Asland: *Arverett 2021*. Gyldendal forlag. 768 sider

John Asland har tidligere vært medforfatter i Peter Lødrup og John Asland, *Arverett* hvor 7. utg. utkom i 2018. Den nye boken er i sin helhet en ny bok og utvidet med hele 300 sider (i forhold til Lødrup/Asland) så John Asland er nå naturlig nok eneforfatter. Boken dekker hele arveloven av 2019 og er dermed den første boken som behandler lovens del III, altså skifterettsdelen. Vi har for øvrig aldri tidligere hatt en grundig og omfattende behandling av skifteloven fra 1930 som nå er tatt inn i arveloven. I Lødrup og Asland, *Arverett* var behandlingen på 77 sider og tidligere hadde man bare Per Augdahl, *Lærebok i norsk skifterett* i flere utgaver, som var en ganske summarisk fremstilling. I Aslands nye bok er fremstillingen av skifte på nesten 300 sider og vil selvsagt være av stor praktisk betydning særlig for advokater.

Aslands nye bok er ment både som en lærebok for studenter og oppslagsverk for advokater og dommere. Forfatteren gir en spesielt grundig behandling av de bestemmelser i den nye loven som er endret fra 1972-loven. Et eksempel er pliktdelsreglene hvor sumbegrensningen er satt til 15 G og hvor testator nå kan fordele eiendeler i boet uten hensyn til livsarvingenes pliktdel. Disse endringene vil ganske sikkert ha stor praktisk betydning. Andre emner hvor det er foretatt lovendringer er kapittel 9, avtaler om arv. Både reglene

om avkall på arv og avkortning i arv er nå endret. I bokens kapittel 19 gir Asland en omfattende og viktig fremstilling av internasjonal arverett, herunder arvelaters adgang til å foreta lovvalg. Internasjonal arverett er utvilsomt et emne som i årene fremover vil ha stadig større betydning. I bokens kapittel 31 behandles et viktig emne – overgangsreglene. Særlig for advokater vil disse reglene være viktig i de neste årene. Boken avsluttes med et svært grundig og eksemplarisk stikkordregister.

Samlet er hele 2019-loven oversiktlig og grundig behandlet og boken vil ha stor betydning for alle som arbeider med arv- og skifterett.

Peter Hambro

FAST EIENDOMS RETTSFORHOLD

Kan jordskifte brukes til å skaffe tilleggstomt? – HR-2020-1910-A

HR-2020-1910-A gjaldt bruk av jordskifte for å skaffe tilleggstomt fra naboens gård for å utvide en driftsbygning. Problemet var hvordan jordskifteloven § 3-2 skulle fortolkes, som vilkår for å åpne jordskifte. Det er et vilkår for å kunne åpne jordskifte at minst én eiendom eller bruksrett i jordskifteområdet er «vanskeleg å bruke på tenleg måte etter tida og tilhøva». Det retten måtte avklare var om bonden som ønsket å forlenge driftsbygningen sin inn på naboens grunn, oppfylte vilkåret.

Høyesterett formulerte to spørsmålsstillinger i saken. Den første var om det ved vurderingen av om en eiendom er vanskelig å bruke på tjenlig måte etter tida og forholdene, kan tas hensyn til ressurser som eieren får fra *leide arealer*. Det andre spørsmålet var om det gjelder en terskel for *hvor utjenlig* eiendommen må være, før det kan åpnes jordskifte (dommens avsnitt 2).

Bonden drev med kjøttproduksjon, og hadde en driftsbygning med plass til 30 ammekyr med tilhørende ungdyr. Gården hadde i overkant av 100 dekar fulldyrket jord til fôrproduksjon, noe som var i underkant av den fôrmengden han trengte for å kunne fylle opp fjøset med dyr. I tillegg hadde bonden leid om lag 350 dekar fulldyrket jord utenfor jordskifteområdet, fordelt på tolv jordleieavtaler. Samlet ga egen jord og leiejorden fôrgrunnlag for rundt 50 ammekyr med tilhørende ungdyr, hvilket skapte behov for utvidelse av driftsbygningen.

Lagmannsretten hadde vurdert situasjonen slik, at en utvidelse mot sørvest og inn på naboens grunn var den enkleste og bygningsteknisk rimeligste løsningen for fjøsutvidelsen. Bonden kunne også utvide driftsbygningen i andre retninger, men lagmannsretten mente at «den planlagte utvidelsen mot [naboen] framstår som rasjonell, og totalt sett den beste løsning som en normalisert eier av eiendommen ville valgt», noe også Høyesterett la til grunn (dommens avsnitt 46). Spørsmålet var altså om bondens gård etter dette kunne

betraktes som «vanskeleg å bruke på tenleg måte etter tida og tilhøva».

Høyesterett fant, på bakgrunn av lovforarbeidene, at bondens egen gård var rett objekt for vurderingen; dvs. at spørsmålet om leiejorden var vanskelig for ham å utnytte på tjenlig vis, ikke ble del av vurderingen. På den annen side tilsa forarbeidene at man ved vurderingen av bondens egen eiendom, ikke kan se bort fra behov som oppstår ved at bonden har tilgang til ressurser utover egen jord, typisk fra leiejord (avsnitt 30). Høyesterett la også vekt at § 3-2 har innbygd et dynamisk element – tjenlig bruk «etter tida og tilhøva». Retten pekte på at leiejord mange steder er vanlig i landbruket, og at det i praksis er vanskelig å tenke seg et moderne landbruk som utelukkende er basert på innsatsfaktorer fra selveid jord. De faktiske konsekvenser en fortolkning som isolerte vurderingen av bondens egen eiendom fra ekstern ressurstilgang, «ville gi en for snever adgang til jordskifte» (avsnitt 34). Også reelle hensyn var altså av betydning i saken, etter Høyesterett oppfatning.

Men selv om ressurser fra leiejord var relevant for om bondens gård var «vanskeleg å bruke på tenleg måte etter tida og tilhøva», var det ikke dermed sagt at vilkårene i jordskifteloven § 3-2 var oppfylt. Neste spørsmål var om det må innfortolkes en terskel for *hvor utjenlig* eiendommen må være, før det kan åpnes jordskifte. Her fant Høyesterett at det eksisterer en viss terskel, men at den ikke er høy. Mange hensyn kan være relevante ved vurderingen, sa retten, og nabosens antydning om at terskelen først var nådd «når det ikke lenger er «regningssvarende» å nytte eiendommen som den er, er åpenbart for strengt» (avsnitt 44).

Som et moment i spørsmålet om relevansen av leiejord, hadde naboen argumentert med at det å åpne for å tillegge ressurser utenfor selve eiendommen betydning, ville bli «særlig uheldig når jordskifte etter hvert blir mer vanlig også i urbane strøk – det blir få eller ingen grenser for å igangsette jordskifte» (avsnitt 11). Men Høyesterett henviste bare argumentet videre: Det måtte «være en lovgiveroppgave å vurdere nærmere hvordan jordskifteinstituttet bør anvendes i urbane strøk» (avsnitt 34). Som et argument i terskel-spørsmålet, hadde naboen påberopt seg forholdet til ekspropriasjonsretten – uten en terskel ville man få en uklar grense mot det rettsområdet, noe som igjen ville bli «særlig uheldig når jordskifte nå ikke bare kan skje i landbruksdistrikter, men også i urbane strøk» (avsnitt 13). Også til dette sa Høyesterett at eventuelle avgrensingsproblemer er en oppgave for lovgiver å avklare, men tilføyde så: «Vernet om eiendomsretten i Grunnloven § 105 er naturligvis ikke påvirket av hvilken lovgivning som kommer til anvendelse» (avsnitt 45).

Den siste uttalelsen er et slags ekko fra HR-2019-1152-A (Kilen Syd), der det ble slått fast at ved «jordskifte er det et prinsipp at ingen skal tape, den såkalte ikke-tapsgarantien. Dette følger for så vidt allerede av at jordskifte i sin grunnleggende natur kan

beskrives som en slags ekspropriasjon mot naturalerstatning» (se Kilen Syd, avsnitt 74).

Sett i sammenheng, synes de to dommene å klare opp i to forhold:

Høyesterett vil ikke strekke seg for å skape konsistens mellom lovreglene om jordskifte – derunder jordskifte i urbane forhold – og ekspropriasjon, slike spørsmål henvises raskt til lovgiver.

Derimot viser dommene med tydelighet at hvilket lovgivningsregime som benyttes – jordskifte eller ekspropriasjon – ikke får betydning for hvordan Høyesterett vurderer eiendomsrettens grunnleggende vern som et grunnlovs- og EMK-beskyttet retts gode.

Geir Stenseth

En kommentar til klimadommen om Grunnloven § 112 og private rettsposisjoner, in casu gyldigheten av utvinningstillatelser i Barentshavet - HR-2020-2472-P

På tingsrettens og naturressursrettens område må parter individuelle eller private rettighetsposisjon av og til avklares gjennom analyse av trinnhøyere regler forankret i Grunnloven eller EMK. I klimadommen av 22/12 2020 påstod eksempelvis saksøker at 2016-tildelingene av utvinningstillatelser i Barentshavet var ugyldige. Konesjonshavers virksomhet ihht tillatelsene ville i så fall være ulovlige, gitt en omgjøring. En hovedbegrunnelse for påstanden var at tillatelsene kolliderte med saksøkers rettigheter etter Grunnloven § 112.

Høyesterett i plenum var samstemt om at Grunnloven § 112 ikke kan forstås i denne retning. Paragraf 112 er ikke en ren prinsippløser, men har et visst rettslig innhold. Samtidig kan man bare i begrenset utstrekning bygge rett direkte på § 112 i en sak for domstolene (144). Paragraf 112 er en sikkerhetsventil som kan lede til tilsidesettelse av vedtak ved grov tilsidesettelse av pliktene i tredje ledd til å utøve en miljøpolitikk i tråd med grunnsetningene i bestemmelsens første og annet ledd. Terskelen er svært høy (142).

Resultatet i saken var at saksøkers påstand ikke kunne føre fram, og dette etter en lang og god drøftelse av rettskildene knyttet til både Grunnloven og EMK. I tillegg drøftet HR om det forelå saksbehandlingsfeil, og her var det dissens (11-4) – med gyldighet som resultat. Alt i alt tapte altså saksøker, og anken ble forkastet.

Sakens mest interessante side gjelder Grl § 112 som materiell skranke for naturressursforvaltningen og som grunnlag for avledninger og utforming av private rettighetsposisjoner. Slik jeg ser det, bør alle miljøinteresserte studere og ta til etterretning denne klart og godt skrevne og begrunnede dommen – som jeg er faglig tilfreds med. Resultatet i saken var lett å forutse, også de prinsipielle tolkningsuttalelsene om § 112. Sant og si ville en dom som ga saksøker mer rett, trolig være i strid med grunnlovgivers vilje. Satt på spissen ser jeg slik på dette:

Lovgiverviljen er en meget sentral premis for å avklare hvilke regler som følger av lover, også Grunnloven. Lesning av lovforarbeider og forståelsen av lovforhistorien er da essensielle hjelpemidler.

Denne klimasaken berodde på en tolkning av § 112, men ordlyden i § 112 var ment å videreføre de konstitusjonelle reglene om miljø vedtatt på 1990-tallet, uttrykt i § 110b, se følgende grunnlovsgiverutsagn, av det såkalte Lønningutvalget:

«Ingen av forslagene innebærer at dagens materielle rettsstilstand endres» (se Dokument 16 (2001-2012) s. 255 sp. 2, under overskrift om økonomiske og administrative konsekvenser).

Lønningutvalget, som ordet § 112, fant altså aldri fram til et kompromiss mellom utvalgsmedlemmer som Carl I. Hagen og Pål W. Lorentzen, som kunne gi uttrykk for en endret grunnlovgivervilje, sammenlignet med det Einar Førde, assistert av Inge Lorange Backer, fant fram til i 1992, da Stortinget behandlet § 110b. Sistnevnte bestemmelse var klart ment å unngå overføring av makt og kompetanse fra Stortinget til domstolene. Det var en klar grenseoppgang mot en vidløftig rettsliggjøring som hadde vært markedsført av Eva Funder Fleischer på 1970- og 1980-tallet, se særlig Innst. S nr 163 (1991-92) s. 2 spalte 1.

Da Lønningutvalgets forslag til § 112 ble diskutert i Stortinget, ble det likevel uttrykt synspunkter, bl. a. av Michael Tetschner, som miljøbevegelsen senere har anført til støtte for sitt syn i klimasaken.

Et springende punkt er da om forhistorien til § 110b fra perioden 1970-1992, eller formuleringer om § 112 i forarbeidene på 2000-tallet, er det mest sentrale for å avdekke en «grunnlovgivervilje» bak vår konstitusjonelle miljøbestemmelse. Slik jeg ser det, er de førstnevnte forarbeidene til § 110b langt viktigere i dette enn det som nominelt fremstår som forarbeidene til § 112. Disse siste er jo på bakgrunn av ovenstående nærmest å anse som «etterarbeider», og som faglig må anses å få mindre betydning.

Mot denne bakgrunn mener jeg at anken i klimasøksmålet klart verken kunne eller burde ført fram. Det ville kunne hatt store konsekvenser og ville således stått i eklatant motstrid med Lønningutvalgets siterte merknad til grunnlovsforslagenes økonomiske og administrative konsekvenser.

Heller ikke etter en friere miljøpolitisk vurdering mener jeg dette søksmålet var velgrunnet. Det passer inn i mønsteret av en stor mengde saksanlegg for domstolene over hele verden, for å løse klimakrisen.

Slike saksanlegg kan muligens være en god strategi for å få oppmerksomhet, men optimal virkemiddelbruk i klimapolitikken er det ikke.

Et stabilt klima er et globalt kollektivt gode som bør tilstrebes ved miljøpolitisk motivert karbonprising, dvs samfunnsøkonomisk designede systemer for skatter, avgifter og utslippskvoter. Både EU og Norge er her på rett spor, og Parisavtalens «fromme ambisjoner» kan lettere nås hvis verden for øvrig følger etter.

Når våre politikere nå gjør så vidt mye lurt i klimapolitikken i form av kostnadseffektiv virkemiddelbruk, ville det være helt galt om domstolene skulle utforme og håndheve klimapolitisk motiverte rettigheter og plikter istedenfor.

Endre Stavang

Kort merknad til HR-2020-2186-A (Stryken gård)

Saken gjaldt fastlegging av positiv servituttrådighet (jf servituttlova § 2), samt om det er hjemmel i servituttlova § 2 til å treffe nærmere bestemmelse om utøvelse av servitutten.

Den aktuelle servitutten var Løvenskiolds rett til å kjøre landbruksmaskiner, skogsmaskiner og lastebil/tømmerbil, og rett til utkjøring av tømmer over gnr. 82 bnr. 1 Lunner kommune (Stryken gård).

Lagmannsretten hadde bestemt at servitutten ikke kunne brukes i sommerhalvåret uten forutgående asfaltering av vei, samt heller ikke på kveld og natt. HR opphevet lagmannsrettens nærmere regulering av servituttrådigheten, men bekreftet at servituttlova § 2 gir hjemmel til å treffe nærmere bestemmelse om utøvelse av servitutten.

Det som var selve rettsanvendelsesfeilen i lagmannsrettsdommen, hvis jeg kan tillate meg litt rettsøkonomisk parafrasering, var at retten ikke hadde foretatt en eksplisitt og transparent kost-nytte-preget interesseavveining, der spesielt Løvenskiolds forebyggelseskostnader (dvs. ulempen for ham ved å innrette seg etter de stipulerte servituttbegrensningene) ble estimert og målt opp mot reduksjonen i skade eller ulempe for Stryken gård som derved kunne oppnås, se (56) til (58):

«(56) Som jeg tidligere har vært inne på, kan imidlertid tålegrensen ikke fastlegges bare ved å se på situasjonen for den tjenende eiendom. Det skal foretas en interesseavveining, hvor ulempene for Skogheim må avveies mot Løvenskiolds behov for å utnytte veiretten til industriell skogsdrift. Denne interesseavveiningen har lagmannsretten ikke foretatt.

(57) Lagmannsretten behandler heller ikke konsekvensene for Løvenskiold av de fastsatte begrensningene, og det er derfor ikke foretatt noen konkret avveining av partenes motstridende interesser og behov i relasjon til dette.

(58) De mangler jeg har påpekt, er etter mitt syn en rettsanvendelsesfeil. (...)»

Etter Høyesteretts vurdering skal en slik rettsøkonomisk vurdering foretas etter urimelighetskriteriet på overskridelse av de tingsrettslige tålegrenser, ikke bare etter unødighetskriteriet, som på linje med den alminnelige culpanorm i privatretten klart nok etablerer plikt til kostnadseffektive forebyggelsestiltak.

Som nevnt tok HR også stilling til om det er hjemmel i servituttlova § 2 til å treffe nærmere bestemmelse om utøvelse av servitutten – og besvarte spørsmålet bekreftende. Om det generelt er adgang etter § 2 til å pålegge en servitutthaver tiltak, tok ikke HR stilling

til. Men når det gjelder «beskjedne tiltak uten større kostnad» mente HR at § 2 i prinsippet hjemler retteplikt i form av pålegg om slike tiltak, avsnitt (74)

Denne interessante dommen, som jeg er positiv til, fremstår som en viktig påminnelse om betydningen av det rettsøkonomiske moment i fast eiendoms tingsrett.

Endre Stavang

FORBRUKERRETT

Krav på erstatning ved forsinket flyvning - HR-2020-2401-A

Saken gjelder krav på standarderstatning ved en forsinket flyvning og reiser spørsmål om slike krav kan falle bort etter ulovfestede regler om reklamasjon.

En forbruker reiste i august 2016 fra Bangkok via Helsinki til Oslo med det finske flyselskapet Finnair, og ankom noe over tre timer etter opprinnelig ankomststidspunkt. Forbrukeren fremmet krav om erstatning overfor flyselskapet 12. november 2016. Grunnlaget for kravet var forordning (EF) nr. 261/2004 (flypassasjerforordningen), som gir flypassasjerer rett til en standardkompensasjon på 600 euro ved forsinkelse på mer enn tre timer. Forordningen er gjennomført i norsk rett i forskrift 17. februar 2005 nr. 141.

Partene var enige om at vilkårene i flypassasjerforordningen for standarderstatning var oppfylt, men Finnair gjorde gjeldende at retten til slik erstatning hadde falt bort fordi forbrukeren ikke hadde reklamert innen rimelig tid. Flypassasjerforordningen oppstiller ingen krav til reklamasjon, og Høyesterett kom til at det heller ikke kunne oppstilles en slik plikt på ulovfestet grunnlag. Forbrukeren fikk dermed medhold i sitt krav.

Dommen er prinsipielt viktig, særlig fordi transportklagenemnda i sin praksis har bygget på at det gjelder en reklamasjonsfrist som normalt er to måneder ved krav etter forsinkelse med fly, se avgjørelse med saksnummer 2019-00145. Nemnda må dermed endre sin praksis.

Finnair hadde vist til at pakkereiseloven og håndverkertjenesteloven har regler som oppstiller krav til reklamasjon fra realkreditor, og at man med utgangspunkt i disse kunne slutte at det gjelder en generell ulovfestet regel om reklamasjon. Høyesterett viser til at reglene som gjelder for avtaler om pakkereiser og avtaler om håndverkertjenester, har liten overføringsverdi til avtaler om flyreiser fordi de hensyn som gjør seg gjeldende, er forskjellig, se avsnitt 49 og 50. Hva gjelder mangler ved pakkereiser, er dette noe som arrangøren kan rette opp i underveis ved rask reklamasjon fra kunden, og ved håndverkertjenester vil håndverkeren i mange tilfeller ikke ha grunn til å vente at en forsinkelse vil medføre noe krav fra kunden.

Høyesterett peker videre på at verken den rent nasjonale eller den EØS-baserte kontraktslovgivningen

tegner et entydig bilde av hvorvidt det oppstilles en reklamasjons- eller varslingsfrist eller ikke. Verken kjøpsloven eller forbrukerkjøpsloven oppstiller en plikt til å reklamere for krav om erstatning på grunn av forsinkelse. Heller ikke forordning (EF) nr. 1371/2007 (jernbanepassasjerforordningen) og forordning (EF) nr. 261/2004 (flypassasjerforordningen) oppstiller regler om reklamasjon. Derimot oppstiller Forordning (EU) nr. 181/2011 (busspassasjerforordningen) artikkel 27 en klagefrist på tre måneder og forordning (EU) nr. 1177/2010 (båtpassasjerforordningen) artikkel 24 har en klagefrist på to måneder.

Høyesterett uttaler på denne bakgrunn i avsnitt 52 at «man utenfor de lovregulerte områdene må løse spørsmålet om reklamasjonsplikt ut fra de hensyn som knytter seg til det enkelte typetilfelle». Det understrekes videre i avsnitt 53 at når «det gjelder partsforholdene, minner jeg om at et sentralt formål med flypassasjerforordningen er forbrukervern. Dette taler generelt for tilbakeholdenhet med å oppstille krav til reklamasjon i vår sammenheng.»

Høyesterett slår altså fast at det ikke gjelder en generell ulovfestet regel om plikt til reklamasjon for erstatningskrav ved forsinkelse, men at spørsmål om reklamasjonsplikt på ulovfestet grunnlag må vurderes konkret i lys av de hensyn som gjør seg gjeldende i den aktuelle avtaletypen. I forbrukeravtaler gir Høyesterett et klart signal om at det skal mye til før man kan oppstille en reklamasjonsplikt på ulovfestet grunnlag. Dette må ha overføringsverdi mer generelt for spørsmål om å oppstille ulovfestede regler til forbrukerens ugunst i forbrukerkontrakter – særlig når disse er regulert i felleseuropeiske regler.

Høyesterett går deretter over til å vurdere konkret om det i denne avtaletypen er grunn til å oppstille krav til reklamasjon. I avsnitt 54 vises det generelt til at regler om reklamasjon er begrunnet i innrettelseshensyn (avviklingshensyn), bevissikringshensyn og spekulasjonshensyn. Høyesterett finner at ingen av disse hensynene taler for en reklamasjonsplikt for krav om standarderstatning ved forsinkelse med fly. Høyesterett uttaler blant annet:

«Innrettelseshensynet står etter min mening relativt svakt når det gjelder flyselskapenes plikt til å betale standarderstatning. Normalt vil selskapene være kjent med de forsinkelser som utløser ansvar, og hvilke passasjerer som er rammet. De kan følgelig kalkulere kravene og gjøre avsetninger for å dekke dem. Hvis krav bortfaller på grunn av passivitet fra passasjerenes side, kan det følgelig hevdes å representere en tilfeldig besparelse for flyselskapene.»

Utsagnet er særlig interessant i lys av at transportklagenemnda har tillagt nettopp dette hensynet vesentlig vekt når den har oppstilt plikt til reklamasjon på ulovfestet grunnlag. Nemndas flertall uttaler at nettopp innrettelseshensynet må

«tillegges stor vekt. Flyselskapene har i mange saker behov for å vite hvilke passasjerer som vil gjøre gjeldende krav forholdsvis raskt. Vi er på et område der totalkravene potensielt kan utgjøre store summer, og alle - særlig forbrukerne - er tjent med at flyselskapene er i stand til å håndtere disse kravene.»

Nemnda legger med dette til grunn en relativt spesiell forståelse av forbrukervernhensyn når det at forbrukernes krav faller bort, påstås å være noe forbrukerne er tjent med. En slik innfallsvinkel til forbrukervern kan ikke opprettholdes etter Høyesteretts avgjørelse. Fra et metodisk perspektiv er det for øvrig verdt å merke seg at Høyesterett overhodet ikke nevner transportklagenemndas praksis i sin argumentasjon. Praksisen tillegges altså ingen vekt.

I avsnitt 58 understreker Høyesterett at en reklamasjonsplikt er et utslag av en *gjensidig* lojalitetsplikt i kontraktsforhold. Høyesterett peker på at det høye antallet sent fremsatte krav må skyldes at ordningen med standardkompensasjon er lite kjent, og antyder at dette skyldes at flyselskapene ikke i tilstrekkelig grad opplyser forbrukerne om sine rettigheter. I en slik situasjon «fremstår det ikke som urimelig at flyselskapene må leve med de ulemper det medfører for dem at krav blir fremsatt sent». I avsnitt 62 peker Høyesterett spesifikt på at flyselskapene «for eksempel [kunne] sende elektronisk beskjed til passasjerer som må antas å være berettiget til standarderstatning, med en enkel beskjed om at de kan ha et krav og en lenke til et nettsted der kan meldes». Vi ser på denne måten hvordan den profesjonelle partens plikt til informasjon og veiledning påvirker hva man kan forvente av forbrukeren. Dette må ha overføringsverdi også for andre krav og avtale typer.

Finnair hadde også vist til en dom fra Högsta domstolen, som konkluderte med at det i svensk rett kan oppstilles en ulovfestet regel om reklamasjon. Høyesterett viser i avsnitt 61 til at selv om «hensynet til nordisk rettsenhet kan ha en viss vekt», er det «innen EU-retten ... særlig rettsenhet innenfor det samlede EU- og EØS-området som er viktig, og det er – med unntak for Sverige – ikke påvist at det i andre land er oppstilt noen reklamasjonsfrist for slike krav som vår sak gjelder».

Høyesterett tar i denne dommen den europeiske forbrukervernlovgivningen på alvor. Den er et tydelig signal til transportklagenemnda, men også andre forbrukernemnder, om å gjøre det samme.

Marte Eidsand Kjørven

FORSIKRINGSRETT

Krav om revisjon av oppgjør - HR-2020-2332-A

Saken gjaldt krav om revisjon av oppgjør under en yrkesskadeforsikring etter avtaleloven § 36 pga. øk-

ning i den ervervsmessige uførheten oppgjøret bygget på. Yrkesskadeforsikring har egne regler om etteroppgjør i forskrift 21. desember 1990 nr. 1027 om standardisert erstatning etter lov om yrkesskadeforsikring (yrkesskadeforskriften) § 5-1:

«Er erstatningen fastsatt etter § 2-2, kap. 3 eller kap. 4 og skadelidtes ervervsmessige uføregrad eller medisinske invaliditet som følge av ulykken endrer seg vesentlig, kan skadelidte kreve etteroppgjør. Krav om etteroppgjør må framsettes innen fem år etter at oppgjøret var avsluttet. Ved etteroppgjør etter kap. 3 og kap. 4 beregnes først differansen mellom erstatningen skadelidte fikk ved oppgjøret og den erstatningen skadelidte ville ha fått ved oppgjøret om den nye invaliditetsgraden var blitt lagt til grunn. Deretter beregnes tilleggserstatningen på grunnlag av G på det nye oppgjørstidspunktet.»

Spørsmålet var derfor om disse reglene er uttømmende, eller om de kan suppleres av avtaleloven § 36.

Skadelidte A arbeidet i heltidsstilling som laboratorieleder ved X. A fikk 13. august 2001 kokende vann over begge bena og høyre hånd som følge av en feil ved en autoklav (trykkoker). Ulykken førte til alvorlige brannskader, og i juni 2005 innvilget Nav en tidsbegrenset uførepensjon beregnet ut fra en ervervsmessig uføregrad på 60 prosent. A var dekket under yrkesskadeforsikring i Gjensidige Forsikring ASA (G), og skaden ble meldt til forsikringsselskapet. G tilbød i september 2005 A en standard yrkesskadeerstatning basert på 60 prosent ervervsuførhet, samt dekning av visse skaderelaterte utgifter. Erstatning for tap i fremtidig erverv utgjorde 801 227 kroner og ble akseptert av A. A arbeidet deretter i 40 prosent stilling i X, frem til hun ble sykmeldt i januar 2015 på grunn av psykiske helseplager og økte smerter. Hun fikk innvilget full uføretrygd av Nav i november 2016. Årsakssammenhengen mellom yrkesskaden og uførheten er ikke omtvistet.

A fremmet i januar 2017 krav om revisjon av erstatningsoppgjøret. G avviste kravet og viste til at fristen for å kreve etteroppgjør etter yrkesskadeforskriften § 5-1 var utløpt. A krevde deretter revisjon i medhold av avtaleloven § 36. Også dette ble avvist av G. A gikk til sak, og fikk medhold om revisjon av avtalen i tingretten, men tapte i lagmannsretten og i Høyesterett.

Høyesterett innledet med å peke på at etterfølgende forverring i skadelidtes helse kunne føre til etteroppgjør etter avtale, i henhold til generelle rettsregler (avsnitt 20-22) eller etter særlige regler for etteroppgjør for yrkesskade i yrkesskadeforskriften § 5-1 dersom skadelidtes ervervsmessige uføregrad eller medisinske invaliditet blir vesentlig forverret. Et krav om etteroppgjør etter denne bestemmelsen må fremsettes innen fem år etter at oppgjøret var avsluttet (avsnitt 23).

Høyesterett gjennomgikk deretter avtaleloven § 36 anvendt på revisjon av erstatningsoppgjør for person-

skade. Avtaleloven § 36 sier at en avtale kan «helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig ... å gjøre den gjeldende». Ved avgjørelsen skal det tas hensyn til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved inngåelsen, samt «senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig», jf. andre ledd. Bestemmelsen suppleres av læren om bristende forutsetninger, jf. Rt-2010-1345 avsnitt 61 (avsnitt 25). I Rt-2013-769 var spørsmålet om bestemmelsen kunne supplere skl. § 3-8 om etteroppgjør ved forverret helse i saker hvor etteroppgjøret gjaldt redusert ervervsevne. Høyesterett besvarte spørsmålet med ja såfremt følgende kriterier var tilfredsstillt:

1. Det må foreligge en vesentlig endring av ervervsevnen til ugunst for skadelidte,
2. endringen må ligge utenfor det partene regnet med ved avtaleinngåelsen, og
3. den inngåtte avtalen må i ettertid fremstå som urimelig og ubalansert (avsnitt 26).

I HR-2019-1153-A presiserte Høyesterett at det kan være grunnlag for avtalerevisjon etter en helhetlig vurdering selv om ikke alle de tre vilkårene gjengitt ovenfor, er oppfylt. Høyesterett presiserte i herværende sak avsnitt 28 at det var en sentral premiss i de to refererte avgjørelsene at avtalerevisjon var begrunnet i forhold som falt utenfor virkeområdet for skaderstatningsloven § 3-8.

Høyesterett pekte videre på at betydningen av avtalel. § 36 ved revisjon av erstatningsoppgjør var drøftet i både NOU 1994: 20 Personskadeerstatning og NOU 2011: 16 om standardisert personskadeerstatning, (avsnitt 29-34), og konkluderte etter en gjennomgang i avsnitt 35 med at begge utvalgene «synes ut fra dette å ha lagt til grunn at en generell bestemmelse om erstatningsrettslig etteroppgjør ikke skulle suppleres av avtaleloven § 36» og at «utvalgenes synspunkter om samordningsspørsmålet» var av interesse for saken her.

I avsnitt 36 flg. drøftet Høyesterett forholdet mellom avtalel. § 36 og yrkesskadeforskriften § 5-1. Ved yrkesskade utmåles erstatningen etter standardiserte regler i yrkesskadeforskriften. Forskriften bygger på en utvalgsrapport som er inntatt som vedlegg I til NOU 1994: 20 Personskadeerstatning (avsnitt 37). Ifølge rapporten foreslo utvalget standardiserte regler for å sikre et raskt, rimelig og effektivt oppgjør, samt likebehandling. Et viktig hensyn var dessuten å unngå over- eller underkompensasjon. Utvalget mente videre det var nødvendig med en regel om etteroppgjør for de tilfellene der skaden forverret seg fordi de standardiserte satsene ikke tok hensyn til risiko for videre utvikling av skaden. Utvalget pekte på at det etter alminnelig erstatningsrett er adgang til å ta hensyn til faren for at en skade skal forverre seg, men samtidig bare en meget beskjeden adgang til å fremme nye krav etter et avsluttet erstatningsoppgjør (avsnitt 38).

Høyesterett pekte deretter på at ordlyden i yrkesskadeforskriften § 5-1 gir adgang til revisjon av det

opprinnelige erstatningsoppgjøret ved vesentlige endringer både i ervervsmessig uføregrad og i medisinsk invaliditet. Eventuelle subjektive forutsetninger er uten betydning ved revisjon etter forskriften, og det stilles ikke krav om at avtalen er blitt urimelig. Utvalget anslo at vesentlighetskravet kunne være oppfylt ved en endring av ervervuførheten på 20 prosent (avsnitt 40). Fristen for å kreve etteroppgjør etter bestemmelsen er fem år etter at oppgjøret var avsluttet. Høyesterett refererte til begrunnelsen for fristen som angitt i NOU 1994: 20 vedlegg I s. 182 (avsnitt 41):

«Jo lenger tid som går, jo vanskeligere er det å fastslå hva som er årsaken til en forverring. Utvalget foreslår derfor at krav om etteroppgjør må fremsettes innen fem år etter at det første oppgjøret var avsluttet, se første ledd annet punktum. Utgangspunktet for fristen er satt til det tidspunkt da skadelidte faktisk fikk utbetalt erstatningen. En slik frist kan virke hard. På den annen side vurderer utvalget det slik at det er nødvendig med en regel som avskjærer etteroppgjør i det uendelige. Ved vurdering av fristens lengde, må man ta hensyn til at den først begynner å løpe når det første oppgjøret er avsluttet. Er det en noe mer komplisert skade eller sykdom, vil det ofte ha tatt lang tid å få fastsatt uføregrad og gjennomført det første oppgjøret. Videre er utvalgets erfaring at de fleste forverringer som skyldes tidligere skade eller sykdom inntrer i løpet av to til tre år etter oppgjøret. Utvalget vil også nevne at adgangen til etteroppgjør etter gjeldende rett er betydelig strengere enn etter utvalgets forslag.»

Høyesterett utlegger dette slik at «[b]estemmelsen tar sikte på å balansere skadelidtes mulighet for å kreve revisjon etter en lavere terskel mot en endelig frist for å kreve etteroppgjør. Løsningen gir i de fleste tilfeller skadelidte en større mulighet for revisjon enn tidligere, og legger til rette for et raskt og effektivt etteroppgjør. Ordningen er samtidig kostnadseffektiv, fordi man unngår tvister som kunne oppstått lang tid etter ulykken. Bestemmelsen synes ikke å åpne for at avtaleloven § 36 kan anvendes som et alternativ til § 5-1 der femårsfristen er utløpt» (avsnitt 42). Også andre rettskilder støttet at § 5-1 ikke kunne suppleres med avtalel. § 36 (avsnitt 43-44).

A hadde anført at en kort og absolutt frist for å kreve etteroppgjør kan føre til at en skadelidt ikke vil forsøke å stå i jobb over tid, men søke uføretrygd tidlig. A viste til at en skadelidt under visse omstendigheter kan motta sykepenger og arbeidsavklaringspenger for en periode som samlet kan overstige fem år (avsnitt 45). Høyesterett viste her til at dette hensynet var en del av begrunnelsen for hvorfor utvalget som arbeidet med forskriften, foreslo en regel om etteroppgjør, hvor et sentralt hensyn nettopp var at en skadelidt skal kunne forsøke seg i arbeid noen år uten å tape erstatningsrettslig. Fristen etter § 5-1 først løp dessuten fra det tidspunkt oppgjøret avsluttes fordi det kunne påregnes to år mellom konstateringstidspunktet og oppgjørstidspunktet.

Den samlede tiden fra skadetidspunktet til utløpet av revisjonsfristen burde dermed være tilstrekkelig til at skaden og de ervervsmessige konsekvensene av denne hadde stabilisert seg (avsnitt 46). I den aktuelle saken inntrådte skaden i 2001, oppgjøret skjedde i 2005, og fristen for å kreve etteroppgjør etter § 5-1 gikk ut i 2010, det vil si ni år etter skadetidspunktet. As atypiske skadeutvikling innebar imidlertid at kravet først ble fremsatt cirka 15 og et halvt år etter ulykken (47).

Høyesteretts dom fremstår etter min mening som korrekt og med god støtte i rettskildene, særlig forarbeider og reelle hensyn. Et annet resultat ville medføre stor grad av rettslig usikkerhet i situasjoner som forskriften tar sikte på å regulere med klare vilkår. En slik regel er til ulempe for skadelidte i As situasjon med en atypisk skadeutvikling som varer mer enn 5 år pluss den tiden erstatningsoppgjøret tar, men er på den annen side en fordel for alle som har et mer normalisert skadeforløp. Systemet med standardisert yrkesskadeforsikring bygger nettopp på standardiserte løsninger for å oppnå forenkling fremfor å oppnå rimelige løsninger i enhver situasjon. Slik rettskildebildet er presentert fremstår det muligens som overraskende at saken slapp inn for Høyesterett, men resultatet er det etter min oppfatning ingenting å si på.

Trine-Lise Wilhelmsen

IMMATERIALRETT

Varemerkerett

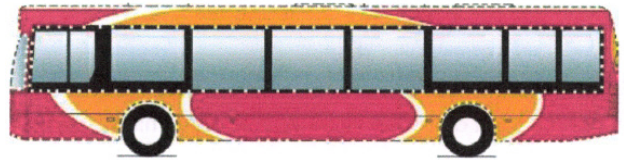
EU-domstolens avgjørelse i sak C-456/19

Hjulene på bussen går som kjent rundt og rundt gjennom hele byen, men spørsmålet om når kjennetegn brukt på bussen kan få varemerkebeskyttelse, det har kommet seg helt til Luxembourg, og blitt behandlet av EU-domstolen i sak C-456/19. For at et merke skal kunne få varemerkebeskyttelse, må merket ha særpreg. Det har merket blant annet dersom det er egnet til å skille en tilbyders varer eller tjenester, fra en annens. I avgjørelsen vi skal se på her, har EU-domstolen vurdert hvordan særpregsvurderingen skal gjennomføres der det søkte merket brukes på en fysisk gjenstand som utfører tjenesten merket er søkt beskyttelse for. Merket i denne saken var søkt vern for transporttjenester, og merket ble brukt på busser og tog.

Kravet om særpreg finner vi igjen som registreringsvilkår i varemerkeloven § 14 også. Denne bestemmelsen er utformet i samsvar med varemerkedirektivet, og når innholdet i vilkåret om særpreg skal fastlegges etter norsk rett, vil avgjørelser fra EU-domstolen være en sentral rettskilde, jf. HR-2016-2239-A avsnitt 31.

Det svenske transportselskapet, Aktiebolaget Östgötatrafiken, hadde tidligere fått varemerkebeskyttet en rekke figurmerker med ellipseformede figurer i variasjoner av oransje og rødt for transporttjenester.

Transportselskapet har brukt dette merket på sine busser og tog i den forstand at kjøretøyene er *svøpt* i merket, antakelig med en slags folie. Nå ønsket selskapet å få beskyttelse for merket slik det fremgår på selskapets transportkjøretøy – busser og tog. Merket som ble søkt registrert ser slik ut:



Det fremgikk av søknaden at den gjaldt «[f]ärgsättning av fordon i färgerna röd, vit och orange så som visas », og det ble presisert at søknaden ikke gjaldt kjøretøyenes form, eller kjøretøyenes sorte og grå overflater.

Patent- og registreringsverket, tilsvarende det norske Patentstyret, nektet merket registrert. Nektelsen ble begrunnet med at det søkte merket bare hadde dekorativ karakter, og etter Patent- og registreringsverkets syn, ville ikke det søkte merket bli oppfattet som et varemerke.

Avgjørelsen ble anket til Patent- og marknadsdomstolen, som ga Patent- og registreringsverket medhold, og opprettholdt nektelsen. Som vi skal se, trådte retten – i følge EU-domstolen – *feil* da de tolket inn et krav om at fargene og formene på det søkte merket måtte *skille seg vesentlig* fra hvordan andre selskaper i samme bransje dekorerte sine kjøretøy, for at kravet om særpreg skulle være oppfylt. Transportselskapet anket avgjørelsen inn for Svea hovrätt, Patent- og marknadsöverdomstolen.

Svea hovrätt fant saken tvilsom, og gikk til EU-domstolen for å få hjelp til vurderingen. Etter en gjennomgang av relevant praksis, gjengitt i saksfremleggelsen, fant Svea hovrätt at omsetningskretsens vurdering av et merkes særpreg ville være annerledes når det er snakk om tredimensjonale merker som består en vares form, enn når det er rene ord- eller figurmerker som vurderes. Dette fordi omsetningskretsen ikke var vant til at en vares form eller emballasje, ble brukt som varemerker og som angivelse av kommersiell opprinnelse.

I nærværende sak var det imidlertid ikke en vares form som var søkt beskyttet, men dekor på en gjenstand som skulle utføre tjenesten som varemerkebeskyttelsen skulle gjelde for – bussen eller toget. I den forbindelse viste Svea hovrätt til EU-domstolens avgjørelse C-421/13 – APPLE. I denne avgjørelsen kom EU-domstolen til at et utsalgssteds innretning – layout – kunne være egnet til å adskille tilbyders salgstjenester fra andre som tilbød samme type tjenester. Det avgjørende ifølge EU-domstolen i denne saken måtte være om innretningen skilte seg vesentlig fra hva som var vanlig i samme bransje.

Svea hovrätt fant imidlertid ikke presise kriterier for når denne type søkte merker kunne sies å skille seg vesentlig fra andre i samme bransje. Videre viste Svea hovrätt til at EU-domstolen, i C-421/13 – APPLE, ikke vurderte om det søkte merke var uavhengig av utseende til det fysiske objektets utseende, eller ikke.

Mot denne bakgrunn stilte Svea hovrätt følgende spørsmål til EU-domstolen:

«Must Article 4(1)(b) of [Directive 2015/2436] be interpreted as meaning that, in the case of an application for registration of a trade mark which designates services and where the application relates to a sign, placed in a particular position, which covers large areas of the physical objects used to perform the services, it must be assessed whether the mark is not independent of the appearance of the objects concerned?»

Og:

«If the first question is answered in the affirmative, is it necessary for the trade mark to depart significantly from the norm or customs of the economic sector concerned in order for the mark to be regarded as having distinctive character?»

Det første spørsmålet var altså om man i særpregsvurderingen av denne type merker må vurdere merket løsrevet fra det fysiske objektet som utfører tjenesten merket er søkt vern for, eller ikke. Det andre spørsmålet var om buss- og togdekoren måtte skille seg vesentlig fra hvordan andre transportselskaper dekorerte sine transportmidler.

På sedvanlig vis begynte EU-domstolen med å vise til at det avgjørende i særpregsvurderingen er om omsetningskretsen oppfatter merket som en angivelse av kommersiell opprinnelse, og at særpregsvurderingen må tas i lys av hvilke tjenester merket var søkt for.

Når det gjaldt det første spørsmålet, kom EU-domstolen til at når det søkte merket skal plasseres i en angitt posisjon og dekke store deler av den fysiske gjenstanden som utfører tjenesten merket er søkt beskyttelse for, må man i særpregsvurderingen se hen til hvordan omsetningskretsen oppfatter merket nettopp når det er plassert på disse gjenstandene. Særpregsvurderingen kunne altså ikke skje løsrevet fra at omsetningskretsen vil møte merket som dekor på en buss eller et tog.

Videre viste EU-domstolen til at man i særpregsvurderingen skulle se hen til alle aktuelle omstendigheter, herunder om det søkte merket var brukt på en slik måte at omsetningskretsen ville oppfatte merket som en angivelse av kommersiell opprinnelse. Dersom man skulle komme til at merket når det ble brukt på transportkjøretøyene gjør det mulig for omsetningskretsen å adskille søkerens tjenester fra andre tilbydere av transporttjenester, har merket tilstrekkelig særpreg.

Når det gjaldt det andre spørsmålet – om dekoren må skille seg vesentlig fra hvordan andre transporttjenester dekorerer sine kjøretøy – viste EU-domstolen til at dette ikke er et moment i særpregsvurderingen. Med henvisninger til relevant praksis kom EU-domstolen til at vilkåret om vesentlig adskillelse kommer

til anvendelse i to tilfeller. For det første der det søkte merket er selve utseendet på varen. Et eksempel på et slikt tilfelle var da flasken til Voss vann ble søkt registrert, sml. C-445/13 P. For det andre, kommer kriteriet også til anvendelse der det søkte merket er en gjengivelse av et utsalgssted der tjenesten utøves, slik som i nevnte sak C-421/13 – APPLE.

Det avgjørende er altså om omsetningskretsen når de ser dekoren på bussen eller på toget, oppfatter denne som en angivelse av kommersiell opprinnelse for en bestemt tilbyder. Gjør de det, er det følgelig ikke noe tilleggskrav om at dekoren må skille seg vesentlig fra dekoren som andre tilbydere bruker.

Når praksis fra EU-domstolen er en sentral rettskilde ved tolkningen av tilsvarende vilkår i den norske varemerkeloven, vil denne avgjørelsen være styrende for særpregsvurderingen som tas dersom for eksempel VY søker varemerkebeskyttelse for dekoren på sine busser og tog, eller vurderingen av om et gondolselskap skal kunne få varemerkebeskyttet dekoren på sine gondolvogner, for gondoltjenester.

Morten Smedal Nadheim

INTERNASJONAL PRIVATRETT

Vernetting for krav knyttet til konkurs – omfanget av konkursunntaket i Luganokonvensjonen. Høyesterett kjennelse HR-2020-2175-A (Alpha Insurance)

I løpet av kort tid har Høyesterett befattet seg to ganger med Luganokonvensjonens konkursunntak – forrige gang i kjennelsen HR-2017-1297-A (Bergen Bunkers), kommentert i *Nytt i privatretten* 3/17, og nå i Alpha Insurance-kjennelsen, som kommenteres her.

I førstnevnte kjennelse hadde Høyesterett tolket Luganokonvensjonens konkursunntak på en måte som vanskelig kan forenes med EU-domstolens tolkning av den parallelle bestemmelsen i Brussel I-forordningen. I mellomtiden har EU-domstolen presisert sin tolkning av konkursunntaket. Alpha Insurance-kjennelsen gjenspeiler ny EU-rettspraksis, men Bergen Bunkers-kjennelsen synes fortsatt å være for ekspansiv.

Alpha Insurance, et dansk forsikringselskap, hadde tegnet yrkesskadeforsikringspoliser i Norge. Deretter ble konkurs åpnet i Alpha Insurance i København. Før konkursåpningen hadde Alpha Insurance avslått et krav under en av polisene som var tegnet i Norge. Etter konkursåpningen anla skadelidte søksmål med krav om at forsikringselskapet var erstatningsansvarlig etter yrkesskadeforsikringsloven. Søksmålet ble anlagt i Norge med grunnlag i Luganokonvensjonens vernettingsregler for forsikringsavtaler. Alpha Insurance gjorde gjeldende at saken måtte avvises og kravet måtte meldes i konkursboet i Danmark.

Norske domstolers domsmyndighet i sivile og kommersielle saker med internasjonal karakter og der

saksøkte er bosatt i et konvensjonsland, reguleres av Luganokonvensjonen, jf. tvisteloven § 4-8. Luganokonvensjonens anvendelsesområde er angitt i artikkel 1. Det såkalte konkursunntaket er nedfelt i artikkel 1 nr. 2 bokstav b: Konvensjonen gjelder ikke «konkurs, avvikling av insolvente selskaper, foreninger og stiftelser, offentlige gjeldsforhandlinger (akkord) og liknende ordninger». Spørsmålet for Høyesterett var om konkursunntaket kom til anvendelse.

Luganokonvensjonen er parallell med Brussel I-forordningen (tidligere Brussel-konvensjonen). Etter protokoll 2 til Luganokonvensjonen bør norske domstoler ved tolkning av Luganokonvensjonen ta hensyn til rettspraksis om Brussel I-forordning. Det bør her nevnes at Brussel I-forordningen ble endret med virkning fra 2015 (forordning 1215/2012), mens Luganokonvensjonen ikke er endret tilsvarende. De bestemmelsene i forordningen som er relevante her, ble imidlertid ikke endret, derfor gjaldt parallellismen som er statuert i protokoll 2, fullt ut i denne saken. Høyesterett uttalte i Bergen Bunkers-kjennelsen avsnitt 37 at «det er sikker rett at EU-domstolens avgjørelser er en tungtveiende rettskilde» ved tolkning av Luganokonvensjonen. Alpha Insurance-kjennelsen bekrefter dette; det fremgår av avsnitt 31 at EU-domstolens avgjørelser i praksis er blitt ansett som bindende.

Konkursunntaket skal altså tolkes likt i Luganokonvensjonen og i Brussel I-forordningen. Sistnevnte skal tolkes i overensstemmelse med Insolvensforordningen (forordning 2015/848). Meningen er at Brussel I-forordningen og Insolvensforordningen skal kunne anvendes hver for seg: Den ene kommer til anvendelse når den andre ikke gjør det, og det skal aldri være tomrom eller overlapping mellom dem. I tolkning av konkursunntaket er derfor definisjonen av Insolvensforordningens anvendelsesområde sentral.

EU-domstolen uttalte i sak 133/78 (Gourdain mot Nadler), som riktignok dreide seg om fullbyrdelse av dommer, at konkursunntaket anvendes «når [sakene] direkte udspringer af konkursen og er [...] i snæver forbindelse med en sag om konkurs». Dette er blitt gjentatt flere ganger i senere saker. Avgjørende er om kravet springer ut av konkurslovgivning eller av regler på andre områder (sak C 47/18 (Riel) avsnitt 35–36, sitert i Alpha Insurance-kjennelsen avsnitt 49). Dersom kravet er hjemlet i regler som ikke utelukkende gjelder innenfor konkurs, og dersom det dermed er tenkelig at tilsvarende krav fremmes i et søksmål som ikke er konkursrelatert, er kravet ikke konkurstypisk og konkursunntaket kommer ikke til anvendelse. Dette har lenge vært uomtvistet, se for eksempel Miguel Virgós og Francisco Garcimartín, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, 2004, pkt. 5.2.4.

Faktum i Bergen Bunkers-kjennelsen kan brukes som illustrasjon. Saken ble anlagt av Bergen Bunkers' konkursbo mot en utenlandsk panthaver. Bergen Bunkers hadde gitt kreditor sikkerhet i form av pant i sine kundefordringer. To spørsmål oppstod: om kreditor

hadde gyldig pant i Bergen Bunkers' kundefordringer og derved nøyttrettsvern i konkurssammenheng, og om det eventuelle pant kunne omstøtes.

Sistnevnte spørsmål er konkurstypisk: Omstøtelse bygger på insolvensrettslige regler, derfor omfattes kravet om omstøtelse av konkursunntaket.

Førstnevnte spørsmål springer derimot ikke ut av konkursretten: En pants gyldighet kan godt prøves uten at det er åpnet konkurs. Høyesterett erkjente at spørsmålet om gyldighet ikke beror på «hva man naturlig vil kalle eksklusivt insolvensrettslige regler» (avsnitt 56). Likevel konkluderte Høyesterett med at også dette spørsmålet falt inn under konkursunntaket under henvisning til at pantets gyldighet er et sentralt spørsmål ved insolvensbehandling, jf. EU-domstolens nevnte sitat «i snæver forbindelse med en sag om konkurs». Det ville etter Høyesteretts mening være rettsmessig å skille spørsmålet om pantets gyldighet fra resten av insolvensbehandlingen. Høyesterett syntes å mene at den nære forbindelse med en konkursbehandling var et alternativt, og ikke et kumulativt, kriterium.

Testen som er utviklet i EU-rettspraksis ville ha ført til et annet resultat: Kravet var hjemlet i pantelovens regler og ikke i konkurslovgivningen, derfor var det ikke konkurstypisk og konkursunntaket burde ikke ha blitt anvendt.

Så avgjorde EU-domstolen sak C 47/18 (Riel), som tilsynelatende rokker med denne enkle testen. EU-domstolen kom til at søksmål om anerkjennelse av fordringer i et konkursbo er konkurstypiske. I slike saker er det konkursboet som er saksøkt, og søksmål gjelder anmeldelse og godkjenning av dividendefordringer i boet. Det er i og for seg ikke oppsiktsvekkende at slike saker anses konkurstypiske. Likevel kan det umiddelbart virke inkonsistent med den ovennevnte testen om hva som er kravets hjemmel. Et krav basert på konkursdebitors kontraktsbrudd eller på at konkursdebitor urettmessig har påført skade, er henholdsvis et kontraktsrettslig og et erstatningsrettslig krav. De er ikke konkurstypiske.

Likevel blir disse spørsmål til konkurstypiske når formålet ved søksmålet er godkjenning av kravet som dividendeberettiget i konkursboet. Var søksmålene blitt anlagt før konkursåpning, ville det ha dreid seg om henholdsvis et kontraktsrettslig og et deliktsrettslig søksmål. Likeså hvis søksmålene var blitt anlagt av konkursboet. I begge scenarier ville søksmålet ha hatt hjemmel i henholdsvis kontraktsretten og erstatningsretten. Bli søksmålene anlagt etter konkursåpning og mot konkursboet, er de hjemlet i konkurslovens regel om anmeldelse av fordringer.

I Alpha Insurance-kjennelsen fremhever Høyesterett, særlig i avsnitt 38 og 52 til 55, at det avgjørende kriteriet er hvorvidt konkursboet er saksøker eller saksøkt.

Etter dette er kriteriet for anvendelse av konkursunntaket fortsatt det som tradisjonelt er blitt utviklet i EU-rettspraksis, nemlig kravets rettsgrunnlag:

- Er kravet hjemlet i konkursrettsrettslige regler (for eksempel omstøtelse), er det konkurstypisk.

- Gjelder kravet anmeldelse og godkjennelse av en fordring i konkurs, er det konkurstypisk selv om det underliggende kravet mot konkursdebitor er bygget på f.eks. obligasjonsrettslig grunnlag.

Krav med tilsvarende opprinnelig rettsgrunnlag, kan følgelig være både konkurstypisk og ikke-konkurstypisk, avhengig av om boet er saksøker eller saksøkt:

- Er det boet som saksøker med krav om at pantet er ugyldig, er søksmålet hjemlet i panteloven og kravet er ikke konkurstypisk dersom EU-domstolens test anvendes (mens Bergen Bunkers-kjennelsen kom til at kravet var konkurstypisk).
- Er det kreditor som anlegger søksmål mot boet for å få anmeldt krav i konkursboet, er kravet konkurstypisk, ettersom søksmålet ikke er hjemlet i den alminnelige obligasjonsretten, men i konkursloven.

Dersom kravet er konkurstypisk, er det omfattet av konkursunntaket. Luganokonvensjonen kommer ikke til anvendelse på en sak som omfattes av konkursunntaket.

Hvordan velges vernetingsregler?

Når en sak faller inn under Brussel-forordningens konkursunntak, anvendes Insolvens-forordningen. Insolvensforordningen gjelder imidlertid ikke i Norge. Domsmyndigheten må da avgjøres etter norske vernetingsregler.

Bergen Bunkers-kjennelsen hadde i avsnitt 68 gått langt i å antyde at det i konkursunntaket kan innfortolkes en vernetingsregel til fordel for konkurslandet. Alpha Insurance-kjennelsen gir derimot i avsnitt 62 uttrykk for at «det ikke følger direkte av konkursunntaket at søksmål anlagt mellom parter hjemmehørende i konvensjonsstatene, må anlegges i konkurslandet. Etter ordlyden er virkningen av at unntaket kommer til anvendelse, begrenset til at konvensjonens regler om vernetingsregler ikke gjelder». Sistnevnte syn bør klart foretrekkes.

For saker som er knyttet til konkurs, har konkursloven § 145 en vernetingsregel som i utgangspunktet ikke gjelder internasjonal domsmyndighet, jf. Rt. 2004 s. 1018. Ved endringslov 17. juni 2016 nr. 55 ble det tilføyd et nytt punktum om at bestemmelsen i konkursloven § 145 andre ledd gjelder selv om boets motpart har alminnelig vernetingsregler i utlandet. Videre har lovendringen tilføyd vernetingsregler for grenseoverskridende insolvensbehandling. Disse regler er formet etter Insolvensforordningens mønster og er ment som en slags ensidig tilslutning til Insolvensforordningen. Dette er et viktig skritt i retning av harmonisering, selv om de viktigste virkninger, gjensidige anerkjennelse og fullbyrdelse, ikke kan oppnås uten formell tilslutning til forordningen.

Lovendringene har ennå ikke trådt i kraft, men Høyesterett synes i Alpha Insurance-kjennelsen å legge lovendringenes underliggende prinsipp til grunn, nemlig at konkurstypiske spørsmål skal avgjøres i konkurslandet.

Konkursen var åpnet i utlandet, og under henvisning til Rt. 1996 s. 25 samt Bergen Bunkers-kjennelsen kom Høyesterett til at kravet om tilstrekkelig tilknytning i tvisteloven § 4-3 ikke var innfridd. Saken måtte derfor avvises.

Høyesterett tilføyer i avsnitt 62 at «søksmål må i slike tilfeller anlegges der konkursen er åpnet». Dette følger imidlertid ikke av at søksmålet ikke har tilstrekkelig tilknytning til Norge. Utilstrekkelig tilknytning til å fremme saken i Norge er i seg selv kun grunnlag for å avvise søksmål dersom konkursboet ikke er åpnet i Norge. Høyesteretts utsagn må derfor følge av at de mener at konkursboets beliggenhet er den riktige tilknytningsfaktor – selv om den foreløpig ikke er lovfestet, ettersom endringene i konkursloven ikke ennå er trådt i kraft.

Giuditta Cordero-Moss

KONTRAKTSRETT

Entrepriserett

HR-2020-2254 Rambøll

(1) Tvisten

Statens vegvesen inngikk kontrakt med Rambøll Norge AS (Rambøll) om prosjektering og utforming av konkurransegrunnlaget i forbindelse med omlegging av riksvei 3 ved Åsta i Østerdalen. Avtalen var basert på NS 8401 «Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekteringsoppdrag».

På grunnlag av en anbudskonkurranse sluttet Statens vegvesen kontrakt med AF Gruppen Norge AS som entreprenør for anleggsarbeidene. Arbeidene startet ved påsketider 2013, og våren samme år ble det avdekket at oppgitt mengde på 1 000 kvadratmeter omkjøringsveier i konkurransegrunnlaget var for lite. I realiteten var det nødvendig med en betydelig større mengde omkjøringsveier, trolig opp mot 17 ganger det angitte arealet. Avviket ble tatt opp og drøftet på flere bygge- og sårsmøter, se mer om dette senere.

I begynnelsen av juli 2013 fremmet Statens vegvesen krav mot Rambøll for tre forskjellige prosjekteringsfeil, herunder den oppgitte mengden på 1 000 kvadratmeter. Kravene ble avslått av skadeoppgjørs-selskapet Crawford & Company (Norway) AS på vegne av Rambølls forsikrings-selskap Zürich Insurance plc, Norway Branch. Partene maktet ikke å bli enige om kravene, og tvistene ble brakt inn for domstolene.

Høyesterett besluttet å begrense ankeforhandlingen til å gjelde spørsmålet «om det er reklamert for sent, og i så fall om ankemotparten [Rambøll og forsikrings-selskapet] har mistet sin rett til å gjøre gjeldende at det er reklamert for seint», jf. tvl § 30-14 tredje ledd. Spørsmålet om det forelå en prosjekteringsfeil, ble dermed ikke vurdert av Høyesterett.

(2) Reklamasjonsspørsmålet

(2.1) Reguleringen i NS 8401

Spørsmålet om oppdragsgivers plikt til å reklamere over prosjekteringsfeil innen bestemte frister, er regulert i standardens punkt 13.4 «Reklamasjon».

Den praktiske hovedregel om reklamasjon er inntatt i bestemmelsens andre ledd. Reklamasjonsregelen er utformet i tråd med det alminnelige prinsippet om varslings av mangler i norsk kontraktsrett. Oppdragsgiver må si ifra innen rimelig tid etter at han har oppdaget eller burde ha oppdaget prosjekteringsfeilen.

Denne regelen kommer imidlertid først til anvendelse etter at oppdraget er avsluttet, noe som ved et fullstendig oppdrag innebærer at reklamasjonsplikten etter denne bestemmelsen først inntreffer etter overtakelsen av bygget eller anlegget som er prosjektert.

I foreliggende sak dreide seg imidlertid om en feil som ble oppdaget i løpet av byggeperioden, det vil si før prosjekteringsoppdraget var avsluttet. For denne type tilfeller er det tatt inn en særregel i punkt 13.4 første ledd, hvor de sentrale vilkårene er formulert på følgende måte:

«Oppdragsgiver må uten ugrunnet opphold påberope seg prosjekteringsfeil som han blir kjent med under utførelsen av oppdraget ...»

Som det framgår av teksten, atskiller denne særregelen seg fra den alminnelige reklamasjonsbestemmelsen både når det gjelder fristutgangspunktet og fristens lengde. Begge fristelementene ble drøftet av Høyesterett i forbindelse med den aktuelle tvisten.

(2.2) Fristutgangspunktet

a) Rettslige utgangspunkter – avsnittene 26 til 33

I motsetning til den alminnelige reklamasjonsregelen er ikke særregelen i punkt 13.4 første ledd gjort normativ. Fristen begynner først å løpe fra det tidspunktet da oppdragsgiver faktisk fikk kunnskap om feilen, jf uttrykket «blir kjent med». Hvorvidt så er tilfelle, skal i utgangspunktet avgjøres ut fra en sannsynlighetsvurdering av hva oppdragsgiver har oppfattet.

Når det gjelder temaet for oppdragsgivers kunnskap, er det tale om at det foreligger en «prosjekteringsfeil». Det følger av standardens punkt 13.1 at det omfatter at den prosjekterende har opptrådt uaktsomt.

I lys av uttalelser i Rt-2009-160 Stryn Energi angående forståelsen av NS 3431 (av 1992) punkt 22.5, framholdt Høyesterett at kunnskapskravet også må omfatte øvrige vilkår for å kunne rette et erstatningskrav mot den prosjekterende. Dette innbefatter «årsaks- og ansvarsforhold, og dessuten eventuelle avhjelpende tiltak» (det vil si om skadevirkningene kan forebygges eller begrenses, jf punkt 13.3 første ledd andre punktum). En slik utvidelse av kunnskapstemaet er naturlig ved prosjekteringsoppdrag fordi en mangel i seg selv, uavhengig av skadekonsekvensene, normalt ikke gir noen adgang til kompensasjon, for eksempel gjen-

nom prisavslag. Denne kontraktstypen skiller seg med andre ord klart fra mangler ved kjøp og entrepriser.

Både i Rt-2009-160 Stryn Energi og i foreliggende høyesterettsavgjørelse benyttes formuleringen at oppdragsgiver «må få tid til» å vurdere forholdene. Det er vanskelig å lese dette som annet enn at vurderingstemaet tilføres en normativ dimensjon. Avgjørende er ikke når oppdragsgiver faktisk erkjente de omtalte forholdene, men om han hadde fått tilstrekkelig tid til å vurdere disse.

b) Den konkrete vurderingen – avsnittene 34 til 47

Når det gjaldt den konkrete vurderingen av når fristen måtte sies å starte i foreliggende sak, gjennomgikk Høyesterett perioden av prosjektet hvor feilen ga seg til kjenne. Det er unødvendig her å gå nøyere inn på enkelthetene i dette saksforløpet.

Høyesterett la avgjørende vekt på den kunnskapen som Statens vegvesen fikk i et særmøte avholdt 5. juni 2013. Her ga Vegvesenet sin tilslutning til AF-gruppens driftsopplegg. I møtereferatet het det følgende:

«SVV er enig i omfanget av nødvendige omlegginger, men det er ikke enighet rundt dekning av kostnadene. ... Det ble enighet om at AF utfører iht. planlagte omleggingsveger, med bakgrunn i enighet om mengdene.»

Det som Statens vegvesen her ga uttrykk for, måtte være tilstrekkelig til å si at etaten hadde fått kunnskap om prosjekteringsfeilen, se avsnitt 47, hvor det ble framholdt følgende.

«Ved å akseptere entreprenørens mengder som nødvendige, mener jeg Statens vegvesen hadde kunnskap om at det betydelige avviket fra konkurransegrunnlagets anslag skyldtes en prosjekteringsfeil. Reklamasjonsfristen begynte derved å løpe 5. juni 2013.»

(2.3) Fristens lengde – avsnittene 48 til 54

a) Rettslige utgangspunkter

Også når det gjelder reklamasjonsfristens lengde, bryter standarden med det alminnelige systemet. I stedet for den ordinære fristangivelsen «innen rimelig tid», benyttes det strengere vilkåret «uten ugrunnet opphold».

Høyesterett fastslo i dommen at oppholdet mellom fristens utgangspunkt og reklamasjonen dermed må ha en grunn, og anførte videre i avsnitt 49:

«Det dreier seg om en kort frist som normalt begrenser seg til den tid det tar å saksbehandle kravet på en slik måte at en reklamasjon kan fremsettes. Oppdragsgiver må få anledning til å bearbeide foreliggende informasjon og dessuten til å avklare reklamasjonen på relevant nivå i organisasjonen. Hva som skal anses som begrunnet tidsbruk, må vurderes konkret, blant annet hensett til kravets kompleksitet og entreprisens omfang, se Johannes

b) Den konkrete vurderingen

Statens vegvesen reklamerte, som allerede nevnt, den 3. juli 2013, det vil si fire uker etter fristutgangspunktet. Det ble ikke gitt noen forklaring på hvorfor det tok fire uker å saksbehandle reklamasjonen.

Høyesterett vurderte likevel om det forelå noen grunn for å vente, men fant at det ikke forelå flere faktiske opplysninger i saken enn det som framkom i særmøte, og Statens vegvesen hadde heller ikke foretatt noen juridiske vurderinger.

På denne bakgrunnen fant Høyesterett at en frist på rundt to uker til å saksbehandle reklamasjonen, var tilstrekkelig. Dermed var det reklamert for sent, og i utgangspunktet var dermed kravet falt bort.

Statens vegvesen anførte til dette at formålet med varslingsregelen ikke slo til i den foreliggende saken. Høyesterett sa seg enig i at «verken innrettelses- eller bevissikringshensyn tilsa en raskere reklamasjon så lenge Rambølls mulighet til å forebygge eller redusere skaden var begrenset», se avsnitt 53. At de generelle formålsbetraktningene som lå til grunn for regelen ikke slår til i det enkelte tilfelle, var likevel ikke tilstrekkelig til å sette regelen til side.

(2.4) Kommentarer

Foreliggende tvist gjør det berettiget å spørre om særregelen i NS 8401 punkt 13.4 første ledd er godt nok begrunnet. Etter min mening er regelen både for streng og for lite fleksibel. To alternative muligheter står åpne.

Det ene er å benytte den ordinære fristlengden også ved reklamasjoner i oppdragsperioden, det vil si kriteriet «innen rimelig tid». Dette kunne kombineres med en viss tilstramming av fristutgangspunktet ved å la fristen begynne å løpe når oppdragsgiver «måtte skjønne» og så videre. Et slikt fristutgangspunkt samsvarer nok bedre med den vurderingen som Høyesterett foretok i foreliggende sak, enn en ren forsettsregel.

Den andre muligheten består i å erstatte reklamasjonsregel med en lojalitetsplikt med formål å redusere tapets størrelse. Dermed inngår varslingsplikten som en del av oppdragsgivers tapsbegrensningsplikt. Der som oppdragsgiver ikke varsler, vil han selv måtte bære tapet som ville ha vært unngått hvis han hadde sagt fra i tide.

(3) Tap av reklamasjonsinnsigelsen – avsnittene 55 til 72

(3.1) Innledning

Rambøll har hele tiden benektet at det var begått en prosjekteringsfeil som ga Statens vegvesen adgang til å kreve erstatning. Når det gjaldt spørsmålet om et eventuelt krav mot firmaet var falt bort som følge av for sen reklamasjon, ventet imidlertid skadeoppgjørsselskapet om lag tre år med å fremme innsigelsen et-

ter at reklamasjonen ble framsatt. Dette reiser spørsmålet om innsigelsen er tapt som følge av tiden som er gått.

Høyesterett fastslår innledningsvis at avtalen mellom partene, herunder NS 8401, ikke inneholder noen egne regler om når en innsigelse av nevnte slag må framsettes. Til informasjon kan opplyses at de store entreprisestandardene NS 8405: 2008 og NS 8407: 2011, begge har generelle regler om at den som vil påberope seg at et varsel er framsatt for sent, må fremme sin innsigelse uten ugrunnet opphold, jf henholdsvis punkt 8 tredje ledd og punkt 5 tredje ledd.

Problemstillingen måtte dermed løses på grunnlag av alminnelige prinsipper.

(3.2) Læren om realitetsdrøftelser

Det første prinsippet som Høyesterett tok opp var den såkalte læren om realitetsdrøftelser. Spørsmålet var om skadeoppgjørsselskapet på vegne av Rambøll hadde tapt sin innsigelse som følge av at man hadde begitt seg inn i en dialog om det overhodet var begått en erstatningsbetinget feil.

I hvilken grad en part kan tape sin innsigelse på et slikt grunnlag, har lenge vært gjenstand for stor usikkerhet, jf for eksempel Erik Monsen, *Jussens Venner*, 2010 side 147 til 203, på side 198 til 199. På dette punktet foretok Høyesterett en god og kjærkommen avklaring av rettstilstanden.

Høyesterett tok ikke standpunkt til læren i sin alminnelighet, for eksempel innenfor den ordinære varehandel hvor det foreligger en del eldre rettspraksis, men anførte følgende når det gjaldt avtaler om entrepriseforhold, og dermed andre liknende kontraktsforhold, se avsnitt 58:

«I entrepriseforhold, som denne saken gjelder, mener jeg uansett at drøftelser av kravets realitet ikke uten videre bør føre til tap av debitors innsigelse om at det er reklamert for sent. I slike kontraktsforhold vil det i anleggsfasen normalt være et utstrakt samarbeid mellom partene. Forholdene ligger derved godt til rette for å drøfte utfordringer i prosjektet, også med tanke på å finne minnelige løsninger i tilknytning til krav som måtte være varslet. Et «prinsipp om realitetsdrøftelser» vil under slike omstendigheter enten kunne virke som en felle eller også legge en effektiv demper på partenes forhandlingsvilje.»

Dermed må læren om realitetsdrøftelser som et selvstendig prinsipp for bortfall av rettigheter, anses de-tonisert innenfor disse kontraktstypene. Mye taler for at Høyesteretts standpunkt bør gis generell gyldighet.

(3.3) De ulovfestede reglene om passivitet

a) Rettslige utgangspunkter

Realargumentet i læren om realitetsdrøftelser, at en lengre dialog om hvorvidt det er begått en feil kan forlede motparten til å tro at en innsigelse mot rekla-

masjonen ikke vil bli gjort gjeldende, opphører likevel ikke fordi doktrinen ikke har gyldighet som selvstendig bortfallsgrunn. Synspunktet må i stedet anføres som et moment under de ulovfestede passivitetsreglene. Høyesterett uttalte følgende om dette, se andre del av avsnitt 58:

«De ulovfestede reglene om passivitet synes derfor bedre egnet til å fremme den løpende lojalitetsplikten som kjennetegner denne typen kontraktsforhold. Eventuelle realitetsdrøftelser vil imidlertid kunne inngå som et element i vurderingen av om reklamasjonsinnsigelsen må anses frafalt eller tapt ved passivitet, se Erik Monsen, «Om reklamasjonsregler, passivitetsprinsipper og realitetsdrøftelser» *Jussens Venner*, 2010, side 198-199.»

I avsnitt 60 fastslo Høyesterett at det overordnede vurderingstemaet etter passivitetslæren er om vedkommende «gjennom sin opptreden og mulige passivitet ga byggherren rimelig grunn til å tro at reklamasjonsinnsigelsen ikke ville bli gjort gjeldende». Problemstillingen må løses på grunnlag en samlet vurdering, men enkelte omstendigheter vil ha særlig tyngde:

«Dette vil blant annet bero på hvorvidt prosjekteringssiden hadde en særlig oppfordring til å gjøre innsigelsen gjeldende på et tidligere tidspunkt, og på hvorvidt byggherren hadde et særlig behov for å innrette seg på at reklamasjonsinnsigelsen ikke ville bli påberopt. Helhetsvurderingen må skje i lys av de forventinger til gjensidig lojalitet som følger av avtaleforholdet mellom partene.»

b) Den konkrete vurderingen

Under gjennomgangen av hendelsesforløpet fram til skadeoppgjørsselskapet gjorde gjeldende at reklamasjonen var for sent framsatt, trakk Høyesterett fram flere forhold som underbygget at Statens vegvesen hadde rimelig grunn til å tro at denne innsigelsen ikke ville bli gjort gjeldende.

For det første var det formuleringer i det første svarbrevet til skadeoppgjørsselskapet som trakk i denne retningen, se avsnittene 61 og 63. For det andre ble en del andre krav mot Rambøll avvist på det grunnlag at reklamasjonen var for sent framsatt, se avsnitt 64. For det tredje ble tvisten håndtert av et eget selskap som skapte forventninger om at kravene ble profesjonelt og fyllestgjørende behandlet, se avsnitt 65. Og for det fjerde var det gått svært lang tid, se avsnittene 66 og 67.

I tillegg ble det påpekt en omstendighet som ga skadeoppgjørsselskapet en særlig oppfordring til å ta forbehold om en reklamasjonsinnsigelse, se avsnittene 68 og 69. I brev 9. desember 2015 ba Statens vegvesen om utsettelse av foreldelsesfristen. Først etter en purring fra vegvesenet innrømmet skadeoppgjørsselskapet en utvidelse av foreldelsesfristen på seks måneder.

Om denne kommunikasjonen uttalte Høyesterett følgende, se avsnitt 69:

«Etter mitt syn hadde Crawford en særlig oppfordring til å ta forbehold om å gjøre reklamasjonsinnsigelsen gjeldende senest samtidig med at foreldelsesfristen ble suspendert. Både reklamasjonsreglene og foreldelsesreglene bygger på passivitetsbetraktninger, og det naturlige ville ha vært å se disse spørsmålene i sammenheng. E-posten 14. januar 2016 forsterket dessuten inntrykket av at forsikringsselskapet ville behandle kravet i tilknytning til prosess 13.9 på materielt grunnlag.»

Samlet sett kom Høyesterett fram til at «Vegvesenet måtte kunne innrette seg på at det ikke ville bli gjort gjeldende noen reklamasjonsinnsigelser», se avsnitt 71. Dermed falt innsigelsen bort. Fordi lagmannsretten ikke hadde tatt standpunkt til spørsmålet om feilprosjektering, måtte dommen oppheves så langt den gjaldt erstatningskravet.

(3.4) Kommentarer

Som nevnt representerte Høyesterett underkjennelse av læren om realitetsdrøftelser som et selvstendig prinsipp (i entrepriseforhold), en kjærkommen avklaring av rettsstilstanden i Norge. Spørsmålet er om det å føye realitetsdrøftelsene inn under de generelle passivitetsprinsippene vil medføre en strengere vurdering av tilfellene, slik at det skal mer til å tape sin innsigelsesrett.

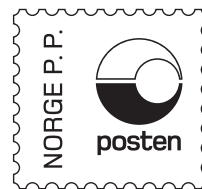
Etter min mening dreier regimeskiftet seg først og fremst om å finne en best mulig egnet vurderingsmodell, og ikke et endret terskelnivå. Høyesterett selv antyder dette når det uttaler følgende, se avsnitt 58:

«De ulovfestede reglene om passivitet synes derfor bedre egnet til å fremme den løpende lojalitetsplikten som kjennetegner denne typen kontraktsforhold.»

I foreliggende sak var det tale om en temmelig massiv passivitet fra oppgjørsselskapets side. Selskapet ventet urimelig lenge med å fremme sine innsigelser. Tilfellet kan ikke sies å markere hvor mye som skal til for at en innsigelse skal tapes ved passivitet. Også mildere grader av inaktivitet og bebreidelser må etter omstendighetene kunne lede til rettighetstap.

Lasse Simonsen

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



Livsfellesskap - Rettsfellesskap

Festskrift til Tone Sverdrup 70 år

Redaktører: John Asland, Katrine Kjørheim Fredwall og Tone Wærstad

Gyldendal, Oslo 2021

424 sider



Tone Sverdrup er den fremste fagpersonen på familierettens område i Norge, og er blant de fremste også i Norden, Europa og i verden innenfor økonomisk familierett. Tones forskningsvirke kretser primært rundt familieformuerett, men hennes forfatterskap har også forgreninger til blant annet avtalerett, barnerett, arbeidsrett og kvinnerett.

Som en hyllest til Tones faglige innsats i rettsvitenskapen, har kollegaer hyllet henne med et festskrift. 28 bidragsyttere har fra ulike ståsteder og perspektiver utforsket både familierettslige temaer og temaer og problemstillinger fra andre rettsområder

Nytt i privatretten

Nytt i privatretten utgis av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo i samarbeid med Cappelen Damm Akademisk.

Redaktør: Geir Stenseth
Redaksjonssekretær: Eva Dobos
Forlagsredaktør: Eirik Spillum
Foto/layout forside: Mona Ø. Ådum

Et doms- og emneregister for *Nytt i privatretten* er tilgjengelig på forlagets nettsider:
www.cda.no

Abonnement fås ved henvendelse til Cappelen Damm Akademisk, telefon 21 61 66 13

Et årsabonnement (2021) på *Nytt i privatretten* koster kr 720,-. Studentabonnement koster kr 350,-. Abonnementet løper til det blir sagt opp skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo
E-post: jus@cappelendamm.no
<http://www.cda.no>

Nytt i privatretten © Cappelen Damm AS 2021
ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer mai 2021.