



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Krav om fast ansettelse etter «treårsregelen» for lærervikar – HR-2022-2049-A

Innledning

Høyesterett har i dom av 25. oktober 2022 tatt stilling til forholdet mellom opplæringsloven § 10-6 – som gir hjemmel for midlertidig ansettelse av arbeidstaker som ikke fyller de formelle kvalifikasjonskravene for utdanningsstillinger dersom det ikke er kvalifiserte søkere – og arbeidsmiljøloven § 14-9 sjuende ledd, som gir rett til fast ansettelse for arbeidstakere som har vært sammenhengende midlertidig ansatt som vikar i mer enn tre år. Høyesterett kom enstemmig til at «treårsregelen» ikke kommer til anvendelse ved midlertidig ansettelse etter opplæringsloven § 10-6, og at en slik regel ikke er i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

Arbeidstakeren i saken (A) var utdannet barnevernspedagog, men hadde ikke utdanning som kvalifiserte henne for lærerstilling. Hun var fra februar 2017 til august 2020, altså i om lag tre og et halvt år, sammenhengende midlertidig ansatt i Nord-Fron kommune

i Gudbrandsdalen som lærer uten godkjent utdanning. I hovedsak dekket A kortere sykefravær. I perioden ble det inngått 21 etterfølgende avtaler om midlertidig ansettelse. I 20 av disse avtalene ble opplæringsloven § 10-6 oppgitt som hjemmel for midlertidig ansettelse. Bestemmelsen tillater – på visse vilkår – at undervisningspersonale uten godkjent utdanning kan ansettes midlertidig, dersom det ikke er formelt kvalifiserte søkere til den aktuelle stillingen. A arbeidet i den aktuelle perioden i gjennomsnitt tilsvarende 80 % stilling med undervisningsarbeid.

Den siste midlertidige arbeidsavtalen varte fra 1. januar til 31. juli 2020. A, som da hadde vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn tre år, fremsatte krav om fast ansettelse på grunnlag av den midlertidige ansettelsens varighet. Kommunen avviste kravet. A tok ut søksmål mot kommunen, men fikk ikke medhold verken i tingretten eller i lagmannsretten.

Høyesteretts resultat og begrunnelse

Sakens hovedspørsmål var om «treårsregelen» i arbeidsmiljøloven § 14-9 sjuende ledd får anvendelse når de midlertidige ansettelsene ikke er hjemlet i arbeidsmiljøloven § 14-9 annet ledd, men i opplæringsloven § 10-6. Saken reiste også spørsmål om rettstilstanden etter intern norsk rett var forenlig med Norges forpliktelser etter EU-direktivet om midlertidige ansettelser.

Førstvoterende tok utgangspunkt i at hovedregelen i norsk rett er at arbeidstaker skal ansettes fast, jf. arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd, og at det er unntak fra denne hovedregelen som krever hjemmel. Slike unntak finnes for det første i arbeidsmiljøloven § 14-9 annet ledd, som fastsetter at avtale om midlertidig ansettelse kan inngås blant annet når arbeidet er av midlertidig karakter, og ved vikariater. Unntak finnes også i særlovgivningen, herunder i opplæringsloven § 10-6, som lyder:

Dersom det ikke er søkjarar som fyller kompetansekrava for tilsetjing i § 10-1, kan andre tilsetjast mellombels. Med mindre det er avtalt ein kortare tilsetjingsperiode, skal tilsetjinga vare til og med 31. juli.

Innhold nr. 1

Arbeidsrett	1
Arverett	4
Erstatningsrett	8
Immaterialrett	9
Institutt for privatrett	11
Internasjonal privatrett	14
Kontraktsrett	16
Pengekravsrett	18
Skatte- og avgiftsrett	20

Arbeidsmiljøloven § 14-9 sjuende ledd, første punktum lyder:

Arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år etter andre ledd bokstav a [arbeid av midlertidig karakter, min anm.], eller i mer enn tre år etter andre ledd bokstav b [vikariater, min anm.] ... skal anses som fast ansatt, slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse.

Førstvoterende påpekte at arbeidsmiljøloven regulerer arbeidsforhold generelt, også innenfor utdanningssektoren, og at loven er ufravikelig. Ettersom opplæringsloven også kom til anvendelse på den aktuelle ansettelsen, ble spørsmålet derfor om opplæringslovens unntaksbestemmelse måtte suppleres med «treårsregelen».

Høyesterett tok utgangspunkt i opplæringsloven og dens forarbeider. Retten forstod forarbeidene slik at det her var et bevisst lovgivervalg å ikke gi rett til fast ansettelse etter fire år til midlertidig ansatte etter § 10-6. Mot den bakgrunn ble det slått fast at det ikke var tvilsomt at opplæringsloven bygger på en forutsetning om at midlertidig ansettelse etter § 10-6 ikke gir grunnlag for fast ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-9.

Det var den tidligere arbeidsmiljølov av 1977 som gjaldt da opplæringsloven ble forberedt og vedtatt, og den loven hadde ingen regel om krav på fast ansettelse etter en bestemt periode. En slik regel kom først inn i nå gjeldende arbeidsmiljølov av 2005. Det dreide seg opprinnelig om en ren «fireårsregel», men ved en lovendring i 2015 ble kravet redusert til tre år for vikariater. Førstvoterende stilte spørsmålet om denne regelen – som altså ble innført etter opplæringsloven § 10-6 – var ment å supplere sistnevnte bestemmelse.

Førstvoterende påpekte først at ordlyden i arbeidsmiljøloven § 14-9 sjuende ledd klart trekker i retning av at retten til fast ansettelse kun gjelder ved midlertidige ansettelser etter § 14-9 annet ledd. Bestemmelsen gjelder nemlig arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn tre/fire år «etter» andre ledd bokstav a eller b. En naturlig språklig forståelse tilsier at det da siktes til midlertidige ansettelser hjemlet i arbeidsmiljøloven, og ikke i særlovgivningen.

Førstvoterende gikk deretter gjennom forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-9 sjuende ledd, som har vært endret i flere omganger. Høyesterett påpekte at uttalelsene i forarbeidene til den opprinnelige loven ikke ga grunnlag for sikre slutninger om hvorvidt «fireårsregelen» også skulle gjelde ved midlertidige ansettelser etter opplæringsloven § 10-6. Derimot fant Høyesterett støtte i forarbeidene til en lovendring i 2009 for at dette ikke var lovgivers mening. Det ble her vist til uttalelser i Ot.prp.nr. 54 (2008–2009) s. 85 om at «fireårsregelen ikke kommer til anvendelse overfor midlertidige ansettelser med hjemmel i særlovgivningen, med mindre det i den aktuelle loven skulle være klare holdepunkter for det».

Førstvoterende fant ingen slike klare holdepunkter

i opplæringsloven – tvert imot fant han som nevnt klare holdepunkter i forarbeidene til opplæringsloven for at «fireårsregelen» ikke skulle gjelde ved midlertidige ansettelser etter § 10-6. Følgelig fant førstvoterende (avsnitt 54) at det etter de «internrettslige kildene» var klart at slike midlertidige ansettelser ikke gir grunnlag for fast ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-9 sjuende ledd.

Spørsmålet som gjenstod, var da om dette tolkningsresultatet lar seg forene med Norges forpliktelser etter rådsdirektiv 1999/70/EF (EU-direktivet om midlertidige ansettelser), eller om opplæringsloven § 10-6 av hensyn til EØS-retten må suppleres med arbeidsmiljøloven § 14-9 sjuende ledd.

Dette direktivet – som Norge etter EØS-avtalen er forpliktet til å implementere – er basert på en rammeavtale mellom sentrale europeiske arbeidslivsparter. I rammeavtalens klausul 5 oppstilles det krav om at medlemsstatene gjennomfører minst ett av tre alternative tiltak for å hindre misbruk som følge av gjentatte midlertidige arbeidsforhold. Slike tiltak kan være enten (a) «objektive grunner» som berettiger fornyelse av slike arbeidsforhold, (b) «maksimal samlet lengde» av de midlertidige arbeidsforholdene eller (c) begrensninger i «antall ganger» slike arbeidsforhold kan fornyes. Arbeidsmiljøloven § 14-9 sjuende ledd er et tiltak av typen «maksimal samlet lengde», men siden bestemmelsen forutsetningsvis ikke gjelder ved ansettelser etter opplæringsloven § 10-6, var spørsmålet om § 10-6 oppfyller kravet om «objektive grunner».

Etter gjennomgang (i avsnitt 60 og 61) av EU-domstolens avgjørelse i sak C-586/10 *Kücük* ble kravene til «objektive grunner» oppsummert slik: Behovet for midlertidige ansettelser må være presist og konkret begrunnet. Det må være mulig for domstolene å etterprøve om midlertidigheten oppfyller et reelt behov, om midlertidigheten er egnet til å ivareta behovet, og om den er nødvendig. I tillegg må det foretas en konkret helhetsvurdering av om gjentatte midlertidige ansettelser bærer preg av misbruk av ordningen.

Under henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak *Samohano*, C-190/13, fant førstvoterende at disse kravene var oppfylt hva gjaldt opplæringsloven § 10-6. Følgelig kom retten til at ordningen etter opplæringsloven § 10-6 er forenlig med Norges EØS-rettslige forpliktelser.

Kommentarer til dommen

Høyesteretts bruk av rettskildene fremstår grundig og velbegrunnet, og resultatet er neppe overraskende. I og med at det gjelder en situasjon som kan være relevant for svært mange, er dommen uansett avklarende og praktisk viktig. Etter det som var opplyst i saken, var det per desember 2021 om lag 94.000 ansatte i undervisningsstillinger i norske kommuner, hvorav over 8.000 ikke hadde godkjent utdanning.

Grunnleggende sett beror spørsmålet på en avveining av hensynet til kvalitet på opplæringen mot hen-

synet til stillingsvern for de som er midlertidig ansatt i opplæringsstilling uten godkjent utdanning. Høyesteretts gjennomgang av rettskildene viste at lovgiver hadde foretatt et bevisst valg, hvor det ikke er ansett hensiktsmessig at midlertidig ansatte uten nødvendige kvalifikasjoner etter en periode på tre eller fire år skal kunne kreve fast ansettelse og dermed hindre ansettelse av kvalifiserte lærere. I Norge vil dette særlig kunne være relevant på mindre befolkede steder. Høyesterett ga dermed ikke uttrykk for særlig tvil om løsningen, verken etter «internrettslige kilder» eller i lys av EØS-retten. En annen sak er om det er metodisk hensiktsmessig å begynne gjennomgangen med slike «internrettslige kilder», og om det er riktig å oppstille et skille mellom intern rett og bestemmelser som Norge er forpliktet til å gjennomføre etter EØS-avtalen, men det spørsmålet lar jeg ligge her. I denne saken er det uansett vanskelig å se at en annen tilnærming ville ført til noe annet resultat.

Det fremgår av domspremissene at det finnes andre, ulovfestede regler som vil kunne gi rett til fast ansettelse etter sammenhengende midlertidig ansettelse etter opplæringsloven § 10-6 over lengre tid. For lagmannsretten hadde A anført grunnbemanningslæren (jf. f.eks. Rt-2009-578, avsnitt 47–48) som et alternativt grunnlag for fast ansettelse, men anførselen ble ikke opprettholdt for Høyesterett. I Rt-1991-872 kom Høyesterett til at en utdannet hjelpepleier ved en institusjon som hadde vært midlertidig ansatt som avdelingslederstilling i 12 år, hadde krav på fast ansettelse. Det ble der lagt til grunn at det går en grense for hvor lenge manglende formelle kvalifikasjoner kan begrunne midlertidighet. Det grunnleggende synspunktet i relasjon til sistnevnte dom er at når man har vært midlertidig ansatt over en lang periode, vil man regelmessig tilegne seg relevant kunnskap og erfaring, noe som svekker grunnlaget for å gjøre unntak fra hovedregelen om fast ansettelse.

Saksforholdet i HR-2022-2049-A ga ikke foranledning for å si noe om disse andre grunnlagene. Dermed er det fremdeles et åpent spørsmål hvordan denne avveiningen mellom praksis og formelle kvalifikasjoner må gjøres ved vurdering av stillingsvernet etter ulovfestet rett.

Simen McAdam Lium

Rett til lønn under sykdom ved permittering for skipsarbeidstakere – HR-2022-2251-A

Innledning

Høyesterett har i dom av 22. november 2022 avklart forholdet mellom skipsarbeidsloven § 4-4, som gir skipsarbeidere rett til lønn under sykdom i inntil 12 måneder, og permitteringslønsloven § 3 tredje ledd, som fritar arbeidsgiver fra lønnsplikt under permittering. Høyesterett kom enstemmig til at en skipsarbeidstaker som er arbeidsufør på grunn av sykdom eller skade, har rett til lønn etter skipsarbeidsloven også ved permittering.

Saksforholdet var i korthet at en resepsjonist på Hurtigruten (A) hadde vært sykmeldt siden 28. juni 2019. Etter utbruddet av covid-19 ble han, i likhet med omkring 1300 andre ansatte i Hurtigruten, permittert 21. mars 2020. Han var da fremdeles sykmeldt. Utbetaling av sykepenges fra folketrygden stanset 18. mai 2020. A krevde da utbetalt lønn fra arbeidsgiver frem til 27. juni 2020, som var 12 måneder etter at arbeidsuførheten oppstod. Hurtigruten avslo kravet under henvisning til at selskapet var fritatt for lønnsplikt ved permittering. A tok ut søksmål, og etter at forliksrådet hadde innstilt saken avsa tingretten dom hvor Hurtigruten ble frifunnet. A anket til lagmannsretten, hvor han fikk medhold. Hurtigruten anket lagmannsrettens dom til Høyesterett.

Høyesteretts resultat og begrunnelse

For Høyesterett var spørsmålet hvordan skipsarbeidsloven § 4-4 og permitteringslønsloven § 3 tredje ledd skulle samordnes. Det var tilsynelatende motstrid mellom de to bestemmelsene. Høyesterett konstaterte innledningsvis at det i den aktuelle perioden på om lag fem uker (18. mai–27. juni 2020) var to grunner til at A ikke var i arbeid: Han var sykmeldt, og han var permittert. Skipsarbeidsloven ga ham rett til lønn i perioden, og permitteringslønsloven fritok arbeidsgiver fra lønnsplikt. Som førstvoterende uttrykte det (avsnitt 24): A kunne ikke samtidig både ha rett til lønn og ikke ha rett til lønn.

Førstvoterende gikk først inn i hver av de respektive lovbestemmelsene. Skipsarbeidsloven § 4-4 angir i første ledd at arbeidstaker «som er arbeidsufør som følge av sykdom eller skade, har rett til lønn så lenge arbeidsforholdet består». I annet ledd fremgår det at retten til lønn faller bort i den utstrekning arbeidstaker har rett til sykepenges. Videre fremgår det at retten til lønn under enhver omstendighet faller bort 12 måneder fra uførheten oppstod. For arbeidstakere som ikke har rett til sykepenges fra folketrygden og heller ikke tilsvarende ytelser fra sitt hjemland, faller retten til lønn bort etter 16 uker. Førstvoterende konstaterte at bestemmelsen ga A – som var innenfor 12 månedersperioden – rett til lønn for den omtvistede perioden.

Permitteringslønsloven § 3 tredje ledd første punktum fastslår på sin side at etter «arbeidsgiverperiode I» (dvs. de første 15 dager av permitteringen), er arbeidsgiver fritatt for lønnsplikt i 26 uker. Førstvoterende konstaterte at denne bestemmelsen fritok Hurtigruten for lønnsplikt i den aktuelle perioden. Han påpekte også at selve fritaket for lønnsplikt følger av rettsgrunnlaget for permitteringen (her tariffavtale), og at lovbestemmelsen dermed bare ga uttrykk for det som uansett ville gjeldt.

Når det gjaldt samordningen mellom de tilsynelatende motstridende reglene, konstaterte retten at ingen av lovenes forarbeider berørte spørsmålet. Høyesterett vurderte det også slik at ingen av kollisjonsprinsippene kom til anvendelse: det var ikke mer nærliggende å anse

den ene regelen som mer spesiell enn den andre, og det heller ikke var opplagt hvilken regel som var å anse som nyest (permitteringslønnsloven § 3, som kom sist, kodifiserte uten nærmere vurdering gjeldende rett).

«Noe veiledning» kunne etter førstvoterendes vurdering trekkes ut av at ingen av bestemmelsene kunne fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker, jf. skipsarbeidsloven § 1-3 og permitteringslønnsloven § 2. Å gi skipsarbeidsloven § 4-4 forrang, vil være til arbeidstakers gunst; motsatt er det ikke til arbeidstakers ugunst å oppstille lønnsplikt for arbeidsgiver ved permittering.

Førstvoterende gikk videre inn i *forhistorien og egenarten* til skipsarbeidsloven § 4-4. Etter gjennomgang av forarbeidene til sjømannslovene av 1923, 1953 og 1975 (sistnevnte betydelig endret i 1985), konstaterte han at regelen har vært begrunnet i sosiale vernehensyn. Under henvisning til forarbeidene til nå gjeldende sjømannslov ble det deretter konstatert at regelen fremdeles må sies å «ha karakter av sosial vernelovgivning» (avsnitt 48). Permitteringslønnslovens regel om fritak for lønnsplikt må derimot anses som et instrument for risikofordeling mellom partene i arbeidsforholdet. Skipsarbeidsloven § 4-4s karakter av sosial vernelovgivning trakk etter Høyesteretts syn i retning av at den ble gitt gjennomslag.

Endelig vektla Høyesterett ILO-konvensjon nr. 186 fra 2006 (Maritime Law Convention, ofte forkortet MLC). Konvensjonen oppstiller et minimumsansvar for å sikre at sykmeldte skipsarbeidstakere gis lønn i minimum 16 dager fra uførheten oppstod, og skipsarbeidsloven § 4-4 er ment å oppfylle dette minimumsansvaret. Det kan tenkes tilfeller hvor det å la permitteringslønnsloven § 3 tredje ledd få forrang, ville bryte Norges forpliktelser etter konvensjonen. Selv om nærværende sak ikke var et slikt tilfelle, anså Høyesterett at MLC tilsier at skipsarbeidsloven § 4-4 ikke kan settes til side i alle tilfeller (avsnitt 54).

Uten særlig begrunnelse, avviste deretter førstvoterende å legge særlig vekt på praksis fra Arbeidsretten om tolkning av tariffavtalebestemmelser som lignet på skipsarbeidsloven § 4-4 (avsnitt 56). Han påpekte også at det er vanskelig å vektlegge rimelighetsbetraktninger i et spørsmål som «glir over i rene politiske vurderinger og prioriteringer som det ligger til lovgiveren å avveie» (avsnitt 59).

Samlet sett oppsummerte førstvoterende, med tilslutning fra de øvrige dommere, at de beste grunner taler for å tolke permitteringslønnsloven § 3 tredje ledd slik at den viker for skipsarbeidstakers rett til lønn etter skipsarbeidsloven § 4-4.

Hva kan vi ta med oss fra dommen?

Dommen avklarer et uavklart rettsspørsmål, som synes å ha vært oversett i forarbeidene til både skipsarbeidsloven og permitteringslønnsloven. Den praktiske betydning av dommen er likevel muligens begrenset. Skipsarbeidslovens bestemmelse om rett

til lønn under sykdom finnes ikke i annen arbeidsrettslig lovgivning, og det vil trolig forekomme relativt sjelden at skipsarbeidstakere havner i en tilsvarende situasjon. Derimot kan det stilles spørsmål ved om dommen avklarer situasjonen dersom det forholder seg motsatt – at en skipsarbeidstaker som er permittert, blir sykmeldt. Blir samordningen mellom reglene tilsvarende i et slikt tilfelle?

Det er også vanskelig å se hvilken overføringsverdi dommen har mer generelt – den løser et konkret tolkningsspørsmål hvor det er tilsynelatende motstrid mellom to lovbestemmelser. Om noe, kan en merke seg dommen som nok et eksempel på den betydning verneformålet – her uttrykt som regelens «egenart» – tillegges ved tolkning av sosial vernelovgivning.

Simen McAdam Lium

ARVERETT

Hva skal til for at en gave står i misforhold til formuen i uskifteboet – HR-2022-2157-A

Innledende bemerkninger:

I arveloven § 23 er det en bestemmelse om at den som sitter i uskiftet bo ikke uten samtykke fra arvingene kan gi gaver som står i misforhold til formuen i uskifteboet. Er det gitt slike gaver og gavemottakeren forsto eller burde ha forstått at giveren ikke hadde rett til å gi gaven, kan gaven kreves omstøtt dersom omstøtelseskravet settes frem innen ett år etter at arvingen som fremsetter omstøtelsessøksmålet fikk kunnskap om gaven.

Bestemmelsen viderefører 1972-arveloven § 19, som igjen er en videreføring av § 7 i uskifteloven av 1927. I alle tre lovene har det vært begrensninger i lengstlevendes adgang til å gi gaver som står i misforhold til formuen i uskifteboet. Til tross for at arvelovgivningen har inneholdt en slik bestemmelse i snart 100 år, har Høyesterett aldri tidligere fått anledning til å avklare nærmere hva som ligger i at gaven står i misforhold til formuen i uskifteboet. At spørsmålet ikke har kommet på spissen for Høyesterett før nå, kan i hovedsak forklares med at 1972-arveloven § 19 hadde ulike gaveterskler for fast eiendom og andre gaver fra uskifteboet. For fast eiendom var utgangspunktet at ethvert gaveelement – stort eller lite – innebar en overskridelse av gavekompetansen. Det var ikke noe krav om at gaven (eller gaveelementet ved gavesalg) sto i misforhold til formuen i boet. Det var kun gaver som ikke besto i fast eiendom, som måtte vurderes opp mot misforholdskriteriet (se nærmere John Asland, *Uskifte*, Oslo 2008 s. 211 flg.). Alle sakene som hadde vært oppe for Høyesterett dreide seg om gavesalg av fast eiendom. I disse sakene var det altså bare et spørsmål om det forelå et gaveelement (gavesalg), ikke om gaveelementet sto i misforhold til formuen i boet.

I dommen som ble avsagt 9. november 2022

(HR-2022-2157-A) fikk Høyesterett endelig spørsmålet om misforhold opp til vurdering.

Nærmere om dommen:

H, som døde i 2021, hadde siden 1999 sittet i uskifte med fire barn. H traff i 2001 I, som han etter kort tid ble samboer med. I hadde tre barn. Etter at H traff I, solgte han en boligeiendom og fritidseiendom som inngikk i uskifteboet, for til sammen 7,4 millioner kroner. Av salgsprovenyet delte han ut 500 000 til hver av de fire barna (til sammen 2 millioner kroner). Han kjøpte deretter en leilighet i Oslo.

I solgte også sin leilighet, og hun kjøpte en større leilighet i Oslo. Ved dette kjøpet finansierte H 1/3 av kjøpesummen. I og H avtalte at H skulle være eier av denne leiligheten for 1/3. Paret vekslet mellom å bo i den leiligheten som H eide fullt ut og leiligheten de eide sammen.

I 2019 døde I. H kjøpte leiligheten som de hadde anskaffet i fellesskap av dødsboet. H betalte 6 450 000 kroner, som var leilighetens fulle verdi i henhold til en innhentet takst. Kjøpesummen tok ikke hensyn til at H allerede var eier av 1/3 av leiligheten. Det forelå altså et «gavekjøp» ved at H betalte for det hele, selv om han fra før eide 1/3. For Høyesterett var partene enige om at overprisen innebar en gave fra H til Is arvinger på 2 150 000 kroner.

Is arvinger krevde gaven omstøtt. De fikk medhold i tingretten, men tapte i lagmannsretten. I lagmannsrettens begrunnelse for at gaven ikke sto i misforhold til formuen i uskifteboet, ble utdelingene på til sammen 2 millioner som H gjorde til sine barn, indeksregulert og lagt til uskifteboet i beregningen av om det forelå misforhold mellom gaven og verdiene i uskifteboet. Is arvinger anket til Høyesterett.

For ordens skyld kan det bemerkes at bestemmelsen i 1972-loven § 24 andre ledd andre punktum om at samboerskap på visse vilkår kan gi en arving grunnlag for å kreve skifte av uskifteboet (dagens § 27 andre ledd), ikke får anvendelse når samboerskapet er etablert før 1. juli 2009. Samboerskap som grunnlag for krav om skifte ble først innført med reglene om arv og uskifte for samboere som ble satt i kraft 1. juli 2009. Skiftegrunnlaget ble ikke gitt tilbakevirkende kraft for samboerskap etablert før ikrafttredelsestidspunktet, jf. lov 19. des. 2008 nr. 112, avsnitt V nr. 2. Da H og I gjennom hele forholdet beholdt hver sin leilighet, er det heller ikke opplagt at de ville blitt ansett som samboere i arvelovens forstand, da såkalte «særboere» i utgangspunktet faller utenfor. Slik jeg oppfatter faktum i saken, var imidlertid H og Is forhold slik at de hele tiden bodde sammen, men at de alternerte mellom to leiligheter «en uke hos meg og en uke hos deg». Slike forhold er det naturlig å anse som samboere også i arvelovens forstand, slik Asland, *Arveloven*, Oslo 2021 s. 46.

Høyesteretts ankeutvalg besluttet å delvis fremme anken med følgende slutning: «Anken over rettsanvendelsen fremmes til behandling i Høyesterett for så

vidt gjelder beregningen av formuen i uskifteboet og spørsmålet om gaven sto i misforhold til denne. For øvrig tillates ikke anken fremmet.»

Is arvinger hevdet at gaven sto i misforhold til formuen i boet. De mente at utgangspunktet måtte være en matematisk beregning, og at man ikke kunne tillegge boet verdien av de tidligere utdelingene fra H ved beregningen av om gaven sto i misforhold til formuen i boet. Uten hensyn til utdelingene til arvingene utgjorde gaven mer enn 20 prosent av verdiene i uskifteboet. Dette måtte være tilstrekkelig for omstøtelse.

Gavemottakerne, Is arvinger, var enige i at utgangspunktet var en matematisk vurdering, men at det også måtte gjøres en helhetsvurdering av andre momenter. Gavemottakerne mente også at man måtte ta hensyn til de tidligere utdelingene til arvingene, og at disse utdelingene måtte justeres for endringer i pengeverdien.

Høyesterett gikk først inn på de sentrale faktiske omstendighetene i saken (avsnitt 25 flg.). På gavetidspunktet utgjorde uskifteboet til sammen 10 650 000 kroner. Gaven på 2 150 000 utgjorde i overkant av 20 prosent av verdiene i uskifteboet på gavetidspunktet. Lagmannsretten mente at man måtte tillegge de 2 millionene som tidligere var utdelt til arvingene ved beregningen av prosentandelen, og at man dessuten måtte justere de utdelte beløpene etter konsumprisindeksen. Beløpene som ble tillagt ble oppjustert til 2,8 millioner kroner. Boet som gaven skulle beregnes av ble derved 13,5 millioner kroner og gaven utgjorde i underkant av 16 prosent.

H og I inngikk i 2002 en avtale som blant annet regulerte hva som skulle skje med leiligheten de eide sammen, ved førstavede samboers død. Avtalen, som ikke oppfylte formkravene for testament, gikk ut på at lengstlevende kunne fortsette å bo i leiligheten. Senere i 2002 skrev H et testament der I skulle ha rett til å sitte med Is andel av leiligheten fra hans død til hun selv døde eller avhendet leiligheten. Samboerne skrev videre et felles testament i 2008, hvor det blant annet ble bestemt at H ved Is død skulle overta leiligheten til markedspris, at markedspris skulle fastsettes ved takst innhentet av H, og at markedsprisen ikke skulle kunne overprøves. For lagmannsretten var det et spørsmål om testamentet av 2008 skulle forstås slik at H allerede ved opprettelsen hadde gitt bort sin del av leiligheten, men for Høyesterett var partene enige om at gavetidspunktet var Is overtakelse i 2020. Hvis Is gave hadde vært å gi bort sin andel av leiligheten i 2008, ville det vært en gave av fast eiendom. Gaven ville i så fall vært underlagt spesialregelen for fast eiendom i 1972-loven § 19.

I avsnitt 35–37 redegjør Høyesterett for hvilken arvelov som får anvendelse på forholdet. Dagens arvelov ble satt i kraft 1. januar 2021. H døde 28. januar 2021, og etter den generelle overgangsregelen i al. § 180 første ledd er dødsfalltidspunktet skjæringstidspunkt for hvilken lov som får anvendelse. Dette skulle tilsi at den nye loven fikk anvendelse. For uskifte er det imidlertid

avvikende overgangsregler. For disposisjoner foretatt av lengstlevende ektefelle under uskifte er det loven som gjaldt på disposisjonstidspunktet, som er avgjørende. I og med at gaven ble ytt i 2020, måtte spørsmålet avgjøres etter 1972-loven § 19 og ikke 2019-loven § 23. For spørsmålet som var oppe i saken, var det imidlertid ingen materielle forskjeller mellom de to reglene. I og med at det var et gavekjøp og ikke gavesalg av fast eiendom, så kom ikke spørsmålet om særregelen for fast eiendom på spissen. Gaven besto i penger.

Høyesterett redegjør i avsnitt 38–43 for hovedtrekkene i reglene om uskifte. I avsnitt 44 flg. utlegges 1972-loven § 19 nærmere. Utlegningen fokuserer på kriteriet «mishøve til formuen i buet», da det var enighet mellom partene om at de øvrige vilkårene for omstøtelse var oppfylt.

I tråd med alminnelig juridisk metode tar Høyesterett utgangspunkt i ordlyden. I avsnitt 49 sies det følgende:

Det følger av ordlyden i arveloven 1972 § 19 – «mishøve til» – at det skal skje en vurdering av forholdet mellom gavens størrelse og formuen i boet. Dette vil gjelde forholdet mellom verdier angitt i pengebøp. Et slikt forhold uttrykkes naturlig i prosent. Etter mitt syn følger det dermed av lovens ordlyd at det prosentvise forholdet mellom gaven og formuen er relevant ved den vurderingen som skal foretas.

Videre legges det i avsnitt 50 til grunn at ordlyden samtidig må «forstås slik at den gir anvisning på en konkret vurdering»: Spørsmålet om «det i det konkrete tilfellet foreligger et misforhold, kan ikke avgjøres ut fra det prosentvise forholdet alene, men må bygge på en vurdering av de konkrete omstendighetene».

Høyesterett viser til at det ikke foreligger praksis fra Høyesterett som gir avklaring, og at forarbeidene til både 1972-loven, forløperen fra 1927 og etterkommeren fra 2019, er knappe. Derimot, påpekes det, er det rikelig med juridisk teori og en del underrettspraksis, og at det har vært et samspill mellom teorien og underrettspraksis. «I stor grad har det vært et samspill mellom domstolene og teorien ved at rettsavgjørelsene ofte viser til juridisk teori, samtidig som de juridiske forfatterne i sine analyser i stor grad bygger på rettspraksis» (avsnitt 55).

I avsnitt 56 oppsummerer førstvoterende med at «[n]år rettskildesituasjonen er slik, ser jeg det ikke som tvilsomt at underrettspraksis og juridisk teori må tillegges vekt når Høyesterett skal ta stilling til rettsstillingen». I et rettskildelæreperspektiv er disse uttalelsene interessante. De kan leses som en oppgradering av synet på både juridisk teori og underrettspraksis som rettskilder, men det er kanskje like naturlig å se samspillet mellom teori og praksis som en utvikling av en alminnelig rettsoppfatning eller sedvanerettsdannelse. Dessuten gis underrettspraksis en viss ekstra tyngde ved at departementet i Prop. 107 L (2017–2018) s. 81–82, som det vises til i avsnittene 57 og 58, ikke

ønsker å fravike en «betydelig praksis» om misforholdskriteriet.

Når det gjelder den nærmere fastleggelsen av kriteriet «mishøve», tar Høyesterett i avsnitt 59 utgangspunkt i et sitat fra Asland, *Uskifte*, 2008 s. 198:

For gaver som ikke består i fast eiendom er som nevnt utgangspunktet at gjenlevende kan yte gaver. Det er først når gaven står i misforhold til formuen i boet at gavekompetansen er overskredet. Det er enighet i teorien om at utgangspunktet for misforholdsvurderingen er en matematisk beregning. Når man skal beregne gavens verdi i forhold til boet, må det være boets nettoverdi på gavetidspunktet som skal legges til grunn. Formuen i boet må forstås som netto formue etter gjeldsfradrag. Det er nettoverdien av uskifteboet som skal fordeles ved skifte av boet, og det må derfor være denne formuen misforholdet skal vurderes opp mot. I misforholdsvurderingen må hele boet ses under ett, slik at heller ikke den del av boet som skal tilfalle gjenlevendes arvinger ved skifte av uskifteboet kan gis bort uten hinder av § 19. Rådighetsbegrensningene gjelder også midler som under ekteskapet tilhørte gjenlevende.

Førstvoterende sier seg enig i denne forståelse, som etter hans syn også følger av lovens ordlyd. «Vurderingen av om det foreligger et misforhold, skal skje med utgangspunkt i en matematisk beregning. Denne skal bygge på nettoverdien av hele boet, inkludert den delen som opprinnelig tilhørte gjenlevende. Det er videre verdien på gavetidspunktet som er avgjørende, ikke for eksempel verdien da uskiftet ble etablert» (avsnitt 60).

Når det gjelder den nærmere fastleggelsen av når en gave står i misforhold til formuen i uskifteboet, vises det til uttalelser i teorien og lagmannsrettspraksis. Det vises til Lødrup, *Arverett*, 5. utg. 2008 s. 377 som antyder en grense for «faresonen» på 20 prosent. Videre vises det til Asland, *Uskifte*, 2008 s. 204 som med henvisning til underrettspraksis angir en «faresone» på mellom 10 prosent og 30 prosent av boets nettoverdi. LH-2010-103534 trekkes frem som et eksempel på at disse uttalelsene i teorien er benyttet i rettspraksis.

I avsnitt 65 vises det til at det i teorien er diskutert om en grense på 1/6 av boets verdi kan utgjøre en veiledende grense. I tillegg til Asland siktes det nok her til Johan Giertsen, *Generasjonsskifte*, Bergen, 1995 s. 374. Høyesterett viser til at en slik grense ikke synes å være anvendt i praksis.

I nyere teori er det enkelte som har vært kritiske til å ta utgangspunkt i en matematisk beregning av gavens størrelse opp mot boets størrelse på gavetidspunktet. Deres syn er at det holder med en bred helhetsvurdering. Tarjei Bekkedal, *FAB*, 2015 s. 67 flg., og Thomas Eeg, *Arveretten*, Oslo 2022 s. 274–275 har forfektet dette synet. Førstvoterende følger ikke denne linjen: «Etter mitt syn er det, som jeg har påpekt, ut fra lovens

ordlyd naturlig å ta utgangspunkt i en matematisk beregning. Rettspraksis og juridisk teori viser at dette gir veiledning, selv om det alltid også må foretas en konkret vurdering» (avsnitt 66).

Oppsummering av forståelsen av misforholdkriteriet gis i avsnitt 67:

Den praksisen fra lagmannsrettene som partene har vist til i denne saken, bekrefter det utgangspunktet som Asland har fremhevet – at en gave som utgjør mindre enn 10 prosent av boets verdi, sjelden vil bli omstøtt, og at en gave som utgjør mer enn 30 prosent, normalt vil bli omstøtt. Jeg mener derfor det gir en viss veiledning å bygge på en ‘faresone’ i området 10 til 30 prosent, der det avgjørende vil være en konkret vurdering. Det må riktignok skje en slik vurdering også der gavens størrelse er utenfor dette området. Men da må det kreves særlige omstendigheter for at mindre gaver skal kunne omstøtes, og for at større gaver ikke skal kunne omstøtes.

Etter å ha utlagt innholdet i kriteriet «mishøve til formuen i buet» vurderer Høyesterett i avsnitt 68 flg. om det skal tas hensyn til tidligere utdelinger fra uskifteboet i vurderinger av om det foreligger misforhold.

I avsnitt 68 tas det utgangspunkt i at vurderingen av om det foreligger «mishøve» skal gjøres ut fra verdien i boet på gavetidspunktet, noe som tilsier at man ikke skal la tidligere disposisjoner inngå i vurderingen. Det legges likevel til grunn at dette ikke kan gjøres unntaksfritt.

I et *obiter dictum* i avsnitt 69 fremstår det klart for retten «at flere utdelinger av en viss størrelse til samme mottaker må kunne kumuleres». Det vises her til Asland, *Uskifte*, 2008 s. 207, som peker på faren for omgørelser dersom ikke flere gaver til samme mottaker omfattes. Høyesterett støtter det syn som allerede har festet seg i underrettspraksis (se LA-1995-591; LF-2006-45691; LG-2010-95903; LA-2011-130214 og LA-2016-70027).

Kumulasjon av gaver er ikke en aktuell problemstilling i HR-2022-2157-A. Derimot kan gaven i dommen anses som en gave til tre ulike personer – Is barn – hvilket reiser spørsmålet om identifikasjon av ulike gavemottakere. Å identifisere tre voksne søsken som én gavemottaker i relasjon til al. § 23 [1972-loven § 19] går ganske langt sammenlignet med det som har vært lagt til grunn i teorien tidligere (se John Asland, *Arveloven med kommentarer* s. 156–157 med videre henvisninger). Kanskje har Høyesterett sett Is dødsbo som gavemottakeren, slik at retten ikke har tenkt på identifikasjon som problemstilling? Det fremgår imidlertid verken av Høyesteretts dom eller av avgjørelsene fra underinstansene om Is dødsbo ble skiftet offentlig, slik at det var nærliggende å se dødsboet som et rettssubjekt, eller om det var et privat skifte.

Dernest vises det i avsnitt 70 til at det alltid vil foretas en konkret vurdering av disposisjonens karak-

ter, og at det i denne helhetsvurderingen kan trekkes inn tidligere utdelinger. Spørsmålet som Høyesterett skal ta stilling til er «om slike utdelinger skal hensyntas allerede ved den matematiske vurderingen av gavens størrelse holdt opp mot boets verdi».

Det vises til at det er en støtte for en slik hensyntagen i lagmannsrettspraksis, hvor LH-2010-103534 trekkes frem som det fremste eksempelet.

Det konkluderes i avsnitt 72 slik:

Slik jeg ser det, vil det i tilfeller der en tidligere utdeling er av en viss størrelse og fremstår som et helt eller delvis arveoppgjør, gi det riktige bildet at det tas hensyn til denne allerede ved beregningen av det matematiske utgangspunktet. En slik utdeling bør ikke få den virkning at adgangen til å gi gaver reduseres. Fremgangsmåten har som påpekt støtte i lagmannsrettspraksis.

Høyesterett måtte også ta stilling til om en slik tillagt tidligere utdeling til arvingene også bør korrigeres for endringen i pengeverdien mellom utdelingen og omstøtelsen, slik lagmannsretten i denne saken hadde gjort ved å oppjustere basert på konsumprisindeksen. Også i dette spørsmålet følger Høyesterett lagmannsretten:

Etter mitt syn blir det prinsipielt sett riktig å ta hensyn til prisstigningen i tiden som er gått fra en tidligere utdeling som er av en slik karakter at den skal hensyntas. Jeg bygger da på at formålet med å ta hensyn til utdelingen er å fastsette hva boets verdi ville vært hvis utdelingen ikke hadde skjedd. Etter mitt syn gir ikke regelen i arveloven 1972 § 40 om at avkorting av arv som følge av arveforskudd skal skje etter opprinnelig verdi, veiledning for det spørsmålet som foreligger her (avsnitt 74).

Spørsmålet om oppjustering er kun avgjort med tanke på betydningen av *tidligere utdelinger til arvingene ved beregningen av om en gave står i misforhold til formuen i boet*. Spørsmålet kan imidlertid reise seg også i andre situasjoner. Skal man i kumulasjon av flere gaver til samme person indeksregulere gaver gitt på ulike tidspunkter? Problemstillingen vil også kunne komme opp i forbindelse med skifte av uskifteboet. Etter al. § 29 fjerde ledd skal man hvor det er gjennomført delvis arveoppgjør etter den førstavdøde eller den lengstlevende (slik det var gjort i denne saken), ta hensyn til slike utdelinger ved utregningen av andelsforholdet som legges til grunn for skiftet. Skal det gjøres en indeksregulering av de tidligere arveoppgjørene også i denne sammenhengen? Det kan gi litt pussige resultater, særlig hvis det både er gjort utdelinger under uskiftet som skal hensyntas etter al. § 29 fjerde ledd og det i samme oppgjør skal skje avkorting for arveforskudd gitt før uskiftet, som reguleres etter al. § 75 bokstav a (1972-loven § 40) hvor det *ikke* skal skje noen indeksregulering med mindre det er avtalt mellom partene. Det kan også være tilfel-

ler hvor arvingene kan velge om de skal fremme et omstøtelseskrav etter al. § 23 eller kreve tilsvarende oppgjør etter al. § 24 fordi det er gitt en gave som står i misforhold til formuen i boet til en av uskiftearvingene. Skal man også da indeksregulere? Mitt standpunkt er at svaret på alle disse spørsmålene må være nei. Det er bare hvor det har skjedd arveoppgjør til førstavdødes arvinger og disse arvingene senere krever omstøtelse, at man skal legge til utdelingene og indeksregulere før man beregner om det foreligger misforhold. Hvis man ikke hensyntok utdelingene i disse situasjonene, ville arvingene få i både pose og sekk. Det skal ikke indeksreguleres i den interne fordelingen mellom arvingene etter al. § 24.

I avsnitt 75 nedtones betydningen av indeksregulering noe, da det skal gjøres en helhetsvurdering og derfor ikke alltid vil være nødvendig å foreta en nøyaktig beregning basert på konsumprisindeksen.

Avslutningsvis i lovtolkningen sier Høyesterett noe om innholdet i den konkrete vurderingen av om det foreligger «mishøve». Sentralt i denne vurderingen er «om gavedisposisjonen fremstår som misbruk av gjenlevendes råderett over uskifteboet» og at grensen «går ved det som ut fra hensynet til førstavdødes arvinger fremstår som misbruk av råderetten» (avsnitt 77). Det er for øvrig denne vurderingen som er kjernen i Bekkedals og Eegs utlegning av rettsregelen.

Også i den konkrete vurderingen vises det til hvilke momenter som er fremhevet i teorien. Det vises til at formålet med gaven og hvem den er gitt til, har betydning. Videre vises det til at det har betydning hvordan boet rent økonomisk har utviklet seg i uskifteperioden, slik at man kan tillate større gaver dersom gjenlevende ved sin innsats har økt boets nettoverdi enn når boets verdi har sunket (avsnitt 78). Det legges til at de momenter som er trukket frem, ikke er uttømmende (avsnitt 79).

I subsumsjonen kommer Høyesterett til at gavens størrelse i utgangspunktet var 20 prosent av boets verdi på gavetidspunktet. Men tillagt overføringene til arvingene i 2002, og korrigert for prisutviklingen, utgjorde gaven i underkant av 16 prosent. Dette er en gave i det intervall som krever en nærmere konkret vurdering.

I den konkrete vurderingen trekkes det frem at uskiftet har vart lenge (22 år) og at uskifteboet har økt vesentlig hovedsakelig på grunn av prisutviklingen i fast eiendom, men at lengstlevende også har forvaltet midlene i boet på «en alminnelig god måte – uten å forbruke av dem» (avsnitt 80).

Det vises videre til at utdelingene til Hs arvinger utgjorde en vesentlig del av det arvingene ville hatt krav på dersom det hadde blitt foretatt et fullstendig skifte av boet i 2002. Barna mottok 500 000 hver, men ville ha mottatt 712 500 kroner hver ved et fullstendig skifte. Dette tillegges vekt i vurderingen. Det vektlegges også at gaven var ledd i disposisjoner som sikret at H kunne bli boende i leiligheten som I og han hadde kjøpt sammen uten noen konflikt med Is barn. Dette

kan kanskje ses som et argument for at det var egeninteresse og ikke bare gavmildhet mot Is barn (eller tilsidesettelse av egne barns interesser) som var motiverende for H. Samlet sett kom Høyesterett til at gaven ikke sto i misforhold til verdien av uskifteboet, og at gaven derfor ikke kunne omstøtes.

Avsluttende bemerkninger:

Dommen gir avklaringer på praktisk viktige spørsmål som har blitt aktualisert og forsterket ved at gaverege-len i al. § 23 ikke skiller mellom gaver som består i fast eiendom og andre gaver. Det gis noen føringer for skjønnnet, og det slås fast at det særlig er i intervallet av gaver mellom 10 og 30 prosent av boets verdi at omstøtelse er aktuelt. Det gis også en rettsavklaring på kumulasjon av gaver. Det er også viktige presiseringer som gjøres med hensyn til betydningen av tidligere utdelinger til arvingene. Konsumprisoppjusteringen av tidligere utdelinger kan imidlertid skape nye utfordringer ved praktiseringen av andre regler i uskiftematerien.

John Asland

ERSTATNINGSRETT

Krav om erstatning fra investorer. Spiro Medical AS – HR-2022-2484-A

Dommen gjelder krav om erstatning fra investorer som tegnet aksjer i en rettet emisjon, mot to styremedlemmer etter aksjeloven § 17-1.

Spiro Medical AS drev med utvikling av et produkt som kunne brukes til å utrede og behandle søvnforstyrrelser. I 2014 gjennomførte selskapet en rettet emisjon mot flere profesjonelle investorer og hentet inn nærmere 15 millioner kroner. Salget av produktet gikk ikke som forventet, og i 2017 ble det begjært oppbud. De to investorene fremsatte erstatningskrav mot styremedlemmene, med anførsel om at de hadde gitt mangelfulle opplysninger om produktet virksomheten skulle selge.

Høyesterett innleder med noen rettslige utgangspunkter om aksjeloven § 17-1 i avsnitt 40 flg. Det presiseres at § 17-1 er lovfesting av den alminnelige culpanormen, og at bestemmelsen er skjønnsmessig. Culpanormen har en objektiv og en subjektiv side; det vil si at det må foreligge et pliktbrudd og dette må kunne bebreides styremedlemmet. Det presiseres at det ikke kan besvares generelt om det gjelder en lempelig eller streng norm, men at dette avhenger av typetilfellet og de konkrete omstendighetene i den enkelte saken.

I avsnitt 45 og utover plasseres styremedlemmenes plikt overfor aksjetegnere rettslig. Det presiseres at de avtalerettslige reglene gjelder som et utgangspunkt ved aksjetegning. Avtalen inngås imidlertid mellom selskapet og tegnerne, mens styremedlemmene ikke er part i denne. Retten mener likevel at avtaleloven § 33 og 36 gir veiledning for hvilke krav som stilles til styrets medlemmer. Det betyr at styremedlemmenes plikt til å gi informasjon til aksjetegnere på sel-

skapets vegne, har fellestrekk med den kontraktsrettslige opplysningsplikten.

Grunnen til at erstatningskrav fremsettes mot styrets medlemmer og ikke selskapet som kontraktspart, er at erstatningskrav som følge av uriktige opplysninger ved aksjetegning ikke kan fremmes mot selskapet. Det ville uthule regelen om at svake ugyldighetsgrunner ikke kan påberopes etter registrering av kapitalforhøyelsen, jf. aksjeloven § 10-7, jf. § 2-10. Styret har et overordnet ansvar for at investorer får korrekte opplysninger, noe som innebærer at styremedlemmer har plikter direkte overfor investorene. Det ble presisert at det ikke kan oppstilles krav om at det må foreligge kvalifisert mangel ved den informasjon som gis for at det skal bli ansvar for styremedlemmene, men de uriktige opplysningene må gjelde forhold av vesentlig betydning (avsnitt 52). Det ble trukket paralleller til reglene om offentlige prospekt i verdipapirhandelloven.

Når det gjelder informasjonsansvarets innhold, må det sondres mellom historisk informasjon og prognoser om fremtiden. Det ble presisert at investorer selv bærer risikoen for prognoser og antagelser om markedsutviklingen, med mindre de er basert på villedende informasjon. Her ble det vist til Rt. 2013 s. 388 (Røeggen), selv om den saken gjaldt ansvar i kontrakt.

Når det gjelder terskelen for å holde styremedlemmer ansvarlig, understrekes det at styret har anledning til å ta risiko, særlig sett i lys av at formålet med aksjeselskaper er å legge til rette for at aksjeeiere tar risiko. Terskelen for ansvar for styrets forretningsmessige feilvurderinger er derfor høy, jf. blant annet Rt-1991-119 Normount og HR-2017-2375-A Ulvesund avsnitt 42.

I den aktuelle saken kom Høyesterett til at det var gitt noenlunde korrekte opplysninger om faktiske forhold. Styremedlemmene hadde riktignok feilvurdert situasjonen, men handlingene oversteg ikke den høye terskelen for å ilegge erstatningsansvar på et slikt grunnlag. Det ble i vurderingen lagt vekt på at saken gjaldt profesjonelle investorer som må bære risikoen for egne forventninger om fremtiden. Investorene var klar over at det fremdeles heftet teknisk risiko knyttet til utviklingen av selskapets produkt.

Vi har fått flere fellende dommer om styreansvar i den senere tid, og denne dommen er en viktig påminnelse om at terskelen for å ilegge ansvar for styremedlemmers forretningsmessige feilvurderinger er høy. Uttalelsene fra Normount-dommen fra 1991 er således fortsatt relevante. En for streng norm knyttet til forretningsmessige beslutninger ville hemme styremedlemmer og gjort det vanskeligere å drive næringsvirksomhet i tråd med aksjelovens formål. På den annen side er det sentralt at det stilles krav om at investorer får korrekt og tilstrekkelig informasjon om historiske forhold, for å kunne gjøre egne vurderinger om fremtiden og ta gode investeringsbeslutninger.

Margrethe Buskerud Christoffersen

IMMATERIALRETT

Økonomisk kompensasjon for immaterialrettskrenkelser – utmåling av vederlag og erstatning – HR-2022-2222-A

Første juli 2013 er en viktig dato i norsk immaterialrett, og, kan det hevdes, også i norsk erstatningsrett. Da fikk vår immaterialrettslige lovgivning (patentloven, varemerkeloven osv.) uttrykkelige hjemler for at den som krenker en annens immaterialrett, ikke bare kan måtte erstatte innehaveren det økonomiske tap som rettighetshaveren måtte ha lidt, men også «vederlag svarende til en rimelig lisensavgift for utnyttelsen» eller «vederlag svarende til vinningen som er oppnådd ved inngrepet». Rettighetshaveren kan velge det alternativ som gir størst beløp. Dersom inngripen har handlet forsettlig eller grovt uaktsomt, kan rettighetshaveren i stedet for vederlag og erstatning kreve vederlag svarende til det dobbelte av en rimelig lisensavgift for utnyttelsen.

Det kan diskuteres hvor langt disse bestemmelsene har overføringsverdi til spørsmålene om hvordan man kan fastsette økonomisk kompensasjon for rettsbrudd utenfor immaterialrettens område (for urettmessig bruk av andres faste eiendom, for kontraktsbrudd osv.). Det er nok temmelig sikkert at en eier i hvert fall kan kreve «rimelig vederlag» for andres urettmessige bruk av fysiske ting og fast eiendom (jf. Rt. 1981 s. 1215, som Høyesterett selv viser til i dommen, og Iselin Kaus, «Vederlag ved urettmessig utnyttelse av ting og immaterialrettighet», *Privlus*, 2021 nr. 214).

Men hvordan skal «rimelig vederlag» utmåles? Og hvilken innvirkning har de fortsatt nokså nye reglene på holdbarheten av domstolenes tidligere praksis med å utmåle erstatning for økonomisk tap temmelig skjønnsmessig? Her har Høyesterett nå gitt viktige bidrag.

Saksforholdet i korthet: Selskapene Vindex AS og Norgesgjerde AS selger gjerder og rekkverk som er laget av det vedlikeholdsfrie plastmaterialet PVC. Selskapene har vært markedsledende for disse produktene i Norge. Konkurrenten Kystgjerdet AS begynte med salg av slike gjerder i 2017. I 2018 hadde selskapet en aktiv markedsføring på internett, blant annet gjennom Google Ads og søkemotoren Bing. Kystgjerdet betalte for VINDEKX og NORGESGJERDE som søkeord for sine annonser slik at når potensielle kunder søkte på disse søkeordene på Google eller Bing, fikk de opp en annonse for Kystgjerdets produkter. I utgangspunktet er bruk av andres varemerker som søkeord lovlig (jf. HR-2021-2479-A, Bank Norwegian-dommen avsnitt 66 med videre henvisninger, se f.eks. også Inger B. Ørstavik, «Bruk av konkurrenters kjennetegn som betalte søkeord ved søkemotorannonsering på internett – HR-2021-2479-A», *Nytt i privatretten*, 2022 nr. 1). I mer enn 90 prosent av annonsene som kom opp ved bruk av disse søkeordene, stod imidlertid varemerkene VINDEKX eller NORGESGJERDE i selve annonse-

teksten. Det skyldtes at Kystgjerdet også betalte for Google-tjenesten Dynamic Keyword Insertion. Oslo tingrett fant at dette var en varemerkekrenkelse. For lagmannsrett og Høyesterett erkjente Kystgjerdet at selskapet hadde krenket Vindex' og Norgesgjerdes varemerkerettigheter, spørsmålet var hvor stor økonomisk kompensasjon selskapet måtte ut med etter varemerkeloven § 58.

Tingretten hadde tilkjent Vindex kr 2,5 millioner i vederlag. Vederlaget utgjorde 17 prosent av Kystgjerdets omsetning i den perioden VINDEX ble brukt som søkeord, og ganget med to fordi retten mente at Kystgjerdet hadde opptrådt grovt uaktsomt, jf. varemerkeloven § 58 annet ledd. Norgesgjerde ble tilkjent erstatning for tapt omsetning og markedsforstyrrelser. Beløpet var skjønnsmessig fastsatt til kr 1,7 millioner ut fra en totalvurdering av dokumentasjonen og bevisførselen. Lagmannsretten, som kom til at krenkelsen var av noe mindre omfang enn tingretten hadde kommet til, tilkjente Vindex kr 1 030 000 og Norgesgjerde kr 1 190 000. Lagmannsretten mente at dobbel rimelig lisensavgift etter varemerkeloven § 58 andre ledd ga det høyeste kompensasjonsbeløpet for både Vindex og Norgesgjerde. Selskapenes erstatningskrav var etter lagmannsrettens syn basert på lite sannsynlige forutsetninger.

Førstvoterende – dommer Ringnes – som fikk tilslutning fra de øvrige dommere – innleder sitt votum med en kort generell redegjørelse for reglene og deres formål. I avsnitt 59 og 60 understreker han et viktig prosessuelt poeng: Dersom en rettighetshaver har påberopt seg flere av grunnlagene for økonomisk kompensasjon i varemerkeloven § 58, må retten *ta stilling til alle* for å komme frem til det utmålingsalternativet som er best for rettighetshaveren. Om *hvor grundig* vurderingen bør være, uttaler han at det «vil bero på bevisbildet. Det kan ikke kreves at retten skal foreta en «millimeterutregning» for alle alternativene. Det vil være tilstrekkelig å foreta en mer overordnet vurdering av hvilket alternativ som etter bevisførselen oppfyller kravene til sannsynlighetsbevis og som peker seg ut som det høyeste».

Deretter går førstvoterende inn på den konkrete vurderingen. Han begynner med det tradisjonelle alternativet «erstatning for økonomisk tap» (§ 58 første ledd bokstav b). Saksøkerne hadde anført at en skjønnsmessig del av salgene av Kystgjerdets PVC-gjerder ville gått til dem dersom den ulovlige annonseringen ikke hadde skjedd. De mente at størrelsen på slikt tap kunne beregnes ved å legge til grunn at en nærmere bestemt prosentandel av antall klikk på de ulovlige annonsene ledet til tapt salg for saksøkerne. Etter førstvoterendes mening fikk disse beregningene «preg av gjetning». Det forelå etter hans mening ikke tilstrekkelig dokumentasjon som kunne underbygge hvor mange salg som Kystgjerdet fikk som følge av de ulovlige annonsene.

Deretter (avsnitt 72 flg.) drøfter førstvoterende om

omsetningstallene for partene i den aktuelle perioden kunne underbygge omsetningstapene for saksøkerne. Både Vindex og Norgesgjerde hadde hatt en betydelig omsetningsnedgang da Kystgjerdet begynte sin ulovlige markedsføring, samtidig som Kystgjerdets egen omsetning hadde økt betraktelig. Igjen fant imidlertid førstvoterende at bevisituasjonen var for usikker til å kunne fastsette noe erstatningsbeløp. Han mente tallene underbygget at den ulovlige annonseringen hadde påført saksøkerne et tap, men «hvor stor del av disse tapene som skyldes den ulovlige annonseringen, og hva som må tilskrives andre årsaksfaktorer, er det imidlertid svært vanskelig å bringe på det rene» (avsnitt 77). Han pekte på at Kystgjerdet i perioden også hadde en lovlig annonsering på internett, som i volum var mye større enn de ulovlige annonsene, og Kystgjerdet hadde fremlagt en markedsundersøkelse som «viser at en stor andel av kundene deres valgte dette selskaps produkter ut fra produktutvalget, pris og kundeservice».

Deretter gikk førstvoterende over til å drøfte saksøkernes krav om erstatning for *markedsforstyrrelse* og *svekket omdømme* (avsnitt 81 flg.). Han tolket forarbeidene slik at «det bør stilles ganske lempelige krav til dokumentasjon for at det har eller vil oppstå tap som følge av slike skadevirkninger og for størrelsen på slikt tap». Det var imidlertid på det rene at både Vindex og Norgesgjerde i hvert fall fra 2020 (krenkelsen skjedde i 2018) hadde hatt en markert omsetningsøkning. Etter å ha pekt på dette, mente førstvoterende at det ikke var «dokumentasjon som kan underbygge kravene på erstatning for markedsforstyrrelser og svekket goodwill».

Alternativet *vinningsavståelse* etter § 58 første ledd bokstav c ble avvist ganske kort, da det «reiste de samme bevisproblemene som ved økonomisk tap» (avsnitt 90).

Da gjenstod alternativet «vederlag som svarer til en rimelig lisensavgift» etter § 58 første ledd bokstav a, ganget med to, siden Kystgjerdet hadde opptrådt grovt uaktsomt (§ 58 annet ledd). Førstvoterende presiserte (avsnitt 91) at utgangspunktet for fastsettelsen av lisensavgiften er «hva partene ville avtalt dersom det var inngått avtale om lisensiering». Men retten hadde ikke fått presentert noe erfaringsmateriale som kan kaste lys over hva som kunne vært avtalt om vederlag i en lisensavtale for bruk av varemerker som søkeord på internett. Førstvoterende mente at det «fremstår også som helt hypotetisk at en varemerke innehaver vil gi lisens til en konkurrent for slik bruk – som jo er egnet til å skade varemerke innehaverens markedsposisjon».

Deretter viser førstvoterende til tidligere dommer der den aktuelle krenkelse hadde bestått i *salg av produkter med en annens varemerke*. Han uttaler at i slike tilfeller vil inngriperens brutto salgsinntekter være et uttrykk for omfanget av varemerkekrenkelsen. For å komme frem til en rimelig lisensavgift i disse tilfellene

er det naturlig å multiplisere bruttoomsetningen med en prosentsats som gjenspeiler varemerkets verdi (jo høyere verdi av varemerket, jo høyere prosentsats). Denne prosentsatsen understreker førstvoterende må vurderes konkret (avsnitt 93). En slik prosentberegning var imidlertid *ikke* anvendelig i den foreliggende sak, siden utnyttelsen av varemerkene her bare var knyttet til *markedsføring* og ikke salg av produkter med merkene. Førstvoterende drøftet om antall ganger annonsene med de ulovlige varemerkene var *vist* eller *klikket på*, kunne være utgangspunkt for beregningen (avsnitt 98–99):

... den flyktige karakteren av markedsføring på internett [innebærer] at mange forbrukere kanskje ikke fester seg særlig ved enkeltannonser. Når spørsmålet er hva partene ville avtalt dersom det var inngått en lisensavtale for den aktuelle bruken, kan antall klikk være et like relevant grunnlag for beregning av omfanget som antall visninger. Antall klikk indikerer hvor mange forbrukere som har tatt et aktivt valg om å se nærmere på produktet.

Det at det ikke er et en-til-en-forhold mellom et klikk og et kjøp, og at partene ikke har kunnet peke på noen konverteringsfaktor som kan gi et realistisk bilde av hvilken tallmessig sammenheng det er mellom klikk og kjøp, skaper imidlertid ytterligere usikkerhet om hvordan en rimelig lisensavgift kan beregnes.

Til slutt måtte førstvoterende konkludere med at lisensavgiften måtte utmåles som engangsbeløp etter et skjønn (avsnitt 103-105):

På bakgrunn av at det ikke foreligger noen økonomiske faktorer som gir et rimelig utgangspunkt for utregning av lisensavgift, samt fraværet av relevante eksempler og erfaringsmateriale, og at det synes helt hypotetisk at det ville blitt gitt lisenser for denne type varemerkebruk, er jeg kommet til at de beste grunner tilsier at lisensavgiftene må utmåles som engangsbeløp etter et skjønn. Jeg har, slik saken ligger an, ikke grunnlag for å oppstille generelle prinsipper for hvordan en rimelig lisensavgift skal beregnes ved ulovlig bruk av andres varemerke i annonsetekster, når det skjer ved kjøp av konkurrenters varemerke som søkeord.

Siden den ulovlige varemerkebruken bare utgjorde en liten del av Kystgjerdets markedsføring, kom han til at kr 400 000 til hvert selskap var et rimelig beløp. Doblet på grunn av den grove uaktsomhet ble det kr 800 000 til hvert selskap.

Kommentar: Selv om resultatet altså ble vederlag i form av et skjønnsmessig fastsatt engangsbeløp, gir dommen viktige retningslinjer for mer objektive beregningsmetoder som domstolene må vurdere – dersom partenes bevisførsel gir grunnlag for det – før de kan falle ned på et slikt skjønn. Slik kan dommen forhåpentligvis øke forutsigbarheten om hvordan domstolene skal beregne økonomisk kompensasjon for en ulovlig

utnyttelse av andres rettigheter. Med unntak av erstatning for tap som følge av *markedsforstyrrelse* og *sveket omdømme*, der førstvoterende aksepterer at det kan stilles lempelige krav til dokumentasjon for at det er oppstått eller vil oppstå et tap og for størrelsen av et slikt tap, kan dommen synes å stille noe strengere krav til dokumentasjon for lidt tap enn det har vært stilt i enkelte tidligere rettsavgjørelser. Det kan i mange fremtidige saker gjøre utmålingsalternativet «vederlag svarende til en rimelig lisensavgift for utnyttelsen» (jf. varemerkeloven § 58 første ledd bokstav a), eventuelt ganget med to ved forsettlig eller grov uaktsom krenkelse (annet ledd), til et mer aktuelt alternativ enn «erstatning for skade av inngrepet» (første ledd bokstav b).

I EU-retten blir økonomisk kompensasjon for immaterialrettskrenkelser regulert av direktiv 2004/84 om håndhevelse av immaterialrettigheter, som imidlertid *ikke* er gjort til del av EØS-avtalen. Plassen tillater ikke å gå inn på en nærmere diskusjon av forholdet mellom de norske bestemmelsene og EU-rettens regler.

Harald Irgens-Jensen

INSTITUTT FOR PRIVATRETT

Privatrettssymposiet 2023

Privatrettssymposiet – Oslo Senter for Kommersiell Rett sitt nyttårssymposium – gikk av stabelen den 12. og 13. januar 2023. Etter endeløs pandemi kunne vi endelig treffes igjen til et av årets store faglige høydepunkter. Svært kvalifiserte deltakere fra praktikerfeltet og academia i hele Norden møttes til dyst, og diskuterte alt fra klassiske temaer som skyld til mer cutting edge-problemstillinger knyttet til kontraktsretten i en omskiftelig tid, virksomhetsoverdragelse, og data som formuesgode og ressurs, for å nevne noen. Formålet med symposiet er å synliggjøre bredden og dybden i forskningen innen kommersiell rett, og styrke kontakten med det praktiske rettsliv. Programmet er utformet i samarbeid mellom Privatrettssymposiets styre og vitenskapelige råd.

Årets åpningssesjon omhandlet skyldformer i formueretten. Sesjonen ble ledet av advokat dr. juris Are Stenvik (BAHR) med solide bidrag innen erstatningsrett og kontraktsrett fra hhv. professor Erling Hjelmeng og professor Lasse Simonsen (begge Ifp). Med *skyld* menes vanligvis at en skadevolder har eller burde hatt kunnskap om en risiko som har forårsaket skade, og at vedkommende har hatt personlige forutsetninger for skyld. Det skilles mellom tre former for – eller grader av – skyld: Vanlig uaktsomhet, grov uaktsomhet og forsett. I de fleste sammenhenger er vanlig uaktsomhet tilstrekkelig for ansvar, og graden av skyld er uten betydning for ansvarets omfang. Men det er også en rekke eksempler på at skyldgraden *har* betydning, enten for grunnlaget, subjektet eller omfanget

av ansvar. Skyldgraden kan også påvirke fordelingen av bevisbyrden mellom parter, samt ha betydning for reklamasjonsspørsmål, foreldelse mv. Eksempelene er mange. For bare å nevne noen: Forsett eller grov uaktsomhet kan føre til at ansvarsfritak eller ansvarsbegrensninger settes til side, i medhold av lov (for eksempel vegfraktiloven § 38), avtale (for eksempel NS 8405 og NS 8401) eller på ulovfestet grunnlag. Skadevolders ansvar for skade utenfor yrkes- og ervervsvirksomhet som er dekket av forsikring, forutsetter «forsett eller grov skyld», jf. skadeserstatningsloven § 4-2 og § 4-3. Ansvar for ikke-økonomisk skade etter skadeserstatningsloven § 3-5 forutsetter at skaden er voldt «forsettlig eller grovt aktløst». Som et siste eksempel kan nevnes at grensen for erstatningsmessige skadefølger – adekvansgrensen – gjerne anses å utvides ved forsett og grov uaktsomhet. Eksempelene er tilstrekkelige for å vise at skyldgraden kan ha stor betydning i en rekke ulikeartede situasjoner. Men hva karakteriserer den enkelte skyldformen, og hvordan skal man trekke grensene mellom dem? Det er blant temaene som ble satt under debatt i årets åpningssesjon, som særlig belyste grensdragningen mellom vanlig og grov uaktsomhet.

Torsdagens program inneholdt videre to parallelle faglige søyler, hvor den ene søylen tok for seg sentrale utfordringer som kan oppstå ved virksomhetsoverdragelse, mens den andre søylen omhandlet data som formuesgode og data som ressurs.

Søylen om virksomhetsoverdragelse handlet dels om erstatningsberegning ved virksomhetsoverdragelse, og dels om arbeidsrettslige aspekter ved virksomhetsoverdragelse.

Sesjonen om erstatningsberegning ved virksomhetsoverdragelse ble ledet av professor Margrethe Buskerud Christoffersen (Ifp), og hadde svært kvalifiserte bidrag fra justitieråd Johnny Herre (Högsta Domstolen, Sverige), professor Amund Bjøranger Tørum (Nifs) og advokat Anders Arnkværn (Thommessen). Dette er et panel som har bred erfaring fra avtaleinngåelse og tvisteløsning, herunder voldgift, og under symposiet diskuterte de utvalgte problemstillinger.

Virksomhetskjøpsavtaler inneholder gjerne omfattende garantier fra selger knyttet til virksomheten og eventuelt aksjenes egenskaper, samt bestemmelser om at brudd på garantiene gir kjøper krav på erstatning. Det er imidlertid sjelden avtalene inneholder bestemmelser om beregningen av kjøpers krav og det vil gjennomgående være nødvendig å trekke inn bakgrunnsretten for å beregne kjøpers erstatningsmessige tap. Her er eksempler på noen av problemstillingene som ble belyst: Hva er virksomhetskjøpers positive kontraktsinteresse ved garantibrudd? Hvordan beregnes kjøpers situasjon ved riktig oppfyllelse og med garantibruddet? Hvilke verdsettelsesmodeller er relevante ved beregningen? Når kan et garantibrudd sies å ha en gjentakende effekt, og skal det eventuelt benyttes en multipl for å finne kjøpers tap? Hvilke utslag

kan kjøpers tapsbegrensingsplikt få? Og hvordan beregnes virksomhetskjøpers indirekte tap? Hvilke deler av kjøpers tap kan anses som indirekte? Hvilken relevans har kjøpslovens regler og hvilket innhold har disse ved virksomhetskjøp?

Sesjonen om arbeidsrettslig regulering av virksomhetsoverdragelse ble ledet av professor Marianne Jenum Hotvedt, og hadde innlegg av professor Johann Mulder (Ifp), advokat Kjetil Edvardsen (Fagforbundet) og advokat Julie Piil Lorentzen (Wiersholm). Arbeidsmiljøloven kapittel 16 og direktiv 2001/23/EF fastsetter rettigheter for arbeidstakere ved overdragelse av virksomhet eller del av virksomhet. Reglene er av stor praktisk betydning idet den grunnleggende rettsvirkningen er at arbeidsavtalene overføres til erverver. Dette reiser en rekke problemstillinger både på vilkårs- og rettsvirkningssiden, som jevnlig er oppe for Høyesterett og EU-domstolen. Når foreligger det en virksomhetsoverdragelse? Når er det overførte en tilstrekkelig selvstendig enhet, og hva kreves for at identiteten er i behold? Hvilke rettigheter og plikter føres over? Hvilken stilling har lovbestemte vilkår og individuelle lønns- og arbeidsvilkår fastsatt i tariffavtale?

Professor Johann Mulder (Ifp) innledet om reglenes anvendelsesområde i lys av nyere rettspraksis fra EU-domstolen og Høyesterett, og presenterte det grunnleggende om arbeidsavtalens og tariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelse. Advokat Kjetil Edvardsen (Fagforbundet) snakket om aktuelle problemstillinger knyttet til reglenes anvendelsesområde. Og advokat Julie Piil Lorentzen tok for seg aktuelle problemstillinger knyttet til overføring av arbeidstakere og arbeidsvilkår.

Den andre faglige pilaren i torsdagens program omhandlet data som formuesgode og data som ressurs. Den første sesjonen om data som formuesgode ble ledet av professor Tobias Mahler, Ifp. Innledere under sesjonen var professor Ole-Andreas Rognstad (Ifp), professor Harald Irgens-Jensen (Ifp), advokat Hanne Heltne (CLP) og advokat Erik Torjusen (Kvale).

I alt fra underholdningsbransjen til IT-, energi- og legemiddelindustrien synes det nå å være enighet om at tilgang til, og evne til å analysere, store mengder *data*, er en nøkkel til suksess. Bedriftene kan trenge data om for eksempel forskjellige aldersgruppers mediebruk og underholdningspreferanser, om vær og produksjonsanleggs prestasjoner under ulike forhold, eller om genetiske egenskaper, blodverdier og kostholdsvaner hos ulike pasientgrupper. Blant hovedmålene i EU-kommisjonens satsing mot et «digitalt indre marked» er et velfungerende «marked» for data. Sesjonen belyste rettighetsposisjoner som et slikt marked bygger på, og rettslige instrumenter og hindre for utvikling av markedet.

Professor Ole-Andreas Rognstad (Ifp) innledet om diskusjonen om «eierskap» til data, og hvilke rettsposisjoner det er tale om. Deretter så professor Harald

Irgens-Jensen (Ifp) nærmere på vernet av forretningshemmeligheter som grunnlag for rettigheter til data. Advokat Hanne Heltne (CLP) nærmet seg behovet og mulighetene for å sikre kontroll over – og eksklusivitet til – data i kontrakter. Advokat Erik Torjusen (Kvale) snakket dernest om data som objekt for sikkerhetsstillelse og i konkurs.

Etter pause handlet den andre sesjonen om «data som ressurs. Rettslige instrumenter og hindre for deling av data». Sesjonen ble ledet av professor Harald Irgens-Jensen (Ifp). Advokat Kristian Østby Deglum (Kongsberg Gruppen ASA) og Head of Legal & Compliance Lene C. Høydahl (Kongsberg Digital) innledet over hvordan få til effektiv datadeling i kontrakter. Stipendiat Mona Naomi Lintvedt (Ifp) så nærmere på hvordan EUs Open Data Directive og Data Governance Act kan sikre effektiv datadeling. Professor Bjørn Lundqvist (Stockholms universitet) snakket om plattformers plikt til datadeling etter Digital Markets Act. Et effektivt regime? Avslutningsvis ga professor Inger Ørstavik (Ifp) et overblikk over juridiske rammer for deling av data.

Torsdag kveld dekket Symposiet til 85 glade middagsgjester i Professorboligen, hvor faglige diskusjoner og hyggelig passiar fortsatte inn i de små timer.

Fredag startet symposiet med to alternative sesjoner. Sesjonen «Kontraktsrett i en omskiftelig tid» ble ledet av førsteamanuensis Herman Bruserud (Ifp). I det meget kompetente panelet satt advokat dr. juris Jan Einar Barbo (BAHR), advokat Kristine Hyldmo Bjørnvik (Thommessen) og advokat dr. juris Sondre Dyrland (Wiersholm).

De siste to årene har vært annerledes på så mange vis, også fra et kontraktsrettslig perspektiv. Koronaen har aktualisert verktøy som kontraktsomlegging og ansvarsfritak for kontraktsforhold som allerede eksisterte, men også budt på utfordringer for kontraktsforhold som skulle inngås under uvanlig usikre omstendigheter. Samtidig har det seneste året også budt på mange andre utfordringer bl.a. som følge av krig i Europa, økende strømpriser, høye drivstoffpriser og høy inflasjon. Spørsmålet som ble diskutert i denne sesjonen, var om kontraktsretten har hatt den nødvendige robustheten og om den har gitt oss erfaringer vi kan ta med oss til videreutvikling av rettsområdet.

Den andre sesjonen omhandlet beregning av «berikelseskrav». Her ble det stilt spørsmål om hva obligasjonsrettens regler om berikelse kan lære av strafferettens regler om inndragning av utbytte – og vice-versa? Særlig ble forholdet mellom «berikelsesgrunnsetningen» ved *condictio indebiti* og rettspraksis om fastsettelse av «utbytte» ved inndragning behandlet. Høyesterettsdommer dr. juris Magnus Matningsdal innledet om fastsettelse av «utbytte» ved inndragning, mens advokat Viljar Nerheim Johnsen (Regjeringsadvokaten) snakket om hvilken overføringsverdi rettspraksis om «utbytte» ved inndragning har for forståelsen av «berikelsesbegrensningen» ved *condictio indebiti*.

Det er tradisjon for at Symposiet avsluttes ved Viggo Hagstrøms minneforelesning i Gamle festsal. Professor Viggo Hagstrøm var den toneangivende formuerettsjuristen i Norge og en av de fremste juristene i Norden innenfor den sentrale formueretten. Minneforelesningen har vært holdt av nære venner og kollegaer av Viggo. Tidligere foredragsholdere for minneforelesningen har vært justitieråd Johnny Herre (Högsta Domstolen, Sverige), professor Mads Bryde Andersen (Københavns universitet) og professor emeritus Kåre Lilleholt (Ifp).

I år ble minneforelesningen holdt av professor emerita Tone Sverdrup (Ifp) som foreleste over «Formuerettslige grunnprinsipper anvendt i livsfellesskap». Når begreper og resonnementer fra formueretten benyttes mellom parter som lever i et samboerforhold eller ekteskap, fører det ikke så rent sjelden til uheldige – og noen ganger paradoksale – resultater. Både avtalerett, erstatningsrett og berikelseslæren synes å bygge på forutsetninger om hvordan private rettssubjekter tenker og handler som ikke slår til i livsfellesskap. Hva går disse forutsetningene nærmere ut på, og hva er det som gjør at de ikke passer i livsfellesskapet?

Symposiets styre takker alle innledere og deltakere for en enestående faglig fest, og en inspirerende start på det nye året! Vel blåst!

*Birgitte Hagland
På vegne av styret*

Ph.d.-disputas, Morten Smedal Nadheim: Dynamisk immaterialrett

Master i rettsvitenskap Morten Smedal Nadheim, som har vært tilknyttet Institutt for privatrett, UiO, som doktorgradsstipendiat, disputerte tirsdag 24. januar 2023 over avhandlingen *Dynamisk Immaterialrett* ved juridisk fakultet, Universitetet i Oslo for graden ph.d. Førsteopponent var professor Bengt Domeij ved Uppsala universitet og annenopponent professor emeritus Göran Millkvist ved Stockholms universitet. Leder og tredje medlem av komiteen var professor Inger B. Ørstavik, Universitetet i Oslo.

Nadheims avhandling inneholder en systematisk behandling og analyse av tredjepersonkonflikter i immaterialrettigheter, og er den første i sitt slag i Norge, selv om tredjepersonkonflikter i immaterialrettigheter har vært omfattet av andre avhandlingstemaer. Tredjepersonskonfliktene oppstår der to eller flere har uforenlige rettsstiftelser til den samme immaterialrettighet. For eksempel der et konkursbo vil ta beslag i en immaterialrett som noen mener å ha kjøpt, eller der en kredittyter mener at en avtalepant etablert i en immaterialrett må respekteres av etterfølgende utleggstakere som vil ta utlegg i den samme immaterialrettighet. Uttrykket immaterialrettigheter er ikke nødvendigvis entydig, men avhandlingen diskuterer tredjepersonkonflikter relatert til de mest sentrale, dvs. enerettsposisjoner som kan utledes av designloven, patentloven, varemerkeloven og åndsverkloven.

Avhandlingen har norsk rett som sitt primære nedslagsfelt, men det er gjort enkelte visitter til andre lands rett, særlig Sverige og Danmark, og Norges internasjonale forpliktelser, i denne sammenhengen særlig EØS-retten og eiendomsvernet i EMK protokoll 1 art. 1, er inndratt løpende i analysen.

Avhandlingen diskuterer spørsmål om hva som skal til for at forskjellige rettsstiftere med rettigheter knyttet til immaterialrettslovgivningens enerettsposisjoner skal få rettsvern overfor aktsomt godtroende avtaleerhververe, og mot tvangskreditorer. Dette er problemstillinger som er behørig diskutert i teorien og i rettspraksis knyttet til de mer tradisjonelle formuesgodene, som realregistrerbare formuesgoder, løsøretting, aksjer og pengekrav. Det er først i nyere tid at tredjepersonskonfliktene i immaterialrettigheter har fått økt oppmerksomhet, både i teorien og av lovgiver. Dette kan skyldes at bevisstheten rundt immaterialrettighetenes stilling og verdi som formuesgode har økt, noe som igjen har resultert i nye lovbestemmelser om særskilt pantsettelse av patentrettigheter, og snart også om særskilt pantsettelse av varemerkerettigheter. Immaterialrettigheter som formuesgode reiser særlige problemstillinger ved tredjepersonkonflikter, og Nadheim argumenterer i sin avhandling for løsninger som skal bidra til rettslig forutberegnelighet, og å danne grunnlag for sikre transaksjoner av immaterialrettigheter.

Disputasen ga gode diskusjoner om valg av innretningen og konseptet for avhandlingen og mer spesifikke spørsmål knyttet til løsninger på konkrete problemstillinger. Det var enighet i komiteen om at avhandlingen gir et solid tilskudd både til tingsretts- og immaterialrettslitteraturen, og for Institutt for privatrett, UiO, var disputasen en stor begivenhet.

Ole-Andreas Rognstad

INTERNASJONAL PRIVATRETT

Luganokonvensjonen, konnekse krav – HR-2022-2132-U

Ankeutvalgets kjennelse behandler flere spørsmål. Et spørsmål er om åndsverkloven § 78 gir en uttømmende regulering av verneting for forbudsdom ved inngrep i rettigheter etter loven. Kjennelsen konkluderer med at bestemmelsen skal leses i lys av tvisteloven § 1-3 om rettslig interesse.

Flere spørsmål gjelder Luganokonvensjonens bestemmelse om kumulasjon av krav. Det er sistnevnte spørsmål som kommenteres her.

Luganokonvensjonen artikkel 6 gir hjemmel for kumulasjon av konnekse krav uavhengig av om domstolen har verneting i henhold til konvensjonens øvrige vernetingsregler. Bestemmelsen sier i nr. 1 at en person som har bosted i et Luganoland, kan saksøkes «om han er en av flere saksøkte, ved domstolene for det sted hvor en av de saksøkte har bosted, forutsatt at

kravene er så nært forbundet at det er ønskelig å forene dem til felles behandling og til felles avgjørelse for å unngå risiko for uforenlige avgjørelser som en følge av separat behandling». Bestemmelsen er parallell til tilsvarende bestemmelse i EU-forordningen Brussel I, som Luganokonvensjonen er basert på. Luganokonvensjonen er ikke ennå blitt endret til å gjenopprette den fulle parallellitet etter at Brussel I ble endret med forordning 1215/2012. Imidlertid er tilsvarende bestemmelse i den nye Brussel I (artikkel 8 nr.1) ikke endret i forhold til den tidligere bestemmelsen (artikkel 6 nr. 1), som Luganokonvensjonen er basert på. Ankeutvalget legger derfor EU-domstolens rettspraksis om Brussel I til grunn.

At EU-domstolens praksis om Brussel I skal legges til grunn ved anvendelse av Luganokonvensjonen er sikker rett og konsistent praktisert av Høyesterett. Høyesterett er likevel noe nølende fra tid til annen, som vi vil se i det følgende.

Saken gjelder ulike krav om at et norsk selskap og en tysk stiftelse skal forbys å bruke et dataprogram for utvikling av kryptovalutaen IOTA, som ble utviklet av saksøker. Saksøker har vanlig bosted i Belarus; den norske saksøkte har hjemting i Buskerud; den tyske stiftelse har hjemting i Tyskland. Saken mot den norske saksøkte («ankersaksøkte») ble avvist ettersom selskapet hadde overført sine rettigheter til den tyske stiftelsen (medsaksøkte). Spørsmålene som oppstår av denne partskonstellasjon er oppsummert nedenfor.

Kan sakene kumuleres etter Luganokonvensjonen artikkel 6 nr. 1 når kravet er underlagt tvungent verneting som er ulik ankersaksøktes hjemting?

Etter åndsverkloven § 85 skal saker om krenkelse av rettigheter etter loven anlegges i Oslo. Etter Luganokonvensjonen artikkel 6 nr. 1 kan krav kumuleres ved domstolene for det sted hvor en av de saksøkte har bosted. Ankersaksøkte har bosted i Buskerud, ikke i Oslo. Saksøkte anførte at det ikke er grunnlag for kumulasjon etter artikkel 6 nr. 1. Ankeutvalget viser til at Luganokonvensjonen ikke tar stilling til hvordan rettskretsene skal se ut i det landet hvis domstolene har kompetanse etter konvensjonen (avsnitt 52). Dette er en riktig tolkning: Konvensjonen viser til domstolene i det landet der ankersaksøkte har hjemting, og regulerer ikke hvordan kompetansen skal fordeles internt i det landet. Det er derfor ikke i strid med artikkel 6 nr. 1 å anlegge sak i Oslo (tvungent verneting) til tross for at ankersaksøkte har bosted i Buskerud.

Hva ligger i kravet om at sakene skal være så nært forbundet at det er ønskelig å forene dem?

Ankeutvalget viser til at EU-domstolen tolker tilsvarende krav i Brussel I strengt. Ettersom kumulasjon fører til et unntak fra konvensjonens vernetingsregler, bør konneksitetskravet av hensyn til forutsigbarhet tolkes strengt (avsnitt 54). Det er riktignok ikke et vilkår at kravene skal være identiske – det er tilstrek-

kelig at det er forutsigbart for medsaksøkte å bli saksøkt ved ankersaksøktes vernetting (avsnitt 62).

Vilkåret er at kravene bygger på samme rettslige og faktiske situasjon, og at det derfor er fare for at avgjørelsene av de ulike kravene kan være innbyrdes uforenlige (avsnitt 63). I denne sammenheng viser ankeutvalget til at både norsk og tysk rett har lovgivning som er harmonisert på det aktuelle område (avsnitt 65). Dette kan gi inntrykk av at kumulasjon etter artikkel 6 nr. 1 kan hindres av at de ulike kravene er underlagt ulik bakgrunnsrett. Etter EU-rettspraksis er det imidlertid ikke nødvendig at kravene har samme hjemmel (Sak C-98/06 (Freeport)), og kumulasjon er mulig selv om kravene ikke er underlagt samme bakgrunnsrett (Sak C-352/13 (CDC Hydrogen Peroxide)).

Skal det sannsynliggjøres at kravene er konnekse?

Under henvisning til HR-2019-2206-A (Posten) oppstiller ankeutvalget et vilkår om at saksøker skal sannsynliggjøre at kravet mot medsaksøkte er forbundet med kravet mot ankersaksøkte (avsnitt 61). Bestemmelsen om kumulasjon skal som nevnt tolkes strengt, derfor påpeker ankeutvalget at det ikke er tilstrekkelig å legge pretensjonene til grunn. Det kreves ikke en grundig prøving av substansen, men kun en «*viss sannsynliggjøring*». Det er altså spørsmålet om konneksitet som skal sannsynliggjøres. Ankeutvalget mener at dette er et avvik fra tilnærmingen i Luganokonvensjonen ellers, som baserer seg på partenes pretensjoner (avsnitt 66, se også HR-2018-869-A (Stolt Commitment I) avsnitt 125 (dommer Bulls minoritetsvotum)). Imidlertid har Høyesterett foretatt en vurdering av pretensjoner også i andre sammenhenger, nemlig i forbindelse med vernetingsreglene i artikkel 5.3 (når kravet skal kvalifiseres som deliktsrettslig, Rt. 2015 s. 129 (Arrow)) og i artikkel 5.1 (når kontraktens eksistens skal vurderes, Rt. 2008 s. 1207; sak C-38/81 Effer); sak C-375/13 (Kolassa). Se også Rt. 1996 s. 822 og Rt. 1998 s. 136; HR-2018-936-U (Gaming Innovation).

Skal det sannsynliggjøres at ankerkravet kan fremmes?

Ankeutvalget vurderer om slikt vilkår om sannsynliggjøring også skal gjelde spørsmålet om saken mot ankersaksøkte skal kunne fremmes. Ankeutvalget viser til at EU-domstolen klart har avvist at kumulasjon skal kunne hindres av at kravet mot ankersaksøkte blir avvist (avsnitt 55-57 – under henvisning til Sak C-103/05 (Reisch Montage), der kumulasjon ble tillatt selv om kravet mot ankersaksøkte måtte avvises fordi vedkommende var konkurs). I avsnitt 58 kommenterer ankeutvalget at det ikke er åpenbart at bestemmelsen i artikkel 6 nr. 1 skal tolkes slik, men legger denne tolkningen til grunn av hensyn til harmonisering. I avsnitt 68 åpner ankeutvalget likevel for at det kan tenkes oppstilt et vilkår om sannsynliggjøring av at kravet skal kunne fremmes. Ankeutvalget tar ikke endelig stilling til dette, ettersom avvisning i denne

saken ikke var «så opplagt at det ikke en gang var en viss sannsynlighet for at A kunne vinne frem med sitt syn» på at saken skulle fremmes.

Dette er ikke første gang Høyesterett viser skepsis til EU-domstolens praksis hvoretter kumulasjonen ikke hindres av at ankerkravet ikke kan fremmes. I utgangspunktet følger Høyesterett EU-domstolen, se HR-2019-1577 (Tanstad) og den nevnte HR-2019-2206-A (Posten), hvor Høyesterett påpeker at det ikke kan oppstilles et vilkår om at kumulasjonen ikke skal ha som eneste formål å hindre at saken blir brakt inn for domstoler i et annet land. Med Høyesteretts ord: «det er altså ingen plass for en misbrukslære når først tilknytningsvilkåret i § 6 nr. 1 er oppfylt», jf. (HR-2019-2206-A (Posten) avsnitt 61). Likevel antyder et *obiter dictum* fra mindretallet i HR-2020-1328-A (Stolt Commitment II) avsnitt 103 at omgåelseshensyn kan vektlegges ved tolkning av vernetingsregelen som gir norske domstoler domsmyndighet mot ankersaksøkte. Det er imidlertid etter Luganokonvensjonen ikke grunnlag for å tolke vernetingsregler ulikt avhengig av om de blir brukt som utgangspunkt for kumulasjon. En slik differensiert tolkning er heller ikke ønskelig. Dette er bekreftet i den påfølgende lagmannsrettskjennelsen i Stolt Commitment-saken (LA-2020-99757, anke forkastet, HR-2021-902-U).

Testen er altså objektiv: Dersom kravene er så nært forbundne at artikkel 6 nr. 1 kan komme til anvendelse, er partenes motivasjon for å begjære kumulasjon ikke relevant, se sak C-98/06 (Freeport). Tidligere har EU-domstolen riktignok uttalt at kumulasjon ikke er mulig når det eneste formålet med begjæringen er å unndra søksmålet mot den medsaksøkte fra sin jurisdiksjon (sak C-103/05 (Reisch)). Likevel konkluderte EU-domstolen i Reisch-saken med at kumulasjon var mulig i den aktuelle saken, til tross for at kravet mot den opprinnelige saksøkte ikke kunne fremmes fordi det var åpnet konkurs mot den.

Den objektive testen kan utledes også ved å sammenligne ordlyden i artikkel 6 nr. 1 og nr. 2 om kumulasjon på grunnlag av regress. I motsetning til nr. 1 legger artikkel 6 nr. 2 til et subjektivt vilkår: «*forutsatt at dette ikke ble reist utelukkende for å unndra saken fra den domstol som ellers ville ha vært kompetent i hans sak*».

EU-domstolen har uttalt at kumulasjon kan hindres dersom omstendighetene klart viser at bestemmelsen vil bli misbrukt (Sak C-352/13 (CDC Hydrogen Peroxide) avsnitt 26 til 33). Uttalelsen var foranlediget av medsaksøktes anførsel om at saksøker hadde holdt skjult at saksøker hadde inngått forlik i kravet som lå til grunn for det opprinnelige søksmålet som forankret vernetting. Saksøker og saksøkte hadde altså skapt et feilaktig inntrykk av at saksøker (fortsett) hadde et krav som kunne føre til uforenlige avgjørelser. Siden kravet ikke lenger eksisterte som følge av det hemmeligholdte forliket, var det ikke grunnlag for søksmål og følgelig heller ikke for kumulasjon.

Dette er et spørsmål om misbruk av bestemmelsen i artikkel 6 nr. 1 ved å skape det feilaktige inntrykket av at kravet mot den opprinnelige saksøkte som forankret vernetting var i behold. Misbruk er imidlertid et annet tema enn omgåelse. Ved omgåelse stilles det spørsmålsteget ved motivasjonen for å anlegge søksmål ved et av medsaksøktets vernetting. Det EU-domstolen betegnet som misbruk, gjelder spørsmål om grunnlaget for kumulasjon eksisterer.

Kommer Luganokonvensjonen til anvendelse selv om saksøker ikke hører til i et Luganoland?

I en kontroversiell avgjørelse (Rt. 2012 s. 1951 (Trico)) hadde flertallet kommet til at Luganokonvensjonen ikke kommer til anvendelse når den eneste tilknytning til Luganoområdet er saksøktets hjemting. Ankeutvalget viser til litteratur som hevder at denne tilnærmingen (som allerede var tvilsom i 2012) ikke lenger er i overensstemmelse med EU-rettspraksis etter avgjørelsen i C-175/15 (Taser). EU-domstolen har avklart i denne saken at Brussel I (og derfor også Luganokonvensjonen) kommer til anvendelse selv der den eneste tilknytning til EU (eller Luganoområde) er saksøktets hjemting (avsnitt 72). Ankeutvalget tar ikke endelig stilling til dette, ettersom denne saken har flere tilknytningspunkter til Luganoområde og konvensjonen derfor kommer til anvendelse i henhold til annen EU-rettspraksis som allerede var hensyntatt i Rt. 2021 s. 1951, jf. sak C-412/98 (Group Josi).

Gjelder bestemmelsen om kumulasjon også midlertidig forføyning?

Under henvisning til EU-rettspraksis svarer ankeutvalget bekreftende på dette og påpeker at det ikke kan oppstilles et vilkår om at forføyningen må kunne tvangsfullbyrdes i domstollandet (avsnitt 75).

Giuditta Cordero-Moss

KONTRAKTSRETT

Kravet til kontrollerbar regning etter bustadoppføringsloven og rettsvirkningene av at kravet ikke er oppfylt – HR-2022-1980

Innledning og bakgrunn

Høyesterett avsa 13. oktober 2022 enstemmig dom i sak som gjaldt tvist om sluttoppgjøret for elektroarbeid ved totalrehabilitering av en bolig. Spørsmålet for Høyesterett var hvilke krav bustadoppføringsloven stiller til at entreprenøren fremlegger en kontrollerbar regning og rettsvirkningene av at kravene ikke er oppfylt.

Elektroentreprenøren Assemblin AS og en privatperson, A, hadde inngått avtale om at Assemblin skulle rehabilitere det elektriske anlegget i en bolig i Bærum. Arbeidet skulle skje samtidig med totalrenovering av huset. Avtalen var derfor underlagt bustadoppføringsloven.

Assemblin hadde gitt et prisoverslag på 774 413

kroner for hovedarbeidene i avtalen. I tillegg omfattet avtalen forskjellige fastprisarbeider til en samlet pris på 855 500 kroner. Etter avtaleinngåelse tilkom også flere endrings- og tilleggsarbeider.

I løpet av perioden november 2017 til mai 2018 sendte Assemblin fakturaer på totalt 6 171 396 kroner. Fakturaene fra Assemblin inneholdt generelle beskrivelser av det som skulle gjøres, eller var blitt gjort, men arbeidstimer og materiell var ikke fordelt på hovedarbeid, fastprisarbeid samt de enkelte endrings- og tilleggsarbeidene.

Av det fakturerte beløpet på 6 171 396 kroner betalte A totalt 2 672 296 kroner. I begynnelsen av mars 2018 protesterte A på fakturaene og ba om ytterligere spesifisering og dokumentasjon av beløpene. A pekte på at det ikke var mulig å kontrollere omfanget av arbeidet opp mot det som var bestilt.

Assemblin tilbød deretter ytterligere dokumentasjon på det som var forbrukt av materiell, og oversendte også i mai 2018 en kostnadsoversikt for hovedarbeid, fastprisarbeid og tilleggsarbeider. Oversikten viste en skjønsmessig fordeling av timer og materialer på de ulike kategoriene av arbeider, men spesifiserte ikke timer og materiell knyttet til hovedarbeidet. Assemblin oversendte ytterligere en kostnadsoversikt i juni 2018. Denne oversikten omfattet alle kostnader fordelt på opprinnelig estimat, fastprisarbeider, tilleggsarbeider og underentreprenører. Også etter dette, og i saken for retten – hadde Assemblin gitt ytterligere informasjon om fakturaene.

A protesterte mot sluttoppgjøret og krevde ytterligere dokumentasjon, under henvisning til at det ikke forelå kontrollerbar regning i henhold til bustadoppføringsloven § 48 første ledd. Assemblin tok 17. september 2019 ut stevning for tingretten.

Tingretten konkluderte med at Assemblins regning ikke oppfylte kravene til kontrollerbar regning i bustadoppføringsloven § 48 første ledd og at rettsvirkningen var at A ikke pliktet å betale det utestående beløpet. Dommen ble anket til lagmannsretten. Lagmannsrettens dom ble avsagt under dissens. Lagmannsrettens flertall konkluderte med at lovens krav til kontrollerbar regning var oppfylt. A anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjaldt lagmannsrettens rettsanvendelse av bustadoppføringsloven § 48 første ledd. Forbrukerrådet erklærte partshjelp til støtte for A i saken. Høyesterett konkluderte med at det ikke forelå en kontrollerbar regning i henhold til bustadoppføringsloven, og at lagmannsrettens rettsanvendelse var feil. Feilen hadde imidlertid ikke fått innvirkning på resultatet og anken ble derfor forkastet.

Krav til kontrollerbar regning (avsnitt 39–59)

Høyesterett behandler først spørsmålet om innholdet i kravet til kontrollerbar regning i bustadoppføringsloven § 48 første ledd. Høyesterett tar utgangspunkt i at bustadoppføringsloven er en forbrukerlov. Høyesterett viser også til at departementet, i mandatet til

utvalget som laget utkastet til det som senere ble bustadoppføringsloven, fremhevet at det for å forebygge tvister er behov for retts teknisk klare og enkle regler. I avsnitt 41 i dommen peker Høyesterett, under henvisning til HR-2018-761-A, på at dette overordnede lovformålet har vekt ved tolkningen.

Deretter tar Høyesterett utgangspunkt i bestemmelsen i bustadoppføringsloven § 48 første ledd. Bestemmelsen lyder:

Forbrukeren kan setje som vilkår for betaling av avdrag og sluttoppgjør at entreprenøren legg fram regning som kan kontrollerast. Tillegg for pristiging, justering av vederlaget etter § 42 og tillegg etter § 43 skal gå fram særskilt.

Høyesterett fastslår at det av ordlyden følger at plikten til å fremlegge kontrollerbar regning forutsetter at forbrukeren har krevet det. I den aktuelle saken var det enighet om at A hadde fremsatt slikt krav.

Deretter slår Høyesterett fast at kravene til kontrollerbar regning vil avhenge av hvilket vederlagsformat som er avtalt. I avsnitt 45–49 gjennomgår Høyesterett de tre alternative vederlagsformatene som oppstilles i bustadoppføringsloven § 41: fastpris, regningsarbeid og prisoverslag. I tillegg kommer vederlagsjustering som følge av endringer og tilleggsarbeider som forbrukeren har pålagt entreprenøren, eller som følge av kostnadsøkninger som skyldes forhold på forbrukerens side, jf. bustadoppføringsloven §§ 42 og 43.

Etter den overordnede redegjørelsen for de ulike grunnlagene for – og formatene på – entreprenørens vederlagskrav, går Høyesterett i avsnitt 50–51 over til formålet med bestemmelsen om kontrollerbar regning. Høyesterett siterer fra forarbeidene til bestemmelsen, NOU 1992: 9 side 97–98, hvor det blant annet fremgår at formålet med bestemmelsen er at forbrukeren, ved å sammenholde regningen med avtalen og arbeidet som er utført, skal kunne kontrollere regningen. Ifølge Høyesterett er kontrollformålet styrende for hvilke krav som i det enkelte tilfellet kan stilles til spesifikasjonen av regningen.

Høyesterett skiller mellom selve kravoppstillingen i fakturaen og underlaget/spesifikasjonen for vederlagskravene. Høyesterett vurderer først hvilke krav som gjelder for kravoppstillingen. Med utgangspunkt i ordlyden i bestemmelsen, slår Høyesterett i avsnitt 53 fast at vederlagsjustering etter §§ 42 og 43 skal fremgå særskilt i oppstillingen. Dersom det er utført flere tilleggs- og endringsarbeider, skal vederlaget for de enkelte arbeidene spesifiseres for seg. Selv om det ikke følger av ordlyden, fastslår Høyesterett i forlengelsen av dette at det også skal oppstilles egne poster for de delene av arbeidene som utføres etter henholdsvis fastpris, på regning, eller er omfattet av prisoverslag.

Når det gjelder den nærmere *spesifikasjonen* for vederlagskravene, viser Høyesterett i avsnitt 54 til forarbeidene og juridisk litteratur og fastslår at det for regningsarbeider skal opplyses om hvilke arbeidstimer

og materialkostnader som er påløpt. De enkelte kostnadskomponentene og påslaget skal spesifiseres. Ved prisoverslag og tilleggs- eller endringsarbeider, har forbrukeren også behov for tilstrekkelig spesifisering av arbeid og kostnader til å fastslå om arbeidet hører under prisoverslaget.

Ved regningsarbeid og prisoverslag kan forbrukeren også kreve *dokumentasjon* for timeforbruk og kostnader, for eksempel i form av timelister. Høyesterett avviser derimot at det kan oppstilles som generell regel at en etterfølgende skjønnsmessig fordeling av totalvederlaget ikke kan oppfylle kravet til kontrollerbar regning. Utgangspunktet må imidlertid være at regningen utarbeides på grunnlag av løpende registrering av timer og kostnader og at disse føres på de enkelte vederlagspostene, jf. avsnitt 59.

Rettsvirkningene av at kravene ikke er oppfylt (avsnitt 60–70)

I avsnitt 60 slår Høyesterett fast at det følger av ordlyden i bestemmelsen at forbrukeren kan sette som vilkår for betaling at det fremlegges en kontrollerbar regning. Dette innebærer at forfallstidspunktet for vederlagskravet utsettes til entreprenøren fremlegger en regning som oppfyller lovens krav, og at det ikke vil løpe forsinkelsesrenter før slik regning foreligger.

Høyesterett vurderer deretter As anførsel i saken om at rettsvirkningen av bestemmelsen også er at retten ikke kan avsi dom for betaling av vederlag til entreprenøren før det foreligger en kontrollerbar regning. Et slikt syn vil innebære at entreprenørens vederlagskrav bortfaller der det ikke er fremlagt kontrollerbar regning, selv der retten har konkludert med at entreprenøren har et vederlagskrav som følge av tilleggs- eller endringsarbeider.

Høyesterett tar utgangspunkt i ordlyden i bestemmelsen. Kontrollerbar regning er «vilkår for betaling». Denne formuleringen kan gi støtte til As anførsel. I forarbeidene, Ot.prp. nr. 21 (1996–1997) side 78, fremgår det videre at bestemmelsen går «*noko lenger*» enn til bare å legge en plikt på entreprenøren. I avsnitt 65 uttaler Høyesterett at forarbeidsuttalelsene forstås som å sikte til at bestemmelsen gir noe mer ved at betalingsfristen utsettes, men at forarbeidene ikke gir holdepunkter for at bustadoppføringsloven § 48 første ledd skal avskjære retten fra å avsi dom i søksmål om entreprenørens krav på vederlag.

I avsnitt 66 ser Høyesterett hen til den parallelle bestemmelsen i håndverkertjenesteloven § 37 andre ledd. I forarbeidene til den bestemmelsen, NOU 1979:42 Forbrukertjenester Delinnstilling I side 103, er det uttalt at «[d]et gjelder i de fleste avtaleforhold at en debitor ikke plikter å betale før han med rimelighet kan bedømme om kreditors forlangende er riktig». Etter Høyesteretts syn gir heller ikke denne uttalelsen støtte for at bustadoppføringsloven § 48 innebærer at vederlagskravet bortfaller dersom entreprenøren ikke har fremlagt tilstrekkelig spesifisert regning.

Høyesterett peker dessuten på at en regel om at retten skal være avskåret fra å gi dom for betaling av vederlag, er vanskelig å forene med lovens system. Høyesterett viser i denne sammenheng til at entreprenørens grunnlag for krav på vederlag og størrelsen på kravet, er regulert i bustadoppføringsloven §§ 41–43. Bestemmelsene i § 48 kan karakteriseres som oppgjørstekniske regler, som ikke griper inn i entreprenørens rett til vederlag.

I avsnitt 68–69 vurderer Høyesterett de reelle hensynene som gjør seg gjeldende. Høyesterett kan heller ikke se at reelle hensyn tilsier at retten skal være avskåret fra å avsi dom fordi entreprenøren ikke har fremlagt kontrollerbar regning. Forbrukerhensyn tilsier at forbrukeren ikke er forpliktet til å betale før entreprenørens vederlagskrav er spesifisert og underbygget, men i et søksmål ivaretas slike hensyn av tvistelovens regler om kontradiksjon og bevis. Det er entreprenøren som må sannsynliggjøre sitt krav og han har rett til å føre de bevis han ønsker, men givenhetsnære bevis veier særlig tungt. Det siste innebærer at oversikter og vurderinger utarbeidet i etterkant, ikke har samme bevisverdi som en kontrollerbar regning. Bustadoppføringsloven § 48 «griper imidlertid ikke inn i, og begrenser ikke, prinsippet om fri bevisbedømmelse i tvisteloven § 21-2 første ledd», ifølge Høyesterett.

Den konkrete vurderingen av lagmannsrettens rettsanvendelse (avsnitt 71–74)

Når det gjelder den konkrete vurderingen av lagmannsrettens rettsanvendelse, viser Høyesterett til et sentralt avsnitt i flertallets begrunnelse, hvor det synes som at lagmannsretten har trukket inn vurderingstemaet i bustadoppføringsloven § 42 (om rett til vederlagsjustering) ved vurderingen av om kravene til kontrollerbar regning i § 48 første ledd er oppfylt. Ifølge Høyesterett er dette i så fall uriktig rettsanvendelse. I det aktuelle avsnittet har lagmannsretten også lagt til grunn at spesifikasjonskravet kan være oppfylt selv om «entreprenøren ikke har fremlagt holdbar dokumentasjon for hele eller deler av kravet». Dette standpunktet deler ikke Høyesterett. Høyesterett peker på at regningen i et slikt tilfelle ikke gir forbrukeren forsvarlig grunnlag for å kontrollere arbeidet og kostnadene.

Fordi lagmannsretten hadde gjort en inngående vurdering av Assemblins vederlagskrav for endrings- og tilleggsarbeid og foretatt en vesentlig nedjustering av kravet, kommer imidlertid Høyesterett til at lagmannsrettens uriktige rettsanvendelse ikke har hatt betydning for domsresultatet. Anken fører derfor ikke frem.

Kommentar

Dommen oppstiller viktige retningslinjer for vurderingen av hvorvidt kravene til kontrollerbar regning etter bustadoppføringsloven er oppfylt. Det må riktignok vurderes konkret om disse kravene er oppfylt i

det enkelte tilfelle, men dommen bidrar likevel til vesentlig klargjøring. Dommen gir også et viktig bidrag ved å fastslå rettsvirkningene av manglende oppfyllelse av bestemmelsen. Høyesterett har nå slått fast at mangel på kontrollerbar regning suspenderer betalingsplikten, men ikke innebærer bortfall av entreprenørens krav med endelig virkning. Dersom entreprenøren i en etterfølgende sak for domstolene fører tilstrekkelig bevis for vederlagskravet, vil retten kunne tilkjenne kravet til tross for at kontrollerbar regning aldri har blitt fremlagt.

Selv om dommen etter mitt skjønn er korrekt, ville en annen konklusjon på spørsmålet om rettsvirkninger kunne sikret et mer effektivt forbrukervern. Resultatet innebærer at en forbruker kan tape en sak for domstolene, og bli idømt sakskostnadsansvar, for krav som tidligere ikke har blitt dokumentert og fakturert i henhold til lovens krav. Det er imidlertid intet nytt i dette.

*Sofie Komissar
Advokatfirmaet BAHN*

PENGEKRAVSRETT

Foreldelse. Spørsmål om mislykkede forsøk på utbedring av mangel medførte fristavbrytende erkjennelse av erstatningskrav etter foreldelsesloven § 14 – HR-2023-93-A

Entreprenøren førte opp et leilighetsbygg med 19 leiligheter med en eiendomsutvikler som byggherre. Leilighetene ble solgt som selveierleiligheter. Byggherrens overtakelse av bygget fant sted 17. september 2014. Det tekniske rommet ble overtatt 5. november 2014 da varmepumpeanlegget var ferdig. Seksjonseierne flyttet inn i tiden etter 17. september 2014.

Allerede den første vinteren etter overtakelse og innflytting ble det meldt fra seksjonseierne at vannbåren gulvvarme fungerte dårlig. Temperaturen lot seg ikke regulere ordentlig. Forsøk på utbedringer fra entreprenørens side løste ikke problemet. Årsaken til problemet ble lenge antatt å være knyttet til selve varmeanlegget. Først i konsulentrapport 15. november 2017 ble det konkludert med at årsaken var manglende isolasjon av varmesløyfene mot etasjen under.

Den 9. oktober 2017 ble byggherren og entreprenøren enige om forlengelse av foreldelsesfristen for mulige krav knyttet til varmeanlegget til 31. desember 2017, men bare for krav som ikke allerede var foreldet 9. oktober. Fristen ble senere forlenget til 30. juni 2018. Entreprenøren arbeidet fortsatt med utbedring av problemet da fristen løp ut. Utbedring ble oppgitt 10. mai 2019. Entreprenøren avviste da mangelsansvar.

Seksjonseierne tok 14. januar 2020 ut stevning mot selgeren av leilighetene (byggherren, eiendomsutvikleren), som 5. februar 2020 trakk inn entreprenøren som regressaksøkt med krav om erstatning for mangel.

I tingretten ble selgeren dømt til å betale samlet 10 millioner kroner til seksjonseierne, og entreprenøren

ble dømt til å betale 10 millioner kroner til selgeren. Tingretten mente at selgerens krav mot entreprenøren ikke var foreldet, siden entreprenøren ved sin handlemåte hadde erkjent ansvaret etter foreldelsesloven § 14. Entreprenøren anket over avgjørelsen av foreldesspørsmålet og størrelsen på erstatningen. Selgeren innga avledet anke mot seksjonseierne. Lagmannsretten forkastet begge ankene.

Siden entreprenørens anke var begrenset, var selve mangelsspørsmålet rettskraftig avgjort ved tingrettens dom.

Entreprenøren anket til Høyesterett over avgjørelsen av foreldesspørsmålet. Anken over rettsanvendelsen knyttet til § 14 ble tillatt fremmet. Spørsmålet for Høyesterett var om det forelå en fristavbrytende erkjennelse av erstatningskravet mindre enn tre år før regressspørsmålet mot entreprenøren 5. februar 2020, og før utløpet av den forlengede fristen 30. juni 2018.

Ankemotparten fremmet under saksforberedelsen for Høyesterett nye anførsler som begrunnelse for at erstatningskravet ikke var foreldet. Disse var knyttet til andre regler i foreldelsesloven. Forberedende dommer besluttet at de nye anførselene ikke skulle forhandles for Høyesterett. Som konsekvens av dette ville lagmannsrettens dom måtte oppheves dersom entreprenøren fikk medhold i at erstatningskravet ikke var erkjent etter § 14.

Høyesterett konkluderte enstemmig med at lagmannsrettens dom måtte oppheves. Førstvoterende fikk i sin begrunnelse tilslutning av ytterligere to dommere. Særmerknader formulert av annenvoterende fikk tilslutning av ytterligere en dommer.

Førstvoterende tar i avsnitt 36–38 utgangspunktet i ordlyden i § 14, hvor det fremgår at fristavbrytende erkjennelse kan skje i ord eller i handling. Han fremhever, med henvisning til Rt. 1997 s. 920, at unnlatelse av å bestride et krav – passivitet – ikke kan gi grunnlag for fristavbrytende erkjennelse etter § 14. I Rt. 2015 s. 678 forkastet Høyesterett et vurderingstema som går på om skyldnerens opptreden har gitt fordringshaveren rimelig grunn til å unnlate å foreta andre fristavbrytende skritt. Dette ville innebære å stille for små krav til fristavbrudd etter § 14. Det kreves at skyldneren «positivt og noenlunde klart» har erkjent forpliktelsen, i ord eller handling (avsnitt 39 og 42).

Det er på den annen side ikke et vilkår at en fristavbrytende erkjennelse samtidig må gi fordringen et nytt og selvstendig grunnlag (avsnitt 41). Førstvoterende mener at § 14 i så fall ville ha vært unødvendig. Videre heter det i samme avsnitt:

«Regelen regulerer bare fristavbrudd, med den konsekvens at skyldneren kan erkjenne fordringen med fristavbrytende virkning uten samtidig å frafalle enhver innsigelse mot den.»

Denne uttalelsen går langt i retning av å betrakte erkjennelse etter § 14 som en prosessuelt preget erklæring eller handling som er løsrevet fra erkjennelse som dispositivt, forpliktende utsagn. Skyldneren kan

erkjenne fordringen *med fristavbrytende virkning* uten å forplikte seg til den fordringen som erkjennes. Synspunktet er ikke nytt, men det uttrykkes i dommen klart og prinsipielt av Høyesterett.

Kanskje er det slik at førstvoterendes senere premisser står i et vanskelig forhold til det klare og prinsipielle synet som formuleres i avsnitt 41. Samtidig er det mulig at særmerknadene fra to dommere knytter bedre an til prinsippet om at en erkjennelse etter § 14 ikke nødvendigvis binder skyldneren til erkjennelsen materielt sett.

Store deler av premissene gjelder spørsmålet om entreprenørens forsøk på utbedring kunne innebære fristavbrytende erkjennelse av erstatningskravet i saken. Av utsagn i ord nevner førstvoterende i avsnitt 57–59 en e-post til selgeren 26. januar 2015, hvor entreprenøren «tar ... ansvar for at feil og mangler blir utbedret». Førstvoterende synes å oppfatte dette som en begrenset erkjennelse av ansvar for utbedring av mangel ved varmeanlegget. Utsagnet kunne likevel «ikke tolkes så vidt» at entreprenøren erkjente erstatningsansvar som følge av mangelen.

Entreprenøren gjennomførte over en lang tidsperiode forsøk på utbedring av mangelen. Et hovedspørsmål i saken var om den erkjennelsen av ansvar som eventuelt lå i utbedringsforsøkene i kombinasjon med den kontakten mellom partene som fant sted i den forbindelse, bare får virkning som erkjennelse av plikt til utbedring, eller også for andre typer krav som følge av mangelen, herunder erstatningskrav som saken gjaldt.

Førstvoterende fremhever for øvrig ytterligere to problemer knyttet til utbedringsforsøkene som erkjennelse av erstatningskrav: at utbedringene lenge var rettet inn mot en annen feil enn den som viste seg å være den virkelige, og at entreprenøren etter kontrakten kunne ha plikt til utbedring selv om feil ikke utgjorde mangel.

Etter en redegjørelse i avsnitt 49 og 50 for to tidligere dommer i Høyesterett, Rt. 2006 s. 781 og Rt. 2007 s. 1236, som begge hver på sin måte er restriktive til rekkevidden av erkjennelse i ord og handling, uttaler førstvoterende følgende om forholdet mellom utbedring og erstatning i avsnitt 51:

«Erstatningsansvar krever ofte at tilleggsvilkår er oppfylt, for eksempel subjektiv skyld. I de tilfellene *kan* plikten til å utbedre mangelen erkjennes uten at plikten til å betale erstatning for den derved også erkjennes.»

Her kunne vi ha ønsket oss en henvisning tilbake til den prinsipielle uttalelsen i avsnitt 41 om at fristavbrytende erkjennelse etter § 14 ikke innebærer at den materielle forpliktelsen er erkjent. Selv om erstatningsansvar etter kontrakten var betinget av grov uaktsomhet fra entreprenørens side, åpner uttalelsen i avsnitt 41 for at erstatningskrav kan være foreldelsesrettslig erkjent uten at det dermed er avklart at alle vilkår for erstatning er oppfylt.

Førstvoterende redegjør i avsnitt 57–69 for utbedringsforsøk og kontakt mellom partene i perioden fra januar 2015 til sommeren 2018. Underveis i redegjørelsen peker han i avsnitt 64 på at siktemålet med arbeidet frem til høsten 2017 var å avdekke og utbedre tekniske feil ved varmeanlegget. Den virkelige årsaken viste seg senere å være knyttet til konstruksjonen av bygningen. Utbedringsforsøkene kunne da ikke forstås som erkjennelse av erstatningsansvar for mangler.

Heller ikke tiltak og kontakt i tiden fra høsten 2017 til sommeren 2018 kunne forstås å innebære erkjennelse av erstatningsansvar for mangel.

Førstvoterende konkluderte i avsnitt 73–74 med at lagmannsretten hadde anvendt § 14 uriktig og at lagmannsrettens dom måtte oppheves.

Annenvoterende, med særmerknader på vegne av seg selv og ytterligere en dommer, uttaler i avsnitt 82 at en erkjennelse etter hennes syn ikke «nødvendigvis [må] omfatte en aksept av årsaken til mangelen eller knytte seg til bestemte misligholdsbeføyelser». Ved erkjennelse gjennom utbedring, må det tas stilling til om erkjennelsen omfatter andre krav som følge av misligholdet (avsnitt 84). Annenvoterende formulerer i avsnitt 85 et utgangspunkt om at «tilfeller der et pengekrav er basert på mislighold av retteplikten, for eksempel erstatning for rettekostnader, er det nærliggende å forstå erkjennelsen slik at den normalt også omfatter dette». Hun erklærer seg likevel enig med førstvoterende i at det ikke er en tilsvarende presumsjon for at erkjennelsen omfatter erstatningsansvar når dette forutsetter kvalifisert skyld (avsnitt 86).

Selv om annenvoterende gir uttrykk for et mer fleksibelt syn på rekkevidden av erkjennelse gjennom utbedringsforsøk, mener hun altså at materiellrettslige vilkår for en bestemt type krav kan stenge for at kravet anses erkjent.

Hvis man først aksepterer prinsippet i avsnitt 41 om at fristavbrytende erkjennelse ikke nødvendigvis innebærer at skylderen har forpliktet seg til kravet, er det vanskelig å se at fristavbrytende erkjennelse skal være avhengig av hvilke materiellrettslige vilkår kravet er avhengig av. Selv om kravet ikke er foreldet, kan skyldneren fortsatt gjøre gjeldende at vilkårene ikke er oppfylt. Dette gjelder enten vilkårene for ansvar fremstår som strenge eller mindre strenge.

Trygve Bergsåker

SKATTE- OG AVGIFTSRETT

Ramme Gård. Virksomhetskravet i skatte- og avgiftsretten – HR-2022-2404-A

Kort om saksforholdet

Petter Olsen (bror av Fred. Olsen) har eid Ramme Gård i Hvitsten siden 60-tallet. Etter å ha solgt blant annet en versjon av Munchs Skrik, finansierte han en omfattende ombygging av eiendommen. Det ble etablert

et hotell med 42 rom, et kunstmuseum, en kafé, restaurant, gårdsbutikk og hageanlegg mv. Målet var å gjøre eiendommen til en prestisjefull kulturdestinasjon med internasjonalt renommé. Ramme Gård eies og drives av enkeltpersonforetaket Ramme Eiendom Petter Olsen, dog slik at hotellet leies ut til et driftsselskap mot en omsetningsbasert leie. Kostnadene til ombyggingen var budsjettert til rundt 725 millioner og endte på rundt 1,1 milliard.

I 2019 traff skattekontoret vedtak om tilbakeføring av tidligere fradragsført inngående merverdiavgift på anskaffelser til oppføring av hotellet og museet (ca. 104 millioner kroner), og hans skattepliktige inntekt ble økt med rundt 43 millioner. Tingretten opphevet skattekontorets vedtak, mens lagmannsretten frifant staten. Høyesterett forkastet enstemmig Olsens anke.

De sentrale rettsspørsmål

De sentrale rettsspørsmålene for Høyesterett var om Olsen hadde fradragsrett for inngående merverdiavgift etter merverdiavgiftsloven § 8-1, og for kostnader etter skatteloven § 6-1. Det avgjørende for fradragsretten var om utleie av hotellet og driften av museet var avgiftspliktig næringsvirksomhet, jf. merverdiavgiftsloven § 2-1 («næringsdrivende»), og om inntektene var «vunnet ved arbeid, kapital eller virksomhet», jf. skatteloven § 5-1. Høyesterett drøftet både om inntektene var skattepliktige virksomhetsinntekter og kapitalinntekter. Her kommenteres først Høyesteretts drøftelse av merverdiavgiftslovens vilkår om næringsvirksomhet og skattelovens vilkår om virksomhet, heretter bare omtalt som kravet til virksomhet. Spørsmålet om inntektene kunne være skattepliktig kapitalinntekt drøftes for seg.

Høyesterett fant at verken utleien av hotellet eller driften av museet var virksomhet i merverdiavgiftslovens eller skattelovens forstand. Olsen hadde dermed verken rett eller plikt til å beregne utgående merverdiavgift ved omsetning, og inngående merverdiavgift på anskaffelser til hotellet og museet var ikke fradragsberettiget. Tilsvarende var inntekter vunnet ved hotellet og museet ikke skattepliktige, og kostnadene var ikke fradragsberettiget.

Jeg har ingen sterke innvendinger mot dommens resultat, men er kritisk til deler av begrunnelsen.

Kravet til virksomhet

Høyesterett tok utgangspunkt i at virksomhetsbegrepet har en felles kjerne, men at begrepet ikke nødvendigvis er sammenfallende innen avgiftsretten og skatteretten. Innholdet i virksomhetsbegrepet ble dermed drøftet for hver av lovene. Konklusjonen synes imidlertid å bli den samme. Etter begge lover var det et vilkår at aktiviteten har overskuddsevne, oppfyller et kapitaliseringskrav mv. (avsnitt 109 flg.).

Ved vurderingen av skjønnsmessige begreper som «virksomhet» er det vanlig å fremheve typiske momenter for vurderingen. I rettskildene er overskuddsevne

dels omtalt som et «moment», og dels omtalt som et forhold som «må være» oppfylt, eller at det gjelder et «krav» eller «vilkår» om overskuddsevne. Høyesterett kunne ha nøydt seg med å fremheve overskuddsevne som et sentralt og eventuelt avgjørende moment, men presiserer at overskuddsevne er et vilkår for at aktiviteten kan være en virksomhet. Som jeg kommer tilbake til senere, har Høyesterett dermed utelukket at aktiviteter til selvkost, eller som er ment å gå i null, kan oppfylle virksomhetskravet.

Betydningen av skatteyers forretningsmessige vurderinger

Om en aktivitet er egnet til overskudd må vurderes objektivt, i den forstand at skatteyers egen vurdering ikke kan være avgjørende i seg selv. Spørsmålet blir om det er en ren objektiv vurdering, der skatteyers egen oppfatning av aktivitetens overskuddsevne er uten betydning, eller om det er en objektiv vurdering med enkelte subjektive elementer.

Sett fra næringslivets side er det selvsagt provoserende om offentlig ansatte jurister i skatteetat og domstoler, skal ha det avgjørende ord ved vurderingen av aktiviteters overskuddsevne. Normalt må det antas at den som tar kostnadene ved å starte en inntektsskapende aktivitet er vel så egnet til å vurdere dette. På den bakgrunn var NHO Reiseliv, Norges Gründerforening og SMB Norge partshjelpere for Olsen.

Høyesteretts konklusjon synes å være at skatteyers egen oppfatning har underordnet betydning (avsnitt 109). Likevel slik at skattemyndighetene i enkelte tilfeller bør være tilbakeholdne med å overprøve den (avsnitt 102), samtidig som det var særtrekk i den aktuelle sak som tilsa en særlig inngående overprøving (avsnitt 108).

Det er vanskelig å forstå hva Høyesterett mener med at det vil variere hvor inngående skatteyers vurdering skal overprøves. Overskuddskravets rettslige innhold gjelder generelt, og noen arbeidsinstruks til skatteetaten er det ikke.

Om en aktivitet oppfyller overskuddskravet, kan sammenlignes med en bevisvurdering, dog slik at den knytter seg til fremtidige forhold. Høyesteretts poeng synes å være det nokså selvsagte; at vekten av skatteyers vurderinger vil bero på de objektive forhold/kjennetegn (første og andre setning i avsnitt 102 og første setning i avsnitt i 103). Det skal foretas en samlet vurdering, der skatteyers vurderinger holdes opp mot de objektive forhold, rettanvenderens viten og erfaringsgrunnlag mv., sammenlign tvisteloven § 21-2.

De særtrekk (objektive kjennetegn) som Høyesterett fremhever for en inngående overprøving, synes imidlertid å ha liten relevans for overskuddsvurderingen. Høyesterett fremhever i korte trekk at Olsen lever av andre inntektskilder, at Olsen har en betydelig formue, at investeringen er finansiert ved salg av kunst mv. (egenkapital), at overskudd ikke er nødvendig for å realisere prosjektet og at investeringene og fradragene gjelder store beløp (avsnitt 107 og 108).

På bakgrunn av Rt. 1985 s. 319 Ringnes og Rt. 1995 s. 1422 Kjøning trekker Høyesterett et skille mellom aktivitet som er en del av skatteyers levevei, og der skatteyer lever av andre inntekter. Skillet har støtte i dommene, men har liten, om noen, betydning for aktivitetens overskuddsevne. Skatteytere med andre inntektskilder er gjerne vel så opptatt av fortjeneste, som skatteytere uten andre inntektskilder. For å sette det på spissen; en rik investor er gjerne vel så opptatt av fortjeneste på sine prosjekter, som en fattig kunstner.

Høyesterett fremhever videre at byggeprosjektet er finansiert ved egenkapital. Det er for så vidt et poeng at bankers krav til utlån medfører at lånefinansiert aktivitet må gjennom en særlig objektiv vurdering. Men det er mange investorer som rår over egenkapital, og i normalt tilfelle endrer ikke det kravet og forventningen om overskudd.

Størrelsen på investeringene i kulturdestinasjonen var kjent på domstidspunktet og er angitt til 1,1 milliard. Det er vanskelig å være uenig med Høyesterett når de karakteriserer dette som «svært store beløp» (avsnitt 108). At en investering er stor i beløp, sier imidlertid lite om overskuddsevnen uten en nærmere vurdering av inntekspotensialet. At skatteyers vurdering får mindre vekt der kostnadene er svært store sett i forhold til inntekspotensialet, blir å argumentere med resultatet.

Det er påfallende at Høyesterett unngår å fremheve hvilke andre formål Olsen hadde med aktiviteten. At det ligger en kulturinteresse og ønske om å etablere et ettermøle mv., lyser jo imot en, og var sentralt i statens anførsler (avsnitt 36). Slik jeg tolker dommen, er Høyesteretts egentlige poeng at Olsens egne inntektsvurderinger får mindre vekt når han hadde andre sentrale formål med kulturdestinasjonen.

Innholdet i vilkåret om overskuddsevne

Høyesterett oppsummerte utgangspunktet for vilkåret om overskuddsevne slik:

Det skal foretas en objektiv vurdering, og skatteyers egen oppfatning av sin aktivitet har underordnet betydning. Det er tilstrekkelig at det er en rimelig mulighet til at overskudd kan nås. Vurderingen skal ta hensyn til utviklingen over en årrekke. Det betyr at en aktivitet kan gå med underskudd og likevel oppfylle kravet om overskuddsevne. Dette kan være særlig aktuelt i en oppstartsfase, men gjelder generelt. Akkumulerte underskudd er det lite rom for å trekke inn, jf. Rt-1995-1422 Kjøning. Om kravet er oppfylt, må fastsettes for det enkelte inntektsår og bedømmes ut fra forholdene på anskaffelsestidspunktet for varen eller tjenesten, jf. HR-2020-1777-A ANG avsnitt 43 (merverdiavgift) og avsnitt 46 (skatt). Vurderingen må videre være konkret, relatert til denne skatteyers opplegg for inntjening. Endelig skal det tas hensyn til hvilken bransje det er tale om, og kravet til overskudd kan av den grunn variere.

Et sentralt spørsmål er om vilkåret om overskuddsevne utelukker skatte- og avgiftsplikt, og dermed fradragsrett, for aktiviteter som er ment å gå i null eller drives til selvkost, eller som er ment å ha, eller mest sannsynlig vil ha, en beskjedne kapitalforrentning. Innen avgiftsretten er det antydning i teorien at også aktivitet som er ment å gå i null, normalt vil være avgiftspliktige og det er forutsatt av mindretallet i Rt. 2002 s. 1469 Eksakt Regnskap (flertallet avgjorde saken på annet grunnlag). I Aarbakkes doktoravhandling om virksomhetsbegrepet i skatteretten er det gitt uttrykk for at det selvsagt ikke kan kreves en rimelig kapitalforrentning av den egenkapital som er investert.

Høyesterett fant at det minst måtte legges til grunn et kapitaliseringskrav på 4 prosent for både utleie av hotellokalene og museumsdriften. Lavere avkastning ville være et reelt inntektstap, og dermed ikke oppfylle kravet til overskuddsevne. Høyesterett fant støtte for kapitaliseringskravet i lagmannsrettspraksis og forvaltningspraksis. Aktivitet som ikke oppfyller kapitaliseringskravet, som dog kan variere fra bransje til bransje, vil normalt ikke ha skatte- eller avgiftsplikt, og dermed heller ikke fradragsrett. Jeg kommer nærmere tilbake til dette kapitaliseringskravet nedenfor.

Når fremtidig overskuddsevne skal vurderes, får spørsmålet om årlige avskrivninger for slit og elde betydning. Høyesterett, som lagmannsretten, la til grunn en avskrivningssats på 2 prosent for hotell- og museumsbyggene.

Olsen hadde gjort gjeldende at det ved vurderingen av overskuddsevne måtte hensyntas at investeringen i eiendommen mest sannsynlig ville stige i verdi. Høyesterett så bort fra muligheten for slik verdistigning, siden salg av eiendommen ikke var en del av driftsopplegget.

Høyesterett la videre til grunn at overskuddsvurderingen må foretas på anskaffelsestidspunktet, og det ble vist til HR-2020-1777-A ANG. Resultatet i den dommen er vel begrunnet ut fra de konkrete omstendigheter, men den sentrale rettssetning er feil, og ville blant annet føre til at det ikke skal beregnes utgående merverdiavgift ved opphørssalg, ikke fradragsrett for avviklingskostnader mv., se Anders Mikelsen, *Fradragsrett for inngående merverdiavgift – tilknytningskravet*, Oslo 2022 s. 117–120.

Innen hvilken tidsperiode utsikter til overskudd må inntreffe sto sentralt. Høyesterett fremhever at vurderingen må bli bransjeavhengig, men at det for både utleie av hotellokalene og museumsaktiviteten må gjelde en tidsperiode på 10 år. Olsens beregninger tilsa at driften kunne gå med overskudd i 2046 (antakelig sett bort fra verdistigning på eiendommen), og forutsatte en kontinuerlig sterk inntektsvekst. Det var ikke grunnlag for å anlegge en så lang tidshorisont, og verken hotellutleien eller museumsaktiviteten oppfylte virksomhetskravet.

Er inntektene til kulturdestinasjonen skattepliktig kapitalinntekt?

For at en inntekt skal være skattepliktig må den stamme fra en av lovens kilder, «arbeid, kapital eller virksomhet» mv., jf. skatteloven § 5-1. Olsens prinsipale anførsel var at inntektene enten var virksomhetsinntekter eller kapitalinntekter. Uansett var det skatteplikt og fradragsrett.

Denne anførselen reiser et spørsmål om det kan foreligge skattepliktig kapitalinntekt, der inntektene kommer fra en omfattende og langvarig aktivitet uten overskuddsevne. Med kapitalinntekt siktes det normalt til mer passiv kapitalavkastning. Høyesterett gikk ikke inn på det, men la til grunn at kravet om overskuddsevne også gjelder kapitalinntekt. Dermed blir det et spørsmål om kapitalavkastningskravet (4 prosent for hotellutleie og museumsdrift) gjelder for skattepliktige kapitalinntekter. Se nærmere nedenfor.

Dommens overføringsverdi og faktiske konsekvenser

Høyesterett antyder at dommen har beskjedne overføringsverdi, og at det er konkrete særtrekk som begrunner en særlig inngående overprøving (avsnitt 108). Jeg tolker dommen annerledes. Dommen er ingen særavgjørelse for Petter Olsen, men har overføringsverdi til andre tilfeller der skatteyter har andre sentrale formål med aktiviteten. Der økonomisk overskudd er det eneste sentrale formålet, bør skatteyters egne prognoser tillegges noe større vekt ved fremtidsvurderingen.

Dommen avklarer at overskuddsevne er et vilkår og ikke bare et moment. Det nærmere innholdet i vilkåret har også betydelig overføringsverdi (avsnitt 109 til 144). Som nevnt, tilsier dommen at aktivitet som er ment å gå i null eller skal drives til selvkost, ikke kan oppfylle virksomhetskravet. Det samme gjelder aktivitet som er ment, eller mest sannsynlig vil få, klart lavere avkastning enn det normale kapitaliseringskravet innen bransjen. Det er nok relativt få bransjer der forventningen til kapitalavkastning er lavere enn i museumsbransjen, men dommen kan selvsagt ikke tolkes slik at skogbruksnæringen eller grusuttak generelt faller utenfor skatte- og avgiftsplikt, se LE-2022-30789 der kapitaliseringsrenten ble satt til 3 % ved overskjønn om avståelse av skog og grusforekomster.

Det er uheldig at Høyesterett ikke kommenterte mindretallets votum i Rt. 2002 s. 1469 Eksakt Regnskap. Et mindretalls votum har selvsagt beskjedne vekt, men dommen illustrerer et aktuelt tilfelle der omsetning til selvkost kan være aktuelt. I konsernforhold er det vanlig å legge innkjøp, administrative tjenester mv. i et innkjøpsselskap for å spare kostnader til innkjøpsfunksjoner og administrative funksjoner i hvert selskap. Hvis omsetningen fra innkjøpsselskapet til konsernselskaper skjer uten påslag, vil inngående merverdiavgift på konsernets anskaffelser låses inne i innkjøpsselskapet, selv om hele konsernet for øvrig driver avgiftspliktig virksomhet. Reglene om intern-

prising er antatt å kunne få betydning for adgangen til påslag, se nærmere Trond Egil Egebakken, «Avgiftsbehandling ved felles innkjøp i konsern», i Trude Nyberget m.fl., *Merverdiavgift – Praksis og erfaringer* kapittel 13, særlig side 359–360.

Det kapitaliseringskravet som Høyesterett la til grunn gjelder generelt, og kommer derfor til anvendelse både der skatteyter ser seg best tjent med å være skatte- og/eller avgiftspliktig og der skatteyter er best tjent med å unngå skatte- og/eller avgiftsplikt. Et spørsmål blir da om skatteyter kan tilpasse seg dommen ved for eksempel å etablere en aktivitet som tar sikte på å gå i null eller med 2 prosent kapitalavkastning for å slippe avgifts- og/eller skatteplikt. En mulighet kan være å legge aktiviteten i et heleid aksjeselskap, der aksjonæren skal ha en god lønn for sin arbeidsinnsats, men der selskapets aktivitet, etter fradrag for lønnskostnader, er innrettet for en beskjeden kapitalavkastning eller null.

Et sentralt hensyn er at skatteyters aktiviteter som ikke har overskuddsevne, ikke bør redusere skatte- og avgiftsprovenyet. Dette omtales gjerne som subsidi-ering av aktivitet (avsnitt 80). Etter merverdiavgiftsloven har avgiftssubjekter krav på utbetaling av inngående merverdiavgift om den overstiger utgående merverdiavgift. Noen tilsvarende rett til utbetaling gjelder ikke på skatterettens område, men et underskudd i virksomhet kan komme til fradrag i inntekter fra andre kilder eller fremføres til fradrag i senere års inntekt.

Høyesterett tar utgangspunkt i en økonomisk overskuddsbetraktning. Det er ingen nødvendig sammenheng mellom økonomisk (eller regnskapsmessig) overskudd og skattemessig overskudd. Økonomiske og skattemessige vurderinger avviker på flere punkter, men særlig tydelig er dette på avgiftsrettens område, der en aktivitet kan gå med betydelig underskudd på grunn av høye lønns- eller rentekostnader, og samtidig ha innbetaling av netto avgift. I praksis er det gjerne skattekontorer som slår virksomheter konkurs, fordi det kontinuerlig påløper avgiftskrav selv om virksomheten går med underskudd. Etter omstendighetene kan staten gå glipp av betydelige avgiftsinntekter dersom aktivitet som ikke oppfyller kapitaliseringskravet, vil gå med underskudd eller er ment å gå i null, ikke har avgiftsplikt. Staten vil nok spare et betydelig provenybeløp som følge av at Ramme Gård faller utenfor skatte- og avgiftsplikt i den angitte tidsperiode, men det blir upresist når Høyesterett forutsetter en nær sammenheng mellom økonomisk overskuddsevne og netto avgiftsplikt, og legger til grunn et vilkår om overskudd og kapitaliseringskrav på avgiftsrettens område (avsnitt 80). Det er klart at for næringslivet vil det være helt uakseptabelt om virksomhet med avgiftsplikt må konkurrere mot en virksomhet uten avgiftsplikt, fordi sistnevnte er innrettet på å gå i null, drives til selvkost eller ikke oppfyller et kapitaliseringskrav. Dersom Høyesterett i stedet hadde fremhevet over-

skuddsevne som et moment av stor betydning ved virksomhetsvurderingen, og uten å innfortolke et kapitaliseringskrav, ville virksomhetsvurderingen vært mer fleksibel. Det er grunn til å anta at skattekontorene ikke vil anvende dommens krav om overskuddsevne og avkastningskrav konsekvent, der aktiviteten mest sannsynlig vil lede til netto avgiftsplikt.

Dommen vil nok gjøre det økonomisk mer krevende å starte museer uten offentlig støtte. Hvordan slike museer har vært behandlet skatte- og avgiftsrettslig frem til nå, fremgår ikke av dommen og er noe uklart for meg. Spørsmålet har nok ikke kommet så klart på spissen før i Ramme Gård-saken. Over tid kan det være et fint bidrag til norsk kulturliv som blir redusert i omfang. Kistefos og Astrup Fearnley er eksempler på høyt verdsatte privat eide museer som vanligvis får lite, og tidvis ingen, offentlig støtte. Av hensyn til kulturlivet er det gitt en redusert avgiftssats for museer, men Høyesterett har rett i at det ikke er klare holdpunkter i rettskildene for at staten ønsker unntak fra virksomhetskravet for private museer.

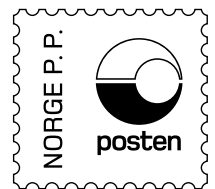
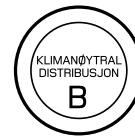
Slik dommen er begrunnet synes den imidlertid å forutsette en helt annen finansiering også av museer som er organisert som stiftelser med omfattende offentlig støtte. Høyesterett legger til grunn at offentlig støtte, men ikke privat støtte, skal inngå i virksomhetsvurderingen, og at det er en «villet og saklig forskjellsbehandling» (avsnitt 84). Om det kan være ulovlig statsstøtte drøftes ikke. Et annet spørsmål er om Høyesterett mener at museer drevet av stiftelser med offentlig støtte alltid skal ha registreringsrett i Merverdiavgiftsregisteret, eller om de må oppfylle et kapitaliseringskrav på 4 prosent. Jeg vil tro at det er mange offentlig finansierte museer som ikke oppfyller et slikt krav. Å skille mellom museer med offentlig støtte som oppfyller et kapitaliseringskrav på 4 prosent og de som ikke gjør det, virker vilkårlig. Antakelig forutsetter Høyesterett at museer med offentlig støtte ikke trenger å oppfylle kapitaliseringskravet.

Avslutning

Jeg har i utgangspunktet ingen problemer med resultatet i saken. Overskuddsevne er i hvert fall et sentralt moment i virksomhetsvurderingen etter skatteloven § 5-1, jf. § 6-1 og merverdiavgiftsloven § 2-1, jf. § 8-1. Det samlede inntrykket synes å være at Olsen har hatt andre sentrale formål med aktiviteten, og at overskudd er noe underordnet. At løsningen da blir som for hobby-aktiviteter, kan forsvares selv om betegnelsen selv sagt ikke passer for Ramme Gård. Og selv om man skulle legge til grunn at Olsen startet kulturdestinasjonen utelukkende for å tjene penger, kan nok dommens resultat forsvares med et særlig stort avvik mellom kostnader og en objektiv og nøktern vurdering av inntektspotensialet.

Dommen reiser et spørsmål om skatterettens skille mellom virksomhetsinntekt og kapitalinntekt. Inntektene fra særlig museumsaktiviteten har tilknytning til

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



aktivitet, og ikke bare (passiv) kapitalavkastning. Der-
som reglene om kapitalinntekt kunne komme til anven-
delse på inntekter fra omfattende og langvarig akti-
vit, men som ikke er egnet for overskudd, ville
skattelovens virksomhetskrav miste mye av sin reali-
tet. Det er merkelig at Olsen kan drive hotellutleie og
museum uten skatteplikt, men lovens system tilsier at
museumsaktiviteten ikke kan være skattepliktig som
kapitalinntekt.

Høyesterett har lagt til grunn at kravet til over-
skuddsevne gjelder også for kapitalinntekt. At det ikke
kan foreligge kapitalinntekt, der inntekspotensialet
ikke kan måle seg med kostnadene, synes rett (avsnitt
95, sitat fra Skar), men også her skaper vilkåret om
overskuddsevne, kombinert med et avkastningskrav,
enkelte tolkningsspørsmål. Det er mange som har hatt
kapitalinntekter de senere år som ikke kompenserer
for inflasjon, slik at det reelt sett foreligger et inn-
tektstap (avsnitt 121 og 128). Kapitalinntekter er nok
fortsatt skattepliktig, selv om det ikke er grunn til å
anta at avkastningen vil overstige et kapitaliseringskrav
i uoverskuelig fremtid.

Dommen er av betydelig lengde. Den inneholder en
grundig gjennomgang av relevante rettskilder. Det er
blant annet et betydelig antall henvisninger til lag-
mannsrettsdommer (ti dommer), forvaltningspraksis
og teori. Jeg er imidlertid ikke overbevist om at Høy-
esterett har funnet fram til en «god regel».

Anders Bernhard Mikelsen

Skriftserien PrivIus

I skriftserien PrivIus publiseres arbeider
innen alle fagområder ved Institutt for
privatrett og beslektede juridiske emner.

Nyeste utgivelse i serien er:

Bærekraftig fondsklassifisering?

**– En analyse av offentliggjørings-
forordningen sitt klassifiserings-
system for «bærekraftige» fond**

av Madeleine Østenstad

PrivIus – Journal of Private Law,
Online, nr. 220 – 2022

Serien har følgende nettside:

[https://www.jus.uio.no/ifp/forskning/
om/publikasjoner/skriftserien-ifp/](https://www.jus.uio.no/ifp/forskning/om/publikasjoner/skriftserien-ifp/)

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 (2023) på *Nytt i privatretten*
koster kr 720, – . Studentabonnement koster kr 360, – .
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 2023
ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer mai 2023.