



Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

ARBEIDSRETT

Rettsavklaring om rettsutvikling – erstatningsansvar for brudd på et «dynamisk» diskrimineringsforbud? – HR-2017-219-A (Helikopterpiloter II)

Dommen bør vekke bred interesse. Den reiser spørsmål om forholdet mellom tariffavtaler og rettsutvikling, om erstatningsansvar for dynamiske (EU-rettslige) regler, samt om ansvar for rettsvillfarelse og om Høyesteretts rolle i rettsutviklingen mer allment. Høyesterett fant under dissens (4-1) at det ikke forelå et rettsbrudd som ga rett til erstatning og oppreisning, til tross for at en rettskraftig dom fra Høyesterett hadde konkludert med forbudet mot aldersdiskriminering var brutt. Dommen hviler på at diskrimineringsforbudet endret innhold fra 2008 til 2012 som følge av rettsutvikling i EU-domstolen, og tillegger det erstatningsrettslig betydning. Det er nødvendig å gi et riss av sakens komplekse forhistorie.

Saken gjaldt det erstatningsrettslige etterspillet etter Rt. 2012 s. 219 (Helikopterpiloter I; omtalt i *Nytt i*

privatretten 2012 nr. 2, s. 1–2). Den opprinnelige tvisten dreide seg om hvorvidt arbeidsgiveren, CHC Helikopterservice, kunne kreve at helikopterpiloter fra trådte ved fylte 60 år på grunnlag av en tariffavtalt aldersgrense. I *Helikopterpiloter I* fant Høyesterett at dette utgjorde aldersdiskriminering i strid med arbeidsmiljøloven (aml.) § 13-1, jf. § 13-3. De ti pilotene fikk dom på at de var «fortsatt ansatt i CHC Helikopterservice etter fylte 60 år».

Arbeidsgiveren hadde i utgangspunktet vært positiv til å la pilotene fortsette etter oppnådd aldersgrense, men fagforeningen Norsk Flygerforbund og den lokale klubben mente at det ville være i strid med tariffavtalen. Arbeidsgiveren vurderte spørsmålet i samråd med NHO. De kom til at tariffavtalen isolert sett var til hinder for å la pilotene fortsette og at forholdet til diskrimineringsforbudet var usikkert. Arbeidsgiversiden fikk ikke arbeidstakersiden med på å heve aldersgrensen i tariffforhandlingene.

Situasjonen i 2008 var følgelig at arbeidsgiveren var bundet av en tariffavtale som, etter de overordnede tariffpartenes syn, ikke ga adgang til å la pilotene fortsette. Arbeidsgiver krevde fratreden, og det oppstod tvist om grensens lovlighet.

Behandlingen av tvisten i Høyesterett ble stanset i påvente av EU-domstolens avgjørelse i sak C-447/09 *Prigge*, som gjaldt et parallelt saksforhold. I *Prigge* fant EU-domstolen at en tariffavtalt aldersgrense på 60 år for flyvere var i strid med EUs rammedirektiv om likebehandling i arbeidslivet (direktiv 2000/78/EF). En aldersgrense utgjør direkte diskriminering på grunn av alder og er som et klart utgangspunkt forbudt, og domstolen mente at ingen av direktivets unntaksbestemmelser kunne anvendes. Det offentligrettslige regelverket internasjonalt og nasjonalt hadde åpnet for flyvning inntil fylte 65 år. En grense på 60 år var derfor ikke nødvendig av hensyn til sikkerhet og helse (etter art. 2 nr. 5), og var heller ikke et yrkesmessig krav som stod i et rimelig forhold til formålet (etter art. 4 nr. 1). Domstolen slo dessuten fast at hensynet til luftfartssikkerhet ikke inngår blant de sosialpolitiske hensyn som kan begrunne unntak etter art. 6 nr. 1.

Høyesterett bygget sin vurdering på *Prigge*. Førstvoterende la til grunn at det «følger direkte av *Prigge*-

Innhold nr. 2

Arbeidsrett	1
Arverett	8
Familierett	11
Fast eiendom	12
Immaterialrett	13
Konkursrett	16
Kontraktsrett	19
Selskapsrett	21
Vergemål	26

dommen» at grensen ikke kunne begrunnes i hensynet til flysikkerhet (avsnitt 55). Det ble ikke tatt endelig stilling til om grensen ivaretok *andre* saklige hensyn, som hensynet til verdig avgang, fordi forholdsmessighetskravet uansett ikke ble ansett oppfylt. Først i 2012 ble det altså klart slått fast at grensen var aldersdiskriminerende.

I etterkant krevet pilotene oppreisning og erstatning for lønnstap for perioden 2008–2012. I lagmannsretten ble arbeidsgiver idømt erstatningsansvar på til sammen 31,5 millioner, samt oppreisning, med hjemmel i aml. § 13-9. Bestemmelsen ga rett til erstatning for økonomisk tap som følge av diskriminering «etter de alminnelige regler», og rett til oppreisning «uten hensyn til arbeidsgivers skyld».

Dette stilte Høyesterett overfor flere spørsmål av prinsipiell karakter. Diskrimineringsforbudet og unntaksbestemmelsene var ikke forandret i perioden 2008–2012. Aml. § 13-9 slår uttrykkelig fast at tariffavtalebestemmelser i strid med forbudet er ugyldige, og gir «[d]en som er blitt diskriminert» krav på erstatning og oppreisning.

Pilotene anførte at det fulgte direkte av *Helikopterpiloter I* at tariffbestemmelsen var ugyldig, og viste blant annet til prinsippet om ansvar for egen rettsvillfarelse. Arbeidsgiversiden hevdet imidlertid at et ansvar ville virke retroaktivt og være i strid med vernet av organisasjonsfriheten og tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven. Arbeidsgiversidens anførsler knyttet seg særlig til diskrimineringsforbudets dynamiske karakter og tariffavtalens spesielle stilling. Blant annet ble det anført at tariffavtalens grense måtte anses gyldig og forpliktende frem til det i 2012 ble slått fast ved *Helikopterpiloter I* at grensen var ulovlig. Videre ble det hevdet at ansvaret krevde skyld, at rettstilstanden i 2008 var svært uklar, og at arbeidsgiver ikke hadde opptrådt uaktsomt. Partshjelperne, Norsk Flygerforbund, klubben og NHO, understreket de samfunnsmessige konsekvensene dersom parter som er bundet av tariffavtale skal kunne risikere erstatningsansvar ved å etterleve tariffavtalen, særlig dersom ansvar oppstår som følge av en senere rettsutvikling.

En samlet Høyesterett konkluderte med at det ikke forelå ansvarsgrunnlag for erstatning, og frifant arbeidsgiveren. Videre var det enighet om at skyldkravet for erstatning var alminnelig uaktsomhet, og at arbeidsgiveren «utvilsomt» ikke hadde opptrådt uaktsomt (avsnitt 92). Dissensen ligger i de ulike begrunnelsene.

Flertallet bygget på at arbeidsgiveren ikke begikk noe rettsbrudd i 2008. Førstvoterende mente at *Helikopterpiloter I* ikke tok stilling til om det i 2008 var aldersdiskriminerende å forholde seg til tariffavtalen. Domsslutningen, at pilotene «er fortsatt ansatt», ble forstått slik at «den peker *fremover* fra domstidspunktet» (avsnitt 65, kursivert i dommen). Flertallet viste til at *Prigge* innebar «et markert element av rettsut-

vikling», og at Høyesterett hadde ansett seg bundet av denne (avsnitt 66–69).

Det overordnede spørsmålet som ifølge flertallet kom på spissen, var dermed «om rettsutvikling i EU-retten, som blir styrende for norsk rett, også uten videre er avgjørende for bedømmelsen av om det på et tidligere tidspunkt – med et annet rettskildebilde – ble begått et rettsbrudd som gir grunnlag for erstatning» (avsnitt 71).

Rettskildebildet i 2008 var at diskrimineringsforbudets grenser var uklare, at grenser begrunnet i sikkerhetshensyn med stor grad av sannsynlighet var ansett å stå seg, og at det ikke forelå praksis som ga avklaring. Basert på dette konkluderte flertallet med at aldersgrensen ikke var diskriminerende i 2008, og poengterte: «Det er den senere rettsutviklingen som medfører at tariffavtalens aldersgrense kommer i strid med forbudet mot diskriminering.» (avsnitt 90)

Mindretallet (dommer Falch) markerte klar avstand til dette og fant at grunnvilkåret for erstatning og oppreisning *var* oppfylt. Han mente domsslutningen, «er fortsatt ansatt», måtte bety at pilotene hadde vært ansatt frem til domstidspunktet, slik at *Helikopterpiloter I* slo rettskraftig fast at kravet om fratreden var et rettsbrudd. En annen forståelse ville bety at dommen påla en plikt som ikke allerede eksisterte, noe Høyesterett etter hans syn ikke kunne gjøre. Det domstolene etter hans oppfatning kan, «er å pålegge «private parter plikter som allerede eksisterer i kraft av loven eller annet rettsgrunnlag» (avsnitt 100).

Dissensen speiler klart ulike syn på hvilken rolle Høyesterett spilte i rettsutviklingen ved *Helikopterpiloter I*. Mens flertallet anså dommen som en rettslig nyskapning, la mindretallet til grunn at Høyesterett «på vanlig måte» hadde anvendt diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven på et saksforhold som lå tilbake i tid (*ibid.*).

En samlet rett ga den rettslige uklarheten i 2008 betydning for vurderingen av om arbeidsgiveren hadde opptrådt uaktsomt. Bundethet av tariffavtale og rettslig usikkerhet satte arbeidsgiveren «utvilsomt» i en vanskelig situasjon, uten noe handlingsrom å manøvrere i. Arbeidsgiverens opptreden ble derfor ansett forsvarlig helt frem til dommen i *Helikopterpiloter I* (avsnitt 107).

Bare mindretallet behøvde å ta særskilt stilling til spørsmålet om oppreisning. At arbeidsgiver hadde opptrådt forsvarlig, fikk betydning selv om oppreisningsansvaret er objektivt. Mindretallet viste til at forarbeidene åpnet for ikke å ilegge oppreisning ved lovbrudd, og fant ikke behov for å reagere med en avskrekkende sanksjon i dette tilfellet. Han trakk frem både at arbeidsgivers opptreden var forsvarlig og forståelig, at aldersgrensen var et resultat av kollektive forhandlinger og at pilotene hadde nytt godt av grensen når eldre kollegaer fratrådte.

Dommens resultat fremstår som rimelig. Det ville vært uheldig om en arbeidsgiver som ønsker å etterleve

sine tariffoppliktelse og som søker å avklare rettsstillingen, ved forhandlinger og på annen måte, ble sittende med et erstatningsansvar med ruinerende proporsjoner.

Umiddelbart kunne det virke mer naturlig å løse saken på uaktsomhetsvurderingen. Høyesteretts ansvar for å bidra til rettsavklaring, kan ha medvirket til at flertallet løste saken på spørsmålet om rettsbrudd. På diskrimineringsfeltet skjer det en stadig rettsutvikling, ikke bare i domstolene, men også på lovgivningssiden. Bestemmelsen om erstatning som følge av diskriminering i aml. § 13-9 ble endret i 2014. I dag kan både oppreisning og erstatning kreves på objektivt grunnlag, «uavhengig av om arbeidsgiveren kan bebreides for diskrimineringen». En løsning basert på at arbeidsgiver ikke var uaktsom, ville derfor gitt liten avklaring fremover.

Saken handler enkelt sagt om samspillet mellom tariffavtaler og (øvrige) rettsutvikling. Tariffavtaleregulering er tuftet på grunnleggende prinsipper om organisasjonsfrihet og ivaretar viktige samfunnsfunksjoner. Tariffavtaler er kompromisser som avveier på motstridende samfunnsinteresser og som regulerer individuelle arbeidsforhold. For at reguleringen skal ivareta sin stabiliserende og normerende funksjon, er det sentralt at tariffbundne skal kunne etterleve den uten å risikere å komme i ansvar. Sakens kjerne synes etter dette å være hvorvidt det bør være en slags skjønnsmargin for kollektiv regulering i skyggen av usikre og dynamiske rettsregler.

Høyesterett kunne benyttet anledningen til et forsvar for tariffavtalens funksjon, og dempet det nylige nederlaget i HR-2016-2554-P *Holship* (omtalt i *Nytt i privatretten* 2017 nr. 1, s. 1–3). Men det ble ikke gjort; begrunnelsen er ikke knyttet til tariffavtalens særpreg og funksjon. Flertallet gjorde saken til et spørsmål om rettsutvikling i EU-retten og erstatningsansvar mer allment. Deres syn på rettsutvikling, rettsbrudd og erstatningsansvar får dermed svært bred relevans.

Det spesielle med flertallets syn er ikke først og fremst at de anså *Helikopterpiloter I* som uttrykk for en klar rettsutvikling. Det er *betydningen* de tiller det, som bør merkes. Avklaringer fra Høyesterett vil oftest ha et element av rettsutvikling, og det gir anvendelsen av regelen på tidligere saksforhold et visst tilbakevirkende preg. Flertallet synes å mene at avgjørelser som innebærer en *klar* rettsutvikling, ikke skal virke slik, men bare få erstatningsrettslig betydning fra domstidspunktet. Det kan reises spørsmål om flertallet med dette oppstiller en ny og mer lempelig norm for vurdering av rettsvillfarelse i sivilrettslige forhold.

Flertallet bygger imidlertid på en anstrengt tolkning av Høyesteretts tidligere domsslutning, og på en logikk som ikke helt overbeviser. Dersom det ikke var et rettsbrudd å kreve fratreden i 2008, følger det at pilotenes arbeidsforhold gyldig ble brakt til opphør. Hva som da skulle være grunnlaget for å reetablere arbeidsforholdet i 2012, slik at de var «fortsett ansatt», er ikke behandlet. Som mindretallet peker på, ville det være

å pålegge en plikt som ikke følger av arbeidsmiljøloven.

På den annen side kunne saken fått en annen inngang dersom pilotene hadde fokusert på det kontraktsrettslige fremfor det diskrimineringsrettslige. Hadde de krevd erstatning for manglende oppfyllelse av sine arbeidsavtaler, ville spørsmålet om *når* det oppstod ulovlig diskriminering, ikke vært så interessant.

I det hele tatt gir dommen en tydelig illustrasjon på hvordan prosessuelle og materielle forhold spiller sammen og skaper forviklinger. I dette tilfellet synes resultatet å være ny usikkerhet fremfor avklaringer av og om rettsutviklingen.

Marianne Jenum Hotvedt

Nedbemanning, «utvelgelseskrets» og interesseavveining ved oppsigelse (HR-2017-561-A)

Posten Norge AS – Divisjon Post (Posten) er delt i seks regioner. Saken her gjaldt en omorganisering i Region Vest. Denne regionen bestod av fire distriktsenheter, en enhet for produksjon og en enhet for post i butikk. I 2014 var det i alt 28 distribusjonssenheter i de fire distriktene. I 2012 startet Region Vest arbeid med en ny distribusjonsstruktur for brevpost i Bergensområdet. I juni 2013 ble det oppnådd enighet mellom Posten og tillitsvalgte for arbeidstagerorganisasjoner om ny distribusjonsstrategi. De organisasjonsmessige endringene det var tale om, ble gjennomført i flere trinn. I mai 2014 besluttet Region Vest, etter drøftelser med tillitsvalgte, å slå sammen ti distribusjonssenheter to og to til fem enheter (avsnitt 9). Hver av de ti enhetene hadde én distribusjonsleder, én nestleder og et antall postbud; det samme skulle hver av de fem nye enhetene ha. Sammenslåingen innebar dermed at behovet for antall distribusjonsledere og nestledere ble halvert, fra 20 til ti (avsnitt 11). Antallet postbud ble ikke berørt.

Det var enighet mellom Region Vest og tillitsvalgte om at «utvelgelseskretsen» for ledere og nestledere som ble «overtallige», skulle være begrenset til hver ny driftsenhet, dvs. hver av de to sammenslåtte enhetene for seg, og at nedbemanningen skulle baseres på frivillighet, derefter på ansiennitet. Denne avgrensningen av «utvelgelseskretser» innebar at to og to distribusjonsledere måtte konkurrere innbyrdes uten konkurranse fra eller med ledere ved andre sammenslåtte enheter og uten fortrinn til tilsvarende lederstillinger utenfor utvelgelseskretsen. Den av distribusjonslederne som ikke nådde opp i den sammenslåtte enheten, måtte så konkurrere med de to nestlederne om den ene nestlederstillingen i den nye enheten (avsnitt 12).

Kjersti Myrjord, som saken her gjaldt, ble ansatt i Posten i 1996. Fra 2008 ble hun distribusjonsleder ved Laksevåg Distribusjonssenheter og fra januar 2013 distribusjonsleder ved Vest Distribusjonspunkt. Ved omorganiseringen i 2014 ble Vest Distribusjonspunkt

slått sammen med Askøy Distribusjon til en ny enhet, Bergen Vest Distribusjon. Ved denne sammenslåingen nådde Myrjord ikke ansiennitetsmessig opp i forhold til lederen og de to nestlederne i de sammenslåtte enhetene. Hun ble dermed «overtallig» i sin *stillingskategori*. Etter drøftelser i juni 2014 ble Myrjord da sagt opp fra stillingen som distribusjonsleder og samtidig tilbudt stilling som postbud med tilretteleggelse ut fra hennes «nåværende helsesituasjon» og med lønnskompensasjon i en viss tid (avsnitt 13–15). Myrjord godtok ikke oppsigelsen. Forhandlinger førte ikke frem, og i oktober 2014 reiste Myrjord søksmål om oppsigelsens gyldighet (avsnitt 16–18).

Her må jeg skyte inn: Jeg har satt «utvelgelseskretsen» i anførselstegn fordi termen bare brukes som betegnelse på én del av referanserammen for saklighetsvurderingen. Termen refererer seg til hvilken del av en virksomhet (i arbeidsmiljølovens forstand) som kan være grunnlag for å avgjøre hvilke stillinger som er «overtallige», og hvilke ansatte som da eventuelt kan sies opp. Men det avgjør ikke den individuelle saklighetsvurderingen. Spørsmålet om den enkelte oppsigelsen har saklig grunn etter aml. § 15-7, har også en dimensjon som omfatter forhold ut over «utvelgelseskretsen». Dommen her illustrerer dette, for så vidt helt på linje med eldre rettspraksis. Når dette er sagt, sløyfer jeg for enkelhets skyld anførselstegnene i det følgende.

Hovedspørsmålet for Høyesterett – som for de tidligere instansene – var om oppsigelsen kunne anses saklig begrunnet ut fra den *avgrensningen av utvelgelseskretsen*, og dermed av ansiennitetsvurderingene, som var foretatt (avsnitt 47, jfr. avsnitt 1). Det var ikke omtvistet at det var grunnlag for å ta utgangspunkt i en mindre utvelgelseskrets enn Posten Norge AS. Men fra Myrjords side ble det anført at kretsen i dette tilfellet var for snevert avgrenset. Ansiennitetsvurderingen ville falt annerledes ut dersom ett eller flere av de distriktene i Region Vest som var berørt av omorganiseringen, ble ansett som én krets. Når ansiennitet brukes som utvelgelseskriterium, må det forutsette at utvelgelseskretsen «har en størrelse som sikrer tilstrekkelig representativitet for den berørte stillingskategorien» (avsnitt 65 jfr. avsnitt 37 og 39).

Høyesterett forkastet en slik tilnærming, kontant og med ettertrykk. Førstvoterende fremholdt at «[d]et er en saklig begrunnet utvalgskrets som avgrenser hvem som ved overtallighet skal konkurrere om stillingene. Når denne avgrensningen skal foretas, har utvelgelseskriteriet *ingen* plass. Det gjelder hva enten det er ansiennitet, kvalifikasjoner, alder eller sosiale forhold – eventuelt en kombinasjon av disse – som skal være styrende for hvem som blir overtallig. Ansiennitet står i så måte ikke i noen særstilling». Det, mente førstvoterende, «følger ... *entydig*» av dommene i Rt. 1986.879 *Hillesland*, Rt. 1992.776 *Sparebanken Nord-Norge* og Rt. 2015.1332 *Gresvig* (omtalt i *Nytt i*

privatretten 2016 nr. 1, s. 1–2) (avsnitt 66; mine kursiveringer).

Dette kan trygt sies å være en forenkling. Synsmåten kan kanskje anses å ha støtte i *Sparebanken Nord-Norge*, skjønt den ikke fikk noe eksplisitt uttrykk i den dommen. I *Hillesland* var det ikke snakk om noen del av virksomheten som utvelgelseskrets, men om aksept for et valg innenfor *hele* virksomheten ut fra «hensyn til forskjeller i kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet generelt eller på spesielle felter, når dette er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens behov» (s. 886–87). Men her kan førstvoterende, og Høyesterett, ha latt seg lede av Høyesteretts egen uttalelse om *Hillesland* i *Gresvig*-dommen, der begrensning til «den aktuelle beskjeftigelse» ble karakterisert som en utvelgelseskrets (avsnitt 39). Det er i det minste en uvanlig bruk av termen, og for *Hilleslands* del står den i motsetning til karakteristikken like forut av utvelgelseskrets som noe «mindre ... enn hele selskapet» (avsnitt 38). Men standpunktet er heller ikke umiddelbart i samklang med det utgangspunktet som ble formulert i *Gresvig*: «Spørsmålet om det er saklig grunnlag for å begrense utvelgelseskretsen må bedømmes konkret i det enkelte tilfellet, og ved denne vurderingen vil en lang rekke hensyn kunne trekkes inn i saklighetsvurderingen.» Kvalifikasjoner er ett slikt hensyn, det er «et legitimt formål for bedriften å beholde nødvendig kompetanse» (*Gresvig* avsnitt 42).

Standpunktet ble vel heller ikke helt rendyrket i saken her. Ansiennitetshensyn ble på et vis trukket inn i den konkrete vurderingen av om begrensningen av utvelgelseskretsen var saklig: Hvis Myrjord skulle hatt mulighet til å gå foran ledere i andre enheter, «måtte utvalgskretsen vært bestemt til ett eller flere distrikter», men slike «alternative utvalgskretser ville hatt det til felles at også ledere som ikke var berørt av sammenslåing, ville bli satt i spill» (avsnitt 76). Dette siste må nok forstås i sammenheng med et organisasjonshensyn og et praktisk hensyn: «For en organisasjon som er i kontinuerlig omstilling [hvilket Posten forsåvidt var; min bemerkning], er det behov for å skjerme tilsatte som ikke er direkte berørt av omstillingstiltaket», hensynet til «ro og forutberegnelighet også for andre» må veie tungt (avsnitt 77 og 78). Dette er et synspunkt som på sitt vis kjennes igjen fra både *Sparebanken Nord-Norge* (s. 781) og *Gresvig* (avsnitt 42).

Det samme gjelder andre momenter som ble trukket frem i den konkrete vurderingen: forretningsmessige hensyn, ensartet og konsekvent praktisering i nedbemanningsprosesser ellers og, ikke minst, samhandling med arbeidstagerorganisasjoner og tillitsvalgte. I saken her forelå det en «omstillingsavtale» med organisasjonene. Forståelsen av den var omtvistet, men førstvoterende anså at den begrensningen av utvelgelseskretsen som ble foretatt, var den som «best samsvarer med en naturlig forståelse» av avtalen, og den var bestemt i samsvar med prosedyrene i omstillingsavtalen (avsnitt 69 og 68). I sammenheng med dette

poengterte Høyesterett at «[a]vtaler mellom arbeidsgiver og de tillitsvalgte er ikke bindende for saklighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 15-7», men også at avtaler med tillitsvalgte «vil måtte veie tungt ved saklighetsvurderingen». Domstolene må forsåvidt vise «stor tilbakeholdenhet ved prøvingen» (avsnitt 72). Myrjord hadde anført at tilbakeholdenhet bare kunne gjelde prøve av ansiennitetsavtaler, ikke avtaler om utvelgelseskrets. Det vant ingen gjenklang (avsnitt 73–75). Førstvoterende konkluderte med at det var «lite tvilsomt den utvalgskretsen som ble bestemt under Omstillingsavtalen, oppfyller arbeidsmiljølovens saklighetskrav» (avsnitt 80).

Drøftelsen av dette spørsmålet bringer ikke egentlig noe prinsipielt nytt om relevante hensyn for den konkrete saklighetsvurderingen. Men dommen gir med det heller ikke noen nærmere avklaring av hva som kan være relevante hensyn eller om avveiningene i vurderingen. Høyesterett gjentok eller viste ikke til det utgangspunktet som ble formulert i *Gresvig* (avsnitt 43) om at «[n]år lovens utgangspunkt er at virksomheten er utvelgelseskrets, følger det imidlertid at de hensyn som tilsier at utgangspunktet fravikes, må være tungtveiende». Kanskje skal den kontante formuleringen i avsnitt 66 om at «utvalgskriteriet» ikke har noen plass ved avgrensningen av en saklig begrunnet utvelgelseskrets, sees som uttrykk for en mindre streng vurdering. Men dette blir ikke avklart på noen måte. Det er fortsatt mye som står åpent om denne delen av saklighetsvurderingen.

Uansett er det, som jeg har pekt på ovenfor, slik at *den* vurderingen ikke i seg selv er avgjørende for om den enkelte oppsigelse er saklig etter aml. § 15-7. Etter § 15-7 annet ledd er en oppsigelse ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiveren har et annet passende arbeid «i virksomheten» å tilby arbeidstageren. Her er det, som Høyesterett også bemerket (avsnitt 81), ikke utvelgelseskretsen som er rammen for hvor det kan være spørsmål om å finne slikt arbeid, men – i prinsippet – hele virksomheten som sådan. Det samme gjelder den interesseavveiningen som skal foretas etter § 15-7 annet ledd.

I dette tilfellet tok Høyesterett ikke bestemt stilling til hva som er «passende arbeid» i lovens forstand (jfr. avsnitt 87). Flertallet (4–1) kom til at oppsigelsen av Myrjord uansett måtte anses usaklig ut fra interesseavveiningen, som knytter seg til situasjonen på oppsigelsestidspunktet (avsnitt 87, jfr. avsnitt 96). I *Gresvig* (avsnitt 60) uttalte Høyesterett at når avgrensningen av en utvelgelseskrets er berettiget, vil avveiningen «bare under ekstraordinære omstendigheter» kunne falle ut i arbeidstagerens favør. Flertallet i vår sak gikk ikke inn på denne uttalelsen, men det kan vel være at flertallet anså omstendighetene i dette tilfellet som ekstraordinære. Førstvoterende fremholdt at «i et tilfelle som dette [må det] tas utgangspunkt i den situasjon arbeidsgiver har skapt ved sin måte å organisere omstillingen på» (avsnitt 96). Meget kort og forenklet

stilte det seg slik: Ved drøftelsene med organisasjonene i juni 2013 var det enighet om at det var behov for «lederkraft i omstillingsprosessen» inntil behovet for lederkraft ble endelig avklart, senest innen juli 2014. Utgangspunktet var da at det skulle ansettes førstelinjeledere i enheter som ikke senere ble berørt av sammenslåinger av enheter, og at det dette skulle gjøres ved midlertidige ansettelser. Posten valgte imidlertid, i september 2013, å foreta *faste* ansettelser i de aktuelle stillingene. Flertallet så det slik at man både kunne og burde ha holdt fast ved å ansette midlertidig. Da ville det vært ledige stillinger i juni/juli 2014, og Myrjord ville med sin ansiennitet ha vunnet frem i en konkurranse med andre overtallige ledere om disse stillingene. Ut fra sin mer omfattende drøftelse konkluderte førstvoterende med at han «ikke [kunne] se at Myrjord skal måtte bære byrden av Postens prioriteringer» (avsnitt 101).

En dommer – Arntzen – dissenterte på denne delen av saklighetsvurderingen. Hun viste, blant annet, til uttalelsen i *Gresvig* avsnitt 60 og var kritisk til flertallets syn på interesseavveiningen (avsnitt 110 flg.). Det gjaldt ikke minst synet på bruken av faste ansettelser i de aktuelle førstelinjelederstillingene. Hun anså at det ikke var grunnlag for å «tilsidesette arbeidsgivers vurdering av behovet for faste tilsettelser» (avsnitt 115), og at det heller ikke ville vært lovlig etter aml. § 14-9 første ledd (slik det lød før lovendring i 2015) å ansette midlertidig.

Det siste har utvilsomt sterke grunner for seg. Og det er vanskelig å fri seg fra et inntrykk av at flertallets konklusjon bærer i seg en uuttalt rimelighetsvurdering.

En sidebemerkning til slutt: Dommen viser at Høyesterett ikke helt er på hjemmebane i det kollektive arbeidslivet. Myrjord var organisert i Lederne. Førstvoterende bemerket at «[h]vor Lederne organisasjonsmessig hører hjemme er ikke blitt nærmere angitt» (avsnitt 55). Da kunne det jo vært grunn til å spørre. Lederne er, som ellers kjent, en frittstående arbeidstagerorganisasjon. Som sådan har den ingen egen hovedavtale med Spekter og heller ikke noen overenskomst med Spekter for Posten Norge AS. Det forklarer også hvorfor den standardiserte «ansiennitetsklausulen» som inngår i Spekters hovedavtaler (unntatt den med Akademikerne) – om at «[v]ed oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansiennitet fravikes når det foreligger saklig grunn» – ikke er trukket frem i saken slik den fremtrer gjennom Høyesteretts dom.

Stein Evju

Høyesterett og Arbeidsrettens domsmyndighet, ugyldighet ved tariffbrudd (HR-2017-777-A)

Saken gjaldt anke over Arbeidsrettens dom 20. juni 2016 (AR-2016-17 *Nokas*) om oppsigelser ved nedbemanning. Arbeidsretten konkluderte med at den utvelgelseskretsen arbeidsgiveren hadde anvendt ved oppsigelse av tre navngitte ansatte, var tariffstridig

etter hovedavtalen LO–NHO § 8-2. For de tre var det da ikke foretatt en korrekt ansiennitetsvurdering, og oppsigelsene av dem ble kjent «tariffstridige og ugyldige» (jfr. avsnitt 4 i Høyesteretts dom). Spørsmålet for Høyesterett var om Arbeidsretten hadde gått ut over sin saklige domsmyndighet ved å avsi dom for at oppsigelsene «er ugyldige».

Dette besvarte Høyesterett med et klart *nei*. Konklusjonen er ikke overraskende, tvert imot. Et tilsvarende spørsmål var oppe for Høyesterett i Rt. 2012.1702 (omtalt i *Nytt i privatretten* 2013 nr. 1, s. 1–2), i anke over Arbeidsrettens dom 6. mars 2012 (ARD 2012.54 *Okpe*) der avskjed av en tillitsvalgt ble kjent tariffstridig og ugyldig. Høyesterett slo enstemmig og klart fast at Arbeidsretten etter arbeidstvistlovens § 33 annet ledd, jfr. § 1 bokstav i, og § 35 fjerde ledd i tillegg til å avsi dom for tariffstrid også kunne gi dom for ugyldighet med rettskraftvirkning direkte overfor en av NHOs tariffbundne medlemsbedrifter.

I saken argumenterte NHO (og Nokas) – igjen – med at «ugyldighet er en lovbestemt, ikke tariffestet, virkning av at en oppsigelse anses som usaklig», at ugyldighet ikke er en nødvendig konsekvens av tariffbruddet, og at ved å avsi dom for ugyldighet gjorde Arbeidsretten mer enn å tolke hovedavtalen og gi pålegg om å gjenopprette tariffmessig tilstand. Det ble anført at Arbeidsretten «i realiteten», og på et for snevert grunnlag, tok stilling til om arbeidsmiljølovens saklighetskrav var brutt (avsnitt 11–13).

Dette kunne ikke føre frem. Det er utvilsomt slik at Arbeidsretten ikke har kompetanse til å avgjøre om oppsigelse er gyldig eller ugyldig etter arbeidsmiljølovens bestemmelser (jfr. avsnitt 30 i Høyesteretts dom). Det er forsåvidt ganske banalt. Men krav på grunnlag av lov og krav på grunnlag av tariffavtale er ikke ett og det samme. Det gjelder også for spørsmål om rettsvirkninger av tariffbrudd, uansett om rettsvirkningen materielt sett vil ha samme innhold. Kjennelsen i ARD 1988.201 er én eldre illustrasjon, ARD 1986.165 jfr. Rt. 1987.98 en annen.

Det er like utvilsomt at Arbeidsretten – nå etter § 33 annet ledd – har kompetanse til å fastslå at en opptreden eller beslutning av et tariffbundet medlem, som her en arbeidsgiver, er *tariffstridig*. Det samme gjelder kompetanse til å ta stilling til hvilke *tariffrettslige virkninger* et tariffstridig forhold får, ikke bare mellom tariffpartene, men likeledes overfor et tariffbundet medlem. Medlemmet må i så fall være gjort til part i rettssaken, jfr. atvl. § 35 fjerde ledd (jfr. også avsnitt 32 i Høyesteretts dom). Dette omfatter også kompetanse til å gi dom for *ugyldighet* som rettsvirkning av et tariffbrudd.

Høyesterett drøftet disse spørsmålene mer utførlig (avsnitt 25–35), helt i tråd med den vel etablerte retts-tilstand. Retten konstaterte at kravet om dom for ugyldighet fra LOs side i saken for Arbeidsretten utelukkende bygget på hovedavtalen, i første rekke dens § 8-2, og at Arbeidsrettens dom hverken formelt eller

reelt innebar at retten tok stilling til noe annet eller mer enn Arbeidsretten har kompetanse til innenfor rammen av arbeidstvistlovens regler (avsnitt 34 og 35). Anken fra NHO og Nokas ble etter dette forkastet.

En formell, men også materiell, bemerkning avslutningsvis: Høyesterett snakker et par steder om «partene i den aktuelle tariffavtalen» og «de andre tariffpartene» (avsnitt 27, 32). Det er ikke presist. Tariffpartene i en sak som dette er LO og NHO. Et medlem, som i dette tilfellet Nokas, er tariffbundet (medlemsbundet), men ikke part i tariffavtalen. Plikten til å innrette seg etter en dom for ugyldighet hviler på det tariffbundne medlemmet; det var da også nettopp det som var poenget i saken her.

Stein Evju

En begrepsmessig bombe? Tolkning av begrepet «ansatt» (HR-2017-344-A). Summarisk fellesoppgjør

Saken gjaldt den generelle forståelsen av begrepet «ansatte» i ligningsloven § 9-5 nr. 8, nå skatteforvaltningsloven § 12-4 første ledd. Bestemmelsen gir skattemyndighetene kompetanse til å treffe vedtak om summarisk fellesoppgjør der «arbeidsgiver har levert uriktige eller ufullstendige oppgaver over ytelser til ansatte, og det medfører uforholdsmessig byrde å gjennomføre ordinære endringssaker for den enkelte».

Høyesterett konkluderte med at «ansatte» i den aktuelle sammenhengen omfatter både arbeidstakere og oppdragstakere som ikke driver selvstendig næringsvirksomhet. Avgjørelsen er dermed prinsipielt og begrepsmessig interessant fra en arbeidsrettslig synsvinkel. Arbeidsrettslig er skillet mellom arbeidstakere og oppdragstakere helt grunnleggende, og «ansatte» refererer klart kun til den første gruppen. Avgjørelsen er imidlertid ikke oppsiktsvekkende materielt sett. Flere skatterettslige regler – og enkelte trygderettslige regler – sidestiller arbeidstakere med oppdragstakere utenfor næring.

Bakgrunnen for saken var et bokettersyn hos et malermesterfirma. Dette hadde avdekket utgiftsføring som sannsynligvis var basert på fiktive fakturaer fra fire underleverandører, idet disse ikke drev næringsvirksomhet. Skatteklagenemnda la i sin behandling av saken til grunn at selskapets betalinger etter de fiktive fakturaene i det vesentlige var benyttet til uregistrerte lønnsutbetalinger til «ansatte». Nemnda traff vedtak om krav på skattetrekk og arbeidsgiveravgift i form av et summarisk fellesoppgjør, i tillegg til tilleggsavgift på 30 prosent for unndratt arbeidsgiveravgift. Vedtaket ble opprettholdt i tingrett og lagmannsrett. Lagmannsretten uttalte blant annet at «ytelser til ansatte» også omfatter «ytelser for arbeid til personer utenfor tjenesteforhold, og som ikke nødvendigvis er å anse som ansatte i arbeidsrettslig forstand».

Høyesterett tolket begrepet «ansatte» utvidende ut fra formåls- og systembetraktninger. Adgang til summarisk fellesoppgjør skulle bidra til å forenkle opp-

følgningen av arbeidsgivers ansvar for forskuddstrekk og arbeidsgiveravgift i tilfeller der det var praktisk vanskelig å gjennomføre nøyaktige beregninger. Begrepet «ansatte» var knyttet til lovens vilkår om at arbeidsgiver måtte ha forsømt sine plikter. «Arbeidsgiver» ble derfor ansett å være «det styrende eller operative begrepet i bestemmelsen» (avsnitt 33).

Arbeidsgivers plikt til å innberette lønn, foreta forskuddstrekk og betale arbeidsgiveravgift omfatter lønn og godtgjørelse for arbeid både i og utenfor tjenesteforhold, men avgrenses mot godtgjørelse for arbeid som ledd i selvstendig næringsvirksomhet. Den sentrale grensedragningen i disse reglene går altså ikke mellom arbeidstakere og oppdragstakere, men mellom lønnsinntekt og næringsinntekt. Skatterettens lønnstakerbegrep omfatter både ansatte lønnstakere og ikke-ansatte lønnstakere. I folketrygdlovens terminologi svarer dette til arbeidstakere og frilansere, jf. ftrl. §§ 1-8 og 1-9.

Høyesterett fant ingen holdepunkter for at lovgiver hadde ment å gi bestemmelsen om summarisk fellesoppgjør et snevrere anvendelsesområde enn de underliggende arbeidsgiverpliktene (avsnitt 37). Selv om ordlyden pekte i retning av et arbeidsrettslig tilsetningsforhold, ble en slik «snever» forståelse altså ikke lagt til grunn. Legalitetsprinsippet ble ikke ansett å være til hinder for en utvidende tolkning. Det sentrale var at selve pliktene klart fulgte av regelverket, og at ordningen med summarisk fellesoppgjør hadde et gjenopprettende, ikke et pønalt formål (avsnitt 40).

Konklusjonen ble etter dette at «begrepet 'ansatte' omfatter arbeidstakere i og utenfor tjenesteforhold» (avsnitt 42), og anken over vedtaket ble forkastet.

Fra et arbeidsrettslig perspektiv kan avgjørelsen oppfattes som en begrepsmessig «bombe». Det som definerer begrepene «arbeidstaker» og «ansatt» er nettopp motsetningen til en selvstendig oppdragstaker. Men det er heller grunn til å se avgjørelsen som uttrykk for at begrepet «arbeidsgiver» kan ha større betydning enn ofte antatt. Arbeidsgiverbegrepet er ikke enhetlig; enkelte plikter for «arbeidsgiver» gjelder i andre relasjoner enn overfor arbeidstakere. Det er altså ingen nødvendig begrepsmessig sammenheng mellom arbeidsgiver og arbeidstaker/ansatt. Saken illustrerer akkurat det: En «arbeidsgiver» har visse plikter etter skatte- (og trygde)rettslig regelverk i relasjonen til oppdragstakere utenfor næring. Det spesielle ved avgjørelsen er at dette begrunner en tolkning av begrepet «ansatte» på tvers av ordlyden i en konkret bestemmelse.

For øvrig er vektleggingen av formåls- og systembetraktninger metodisk sett helt på linje med nyere høyesterettspraksis om tolkning av arbeidstakerbegrepet i andre sammenhenger. I senere år har Høyesterett uttrykkelig fremhevet formålet med de aktuelle reglene, se blant annet Rt. 2013 s. 354 (Avlaster I; omtalt i *Nytt i privatretten* 2013 nr. 2 s. 4–5) og Rt. 2015 s. 475 (Partner; omtalt i *Nytt i privatretten* 2015 nr. 3, s. 8–10). I sistnevnte avgjørelse, som gjaldt

arbeidsgiveransvaret etter skadeserstatningsloven § 2-2, betegnet Høyesterett dette som en «metodisk tilnærming».

Høyesteretts konklusjon er imidlertid uheldig formulert. Uttalelsen «begrepet 'ansatte' omfatter arbeidstakere i og utenfor tjenesteforhold» (avsnitt 42) forutsetter at man kan være arbeidstaker utenom tjenesteforhold. Det er i utgangspunktet en klar selvmotsigelse, tjenesteavtalen og arbeidsavtalen anses normalt som synonymer. Selvmotsigelsen er også helt unødvendig. Poenget i rettens resonnement er at begrepet «ansatte» omfatter arbeidstakere og oppdragstakere utenfor tjenesteforhold, såfremt de ikke driver næringsvirksomhet. Den manglende presisjonen er spesielt uheldig fordi skillet mellom arbeidstakere og oppdragstakere er avgjørende for andre regler i det trygde- og skatterettslige «systemet». Blant annet gjelder arbeidsgivers plikt til å betale sykepenges i arbeidsgiverperioden kun overfor arbeidstakere, jf. ftrl. 8-18. Selv om det fremgår av et tidligere premiss at lovgivningen i andre sammenhenger opererer med flere kategorier (avsnitt 36), blir dette tilslørt av Høyesteretts formulering.

Marianne Jenum Hotvedt

Virksomhetsoverdragelse, arbeidsavtaler og tariffavtalehenvisninger – EU-domstolens dom 27. april 2017, forente saker C-680/15 og C-681/15 Asklepios Kliniken, EU:C:2017:317

Dommen gjelder såkalt *dynamiske* henvisningsklausuler i arbeidsavtaler. Slike klausuler innebærer at arbeidstageren i kraft av arbeidsavtalen har krav på vilkår etter den tariffavtalen det er henvist til, også når tariffavtalen endres. I tysk rett er det etablert at dynamiske «Verweisungsklauseln» har denne virkningen. Det gjelder også endringer etter at virksomheten er overdratt til en ny arbeidsgiver, uavhengig av om denne er bundet av den aktuelle tariffavtalen eller er medlem eller ikke av den arbeidsgiverforeningen som er tariffpart. Spørsmålet for EU-domstolen var om virksomhetsoverdragelsesdirektivet, 2001/23/EF, og/eller artikkel 16 om næringsfrihet i EUs grunnrettscharter (CFREU) er til hinder for en slik rettsvirkning.

Generaladvokat Bot besvarte dette spørsmålet med et ja, men uten å bygge på artikkel 16 CFREU (se omtale av forslaget til avgjørelse i *Nytt i privatretten* 2017 nr. 1, s. 7–8). Domstolen nærmet seg spørsmålet på en annen måte, nært knyttet til Bundesarbeitsgerichts spørsmålsstillinger og begrunnelser for dem (som forøvrig i alt vesentlig fikk støtte i det norske innlegget i saken). Forsåvidt gjelder *statiske* henvisningsklausuler pekte domstolen på at direktivets formål bare er å gi vern for arbeidstagerens rettigheter og plikter etter arbeidsavtalen slik de foreligger på overdragelsestidspunktet. Det er ikke ment å gi vern for rene forventninger om bedre rettigheter som, hypotetisk, kan følge av senere endringer av tariffavtaler.

Direktivet *krever* ikke at en statisk henvisningsklausul skal behandles som dynamisk (avsnitt 17–19). Disse utgangspunktene ble knyttet til den eldre avgjørelsen i *Werhof* (EU:C:2006:168; omtalt i *Nytt i privatretten* 2006 nr. 2).

Men domstolen fremholdt videre at en kontrakt kjenetegnes av prinsippet om avtalefrihet, og at direktivet og spesielt dets artikkel 3 ikke kan forstås slik at det under enhver omstendighet er ment å være til hinder for at dynamiske henvisningsklausuler gis virkning etter en overdragelse (avsnitt 19 og 20). Domstolen konkluderte da så langt med at hvis overdrageren og arbeidstagerne frivillig har avtalt en dynamisk henvisningsklausul, må direktivet og dets artikkel 3 forstås slik at de forpliktelsene som derved følger av arbeidsavtalen, går over til erververen (avsnitt 21).

Det gjelder likevel ikke ubetinget. Domstolen fremholdt også at direktivet ikke bare har som formål å verne arbeidstagernes interesser, men søker å sikre en «fair balance» mellom arbeidstagernes og erververens interesser. Her kommer artikkel 16 CFREU om næringsfrihet inn i bildet. Erververen må være slik stilt at den etter overdragelsen kan gjøre slike tilpasninger og endringer som er nødvendige av hensyn til å kunne fortsette sin virksomhet (aktivitet, «operations»). Direktivets artikkel 3 må ut fra dette forstås slik det må være *mulig* for erververen å kunne ivareta sine interesser gjennom kontraktsforhandlinger erververen selv er part i. Her er det da snakk om muligheter for å få til endringer i de aktuelle arbeidsavtalene, ved avtale eller ensidig. Jfr. avsnitt 22 og 23, med henvisninger til avgjørelsene i *Alemo-Herron* (EU:C:2013:521; omtalt i *Nytt i privatretten* 2013 nr. 4) og *Österreichischer Gewerkschaftsbund* (EU:C:2014:2197), og domskonklusjonen.

I henhold til foreleggelsen fra Bundesarbeitsgericht gir tysk rett mulighet for slike tilpasninger gjennom, blant annet, endringsavtale eller «Änderungskündigung»; jfr. dommens avsnitt 24 og avsnitt II.2.d i foreleggelsen. Ut fra dette anså EU-domstolen at tysk rett forsåvidt tilfredsstiller direktivets krav tatt i betraktning artikkel 16 CFREU (avsnitt 25). – Her er det grunn til å skyte inn at Änderungskündigung er et særskilt rettsinstitut i tysk stillingsvernrett. Det må ikke forveksles med det som i norsk sammenheng ofte omtales som «endringsoppsigelse». Det er – som det bør være kjent – ikke egen form for oppsigelse; termen er grunnleggende misvisende.

Det kan virke påfallende at domstolen i saken her bygget på direktivets artikkel 3 uten å vise uttrykkelig til om det er tale om artikkel 3 nr. 1 eller nr. 3. Generaladvokaten bygget på både nr. 1 og nr. 3. Når domstolen ikke gjorde det, har det imidlertid en naturlig forklaring. En dynamisk henvisningsklausul vil være del av en *individuell arbeidsavtale*. Den er ikke tariffavtalebestemt – den følger nettopp ikke av en tariffavtale som overdrageren var bundet av. En slik klausul faller dermed inn under artikkel 3 nr. 1; artikkel

3 nr. 3 har ingen anvendelse. Dette var da også eksplisitt fremholdt i foreleggelsen fra Bundesarbeitsgericht (avsnitt II.2.b).

Det som ellers har særlig betydning, er at domstolen – igjen – trekker inn artikkel 16 CFREU som grunnlag for et særlig krav om «fair balance». Det legger et annet perspektiv på forståelsen av direktivet enn direktivet isolert sett gir grunnlag for. Dets artikkel 3 er i seg selv uttrykk for den grunnleggende avveiningen av partenes interesser. Det underbygges også av direktivets artikkel 8 som åpner for at medlemsstatene kan fastsette bestemmelser som er mer fordelaktige for arbeidstagerne. Generaladvokaten ville bygge et krav om «fair balance» direkte på artikkel 3 nr. 1 og 3 og, på tross av artikkel 8, forstå direktivet slik at det i realiteten ville innebære et forbud mot å gi dynamiske henvisningsklausuler virkning (se omtalen av forslaget til avgjørelse i *Nytt i privatretten* 2017 nr. 1, s. 7–8).

Domstolen gikk altså ikke så langt, men stoppet ved et krav om mulighet for avtalte eller ensidig fastsatte tilpasninger etter overdragelsestidspunktet. Dette reiser imidlertid et nytt spørsmål. I den – langt eldre – dommen i *Danmols* (sak 105/84, også kalt *Mikkelsen*; Saml. 1985 s. 2639) fastslo domstolen at det ikke vil være forenlig med direktivet (da 77/187/EØF) å gjennomføre endringer eller oppsigelser utelukkende på grunn av at det har funnet sted en virksomhetsoverdragelse («motivated solely by/solely as a result of/the transfer», jfr. avsnitt 25 og 26). Det gjenstår å se hvordan domstolen vil forene – eller fravike – disse synspunktene med dem i dommen her.

Stein Evju

ARVERETT

Høyesteretts avgjørelse av 5. april 2017 om hvorvidt en overdragelse var en livs- eller dødsdisposisjon (HR-2017-716-A)

Overdragelse av en gård til en 17 år gammel sønn kort tid før faren døde, ble ansett som en livsdisposisjon. Eldste sønn hadde gjort gjeldende at overdragelsen var en dødsdisposisjon slik at han hadde rett til å overta gården på skiftet etter farens død etter reglene om åsetesrett.

Grensen mellom hva som er en livs- og dødsdisposisjon er det emne hvor vi i arveretten har mest rettspraksis. Siden 2000 har vi bare to høyesterettsdommer, men iallfall 15 lagmannsrettsdommer.

Fakta: D eide en gård. Han hadde vært gift og hadde en sønn A fra dette ekteskapet som var 24 år gammel da D døde i 2014. Etter at han ble skilt fikk han i 1993 en samboer C. Sammen hadde de en sønn B som var 17 år i 2014. D og C opprettet i 2010 et gjensidig testament for den frie tredjedel. I 2006 fikk D påvist kreft, i 2009 ble det oppdaget spredning og fra 2012 fikk han cellegift i såkalt palliativ øyemed. Sommeren 2014

ble det besluttet å ta en pause i behandlingen og han var antagelig blitt resistent til mer cellegiftbehandling. I 2012 og 2013 ble D opptatt av hvordan det skulle gå med gården i fremtiden. I 2009 hadde D i en annen forbindelse fått en takst på gården på mellom kr. 7.5 og 10 mill. I denne verditaksten var det ikke tatt hensyn til en eventuell livsvarig borette for D og C. D tilbød i 2013/2014 forgjeves A kr. 2.5 mill. for å fraskrive seg odelsretten. 14. april 2014 ble det inngått avtale mellom D og B om at B skulle kjøpe gården. Prisen ble satt til kr. 5 650 000 som tilsvarte en takst på kr. 7.5 mill. minus åsetesfradrag på 25 %. 5. mai 2014 skrev D testament og begrenset As arv til kr. 1 mill., C skulle arve 1/3 og B resten av boet. Samme dag opprettet D og B en mere omfattende kjøpekontrakt med en bestemmelse om selgerkreditt og borette for foreldrene så lenge de måtte ønske og leien ble satt til kr. 5000 i måneden som skulle indeksreguleres. Kjøpesummen ble i sin helhet stående mot pant og skulle forrentes med 5 % årlig. Siden B var umyndig ble en advokat oppnevnt som setteverge og settevergen foreslo for fylkesmannen å gi samtykke til overdragelsen med visse endringer i avtalen. 29. juli 2014 godkjente fylkesmannen salget av gården til B. 6. august 2014 inngikk D og B en låneavtale hvor selgerkreditten ble nærmere regulert. C forpliktet seg da til å avstå fra å kreve sin arv etter testamentet frem til B var i stand til å løse henne ut.

Sommeren 2014 fikk D pånytt smerter og gikk på smertestillende medisin i august. Han var på denne tiden opptatt av planer om å bistå B i en odelsløsningssak som han visste A ville reise. 10. september 2014 ble overdragelsen av gården tinglyst. 11. september 2014 oppdaget fastlegen hans en ny svulst. 11–13. september ble det på sykehus foretatt en undersøkelse og 15. september begikk han selvmord. I forbindelse med tvisten som oppsto hadde hans fastlege avgitt en erklæring om at Ds forventede levetid var fra noen måneder til maksimum et halvt år. Det var på det rene at hverken fastlegen eller behandlende leger hadde sagt noe om forventet levealder til D i august/september 2014. Det var fullt mulig at han ville få strålebehandling for den nye svulsten.

Både tingretten, lagmannsretten og Høyesterett kom til at overdragelsen var en livsdisposisjon og følgelig gyldig.

Høyesterett: Høyesterett viste først til NOU 2014:1 Ny arvelov s. 89 flg., Rt-2007-776 og Rt-2008-1589. I (48) presiserer førstvoterende at han er enig i det som skrives av arvelovsutvalget, dvs. at det avgjørende ved vurderingen av om det foreligger en livs- eller dødsdisposisjon er om disposisjonen har hatt, eller var ment å få *realitet* for arvelateren i hans levetid. Ved denne vurderingen må oppmerksomheten konsentreres om arvelaterens forhold (49). Om betydningen av *motiv* uttales i (50) følgende: «Videre fremhever utvalget at det er uten betydning om arvelateren hadde et arvefordelingsformål dersom disposisjonen har fått tilstrek-

kelig livsrealitet for ham. Jeg slutter meg til disse utgangspunktene, som er forankret i tidligere rettspraksis, jf. utvalgets videre henvisninger på side 89–90.»

Om forholdet til åsetesretten ble det uttalt (51): «Etter mitt syn må grensen mellom livs- og dødsdisposisjoner trekkes ut fra de kriterier jeg har redegjort for også når det er spørsmål om åsetesretten er i behold. Jeg kan ikke se at Grunnloven § 117, som gir vern mot at odels- og åsetesretten oppheves, gir noen føringer for den nærmere grensedragningen mellom livs- og dødsdisposisjoner.»

Et annet mer innledende spørsmål var valg av *tidspunktet* for vurderingen av realitet. Valget var mellom september 2014 da avtalen ble endelig bindende for begge parter eller tidspunktet for inngåelsen av kjøpekontraktene i april og mai 2014. Det ble vist til Rt-1978-1083, Rt 1982-1165 og Rt 1995-996 og presisert at ved å undertegne kjøpekontrakten ga D formelt og ugjenkallelig uttrykk for at hans siktemål var å overføre gården. Tidspunktet for når de nødvendige godkjenninger ble gitt fra setteverge og fylkesmannen var ikke avgjørende. Vurderingen av realitet måtte skje ut fra forholdene og planene i april og mai 2014.

Fra (55) til (65) foretok Høyesterett så en konkret vurdering av om overdragelsen hadde eller var ment å *ha realitet* for D. Den formelle gjennomføringen er blitt tillagt vekt i rettspraksis, «men er ikke alene avgjørende». Det ble nevnt at D hadde sørget «for detaljert kjøpekontrakt med avtalt overtakelse på et tidspunkt han utvilsomt regnet med å være i live, sørget for borette for både seg og samboeren, regulert selgerkreditten i egen låneavtale...». Skjøtet var tinglyst slik at løsningsfristen i odelsloven § 40 første ledd begynte å løpe. Settevergens forskjellige forslag til realitetsendringer i kontrakten og fylkesmannens vedtak viste også at det dreide seg om en reell avtale på gjennomføringstidspunktet. Settevergen hadde sørget for at D måtte dekke omkostningene med tinglysing av overdragelsen. D hadde gitt B henstand med hele kjøpesummen. Den «langvarige og omfattende overføringsprosessen» viste at D mente reelt å overføre eiendommen til B i levende live. Det ble videre nevnt at «på det praktiske plan skjedde mindre». Det var imidlertid «ikke mye som det var naturlig, eller påtrevende, å endre umiddelbart». Det ble vist til Rt-1955-68 og Rt 1978-1083 «hvor det fremgår at det sentrale er hvilke disposisjoner som er nødvendige og naturlige ved den aktuelle type overdragelse.» D og samboeren ble i kraft av den avtalte boretten boende på gården og det ble nevnt at dette er vanlig ved generasjonsskifter i landbruket. De økonomiske realitetene var lite synlige i Ds levetid, men Høyesterett la vekt på at disse realiteter «ville bli mer synlige utover høsten og frem mot årsskiftet». Jordveien på gården var dessuten leid bort.

Om forholdet til al. § 53 om *gaver gitt på dødsleie* ble det i (65) uttalt følgende: «Jeg legger til at når

disposisjonen anses foretatt allerede våren 2014 er det klart at... ikke var på «dødsleiet» da han overførte gården. Selv om han led av uhelbredelig kreft, var tilstanden hans da så vidt god at det ikke forelå en betydelig risiko for at han skulle dø i nær fremtid. Det er heller ikke noe som tilsier at han da hadde planlagt å ta sitt eget liv.»

Kommentar: Dommen stadfester at det avgjørende for skillet mellom livs- og dødsdisposisjoner er hvilken realitet en overføring har for giver eller selger. I denne saken var dødsmotiveringen ganske åpenbar, men ble ikke tillagt vekt. Vurderingen av om en overdragelse er en livs- eller dødsdisposisjon, er den samme når det gjelder åsetesretten som i forhold til formkravene for testament og pliktdelelseregelen. Dommen går ganske langt i å godta en overføring som en livsdisposisjon. Overføringen hadde minimal realitet for selger i levende live. I Lødrup/Asland, *Arverett* 6. utg. s. 259 står det: «Det er liten tvil om at spørsmålet om hvorvidt disposisjonen har hatt en betydning eller realitet for arvelateren, står sentralt i en rekke avgjørelser. Men som vi har sett i dette avsnittet, er de krav som stilles, ganske beskjedne.» Det som her skrives er dekkende for overdragelser fra foreldre til barn. Ved gaver fra en ektefelle til den andre ektefelles særeeie, har man derimot i rettspraksis lagt betydelig vekt på motivet. I en artikkel i *Lov og Rett* 1984 s. 345 skriver Peter Lødrup: «Jeg ser også en klar motsetning mellom de krav som er stillet til realiteten og oppfyllelsen for disposisjoner mellom henholdsvis foreldre og barn og mellom ektefeller.» Ved overdragelser mellom ektefeller dreier det seg om parter som bor sammen og har felles økonomi. Som i denne saken blir kravene som kan stilles til realitet svært beskjedne.

At avdøde led av uhelbredelig kreft betyr – naturlig nok i dag – ikke nødvendigvis at vedkommende er på dødsleie. Det som står i (65) kan muligens tolkes slik at om en overdragelse skjer etter at man har besluttet å begå selvmord, så dreier det seg om en disposisjon på dødsleie.

Peter Hambro

Borgarting lagmannsrett – kjennelse av 15. mars 2017 (LB-2017-33994)

Lagmannsretten kom i en arvesak til at det forelå sterke reelle grunner for å gjøre unntak for taushetsplikten for en advokat, jf. tvisteloven § 22-5.

Etter at testator A døde, ble det tvist om tolkingen av et testament hun etterlot. A hadde selv på egen hånd opprettet et testament 11. august 2015. Hun hadde fire år tidligere arvet sin barnløse bror. Advokat B hadde bistått A i forbindelse med booppgjøret etter broren. Han var ikke involvert hverken ved opprettelsen av As eller hennes brors testamenter. 18. august 2015 hadde han et møte med A fordi hun ønsket informasjon om hvordan testamentet skulle oppbevares. I rettsaken om tolkingen av As testament hadde tingretten

kommet til at advokat B kunne avgi vitneforklaring, jf. bevisforbudet i tvisteloven § 22-5.

Lagmannsretten viste først til EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102 og en artikkel av J. E. Skoghøy om advokaters taushetsplikt i *Tidsskrift for strafferett* nr. 2, 2013. Det ble videre nevnt at det har vært enighet i teorien «om at taushetsplikten må modifiseres ved klientens død.» Spørsmålet om advokaters taushetsplikt kan modifiseres eller oppheves etter en klients død, ble behandlet i Rt 2006 s. 633. Høyesterett uttalte her at det «bør kunne gjøres unntak fra taushetsplikten i tilfeller der fordelene ved unntaket er vesentlig større enn den krenkelse av fortroligheten mellom klient og advokat det vil dreie seg om.» Videre uttalte Høyesterett: «Det betyr at det må foretas en konkret vurdering av omstendighetene i det enkelte tilfellet. Ved vurderingen vil avdødes interesse og hans formodede vilje stå sentralt.»

Lagmannsretten uttalte at denne avgjørelsen «som er fulgt opp i senere rettspraksis, går noe lengre i å gi adgang til å gjøre unntak fra taushetsplikten etter klientens død enn det som har vært lagt til grunn i tidligere praksis, se Skoghøy, *Tvisteløsning*, (3. utg. 2017) s. 786.»

Konkret i denne saken for Borgarting hadde advokaten ingen innvending mot å avgi forklaring. Man kunne ikke se bort fra at advokaten i møtet en uke etter opprettelsen av testamentet fikk opplysninger om avdødes mening med testamentet. Advokaten hadde også opplyst at han hadde opplysninger om avdødes testasjonsvilje. Retten uttalte at det måtte være i avdødes interesse at man fikk et så godt grunnlag som mulig for en materielt riktig avgjørelse. Lagmannsretten kom derfor til at det forelå sterke reelle grunner «for å bringe klarhet i hva avdøde mente med testamentet ved å gjøre unntak fra advokat ... taushetsplikt.» Retten uttalte til slutt at man ikke kunne se at EMK artikkel 8 eller Grunnloven § 102 var til hinder for at advokaten ble fritatt for taushetsplikten i dette tilfellet.

I dommen i Rt 2006 s. 633 nevnte Høyesterett at de «som trer inn i avdødes sted vil kunne ha behov for å bringe klarhet i forholdene. Tilsvarende gjelder der avdøde har foretatt disposisjoner som først aktualiseres ved dødsfall slik som ved testament og andre dødsdisposisjoner.» Dette var jo nettopp tilfelle i denne saken så resultatet var rimelig klart.

Peter Hambro

Rettskraftsvirkning av nei til offentlig skifte (LB-2016-187401)

Borgarting lagmannsrett kom i kjennelse 17. januar 2017 til at en kjennelse som tar stilling til en begjæring om offentlig skifte, kun avgjør et formelt spørsmål knyttet til valg av spor for dødsboskiftet. De underliggende materielle spørsmålene er bare prejudisielt vurdert. Kjennelsen er rettskraftig.

Bakgrunnen for saken var at lagmannsretten tidligere hadde med endelig virkning avgjort at offentlig skifte i et dødsbo ikke skulle åpnes. Problemstillingen var derfor om den tidligere kjennelsen også hadde den virkning at et senere søksmål om fordeling av boet i et privat dødsboskifte skulle avvises. Konkret var det spørsmål om rettskraftsvirkningen inkluderer den prejudisielle vurderingen av om det private skiftet var avsluttet. Dette spørsmålet var ikke tidligere avklart i rettspraksis.

Domsslutningen danner utgangspunktet for hva som er rettskraftig avgjort, og den klare hovedregel er at det som står i premissene, ikke er rettskraftig avgjort ved dommen. Avvisningskjennelser kan også ha materiell rettskraft, se for eksempel Rt-2007-234. I den tidligere saken var det ikke tvilsomt hvilket krav som var avgjort - en begjæring om åpning av offentlig skifte. Kravet i seg selv knyttet seg ikke til de underliggende materielle spørsmålene. Det talte etter lagmannsrettens syn klart mot at kjennelsen også rettskraftig hadde avgjort spørsmålet om det private skiftet var avsluttet.

Lagmannsretten uttalte: «Lagmannsretten mener det videre er relevant å se hen til at arvinger generelt vil kunne kvie seg for å begjære offentlig skifte dersom kjennelsen også tillegges materiell rettskraftsvirkning i forhold til den underliggende tvisten om boet. Hensynet forsterkes av at domstolenes stillingtagen til en begjæring om offentlig skifte gjennomgående skjer på grunnlag av skriftlig behandling. Avgjørelsesgrunnlaget vil derfor kunne være mindre betryggende.»

Lagmannsretten fant støtte for sitt syn i LB-2013-140556 og LB-2010-184725. En annen sak at dersom offentlig skifte er åpnet, og partene har akseptert det, kan de ikke senere ombestemme seg under prosessen og gjøre gjeldende at privat skifte likevel er avsluttet. Dette følger direkte av skifteloven. Når offentlig skifte er åpnet, kan boet bare avsluttes ved at enten samtlige arvinger krever tilbakelevering av boet til privat skifte, eller at tingretten foretar slutning og utlodning av boet. I tillegg er det i skifteloven § 33 a første ledd og § 33 a andre ledd bestemmelser om når boet skal innstilles.

Per Racin Fosmark

Lagdommer Borgarting lagmannsrett

FAMILIERETT

Fristen i ekteskapsloven § 65 andre ledd er en søksmålsfrist (LG-2017-7846)

Gulating lagmannsrett avsa 21. februar 2017 kjennelse hvor spørsmålet var om fristen i ekteskapsloven § 65 andre ledd er en *foreldelsesfrist* som omfattes av virkeområdet til tvisteloven § 18-3 andre ledd, eller om det er en *søksmålsfrist* slik at tvisteloven § 18-3 tredje ledd kommer til anvendelse. Ekteskapsloven § 65 lyder:

«Reglene i denne loven er ikke til hinder for at ektefellene inngår avtale om oppgjøret. En avtale kan likevel helt eller delvis settes ut av kraft hvis den vil virke urimelig overfor en av partene. I stedet for å sette avtalen ut av kraft, kan retten bestemme at ektefellen som blir urimelig dårlig stilt, blir tilkjent et beløp fra den andre ektefellen.

Søksmål etter første ledd andre og tredje punktum må være reist senest tre år etter at avtalen ble inngått.»

Fakta: A og B inngikk skifteavtale 21. juni 2012. I 2014 krevde A revisjon av avtalen da hun mente den var urimelig. Forliksklage ble tatt 19. juni 2015. Forliksrådet innstilte behandlingen av saken 15. juli 2015. Den 8. juli 2016 inngav A stevning til tingretten. Det var uomstridt at fristen i ekteskapsloven § 65 andre ledd ble rettidig avbrutt ved forliksklagen, og at stevningen var inngitt etter at denne fristen var utløpt.

Når forliksrådet innstiller behandlingen av en sak, kan virkningen av saksanlegget være i behold en viss tid, jf. tvisteloven § 18-3 andre og tredje ledd, som lyder:

«Når foreldelse er avbrutt ved forliksklage, opphører denne virkningen dersom stevning, eller eventuelt forliksklage, ikke er sendt til retten **innen ett** år fra forliksrådet innstilte behandlingen av saken.

Hvis søksmålet avvises eller ellers ender uten dom, og saksøkeren ikke er vesentlig å bebreide for dette, er virkningen etter første ledd fortsatt i kraft hvis kravet reises i nytt søksmål **innen tre måneder** fra kjennelsen ble forkynt for saksøkeren. [...]» (uthevet her).

Hvis § 18-3 tredje ledd gjelder, var det uomstridt at stevningen var fremsatt for sent. Virkeområdet for tvisteloven § 18 andre og tredje ledd ble avgjort i Høyesteretts kjennelse i **Rt. 2013 side 1303**, som gjaldt fristen i arveloven § 19 andre ledd andre punktum. Høyesterett kom her til at ettårsfristen i bestemmelsen er å anse som en søksmålsfrist.

Lagmannsretten viste til at søksmålsfrister er en prosessforutsetning. Materielle foreldelsesfrister er frister som medfører at en rett faller bort dersom søksmål ikke blir anlagt innen fristen. Er foreldelsesfrister oversittet, fører det ikke til avvisning av søksmålet, men til frifinnelse av saksøkte. Om en frist skal anses som en søksmålsfrist eller en foreldelsesfrist, må avgjøres ut fra en tolkning av den enkelte fristbestemmelsen.

Lagmannsretten kom til at mye taler for å betrakte fristen i ekteskapsloven § 65 andre ledd på samme måte som søksmålsfristen i arveloven § 19 andre ledd. Bestemmelsene har tilnærmet lik ordlyd. Lagmannsretten viste til at også virkningen av en oversittelse av fristen i § 65 andre ledd, tilsier at fristen må anses

som en søksmålsfrist. Det som går tapt ved en oversittelse av fristen, er muligheten til å få prøvd om en skifteavtale er urimelig. Bestemmelsen gir kun en regel om når søksmål må reises. Lagmannsretten fant støtte for dette i Ot.prp. nr. 28 (1990–1991) side 125 og hos Kirsti Strøm Bull, *Avtaler mellom ektefeller*, (1993) side 210 vedrørende den tidligere bestemmelsen i ekteskapsloven 1918 § 59 tredje ledd.

Konklusjonen ble at fristen i § 65 andre ledd er å anse som en søksmålsfrist. Resultatet ble derfor at tvisteloven § 18-3 tredje ledd kom til anvendelse, og at stevningen var uttatt for sent, da tre månedersfristen var oversittet. Kjennelsen er rettskraftig.

Kommentar: Det resultat lagmannsretten kom til, må være riktig. En annen sak som lagmannsretten også påpekte, er at søksmålsfristen i ekteskapsloven § 65 andre ledd ikke gjelder hvor det anføres ugyldighet etter alminnelige avtalerettslige ugyldighetsregler, for eksempel avtaleloven § 33, som A også hadde påberopt seg. Det var således ikke grunnlag for å avvise anførselen om ugyldighet etter § 33 som for sent fremsatt. En ektefelle kan imidlertid ikke påberope seg avtaleloven § 36 etter at fristen i ekteskapsloven § 65 andre ledd er utløpt, jf. Lødrup og Sverdrup, *Familieretten*, (8. utgave 2016) side 337.

Per Racin Fosmark

Lagdommer Borgarting lagmannsrett

FAST EIENDOM

Utmåling av ekspropriasjonserstatning som salsverdi etter vederlagslova § 5. (HR-2017-331-A)

Bakgrunn for saka er bygging av ny E6 i Gudbrandsdalen. Dei omtvista eigedomane ligg på Lomoen. Det var ei rad tvistetema i skjønssaka som fylgje av utbygginga. Tvisten i Høgsterett gjeld erstatning for eigedomar som etter at uttak av grusmassar er avslutta kan nyttast som næringstomter. Tingretten sette tomteprisen til 40 kroner per kvadratmeter, fann at salet først ville finne stad om 22 år og nytta ei kapitaliseringsrente på sju prosent. Lagmannsretten kom til at tomteprisen etter avslutta grusuttak skulle setjast til kr 150 per kvadratmeter, at salet ville finne stad om 17 år, og ved neddiskonteringa vart det nytta den standardiserte kapitaliseringsrenta på fire prosent i tråd med Rt. 2014 s. 1203. Den endra rettsbruken frå tingrett til lagmannsrett medførte i praksis at ein kunne multiplisere erstatningane til dei ulike ekspropriatane med nesten 10.

Partane var for Høgsterett samde om at utan ekspropriasjonen ville grusuttak ha funne stad i perioden 2010 til 2025. Erstatninga for tap av grusressursar er ikkje påanka. Partane var også samde om at etter at perioden med grusuttak var avslutta ville areala bli omregulert til næringseigedom. Ein siste føresetnad

partane var samde om var at eit gjennomsnittssalstidspunkt for eigedomane vart sett til år 2030.

Markedsverdi – tidspunkt for fastsetjing av salsverdi
Tvisten i Høgsterett vart presentert som eit spørsmål om ein har krav på dagens salsverdi eller det som blir omtala som ein framtidig salsverdi. Det første hovudspørsmålet var dermed kva tidspunkt vurderinga for fastsetjing av salsverdi skal knytast til. Ekspropriatane anså at salsverdien måtte fastsetjast som ein storleik som blir omtala som framtidig salsverdi. Ekspropriatane meiner at det er ved ei slik verdsetjing dei kan bli stilt i same økonomiske stilling som dei ville ha vore i om ekspropriasjonen ikkje fann stad, og eigarane dermed kunne ha nytta tomtene til nærings- tomter. Denne framtidige salsverdien må så neddiskonterast til ein noverdi. Ekspropriatane, staten, på si side meiner at det riktige må vera å slå fast kva som er salsverdien av areala i dag.

Høgsterett starta med å ta føre seg dei alminnelege utgangspunkta for vurdering av ekspropriasjonserstatninga som Grl § 105, og at ein eigar slik vederlagslova § 4 seier har krav på den høgaste verdien av salsverdi og bruksverdi for å få dekkja sitt økonomiske tap. Høgsterett forstår vidare tilvisinga i vederlagslova § 5 andre ledd til omsetning av andre eigedomar, og pårekeleg utnytting av andre eigedomar slik at det er dagens salsverdi ein er ute etter. Det same gjeld avvisinga av «ventesjansen», og utsegn om at ein har krav på erstatning for ein «reell salspris» i førearbeida. Utan å syna til konkrete dommar synar dessutan Høgsterett til at rettpraksis, frå Høgsterett, i ei rad dommar utan å seia noko uttrykkeleg om dette bygger på salsverdien på ekspropriasjonstidspunktet.

Deretter blir den sokalla Lillehammer-dommen, Rt. 1991 s. 1157, avvist som eit prejudikat for bruk av framtidig salspris ved fastsetjing av salsverdi etter vederlagslova § 5. På den andre sida blir Rt. 1991 s. 1157, Lørenskog-dommen, trekt fram som eit døme på at dagens salsverdi blir nytta i eit tilfelle der framtidig utbygging var sannsynleg. Uvisse med å leggja til grunn framtidig utnytting i verdsetjinga vart i fylgje Høgsterett teke omsyn til i kapitaliseringsrenta (avsnitt 44-45). Det same gjeld Rt. 1994 s. 1133 der rettsbruken til lagmannsretten om å ta omsyn til framtidsutviklinga i fastsetjing av dagens salsverdi («verdssettingen skal skje på bakgrunn av den faktiske overtakelsen av arealet»), men berre så langt denne påverka dagens salsprisar, vart vurdert som riktig av Høgsterett. Etter ei samla vurdering kjem førstvoterande fram til at ein må forstå vederlagslova § 5 slik at det er dagens salsverdi ein skal koma fram til.

Førstvoterande går så over til å vurdere rettsbruken til lagmannsretten i overskjønnet. Lagmannsretten har ikkje uttrykkeleg sagt noko om tidspunktet for verdsetjinga av salspris. Om prisfastsetjinga for arealet uttala lagmannsretten: «Fastsettelsen av salgsværdien for tomtene etter uttak av grus må nødvendigvis

bli svært skjønnsmessig. Etter en samlet vurdering finner lagmannsretten å fastsette verdien til kr 150 pr. m².» Partane tolka lagmannsretten slik at det betyr at det er framtidig salsverdi som er lagt til grunn etter vederlagslova § 5. Det same gjorde Høgsterett, og kom dermed til at rettsbruken var feil.

Kapitaliseringsrenta

Ankemotpartane (ekspropriatane) var samde i at om verdsetjingsprinsippet var *salsverdien for areala i dag*, så kunne ikkje ei diskonteringsrente på fire prosent gjelde som hovudregel. Høgsterett valde likevel å uttale seg om «standardisert rente ved utmåling av erstatning for salsverdi».

Vurderinga av kva kapitaliseringsrente som skal nyttast heng naturleg nok saman med kva verdsetjingsprinsipp som blir lagt til grunn, og tidspunktet for verdsetjinga. Kapitaliseringsrenta skal til vanleg sørge for at framtidige tap blir kapitalisert til eit eingongsbeløp i noverdi stort nok til at ekspropriaten ikkje lir tap. I denne saka er det ikkje tale om ei kapitaliseringsrente for å neddiskontere ei rekke med årlege tap, men det er tale om å finne ei rente som sikrar at erstatninga for tapet som først vil oppstå fram i tid, men utmålt etter dagens salsverdi, får riktig noverdi. Høgsterett seier til dette at det i denne utrekninga var feil av lagmannsretten å nytta den nye prejudikatrenta på 4 %, jf. Rt. 2014 s. 1203. Dette er etter vurderinga til Høgsterett ikkje ein situasjon der den standardiserte renta kan leggjast til grunn, men eit tilfelle der renta må fastsetjast skjønnsmessig.

Forklaringa til Høgsterett er at det ikkje er mulighetene for avkastning ved reinvestering som skal vurderast, men kva inntekter eit friviljug sal i dag ville gitt. Ein kan forstå det slik at ein dermed søker å uttrykke mellom anna kva eksproprianten alternativt ville nytta kjøpesummen til, og dermed kva pris han eller ho er viljug til å betale. I avsnitta 53–54 i dommen gir Høgsterett tilslutning til staten si forståing av at ein skal ta utgangspunkt i tomteverdien i dag, «og at det så skal fastsettes en rente som hensyntar det alminnelige avkastningskravet og risikovurderingene som gjøres ved kjøp av eidegom.»

Grunngjevinga for at ein ikkje kan leggja til grunn den standardiserte renta som høver for visse typar bruksverdi, jf. vederlagslova § 6, er uttrykt i avsnitt 59 i dommen. For det første er det som nemnt, ikkje muligheita for avkastning av reinvestering som skal vurderast, men kva eit friviljug sal ville ha gitt for inntekter i dag. Høgsterett peikar dermed på at det ikkje er tapsavgrensingsplikt og tilpassingsplikt som skal vurderast, men kva risiko som hefter på den framtidige bruken av eidedomen. Det siste er viktig fordi ein salspris på ekspropriasjonstidspunktet er påverka av at kjøparen må venta i fleire år før eidedomen kan nyttast. I desse tilfella understrekar Høgsterett altså at renta må fastsetjast skjønnsmessig.

Vurdering

Dommen er viktig fordi den på den eine sida understrekar at i somme saker skal den standardiserte renta på 4 % leggjast til grunn i ekspropriasjonssaker. Det må vera grunn for å lesa Høgsterett slik at det kan gjerast i alle bruksverdisaker som ikkje skil seg ut på heilt spesielle måtar, og som dermed inviterer til ei skjønnsmessig fastsetjing av renta. På den andre sida seier dommen at i andre saker må renta vurderast konkret. Den nærare avgrensinga her vil nok bli diskutert framover, og bli eit hyppig tema i framtidige skjønnsaker. Høgsterett går inn på kapitaliseringsspørsmålet i utmålinga av salsverdien sjølv om det er slått fast at det er salsverdien i dag ein skal leggja til grunn. Dermed er det trass atterhald om at renta her har ein annan funksjon osv., vanskeleg å lesa dommen på annan måte enn at tapet nettopp blir utmålt som ein tapspost som først oppstår fram i tid. Dermed må ein også forstå omgrepet «dagens salsverdi» med dette atterhaldet. I prinsippet er rettsbruken i overskjønnet i denne saka, og rettsbruken som Høgsterett sluttar seg til i Lørenskog-dommen den same. Skilnaden er vurderinga av kva kapitaliseringsrente som skal leggjast til grunn. Etter at Høgsterett her har slått fast at renta må fastsetjast skjønnsmessig betyr altså «dagens salsverdi» for slike framtidige utnyttingsmoglegheiter nettopp at prisen blir fastsett ut frå tilhøva i dag, og med omsyn til korleis den framtidige utviklinga påverkar verdsetjinga i dag. Neddiskonteringa av beløpet gir altså meining fordi tapet er knytt til eit tidspunkt fram i tid.

Katrine Broch Hauge

IMMATERIALRETT

EFTA-domstolens dom av 6. april 2017, sak E-5/16, kunst som varemerker (Vigeland)

Saken gjelder registrerbarheten av avbildninger av Gustav Vigelands kunstverk som varemerker, og tolkingen av varemerkedirektivets (2008/95/EF) artikkel 3 nr. 1 bokstav b) til f).

Oslo kommune forvalter rettighetene til verkene til Gustav Vigeland. Opphavsretten til Vigelands åndsverk løp ut 70 år etter utløpet av hans dødsår, 1943. I forbindelse med at verkene har falt i det fri, har Oslo kommune levert inn nesten 100 varemerkesøknader som består av Vigelands kunstverk. Søknadene dekker flere klasser, konsentrert om varer som er typiske «merchandise» i museumsvirksomhet, som bl.a. metallvarer i klasse 6, smykker i klasse 14, papirvarer i klasse 16, tekstiler i klasse 24, klær og sko i klasse 25 og tjenester innen utdanning og kultur i klasse 41. Patentstyret har registrert enkelte av merkene, men har avslått langt de fleste søknadene. Begrunnelsene er enten at merkene mangler særpreget, jf. varemerkeloven § 14 første ledd, og/eller at merkene er beskri-

vende, jf. varemerkeloven § 14 annet ledd bokstav a), og/eller at merkene utelukkende består av en form som tilfører varen betydelig verdi, jf. varemerkeloven § 2 annet ledd tredje alternativ. Under behandlingen for KFIR, har spørsmålet om registreringene kan nektes fordi de strider mot «lov, offentlig orden eller moral», jf. varemerkelovens § 15 første ledd bokstav a), kommet opp. Klagenemnda har forelagt tolkningen av den tilsvarende bestemmelsen i varemerkedirektivet, artikkel 3 nr. 1 bokstav f), for EFTA-domstolen, sammen med tolkningen av de bestemmelsene i varemerkedirektivet som tilsvare Patentstyrets avslagsgrunner, artikkel 3 nr. 1 bokstavene b) til e). For å lette klagebehandlingen, er det valgt ut 7 representative saker som behandles først.



EFTA-domstolen legger til grunn at KFIR er en «domstol» i henhold til ODA artikkel 34. EFTA-domstolen viser til at formålet med ODA artikkel 34 ikke nødvendiggjør noen streng tolkning av domstolsbegrepet (avsnitt 36). Videre mener EFTA-domstolen at slik KFIR er oppnevnt, særlig det at nemnda ikke kan instrueres i sin behandling av klager, innebærer at den må anses som en domstol i henhold til ODA (avsnitt 40). Avgjørelsen er i samsvar med tidligere praksis fra EFTA-domstolen selv, oppsummert i avsnitt 35, men kan synes noe mindre streng enn praksis fra EU-domstolen, hvor blant annet behovet for å begrense saksmengden kan begrunne en noe strengere tolkning, se sak C-222/13, Teleklagenævnet mot Danmark.

EFTA-domstolen tar først stilling til tolkningen av varemerkedirektivets artikkel 3 nr. 1 bokstav f), forbudet mot registrering av merker som vil stride mot offentlig orden og moral. KFIR hadde formulert tre spørsmål om tolkningen av denne bestemmelsen, nemlig (1) om varemerkeregistrering av åndsverk etter utløpet av deres vernetid kan komme i konflikt med bestemmelsen, hvis så (2) om det har betydning at åndsverket er velkjent og har stor kulturell verdi, og endelig (3) om andre momenter eller kriterier kan ha betydning for vurderingen.

EFTA-domstolens utgangspunkt er at opphavsretten og varemerkebeskyttelsen forfølger ulike mål, og vilkårene for og rettsvirkningene av beskyttelse er ulike. Det at et merke er eller har vært opphavsrettslig vernet, er derfor ikke til hinder for at det kan registreres som varemerke (avsnitt 65). Selv om det ikke settes på

spissen, konstaterer domstolen også at det ikke er noen opphavsrettslig nødvendighet at et verk er tilgjengelig for allmennheten selv om opphavsrettsbeskyttelsen utløper (avsnitt 66). Varemerkeregistrering kan ikke skje i konflikt med opphavsrettens klassikervern, jf. åndsverkloven § 48 (jf. også avsnitt 92), men utover det, vil det være de varemerkerettslige registreringshindrene som begrenser muligheten for å registrere et kunstverk som varemerke. Ved tolkningen av disse bestemmelsene, legges det vekt på at den vesentligste funksjonen til et varemerke er opprinnelsesgarantifunksjonen (avsnitt 67), men også de andre funksjonene til varemerket spiller inn ved tolkningen av reglene (avsnitt 71).

I forhold til kravet om særpreg og forbudet mot registrering av beskrivende merker i varemerkedirektivets artikkel 3 nr. 1 bokstav b) til d), viser EFTA-domstolen til at disse registreringshindrene kan overvinnes gjennom innarbeidelse, slik at disse reglene ikke er egnet til å sikre at tegnet holdes tilgjengelig for allmenn bruk (avsnitt 78). Nektelsesgrunnen i direktivets artikkel 3 nr. 1 bokstav f) er den eneste nektelsesgrunnen som gjelder uavhengig av innarbeidelse og uavhengig av hvilke varer eller tjenester merket søkes registrert for (avsnitt 82). EFTA-domstolen åpner for at registrering av et kunstverk kan støte mot offentlig moral og dermed måtte nektes registrert, også med indirekte henvisning til klassikervernet i opphavsretten (avsnitt 92), men det er klart at varemerkedirektivets forbud er en selvstendig norm i forhold til opphavsretten (avsnitt 88 jf. 92 og 93). Vurderingen av om merket vil støte mot offentlig moral, må skje konkret og med utgangspunkt i den relevante omsetningskretsens oppfatning av tegnet (avsnitt 89). Vurderingen er lokal, og må ta utgangspunkt i hvilken status det aktuelle kunstverket har og hvordan det oppfattes i den relevante EØS-staten, sett i forhold til hvordan verket vil oppfattes som varemerke (avsnitt 93), særlig om verket brukt som merke vil oppfattes som et misbruk eller en vanhelligelse av verket. I denne vurderingen er det en viss skjønnsfrihet for medlemsstatens myndigheter (avsnitt 95). Registrering vil imidlertid bare kunne nektes dersom tegnet «utelukkende består av et verk som er falt i det fri, og når registreringen av dette tegn utgjør en reell og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse» (avsnitt 100).

EFTA-domstolen mener også at varemerkedirektivets artikkel 3 nr. 1 bokstav e), forbudet mot registrering av tegn som består utelukkende av en form som følger av varens art, en form som er nødvendig for å oppnå et teknisk resultat eller en form som tilfører varen en betydelig verdi, også får anvendelse på todimensjonale avbildninger av tredimensjonale former. Dette er nok en videre forståelse av forbudet enn hvordan det tilsvarende forbudet i varemerkelovens § 2 annet ledd har vært forstått i Norge, men spørsmålet

har ikke vært viet særlig oppmerksomhet i praksis eller teori.

EFTA-domstolen legger til grunn at forbudet mot registrering av beskrivende merker, varemerkedirektivets artikkel 3 nr. 1 bokstav c), får anvendelse på tredimensjonale merker og todimensjonale avbildninger av tredimensjonale former (avsnitt 126), ved siden av forbudet i artikkel 3 nr. 1 bokstav e). Dette er i og for seg ikke kontroversielt, men viser at det er vanskelig å formulere kravet til særpreg for tredimensjonale merker. EFTA-domstolen var forelagt spørsmålet om vurderingstemaet for særpreg for tredimensjonale merker (og todimensjonale avbildninger av dem), jf. artikkel 3 nr. 1 bokstav b), kunne formuleres som at «den aktuelle utforming avviker betydelig fra normen eller bransjesedvanen». Domstolen viser til at vurderingen må ta utgangspunkt i hvilke forventninger den relevante gjennomsnittsførbrukeren vil ha til den aktuelle kategori av varer og tjenester (avsnitt 139). Dette er svært generelt og lite konkret, og det gjenstår å se om KFIR finner noen veiledning i domstolens uttalelse for å definere rommet mellom der et tredimensjonalt merke avviker fra den sedvanlige utformingen av den aktuelle varen på en slik måte at kravet til særpreg er oppfylt, men ikke avviker så mye at formen tilfører varen betydelig verdi, jf. artikkel 3 nr. 1 bokstav e).

EFTA-domstolens avgjørelser holder døren åpen for at alle nektelsesgrunnlagene i varemerkedirektivets artikkel 3 nr. 1 kan anvendes overfor varemerkesøknader som består av kunstverk som er falt i det fri. Varemerkedirektivets forbud mot registrering av merker i strid med offentlig orden og moral tolkes som en selvstendig norm, uavhengig av opphavsrettens klassikervern. EFTA-domstolens uttalelse legger opp til en ikke ubetydelig grad av skjønnsfrihet for medlemsstatene til å fastslå når en registrering støter mot offentlig moral, slik at dommens reelle betydning nok først blir synlig etter at saken er ferdig behandlet i KFIR og eventuelt i norske domstoler. KFIRs avgjørelse er ventet høsten 2017.

Inger Berg Ørstavik

Varemerket POTETGULL – Borgarting lagmannsretts dom av 16. desember 2016 (LB-2015-195012)

Saken gjaldt gyldigheten av ordmerket POTETGULL. Spørsmålet var om ordet POTETGULL var beskrivende for snacks laget av poteter, slik at registreringen måtte kjennes ugyldig etter varemerkeloven § 35, eventuelt om merket hadde degenerert siden registreringstidspunktet, altså gått inn som en alminnelig betegnelse for potetsnacks i norsk språk, slik at registreringen måtte slettes etter varemerkeloven § 36. Det var i tillegg krevet fastsettelsesdom for retten til å bruke ordet «potetgull» i markedsføring. Lagmannsrettens dom ble endelig etter at anke ikke ble fremmet til behandling for Høyesterett, HR-2017-550-U. Parallelt med hovedsaken, har domstolene behandlet begjæring om

midlertidig forføyning for å stanse bruken av ordet POTETGULL mens hovedsaken om varemerkets gyldighet verserer, se LB-2015-195034 (anke til Høyesterett ble nektet fremmet).

Twisten mellom merkehaverne Maarud AS og Estrella Maarud Brands AB («Maarud») på den ene siden og Orkla Confectionary & Snacks Norge AS («Orkla») som markedsfører potetsnacks under det konkurrerende merket KIMS, har blitt mye omtalt i media. Årsaken er antagelig at det gjelder et kjent varemerke, og at den rettslige problemstillingen avhenger av bevissspørsmål som er lett tilgjengelige for de fleste. De varemerkerettslige spørsmålene i saken er ellers svært konkrete. Fra et rettslig ståsted, er kravet om dom for at Orkla fritt kan bruke ordet POTETGULL i markedsføring mer interessant. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor.

Estrella Maarud Brands AB søkte i 2009 om registrering av POTETGULL som varemerke i klasse 29 og 30. Patentstyret registrerte varemerket i 2010 (varemerkeregistring 254745). Varefortegnelsen er senere begrenset av merkehaver til kun å gjelde «snacksprodukter basert på poteter» i klasse 29.

For å registrere et varemerke, må vilkårene i varemerkeloven §§ 14 til 16 være oppfylt. Dersom merket er registrert uten at vilkårene er oppfylt, skal det etter varemerkelovens § 35, kjennes ugyldig. Etter varemerkeloven § 14 første jf. andre ledd, må et varemerke for å registreres ha særpreg, og det må ikke utelukkende angi varens art eller beskaffenhet; det må altså ikke være beskrivende for varen eller dens egenskaper. POTETGULL var søkt registrert før varemerkeloven av 2010 trådte i kraft, og skulle dermed vurderes under bestemmelsen i varemerkeloven av 1961 § 13. Lagmannsretten la til grunn at det for det spørsmål saken gjaldt, ikke var noen realitetsforskjell mellom den gamle og den nye loven, blant annet fordi begge lover gjennomfører EUs varemerkedirektiv fra 1988.

Lagmannsretten presiserte at spørsmålet om degenerering ikke har betydning under varemerkeloven § 35. Under denne bestemmelsen er spørsmålet bare om vilkårene for registrering under §§ 14–16 var oppfylt på registreringstidspunktet. Om merket før dette har hatt distinktiv evne og kunne vært registrert, har ikke betydning for gyldigheten av registreringen. Selv om Maarud hadde markedsført snacks under merket POTETGULL siden 1936, slik at merket kunne være innarbeidet, velkjent og senere degenerert før registreringstidspunktet, ville det altså ikke ha betydning for om vilkårene i § 14 og dermed § 35, var oppfylt.

Før den konkrete drøftelsen, konstaterte lagmannsretten at Patentstyrets vedtak i varemerkesaker prøves fullt ut av domstolene, og at det ikke er grunn for noen tilbakeholdenhet i prøvingen, jf. Rt-1995-1908 (Mozell).

Den konkrete vurderingen gjaldt altså hvorvidt ordet POTETGULL hadde særpreg og eventuelt var beskrivende for potetsnacks. En vesentlig del av bevisføringen hadde vært gjennomgang av markedsundersøkel-

ser fremlagt av partene. Lagmannsretten sa at disse ikke er egnet til å belyse hvorvidt et merke har særpreg eller ikke. Det er et rettslig spørsmål. Lagmannsretten mente imidlertid at markedsundersøkelsene vil kunne belyse om merket av omsetningskretsen oppfattes som beskrivende for varen eller om det oppfattes som et varemerke.

Etter en konkret vurdering, der lagmannsretten blant annet la vekt på at markedsundersøkelsene som riktignok var innhentet etter registreringen av merket i 2010, entydig viste at forbrukerne oppfatter ordet POTETGULL som en generell betegnelse på produktet potetchips, og ikke som et varemerke. Lagmannsretten la også vekt på at POTETGULL har vært brukt generisk i ordbøker, offentlige dokumenter og andre dokumenter og skriv, som var tilgjengelige for alle lenge før 2010. Lagmannsretten pekte avslutningsvis på at ordet POTETGULL historisk var blitt introdusert av Maarud som et eksklusivt navn for deres produkter, men at det ikke fikk betydning fordi det altså er situasjonen på registreringstidspunktet som er avgjørende. Ut fra dette, var det ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til hvorvidt POTETGULL hadde degenerert i tiden etter registreringen i 2010 og varemerkeloven § 36.

Orkla hadde for lagmannsretten også krevd dom for at Orkla fritt kunne benytte «potetgull» i sin markedsføring, dersom varemerket POTETGULL ble kjent ugyldig. Lagmannsretten viste først til at når ordet POTETGULL var funnet beskrivende og at registreringen av ordmerket derfor var ugyldig, ville bruken av ordet «potetgull» heller ikke være i strid med andre av Maaruds registreringer som også inneholdt ordet «potetgull», jf. varemerkelovens § 5. Orkla ønsket imidlertid også dom for at bruk av «potetgull» i markedsføring ikke ville være i strid med markedsføringsloven § 25 og/eller § 30. Spørsmålet var dermed om Orkla hadde rettslig interesse i å få dom for dette, jf. tvisteloven § 1-3, nærmere bestemt om Orkla hadde et reelt behov for å få avklart lovligheten av fremtidige handlinger.

Maarud hadde under saken skrevet et brev til Orkla der Maarud gjorde det klart at uansett utfallet av varemerkesaken, ville Maarud kreve all bruk av ordet «potetgull» stanset, med henvisning til markedsføringslovens regler. Lagmannsretten mente at dette skapte en rettsusikkerhet for Orkla, som Orkla måtte kunne få avklart. Det var imidlertid vanskelig å utforme en tilstrekkelig konkret påstand, fordi det ikke er mulig å kontrollere lovligheten av markedsføringsaktiviteter under markedsføringsloven uten å vurdere den konkrete aktiviteten. Lagmannsretten mente at det var tilstrekkelig konkret at påstanden generelt henviste til Maaruds «rettigheter», og at det fremgikk av premisene at lagmannsretten kun tok stilling til bruken av ordet «potetgull» på et generelt nivå. Konkrete markedsføringsaktiviteter inneholdende ordet «potetgull» vil dermed være gjenstand for vurdering under mar-

kedsføringsloven § 25, eventuelt § 30, men vil ikke være ulovlige alene fordi ordet «potetgull» er brukt.

Rettskraftvirkningen av en slik dom er svært begrenset, også på grunn av lagmannsrettens begrunnelse. Det er imidlertid spørsmål om det ikke ville vært tilstrekkelig og kanskje vel så effektivt om lagmannsretten hadde uttalt seg kort om forholdet mellom varemerkeloven og markedsføringsloven, uten å avsi dom for dette kravet. Vurderingstemaene under varemerkeloven og markedsføringslovens § 25 er forskjellige, og markedsføringsaktiviteter som ikke rammes av varemerkeloven vil kunne rammes av markedsføringsloven, se for eksempel Rt-1998-1315 (Norsk Iskrem). Om potetgull-saken hadde kommet opp som en inngrepssak, og ikke som en sak om gyldigheten av Maaruds varemerkeregistrering, ville det vært bevisførsel om Orklas markedsføringsaktiviteter som kunne vært holdt opp mot markedsføringsloven § 25. I en gyldighetssak, blir en slik vurdering teoretisk og hypotetisk, og begrenset til ett tema som egentlig inngår i et bredere rettsanvendelsesskjønn. Problemet er altså at lagmannsrettens dom, som er avsagt for å bidra til klarhet og forutberegnelighet, kan føre til det motsatte, og gjøre det vanskeligere for senere domstoler som eventuelt skal ta stilling til lovligheten av markedsføringsaktiviteter der ordet «potetgull» inngår.

Inger Berg Ørstavik

KONKURSRETT

Omstøtelse av betaling foretatt forut for konkurs (HR-2017-370-A)

Høyesterett avsa 14. februar 2017 dom i sak om krav om omstøtelse av betalinger etter dekningsloven (deknL.) § 5-5. Høyesterett kom enstemmig frem til at betalingene var ekstraordinære og ble gjort med beløp «som betydelig ... forringet skyldnerens betalings-evne». Følgelig var vilkårene for omstøtelse etter bestemmelsen oppfylt.

Kort om faktum

Den 30. oktober 2013 ble det åpnet konkurs i Obbhult Invest AS («OI»). Hagaberget Invest AS eide halvparten av aksjene i OI. Harald Lauritzen eide igjen samtlige aksjer i Hagaberget Invest AS. Harald Lauritzen var styreleder og daglig leder i OI. Lauritzens ektefelle Ingerd Linna var varamedlem i styret.

Høsten 2006 kjøpte OI samtlige aksjer i et svensk eiendomsselskap. Kjøpet ble finansiert av et lån fra DNB og aksjonærlån. Det viste seg i løpet av høsten 2007 og våren 2008 at OI hadde blitt utsatt for bedrageri. Fra dette tidspunktet besto aktiviteten i OI i å drive inn erstatningskrav rettet mot blant annet ansvarsforsikringsselskapene til eiendomsmeglerselskapet som hadde formidlet kjøpet.

Høsten 2008 inngikk OI en arbeidsavtale med Lauritzen. I henhold til avtalen skulle påløpt lønn først forfalle når OI var i stand til det «rent likviditetsmessig». Lauritzen og Linna stilte høsten 2009 henholdsvis kausjon og realkausjon overfor OIs advokatforbindelse. Som vederlag for realkausjonen skulle OI betale Linna en årlig garantiprovisjon på 400 000,- kroner for realkausjonen. Påløpt garantiprovisjon skulle forfalle om og når OI mottok betaling fra de nevnte ansvarsforsikringsselskapene.

I juli 2013 mottok OI midler fra Atradius, et av forsikringsselskapene. Kort tid etter gjorde OI to utbetalinger til Lauritzen av henholdsvis 1 500 000 og 144 914 kroner, og to utbetalinger til Linna av henholdsvis 1 819 178 og 247 563 kroner.

I oktober 2013 ble konkurs åpnet i OI etter begjæring fra DNB. Imidlertid ble det allerede i årsberetningene for 2009 og 2010 opplyst om at egenkapitalen var tapt. Boet fremsatte sommeren 2014 begjæring om omstøtelse av de nevnte betalingene til Lauritzen og Linna.

Høyesteretts vurdering av ordinærreservasjonen

Innledningsvis ble det lagt til grunn av førstvoterende at vurderingen av om en betydelig betaling er ordinær må foretas på grunnlag av relativt faste momenter. Førstvoterende uttalte deretter at vurderingen hans tar grunnlag i de tre momentene Andenæs trekker opp i *Konkursrett* (3. utg.) s. 328: Hvor lenge fordringen har vært forfalt forut for betaling, arten av fordringen som innfris og om fordringshaveren som begunstiges er nærstående eller eksternt.

Deretter ble betydningen av tilknytningen mellom OI og Lauritzen og Linna vurdert. Det ble påpekt at både Lauritzen og Linna anses som OIs nærstående i henhold til dekl. § 1-5. Førstvoterende viste til Rt. 1997 s. 1623 (*Royal Christiania*), hvor Høyesterett uttalte at en betaling ikke nødvendigvis er ekstraordinær selv om mottakeren er et selskap i samme konsern. Samtidig ble det i samme avgjørelse fremhevet at nærstående vil ha en mulighet til å styre et selskaps likviditetsbruk i større grad enn hva en ordinær kreditor vil ha mulighet til. Det ble konstatert at det var Lauritzen som styrte OIs likviditet.

Det ble videre vist til at utbetalingene ble gjort med midler selskapet ble tilført gjennom forliket med forsikringsselskapet Atradius. Forliksbeløpet utgjorde 4 500 000 kroner, og litt i overkant av 3 700 000 av disse gikk til Lauritzen og Linna. Med andre ord mottok styrelederen i selskapet og hans ektefelle «[d]et alt vesentlige av midlene som selskapet ble tilført» gjennom forliket. På dette stadiet av votumet gjør førstvoterende en foreløpig konklusjon om at det gitt slike forhold skal mye til for at betalinger skal omfattes av ordinærreservasjonen i dekl. § 5-5.

Førstvoterende gikk etter dette over til konkrete vurderinger av de enkelte betalingene. Først ble det raskt konstatert at de to betalingene ikke var ordinære,

siden de gjaldt forfalt gjeld uten betydning for selskaps videre drift.

Deretter gikk førstvoterende over til å vurdere betydningen av at betalingen av lønn og garantiprovisjon var gjort på avtalt forfallstidspunkt. Førstvoterende avfeide at de aktuelle betalingene av denne grunn kunne anses som ordinære. Dette skyldtes at selve *avtalene* ikke var ordinære: Det ble særlig vist til at lønnsutbetalingen forfalt «når selskapet [var] i stand til det rent likviditetsmessig». Videre knyttet forfallstidspunktet i begge avtalene seg til forsikringsoppgjøret. Utbetaling av lønn skulle ha førsteprioritet dersom selskapet mottok utbetalinger fra «forsikringsselskaper, involverte parter eller salg av eiendommene». Tilsvarende skulle garantiprovisjonen betales «om og når» selskapet mottok utbetaling fra forsikringsselskapene. Det ble deretter konstatert at betalingsbestemmelsen søkte å forfordele fordringshaverne og gi Lauritzen er prioritet han ikke ville ha hatt i konkurs.

Det ble trukket en parallell til Rt. 2008 s. 1170 (*Rema 1000*), hvor Høyesterett anså en betaling som ekstraordinær på grunn av at den inngikk i et arrangement som medførte at den aktuelle kreditoren «i realiteten» oppnådde sikkerhet i skyldnerens varelager uten å inngå en avtale om panterett i varelager.

Avslutningsvis konstaterte Høyesterett at betalingen heller ikke kunne anses som «ordinær» som et ledd i et forsøk på å redde videre virksomhet. Det ble påpekt at selskapet ikke hadde noen ansatte og ingen drift å videreføre. Snarere inngikk avtalene og utbetalingene til Lauritzen og Linna i et arrangement som tok sikte på å begrense selskapets tap. Arbeidet Lauritzen utførte var etter førstvoterendes syn mer sammenlignbart med det et bostyre utfører. Hensynet til likebehandling av kreditorer måtte da være styrende.

Førstvoterende konkluderte deretter med at betalingene til Lauritzen og Linna fallt utenfor ordinærreservasjonen.

Høyesteretts vurdering av om betalingene var ekstraordinære berører særlig to ulike aspekter ved ordinærreservasjonen. Det første gjelder i hvilken grad man godtar arrangementer som gir enkeltkreditorer særfordeler. Forfallsklausulene i arbeidsavtalen og avtalen om garantiprovisjon var utformet på en måte som forpliktet selskapet til å betale disse kravene så snart selskapet mottok likvide midler. På dette punktet bekrefter dommen det synet *Rema 1000* ga uttrykk for, nemlig at adgangen til å avtale seg vekk fra prioritetsrekkefølgen i dekningsloven kapittel 9 som utgangspunkt må skje innenfor rammene som adgangen til å avtale panterett og andre sikkerhetsretter oppstiller.

Et annet spørsmål gjelder forholdet mellom begunstigelse av enkeltkreditorer og interessene til kreditorfellesskapet. I dommen uttaler Høyesterett enda klarere den bærende begrunnelsen for at flesteparten av betalingene ble ansett som ordinære i Rt. 2001 s. 1136 (*Kjell's Markiser*), nemlig at en ellers ekstra-

ordinær betaling likevel kan anses som ordinær hvor den utgjør en del av et forsøk på å redde en virksomhet fra konkurs. Førstvoterendes votum i nærværende dom kan imidlertid leses som en indikasjon på at det ikke er tilstrekkelig at arrangementet søker å begrense kreditorenes tap. Begrunnelsen for at betalingene til Lauritzen og Linna i nærværende sak ble ansett som ekstraordinære var nettopp at de «inngikk i et arrangement for å begrense selskapets tap, og ikke for å sikre fortsatt drift». Det er etter dette tilsynelatende irrelevant om arbeidet med tapsbegrensning er egnet til å gi kreditorene bedre dekning enn hva en konkursbehandling alternativt ville ha resultert i.

Høyesteretts vurdering av vilkåret om betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne

Førstvoterende la innledningsvis til grunn at «betalingsevne» sikter til skyldnerens beholdning av «likvide midler og midler som lett kan gjøres om til likvide midler». Det ble lagt til grunn at selskapets likvide midler på betalingstidspunktet utgjorde de 4 500 000 kronene som selskapet mottok gjennom forliket med Atradius. Utestående erstatningskrav kunne ikke anses som midler tilgjengelig for selskapet, siden muligheten for dekning av disse kravene var usikre og selskapet manglet midler til inndrivelse av dem.

Som nevnt ble betalingene til Lauritzen og Linna foretatt i form av to separate betalinger til hver av dem. Med henvisning til uttalelser i en dom avsagt av Högsta Domstolen inntatt i NJA 2008 s. 1208 la Høyesterett til grunn at man i tilfelle av flere ekstraordinære betalinger skal anvende et «addisjonsprinsipp»: Der en mottaker har mottatt flere slike betalinger, er det summen av disse som skal vurderes opp mot vilkåret om at skyldnerens betalingsevne ble betydelig forringet.

Førstvoterende gikk også inn på spørsmålet om betalinger til forskjellige fordringshavere kan summeres ved vurderingen av om vilkåret om betydelig forringelse er oppfylt. Det ble lagt til grunn at slike betalinger «i helt spesielle unntakstilfelle» kan ses i sammenheng. Høyesterett forfulgte imidlertid ikke spørsmålet videre.

Til slutt vurderte førstvoterende om de samlede betalingene til henholdsvis Lauritzen og Linna utgjorde en betydelig forringelse av OIs betalingsevne. Førstvoterende uttalte at en tommelfingerregel som går ut på at terskelen ligger i intervallet 10–25 prosent kan gi en viss veiledning ved vurderingen av dette spørsmålet, men at det fremdeles er behov for en konkret vurdering i hver enkelt sak. I denne saken utgjorde betalingene til hver av de to fordringshaverne mer enn 25 prosent av den tilgjengelige likviditeten i OI, og derfor måtte betalingene i begge henseender anses for å ha betydelig forringet selskapets betalingsevne.

Dommen slutter seg med dette til et synspunkt anført av Andenæs. Imidlertid kan det nok hevdes at innhol-

det i dette vilkåret selv etter dommen er noe vagt: Det dreier seg om et forholdsvis bredt intervall, og førstvoterendes uttalelser tilsier at terskelen i enkeltsaker kan ligge både nedenfor og ovenfor intervallet. Et mer rettsavklarende aspekt ved dommen er uttalelsene om at det gjelder et «addisjonsprinsipp» ved vurderingen av om en betaling er «foretatt med beløp som betydelig har forringet skyldneres betalingsevne». Dette synet har også støtte i norsk teori, se Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs* 3. bind s. 320, Andenæs, *Konkurs* (3. utg.) s. 326 og Aasebø, Madsen og Sandvik, *Dekningsloven med kommentarer* s. 218.

I den aktuelle saken var det kanskje også særlig nærliggende å se de ulike betalingene til den enkelte mottaker under ett, i og med at de ble foretatt samme dag. Det hadde nok derfor også vært mulig å nå samme resultat ut ifra en betraktning om at overføringene utgjorde én betaling i bestemmelsens forstand. En slik tolkning er forenlig med ordlyden i deknl. § 5-5, i og med at lovteksten ikke angir at overføringer kun skal anses som én og samme betaling i den utstrekning disse utgjør betaling av samme krav.

Imidlertid gir domspremissene anvisning på en løsning som går ut på at betalinger til samme fordringshaver skal summeres selv om de skjer på ulike tidspunkt. Hvis en kreditor for eksempel mottar én kontantoverføring to måneder før fristdagen og én overføring en uke før fristdagen, er det altså det samlede beløpet som skal subsummeres under vilkåret om betydelig forringelse av betalingsevne. Etter mitt syn faller en slik løsning utenfor det som direkte følger av ordlyden i deknl. § 5-5, i alle fall hvor betalingene skriver seg fra forskjellige rettsforhold.

Begrunnelsen for standpunktet er kortfattet. Som nevnt siterer førstvoterende premissene i Högsta Domstolens dom inntatt i NJA 2008 s. 1208. Argumentasjonen i denne avgjørelsen synes å knytte seg til at kreditoren ellers kan øve innflytelse på debitor. Premissene gir ikke noe eksempel på hvordan slik innflytelse mer konkret utøves. Imidlertid er det nærliggende at man her sikter til et scenario hvor debitor og den begunstigede kreditoren sørger for at hver overføring er mindre enn et beløp som isolert sett ikke innebærer en betydelig forringelse av debtors betalingsevne. Det fremstår da som at det avgjørende argumentet er hensynet til å unngå omgåelse av konkursboets omstøtelsesrett. I så fall er dommen på dette punktet i likhet med Rt. 2012 s. 468 (*Centrum Eienomsmedling*) et nylig eksempel på saker hvor Høyesterett «strekker på» ordlyden til deknl. § 5-5 for å motvirke mulighetene til å omgå bestemmelsen.

Sjur Swensen Ellingsæter

Kjøp av leilighet «som den er», fuktskade oppstått i tiden mellom besiktigelse og overtakelse. Høyesteretts dom 15. februar 2017 (HR-2017-345)

Saken gjelder spørsmål om en «som den er»-klausul ved kjøp av bolig omfattet fuktskader oppstått i tiden mellom besiktigelsen og overtakelsen av boligen, eller om slik fuktskade utgjør mangel uavhengig av at boligen ble solgt «som den er».

Salg av fast eiendom «som den er» innebærer at det skal mer til enn ellers for at feil og avvik skal kunne gjøres gjeldende som mangel ved eiendommen. Ifølge avhendingsloven (avhl.) § 3-9 om salg «som han er» kan kjøperen gjøre gjeldende mangel når selgeren har holdt tilbake eller har gitt uriktige opplysninger om eiendommen (avhl. §§ 3-7 og 3-8), og når eiendommen er «i vesentlig ringare stand enn kjøperen hadde grunn til å rekne med ut fra kjøpesummen og tilhøva elles». Bestemmelsen innebærer at kjøperen må godta avvik som ikke når opp til vesentlighetsterskelen, så lenge det ikke er holdt tilbake eller er gitt uriktige opplysninger om eiendommen.

I den aktuelle saken var leiligheten ifølge kjøpekontrakten solgt «i den stand den var ved kjøpers besiktigelse, jf. avhendingsloven § 3-9». Etter at boligen var besiktiget og kjøpekontrakten var inngått, men før boligen ble overtatt av kjøperne, oppsto det lekkasjer fra boligens to bad med fuktskader som konsekvens. Det var enighet om at lekkasjene oppsto som følge av latente svakheter ved rør og tetting. Svakhettene var ukjente for selgerne, og det var også enighet om at verken §§ 3-7 eller 3-8 om manglende eller uriktige opplysninger kom til anvendelse. Spørsmålet var så om fuktskadene måtte oppfylle vesentlighetskravet i § 3-9 for å utgjøre mangel, eller om skadene var mangel selv om de ikke nådde opp til denne terskelen.

Kontraktens «som den er»-klausul viser uttrykkelig til eiendommens tilstand ved besiktigelsen. Samtidig viser kontrakten til avhl. § 3-9. Selv om § 3-9 ikke uttrykkelig viser til besiktigelsen som det avgjørende tidspunkt, vil en «som den er»-klausul vanligvis bli forstått slik at den viser til tilstanden på dette tidspunktet.

Eiendommens kontraktsmessighet skal ifølge § 3-1 andre ledd, jfr. § 2-4 andre ledd, bedømmes ut fra forholdene ved overtakelsen. Det var i saken klart at fuktskaden var oppstått etter besiktigelsen, og at boligen som følge av skaden avvek fra tilstanden ved besiktigelsen da den ble overtatt av kjøperne. På den annen side var skadene forårsaket av svakheter som var til stede ved besiktigelsen. Skjulte feil og avvik som er til stede ved besiktigelsen, er kjerneområdet for «som den er»-klausulen. Avvik som er til stede som skjult mangel ved besiktigelsen, omfattes av § 3-9.

Avvik som oppstår mellom besiktigelsen og overtakelsen, omfattes ikke av § 3-9 dersom avviket ikke har noen sammenheng med en svakhet som var til stede ved besiktigelsen. Avvik av denne typen kan derfor utgjøre mangel etter § 3-1 første ledd selv om vesentlighetskravet i § 3-9 ikke er oppfylt.

Den situasjonen som var til vurdering i HR-2017-345 A, gjaldt altså et tilfelle hvor selve avviket oppsto mellom besiktigelsen og overtakelsen, men hvor avviket var en følge av en svakhet som var til stede ved besiktigelsen. Høyesterett kom enstemmig til at dette måtte vurderes på samme måten som avvik som oppstår i dette tidsrommet og som ikke har sammenheng med en svakhet som var til stede ved besiktigelsen. Det må etter Høyesteretts syn skilles mellom en «normal videreutvikling» av en foreliggende skjult feil – som omfattes av § 3-9 – og «nye skader» som følge av feilen – som ikke omfattes av § 3-9 (sitatene er hentet fra dommens avsnitt 36). Ved videreutvikling av skjult feil som foreligger ved besiktigelsen, må det endelige avviket, slik dette har utviklet seg frem til overtakelsen, være vesentlig. Ved ny skade behøver avviket ikke å være vesentlig.

Det fremgår av premissene i Høyesteretts dom at løsningen ikke er opplagt. Sakens spørsmål lar seg neppe løse ut fra logiske slutninger fra lovens regler om salg «som den er», risikoens overgang og tidspunktet for mangelsvurderingen. Den løsningen Høyesterett kom til, har gode grunner for seg, selv om den kan skape en vanskelig grense mellom en «normal videreutvikling» av en foreliggende skjult feil og «nye skader» som følge av feilen.

Trygve Bergsåker

Høyesterettsdom 9. mars 2017. Mangel i form av ikke godkjent utleigeareal gav krav på skadebot for verdireduksjonen (HR-2017-515-A)

Kjøperen fekk skadebot som svara til verdireduksjonen av ein eigarseksjon da det viste seg at to hyblar på loftet ikkje var godkjende til utleige, og det i marknadsføringa hadde vore framheva at hyblane gav gode inntekter. Mindretalet på to dommarar i Høyesterett ville gje skadebot som svara til dei langt høgare kostnadene med retting av mangelen.

Sjølve mangelsvurderinga var ikkje omtvista for Høyesterett. Vidare var partane samde om at ombygging som kunne gje grunnlag for kommunal godkjenning av dei to hyblane, ville koste 1,6 millionar kroner. Tilfeldigvis utgjorde noverdien av venta framtidige leigeinntekter òg ca. 1,6 millionar kroner. Partane var samde om at reduksjonen i omsetningsverdi var 650 000 kroner. Dessutan var dei samde om at det ikkje var skyld på seljarens side, og at det derfor var skadebot for direkte tap som var aktuelt. Seksjonen var kjøpt for 3,15 millionar kroner.

Høyesterett kommenterer i det heile ikkje korleis tapte inntekter på 1,6 millionar kroner fører til ein verdireduksjon på berre 650 000 kroner. Forklaringa

må helst liggje i at det første talet ikkje tek omsyn til tapet av areal som utan utleige er tilgjengeleg for eigarens bruk (og kanskje heller ikkje ulempa med ha leigarar i huset).

Fleirtalet kom, som nemnt, til at kjøparen hadde krav på skadebot som svara til verdireduksjonen. Mindretalet ville setje skadebota lik rettekostnadene, og da ut frå ei «sannsynlighetsbedømmelse»: Kjøparane ville utan slik skadebot li eit økonomisk tap «dersom de mest sannsynlig ville utbedre loftet» (avsnitt 54).

Der ein kontrakt ikkje blir rett oppfylt, har kontraktsretten nokre byggjesteinar for verknadene av oppfyllingsavviket. Kreditor kan ha krav på *oppfylling* (primæryting eller avhjelp). Kreditor kan gjera gjeldande *gjensidigverknader* (heving, prisavslag, tilbakehalding av eiga yting). Kreditor kan ha krav på å få *skadebot* for økonomisk tap på grunn av oppfyllingsavviket.

Ein kjøpar av brukt bustad har ikkje krav på retting (avhjelp). Ei retteplikt for utbyggjarar og for seljarar av nye bustader er avgrensa til det samhøvelege: Kjøparen kan berre krevje retting som kan skje utan urimeleg kostnad eller ulempe for seljaren (avhendingslova § 4-10 andre ledd). Kva som er urimeleg, bør vi særleg sjå i høve til kva kjøparen oppnår med rettinga. Slike avgrensingar av oppfyllingskravet er velkjende frå kontraktslovgeving og kontraktspraksis både nasjonalt og internasjonalt.

Eit prisavslag skal etter avhendingslova § 4-12 første ledd som hovudregel vera «forholdsmessig», det vil seie svara til den prosentvise verdireduksjonen på grunn av mangelen. Det er berre der anna ikkje blir «godtgjort», at prisavslaget skal svara til rettekostnadene. Her kjem samhøvevurderinga inn indirekte. Rettekostnader som ville ha vore urimelege som oppfyllingskrav, kan ikkje godt kompenseras som prisavslag (da kunne seljaren like godt rette). Annleis kan det ikkje godt vera for sal av brukte bustader heller.

Skadebota bør ikkje gå ut på å dekkje kostnader med retting som ville ha vore nekta som avhjelp eller prisavslag. Noko slikt ville gje svært dårleg samanheng i regelverket. Igjen er innvendinga at seljaren da like godt kunne ha retta. Målet for skadebota er seljarens økonomiske tap på grunn av oppfyllingsavviket, ikkje kostnadene med avhjelp. Oppfyllingskrav og skadebotkrav bør ikkje blandast saman. At skadebotansvar føreset ansvarsgrunnlag, bør ikkje ha nemnande vekt her; det er berre unntaksvis seljaren kan fri seg ved å vise til ei hindring.

Ut frå dette heng det godt saman når kjøparen i vår sak fekk bøtt verditapet på grunn av avviket – iallfall dersom vi godtek at rettekostnader på 1,6 millionar kroner ville ha vore mishøvelege (det kunne nok diskuteras).

Resonnementet frå mindretalet er vanskeleg å følgje. Mindretalet meiner at kostnadene med retting skal bøtast dersom det er sannsynleg at kjøparen vil rette. For det første går ikkje skadebotkravet ut på retting;

i norsk rett er det trygt etablert at krav på skadebot gjeld pengar, og at skadebota skal dekkje økonomisk tap. For det andre er det ein framand tanke at vi skal spørje om kva kreditor sannsynleg vil gjera. Her får vi eit sirkelresonnement: Kreditor vil ofte vera villig til å ta på seg skyhøge utgifter til retting når han berre veit at utgiftene blir dekte av debitor.

Mindretalet viser mellom anna til Rt. 2015 s. 216 (furutredommen). Høgsterett har i den og nokre andre avgjerder fastsett skadebot utanfor kontrakt ut frå gjenoppsettingskostnader, men det er i situasjonar der skaden *ikkje* utan vidare kan målast i pengar. Det har ikkje vore tale om full dekning av kostnadene heller: «Retten må i det enkelte tilfelle foreta en konkret vurdering av hvilke gjenoppsettingstiltak det er rimelig og fornuftig at settes i verk» (Rt. 2015 s. 216 avsnitt 27). Vi finn med andre ord ei samhøvevurdering her òg.

Når Høgsterett i desse sakene med gjenoppsettingskostnader har spurt om kva det er sannsynleg at skadelidne vil gjera, er det eit problematisk synspunkt. Skal til dømes skadevaldaren kunne krevje gjenopning av saka dersom skadelidne likevel ikkje gjer det retten meinte det var sannsynleg at han skulle gjera? Her er det rom for klårlegging ved neste korsveg.

Eitt og anna kan ein stusse over òg i resonnementet frå fleirtalet i vår sak. Når det heiter at tapte leigeinntekter er direkte tap (avsnitt 30), kan det kanskje forsvarast i eit tilfelle som dette der eiedommen først og fremst skal nyttast til eigen bustad. Formuleringa er likevel for generell. For utleigeobjekt fører tapte leigeinntekter til ein verdireduksjon som klårt bør reknast som direkte tap; det er leigeinntektene som gjev eiedommen verdi.

Av ein eller annan grunn meiner fleirtalet at eiedommen i vårt tilfelle hadde ein «rådighetsmangel» (rådvaldsmangel i avhendingslova). Helst bør vi seie at det var tale om ein fysisk mangel; hadde eiedommen vore i betre fysisk stand, hadde utleige vore kurant. Dessutan er det vanskeleg å sjå kva relevans karakteristikken har, for reglane om fysiske manglar gjeld fullt ut for rådvaldsmanglar (avhendingslova § 4-18).

Uforklårleg er det òg at fleirtalet trekkjer inn arealsvikt som parallell. Arealvikt er eitt av mange tilfelle der retting ofte ikkje står i samhøve med det kjøparen oppnår. Bortsett frå det gjev ikkje lov eller praksis grunnlag for å setje arealsvikt i ei særstilling i denne samanhengen. Kjeldebruken er lite gjennomsiiktig på dette punktet.

Når fleirtalet argumenterer med «berikelsessynspunkter» (avsnitt 45), skal det visst berre tyde at kjøparen ikkje skal ha dekt meir enn tapet (avsnitt 40). Det er ein mildt sagt misvisande bruk av uttrykket «berikelse».

Avgjerda illustrerer ei allmenn røynsle: Domstolane er ofte meir treffsikre i resultatet enn i grunngjevinga.

Kåre Lilleholt

Selskapsrettsgruppens høringssvar: Regnskapslovutvalgets delutredning 2, NOU 2016:11 Regnskapslovens bestemmelser om årsberetning mv.

Det juridiske fakultets forskergruppe Selskaper, markeder og bærekraft (Selskapsrettsgruppen) inngav sitt høringssvar til Regnskapslovutvalgets delutredning 2, NOU 2016:11 Regnskapslovens bestemmelser om årsberetning mv 17.11.2016. Høringssvaret gjengis her, da lovforslaget og vårt høringssvar omhandler viktige regnskapsrettslige regler og prinsipper av betydning også fra et selskapsrettslig, børsrettslig og samfunnsansvarsperspektiv, som vi antar vil være av allmenn interesse.

Betydningen av rapporteringskrav om næringslivets innvirkning på samfunnet

Det er bred enighet om at selskaper må ta mer samfunnsansvar. Å være samfunnsansvarlig handler både om å følge preseptoriske lover, og om å gjøre mer enn loven krever ved for eksempel å følge internasjonale standarder. Det handler om å overholde lover, også når risikoen for å bli oppdaget er liten og gevinsten ved å bryte loven er stor, enten det er i Norge eller i utlandet. Det handler om å ta ansvar ut over det loven krever for hvordan virksomheten innvirker på mennesker, miljø og samfunnet for øvrig. Å bidra til at utviklingen til fattige land ikke undergraves gjennom korrupsjon, og at vårt eget velferdssamfunn har et tilstrekkelig skattefundament er også aktuelle eksempler.

Regjeringen har klare forventninger til at næringslivet skal utøve sin virksomhet på en måte som er positivt for samfunnet. Med Regjeringens egne ord handler dette om selskapers samfunnsansvar, definert som hvilket ansvar næringslivsaktører forventes å påta seg for mennesker, samfunn og miljø som påvirkes av virksomheten. Regjeringen har både generelle og mer spesifikke forventninger på samfunnsansvarsområdet. De spesifikke forventningene er knyttet til fire tematiske kjerneområder: klima og miljø; menneskerettigheter; arbeidstakerrettigheter; anti-korrupsjon. Regjeringens forventninger tar utgangspunkt i, og bygger på, nasjonale og internasjonale standarder, konvensjoner og rapporteringsnormer. De viktigste internasjonale standarder for samfunnsansvar regjeringen bygger sin politikk på er OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper, FNs veiledende prinsipper for næringsliv og menneskerettigheter og FNs Global Compact.

Ifølge Regjeringen er det bred enighet om at volumet på rapporteringen fra selskapene er blitt for omfattende og at sentrale tema overskygges av mindre relevant informasjon (i følge oppslaget på Regjeringens nettsider «Næringslivets samfunnsansvar – verktøy», 28.11.2014). Dette er bakgrunnen for at den internasjonalt anerkjente rapporteringsstandarden Global

Reporting Initiative (GRI) i 2013, i sin nye versjon av standarden (G-4), introduserte vesentlighetsprinsippet som et hovedprinsipp. Dette prinsippet innebærer at selskapene både arbeider med, og rapporterer på, de forhold som er sentrale for virksomhetens innvirkning på mennesker, samfunn og klima og miljø. Norge har innført et krav om land-for-land rapportering for store selskaper og utstedere av noterte verdipapirer innenfor utvinningsindustrien og skogdrift. I tillegg har Norge i løpet av de siste årene inngått avtaler med en rekke nye land om utveksling av skatteopplysninger.

Slik Regjeringen selv påpeker: åpenhet og rapportering er et hovedinstrument i utviklingen av næringslivets samfunnsansvar (på Regjeringens nettsider, «Næringslivets samfunnsansvar», 26.5.2016). Rapporteringskrav er det mest brukte, og ofte det eneste, nye legislative virkemiddelet for å påvirke næringslivet til å foreta bærekraftige beslutninger. Samtidig vet vi at hvordan næringslivet og kapitalmarkedene innretter seg fremover, er avgjørende for om vi vil greie å oppnå de overordnede mål Norge har sluttet seg til gjennom FNs bærekraftsmål og Parisavtalen. Det er da desto viktigere at rapporteringskravene utformes og følges opp på en slik måte at de oppfyller sin misjon.

Det samlede forslag om ny regnskapslov mangler imidlertid ambisjoner og visjoner, når det gjelder å påvirke næringsliv og investorer i en bærekraftig retning. Dette er ikke i tråd med de overordnede mål Regjeringen har sluttet seg til, med de internasjonale standarder som Norge ønsker at næringslivet skal følge, og heller ikke med Stortingsmelding nr. 10 (2008–2009) om Næringslivets samfunnsansvar i en global økonomi, som var utgangspunktet for forrige runde med nye rapporteringskrav.

Denne gangen er utgangspunktet at EU-direktivets regler om såkalt «ikke-finansiell» rapportering skal implementeres i norsk rett (direktiv 2014/95/EU). Det fremgår av direktivets fortale pkt. 3 at rapportering ansees «vital to managing change towards a sustainable global economy by combining long-term profitability with social justice and environmental protection». Som kjent er direktivets formål svært viktig i den teleologiske og dynamiske EU-retten. Det fremgår videre av fortalen at bakgrunnen for direktivet var et mål om å utforme minimumsregler som skulle gi:

a high flexibility of action, in order to take account of the multidimensional nature of corporate social responsibility (CSR) and the diversity of the CSR policies implemented by businesses matched by a sufficient level of comparability to meet the needs of investors and other stakeholders as well as the need to provide consumers with easy access to information on the impact of businesses on society.

I dette ligger at direktivet inneholder minimumsregler og at det nasjonale ambisjonsnivået kan være høyere. Uavhengig av om den nasjonale implementeringen legger seg på et minimumsnivå, slik det norske for-

slaget her søker å gjøre, eller om man har et høyere ambisjonsnivå, må direktivets uttrykte formål være styrende. Dette fremkommer i fortalens pkt. 21, nemlig å øke *relevansen, konsistensen og sammenlignbarheten* av informasjonen fra næringslivet.

I lovforslaget legges det opp til at små foretak ikke lenger skal måtte utarbeide årsberetning. Ved inngangen til 2016 er det i følge SSB antatt at små virksomheter utgjorde ca. 98,2 % av alle registrerte virksomheter i landet. Etter gjeldende rett skal disse foretakene gi opplysninger om arbeidsmiljø, likestilling, diskriminering og virksomhetens påvirkning på det ytre miljø i årsberetningen. Det er ikke foreslått at disse opplysningene skal rapporteres på annen måte. Forslaget støtter seg på forskning som viser at dagens rapporteringskrav ikke har blitt fulgt opp på en god måte av små selskaper.

Forskningen det vises til i utredningen er en pilotstudie på årsberetninger (for 2009) fra 50 små foretak (Ditlev-Simonsen, «Rapportering om samfunnsansvar i små foretak», Bråthen og Benestad (red.) *Moderne forretningsjuss III*, Fagbokforlaget, 2016), og drøftelser i en forskningsrapport om miljørapportering i Norges 100 største bedrifter (Ruud m. fl., «Er Regnskapsloven et effektivt politisk virkemiddel for å fremme miljørapportering i norsk næringsliv?», ProSus Report, 2008). Dette brukes som en begrunnelse for å redusere rekkevidden til rapporteringskravene betraktelig (se nedenfor i pkt. 3.1), uten at man har undersøkt årsakene til den tilsynelatende mangelfulle rapporteringen, og uten at man har vurdert om formålet med rapporteringskravene bedre kan oppnås på annen måte.

Samtidig som man foreslår å fjerne rapporteringskravene for små foretak, med den begrunnelse at de ikke etterleves, foreslås det at man beholder bestemmelsen for øvrige foretak selv om den forskningen det henvises til viser at bare 22 % av Norges 100 største selskaper rapporterte i henhold til de dagjeldende lovkravene (Ruud, 2008). Annen forskning, som utvalget ikke har gått inn på, viser at problemene med ikke-relevant og ikke-pålitelig, uverifisert rapportering også er et problem for store selskaper (Villiers og Mähönen, «Accounting, auditing, and reporting: supporting or obstructing the sustainable companies objective?», Sjøfjell og Richardson (red.) *Company Law and Sustainability. Legal Barriers and Opportunities*, Cambridge University Press 2015; Villiers og Mähönen, «Article 11: Integrated Reporting or Non-Financial Reporting?», Sjøfjell og Wiesbrock (red.), *The Greening of European Business under EU Law. Taking Article 11 TFEU Seriously*, Routledge 2015). Når regler ikke følges opp i tråd med det legislative formålet, finnes det andre alternativer enn å fjerne eller redusere rekkevidden til reglene, dersom man fortsatt fastholder det legislative formålet. Det legislative formålet med rapporteringskravene som vi har i dag, og det EU-rettslige formålet med reglene som nå skal implemen-

teres, tilsier at svaret på forskning som viser at kravene ikke følges ordentlig opp må være å undersøke hvordan rapporteringskravene inkludert verifisering og håndhevelse kan forbedres.

Rapporteringen skal være rettet mot 1) investorer, 2) kreditorer, kunder, leverandører og andre kontraktsparter, og 3) samfunnet for øvrig. For eksempel har International Integrated Reporting Council (IIRC) utviklet et globalt rammeverk for «integreert rapportering», der bedrifter rapporterer informasjon om miljømessige, sosiale og styringsrelaterte aspekter sammen med den tradisjonelle finansielle informasjonen. Tanken er å gi investorer og andre interessenter bedre mulighet til å gjøre en helhetlig vurdering av et selskap, herunder mer informasjon om selskapets evne til langsiktig verdiskapning.

Rapporteringskrav må utformes og følges opp på en slik måte at de tilfredsstiller disse gruppenes behov. Slik Initiativ for Etisk Handel også viser i sin høringsuttalelse, med henvisning til MITSloan-rapporten «Investing For a Sustainable Future: Investors Care More About Sustainability than Many Executives Believe» av 11. mai 2016, er det et ønske om klare rapporteringskrav fra næringslivet og et voksende ønske om relevant, pålitelig og sammenlignbare informasjon fra investorer og andre interessenter.

Bakgrunn: norske rapporteringskrav

Både små og store foretak har i en årrekke hatt spesifikke CSR-rapporteringsplikter i hhv. regnskapsloven § 3-3 fjerde til syvende ledd og 3-3a niende til tolvte ledd. Dette gjelder arbeidsmiljø, likestilling og diskriminering og det ytre miljø. Formålet er å integrere disse hensyn i styrets arbeid og dermed utløse en prosess som fører til bedre arbeidsmiljø, mer likestilling og mindre diskriminering, og bedre beskyttelse av et ytre miljø. I teorien skulle rapporteringsplikten medføre at styret hvert år vurderer for eksempel hvordan virksomheten kan bli mer miljøvennlig, for så å sette i gang relevante tiltak. På lovtekstnivå er Norge et av de beste landene når det gjelder rapporteringskrav. Spesielt miljørapporteringsregelen har blitt fremhevet som god – på papiret. I praksis har ikke dette blitt tatt alvorlig. Lovgiver har selv lagt opp til dette ved at det ikke stilles krav om verifisering av innholdet, slik det for eksempel stilles krav om revisorbekreftelse for den tradisjonelle finansielle regnskapsrapporteringen (nå med unntak av de minste selskapene). Se nærmere nedenfor under pkt. 4. Den store mengden selskaper som ikke oppfyller sin rapporteringsplikt på dette området, sammenholdt med det svært lave antallet dommer på området, tyder på at fravær av kontroll også kan være medvirkende til manglende etterlevelse.

Vi fikk nye regler om rapportering om samfunnsansvar i Norge i 2013, som oppfølging av Stortingsmeldingen om næringslivets samfunnsansvar. I forberedelsen av dette arbeidet drøftet man ikke om de reglene vi hadde fra før virket. Man la bare et nytt lag

på toppen av de eksisterende reglene, med bredere krav om rapportering om blant annet menneskerettigheter. Lovforslaget i 2013 bygget på en rapport fra en tverrdepartemental arbeidsgruppe oppnevnt av Finansdepartementet. Mandatet var å utrede utvidede krav til rapportering om samfunnsansvar i regnskapsloven. Formålet var å bidra til at næringslivet i større utstrekning fokuserer på og integrerer samfunnsansvar i sin styring av virksomheten. Paragraf 3-3c i regnskapsloven gir store foretak en plikt til å rapportere «hva foretaket gjør for å integrere hensynet til menneskerettigheter, arbeidstakerrettigheter og sosiale forhold, det ytre miljø og bekjempelse av korrupsjon».

Det var oppsiktsvekkende at verken arbeidsgruppen eller Finansdepartementet i proposisjonen foreslo noen tilpasning av de eksisterende rapporteringskrav til den nå vedtatte generelle CSR-rapporteringsregelen, til tross for at arbeidsgruppen presiserte at den da foreslåtte CSR-rapporteringsplikten ville dekke de eksisterende rapporteringspliktene. I stedet ble det konstatert at forholdet til disse bestemmelsene kan vurderes nærmere i forbindelse med evalueringen som ble Stortingsmeldingen om næringslivets samfunnsansvar. En rekke av høringsinstansene oppfordret til at man skulle samordne de eksisterende reglene med den nye. Eneste utfall var at § 3-3c fikk en utforming der det fastslås at rapporteringen etter begge regelsett kan skje i samme dokument.

Enda mer oppsiktsvekkende var den manglende interessen for hvordan de eldre CSR-rapporteringspliktene har fungert. I høringsrunden ble den dårlige etterlevelsen av eksisterende krav påpekt. Mens man i proposisjonen omtalte evalueringen av den danske CSR-rapporteringsregelen, som det norske lovforarbeidet var svært inspirert av, evaluerte man ikke de eldre norske CSR-rapporteringskravene.

Når EU-direktivet av 2014 nå skal implementeres, viser man endelig til litt av forskningen som har blitt gjort på området, men i stedet for at man undersøker mulighetene for forbedring av reglene, bruker man dårlig etterlevelse som begrunnelse for innskrenkning av rapporteringsreglenes rekkevidde sammenlignet med rettstilstanden i dag.

Lovforslaget

Rekkevidden av reglene

Plikten til å redegjøre for samfunnsansvar i gjeldende lov § 3-3c gjelder bare for store foretak. Dette er allmennaksjeselskap, børsnoterte foretak og eventuelt andre regnskapspliktige i samsvar med forskrift, jf. gjeldende § 1-5. Utvalget forslår endring av definisjonen på store foretak i lovutkastet § 1-6 slik at den følger EU-direktivets størrelseskriterier. Etter endringsdirektivet artikkel 19a nr. 1 første ledd gjelder plikt til å utarbeide redegjørelse om «ikke-finansiell» informasjon for store foretak som samtidig er foretak av allmenn interesse, og som på balansetidspunktet overskrider kriteriet om gjennomsnittlig antall ansatte på

500 i løpet av regnskapsåret. Dette er en høyere størrelseskel enn den som definerer store foretak. Utvalget har i lovutkastet innarbeidet en størrelsesgrense for plikten til å gi «annen forklarende og beskrivende informasjon» (lovutkastet § 9-6) som tilsvarer direktivets minimumsgrense. Og muligens enda viktigere, i følge utvalgets forslag skal små foretak og regnskapspliktige i kategori 4 (ikke-næringsdrivende juridiske personer) ikke ha plikt til å utarbeide årsberetning.

Tall fra SSB viser at ved inngangen til 2016, ville 98 % av virksomheter i Norge sannsynligvis falle inn under betegnelsen «små foretak». Virksomheter som regnes som små og mellomstore foretak, samt borettslag, stiftelser og ideelle organisasjoner kan ha store samfunns- og miljøkonsekvenser og påvirkninger, spesielt lokalt. I henhold til UN Global Compact er det nettopp hos de små og mellomstore bedriftene de største utfordringene ligger, med tanke på å gjennomføre tiltak for mer bærekraftig drift (FN, *United Nations Global Corporate Sustainability Report 2013*). Forslaget om å fjerne kravet om årsberetning for små foretak og regnskapspliktige i kategori 4 fremstår som en dårlig oppfølging av Stortingsmeldingen om næringslivets samfunnsansvar, og er et skritt tilbake sammenlignet med 2013.

Ved å fjerne rapporteringskrav for selskaper under en viss størrelse, risikerer man dessuten at virksomhetens størrelse eller form tilpasses for å unngå rapporteringskrav.

I regnskaps- og revisjonsstandarder (f.eks. NRS 8 God regnskapsskikk for små foretak eller Nordisk standard for revisjon av små foretak) er det vanlig at forpliktelser for ulike grupper av foretak differensieres ved å innføre særlige løsninger for mikro-, små og mellomstore foretak samt stiftelser og ideelle organisasjoner. Mange (særlig store og mellomstore) foretak, oppfyller i dag rapporteringsplikten ved hjelp av ulike standarder og initiativ knyttet til slike tiltak (for eksempel UN Global Compact, GRI, EMAS), jf. også lovforslagets § 9-6 femte ledd. Flere av disse standardene tilbyr, på samme måte som NRS, en tilpasset løsning for små og mellomstore foretak. Dette tyder på at det bør være mulig å gjøre tilpasninger i rapporteringskravene for små foretak, slik at lovgivers formål med rapporteringskravene kan nås. I stedet for å fjerne rapporteringskravene helt, burde det altså ha vært vurdert om kravene kunne tilpasses etter foretakets størrelse.

Innholdet i kravene

Når det gjelder selve innholdet av rapporteringskravene, bør et naturlig utgangspunkt, i tillegg til EU-direktivets regler og dets fortale, være OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper og FNs veiledende prinsipper for næringsliv og menneskerettigheter, som Norge har sluttet seg til.

Det er flere svakheter i forslaget til implementering av EU-reglene om såkalt «ikke-finansiell» rapportering, i lovforslagets § 9-6.

Det er prisverdig at det norske forslaget distanserer seg fra uttrykket «ikke-finansiell». «Ikke-finansiell» informasjon fremstår som underordnet og mindre viktig enn den finansielle informasjonen. Som utredningen påpeker er det også misvisende: rapporteringen kan inneholde regnskapstall og kan være relevant for den økonomiske vurderingen av selskapet. Man bruker derfor i stedet uttrykkene «samfunnsansvar» og «forklarende og beskrivende informasjon». Dette er en riktig tilnærming, selv om også denne begrepsbruken har sine problematiske sider. Vi kommer tilbake til dette nedenfor.

Regjeringen har påpekt at aktsomhetsvurderinger (due diligence) er en viktig del av et samfunnsansvarsverktøy (i følge Regjeringens egne nettsider om samfunnsansvar og aktsomhetsvurderinger av 2014). Aktsomhetsvurderinger er, med Regjeringens egne ord, en prosess anbefalt både i OECDs retningslinjer for flernasjonale selskaper og FNs veiledende prinsipper for næringsliv og menneskerettigheter for å kartlegge, forebygge, begrense og gjøre rede for faktiske og potensielle negative konsekvenser av egen virksomhet og i verdikjeden. Det er en nøkkelmekanisme i FNs veiledende prinsipper og i OECDs retningslinjer. Aktsomhetsvurderinger bør være en integrert del av selskapets beslutningsprosesser og system for risikostyring. De bør innarbeides i bedriftens alminnelige systemer for risikostyring, og de bør ikke avgrenses til å kartlegge og håndtere selskapets egen interne risiko.

Kravet til aktsomhetsvurdering (*due diligence*) er imidlertid ikke med i det norske lovforslagets § 9-6 første ledd nummer 2. Den valgte ordlyden «kontroller» er ikke dekkende, blant annet ved at det ikke fremgår at det er noe som skal gjøres i forkant av et prosjekt eller en investering. Både i direktivets engelske tekst, og i den danske, svenske og finske, er det et krav om rapportering av foretakets *due-diligence*-vurderinger. Regjeringen har selv vist til viktigheten av slike vurderinger, og dette bør også reflekteres i lovteksten.

I direktivets fortale pkt. 6 fremgår det at rapporteringen:

bør også inneholde opplysninger om de due diligence-procedurer, som virksomheten har gjennomført, også, hvor det er relevant og proportionalt, for så vidt angår virksomhedens leverandør- og underleverandørkæder, med henblik på at kortlægge, forebygge og afbøde aktuelle og potentielle negative påvirkninger.

I det norske lovforslagets § 9-6 første ledd nr. 4 heter det: «Der det er relevant og vesentlig, skal det opplyses om forretningsforbindelser, produkter eller tjenester som kan forventes å ha negative konsekvenser, og

om hvordan foretaket håndterer disse risikoene». Dette er både upresist og utilstrekkelig. For det første er det viktig at informasjon er både relevant og proporsjonal. Regjeringen påpeker selv at rapporteringen fra selskapene er blitt for omfattende. Det som behøves er ikke mer informasjon, men mer *relevant* informasjon som er forholdsmessig med hensyn til virksomhetens påvirkninger.

For det andre, et mye mer presist utgangspunkt ville være livsløpet, fra vugge til vugge, for produkter som er en del av virksomheten (typisk ved produksjon eller salg), og at due-diligence-kravet ble knyttet til dette, med spesifikasjon at dette skal gjelde også leverandørkjeder og salgskjeder. Fortalens presisering om siktemålet: å *kartlegge, forebygge og bote på* aktuelle og potensielle negative virkninger, bør også inn i den norske lovteksten. For tjenester, inkludert finanstjenester, bør tilsvarende formuleringer inntas.

I § 9-6 første ledd nr. 5 heter det: «Andre mål på prestasjonsoppnåelse som er relevante for virksomheten». I den engelske direktivteksten heter det: «Non-financial key performance indicators relevant to the particular business». På dansk bruker man «ikke-finansielle nøgleresultatindikatorer, som er relevante for den spesifikke forretningsaktivitet», og på svensk «icke-finansiella centrala resultatindikatorer som är relevanta för den aktuella verksamheten». Vi støtter som nevnt over at det norske forslaget distanserer seg fra uttrykket «ikke-finansiell». *Key performance indicators* (nøkkelresultatindikatorer), KPIs eller KPI-er, er imidlertid en kjent størrelse i regnskaps- og rapporteringssammenheng, og bør tas med i den norske versjonen også. Den norske oversettelsen «andre mål» dekker ikke dette, og har et uklart innhold. Det bør heller presiseres at det skal oppgis KPI-er på alle kvantifiserbare størrelser knyttet til virksomheten, spesielt «konsekvensene av dets virksomhet, herunder opplysninger i spørsmål som gjelder miljø, sosiale forhold, arbeidsmiljø, overholdelse av menneskerettigheter og bekjempelse av korrupsjon». For produkter bør dette knyttes til produkters livsløp.

I § 9-6 annet ledd heter det at dersom foretaket ikke har retningslinjer «skal dette begrunnes». I den engelske direktivteksten, heter det «provide a clear and reasoned explanation». I den danske teksten brukes «en klar og begrunnet forklaring» og i den svenske «en klar och motiverad förklaring» skal gis i slike tilfelle. Den norske lovteksten bør også stille krav til klarhet.

Forholdet til eksisterende regler

For å gi næringslivet klare regler, bør reglene i kapittel 9 i lovforslaget, som omhandler lignende typer rapportering samordnes. Etter forslaget til ny regnskapslov, skal selskaper som «ikke er små», rapportere etter tre overlappende regler. Disse kunne med fordel ha vært sammenfattet i én klar regel. Dette gjelder forslagets § 9-2, om generell redegjørelse for virk-

somheten, § 9-3, om særskilte foretaksspesifikke opplysninger, og den nye foreslåtte regelen for implementering av EU-direktivet av 2014, forslaget § 9-6, hvor utredningen foreslår overskriften «Annen forklarende og beskrivende informasjon».

I forslaget § 9-2 ser vi hvordan «miljø- og personmessige forhold» er en integrert del av et «rettvise» bilde av virksomhetens utvikling, prestasjonsoppåelse og stilling. Forslagets § 9-3 er de opprinnelige norske rapporteringskravene, slik de har blitt utviklet siden 1980-tallet, hvor det i tillegg til finansiell risiko (som kan henge nært sammen med miljømessige forhold eller forhold knyttet til arbeidstagere, jf. forslaget § 9-2), skal redegjøres for likestilling, antidiskriminering og virksomhetens påvirkning på det ytre miljø, derunder hva som gjøres for å fjerne eller redusere den negative påvirkning. I utkastets § 9-6, hvor man søker å implementere de nye EU-reglene, har man i likhet med de opprinnelige norske reglene i utkastets § 9-3 tatt skrittet fra miljø- og samfunnsmessige forholds innvirkning på virksomheten (som er siktemålet i § 9-2) over til fokus på virksomhetens innvirkning på miljø og andre samfunnsinteresser, samtidig som man har et utvidet perspektiv i tråd med en voksende erkjennelse av betydningen virksomheter har for økonomiens og samfunnene bærekraft.

Det er unødig byråkratisk og uklart for de som skal rapportere, at man skal forholde seg til tre forskjellige regler som overlapper på flere punkter. Her bør det utformes et nytt forslag med en helhetlig integrert tilnærming, hvor målet bør være å oppmuntre til, og legge til rette for, god rapportering. Det vises i denne forbindelse også til 2016-rapporten fra MITSloan, der mer enn 70 % av de spurte investorene mener at «sustainability performance» er en sentral faktor når de foretar investeringsbeslutninger. Samtidig påpekes det at det er et problem for investorer at rapporteringen er lite sammenlignbar og at man ikke har utarbeidet felles nøkkelresultatindikatorer (KPI-er) som gjør det lettere for investorer (og andre interessenter) å vurdere hvordan foretakets stilling faktisk er.

Det Regjeringen nå foreslår å gjøre, ved å legge på et nytt lag med rapporteringskrav, vil ikke bidra til å bedre den «informasjonsforvirringen» som allerede eksisterer for investorer og andre interessenter. Kravene bør samles i én bestemmelse, og fokuset bør være på å gjøre informasjonen som rapporteres verifiserbar og sammenlignbar.

Overskriften på en samordnet rapporteringsregel bør reflektere det virksomhetene skal rapportere om, på en beskrivende og nøytral måte, som verken karakteriserer rapporteringen som «ikke-finansiell» eller som «annen» informasjon. Også utredningens forslag gir et inntrykk av noe som kommer i tillegg til og er mindre viktig enn den egentlige rapporteringen, selv om det er en bedre ordlyd enn «ikke-finansiell».

Verifisering og håndheving

Et viktig prinsipp i EU-retten er effektivitetsprinsippet, som krever at det ved implementeringen skal settes inn de virkemidler som er nødvendige for å sørge for at EU-regler overholdes. Dette er gjenspeilet i EU-direktivets fortale, pkt. 10, som lyder:

Member States should ensure that adequate and effective means exist to guarantee disclosure of non-financial information by undertakings in compliance with this Directive. To that end, Member States should ensure that effective national procedures are in place to enforce compliance with the obligations laid down by this Directive, and that those procedures are available to all persons and legal entities having a legitimate interest, in accordance with national law, in ensuring that the provisions of this Directive are respected.

I det norske lovforslaget legges ansvaret for å følge opp rapporteringen, helt avgjørende for at dette skal bli noe annet enn økt byråkrati og villedende markedsføring, i stor grad på «interessentene» (forbrukere, investorer, samfunnet generelt). Dette i motsetning til den vanlige finansielle rapporteringen, hvor det er stringente krav til regnskapets og årsberetningens innhold og det for alle selskaper over en viss størrelse er et lovbestemt krav til revisjon. Det vises også til gjeldende krav til HMS-system for foretak, som følges opp gjennom tilsyn og kontroller av Arbeidstilsynet.

Et lite skritt for å styrke styrets bevissthet om samfunnsansvar, var 2013-endringen i regnskapsloven § 3-5 hvor det presiseres at kravene til at styret skal underskrive årsregnskap og årsberetning også skal gjelde CSR-rapportering i eventuelt eget dokument. Videre ble revisorloven § 5-1 endret, slik at det presiseres at også CSR-rapportering i eget dokument vil være gjenstand for revisors konsistenssjekk. Det er imidlertid i beste fall et åpent spørsmål om revisors konsistenssjekk har noen som helst betydning. Det er lite som tyder på at revisors konsistenssjekk har sikret kvalitetsmessig god rapportering i årsberetningen etter de eldre CSR-rapporteringsreglene. Enda mer unnfallende ser vi at lovgiver var i 2013-reformen med hensyn til rapportering til Global Compact og GRI, som regnes som tilfredsstillende CSR-rapportering. Fordi lovgiver ønsker å oppmuntre til slik rapportering, gjelder ikke kravet til revisors konsistenssjekk for foretak som følger denne. Man har i stedet gitt en forskriftshjemmel dersom man senere skulle finne det ønskelig å oppstille krav om konsistenssjekk eller annen form for ekstern verifikasjon. En slik forskriftshjemmel er gitt i regnskapsloven § 3-3c 18. ledd, for departementet til å gi nærmere bestemmelser om revisors plikter i forbindelse med opplysninger gitt om samfunnsansvar i eget dokument istedenfor i årsberetningen. Departementet har ikke benyttet denne forskriftshjemmelen.

I denne runden, når EU-regler skal gjennomføres i norsk rett, diskuterer man endelig problemet med at rapporteringen ikke gjennomføres slik forutsatt. Man er til og med inne på at manglende krav til revisjon eller annen sakkyndig bekreftelse av innholdet av rapporteringen kan være en del av årsaken. Dette skyves imidlertid bare over til et annet utvalg (som skal forberede ny revisorlov), samtidig som man sier at man ikke tror at revisorbekreftelse er en løsning. I stedet for å gjøre rapporteringskravene mer effektive, fjerner man dem heller for de små selskapene.

Revisors plikter med hensyn til årsberetningen er fortsatt begrenset seg til «konsistenssjekk», dvs. om opplysningene i årsberetningen stemmer med årsregnskapet. Ifølge utkastets § 9-6 kan informasjon som nevnt alternativt publiseres som et separat dokument fra årsberetningen. Benytter foretaket seg av dette alternativet, er revisor ikke forpliktet til å utføre særskilte revisjonshandlinger for å bekrefte opplysningene.

Også de store selskapene vil dermed med de nye reglene kunne fortsette å velge hva de skal rapportere om, og hvordan. Det er ingen krav til at innholdet i rapportene faktisk bekreftes av uavhengige sakkyndige. De nye rapporteringskravene er nok en tapt mulighet for samfunnet, også for de mange selskapene som ønsker å være samfunnsansvarlige, men som ikke får det til fordi det mangler lovgivning som legger til rette for dette.

Obligatorisk verifisering et viktig signal. Manglende verifisering også et signal. I NOU 2015:10, første delutredning fra Regnskapslovutvalget, sies det jo nettopp at det ikke har fungert for små bedrifter. Likevel velger man å videreføre samme feil for de virksomheter som fremover skal rapportere.

Vi anbefaler at det norske lovforslaget omarbeides på dette punktet, og at man undersøker mulighetene for en uavhengig verifisering av rapporteringen, og ikke bare overlater det til revisorlovutvalget. Det kan hende at verifiseringsregler vil kreve at det trekkes inn andre yrkesgrupper enn tradisjonelle revisorer.

Så langt vi vet har bare AccountAbilitys AA1000-standardserie en obligatorisk verifiseringsplikt, jf. AA1000 AccountAbility Principles Standard (AA1000APS) og AA1000 Assurance Standard (AA1000AS). GRI G-4 oppmuntrer kun virksomheten til at deres bærekraftsinformasjon (*sustainability performance data*) skal verifiseres. Det vil derfor være utilstrekkelig å overlate dette til internasjonale standarder som man oppmuntrer virksomheter å følge.

En uavhengig verifisering av informasjonen som rapporteres er avgjørende av investorhensyn og hensyn til andre interessenter. Det er nødvendig for å oppnå pålitelighet og sammenlignbarhet, som er selve grunn tanken i rapportering.

Avslutning

Bedrifter ønsker å ta samfunnsansvar, og norske bedrifter kan gjennom gode regler som legger til rette

for dette få et konkurransefortrinn som vil tiltrekke investorer, kunder og andre kontraktparter som ønsker å ha samfunnsansvarlige leverandører og kunder. Regjeringen har et ansvar for å legge til rette for at dette kan skje. Å fjerne rapporteringsreglene for viktige grupper i næringslivet, og å fortsette å la rapportering være uverifisert for de andre, er å gå i motsatt retning. Regjeringen burde heller se på mulighetene for å utvikle standarder for rapporteringen for små- og mellomstore virksomheter, og undersøke hvordan all rapportering kan skje på en måte som sikrer at informasjonen er relevant, pålitelig og sammenlignbar. Dette er grunnleggende i det grønne skiftet.

Gjennom vår forskning i prosjektet «Sustainable Market Actors for Responsible Trade» (SMART, 2016-2020), vil vi kunne bidra til å utvikle rapporteringsregler som er klare og gode regler for næringslivet, og gir pålitelig, relevant og sammenlignbar informasjon for investorer, kunder, leverandører og andre kontraktparter, og samfunnet for øvrig.

Beate Sjøfjell, Jukka Mähönen og Eli Rudshagen

VERGEMÅL

Grensen mellom personlige og økonomiske forhold (HR-2017-275-A)

Etter vergemålsloven § 22 er vilkårene for å etablere vergemål snevrere i personlige forhold enn i økonomiske forhold. Det spørsmålet som ble forelagt Høyesterett i denne saken, var om inngåelse, endring og oppsigelse av en husleiekontrakt måtte anses som et økonomisk forhold eller et personlig forhold.

Saken handlet om A som på grunn av en medfødt skade hadde reduserte kognitive evner og redusert impulskontroll mv. Det ble videre lagt til grunn at han led av spilleavhengighet. Han fikk i 2011 oppnevnt en verge til å bistå seg i økonomiske saker. I februar 2015 foreslo vergen at A ble fratatt sin rettslige handleevne på det økonomiske området siden han som følge blant annet av spill hadde opparbeidet seg en stor husleierestanse og at det var en «overhengende fare for at han ville kunne miste sitt bosted» - som følge av trussel om tvangsfravikelse.

Både fylkesmannen, tingretten og lagmannsretten kom til at vilkårene for å frata A rettslig handleevne på det økonomiske området, inkludert retten til å inngå, endre og si opp en husleieavtale, var oppfylt.

Lagmannsretten la blant annet til grunn at det var en konkret fare for at A «på impuls vil strekke seg langt for å skaffe pengar til pengespel» og at han hadde vært ute av stand til «å betale det han treng til sitt livsopphald, som mat og til å bu», jf. HRs avsnitt 11.

Kun spørsmålet om fratakelsen av retten til å inngå, endre og si opp en husleieavtale ble påanket til Høyesterett. A hevdet at dette måtte være å anse som et

personlig forhold og at de strengere kravene til fratakelse av rettslig handleevne på det personlige området ikke var oppfylt.

Det forelå ingen praksis fra Høyesterett som tok stilling til spørsmålet.

Høyesterett la i sin vurdering avgjørende vekt på forarbeidenes understreking av at det er personens *motivasjon* for å foreta handlingen som er av betydning i de tilfellene der det er vanskelig å trekke grensen mellom de personlige og de økonomiske forhold, jf. avsnitt 50.

I den konkrete vurderingen pekte Høyesterett på at A av lagmannsretten var fratatt retten til «å inngå, endre og si opp husleieavtaler»; jf. avsnitt 53. Retten pekte videre på at det å begrense fratakelsen på denne måten, var godt i samsvar med «det minste middels prinsipp», som gjelder på vergemålsområdet. A var derved ikke fratatt retten til å velge bosted, det var bare den økonomiske siden ved husleieforholdet han ikke kunne disponere rettslig over på egenhånd, jf. avsnitt 54.

Høyesterett la vekt på at det ikke hadde kommet fram opplysninger som tilsa at A for tiden hadde et reelt ønske om å endre sine boforhold, for eksempel av sosiale eller miljømessige årsaker, hensynet til arbeidsmuligheter eller ønsket om bedre tilgang til fritidssysler. Retten konkluderte videre med at det derved ga god mening å frata A retten til å si opp leieavtalen, og ved det sette sin økonomi over styr, men la ham beholde den personlige retten til å velge hvor han ville bo, jf. avsnitt 55. Retten understreket videre (58) at denne løsningen sikret at A kunne beholde sin selvbestemmelsesrett så langt som mulig.

Retten pekte også på at den vergetrengende (allment) kan bringe spørsmålet inn for fylkesmannen dersom han er uenig i vergens avgjørelse, jf. vergemålsloven § 33 siste ledd.

Høyesterett konkluderte derved med at fratakelsen av retten til å inngå, endre eller si opp husleieavtaler, må regnes som et «økonomisk forhold» som faller inn under vergemålsloven § 22 andre ledd.

Høyesterett gir anvisning på en klar løsning av et praktisk spørsmål. Ved at dommen – så vel som forarbeidene – peker på at rettsanvenderen i grensetilfellene må se hen til personens motivasjon for å foreta handlingen, så banes det vei for en rettsregel som burde være egnet til bruk også i senere saker. Det å se hen til personens motivasjon og derved til personens ønsker og vilje, er godt i tråd med de prinsippene som ligger til grunn for FN-konvensjonen om mennesker med nedsatt funksjonsevne artikkel 12. Bruk av en slik regel sikrer at personens rett til selvbestemmelse vernes så langt som mulig samtidig som retten avveies mot personens rettigheter etter andre menneskerettigheter som f.eks. retten til bolig mv.

Katrine Kjørheim Fredwall

Litteratur

Eldbjørg Sande, Trine Eli Linge og Mona Choon Rasmussen: *Vergemålsloven og utlendingsloven kapittel 11 A med kommentarer*. Gyldendal Juridisk, 2017.

Ny vergemålslov mv. har nå fått sin egen kommentarutgave. Verket er på nesten 900 sider og dekker hele vergemålsloven fra 2010 inkludert reglene om fremtidsfullmakter, samt et nytt kapittel i utlendingsloven om representant for enslige mindreårige asylsøkere. Vergemålsfeltet preges av mangelen på teoretiske fremstillinger, og en slik heldekkende kommentarutgave er derved mer enn etterlenget. Dette gjelder ikke minst siden lovgivningen fortsatt er ny og det menneskerettslige bakteppet komplekst.

Forfatterne av kommentarutgaven er avdelingsdirektør for vergemålsavdelingen hos Fylkesmannen i Oslo og Akershus, Eldbjørg Sande og seniorrådgiver i samme avdeling, Trine Eli Linge (tidligere fagdirektør i Statens Sivilrettsforvaltning). I tillegg er fagansvarlig for representant og vergeordningen for enslige mindreårige asylsøkere og flyktninger hos Fylkesmannen i Oslo og Akershus, Mona Choon Rasmussen, medforfatter. Forfattere har bred erfaring på områdene de skriver om.

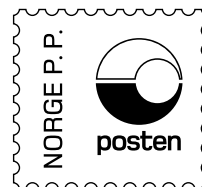
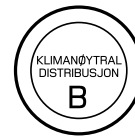
Kommentarutgavens del I gir først en oversikt over arbeidet med loven, nordisk rett og folkerett. Lovens bestemmelser behandles derved én etter én gjennom omlag 700 sider. Til slutt knyttes det enkelte kommentarer til noen av bestemmelsene i vergemålsforskriften. Bokens del II er viet ordningen med representant for enslige, mindreårige asylsøkere i Utlendingsloven kapittel 11 A. Kapitlets 7 bestemmelser får en bred omtale gjennom omlag 100 sider.

Det er en omfattende oppgave å skrive en kommentarutgave til en ny lov. Forfatterne peker på at de har kunnet trekke veksler på den forrige kommentarutgaven til 1927-loven, men gitt de betydelige endringene i lovverket, er nybrottsarbeidet i denne kommentarutgaven betydelig.

Forfatterne er likeledes klar over at de opererer relativt alene i vergemålslandskapet. Utover offentlige dokumenter og enkelte artikler, er det skrevet lite om vergemål i norsk rett. Dette har nok også begrunnet at forfatterne har sett grunn til å inkludere et innledende kapittel som gir en kortfattet oversikt over lovens forhistorie, nordisk rett og relevante internasjonale konvensjoner. Dette er nyttig. Forfatterne lykkes etter mitt syn i å vise at det er en rekke internasjonale instrumenter som det må tas hensyn til, samtidig som kritikken mot loven i lys av en av dem, nemlig FN konvensjonen om mennesker med nedsatt funksjonsevne artikkel 12, drøftes særskilt.

Dette leder imidlertid til ett poeng som brukerne av kommentarutgaven bør være oppmerksom på. Utvalgets utredning NOU 2004: 16 ble avlevert to år før FNs konvensjon om mennesker med nedsatt funk-

Returadresse:
Cappelen Damm Akademisk
Cappelen Damm AS
0055 Oslo



sjonsevne, så dagens lys i 2006. Dette innebærer nødvendigvis at utvalgets vurderinger ikke reflekterer denne FN-konvensjonen. Det å legge vekt på uttalelser fra utredningen ved tolkningen av bestemmelsene, *kan* derved innebære at det legges vekt på en vurdering som ikke reflekterer hensynet til konvensjonen. Det er antakelig en rekke spørsmål der dette ikke vil utgjøre en forskjell, men det er grunn til å utvise en viss årvåkenhet.

Kommentarutgaven bringer også flere interessante innspill til lovendringer. Jeg vil her særlig trekke fram

påpekningen av at plikten til å underrette pårørende ved opprettelse av vergemål kan være mindre heldig. Her kan hensynet til åpenhet og en konfliktreduserende likebehandling av de pårørende stå i et anstrengt forhold til den folkerettslige plikten til å sikre personens egen vilje, ønsker og preferanser. I tillegg pekes det på at ordningen for godtgjøring og utgiftsdekning i asylfasen ikke fungerer etter hensikten og at dette bør erstattes av et mer fleksibelt system.

Katrine Kjærheim Fredwall

Nytt i privatretten

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

Redaktør: Peter Hambro
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 (2017) på *Nytt i privatretten* koster kr 650,-. Studentabonnement koster kr 325,-. 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 2017

ISSN 1501-9594

Neste utgave kommer oktober 2017.